

ASIALINK 公共采购法教研国际合作
项目成果：教材翻译之三

公共采购规制导论
**PUBLIC PROCUREMENT REGULATION:
AN INTRODUCTION**

原著编者： **Sue Arrowsmith**

中文编者： **曹富国**

中央财经大学
中国公共采购研究所课题组译

许可翻译的声明

Acknowledgement of Permissions

本项目负责人和本书主编曹富国教授感谢著作权人对其教材翻译和出版的授权。

The Editor of this Book gratefully acknowledges all the authors and publishers of the book for their permissions granted to the Editor for translation and publication under the Asialink Project.

说明：本书是在 Asialink 公共采购项目课题组下，翻译的系列教材之一。在原著中主编为 Sue Arrowsmith, 各章的主要执笔者分工如下：第 1 章至第 7 章为 Sue Arrowsmith 教授；第 8 章为 Steen Treumer 教授；第 9 章为 Jens Fejøl教授；第 10 章为 Jiang Lili 博士。本翻译作品的主编为中央财经大学公共采购研究所所长曹富国教授，主要翻译工作由项目课题组成员完成，分工如下：第一、二、五章由王苏丹翻译，第三、四、六、八、九章由李晓静翻译，第七章由常含笑翻译，第十章由王冲翻译。董斯荣通读了全书，并对其中的一些翻译错误做了校正，尤其是第一、二、五章。由于译者水平和时间的限制，难免有不足和疏漏。欢迎指正。

本翻译作品著作权声明及其适当使用

The Intellectual Property Right of the Editor and Traslators in this textbook and its proper use

本翻译作品的著作权适用《中华人民共和国著作权法》。本翻译教材的编者和译者对本翻译作品拥有著作权。使用者可以为了非商业目的（包括教学和研究的目的是）进行下载或者打印。除非有明确地规定，在没有获得著作权人事先书面授权的前提下，不能够对本论文集进行复制、翻印、再版、改编、传播、下载或者以任何形式进行的传播。

本翻译作品仅供读者参考，可能需要进一步译校。

All rights in relation to this translation are owned by and reserved to the editor and translators and are subject to the Chinese law. Users may download or print a copy for non commercial use (which includes use for educational and research purposes). Except as expressly provided, it may not be copied, reproduced, republished, adapted, transmitted, downloaded or broadcast in any format whatsoever without the prior written permission of the copyright owner.

The translation is only for reading reference and may be subject to further proof-reading.



此教材是在欧盟 Asialink 项目下的一部分。欧亚大学间公共采购法教学和研究联盟的成员对此书的内容单独承担责任，在任何情况下不视为反映欧盟的立场。欧亚大学间公共采购法教学和研究联盟是由所诺丁汉大学领导，其它成员有：哥本哈根商学院、哥本哈根大学、中央财经大学（北京）和新疆财经大学，以及马来西亚大学。

These materials were produced with the financial assistance of the EU. **The contents of the materials are the sole responsibility of the members of the consortium involved in the EU Asia Inter University Network for Teaching and Research in Public Procurement Regulation and can under no circumstances be regarded as reflecting the position of the European Union.** The EU Asia Inter University Network for Teaching and Research in Public Procurement Regulation was led by University of Nottingham (Project leader: Professor Sue Arrowsmith) and the other consortium members are Copenhagen Business School, the University of Copenhagen, the Central University of Finance and Economics (Beijing), Xinjiang University of Finance and Economics, and the University of Malaya”.

目 录

第 1 章：公共采购：基本概念和采购规则的范围	1
1.1 什么是公共采购？	1
1.2 区别于公共采购的内部规定	2
1.3 公共采购合同的法律框架	3
1.4 公共采购制度和管理规定的目标	3
1.4.1 介绍	3
1.4.2 目标 1：在购买所需的货物，工程或服务中物有所值（有效率）	4
1.4.3 目标 2： 诚信——避免腐败和利益冲突	5
1.4.4 目标 3： 问责制	7
1.4.5 目标 4： 机会平等和待遇平等	8
1.4.6 目标 5： 公平对待供应商	10
1.4.7 目标 6： 在采购中高效实现工业、社会和环境政策	10
1.4.8 目标 7： 向国际贸易开放公共采购市场	11
1.4.9 目标 8： 在采购过程中的效率	13
1.5 实现采购目标的关键原则：透明度，竞争和平等对待	13
1.5.1 概述	13
1.5.2 透明度	14
1.5.3 竞争	16
1.6 公共部门中监管规则的目的和性质	16
1.7 政府采购制度的多样性	17
1.8 对关于货物、工程和服务采购示范法的介绍	18
1.8.1 示范法	18
1.8.2 示范法的审查	19
1.9 公共采购规则的涵盖范围	19
1.9.1 哪些实体都包括在内	19
1.9.2 涵盖哪些交易？	20
1.9.3 门槛价	21
第 2 章 货物和工程采购的方式	23
2.1 介绍	23
2.2 正式的招标程序	23
2.2.1 公开招标	23
2.2.2 招标的两个阶段	25
2.2.3 限制性招标	27
2.3 非正式采购	28
2.3.1 征求建议书	28
2.3.2 竞争性谈判	29
2.3.3 质询	30
2.3.4 单一来源采购	30
2.4 示范法的规章的审查关于采购方式的选择	32
第 3 章：公开招标程序	33
3.1 概述	33
3.2 规格和其他招标文件	33
3.2.1 一般意义上的招标文件	33
3.2.2 必备文件的修改和澄清	35
3.2.3 起草规格的法律规则	35
3.3 合同的公告	38
3.4 资格和资格预审程序	39
3.4.1 概述	39
3.4.2 排除的标准	39

3.4.3 提供不完全的或者错误的信息	42
3.4.4 行政管理的暂停或者排除	42
3.4.5 资格标准和证据的披露	42
3.4.6 证据和法律文件	43
3.4.7 资格预审程序	43
3.5 投标的修改和撤回以及标的的保证	44
3.6 招标的方式和开标	45
3.6.1 招标方式	45
3.6.2 开标	45
3.7 不符合的投标	45
3.7.1 概述：政策考虑	45
3.7.2 对待不符合投标的规则	47
3.8 投标人的截止日期，包括投标日期的延展和迟到的投标	54
3.8.1 投标截止日期	54
3.8.2 截止日期的延展	54
3.8.3 评论示范法的截止日期的条款	55
3.8.4 逾期投标	55
3.9 投标和磋商的修正和补充	55
3.9.1 概述和基本规则	55
3.9.2 错误的修改	56
3.9.3 澄清	60
3.9.4 寻求投标改进的磋商	61
3.9.5 与赢得招标者的磋商	62
3.10 授予合同	62
3.10.1 概述	62
3.10.2 基本原则：最低价格或者最低评估招标	63
3.10.3 在选择和接受非价格标准的自由裁量权：示范法下客观的和可以计量的标准	65
3.10.4 更多灵活的标准	66
3.10.5 不平衡的投标问题	66
3.10.6 标准的提前设置和披露以及授予标准	67
3.10.7 异常低价投标	68
3.10.8 采购程序的取消	69
第 4 章：服务采购和混合采购	71
4.1 服务采购的程序	71
4.1.1 概述	71
4.1.2 采用服务采购的基本方法和与采购货物与工程的关系	71
4.1.3 服务采购的基本程序框架	72
4.2 选择	75
4.3 服务采购和混合采购中评估和授予问题	78
4.3.1 概述	78
4.3.2 服务采购的评估和授予的基本规则	79
4.3.3 在征求建议程序下的评估和授予	83
第 5 章：供应商名单和框架协议	85
5.1 介绍	85
5.2 供应商名单（申请名单和核准名单）	85
5.2.1 政策问题	85
5.2.2 规范的采购供应商名单系统：世界贸易组织政府采购协定的例子	86
5.2.3 贸易法委员会示范法的供应商名单	87
5.3 框架协议	88
5.3.1 框架协议的类型和概念	88
5.3.2 优势和潜在的问题	89
5.3.3 根据贸易法委员会示范法框架协议	90

第 6 章：私人融资基础设施的采购.....	93
6.1 私人融资基础设施建设概述.....	93
6.1.1 一般的介绍.....	93
6.1.2 基本概念和术语.....	93
6.1.3 私人融资的目标和利益.....	96
6.2 规范为私人融资基础设施项目的采购过程.....	97
6.2.1 私人融资基础设施项目的采购特点.....	97
6.2.2 贸易法委员会私人融资基础设施采购的规定.....	98
第 7 章：电子采购和电子反向拍卖.....	105
7.1 电子通讯.....	105
7.1.1 概述.....	105
7.1.2 信息的电子化发布.....	106
7.1.3 授予程序中的电子通讯.....	106
7.2 电子拍卖.....	113
7.2.1 简介.....	113
7.2.2 电子拍卖的管理.....	115
7.2.3 联合国国际贸易法委员会示范法的建议.....	116
第 8 章：救济和执行.....	119
8.1 概述.....	119
8.2 救济.....	121
8.2.1 临时措施.....	121
8.2.2 损害.....	122
8.2.3 搁置有定论的合同.....	123
8.2.4 除外的时间限制.....	126
第 9 章：社会和环境政策：基于欧盟公共采购法的案例研究.....	127
9.1 概述.....	127
9.2 在所有种类的采购情况下的社会和环境政策.....	128
9.3 欧盟法院的判例法.....	129
9.4 结论.....	135
第 10 章 在国际贸易中规范公共采购.....	136
10.1 引言.....	136
10.2 采购契约/世贸组织框架下的倡议.....	136
10.2.1 多边规则和世贸组织的倡议.....	136
10.2.2 政府采购协定（GPA）.....	139
10.3 区域工具规范采购走向市场自由化.....	146
10.3.1 简介.....	146
10.3.2 欧洲联盟（欧盟）采购制度.....	146
10.3.3 北美自由贸易协定.....	153
10.3.4 (东南非共同市场) 的东部和南部非洲共同市场.....	156
10.3.5 亚洲太平洋经济合作论坛（'亚太经合组织）.....	158
10.4 经合组织反贿赂外国公职人员在国际商业交易(公约)中的规定.....	161
10.4.1 介绍、 目标和管理方法.....	161
10.4.2 主要功能的规则.....	161
10.4.3 争端解决程序.....	162

第 1 章：公共采购：基本概念和采购规则的范围

1.1 什么是公共采购？

公共采购是指政府为了履行其职能，采购货物和服务的活动。公共采购现在一般用于欧盟中说英语的国家中，指代这样的活动，因为它是在欧盟立法活动中使用的词组短语。然而，其他系统使用不同的术语来代替同样的概念 – 例如，世界贸易组织，是指为“政府采购”，而在美国的制度中，一般来说，是指政府合同或公共合同。

公共采购过程有三个时期

i) 决定应购买哪些商品或服务以及何时购买（采购计划）

ii) 起草获得这些货物或服务的合同的过程，尤其是要选择谁作为签约伙伴以及提供货物或服务的期间

iii) 该合同的管理程序，以确保有效地执行。

政府采购的概念可以用来指所有上述三个程序。政府采购的监督管理规则一般集中在第二阶段，因为在这个阶段，法律规定和其他监管措施是政策的重要工具；是我们目前的本文的重点。很明显，在采购实践上的三个阶段需要紧密结合起来，并视为一个单一的粘合的“循环”的周期。就本文的目的而言，监管阶段和监管规定的连接需要被理解为是有意义的连接。因为适用在第二阶段以及第一和第三阶段时期的监管措施，在某些情况下我们认为将直接影响第一和第二阶段。

例如：

- 采购实体需要仔细地规划未来的采购，以确保他们留出足够的时间来运行的各种程序，并设置了时间限制使采购立法完全符合采购程序。采购法通常允许处理紧急情况下的程序中使用没有广告和竞争，但当紧急情况是可以预见时，则往往不允许这样做。
- ¹在执行阶段合同的改变，有时需要由法院去制定一个在公共采购法律制度保留下的“新”合同。
- 在订立合同的过程中，包括关于终止和监管合同的其他方面，都要在一定程度上在合同中予以规定。

从政策角度来看，在三个阶段中两者之间的关系是危险的，如果在合同执行的阶段没有足够的控制措施，则在合同授予的阶段，严格监管的可能被渐渐破坏。

首先，如果没有严格的管理和监督，则在合同执行阶段就有可能出现欺诈行为。因此，一个与采购实体串通的投标人，可以以有利的出价行为，在与竞争的规则一致的情况下，获得合同。——但是采购实体可以允许投标人破坏其投标的条款，例如不执行合同规定的交付或质量标准，或允许修改价格，使价格有利于承包商。

其次，即使采购实体的行为是真实的，投标人也可能故意以低价投标，然后在操纵合同执行阶段中获得更好的条件。（例如，在没有任何额外的款项时拒绝执行，这就潜在的对采购实体造成极大的不便）。这是原因之一，在执行阶段变更合同，有时要求通过采购法律的规定，对订立一个“新”合同的行为予以保留。

然而，在执行阶段的变化比合同授标阶段的违反规则的行为更难以监管，因为其他供应商将不会以同样的方式参与招标程序中的过程。

¹ For example, in the European Union system: see Case C-454/06, *Presstext Nachrichtenagentur v Republik Österreich (Bund)* CJEU judgment of 19 June 2008.

它也可以注意到，这也许是英美法系和国际体系的区别，一方面，在大陆系统中，对合同条款和执行是更严格的监管。

对于公共采购法律目的这是常见的，包括将采购划分为三类，这是非常有用的设置，说明了采购交易类型的多样性：

- 货物（用品或产品）（如：简单的项目例如办公家具或非常复杂的项目如导弹）
- 工程（建筑）（如道路，桥梁和政府大楼的建设）
- 服务包括人工服务，如维修政府建筑物或道路清洁，也包括专业服务如施工（建筑和工程服务），法律服务或顾问服务。

所谓“服务”是经常被用来指在立法中的非建设服务。然而，建筑是一种服务型和“服务”的概念也有时在更广泛意义上的法律规则中运用，包括建筑和非建筑服务。

在本文中我们指的公共采购，我们假设通过市场机制获得其他参与者的过程，考虑提供货物、工程和有关服务。我们在系统中使用的监管措施，其中政府提供那些在法律上是可以自由选择是否要与政府签订合约，而且我们正在考虑的过程，在选择这方面的一个申请人。这可能不适用，或只适用于一个有限度的程度，例如中央计划经济。

在大多数国家的国内生产总值占很大比例的公共采购 – 经合组织国家的约占10%-15%。该比例远远高于许多发展中国家 – 常常高达25%。在国家制定的过渡从中央计划经济向市场经济这些数字会更高。

1.2 区别于公共采购的内部规定

我们也应该在一开始就明确指出，公共采购的概念，是指货物，工程或服务的采购是从采购实体本身以外的实体采购，——通常来自私营部门，尽管在某些情况下，公共采购实体可以从另一个采购公共机构或团体与该国家中采购（如另一个地方政府，或国有企业）。这对外部实体的要求可以从原则上分为货物，工程或服务的内部规定——也就是说，通过政府自己的员工和组织中采购。所谓“总体结账合同”有时也用来描述这样的情况，特别是在发展中国家，政府利用自己的资源获得工程和服务。（这个情况世界银行和其他贷款银行经常限制它的使用）

在发达的国家，已经在过去20年左右的一个重要趋势由以前由内部的采购活动转向外部采购。在“外包”一词经常被用来指这种承包给外部实体的服务而以前只由公司内部提供的。现在经常外包服务等活动包括，例如，政府建筑物清洁，车辆和设备的维修，政府文件的印刷及出版，甚至提供专业意见的事务，例如法律，信息技术，管理等方面。还越来越普遍的将国家委托的公共服务的实际交付给民营企业。因此，虽然许多国家都仍然使用公共雇员提供服务，但是现在很多其他机构逐渐将服务提供给私人承包商，这些有责任的、能够确保提供的公共服务与合同中制定的条款的一致的承包商。

外包的范围往往被扩展，（例如在英国和美国），公共服务的范围非常广泛，包括垃圾收集，学校饮食，公共交通，甚至是社会服务、监狱服务（监狱的建设和经营）以及学校的管理等。

然而，在发展中国家的地位往往是相当不同——而且通常没有供方市场，在这些国家可在任何情况下获得所需物品和服务。正如Trepte曾表示：“虽然发展中国家在所涉及的垃圾收集到医疗健康的私有化服务的范围存在政治争议，但是在发展中国家和转中的国家，鼓励建立和发展的民营制造业和建筑公司，并在很大程度上保持独立性，独立于公共供应和财政预算的使用。

有时为了适应法律规则的目的在公共采购和“内部”的活动之间作出区分——尤其是，“采购”可能会受到法律规则的约束，即从有关各方之间的竞争中选择缔约伙伴，同时在内部中不经过这些程序作出分批任务的决定。不过，该界限并不明晰——例如，如果一个由地方当局与其他地方当局合作成立的公司，为他们两个提供联合服务时是否应该考虑“内部”实体？

如上所述，贷款银行一般限制内部采购的使用而反对外部资源承担由银行贷款资助的为政府提供的项目。

1.3 公共采购合同的法律框架

政府合同往往受到有关国家的普通私法的关注。例如，英国的立场。然而，如果有此情形经常有特殊的和额外的规则适用于政府合约的不相关的一般私人合约。尤其是有关政府合同的形成，在特殊的“行政法”的招标程序往往适用规则等。在与这些投标规则有时被法院适用行政法院行政制度的国家独立，而（如有关合同的履行）其他事项须经过法院。但是，在英国招标以及有关政府合同的其他事项的处理规则，最多的是行政法问题。

在其他国家，政府合同完全由独立的机构受私人契约的规则制约。这是法国政府采购合同的情况下受到明显的所有权管理（行政法）双向调节的形成和合同，这是一个特殊的行政法庭申请执行的系统。

1.4 公共采购制度和管理规定的目标

1.4.1 介绍

有许多的公共采购可以确定公共采购的大部分或多个系统的若干目标哪些可以共同完成。实现这些目标通过各种手段——关于开展公共采购程序的法律和监管规则是这些手段之一。在设计应用和解释这些规则，在行使自由裁量权范围内的任何规则的存在是为了解决特定问题（——为办公室采购是常见的情况）监管规则，这两个关键的是要了解这些可能的目标，并了解它们如何彼此相关——，当然，了解他们的问题，特别是采购制度的相关性。在这个文本，我们将在下面的表格总结确定的八个主要目标。应当指出的是，不同的评论家采取各种不同的分类。例如，Trepte将经济效率、实现社会和政治目标、促进贸易的目标标识为三个“最容易识别的政策目标”以及将减少腐败作为资源配置效率的一个方面——尽管我们会在下文中提出建议，虽然这一目标是一个重要的方面但不是唯一的一个。

- 1、在采购所需物品、工程或服务，物有所值（有效率）
- 2、诚信——避免腐败和利益冲突
- 3、问责制
- 4、机会平等和待遇平等
- 5、公平对待供应商
- 6、在采购中高效实现工业、社会和环境目标（“横向政策”）
- 7、向国际贸易开放公共采购市场
- 8、采购过程中的效率

重要的是要认识到，在不同的公共采购制度中存在着不同的目标和附着在各种不同目标上的权重相当显著。例如，一些系统更加重视利用采购促进社会目标问责制，而不是公平和平等的对待——其结果是，政府可能愿意以更高的价格支付货物和服务或以更

多的成本来实现更大的这些价值。

下文所述的公共采购的许多目标对从事采购的个人或多或少达成一致的见解。最明显的是，无论是公共和私人采购工作的主要目标获取金钱的价值，以及确保高效的采购过程。此外，虽然有时有人断言，在公共采购与私人采购领域不同，例如公共采购侧重于通过采购以促进社会和环境目标的实现，但是事实上私人采购已经不同程度的关注利用采购制度，随着企业社会责任概念的发展，这种采购使用也是在私营部门普遍存在并且日益突出。不过，公共采购部门和私人采购部门在谋求所实现的目标是不同的，这当然是没错。例如，腐败现象可以说更多的存在于私营部门，因为私营部门是为了实现金钱价值，相比一个独立的采购政策目标的组织，本文将在下文做进一步解释。

正如我们将在下面讨论，无论是在不同的公共采购系统之间，以及私营机构和公共机构的不同的目标，在一定程度上解释了在采购方法和规则，支配它的差异。举个例子，一个地方的问责制度，更可能提供一个详细的，以规则为基础的系统，进行密切的公众监管，甚至到了只要坚持严格的规则可能会导致一些损失的金钱或特定采购程序的效率价值。

然而，即使在不同的公共采购制度，私人机构和公共机构，共享相同的目标和相同的重视这些目标，为解决这些手段可能会有所不同。这可能是因为问题的本质 – 例如，在社会或组织的腐败程度是不同的 – 或者是因为该组织本身的性质不同 – 例如，有人建议，公共部门对监管规则的依赖，实现其目标并非是因为没有对员工控制而是比私营机构存在更大的有限性。

1.4.2 目标 1：在购买所需的货物，工程或服务中物有所值（有效率）

大部分采购制度的主要目标——也许所有的目标——是成功地取得货物、工程或获得最好的条件的服务。这通常被称为金钱价值或效率或经济效率的价值。

应该强调的是，我们在执行政府活动需要获得的货物、工程或服务的需求中获得金钱价值。采购也可以用来实现其他利益，超出了这些货物、工程或服务本身，这些利益是社会或环境的性质所决定的——例如，创造就业机会，或为弱势群体服务的工作。考虑作为一个单独的目标，这是适当的，因为涉及到特殊的政策问题。采购实体也希望确保这些其他利益获得良好的价值（有效率）。这是我们应该将当前的目标所需的资金在货物、工程或服务的采购（效率）不是简单地标记为物有所值（或有效率）的原因。

确保货物，工程或服务的获得是合适的。这意味着：i）能够满足讨论中的任务的要求 ii）他们未超过指定（“镀金”）；

缔结一项合同确保需要什么最好的条件（这并不一定意味着最低的价格）；

确保签约人能够提供合同中约定的货物、工程或服务。

人们常常说，这是大多数采购系统的主要目标，尽管这绝不是一个普遍的观点，也可能不适用于每一个采购系统（例如Deckel认为在公共采购中，诚信而非效率是首要目标，应该重视公共采购中的竞争出价的目标以及平等对待原则在公共采购过程中的实体中的运用）。当然是这样的情况，但是，监管规则，在许多公共采购申请 – 如透明度和竞争性招标下面讨论的基本要求 – 有良好的金钱价值，实现他们的目标之一。这种规则的设计，特别是要确保物有所值的低效行为没有偏见，也希望这不是故意的行为，特别是腐败行为和歧视性的对本国公司的青睐。我们将减少腐败和消除国家偏好（一个开放的国际贸易采购方面），也可作为消除对采购系统的独立目标，就要比购买的商品中获得物有所值的目标，进一步看到，工程或服务——但他们也是这个最后目标的重要组成部分。

物有所值在公共采购制度中通过各种手段实现，但法律和其他监管规则——通常由供应商依法强制执行——如何能够获得合同的授予在大多数系统中的这个制度是判断的主要工具，尽管不是全部，正如下文所讨论的。在大多数情况下，这些规则下的管理制度中实现这一目标，要求采购实体通过竞争选择自己的承包伙伴，以及通过规范和透明的原则引导竞争的。竞争这些特殊的原则和透明度如何帮助实现确保物有所值，以及它们在采购过程中的其他服务目标的客观作用，将在下文进一步讨论。

物有所值，当然，不仅是一个私营部门的重要目标也是公共部门的重要目标。然而，无论是在获取金钱价值中的问题还是在使用的工具来解决这个问题中，都存在一些不同的价值——尽管这些不应该被夸大。首先，它有时被认为在采购取得货物，工程或服务中获得的货币价值在公共部门中可能比私营部门存在更大的问题——这有可能是一种更大的趋势，在公共部门的效率低下或可能影响实现金钱价值的行为，特别是腐败和国民优先选择权。效率低下的趋势可能产生这样的事实，例如，政府不可能破产和采购人员不太可能被遣散。其次，一般可以说，这两个用来解决在获取金钱在公共部门的货物，工程或服务的价值问题的关键工具之一，即具有法律约束力和强制执行的规则，政策的实际内容其次是 - 如在正式竞标严重依赖 - 是不是一般由私营部门共享

一方面，公私部门之间的收购获得的货物，工程或服务与其他目标物有所值采购过程的目标的关系被认为是在考虑下面的其他目标和实现目标的各种手段。我们已经注意到，消除腐败和采购开放国际贸易的目标，直接支持资金的价格，因为他们在实践指示，有损于获取金钱的价值，因为他与事项附加物有所值有关部门以及。我们还将看到，在一定程度上的政策和工具，在收购资金支持货物，工程和服务的价值目标 - 如竞争性招标和透明度 - 是相同的政策和工具来支持其他目标，因此有它们之间的互补关系

另一方面，也有这样的情况，实现货物，工程或服务的货币价值收购，特别是如果有问题的重点放在特定的采购，可能会与其他目标相冲突，而且必须得出两者之间适当的平衡。一个例子是，案中一名采购实体收到出价不符合一些招标过程的正式要求，迟到或不包含在所要求的形式投标保证金。在这种情况下，平等对待的原则可能表明投标应被拒绝 - 但如果投标人提交的是最好的物有所值的原则适用于特定交易可能表明，它应该被接受，因为它会为采购实体提供更好的价值。另一个潜在的冲突地区，是防止腐败的规则 - 之后将阐述，这是为了降低采购实体限制自由裁量权，从而限制了一些供应商滥用机会，这有利于酌情减少腐败，也可以获得更好的经济效益。

此外，在考虑如何实现物有所值，也必须行动，将在短期内实现物有所值和解决冲突，并在长期通过鼓励供应商设计，以建成以物有所值的原则为基础的公开市场。一个例子可以再次给予参考逾期的投标问题（章中更详细讨论这个案文3）。除了作为一个采购过程的独立客观，平等对待的原则也可以操作，以支持其他目标，包括资金支持，维持信心，在采购过程中投标，这将鼓励他们在今后的招标，因此价值促进更加物有所值。因此，在后期的招标上文提到的案例，如果逾期的投标拒绝为落实平等待遇认为，这可以被视为而不是仅仅作为一个平等的参与，支持独立的目标，而且还作为支持资金在采购价值系统作为一个整体 - 而不是个别的交易 - 通过鼓励参与。在这种情况下，冲突可以看出价值之间的短期资金（特别是在采购价值）和货币系统中的整体价值。

1.4.3 目标 2： 诚信——避免腐败和利益冲突

第二个很重要的目标，许多公共采购系统，和公共采购法。是确保系统的完整性。完整性是指，一是认为应该进行采购，没有任何腐败行为影响了主意。腐败可以涵盖各种类型的实践。许多这样的做法涉及政府与投标人之间，特别是官商勾结的各种形式授予合同中的贿赂；授予合同予有私人关系的企业；授予给其中一个的朋友，家人或生意

伙伴合同；和授予政治支持者合同（例如，提供财政支持的企业，或向特定政党团体投票的地区）。

这种腐败可能发生在执行以及授予合同，官员可以与投标人串通，使他们要求不存在的工作额外支付。显然，各国需要有一个清晰的思路和明确的规则上的这些做法，而且不会接受的。（例如，在一些国家这些小企业之间的礼品被视为“可期待的”，而不是腐败）。我们常说，因为（在某些国家）的低工资，以及政府的结构，腐败在公共部门采购中更为常见。

有一个明显的联系密切，与这种正直的第二个目标和确保获得必要的货物，工程或服务物有所值的第一个目标的互补关系

首先，合同上的腐败因素的基础，如贿赂或个人关系可能会阻止货币当局实现其价值收购，因为这可能意味着承包商将不能获得的最好的公司（如经常在案件家庭的奖励或政治的支持者），或者即使是这种情况，政府将不会获得最具竞争力的报价将被置于一个公平竞争的远期效益的合同。（可指出，如果贿赂流行的合同可事实上常常是颁发给最佳公司，因为利润率最高的公司将能够支付的最高贿赂）。此外，腐败丑闻可能阻止未来的合同投标厂商。政府还可能获得的条款一般不利于在市场中，腐败是一个问题，因为承包商做政府工作需要添加一个溢价利用腐败的风险（有可能影响他们，因为他们否认合约帐户他们会赢得在公平竞争）。因此，减少腐败往往有改善的货币价值时，得到的结果获得的货物，工程或服务。

其次，在很大的程度上是有用的同类措施，以解决双方的损伤物有所值从失败中可能发生的有效行动和破坏价值腐败造成的资金（以及其他非法滥用也如喜好，为在违反国际贸易规则，国内企业进一步讨论见下文）。因此，竞争性招标和透明度，进一步讨论以下解决腐败以及物有所值的许多其他方面的基本工具

然而，虽然它是这样两，实现物有所值的一个重要原因，为在采购系统的完整性，而且这样做的手段，使类似的手段实现对货币价值的其他方面的使用，完整不容一定要看到的只是作为实现物有所值的一步 - 有超越物有所值去许多原因，这是一个采购制度的目标。原因之一是因为它被认为是各国政府应努力遵循他们自己的利益的行为的最高标准，而个人不应该从公职中篡取利润；另一个原因是，它被认为重要的是政府设置作为一个例子手段阻止经济中的腐败现象更普遍，特别是如果这是在经济生活中重大问题。在国家举办，其中犯罪集团积极参与公共合同（例如在美国纽约州）预反腐败贪污行为也可作为重要的看到在减少这些群体的财政资源。对于这些预反腐败的原因可以看作是对采购监管，不一定是金钱的价值依赖于独立的目标

政治上的考虑可能也有助于解释为什么政府往往特别关注，以解决腐败，即使没有其他理由支持这一点 - 政府有可能遭受政治损害，如果腐败行为被曝光。然而，这将是令人惊讶的发现公开阐明这些考虑，并解决这些政治问题不能正常被视为对采购制度的合法目标

到目前为止，作为本具有同等待遇的目标关系而言，诚信可以被视为一个平等的待遇方面，对腐败的动机所作出的决定违反了该原则 - 它可以防止的原因，是企业平等参与采购过程没有相关性或全过程中的理由。但是，它是正确的，视为一个独立的客观原因是多方面的廉洁，这在阅读讨论 - 不是至少在这个特殊的重要性，并考虑所采取的特殊措施来解决它广泛。

由于是与之之间在本节所讨论的，廉洁的目标有时与系统的其他目标冲突的情况下采购目标一对多关系

因此，有可能有时会之间的防止腐败和确保了采购过程的管理效率的目标紧张。例如，对于所有重大合同的要求，予以通过一个特别委员会，而不是只由一方负责的采购人员，可能成本（额外的工作人员的时间，手续等方面）每年50万英镑。这将被认为是有道理的，如果始终，通过遏止腐败，超过50万英镑，是通过获取更物有所值保存。但是，如果在某一国的腐败是有其他特别的原因，可以说，因腐败损失的10万英镑，审批程序将证明其在财政上是说不通的。政府要防止腐败，然后问是否是如此高于其财政资源的考虑到其他原因，本身就是重要的。促进廉洁的非财务目标在政府部门中比私营部门更为重要。

虽然在相当大程度上，正如我们所指出的那样，确保完整性还支持促进在获取金钱货物，工程或服务的价值，也有情况下，可能会出现冲突。例如，如果是为了钱的价值只关注它可能在一个特定的系统，是适当的，允许一定程度的自由裁量权在采购人员 – 例如，允许程序，允许非价格以及使用价格标准在评标中，或允许与初步投标书后，提交投标谈判的程度，使他们能够适应他们的标书，提高采购实体后，从反馈物有所值。然而，更大的自由裁量权，可能产生更物有所值在整个采购系统（即使考虑到廉政账户）也比开放注册腐败，则采用这种自由裁量权受到限制更多的机会 – 对于这个原因，可能选择采购制度放弃对金钱的价值，从而一定程度上减少腐败。这与自由裁量权的透明度问题是进一步讨论在第5段。

这是一个评论员的人数 – 至少在开发的系统 – 预防腐败往往给予更多的重量比是值得的，或者至少是具体的优势和反腐败措施的缺点是没有认真讨论。这可能是因为政治腐败造成的损害，上面提到的 – 这是常见的反应是迅速引进具有号召力的新措施立即孤立的腐败丑闻，但可能没有多大帮助解决问题及/或可能坏处比好处有更多的考虑对其他目标（如降低成本，决定或程序）的不利影响

到目前为止，我们已考虑了实际腐败，但诚信，正直的概念或问题，往往不仅包含实际的预防腐败也是防止任何不当出现的目标。例如，可能有规则，禁止某些类型的利益冲突，或要求这些利益申报。一个重要原因是，它可能有助于防止腐败行为，提高腐败破案率。但是，可以看出这种规则需要独立的目标责任制支持。

在这个文本，我们将考虑如何使用公共采购法律可以帮助确保该进程的完整性的程度，因为我们会研究如何治理腐败问题是通过接触授予程序规则处理 – 特别是对竞争和透明的规则。这也许是有价值的情况，采购程序，适应竞争和透明的基本标准有一个角色在处理多比系统贪污腐败的机会。然而，解决一般的腐败，包括系统的腐败，是一个特别复杂的问题，还需要通过一个额外的处理措施，从刑事和纪律制裁范围，通过教育措施，进行结构改革。

我们应该注意到，也可能出现腐败作为一个私营部门作用的结果没有任何公共当局的勾结。其中一个重要的做法是“串通投标”的私营公司。显然，这将有效防止公共订约，特别是对金钱的价值实现，并和国家都希望确保在地方有效的法律来处理这类问题的。（这通常是运用竞争法领域的法规来处理）。另一个问题是承包者提供虚假资料 – 例如，关于他们的资历和经验 – 获得合同，和欺诈行为在合同执行 – 例如与实际提供的服务不收费的公共（如不存在患者在医疗保健合同）。

1.4.4 目标 3：问责制

许多公共采购制度的第三个目标是确保在这个意义上，该系统提供了问责制的有关各方可以建立政府是否履行其目标的一种手段。这样有关各方可以包括，例如，一般公众，投标，以及 – 根据国际的采购制度 – 其他国家确保目标和采购制度规则可以监督和执行是四个讨论的透明度，我们在下文第5节一般概念维度之一。此外，由于我们

解释他们的透明度，一般情况下，包括这方面是重要的问责制为手段，以实现采购制度的一个目标，包括对金钱和诚信的价值很多。然而，问责制有时也被看作是在自己的权利价值，特别是在民主的国家。正如Dekel指出的“虽然[透明度]可能使[腐败]预防变得更加困难，但是透明度对于恢复承包商和纳税人的信心方面至关重要，他们可以清楚的了解政府合同方面的具体问题”。

在某种程度上，问责制是一个独立的政府采购制度的目标成本可以接受问责机制 – 例如，金钱成本发布信息或减少损失的价值判断 – 即使这些问责机制不生产，例如，财政开支或任何腐败活动的实际减少。

1.4.5 目标 4：机会平等和待遇平等

许多公共采购系统是指在一个系统中的参与者的平等对待的原则。例如，这往往是指在美国的公共采购制度，这也是欧盟采购法的基本原则。在英国政府表示，竞争是很重要的不仅是一个以物有所值的援助“，而是因为它提供了公平获得工作由纳税人支付的

重要的是要认识到，平等对待在公共概念可能采取两种不同的角色

第一，平等对待可能成为一种手段，只是作为实现其他目标的公共采购系统，如物有所值取得货物，工程和服务，防止腐败和开放市场的竞争。因此，举办竞赛，所有感兴趣的企业有一个平等的机会参与往往是寻求出的货物，工程和服务的最佳条件选择的方法。要求，在对待那些参与竞争，在竞争中进行的平等的基础上可以帮助确保货币价值和/或防止两种方法在过程中的腐败

通过限制采购实体可以使被滥用，以有利于特定公司酌情决定（例如，一个已经付出了贿赂或公司 – 从市场开放的角度 – 一个国家公司）的机会。
通过鼓励企业•有信心在这个过程中，从而鼓励优秀企业参与的程序

第二，然而，除了服务为手段，以支持其他采购目标，平等相待也可以作为她在采购过程本身的目标。正如Dekel解释

“在选择业务伙伴，采购实体决定谁将会受益于经济的优势，与它的合同关系...事实上，这项交易涉及公共资金或资产的事实，政府负有受托责任向公众责成订约当局给予市民的平等机会享受这种公共利益，政府已决定分配“的所有成员

平等待遇也可以看作是从另一个角度来看采购系统，因为它是对人的平等对待的一些国家政府通过更广泛的价值反思独立的目标。

一个与平等对待的原则问题是，它常常是不完全是在给定的系统应该是什么样的作用发挥明显 – 无论它仅仅是一个手段，其他目标或在其本身的目标。Dekel指出美国的一些文书似乎把作为一个单独的目标，原则，但总体上虽然法院当作一项基本（重要）原则上为一间附属公司之一，是它 – 其他目的的手段。同样，虽然货物，工程和服务采购示范法作为在此之前缓行的示范法颁布指南目标似乎表明，它是附属于其他上市目标的清单。

也有可能这个目标之间的冲突和其他目标，这是很重要的决定多少重量给予同等待遇，这是一个内在的价值，而不仅仅是工具以期确保资金和诚信的价值。这一观察也有助于突出这一事实，对于一个系统中，平等相待，是不是内在价值，在系统可在不给它的重量比它是在一个系统，并把它从这一角度考虑的，例如：财政上的考虑可能表明，一晚或不符合要求的投标应当接受，如果它是更好的经济效益比其他投标，但同等待遇

的考虑可能表明，它不应该。（详见第3章在这些方面的讨论采购规例）

另一种情况，即平等对待值可能涉及其他目标相冲突就是否或不使用公开招标程序的决定，其中任何有资质的公司可以投标，或使用某种形式的选择性招标，其中只有少数的公司允许投标。它可能是从财务角度来看，采购实体将获得通过邀请只是数量有限的公司，一方面是因为这是竞争不足，以确保提供最好的最好的报价，因为邀请更多会涉及的额外成本过程（如成本评估标书）没有任何好处。在性价比和高效的采购过程这种情况下要考虑的建议不应该公开招标的使用 – 但在平等获得商业利益的政府意识同等待遇的目标建议，公开招标应作为首选

什么是平等的待遇？显然，同等待遇的概念并不是指任何为每个人绝对公平的制度，因为这将涉及在所有的商业推广，无论价格，品质或能力提供的商品或服务感兴趣！在平等的待遇的定义在大多数公共采购制度的本质是，相反，应该没有任何区别，除非公司之间作出合理的，这是根据相关的考虑。例如，在欧盟采购指令下的平等对待的原则（其中规定了在欧盟大部分主要工程合约）已经被定义为在Fabricom情况如下：

平等待遇的原则要求，相似的情况不应被视为不同的情况不同，不能以同样的方式处理，除非这样的待遇是客观正当理由

我们会很清晰，某些事项违反这个原则：这将是如此，例如，当上作出决定的考虑是有问题的系统下，非法的基础上进行。例如，如果一家公司被赋予而不是另一种联系，因为它赋予了贿赂，这显然违反了平等对待的原则。（正如我们上面提到的，以反腐败这个意义上的规则可能被视为一个平等对待的原则方面认为 – 但也有用于治疗作为一种独立的采购系统，客观完整的原因）。同样，根据采购制度，禁止基于国籍的歧视，授予了一份合同，而不是一个企业的基础上，前者是一个全国性公司也违反平等待遇原则的任何其他

然而，在许多情况下，这些定义可以，但不能自动适用于给解决问题，但参与就如何平衡的待遇平等与采购过程中的其他目标，原则的政策决定的法院或其他监管机构时，决定什么是相关的考虑不同待遇的理由。根据欧盟的上述定义，例如，这样做是在两个阶段 – 在决定谁是处于“类似”的位置，谁处于第二 – 如果两家公司被认为是在类似的位置 – 在决定是否对于不同的待遇客观理由。

举个例子，一个复杂的服务程序，使采购实体之间的和潜在的供应商，主要讨论的基础上进行谈判，并在那些最佳和最终参与报价，采购实体在其中有四个供应商已开始谈判，最终案件。假设一下，很快就在谈判中明显多于一间公司是不太可能的技术解决方案提供一种可以接受的采购实体或它的财务条款将负担不起。一方面，它可能会争辩说，在采购过程中偏向某些目标能够从该公司最终报价 – 赞同这项论点，尤其是作为一个独立的目标（有权参与政府事务）平等对待，参与其中，（可能性很小），它可能会产生最好的报价和采购的任何实体拒绝给予某些公司之前，他们已经提交了报价滥用自由裁量权的危险。另一方面，一个有效率的过程也许暗示了采购实体的目标应该是让该公司拒绝就是否有早期将继续谈判，这将是浪费了大笔费用。采购实体可以决定不邀请该公司提出平衡这些不同的考虑后，一份详细的最终报价 – 这被认为还是应该在采购过程中的同等待遇原则的行为？

在回答这个平等待遇下，法院可能会说基于欧盟的定义问题：

排斥的基础上，公司可能无法提交一个强大的优惠不能与一个可以比较的立场；或该公司在类似位置都有被邀请作为进行谈判，但有一个拒绝前的最后阶段，即成本

的考虑，提供一个客观的理由。

哪个观点是通过将主要取决于如何监管要落实到不同的政策考虑在采购过程中涉及 - 包括同等待遇作为一个独立的目标或为手段，以支持其他目标的政策。简单地援引平等待遇概念在这里并没有规定一个特定的答案，但是如上所述，已达成的结论 - 例如，在平衡和平等对待金钱的价值 - 实际上可能取决于是否或不平等的待遇被视为一个单独的目标在自己的权利还是仅仅作为一种手段来支持其他的目标

1.4.6 目标 5：公平对待供应商

对供应商的公平待遇，有时也被视为在采购过程中独立的价值。这可能涉及到，例如，程序公正（或称“正当程序”）的概念，根据该供应商有权听说过有其不利的情况下作出决定，影响到他们的不利影响，和/或有权知道原因对于这样的决定 - 例如，决定日后不再从政府合同中。它甚至可能涉及“权利”保护的概念 - 例如，一个企业的权利，其声誉

规则或与供应商的公平待遇有关的可能，当然，程序中有一些帮助，以支持采购过程中的其他目标。从而使供应商将不准在采购之前，可以提高决策的质量和排外从而避免可能的公司，可以提供最物有所值的不合理排外的情况下，同时要求该供应商给予对他们作出决定的理由可帮助提高决策的质量和供应商对采购过程（监测到，除其他外利益，对金钱和诚信的价值。更普遍的公平待遇最好的公司会鼓励参与政府采购，再次加强对钱的价值。然而，与平等的待遇，公平待遇的范围内，被认为是在采购过程中的独立价值，但有时可能是这个值之间和其他目标，如金钱和程序的效率价值发生冲突的程度。

例如，公平待遇原则可能表明，一个谁投资了采购过程中的重要资源（例如，在准备一个复杂的工程招标），然后供应商已被排除，因为有人质疑，应在其完整性可以抵御这些指控本身授予合同之前，因此它不会失去竞争机会，如果指控是毫无根据的。但是，必须迅速结束对采购过程的需要，以确保货物，工程和服务的及时收购可能难以推迟到一个合适的听证会举行的采购

其实是有许多法律制度在一定的标准是否公平对待的辩论 - 如正当程序 - 即普遍适用于那些与政府打交道也应适用于与政府打交道的供应商在公共采购方面，或采购应否被视为“商业”功能，是一个公平交易的一般原则，适用于政府对公民进行例外。对，这是认识到公平交易的原则是适用范围，困难的问题随之出现多远在特定情况下作出妥协其他采购目标，以落实这些采购公平交易的原则。

1.4.7 目标 6：在采购中高效实现工业、社会和环境政策

正如我们已经注意到以上，采购可用于实现效益，超出了这些货物，工程或服务仅仅是收购走。例如采购可用于支持这些群体预留或地区，例如，一些公共合同的社会或国家地区的弱势群体的经济发展；或者它可能被用于诸如公平的待遇，以促进政府目标工人否认向企业公共合同不符合规定的标准对这些事项。这种采购政策得以工业，社会，环境或政治性质，而且有时也被称为统称为“第二”的政策（例如常见的欧盟术语），

“抵押物”的政策（美国术语），在社会经济，经济政策，或“横向”的政策。由于与所需要的货物，工程或服务的购买，政府都希望确保在该水平政策的实施效率的方式 - 例如，它不支付超过对于在采购必要的额外收益水平，而选定的供应商能够真正提供任何它已承诺提供福利水平。这种目标，通过公共采购的实施可能有时是其他目标的实现，或者至少是中性的。一个单程，其中的水平目标的实现可能支持收购的货物，工程或服务的货币价值的例子，是改善提供公共采购程序的培训或提供更好的信息获取用于中小

企业在采购政策 – 更广泛的参与，结果可能导致参与投标，导致更多的企业更好的质量，从而改善了物有所值

然而，更多的时候，实施横向政策将涉及贸易与其他目标了。例如，允许实体考虑在采购水平好处，也为“商业”的好处可能会增加在采购过程中自由裁量度的方式，可能更容易倾向于特定企业，到诚信的客观不利，或可能使采购过程更加复杂，从而增加为采购实体和供应商的程序费用。它也可能具有限制外国供应商进入到开放市场，贸易的目标不利影响 – 例如，设置一个政府合同的企业比重在一旁的高失业率地区，以增加在全国区域平等将有来自国外的企业拒之门外的效果

这种水平的公共采购政策的主题是进一步考虑在第10章，这是专门针对这个问题。

1.4.8 目标 7：向国际贸易开放公共采购市场

在公共采购中最重要的，在过去20年来发展的结论之一是工具 – 按国家或区域和全球性组织团体 – 那是为了开拓公共采购国际贸易 – 那就是，为外商提供供应商，产品和服务，以获得其他国家的公共采购市场。这些文书要求或鼓励各国采取措施，改善外资进入其公共采购市场

通常的公共采购政策一直比较封闭，外国供应商由于种种原因，最引人注目的是，各国政府在批出合约故意青睐国内产业的事实。从规则的开放政府采购市场的发展一直是一对自由贸易的一般的运动发生以来的第二次世界大战发生的一部分，以及公共采购问题，已成为在这方面越来越重要，因为其他贸易障碍 – 如关税和进口配额 – 也逐渐被取消或减少。对于这样的自由贸易政策的基本原理是向外国开放市场的竞争提高了经济繁荣。这是基础比较优势理论的里卡多阐述。简言之，这意味着双方总经济福利的自由贸易集团和每个国家的福利会被成员间自由贸易最大化的状态：这样的自由贸易导致每个国家专门在这些领域中，它具有比较优势，导致资源的最有效的利用，从而提高财富。

正如我们将看到在第8段，通过关于对货物，工程和服务，这是整个案文认为，联合国国际贸易法委员会示范法采购最初的理由是促进更多的采购程序，通过统一采购的贸易。另一位国际水平的关键制度是世界贸易组织（世贸组织）关于公共采购的规则，寻求世贸组织成员之间开放政府采购市场。为在世界贸易组织这样做的主要工具是政府采购协定（GPA）。但是，这不适用于所有WTO成员，仅为诸边协议（即会员可选）。这一制度，这又被模仿，并作为各区域和双边制度的蓝本，被认为是分别是在第10章，通过这个开放的公共采购贸易的目标个案研究的方式。也有许多区域贸易制度，包括

- 关于欧盟公共采购制度。此举旨在打开27个成员国之间的采购市场和欧盟国家也适用，有效，在其他国家与欧盟的达成的协议数量。这是一个最长期的制度，可以追溯到20世纪60年代，最严格的，并已影响了许多其他采购制度，包括世界贸易组织；

- 北美自由贸易协定（NAFTA）第10章，这带来了与在北美和南美北美自由贸易协定国家采购；

- 南方共同市场，在南美国家之间的贸易协定，现在也包含了公共采购规则；

- 东南非共同市场。在东南非共同市场背景下，一些非洲国家已经商定了它们的公共采购规则的协调程度（尽管这项协议不具约束力）的基础上，共同的程序本身会鼓励贸易。商定的规则，但是，不具有法律约束力的国际法律如上述，但大多数 – 像亚太经济合作组织 – 包括不具约束力的协议。

有一个关于公共采购的就业由贸易规则，以达到开拓市场，其中包括他们的目标不同的方法有多种，但不限于以下。个别贸易体制可以使用任何一种或多种方法

- 禁止对供应商，货物和服务的其他国家的歧视。许多贸易协议，包括世界贸易组织政府采购协定（GPA），欧洲共同体政权禁止对国外产业的歧视，因此，在采购原则不能用来支持和促进国内产业。这样的程度，禁止经营变化 – 欧盟是一个先进的贸易制度，已经能够通过法律，禁止在所有公共采购歧视原则上具有约束力的规则，但其他制度 – 包括世界贸易组织，如第10章解释 – 禁止只对特定的采购，各方已同意开放其贸易伙伴的歧视。贸易法委员会采购示范法还规定了禁止歧视的一般规则，虽然 – 务实 – 它也承认，各国可能需要作任何例外。

- 要求授予采购合同采用了透明的程序。许多制度，包括世界贸易组织和欧盟的制度也放在提高政府采购的透明度极大的重视。透明度既是在自己正确的目标，因为缺乏透明度可以成为贸易壁垒，以及确保有没有因为应用程序是透明的地方是难以掩饰的歧视歧视的手段。欧盟和世贸组织规则主要基于透明度后者的功能。为了确保这些制度的透明度 – 北美自由贸易协定等人 – 都放下必须在作出重大合同授予遵循的详细程序，并提供为执行这些规则的手段

- 标准化（统一）的公共采购合同授予程序。一个在公共采购程序标准化程度还可以帮助国际贸易，因为供应商能够处理熟悉的程序。一个标准化程度是一个按有关规定采购的透明度授予程序，如欧盟和世贸组织的人来说，国际贸易协定的框架产品，但应该指出，这些协议没有寻求推动标准化本身。另一方面，正如已经提到的，关于采购的联合国国际贸易法委员会示范法为寻求改进或改革公共采购制度的国家，事实上有其主要目标是通过国际贸易合同授予程序，增加国家标准化提高

- 解决腐败问题。一个障碍是在公共采购贸易是腐败和乘客的影响。主要的方式，贪污已在国际贸易规则处理到目前为止，通过国际协定，寻求“公平的竞争环境”防止贿赂那些寻求国外合同的规则，以便使所有国家的公司在这方面的待遇平等，而不是只受了他们自己的国内系统的应用禁止水平（它使用差异很大）。最重要的是这方面的国际文书经合组织关于打击贿赂外国公职人员1997年国际商业交易中，其各项补充文书公约。此外，值得一提的是，增加透明度，一些贸易协定，如欧盟和世贸组织的，只要能有一对腐败的影响。然而，这不是他们目前已在这些制度通过的原因。另一方面，最近的修订案文世贸组织政府采购协定（即尚未正式通过：又见第7章）明确提到其前缓行的透明度，解决腐败和利益冲突方面的作用，这表明解决这些问题可以被看作是一个新的协议的目标（“认识到透明措施的重要性，有关政府采购，开展一个透明的和公正的方式采购，以及避免按照利益冲突和腐败行为，适用的国际如联合国反腐败公约“文书，...：看到截至2006年12月8日（GPA/W/297）12月11日2006年，现有协议的执行www.wto.org政府采购）修订。还值得一提的是，开放的国际贸易采购作为一种可以帮助供应商扩大在市场上的数目，以使这种做法更加难以操作结果的地址腐败和勾结。这对于一些国家和市场的重要

贸易规则和其他采购目标之间的关系是相当复杂

在相当大的程度上对外开放，获取货物，工程和服务采购贸易和物有所值的目标是相辅相成的。因此，开放贸易市场，政府由于种种原因，包括购买更好的价值外国供应商和国内供应商刺激他们的表现有利于改善便宜/更好的价值采购的线索。此外，具体的一些手段实现上述开放市场的普遍支持物有所值其他方式：从而增加了透明度，不仅对不歧视规则，监控，外国供应商的利益产生影响，也减少了腐败，提供更好的国内企业等，从而导致更好地为金钱价值服务。

不过，也有一个开放市场，贸易和采购实体特别是政府的能力来获取金钱的价值发生冲突的可能性。例如，阿罗史密斯辩称，所需要的防止歧视外国供应商可能会超过认

为这是需要确保在特定的采购制度物有所值透明程度，并可能意味着对采购实体（例如自由裁量权的限制，在进入与供应商谈判）这实际上是不利的货币价值在一个特定的国家采购制度范围内。以及与目标的货币价值冲突也有冲突的程序与效率的目标的可能性。例如，国际制度可能要求提供的信息是外语，以促进国际贸易，即使是在更物有所值的采购实体方面更多地参与直接的经济利益不足以增加成本。Westring批评从这个角度批出，涉及的合同，对推动在公共采购实体的切身利益为代价外资进入采购的过度关注，对示范法的规定的内容。最后，我们应该注意到，贸易规则的最有争议的方面之一就对政府采购问题的能力，利用采购，以促进“横向”的目标，包括社会和经济目标的影响。当然，削减了政府有能力以作为工具的采购，以促进国内产业是贸易规则的基本理由，并明确这些规则不可避免地会对政府有能力做到这一点的制约作用。然而，在许多采购政策水平不关心仅仅与保护民族工业免受竞争违背了贸易规则的基本理由，但有更广泛，完全合法的目标。即使这些被确认为合法的贸易体制的眼睛目标可能会受到不利影响，旨在开放贸易的各项规章制度。例如，正如已经指出的上述，为贫困地区保留公司的合同，以提高质量，避免地区间的政治动乱与冲突的规则可能对外国供应商不歧视的政策，因为这将排除大部分或全部外国供应商。横向政策也可能受到影响的透明度规则。在这些冲突的情况下，它可能需要考虑如何让远资格或例外的基本规则，以适应横向政策。欧盟和WTO的制度经常被批评为过于偏袒在使用水平的目标采购市场开放时寻求平衡的国家政府利益的公开市场政策。

1.4.9 目标 8：在采购过程中的效率

任何一个采购制度的最终目标是要确保采购过程本身是有效地进行。这就要求进行的过程没有不必要的或不相称的拖延或浪费资源为采购实体，并没有不合理的费用也为供应商。

在一定程度上是互补的其他目标 - 良好的供应商将更加愿意参与一个有效的流程，这可以产生更好的经济效益。我们已经注意到以上，然而，一些取舍之间这一目标和其他目标的必要过程。例如，无论是物有所值的目标在获取货物，工程或服务 and 同等待遇的目标（在平等地获得政府的商机意义上的）可能会认为合同一般应以公开招标批出这家公司可能参与任何合格，但提交的投标和评估大量可能被认为是不相称的任何利益与这些目标是有选择性的招标程序（仅限于被邀请的公司）被认为是多个结果，成本适当的。

1.5 实现采购目标的关键原则：透明度，竞争和平等对待²

1.5.1 概述

在大多数有关公共采购监管制度下有三个重要的原则。其中两个原则在通常情况下不考虑公共采购的最终目标，只是作为一种手段来实现上述第四部分所提到的目标。这两个手段是：

- 透明度
- 竞争

²另见学凯尔曼，“重塑联邦采购”（2002）31 581 公共合同法杂志；学凯尔曼，采购和公共管理（华盛顿：美国企业研究所出版社 1990 年）；学阿罗史密斯，学者 Linarelli 和 D.华莱士，规范政府采购：国家和国际透视（伦敦：Kluwer Law International 出版社 2000 年），第 72 页起；学阿罗史密斯说：“欧盟采购指令，国家采购政策和更好的管理：对于一个新途径案”（2002 年）27 个欧洲法评论 3。S. Schooner，“商业采购：与美国政府不断变化的政策与实践的鸿沟”，Ch. 8 in S. Arrowsmith 和 M. Trybus（编辑），公共采购：继续革命（伦敦：Kluwer 法律国际 2002 年）；S. Schooner，“恐惧的监督：务实的政府的基本失败”（2001）50 美国大学法律评论 627；J. Schwartz，“管制与在美国的放松管制的公共采购法律改革”，第三章。Chap. 8 在 G. Piga 和 K. Thai（合编），推进公共采购：实践，创新和知识共享（博卡拉托：PRAcademics 出版社 2007 年）；P. Trepte，透明度和问责制作为促进完整性和防止腐败的公共采购的工具（2005）（文件，经合组织的专家小组会议在政府采购中的 Integrity）；商业市场的经验教训”（2002）11 公共采购法评论 126；瓦特威蒂格，“一个在公共采购制度框架平衡商业与问责：方法与美国做法”（2001 年）10 个公共采购法回顾 139。

第三个原则就是平等对待。正如我们在之前的第4部分所说的那样，这个原则可作为实现制度的目标，也可作为实现其他目标的手段。

在某些情况下支持这些原则作为一种实现采购系统长期目标的手段和落实具体采购的目标之间存在着冲突。例如，如果已过投标截止日期，允许投标者提高招标可以使采购实体在特定采购获得更好的经济效益—但这是普遍禁止的，因为它违反了平等的对待和透明度原则³。

1.5.2 透明度

透明度的概念在许多公共采购制度中都很重要，并作为该示范法的目标之一（见示范法，第（六））。概括地说这一概念是指公开的想法—但它很少被明确界定。阿罗史密斯，Linarelli和华莱士曾建议，这一概念其实可以细分为不同方面，如下所示：⁴

1. 宣传合同机会。这反映在有关采购中的贸易法委员会示范法，例如，对于公益广告的合同机会，有许多采购方法，包括货物和工程招标的一般方法的要求：见第3章，第3.1.3。

2. 宣传每个采购工作的议事规则。这涉及一般监管的制度和为特定的采购供应商制定的规定披露宣传的具体规则。前者是反映在根据贸易法委员会示范法的规定，制定采购法律和公开访问（第5条）的行政法规，后者则反映了，例如，披露各采购标准的一般要求（见第3章，第3.1.10节）。

3. 一个以规则为基础的决策原则，它限制了采购实体或人员的自由裁量权。要求制定和发布特别的议事规则授予—如所使用的授予标准—也涉及到这方面，因为它们不仅确保宣传，而且还限制自由裁量权。对自由裁量权的刚性限制是公共部门授予程序一个特别方面，可以看出有几个目的。其一是防止错误的决策—制定有关过程应如何进行的细则，而不是依靠个人就每宗个案做出决策这样可以帮助确保采购人员做出适当的决策规则—就什么时候使用招标及何时使用其他方法—这是根据经验积累的智慧并结合监管规则。另一个目的是防止滥用—以规则为基础的决策和有限的自由裁量权，确保决策能够更好被监测，以防止在腐败动机的基础上做出决定或（如果这是由被系统禁止）有利于国家或地方的供应商。因此，举例来说，如果授予合同的标准被制订成不能为采购人员使用的有溯及力的标准，青睐于投标人以确保该投标人是可能成功的。

4. 用于对这些规则得到遵守的事实核查和在未得到遵守时执法的可能性。前者是通过以规则为基础的决策来起辅助作用的。它也可以支持进一步的规定，如有义务提供他们为什么被拒绝或要求保留一份记录/或宣传某些决定，如决定实行公开招标投标的具体原因（其中正如我们将看到的第3章，一般需要根据示范法）。

每个方面都可以实现一个或多个上述第4部分的目标。例如：

- 合同机会宣传明显支持，通过确保最佳供应商获知机会提升经济效益，并有助于开放贸易合同当外国供应商在形式上需求时。
- 公开每个议事规则如授予的标准，有助于确保投标人提交投标书最符合采购实体的优先事项，从而确保以更好的价值进行招标。
- 对自由裁量权的限制有助于防止非法的决策，如基于腐败动机而产生的决策（从而支持了完整的目标）或有利于本国供应商的决策（因此上述限制在与采购有关的协定中经常能够发现如欧盟和世贸组织制度）。排除在动机的基础上产生地决策的可能性能

³进一步了解逾期的投标主体看第3章第1.8部分

⁴学阿罗史密斯，Linarelli和D.华莱士，规范政府采购：国家和国际透视（伦敦：Kluwer Law International 出版社2000年），第72—73页。

够加强对货币价值决定。这种限制也有利于维护承包商对制度的信心，从而鼓励参与取得更好的经济效益。结合为能适用的规则作宣传和限制对自由裁量权的实质性也促进了问责的目标。（将问责作为一个目标和透明度作为一种工具，它们之间是紧密相连，但重要的是要分清目标和手段，因为透明度也是一个手段以促进许多其他目标的实现）。

然而，透明度在公共采购领域中具有非常重要的价值。重要的是要认识到它也有成本，可以在某些方面削弱以及支持公共采购目标的实现。这个问题的一个重要方面是由凯尔曼提出的。如下⁵：

“作为组织设计的策略，规则也有谨慎的特性。当我们设计的以规则为基础的组织，我们用来防范灾难，但在令人窒息的巨大成本……政府官员被剥夺的自由裁量权可能会造成不当行为，同时，也可能唤起杰出的成就。”

阿罗史密斯已经强调了这种方式的透明度规则可能妨碍采购目标的实现例子，例如，在欧盟范围内采购系统的背景（脚注略）⁶：

“因此，例如，对于一次竞争的要求，可以帮助确保决策不会受到腐败或歧视性动机或基于对闭塞的市场信息的影响。不过，他们也可能妨碍了更好的交易。例如，从通过出售或清算推广提供中获得一次更好的交易。比赛要求也排除“伙伴”关系的延伸超过一个合同，一个策略，可能会产生长远利益如以对优良的性能和开合作发新产品的激励。以核查的标准为基础，带有少数例外的严格竞争要求，在许多国家法律和指示中，可能会导致更多的商业采购涉及贪污，歧视或错误的判断，以至于做出不明智的选择——凯尔曼所指的“灾难”。然而，他们可能会产生较少的商业结果当没有要求时，特别是（诚实和能干）买方将通过其他手段获得更有利的协议——“卓越”的结果。

…….. 透明度可以通过增加成本影响商业目标。一个例子是使用公开程序的评估费用和准备工作。要求完整的招标在没有讨论的情况下可以被接受或拒绝，这样大大增加了参与度和评估成本，特别是在复杂的项目。（英国最近的一项研究发现，公共工程投标成本通常比可比的私营部门项目高于 10-50%）。官僚主义规则的透明度也可以阻止有竞争力的企业 …….”。

在公共和私营部门中，对于采购政策其中最困难的问题之一就是在以控制采购制度的个人代理（采购人员）行为和允许他们自由裁量之间取得适当的平衡。这个问题将再次出现当我们考虑具体规则的类型是用来管理采购程序，决定如何规范公共采购的选择，而选择必须在联合国国际贸易法委员会采购示范法的背景下做出。⁷

概括地说，在私营部门的采购人员相比在公共部门的人员往往会得到更多的自由裁量权，其行为被其他人员制定的监管规定所监督。（请注意，给予适度的自由裁量权的问题与是一个按规则的性质设置自由裁量权的界限不同——其中公营和私营部门的区别在于对于前者的界限一般由法律规定）。Trepte 认为，造成这种差别的主要原因是公共

⁵学凯尔曼，采购和公共管理（1990 年），第 28 页。

⁶学阿罗史密斯说：“欧盟采购指令，国家采购政策和更好的管理：对于一个新途径案”（2002 年）27 个欧洲法律审查 3

⁷这种平衡是根据贸易法委员会示范法击中受到挑战，见 M.Dischendorfer 著作，“贸易法委员会采购示范法：它是在一定程度上怎样调和主观性与客观性理论的总目标与实际需求？”（2003）12 公共采购法评论 100。除了已经提到的工作，针对这个问题也可以参考 S. 阿罗史密斯，J.Linarelli 和 D.华莱士，规范政府采购：国家和国际透视（伦敦：Kluwer Law International 出版社 2000 年），第二章，第三节（“监管策略”）；P. Bajari 和 S. Tadelis，“激励和授予程序：竞争性招标对采购中的谈判”，在 N. Dimitri, G. Piga and G. Spagnolo（合编）的第五章，采购手册（剑桥：杯 2006 年）；S. Kelman，“重塑联邦采购”（2002）31 公共合同法杂志 581。J. Pegnato，“评估联邦采购改革：钟摆停止了摆动”？（2003 年）3 杂志公共采购 145 条。S. Schooner，“商业采购：与美国政府不断变化的政策与实践的鸿沟”，在 S. Arrowsmith and M. Trybus（合辑）的第 8 章，公共采购：继续革命（伦敦：Kluwer 法律国际 2002 年）；S. Schooner，“恐惧的监督：务实的政府的基本失败”（2001）50 美国大学法律评论 627；S. Schooner 和 C. Yukins，“模范行为？传闻证据不断发展的商业公共采购做法和贸易政策”（2003）9 国际贸易法和第 4 条；J. Schwartz，美国条例和公共采购法律改革放松管制”。在 G. Piga 和 K. Thai（合编）的第 8 章，推进公共采购：实践，创新和知识共享（博卡拉托：PRAcademics 出版社 2007 年）。

和私营部门之间组织性质的差异 – 这一点，他解释如下⁸：

“采购规则并不试图向公共当局强加上私人实践，而是通过竞争性招标的实施来说明这些主管部门组织的性质。不受监督的代理人手中掌握着大量的自由裁量权并能进行直接的发包，这样不能取得与私营公司的员工按照采购程序来操作的相同效果。后者的成果能够由商业标准来衡量。

一般私营公司都对他们的员工更直接的影响力，更好地控制就业条件和较大的激励机制，以确保员工为公司的最大利益而工作。”

但是也有可能有许多其他的解释来说明为什么相比私人采购公共采购会有更多的限制 – 例如，公共采购系统强调减少腐败的重要性，并把它作为一个单独的目标和对决策的问责。

1.5.3 竞争

许多采购制度遵循的第二项原则竞争是实现各种目标的一个重要手段⁹。

通过一些在供应商之间竞争的合同既可以选择供应商，并建立合同的关键条款，这被当作原则使用。首先，要确保政府获得最佳条件，它可以为合同 – 双方有关的货物、工程、服务本身和任何水平的采购目标。这是本质所在，因为来自其他公司的竞争压力会诱发每个投标人提供最好的报价为了赢得合同。从国际贸易的层面来看，政府采购的竞争也有助于国际市场的正常运作。

其次，供应商之间特定的采购竞争的存在也是一种方法，在采购过程中注入一定显着的透明度（在所有方面） – 从而支持由该透明的原则推进各项目标，正如我们在前一节中所讨论的。

但是，竞争确实，会带来代价 – 例如，在一个开放的投标竞争中的评价成本，或所消耗的时间成本。是否开展竞争，开展什么样的竞争来平衡各个方面的不同考虑。在本书的其余章节会进一步考虑这些问题，包括第 2 章节的采购方法，和其他的事当它可能有利于形成有竞争力的程序，即使是主要合同。

1.6 公共部门中监管规则的目的和性质

作为一般原则，控制公共采购的方法在很多方面与处理私营部门采购的方法不同。

首先，公共采购行为一般是以监管规则的形式受到管辖（例如，那些需要竞争性的招标）。

通常，这些法律对采购实体和采购人员有法律约束力，并且由利益方依法强制执行 – 这通常包括其他的供应商。

其次，使用这种方法来实现私营部门采购的目标，因此规范采购人员（其中私营部门可能会被设置为控制采购组织及其代理人）行为的规则内容，往往不同于那些公共部门。透明度和竞争的原则，在公共采购中的突出作用在私营部门并未得到重点强调。因此，公共部门采购人员的自由裁量权常常在许多情况下比私营部门受到更大的限制。一般来说 – 虽然也有例外和限定，人们普遍认为，公共部门使用正式的公开竞争招标多于私营部门，私营部分多半依赖于公共部门。例如，更灵活的竞争采购会留有商量的余地（当开展竞争时），发展与特定的已知供应商的密切关系（“合伙人”）。（在公共部门，这是普遍禁止的。因为正式的竞争采购是选择供应商的标准与和只有在一个非常特殊的

⁸ Trepte, 上文注 3, 第 81 页。

⁹对于竞争的作用和在公共采购中不同类型的竞争，Trepte 是经过详细考虑的，上文注 3, 第 85-86 89。

情况下，才允许直接发包给知名供应商- 见下文第 2 章)。限制自由裁量权，正如我们所看到的，同时为 i) 防止错误的决策，确保采购人员按照该组织的集体智慧行使决策（如规则所体现的）和 ii) 有利于防止滥用特定供应商- 从而由保证了代理（采购干事）按照主体（政府）的利益执行。

连接这些点在于，越是正式的裁决过程，采购人员的自由裁量权越少，依据规则而采取的方法也会越适用。

在公共部门采购中使用的法律规则强加严格限制于自由裁量权往往被“解释”为确保纳税人的金钱花在刀刃上或采购系统的完整性的需要。但是，这只是说明，金钱和诚信的价值是该系统的目标，并没有充分解释为什么监管是作为一种工具来实现这些目标，也没有解释调控所采纳的形式（对透明度和竞争的强调）。需要进一步解释的因素是为什么公共部门的采购与私营部门的采购不同- 如公共部门采购 - 具有金钱价值的实现，例如，作为其目标之一。一些原因可能导致这种情况：公营和私营部门的组织差异¹⁰和把在私营部门的商业压力为手段，以确保有效的采购；政府的政治压力，可能需要正式的规则，以消除压力为党的政治利益或国家进行优先采购；和不同的目标，或强调在公共部门的这些目标（如目标的重要性如完整性和问责制需要一个高透明度的环境来实现不同的目标之间的最佳平衡，而不是只强调金钱的重要性）。

虽然经常在公共部门的采购是由法律规则规定，这并不是在所有国家一样，很多也是在最近得到发展的。

例如，在英国，特别是中央政府控制采购政策 - 如竞争的要求 - 通过行政指示和国库的指引得到应用，既不是由受害的供应人提供强制执行，甚至也不具有法律约束力。这些都是通过内部规则和采购实体采取的政策得到补充的。从 20 世纪 90 年代根据欧盟采购法的要求英国采用法律规则的大致体系。即使是现在，欧盟要求的法律和强制执行的规则在英国仍然受到很大限制。其他事项继续被排除在法律规则的范围外。许多其他普通法国家一直沿用这项做法，仍然保留一些 - 例如，尽管美国的采购，一直长时间受到相当多的法律法规的限制，但是其他普通法国家已经改变了他们的做法为了加入世界贸易或来自于世界银行和其他发展银行的改革压力。

贸易法委员会采购示范法将在本文研究，假设各国将通过具有法律约束力的规则规范采购（和还建议，应该有某种形式的供应商审查，以确保这些规则得到遵守：见第八章）。然而，即使国家不通过关于公共采购的法律和强制执行的规则，也将会使某种规则来管理他们的采购人员的自由裁量权，无论是在中央一级设置 - 例如，准则规定了中央各政府部门 - 或在采购实体本身的水平。即使监管示范法设想 - 具有法律约束力的（一般强制执行）的规定 - 没有得到遵守，该示范法的规定事项（如开展竞争是，如何看待晚投标书等）可以为国家发展/实体的采购政策提供宝贵的指导。

1.7 政府采购制度的多样性

对公共采购统一的监管规则是否可能可取存在一定程度上的争论。这在国际贸易协议的实践中尤其重要，这正如我们所看到为不同国家奠定了一个共同的透明度规则。从中产生了一个问题就是这些规则应该有多详细和多少自由裁量权应该留给个别国家。

也许盛行的看法，得到阿罗史密斯、Linarelli、华莱士和 Trepte 的支持，在某种程度上有所不同。正如 Trepte 说：“采购系统不能参考一些普遍接受和完善的采购法进行分析或批评；他们是在其所处的环境内进行了分析”¹¹。没有“适当的单一模式”是他的书（在第 58 页）的中心论点。对接受分歧的必要性在联合国国际贸易法委员会示范

¹⁰ 见，例如，Trepte，见上文注 3。

¹¹ Trepte，上面注 3，第 48 页。

法得到承认，这在下文第 8 部分有所讨论— 尽管这一事实是通过国家间的采购程序（而不是仅仅是透明的制度的创造），贸易法委员会旨在促进国际贸易。可考虑来证明不同的因素的方法包括：

- 体系中的不同价值，体现在各种采购目标的不同份量¹² – 例如，问责制或采纳的采购促进水平政策的重要性；
- 不同的经济和社会条件，如贪污或在全国市场竞争的不同层次不同水平；
- 培训和采购人员的技能的不同水平。

在实践中，已经在很大程度上对不同国家之间的公共采购制度趋于统一，统一的趋势是通过国际贸易文书强加在国家的普通采购水平和联合国国际贸易法委员会示范法的影响，为其提供了在许多国家使用的一个改革模式¹³。各种发展银行需要自行制定采购指引，为援助资金用在发展中国家的采购，也取得了实质性进展，支持这种走向统一的趋势。另一方面，在其他一些开发银行的支持下，世界银行最近通过了一项对允许发展中国家使用自己的采购系统，而不是依靠世界银行等援助资金采购指引移动政策，这一政策针对系统之间的分歧，虽然在国家之间提供统一的采购（因为相同的 – 国家 – 采购规则可以被用于援助资金和其他采购使用）¹⁴。

1.8 对关于货物、工程和服务采购示范法的介绍

1.8.1 示范法¹⁵

在这本书会考虑有关提到过的公共采购规例问题，特别是贸易法委员会通过（联合国国际贸易法委员会）关于商品采购示范法，工程和服务。本示范法提供了设计和公共采购的监管规则的制定模板，总结了全球过去的经验和现在的采购实践规则。在这方面，它有两个重要作用：既通过设计或改造“从零开始”的采购制度避免了各国重新使用的需要，同时也帮助他们提高采购立法质量通过绘制这一领域的全球集体的监管经验。

联合国国际贸易法委员会第一次通过了关于 1993 年采购示范法。最初的版本只涉及货物和工程。但是一个新的示范法于 1994 年通过，从原来的示范法省略，以便在货物和建设工作的快速结束。

该模式旨在帮助各国发展或改革其公共采购制度。贸易法委员会，顾名思义，实际上是与促进贸易有关的一个组织，并为通过示范法提供理由 – 与其他通过的贸易法委员会文书 – 是与政府的贸易将得到改善，如果各国政府迈向一个更加标准化的方法对于公共采购。在示范法的基础上采纳规则还可以帮助加入国际贸易协定进行开放采购。然而，法律的主要作用是帮助国家实现国内对金钱，效率，廉洁等价值的采购目标。¹⁶

¹² Dekel, 另一方面，上面注 15 段，似乎采取更为严格的观点，提出了层次普遍有效的目标。

¹³ 有关讨论见 E. Nwogwugwu, “走向国际协调采购政策和做法” (2005) 14 PPLR 131; S. Schooner 和 C. Yukins, “渐进主义：削弱了全球公共采购市场的一个障碍。” (2007) 23 乔治敦国际法杂志 529。

¹⁴ 例如见，C. L. 帕拉斯和 J. 伍德，“用于采购的世界银行的国家系统：好主意已经变质？” (2009) 27 发展政策审查 215。

¹⁵ 另见 S. Arrowsmith 和 C. Nicholas, “贸易法委员会采购示范法：过去，现在和未来”，阿罗史密斯一章（编），公共采购法在 21 世纪：联合国国际贸易法委员会示范法对采购改革（2009 年，西）；S. Arrowsmith, “公共采购：作为一个全球标准评价联合国国际贸易法委员会示范法” (2004) 53 国际法和比较法季刊 17; A. Beviglia-Zampetti, “贸易法委员会示范法货物，工程和服务采购”，在 B. Hoekman 和 P. Mavroidis (合编)，法律和政策在公共采购（安阿伯：密歇根大学出版社 1997 年）；R. Hunja, “关于采购货物，工程和服务采购改革及其对影响联合国国际贸易法委员会示范法”。在 S. Arrowsmith 和 A. Davies (合编) 第五章，公共采购全球革命（伦敦：Kluwer Law International 出版社 1998 年）；J. Myers, “关于采购示范法” (1993 年) 21 国际商业律师 179; D. 华莱士，“贸易法委员会：采购示范法改革” (2006 年) 35 公共合同法杂志 485; D. 华莱士说：“联合国的采购示范法” (1992) 1 公共采购法评 406 论; M. Dischendorfer, “贸易法委员会采购法模型：它对于一些主观性是怎样调和与实际要求的总的客观性理论目标？” (2003) 12 公共采购法评论 100; G. Westring, “多边主义与单边采购制度：哪个阵营不属于示范法？” (1994) 3 公共采购法评论 142。

¹⁶ 在之间可能存在的紧张局势，国际和国内层面见 G. Westring, “多边主义与单边采购制度：对哪个阵营示范法是否属于” (1994) 3 公共采购法评论 142。

示范法是纯粹的模式用来协助国家 – 它不是具有法律约束力的文件 – 以及各国可自由地接受或拒绝实行条约。即使在国家接受它的大部分条款，但预计将需要补充规定填写该法的细节，以使其适应特定的状态：例如，要在该州的非正式采购设定如“报价要求”（见下文）应申请的门槛。示范法的目的只是提供一个规范采购的框架，而不是一个完整的、全面的代码。

当示范法通过的时候，设想它将被用于发展中国家为主。其主要影响最初认为在东欧和中欧，但它正在越来越多地用于在其他地方，包括许多非洲和亚洲国家。

示范法是伴随指南得到实施的。该示范法被出版成法文，西班牙文，中文，阿拉伯文，俄文，以及英文，所有这些版本在贸易法委员会的网站上都可查询，www.uncitral.org。这个网站还包含最新的文件涉及有关正在进行审查的示范法，包括由秘书处编写的工作组会议的报告和背景文件。

1.8.2 示范法的审查

2004 年 8-9 月联合国国际贸易法委员会的工作小组在其第六次会议进行了关于审查采购展开工作和示范法改革¹⁷。新的实践的发展是促使审查的主要动力，最突出的是电子手段在公共采购程序的使用：普遍认为，更新示范法以反映这些变化是必要的。然而，鉴于 1993 年通过的示范法的运用经验，审查过程还涉及的一些其他事项。预计审查工作将于 2011 年完成。与此同时，对规定的指导也正在修订和扩展，以提供更多的公共采购法的详细指导。

审查的初步工作侧重于三个主要议题，即在政府采购中使用电子手段，电子逆向拍卖和框架协议。这些议题不都会被处理或在现行的示范法下只用一种非常有限的方式处理，但可能会受制于在修订版中的大量新条文。这些主题在下文第五章的电子采购和电子逆向拍卖中将会进一步讨论。

另一个重大变化是在该版本预计将在示范法领域，涉及到供应商的补救措施：本主题在这本书的第 8 章进一步介绍。

最后，审查也将解决其他议题，包括关于服务采购的规定和简化；其他方法采购货物和工程招标；评标；异常低价竞标；文件合法化；利益冲突；国防采购，以及利用采购促进工业，社会和环境政策（这是本书第 9 章的主题）。在这些主题上所思考的最重要改革在本卷上会有适当的概述。

1.9 公共采购规则的涵盖范围¹⁸

1.9.1 哪些实体都包括在内

有一个问题必须由在公共采购上的监管制度解决，即根据公共采购规则应覆盖哪一类采购实体。

当然，这将取决于对有关公共采购规则的目的。在适用国内公共采购规则的情况下，规则的适用范围将取决于它认为适当的机构根据监管目标，如需要使用的市场调节作为替代，以确保物有所值，机构可能产生以上问题的辩论，例如，国有企业的处理 – 在有关国家，这些使得他们可以适当地留下更多的“商业”控制或方法是否应该在同一个监管的实体公共机构的方式？在国际贸易协定的关注，另一方面主要是防止歧视，重点是哪些实体可能倾向于采取歧视性的行为 – 这是欧洲联盟采购规则的方法¹⁹。

¹⁷ 见 S. 阿罗史密斯（编辑），在 21 世纪公共采购法：关于采购改革贸易法委员会示范法（2009 年，西）；学阿罗史密斯，“公共采购：对联合国国际贸易法委员会示范法作为一项全球标准的鉴定”（2004）53 国际法和比较法季刊 17。

¹⁸ 另见阿罗史密斯，Linarelli 和华莱士，第 6 章；Trepte，上面注释 3，第 288-294 3。

¹⁹ 根据本规则覆盖面，例如，学阿罗史密斯，公共和公用事业采购法；第五章（第二版 2005 年 Sweet & Maxwell。）P. A. Trepte，在欧洲联盟的公共采购（2007 年牛津大学出版社），第 2 章 j

示范法 – 从国家监管目的的角度来看，它主要解决的问题是原则应适用于所有“采购实体”（第一条）。这些被定义为“任何政府部门，机构，机关或其他单位，或任何分支机构在该国从事采购”（或在联邦国家采购的情况下在次上调联邦一级，这些国民政府的实体），除了明确排除那些（第 2 条（b）（i）条）。这些规定旨在涵盖传统的国家实体，如政府部门。

该示范法文本还表明，法律可能包括其他实体，留下一个缺口插入定义所涵盖的实体（在第 2（b）（ii）条）。没有进一步的迹象表明其中应包括实体，但在颁布指南中应给予指导。在这方面，指南建议，政府可能希望包含一个实体，如果它规定实体根据示范法规定进行采购，并确保相关的因素可能是：

“(a) 政府是否提供了大量公共资金给实体，提供担保或其他担保以确保该实体在其采购合同中的相关付款，或以其他方式支持合同中规定的采购实体的义务；

(b) 该实体是否由政府管理或控制，或政府是否参与实体的管理或控制；

(c) 政府是否授权与该公司独家许可证，垄断或半垄断该实体销售的货物或提供的服务；

(d) 该实体在自身盈利能力方面是否是向政府或政府的财政部负责；

(e) 国际协议或其他国家的国际义务是否适用于该实体从事的采购；

(f) 是否该实体由特别的立法行动建立以促进有法律规定的公共目的的活动和公众法律是否适用政府的采购合同所采用的是实体参与的采购合同。”

1.9.2 涵盖哪些交易？

这也是必要的监管制度，以考虑什么样的交易类型应包括 – 如何原则上应定义采购，以及是否有基本定义范围内的任何交易应被排除在外。

到目前为止，作为示范法而言，第 1（1）简单地指出，本法适用于一切采购实体的“采购”。采购被简单地定义为“以任何手段收购货物，工程或服务”，以“货物”，“建筑业”和“服务”本身进一步在第 2（c），（d）及（e）得到定义。

虽然大部分采购法律将普遍覆盖这些，但仍有许多问题需要考虑。这些可能是通过采购所采用的定义，可能是在法例明确界定，如果没有解决，将留给司法发展。例如，对于下面的有关采购法适用于其他公共机构收购问题 1，在这方面的法律限制可能是由对“采购”概念解释引起的 – 基于这个目的，部分或全部收购其他政府的部分不可能都被视为“采购”。另外，对一些可能包括的问题处理可能会通过从采购立法的范围中具体排除，而不是通过其概念的界定。

界定采购法覆盖在上面的一些排除/限制所产生的一些主要问题，如下：

1. 应该如何安排的法律协议来获得货物，工程或其他公共机构提供的服务 – 在什么情况下应被视为由采购法所涵盖的采购处理，要求公共机构与私营机构竞争取胜工作？这种收购可以采取许多不同的形式基于多种目的。仅举几个例子：

2. 对于组织原因，一个实体可能出于具体目的设立一个特定的附属公司提供商品或服务给该实体；

3. 实体的群体，如城市或大学，可以一起建立实体利用规模经济优势向合作经营实体提供商品或服务；

4. 国家可以设立集中采购机构或供应代理商用来向大范围额公共机构提供商品或服务;或

5. 公共机构可能希望对国有企业的一些购买要求。

贸易法委员会示范法关于这个问题并没有提供任何指导，但它是国家希望在制定具体的法律作为参考的法律。

6. 保护采购方法。保护采购是否应受普通采购法或一个特别的制度原则问题（如果是后者，应根据该制度设定怎么样的一般义务）。在一定程度上，这项法律强加对透明度和竞争的义务 - 无论是根据一般采购法或特别制度 - 也有一个什么样的豁免应适用于保障安全和保密问题，以及如何就这些问题应该从一般法律或只是从具体的义务得到豁免。

目前，示范法有非常广泛的排除国防采购规定：第 1（2）指出，示范法并不适用于“采购涉及国防或国家安全”（第 1（2）（a）条），除非采购实体向供应商明确宣布，该示范法将适用（第 1 条（3））。不过，这种做法是有争议的，目前正在审查。即使适用示范法，实体可以利用排除公开招标的优势：它们可能使用更多的非正式竞争程序，甚至单一采购来源。（见第二章）。

1. 处理私人融资基础设施采购的方法和/或特许合同。在一些系统，这些是由普通采购法律来控制，其他的由特殊的制度来调整。联合国国际贸易法委员会本身设有对这一类型的采购规则单独的系统，这些分别出现在这本书的第 6 章。

2. 对于合同，受特殊规则豁免需要从外部强加。在这方面，贸易法委员会示范法第 3 条规定在一定程度上其条文与根据条约或与其他国家的其他协议或协议中的国家义务存在冲突，或涉及颁布的国家和政府间国际金融机构的条约，以条约或协定的规定为准。这项规定对发展中国家向国际贷款银行借贷资金有重要的意思，如世界银行，亚洲开发银行和非洲开发银行，它作为一个一般规则要求凭使用有关银行制定的程序能够获得资助- 第 3 条确保这些程序，而不是适用国家程序。不过，这些贷款银行最近采用了一个更加依赖于基于银行资助的国家采购规则的采购政策，使这些国家具有足够的程序。应当指出，当一个国家参与了一个总协议如贸易协议，即规定了全部或重要组成部分的采购规则简单地依靠第三条，这往往不能令人满意。首先，目前尚不清楚这一规定将如何运作，如果该协议的规定没有被具体纳入到国内法（这是有些国家要求 - 虽然不是所有的 - 在国际协定中包含的法条具有国家法律约束力）。这一规定是否意味着对采购等协议自动适用于采购而没有进一步的行动？其次，这个制度将需要适用 2 套分别的系统，这可能有所不同和/或在各种方式中相互矛盾造成混乱，特别是如果冲突并不十分清楚。第三，现在仍有辩论的余地，是什么构成一个“冲突”。在这种情况下，可以更好地通过一项新的综合采购法以达成协议。

1.9.3 门槛价²⁰

最后，就公共采购法覆盖的范围而言，我们可以看到，采购规则在许多情况下只适用于在一定资金门槛上的采购。

最值得注意的是，往往为使用正式的竞争性程序而设立一定门槛，如公开招标，财务指标以下的合同只需要更多的非正式的竞争程序门槛。

阈值有时也被用来完全地排除来自于采购系统的某些采购，或至少它的大部分义

²⁰一般见 Trepte，以上注 3，pp.288 - 294。

务， - 例如，这可能是与非常低价值采购有关的案子。

国际采购文书，如世界贸易组织的政府采购协定，也常常利用门槛完全排除使用某些合同，基于他们的目的是只捕获对国际贸易兴趣较大的采购，第 7 章中将进一步讨论采购和贸易。

与任何财务门槛采购规则应用有关的主要问题之一是，采购实体可能寻求分裂合同，以避免该规则的适用。针对许多采购系统所包括的明确规则，禁止分裂合同是出于这个原因。但是，这在实践中很难证明。作为回应某些系统，特别是欧洲联盟采购制度²¹，比这更进一步，通过要求提供相关类似供应和服务的所有合同“聚合”来进行统计，无论是在立法上的门槛是否得到满足。在这种体制下，采购实体可能，例如，通过要求聚集一年内各项对文具的要求，并遵循正式的投标规则，如果全年总需求超过了正式招标的门槛 - 即使文具是通过一系列单独的合同购买。在实践中，当然，这很可能导致文具的需求通过一个大型合同就能满足，因为使用正式招标一些规模较小的合同会有些不便。这可能反过来会对参与市场的小企业造成影响 - 并指出采用这种聚合规则不妨考虑采取措施来遏制这一潜在影响。

²¹详情见阿罗史密斯，注上面 58。

第 2 章 货物和工程采购的方式

2.1 介绍

在这一章中，我们将首先介绍不同的采购货物和工程的基本方法——公开招标、投标书等的要求——他们的主要特点，以及第二，看看因素支配的采购方法的选择，以及这些都如何反映在采购法上。这项工作将参照，特别是对本应该是在联合国国际贸易法委员会采购示范法的最新版本通过问题的方法。虽然这一章重点是货物和工程，应该指出，这些方法也适用于在根据示范法的某些情况下服务——特别是简单的服务，比如很多人工服务——尽管服务是通过独立的处理的规定，我们将会看到下文。

在寻找这些问题，我们将采取一系列的采购方法三种分类，如下：

1. 正式招标
2. 减结构性竞争性的采购方法，如征求建议书和报价要求
3. 单一来源采购

阿罗史密斯，Linarelli 和华莱士也使用这种分类。

这里使用的分类方法不作任何货物，工程和服务之间的具体区别。

一方面，目前贸易法委员会示范法，已经大致将普通货物和工程作出区别，另一方面，服务为另一方。不过，这种情况已经出现，主要由于历史原因和可能是作为示范法目前的审查提供一个单一的采购方法和综合设置而改变。

在以后的章节中，我们将着眼于对实际采购过程的各个方面下的货物和工程的主要采购方式的更多细节。特别是，我们将在第 3 章中分析正规投标行为。

在第四章中我们也会考虑一些采购问题，比如选择有限的供应商参与竞争和使用供应清单（核准清单），这对其他类型的采购方法也是特别重要的。

2.2 正式的招标程序

2.2.1 公开招标

2.2.1.1 在贸易法委员会示范法下的公开招标程序及“投标”

公开招标（或招标，在美国的术语）可大致定义为一个正式的招标采购方法，其中涉及任何有兴趣的供应商（或至少有兴趣的合格供应商）均可参加投标。

在许多采购系统的主要采购方式中提供了很多公开招标的形式，包括在联合国国际贸易法委员会下（见下文），——虽然没有成为所有系统的方式。造成这种情况的原因是多方面的。从本质上讲，可以说，许多系统中的许多交易，公开招标被认为是促进和支持该系统的主要目标实现的最好方式，因为它提供了最大程度的透明度和在所有采购程序提供最大程度的竞争。

正如我们在第一章解释了透明度和竞争这两项原则被认为是许多采购系统的核心，无论从国家的角度，还是从开放的采购市场贸易战略层面，这两项原则是实现采购目标适当的方式。此外，公开招标是固有的有利于独立的个体实现平等获得由政府提供的市场的机会。特别是，我们可以注意：

i) 提供一种可能性：在公开招标中，任何有资格人士都有可能在众多的投标者中获得投标考虑的机会，能够增加采购实体从最好的供应商在市场上受益的机会，从而提高货币价值；

ii) 公开招标的相同特征促使任何有资格的供应商提出了他们能够提供的最好的报价，因为他们需要击败其他供应商的报价以赢得合同——再次加强对货币价值；

iii) 这种公开招标相同的功能也降低了供应商之间的共谋风险，因为数量众多的投标人更加难以形成共谋，再次加强货币价值；

iv) 公开招标同样的功能可以确保任何有兴趣的人能够获得政府业务的机会，并在某些采购系统本身实现一些自己权利的重要目标；

iv) 一个缺乏采购实体选择供应商的意愿和不允许递交投标书的程序，将减少滥用有利于特定供应商的自由裁量权的可能性，在程序中实现金钱和诚信的价值；

v) 在其他方面，正式的公开招标的开放，包括澄清机制和谈判的有限可能性，招标的正式性，也减少了自由裁量权滥用的可能性，提高了系统的监控，再次向既为金钱和利益的过程中诚信的价值。

这些因素的考虑导致在许多系统中公开招标成为默认的采购方法，并在事实上，公开招标成为联合国国际贸易法委员会示范法中，采购货物和工程默认的方法——其他方法只能用在特定的和有限的案件中。示范法是指这个方法仅仅指“招标”。这种方法也可根据示范法在服务中适当的运用。在示范法下这一显著特点，在许多法律制度中都通过公开招标方式进行，包括：

1. 一个采购公告的广告（第 24 条）；
2. 使用一个详细的规范，提供了比较所有招标和投标的共同基础；
3. 一个固定的投标日期和时间提交投标书（第 30 条（1））；
4. 招投标要求用一个密封的信封以书面形式签署（第 30 条（5））——或以电子形式提供相当于保密等保障措施；
5. 一个公开开标（第 33 条）；及
6. 一个要求授予合同的供应商提交最好的投标（虽然不一定是最低价格），没有与供应商招标谈判或允许修正（如第 35 条规定）的可能性——除了纠正某些非实质性的错误（第 34（1）及（2））。

在示范法的招标采购实体可以进行资格预审程序，如果它认为这是适当的，只限制符合条件的供应商参加招标采购——如谁具备合格的技术执行工作。

可以说，在欧盟公共采购指令下（2004/18 指令）根据一个类似的采购方法，向公共部门的申请主要情况则不同了，——所谓的开放程序——任何企业都必须被允许参加投标（虽然采购实体不必接受不合格公司的招标）。

本细则适用于公开招标和促进公共采购制度的目标发挥的作用，这些将在第三章中研究。

2.2.1.2 根据贸易法委员会示范法的招标减损

正如前述，公开招标的方法往往被推定为是优于其他采购系统的方法，因为公开招

标的一些特点，使它们最适合满足采购过程的某些基本目标——如提供平等的机会——和/或执行竞争和透明度原则，一般作为促进实现该系统的目标的一种手段。然而，在一些情况下，公开招标的这些优势比其他考虑因素更重要，甚至当一个采购程序的竞技状态仍然是适当的。这些措施包括，例如，事实是，在评估标书从所有感兴趣的人有时甚至超过参与任何储蓄的个人，将产生较高的投标供应商或更多更好的竞争（项数带来的成本，特别是有关投标时数投标成本高或评估）。正式性的竞争招标，以及“开放式”的，采购方法的性质也可能是问题，因为在那里有一个持续与参加的供应商，这可能会经常出现在复杂的采购需求和方法展开讨论。还有一些案件中，有在举办比赛的所有问题，例如，凡在任何一种竞争性程序所涉及的时间尺度的极端迫切性问题。

因此，即使是很常见的情况，其中公开招标采购默认方法的这种例外是初步规定使用公开招标所采取的方式。不过，为确保公开招标的优点是只有在其他必要的原因的情形下才允许舍弃，在许多系统中使用的方法而不是使用公开招标的方法，往往只允许在特定和有限的情况下使用，并且受到一定的保障。这是根据联合国国际贸易法委员会采购示范法的一些情况。

首先，我们将在下面的章节说明考虑各种采购方法，而不是公开招标，示范法明确规定了这些其他方法可用于货物或工程采购情况下的使用情形。

此外，公开招标的方法比其他用途，根据该示范法的所有情况下是受到一定的保障措施，即：

i)一些额外的行政机关批准；及

ii)包含根据第 11 条的理由和情况列入的声明的记录，为相信证明讨论中所使用的方法的合法性的记录。

这些措施都有助于防止蓄意滥用程序和反对在程序中使用的商业错误判断，也让选择的过程可以进行监管。

另一方面，尽管采购方法选择的重要性，目前在示范法的规定下从属于供应商的审查，采购方法可以选择。然而，虽然普遍认为这一立场不满意，并认为很可能在当前示范法的审查中改变。

它可能会注意到，一些上述的考虑，导致监管机构的结论是不恰当的，甚至指定开放作为首选的采购方式，或者至少所有类型的采购招标为通用方法，虽然这可能是例外，而不是系统规则。

当然，如同上文所讨论的，考虑采用公开招标的因素和以及它所产生的不利影响，就认为在任何招标采购制度，或为任何特定类型的采购实体的默认程序，公共采购规则的许多方面，在公共采购系统中具有特殊的特征。这些措施包括，在他们之中，对系统的不同目标值（给予完整或平等获得政府业务的权重，例如，越有可能是公开招标将被强调）；透明度的重视（尤其是有限的自由裁量权），并为实现这些目标的竞争，在何种程度上滥用自由裁量权是特定的采购制度的问题；对采购人员的培训和技能水平，以及对供应市场的性质——特别是较高的标书数目，可能收到的是，就越有可能偏离公开招标会减少竞争性招标，具有较高的成本将是评估所有在一个开放的程序收到的投标书。

2.2.2 招标的两个阶段

招标的两阶段是一种常用的正式招标采购制度，特别是在不用时可以在一开始就合同的程序的详细规格设置一个两阶段方法。

贸易法委员会示范法，包括采购方法，被称为相当典型的招标的两阶段这。支配这

种方法的特殊规则，载于示范法第 46 条。

除非有所涉及，该过程类似于正式招标，除此之外，在没有任何代价的第一阶段招标中，公司提交的合同（其中可能包括合同条款以及技术特征）涉及任何相关方面的招标。其次是与企业提交的投标书（其中可能包括他们的反应能力和是否符合实体的需求）的任何方面的招标谈判。

基于第一投标阶段（包括各种可能的解决办法的建议以及谈判的结果）的结果，根据这一程序的采购实体，然后设置一个共同的规范贸易法委员会的版本，如招标。这可能涉及到删除或修改原招标（这在实践中是可能发生，例如，原先设想的一些要求因为昂贵而不切实际或技术上是不可可能的）某些方面。

在第二阶段，投标者会进一步完善，按照招标投标对本规范以及遵循的议事规则要求投标，如第 3 章下文讨论。

一般的规则管辖招标也普遍适用，除非另有规定（第 46（1）），包括规则，规定一个上面所讨论的公益广告，并参与所有感兴趣的供应商的可能性。

根据贸易法委员会示范法而定的两阶段招标程序的步骤	
1.	公益广告合同
2.	没有提交投标书的价格（开放给任何有兴趣的投标者）
3.	讨论招标
4.	制备单一的规范
5.	提交按照惯常的规则加以修订招标（公开）招标（向所有人开放的第一阶段递交响应性投标的合格供应商）

根据示范法使用两阶段招标的确切理由如下：

1. 当它是不可行的采购实体制定详细的规格，以获得最满意的解决方案，它旨在提供其需要的满足这些各种可能的手段或第二，因为该要求的技术特征要与供应商谈判（第 19（1）（a）条）；

2. 为进行研究，实验，研究或开发合同的目的（第 19（1）（b）条）；

3. 对于涉及国防或国家安全的合同（其中模型法适用于此类采购：见第 2 章以

上)，每当采购实体确定这些程序，是最合适的采购方法之一（第 19（1）（三）

4. 招标程序已经进行但失败了（在没有提交投标书或他们都被以各种理由拒绝），以及采购实体认为，新的招标程序将不会成功（第 19（1）（d）项）。这可能适用，因为采购实体已无法起草一份规范，是有吸引力的或可行的，然后两阶段招标可以作为一种方法来确定如何起草规范。

关于使用两阶段招标颁布指南提出以下意见的第一条理由：

“情况是，它是不可行的，采购实体制定准确的或最终的技术规格可能出现两种类型的案件。首先是当采购实体没有确定具体方式，以满足特定的需要，因此要求以各种可能的解决方案（例如它并不取决于材料的类型决定是建立一个桥梁使用）的建议。第二个案例是高科技项目，如大型客机或复杂的计算机设备的采购，这是在特殊情况下的类型，因为后者是技术复杂性的商品，它可能被视为不受欢迎的获取从采购实体进行的在规范基础上最好的价值和立场，它已制定了在与供应商和承包商进行谈判，以确切功能和所提供的是什么”的情况下可能出现的变动。

两阶段招标是常用的有关货物和工程设计及建造的合约，供应诸如电力、供水部门安装、电信（例如，水电大坝，废物处理设施，抽水站，发电机和污水工程）。

根据联合国国际贸易法委员会，上面列出的四个理由涉及两阶段招标的三个程序，下文将进一步阐述正式要求提供作为提案和竞争性的谈判。这不是设想，国家将包括所有这些方法，他们代表具有不同的竞争性和透明度程度的复杂采购问题的不同方法。两者间，它的形式符合示范法和提案/竞争性谈判的要求，因为在示范法中出现的程序，招标阶段的重要区别是一个在两阶段招标规范的共同需要，没有对每名投标者在其自己的解决方案的基础上的可能性投标，这对于一个标书，可以更容易地监测，可以更客观的比较。其他透明度的保障也内置分为两个阶段招标，因为它在联合国国际贸易法委员会（出现这样的事实，在两阶段招标一个公益广告的要求没有例外；事实上，这是与会者不可能限制的数量，然后删除其他不合格投标或谁不服从要求的标书）。但是，有可能在使用过程中，需要一个共同的规范发现一些个案问题：

- 它限制不同解决方案的考虑，这可能是不同的解决方案涉及很重要的货币价值的比较；
- 可能没有足够的竞争，如果一些投标者不想，或者不反对那些能够最终选择的规格和招标；
- 投标者可能认为他们的建议作为机密元素，创造了利用作为投标的基础上从其他公司的建议得以摆脱困境 - 至少在没有付款的时候。（它可以指出，通常含有更多的非正式程序规定，防止在企业的建议书记载的机密信息）。

因此，各国可能需要考虑之一

- 有些地方为混合针对不同的规格或在最后阶段，但有更大的透明度和竞争招标的建议提供比由提案/竞争性谈判的形式，他们在示范法中出现的程序要求提供实物 - 美国两阶段的程序如下所述也许是一个可以考虑，因为这种混合的例子；或
- 同时用两阶段招标和征求建议书式程序的要求提供与前者是用在有上述的种类和后者情况下在一个单一的规范是不是合适的做法没有问题。

2.2.3 限制性招标

示范法的限制性招标作为一个正式的招标方法，是最后一种设想，载于规则第 47 条。再者，招标申请，除了示范法一般规则的这一程序，除非有第 47 条（3）与此相反

的具体规则。

有两个非常重要的程序和招标，这使得它透明开放的形式更不同：

- 程序规定没有一个公益广告的；以及
- 采购实体可以限制合格的供应商的参与，而不是开放给所有感兴趣的各方。

示范法的现行规定招标使用限制的理由如下：

需要的审查和评价时间成本与大量投标书的采购价值不相称（第 20 条（b）项）。

由于其高度复杂或专门性质的原因，只能有限的供应商数目可用（第 20 条（a）条）。

在这里，采购实体必须征求现有所有供应商投标人的规定（第 47（1）（a）条）。上面已经批评第二个理由。没有广告，往往是不可能知道供应市场规模，导致通过使不正确的判断使货币价值受到损害。此外，由于决定所涉及的自由裁量权而蓄意隐藏重要机遇。这后一个问题是，用于监听/执行有限的机遇，因为广告情况下的事实，即目前还有没有对的采购方法（虽然，我们已经提到，目前的供应商审查，该示范法出台选择供应商审查的可能性）。对于第二个理由，目前已采用的一些限制性招标已消除了这一示范法目前审查的讨论。这项规定尚未包含在最新发表的工作组第十八次会议编写的审查草案中。但是，这个问题仍然在讨论中。

应该提到的是，示范法和属于欧洲联盟的限制性招标采购“限制程序”往往存在指令之间的混淆。本程序的名称相似，但它们在竞争的透明度和参与程度方面实际上是完全不同的程序。两个重要的区别是：

联合国国际贸易法委员会限制性招标方法是不同的；

欧盟限制程序要求公开刊登广告，招揽合同利率。

欧盟的议事实体必须考虑在平等基础上邀请所有那些回应通知的进行招标。它不需要邀请的合格供应商，必须用客观的规则和标准选择其中邀请招标，从而更不受自由裁量权和潜力滥用的约束，根据示范法选择投标人。

在一定程度上，欧盟程序提供了示范法的（公开）招标方法和限制性招标方法之间的混合体。根据欧盟法律，欧盟的限制程序提供给会员国没有限制，无论是简单或更复杂的采购。根据贸易法委员会示范法，示范法的（公开）招标作为具有资格预审的投标将被视为欧盟限制程序的程序步骤，这在一定程度上是重叠的。欧盟的限制程序包括两种：一是进行招标前通过资格预审，并邀请所有合格供应商；二是在资格预审前进行招标，并只邀请合格供应商的一些情况。

2.3 非正式采购

2.3.1 征求建议书

正如我们在上面已经看到的，在贸易法委员会的情况下，对货物和工程采购中的某些情况提供的三种方法是不可行的，也没有制定规格和招标程序，以及研究和某些国防和安全采购、开发合同有关的程序，载于示范法第 19 条。其中之一就是要求招标书的方法，主要步骤总结于下表。进行招标书的规定载于第 48 条。

由于两阶段招标有一个出版总署的通知要求，在国际上广泛发行的报纸或在相关的领域内的专业性的贸易出版物。然而，与此相反在它可以免除该通知时，两阶段招标程序，采购实体认为有必要做的节约和效率的原因。这可能导致潜在的透明度和竞争性较少比这两招标或两阶段招标，但可能允许采购实体与供应商和采购实体，以避免在编制和评估的建议（这可能是复杂的，因此双方昂贵）不相称的费用。该通知或征求会要求

投标人如何能满足采购实体的要求的建议，根据他们的能力和他们提出的价格加上信息。采购实体必须征求建议“尽可能多的供应商或承包商在切实可行的，但至少有三个，如果可能的话”（第 48（1））。同样，这种设想允许采购实体应尽可能广泛控制参加人数，这被认为是合理的，例如再次避免不相称的程序费用。

采购实体可以再进行协商和就其提案的内容寻求供应商修改。这个过程必须结合“最佳和最后报价”，在这个过程中涵盖所有剩下的供应商提交的建议（第 48（8））。在与招标和两阶段招标，其中涉及对所有供应商单一的规范的对比，采购实体将允许每个供应商提交自己的建议为基础的报价。这可以使提供了更多的困难和主观比较，但允许采购实体获得比较广泛的选择范围值的钱更好。

我们已经注意到，上面这个程序之间和两阶段招标，即一些关键的区别：

- 一个共同的规范是需要最后的招标两阶段招标阶段，没有对每个投标者投标，其自己的解决方案的可能；
- 有在两阶段招标没有例外的一个公益广告的要求；
- 这是不可能限制其他参加者人数比删除不合格投标或谁不服从要求的标书，而我们刚才看到的建议书要求有一个限制邀请数量的可能性。

在某些情况下我们还建议使用两个以上的阶段，困难是招标，从一个单一的规范要求而产生，可能意味着它是有帮助的；提供一些建议，要求程序（虽然可能有更多的保障，实物和竞争透明度，沿着这些线路在两阶段招标申请）在认为适当的，一种混合类之间的请求书和两阶段招标。

一些一般性问题有关的提案，这类程序的要求及某些其他程序，被认为是后来在这本书的第 4 章，即：选择，选择哪些公司参与，使用供应商名单，以及在复杂的采购提供了评价。

2.3.2 竞争性谈判

正如我们已经看到的两阶段招标和征求建议书，一直以来，竞争性谈判是一种程序，它在某些情况下是不可行的制定规范的形式，也为招标程序的情况下失败，某些国防和安全采购，以及研究和开发合同：这一点，因为我们已经看到，载于示范法条第 19 条。

竞争性谈判的采购方式处理，只有很简单的示范法。正如阿罗史密斯和尼古拉斯曾解释：

他说：“竞争性谈判程序载列于第 49 条，只是涉及采购实体与谈判”，以确保有效的竞争“[公司]足够数量（第 49（1））。在与上述其他程序相反，竞争性谈判示范法并不要求作为一般规则公告。它不为谈判设置任何形式结构，除非提供 - 与征求建议书程序要求 - 该过程是一个从供应商方面的最佳和最终报价结束对他们的建议的所有方面（第 49 条（4））。有没有详细的评价规则：它仅仅是指出，采购实体应选择在最佳和最后报价的基础上（第 49（4））成功的报价。”

除了作为一个更加透明的两阶段招标或征求建议书，理由上述替代，竞争性谈判也是两个（第 19 条（2）示范法）提供的其他理由：

- 对于在招标会的紧迫感并不切实可行（前提是不紧急由实体或由于其拖延行为所设想的）情况；
- 如果因为一个“灾难性事件”有紧迫感和其他方法

在这种情况下，它可以被看作是单一来源采购选择，使得它比其他现实的选择更加透明和有竞争力的选择。

2.3.3 质询

人们普遍接受，为规模较小的采购招标的好处往往抵销以使用正式招标程序的费用，无论是在使用过程中的资源和完成它的时间范围。因此，贸易法委员会提供了一个更为正规的方法，报价要求，是低附加值，简单的采购使用。

示范法第 21 条，国家的程序可用于购买“现成的商品或不属于专门生产或提供给采购实体的特定规格的服务，并且有一个成熟的市场”里的估计值采购合同超过一定值设置采购条例所规定限额以内（第 21（1））。

其精确的入门指标，即低于此标准该机构可能求助于这种采购一般取决于该透明度和竞争之间寻求平衡，一方面，非正规的方法，并在其他程序的费用。由于与更多的采购方式的选择一般来说，这将反过来影响因素（如在此平衡的问题是其他情况下），如训练程度和人员腐败的程度以及技能的价值观特定的采购系统。不同的入门标准可为不同类型和不同的采购实体的采购。由于采购价值是决定，而不是正式的投标价值门槛的适用规则，这种非正式的程序使用的关键因素是非常作为的透明度和竞争程度决定了系统的重要。

同时，从第 2 章中所讨论已经这个角度来看，重要的问题是什么控制的现有资源，防止通过分裂合同，允许使用更正规的采购方法，而不是正式的方法限制。第 21（2）模型划分为法律禁止的调用程序要求报价的目的，其为采购实体单独的采购合同。但是这项规定是仅限于恶意的情况下，这可能是很难证明 - 虽然一个审查机构有可能会从一个不恰当的假设结果恶意。没有什么要求实体总的要求是适当的时候做的，可比的聚合规则，在欧盟采购上述第二章中讨论的指令存在。

同样重要的是要注意在这一点上潜在的替代品使用的报价为经常性采购或紧急采购程序的要求是建立一个框架协议，与一个供应商或几个供应商之一。如果在一个适当的方式运作，框架协议可以提供一种方法，可能较为开放，竞争，比透明的报价方法请求。示范法目前并没有提及明确的框架协议。然而，联合国国际贸易法委员会工作组拟采购建议对作为目前的审查结果框架广泛的规定增加。这个题目是在第 5 章探讨如下。

本指南颁布示范法建议，而不是招标不应成为低价值采购的强制性要求的报价使用。这是因为有时可能招标，尽管仍然是最合适的低价值采购方法：在指南中给出一个例子是购买时可以承诺采购实体为其日后购买特定的技术。

该报价方法请求细节载于示范法条 50。它不要求对合同的广告，而只是要求采购实体要求从尽可能多的供应商的报价单，但至少从三个，如果可能的话（第 51（1））。与其他采购方法，涉及到有限的邀请供应商，如要求对建议的方法外，还有邀请的供应商应该如何选择没有详细的规定。采购实体必须简单地向供应商提供一个最低报价，以满足该公司需要合同（第 51（3））。每个供应商只允许提出一个报价，不能改变其报价，超过报价谈判禁止（第 51 条（2））。这一采购方法的步骤总结在下文中。

2.3.4 单一来源采购

发现在采购法规采购方法的第三个类型是一个不需要任何种类的竞争，正式或非正式的，选择缔约伙伴。该示范法中包含了这种采购方法，被称为单一来源采购。这种程序有时也被称为直接签约。

显然，这个过程甚至比上面讨论的其他程序，涉及任何重大背离概念同等待遇，并从透明度和竞争的原则，大部分采购系统依赖于执行采购过程中的主要目标。使用单一来源采购的理由，反映了这些不同的首要原因通常原则。它们包括，例如，避免过多的成本和竞争的延迟时，可以客观地预测谁赢没有竞争的合同，当延迟将影响政府的行政能力，以满足其需要（紧急）和横向政策的执行情况（例如，为了应对经济突发事件）。

使用根据贸易法委员会示范法单一来源采购的理由载列于第 22（1）。它们如下

“（一）货物，工程或服务只能从某一供应商或承包商，或某一供应商或承包商可在货物，工程或服务的专营权，没有合理的选择或替代存在；

（二）有获得该货物，工程或服务的迫切需要，并在招标程序或任何其他采购方法将是不切实际的，因此，只要提供的情况引起紧迫性从事既非采购实体，也不是可预见的结果在其工作拖延；

（三）由于某一灾难性事件，有一个对货物，工程或服务的迫切需要，使不切实际的使用，因为在使用这些方法时所涉及的其他采购方式；

（四）采购实体，具有采购货物，设备，技术或服务供应商或承包商，决定了额外的供应，必须从该供应商或承包商或标准化的原因是因为与现有产品的兼容性，设备采购的需要，技术或服务，同时考虑到在满足采购实体的需要，原采购的有效性，在关系到原来的采购，价格合理，不适合的替代方案提出的货物采购规模有限有问题或服务；

（五）采购实体的目的，是进入到与供应商或用于研究，试验，研究或开发，目的承建商但合同包括货物批量的生产合同，建立自己的商业可行性或恢复的研究和开发成本的；

（六）采购实体适用本法规定的，依照第一条第（3），采购涉及国防或国家安全，并确定单一来源采购是最适当的采购方法。”

事实上，单一来源采购，特别是非竞争性和非透明的手段，这是特别重要的监督使用这种方法，以防止滥用。正如我们已经提到，示范法目前不允许供应商挑战的过程，但这一立场滥用备受批评，很可能是作为示范法目前的审查结果改变。

有些法律制度还制定了其他机制或特别补充规则，以控制单招标方法来源滥用。提供一个很好的例子是由欧盟法律。

首先，欧盟法院已开发出采用单一来源方式上的理由解释严格的规定（在欧盟，称为无合同谈判程序的通知）和举证责任。

其次，欧盟法律规定，已在违反有关规定被授予合同发布广告的一般规则作为合同的通知无效合同。但是，成员国可以允许其采购实体，以避免出版，出版了他们的意图授予合同的解释不持有广告竞争的理由通知在官方公报注意到这个风险，并尊重了十来天瘫痪（延迟）在订立合同的期限，以便有时间对供应商不做广告的决定提出异议。成员国也可以提供一个合同挑战的通知公布后 30 天期限的限制。这可能是与宣传的必要性和延误和费用的正式招标程序有用的妥协 - 如果不出现其他供应商的正式投标将被需要的，但如果没有它不会。这种方法有效地促进了单一来源过程中使用，否则可能是因为在实践中的适用问题产生困难。

这些方法可能是值得期待提供大量的控制，以防止滥用国家单一来源采购。

2.4 示范法的规章的审查关于采购方式的选择

示范法目前的审查正在考虑一些改革，执政的选择和采购方法的使用，以及提供更广泛的指导方法的选择当前的规则。从本质上讲，目前正式区分之间的货物和工程采购，一方面，和其他服务的采购上，已出现主要是由于历史的原因。正如我们所提到的，为货物和工程采购提供了许多方法，其实许多类型的服务，可能是合适的，而不是定制服务的方法使用这些服务。另一方面，正如我们将看到的服务方法，这些方法的一些定制服务，非常类似于复杂的采购货物和服务采购的一些方法在第4章。

货物/工程和服务之间的区分的关于采购方法的规则的目的，目前的立场是非常有可能改变后的示范法目前完成审查工作。因此，建议在目前的修订草案文本提供的采购方法，所有这些都将适用于货物，工程和服务的单一和综合设置。

该方法更适合一些被认为是一个比其他采购类型合适的程度，这将是解决颁布指南中详细。然而，这些方法都不会被限制在示范法的货物，工程或服务的唯一（在此又见第四章服务的采购方法）。这提供了对所有三种类型的方法，采购原则提供系列的新方法被称为中的“工具箱”的做法贸易法委员会的讨论。一个采取这种做法的理由是，它无需归类为货物，工程和服务，从而导致合同被任意后果 - 特别是一些合同涉及的商品结构，工程和服务，并可能是不合适的采购方法上的属于一类或其他合同总分类而定。

正如我们已经注意到，另一个建议的改革很可能在这方面是非常重要的向供应商提供审查方法的选择时，这是没有根据本规定的可能对供应商审查示范法。

第 3 章：公开招标程序¹

3.1 概述

虽然受制于排除适用的情况，但正如我们从采购示范法中看到的一般性规则是采购实体需要用招标方式——公开招标的一种形式——采购货物和工程。本章考察的法律是如何对公开招标程序进行规定。

下文所讨论的很多的规制和原则也与其他采购程序相关——同时示范法自身实际上也规定了它同样适用其他的采购方法，例如限制招标和两阶段招标，除非有特殊的例外情况。（第 46 条第 1 款的两阶段招标和第 47 条第 3 款的限制性招标）。

3.2 规格和其他招标文件

3.2.1 一般意义上的招标文件

招标文件主要是指投标人发布的包含所有跟合同以及合同授予程序相关信息的文件。采购示范法相关的规定在第 26 条到 28 条。

第 27 条规定了招标必备文件中需要包括的事项，如下所述。

另外一个重要的条文是，第 26 条规定文件所有相关费用只能是印刷费和提供这些文件的费用。另外，条款规定供应商得到文件可以通过互联网或者通过其他的电子形式（供应商一般应承担印刷的费用）。

招标文件的内容（示范法第 27 条）

- (a) 关于编写投标书的说明；
- (b) 符合第 6 条规定的关于评审供应商和承包商资格的标准和程序以及根据第 34 条第(6)款关于进一步证明资格的标准和程序；
- (c) 关于供应商或承包商为证明其资格而必须提供的书面证据和其他资料的规定；
- (d) 符合第 16 条规定的拟采购的货物、工程或服务的性质和所需的技术和质量特点，包括但不限于根据情况所需的技术规格、平面图、图样和设计货物的数量；任何需执行的附带服务；拟建工程或提供服务的地点；希望或规定的任何交货时间、竣工时间或提供服务时间；
- (e) 采购实体用以决定中选投标的标准，包括按照第 34 条第(4)款(b)、(C)

¹ See, in general, S.Arrowsmith, J.Linarelli and D.Wallace, *Regulating Public Procurement: National and International Perspectives* (2000), chapters 7-11; P.Trepte, *Regulating Procurement: Understanding the Ends and Means of Public Procurement Regulation* (2004) chapter 5; Beviglia-Zampetti, "The UNCITRAL Model Law on Procurement of Goods, Construction and Services", chapter 15 in Hoekman and Mavroidis (eds.), *Law and Policy in Public Purchasing* (1997); S. Arrowsmith and C. Nicholas, "The UNCITRAL Model Law on Procurement: Past, Present and Future", chapter 1 in Arrowsmith (ed.), *Public Procurement Regulation in the 21st Century: Reform of the UNCITRAL Model Law on Procurement* (2009; West), section 1.11. For illustrations of open tendering-type methods in particular systems see, for example, the Asia Link companion textbook *EU Public Procurement Law*, chapter 6; and J. Cibinic and R.C. Nash, *Formation of Government Contracts* (3rd ed. 1998), passim and in particular chapter 5, on sealed bidding in the United States federal system.

或

- (d) 项规定采用的优惠幅度或除价格以外的任何标准和此种标准的相对比重；
- (f) 采购实体已经知道的采购合同的条件和将由当事各方签署的任何合同形式；
- (g) 在除招标文件中已列明者外还可允许另列货物、工程或服务特点、合同规定和条件或其他要求的情况下，对此作出的说明，以及关于备选投标的评审和比较办法的说明；
- (h) 在允许供应商或承包商只对拟采购的货物、工程或服务的一部分进行投标的情况下，对可提交投标的一部分或各部分作出的说明；
- (i) 列明和表示投标价格的方式，包括一项关于该价格是否包括除货物、工程或服务本身的费用以外的其他成份，例如任何适用的交通运输费用、保险费用、关税和其他税项的说明；
- (j) 列明和表示投标价格的一种或几种货币；
- (k) 依照第 29 条规定用以编写投标书的语文；
- (l) 对提交投标书的供应商或承包商提供任何投标担保的要求，采购实体对开立担保者及担保的性质、形式、数额和其他主要条件的任何要求，和对订立采购合同的供应商或承包商为履行采购合同提供的任何担保，包括对诸如劳力和物资保证书等担保的任何要求；
- (m) 如供应商或承包商在提交投标截止日期之前不能修改或撤回其投标否则将丧失其投标担保，则应予以说明；
- (n) 依照第 30 条规定提交投标书的方式、地点和截止日期；
- (o) 供应商或承包商根据第 28 条请求澄清招标文件时可采用的方法，及一项关于采购实体是否打算在此阶段召开一次供应商或承包商会议的说明；
- (p) 依照第 31 条规定的投标有效期；
- (q) 依照第 33 条规定的开启投标书的地点、日期和时间；
- (r) 开启和审查投标书的程序；
- (s) 根据第 34 条第 (5) 款对投标进行评审和比较时运用的货币，以及将投标换算成该种货币的汇率或一项关于将采用某指定金融机构公布的在某一规定日期的现行汇率的说明；
- (t) 提及本法、采购条例和与采购程序直接有关的所有其他法律和条例，但是未提及任何这类法律和条例不应构成需根据第 52 条规定进行审查或使采购实体负有赔偿责任的理由；

- (u) 采购实体内有权在没有中介人干预情况下就采购过程同供应商或承包商直接来往通讯的一名或多名官员或雇员的姓名、职称和地址；
- (v) 由供应商或承包商在采购合同范围外作出的任何承诺，如关于对销贸易或技术转让的承诺；
- (w) 关于有权依据本法第 52 条规定要求审查采购实体在采购过程中采取的非法行为、决定或程序的通知；
- (X) 如采购实体保留按第 12 条规定拒绝全部投标的权利，对此作出的声明；
- (Y) 某一投标一经接受后，为了使采购合同生效而需要的任何手续，包括在适用情况下按照第 36 条规定订立一份书面采购合同、由更高级当局或政府予以批准，和估计在发出接受通知后尚须多长时间才会获得批准；
- (z) 采购实体依照本法和采购条例对投标书的编写和提交以及对采购过程的其他方面所制订其他任何规定。

3.2.2 必备文件的修改和澄清

第 28 条主要是关于文件的修改和说明。这方面的关键规则是：

说明：

(1) 采购实体应对在提交投标截止日期前一段合理时间内收到的由供应商或承包商提出的澄清招标文件的任何要求作出答复。采购实体应在合理时间内作出答复（第 28 条第 1 款）；

(2) 采购实体应向任何取得招标文件的实体作出澄清（第 28 条第 1 款）；

(3) 采购实体需要向任何取得招标文件的实体通知关于澄清会议的时间（第 28 条第 3 款）；

采购实体可以通过印发增编的形式修改招标文件，此种增编需迅速分发给采购实体向其提供了招标文件的所有供应商和承包商（第 28 条第 2 款）。

示范法的第 30 条第 2 款要求在供应商需要考虑任何修改和澄清的情况下，采购实体需要扩展投标期限。

3.2.3 起草规格的法律规则²

3.2.3.1 概述

技术规格的概念主要是用来描述采购的货物、服务或者工程的主要问题。在这一部分里，我们将会考察在以何种方式对特殊的合同设置技术规格的限制。

法律上的规制主要从以下方面来实现：

1. 技术规格的内容主要包括对所有满足政府需要的产品和工程提供进入竞争的机会。这保证了广泛的竞争，能够促使供应商提供最优的报价，考虑所有可能物有所值的产品。

² See further Arrowsmith, Linarelli and Wallace, above, pp.407-440.

2. 保证技术规格的描述易于理解和清晰，能够鼓励参与并保证投标者能够提供合适的投标。

3. 同时，这些规则需要保证实体不要花费不相适应的时间和努力来制作技术标准——也就是说，上面的考虑需要权衡有效率程序的需要。

同样重要的是，技术规格需要明细，以避免未来的法律问题，比如不合格的投标者问题，由于含糊需要重新投标，或者最终合同的含糊不清（在投标程序中没有发现含糊不清）。下面将对这些因素具体介绍。

3.2.3.2 示范法关于技术资格的规则

示范法关于技术规格的规则主要在第 16 条。主要的规则如下。

首先，“尽可能的”任何技术规格和相关的描述必须基于“关于客观技术和质量特征”，不能要求或者指向特别的商标，名称，专利，设计，种类，特殊来源或则生产商（第 16 条第 2 款）。有一种例外是，没有“充分的精确的易于理解的方式”来描述这种要求。然而，在这种例外情形下，采购实体被允许采用指向专利或者特殊设计等方式，同时也必须接受任何供应商提供的相当的产品，必须指明接受“相当的”或者相似的描述。

该规则主要是为了提供更广泛范围的竞争。

然而，在以上条款中出现某些模糊的技术规格的描述。一般的，它是否为采购实体指定了特别的物资或者程序留下空间是不明了的。这些特别的物资程序比如运用在产品供应，拒绝功能性替代，或者是否要求采购实体采购某类满足实质性性能或者功能要求的产品或者服务。特殊物资的技术规格能够被考虑作为相关的客观的技术特征吗？或者它不被作为客观的技术特征，但是也许是特殊“设计”——这种特殊设计一般是不被允许的（专门的设计并不被应用在歧视性产品或者在排除适用中允许其是可替代的）。

接受该条款的国家也许考虑未来是否需要澄清：如果采购实体要求对货物或者工程的技术规格中具体详细说明、接受功能性替代，应该在法律中有明确写明。同时应承担对货物与技术规格描述对等的证明。自从供应商掌握相关的信息，在采购的时间范围内，需要供应商提供对等的证据。

一个采购的具体例子是，欧盟一般需要采购实体具体说明和接受任何满足功能性的相当的产品。

示范法的 c-359/93 号委员会诉荷兰³的案例明确建立了此规则。这个规则是以欧盟的功能条款为基础的。这个条款主要是防止成员国之间的贸易障碍，包括对进入采购市场的限制。这个案例关于欧盟委员会公平法院的诉讼，涉及荷兰一个权力机关购买维修天气预报站的服务的合同。在示范法之前的案例已经建立了这样的规则，即阻止公共采购中直接或者间接的歧视，优先本地货物的技术规格。在该案例中，法院指出该案是对第 34 条的贸易限制。因为它排除了适格的投标合同：一些不适用 UNIX 但满足合同要求的功能。尽管在进口货物中没有对国内产品的优先的技术规格的规定。这个案例揭示了技术规格并非要用排除满足权力机关要求的货物的方式来起草。

示范法技术规格的第二个规则是采购实体必须运用标准化特征、术语来描述要求的

³ [1995] E.C.R. I-157. For analysis see further the Asia Link companion textbook *EU Public Procurement Law*, chapter 5.

技术和质量标准，在起草合同和采购文件时要考虑到标准化的贸易术语。（第 16 条第 3 款）。这个要求的目的是使技术规格对潜在的供应商来说尽可能的容易理解。

采购示范法也阐明了一个一般规则，即采购实体不能通过对拟采购的货物、服务或者工程的技术或者质量特点的规格、平面图、图样和设计，以及关于试验和试验方法、包装、标志或标签或合格证等要求以及代号和术语，或对于服务的说明，对供应商的参与采购过程早场障碍，包括基于国籍的障碍。（第 16 条第 1 款）。这里基于国籍的障碍作为开放国际采购市场是示范法开端的。

第 16 条第 1 款的规定是相当模糊的，跟之前的条款相比，它并没有明晰增加了哪些关于技术规格的实质的条款，尤其是第 16 条第 2 款，规定采购实体要给满足他们功能性需求的产品留有余地。然而，跟其他事情相关的，例如测试和一致性验证等条款则具体体现为一种规则，要求这些规则不能过度复杂以明确其目标。举例来说，采购实体必须接受供应商来源地的关于一致性的证明，而不是要求本地的标准。基于国籍的特殊的障碍上，即要求应用纯粹的本国的程序应该有严格的审查。然而，在实践中个案中很难运用这样的一个规则，有很大程度上的不确定性，国外程序通常被认为是等价的。

这个条款同样也要求实体证明他们的技术规格是合法的——尤其是，他们被本国标准衡量的情况下。有一个相关的例子是 Dundalk case⁴——该案例是衡平法院关于示范法第 34 条公共合同技术规格的影响的。在该案例中，在工程建设中应用的管道是按照爱尔兰国家标准的，这被认为违反了第 34 条。在示范法案例中，这种要求是非法的，因为它排除了在所有方面（例如健康标准）相等价，能够像规定的标准一样满足采购实体的功能性需求的产品。

然而，如果爱尔兰标准规定了特殊的保护健康的高标准是否会被认为过高而不包括其他国家的标准呢？采购示范法的第 16 条第 1 款被争论，认为它应该至少要求采购实体证明为何需要如此高的保护健康的标准。

3.2.3.3 技术规格和授予程序的选择之间的关系

正如我们在第二章看到的，单一来源采购的适用的一个依据是采购要求只能从一个特殊的供应商处得到。如果技术规格非常狭窄——有意的或其他——那么可能只有一个供应商能够满足标准，采购实体可能就只会寻找这个单一的采购来源。很清楚的是，当采购技术规格是合乎规则的，任何法院都会接受该解释时，允许单一来源采购的方法是合适的。

在这里值得重申的是，单一来源采购只在没有“合理的”供替代的选择和选择品时允许采用。因而即使技术规格的要求是合法的，当这里只有一个能够满足采购要求的供应商时，也许需要起草一个宽泛的技术规格来保证竞争的实现。这可能包括接受并非十分满足要求的货物或服务。这样在评估投标时要考虑满足要求的投标人的“额外价值”，通过合理的替代性或替代品来衡量投标。Arrowsmith 和 Nicholas 曾在书中写道：“这至少保证了不同货物，工程或则服务的优势通过外部监督进行比较，而不是一种类型优先。”⁵

我们在第二章也看到了，一个采购实体在采购开始不能够起草自己的技术标准的，

⁴ Case 45/87, *Commission v Ireland* [1988] ECR 4929 (“Dundalk” case)

⁵ further S. Arrowsmith and C. Nicholas, “The UNCITRAL Model Law on Procurement: Past, Present and Future », chapter 1 in Arrowsmith (ed.), *Public Procurement Regulation in the 21st Century: Reform of the UNCITRAL Model Law on Procurement* (2009; West), p.42

采购示范法规定了这类实体可以采用两阶段招标方式，要求建议或者竞争性谈判（根据本国的偏好）来建立技术规格或则从不同的供应商处得到不同的建议。如果采购实体试图自己起草技术规格，但是该技术规格不适用任何供应商或者没有应答，采购示范法规定了两阶段招标程序，要求采用建议或则竞争性谈话，在后来的程序中制作合适的技术规格。（这主要适用当采购实体认为新的招标程序不能成功的情况下。）（第 19 条第 1 款 d 项）。

3.2.3.4 不遵从技术规格的法律规则或者技术规格模糊时的实际后果

在起草技术规格时，采购实体遵从以上的规则是非常重要的，如果失败可能引起重大的实质后果，延期采购。当然，这很大程度上取决于不同法律体系的救济制度，范围很宽广。然而，一般的观察，这些需要按照采购示范法和其他采购制度的规则来解决。

这些问题在实践中会以不同的方式出现。

一般的，首先，投标者挑战技术规格是违法的，在这种情况下，采购实体可能会修改规格使采购规格合法。采购示范法关于修改的规则应经在上面列出来了。在实践中，需要注意的是，采购规格的修改需要迅速的分发到任何接受最初技术规格的人手中。采购示范法的第 30 条第 2 款规定了需要给供应商合理的时间来对任何的修改作出回应，因而要求一个投标截止时间的延展期。

然而，可能的问题是，如果一个修改影响了工程的某些方面，需要进行广告——例如，如果合同广告指向一个专利产品，那就意味着着中国指向是非法的。在这种情况下，必须确定谁看到了通知但没有索要文件，因为他们不能够供应指向的产品——但是这些人可能对修改（合法的）的技术规格感兴趣。一个好的时间或法律会考虑重新发布公告来使那些企业有机会参与。这是否会被法律要求取决于公平待遇原则是作为采购程序独立的目标还是保证其他目标的一个工具之间的权衡。

这个技术规格非法的影响也可能发生在一个投标人提交了并非实质遵守技术规格，但技术规格合法时遵守的情况下。在上面的采购示范法案例中有过这种情况。在非一致性招标中的部分，很多不允许采购实体简单的接受不符合招标文件的要求的投标。如果采购实体这样做了，就会面临供应商竞争者的挑战。然而，投标人并非要求采购实体减去非合格的投标人来继续同样的评估程序——因为技术规格是非法的——只有修改技术规格。竞争的投标人一般没有兴趣来挑战这个决定。（如果这里没有挑战的可能性，尤其是实质性的修改不是很重大，一个采购实体会考虑接受这样的—一个投标，尤其是面临时间的压力以及不会有新的投标人参与到修改后的技术规格的情况下）。

在技术规格有歧义的情况下（通常是包含两种或者更多可能的含义）就要考虑认为该技术规则在法律上有缺陷。在这种情况下，会出现上面相同的结果。在美国联邦采购法中，Cibinic 和 Nash 观察到，基于技术规格有歧义的法律挑战经常在采购程序⁶中出现。在这些程序中，几乎没有相关的投标人满足招标文件。（尽管我们看到示范法规定了修改程序）。一旦标的提交了，一般很少有修改的余地，但标的提交后总是有很多问题出现。

3.3 合同的公告

正如第一章强调的，透明度的一个重要方面是保证合同机会的公开。这促进了更大范围的竞争，增强了物有所值，提供了更多的有效的监督和采购活动的可说明性。

⁶ J. Cibinic and R.C. Nash, *Formation of Government Contracts* (3rd ed. 1998), p.361.

一般的，法律要求公开采购程序对每一个采购都要有公开的通知。

采购示范法的第 24 条对此有规定。它要求采购公告以及有兴趣的供应商的回应应该在异国政府公报或者其他出版物上公开（第 24 条第 1 款）。采购示范法最初作为一个贸易的工具，后来强调贸易中采购的开放，它有一个要求即公开需要“以国际贸易中通常适用的语言，在国家范围的报纸或相关的贸易出版物或者国际范围的专业技术出版物”（第 24 条第 2 款（除了第 23 条 i 项）参与者被限定在本国供应商或者 ii）当采购实体认为由于低价只有本国供应商才会感兴趣。

采购示范法的第 25 条罗列了公布的内容，与资格预审程序的规定不同。

然而，对一些程序来讲，一些采购规则提供了更为灵活的公开方式——例如，公开招标人可能选择的供应商，公开在没有更多的通知的情况下一段采购时期后采购合同。本书的第四章将会解决一些问题。然而，公开程序中公布个别的公告是通常的做法——尽管采购程序被分割为许多部分。

3.4 资格和资格预审程序⁷

3.4.1 概述

资格这个词可以被用来描述满足政府特殊合同的最低标准的企业。

资格情况一般是下面三种类型：

1、资金情况（关于企业是否有充足的资金老履行合同，能否应对可能发生的法律可能性）；

2、技术情况（关于企业是否有充足的有资质的员工，工具设施等来履行合同）以及；

3、社会、行业或者环境等与履行合同无关的情况（例如，所有政府合同方应该提供给残疾人和小企业适当的机会等）。

这个术语“资格”被用到示范法和许多普通法系的英语国家中。（在美国这部分主要是指责任——扩大指履行合同的能力和现实性——以及资格——扩大指供应商是否满足诸如社会情况的条件）。

资格预审用来描述在授予程序开始时投标提交前的资格认证程序。

这一部分将会考察在招标程序中与资格预审有关的问题，也会解决有关资格的一般问题，包括运用到的证据和标准。与最后一种情况相关的问题——我们称之为“水平”的条件——在第十章单独分析。运用供应商清单（也被称为资格清单或者准予清单）并非被认为是相关的招标的公开形式，这在之后的第四章将有讨论。

需要注意的是，在示范法中的资格和资格预审程序原则上指向采购方法，不仅仅是招标，在示范法开始的第一章的概述部分有介绍。

3.4.2 排除的标准

⁷ See further Arrowsmith, Linarelli and Wallace, above, chapter 10.

示范法的第6条列出了一系列的标准,包括采购实体可以要求供应商满足参与标准,资格标准要考虑到采购实体等。第六条也规定不能强加其他的标准。此外,在某些案例中,法律或者政策提出特定的标准需要被规定。示范法中列举的任意的标准如下(第六条第1款b项):

- (i) 具有履行采购合同所需的专业和技术资格、专业和技术能力、财力资源、设备和其他物质设施、管理能力、可靠性、经验、声誉和人员;
- (ii) 具有订立采购合同的法定权能;
- (iii) 并非处于无清偿能力、财产被接管、破产或结业状态,其事务目前并非由法院或司法人员管理,其业务活动未中止,而且也未因上述任何情况而成为法律诉讼的主体;
- (iv) 履行了缴纳本国税款和社会保障款项的义务;
- (v) 在采购过程开始之前...年期间(由颁布国规定一段时限)内未被判犯有、其董事或主要职员也未被判犯有与其职业行为有关的或与假报或虚报资格骗取采购合同有关的任何刑事犯罪,也未曾在其他方面由于行政部门勒令停业或取消资格程序而被取消资格。

我们从中可以看到,采购示范法规定,供应商如果没有履行其缴税以及社会义务,或者他们或他们的董事或主要职员被判有与其职业行为有关的或与假报或虚报资格骗取采购合同有关的任何刑事犯罪,将会被排除。(在授予合同之前的特殊时段): 第六条第1款b项第一点。

这些条款在之前的段落里是非常明确的,但是提出了一系列的问题要求比示范法⁸规定的更为详细。

首先,当一国适用该条款时并非总是清晰的。供应商不遵循这些规定的可能不能履行合同,这些排除可能为了其他的目的⁹,例如:

- (1) 为了避免相关的政府的非法行为,做了一个例子,避免公共的批评;
- (2) 提供一个附加工具来保证法律的适用和违法的制裁;
- (3) 确保一个平等的实施场所;
- (4) 确保政府的资金不被用来支持企业非法的活动。

决定条款适用范围是很重要的——举例来说,可以抵御“自我清洁”(下面进一步阐述)。

第二,出现的问题是以上的目标在何种程度上被实现,而不是当排除时适应政府的方式。即使可靠性被采购实体很好的评估——这可能导致过多的不一致或者自由裁量权的潜在的滥用。

⁸ In the EU context see for example, E. Piselli, "The Scope for Excluding Providers who have Committed Criminal Offences under the EU Procurement Directives" (2000) 9 *Public Procurement Law Review* 267; S Williams, "The Mandatory Exclusions for Corruption in the new EC Procurement Directives" (2006) 31 *European Law Review* 711; (other debarment articles including US?); and the companion textbook *EU Public Procurement Law*, chapter 6, section 6.4.2.5.; and in other contexts, for example, S. Williams, "The Debarment of Corrupt Contractors from World Bank Financed Contracts" (2007) 36 *Public Contracts Law Journal* 277; Anechiarico and Jacobs, "Purging Corruption from Public Contracting: the Solutions are Now Part of the Problem" (1995) 40 *New York Law School Law Review* 143.

⁹ See further, for example, S. Arrowsmith, "Horizontal Policies in Public Procurement: a Taxonomy" (2010) 10 *Journal of Public Procurement* 149; S. Arrowsmith, H-J Prieß and P. Friton, "Self-Cleaning as a Defence to Exclusions for Misconduct – An Emerging Concept in EC Public Procurement Law?" (2009) 18 *Public Procurement Law Review* 257.

第三，采购实体的排除是因为考虑自由裁量权的扩大适用会滥用其对供应商的偏爱。滥用的可能性能通过增强透明性的要求来降低——但目前示范法本身几乎没有为了考虑这种排除而对透明度的指引。

在逐渐增长的国际市场上，在国外供应上也会有困难——或者在其他国家得到国内供应商证据方面。

另外，在决定如何处理公司董事和其他主要成员，关联公司或者子公司的职位上也存在相当大的困难（母子公司、分支机构或者姊妹公司¹⁰）。在何种情形下，能够认定一个董事或则其他人员能影响公司的地位？在一些国家，只有个人和非公司自身才能承担刑事处罚或特定的惩罚。（在示范法的案例中解决了这个问题，假设董事或其他人员相关）。然而，如何给关联公司定罪？独立公司适格与否会包含相当多的调查成本，这些可能阻止好的供应商的参与。——但是不履行这些会导致政策的失效。政策制定者需要考虑这些问题在采购法律制度中是否要解决。如果不被解决，评审主体自己应该建立规则来处理这种情况——例如决定一个子公司，当他的母公司为了排除的目的时，能被认定为同一个公司。从政府管理集中化的角度来看，这种排除的决定使得排除公司和个人有用。这可以保证供应商合适的程序和保障措施，限制此案够实体自由裁量权的滥用，确保政府资源的更好利用和政策修订的有效性。

另外一个问题是何种防卫对供应商是可适用的，也就是对排除有什么样的限制。一般的，如果供应商能够证明他们有“自净”程序，已经通过改革来阻止相似的刑事案件的发生的话，能有权力不被排除吗？¹¹这个规则的目的的重要性就在这里。排除的目的就是为了阻止这样的行为或者增强可靠性。存在争议的是，经历了自净程序的企业能比其他企业（甚至是从来没有收到处罚的企业）减少风险吗？

在什么样的情况下？供应商已经承担刑事处罚但没有定罪能被排除吗？能被观察到的是，世界银行的采购指引的政策对那些在特定环境下甚至没有定罪¹²的腐败的排除适用。

此外刑事处罚或者没有缴税以及社会贡献的采购体制也提供了对供应商的排除。

因而，举例来说，欧盟的管理大部分大型货物、工程和服务采购合同授予的 2008/18 指令包含跟示范法清单相似的供应商的排除。但是它包含第 45 条第 2 款的一些供应商的排除：

“(d) 有采购实体能够证明的重大的专业上的不当行为”。

这允许了排除认为公司违反刑事法律的问题。这包括，违反专业裁决机构建立的专业道德，或者违反竞争法（反垄断法）条款（包括采购中的共谋）或者相关裁决建立的道德歧视（在某些国家是行政或民事制裁，而非刑事性质）。在该条之下，欧盟的每一个成员国决定在何种情况下允许其实体排除适用。

无论上面的条款是否覆盖了过去的不当行为，是否经历了公正的决定，只通过采购实体自己的研究并不十分明朗。如果它只覆盖了前者，那么这就被简单化了，即限制在刑事定罪的方面。

¹⁰ See further, for example, S. Arrowsmith, “Horizontal Policies in Public Procurement: a Taxonomy” (2010) 10 *Journal of Public Procurement* 149; S. Arrowsmith, H-J Prieß and P. Friton, “Self-Cleaning as a Defence to Exclusions for Misconduct – An Emerging Concept in EC Public Procurement Law?” (2009) 18 *Public Procurement Law Review* 257.

¹¹ For a comparative review see generally H. Puender, H-J. Priess and S. Arrowsmith, *Self-Cleaning in Public Procurement Law* (Carl Heymanns: 2009).

¹² World Bank, *Guidelines for Procurement under IBRD Loans and IDA Credits*, available at www.worldbank.org, section 1.15.

3.4.3 提供不完全的或者错误的信息

示范法的第 6 条第 6 款解决的是排除在专门的采购中提供不完全或者不正确信息的供应商。在决定是否排除一个供应商的情况时的考虑在很多方面与决定排除或者允许改正不完全的或者没有答复的投标时相似的。然而，排除的争议在资格信息的规定上并没有那么强烈，这些规则显得更宽松。

第 6 条第 6 款规定，当资格信息发现有错误（故意的错误）时，采购实体必须排除该供应商。（第 6 条第 6 款 a 项）。

同时当信息有实质上的错误或则不完全时，采购实体也应该排除适用。（第 6 条第 6 款 b 项）这意味着当供应商不适格时，实体可以将其排除。——举例来说，比如由于采购的延期，或者此案够实体认为供应商通过更多的时间得到供应信息而获得不公正的优势。另一方面，采购实体考虑这些优势——一般的比如更大的竞争——比其他问题更重要时，应该能够该供应商。

同样的，在决定是否排除在截止时间或者提交时间之后提交信息的供应商的问题也需要考虑。

另一方面，当实体的非实质性的方面（除非它没能迅速按要求修正缺陷）的信息不清楚或者不完全时可能不被排除。（第 6 条第 6 款 c 项）。这通过保证采购实体不能利用较小的错误排除某些供应商，从而限制了采购实体偏好特殊供应商的自由裁量权，扩大了竞争，为供应商提供了公平的待遇，激励了参与。根据均衡原则供应商不能由于小的技术不适被排除。

3.4.4 行政管理的暂停或者排除

正如我们看到的，示范法第 6 条第 1 款的 b 到 v 项规定供应商被因为不适格而被排除时应寻求行政暂停或者排除程序。这指明了一个事实即在一些采购体制中一个外部权力实体拥有权力决定在一段时间内，由于供应商的一些特定行为，被排除一些或者所有政府采购。这样的权力可以决定是否该行为发生或者决定排除“制裁”的前提的性质。

举例来说，一个实体被建立来决定供应商是否以及多长时间的腐败应该被排除政府采购。首先这种行为是否发生被法院决定，但是行政权力决定是什么样的后果，也许考虑诸如自净措施的存在。当政府将政府此案够作为一种实现政府政策的工具，例如公平择业，判断实施政策和排除适用的范围时，行政主体有时也成立。一个例子是美国联邦合同服务计划（美国劳动职业标准管理部的一部分），对联邦计划有责任，包括决定不适格的合同方。¹³

正如已经提到的，给采购实体成立一个外部组织来解决特定种类的排除有很多优势。这包括限制采购实体的自由裁量权的滥用，确保相关政府政策的适用以及为供应商提供更具有程序性的保障基础。

3.4.5 资格标准和证据的披露

根据一般的透明度原则，示范法的第 6 条第 3 款规定，第 6 条的任何要求（证明资格的和证据的大量要求）应该在邀请文件和资格预审文件中披露。

示范法的这些规定对必须给供应商的信息的要求并不是很清晰。采购实体应该披露关于技术规格和资金资格的最低的要求（例如相关的工作经验的年限）。

¹³ See www.dol.gov/OFCPP; J. Cibinic and R.C. Nash, *Formation of Government Contracts* (3rd ed. 1998), chapter 10; and for a recent review C. McCrudden, *Buying Social Justice: Equality, Government Procurement, & Legal Change* (OUP: 2007), chapter 6, and the literature cited there. For further illustrations see Arrowsmith, "Horizontal Policies in Public Procurement: a Taxonomy", above.

然而，不适格的刑事犯罪需要哪些信息并不是很清晰。一个采购实体对此有一般的裁量权，仅仅陈述它拥有权力来排除实体被定罪被认为是不充分的透明度，创造了广泛范围的滥用和不一致。因而它可能被争议，即它需要揭露政策性的前提即——或者通过法律或者要求采购实体向供应商说明自己的政策。

3.4.6 证据和法律文件

示范法第六条第二款规定，（关于供应商的权利，保护知识产权和商业秘密）采购实体可要求供应商提供适当的书面证据或其他资料，以证明他们有资格。

采购实体必须仔细考虑在采购的每个阶段，什么样的资格的供应商应提供的详细证据。提供资格证明可能是费时的，阻止供应商的参与，特别是小型和中小型企业，供应商可通过价格上涨的间接费用。实体可以通过限制每个阶段的负担来鼓励更多参与。特别是，它是特别有用的证据，需要考虑的是，是否需要采购中的每一个（无论是在投标或资格预审程序参加）或参与的供应商提供足够的证据或者只要求赢得合同的供应商提供。

在其中一个领域造成的问题往往是合法化的文件——官方的证实，签名，盖章或印章的文件是真实的。示范法条 10 条规定，如果采购实体要求的文件的公证，不得对文件的类型在法律上施加任何要求。不过，示范法规定，在供应商被授予合同之前，采购实体要求其采购文件合法化的权利没有任何限制。在对示范法一般的回顾中，工作组已经达成一致，建议采购实体只能对赢得合同的供应商要求采购文件的合法化。¹⁴

3.4.7 资格预审程序

正如我们所看到的，资格预审程序的概念主要指在授予合同程序开始时，投标提交前的资格程序。

运用资格预审程序的原因和相关的考虑是为了决定应用它们来解释示范法指引，关于第 7 条的评论如下：

资格预审程序的目的是消除早在采购程序，供应商或没有合格的承包商履行合同的情况。这种程序可能特别适合复杂或高价值的货物，工程或服务的购买，甚至可能是为购买一个相对较低的价值，但涉及专业性的。其原因是，在这种情况下评价和投标书，建议，都复杂得多，成本高昂和费时。资格预审程序中可能减少采购实体必须评估和比较的投标书的数量，建议或要约。此外，有能力的供应商和承包商有时不愿意参加高价值的合同，在那里，准备招标，建议或提供的成本可能会很高，采购程序的竞争性领域，如果过大，他们与不切实际的投标，建议或不合格的供应商或承包商竞争的风险成本过大。

示范法第 7 条列明进行资格预审程序适用于一般的采购方法，这包括招标中，我们已经注意到，示范法在招标中允许资格预审适当的可能性。这些规定旨在确保在这个过程中平等对待供应商和透明度。

¹⁴ See Article 9(7) of the draft text found in document A.CN/9/WG.1/WP.73/Add.1 (available at www.uncitral.org), which was developed for the eighteenth session of the Working Group in April 2010.

主要规则如下：

1、第六条管理资格标准和证据的一般规则适用于：第 7（1）。

2、资格预审文件在供应商提出请求时必须提供给供应商，不得收取比印刷成本高的费用（第 7（2））----- 一个规则，也适用于我们前面提到的其他文件。

3、资格预审文件必须包括指定的信息，包括合同本身，资格预审的程序将会如何运行，以及所需要的资格证明（第 7 条（3））。

4、资格文件澄清的规则，类似于技术规格澄清等（第 7（4））。

5、如须立即通知决定供应商，并提供给任何人要求（不只是供应商）合格人员名单（第 7（6）），向他们提供拒绝供应商的理由 - 尽管这是明文规定，采购实体无须给予证据或理由（第 7（7））。这项规定以便供应商可以更容易地行使自己提出对决定质疑的权利。

第 7（8）条规定，供应商可能需要根据同样的标准证明他们的要求。这包括在合同授予之前新的环境变化，比如供应商资金的减少等。

3.5 投标的修改和撤回以及标的的保证

已经提交的投标在投标截止日期之前撤回或修改，而不是事后进行。在这方面贸易法委员会示范法第 31 条提供了以下规则：

1、投标书在招标文件中规定的期间内有效；

2、一个供应商可以在投标前的截止日期修改或撤回而不丧失其投标担保（第 31 条（3））。但是，这也遵守招标文件中的任何相反的规定（第 31 条（3））；

3、投标者在投标截止日期的修改或撤销是有效的。

如果投标者在期满前撤回其投标，采购实体可能遭受损失----- 例如，工程延期或者运行一个新的招标程序的成本，或者为工程支付了更高的价格等。在一些情况下，采购实体可以要求招标担保----- 以现金或其他存款单形式-----以防止投标人撤回投标的损失。

示范法第 32 条包含的管理投标担保的规则，要求采购实体决定此种担保。它不要求采购实体要求这些担保，但是，因为他们是最经常发生在高风险和高价值的采购的情况下，一般不要求所有情况。

主要规则如下。

首先，任何要求担保的采购必须施加到所有的供应商。

其次，采购实体必须在招标文件中指定就发行人的性质，形式，数额和其他主要条款及条件所要求的投标担保（第 32（1）（f））的任何要求。

第三，任何直接或者间接设计到供应商行为的规定，对截止日期后撤销或修改标书（或在截止日期前若有规定在招标文件）；未能签署采购合同；或未能提供合同后的安全性能所需的投标被接受或遵守任何其他先决条件，签订采购合同在招标文件中规定的安全（第 32（1）（f）段）。

招标文件可规定，投标担保发行人及保兑，如果有的话，投标担保的投标担保条款，必须被采购实体所接受（第 32（1）（b）项）。然而，反映 - 像贸易法委员会的许多条款-----示范法的关于对开放市场，贸易，采购实体不得拒收。（除非接受此投标担保的采购实体违反国家法律）。

采购实体必须对投标担保金额不作任何声称，并应及时归还，或购买采购担保合同，或者投保担保期限届满的投保担保合同，使采购合同有效，（如果需要的话提供担保），投标最后期限前的终止或者撤回程序（如果允许的话）。

招标前供应商可要求采购实体确认接受建议的发行人或投标担保（如果接受是必须的），采购实体必须迅速作出反应（第 32（1）（d）项）。然而，所提议的发行人或接受任何建议的采购人确认不妨碍拒绝招标，视情况而定，已破产或者缺少信誉。（第 32（1）（e）段）。

最后一点关于指南示范法的制定，参考了投标担保，确认打算考虑某些国家的做法，要求地方确认国外投标担保——但强调不是试图鼓励这种做法。

3.6 招标的方式和开标

3.6.1 招标方式

正如在许多一般的公共采购法，贸易法委员会采购示范法规定，第 30（5）（a）条，一般的投标书须以书面形式签署，用一个密封的信封提交。

这些规定旨在多种用途，即：

- 提供一套招标的纪录；
- 为了保证真实性（建立发件人的身份）；
- 提供安全 – 确保招标不能在开标前篡改；及
- 提供机密 – 确保招标的内容不能被未经授权的人员在开标前开放。

这种对投标形式的规定是遵从第 30 条资格（5）（b）设计，特别是允许以电子形式提交的，这是等同于传统的书面签字盖章投标。在招标文件中，允许一个投标人以任何招标文件中的具体方式记录招标的内容，至少具有真实性，安全性和保密性的相似程度提交。这个根据改革的示范法和现行规则，正在考虑电子采购领域的可能性，改革的书面招标范围在之后的第 7 章电子采购中将讨论。

3.6.2 开标

在公开的招标程序中，开标时向公共投标者——或至少在所有与会者在场开标。这使得有兴趣的成员核实授予合同的而供应商是否是最好的投标者。

贸易法委员会示范法规定的开标有以下规则：

一些国家规定了更广泛的投标提供的信息。通常也有详细的法规中规定了开标程序规则。¹⁵

3.7 不符合的投标

3.7.1 概述：政策考虑¹⁶

在公开招标的重要问题，是不符合标书与招标文件中设置的所有细节的规定处理。这些我们称之为“非符合”招标。如不符合要求，可能涉及到实质性的——如产品规格——或程序性事项，如招标用语。

此种招标有时被称为“无响应”或“不符合”招标。这些条款“不响应”和“不符合”有时用在同样的意义作为我们的“非符合”指的是所有投标书不符合规定的要求。

¹⁵ On the approach of the United States federal procurement system on these matters, which provides an interesting illustration, see J. Cibinic and R.C. Nash, *Formation of Government Contracts* (3rd ed. 1998), pp.522-525.

¹⁶ See also O. Dekel, “The Legal Theory of Competitive Bidding for Government Contracts” (2008) 37 P.C.L.J. 237; Cibinic and Nash, above, pp.537-592

但是，术语“非敏感”和“不符合”有时也携带法律文书的内涵 – 包括在联合国国际贸易法委员会示范法 – 不是指所有投标书表现出某种程度的不符合规定，但只限于投标书表现出了不符合类型，没有或不能放弃或纠正。在长期不符合在这里，而不是无响应或不符合规定，来泛指所有投标书展示了一些不符合规定的程度。

在本节中，我们确定了一些有关这个问题的总体考虑，才进入下节，考虑对不合格投标问题的监管规则。

对一个非符合要求的投标几种可能的对策：

- 选择 1: 考虑投标所表示的(进行比较时有可能考虑采取任何不符合规定的标书);
- 选择 2: 考虑投标一旦得到纠正后符合(这可能涉及的采购实体改正,或由投标者自行校正);
- 选择 3: 拒绝投标;
- 选择 4: 将其作为一个必须被拒绝的投标,但进行新的招标或其他采购工作,例如与修改规范。

有时，一个不符合招标采购提供了一个最佳经济效益单位，并拒绝就意味着无论是传递最好的价值购买或(如果体制允许)增加费用。另一个接受在某些情况下不符合要求的投标的赞成理由是，招标人轻微的违反规则附加的重大后果，尤其是考虑到采购过程的复杂性和事实投标者可能会招致的参与相当大的代价。事实上，拒绝了很轻微的瑕疵投标可能，被视为实际上违反了那些与政府当局，包括相称行政法原则，即视为该概念的一部分，处理公平待遇原则，平等对待 – 可以说，被侵犯的情况完全是微不足道的。自动的拒绝小瑕疵的投标人可能破坏政府在长远阶段物有所值原则的实现，好的供应商可能会拒绝与参与这样的有浪费精力风险的体制。

然而，反对接受不符合招标或允许其改正无论是在一般或在特殊情况下，都存在一系列的争议：

1、要接受不符合招标或允许它被纠正可能意味着该实体不遵守规定的程序，这是一个透明和平等对待的一个重要方面的规则(在后一种情况都可能以此为目标通过采购过程和手段来实现其他目标)。从平等待遇的角度来看，不遵循这些规则涉及对其他投标者不平等，不公平的待遇。这尤其是如果其他投标者在制定自己的招标投标规则时已采取行动，特别是如果这些已经引起了这样的偏见——例如，如果他们的招标结果吸引力很小，或他们承担了费用。不遵守这些国家的规定也会损害物有所值原则，对此失去长远的信心。

2、拒绝不符合招标投标，鼓励投标人谨慎以便更好地遵守符合文件的要求，对采购过程作为一个整体综合效益；

3、任何修正的可能性在特定情况下向供应商开放了滥用的可能。供应商可以故意制作错误或含糊之处，然后利用这一机会整改意见，促进自己的利益。例如，举一个极端的例子，他们可能故意忽略从投标和开标后听到(或从采购人员与他们有勾结)其他投标价格特别是价格数字，然后插入一个适当的数字来以最高价格赢得合同。即使错误或含糊不清，涉及计划故意不符合他们的存在的可以开放招标人利用了这种方式。

4、接受不符合要求的投标要求采购实体的自由裁量权往往是考虑到采购实体是否要放弃或允许特定的不符合规定修正，而这种自由裁量权可能被滥用从而有利于某些供应商。

关于如何对待不合格投标决策的问题，它包括某些冲突的解决：

- 不同目标的采购体制，即物有所值，一方面，公平待遇，另一方面，（虽然我们已看到，在某些情况下，接受不符合招标实际上可能被视为支持平等待遇）；和
- 立即物有所值，而另一方面，透明度原则和平等对待原则作为一种手段，作为一个整体（以及对具体的采购）以促进物有所值在体制中的完整性。

这些冲突的解决方式和不符合招标的问题的解决可能根据在体制中队目标和工具的强调以及管理规则实现的环境有所改变。

监管者有可能就如何处理不符合招标决策决定委托各级。因此，监管系统可以赋予采购实体充分自由裁量权和/或采购解决方案。另外，该系统可以具体选择规范一较大或较小的程度——例如，允许实体在一定条件下只接受不符合招标和/或要求该实体在某些情况下接受（或拒绝）。在作出有关决定的自由裁量权，赋予了多少它是相关的——如同任何自由裁量——对是否接受不符合招标，广泛的自由裁量权有利于偏向违反制度规则的某些供应商（例如，腐败动机，或有利于国家的地方，这是禁止的供应商），损害物有所值原则和诚信。存在的自由裁量权可能会被滥用承认某些供应商的投标书，并排除他人的。因为在许多采购有轻微不符合许多情况下，这种判断可能是相当重要。这可能是因为这个原因，一些采购体制已经对不符合规定的招标采取了非常严格的做法，要求所有不符合投标被拒绝。根据这一办法，消除在这个问题上所有的规管制度，限制采购官的自由裁量权。这个问题在下文将进一步讨论。

Dekel¹⁷，在美国联邦政府采购制度中书面建议，认为其中一些决定是考虑到以上的采购，一些给予采购官的自由裁量权是必要的，因为个别官员自然倾向于赞成上述的直接采购物有所值其他目标——但不是一个自然的倾向，不是出于滥用的动机，而是因为直接的节省资金的自然属性超过了制度的其他原则。因此，他提出了一个假设的拒绝——尽管是可以辩驳的。

从采购实体的角度来看，认真起草规范很重要，以帮助减少不能被过分强调¹⁸的不合格投标问题。因为许多（虽然远非所有）出现的问题是由于缺乏谨慎和精度。常见的问题包括对哪些要求是强制性的哪些不是不作出深思熟虑的决定；未能向供应商作出明确的规定是强制性的，哪些不是强制性的，没有足够谨慎和精度区分涉及一个“传递失败”测试的具体方面规范（如一定的要求，必须满足所有投标者）和问题，只涉及到招标比较（例如，当投标者获得的分数取决于他们如何执行的标准在的问题；和规范，这些规范是不适当或不切合实际的投标，以满足这些可能导致不合格的投标，以满足功能和性能要求，但不符合招标文件。采购实体的能力，草案的审议现实的规格应考虑到与此以其他方式处理这个问题 - 例如，咨询市场或使用采购方式的开启其他投标时可用它是不可能轻易规范草案的。事实上，在公共部门的采购实体通常相当严格按照有关规定接受/拒绝不符合要求的投标，使物有所值比在私营部门更重要。

3.7.2 对待不符合投标的规则

3.7.2.1 概述

对不符合联合国国际贸易法委员会示范法下的投标问题有如下规定。

¹⁷ Dekel, above.

¹⁸ A point also emphasised in K. Krueger, "The Scope for Post-tender Negotiations in International Tendering Procedures", Ch.10 in Arrowsmith and Davies (eds), *Public Procurement: Global Revolution* (Kluwer Law International, 1998).

第 34 条：对投标的检查、评估和比较

(1) (a) 为有助于投标书的审查、评审和比较，采购实体可要求供应商或承包商对其投标书作出澄清。不得谋求、提议或允许变动投标书中的实质事项，包括价格的变动以及为了使不符合要求的投标成为符合要求的投标而作出的变动；

(b) 尽管有本款(a)项规定，采购实体应纠正在审查投标书期间发现的纯属计算上的错误。采购实体应就任何此类纠正迅速通知提交该投标书的供 应商或承包商。

(2) (a) 除本款((b)项)的规定外，采购实体可只把符合招标文件中全部规定的投标看作是符合要求的投标；

(b) 即使投标书有些小偏离但并没有在实质上发言招标文件载明的特点、条款、条件和其他规定，采购实体仍可将其看作是符合要求的投标。任何此种偏离应尽可能使之数量化，并在评审和比较投标书时适当加以考虑。

(3) 采购实体不应接受下述情况的投标书；

(a)

(b) 提交投标书的供应商或承包商拒不接受根据本条第(1)款(b)项对计算错误所作的纠正；

(c) 投标书为不符合要求的投标；

如上所述，一些公共采购系统已经通过了严格的制度，没有或者非常有限的例外禁止不符合招标验收。这可能是消除任何有可能会被滥用的自由裁量权。但是，有证据表明，这种正式的和僵化的做法变得越来越普遍。作为一种替代方法是很常见的一种做法，平衡在上一节所述的考虑各种政策：

- 具体区分标书之间作出的涉及材料不符合规定，一般必须予以驳斥，并招标涉及非实质不符合，必须或可以接受的区别——和（在某些情况下）承认非实质符合的相当广泛的范围；及

- 允许在某些情况下，纠正又投标者的错误引起的不符合规定。

这通过以上采购示范法的第 34 条的方式实施，通过以下规定达到：

- 第 34 (3) (c) ，这就要求采购实体拒绝非响应性投标；

- 第 34 (2) (a) 条，其中规定，招标反应只有在符合招标文件在招标的所有要求，但

- 第 34 (2) (b) 项，这使得 2 以上的例外 ——它规定，采购实体可视为响应招标“如果它包含了较小的偏差，即没有对招标文件的特质、条款和 条件的要求有实质性的改变，或者包含的错误或者改正没有触及招标的实质；

我们将首先考虑示范法的一般规则，不符合招标可能不被接受，并会再考虑例外和资格这个一般规则，即：

- 对不符合某些错误而修正的可能性，使之符合招标的 - 因此，它将被视为与其他投标书一起；及

- 对于采购实体的可能性，放弃某些轻微偏差，即要考虑，尽管其不符合规定的投标。

届时，我们会注意到另一种选择，即在示范法的新的招标程序的可能性。

3.7.2.2 不接受不符合招标的一般责任

贸易法委员会的上述规定体现了许多采购制度的共同规则，即采购实体不得接受投标不符合采购实体的要求。

不符合规定的典型类型之一，其中投标不符合规格或合同的重要条款的重要方面——例如，当我们提供的产品不符合某些强制性性能要求或拒绝接受强制性在付款条件合同条件。从欧盟的一个例子，案例 C-243/89，委员会诉丹麦（“Storebaelt”）¹⁹。在这种情况下，欧洲联盟法院的结论是，采购实体可以不接受一个投标未遵守“基本”条件。这一案件有关的诉讼由欧洲委员会提起，主要是关于一条横跨大贝尔特桥的施工合同。合同已经根据关于工程的 71/305 指令按照限制性招标程序授予合同方，该指令的前身为当前公共部门指令 2004/18。该规范已经提出了三种可能的施工方法，并提出，承建商提出的替代方法。但是，受某些条件，其中之一是，承包商承担的替代责任的细节设计。本机关受理的招标，涉及另一种建议，但不符合这一条件。法院裁决，这侵犯了指令，因为任何投标被接受的规格必须满足条件。法院指出（在判决书第 42 段）表示，不遵守“基本”条件。

法院得出这个结论，即使适用法律没有明文对非符合招标规定——法院的基础是一份一般的“同等待遇”原则的结论。它接受了违反了规则的供应商，给了他一个机会而其他供应商没有此机会（即投标使用不同的条件），可以被认为违反了平等对待的原则。显然，这会影响竞争结果，给不符合规定的投标竞争优势，其他人没有。因此，采购实体不得接受这样的投标——即使是在竞争中最好的投标。

这不符合规定的地方型企业有可能会出现误解的要求，或者干脆在文件中出现错误。但是，有时它的产生是因为很差的招标文件。例如，在规格过于指令性的，投标人在实践中可能提出的产品是“等价”的规定，但这些功能是根据不同的技术规格或解决方案或条件，这些不同的文件投标者认为可以提供更好的价值。（在像 Storebaelt 情况下，例如，投标者可能会偏离规定的条件，因为它认为它的报价仍然会提供更好的价值，采购实体可以同意这一观点，说明采购实体犯了一个在招标文件中被过于指令性的错误）。它也可以出现在采购实体已制定了一个规范，它是不符合现实的投标者。

3.7.2.3 修改的可能性：由于投标中特定种类的错误引起的非符合

如果采购实体不能接受非符合要求的投标，因为它代表——在之前提出的第一个选择——将会出现的问题是该实体是否可以纠正招标或允许投标修正，使其符合它（选项 2）。这可以允许采购实体接受最好的优惠（校正的投标报价可能优于其他投标书的价值），但同时避免不符合规定的投标人从不同的基础和可能获得不公平竞争优势来的投标。

然而，正如我们已经看到上面有许多潜在的问题，允许改正。首先，当局可以利用这一机会，制定“修订后的”招标（无论是通过合法或非法采购实体）提交的其他有关招标的中标者。此外，投标者甚至可以把首先不符合放在第一位，以获得一个改正的机会。在大量非符合的一般情况下，有可能纠正这种方式，因为它往往不是很清楚什

¹⁹ [1993] ECR I-3353

么招标已被它符合摆在首位（例如投标，灵活性很大的余地，在一个像 Storebaelt，什么价格将是一个符合要求的投标）。此外，任何自由裁量权会被采购实体滥用。即使没有滥用或勾结，也可以这样说，修改这些投标的实质部分为一些机构提供了额外的机会，其他人没有。供应商也可以故意提供非符合的部分，以给自身提供采购程序中的灵活性（通过拒绝接受矫正）而无任何不良影响。

基于这些原因，修正招标，使之符合他们往往不允许作为一般规则。

这是联合国国际贸易法委员会示范法的方法：第 34（1）条规定，（稍后讨论的主题为纠正错误，有限的例外）：

“在招标中包括价格的变化和招标的目的变化在内的任何实质事项变更，须寻求，提供或允许”。

（强调）。

然而，即使在制度中，如联合国国际贸易法委员会制度，一般原则，即禁止接受或不符合招标的修改，对一般原则的例外情况往往是，有几种特定的错误，尤其是考虑多种政策性因素的情况下，允许或要求对不符合要求的投标进行修改，这这能在特定情况下有有限制的使用。

贸易法委员会示范法规定了在两种情况下改正错误，即：

i) 计算上的错误（当实体本身必须纠正招标）。这些错误往往不会影响到招标的一致，但它们可能——例如，因为不一致如果不纠正这种错误使得依法招标模糊。在这种情况下，第 34（1）（b）款适用，要求采购实体纠正错误。这在第 9.9 节有论述，其中涉及更广泛地招标的错误。

ii) 不涉及实质性内容的错误或疏忽能够纠正——当采购实体可酌情允许其改正（但不是必须这样做）。这也是第 34 条规定，在第 34（2）。

关于不涉及招标是值得错误或者疏忽的一个例子时，没有完成所给合同的特定细节部分，或者诸如招标文件副本数量的非实质性程序的错误。

纠正上述错误的可能性 也是有争议的——因为没有涉及到招标的实质部分——即使在错误影响到在一个重大的合同标的物，只要纠正不改变授予合同标准的投标者的地位。

假设，例如，在机械招标的招标文件要求的每小时 60 项目单位的处理速度。该合同授予标准是最低价格。假设一国的投标者，提供了一个“0”每个小时为单位的处理速度。这显然是一个错误。采购实体提醒投标者的错误，并寻求根据第 34（1）示范法预期的数字说明。招标人指向的机器，它实际上提供的处理速度为每小时 70。可以说，这种情况下采购实体可允许招标人纠正，插入 70 单位每小时为的数字。

然而，假设在上述情况下的合同授标标准都是价格和机器的处理速度。在这种情况下，任何改正都不会被允许，由于招标的实质性内容（即处理速度，这是一个合同授予标准）会受到任何修正的影响，可能使投标者有机会在投标截止日后操纵它的价格。

这种做法将使大范围的错误的修正导致非符合。这种做法背后的政策考虑因素是，在这种特定的情况有没有滥用投标的修正的可能性，以改善其投标截止日期后的招标范围，它保护我们的前面提到的更正的种种好处（更广泛的竞争，公平和平等的待遇，并鼓励长期投标供应商长期参与）。

应当强调指出，由于提供的计算错误，投标者故意制造的错误或遗漏疏忽是不能应用。这是一个困难的实际问题。这个问题的难度意味着还有一些看起来像是可撤回的错误，这有很大的空间。但是对于这项规定被滥用的可能性，事实上，减少了采购实体是否允许改正的自由裁量权。

关于第 34 条（2）（b）有可能交替争辩，但是，任何修正将带来一个符合招标的改变都会涉及招标的实质——因此，即使在上述情况 A 校正是不允许的。由于联合国国际贸易法委员会条文的措辞并不完全清楚，关于是否允许在这种案例中做出修改的问题上，加强各国在此各自采购法律中的未来合作是很有用的。

这个问题也可以问到是否在上述第二种情况的投标应当允许纠正其投标单位，即每小时的数字，当有其他的证据证明正确的数字应该是多少，或者修正后授予标准的适用。可能产生争议的是，在这种情况下，修正的权利没有或被滥用的范围有限——上面提到的矫正的优势仍然适用。当然，可以有明确的证据。示范法似乎提供（并确实需要）在这种情况下错误时一个数字或者将在下面讨论的——但该错误是不是一个算术问题也没有明确的规定。

但是，可以说，当修正数字与招标自身的修正的其他部分很清楚时，第 34 条（2）（b）的规定甚至是必要的，但在正确的数字只会是一个“澄清”——这个可能性是根据示范法第 34（1）单独的条款，允许采购实体要求澄清。但是，如果案件中有一个明显的错误将导致不符合规定，但对于正确的数字应该是什么没有清楚地证据。示范法并不预期在这种情况下任何修正的可能性。

同样，这些都是问题，行为过可能希望进一步澄清自己采购法。

最后，重要的是要强调一点，示范法并不要求采购实体在这里改正，但仅仅允许它这样做。这与“计算错误”要求更正的案例不同（见下文）。

示范法和颁布指南不提供任何有关如何纠正任何的自由裁量权形式的规格，该自由裁量权可能被不同的实体或者人员不同的实施。例如，采购实体 – 甚至个别人员 – 可能一个允许改正而另一个实体或者人员可能采用相反的方式处理修正的问题，甚至非常轻微的和重要的程序错误。行使是否允许更改的自由裁量权在制度中式相当常见的。权衡透明度，不允许对实质性的不符合改正——至少改正的结果将会是投标者将会赢得招标。对于一些国家或者实体来说，提供更进一步的指导——既要指导有关政策的自由裁量权的行使，又要限制用采购实体的自由裁量权滥用的机会。

3.7.2.4 采购实体豁免特定的小的偏差的可能性

要求拒绝非符合的投标的另一个一般例外是，联合国国际贸易法委员会示范法赋予采购人员自由裁量权，对特定缺陷放弃一致性——也就是，考虑和接受由缺陷的投标。

但是，这并不意味着这些缺陷被忽略：第 34（2）（b）项要求的任何按照这一规定的豁免偏差应量化，尽可能，并适当考虑评估和投标的比较。在某些情况下，当然，这不会是相关的（例如，对招标价值没有影响的程序性缺陷）。

在这方面，第 34（2）（b）条规定，采购实体可能将一个非符合的招标认为是小的偏离，即这些偏离没有实质性改变或者与招标文件中的特点，条款，条件及其他要求的情况，从而将其作为响应招标的情况。

这可能是接受任何缺陷的货物或工程合同条款的内容——如所需的最小厚度的产品或不接受某些微小偏差的合同条件——或在程序问题上的缺陷，如份数（标书提交）。

很明显是有关实质性或程序性的事项或案件材料是程度的问题。如不符合重要功能的规范要求（如供紧急用提供车辆的速度）的一些缺陷，一般会认为是实质性的。一个非符合的例子，如在 Storebaelt 案例，当投标者拒绝接受其作为自己的设计，在设计文件的要求也将毫无疑问符合一般被视为实质性的。其他的将毫无疑问被普遍视为是非实质性的——例如，提供 11 个而不是 12 份标书复印件。

然而，有一个显着的灰色地带之间。贸易法委员会示范法的上述条款规定不以任何方式表明究竟是什么构成了从招标要求的园林实质性要求或什么是“实质性要求”²⁰的一般定义。

由于涉及的政策问题，这也许有可能在处理这个问题，认为有关的因素包括：

1、对于非在客观上符合竞争的意义——它是对不符合规定的类型，一般有可能对竞争的结果影响？显着轻微违规行为的程序通常不会这样做；对合同价值有很小影响的偏差也不会是。

2、投标者是否通过不相符合增加了重要的优势。例如一个显着的优势通过降低成本得到的不符合要求的产品，以及这是否会影响竞争（允许投标人提交较低价格等）的成果；

3、如果不纠正，该缺陷是否会影响到这个案件的结果——特别是，如果它能够在任何情况²¹下赢得合同，是否投标被接受？

4、对非符合合同的价值的影响可以客观地量化（在下面讨论的联合国国际贸易法委员会制度中要求对非符合的量化是很重要的）

5、修改非符合的投标对投标者获得优势的可能性（有关是否以及何时允许投标者本身作出更正，并调整相应的招标。然而这没有在联合国国际贸易法委员会案例中——见下文）。

6、在何种程度上指定的投标文件本身标记的实质性或者非实质的特定的非符合的类型，阐明其后果。这可能是认为这应该是决定性的，以促进法律的确定性。另一方面，它可以说，影响政策目的的不符合采购实体不应该允许在任何情况下实施他们自己的规则——例如，它可能会认为相称，平等相待，考虑最大数量投标人的价值，以及需要鼓励参与公共采购应该排除那些被其他案例所拒绝的不遵守小的要求的投标人。

这些不同的因素也能被认为与放弃要求或者允许投标的更改的自由裁量权有关，而不是遵照实质的或者非实质的定义。（见本下文）。然而后一种方法，给采购人员提供了更少的自由裁量权。因为允许修正的可能性被法律所限制在实质性中，而不是仅仅依靠采购人员的自由裁量权。

正如指南的解释中，贸易法委员会示范法的第 34 条第 2 款，在上述案例中的放弃一致性的可能性估计了参与和竞争——这正如我们已经注意到接受一种可能性更好的

²⁰ On the distinction between material and non-material non-conformity in the context of the US federal procurement system is discussed in by Cibinic and Nash, pp.538-544. (Note that in that system the consequence of a non-conformity being considered material is that it must normally be rejected, whilst the consequence of a non-conformity being considered not to be material is that the procuring officer may waive it or allow correction, according to what is in the government's best interests). In that system departure from the details of the product specification (dimensions, material of manufacture etc) is generally treated as material, even if there is no impact on function.

²¹ On the United States approach see Cibinic and Nash, above, pp.544-545.

价值招标。由于颁布指南第 2 段还介绍，要求量化的差异，确保不符合招标投标，充分与客观相一致。

正如我们所看到的那样，联合国国际贸易法委员会的做法是允许豁免受采购实体的对不符合规定的影响量化，而不是更正自己的招标。这是因为在许多情况下修改招标将会要求适应招标自身，可能需要一系列的适应，这将给投标人操纵投标的机会。-----量化的影响仍然在采购实体的控制之下。

另一种方法是允许招标投标，以纠正错误-----但是这显示了提到的危险。对于一个系统，允许广泛的重大实质错误改正或者需要对“非实质”的错误定义一个宽广的理解。但是，可能有必要在此基础上，采购实体接受没有达到它的要求的投标的，是不能令人满意（例如，不接受一个重大的风险）----经济补偿可能不适合（采购实体可能根本就没有希望接受有问题的风险）。但是，这显然不是由联合国国际贸易法委员会的考虑，因为它是相当轻微的，将被视为是非实质的。

对于不触及招标实质的错误的修正，示范法和指南不提供任何有关如何行使自由裁量权，豁免任何不符合规定。其他类型的错误可能会被不同的实体和人员采用自由裁量权。例如，采购实体 - 甚至个别人员 - 可能提供接受，而推定另一实体 -----或人员可能的做法是，采用相反的方式放弃，只有在特殊情况下例如采购主体有一定程度的错误使。正如误差不触及实质内容的招标可能因此再次执行国家或实体提供某种方式对此有益的进一步指导，既要指导有关政策的行使的自由裁量权，又要适用和限制滥用的机会。

在缺乏明确的指导意见的情况下，这样的自由裁量权有可能通过判例法的发展得到控制。我们前面提到的有可能被用来定义一个非实质不符合豁免是受客观影响，例如，概念，是否不符合规定影响了竞争结果，以及它是否有能力通过合理的客观量化，允许投标目标的调整。这些因素也可以，或者相反，与自由裁量权的行使相关，而不是对豁免（什么是不重要的不符合即定义）的可能性范围的定义。是否不符合是故意的也可以构成这里的一个因素。

另一种方法，当非符合是非实质时或者至少要求限制排除，怀疑有故意的滥用时，与豁免有所不同的是，法律上要求接受非符合的投标人。例如。这种做法可能会考虑在一个制度，有限的透明度和经验构成采购完整性。公平对待供应商和均衡原则有实质性的影响。

我们看到上面的示范法第 6（6）明确的情况是不符合事实，即在供应商未能提供所需的包括交易的资格的证据的情况。这条文规定，（除了虚假信息，其中拒绝为必填项）采购实体可在供应商资格认定，提交的资料有重大失实或不完整（第 6（6）（b）项）（第 6（6）（c））的情况下取消供应商资格。在另一方面，采购单位不得取消其供应商在非物质方面信息不完整，除非供应商未能及时纠正不足。

3.7.2.5 采购实体对之前的投标不一致的进行新的招标的可能性

对于涉及不符合一些情况，采购实体可以决定，它实际上并不想基于有问题的招标程序继续和授予合同，因为这些问题揭示了不符合规定的投标或招标。

例如，在一个像 Storebaelt 情况下，采购实体可能会发现它已经在规范中太规范。该实体可以决定，它可以根据所寻求的对投标者的要求提供接受他们的设计风险更加灵活的方式，仅是可选的招标更物有所值，并愿意这样做是通过比较投标作为一个授予标

准，而不是一个强制性要求所有投标者投标。这种情况在实践中并不少见（我们建议以上的，为了避免这种情况重要的是要考虑之前发出的要求应是强制性的）。

这里的位置将取决于采购程序终止法——一个新的程序，但往往是采购法律（见下文）允许的。但是，它也可能是相关的考虑竞争可能会被认为前面的过程中透露有关招标的某些信息而受到影响。

它也可能在过程中，所有的投标者提交不符合，因为技术规格，如设置投标人不能满足的不切实际的规范。我们上面的所有投标，看到的是，因为不符合规定和/或某些其他原因，所有的投标人拒绝投标程序，认为新的招标程序将不会是富有成效的招标程序拒绝重新开始程序使用其他采购方法，如两阶段招标或征求建议书。这些采购方法可以帮助采购实体设置足够的规格或避免招标程序设置所需的规格种类。

可以指出，示范法第 6（6）明确处理的情况是：供应商未能提供所需的资格证明。这条规定，采购实体可以在它的供应商资格认定，提交的资料有重大失实或不完整（第 6（6）（b）项）时拒绝供应商。该条文并没有，但是，需要回避的重大遗漏。有一个例外是供应商递交了虚假的信息（第 6（6）（b）项），在这种情况下，供应商必须被取消资格（第 6（6）（a）条）。

3.8 投标人的截止日期，包括投标日期的延展和迟到的投标

3.8.1 投标截止日期

一般需要设置一个招标的最后期限。示范法第 30 条（1）规定，采购实体应确定最后期限，提交投标书的地方，一个特定的日期和时间。

法律指南评论道（关于第 30 条的评注）“在促进参与的因素和竞争中重要的是给予一个供应商和承包商足够长的时间准备投标书。”为此指南解释道：

“第 30 条承认，那段时间的长度可能因情况变化，根据各种因素而定，如采购的复杂性，预计分包程度，以及用于传输招标所需的时间。因此，它留给采购实体来解决，其中必须提交标书的最后期限，同时考虑到给定的采购情况。实施国应建立在规定的时间内采购，采购实体必须允许提交投标书的最短期限。”

当然，这种最低时段可能根据不同的采购的性质有所不同。

在立法中的一个可能的方法是确定一个具体的最低期限（天数），除规定的时间内，除了必须设置充分，以便有时间准备投标书。

示范法在第 35（5）（c）还规定该采购实体应根据请求，提供收到投标书和收据的日期和时间。

3.8.2 截止日期的延展

在适当的时候延展截止日期已经被广泛的接受。

首先，扩展往往会按法律规定，如果要求的改变或其他一些原因致使原定的最后期限不够充分。在这方面示范法第 30 条（2）规定采购实体必须，如果它发出的澄清或对招标文件的修改或持有供应商的会议，需要必要延长期限，供应商或承包商参加投标书的澄清或修改时能够负担合理的时间。

即使这是不明确法律规定，一般规定的法律——如要求，充足或特定的时间段以便招标，或一般平等待遇原则——是很可能被解释为要求延长。

此外，采购法可能有时会给采购实体可酌情延长期限的理由。示范法第 30 条规定：

第 30 条（3）：采购实体可以其决对的自由裁量权，在截至日期前，提交投标，延长期限，如果不是因任何超出其控制的情况，一个或多个供应商或承包商在截止日期前提交标书。

第 30 条（4）：任何最后期限延长的通知应迅速发给每个供应商或承包商，采购实体提供了招标文件。

正如任何自由裁量权有一个滥用在行使的危险，甚至在同样情况下有利于一些企业。关于在指南 30 条评注指出，根据段（3）延长的规定，因为它是在实体的“绝对裁量权”，是没有接受审查供应商审查机制。然而，与其他限制供应商审查，实施国可能要考虑这是否确实是一个适当的限制——虽然它可能不是适当延长审查决定的某些方面（无论延长最后期限的利益与投标人结果迟延的利益权衡是否是合适的），例如，不真诚审查的基本权利，可能被认为是可取的。

3.8.3 评论示范法的截止日期的条款

可以注意到，在最新公布的修订草案，新的示范法第 13 条提出，将巩固整个示范法期限和他们应用到所有采购方法的规定。（目前最后期限和延展仅在资格预审和（公开）招标采购方法的内容中）。

3.8.4 逾期投标

在截止日期后提交的标书是不符合要求的投标类型。对不符合招标问题被认为在上述一般和一般政策考虑那里讨论适用。虽然许多次的失败，以符合相对于采购程序的实质性要求的程序可能被认为无关紧要而不是实质性的，这不是通常逾期的投标情况。遵守投标截止日期被认为是遵守基本的平等对待的原则重要性，——和逾期的投标是为滥用和预期的投标者（谁可以找到有关其他投标出来，具有竞争优势，即使是不是这样，将受益于更多的时间来准备投标）竞争优势创造了巨大的空间。因此，大多数体制将采用一般规则，逾期的标书必须予以驳斥——即使采购实体认为，在特定情况下，任何利益的竞争将超过授予合同延迟行政裁决所带来的不便。

这样的规则在贸易法委员会示范法第 30 条（6）：有表述：

“采购实体后收到的投标截止日期投标书不得开拆，并应退回给提交它的供应商或承包商。”

但是，许多制度作出一些例外的规则²²——特别是，要求采购实体考虑预期的招标存在争议。唯一的争议是基于行政管理的不便（特别是在没有危险的逾期的投标，或已被制定后，公开开标修改——这将是如此，例如，由于邮递延误迟到）。这种例外是由最常见的是一些迟延交付或者政府的部分过失。

3.9 投标和磋商的修正和补充

3.9.1 概述和基本规则

公开招标程序一般特点是单阶段招标，没有与供应商的谈判招标或允许供应商在投标截止日期后修改其投标的可能性。正如下面讨论的，这是联合国国际贸易法委员会的

²² See, for example, Cibinic and Nash, at pp.525-529 which explains the rules applied in the United States federal procurement legislation as developed in the cases.

招标程序基本的原则。采取这种做法是因为对透明度和平等对待这些程序的重视——允许修改引起了基于这些原则的基础的反对意见，以下是各种反对意见。

有可能，当然，是允许修改或采购谈判有特别是显著的优势，正如我们也讨论如下：例如，特定的采购让供应商修改其投标截止后，可能导致重大价格节省，或者说所有的供应商误解要求，并允许他们与采购实体讨论后不付出一个新的采购程序的代价，允许有新的竞争，而重新提交与采购实体。然而，在这些情况下谈判和修订仍普遍禁止，为了维护平等待遇和透明的原则——既要防止滥用具体案件和/或因为促进物有所值和其他整体的目标的重要性。

正如我们所看到的，采购系统一般提供了比公开招标更为灵活的方法。提交出价后的谈判更有价值，或者一般的提交出价的细节并不合适。谈判可以被看作是特别有用，例如，在金钱的价值只能通过谈判提供细节获得适应他们更好地为采购实体的优先次序，而不是设置出了覆盖合同所有方面的具体的规格，这些规格可能是不完整的，且容易产生误解。正如我们所看到的那样，联合国国际贸易法委员会示范法规定了两个阶段的竞争招标程序，招标书和竞争性谈判将在这些情况下可用。

一方面，适用灵活的采购方法之间具有密切的关系。另一方面的问题是招标修订及公开招标的谈判。因此，更大的可用性和使用这种灵活的方法，就越不可能需要后招标谈判和公开招标程序的修订——更合理的可能是在这个问题上采取严格的办法。在决定哪些规则采取招标的替代程序可用性招标是相关的。同样，在研究任何特定的法律文书的做法后修订招标和谈判，有必要了解总体情况，其中包括投标运作。可以注意到一个事实，即公共采购系统通常包含严格的规则或方法，使用灵活的采购政策可能会导致在后的招标投标阶段使用方法，而不是适用于私人投标更大的问题——在更灵活的方法将更具有经常使用的潜力，引起在这个阶段问题的采购。另一点要在这里提出的是，与其他方面的招标为——例如授予标准的控制（见 9.10 以下的讨论）——严格的公开招标甚至可能减少透明效果，因为它们可能推动使用单位采用更灵活的方法。

3.9.2 错误的修改

3.9.2.1 概述

其中一个原因，采购实体或投标者可提出在投标截止日期后修正标书的错误。一种错误的类型，如第 9.7 节所述，是一个错误，即投标结果不符合合同文件的要求。许多其它类型的错误在招标中发现。但是这些包括，例如，关于数量，基于对招标文件数量的误读导致与正确理解其工作范围相比，引述一个低得多的价格；或书写错误，导致了比预期列入更高或更低的价格（例如，由于从汇票复制过来的错误的数字或因为招标的早期草案错误地复制）²³。

在考虑是否调整到招标人应当要求或允许的相同政策，我们的讨论中概述了不合格投标者将适用于许多因素：这些因素大多是有关双方作出的错误的一个非响应招标响应和其他类型的错误。因此，对改正，可以认为：

- 允许改正开放给供应商，可以故意制造看起来像一个错误，然后用修正的机会，促进自己的利益——例如，插入一个“纠正”的价格，使他们能够赢得合同。这可以在某些情况下，勾结腐败的采购实体，为调整后的招标投标的提供其他已知的机会。创

²³ Some of the issues raised in this latter situation are discussed by Krueger, above.

造了明显的错误，也可以使用，因为我们提到的，投标者提供的退出竞争之后决定它应该这样做的灵活性。事实上，这是很难知道这个错误是否或不是他们故意制造的，从而很难控制采购法承认更广泛的修改错误的可能性的滥用。

- 即使没有种明显的错误是故意的存在可能会利用这种方式开放给招标人；
- 拒绝允许改正，鼓励投标者通常需要使用更好的谨慎，以符合有关文件的要求，保证整个采购过程的一般利益。
- 补正的可能性会经常要求采购实体的判断，来决定是否或放弃或允许这种不适合的修订。这种自由裁量权能被滥用而偏好特定的供应商。

然而，所提出的非符合的投标和其他种类的投标都可能存在，但是，案件中存在被滥用的机会有限。这可以适用，例如，在双方存在的错误和对投标书的内容是明确的预期。

也有另一方的争论，在许多情况下，倾向于允许改正。因此，纠正这可能使采购实体受益于更好的投标（如果选择是拒绝招标）：如果低价竞标被接受，并提供更公平处理供应商技术性错误，避免可能出现的问题（如异常低价竞标）。

这些考虑意味着，公共采购法律一般允许一些的错误修正的可能性。然而，这样做的范围在不同法律制度中有所不同。

在合同的环节，如果逾期不补正或不能提供作为公共采购的法律问题可能出现的困难，合同可能作废或无效，或是否有针对这个错误的其他救济（如价格变动）。各国对于下面讨论在标书的错误，必须确保公共采购法和合同法一致。

我们会考虑以下修改投标错误的范围，以及如果错误的出价没有得到结症是的合同的后果。

有时错误被供应商自己所认同——但在其他情况下可能会被政府确定。除了纠正错误的范围和非改正的后果，产生的相关问题，考虑的是政府的职责是就标书错误和/或与任何投标者查询其中政府的错误造成的后果在任何审查是知道或者甚至应该已经意识到，这样更正或其他后果可能是由双方解决。实施这种责任可以有助于避免可能出现的不良后果，如果出现错误后，才发现合同已经签署，从而促进物有所值的采购。一些国家对政府有责任考虑是否有错误，并在标书有责任向供应商吸引他们的注意力和寻求解释。如果不这样做可能是错误的有关上述合同的后果——例如，无论是合同作废或无效，还是价格的变化是可能的。在决策中没有发现并解决这一问题可能都在这种情况下相关的错误和过失罪责政府的供应商。不同的国家可能有不同的方法来处理合同法和公共采购法的综合方法，这可能是必须的，当他们被认为是法律清楚地一部分时可能是特别难以实现。

3.9.2.2 示范法的关于错误投标的规则

我们已经确定了上述贸易法委员会在对不符合要求的投标作出纠正错误处理的主要规则的内容。

正如我们所看到的，有两个具体的规定处理错误。一个允许采购实体视为非符合要求的投标 ——从而考虑了——一个不涉及招标实质的错误或疏忽。这一规定，我们已经在上述在审查一般的不符合的招标考量过。

在第 34 条的其他规定是要求纠正采购实体算术错误 —— 无论是导致不符合规定或其他方式。

在这方面，该示范法第 34 (1) (b) 规定，采购实体应纠正纯粹是审查投标书时发现的计算错误。该实体必须迅速纠正任何此类供应商或承包商提交的投标。

如前所述，这种错误可能是使投标不符合（例如，因为他们是创建了一个模棱两可的声明中没有一个符合招标文件的要求的明显的价格）。在这种情况下，校正使其具有响应性，招标采购实体必须考虑其他投标（招标投标，如果不纠正，采购实体将不得不根据它的一般规则拒绝，非响应投标者必须被拒绝）。

但是这种错误还可以不影响一致性，但影响的其他事项——例如可能是一个错误，使生命的价格错误（低于或高于预期）。

并非是仅仅要求修改投标，同时也要求采购实体承认修改，计算错误的规则要求被更多的出价所承认，来争取广泛范围的竞争和对那些有技术错误的招标者的公平。投标人滥用的范围在这种情况下是受限的，特别是如果一个计算错误的概念是狭义的解释，进一步讨论如下。

处理这一问题另一个可能的办法——由联合国国际贸易法委员会通过了一个不同的规定——可以不要求更正，而只是让采购人员自行决定接受校正——例如，考虑到该名人员认为错误是故意造成的。然而，这将增加在采购实体授予程序中自由裁量权滥用的可能性。

3.9.2.3 在算术错误条款中什么类型的错误能够涵盖

示范法指南的第 34 条评注，这项规定不是有关投标表面上明显错误的（包括异常低价竞标）。因此，这一规定仅仅是关注表面上来看就是错误的技术错误的修正。这可能被认为是这种情况，即在该载于招标项目的各种数字载在投标结束列于同一表格，但加起来总数发生错误。

这样的计算错误的狭隘定义是防止供应商滥用——如果投标本身是清楚地，当没有真正错误存在时，几乎没有可能寻求改正（例如，当投标者只需对已提交投标书索赔定价错误，即使是在招标本身）。

另一方面，贸易法委员会的规定没有明确是否必须清楚什么是正确的数字。这项规定无疑应采取这种方式，也许在任何国家对示范法的修正中澄清这种方法。这是因为，第一，它似乎并不为采购实体本身能够在第一时间作出任何修正（按规定所设想的）时，正确数字目前尚不清楚。第二，反对允许改正的论据没有说服力的时候能清楚地看到招标人应当纠正，因为没有使用范围，有效地改变了修正后的投标截止时间（这有可能是采购实体完成的，投标人之间相互串通）。（正如前面看到，示范法第 34 条（2）允许不影响对投标书的内容的改正，在截止日期后修改会影响到投标人的排名——甚至可说是同样的方法须与算术错误以同样的理由适用。）

可以注意到，当这个规定在由联合国国际贸易法委员会工作组 1990 年审议时，讨论是否要与“简单”的错误的区分，采购实体本身将修改²⁴（根据现行的规定）和“重大”的错误，采购实体应提请供应商的注意，并允许供应商自己修改。这些讨论最终达

²⁴ UNCITRAL, Report of the Working Group on the New International Economic Order on the work of its eleventh session (New York, 5-16 February 1990), A/CN.9/331, available at www.uncitral.org.

成了一项协议，即这个问题之后又定论-----但从来没有做过，这有助于解释也许在这一点上存在的歧义，，并加强国家执行立法来更精确解决这一问题。

但是在计算上的错误的规则的制定，应该指出的是，往往有讨论的空间，首先清楚的是一个错误的存在，其次，是否事实上清楚潜在的招标是什么样的。例如，对于后者，如果个别项目和总投标价的数字不匹配，怎么可能肯定正确数字？如果采购实体进行更正使价格更接近其他的投标？或者仅仅是这两个数字中的一个与其他的投标或者市场价格相差甚远，而另一个没事的情况下才能完成？这些对于任何一个法律制度来说都是很困难的。²⁵

3.9.2.4 供应商必须接受投标者改正的规则

需要注意的是如果作出更正招标只能接受-----第 34 (3) (b) 条规定，如果供应商或承包商提交的投标不接受更正，采购实体不得接受投标。这个设想的可能性，即投标者没有接受校正，即使正确的数字是明确的，纯粹是技术性的修正-----给投标者撤销的灵活性，而其他投标者不具备。

这就只剩下理论上的可能性，一个投标者可能插入的差异，以保持这种灵活性。可以说，联合国国际贸易法委员会并不完全清楚是否投标担保应在这种情况下没收-----但示范法没有要求采购实体拒绝投标。在各国制定自己的实施的法律中应澄清这一点。供应商滥用的可能性能够通过拒绝任何修改被避免，-----尽管这只有在修改会给予一个很清晰的指示时才能被接受。这种解决是否合适取决于投标人的滥用是否被认为是现实的风险或者问题。

3.9.2.5 供应商的责任

我们最终可以注意到，采购实体在贸易委员会示范法的条文下修改算术上的错误可能会被认为是强加给了供应商一项义务，供应商需要审视自己的行为，比如说，由于供应商由于没有更改其错误而没能赢得合同得损失。

这可能被认为不适当的，因为供应商是错误的原始来源。这可能会给采购实体带来相当大的问题，特别是如果扩展超出规定的计算很明显的错误。审查机构可制定相应的规则来处理这种情况（例如，由于这是供应商自身引起的损失，从而否认在此基础上的赔偿）。但是，各国可能要处理这个问题，明确其采购法。

如上所述，故障处理与计算错误也可能导致合同问题，如合同无效或额外付款，供应商赢得了合同，但条款收到了错误的影响。同样，这些问题需要被各个国家在实施采购示范法时建立自己的合同法和供应商审查法律制度的适用。

²⁵ Again for an example from the United States Federal system see Cibinic and Nash, pp.677-680. This reading examines a discretion (not duty) that is possessed by officers in the US federal procurement system to allow correction of a tender that would become the lowest tender on correction, which applies only when both the mistake and what is the intended bid are clear on the face of invitation and tender.

3.9.2.6 错误依旧没有更改的情况

存在一些情况，即错误存在但依旧没有更改。

这可能适用，因为采购法律不允许更正。假设，例如，投标者提出的价格是低于或高于预期，因为错误的数字是错误地插入到招标（例如，从早期的草稿，然后这一数字已在内部改变）。根据该示范法的规定，一般采购实体不能允许修改这个错误——这不是一个受示范法的规定计算错误，它也不能适用涉及到影响投标的非实质性的错误的更改条款，尽管它不影响投标的实质性内容。

投标可能包括没有修改的错误，虽然法律允许采购实体改正，采购实体决定不这样做。

一种可能性是，如果错误被供应商或者采购实体都认为或者接受或者拒绝，明显的错误不修正，对任何一方都没有相反的结果。换句话说，如果它没有被接受，没有投标的担保，如果接受这个投标将会任何要求来挑战合同或者需求基于合同的变更。在这种情况下协议上将不会有任何困难。

采购法对这些案件作具体规定是明智的。例如，它也许应该包括在投标被证明是错误时采购实体应该接受撤回投标的条款——甚至要求采购实体接受这样的撤回，如果错误是充分证明，因为（如上所述）接受被错误影响的投标将会引起合同问题。

然而，在实践中成员方可能不同意这种解决方式。

首先，一种可能性是，出价人可能希望保持甚至与对采购实体的投标意愿的错误的投标。在这种情况下，采购实体应允许拒绝对投标者的投标吗？可能有这样做的理由。例如，如果投标者出价高于预期，采购实体可以认为是不适合的低投标。采购法可能要对拒绝提供招标，采购实体认为是一个重大错误，如无法拒绝另有规定的其他特殊原因（特别是投标足够低时的拒绝）。

另一种可能是，投标者要撤回其投标，但采购实体愿意接受它——例如，它并不认为有真正的错误。

当错误不被修正时贸易法委员会示范法不解决在这种情况下的地位。该示范法规定在第 34（1），可以用来识别一个错误投标，这可能是用来确认在某些情况下招标（见后以下），或者为了以下讨论的修正条款而确认错误。但是，示范法不涉及签订合同之前明确的采购实体有权接受或拒绝一个受错误影响的投标，并不涵盖上面的修正条款，比如毕逾期低的价格。

3.9.3 澄清

正如上文已经指出，示范法第 34（1）（a）允许采购实体要求投标澄清“以帮助检查，评价和比较投标书”。

我们已经在上面提到这项权力，以寻求澄清用来证实确实是明显的错误。我们也看到，在某些情况下，示范法规定为纠正这些错误，而在其他情况下，一个错误可能是由一个商定的解决方案解决，例如当价格显著低于标的的真实意图价格时，供应商撤回这个投标而不面临任何处罚。（见下文）但是，我们也注意到，在某些情况下，有可能没

有纠正揭露的错误的可能性----- 例如，如果投标者的价格高于因笔误拟在插入的价格，或它是低于预期，但投标者拒绝收回。

在上文也有人建议，考虑不符合的招标的澄清可用于另一个目的，即确认投标者的真正意图，有一个明确的错误和对投标书的内容是错误的一部分，旨在清楚招标文档的其他部分。在这种情况下，可能会产生争议，没有“修正”的投标，而仅仅是对实际的招标是什么有一个澄清。例如，如果投标者未能完成最后的投标价格，但是投标中提到的其他部分的价格是清晰的，采购实体可以要求对预期价格澄清。

在另一种情况下也会要求澄清，例如，当对于一个招标中特殊的问题提供信息时以确认投标文件的要求，可能遂于采购实体知道其招标是否满足其要求来说不够详细。

3.9.4 寻求投标改进的磋商

正如我们所提到的，正式的招标一般特点是通过基于完整规格的单一招标阶段，关于修正没有和投标人商讨的可能性，或者允许投标人在提交的截止日期后改进其投标-----无论是基于采购实体的要求还是他们自己的要求。这也适用于事先得到通知谈判的可能性，（以便它不能争辩说，违反了谈判所制定的规则），并在谈判在所有竞争的供应商之中进行。

在正式的投标中为何维持这种途径有几个原因：

- 事实上，谈判和修正的可能性可以阻止第一轮招标提供其最优惠的价格，降低了正式招标方式的投标人的价值；
- 施压促使投标人改善出价的事实可能导致不稳定的投标，导致不能被接受的性能水平，改变的压力用来改进供应商，甚至导致合同的订立失败；

这些论据的优点可能取决于在其中谈判的使用方法。失去了强制力的论点，如果谈判是在有限的和适当的情况下，如果没有其他问题的节省使用可识别的可能性。

1、谈判提供了腐败的机会。采购实体可以滥用自由裁量权以有利于在谈判中某些供应商-----尤其是通过提供关于其他投标书的信息，让供应商来修改自己赢得合同的投标。这是限制谈判，并在体制中修改为透明度做了重要的强调。这是相同的论点，即是相关的修改投标书，以纠正错误的问题，非符合招标和纠正错误在前面有一般讨论。

在另一方面，可能有很好的理由来允许在特定的采购甚至是投标提交后谈判。因而：

2、能够导致可能的修正的讨论允许采购实体对出价进行修改，当导致不能忍受的投标时做出改变。

3、他们也可以允许投标者提供适应其最符合采购实体的优先事项。

4、此外，它们使采购实体解决误会和其他错误 -----正如上面所讨论----而且，复杂的项目，允许当事人处理的不确定性，使人们很难确定提前全面详细的规范和条件。

5、谈判或这种可能性在供应商比较少时是合适的，在正式的招标程序中有腐败的危险。

然而，如上所述，公共采购体制往往强加给谈判和正式招标修正案全面的禁止。他们通过提供特殊的，灵活的程序作为替代在特定情况下的招标谈判，而不是为一个一般的竞争性程序的修订提供可能性。

反映这一共同的方式，这是联合国国际贸易法委员会采购示范法的做法。首先，第35条：

“在供应商或者合同方提交投标时谈判不能在采购实体和供应商或者合同方之间发生”。

然而，在其他程序，如建议书或两阶段招标，在提交了第一阶段的标的后有商讨的空间。透明度通过要求投标人提交第二轮的正式投标作为最后决定的基础，从而固定在一定程度上。越是非结构化竞争性谈判程序允许当局索取招标，与投标人讨论，然后授予合同，没有进一步的招标进程的讨论程序。

正式公开招标采购，没有任何谈判的可能性与诉诸其他采购方法有限的可能性相结合，广泛使用。有时被批判认为没有在特定情况下提供充分的谈判可能性。根据重要性在多大程度上允许这样的谈判是合适的，当然，许多其他事项也偶读存在，比如政府采购体制的价值和诸如普遍存在的腐败和官员，培训和技能的现实环境。

3.9.5 与赢得招标者的磋商

谈判的问题往往出现在中标标书已被选中。但是，它也有可能是采购实体寻求谈判后，在签订合同前，以改善有利于自己的合同条款（例如，为了获得更好的价格）。

在这种情况下，上面的第 1 和第 2 项反对允许谈判是相关的。然而，争论 3 几乎没有意义。虽然变化的合同，导致对采购实体不太有利条件一般被排除，它们将削弱竞争的结果，有可能是一个允许谈判，提高采购实体的偏爱的情况。然而，这样的规则在判断双方的义务变化可能很难（例如，以后的交货日期以约定的价格来抵消），而不是单纯的变化，显然有利于采购实体（如单价下降）。同样的问题发生在当合同确定时的改变。

如果签订合同前的谈判是允许的，但失败了，一般唯一的可能性将是重新招标中获得更好条件的合同。

3.10 授予合同

3.10.1 概述

我们这里使用的术语合同授予来指代此采购实体决定那些提交符合条件的最好投标和相应的投标人的授予程序阶段。该授予可能是基于单纯的最低价格，也可能还涉及其他因素，如质量的考虑。

法律规则规范招标程序可能有几个目的。

1、为了防止滥用自由裁量权的过程中——特别是防止滥用自由裁量权或腐败动机（如果这是禁止的），以有利于国家的供应商或产品。在这方面的规则集中于两个不同的透明度方面，即：限制采购人员的自由裁量权的享受；并确保适用的规则可以由供应商进行监督和执行（通过对授予标准的事先披露）；

2、为了防止采购实体已严重影响到价值判断。例如，运用授予标准不能被认真的适用，由于有限的信息可能阻止使用授予标准，如同透明度一样。

3、为了确保供应商可最好的标书，以满足实体的需要和优先事项。基于这种考虑，以及监测和执法需要的规则，要求供应商披露——有关如何将作出裁决——招标前进行。

各种采购实体 都遵守授予标准。将授予标准的规则作为一个制度的整体来看是重要的。包括性质不同的采购方法——在体制中整个采购将对授予标准有一个很重大的影响。

因此，一些采购制度采取的授予标准，非常严格的公开招标的方式，其中所有的自由裁量权被取消（在某些情况下甚至限制到最低的价格）。这可能是因为这个制度的目

的，以减少自由裁量权，一般尽可能在采购可能的——在授予标准上严格限制在招标也可能去关于对招标程序的可用性严格限制替代。然而，一个事实，即在招标决标标准严格限制并不一定是必要的，为一般限制自由裁量权的目的。相反，标准严格限制在公开招标可能反映一个事实，即其他采购方法，在很多情况下可提供范围广泛，招标自身被有限数量的简单的采购所要求有限的授予标准。²⁶

其他体制可能会提供一个灵活的授予标准，以确保灵活的标准是为那些为他们所需要的采购提供。因此，例如，欧盟 2004/18 号指令，管理欧盟大多数公共部门的采购是相当灵活的态度。²⁷但是，需要牢记，第一，这是其中一个在一定程度上试图为不同的州的采购设置的；其次它提供了一个单一的标准，不仅仅覆盖简单的采购，同时——例如——可能需要的灵活的服务采购的标准。

招标采购规则和方法的选择关系还需要牢记任何制度的设计。因此，在授标标准越严格，更可能需要提供——在实践中的应用——招标以外的其他方法。领先的实体完全拒绝招标，在公开招标的授予标准上的严格程序可能实际上减少特定采购的竞争和透明度。

3.10.2 基本原则：最低价格或者最低评估招标

通常有两种采购公开招标程序授予标准：

1、最低价格；

2、最佳组合的价格和其他因素（以下简称各条款，如在贸易法委员会示范法“经评审的投标” 欧盟的采购规则²⁸“经济上最有利投标”，和根据世贸组织政府采购协议²⁹“最有利”招标）。

作出裁决的最低投标价可以确保物有所值时，政府之间不存在差异的特点的产品或不同投标者的工程（性能品质，生活等），并没有显著的生命周期成本（如维护或运行成本），它可应用，特别是在一些简单的现成的采购（例如许多种类的纸张采购）的情况下。

然而，在许多采购中存在由不同投标人提供的差异。这些物有所值可能通过考虑不同在特殊的采购中得到——价格和其他要素的最佳组合。因此，付稍微多一点的前可疑得到比便宜的机器更工作更快的机器。同样的支出需要更少的机器而将是更好的机器，这并不需要太多的维护付出更多在其作为一个更便宜的产品，其中前者为更高的价格比后者额外的维护费用较低的寿命。

另一方面，即使第二个基础可以由那些技术熟练，认真负责，诚实的采购人员应用，公共部门采购规则可能仍然限制它的使用情况下更物有所值，因为它可能涉及部分采购人员自由裁量权。这个决定可能涉及到：i) 选择非价格标准适用及 ii) 涉及非价格标准的应用（例如方法，对不同的产品质量，或附以质量为价值所作的判断与价格相比）。正如我们上面提到的，这种自由裁量权可能会被视为不理想的原因有两个，即这可能是故意滥用；及 ii) 它可能是由于不恰当的判断，注意或缺乏技能。这些因素可能导致决定禁止任何非价格标准完全在系统中使用，或强加给非价格标准，以及它们被应用的方法。

²⁶ This is arguably the case, for example, with the United States system. As is explained by Cibinic and Nash, above, the sealed bidding procedure in United States law, which is intended to be a highly objective process, refers to price and other “price related factors” as possible award criteria, takes quite a strict approach to the award criteria that can be used in such a procurement, focusing on reducing discretion: see pp. 615-621 of that work on some of the criteria applied in the United States system and how those criteria work in practice, including the use of whole life cycle costing, and the administrative costs of dealing with the award of more than one contract .

²⁷ See the companion text *EU Public Procurement Law*, chapter 6, section 6.7.

²⁸ See the companion text *EU Public Procurement Law*, chapter 6, section 6.7.

²⁹ See S. Arrowsmith, *Government Procurement in the World Trade Organisation* (2003), chapter 10, section 10.3.

式（即控制金额和类型给予酌情决定）——即使这种控制在于防止物有所值在专门的采购中的潜在现实性。

基于这些原因，一些采购可能采用了非常严格的标准，根据该办法只有最低的价格在招标程序授予标准中被应用。另一种办法是仅仅对一些类型的采购要求最低价格。

关于授予标准的更灵活的方式，被许多采购系统和贸易法委员会示范法的应用，给最低的价格和价格之间加其他因素留下了选择的基础。这是规定在第 34 条（4）如下。特别是，基本规则是按第 34（4）（b）项：

第 34（4）（b）项

(4) (a) 采购实体应对已被接受的投标书进行评审和比较，以便按照招标文件中列明的程序和标准，确定本款((b))项所界定的中选投标。不得采用招标文件未列明的任何标准；

(b) 中选的投标应为：

i) 投标价格最低的投标，但须计及根据本款((d))项适用的任何优惠幅度；或

(ii) 如采购实体已在招标文件中作出规定，按招标文件列明的标准确定为估值最低的投标，而这些标准应在可行范围内尽可能是客观的和可量化的，而且应指明其在评审中的相对比重，或在可行的情况下，以货币额表示；

(c) 在按照本款((b)(ii))项确定估值最低的投标时，采购实体可以只考虑下列各点：

(i) 投标价格，但须计及根据本款((d))项给予的任何优惠幅度；

(ii) 操作、保养和修理该货物或工程的费用，交付货物、完成工程提供服务的时间，货物或工程的功能特点，货物、工程或服务的付款条件和保证；

(iii) 接受某一投标会对（本国）国际收支状况和外汇储备产生的影响，供应商或承包商提出的对销贸易安排，供应商或承包商拟提供的货物、工程或服务中有多少国产成份，包括制造、劳工和材料的国产成份，该投标提供的经济发展潜力，包括国内的投资或其他商业活动，对就业的鼓励，保留某些部分的生产给本国供应商，技术的转让以及管理、科学和操作技能的发展（…(颁布国可扩大第(5))项的内容，增列其他的标准)）；和

(iv) 国防和国家安全方面的考虑；

(d) 在采购条例许可的情况下，(并经…(由颁布国指定的一个审批机关)批准后，)在评审和比较投标书时，采购实体对于由国内承包商承办工程的投标，或拟在国内制造货物的投标，或由国内供应商提供服务的投标，可给予一个优惠幅度。此种优惠幅度应按照采购条例计算，并载入采购过程记录之中。

因为有这么多的采购规则，给予采购人员自由裁量权的实际程度——无论是在选择最适合的授予标准还是自由裁量的选择和运用程度的标准——可能依靠的因素，如目标系统（如诚信的重要性）；所使用的实现手段（实现价值的机制，例如透明度的重要程度）；采购人员的技能和培训，以及体制中的腐败的程度。

3.10.3 在选择和接受非价格标准的自由裁量权：示范法下客观的和可以计量的标准

正如我们已经指出，允许非价格标准的使用的制度给了或大或小的自由裁量权，不管是在可选择的标准范围上还是标准的适用方式上。

贸易法委员会示范法，虽然在原则上允许非价格标准，规定在这些方面有一些很大的局限性。

首先，它规定了一种类型的标准，可用于第 34 条 (4) (c)：我们从上面可以看到这些文字被限制为“经营成本，维护和修复货物或工程，为交付货物，工程或服务的完成时间，有关货物或工程，付款条款和对货物，工程或服务作出担保”，各种标准关于国际收支的平衡和国家产业发展（例如当地含量和技术转移），国家国防和安全方面的考虑，以及某些国家的供应商优惠幅度。

这种利用有限和详尽的列表方法在首先选择哪种标准时减少了自由裁量权，为限制条件允许那些不参与或限制他们的自由裁量权的应用，以及任何酌情权。

但是，有些体制可能宁愿放弃对自由裁量权的标准更多的选择，至少在某些类型的采购——至少只要符合客观标准，并设置如下资格。

其次，上面可以看出，示范法还规定，使用的标准应在可行的情况是：

- 目标。这似乎表明，这个标准应该（在切实可行范围内）确定并没有主观衡量。这不会同与，例如，审美标准的情况下，因为一个产品的美学无法确定和衡量。

- 量化。这似乎表明，一旦确定和衡量该产品的相关功能，可以分配没有任何主观的输入值。裁决标准与车辆的污染程度而言似乎不符合这一条件：虽然它可能满足第一个条件，因为污染程度可以衡量的财务价值要在不同污染程度存在的情况下只能放置要作出一个主观的基础。

另一方面，营运成本，维修或修理费用（这是具体的标准条示范法第 34 详尽的清单中提及） - 例如，车辆或设备 - 看来作为一般规则，满足这两个条件。因此，他们可以测量（它们是客观的），他们通常可以归因于只有一个有限的范围内潜在的分歧（因此它们可以量化的标准）的货币价值。

客观的标准和资格主要是：

- 限制滥用的机会，因为他们可以很容易地进行监测；
- 帮助防止对货币可能产生的不健全行使酌情判断价值差决定；
- 可帮助供应商更好地准备标书（前提，当然提前向供应商披露有关的标准，后面讨论原则）。

事实上，这个标准只需要在客观和可量化的切实可行的范围内，随着应用中使用的标准（见下文），而不是货币等值比重的可能性相结合，表明的那样。但是，这些条件并不需要在每一个满足，但只有当它能够满足他们考虑到所选择的标准的性质。

应当指出，这种“客观”和“具体”有时在判例法和立法中，没有任何使用它们的非常明确的概念。决策者，立法者或法官可能要提供更精确的定义这些概念，如果他们要在采购法律中使用。

它也提供了示范法的标准，必须给予评价程序的相对重量或以货币形式表示“只要可行”（第 34 条（4）（b）项（ii）条）。当标准都是客观的和可量化的，他们可以以货币形式来表达，这通常是适当的。

3.10.4 更多灵活的标准

即使是基于相对简单的物有所值原则的考虑——既涉及货物，工程或服务本身的收购，以及采购（如适用）社会和环境效益——可能会建议使用不符合上述的客观和可量化的标准。在购买车辆污染就是这样一个例子。这种标准的使用，可考虑在示范法，因为它需要客观和可量化的标准，只使用在切实可行范围内，预期适用这种标准的体制（它们并不需要的可以计量的完全以货币形式量化的标准）。

决策者可能希望考虑是否所有标准应满足上述要求，或是否有更应在招标过程中使用的标准的灵活性，同时也更清楚地阐明了示范法的例外是什么范围的条件，如果有的话。例如，如果标准是被允许有关产品的环保功能或产品的国家起源，详细的法律可能会采取怎样拼写出这些都是与处理——包括哪些值将被放置在任何非，污染程度等量化标准。处理这一问题在立法中可以使这些问题是不留酌情权，采购实体考虑。另一方面，有些国家可能认为是适当的给一些问题上有更多自由裁量权的实体。

如上所述，示范法规定的标准给予的评价程序的相对重量或以货币形式表示“只要可行”（第 34 条（4）（b）项（ii）条）。当他们无法量化，但目标（可识别和可衡量的），它仍然是简单地放置一个特殊功能的经济价值可以分配货币同等消除了标准的适用自由裁量权——如评估污染减少到了特定的量。

在其他情况下可以适用的标准，例如，使用百分比比重或点数分配。然而，正如已经被 de Boer, Linthorst, Schotanus, and Telgen³⁰令人信服地证明。后者的方法仍会引起自由裁量权的滥用，除非提前形成其他的更为细节的标准，产出很大程度上取决于方法的实施。（给予供应商的信息：见下文关于披露的进一步讨论）。这是没有考虑现行采购示范法关于招标的规则（相对于一些更灵活的采购方法）。然而，设计审查示范法目前的审查，作为进一步解释如下。

它也可以注意到，诸如“两个信封”程序使用特殊的方法往往是在考虑非财务标准以及财务标准。这些被认为是在第四章评估复杂采购处理中讨论）。

3.10.5 不平衡的投标问题

联合国国际贸易法委员会示范法没有解决，但在实践中的重要一个问题是什么可以被称为（使用美国术语）“不平衡投标”。这是指在一种情况，即要求对几个项目的投标价格，投标价格比某些项目适当提高，以反映其成本和较低的一些项目。这样做是有多种原因。一个常见的例子是因为投标者认为，不同项目所需的可能数量，政府的估计是不正确的，它可以让一个从，例如更好的利润，引用在同一时间低估的项目，而更高的价格看似递交竞争性投标。有时采购实体应对这一危险通过应用“敏感性分析”，这涉及到考虑合同价格会有所不同，如果某些数额不同的估计数量，并拒绝是否还会在某些过分的价格变化情况进行招标。对于这种不平衡的原因是除外早付款获得较高的项目要使用的定价早在合同期内，隐瞒竞争定价和对冲的情况下，整项工程未完成的损失。

采购实体可能想拒绝，不论是运用敏感度分析或其他原因引起的不平衡招标。显然，一个决定涉及一定程度的自由裁量权。各国不妨在这十年中取得了行使酌情权的司法控制的一些经验。这样做的例子是美国联邦管辖³¹。联邦采购条例要求在美国采购人员警

³⁰ L. de Boer, M.M. Linthorst, F. Schotanus, J. Telgen, "An analysis of some mistakes, miracles and myths in supplier selection", Working Paper, 15th IPSERA conference, San Diego, 6-8 April 2006

³¹ Cibinic and Nash, above, at pp.596-608, explains how this issue is dealt with in the United States federal

惕这种不平衡的招标投标制度的实践和允许排斥（如无响应），其中在某种意义上是不平衡的标书，他们是大大低于成本，对一些基础项目（简称数学不平衡标书）其中之一：

- 有导致对整体成本最低的任何合理的怀疑；
- 其结果将是给予提前支付。

这些规则的适用方式给了采购实体责任来对特有的招标的问题证明——而非仅仅是在采购实体和投标人之间的商业选择。这种方法为防止滥用提供了保障。

国家通过采购法规明确不妨考虑如何应对这种情况，包括是否该投标将被拒绝的可能性等理由，需要在预先披露，以及评价的基础将被视为“最低评分类招标“或类似的，而不是简单的“最低价格”。

3.10.6 标准的提前设置和披露以及授予标准

许多采购规则的重要特点是要求在提交出价之前事先对合同授予制定标准和规则披露。然后提交该信息披露之前，向投标者提交投标书。特别是，这有助于通过限制自由裁量权维护自由裁量权滥用和（作为披露的结果），允许投标者和其他监测和执行的适用规则，并帮助投标，从制订最佳的招标采购实体的角度，以确保更好的经济效益。

贸易法委员会示范法第 34 条（4）处理这个问题，在第 9.10.2 有相关所述，并在第 27 条招标文件的规定，即该文件必须包括，除其他的内容（第 27 条（e）：

“采购实体采用的决定中标者的标准，包括任何优惠幅度和价格以外的任何标准将依照第 34 条（4）（b）项，（c）或（D）和相对权重”等标准。

第 27 条和第 34 条要在制定和披露要求如下：

- 1、采购实体有意使用该“经评审的投标”的标准为依据，而不是最低的价格；
- 2、采购实体必须在招标文件中声明标准，关于评估最低价格投标的标准（第 27 条（e）和第 34 条（4）（b）项（ii）条），以及这些标准还必须在招标文件中披露（第 27 条（e）段。

重要的是要注意，这些规定都要求采购实体制定有关评审的最低投标评估准则及比重，并要求将这些透露给投标人。

上述规则可用于简单的采购足够了。

然而，采购标准，不涉及客观和可量化提出了更加困难的问题，采购涉及任何形式的敏感性分析。这里可能会问，是否有足够的采购实体只为制定和评估的广泛披露标准——是否也需要制定更详细的评估分标准和规则——并披露这些分标准和规则，或者，如果选择使用更详细的次级标准和规则，至少透露它制订了。

示范法本身目前并没有提及任何。例如，上面所述的规则制定和公布似乎并没有要求采购实体对任何敏感性分析披露一个准则，将不确定数量合同，涉及申请，分标准的主要标准，或精确的计算公式，将用来申请计分制度（案件有关，其中有一些主观的判断标准）。不过，这可能是至关重要的评价决策。因此，制定和公布之前，他们的投标都将减少对滥用自由裁量权的范围，并帮助更好地准备投标标书。³²

显然，这些问题是更重要的，复杂的采购，例如根据计划书的方法，通常涉及主观性更大的授予标准。

procurement system.

³² Cibinic and Nash, above, at pp.596-608, explains how this issue is dealt with in the United States federal procurement system.

当局现正考虑对示范法的评价标准全面检讨。这可能在评估不同采购方法上带来各种不同的规则，包括更为一般的要求，即提供和披露评估的一般原则。这些东西都是在最新公布的修订后的示范法草案第 11 条中，其中：

- 规定了对采购的所有方法评价的一般规则；和
- 需要提前制定和裁决的标准“应用方式”披露，以及标准本身。³³

通知有关标准的适用方式供应商似乎需要分标准，提供广泛的标准和在其中的比重将被应用，就以下事项以及，可能的话，最低要求的任何方式的解释如负担能力。这样一个广泛应用不可避免地会涉及对条文的任何审查机构的一部分自由裁量权，以确定哪些指导采购实体应该通过和每一种情况下披露。

3.10.7 异常低价投标

一个异常低价竞标的概念，是指招标，由于其非常低的价格或其他条款，引起了怀疑，供应商将无法履行与所提供的合同条款或（在不同的法律定义）不履行的风险是实际存在。在这种情况下，无论是供应商可能无法提供合同的要求（例如，可能会提供一个质量降低性能），或者可能要求额外支付（无论是对货物或工程或通过任何变化过多的报酬）。采购法可能要作出规定，要求采购实体拒绝此种招标，采购实体或允许自行决定拒绝，当它是在政府的利益不接受他们认为这种招标。这通常适用于当有不履行的重大风险。但是，有可能在某些情况中，这不是一个非常低的投标情况。

区分各种可疑的有利招标可能是有用的：

- 1、供应商的（低成本，新方法或产品等）效率 – 在这种情况下一般不存在理由拒绝投标；
- 2、事实上，供应商正打算做低于成本的价格用起来备用容量和/或保留其员工，或建立为打赢未来的商业声誉的工作；
- 3、事实上，供应商能够提供以较低的成本，因为它得到了一些来自政府补贴，——这可能是合法还是根据世界贸易组织的规则或区域贸易组织的规则是非法的；或
- 4、事实上，供应商，旨在推动该市场上的竞争对手。

采购制度可以不同，他们在何种程度上要求或允许投标单位拒绝。，与竞争法（如有的话）存在着密切的关系，因为它们在有关国家适用的规则在这里。特别是，其中提到的行为违反了竞争法在某些方面，国家可能希望要求或允许拒绝。另一方面，允许或要求采购法来支持竞争法可能涉及过多的干扰，采购过程或决定由不适应到有问题的决策机构（采购实体）提供——例如，可能涉及需要以确定是否一个特定的投标，实际上不享有非法补贴。虽然这些问题可以在完成一项专门采购的等待中被政府延误的外部竞争。

采购法可能想要在拒绝前放低程序。

贸易法委员会采购示范法目前不包含关于这个问题，但规定很可能将在示范法目前的审查添加任何明确规定。最新公布的示范法草案建议包括以下条款³⁴：

第 18 条，否决异常低意见书

³³ See A.CN/9/WG.1/WP.73/Add.1 to A.CN/9/WG.1/WP.73/Add.8 (www.uncitral.org/pdf/english/workinggroups/wg_1/73add8E.pdf)

³⁴ See A.CN/9/WG.1/WP.73/Add.2 (www.uncitral.org/pdf/english/workinggroups/wg_1/73add2E.pdf)

“（1）采购实体可以拒绝提交的，如果采购实体已确定，在与提交的其他组成元素的组合异常低的价格相对于标的物的采购，以提高与采购实体的关注对供应商或承包商提交的意见书履行采购合同，采购实体规定，已采取以下行动的能力：（a）采购实体已要求从提交，让至于供应商或承包商履行采购合同的能力，引起关注的供应商或承包商详情以书面通知；

（b）采购实体已考虑由供应商或承包商提供的任何资料帐户的以下这一要求，并在提交的资料对所有这些信息给予关注；

（c）采购实体已记录了他们的关切和持有的原因，与供应商或根据本承包商和所有信息，在采购过程的记录。

（2）采购实体的决定，拒绝按照本条及应及时传达给供应商或承包商在采购过程，并记录记录该决定的理由的意见书。

3.10.8 采购程序的取消

一般来说采购规则会规定采购程序开始后的取消。这可能是因为货物，工程或服务不再需要。这种情况也可能发生，因为有一些与原来的裁决程序问题，以及采购实体要开始一个新的程序 - 例如，在采购实体没有收到任何投标书证，因为没有招标响应的（例如，由于该规范是不现实的），或是因为供应商勾结。采购实体也可以有效地不得不重新开始程序 - 无论是主动或作为结果的法律挑战 - 在那里发现了一些在裁决程序违法的（例如，它都知道这个采购实体已包括非法授予标准）。

显然，在取消任何程序，因为供应商可以在这个过程中都投入时间和资源，（用在其他工程招标关，例如）以其他方式来取得成果的过程依赖问题。重复取消可以清楚地破坏这一过程中供应商的信心，防止其未来的参与。因此，重要的是要取消的程序只在有非常充分的理由这样做。规管在取消过程 - 如批准或更高的要求给予一个原因需要注销 - 可能有助于确保这一点。同样重要的是进行规划，这样的方式，以避免对需要取消程序——例如，尽可能确保在采购前开始必要的规划或预算的审批。

像任何其他自由裁量权一样，滥用自由裁量权也可能取消采购以有利于供应商。例如，如果采购不是最好的供应商，采购可被取消，新的采购开始。

贸易法委员会示范法第 12 条规定，采购实体可能会拒绝所有提供的服务，并对该决定由下列控制。

- 1、有一个从以上机关批准的规定（第 12（1））；
- 2、被拒绝的权利，只有当实体保留这样一个在合同文件的权利；
- 3、采购实体必须立即将其决定通知谁提交报价的供应商（第 12 条（3））；
- 4、采购实体必须——从供应商的要求——沟通拒绝的理由：第 12（1）（其中还明确规定，但是，采购实体不必证明这些理由）。

然而，拒绝的权利不能被质疑根据示范法的规定供应商在供应商审查 - 第 52（2）（d）不包括从审查权等决定。此限制可能会被删除作为示范法作为一个更普遍的决定，取消对供应商审查各项已经提到上述限制部分的检讨结果。

第 12 条（2）目前明确规定，采购实体应不负责其决定拒绝所有提供的服务供应商。因此，采购实体无须弥补这样的决定供应商 - 该资源将用于在招标过程不来的，是在示范法中认为作为一个合理的经营成果的风险，（在许多个别国家）的可能性采取的那些谁参加招标过程的一部分。

然而，这可能是考虑各种例外。例如，如果有一个已知的风险，一个项目可能不会继续进行，但尽管如此，政府要开始招标采购，并征求其可能承担支付在该特定情况下的赔偿。在某些司法管辖区的补偿也可以向供应商支付法律规定的欺诈（下侵权或违法行为的法律，涉及过错赔偿的规定）在政府启动一个程序时，它没有顺应未来的采购意向。这种情况将是罕见的，但很难证明这种情况的一个例外可能是在采购条例列入考虑。一个关于取消已下，目前的审查示范法修订草案明确规定生产的建议，可能有责任为“不负责任”或“拖”的行为，取消了采购的供应商。³⁵根据附着在这似乎旨在强调，责任可能附加，广告只是为了建立一个采购，而不是与实际批出的合约意向的市场条件特别规定的说明。

³⁵ See Article 17 of the latest draft text in A.CN/9/WG.1/WP.73/Add.2 (www.uncitral.org/pdf/english/workinggroups/wg_1/73add2E.pdf).

第 4 章： 服务采购和混合采购¹

4.1 服务采购的程序

4.1.1 概述

目前联合国国际贸易法委员会示范法为服务（在非建设服务）提供了一个单独的采购方法，“服务采购的主要方法”。第 18 条（3）指出，这种方法通常被用于采购服务，同时进行该方法的规则在示范法第四章，第 37 至 45 条做了规定。正如下文将进一步解释的，这个“方法”其实包括许多变化，特别是在评标办法上，适用于各种各样的服务。应用什么变化将会取决于采购的特殊的类型。

4.1.2 采用服务采购的基本方法和与采购货物与工程的关系

为服务采购的主要方法是对某些类型的采购服务是合适的，同货物和工程的采购需要不同的方法——尤其是对服务的采购，其中质量问题，而不是成本是首要考虑。

特别是顾问服务的情况。事实上贸易法委员会关于服务的特殊规定的主要服务领域之一是顾问服务²。同样，多边开发银行（MDB），如世界银行，国际咨询服务作为主要用户，一直选择与没有智力性和创造性投入的货物和工程采购。

这是基于这个想法，即在很大程度上是顾问的选择是基于服务的质量和所提供的顾问专家，而不是对服务的价格。虽然成本的问题不是无关紧要的，更大的重点放在质量。到了 1994 年颁布示范法指南，在其第 11 条的评注，证实之间，采购主体，一方面，货物和建设，另一方面，服务实际上：

“不同于货物和工程采购，服务采购通常涉及无形物体，其质量和精确的内容可能难以量化。所提供服务的具体的质量可能会在很大程度上依赖供应商或承包商的技能和专门知识。因此，不同于货物和工程采购在价格评估过程中的主要标准，服务价格往往并不重要。第四章的试图提供这些程序方面的不同差异。”

这很符合多边开发银行所使用的特别顾问服务的采购方法。

虽然上述服务的采购方法为“主要”指定采购服务的方法，但是，这可能是有些误导。许多服务的购买使用可用于采购货物和工程使用的程序。在示范法中，有显著的“例外”，以特殊的“服务”方法取代了在很多情况下对“货物/建筑”的方法。

因此，第一，适用主要的服务采购的采购方法的一个例外情况时，当容易形成具体的规格和投标程序时将会考虑被采购服务的性质（第 18 条（3）（a）条）。在这种情

¹ See in general Kovács, *Enhancing Procurement Practices: Comprehensive Approach to Acquiring Complex Facilities and Projects* (2004); S.Arrowsmith, J.Linarelli and D.Wallace, *Regulating Public Procurement: National and International Perspectives* (2000), chapters 7-11; P. Trepte, *Regulating Procurement: Understanding the Ends and Means of Public Procurement Regulation* (2004) chapter 5, section 5.5; S. Arrowsmith and C. Nicholas, “The UNCITRAL Model Law on Procurement: Past, Present and Future”, chapter 1 in Arrowsmith (ed.), *Public Procurement Regulation in the 21st Century: Reform of the UNCITRAL Model Law on Procurement* (2009; West), section 1.11. For illustrations of methods for complex procurement and procurement of services in particular systems see, for example, the Asia Link companion textbook *EU Public Procurement Law*, chapter 6 (competitive dialogue and negotiated procedure with a notice); J. Cibinic and R.C. Nash, *Formation of Government Contracts* (3rd ed. 1998), passim and in particular chapters 6 and 7, on methods involving negotiation in the United States federal system.

² See, in particular, Trepte, above, chapter 5, section 5.5.

况下，招标（即通常是用于货物和工程的方法）应该被代替使用。此外，第 18（3）款（b）还规定，货物和工程采购的其他方法可用时，应使用，这比服务采购的主要方法适当；及 ii），当应用该方法较为恰当（接受同样的更高机关的要求，并在采购中作适当的记录）。

这些货物/施工方法，其实是经常用于采购合适的服务，特别是某些类型的人工服务，以及简单的文书或专业，如基本簿记服务。在实践中这些商品/施工方法可能在许多国家，因此可用于大多数类型的采购服务 – 这样的特殊服务的方法本身可能被视为例外，而非常规考虑。国使用的示范法，因此可能需要考虑是否作出的主要方法本身就是一种特殊的方法只适用于某些种类复杂的服务或服务，如质量的考虑极为重要的。

对货物和服务示范法，其实分开处理源于示范法的历史发展，使服务被添加到货物和工程在稍后阶段，分别讨论。示范法目前的审查正在考虑采取更加综合的方法，提供了货物/建筑和服务，利用其重点将放在涉及到相当复杂的采购合同作为分类因素，单一的一套方法有关货物，工程或服务。正如我们已经在第 2 章指出的，修订后的文本，这是制定了工作组第十八届会议于 2010 年 4 月和小变化的认可，目前的草案规定了采购方式单一，综合设置，所有的这对货物，工程和服务的适用 – “工具箱办法”³。至于服务方面，现建议，公开招标将成为“默认”的方法，因为它是货物和工程 – 即该方法将适用于其他方法的原则，将只提供其使用时的具体理由成立。不涉及谈判的方法，如限制性招标将供作为货物和工程服务，同样的理由（如现在）。对于更复杂的谈判，涉及采购，关键可用的方法是：

- 两阶段招标

- 关于竞争性对话的建议（这也是我们所看到货物和工程采购也适用）

- 征求建议书的程序；

- 要求与连续谈判的建议。这实质上是一个什么是目前版本中的服务采购的主要方法，涉及连续谈判（在此请参阅下节）的问题。据设想，这将是特别用于专业和其他因素，其中质量是当前重要的。然而，正如在第二章解释，不会只限于服务采购，因为正如我们所看到的，所有的方法将被用于所有类型的采购。它也将可以在同一个较为广泛的情况下与其他“复杂”的采购方法（例如当它是不可行的，制定详细的规格和对话被认为是最好的方法来确定该实体的需求）。然而，在颁布指南将详细解释本方法的目的，当它应该是一种在实际中应用采购。

4.1.3 服务采购的基本程序框架

由于 37 条中规定，对服务采购的主要方法涉及到这一规定下的提案征集，采购实体或索取服务，建议在适用情况下，通过发布公告，征求意向书，（除有限的国内供应商或低价值的合同采购）在全国性刊物和国际刊物发布资格预审。第 38 条规定以下方面的内容：

招标书应当包括至少以下信息：

- （a）采购实体的名称和地址；
- （b）语文中建议做好准备；
- （c）履行的方式，地点和提交提案的截止日期；
- （d）如果采购实体有权拒绝所有的建议，对此作出的声明；

³ See A.CN/9/WG.1/WP.73/Add.3 (www.uncitral.org/pdf/english/workinggroups/wg_1/73add3E.pdf)

(e) 符合第 6 条的标准和程序，相对于供应商或承包商和相对的资格进一步证明资格评估的规定，根据第 7 (8)；

(f) 以书面证据或其他信息，必须由供应商或承包商为证明其资格的要求；

(g) 服务的性质和特点，拟采购所需的已知，包括的范围，但不限于，位置服务是提供和希望或需要的时间，如果有的话，到时的服务提供；

(h) 采购实体是否正在寻求以满足其需求的各种可能方式提出建议；

(i) 如供应商或承包商被允许提交只对拟采购的服务的一部分，一个或其中的部分建议可能会提交的部分描述的建议；

(j) 货币或货币的建议价格是要制定或表示，除非价格不是相关的标准；

(k) 要制定或表达建议价格，除了价格因素外是否包括其他因素，如交通，住宿，保险，设备使用偿还的服务，成本表，关税或税款，除非价格不是相关的标准；

(l) 本程序选定根据第 41 (1) 确定中选的建議；

(m) 将用于确定中选方案的标准，包括任何根据第 39 条 (2) 的优惠幅度，以及这些标准的相对重量；

(n) 将用于评价和比较投标书的目的，使用的货币，汇率，要么将用于建议价格转换成该种货币或声明，由指定的金融机构公布的现行利率在指定的日期将被使用；

(o) 如果对所提供的服务，合同条款和条件或设置征求建议书提出的其他要求的特点选择是允许的声明，该效果和以何种方式的替代性建议的评审和比较说明；

(P) 姓名，职称和一个或更多的有权直接沟通的人员或采购实体的姓名和职称；

(Q) 根据第 40 条的方法，供应商或承包商可以征求建议书要求澄清，并声明采购实体是否打算在此阶段召开一次供应商或承包商会议；

(R) 的条款及条件的采购合同，向他们已经知道的采购实体的范围，合同的形式，如有的话，要由当事人签字；

(s) 本法引用，采购条例和其他法律，法规直接相关的采购程序，规定，但是，任何此类不作为参考，并不构成根据第 52 条的审查理由或引起的法律责任部分采购实体；

(t) 根据第 52 条所规定的权利要求的非法行为或决定，或程序审查之后公告，就有关采购程序的采购实体；

(U) 这个建议一旦被接受，为了使采购合同生效，包括在适用情况下手续，书面采购合同的执行，并批准由上级机关或政府及估计期间下面的时间派遣的接受，将须取得核准通知书；

(v) 由采购符合本法和采购条例的编写和提交提案，以及对采购过程的其他方面的实体建立的任何其他要求。

这种建议的征求程序类似于示范法招标程序和资格预审程序，不是通过资格预审（即，确定哪些企业有能力承担的最低合同工作）限制顾问（或一般服务提供者）的合

表：摘要征求服务建议书或招标方式
 程序 1（在示范法的一般程序为主要服务采购方法）
 1、广告
 2、资格预审
 3、所有合格人士的建议
 程序 2（根据该示范法的主要方法，根据有关服务采购的指引）
 1、邀请特定人士
 2、建议由特定人士应邀

同投标的身份。这是一个广告是公开和参与是开放给所有谁拥有最低水平的能力承担这项工作的进程。这个过程被设置为步骤 1 中的表格如下：为征求服务建议书或投标方法的概要。

在这方面，值得注意的是联合国国际贸易法委员会的程序，一般以上所列是非常不同的信赖多边开发银行应的程序。根据这些程序，职权一旦条款已经做好准备，采购实体将制订一个潜在的顾问有限列表，从中将邀请邀请有兴趣的，而不是谁的人有能力承担的任务提出建议。

不过，虽然联合国国际贸易法委员会的服务大致设想，任何合格人士可于建议采购的主要方法，这是受直接征求重要的可能性——也就是说，接近甚至没有放置广告，类似的程序允许特定公司由多边发展银行——在一定条件下适用。在这方面，第 37(3) 提供：

1、对拟采购的服务只能从有限数目的供应商，采购实体规定，所有这些供应商征求建议；或

2、所需的时间和成本，审查和评价大量建议将不成比例的拟采购服务的价值，它提供了公司征求建议，以确保足够数量的有效竞争的；

3、直接征求是唯一的手段，确保机密或由国家利益，它提供了企业征求建议，以确保足够数量的有效竞争，因此要求。

正如我们在第二章中看到，这种类型的方法来招揽提供直接的办法，即涉及到具体的人，可用于货物和工程在类似情况下（和合适的服务）列入限制招标程序。我们还看到有说，使用没有广告程序的可能性，因为有数量有限的供应商（A 点）段）已被批评，可能会更改）在上述的背景下服务。可以说，（如在第二章再次被提及）直接征求也是采购货物与建设的建议书和竞争性谈判要求的程序（和合适的服务）提供。

采购实体是如何决定哪些供应商参与程序？

至于与货物和工程类似的程序，无论是示范法，还是 MDB 的准则都很少涉及公司如何被选择。确认企业建议是可能的，或采购实体可以简单地邀请企业。它也可以用它维护供应商名单（也可以和广告）或维持的多边发展银行（在许多顾问服务案）（在由多边开发银行资助的合同的条件下）。对供应商名单进一步考虑的问题是在一个单独的章节。一个过程，我们可以称之为“筛选”——也被认为是分别低于如何采购实体可能选择不同已知的采购实体（无论是从广告商，供应商名单，或以其他方式）可能的公司的问题。应该指出的是，当没有明确的供应商集团从中作出选择是（在这个意义上所有提交正式回应这些广告或所有的正式名单上的注册如）“认同“和”筛选“合并成一个，作为独特的实践可能无法被认识。

一旦收到在服务采购的基本方法原则下的建议，授予过程将会开始。

在这个阶段，示范法第 39 条规定了评估建议的标准。如前所述，示范法规定了三种不同的评价过程，这是适合不同类型的服务。虽然它们涉及到我们再这里所说的合同授予程序：

1、有谈判的选择程序：根据这一程序，采购实体规定的质量和技术含量的最低标准和评估的建议，符合此标准的最低价格或使用任何“最佳综合评定”的价格和非价格标准。

2、同时选择与谈判的过程：在这个过程——认为特别适合的专业服务——与所有供应商提交的建议可以接受的谈判进入采购实体，结束在“最佳和最后报价”提交作为选择中标供应商的基础。

3、连续的谈判的选择程序：根据这一程序与提交的最佳技术方案，建立价格供应商采购实体进行谈判，或者如果它没有这样做的协商与在他们的建议值得进一步供应商的价格秩序，协议以合适的价格达成之前。

这些进程在以下的评估和服务采购程序中将进一步详细讨论。

4.2 选择（简短清单）

一些采购方法，特别是（开放）招标，采购实体必须邀请所有有兴趣投标人或（如资格预审程序进行）至少那些有兴趣和符合资格的最低标准的。

然而，正如我们所看到的对货物和工程采购方法和上述第 2 章采购方法这个服务一章，也有许多采购方法，采购实体可以选择数量有限的合格公司，可供提交的合同报价。这个选择的过程被邀请人是从有关人士作出的要约邀请中选择出来的，我们可以称之为筛选。

这个过程是相关的，例如，限制投标；及建议书的程序要求和服务，这是为更复杂的采购合同采购的主要方法和服务合同的主要方法。一个筛选的过程，也是下为私人融资基础设施的示范下，关于这个问题，认为这是在第 6 章规定的采购程序后探讨。

开始的时候，我们可以注意到，一些采购方法，或这些采购方法的变化，将有一个确定的“兴趣”的候选人。这将在已公布的采购情况下，作为一般要求，例如，随着对提案的程序（其中通知要求，除非非出版物是出于经济效率的原因或理由）的要求。在这种情况下，筛选过程将需求之间所有这些特定的（前提是他们有资格）的人选择方法 - 过程有一个明确的功能和需要选择特定的人之间的透明，使得它有可能比较容易监控。

然而，在很多情况下没有明确的投标人筛选的过程，罗列程序不是一个明确的程序——其潜在投标人的身份及可供选择的公司之间可能会在实践中有效地合并成一个单一的过程。

对筛选的问题对此案够实体来说是最困难的，联合国国际贸易法委员会示范法对该程序几乎没有提供任何指引。它的规定几乎完全局限于规则对被邀请人数的请求（例如，建议书“应给尽可能多的供应商或承包商的建议切实可行，但至少有三个，如果可能的话”）。有没有对可能用于筛选使用（或潜在的集团，它的一个数量有限的供应商可以得出识别）的标准指标。这是一个重要的方式，示范法可以看出集中招标（其中筛选是不相关）到其他采购方式的忽视。然而，筛选阶段是一个是一样多开放作为采购过程的任何其他阶段的滥用。它作为一个潜在的阶段，存在于特定供应商的青睐的原因之一可能是某些采购方法可能高于公开招标选择。可以指出，在另一方面，联合国国际贸易法

委员会的模型私人融资基础设施的条文，并解决这一问题的更详细：见第 6 章，也是下面简要评论。国家颁布示范法不妨给予更多的注意筛选过程，识别潜在的候选人身份——示范法本身有规定。

但是，并不是总是很容易制定标准，并非总是可行的，是透明的，反映了平等对待的原则。事实上，很多时候都面临着采购实体的潜在投标人，其中也同样可以接受的（例如，在咨询服务的情况下）许多大数目。在私营部门对这种情况的反应往往是简单的工作，为出发点，与已知的和值得信赖的供应商，提供从对金钱的角度值的最佳方法，（虽然有必要警惕新的发展，并对跻身接受集团自满）。然而，这被认为更适合给定的目标和公共采购（如前面提到的同等待遇和透明度的目标/原则），我们已经讨论了公共部门的基本原则问题。

考虑到这一点，下面的方法，目前在不同的时间已经付诸实践，可能会考虑：

1、选择基于一般财务和技术地位的基础的公司——这是使用同样的筛选标准。例如，一个当局，希望邀请五家公司投标，可能为类似工程的经验，如果超过 5 家公司符合这个标准，那就就筛选 5 家公司相关的工作经验。

这种方法的一个变化是企业根据评分资格打分，然后（从这些公司获得的最低分数是必要的合同被视为合格），以这些企业的名单取得最佳成绩。

这是根据联合国国际贸易法委员会的示范规定中关于私人融资基础设施采购的一种方法，在下文第 15 条有讨论。这也是根据欧盟的公共部门采购指令 2004/18⁴筛选所用的方法。这种方法可以看作是一种客观的方式确定哪些公司有可能做的最好的工作和/或可能提出至少不履行的风险。它还提供了一个办法，似乎是因为它的透明度吸引力 - 它使用标准，明确认定和开放的监测。

然而这种方法存在问题——它可以是非常武断的，如果它不是在一个审慎和细致入微的方式实施。例如，如果许多企业很容易超过履行合同的合格人员和其他资源的需求程度，这样，他们没有提出任何不履约的风险，这是很难看出什么政策是选择那些公司中有更进一步最广泛的资源，或如何在现有资源范围是相关的。（因此，要适当分配给所有这些最高得分达到一定水平，而不是让越来越多的资源水平越来越高的分数）。还有一个趋势，如果不是在这样一个谨慎的方式实施 - 有利于在小型和中小型企业（SME）支出规模较大的公司，相反通过促进发展的许多国家的政府遵循客观中小企业，包括通过政府采购。在某些情况下，具有很强的潜在投标人的数量可能是这样，使用的方式，不是任意的这种做法根本无助于减少数字下降到所需的水平。

2、选择不同类型的公司，比如一些大公司和一些小公司。这可能是合乎逻辑的，作为提高的可能性，如果为金钱的价值，例如，它不知道哪些类型的公司更可能被用于在特定时间特定的项目竞争力的方式。

3、选择参照“政策”因素，不涉及到具体的合同的履行。例如，公共权力想促进小企业的发展可能会发出邀请优先向小企业。这可能是一个促进这些政策的有效途径（亦显示政治承诺给他们），但无费用（以更高的价格来如），可能导致的政策，例如设置旁白或优惠奖励标准的实施一些其他方法。

4、一个可以算得上是 3 个变异的方法。建立在公平考虑，例如实质的基础上选择性平等或参照国籍股权，以确保在这些理由歧视是可以避免的，并表示对不歧视的政

⁴ See the Asia Link companion textbook *EU Public Procurement Law*, section 6.5.2.4; S. "The Selection of Qualified Firms to be Invited to Tender under the EC Procurement Directives" (1998) 7 Public Procurement Law Review 147.

策承诺。这种考虑的背后似乎是由世界银行要求为在世界银行资助的采购使用其顾问“质量，成本为基础的”顾问选择方法选择的政策。在这方面，相关的指引指出：

2.6：借款人是负责编写的短名单。借款人应首先考虑到这些公司表示兴趣，具备相关资格。短名单应包括广泛的地理分布与六家公司，以不超过两家公司从任何一个国家和至少一名来自发展中国家的公司，除非来自发展中国家的合格公司没有确定。

2.7：短名单完全可以包括国家顾问（公司注册或在该国注册成立），如果转让低于上限在采购计划中确定由世行批准[注意省略]一个足够数量的合格企业的是可有一个具有竞争力的成本的公司短名单，而当竞争，包括外国顾问是没有道理的初步证据或外国顾问没有表示有兴趣。...（其中政府和/或捐助资金），如下的短名单将完全根据与银行商定的程序选定的国家的公司组成的门槛。但是，如果外国公司表示有兴趣的，应当予以考虑。

除了需要一个地域分布可以看出，这些规定还包括其他政策因素，即促进发展中国家的工业发展（下 2.6 要求至少包括一个发展中国家的公司）和促进行业发展借款国（在 2.7，让“国家”没有积极寻求外部的竞争，它出现，这将不会妨碍竞争的条件下对合同的候选名单上。2.7 在这方面既涉及如何筛选和相关集团从中选择问题名单将确定——这两个问题合并，因为在一般没有正式的公告，以确定有关集团）在一起。

5、轮流选择。一些买家认为这对简单的合同是适合的。各国政府为了传播商机，政府的利益，可能会优先考虑尚未最近有机会参与投标的公司。这可以是促进国家的平等获得机会的目标方式，这是一个采购制度的具体目标。这也是一种方法，具有透明度的优点。这种方法可以结合方法 1，如果方法 1 组产生的过大。这种方法可以促进和更加透明的供应商名单的使用（见下文），以确定潜在投标人。

6、随机选择（如抽签）。同样，这有时被认为适合简单合同，并已作为轮流选择相同的利益。它可以再次结合方法 1。这可以在一个不公平和透明的方式很容易对供应商名单进行操作。

7、选择公司很可能要在价格上，质量等寻求最优的出价，而不对具体的工程寻求实质性的出价（即试图预测哪些公司将最符合合同授标标准下文将进一步讨论）的最佳报价。这可能是确定的，例如，看公司提供的过去的招标，或（为简单的产品在价格的主要因素）在公司的定价。

另一种减少参与整个程序的公司的数量的方法是看哪个公司提供了物有所值原则（方法 1 和 7）将会被邀请到授予程序中，而不是被邀请到提交最后出价中。然后减少出价的数量，消除那些最不具有吸引力的出价，只留下很少的出价。例如，对于信息技术系统的定制提供如该提案的性质是一个重要的合同授标标准，买家有时会要求公司提交的“小建议，”他们的解决方案，然后这似乎为企业提供最佳的解决方案。

这种做法是可能的，例如，第 48 条的建议，方法的请求。这是一个最佳和最终报价必须在这一进程“对于那些建议”并没有在前面的阶段被拒绝，这涉及以上的建议被拒绝谈判结束之后提交建议书的要求。然而，它并不完全清楚，无论是根据建议书的方法要求采购实体可以否决提案，只是限制了采购实体和供应商竞争的成本——还是仅限于拒绝，只有建议不符合适合其需要的最低门槛。

在某种程度上，可以通过基于合同的授予标准的最初的建议。减少数量。可以减少数量，供分析之用这可以看作是一个反复的“授予”的一部分，而不是作为“筛选”。（请注意，筛选可能的话，有时也用在“授予”阶段——它不是从一个精确的法律意义来说，在这里是一个狭隘的定义，不同的阶段将单独分析）。

4.3 服务采购和混合采购中评估和授予问题

4.3.1 概述

在本节中，我们会考虑在授予合同阶段，服务合同和其他混合采购的授予的监管方法问题。在第三章中，我们考虑，联合国国际贸易法委员会示范法规定了在招标程序批出合约的阶段。正如我们看到的，示范法在严格招标方式（简称示范法招标）和限制性招标中采用了一种开放的形式。其目的是实现一个过程的尽可能透明，特别是自由裁量权，以防止可能发生的重大决定的滥用。特别是，这种严格的方法的特点是：

- 讨论一项有关全面禁止投标；
- 非常适合任何一次改正的机会有限提交的投标书；
- 限制性招标和有限数目的授予标准的要求一个要求（提前制定和披露的投标者），以及
- 通用标准的要求是客观和可量化。

但是，普遍承认的是更复杂的采购，即使透明度被认为是一个非常重要的原则，这一原则需要进行修改，以一定程度的灵活性来提供关于上述事项，因为灵活性是很重要的，（特别是）以金钱的价值。透明度的好处需要根据成本的平衡，以及一个适当的平衡，需要更大程度的灵活性。因此，举例来说，在复杂的采购那里的工作质量的主要因素，将影响价值得到金钱有更大的需要考虑，例如由一个特定的工作完成质量的主观和非量化的因素中标者。因此，正如我们将看到，这是接受，即使让这降低了过程的透明度。

对所有上述四个方面在裁决阶段复杂的采购监管规则往往不太严格。通常一般的在这些方面程序的严格程度将会取决于体制和国家的特征。

示范法，正如我们在第二章看出，提供更复杂的采购各种不同的制度：

1、首先，正如我们在第二章中看到，示范法提供了采购服务是专为使用不同类型的服务采购没有根据的货物/采购合适的施工方法的主要方法。

2、其次，正如我们在第二章中也看到，有三个程序，根据示范法为复杂的采购货物和工程，即两阶段使用招标，征求建议书，和有竞争力的谈判。（两阶段招标涉及到复杂的合同中使用一种混合的方法，根据该初步讨论，这是允许的，但通过正式通过招标投标的一般规则管辖阶段之后）。

3、第三，有单独的模型在私人融资基础设施，这是一种非常复杂的采购类型的采购的法律规定。（详见第6章）。

在许多方面，只要它们适用于大型复杂的采购，这三个单独的制度规定是十分相似，和三个两套独立的规定存在相当混乱。正如在本章前面，这很可能是作为示范法目前的审查结果改变。因此，示范法的修订将提供更大的规则，而不考虑整合之间的任何货物，工程和服务的区分。如一个采购方法，都为所有类型的采购单套提供。此外，如第3章阐述了对公开招标，也可能是示范法将提供关于简单的和复杂的采购标准。包括一系列的规则，如信息披露规则和方法等。

最后，通过一个复杂的采购及服务规则一般观察方式，该观察方式并没有使该示范法提供相较其他采购方法更为详细的规则，因为它如招标所做的相比复杂的采购提供更多的回报。因此，举例来说，有没有这样对不符合规定的投标，因为详细的招标程序。国家不妨给予明确关注如何处理复杂的采购等问题。由于复杂的采购方法通常允许超过

整个程序的其他方法决定，各国可能更愿意让这些问题上的规则的灵活性 – 例如在复杂的采购招标中允许在更大范围上纠正错误。然而，我们就这些问题讨论了公开招标，显然有关原则在决定这些规则时应该考虑。

根据示范法适用于提供服务（第 12.2 节）采购的主要方法和征求建议书的主要规则，下面我们将考察授予阶段的主要规则。

4.3.2 服务采购的评估和授予的基本规则⁵

4.3.2.1 服务采购授予允许的标准

第 39 条规定了不同的授予标准，即评估的建议，并以何种方式，他们将在评价中应使用的建议。

- （a）供应商或承包商在提供服务时的资格，经验，信誉，可靠性，专业和管理和人员；
 - （b）由供应商或在满足采购实体的需要承包商提交的建议的成效；
 - （c）建议价格，不受任何优惠幅度的应用，包括任何附带或有关费用；
 - （d）接受建议的效果将会权衡国际收支状况，参与的本地供应商和承包商，经济发展潜力的提案提出，包括国内的投资或范围外汇储备余额其他商业活动，对就业的鼓励，技术转移，管理，科研和业务技能和补偿贸易供应商或承办商安排的发展；
 - （e）国防和安全方面的考虑。
- 正如招标，也有规定-----第 39 条第 2（1）-----对本国供应商的偏好。

这些标准可能涉及到以下-----只有以下内容：

对这些允许的标准有一些评论。

首先，根据示范法第 34 条合同的授予标准不需要使用所有的罗列的标准，但可能只是选择适当的。

第二，需要注意的是第 39（1）（b）主要关注的问题，如采用的方法和途径用于与任务（例如处理建议的优点和衡量一个政府的社会计划的项目，例如作为幼儿园的贫困儿童提供教育，政府可能要考虑的一个重要标准收集有关证据）该方法的优点。根据颁布指南第 39（1）（b）还可以使采购实体无视一个已经就超出了规定，采购实体，企图夸大技术和质量方面的提案获得高排名在选择过程中，从而人为地尝试，因此在谈判后的膨胀与建议提议者，当它使用的程序连续第 44 条，涉及采购实体谈判中的立场，正如下面所介绍的。

第三，它可以指出这一点（a）允许采购实体考虑服务供应商本身的特点。这可能是相关的质量，并认为将根据合同提供的服务的可靠性。

例如，由特定的人提供就业知识能力（或作为顾问，从事特定的工作），可能是服务质量的顾问将由该供应商提供了重要的。当使用这样一个标准，一个问题是，个别人员可能离开或在颁奖过程变得不可用或在合同的确已经签署或展开。发生这种情况的可能性是现实需要考虑，以决定是否在此看作是一个特定的因素。采购实体可以通过满足

⁵ In addition to the works cited in note 1 above see, in particular, F. Dini, R. Pacini and T. Valletti, "Scoring rules", chapter 12 in N.Dimitri, G.Piga and G.Spagnolo, *Handbook of Procurement* (2006) (CUP).

希望限制（如一个分包商的法律承诺）的有关安排，以确保本身或有关合约规定指名的人发生这种情况的风险都可以提供正当理由的，除非出现特殊和使这个不可能的。另一种方法是考虑作为的人提供给服务供应商一般口径表示这个问题只是，或把重点放在这个问题更直接。

对于一个复杂的服务项目，涉及许多不同的人在一个大型团队提供大规模服务的有效管理，服务供应商的质量保证和管理系统的质量可能是重要的服务质量好评。此外，如上所述，在项目上的绝对保证供应不依赖特定的人的技能，采购实体不妨看看内部招聘和培训工作，例如，以确保类似的替代品具有相同的质量。

应当强调，为了确保有效的采购，必须确保有关的供应商的任何授予标准实际上是恰当的判断提供服务品质。例如，在一定程度上经验可能与此相关，这可能是适当的，认为与由有专门工作经验的公司或者个人来做是不同的。然而，与使用本准则有关甄选过程中，仅仅给更多的经验可能不是一个明智的做法——它可能受到质疑，例如，是否 22 年经验的人很可能是天生优于拥有 20 年经验的人。因此，这些准则必须谨慎采用，特别是与合适的服务质量相关。

最后，一个问题出现在评价在服务采购方面，尤其是在何种程度上规管制度，应允许根据与代理合同考虑到过去的表现进行评估时必须考虑供应商的声誉，可靠性等。

人们普遍认为，为服务的性能不容易衡量，因此，有竞争力的采购过程中确保高品质的结果固有的限制，过去的表现可以考虑作为质量预测结果，并作为提供者的激励（如供应商与采购实体要求重复业务）以提供高品质性能。然而，有一个危险，那就是这个因素可以考虑在这样的运作方式，以有利于采购实体与他们有一个现有的关系的。这种危险已经对有关采购开放国际贸易法律制度特别关注，在此基础上，这种做法可能有利于在全国市场的企业了。它是，但是，有可能给那些谁不损害尚未与采购业务有关的实体考虑到这个因素。要做到这一点，是要确保对采购实体的市场新进入者仍然能够获得最高质量分数即使没有与采购实体进行业务之前。因此，过去的合同的履行与采购实体可以被视为一个证据，一块仅仅是有关确定总成绩，因为人们已经认识到的证据，各个公司是不尽相同的。⁶

4.3.2.2 要求的客观的和可计量的标准的缺失

在第三章第 34 条中我们看到，示范法条招标程序，对授标标准规则旨在限制申请，要求裁决的标准，在一般标准应是客观的，即能够被确定采购实体和自由裁量权测量而主观和量化，在某种意义上说，一旦确定和衡量该产品的相关功能可以分配没有任何主观的输入值。这些限制，但不能适用于上面提到的第 39 条在服务采购方面的主要方法的标准。这种方法提供了更灵活的标准，一般认为这是必要的采购获得一定的服务物有所值。例如，有人认为，上述建议由服务供应商获取的可能是重要的个别人士在考虑选择哪个提供的顾问合同的质量。这可能是难以衡量的，取决于对工作的质量比是客观的事项，如工作经验的时间，（如报告和已完成的工程质量）主观判断更多。

⁶ For discussion of best practices based on United States experience see K.F Snider and M. F. Walkner, "Enhancing Use of Past Performance as a Source Selection Criterion", chapter 31 in K. V. Thai (ed.), *International Handbook of Public Procurement* (2009, Taylor and Francis).

可以指出的是，有时会导致允许采购实体利用客观的标准服务采购（如经验年数）的主观判断的恐惧——尽管他们似乎从对金钱的角度来看价值不恰当的。需要认真考虑这里的透明度和自由裁量权之间的平衡，同时考虑到所有这些因素。

4.3.2.3 授予标准的提前制作和披露

我们在第一章就投标详细讨论为什么通常被认为是合适的，要求采购实体事先制定并披露他们提出的投标评价方法的全部细节的原因。我们看到，这是在就根据招标披露示范法的一些规定体现——但这些决不是全面的，离开了规定的标准操作的余地。

根据第 39 条，体现在对采购实体必须同时建立标准和相对权重和以何种方式，他们的适用（第 39（1））服务采购的主要方法，它也是规定的标准和权重必须通知供应商在招标书（见第 38（m））。然而，与招标，预先制定和公布这些义务是相当有限的。因此，可以说有没有义务披露为超越了简单的比重评价机制的信息。在这方面的立场是相似竞投，正如在第三章讨论的，但根据建议书的讨论如下位置的反差。前面已经解释过，异常，在不同的采购方法之间的披露规则的存在很可能是在审查中处理示范法作为一个一般的过程精简评价规则的一部分。因此，正如在第三章，最新公布的修订后的示范法草案包括 11 条，旨在适用于所有竞争性的采购方法）建立了关于采购所有这些方法的评价一般规则；及 ii）要求提前制定了奖励标准“申请方式”和披露，以及标准本身⁷。如前所述，要求通知了标准的适用方式供应商似乎要求分标准规定的标准进行广泛和在其中的比重将被应用，以及，可能的话，任何方式的解释负担能力的问题，如最低要求。

4.3.2.4 服务采购授予标准的基本方式：三个程序即没有谈判，同时谈判和连续性谈判的选择⁸

关于服务采购的主要方法，联合国国际贸易法委员会示范法之间的也区别了三个主要的选择程序。在第 42 条到第 43 条之间有规定。示范法是指这些为“选择”的方法。重要的是要清楚，但是，那个，正如之前提到的，这些都是选择之间递交的认购书或招标方式——也就是我们所说的“裁决”程序阶段以上。⁹

在示范法中，选择方法往往在一般性质和类型的服务顾问之间有区别。因此，关于实施指南的第 41 条认为：

在第 42，43 和 44，三项提供成功的建议的选择程序，以使采购实体，在根据第四章的诉讼中，利用一个最适合的特殊要求和特定环境下的每个程序案件。一个特殊的选择程序选择在很大程度上取决于所采购的服务类型和将考虑在甄选过程中，特别是采购实体是否愿与供应商和承包商谈判的主要因素决定的，如果所以，在这阶段的选择过程。

例如，如果要采购的服务是相当标准的性质没有很大的个人技能和专业知识是必需的，采购实体不妨诉诸根据第 42 条的选拔程序[未经协商选择程序]，更重要的是价格导向，不涉及谈判。

⁷ See A.CN.9/WG.1/WP.73/Add.1 to A.CN.9/WG.1/WP.73/Add.8 , www.uncitral.org/pdf/english/workinggroups/wg_1/73add3E.pdf

⁸ See, in particular, Trepte, above, chapter 5, section 5.5.

⁹ Confusion may arise since the concept of “selection” is used in some systems, such as the EU system, to refer to the phase of deciding who should be chosen to submit tenders in the first place – what we refer to in this chapter as “shortlisting”: see above.

另一方面，特别是一个复杂的性质的服务，其中个人的技能和专门知识，供应商或承包商的关键因素，采购实体不妨度假村物品的程序一 43 [选拔程序和同步谈判] 44 [与连续谈判]选拔程序，因为他们允许放在更加重视对这些选择标准，并为谈判。

这三个程序如下：

1 没有谈判的选择程序（第 42 条的示范法）

在此方法中，采购实体将建立符合标准规定除价格以外的阈值载率的建议，并提出要求时，就对提案的质量和技术方面，按照每个这些标准和建议的相对权重这些标准所规定的招标书。采购实体将比较那些达到或超过阈值的评级建议的价格。

成功的建议有两种：

- （一）以最低的价格建议；或
- （二）与最好的价格条款和条件允许的价格比其他综合评定上文提到的建议。

此方法更用于非服务，咨询服务，即一个相对不复杂的性质，而不是个人的技能和专业知识提供者的价格是主要的考虑因素是，而且采购实体不希望进行谈判。例如：

- 此过程可能会用来搞一个公司进行简单簿记活动（例如，仅仅在寻找有可能在价格和其他因素，如灵活性）。

能力和专业知识的最低水平，保证通过建立一个门槛来衡量这些建议的非价格方面。这些门槛可以实现在所有的概率在在职权或多或少同级的服务。

1、同时选拔程序与谈判（示范法条 43 条）

这种选择方法是相当类似的两阶段招标程序，要求和建议，在这本书的第 2 章指出。

它有效地提供服务的采购，它涉及到谈判的基础上，他们提供了与供应商在颁奖阶段的可能性两阶段程序。正如那些它会用在采购实体旨在就如何最好地满足其采购需求的各项建议的程序。通过与所有供应商进行谈判，允许早期，采购实体能够更好地澄清它的需求是什么，这可以由供应商准备时考虑他们的“最佳和最后报价”。

然而，在服务中有示范法中规定下来，当这两个阶段的方法可用于任何特定的限制。与此相反，在相对位置货物和工程，其中一个这样的迭代过程的使用只允许符合特定条件时（例如当一个规范不能设置）。然而，采购实体必须解释和记录的采购记录其甄选方法的选择（第 41（2），从而保证了控制这种方法的使用程度）。

根据这一程序，采购实体从事与该供应商提交的建议可以接受的谈判。随后它可能要求或允许的前提是参与谈判的机会，扩展到所有供应商，其原来的建议是可以接受这样的建议，修改。例如，要求为服务大量的灵活性，以应对紧急和最后一分钟的要求，采购实体可能要对这个供应商进行谈判的建议方面。初步建议的谈判也可用于识别和处理相当不同 variations 有关的提供服务的性质 ——如在设计和一个定制的信息技术系统（它可以被认为是服务合同）规定的合同，其中谈判将围绕着将要由每个供应商的建议提供的功能。

谈判结束后，采购实体将要求所有在指定日期，一个方面的最佳和最终报价的供应商在诉讼中剩余提交给他们的建议的所有方面。

第 43 条第 3 需要两个信封制度，也是由多边开发银行的顾问服务的使用用途。这是在监管的技术和财务建议提交在单独的信封在同一时间系统。这种程序是用于多边发

展银行（在非常低的顾问合约价值中充当个人顾问则不需要），在技术和财务建议的情况可能会一起发送。

这种方法需要顾问或提供其他服务的准备和提交两个方案，一个技术性的，其他金融机构。在技术建议将载有关于顾问的技术能力和完成合同提出的方法。每一项提议，将在同一时间提交，将包含在两个单独的信封密封，一般必须清楚地确定。第 43 条（3）示范法规定，财务建议，其中将包含该顾问准备履行合同的条款中包括的技术建议，以后方可评价的技术建议开价格。

行为指南解释说，这两个信封程序已经在包括联合国国际贸易法委员会示范法，以确保该建议没有给出价格在评估过程中过分重视了对技术和其他方面的评价不利该提案，包括那些能力谁将会在提供服务中的评价。为期两个信封系统还可以帮助防止滥用自由裁量权 - 也就是说，它不仅防范不当使用质量标准，但对故意滥用自由裁量权进行防范，这种标准是为了偏袒特定供应商的目的。

1、连续谈判的选择程序（示范法条 44 条）

这为对服务采购的主要方法是示范法规定的授予标准相对于第三个过程是一个传统，根据实施指南，已被广泛用于尤其在知识产权服务的采购。

在这里，采购实体根据建议的质量和技术建立了一个门槛，然后根据上述的门槛对建议排序。它邀请供应商对价格进行谈判以取得最高价格。在实践中，顾问或其他服务提供者，谁是一般须有权力在谈判缔结一项具有约束力的合同这类的代表将有望讨论，并可能需要与适当的文件来证明，他们的成本估计和个别条款的内容。

如果双方未能就合同的财务或其他方面的协议，采购实体可以与选定的供应商终止谈判（第 44 条（e））——这必须按本规定“很明显，如果在采购实体这一谈判“不会导致合同。但必须在这一点而言，这是结束谈判的供应商（第 44 条（e）段）。请注意，对于同一个供应商不可能重新开始谈判。

考虑到技术因素采购实体必须对排名第二的供应商的金融建议进行谈判（第 44 条（f））。如果这些谈判的失败，则采购实体可以再进入与排名等方面的谈判，直到第三位订立的合同或拒绝所有建议书（第 44 条（f）段）。

4.3.3 在征求建议程序下的评估和授予

4.3.3.1 允许的标准和标准的披露

对提案中的程序要求允许授标标准载于示范法第 48（3）。与其他采购方法相比，采购实体可以只使用部分或允许所有标准。它们是：

- 相对管理和技术能力；
- 有效性在满足采购实体的需要的建议；及
- 在开展提案和经营成本，维护和修理货物或工程的建议价格。

可以看出，主要标准是类似于根据该服务采购的主要方法有效的商业准则。尤其是第 1 点。允许投标者本身有关，而非仅仅是对要约内容的事项。管理能力可以，例如，有很大的大型建设项目方面的重要，使采购实体评估项目是否可能被传递到标准时间。这些类型的标准上面已经讨论过的对服务采购的主要方法服务环境。

由于与服务采购的主要方法 – 但与投标有关的位置对比 – 没有规定奖励标准是客观和可量化。

至于提前制定和披露的准则和方法，为奖励，我们上面讨论的，为什么它通常被认为是合适的，要求采购实体事先制定并披露他们提出的投标评价方法的全部细节的原因。我们已经看到，这是反映在就根据招标披露示范法的一些规定，在一些披露要求也根据提供服务的采购的主要方法。然而，对于这些采购方法都并不全面，离规定标准的操作相当的规模。

与此相反的征求建议书的制定和披露规定，但是，更全面。第 48 条第（四）（三），与其中建议征求文件的内容时，要求的标准将在切实可行的范围内货币形式表现，也需要披露其相对重量都与“以何种方式，他们将应用于该提案”的评价。它并不完全清楚多远披露会去，但似乎需要在任何详细的次级标准适用的进步和其他方面的评价机制，如评分系统，以及他们如何将应用制定和披露。

正如在第三章解释，在不同的采购方法之间的披露规则存在正在处理中的示范法的评论：正如我们所看到的，在目前的草案文本的修订，包括全面的披露规定一直以来，该行的竞争性采购方式已包括在示范法的提案方法的请求。

4.3.3.2 在征求建议时接受授予标准

正如我们在第一章看到的，建议书程序要求提供机会讨论通过反复的过程，涉及到与供应商的建议，受讨论和修正后的最终提供的初步建议。这一过程是在第 2 章概述了进一步。我们还看到一个以上的过程相类似的在服务采购的主要方法适用于根据“推选和同步协商”（示范法条 43 条）的程序。在这两种使用这一进程的主要原因之一是案件进入设计或项目的细节供应商的投入。

我们还可以注意到，关于联合国国际贸易法委员会的规则提案还要求为两个封袋的过程中发现的主要方法，也是在选择采购过程的服务，同时谈判（第 43 条的示范法）的一种使用提供。因此，为评估的最终建议，第 48（3）目的规定，该建议的有效性完成评估后的评估价格中可以看出。这样一个双轨程序的原因是由于与服务采购的主要方法，如上所述，即确保适当的是考虑到不同的标准，并防止滥用自由裁量权。

第 5 章：供应商名单和框架协议

5.1 介绍

在这简短的一章，我们将讨论两个相关主题——供应商名单和框架协议。两者都是通过确定合同直接接收或再进一步参与竞争从而赢得合同的采购实体。供应商名单定义非常广泛，仅仅是有兴趣的供应商名单，也可能，定义为或大或小的特定采购类型。这些名单或者供应商名单的特定类型，被称为在不同的法律制度和实践中的各种名称，包括批准的名单，资质名单和资格制度。框架协议也是利益相关供应商目录，但除了列出的被限制在那些有兴趣和资格执行有关安排的供应商，同时框架协议还规定了一些期货合约具体的合同上的所有条款，以上两者都通过采购实体创立，而且在许多情况下，由特定的供应商所提供，例如支付的产品、工程或服务的价格。框架协议的显著特点是对交易条款的设定。从这个意义上讲，框架协议或各类附属协议用在这里，在不同的法律制度中通过不同的名字而涉及到，包括移交的不确定/数量的不确定（身份证/IQ）的或目标导向合同，以及“必要合同”、“定期采购安排”、“经常性采购安排”、“定期必要安排”、“定期补给手段”和“庇护契约”。

然而在某些法律制度中，供应商名单和框架协议被视为不同的概念，在审查有关货物、工程和服务采购方面的国际贸易法委员会示范法的过程中，这样的概念常被作为一种商业惯例而讨论，而且两者之间遵循相同的原理，为了节省当事人的时间和资源，即在设置特别订货之前完成采购交易的相关步骤交易（利益相关者，资格流程和/或条件设置的识别）。可以说，作为一个概括，供应商名单中往往使用的采购范围是一个非标准化的类型，如大型建设工程，这使它难以设定条款（包括在说明书中设定采购实体条款和其它合同文本），直至特定需求产生的时候。另一方面，框架协议常常用于购买标准化的商品和服务的中，如文具或维修服务，那里的条款很容易提前设置，一旦要求具体化，在没有进一步工作的情况下，协议可能被放弃。然而，这是一个很笼统的概括和普遍的情况。属于以上的供应商名单和框架协议所给出的定义有很多，从商业的角度来看这两种类型的各种安排构成了采购的基调。

5.2 供应商名单（申请名单和核准名单）

5.2.1 政策问题

供应商名单采用这一最简单的形式仅仅是一个对某一特定采购感兴趣的所有供应商采购清单的形式之一；在其另一端，名单可以限制在特定数量的供应商之中，他们获取特定合同的资格，从而得到采购实体或实体使用名单的充分评估。位于两者之间的许多方面，某些资格或属性可能是一组预先登记，但只有在特定的合同被授予时才有必要考虑等。

区分两种不同类型列表是非常有用的，我们将看到他们在适用采购的透明度和竞争原则方面往往相当的不同（尽管我们也将看到下面这两个类型不能总是完全区分）：

1. 强制性名单。这可以作为考虑合同的条件而要求供应商登记的名单；
2. 一个“可选的”名单。这可以作为用于确定潜在供应商清单的采购实体的一份清单，而且登记可以证明供应名单所涉及的合同供应商的资格，但供应商是否选择登记，在一定意义上，不登记不影响他们获取名单所涉及的合同的机会。

根据文献的解释，作为为供应商和采购实体，强制性和选择性名单有许多潜在的优势。他们可以不再需要提供和评估每个合同所需的资格资料（双方受益），也可以节省或减少广告的采购和进行资格审查程序的周期。他们还可以确保采购实体通过各自不同

的采购政策，采用标准问卷调查以确保更有效的鉴定程序。这些优势被放大时，若干采购实体使用许多相同的列表。采用通用列表还可以让实体获取信息供应商业绩，更好地利用供应商的选择。强制性名单的使用可能会增加使用列表的好处，例如，合同之前需要考虑供应商资格的时间可以节省或避免。强制性名单还可以促进亲密关系，例如，提供数量有限的供应商是促使其开发新产品或提高产品质量工作的一种手段。他们也可能比在一个采购时间框架内使实体更充分评估资格。名单还可以用来宣传一个实体的要求，避免每一个单独广告的采购资源和时间成本。

另外重要的一点是，列表可以用来实现更大的透明度，否则在紧急采购案件发时可能存在低价值竞争。这是因为在供应商名单的情况下，招标或其他正式的采购方法可能不切合实际，这样的结果是实体，而不是将进行非正式采购方法，如报价方法的请求。

然而，如果他们产生不妥善规管问题，供应商名单的使用同样是明显的，特别是强制性名单。首先，使用强制性清单的作用是排除一些潜在的供应商的竞争从而降低采购。正如阿罗史密斯和尼古拉斯曾表示：

“这个问题可以通过要求实体做广告名单而减轻。然而，这并不会完全解决问题，因为有些供应商可能无法听到他们感兴趣的普通广告的具体机会，除了特定的机会，或者可能会错过。采购实体也承认，非注册供应商投标时，好处大于在特定情况下的成本，但这样做可能会失败，甚至在适当的时候，或者是由于行政不便或因故意而滥用这个系统”。

在实践中，在其中列出了操作的方式也有可能限制竞争。例如，如果有不合理的延误或在处理申请时，采购实体不使用透明和可核查的标准作出是否登记，供应商可能很难作出决定名单。

5.2.2 规范的采购供应商名单系统：世界贸易组织政府采购协定的例子

诸如世界贸易组织，北美自由贸易区和欧洲联盟的国际制度体系的许多法律，允许供应商名单，其中包括强制性名单，使用一个或大或小的程度，这被公认为采购的优点。同时，它被认为是很好的做法，包括对供应商名单的使用控制，确保他们在竞争中以透明的方式运作，以消除或减少上述潜在的问题。

这种做法的一个例子，结合了世界贸易组织政府采购协定（GPA）具有显著的控制清单广泛使用的可能性。这些 GPA 规定涵盖了“永久的合格供应商名单”提到的现有协议。

在这方面，我们可以看到，首先，根据政府产业署，采购实体可以使用这样的广告合同作为满足全球行动纲领要求的广告列表手段：这可以作为其他可能的采购方法的一种替代服务广告（在本质上，每个召集了拟议采购的采购通知，或通过一般公告提醒市场即将到来的采购数量——计划采购要求的通知）。这适用于选择性的附件二和附件协议，大致来说，就是全省和地方实体以及国有企业中所列的实体进行招标采购，虽然联邦/中央政府部门不会（政府采购协定附件一所示）。然而，可以看出，在政府产业署的更一般的采购方法的规则方面，这是对使用列表来宣传以公开招标的需要进行采购的限制：因为（不像联合国国际贸易法委员会示范法）政府采购协定允许选择性招标之间的自由选择（含一个开放的广告）和公开的程序，它允许缔约方有效地使用任何强制采购清单，因为缔约方总是可用选择性招标作为其采购实体的采购方法。政府产业署的修订案文于 1994 年商定，虽然它尚未生效，但在这种情况下保留这种使用作为广告的可能性列表唯一手段。

其次，在政府产业署，对所有采购实体，包括中央/联邦政府，选择性招标程序的合

格供应商常设名单，可以作为选择供应商投标的唯一依据。换句话说，采购实体可能限制仅采购对有关清单（1994 年政府采购协定第十二条和修订后的政府采购协定文本）注册的供应商。

在这方面，我们可以看到，附件一采购实体（也就是大多数中央/联邦实体）必须将广告列表中的所有采购分开，然后再考虑谁应对任何有兴趣的供应商（全球行动纲领和 1994 年第八条（c）项，修订后的文本）。另一方面，正如我们刚才看到的，其他实体可以依靠宣传单独列出采购；与仅使用列表来选择供应商的可能性相比，这种可能性意味着有效地结合起来，往往只有注册供应商有机会参与合同。然而，即使在这种情况下，其他供应商可以寻求时间以选择应当登记从而听到关于通过其他方式的采购。目前这种情况下，政府产业署提供的很简单，如果有时间来完成注册过程，在上述情况下非注册的供应商必须考虑（全球行动纲领 1994 年第十三条及细则第八（三））。但是，现在更强烈地强调有必要考虑以前没有登记的供应商，说明如下：

在没有足够的时间要求实体审查的理由下，采购实体不得排除，除非在特殊情况下，由于复杂的采购，从采购方面考虑的供应商，该实体无法完成标书内的允许时间内请求审查的意见书（修订案条文）。

政府采购协议也适用于供应商名单上的其他规则的透明度和访问。这些可以说是适用于合格供应商，强制性和可选的所有永久名单，并申请这些列表是否是用来满足政府采购协定的广告要求。

首先，根据 1994 年的全球行动纲领要求公布名单时，它的成立，并每年重新公布，除非列表的期限为三年或以下，在这种情况下，可能只有当它是首次设置时会公布名单：全球行动纲领 1994 年，第九条。这将确保所有感兴趣的供应商有机会了解采购实体经营的任何名单，因此可以申请注册，进入名单所涉及的公司。

其次，有一项规定，即供应商必须能够在任何时间申请资格，并且必须包含在一个相当短的期间（1994 年政府采购协定第八条第（四））。它也指出，登记时间和过程来完成它不能被用来抵挡供应商名单（1994 年政府采购协定第八条第（三））。产业署亦要求采购实体对任何资格的决定，其中将包括一个关于供应商名单登记的决定，以及任何终止或供应商名单（第八条）的去除。修订后的案文在第 IX.14，现在还要进一步提高透明度的要求，要求供应商获得有关这些决定的及时，他们应该得到一个关于请求作出决定的书面说明。这与获得合同的规定处理潜在的问题受到阻碍导致登记手续缓慢。

还有，根据 1994 年的全球行动计划的总体要求，以尽量减少实体之间资格审查程序的差异（1994 年政府采购协定第八条第（七）（2））和实体及其不同部分使用相同的资格审查程序（1994 年政府采购协定第八条第（七）（1））。这一规定是不特定于供应商名单，但在这方面很重要。

因此，对于很多政府采购协定的采购实体和它们的供应商允许获得使用供应商名单的全部潜力优势，同时也包括透明度的规定，以确保充分和迅速地访问这些名单，以尽量减少潜在的不利因素，其中包括滥用的机会。在这方面，政府产业署可为解决供应商名单，包括特别是强制性名单的国家的希望允许使用这些清单，发出一个有用的可能模式。

5.2.3 贸易法委员会示范法的供应商名单

贸易法委员会示范法目前并没有具体处理供应商名单的问题。看来，根据示范法，采购实体不能限制任何采购的参与，仅向应商名单上登记的供应商的采购程序：第 6（3）禁止征收任何“标准、要求或程序”以外的实体第六条并没有提及这些登记名单。示范

法还没有规定使用一个实体作为一个由采购名单所涉及的广告方法列表，但要求实体在每一个具体的采购通知上放置广告。

另一方面，采购示范法并不阻止经营实体的可选名单的其他用途。因此，实体可以，例如，使用哪些供应商名单，持有一定的资格，以防止供应商需要接受个别采购的单独资格考虑。名单还可以作为一种手段来宣传那些对于没有正式广告的需要采购，例如根据建议书或服务采购的主要方法请求时，采购实体认为，适用于一个个人广告配药的条件。根据示范法，这样的清单也可使用直接的方法以确定有兴趣的潜在供应商，包括招标程序，无论是限制性招标，还是竞争性谈判的竞争方式，要求报价单或（当选择直接征求版本）根据有关程序要求和推荐的服务，或采购的主要方法使用单一来源采购。正如由阿罗史密斯和尼古拉斯：

“使用这些采购方法，当列表被用来确定供应商时，未登记的供应商处于不利地位，并把学习合同作为自己未来的考虑，因此，强制性/可选的区别是模糊的。当这种方式列出了用于宣传广告的非采购本身，并以透明的方式运作，上面提到的实际上可以增加透明度和竞争，所有相关的供应商将考虑挺身而出，从而产生促进示范法的积极目标”。

另一方面，他们也指出，因为没有广告，如果名单保管和使用的透明度不利，强制性名单的效果可能会不利。

笔者认为，在这一章的其他地方，至少在采购方法，鉴于潜在的好处，论据可在允许使用强制性名单，这些方法不是“开放”。事实上，潜在的缺点可能是通过讨论，如在政府产业署发现的规定；可以说是广告的名单应该是一个允许广告等采购方式。该示范法的修改，把采购工作组设在秘书处，以解决供应商名单的可能性，其中特别强调了信息技术的发展，新编写的一份文件列出了这一课题的重要性。然而，工作组已采取的观点是，示范法不应为强制性名单，并颁布指南还强调，名单登记不应是参与采购的条件。

或许在示范法的范围内是重要的，但是，也有明确规定，包括规范的可选名单的使用，以确保在使用时，他们在一个透明的方式下运作，即迅速获得这种名单可用于任何供应商，同时还为鼓励或要求实体使用列表的开放访问来加强竞争和通过透明的原则来获取采购公开招标以外的其他方法。正如我们在前面的章节中详细阐述的，采用直接采购的招标方法和/或涉及选择数量有限的供应商参加，提供了示范法目前几乎是如何选择供应商的任何指导。关于这一问题的监管规定情况，可能会不利于采购制度目标的实现，包括由于滥用机会的出现，决定时完全不受监管。在这些情况下，供应商名单的使用规范能够作出重大贡献，从而加强这一决策领域的透明度。贸易法委员会工作组显然认为，选择性名单中不应该提供示范法本身的文字。不过，工作小组同意，这一规定应列入清单的指南上的好处和颁布了适当的控制其在采购方法以外的情况下使用（打开）招标。

5.3 框架协议

5.3.1 框架协议的类型和概念

如上所述，框架协议是可以执行的供应商建立的一些或在其上有问题的将被执行各项具体的合同清单的合同条款。

欧盟公共采购法解释说，框架协议可以为多供应商或单一供应商类型：

“框架协议一般分为两个基本类别。第一个是单一供应商框架，这可能是有约束力的合同，或设置了法律上的承诺，只有在为了未来的合同约定的条款。” 框架也可以采取多供应商安排的形式。这些包括：

最初几个潜在的选择供应商竞争，

然后，当需求出现的实体选择其中的几个“框架供应商”，以完成订单。

多供应商的原因，而不是单一供应商框架，它们允许选择每笔订单的最佳供应商，同时避免了新程序，帮助企业确保供应的安全性，并认为他们能够确保集中采购的好处，如成本节约的聚集，同时保持用户的灵活性。多供应商框架协议还可以方便在采购过程中的中小型企业（中小企业）的参与，“取消”框架协议下的小订单比一个单一的大采购规模，也都有一个较长时期的传播时间。

许多框架协议本身的成立，使尽可能多地完成该协议时确定的竞争过程和供应商的框架名额可能保持在最低的充足供应竞争的条件，供应安全或是其他任何使用该框架的目标（作为下文进一步讨论）。建立这样一个框架需要尽可能获得投标书涵盖的期货合约的所有条款，包括价格，这是一个可能的权衡下的合同或单位价格样本。因为有一个强大的商业机会，如果供应商是框架的人选，这种做法将鼓励供应商递交最好的标书，而供应商也能够估计一个可能的合理业务量。在取消阶段，即在哪些订单被分配到特定的供应商的框架的阶段，有可能是没有进一步竞争的需要，或可能有竞争的只是有限的方面（后面的步骤将会让对方取舍）。这些框架尽可能接近正常的招标程序，最大限度地使在供应商框架的可能最大范围内提高竞争。关于框架供应商的数目需要设置各种因素，必须确保竞争性招标（这是更可能在有少框架供应商，从而获得更明确的要求的期望），程序的效率（因为在取消阶段对供应安全需要太多的投标人可能造成误判）和任何其他具体目标。当已选择框架用品是基于其招标会，通常被认为不适当的，允许新的供应商参加，因为希望提供一个共同的投标截止日期（如在正式的采购程序，不涉及一个框架，框架条款）。

在该框架协议的安排下的另一方面，可以欢迎所有感兴趣或无合格供应商，还是很有限竞争，决定哪些供应商应该放在参与的框架。这些例子中，根据美国联邦采购系统运行框架最重要的类型，ID/IQ 的合同（其中可能有数千家供应商的框架。这种框架是只差一步一个简单的供应商名单就除名。一些安排涉及在第一阶段，缺乏竞争可以是合理的，特别是，供应商提出自己的条件是没有意义的，如价格，当去申请框架，因为市场的波动性质（如果价格在以后的微型竞争中始终作相应的修订，似乎不宜以消除他们的价格为第一阶段用品的基础。）

随着多供应商协议，工作放在通过调用之间的权衡，可用各种不同的方式分配供应商的框架。常用的方法包括：

谁提交的投标谁授予供应商工作，这种框架应放在最好的招标工作。新的“迷你竞争”的框架供应商之间，让他们修改或补充原招标，这样的安排是有用的，例如在投标情况下，需要完成利用帐户的具体特点的工作出现了，例如，要求顾问为特定项目来补充自己的建议与方法，该项目被授予解释他们的标书。该奖项可以再作考虑到时才知道框架的建立和早些时候不能进一步获得两个信息帐户资料，从而最大限度地使为采购实体实现物有所值。当价格或规格的产品是不稳定的这样一个小型竞争中，在适当情况下可以用来建立价格。

简单地旋转的框架最好的供应商之间的工作，有时是有益的，以确保供应的安全性，因为其他供应商将提供和准备工作，如果执行的框架供应商之一，是无法传递出现的方法。

5.3.2 优势和潜在的问题

正如我们已经看到，像供应商名单，这样的安排是为了避免每一个阶段为特定的购买需要的重复采购过程，即节省了买家和供应商的时间和资源。节省时间意味着在订货中涉及的框架协议可以是一个有效的，但有竞争力紧急采购的重要手段。首先，从本质

上讲，在竞争中提供完成“上前线”的命令之前，实际上是把框架协议旨在提供一个竞争性和透明度之间的平衡，一方面，效率，速度和程序，另一方面，他们还可以提供其他具体的好处。

因此，框架协议，如供应商名单，还可以提供一个较小采购的重要途径以提高透明度和竞争。正如在第2和第3章所述，持续需求的小采购允许非正规程序，往往会低于金融门槛正式的招标要求，如根据贸易法委员会示范法的要求使用的报价方法，如果小订单重复汇总，并通过了一个框架协议，这可能会造成比单纯购买正规程序使用更大的透明度。

其次，框架协议集中采购范围内的地方时，中央机构使用了框架协议的用户单位数，从而使实体采取集中采购，如降低成本的好处，从供应商处采购的专业知识和专业更好的条件。

第三，也可以实现多供应商框架协议，因为如果没有一个供应商的订单可与他人的框架放在一起供应，可能是不安全和无益的。

虽然与上述供应商名单相比，框架协议存在毋庸置疑的潜在优势，但是，他们创造的危险也意味着他们可能需要仔细的管理。阿罗史密斯和尼古拉斯总结如下这些危险：

1. 这可导致行政效率过分侧重于以公共采购政策的其他目标为代价。出现这种情况是因为直接使用框架协议的现实压力，以能够创造节省时间和成本的一种倾向，而它们的使用是不存在金钱或其他因素的价值合理。他们可能在实践中往往是良好的采购规划的替代品。

2. 他们在创造竞争和透明度时都可能出现意外的和故意的风险。比如在授予自由裁量权或从框架调用权衡其他违法行为的滥用可能难以监控：供应商将不知道什么时候订单被放置和权衡的呼叫小尺寸使得供应商提供救济制度是不成比例的，从而破坏一个有效的采购程序。

3. 不排除在第一阶段选择供应商机会成本的取舍，供应商进行投标的框架（当然，所有的招标工作提高到一个单一的供应商可以在这方面涉及到更大的成本）。

4. 小采购框架协议下的聚集可能使中小企业难以参与竞争。这一点似乎令人惊讶，因为促进中小型企业参与，是上述框架的潜在优势之一。无论是对中小企业的框架已经产生积极或消极的影响，实际上将取决于特定的方式和运作的框架。

正如阿罗史密斯和尼古拉也说明，在这些方面的一些“特别危险的事实是，虽然框架本身可能有时会被安排到专门知识的采购（如集中采购机构）以及采购协议所牵涉的官员，第但二阶段的购买都可以实现用户的多样性（各机构或官员）。这些用户可能有更多的专业知识限制，无论是在商业方面的判断——这可能会导致穷人为了钱的价值，在其内部和外部的要求监管治理起飞，还是特立独行的采购造成的知识。非常分散订货的控制和监督更加困难”的责任。

另一方面，他们也解释，对集中采购机构本身参与在框架协议的结论可能会导致问题，例如，从这些机构的收入中安排他们使用的费用时，他们事实上并非合适。

显然，任何监管制度，考虑到框架协议的使用，特别是多供应商协议公共机构，需要考虑获得其使用的同时如何让实体受到控制，以尽量减少框架协议带来的好处时存在的潜在问题。

5.3.3 根据贸易法委员会示范法框架协议

示范法，因为它目前没有明确提到框架协议，任何条文并不为多供应商框架协议使

用。虽然框架协议不仅是作为一个供应商的框架选择了特定类型的工作协议，当然，在此使用的普通采购示范法授予合同尽可能是根本方法的类型。

但是，目前的示范法的修订工作组，采取的是明确规定应包括框架的看法。

有人建议，对多供应商框架协议的使用在三组（可能重叠的）情况下，即：

（一）要求预计的经常性；

（二）当采购的性质需要可能出现的紧急期间的框架内，或；

（三）那么实体旨在确保供应的安全性。

该草案是最近一次公布的草案，规定了在框架协议可以使用条件外，还设想包括一个不限成员名额的规定，离开它的颁布国将增加出于自己的理由对框架的使用。

草案最新公布了上面提到的框架协议规定的三个不同类型。框架协议的第一和第二类型是“封闭的”，因为供应商无法成为缔约国后的第一阶段的采购框架协议以选择供应商的框架。第三类是一个开放的框架，即开放的供应商参加整个框架协议的期限。

这三个规定的种类如下。这些章程载于最近出版的示范法草案 52-57。有人建议，根据欧盟法律，例如框架协议将不会是一个特殊类型的采购方式，但将是一个选项，使用时可用第 2 章中所述的采购方法（当然，如修改的下一个文本）。这些采购方法通常的规则将适用于使用由框架协议的方式批出的合约，但章程草案 52-57 进行了修改和补充。

1、封闭式框架与供应商之间没有竞争

一个“封闭”的框架协议，其中规范以及所有条款及条件都载于采购框架中，经过招标，也没有要求进一步的竞争。在这种类型的框架中，要成为供应商投标框架的供应商，他们应建议制定的价格（和/或其他事项，如质量，这是该奖项的主题标准）。最好的投标者，作为框架，然后选择供应商。订单的特殊要求（取消），然后就在原来的标书所载的资料的基础上的地方，也没有进一步促进供应商之间的“微型竞争”。

2、封闭式框架与小型供应商之间的竞争

一个“封闭”的框架协议，其中规定了采购条件的规范和主要条款，但是当为了放置而涉及到进一步的竞争。在这种类型的框架供应商重新招标，成为框架供应商，他们的建议制定的价格（和/或其他事项，如质量，这是该奖项的主题标准）。最好的投标者，作为框架，然后选择供应商。然而，订单后，可以放置在一个或多个合同供应商方面的进一步竞争。

3、开放式框架协议

“开放”的框架协议，签订了框架协议，涉及一个以上的供应商，涉及所有的框架第二阶段的供应商之间的竞争。据设想，这将在大多数情况下进行电子运作，并进行简单的采购使用。

该示范法并没有提供任何特定的框架，各类型适用于详细的指导。然而，更多的这方面的资料，可给予颁布指南，并可能希望加入考虑自己具体情况的采购法——对框架协议的某些形式是适合的（例如以处理挥发性定价的具体情况）或指定某些产品，而且它们是可能被使用的服务。

另外还建议，示范法应包括一些规则，以防止我们上文所述的框架协议的危险。例如，将要求国家在其法律框架内包括一个最长期限，以避免被关闭的一个很长一段时间退出市场的供应商。

这些规定的具体特点是，工作组已为供应商及市民给予准备取消的信息，以及通常的供应商审查机制，同时适用于该框架的裁决。与此相反，一些其他监管系统，如欧洲联盟和美国，还限制了信息和/或供应商的审查规定，以保持灵活性，避免在调用取消阶段的干扰。因此，修订后的示范法采购合同的定义，将明确指出，采购合同的概念涵盖其呼叫权衡的结果，认为示范法的一般规则，包括补救措施，将适用于于调用取消阶段。

第 6 章：私人融资基础设施的采购

6.1 私人融资基础设施建设概述¹

6.1.1 一般的介绍

在这一章中，我们将着眼于私人融资基础设施项目的采购对象。本章将首先提供一个私人融资基础设施项目，包括对这类项目的基本目标基本概念的介绍。然后，它将考虑了为采购等项目，在有关这个问题的联合国国际贸易法委员会文书中的规定使用的程序为重点。应该强调的是，在与本书的重点为对私人融资基础设施采购。有效的项目实施也有很多其他方面（例如，有效的监管结构发展为项目的持续时间），但是这已经超出了目前的工作范围。

6.1.2 基本概念和术语

在本质上是一个私人融资基础设施项目的概念是指以下的情况：

- 政府对涉及的重要建筑物或其他资产的服务或设施有负责的义务，以及
- 这项服务或设施，政府有责任委托给私营部门的管理；
- 私营部门为项目提供资金。

传统上，这些基础设施项目已经由政府资助。例如，传统的方式来建立一个高速公路是由政府批给一家公司建造它，根据它支付给予承包商款项（通常是一个固定的数额）的合同。然后政府接管高速公路（例如政府是负责维修，并保持它的任何收费权利 – 尽管实际上这是各国政府自己不为传统的高速公路使用费）。根据私人融资方式，政府可以为一家私营公司，构建与公司自身的财务高速公路的合同，那么企业恢复征收通过定期支付使用高速公路或（作为替代）车辆通行费的成本和利润来自政府。通常情况下，私营部门将实际拥有的在合约期内所涉及的资产所有权的，虽然这并非总是如此（例如，私人融资的道路在英国的项目）。在许多情况下，私营部门也将保留后的合同期结束的所有权，因此也保留了（即什么样的资产将在期末价值的风险）这种剩余资产的风险。但是，有时资产转移到政府在合同结束（在英国监狱的情况，例如，因为它是政府难以取得新监狱规划用地许可）。这种私人融资方式已越来越多地被采用，在许多国家，无论是在发达国家和发展中国家。

私人融资在本节讨论的概念应区别于：

1、私有化。这个术语通常指的是在提供服务的全部责任，是考虑到私营部门的情况——例如，当一个国家的电力行业出售给私营部门。私营部门的公司

¹ This chapter merely provide a basic introduction to the concept; this subject is also covered in detail from a comparative perspective in the companion Asia Link text, *Public-Private Partnerships*. There is an extensive literature, some of which is referred to in that textbook. For a general global perspective see M. Bult-Spiering and G. de Wulf, *Strategic Issues in Public-Private Partnerships: an International Perspective* (Blackwell Publishing 2006). On the position of the United Kingdom, which has used the privately financed infrastructure approach extensively, see generally P. Badcoe (ed.) *Public Private Partnerships and PFI* (Sweet & Maxwell; looseleaf).

可以决定在何时何地建立自己的发电站 - 政府不参与（然而，许多私有化，政府通过有关行业的重大控制保留对调控手段）。“私人融资”替代这将是该国政府保持对行业的控制，并决定何时何地兴建发电站，但寻求资金和私人承包经营与政府各站支付费用给承包商。不过，应该注意的是，“私有化”在一些国家不仅仅包括私有设施，而且还包括私人融资项目，甚至一些很简单的外包。

2、外包合同（“外包”）。这个概念涵盖所有情况，是由于私营部门的日常运作，负责执行以前由政府案进行的活动——这并不一定意味着私人承包商提供了有关项目的资金。大多数外包是通过“传统的”公共采购在政府只是支付给承包商的开展工作的总和。上面的例子中，发电站是合同一方没有私人融资，意味着政府鼓励私人部门建立发电站，支付给合同方资金，然后自己所有和运作发电站。

通过私人融资来履行工程是在私有化和简单的外包中组织服务或者设施。所有这三个目标往往需要大致相同，但是他们都关注在一定程度上与私营部门获得更多的参与提供服务的基础上，私营部门比公共部门的管理更有效。

通过举例的方式，基础设施项目通常在一个国家以这种方式执行，例如在英国，如以下表格描述的。

第一个例子：道路工程

合同方修建了一条路，然后很多年维护这条路。合同方由于合同的每个阶段使用这条路，因而有时给予政府报酬（“影子工具”），有时通过使用这条路的驾驶者给予政府报酬。

第二个例子：医院

合同方提供了医院设施并在很长的时间内经营这些设施（比如维护、保障和清扫等），以供公共健康机构、医院员工使用，并由健康服务机构资金经营。这个建筑同样的方面是新的设施，在不同方面也是新的设施，或者有报酬的设施（通常合同方被要求呈交自己的建议）。健康服务机构由于使用这些服务每个月给予合同方一定的报酬。

第三个例子：学校

合同方提供一个学校设施，并且在很长一段时期内经营这项设施（包括维护和清扫等）。教学员工通过相关的教育当局来提供和管理。如同医院，在一些地方是新的设施，在另一些地方是新的设施，或者是有报酬的设施（通常合同方被要求呈交自己的建议），政府使用学校设施而每个月给予合同方一定的报酬。

第四的例子：监狱

合同方提供了监狱设施并在很长时间内经营这些设施（包括维护和清扫也包括安全服务）。政府每个月由于使用这些服务设施而给合同方一笔费用。

有两种传统的私人融资项目的主要类型。

1、一种是合同方通过向私人部门使用者收取费用偿还私人部门的花费。一个高速公路或桥梁的通行费征收是一种常见的例子，因为是建设和电车系统和轻轨铁路在城市中心的运作。体育设施或在旅游景点的游客中心，有时也提供了这

样的私人融资方式。这种安排，无论从公共部门收取整个或者主要的费用，而不是采购实体，通常被认为是“让步”。

2、二是合同方向政府所要其服务的费用。学校，监狱和医院的项目都属于这一类。

有些项目涉及两者的混合。在某些情况下，私人承包商在其他方面也产生收入——例如，通过租赁闲置土地或与其他私营公司的项目连接设施。

还要注意的是联谊会的项目不一定完全由私营部门资助：政府可能会作出某种方式，因为“公众利益”的项目方面的财政贡献。例如，对于一个高速公路的政府可以给承包商的款项，以及允许收取使用费，如果它要“补贴”汽车使用的高速公路。

可能还遇到以下区别：

- 自己建设运营（B00）：如果承包方保留了有关的资产（如监狱，或地铁站）的所有权，也不曾转移到政府。

- 建造，营运及移交（B0T）（有时建造，自主，营运及移交（B00T））：凡在一定时期的资产被调回政府（例如结束如根据私人融资计划，并建立了一个监狱经，比如说，十年私人转移到政府在期末所有制企业）。

经常使用的一个术语来指这种项目是公共与私营伙伴关系。这个词没有确切的或普遍的意义。在其最广泛的是用来指任何类型的安排，使私营部门成为参与提供公共服务和基础设施，不仅包括私人融资，但外包提供许多其他形式。它经常被用来指安排，是长期性的术语。它还经常包括公营和私营部门的非合约形式的合作，如成立合资公司，提供公共服务，这是部分市民和部分私有，——也就是说，体制，而不是合同，形式公私合作。对于一个由英国财政部给予购买力平价定义的例子，请参见下面。

什么是公私伙伴关系？

PPP 是由公共和私营部门的联合工作典型安排。在最广泛的意义上，他们可以覆盖整个公共和私营部门的合作，涉及接口的所有类型的协作和风险分担合作来提供政策，服务和基础设施。

在本文中，术语 PPP 是指工程和建设，包括资产。PPP 主要有以下主要特点：

——一个联合工作的安排，公共和私营部门，这可能是通过合同或通过一家合资公司，提供基础设施资产，通常，但并非总是，正在进行维修和基础设施资产经营和提供相关服务；

——关于那个是最好的经营方的成员之间的风险分配。通常的设计，建造和营运风险，预计由私营部门承担；其他的风险由成员方共同运作风。

——一般的 PPP 是双方之间的长期（25-30 年）的安排，但短期内可以例如在日常维护的基础设施资产和相关服务的排除；

——在正在进行的操作和基础设施资产和提供相关服务包括维修，公共部门可以支付全部或以上的的生活基础设施的安排使用部分私营部门；

-----支付给私营部门的结构是这样一种方式，以确保私营部门提供的诱因下，安排所需服务或义务；

-----通常由当局支付的费用可以由最终的使用者承担，例如公路的适用；

-----公共部门正在寻求进入私人部门的管理和专业技术来推动货币价值，以及

-----项目融资通常是部分或全部通过私人融资。

各种不同类型的公共和私营部门的合作模式，包括一些近几年已经在英国发展的新的形式，第二章要求公开。由于这种公开强调（pp. 9 - 10）PFI----- 包括采购-----对其他种类的公共和私营部门合作也有关。

6.1.3 私人融资的目标和利益

有两个利用私人融资方式的主要理由。一个或两个可能会在任何特定情况下存在。

1. 为加强物有所值（提高服务质量，降低成本等）

这可以通过多种方式来实现，例如通过：

- 在更多的项目风险转移给私人部门，这被认为能够更好地管理风险。例如，如果与该承包商私人承包商提供其自己的系统的计算机服务，而不是买一家大型电脑系统，由政府本身所拥有的政府合同，过时的风险是在私人承包商，谁然后必须采取的策略，以避免和控制风险。在风险转移的一方认为能够更好地管理这一风险是可以通过私人融资的方式实现的潜在节约使用非常重要的方面。

- 关于私人承包商激励的存在，使项目发挥出最大效益。收入取决于项目的成功实施，贯穿于整个项目周期，从设计，建设，经营。私营部门的“利润动机”被普遍认为是比公共部门“服务任务”更好的奖励。

- 私人承包商-----是设计，建造和负责执行：这会导致更大的整合这些元素，更有效地利用资源。例如，私人事务所是一家以经营监狱将有一个极大的鼓励，以确保设计使得最大操作方便，是一个最适合的经营公司。

- 提高潜在的效率，由于资产的事实，更容易就业投入私营部门更广泛地使用。例如，当资产如计算机系统是私有的，它可能是用来为其他客户，以及在“萧条”时期的政府使用。政府往往不能有效利用要么是因为法律限制他们的资产闲置产能，（例如，他们可能被禁止从事买卖活动），或因实际情况的限制，如经验所需要的市场营销技能的缺乏。

- 透过承办商输入的创新解决方案在设计阶段的发展。这通常包括解决方案注意到，可以由私营部门进行更广泛的使用帐户资产：例如，承建商可能意味着一个新的医院可以以这样的方式建成转为其他用途，如（私人养老院）当不再需要由政府，从而使合同无须要求政府接受保留所有权或对医院进行长时间的运营。

但是，实现这些目标在实践中不是容易的事。例如，风险转移的程度和性质，需要精心设计以获取最佳效益。

要牢记，公共部门借款比私人部门便宜。因此，私人金融的任何好处必须大于一般足够多的融资成本，来改善物有所值。

2. 可能不会发生的项目的发展

第二个为私人资金使用的主要原因是基金，也不会比原计划方案，因为没有足够的公共资金。这可能发生，因为任何使用公共资金，例如与政府通过购买资本相比，使用一间医院一般会延续很长的时间。此外，由于更高的效率——参见上述原因 1——以为这在这个工程上需要更大的可用资金的投入。

有些项目私人资金的使用理由——更好的性价比，和延期付款——可能存在。在其他情况下，主要理由可能是为金钱而实现更大的价值。在其他情况下，主要动机可能是，第二——推迟到未来的项目支出。在这种情况下，如果私人融资解决方案并不能提供更好的经济效益，不仅是未来的纳税人或用户，为项目支付，但他们为此付出比项目需要实际更多的费用。

6.2 规范为私人融资基础设施项目的采购过程²

6.2.1 私人融资基础设施项目的采购特点

私人融资交易有一些特殊的功能，可就招标等不适当的一般公共采购规则的适用。这些项目的处理必须考虑在制定任何制度来规范采购。这些功能包括以下内容（摘要如下表），其中有许多是密切相关的（如谈判和困难，需要确定规格）。

- 提交提案，它可以运行到成本特别高的数百万英镑。运行一个公开竞争，或者三个或更多企业的限制招标程序是否是合理的？如果是这样，政府应支付招标其中一些案件的费用？竞争往往有很大的压力，选择一个临时赢家——称为“优先投标人”——比较早的过程中，使其他投标人没有在竞争中浪费大量资金。但是，如果授予者选择了过早的选择可能是错误的，而且也获得显着的首选投标人的谈判力量：它是困难的政府进行谈判，该公司已有效地赢得了良好的条件。为了避免这种政府有时会选择有保留返还投标人的青睐，如果没有一个公平的交易进行谈判的目标“后备投标人”——但这个问题是还没有被指定为首选投标人公司往往倾向于然后退出这个过程。

- 认为项目运行很多年（通常超过 20，也许到 99）的事实。如果发生什么采购实体要改变项目的性质，例如增加新的服务？显然，这应提供尽可能在协议的可能，但如果协议没有对此作出规定。做了新的竞争需要在这种情况下举行的？

- 为确保正常的竞争制定技术规格的困难

² The legal rules applicable in several jurisdictions/instruments are also discussed in the companion Asia Link project text *Public-Private Partnerships*. See also de Cazalet and Crothers, "Presentation of the UNCITRAL Legislative Guide on Privately Financed Infrastructure Projects" (2001) 6 RDAI/IBLJ 699; Faria, "UNCITRAL Legislative Guide on Privately Financed Infrastructure Projects" (2002) 11 P.P.L.R. NA89; D. Wallace, "UNCITRAL Draft Legislative Guide on Privately Financed Infrastructure: Achievement and Prospects" (2000) 8 *Tulane Journal of International and Comparative Law* 286; K. Michel, R. D. Gray, T. Irwin, C. Levesque, and R. R. Taylor, *Concessions for infrastructure: a guide to their design and award* World Bank technical paper no. 399, esp. chapter 4. In the EU a procurement method commonly used for such projects, including in the United Kingdom, is the competitive dialogue procedure, as to which see the companion Asia Link textbook *EU Public Procurement Law*, section 6.10. On procurement procedures for privately financed infrastructure, including the application of competitive dialogue, see, for example, P. Badcoe (ed.) *Public Private Partnerships and PFI* (Sweet & Maxwell; looseleaf).

•这些项目的复杂性和没有政府与承建商之间的谈判而提交和评估建议的困难

•这些项目的资金一般采用项目融资的事实。这意味着这些项目的资金投入，包括银行（大多数项目都是由银行借贷资金），完全取决于从该项目上获得的收入，其付款。（在一般情况下，公司通常从银行借的钱为他们的业务作为一个整体，该银行向本公司追索还款一般 – 不只是为了从该公司的具体项目收入）。这意味着银行在确保该项目是可行的兴趣，希望在可能的条款和条件人士说，尽管他们不是一方与采购实体的协议。

•事实上，大多数投标者的不同的公司和财团（如涉及大多数项目涉及建筑物由一家建筑公司，设施管理公司，如餐饮企业的各种安全或专业公司参与）不同的技能。这样就产生了问题，例如：如果发生公司推出或在采购过程中或合同授予之后？如果公司试图参加超过一个财团？

•该项目的想法可能会由公司自己提出，当项目被公布之后，他们会提出这些想法进行讨论吗？

摘要：私人融资基础设施采购需要考虑：

- 1、提案的高昂费用。
- 2、合同的长度。
- 3、界定规范的难度。
- 4、项目的复杂性和不提交和评价政府和承包商之间的谈判提案的困难。
- 5、利用项目融资。
- 6、财团出价重要性。
- 7、不需请求的建议。

6.2.2 贸易法委员会私人融资基础设施采购的规定

6.2.2.1 简介

贸易法委员会示范法没有在货物，工程和服务采购示范法或指南中对私人融资基础设施项目有任何特殊规定。在大多数国家的私人融资项目的最重要的类型是那些由公众支付的用户提供 -----例如：收费公路。通常，这些项目不被视为普通的“采购”，不受一般采购法所涵盖。相反，他们是由特别法“让步”。

2001 年，联合国国际贸易法委员会制作了一个国家立法者的指南，以帮助他们建立与这类项目（贸易法委员会，立法对私人融资基础设施项目（2001 年）³指南。该指南包括，除其他外，处理采购适当的立法，行政和合同框架授予这些项目，这是处理第三节指导，挑选特许公司的程序。⁴2003 年，在其第 36 次会

³ The full text of the Guide is available at <http://www.uncitral.org>.

⁴ Other aspects of these projects covered include what other aspects of these projects need to be dealt with in national legislation, what should be included in contracts (for example, clauses concerning

议上，联合国国际贸易法委员会示范条款商定关于私人融资基础设施项目（联合国国际贸易法委员会示范立法对私人融资基础设施项目的规定），在指南⁵的基础。

目前的指南仍然暂时适用。然而，联合国国际贸易法委员会正在考虑合并，将结合 2003 年通过的指南，并在年底将 2000 年通过的修正和 2003 年的条款进行重新修正。

指南中的采购和示范条文建议的程序是根据在联合国国际贸易法委员会示范法货物，工程和服务采购发现与服务采购程序的修改和补充。该指南和示范条文并不指所有的程序细节，但建议，颁布国填写的基本程序，它被设置交叉参照其他国家立法规定的采购（当然也可能是自己根据参照一般联合国国际贸易法委员会货物，工程和服务）的采购法。

6.2.2.2 涵盖哪些交易

示范条文适用于“建设工程”，为“设计，施工，开发和新基础设施，或翻修，现代化改造，扩展或现有基础设施的运营作业”（示范条文第 2）。基础设施被定义为“直接或间接为广大市民提供服务的设施。”

在基础设施项目类型（在上述定义）所涵盖的条款，规定并不完全清楚。自始至终，当时规定的标准指的是这些“让步”合同条款的适用。传统上，使用特许权的概念（如我们上面提到的）来指根据该报酬是由该设施（如收费公路）公共用户，而不是政府计划。在模型中定义的任何设置的条文提出了一个基础设施项目，即明确定义的条款和条件似乎并不限于该协议。但是，它假定在示范法的其他特许权的定义是这样有限的规定。例如：示范条文第 6（3）需要资金是否会“完全”从规费或关税中获得，似乎假定至少一些资金是从涵盖的工程中得到的。

这种假设可能是因为大多数项目作出涉及上述部分所述的特点所采取的一种优惠形式，和传统的许多人（尤其是那些关于法国民法系统为基础）法律制度对待其他公共采购优惠分别在监管制度。然而，虽然这是假设在特许经营的定义是这样有限的，很明显，其他类型的私人融资项目，特别是那些最近开发的，如学校和医院，特别是那些从采购的角度相关，因为上述（持续时间长，大财团参与，协商的需要，高投标费用等）。因此，示范条文可能同样适用于这些合同授予。这是一个公认的标准规定，其中明确指出，他们可能对这类案件适用于如脚注道路通行费的阴影资金通过由政府支付。

它也指出，指南似乎表明，只有在有关条款中有关资产由政府拥有的——但程序在实际中似乎同样情况下，承建商保留所有权合适。

allocation of risks; dispute settlement procedures – the kind of matters covered in the UK’s standard contracts forms) etc, but, as mentioned above, these will not be considered in the present chapter. Available at <http://www.uncitral.org>. The discussions on the Model are set out in paras.12-171 of the report of the 36th session, and the model provisions in Annex I.

⁵ Also available at <http://www.uncitral.org>.

6.2.2.3 程序：基本方法

根据贸易法委员会的主要方法，示范条款规定了采购程序为服务采购（见脚注 7 的标准规定）。

未涉及的事项，将适用普通公共采购法的规定，这些应该是中提到的法律基础设施，例如（注 7）：

- 程序的记录
- 通知公布的方式
- 补救措施

6.2.2.4 合同公告

在这方面，示范条文规定，公告要考虑到实施国的合同：示范条文第 6（3）。

6.2.2.5 资格预审

该条款规定的资格预审阶段，以确定谁是有能力履行招标之前，此类项目。人们还记得，从第 3 章资格预审是可能的，但不是作为一个定期招标采购的一般规则在示范法的建议）。

示范条文（条文第 7 条）自己规定了具体标准，必须始终适用，如下 - 这是类似的在服务方面，根据示范法的其他复杂的采购选择提供的服务。它们是：

“（a）充分的专业和技术资格，人力资源，设备和必要开展的所有项目，包括设计，施工，运行和维护阶段其他有形设施；

（b）足够的管理项目和财务方面的能力，以维持其融资需求；

（c）适当的管理和组织能力，可靠性和包括运营公共基础设施和经验。”

条文第 7 条还留出了考虑相关的附加标准的空间。

6.2.2.6 从有资格实体中选择投标人（“筛选”）

合格的投标人一旦被认定有资格，示范条文提出了两个选择（条文第 9 条）。

1、所有合格的候选人都被邀请到授予程序中；或则

2、有限数量的投标人被邀请-----即应进行一个筛选过程（条文第 9 条（2））。

在可供选择的选项 2 的情况下，示范条文并不说明有多少应该被邀请在裁决阶段开。但是，14 项的标准规定指出，一些国家限制有意义参与竞争的最低数

量，例如 3 或 4。这需要考虑的事实 – 因为在这个过程中提出一种建议是可以很高的成本 – 正如我们上面看到的。设置数量有限，可以鼓励在这种情况下，良好的质量投标人参加，否则谁可能是不愿意这样做，因为所需的投资。这是与此有关也指出，示范法将奖励相应邀继续到最后，并提交最终出价，如果他们想这样做，所有这些规定（另见下文第 6 点）。

什么样的标准和甄选程序？在这方面，可以指出，与根据示范法的有关程序规定，当数量有限可以选择（见第一章，筛选 4），对私人融资基础设施的示范条文较为详细规则包含如何作出选择（条文第 9 条（2））。

首先，这是规定，任何有意选择只是一个有限的数目必须在预选文件通知如下：条文第 9 条（2）。

其次，它也指出，没有任何评价的方法必须在预选文件透露：条文第 9 条（2）。

第三，采购实体必须根据其选择按等级资格的投标人，以供评估用的标准：条文第 9 条（2）。因此，例如，采购实体可以让每一个潜在投标人的资格标准每个评分（过去的项目经验等）和推行者获得最高分数。一个接近这一筛选选择一种常见的方式是设置了一个门槛相当一般性质的资格条件，然后为目的，使用更精确的筛选标准，对同一事项有关的潜在投标人的速度。

例如，在属于一个私人资助的医院采购程序，采购实体可能需要作为一个门槛标准建设和重大科技基础设施的管理经验，然后速度达到这一标准的谁的经验，医院设施建设和管理作为一种手段的选择名单参与奖项的阶段。

看来，这将有使用简单的资格标准（即只考虑潜在投标人是否满足最低要求的资格）在有关的标准（或子标准），而有些人既作为申请的最低门槛标准和至于给予相对评级为目的，投标人筛选标准。

6.2.2.7 授予程序阶段

如在前面的章节，这里指授予程序阶段，采购实体需要通过价格比较和其他的不同出价的特征来证明谁能够提供最好的出价。

示范条文规定两种这一阶段的主要选择：

1、单阶段过程中，投标人提交的最终建议；或

2、两阶段的过程，涉及投标人提交，第一，初步建议，然后是最后建议（有时在实践中所谓“最佳和最后报价”——BAFOs）

该规定表明，这两个阶段的程序可用于当机关不认为是可行的，制定项目技术规格，性能指标，财务安排，或在一个足够详细的方式或精确的建议，以便最终制定的合同条款（示范条文第 10 条）。这两个阶段的进程可与招标书对货物和建设程序要求，对服务采购的同时谈判，这两者也涉及了初步建议阶段的主要方法。这也是值得注意的，指南表示（第 54 短段）表示，“一般”的第一阶段将不涉及任何种类的金融提供提交，但将集中在了可以提供给技术和合同问题的

解决方案的性质（其中可能包括某些风险的分配 – 例如恐怖袭击的危险，神等行为，也损害了基础设施）。

在收到初步建议后，采购实体可以与投标人讨论其建议的任何方面。

示范条文第 10（3）（d）项规定，在其中第二（最终）建议提交的采购实体必须发出经修订的规范，为单个项目规格，性能指标或合同条款提供了空间。例如，采购实体必须设法促使医院设施的选择，如新建造或翻新一个单一的解决方案，这可能是不必要的限制，因为并非所有投标人就一定能够提供所有的选项，甚至是最有前途的选择。看来，根据示范条文第 10 条规定（三）不要求这一点，但实际上允许各地大纲性能规格差别很大，这在本指南第 64 段中有讨论。

应该指出的是示范条文第 10（3）（c）允许采购实体进行删除，增加或修订的初步规格，融资要求等，并添加或删除前的第二次（最后一次）提案阶段的授予标准。

关于这两个阶段的程序终于需要强调的，在指南中，所有的供应商选择参加的“授予阶段”的开始（即谁是合格的（其中筛选使用）的从有关的资格入围）将进行最后的建议阶段。可以说，这是从一个方法的主要区别通常在一些国家，包括英国（并明确根据欧盟的竞争对话程序允许）通过：在英国它与大项目共同获得初始从围绕六个建议，邀请承办商，但只有少数这些（也许 3 或 4）提交最后建议，考虑参与者的初步建议的质量选择。⁶可以说，在英国的做法经常被限制在这第二阶段的投标人数甚至只有两个投标者，考虑到竞争激烈的对话，根据项目的招投标程序，成本非常高（视立法要求），这将是足够的竞争（例如这将需要，它预计将实际进行选择提交完整的投标书）都投标人。

一旦最后的建议已经提交（无论是作为一个单独的阶段或第二阶段）采购实体将进行临时得主选择 – 有时也被称为“优先投标人”。在这些程序中，由于这一事实，即有些事情可能仍然最后确定，正如下面讨论。

示范条文第 14 条详细解决了在选择更优的投标时的授予标准。条文规定，为评价标准，技术方案必须包括：

- 技术合理性
- 符合环保标准
- 运作上的可行性
- 服务质量

因此，（如资历）示范法的条文比模棱两可的条文更进一步——他们不只是建议使用某些标准的采购实体自行决定，但是积极要求某些特定条件包括这种采购。

⁶ See, for example, Badcoe, above; P. Braun, “Strict Compliance versus Commercial Reality: The Practical Application of EC Public Procurement Law to the UK’s Private Finance Initiative” (2003) 9 *European Law Journal* 575 (concerning practice prior to the introduction of the competitive dialogue procedure); HM Treasury, Competitive dialogue in 2008, July 2008, available at www.oqc.gov.uk. See further the Asia Link companion textbook *EU Public Procurement Law*, chapter 6, section 6.10.

需要注意的是，前三个似乎表明，至少一个“门槛”可接受的水平。（示范条文第 15 条明确规定门槛水平，可定为每个标准和那些不符合这些门槛的可能被视为不能达标而拒绝接受）。

- “（a）建议的收费，单位价格和特许期内其他收费的现值；
（b）由订约当局直接付款的现值，如果有的话；
（c）设计和建造活动，每年运营和维护费用，资本费用和运营及维护费用的现值成本；
（d）实施国当局的金融支持程度，如果有的话；
（e）拟议的财务安排的健全性；
（f）要求各机关提出的谈判的合同条款的接受程度；
（g）建议提出的社会和经济发展潜力。”

再次看来，这些问题有些是与满足任何相关门槛的投标者的“门槛”的水平有关。

它提供的评估应包括商业建议，“如果适当”的标准：

示范条文第 15 条明确规定，标准本身，他们的权重和“评价过程”必须设置在征求建议书要求上进行。看来，这将要求采购实体作出的上述标准非常明确的范围内：i）要求一定的门槛，以满足和/或；ii）比较每一个合同方相对的优点，例如，如服务质量，i）建议必须得到最低分数；ii）每次会议的建议的门槛价都需满足投标者的分数，这两点都必须明确。

对于这些类型的采购程序，最棘手和重要的问题之一是，当较好的投标被选择后，应给较好的投标者留下完全的修正的灵活性。在这方面允许灵活性来减少提交完整投标的高昂费用存在争议。另一方面的观点是这些问题比选择更好的投标有很简单。（在选择获胜的设计之前不可能得到完整的计划——规划部门之后可能会要求对设计的修正）。

另一方面，更大的灵活性有更大范围的危险，那就是竞争结果将被改变，都难以进行监督或削弱有利于承包商的新的条款内容。即一旦首选投标人选择了竞争的压力，主要是去除可能加剧这种危险的事实：明确投标人没有这种压力，在这一点上当它尚未成为明显的优势时提供有利的条件，它已经提交了最好的出价。也有人说，谈判可能将被用来对有关投标人提供优厚的待遇（即采购实体在投标人串通青睐可以提交一份有利谅解的标书，这将在谈判程序中进行改变或增加对其有利）。

第 17 条指出，在合同授予之前应该与较好的投标人进行协商，其中一些规则包括：

- 谈判不会因为非谈判事项举行；
- 如果谈判失败，谈判从下一个投标人开始。第一排名的投标人不得重新谈判；

这些条款几乎没有规定建议的细节，因而不是最终的建议。该指南（第 83 段）有更详细的规定，下面有讨论：

- 与赢得方的讨论应仅限于：
 - 完成制订的文件的详情
 - 满足贷款人的合理要求
- 没有变更，应当允许提案的基本内容
- 没有其他变化，应被允许的建议（如价格或技术方案）

6.2.2.8 财团参与

我们最终可以注意到，示范条文的一些规定不是关于在示范法采购中对私人融资公共基础设施的采购的特别关注的问题（虽然不是唯一的），比如财团的参与，第 8 条有规定，如下：

- 1、企业可直接或间接参与一个财团（当只有一个适格的公司拥有工程所需要的技术时，尽管放弃该授权是需要的）违反此规则结果被取消资格。
- 2、采购实体不需对结合的成员评判其能力。

第 7 章：电子采购和电子反向拍卖

7.1 电子通讯¹

7.1.1 概述

政府采购应用电子通讯和技术 (i) 与供应商打交道，(ii) 同公众及其他公共机构进行沟通，(iii) 在政府内部管理中使用。在采购所有程序中都可以应用：计划；采购过程中（广告、传送文件和信息（例如发给投标人的具体说明和邀约），招标公告等）；及合同管理中（订购、开发票、付款等）。

电子化方式可以帮助采购主体进一步完善在其本国采购系统中可以实施的及《UNCITRAL 标准法》寻求的许多政策和原则，如在第 1 章讨论过的，物有所值、采购中效率的提高、完整性、问责制和透明度。对采购潜在的益处包括：

- 通过获知更多的供应商或更有竞争力的技术取得物有所值的效果（例如：拍卖）；

- 节约交易成本（例如：纸质文件成本的节约）；

- 节约时间（例如，通过加快通讯速度、获知更多的供应商及合同信息）；

- 更好得遵守规则和政策（通过良好的监督）；

- 基于私营部门现代化和标准化的加速来激励更富有竞争性的当地供应；及

- 更全面的促进政府电子化。

每个国家可以从电子采购中得到好处的程度取决于多种因素，包括基础设施的完善程度（电力、可靠的及负担得起的电信等）；主体拥有的硬件及软件资源；电子商务方面完善的法律规定（更多内容见下）；供应商的电子化程度；标准化程度；及足够的人力资源。

同在第 1 章提到的，目前对《UNCITRAL 标准法》的审查在很大程度上取决于在多大程度上能容纳采购中增加的电子化方式的使用。目前在此内容上没有多少条文有相关规定并且审查过程的前一部分大多集中在这个问题上。

以下是公共采购法规涉及问题的主要领域。我们将分析以下政策问题和目前《UNCITRAL 标准法》中的当前位置和建议。

¹ See generally and on UNCITRAL's approach C. Nicholas, "The regulation of electronic communications under the UNCITRAL Model Law on Procurement", chapter 7 in S. Arrowsmith (ed.), *Public Procurement Regulation in the 21st Century: Reform of the UNCITRAL Model Law on Procurement* (2009; West); and for experiences of regulating electronic communications in other specific jurisdictions/systems R. Bickerstaff, "E-Communication Regulation in Public Procurement: the EC and UK Perspective", chapter 8 in S. Arrowsmith (ed.), *Public Procurement Regulation in the 21st Century: Reform of the UNCITRAL Model Law on Procurement* (2009; West); M. Burgi, "The Policy on Regulating Electronic Communications in Germany", chapter 9 in S. Arrowsmith (ed.), *Public Procurement Regulation in the 21st Century: Reform of the UNCITRAL Model Law on Procurement* (2009; West); C.R. Yukins and R. Jennings, "Electronic Communications in Public Procurement: Lessons from the US Experience", chapter 10 in S. Arrowsmith (ed.), *Public Procurement Regulation in the 21st Century: Reform of the UNCITRAL Model Law on Procurement* (2009; West). The Multilateral Development Banks have established a joint website that provides advice and practical tools for implementing electronic government procurement: <http://www.mdbegp.org>. This provides some resources for considering various practical issues relating to electronic procurement that may need to be addressed when implementing regulatory rules in practice.

7.1.2 信息的电子化发布

具体项目的电子化广告,和在合同机会上电子形式的其他信息的条款,可以通过更易获取合同信息来促进经济、透明度、完整性和广泛的竞争,尤其在实践中和成本上,对更多的供应商来说(尤其当可以使用高效的搜索工具,或者系统为注册供应商提供合同机会的自动通告时)。也可以节约广告成本(尤其当其可以代替实物方式时)。通常来说,比起使用纸质媒介,此方式可以提供更多的可用信息:因为可以降低成本并扩大获取信息量而非常有益。另一方面,此方式的使用可以限制以下情况的发生:合同信息的获取需要付费或者技术的使用对获取信息造成难度。所以它取代了更方便的纸质方式。

历史上以电子方式为合同提供信息,在许多国家的政府采购中最先使用。许多国家和主体现在适用电子方式为供应商发布招标信息以邀请其参加到某以具体的采购中(包括法律要求必须公布的)例如,世界银行早在2002年²调查的8/9的发展中国家使用此方式。电子方式也经常用来发布即将召开的项目的推进信息(之后将作为单独通知的题目)并且/或者和特殊主体发布的关于合同机会一般信息。在美国,政府采购通常由法律进行规定,但法律不要求公布这些信息,但是为了供应商的利益政府可以自由决定是否进行公布。对具体合同的邀请和其他信息的公布方式可以通过政府主体的个人网页,也可以是覆盖许多政府主体的集中电子系统。当普通系统存在时,在政府采购由法律规制的国家中,法律规定通常要求使用集中电子系统发布邀约。

许多国家为了供应商的方便和大众利益,在授予程序的信息上也增加了使用电子媒体方式公布信息。这种信息系统以一种方便实用的形式提供了对政府采购程序的监督和审议提供了重要工具。

从监管的角度来看,主要考虑到以下几点:i)国家是否应该强制使用电子方式公布信息 ii)在目前应该在多大程度上代替传统媒体方式,而不是同其并行。显然,答案是应该根据不同因素,例如合适信息的提供、搜索系统、同其他媒介和合同种类相比,潜在供应商可以获取信息的程度。

7.1.3 授予程序中的电子通讯

电子通讯也用在授予程序中——例如,当采购主体发出投标文件、修正文件时;向参与人发出采购邀请时;或者当供应商提交资格预审信息、要求参加或者投标时。其优点包括减少程序中的成本、加快通讯速度(包括减少全程时间)、减少腐败和权力的滥用(通过减少官员和供应商之间的直接联系、加大供应商的匿名程度)并且(在邮政系统不是非常完善的国家中)为非当地供应商更加信任的通讯方式。这些优点可以加大竞争(例如:加大非当地公司更广泛的参与)。

总得来说,当双方当事人强制使用电子方式时能强化这些优势。然而,即使当电子方式是可选方式时,其重要性也不能忽视。此外,通过强制使用电子方式来强化其优势的做法都会因成本增加而得不偿失,尤其在实施电子系统(见下)的早期阶段。

在电子方式上建立政策的相关考虑——例如:人力资源能力和法律环境——在上面已经提到。即使在政府方面没有问题,仍需考虑使用电子方式也许会对某些供应商产生歧视。

² Talero and Carp, Electronic Government Procurement: A Legal Perspective on Country Practices (March 2002), section IV.

出现的问题包括与电子化程度低的供应商取得联系的困难及花费。在网络技术取代了昂贵的专有技术的情况下这将是问题。几年前世界银行的研究表明使用电子方式仅对几个国家的供应商产生实际问题或者成本问题，但决不是大多数国家。³

然而，当涉及更复杂的要求时就会产生问题，例如：电子签名。在建立目录系统时也会产生大量成本，例如为了符合政府的编码要求。对外国供应商来说也会产生特殊的获取问题，因为使用不同的系统和标准，例如，电子签名。这些问题的重要性会随着发展而改变，例如随着交换信息和编码市场标准的发展；国际、地区或相互认可的双边系统的发展。

心理因素也会对供应商产生影响。电子方式的新颖性和对保密性和真实性的担心（即使事实上并不会发生）也会阻止供应商使用电子方式并影响其参加采用强制电子方式的政府采购。

与此相关的考虑还有一国的总体法律环境，具体到反对政府采购的措施是否为电子方式提供了足够的支持。例如，法院受理案件情况或者对特定合同手续（例如签名）是否涉及非电子文件的情况；或者所涉及的规则，例如通过电子方式传送的投标和接受合同的时间和地点也许会不明确。UNCITRAL 已经帮助各国解决了部分问题，尤其是通过《电子商务标准法》(1996)和《电子签名标准法》(2001)。当电子通讯方式符合了这些法规的目的时，标准法就为各国监管者制定符合电子通讯方式的法律提供了范本。例如，《电子商务标准法》提供了认可的电子文件和电子签名，即在法律要求提供的文件或者签名之后应该采取某种形式进行认可。大部分研究了本文的司法管辖区实施了这类立法，通常都同《电子商务标准法》相似或者以其为制定基础。《电子商务标准法》包括规制合同双方当事人合同关系的规则，当事人另有约定的除外。例如：合同的发出和接受时间；接收电子信息的时间等。

这些问题的法律状态同一国是否在政府采购中使用电子通讯方式的决定相关。例如：如果法律要求有效的合同必须使用非电子方式，该政府不可能在自己合同中要求使用电子方式。

实践中，在政府采购中使用电子方式的需求可以促使以上法规的更改（例如：在美国就有这样的案例）。政府在通常情况下会对所有合同制定这样的规则：通常情况下为政府合同采用电子方式是无效的，不包括采用电子方式的私人合同。

不考虑在市场上如何处理电子商务的问题，政府需要考虑自身的兴趣取向：

法律确定性（程序的记录）；

真实性；

保密性；和

安全性

作为合同方，还需要考虑供应商的相应兴趣，尤其是因为获得政府采购目标

³ Talero, Electronic Government Procurement: Concepts and Country Experiences, World Bank Discussion Paper (Sept.2001), pp.27-28.

是依靠供应商的积极参与。

以上涉及的电子商务一般法律规则可以在一定程度上帮助获取这些目标，例如，电子签名可以在法院作为证据被采用。然而，合同当事人普遍喜欢更大程度的自由，例如，完整性、真实性和可信赖性，如果他们自己希望合同采用电子形式。例如，合同当事人同意使用电子签名形式，即使其不被法律认可并自己承担风险；他们认为在自身交易中使用电子签名能够满足自身的法律认可要求；或者他们自身要求更高级别的签名，并同意使用特殊技术予以保证更高的安全性。他们也许会完全拒绝使用电子方式，例如，如果他们不信任认证工具或者认为太昂贵。当政府是合同一方当事人时，政府也许会通过制定特别法律规则来要求在政府采购市场中使用电子采购。在一定程度上他们更适合由法规进行规定，这些问题也许更适合由公共采购法进行规定。这些事情是由传统的纸质版处理的，包括《UNCITRAL 标准法》，通过书面签名或者秘密投标的要求，详见第 3 章。

通过政府采购法，从政府管理的角度来看，涉及了很多相关法律问题。重要的是为了法律的明确性和确定性去区分这些问题，并为其提供明确和确定的法规。

最近国际制度开始明确强调这些问题——直到最近这些问题还不确定（因为没有明确强调）对受制于其的国家产生了很多问题。例如，欧盟在 2004 年的采购指令中全面涉及了此问题，⁴而 WTO 的《政府采购指令》还未涉及（虽然在修订建议文本中已涉及⁵。最近《UNCITRAL 标准法》受到关注，对最近的审查来说是很重要的问题，并且最近公布的建议版本也有了一些重要改进和新条款，如下概述。大部分相关条文规定在最近发布的《标准法》草案第 7 条中⁶，即主要涉及通讯问题。

标准法的第一个重要的原则是关于此内容（同欧盟规则和 GPA 修订本）在相同基础上处理电子和纸质版通讯。这意味着当某行动以纸质版形式完成时，也当然可以以电子形式完成，只要电子形式可以完成同纸质版形式相同的任务（例如，为了保证安全性）。在这方面，最近发布的标准法第 7 条（1）简单的提出“任何文件、通知、决定或者在采购中遇到的法律规定的其他信息，包括第 VIII 规定的其他审查程序，或者采购过程中的记录形式等[标准法要求的]，都应该以某种形式提供记录的信息并且为之后的参考提供相关信息”。标准法特别强调的是纸质版形式在任何决定下都不是强制性的。当涉及到所有通讯问题，第 7 条也提供了由采购主体在采购过程中的通讯形式，其并没有限制采购主体使用电子通讯及其他形式通讯的权利。第二个重要的原则是技术中立。因此标准法没有具体规定应该使用哪种方式保证安全性，仅提出了要求目标。这样保证了根据新技术的发展而以最合适的方式实现采购目标。

在使用电子通讯方式制定合适法规时需要考虑的具体关键问题如下：

⁴ See Bickerstaff, above; and the companion Asia Link text *EU Public Procurement*, chapter 8.

⁵ See R. Anderson, “Renewing the WTO Agreement on Government Procurement: Progress to Date and Ongoing Negotiations” (2008) 17 *P.P.L.R.* 255; S. Arrowsmith, “The Revised Agreement on Government Procurement: Changes to the Procedural Rules and Other Transparency Provisions”, chapter 10 in S. Arrowsmith and R. D. Anderson (eds.), *The WTO Regime on Government Procurement: Challenge and Reform* (forthcoming 2011, CUP).

⁶ See A.CN/9/WG.1/WP.73/Add.1, available at www.uncitral.org

1. 平衡可能发生问题的益处，政府采购法律规则应该允许采购主体使用电子通讯方式，只要他们选择了电子方式并且供应商也同意采取此方式。

当双方当事人同意时，很难看到对使用电子通讯方式的任何争论，只要对投标能保证足够的安全性。（见以下的第五点）。

由于相关法律并没有根据电子时代进行更新，所以在一些公共采购系统中使用电子方式的可能性还不确定。然而，在此领域许多法律已经在过去几年中为了提供法律确定性而进行了更新。例如，欧盟的制度，涉及到上述问题已经在 2004 年进行了更新，明确了主体可以在采购中使用电子方式，取决于相关安全保证（WTO 的《政府采购协议》涉及到此内容也进行了相关改动，但并没有实施）。电子通讯方式可以用在采购程序中已经有明确的条文规定。（例如：2008/18 指令第 42 条。）（事实上，在第 2 点中提到的是，主体需要在欧盟规定下使用电子方式，即使同供应商的意愿相违背。）其次，明确进行了分类的是，当某行动（例如通知供应商此决定的理由）被指令要求以书面形式提供时，这里“任何可以阅读、复制和可以继续进行的言语或者表述”（2004/17 指令第 1（12）条）——是包括电子方式的。世界银行对采购和咨询项目指南都已经进行了更新，允许银行借款人使用电子系统分发投标文件并允许以电子形式提交投标和建议，只要提供多种保护措施，并且银行允许使用此类系统：见《IBRD 贷款和 IDA 信贷下的采购指南》，2004 年 5 月，2006 年 10 月 1 日修订，在 2.11（涉及投标文件的分发）和 2.44（涉及投标）。《多边开发银行》已经联合发布了电子投标系统的主要内容：见“电子采购投标系统”，网址 <http://www.mdbegp.org>。

2. 法律是否允许采购主体要求供应商使用电子方式发送和/或接受文件，即使供应商不希望这样做（或者甚至要求采购主体坚持使用电子方式）。

一些采购制度允许采购主体坚持使用电子方式。因此《欧盟公共部门指令》2004/17 允许采购主体要求供应商以电子方式处理，只要采购主体愿意这样做。在美国，联邦层面，同供应商的通讯方式也是由采购主体选择的。（《统一电子交易法（UETA）》在电子商务上的统一法规，已经经许多美国州通过了，并且联邦《电子签名法》见公共法 108-229 号 § § 102(b) 104(b)(4)，只要政府在采购中要求采用电子商务）。在一些案例中采购主体会要求投标者采用电子形式，但是“总审计局”（美国质询政府采购决定的主要部门）已经重复规定了要求采用电子形式是合法的，即使供应商不愿意采取此方式。Arcy Mfg. Co., Comp. Gen. No. B-261538 et al., 95-2 CPD ¶ 283 (1995)。

另一方面，一些系统保留了供应商使用传统纸质版方式的权利。职业是世界银行的一般规则，当电子投标系统使用“投标人应该以硬盘方式继续选择投标”时这就是世界银行在其指南中提供的一般途径。（2.44 段）。

世界银行方式和在前几章讨论的规则的不同点的一个重要理由就是在一些国家中，世界银行指南要求电子方式也许会排除一些采取电子方式存在困难的供应商。排除了这些供应商是对某些物有所值企业的歧视。这种方式作为采购过程的独立目标也会涉及公平待遇原则，会保留以纸质方式交易的权利，即使潜在的供应基础较大以至于要求电子方式不会造成对其他供应商的歧视。很显然，这类关注需要平衡前面所谈的强制电子通讯的优势（例如对采购主体更加有效的程

序)。

世界银行的位置——不允许采购主体强制使用电子方式投标——在《UNCITRAL 标准法》的条文中有所反映。尤其是，以投标程序，很明确的是采购主体不要求供应商以电子方式投标。30(5)(b)条具体规定了供应商投标的权利，可以采用 30(1)(a)条规定的“通常”方式进行投标，即采用书写方式，签名并密封在信封中。根据《执行指南》，“在非传统方式通讯中。例如在 EDI 中，这是反对歧视的重要保证”（第 30 条的评论）。

然而，政府采购 UNCITRAL 工作组提出了反对，他们认为在修改后的标准法下，由采购主体决定供应商应该采取的通讯方式是采购主体的基本权利，包括要求使用电子方式。在最近公布的草案的第 7 条所反映，如上所述，为采购主体提供具体的通讯方式。可以合理考虑的是目前电子商务已经从 EDI 系统中取消，因为通过网络方式会给供应商造成巨额成本。由于此原因（同材料所解释工作组决定删除标准法中的第 9(3)条中禁止“歧视”的通讯方式的使用，同上所述，这将对因使用电子通讯方式受到歧视的供应商提供有利帮助。重要的是，在修改后的标准法条款中，主体需要提供一种以上的通讯方式，以便允许他们给供应商一个选择。此外，使用特殊的通讯方式必须符合“无障碍标准”，详见下。

另一种途径，会给每个案例提供合适的规则，可以提供一个总规则，这意味着选择不应该限制在采购过程中。这意味着使用电子方式本身（包括使用电子方式）也许会受到挑战，如果使用的方式对获取供应商有重大影响（也许这样会影响成本）——而不是仅仅影响了一两个具体公司。这样的条款如何解释是依靠不同的目标和目标的重要性（例如：平等待遇原则）在具体的采购系统中。

3. 供应商自身是否应该被赋予发送和/或收取信息时坚持使用电子方式的权利。

允许供应商使用电子方式有一些促进公共采购系统的益处，即对供应商减少参加成本有益并且可以鼓励其参加。问题是供应商是否有权决定收发信息采取电子方式。很明显这样的权利只能被限制在某些情况下，即采购主体可以采用电子方式。即使在采购主体有权采用电子方式的系统中，供应商也不必必须这样做。然而，可以注意的是由采购主体规定在一些系统中的一般规则有合理的限制途径，可以潜在的给供应商提供使用电子方式或者纸质版的权利，同上所述。供应商使用电子方式的具体权利有时是由法律体系规定的。

至此标准法所涉及到的，供应商应该在标准法下取得使用电子通讯方式的权利——同上所述的目前在草案第 7 条原则中规定的采购主体所采取的通讯方式。

4. 采购法规自身是否应该要求在采购过程中使用电子方式（或者某种采购方式）而不是留给采购主体来决定。

要求采购主体为采购使用电子方式的条款——或者某种采购方式——也会在一些案例中进行介绍以便从以上涉及的电子采购中获得好处。是否要强制使用电子方式依赖对潜在优势和潜在成本进行平衡，包括一些供应商也许会被排除的可能性或者一些采购主体发现使用电子通讯方式会产生困难的可能性。使用所要求的电子方式的一个例子是，在采购拍卖行为中，这将在本章后面详述。

5. 如果有条件的话，应该在使用电子方式的过程中附加何种条件来确保采

购法的目的？

对所有国家来说，一个重要的问题是在采购中使用电子手段的管制问题。正如上面所提到的，管制可能会被认为有利于保护下面列举的采购法的目的。在传统的纸质招投标中会采用这些管制，特别是对提交的标书本身，这种担忧是最重要的。已经签字的密封的投标会要求这样做。采购过程的其他方面也可能会有这样的规则，或者至少在管理过程中会有这种规则，以确保这些目的实现。（例如，在资格预审调查表中保护机密信息。）可以预见的是，政府希望在电子采购中采用与纸质采购中相同的标准和原则，这样能够保证有严格的保护，但不是更严格的保护。这是联合国国际贸易法委员会示范法工作组提出的建议。

在这一方面重要的是供应商和公众对电子采购和纸质采购的信任度相同。但是同样地，过度管制也是重要的，例如，过分严格的技术要求不应该阻止参与竞争，也不应该在促进系统的目标方面达到相反的预期。例如，Bickerstaff 认为欧盟法律中的一些要求（超越纸质交易中适用的要求）是没有必要的并且不鼓励采用电子方式。⁷

我们上面所提到的管制的目的包括：

- 机密性

需要一些措施来保证文件的内容不被未经授权的人使用或者被授权的人在规定的時間之前使用。这一点对投标人来说非常重要，因为自己的信息可能被用于其他文件中（例如，会在资格证书中使用投标人的信息）。尽管采购法包含机密性要求，但是有时并没有进一步的指定这些要求如何实现，但几乎都是在招标过程中通过对投标的形式进行规定来实现。

- 真实性

需要一些措施来保证供应商提交的投标是最终的并且是权威的，不能被否认和/或者对供应商进行追溯或者让合同当事方承认。通常这三个要求对投标人来说都是重要的。有些方面也许与其他文件有关。

- 安全性（或完整性）

最后，需要一些措施来确保文件不会被篡改，增加或操纵。目前在许多采购制度中都有一种倾向，即在采购法中很大水平上保持这种管制，既是为了防止新技术的发展使其无效，也是为了防止过度管制产生的新的新的现象的可能性。

这种方法可能是对《联合国国际贸易法委员会示范法》提出的建议，这将会只要求遵守这些基本的原则，这与传统投标的要求一致。关于这方面，最近发布的草案第 7 条第 5 项只规定：⁸ “采购实体会实施适当的措施以保证有关信息的真实性、完整性和机密性。”

关于这些目标怎样实现的具体指导将会在《实施指南》而不是《示范法》中进行规定。⁹《指南》建议补充基本采购法的规则也不应该以法律要求来约束技术的发展，并且也不建议具体的技术方案（比如具有认可证书的关键基础设施的

⁷ Bickerstaff, above.

⁸ See A.CN.9/WG.1/WP.73/Add.1, available at www.uncitral.org.

⁹ Nicholas, above.

服务供应商)。但是《指南》建议应该采取一些更具体的规则和措施，例如至少应该有两个人同时履行开标和记录的活动，公开的数据应该仍然只能由那些人获得，这些将在下文中进行进一步的解释。

在《世界银行指南》中也有关于规则的目标而不是技术细节的相似的方法。因此，对于电子方式的投标来说，除了要求银行满足这个制度的一般裁量权之外，《世界银行指南》必须满足这些要求：系统的安全，保持文件的机密性和真实性，使用电子签名系统或类似的系统来维持供应商的范围以及只允许投标或建议书在供应商和出借方同时授权的时候才能打开。(第二段进行了关于在线公开投标的具体的规定)。如果招标文件以电子的方式发布，电子系统也会提供安全的措施以避免招标文件被修改，并且不会限制投标人对招标文件的访问。欧盟规定确保上述目标更为具体。¹⁰

另外，在电子采购的背景下，会有一个在纸质采购中不会产生的进一步的考虑：即保证公共市场的合理进入（可及性的标准）。

正如我们上文指出的，使用电子方式可能会限制进入市场。电子通信要求限制那些能明显损害公共采购目标的进入，通过限制可能的联营供应商能够进入，公平待遇和物有所值作为独立的目标。

在任何的采购中允许投标人使用传统的纸质方式作为一种选择，这可能在很大程度上涉及到。但是在这个意义上来说，允许采购实体强迫投标人利用电子方式——正如所看到的这个案例，很可能是依据示范法的建议——这对于确保具体的电子方式的使用没有不合理的禁止进入很重要。甚至当电子手段的使用是供应商的一种选择的时候，这也可能是一个问题，因为在采购中使用电子工具的供应商可能会有一种优势。正如所指出的，可能会禁止进入，例如，要求使用的系统或软件会需要大量的投资，甚至会要求使用还没有在市场上广泛使用的软件标准的版本。

《联合国国际贸易法委员会示范法》可能会通过具体的规定解决这一问题，正如最近公布的草案第7条第4项中所规定的电子方式的使用应该“由供应商和承包商在具体的采购中共同使用”。¹¹这一规定会有有效的取代目前第9条的一般规定，该规定禁止在通信方式的选择上的歧视：上面所解释的那样，有人认为这可能是为了阻止使用供应商提出的任何通讯手段的一种解释。

在一定程度上（特别是当强迫供应商使用电子方式的时候），在确保采购机会的目标和其他目标之间会有一些紧张，比如，确保真实性的目标可能会建议使用像电子签名这样的技术设备。在一些行政区域内，采购主体可能会坚持认为电子通讯法律已经实施谨慎繁琐的技术要求，所以不能有广泛的市场机会。因此欧洲政府已经逐步要求缔约方在与联邦政府的电子交易中保证任何细节的保密：审计总署“联邦主要部门和机关的主要公共设施项目”GAO 04年第157号报告。(2004年2月15日)。联邦机构的指引一般建议机构对比较敏感的交易适用更高水平的安全措施。因此，例如，虽然有一个潜在的规定，即允许在美国联邦采购中使用电子签名，但是缺少对正式采购中的电子签名的一般法律规定或指引或者非正式采购中的建议。

¹⁰ See Bickerstaff above; and the companion Asia Link text *EU Public Procurement*, chapter 8.

¹¹ See A.CN/9/WG.1/WP.73/Add.1, available at www.uncitral.org.

过度严格的管制的危险可以在德国有关电子签名的工作中看出。曾经，德国是欧盟成员国中只接受电子投标的一些国家之一，但是这些电子签名必须是合格的。但是，现在不再有这样的要求。Burgi 对欧盟合格的电子签名解释如下（省略脚注）：

这种电子签名主要是一种预付款的签名，但是它的创新是更复杂。它可能保证了电子交易中最高的安全。欧盟指令 1999/93/EC 第 5 条第 1 段列出了电子签名的要求（参见《德国电子签名第三号法案》第 2 部分）。与预付款的电子签名不同的是，它不仅能创建加密软件，而且有安全签名设备（一种智能卡）的支持和合格证书。这种智能卡只能在有资格的服务供应商确认具体的采购之后才能得到，服务供应商会核实签名和签名所有人的从属关系。电子文件中加入一个合格的电子签名会使得特定的签名和特定的特定的人之间产生明确的分配。它还包含一个文档内容的加密验证（就是所谓的“Hash-Value”），这就使得收件人能够验证文件的完整性。合格的电子签名因此完成了手写签名的主要功能（同一性，真实性，确认和证据）。同时因为它不容易伪造，还起到一个警告作用。

Burgi, 硕士. “德国电子通信管制的政策”， S. Arrowsmith 第 9 章，21 世纪公共采购规则：联合国国际贸易法委员会示范法关于政府采购的改革（2009）。

Burgi 认为“以前关于合格的电子签名的要求是德国公共采购为什么没有整体采用电子方式的主要原因。”但是，就像他指出的那样，《公共采购指令》第 42 条第 5 项仍然允许成员国要求合格的电子签名，如果他们愿意。

7.2 电子拍卖

7.2.1 简介

电子拍卖（或电子反向拍卖）这种新的采购技术近年来已经越来越多的在公共采购中采用——仅次于在私人部门中的应用。电子拍卖是一种在线的，实时的竞争，一方是买方，一方是一些通过竞争来赢得合同的供应商，这些供应商相继提交他们的投标，这些投标是在与其他投标人竞争中不断改进而具有信息优势的投标。采购中拍卖被认为具有重大的提高物有所值的潜能。Arrowsmith 概括了这些好处，主要如下：¹²

- 使得投标人提交了比在传统的秘密投标方式中更具有竞争力的投标。“在拍卖程序中，投标人获得了竞争者的投标的信息，并允许他们修改自己的投标，因为在拍卖中允许修改，所以可以促进改善，总是以不变的价格。”¹³
- 更优的计划和说明书草案以及授予标准能够节约开支。
- 限制了腐败和歧视的机会。事实上，拍卖参与方可以修改他们的投标，在任何时候可以看到他们的标书是不是最佳的，这样可以减少采购实体滥用信息给中意投标的可能性，因为所有的投标都有相关的信息。¹⁴

¹² S. Arrowsmith, “Regulating Electronic Reverse Auctions under the UNCITRAL Model Law on Procurement”, published in slightly amended form as chapter 11 in Arrowsmith (ed.), *Public Procurement Regulation in the 21st Century: Reform of the UNCITRAL Model Law on Procurement* (2009; West).

¹³ Ibid. The economic literature has also emphasised that auctions can also in theory induce improved tenders since information on competitors’ prices provides useful information on common costs that might give tenderers greater confidence to lower their own tenders; for a summary of the literature G.L. Albano, N. Dimitri, R. Pacini and G. Spagnolo, “Information and Competitive Tendering”, chapter 6 in Dimitri, Piga and Spagnolo, *Handbook of Procurement* (2006) (CUP). However, it is not clear how significant this is in practice in a typical procurement auction in view of the timescales involved.

- 使用电子方式能够产生激励的效果，因此能够从更广泛的采购机会中获得更好的投标，电子方式可能会通过消除或限制面对面的谈判来帮助减少腐败。
- 减少管理成本和采购时间，比如在巴西，迅速和简化的拍卖采购方式已经被采用。¹⁵

另一方面，必须承认在电子拍卖方式中存在很多危险和损失。¹⁶

首先，可能会产生这样的问题，因为在反向拍卖中能够达到价格的减少，从而导致对非价格因素的重视不够，也就是说有关的非价格因素可能没有被充分的考虑到电子采购中（例如，除了使用其他标准，当一个供应商能够更物有所值时，合同可能只考虑价格因素就被授予）；或者在一些价格因素的重要性有限的案件中，拍卖意味着不合适，但是拍卖也可能应用于这些案件，又会导致价格没有被正确评估。还有一个问题是可能会导致投标人过分的降低价格，从而在合同履行中产生问题。¹⁷

另一个非常重要的问题是电子拍卖能够促使供应商之间的共谋。¹⁸首先，因为在涉及拍卖的采购程序中，对于投标人来说很难从阻止卡特尔（同业联盟）中获得利润，因为其他的卡特尔成员能够建立一个违反卡特尔的协议，然后提交一份更好的投标。另外，卡特尔成员也可能从共谋中获得比在传统投标中更多的利益：在传统的投标中，要赢得授予合同，卡特尔投标必须要击败卡特尔之外的任何的投标，这样产生的危险就会比赢得合同的必要的危险要小，但是拍卖中不存在这种情况。最后，在拍卖中卡特尔没有提前的交流，这对于卡特尔来说更容易控制，对监管来说更难监管和实施反垄断法。

有时候供应商也不喜欢拍卖的方式。¹⁹真正的原因可能是在特定情况下不适合拍卖，或者由于不熟悉相关知识，这种情况是可以解决的，例如，对供应商进行培训，或者允许在进行电子拍卖的同时允许纸质的或者电话投标。但是，也要预见到供应商会反对这种增加竞争，减少利润空间的新的采购技术。不管是什么原因，如果这种反对使得很多供应商放弃参与，那么拍卖就不是有效的方式，需要考虑到这一点。

最后应该指出电子拍卖方式潜在的问题可能会受到许多政治以及其他方面的因素的影响，这往往会鼓励使用电子拍卖方式。其中一个事实就是拍卖所节约的可能比成本更明显，（例如，在合同履行阶段的问题）。Levy 认为电子拍卖方

¹⁴ For a summary of the economic literature see Y.Lengwiler and E.Wolfstetter, "Corruption in procurement auctions", chapter 16 in Dimitri, Piga and Spagnolo, above, at pp.413-416.

¹⁵ See R. Pagliari Levy, "Electronic Auctions for the Procurement of Goods and Services in Brazil", chapter 15 in S. Arrowsmith (ed.), *Public Procurement Regulation in the 21st Century: Reform of the UNCITRAL Model Law on Procurement* (2009; West); Pagliari Levy and Correia, "Electronic Procurement of Goods and Services in Brazil under the Electronic Auction Procedure" 12 P.P.L.R. 21 (2003).

¹⁶ This summary is again based on Arrowsmith, "Regulating Electronic Reverse Auctions under the UNCITRAL Model Law on Procurement", above.

¹⁷ See, for example, C. Yukins and D. Wallace, "UNCITRAL considers electronic reverse auctions, as comparative public procurement comes of age in the US" (2005) 14 P.P.L.R. 183 at pp.198-199. A study by on auctions in the UK, however, found no evidence of this in practice: see S. Arrowsmith and A. Eyo, "Electronic Auctions in the EC Procurement Directives and a Perspective from UK Law and Practice", chapter 12 in *Public Procurement Regulation in the 21st Century: Reform of the UNCITRAL Model Law on Procurement* (2009; West).

¹⁸ The literature on this subject is usefully summarised in W.E.Kovacic, R.C.Marshall, L.M.Marx and M.E.Raiff, Chapter 15 in Dimitri, Piga and Spagnolo, note 6 above.

¹⁹ EU Canada where, according to Yukins, the government has rejected them altogether because of industry opposition: C. Yukins, "Use and Regulation of Electronic Reverse Auctions in the United States", chapter 14 in S. Arrowsmith (ed.), *Public Procurement Regulation in the 21st Century: Reform of the UNCITRAL Model Law on Procurement* (2009; West).

式在巴西被过度使用：他认为在标准采购中使用得到的节约以及政府吧拍卖方式作为反共谋的一种工具使得采购主体在复杂的不适合用电子方式的采购中也运用电子拍卖的方式。²⁰还认为拍卖服务供应商和软件制造商的压力也会导致过度使用。

在设计处理公共采购中电子拍卖的管制规则时，必须要考虑这些问题。我们在下一章就会看到，这些问题已经通过许多规则和建议得到了解决，包括联合国国际贸易法委员会示范法中关于电子拍卖的新规定。成员国希望电子拍卖的使用充分考虑用反垄断法来解决供应商之间共谋所产生的问题。

7.2.2 电子拍卖的管理²¹

最近这些年在许多公共采购制度中已经接受了电子拍卖的现象，在几个制度中已经有了明确的规定。例如，在欧盟（以及现在的许多成员国）²²和巴西²³的法律中有详细的关于指导电子拍卖的法律规定，修订的《WTO 政府采购协议》也对电子采购做了明确的规定。²⁴在美国，电子拍卖的管辖权在司法中已经采用，但是电子拍卖不是遵守任何明确的规定仅仅是遵守采购制度中的一般规则。²⁵

在对联合国国际贸易法委员会示范法关于规制电子拍卖的建议进行概括之前，有必要考虑两种制度，一个是巴西的制度，一个是英国的制度，这两种制度有很大的不同。

巴西把反向拍卖作为一种独特的采购方法，特别是在授予中使用拍卖。这种方法只适用于标准化的货物和服务。标准化采购常常适合电子拍卖：尤其是价格是非常重要的授予标准时，这意味着常常存在价格竞争的范围，这样可以通过改善投标减少价格支出，正如上文第 3 部分提到的那样。在这样的市场中共谋可能会减少，因为存在大量的供应商。

巴西的拍卖程序也是“公开”的方式，即任何感兴趣的供应商都可以投标，条件是程序中采用的唯一授予标准是价格。完成这一程序的时间很短，包括一个特别的电子拍卖上诉程序。这种程序是很简单方便的。通过限制这一程序规范采购，在适当的情况下，价格单独作为一种方法；但是要限制在不适当的情形中使用的可能，以及在其他采购中发生的对价格的过度关注。另一方面，排除特定的类型中使用这种程序，采用适当的方法可以在拍卖中节约开支，消除采购主体的任何选择拍卖的自由裁量权。

²⁰ Levy, above.

²¹ See further S. Arrowsmith, “Regulating Electronic Reverse Auctions under the UNCITRAL Model Law on Procurement”, chapter 11 in Arrowsmith (ed.), *Public Procurement Regulation in the 21st Century: Reform of the UNCITRAL Model Law on Procurement* (2009; West).

²² See Arrowsmith and Eyo, above (covering the EU rules and approach of the UK); Soudry, “Promoting Economy: Electronic Reverse Auctions under the EC Directives on Public Procurement” (2004) 4 *Journal of Public Procurement* 340; and the Asia Link companion text, *EU Public Procurement Law*, chapter 8, section 8.4, and the other literature cited there. On the approach taken in France within the framework of the EU directives see F. Lichere, “The Regulation of Electronic Reverse Auctions in France”, chapter 13 in S. Arrowsmith (ed.), *Public Procurement Regulation in the 21st Century: Reform of the UNCITRAL Model Law on Procurement* (2009; West).

²³ Levy and Correia, above; Levy, above.

²⁴ See R. Anderson, “Renewing the WTO Agreement on Government Procurement: Progress to Date and Ongoing Negotiations” (2008) 17 *P.P.L.R.* 255; S. Arrowsmith, “The Revised Agreement on Government Procurement: Changes to the Procedural Rules and Other Transparency Provisions”, chapter 10 in S. Arrowsmith and R. D. Anderson (eds.), *The WTO Regime on Government Procurement: Challenge and Reform* (forthcoming 2011, CUP), which provides a detailed analysis of the GPA’s provisions on auctions.

²⁵ See C. Yukins, “Use and Regulation of Electronic Reverse Auctions in the United States”, chapter 14 in S. Arrowsmith (ed.), *Public Procurement Regulation in the 21st Century: Reform of the UNCITRAL Model Law on Procurement* (2009; West).

英国采取了不同的做法，采用了欧盟采购指令中的参数。²⁶英国法律允许采购主体在大多数的采购类型中使用电子拍卖方式（但是智力服务采购除外）。拍卖不是一个单独的采购方法，但是在运用其他的采购方法时，拍卖可以被作为一个阶段使用。这些方法包括第 2 章中提到的限制性投标方法，在任何的采购类型中允许参与者的数量被限制在对投标有兴趣的有资格的供应商之内，尽管像第 2 章中解释的那样，必须基于客观明确的标准从所有响应公开采购广告的供应商之中进行选择。²⁷实际上这意味着，如果采购主体对供应商进行选择而不是对所有有兴趣的人都开放，拍卖总是被限制在所选择的供应商之中。采购要遵守一般的授予标准的规则，包括程序中使用非价格标准的广泛的可能性。这实际上使得在非标准化的采购中也可能使用拍卖，在这些采购中非价格标准很重要。但是，并没有排除采购主体选择单独使用价格作为授予标准。这也意味着涉及拍卖的程序与其他程序相比，需要的时间最短。

对于联合国国际贸易法委员会工作组是否更倾向于简单和灵活的模式还是倾向于两种模式中的一种，还存有争论。我们在下文中会看到，目前的版本是一种妥协的结果，有意的限制在标准化产品和服务中使用，但是在程序中也提供了相当大的灵活性，包括使用非价格标准的可能以及限制参与供应商的数量。

7.2.3 联合国国际贸易法委员会示范法的建议

7.2.3.1 简介

《联合国国际贸易法委员会示范法》目前没有规定在公共采购中使用电子拍卖的可能性。当《示范法》第一次起草的时候，在公共采购领域拍卖很少见，也不存在电子形式。那个时候任何拍卖的可能性是被故意忽略的，特别是因为供应商之间存在共谋的危险。²⁸但是，目前的联合国国际贸易法委员会工作组意识到，当投标人匿名提供电子形式的投标时，共谋的危险可以在一定程度上得到缓解。鉴于此以及电子拍卖的潜在利益，工作组打算建议在《示范法》中规定允许使用电子拍卖并对其使用进行规制的条款。

草案的基本方法是，电子拍卖应该作为一种独立的采购方法或者是现有的联合国国际贸易法委员会规定的采购方法（通常是投标）的一个阶段，让实行电子采购的国家在这个问题上能够选择。

7.2.3.2 使用拍卖的条件

目前公布的草案²⁹第 28 条建议应该只在有限的条件才能使用拍卖（除了采购选择的采购方法适用的一般条件之外）。这些条件是：

- （a）采购主体能够对采购标的进行详细明确的描述规定；

²⁶ See Arrowsmith and Eyo, above.

²⁷ And see further the Asia Link companion text, *EU Public Procurement Law*, chapter 6.

²⁸ See Report of Working Group I (Procurement) on the work of its sixth session (Vienna, 30 August-3 September 2004), A/CN.9/568, para.48, available on the UNCITRAL website referred to in note 1 above.

²⁹ See A/CN.9/WG.1/WP.73/Add.3 www.uncitral.org

(b) 供应商市场存在竞争或者预期的承包商有资格参与电子反向拍卖，以保证有效的竞争；

(c) 采购主体在决定有效投标时采用的标准是可以计量的并且可以用货币形式表示。

第 1 和第 3 个条件显然是具有限制使用拍卖的意图，特别是“标准化，简单，普遍能够获得的物品和商品，标准设备和主要建筑产品³⁰”（如上文解释的，这些是经过深思熟虑之后，最适合电子采购的，因为在这些产品中价格是重要的授予标准）。但是，他们只以一种间接地方式这样做。

首先，要有关于详细明确规格的标准，理由是要确保所有的投标人提交的投标具有共同的规范，以便投标人可以进行直接比较，拍卖过程可以直接决定获胜者。但是，并没有要求对标准采购程序进行限制，因为很多更复杂的采购也要满足这个要求。

第 3 个条件，“可以计量的标准”似乎要求使用标准能够不夹杂任何主观因素³¹，例如评估币值被分配到产品质量特点中。如果这种情况，该规定将被放在大量采购限制的拍卖中，因为这会阻止许多非价格标准，比如舒适度，美学价值或者环境影响（比如噪音或污染程度），只允许非价格标准，这些是可被审计量化和识别的，例如运营和维修费用。

作为限制拍卖的间接授予方法，国家可能倾向于考虑更直接的方式，比如只限制对标准化产品和服务的拍卖，或者专门列出的产品或服务，这些可能也可能不会成为拍卖的标的。

第 3 个条件即是否有一个竞争性的市场以保证竞争，特别是处理共谋的风险，³²是可预期的，这一点我们在上文中已经看到，拍卖中的特殊危险是《示范法》忽略拍卖程序的原因。此外，“似乎需要采购实体考虑公司是否实际上愿意参与拍卖，（采购主体不确定是否希望只在通知中的国家使用拍卖）。也可能需要考虑是否对价格竞争和促进足够的投标人提交有竞争力的投标是个有意义的范围。³³”

7.2.3.3 建议的拍卖程序

就涉及的拍卖程序的管理而言，修改的《联合国国际贸易法委员会示范法》规定，颁布的国家在以下两个之间选其一：

1. 把拍卖阶段合并到《示范法》规定的正式的采购方法中，（像英国的做法那样，允许在公开招标程序或更多的程序中使用拍卖方式）；

³⁰ UNCITRAL secretariat, Possible revisions to the UNCITRAL Model Law on Procurement of Goods, Construction and Services - drafting materials addressing the use of electronic communications in public procurement, publication of procurement-related information, electronic reverse auctions and abnormally low tenders (14th session, 8-12 September 2008), A/CN.9/WG.I/WP, para.16.

³¹ This can be deduced from the fact that it has been stated that this condition precludes use of a points system for converting criteria to monetary equivalents. The author has also been informed by Caroline Nicholas of the UNCITRAL secretariat in a conversation and written comments of 4 September 2008 that this is the intended meaning.

³² A/CN.9/WG.I/WP.61, above, para.16 at 14.

³³ Arrowsmith, “Regulating Electronic Reverse Auctions under the UNCITRAL Model Law on Procurement”, p. 386.

2. 像巴西那样把拍卖作为一种单独的采购方法。

但是，不管选择哪一种方法，拍卖要受草案第 47 条到底 51 条关于拍卖的大量的核心规则的约束。³⁴

这些草案规则实际上规定，电子拍卖必须依照“香肠机器”的方法进行管制，欧盟采购指令中也采用这种方法。³⁵这要求在拍卖程序的最后能自动的鉴别最好的投标，在拍卖的整个过程中，投标人必须始终知悉自己的投标是否是最好的投标。³⁶这种方法可以最大限度的发挥拍卖的优势，这源自一个事实，即可以引起投标人把其他投标人的信息放到自己的投标中，使之成为最好的投标。这种方法也在两方面提高了透明度，一是限制采购主体把优势信息透漏给目标投标人，二是要求使用预先设定的评估公式，降低采购人员的自由裁量权的使用。

正如上面所指出的，草案规则也规定了价格和非价格标准的使用。但是，采购主体选择他们自己的授予标准的裁量权首先被电子拍卖的第 3 个条件大大的限制了，也就是授予标准要可以被量化并且能用货币方式表示，这样使得建议的拍卖程序不适合许多非标准化的采购方法。总之，实践中常会在拍卖阶段之外主张非价格标准，只有价格受制于修改的规则，尽管联合国国际贸易法委员会草案没有规定公开采用拍卖的可能性，因为在拍卖采购主体允许投标人中对非价格因素和价格因素进行修改。

为了预防上面提到的各种潜在的问题，要特别是共谋的风险，已经规定了许多规则，包括拍卖中不能透漏投标人的身份（草案第 50 条第 3 款）以及拍卖中投标人之间不能进行沟通（第 50 条第 2 款 d 项）。

³⁴ see A.CN/9/WG.1/WP.73/Add.6 www.uncitral.org/pdf/english/workinggroups/wg_1/73add3E.pdf

³⁵ On this see the literature cited in note 22 above.

³⁶ Article 50(2) of the current draft provides that (c) “Each bidder must receive, instantaneously and on a continuous basis during the auction, sufficient information allowing it to determine the standing of its bid vis-à-vis other bids”. However (according to information obtained from the UNCITRAL secretariat) this may be changed to clarify that bidders only receive information sufficient to know whether theirs is the best tender rather than to know the ranking of their tender against all others, since the latter information can facilitate collusion: on this point see Arrowsmith and Eyo, above.

第 8 章：救济和执行

8.1 概述

有效的执法是对一个法治和一个领域的正常运作具有很大的重要性，在公共采购领域需要被高度认识¹。然而，在不同的采购体系中“有效性”的理解有很大不同。在欧盟的公共采购领域的执法体系高度发达，将作为之对有效性概念介绍的基础，以及公共采购规则执行的挑战。²

在欧洲的立法者作出了额外的努力，以确保在国家层面有效的执行。欧盟委员会很早就对公共采购迅速而有效率执行作出了反应，这导致了救济指令尽早的制定，即指令 89/665 和指令 92/13，分别适用于传统部门和公用事业。救济指令最近被指令 2007/66 修订。救济指令允许成员国更大程度的自由裁量权，在欧盟国家层面上的执行上存在实质上的区别。

救济指令中有很多显示了欧盟立法者的有效实施。从最初的救济指令 89/665 的序言中就有显示，即该指令是为了确保实质性的采购规则能够产生多方面的效果。其中特别指明，这预示着“有效和迅速的救济措施必须在采购法领域或者补充该项法律的国家的规则中”。它是“必须确保各会员国采取允许设立非法所有适当的程序”。各会员国必须通过指令的救济措施，以确保临时措施可授予的审查程序，即非法的决定可以被撤销，而由一个公共采购规则侵权侵害的人可能会获得赔偿。由此可见，上面的救济措施必须有效，并很快以被视为有效。此外，它必须有欧盟的制度保证，3 个必不可少的救济措施在国家层面上必须到位：临时措施，安置和损害赔偿。这些救济措施和它们的相对的有效性对给定的执法体系的有效性很重要。

欧盟上述执法系统有几个弱点，这导致了最近的 2007/66 救济指令的出台。这些弱点之一是缺乏决定授予一份合同的最低停止时间，在授予合同的决定和对意义的合同作出决定的过程中允许有效的修正。如将 2.3 节中进一步阐述，它已经几乎不可能迫使公共合同的签订订约当局终止，有时合同方匆忙签约，以使一个有争议的裁决决定不可逆转。因此救济指令 2007/66 引进了最低停止时期（这个期限考虑到授予信息中的不同的沟通）。该指令只提供最低停止时期，各成员国可自行制订或保持超出这些最低限度的时期。

欧盟的另一个执法体制的弱点 -----这是一个一般的强制执行制度在共同的弱点 ----- 对有关公共合同签订，特别是对非法直接授予缺乏有效的救济³。

¹ See the Preamble to the EU Remedies Directives where it is spelled out that “effective and rapid remedies must be available in the case of infringements of Community law in the field of procurement law or national rules implementing that law” and the WTO instruments (Article XX.2 of the GPA and Article XVIII of the revised GPA), the United Nations Convention Against Corruption Article 9(1)(d) and the APEC Non-Binding Principles on Government Procurement (Annex 3, at 4.1.).

² A couple of works with an in-depth analysis of the issue of enforcement in the field of EU public procurement law are S. Arrowsmith, *The Law of Public and Utilities Procurement*, (2nd ed. 2005), chapter 21 where the reader will find elaborate references to other works in the field and P. Trepte, *Public Procurement in the EU (A Practitioner's Guide)*, chapter 9, (2nd ed., 2007)

³ See S. Treumer, “Towards an Obligation to Terminate Contracts Concluded in Breach of the EC Public Procurement Rules: the End of the Status of Concluded Public Contracts as Sacred Cows”, (2007) 16 P.P.L.R 371.

对欧盟司法法院曾直接指向了最为对公共采购规则最严重的违背的非法授予。欧盟公共采购的实践遵从传统的法律理论。在大部分成员国中违反欧盟公共采购法的规则从来不会导致合同的终止。然而, 现在这种法律基础已经彻底的改变了。首先, 欧洲法院在 2007 年 7 月 18 日的委员会诉德国的案例⁴, 在具体的未被欧盟公共采购规则的案件导致了终止存在异议的合同的义务。其次, 救济指令引入了新的对无效的救济措施。

对非法授予的合约认定为无效是正常的。在救济指令 2007/66 的前言的第 13 段中有描述。它遵从第 2 条 d 款 (2) 的规定, 被认定为无效的合同需要由成员国规定。然而, 他也遵守成员国相同的规定, 即终止契约的义务或限制该义务。此外, 第 13 段明确指出, 无效基本上意味着“在合同下成员方有权利和义务停止强制执行和执行”。

上述各项救济办法的存在是在一个有效的救济制度创新的重要组成部分。其他几个因素与之相关。法律中有关公共采购和救济措施的实质性规定明确, 准确是非常重要的, 在执法制度中利益是平衡的。重要的是不仅要考虑到投标者的利益, 也要考虑合同方, 例如他们在缔约中避免迟延的利益。同样重要的是要确保执法系统是以一个不能被滥用的方式组织投标。另外的与诉讼或作出投诉相关的直接成本也是非常重要的, 有很大的不同。举例来说, 丹麦的成本很低, 在之前公共采购委员会的投诉费用仅为 500€, 如果投诉人投诉失败, 他没有义务支付合同方的花费。在英国的情况是根本不同的, 因为没有投诉委员会, 必须把案件在普通法院, 法律费用非常高。如果涉及的问题比较复杂, 审前向律师咨询的成本至少 1 万英镑。而临时措施的成本需 5 万英镑到 10 万英镑, 整个案件下来律师和法官的成本可高达 3-4 百万英镑⁵。诉讼的高成本似乎是为事实, 也是英国在与欧盟其他会员国的有非常少的诉讼的主要理由之一。其他原因似乎是基于供应商的立场, 即避免诉讼的文化。⁶

投诉委员会或者国家法院处理投诉的速对实践中的有效性来说是至关重要的。在国家一级的差异很明显。在欧盟系统投诉委员会往往至少比普通法院快。投诉委员会前的一个充分审结的个案通常情况下需要几个月, 而在国家法院则需要几年。最近一项在奥地利法院审理案件的事实说明了这一点。在招标程序发生在 1999 年中期, 它仍然是在 2010 年年底之前还未作出决定。⁷

同样重要的是, 如果在执法中的所有问题在多大程度上涉及到黑名单的恐惧。投标者认为他们在实践中挑战公共此案够规则时会害怕黑名单, 也就是说合同方会故意的忽略投标人, 而不以实质上的客观情况和未来的投标程序为基础。它往往是很难评估这种担心是合理与否, 但在实践中显然不会发生黑名单。这种现象很明显——例如, 希腊⁸有这样的案例。在英国对列入黑名单的恐惧也可以看到, 即使它是不确定这是否担心是合理与否。纠正被列入黑名单担心的一种方式这可能是扩大合法的范围。在大多数国家, 申诉人各自需要一份文件, 但在

⁴ Case C-503/04, *Commission v Germany* [2007] ECR I-6153. A detailed analysis of the case can be found in S. Treumer, op.cit.

⁵ See Despina Pachnou, "Bidders' Use of Mechanisms to Enforce EC Public Procurement Law" (2005) 14 P.P.L.R. 256. As this data is 5 years old the costs are likely to have increased.

⁶ Cf. Despina Pachnou, op.cit. and S. Arrowsmith, "Implementation of competitive dialogue in the UK", paper submitted to the conference of Public Procurement: Global Revolution V, Copenhagen 9-10 September 2010, p.

⁷ C-314/09, *Stadt Graz v Strabag and others*.

⁸ See Despina Pachnou, op.cit p.91.

丹麦的专业组织已获得广泛的权利代表其会员的个人利益进行投诉。这一修改的目的通常的做法是完全纠正被列入黑名单的恐惧, 这些组织已经几次运用他们的投诉权利。

8.2 救济

本节的目的是介绍和评论在公共采购领域的救济措施的选择和执法系统的要素。该分析主要是根据联合国国际贸易法委员会示范法和欧盟的执行制度。

8.2.1 临时措施

获得临时措施是至关重要的, 以确保公共采购规则的有效实施, 特别是, 迫使公共合同的签订终止是非常困难。

贸易法委员会示范法载有关于临时措施的具体规定。第 56(1) 认为, 即使的提交投诉应该导致投标程序在特定情况下 7 天⁹的暂停。投诉不应该轻率, 供应商或承包商必须证明在不暂停的情况下将会受到无法挽回的损失。而且投诉很可能是成功的, 且暂停的授权将不会导致对采购实体不符合的损害或者对其他供应商或合同方造成损害。¹⁰

在欧盟法院的案例之前, 实施临时措施之前最后三个条件是非常相似的。它遵守的 TFEU 第 279 条 (原欧共体条约第 243 条)。在这之前法院的有决定临时措施的权利。该法院的法官阐明了给予临时救济的程序规则和条件, 而这些条件体现在法院的案例法中。第一个条件是, 临时措施申请提出, 需要有一个初步证据。第二个条件是紧迫性, 通常¹¹意味着申请人必须表明如果不给予临时措施, 将遭受严重的和无法弥补的损害。看来, 条件满足的紧迫性只要满足违反欧盟法律的威胁, 包括严重违反。违约行为也必须是“无法弥补的”, 这在采购判例法似乎已经适用“不可逆转”¹²。该法院强调, 在少数采购案例中需要防止和避免违约, 它甚至可以授予已经缔结合同¹³的临时措施。最后, 有一种利益的平衡。临时措施将被授予如果两个首要条件是, 除非订约合同方可以证明其履行也将遭受严重的和无法弥补的伤害。

在法院之前的公共采购领域很少有关于临时措施的案例。¹⁴在这方面欧盟公共采购法的国家实施的模式上有很大的差别。国内判例法申请临时措施是很常见的。即使它是很难得到, 至少在一些会员国是这样。救济指令规定了国家层面上的临时措施, 它遵从第 2(1)(a) 的规定, 个成员国应保证在审查程序中能够授予临时措施。成员国可以规定, 审查程序中可以考虑采取临时措施后所有可能受到影响的利益, 包括公共利益, 当负面影响超过所得利益时可以决定不采取临时措

⁹ The suspension period may be prolonged up to 30 days, cf. Article 56(3).

¹⁰ Article 56(4) also outlines that suspension shall not apply if the procuring entity certifies that urgent public interest considerations require the procurement to proceed.

¹¹ This is the usual approach even though the Court of Justice does not always assess explicitly or consistently the condition this way, cf. P. Trepte, *Public Procurement in the EU (A Practitioner's Guide)*, chapter 9, (2nd ed., 2007), p. 586.

¹² Cf. P. Trepte, op.cit., p. 587

¹³ Cf. C-194/88 R, *Commission v Italy (Lottomatica)* Order of 20 July 1988, [1988] ECR 4547; order of 27 September 1988; [1988] ECR 5647

¹⁴ See C-45/87 R, *Commission v Ireland (Dundalk)* Order of 16 February 1987, [1987] ECR 783; Order of 13 March 1987, [1987] ECR 1369, C-194/88 R, *Commission v Italy (Lottomatica)* Order of 20 July 1988, [1988] ECR 4547; order of 27 September 1988, [1988] ECR 5647 and C-87/94 R, *Commission v Belgium (Walloon Buses)* [1994] ECR I -1395. The Commission had also applied for interim measures in C-243/89, *Commission v Denmark (Great Belt Bridge)* [1993] ECR I-3353 but as Denmark acknowledged the breaches the Commission withdrew the application.

施。救济指令第 2 条（5）的标准来自于法院关于临时措施的判例法。然而，值得注意的是，第 2 条（5）不设立评估是否实施临时措施的标准。因此，国家的立法者拥有很大的自由裁量权，因此关于国家关于临时措施的标准和程序在相当大的程度上是有所不同的。它通常是很难获得在国家一级¹⁵临时救济，在丹麦非常困难以至于它已被质疑是否满足效力的原则。¹⁶

救济指令 2007/66 中引入了停止期间自动中止审查的规定。它还引入了最低停止期间，其精确性这取决于授予信息的工具。对于新规则的引进自动中止的立法背景在第 12 段中有规定：最低停止期间结束之前的简短审查也不能剥夺该机构为其在最短时间里采取审查程序负责的权利，尤其是延长了合同订立期限。从救济指令的第 2 条（4）开始，除了第 2（3）和第 1（5）之外，审查程序不需要自动具有对合同授予程序自动终止的影响。按照第 2（3），成员国应报保证在审查实体决定是否适用临时措施或者审查之前，合同方不能够授予合同。中止应该不能早于 2a(2)，2d(4) 和 (5) 规定的终止日期的届满期限。此外它应遵守救济指令的第 1（5），即成员国可以要求合同当局寻求第一次的审查。在该种情况下，成员国应该确保提交申请立即暂停审查结果。

示范法不包含在停止期间的规定。但是，根据设想，示范法修订版将引入一个停止期，以确保有一个充分的审查程序的窗口。¹⁷

8.2.2 损害

审查的适用很频繁，其目的是为了建立对公共采购的违反规则，允许在授予合同中考虑投诉的因素来处理合同实体的非法决定。但是，合同持续的竞争是不确定的，许多投标者对损害的救济感兴趣，包括公共采购领域的执行措施。

投标者通常会认真评估对损害索赔肯能的费用和利益。正如概述中所提到的，许多投标者都害怕申请审查会导致被列入黑名单。当损害被考虑，且有很大比例的投标者将认为其不值得花费努力进行该行为，或者至少在有机会恢复投标费用时不会考虑。如果能够通知他们，他们能够弥补原则上的损失，那么投标者的兴趣会明显提高。然而，利益损失的损害赔偿并不是所有公共采购制度的一部分。

贸易法委员会示范法的有关规定是第 54（3）（f），其中概述了两种选择。第一种选择是对“供应商或者合同方提交由于非法的行为或者决定，或者采购实体的非法程序等与采购程序有关的诉讼的合理费用”支付赔偿。这不包括利润损失的补偿¹⁸。第二种选择是“供应商或者合同方提交的有关采购程序的诉讼所带来的损失或者危害”。这意味着在适当情况下利润的损失可能会包括在内。¹⁹

世贸组织政府采购协定第十条规定，质疑程序应规定修正措施采或对遭受的损失或损害的补偿。这可能是限于为准备投标或投诉的费用。世界贸易组织政府

¹⁵ A. Brown, "Effectiveness of Remedies at National Level in the Field of Public Procurement", Public Procurement Law Review 1998 p. 89.

¹⁶ See section 3 in the article of S. Treumer, National håndhævelse af EU's udbudsregler – er håndhævelsessystemet effektivt på EU-udbudsområdet? p.99 in J. Fejø and S. Treumer (eds.), EU's Udbudsregler – implementering og håndhævelse i Norden (The EC Public Procurement Rules-Implementation and Enforcement in the Nordic Countries), 2006.

¹⁷ See the report of the working group A/CN.9/664, paras 14 to 15 available on the website of UNCITRAL

¹⁸ The Guide to Enactment of the UNCITRAL Model Law specifies that those costs do not include profit lost because of non-acceptance of a tender, proposal, offer or quotation of the supplier or contractor submitting the complaints, cf. para 10 of the remarks on Article 54.

¹⁹ The Guide to Enactment of the UNCITRAL Model Law, op. cit

采购协定修订后的第十八条概述了“各缔约方应采取或维持程序, 纠正措施或对所受损失或损害的赔偿, 这可能是仅限于投标书的编写或者与质疑相关的费用, 或者两者都有。这些条款似乎允许各国大幅度的自由裁量权, 不保证在国家一级的利润损失。

欧盟的公共采购制度下的国家的法律更先进。在 20 世纪 90 年代中叶, 曾正确地指出²⁰的是, 在对公共采购规则执法领域的案例法显著的特点是对损害赔偿几乎²¹没有成功的行动。各成员国的一些例子已经改变了这一立场, 包括在对利润损失的赔偿已获准的案件。²²

根据救济指令, 审查机构必须能够根据侵权规则作出损害赔偿。然而, 有关赔偿问题的细节并没有详细规定, 他们的形成对创建一个清晰的法律状况甚至是在某些方面出现怀疑都没有太大贡献。甚至这些指令中对是否赔偿利益损失也没有明确。这对补救损失来说至关重要。很大比例的受害的投标者并不认为值得花费努力提起诉讼来要求收回准备出价在采购过程的成本。但是, 通常在理论和成员国的判例法中推定投标者在特定情况下可以要求对违反欧盟公共采购法规则造成的损害赔偿, 尽管虽然这已经从一开始就不清楚。

关于损害, 在国家对救济指令的规定的执行中, 国家的趋势是限制的且很表面化的。关于欧盟公共采购规则中损害的法律渊源是有限的, 且在欧盟层面和国家层面都是不清晰的, 在欧盟公共采购法规则中并未促进其有效实施。²³在大多数情况下法律的主要渊源是国家关于损害的案例, 有时是其他公共采购领域。救济指令最近的修改并未涉及有关损害的澄清的需要。

从救济指令关于对所有违反欧盟公共采购规则的损害的适用或者其他情况的适用措词是不清晰的。救济指令的第 2 条 (1) (c) 指明, 只有成员国有义务对个人的损害赔偿作出规定。然而, 很显然, 在欧洲法院的委员会诉葡萄牙²⁴的判例中, 由于故意或疏忽引起的损害未被了救济指令。在最近的 C-314/09 判例中, Stadt Graz 很重要, 其遵从了这个案例, 任何对原则的违反足够作为损害赔偿的理由。

8.2.3 搁置有定论的合同

在公共采购领域的执行制度的明显弱点显然是合同已经结束时缺乏有效的救济措施。

贸易法委员会示范法在第 54 (3) (d) 及 (e) 引进了“搁置”, 大概是可以取消一个采购实体的非法的行动或者决定或修改非法的决定, 或采取其他行为或决定来替代的决定, 非不是实施该采购合同。因此, 示范法实施指南更深入详细²⁵的结束了其背景。并不建议成立签订的合同搁置。在贸易法委员会示范法颁布

²⁰ See A. Brown, "Effectiveness of Remedies at National Level in the field of Public Procurement", (1998) 7 P.P.L.R. 89 at p.93. This article is of particular interest as some of the information in the article of Adrian Brown was derived from a study, which his employer Herbert Smith law firm co-ordinated for the European Commission in 1996, involving a comparative assessment of procurement remedies in all of the Member States (15 at that time).

²¹ A. Brown, op.cit. mentions that an isolated example occurred after the ruling in the Storebaelt case (C-243/89, *Commission v. Denmark*, [1993] E.C.R. I-3353) where a number of unsuccessful tenderers were awarded damages to cover wasted bid costs, rather than loss of potential profit.

²² See S. Treumer, "Damages for Breach of the EC Public Procurement Rules-Changes in European Regulation and Practice" (2006) P.P.L.R. 159.

²³ See for further details on this S. Treumer, op.cit (section 2 of the article).

²⁴ Case C-275/03, *Commission v Portugal*, ECJ judgment of 14 October 2004 (unpublished)

²⁵ See para 12.

指南进一步详细解释了这一背景：“有可能在某些情况中，取消某些要生效的采购合同是合适的。这可能是这样，例如，如果由于欺诈，一项合同授予某一供应商或承包商。然而，取消该采购合同会破坏采购程序，可能并不符合公众利益，示范法本身并没有规定。但是，示范法缺乏废止的规定并不排除其他法律适用废止的规定。实例中，废除被应用在解决合同适用，行政或刑事法律中是合适的。

如本章第 1 部分所提到的，欧盟公共采购领域在法律理论和实践中传统的和共同看法式清楚的，即基于欧盟法律，没有义务终止违反采购规则的合同，不论其违反的数量或者性质。这一法律的情况已经发生了根本变化，法院已经确立了违反欧盟公共采购法规则将会导致对既定合同的终止，救济指令 2007/66 引入了对无效的修订。这些发展都是根本性的，可能成为其他执行制度的根源，这些在下文将进一步详细阐述。

法院在委员会诉德国²⁶的案例中的规则是执行欧盟公共采购规定的超越国家层面例子。在超越国家的层面上，实施欧盟公共采购的规则也同样体现在欧盟委员会监督成员国在欧盟法律下的义务的实施。条约第 258 条关于欧盟的作用（之前欧盟条约的第 226 条）是，如果认为一个国家没有履行指令包括专门指令的义务，欧盟委员会能决定欧盟委员会法院制裁一个国家。在公共采购领域委员会在一些案件中已经采用过此种程序。

如果法院认为成员国没有履行条约下的义务，根据 TFEU 第 260 条，该国应该采取必要的措施来遵守法院的判决。如果委员会认为成员国在遵守特定的程序步骤之后，没有采取其能够采取的措施，将案子交给法院，法院将会强加给成员国一系列的处罚。TFEU 第 260 条（原欧共体条约 228 条）。

在很多场合这个程序没有被采用，但在 C-503/04 委员会诉德国的判例中适用了。其具有深远的影响。这个案例是附随 C-20/01 和 C-28/01 的委员会诉德国联合案²⁷的判决。它涉及到一个 30 年期的服务合同的授予，因其没有注意和考虑委员会认为合同在最初没有执行时应该被终止的意见。委员会的争议是根据欧盟条约的第 228 条（现在 TFEU 的第 260 条）应该终止合同。后者的规定，是一个会员国必须“采取必要措施，履行判决”。

为了推动德国履行其义务，委员会请求法院强制一个合同每天罚款 € 126,720，另一个合同每天罚款 € 31,680，直到它履行义务。毫不吃惊的是，德国地方权力机构终止了合同。有趣的是，从 C-503/04 的判决作出到行动有超过半年的时间，每天 € 126,720 的罚款才终止。²⁸德国则认为问题已经解决，但委员会坚持认为，法院之前案件继续进行。由于在判决之前终止了德国的合同，法院只需要考虑其中一个合同违反欧盟法德可能性。（根据法院判决²⁹第 20 段）。

²⁶Case C-503/04, *Commission v Germany* [2007] ECR I-6153

Joined Cases C-20/01 and C-28/01, *Commission v Germany* [2003] ECR I-3609

²⁷ Joined Cases C-20/01 and C-28/01, *Commission v Germany* [2003] ECR I-3609

²⁸ The action was brought on 7 December 2004 and the city of Braunschweig and BKB agreed to cancel the contract on 4-5 July 2005, cf. M. Niestedt, "Penalties Despite Compliance? A Note on Case C-503/04, *Commission v Germany*", P. P.L.R. (2005) 14, NA 164 (NA 165). The slow termination of this contract was eventually decisive for the admissibility of the action..

²⁹Germany, supported by The Netherlands argued that the action had become void of purpose and thereby inadmissible because of the termination of the contracts prior to the judgment, cf. para 17 of the judgment. This argument was set aside as the contract concluded by the City of Brunswick had not been terminated on 1 June 2004 which was the date of expiry of the period prescribed in the reasoned opinion

2007 年 7 月 18 号的委员会诉德国的 C-503/04 判决具有里程碑的意义。建立起了在实际的案例中违反欧盟公共采购法将会导致终止公共采购合同的规则。

要考虑的一个重要的问题是是否有义务将终止合同作为一个主要规则。令人吃惊的是, 在 C-503/04, 委员会诉德国, 法院没有浪费很多字做为理由来强加一个终止合同的义务。它没有多次提到案件违反欧盟采购规则的特殊性, 尽管他们是特殊的。然而, 法院强调, 没有对充满质疑的合同的终止, 不履行义务将会持续数十年, 因为它是一个 30 年期的服务合同。

解释该判决的一个可能是, 一旦法院根据 TFEU 第 258 条对公共采购规则的违反, 必须终止合同。然而, 但这并不是判决正确的解释。³⁰判决必须更狭窄的解释。关于对公共采购法最严重的违反的案例, 参见 Stadt Halle³¹, 第 37 段, 即授予合同没有注意, 违反了欧盟公共采购法规则。已经指出³²这将是一个悖论, 即在这种情况下, 没有终止合同的义务。这将会导致法律保护上的空白。³³竞争者可能忘记由于合同已经达成, 它将会被“保护”, 且没有投标时不可能遭到损害的。当读到判决, 有争议的合同是长期合同的事实时会被记起。

法院的简洁提法似乎表明, 终止合同的责任不仅限于那里已经没有投标, 因而有更广泛的范围的义务。法院一定会详细说明, 否则有相反的意图。据认为, 将会对每一个案件的具体的环境进行审查, 来决定是否有义务终止违反欧盟公共采购规则的合同, 违反将不会是一个普遍使用的规定。

然而, 公共采购规则的执行在欧盟体系中主要发生在国家层面上, 同时, 考虑后来的救济指令 2007/66 的新的对无效的救济。它遵守第 2 条 (d) 项 (2), 考虑无效合同的重要性被国家法律规定。然而, 它也遵循同样的规定, 即国家爱法律可以取消所有合同义务, 或者它可以限制需要执行的其他义务。而且, 第 13 段清楚地标明, 无效本质上暗示了“合同下的成员方的权利和义务应该停止强制执行。”

成员国应确保经过独立于合同方的审查机构审查的合同是无效的, 或者其无效性遵守一个决定, 即审查机构处于救济指令的第 2 (d) (1) 的情况下, 包括直接的对非法的授予。第 2 (d) (1) 是原则上合同无效的义务。救济指令的 2e (1) 要求更少, 审查实体需要有能力确认无效 或者在特定情况下强加可选择的制裁。

在新的救济指令条款下, 合同方可以通过专门的程序避免对无效合同的制裁。2d (4) 后来的规定, 即成员国应认定直接的非法授予的合同无效。当合同方认为允许未在欧盟的官方杂志上事先通知, 已经按照救济指令第 3a 的规定发布公告, 标明授予合同的意图时, 2d (1) 并不适用。另外的一种情况是, 在通知公

issued under Article 228 EC

³⁰ It can be added that it would also lead to an undesirable legal situation as it would not take into account the need for basic legal certainty with regard to contracts concluded on the basis of the EC public procurement rules.

³¹ Case C-26/03 Stadt Halle and RPL Recyclingpark Lochau v Arbeitsgemeinschaft Thermische Restabfall- und Energieverwertungsanlage TREA Leuna [2005] ECR I-1

³² See S. Treumer, “The Discretionary Powers of Contracting Entities – Towards a Flexible Approach in the Recent Case Law of the Court of Justice?” (2006) 15 P.P.L.R. 71 at p. 81.

³³ Compare with L.Hummelshøj and H.Bang Schmidt, “EU-udbud: Retsvirkningen af at undlade udbud” (EC public procurement: The legal effect of lack of tenders) (2006) *Ugeskrift for Retsvæsen* B 80. These authors also pointed out the lacuna but argued in favour of legislative action on the issue in Denmark and not that there was a Treaty based obligation to terminate contracts concluded in breach of the EC public procurement rules.

布后满期至少十天时，合同不能被确认。

表面看上去，这条文似乎简单，如果遵照第 3 条 a 的规定的程序，作为一个合同实体需保证长远的对无效的救济是不适合的。然而，假定在一些成员国，反对无效的保护并不是绝对的，当采购实体已经知道或者应该知道一个投标程序时必须的，但是想要根据地 3 条 a 的规定公布通知的情况下有显著的例外。

8.2.4 除外的时间限制

除外的时间限制，也是公共采购领域的一种执法制度。通常情况下，立法规定了对复议申请的时间限制，以及任何不符合相关时间限制的的申请将会被拒绝。这些时间限制特别考虑到了避免在合同签订中和执行合同拖延的合同方的利益。

贸易法委员会示范法建议采购实体³⁴应当自供应商或者合同方提交申诉之日起 20 日前，清楚提起投诉的情况或者应该清楚那些情况。此外，比照示范法第 54 条，建议 20 天的行政复议时间限制。

欧盟的许多成员国在他们的法律制度中引入除外的时间限制已经好几年了。在法院的判例法之前对这样的时间限制的合法性都存在质疑。其中一个判例是 *Universale Bau*³⁵。投标人争议道，14 天的时间限制无法允许投标人，尤其是那些来自其他国家的投标人来制作审查的申请来获得成功的机会。法院规定救济指令不能阻止国家法律认为存在争议的时间限制是合理的。法院补充道，存在争议的时间限制是合理的。随后欧盟的立法者在救济指令 2007/66 中规定了除外的时间限制。根据第 2 条 c 款，一般申请审查的时间限制根据合同方决定的方式，至少是 10 天或者 15 天。

可以说，这些除外的时间限制对跨国的投标人是很严厉的。他们在相关利益中做合适的平衡也不明显。³⁶公共采购法是复杂的，投标人经常需要外部的法律建议来辨别可能存在的违法。当证明是违法的，在投标人组织中需要确定是否投诉，而且这种决定经常需要经历国内法律制度的多个程序。如果潜在的投诉是跨境的投标人，考虑到侵犯成员国国内救济制度，问题会更加复杂。合同方征询成员国专业的法律顾问的建议是很有必要的和明智的。

³⁴ It is presupposed in Article 53 that a complaint shall, in the first instance, be submitted to the head of the procuring entity, unless the contract has already entered into force.

³⁵ Case C-470/99, *Universale-Bau and others v Entsorgungsbetriebe Simmering* [2002] ECR I-11617

³⁶ See S. Treumer, "Discretionary Powers of Contracting Entities-Towards a Flexible Approach in the Recent Case Law of the Court of Justice?" (2006) 15 P.P.L.R. 71 (p. 80)

第 9 章：社会和环境政策：基于欧盟公共采购法的案例研究

9.1 概述

本章将重点放在进行公共采购事务时，公共当局和经济参与者是否有任何权利或者义务考虑社会，环境或其他政策性因素。这些可能包括环境因素，社会政策方面的因素，在性别、种族、宗教或其他背景方面的非歧视，以及在这些政策方面的积极加强。基于实际因素，各种考虑也许会在简洁的“绿色”采购（关于环境问题）中解决，或者，在本书的其他章节，基于“横向”的政策¹。

这种考虑可能出现的情况，例如当在资格预审过程中选择公司参与采购过程的过程中，订约当局偏好有“绿色”的做法和经验的的公司。这也可能发生在在授予合同中，当局的授予标准中包含“绿色”因素，例如当当局想要在授予过程中给予包含绿色因素的出价人额外的分数，比如从不利用煤，而是利用水能、风能或太阳能发电。在世界各地，对此有一个被广泛接受的呼吁，包括欧盟，以促进社会和环境，这并没有长期的不利，在这几十年中呼声大大加强。从各法例来看，“横向政策”是被接受，甚至是受欢迎的。例如贸易法委员会示范法²第 34 条关于“审查，评审和比较投标书”第 4(c) 项，开放了采购实体考虑“(iii) 接受投标将有 [...], 地方因素的程度，包括生产，劳动力和由供应商或承包商提供的货物，工程或服务的材料，投标人提供的经济发展的潜力，包括本地投资或者其他商业行为，促进就业，促进当地供应商的生产，技术转移以及管理、科学和操作技能等的发展。[...(实施国可通过增加其他标准来扩大 (iii) 的适用范围)]”。

根据欧洲联盟最近的一份报告，即所谓的“蒙蒂报告”³，已作为重点建议之一通过具体的强制性要求⁴实施“创新，绿色增长和社会包容”公共采购工作。蒙蒂报告在“为欧盟的政策目标治理公共采购”⁵的标题下，指出，存在逐渐增长的需求需要对公共采购政策进行审视，有不同的原因，有不同的角度，这里指出的是，无论公共采购政策是否需要改革，是否这样的审视会给公共采购引导更大的横向政策目标的整合。这个报告指出，重新思考政策似乎是很好的保证，首先是简化和现代化及加强公共采购的规则。⁶

欧盟法院（CJEU）已在下面会看到的几个判决中承认，合同实体需要考虑与环境保护或者社会因素的标准。在另一方面，CJEU 的一个判决⁷认为，虽然合同当局可能在授予采购合同等各个采购程序中考虑与环境保护相关的标准，但合同是否要授予给一个既定的供应商，考虑与环境有关的技术标准不是不可能的，在

¹ See e.g. Chapter 1.4.7.

² See above Chapter 1.8.1. about the Model Law on Procurement of Goods, Construction and Services adopted by UNCITRAL (the United Nations Commission on International Trade Law).

³ Mario Monti: A new strategy for the Single Market at the Service of Europe's Economy and Society, Report to the President of the European Commission José Manuel Barroso by Mario Monti, 9 May 2010.

⁴ Monti Report at 78.

⁵ Monti Report at 76.

⁶ *Loc.cit*

⁷ Joined Cases C-20/01 and C-28/01, *Commission v Germany*, [2003] ECR I-3609.

该案例中必须遵守欧盟的法律的基础原则。由于其遵照条约的关于自由提供服务的条款的规定，在案例中遵守非歧视原则是很正常的。违反非歧视原则的风险社很高的，当合同当局决定不授予投标人一般的合同时。在这种情况下，法院指出，首先，对于选择热量废物处理没有任何证据，不能被认为是证明收于合同给唯一的供应商的技术理由。第二，德国政府的意见，即废物处理设施对市政当局的决定是必要的，多余的废物需要被认真对待，没有任何证据则不能被认为是技术原因。此外，德国政府没有表示，将废物远距离的运输对环境或者公共健康又危险。第三，一个专门的供应商接近当地政府的领域可能不是很多，从其自身的角度，基于技术上的原因，相关的指令中指出“在下列情况下：[...] (b) 由于技术或者艺术效果的原因，或者与对排他性权利的保护相关的原因，服务合同可以授予给一些专门的服务提供者，合同当局可以通过磋商程序，不事先发布公告来授予公共服务的合同”⁸它接着指出，德国还没有确定，指令 92/50 的第 11 条 (3) (b) 在这种情况下合理的。

9.2 在所有种类的采购情况下的社会和环境政策

因此，有理由强调，社会和环境政策可能在公共采购程序的各个程序中考虑，比如资格标准程序中，包括技术规格，选择程序，感兴趣的公司的资格预审，授予程序和履行合同的程序。欧盟的法律在此是说明性的，经过一段时间有很大的改变，能够处理这些问题。

在技术规则阶段，欧盟第 2004/18 号指令的序言的第 (29) 段提到了采购实体针对特定合同的技术规格规定环境要求的可能性。在这种情况下，可以列出环境标准，如某一特定的生产方式，和/或产品或服务的具体的环境影响。第 2004/18 号指令本身就“技术规格”在第 23 条第四章关于“技术规格和合同文件的专门规定”中，第一段指出，“只要有可能这些技术规格应加以界定，以便考虑到为残疾人或者为所有用户的标准”。第三段指出“在不损害国家强制性技术规则的情况下，只要它们与共同体法律兼容，技术应当制定规范：一是参照技术规范定义[...]；(b) 或者在性能或功能的要求方面或；后者可包括环境特征[...]”。在指令第 23 条第 6 段规定，“合同当局根据第 3 (b) 通过表现或者功能要求制定环境标准，可以适用具体的标准，或者，如果需要，根据欧盟或者国家的其他标准，例如[...]”。

在选择阶段，第 2004/18 号指令第 48 条 (2) (f) 项规定，关于合适与否的确认和参与者选择的核查，特别是定性的选择标准，在解决“技术和/或专业处理能力”，即‘经济经营者的技术能力的证据，根据工程，供货或服务的使用的性质，数量，重要性，提供了一个或多个下列方法：“(f) 对于公共工程合同和公共服务合同，只有在合适的案例中，表明环境管理方法时，经济管理者在履行合同中才适用。”更进一步，第 50 条关于“环境管理标准”扩张了，如果合同当局要求独立实体起草生产证书来证明该经济运作者遵守了特定的环境管理标准，独立实体是经济管理和审计计划委员会 (EMAS) 或者与该委员会的法律相符合的欧盟或者国际标准。他们需要承认其他成员国其他的同等的证书。他们也需要其他环境管理者的其他同等的环境管理方法。据此，清楚地是，指令在资格预审阶段已经开始考虑社会和环境政策。

⁸ Council Directive 92/50/EEC of 18 June 1992 relating to the coordination of procedures for the award of public service contracts, OJ 1992 L 209/1, Article 11(3)(b).

在授予阶段，第 2004/18 号指令第 53 条关于“合同授予标准”包括一个非常重要的条款，指出“1、有关某些服务的报酬，在不损害国家法律，法规或行政规定，合同当局的标准应该基于公共合同授予的标准上，两者皆可：

(a) 当合同授予是采购当局基于最大经济优势时，许多与公共合同有关的标准都存在质疑，例如，质量，价格，技术水平，艺术和功能特征，环境特征，运行成本，成本效益，售后服务和技术援助，交货日期和交货期限或竣工期限，或

(b) 最低价格而已”。

该指令第 2 段指出：“[...]根据第 1 (a)，合同实体应该在合同通知或者在合同文件，或者在竞争性对话的情况下，在合同叙述中详细说明，所选择的任何标准的相对权重来决定最大经济优势的投标。

这些比重可以通过最大比例来表现[...]”

欧盟的规定与其他法律体系相应的规定相差不远。在这里，作为一个例子，我们可以提到 2002 年基里巴斯共和国采购法第 34 (4) (a) “检查，评价和比较投标书”，即“采购实体应对标书进行评审和比较，说明已被接受，以确定成功的投标，如本段 (b) 的规定，，按照规定在招标文件，设置的程序和标准。[...]”

(b) 成功的投标应为：

“ (i) 投标价格最低的投标，但须根据本款第 (d) 适用于任何优惠幅度；或(ii) 如采购实体已在招标文件中这样规定，通过招标文件的最低价值的标准，标准应该是最大程度的可行，应当客观量化的，在评估程序或者尽可能的用货币来表示”。

作为 CJEU 判例法明确表明，“绿色”或“横向”因素也可在履行阶段采用。

9.3 欧盟法院的判例法

自从这个问题在几个判决中解决了之后，欧盟法院判例法很能说明有关“横向”采购。在另一方面，CJEU 的判例法在很大程度上激发了 2004 年的指令条例。这说明，应当特别注意专门讨论这一案例。在同一时间，可以说，欧盟判例法已制定并建立了一些并非必然联系到欧盟情况的更广泛角度上的一般要求。

它的序言中说，该指令以法院司法判例为基础，尤其是在授予标准上的判例，这个明晰了合同当局需要满足公共需要的可能性，包括环境或者社会领域，尽管这些标准与合同的客观内容相关，没有赋予选择对缔约权力不受限制的自由，都明确提出，并遵守第 2 段提到的基本原则。

与此相关的第一个案例是从 1988⁹年开始的 *Beentjes* 判例。其中 CJEU 是由荷兰提起的，法院要求处理那些已经在公共采购争议最多的几个问题。这些问题是审核关于合同方授予合同以及合同方不能雇佣常去事业人员的。

CJEU 对国家法院的回答¹⁰竟然是，(i) 具体的工作经验的标准是确定供应商是否合适的关于技术能力和知识合法的标准。这种标准是由国家立法规定，不是由指令中关于合同授予通知或者合同文件中规定；(ii) 标准“最可接受的投标”，

⁹ Case C-31/87 *Gebroeders Beentjes BV v State of the Netherlands* [1988] ECR 4635.

¹⁰ Paragraph 37.

作为规定由国家立法规定了下来，可能与指令兼容，只要它反映了合同当局在授予合同时的自由裁量权，基于客观标准而非包含主观的选择来决定最有经济优势的投标。接着从指令开始，权利实体授予合同不是采用最低价格标准作为授予合同的唯一的标准，而是考虑多种标准来审视将合同授予给最具经济优势的投标人。他们被要求要陈述在合同的通告中陈述这些标准；(iii) 如果没有对欧盟的其他成员国有直接或者间接的对投标人的歧视性影响，关于雇佣长期失业人员的情况与指令时相容的。一个额外的具体的这种情况在合同通告中被提出。

因此，Beentjes 的判决变得很重要，它指出，在授予标准中，最高经济优势投标包括其他标准而非纯粹的经济因素。但是，由于传统非歧视原则和自由移动作为判断的重心，很难被无条件的认为是对公共采购持续的支持。然而，CJEU 做的关于指令的解释充分证明了在措辞上强调合同当局可以考虑特定因素而不仅仅是那些纯粹的经济因素。法院的焦点最重要的是指出公共实体可以选择其他的因素，而不仅仅是金钱。

要提到的下一个有关“绿色”采购发展的例子是 2000¹¹年开始的 *Nord-pas-de-Calais* 判例。这里欧盟法院接到一个投诉，即希望开始一个反对法国的程序。争论的焦点是公开程序中一个公共工程合同的投标程序，这与第二学校的工程建设有关。按照之前的指令的规定，在欧盟法院官方杂志上刊登了合同公告。然而，委员会认为没有遵守该指令。

CJEU 首先指出，这个诉讼中，委员会声称法国已经完全侵害了之前指令的第 30 条第 1 款，仅仅通过授予标准，即该行为违反了在一些合同公告中失业作为授予标准。在该指令的第 30 条第 1 款，合同当局关于合同授予标准可以仅仅是最低价格，或者当授予基于最具经济优势的投标时，将会有根据合同的各种标准，比如价格、竞争时期，运营成本，利润和技术价值等。但是 CJEU 指出，虽然如此，指令的条路按没有组织合同当局运用此标准作为授予的标准，即与反对失业的行为相关，尽管这种情况与社会法律的基本原则是一致的，尤其是条约所建立的非歧视原则和自由提供服务¹²。进一步说，尽管这样的标准本身不符合指令，但它必须与指令规定的采购的程序相一致，尤其是公告的程序。它遵从授予标准，反对失业必须在合同公告中表示出来，这样合同方能够清楚其存在。提到委员会的争论，Beentjes 判例与合同的执行情况有关，不是授予合同的一个标准，CJEU 反对仅仅通过观察 Beentjes 判例，长期失业人群的就业的情况在该案中是个问题，已经被作为反对投标的一个根据，因此构成了授予合同的标准。在现在的案例中，委员会只反对体积在合同公告中提到此授予标准。委员会没有声称与反失业运动相关的标准与欧盟法德基本原则不一致，尤其是非歧视原则，或者没有在合同授予标准中公布。在那些情况下，委员会的关于失业的投诉必须被拒绝。

下一个案例，从 2002¹³年开始的 *Concordia Buses* 判例，是一个整体的法院判决，通过细查暗示了特殊的重要性。芬兰的最高行政法院把问题推给了 CJEU，关于水、能源、运输和电信部门实体采购程序¹⁴，在指令中有关服务合同

¹¹ Case C-225/98, *Commission v France* (“Nord-pas-de-Calais”) [2000] ECR I-7445

¹² Here referring to Case 31/87, *Gebroeders Beentjes BV v Netherlands* (“Beentjes”) [1998] ECR 4635, paragraph 29.

¹³ Case C-513/99, *Concordia Bus Finland Oy Ab v Helsinki Kaupunki and HKL-Bussiliikenne* (“Concordia Buses”) [2002] ECR I-7213.

¹⁴ Council Directive 93/38/EEC of 14 June 1993 coordinating the procurement procedures of entities operating in the water, energy, transport and telecommunications sectors, OJ 1993 L 199/ 84.

15 授予程序。这些问题关于芬兰 Concordia Bus 和赫尔辛基市和 HKL-Bussiliikenne 之间, 赫尔辛基市的商业服务委员会授予关于赫尔辛基到 HKL-Bussiliikenne 的市政公交系统的运作路线的合同。

其背景是赫尔辛基市委员会已经决定对整个赫尔辛基市的公交运输系统引进投标, 在这种情况下, 第一条路线将根据 1998 年秋季的计划时间表开始运作。根据招标公告, 合同将会被授予给最具经济优势的单位。这提出了三种标准: 完全的运作价格, 公共汽车车队的质量, 运作者的质量和環境管理能力。正如指出的, 首先, 完全价格要求, 最具经济利益的投标需要得到 86 分, 其他投标人的分数会通过以下形式计算出来: 分数=最具优势投标最每年运作的数量减去争议的数量再乘以 86。接着, 交通工具队伍的质量, 根据一定的数量标准, 投标人可以接受最多超过 10 分。因而, 授予分数综合其他的氮氧化合物排放低于 4 g/kWh (+2.5 点/车) 或者小于 2 g/kWh (+3.5 点/车), 以及外面噪音标准低于 77 dB (+1 点/车)。最后, 考虑运作者的质量和環境项目, 增加额外的分数, 由于各种各样的质量标准和環境保护项目而被授予合同。

CJEU 指出一个事实, 即指令 92/50 的 36 条第 1 款 (a) 提供了这样的标准, 即合同当局能够基于授予合同, 该授予时基于最具经济优势的投标, 包括各种各样与合同有关的标准, 比如质量, 技术标准, 美学标准或者功能特征, 技术援助, 售后服务或者运输日期, 运输期间或者竞争期间或者价格。接着它认为为了决定是否以及在何种情况下, 合同实体可以根据第 36 条第 1 款 (a), 考虑属性。必须强调的是, 首先, 该条款的措辞很清楚, 尤其是运用表达“举个例子”, 这个标准可以被用作授予没有全面列出的最具经济优势的标准。第二, 第 36 条第 1 款 (a) 不能被解释成合同当局运用的用来证明最具经济优势的授予标准必须是一个纯粹经济属性。一些非经济因素, 可能影响投标人的价值的因素也不会被排除。这个结论由条款的用词来支持, 主要是关于投标人的艺术特征。除此之外, CJEU 通过回顾其在社会层面上遵照公共合同授予程序是为了减少货物和服务自由移动的障碍¹⁶, 继续号召其先前的做法。

CJEU 开始指向一个事实, 即第 36 (1) (一) 指令规定的标准五十零分之九十二上订约当局可以依据合同的裁决可在裁决作出的经济最有利标包括有关的, 如质量, 技术水平, 审美和功能特点, 技术援助和合同, 各种标准的售后服务, 交货日期, 交货期限或竣工, 或价格的时期。然后继续说, 为了确定是否以及在什么条件下订约当局可与第 36 条 (1) 款 (a) 项, 考虑到生态自然条件的考虑, 必须指出, 首先, 因为很明显, 从该条款的措辞, 特别是表达, Äuför 例如使用, 非盟, 可作为标准用于公共合同授予一个经济最有利的投标人未列出详尽的标准。二, 第 36 (1) (一) 不能被解释为意味着订约当局所使用的奖励标准, 以确定各经济最有利标必然是一个纯粹的经济性质。它不能被排除的因素并非单纯的经济可能会影响从订约当局的角度来看, 一个投标价值。这一结论也得到了规定, 其中明确提到了一个温柔的审美特征的标准措辞。此外, CJEU 接着回顾提醒, 它已经认为, 协调的共同体一级的公共合同授予程序的目的是消除障碍, 服务和商品的自由流动它自己以前的做法。

这导致了 CJEU 得出了一般的结论, 从客观的角度, 欧共体条约第 130 条 r

¹⁵ Council Directive 92/50/EEC of 18 June 1992 relating to the coordination of procedures for the award of public service contracts, OJ 1992 L 209/1.

¹⁶ Referring here to, i.a. Case C-19/00, *SIAC Construction* [2001] ECR I-7725, paragraph 32.

项第 2 款地一段的第三个句子的措词, 翻译成阿姆斯特丹条约有轻微的修正, 规定环境保护的要求必须融入到社会政策和活动的定义和补充中。还必须得出的是, 在评估最具经济优势投标时, 92/50 指令第 36 条第 1 款 (a) 没有排除合同当局运用包含环境因素的标准。

CJEU 补充说, 然而, 这并不意味着任何这种性质的标准, 都能够被合同当局考虑。尽管 92/50 指令第 36 (1) (a) 给予合同当局选择授予标准的选择权, 由其提议授予标准的基础。但选择可能只跟最具经济优势的标准相关。由于投标人需要根据合同的主体, 因而授予标准应遵守条款的规定, 他们自己也会与合同的主体联系起来。CJEU 继续号召, 首先, 为了决定最具经济优势的投标, 合同实体必须进入投标提交, 根据与合同相关的性质和定性的标准决定。而且, CJEU 认为, 通过判例法, 考虑到授予标准与指令 92/50¹⁷第 36 条第 1 款 (a) 不符合, 合同当局的授予标准是没有限制的选择。接着, 应该强调的是, 决定最具经济优势的投标应该与 92/50 指令规定的程序相一致, 尤其是公告程序。紧接着, 根据该指令第 36 条第 2 款, 这些标准必须在合同文件或者投标通知中提及, 这样运作者才能清楚他们的存在和范围。最后这些标准必须遵守社会法律的基本原则, 尤其是条约建立的非歧视原则和自由提供服务的原则。

从这个结论是说是说, 如果订约当局决定授予合同给最具经济优势的投标者时, 根据 92/50 指令第 36 条第 1 款 (a), 可以考虑环境保护的标准, 即使其余合同主体相关, 不授权一个没有限制的选择自由, 在合同文件或者投标通告中英注重提及, 而且必须遵守社会法律的基本原则, 尤其是非歧视原则。¹⁸

谈到案件的主要程序, CJEU 指出, 首先, 有关标准的氮氧化物排放量和公共汽车的噪音水平, 在法律程序问题中, 可被视为市政的公共交通运输服务合同授予的主题事项。下一步, 借助额外分数的授予标准要满足特定的客观的环境要求, 不会赋予订约当局一个不受限制的选择自由。此外, 主要程序的标准要由赫尔辛基市采购办公室的招标公告中提出来。最后, 在主要程序中的标准是否遵守非歧视原则, 根据第三个问题的答案都要被审查。

因此, 在上述所有情况, 这个问题的答案是, 92/50 指令第 36 (1) (a) 是作为意义的解释, 凡在公共合同的规定的范围内的城市公交服务, 订约当局决定授予最具经济优势的合同的投标者时, 可能需要考虑生态标准, 如氮氧化物的排放水平或提供的公共汽车的噪音水平, 使他们均与合同主题相关, 不赋予的权力实体无限制选择的自由。在合同文件或招标公告着重指出, 并遵守所有的共同体法律的基本原则, 特别是非歧视性原则¹⁹。

CJEU 然后转向第三个问题, 并重新到问, 从本质上讲, 是否平等对待的原则排除了考虑保护环境, 如在主要程序中, 由于合同实体自己的运输公司是能够提供满足这些标准的少数车队之一。CJEU 为此指出, 有责任遵守公共采购指令的核心即平等对待的原则。其目的特别是促进发展领域的有效竞争, 它们所适用的核心所在都是为了确保这样的竞争合约。因此, 授予标准必须遵守不歧视原则, 它遵守条约建立自由和提供服务自由的条款。但在实际情况下, 即由订约单位采纳的一个以确定经济最有利的投标条件之一, 只有少数的企业, 其中还有企业的

¹⁷ With reference *i.a.* to *Beentjes*, paragraph 26.

¹⁸ Paragraph 64.

¹⁹ Paragraph 69.

附属，不是企业自身，构成了违反平等对待的原则。在这种情况下，平等对待的原则，并不排除考虑保护环境的标准，如主要程序的问题，仅仅是因为合同当局的运输企业是少数企业中的一个，能够提供一个公交车队满足那些标准。

这里要提到最后一个案例是从 2003²⁰年越南电力总公司和 Wienstrom 判例。CJEU 在这一判决中进一步面临着一个绿色的观点。订约当局是奥地利共和国，案件为一个公共的电力供应合同的授予所致，其中越南电力公司和 Wienstrom 有限公司提交了一份投标。投标邀请书的标题“授予标准”有如下规定：“最具经济优势的投标按以下标准：根据合同文件，服务对合同的影响，”合同当局要求，投标必须以奥地利先令(ATS)注明价格，当时的奥地利货币每千瓦小时(kWh)。供电商必须承诺提供可再生能源生产的电力，但技术限制，在任何情况下不得供应核裂变发电。然而，供应商没有被要求提交证明其电力来源。订约管理局有权终止合同，并有权对任何违反义务的做出损害惩罚。在合同文件中，合同当局清楚基于技术原因，没有供应商能够保证给顾客供应的电是由可再生能源生产的，但是权力当局仍然可以决定哪个投标人可以每年至少供应 22.5 GWh，联邦办事处年度消费量估计为 22.5 GWh 左右。此外，它具体指出，如果他们不包含任何在过去两年和/或在未来两年，投标者生产或购买和/或将生产或购买，年已提供和/或将供应给最终消费者每年至少有 22.5 亿千瓦时的可再生能源电力的证明，投标书将被淘汰。该授予标准为每千瓦时净价，有 55%的比重，从可再生能源产生的能量为 45%的比重。据说与后者的授予标准相关的是，“只有能源的量，即从可再生能源每年生产 22.5GWh 的供应量会被考虑”。奥地利 Bundesvergabeamt 向 CJEU 提出了与此案有关几个问题的。

CJEU 选择开始其考虑，通过指向缺少特定的表达，即 93/36 指令第 26 条的“最具经济优势的投标”。“Bundesvergabeamt 最初作为一个原则问题问共同体法律是否允许订约当局放低标准，追求不能由经济价值直接估计的优势，如有关保护环境的优势。在这方面的 CJEU 指出，是否已经有机会对该问题进行规制，在什么情况下合同当局可以在评估最具经济优势的投标者时考虑生态标准。在此 CJEU 提到了 *Concordia Buses*²¹的判例，在该判例中已经接受这种观点，即合同实体决定授予合同给最具经济优势的投标人时，可以考虑生态因素。这个在越南电力公司和 Wienstrom 有限公司对奥地利案问题的第一部分可以回答，说明公共采购的共同体立法并不排除订约当局提出申请，在经济最有利标评定范围为电力供应，规定进行生产的电力供应来自可再生能源，但该标准是关系到合同的标的物，合同没有赋予了权力不受限制的自由，需在合同文件或者合同通知中明确提到，并需要遵守欧共体所有的法律基本原则，尤其是非歧视原则。²²

CJEU 号召，根据判例法，它允许合同当局在选择最具经济优势投标时选择授予标准，这个标准的目的是为了证明最具经济优势的投标，它并不赋予合同实体在授予合同给一个投标人²³时，一个不受限制的选择的自由。这种标准必须符合欧盟法律²⁴程序规则和基本原则。它要符合欧盟法的要求，合同实体不仅仅在

²⁰ Case C-448/01, *EVN AG and Wienstrom GmbH v Austria* (“EVN”) [2003] ECR I-14527.

²¹ Case C-448/01, *EVN AG and Wienstrom GmbH v Austria* (“EVN”) [2003] ECR I-14527

²² Paragraph 34

²³ The CJEU here referred to Case 31/87, *Gebroeders Beentjes BV v Netherlands* (“Beentjes”) [1998] ECR 4635, paragraphs 19 and 26; Case C-19/00 *SIAC Construction* [2001] ECR I-7725, paragraphs 36 and 37; and Case C-513/99, *Concordia Bus Finland Oy Ab v Helsinki Kaupunki and HKL-Bussiliikenne* (“Concordia Buses”) [2002] ECR I-7213, paragraphs 59 and 61.

²⁴ Here referring to Case 31/87, *Gebroeders Beentjes BV v Netherlands* (“Beentjes”) [1998] ECR 4635, paragraphs 29 and 31, and Case C-513/99, *Concordia Bus Finland Oy Ab v Helsinki Kaupunki and HKL-Bussiliikenne* (“Concordia Buses”) [2002]

选择合同授予标准上是自由的, 在决定该标准的比重上也是自由的, 这个比重能够对授予标准有个整体评估, 来证明最具经济优势的投标。

至于在本案中授予标准, CJEU 表示认为, 可再生能源的发电利用, 对保护环境是很有帮助的, 因为它有助于减少温室气体的排放, 温室气体恰恰是气候变化的主要原因。欧盟和其成员国已承诺打击的。考虑到这个问题, 因此, 基于在主要程序中授予标准追求的目标的重要性, 其 45% 的比重并未对授予标准构成目前的障碍, 以便对所适用的标准的总体评价, 找出最经济有利投标。

至于使用的授予标准, 哪个不符合要求, 哪个允许在投标中精确地合适信息, CJEU 表示, 应当指出的是, 在授予合同中构成指令基础的投标者同等待遇的原则。这意味着, 首先, 该投标者必须在平等的地位, 他们都制定自己的投标和招标时, 这些都被合同当局评估。更具体地说, 这意味着, 当投标正在评估, 裁决必须对所有投标人适用客观和统一标准。第二, 平等对待的原则隐含的透明度义务, 以便核查它是否遵守了部分的采购程序。对各种各样的投标的客观和透明的评估取决于合同当局对投标人提供的信息和证据的信任度, 能够有效地证明是否提交的投标能够满足授予标准。因而, 显然的是, 当合同当局制定一个授予标准, 暗示它既不试图, 也并不能够准确证实投标人提交的信息时, 它很可能侵害平等对待原则, 因为这样的标准不能确保投标程序的透明度和客观。一个不符合要求的允许投标人提供有效被证明的信息的授予标准因而在公共采购领域是违反欧盟的法律的原则的。

授予公共合同的程序, 在每一个阶段的, 必须既要符合对潜在投标人平等的待遇和透明度原则, 以便在制订标书时所有成员平等的享有机会。更具体地说, 这意味着该收于标准必须以合同文件或者合同通知的形式来制作, 对所有的合理被通知的投标人尽一般勤勉义务, 用同样的方法进行解释。因此, 事实上, 在邀请招标中合同当局省略了以决定投标人必须在他们的投标中明确可再生能源发电的量, 被人知道可能违反平等对待和透明度原则。省略使投标人很难或甚至是不可能知道标准确切的范围, 因而必须以同样的方式作出解释。

法院还认为, 授予标准仅仅与每年可再生能源发电超过年消耗的量有关, 在投标人的邀请书中, 可能不能被认为与合同的主体相关。CJEU 继续补充, 根据授予标准, 在投标邀请中超过每年预期消耗量的电力生产的量的标准, 将会授予合同给一个具有优势的投标人, 即拥有很大的生产能力或者供应能力, 比其他的投标人有更大容量的供给能力。这个标准因而很容易导致对那些满足合同主题的投标人的不公正的歧视。这样的对提交投标的经济运作者的限制将会对指令所规定的授予公共供应合同的程序所寻求的开放市场竞争的目标到来影响。

CJEU 最后补充说, 即使假定这个标准时对确保供应的需要的一个回应, 应该指出的是, 原则上, 供应的稳定, 用来决定最具经济优势的投标的授予标准规中, 投标人提供大量的超过招标邀请确定的量的电力的能力并非是合法的授予标准。因此, 尽管它要求投标人陈述他们能够为那些没有数量的顾客从可再生能源中生产多少电力, 能够分配的最大的数量, 所有的投标人都提供了最高的量, 这种供给能力在采购中只有其超过预计消耗量的情况下才被考虑。这个案例中国的授予标准与欧盟的关于公共采购的法律是不一致的。

在所有上述情况，给奥地利 Bundesvergabebamt 的问题的答案竟然是，关于公共采购欧盟的立法并不排除和合同当局评估最具经济优势的供应电力合同的收于标准，要求从可再生能源中生产电力的供应商占 45% 的比重。事实上，这一标准并不一定有助于实现与这方方面无关的追求的目标。

另一方面，该法例并不排除不遵守要求，允许投标人被有效证实的明确信息的标准。或者当其要求投标人标明他们能够提供多少可再生能源的发电给不确定数目的顾客，根据投标人提出的最高的量分配最大范围，只有超过预期的消耗量的供应量才会被采购程序所考虑。

9.4 结论

随着全球整体“绿色“或“横向”政策的发展，很容易理解，这种“绿色“方法也找到了它在公共采购的方式。正如已经看到的，联合国国际贸易法委员会示范法从 1994 年以来一直倾向于在接受“横向“公共采购政策。而在欧盟，“绿色”的考虑已自然的融入了联盟日常生活中。这是很有价值的，因此，. 欧洲机构——理事会，欧洲委员会和欧洲法院——已经发展中重要的参与者。他们为更好的工作和生活条件的共同斗争中，必须同他们改善所有社会阶层的条件的目标一起。在这种模式下，公共采购的规则是一个重要因素。

第 10 章 在国际贸易中规范公共采购

10.1 引言

如第一章所述，因为在大多数国家公共采购占了商业活动价值的很大一部分，采购市场的规模代表了国际贸易的很多机会。¹然而，我们在第一章中也解释了，基于多种原因，公共采购传统上倾向于青睐国内市场。我们也在第一章的第四部分提到：

“过去 20 年中公共采购的最重要的发展之一是契约文书——由国家或区域和全球性组织团体设计——为了开拓公共采购面向国际贸易——也就是说，为外国供应商、外国产品和服务提供机会进入其他国家的公共采购市场。这些文书要求或者鼓励国家采取措施改善外资进入本国公共采购市场的机会”。

我们也看到了很多不同的方法在地区性、全球性或其他缔约中被采纳用于公共采购市场对贸易开放。这一章中我们将概述现存的对贸易开放采购市场的缔约或协议，为了阐明这些不同的方法以及实施它们的途径。²我们在第一章中也解释过联合国国际贸易法委员会示范法，它本身是旨在开放贸易，特别是通过协调国家法律使外国供应商与其他管辖权政府的交易更加容易。

我们将首先考虑在全球基础上通过世界贸易组织开放公共采购的倡议，之后考虑一些地区级别的关键倡议，最终概述经济合作与发展组织在海外行贿中的工作，并且解释它与对贸易开放公共采购的相关性。

10.2 采购契约/世贸组织框架下的倡议³

10.2.1 多边规则和世贸组织的倡议⁴

世界贸易组织（WTO）是一个全球国际机构——也被称为多边贸易体系——它的目标是国际贸易自由化。其核心是世贸组织成员国谈判、签署和批准的协议。这些协议为国际贸易提供合法规则，它们的目标是禁止或限制绝大多数形式的贸易壁垒，以促进参与国的货物供应和服务的提供。

关税和贸易总协定（GATT）是世贸组织中关于货物贸易的指导性协定。该

¹ See chapter 1, section 1.

² For an analysis of procurement provisions in an extensive number of agreements notified to the WTO see R. D. Anderson, A.C. Müller, K. Osei-Lah, J. Pardo De Leon and P. Pelletier, "Government Procurement Provisions in Regional Trade Agreements: a Stepping Stone to GPA Accession?", chapter 20 in S. Arrowsmith and R. D. Anderson (eds.), *The WTO Regime on Government Procurement: Challenge and Reform* (forthcoming CUP).

³ See generally S. Arrowsmith, *Government Procurement in the WTO* (London: Kluwer Law International 2003); Cameron May, *Business Opportunities and the GPA: a handbook for EU Companies* (London: Cameron May 1998); S. Evenett and B. Hoekman (eds.), *The WTO and Government Procurement* (Northampton: Edward Elgar, 2006) (a collection of previously published papers, many of which are listed separately below); B. Hoekman and P. Mavroidis (eds.), *Law and Policy in Public Purchasing: the WTO Agreement on Government Procurement* (Ann Arbor: University of Michigan Press 1997); A. Reich, *International Public Procurement Law* (1999) (The Hague: Kluwer Law International 1999); Arrowsmith and Anderson (ed.), above.

⁴ On the current position see generally S. Arrowsmith, *Government Procurement in the WTO* (London: Kluwer Law International 2003), ch. 3; M. Dischendorfer, "The Existence and Development of Multilateral Rules on Government Procurement under the Framework of the WTO" (2000) 9 *Public Procurement Law Review* 1; S. Evenett and B. Hoekman, "Government Procurement of Services and Multilateral Disciplines", ch.6 in P. Sauvé and R. Stern (eds.), *GATS 2000: New Directions in Services Trade Liberalization* (Washington: Brookings Institution Press 2000).

协议规定了重要规则，特别是无歧视规则。世贸组织体系的另一个主要部分是服务贸易总协定(GATS)，为服务提供与关贸总协定给予货物的相同的更自由更公平贸易的原则。这两个协定都包括：

a) 最惠国(MFN)义务——要求各国对待世贸组织成员国的产品、服务以及公司不逊于其他国家。

b) 国民待遇义务——要求各国对待世贸组织成员国的产品、服务以及公司不逊于本国。

c) 透明度规则——要求各国公开它们对贸易的一般措施，例如立法和行政规则。

然而，公共采购基本上不在关贸总协定(GATT)和服务贸易总协定(GATS)下的世贸组织对货物和服务的多边贸易规则的范围之内。关贸总协定第三条国民待遇包括一个明确的关于公共采购的例外。⁵同时，人们普遍认为最惠国(MFN)义务也不适用于公共采购，尽管事实上关贸总协定的第一条里找不到相似的例外。⁶类似的，政府采购也被免除了服务贸易总协定的主要承诺包括国民待遇和最惠国待遇。⁷

然而，与国民待遇和最惠国待遇规则的地位相比，关贸总协定（第十条）和服务贸易总协定（第三条）中的某些一般透明度义务都适用于公共采购实践。在这些透明度规则下，各国被要求公开他们关于采购贸易的一般措施，例如法律、法规和行政规则。⁸另外，关贸总协定第十七条提出了规范国营贸易领域采购的另一个可能性。⁹这个规定可能会对规范国营贸易公司的采购起到潜在作用，¹⁰但没有相应的规定规范其他政府机构的采购。

⁵ See GATT Article III:8(a).

⁶ Favored by most scholars, for example, Arrowsmith, *Government Procurement in the WTO*, above, at pp. 61-63; Dischendorfer, above; 1 at pp. 15-17; Footer, 'International Developments: GATT: Development in Public Procurement Procedures and Practices' (1993) 6 *Public Procurement Law Review* 1 at pp. CS193-204. However, some commentators hold a different view that there is a limited and special application of MFN obligation in the GATT to government procurement policies, for instance, Reich, 'The New GATT Agreement on Government Procurement: the Pitfalls of Plurilateralism and Strict Reciprocity', (1997) 31 *Journal of World Trade* 1 at pp.125-151

⁷ See GATS Article XIII(1). This provision mirrors GATT III:8(a) and there is an explicit exception to MFN (Article II) and national treatment obligation (Article XVI) as regards government procurement.

⁸ However, states are not required to publish any information on specific contracts, either in terms of ex ante publication of invitations to bid or ex post announcement of decisions. See Arrowsmith, *Government Procurement in the WTO*, above, at pp. 75-76; Low, Mattoo and Subramanian 'Government Procurement in Services' (1996) 20 *World Competition* 5 at pp. 8-10

⁹ It refers to the trading activities of companies that are either state enterprises, or enterprises granted exclusive or special privileges by the state that enable them to influence trade. The definition of state trading enterprise given by Article XVII.1 of GATT is not very precise. See Davey, 'Article XVII GATT: an Overview' in Cottier and Mavroids (ed) *State Trading in the Twenty-First Century* (the University of Michigan Press, 1998)

¹⁰ For a detailed review on provisions on state trading and their implications for procurement, see P. Wang, chapter 8 in 'The Procurement of State Trading Enterprises under the WTO Agreements - a proposal for a way forward', in Arrowsmith and Anderson (eds.), above; W. Davey, "Article XVII GATT: an Overview", ch.1 in T. Cottier and P. Mavroidis, *State Trading in the Twenty-first century* (Ann Arbor: University of Michigan Press 1998); B. Hoekman and P. Low, "State Trading: Rule Making Alternatives for Entities with Exclusive Rights", ch.17 in T. Cottier and P. Mavroidis, *State Trading in the Twenty-first century* (Ann Arbor: University of Michigan Press 1998); P. MacKenzie, "China's Application to the GATT: State Trading and the Problem of Market Access" (1990) 24 *Journal of World Trade* 133 ; A. Mattoo, "Dealing with Monopolies and State Enterprises: WTO Rules for Goods and Services", ch.2 in T. Cottier and P. Mavroidis, *State Trading in the Twenty-first century* (Ann Arbor: University of Michigan Press 1998); E-U. Petersmann, "GATT Law on State Trading Enterprises: Critical Evaluation of Article XVII and Proposals for Reform", ch.3 in T. Cottier and P. Mavroidis, *State Trading in the Twenty-first century* (Ann Arbor: University of Michigan Press 1998)

如上所述, 政府采购仍在世贸组织主要多边规则的范围之外。然而, 已经有在世贸组织多边级别上寻求规范政府采购的倡议: 有些被搁置有些在继续。

世贸组织规范政府采购的第一个多边倡议存在于服务贸易总协定下现有的关于采购的谈判任务中。正如我们所见, 虽然服务贸易总协定将政府采购从它主要内容中免除, 它仍要求举行服务贸易总协定下的关于采购的多边谈判¹¹。服务贸易总协定多边工作组 (WPGR) 的成立, 除了其他目的, 是要按服务贸易总协定要求, 为政府采购的谈判论坛提供服务。¹² 政府采购的问题第一次被提上议程是在 1995 年的 WPGR, 并且迄今为止只有有限的进步, 关于采购的谈判仍 “暂时搁置”。¹³

对于关于政府采购的多边透明度协定的谈判还有另一种倡议¹⁴。1996 年新加坡部长级会议同意了包含政府采购在内的未来可能的谈判领域,¹⁵ 并且 2000 年的多哈部长级会议推进了采购透明度协定的问题, 称关于政府采购透明度多边协定的谈判将在第五次部长级会议后开始。¹⁶ 然而, 坎昆部长级会议在僵局中结束, 2004 年 8 月 1 日的总理事会决议最终决定采购透明度的问题将不在多哈工作计划中继续¹⁷, 因此在多哈回合谈判中世贸组织不会进行该问题的谈判工作。关于对采购多边透明度协定进行谈判的倡议失败的原因被归结为, 许多发展中国家共有的恐惧, 怕计划的协定将只是市场准入问题的第一步, 仅仅服务于发达行业的出口利益。¹⁸ 尽管多哈任务明确地将市场准入问题排除在了计划的透明度协定之

¹¹ Article XIII:2 of the GATS stipulates that ‘there shall be multilateral negotiations on government in services under this Agreement within two years from the date of entry into force of the WTO Agreement’.

¹² Another two mandated issues are the establishment of an emergency safeguard mechanism for services and disciplines on subsidies. *ibid*

¹³ The WPGR, ‘Negotiations on Government Procurement’, reported by the Chairperson of the WPGR (2003) S/WPGR/11 available at <http://www.ictsd.org/issarea/stsd/Resources/Docs/WPGR_Report_on_GovProc.pdf>

¹⁴ See generally K. Abbott, ‘Rule-making in the WTO: Lessons from the Case of Bribery and Corruption’ (2001) 4 *Journal of International Economic Law* 275; S. Arrowsmith, *Government Procurement in the WTO* (London: Kluwer Law International 2003), ch. 13; S. Arrowsmith, ‘Towards a Multilateral Agreement on Transparency in Government Procurement’ (1998) 47 *International and Comparative Law Quarterly* 793; S. Arrowsmith, ‘Transparency in Government Procurement: the Objectives of Regulation and the Boundaries of the World Trade Organization’ (2003) 37 *Journal of World Trade* 283; CUTS (Centre for International Trade, Economic & Environment), *Unpacking Transparency in Government Procurement* (2004), ch. 3 and 4; S. Evenett, ‘Is there a case for new multilateral rules on transparency in government procurement’, ch. 3 in the Swiss State Secretariat of Economic Affairs and S. Evenett (ed.), *The Singapore Issues and the World Trading System: the Road to Cancun and Beyond* (2003), available at <http://www.wti.org>; G. Fenster, ‘Multilateral Talks on Transparency in Government Procurement: Concerns for Developing Countries’ (2003) 34(2) *IDS Bulletin* 65; M. Khor, ‘Government Procurement: the real aim of the majors’, available at <http://www.twinside.org.sg>; M. Kinsey, ‘Transparency in Government Procurement: an International Consensus’ (2004) 34 *Public Contract Law Journal* 155; J. Linarelli, ‘The WTO Transparency Agenda: Law, Economics and International Relations Theory’, ch.13 in S. Arrowsmith and M. Trybus (eds.), *Public Procurement: the Continuing Revolution* (London: Kluwer Law International 2003); V. Mosoti, ‘The WTO Agreement on Government Procurement: A Necessary Evil in the Legal Strategy for Development in the Poor World?’ (2004) 25 *University of Pennsylvania Journal of International Economic Law* 593; V. Rege, ‘Transparency in Government Procurement – Issues of Concern and Interest to Developing Countries’ (2001) 35 *Journal of World Trade* 489.

¹⁵ These issues are the so-called Singapore issues, including trade and competition; trade and investment; transparency in government procurement and trade facilitation.

¹⁶ WTO, Ministerial Declaration, Ministerial Conference Fifth Session, 14 November 2001, WT/MIN(01)/DEC/1, para. 20-26. available at <http://www.wto.org/english/thewto_e/minist_e/min01_e/mindecl_e.htm>

¹⁷ See Decision Adopted by the General Council on 1 August 2004 1 (g) para. 2. General Council-Doha Work Programme-Draft General Council Decision of 31 July 2004, WT/GC/W/533 Available at <http://www.wto.org/english/tratop_e/dda_e/draft_text_gc_dg_31july04_e.htm>

¹⁸ Decker and Priess ‘The WTO General Council Decision of 1 August 2004 – a Note on the Decision not to Launch Negotiations on Transparency in Government Procurement during the Doha Round’ (2004) *Public Procurement Law Review* 2004, NAY.14 at pp.17 The reason behind this attitude can be understood by previous discussing their response to the existing GPA

外,¹⁹但明确的是,多数发达国家的终极目标是将它提升为一个授予它们的公司进入政府采购业务的完全市场准入和国民待遇的完整协定,特别是发展中国家的政府采购业务。²⁰

10.2.2 政府采购协定 (GPA)²¹

10.2.2.1 引言, 目标和监管办法

关于采购的世贸组织的主要文件是政府采购协定 (GPA)。第一个关于政府采购的协定²²是 1979 年签署, 1981 年正式生效, 1987 年修订的。1994 年, 当前版本的政府采购协定缔结。根据其进行进一步谈判的承诺²³, 政府采购协定目前正接受正式的审查以简化并改善其文本, 而且修订的草案文本已暂时被同意取代现行文本。²⁴

从本质上说, 政府采购协定仍是一个多边协定, 因为它的内容只适用于缔约的世贸组织成员国。²⁵政府采购协定的成员是有限的——到目前为止世贸组织的 153 个成员国中只有 40 个进行了签署, 而且其成员大部分是发达国家。²⁶然而,

¹⁹ WTO, Ministerial Declaration, Ministerial Conference Fifth Session, 14 November 2001, WT/MIN(01)/DEC/1, para. 20-26. available at http://www.wto.org/english/thewto_e/minist_e/minist01_e/mindecl_e.htm

²⁰ The developed countries did not attempt to hide this goal, it is stated so candidly in their proposal that government procurement is considered to be a gigantic business which had hitherto remained outside the WTO's ambit and should be brought in through multilateral rules so that their companies could have full access to the developing countries markets. See Khor, 'The Real Aim of the Majors' available at www.twinside.org.sg/title/real-cn.htm.

²¹ In addition to the books cited in note 3 above see generally A. Blank and G. Marceau, "The History of the Government Procurement Negotiations Since 1945" (1996) 5 *Public Procurement Law Review* 77; A. Brown and C. Pouncey, "Expanding the International Market for Public Procurement: the WTO's Agreement on Government Procurement" (1995) 1 *International Trade Law and Regulation* 69 ; P. Carrier, "Domestic Price Preferences in Public Procurement: an Overview and Proposal of the Amendment to the Agreement on Government Procurement" (1997) 10 *New York International Law Review* 59; C. Corr and K. Zissis, "Convergence and Opportunity: The WTO Government Procurement Agreement and US Procurement Reform" (1999) 18 *New York Law School Journal of International and Comparative Law* 306; G. de Graaf and M. King, "Towards a More Global Government Procurement Market: The Expansion of the GATT Government Procurement Agreement in the Context of the Uruguay Round" (1995) 29 *International Lawyer* 435 ; J. Hird, "Government Procurement", ch. 10 in K. Anderson (ed.) *Strengthening the Global Trading System: from GATT to WTO* (Adelaide: University of Adelaide 1996) ; B. Hoekman and P. Mavroidis, "The WTO's Agreement on Government Procurement: Expanding Disciplines, Declining Membership" (1995) 4 *Public Procurement Law Review* 63 ; P. Low, A. Mattoo and A. Subramaniam, "Government Procurement in Services" (1996) 20 *World Competition* 1; A. Reich, "The New GATT Agreement on Government Procurement: the Pitfalls of Plurilateralism and Strict Reciprocity" (1997) 31 *Journal of World Trade* 125; C. Tiefer, "The GATT Agreement on Government Procurement in Theory and Practice" (1997) 26 *University of Baltimore Law Review* 31; D. Wallace and S. Sahayadachny, "Opening Government Procurement Markets", ch. 19 in M. Mendoza, P. Low and B. Kotschwar (eds.), *Trade Rules in the Making* (Washington: Brookings Institute Press 1999).

²² It is often referred to as the GATT Government Procurement Agreement/Code although it never formed strictly part of GATT. The agreement did not bind all GATT Parties, but only those countries which chose to sign it.

²³ See GPA Article XXIV.7(b)

²⁴ This is still subject to a legal check and a satisfactory outcome from negotiations on the expansion of coverage. The provisionally agreed revised GPA text can be found at www.wto.org/english/tratop_e/gproc_e/negotiations_e.htm. See further R. Anderson, "Renewing the WTO Agreement on Government Procurement: Progress to Date and Ongoing Negotiations" (2008) 17 *P.P.L.R.* 255; S. Arrowsmith, "The Revised Agreement on Government Procurement: Changes to the Procedural Rules and Other Transparency Provisions", chapter 10 in S. Arrowsmith and R. D. Anderson (eds.), *The WTO Regime on Government Procurement: Challenge and Reform* (forthcoming 2011, CUP).

²⁵ The GPA is left outside of 'the single undertaking', which all states are obliged to assume as a condition for WTO membership, see Article II:2 of Agreement Establishing the World Trade Organization.

²⁶ See http://www.wto.org/english/tratop_e/gproc_e/membobs_e.htm#parties.

未来的世贸组织新成员往往被要求承诺加入政府采购协定作为其加入世贸组织的先决条件²⁷。目前，有午夜世贸组织成员加入政府采购协定的谈判过程，他们都是承诺加入政府采购协定的世贸组织的新成员。²⁸

如同它在其序言中提到的，政府采购协定的官方目标是“促进更大程度的自由化以及世界贸易的扩大；消除对外国产品、服务和供应商的歧视；并且增强相关法律和实践的透明度”。换言之，政府采购协定的主要目的是通过确保外国投标人有效的市场准入使采购对国际竞争开放。

政府采购协定的主要目标与世贸组织的相关联，后者与规范采购的国内目标不同，国内规范目标有例如物有所值、廉洁以及横向政策实施。这种目标上的区别可以反映在政府采购协定的规定中。例如，低于指定财政门槛的采购²⁹，且通常没有外国利益的，不受政府采购协定要求限制。

然而，如我们在第一章所见，这些目标中有些有密切关联。例如，如果满足了诚实正直和国际竞争的目标，那么“物有所值”的目标将更有可能实现。可以主张，政府采购协定和国内法规的相似性存在于透明度工具的使用而非共享共同的目标。³⁰显然，透明的程序有助于通过使隐藏歧视和腐败更加困难实现上述所有目标，同时更好实现物有所值。然而，从这个观点也明显看出，修订的政府采购协定特别指出“诚实正直”的需要，以确保公共资源的有效管理³¹，并且指出了透明度规则作为协定的目标之一在防止利益冲突和防止腐败中的作用³²。这预示着协定的更广泛的目标，即使实现这些目标的新的实质性规则有限³³。

为了实现目标，政府采购协定制订了两项在采购中禁止歧视的基本原则，即国民待遇义务和最惠国待遇义务³⁴。这些都由详细的掌管合同授权的透明度程序性要求支持。这些透明度程序主要旨在令歧视难以掩饰并且促进不熟悉体系的供应商的参与。³⁵在政府采购协定中，缔约国需要有本国的合同授权程序规则，以便落实在政府采购协定中的义务。

²⁷ 21 out of 24 new WTO members since 1995 have provisions in their respective Protocols regarding their commitments to accede to the GPA. They are Albania, Armenia, Cape Verde, China, Georgia, Estonia, the Former Yugoslav Republic of Macedonia, Georgia, Jordan, Kyrgyz Republic, Lithuania, Latvia, Moldova, Mongolia, Oman, Panama, Saudi Arabia, Chinese Taipei, Ukraine and Vietnam. There are only three new members left out: Ecuador did not mention the GPA membership issue in its Protocol, while Cambodia and Nepal expressly indicated their intention not to take part in the GPA in their Protocol. Protocols of accession for new members since 1995 are available at http://www.wto.org/english/thewto_e/acc_e/completeacc_e.htm#arm

²⁸ They are Albania, Armenia, China, Georgia, Jordan, the Kyrgyz Republic, Moldova, Oman, and Panama.

²⁹ The GPA applies only to procurements of value not less than relevant thresholds specified in Appendix I to the agreement, which are different depending on the level of government and type of procurement concerned.

³⁰ Arrowsmith, 'Reviewing the GPA: the Role and Development of the Plurilateral Agreement After Doha' (2002) *J.I.E.L.* at p. 766.

³¹ Third recital of the pre-ambles to the revised text.

³² Sixth recital of the pre-ambles to the revised text.

³³ The main one being Article V:4 of the revised text which requires that procuring entities shall conduct covered procurement in a transparent and impartial manner that avoids conflicts of interest and prevents corrupt practices, which is inspired by obligations for states under Article 9(1) of the United Nations Convention Against Corruption.

³⁴ It should be noted that the national treatment obligation and MFN under the GPA is subject to any trade-restrictive rules to a member's market as a whole. See GPA Article III (3)

³⁵ Arrowsmith, *Government Procurement in the WTO*, at p.765

10.2.2.2 覆盖范围 ³⁶

考虑到 GPA 现在的覆盖范围, 一项采购合同是否在规制范围内取决于三个基本因素: 采购实体, 合同种类以及合同价值。具体涵盖的实体、合同以及 GPA 所设置的门槛在各个成员国的覆盖范围中都有明确说明, 而且各国之间都是不同的。³⁷这是因为各国都只想将特定种类的采购引入国际竞争, 而这又因各国情况不同而不相一致。

此外, 各成员国覆盖范围的不同导致了‘互惠’问题的产生。³⁸毫不奇怪, 各国为了避免其在和别的成员国进行双边交易时其他国家因‘搭便车’而受益, 它们只愿意给予那些在自己国内产业给予同样准入资格的国家以市场准入。因此有关中央政府实体的协议在基于最惠国待遇的基础上达成了, 而关于次级中央政府级别和公共事业部门, 各成员国背离了最惠国待遇而是在严格互惠的基础上达成有关覆盖范围的一致。³⁹也就是说大多数成员国都插入了特别减损条款, 对于那些没有提供互惠范围的国家这样做可以使它们免于该协议中部分条款的应用。根据对等原则, 成员国们应该有效的制定出双边经济等价优惠制度; 因此 GPA 可以作为一种建议的框架, 类似的双边协议能够在其中达成。⁴⁰回顾当前的 GPA 历程, 各成员国自 2004 年开始就一直在对覆盖范围的扩张进行磋商, 但是至今仍不清楚有关覆盖范围的协商将最终完成。⁴¹

厄尔和金一直在争论基于互惠主义的减损对于最惠国义务来说是不是一种可以有利于 GPA 范围扩张的工具, 因为提案已经把范围缩小到基于最惠国待遇

³⁶ See further S. Arrowsmith, *Government Procurement in the WTO* (London: Kluwer Law International 2003), ch. 5

M. Bronckers, "The Position of Privatized Utilities under WTO and EU Procurement Rules" 1996/1 *Legal Issues in European Integration* 145 ; D. Collins, "Canada's sub-central coverage under the WTO Agreement on Government Procurement" (2008) 17 *Public Procurement Law Review* 21; A. Davies, "Korea – Measures Affecting Government Procurement: Some Critical Observations" (2001) 10 *Public Procurement Law Review* 229; D-H. Kim, "Political institutions and the Government Procurement Agreement of the WTO" (2009) 18 *Public Procurement Law Review* 1; P. Olivera, "Defining the Scope of Covered Entities under the WTO Agreement on Government Procurement" (1997) 6 *Public Procurement Law Review* 1 ; H-J. Priess and C. Pitschas, "Recent Developments within the WTO: Korea – Measures Affecting Government Procurement" (2000) 9 *Public Procurement Law Review* NA91; P. Wang, "Coverage of the WTO's Agreement on Government Procurement: Challenges of Integrating China and other Countries with a Large State Sector into the Global Trading System" (2007) 10 *Journal of International Economic Law* 887.

³⁷ The precise coverage for each Party is set out in Appendix I to the GPA, which contains a series of separate annexes on coverage for each Party.

³⁸ A major problem of the reciprocity is asymmetry in the size of countries so that small countries have little to offer to large ones in terms of export potential. This could be an important reason for limited participation to the GPA by developing countries.

³⁹ De Graaf and King, above, at p. 446.

⁴⁰ A. Reich, *International Public Procurement Law* (1999) (The Hague: Kluwer Law International 1999);, at p.137

⁴¹ For more detailed information, see R. D. Anderson and K. Osei-Lah, 'The Coverage Negotiations under the Agreement on Government Procurement: Context, Mandate, Process and Prospects', in Arrowsmith and Anderson (eds.), above.

基础上能实现平衡的最小公分母的水平了。⁴²然而，瑞克对此持有不同看法，其认为这种基于‘公平交易’而非‘搭便车’想法的争锋相对的方式会带来巨大的问题。然而，就像阿罗史密斯所认为的那样，在缺乏贸易转移和贸易创造效应的实验证据的情况下，要想得出在 GPA 之下得益于最惠国的互惠减损的有利影响是否大于其不利影响的准确评估是很困难的。⁴³

10.2.2.3 规则的主要特点

GPA 规定采取的具有法律约束力的形式在其总体框架和协商历史就得以反映。⁴⁴此外，其立法语言也反映了该规则能够创造法律约束力义务。第三条（1）说明了这点：要求‘各缔约国立即且无条件的向其他成员国提供产品、服务，其他成员国产品、服务的供应商也要给予同等的优待。。。’（重点强调）。

如同在 2.2.1 部分提到的 GPA 包含两个主要的规则：一般非歧视原则以及更详细的透明度原则。第三条规定了国民待遇的基本原则，而最惠国待遇通常禁止歧视性行为。同样的，GPA 对于规范合同的授予权程序行为有最起码的程序要求，主要集中在从邀约阶段至参与合同授予权阶段。采购单位主要是通过竞争性的投标程序来参与合约授权的。竞争性授权程序的行为的最低标准包括不同阶段程序的最低时限（第十一条）；在 GPA 第七条（3）中所定义的投标文件的最低信息披露（第十二条），所谓的公开招标程序是指所有感兴趣的供应商都可以参加投标，而选择性的招标程序是指只有那些被采购单位邀请的供应商可以参与投标。GPA 中已经对此做出了详细的程序规则，用以管理这两种采购模式：合同必须公布；招标会必须召开；对于评定供应商资质及授予合同必须有确切的标准和程序；有关评定供应商资质的规定（第八条）；有关授权标准和标的评估的规定（第十三条）。

GPA 不会试图把合同授权过程规定为一种详尽的方式，相反，其只是规定了最低限度的程序标准，在这之下各国都会针对特定的国内需求而做出调整自身采购规则的重大决定。考虑到采购模式的问题，GPA 要求所涵盖的合同授权要不采用‘公开招标的程序’要不就是采用‘选择性招标的程序’。如同 GPA 第七条（3）所规定的那样，所谓的公开招标程序是指所有感兴趣的供应商都可以参加投标，而选择性的招标程序是指只有那些被采购单位邀请的供应商可以参与投标。GPA 中已经对此做出了详细的程序规则，用以管理这两种采购模式：合同必须公布；招标会必须召开；对于评定供应商资质及授予合同必须有确切的标准和程序。然而，在某些特定的情况下，GPA 也允许采购单位采用更加非正式无竞争的采购模式，即‘限制性招标’⁴⁵。然而，各成员国也可以自由申请使用比

⁴² Graaf and King, above.

⁴³ Arrowsmith, *Government Procurement in the WTO*, above, at pp.111-112.

⁴⁴ See Blank and Marceau, 'the History of the Government Procurement Negotiations since 1945' (1996) 4 *P.P.L.R.* 77 at pp. 86-91.

⁴⁵ Limited tendering procedures are defined in GPA Article VII (3) as 'those procedures where the entity contacts suppliers individually'. When limited tendering procedures are invoked, it is not necessary for procuring entities to follow most of the procedural rules governing open and selective tendering procedures. However, limited tendering procedures can only be allowed under exceptional circumstances specified in Article XV.

GPA 规则更严格的规则，比如即使 GPA 允许某国使用选择性招标和限制性招标，该国却要求把公开招标做为唯一采购模式。

然而，这项规定很大程度上限制了采购实体针对特定的采购自由选择更加非正式的采购模式。鉴于许多发达国家近来越来越倾向于选择更加非正式的采购模式⁴⁶，各国追求金钱价值的能力被它们选择采购模式时的限制性自由选择权的美德所压制了。尽管采用正式的竞争性招标可以确保透明度、提高竞争性以及减少腐败的机会，但它同样也是耗时的、高成本的以及缺乏灵活性的程序。用阿罗史密斯的话来说，‘在一个没有腐败的成熟发达市场中进行专业性的政府采购，该成员国很容易发现在公开程序（一种正式的竞争性招标程序）中的采购成本经常会高于收益’。⁴⁷

GPA 也包含一些针对发展中国家成员的特殊和差别对待条款（S&DT）。例如，第五条（3）要求‘根据协议条款，发达国家在制定其覆盖范围名单时要尽量把发展中国家感兴趣的产品和服务出口包括在其实体采购中’（重点强调）。然而，这些 S&DT 条款无疑只会给予发展中国家获得这种特许权的可能性而不是自动的权利。在协商过程中，发展中国家不得不更加努力为了从这种特许权中获利，而这些条款能否有效很大程度上取决于发达国家的意愿。

然而，值得注意的是为了吸引发展中国家的参与，暂时修订的版本给予它们最新的优先权因而 S&DT 条款做出了重大改变。⁴⁸例如第四条（1）：新修订的 GPA 版本暂定的有关发展中国家加入条约的新的过渡性措施清楚的表明了在哪种情况下这些措施是可行的。暂定版本中新的 S&DT 条款已经应用在了待定的加入谈判中了，即使新版本作为整体还未正式生效。⁴⁹

⁴⁶ Some developed countries, such as the US and the UK, have increasingly switched away from stringent transparency rules to greater reliance on the exercise of professional judgment of procuring officials. See S. Arrowsmith, 'Reviewing the GPA: The Role and Development of the Plurilateral Agreement after Doha', *J.I.E.L.* (2002) 761-790 at p.773

⁴⁷ See S. Arrowsmith, 'Transparency in Government Procurement: The Objectives of Regulation and the Boundaries of the World Trade Organization', (2003) *J.W.T.* 37(2) 283-303 at p.299

⁴⁸ For an evaluation and comparison on the S&DT provisions of the current GPA and those contained in the provisionally agreed revised GPA text, see A.C. Müller, 'Special and Differential Treatment and other Special Measures for Developing Countries under the Agreement on Government Procurement: the Current Text and New Provisions', in S. Arrowsmith and R. Anderson (eds.), above..

⁴⁹ Report (2006) of the WTO Committee on Government Procurement to the General Council (GPA/89, 11 December 2006), paragraph 20-21. Article IV of the revised text is expected to be renumbered as Article V of the revised GPA, without any changes in content.

10.2.2.4 横向政策⁵⁰

GPA 向其成员提供了相关政策的范围。其追求在自由贸易目标和合法的相关国内政策间实现平衡。

得益于 2.2.2 部分里提到的灵活方式，各成员国如果希望利用一些实体产业的采购或者合同来促进其工业、社会或者环境政策的发展，它们可以将这些特定的实体采购或者这类合同都排除在协议覆盖范围之外。对于各成员国来说在特定项目的特别减损协商中把采购作为一项政策工具也是可能的，尽管可以想象这样的减损只是暂时的。许多成员国如美国、加拿大和日本对于具体的现存项目已经有了减损。例如，对于美国来说该协议不适用于所有覆盖范围中的实体企业的小型企。 ⁵¹

然而，GPA 规则严格限制其成员国在所提及的采购行为中执行附属政策的能力。首先，这样的采购附带使用如果有歧视性影响的话将受到国民待遇规则的管制。显然，对于所覆盖的采购来说支持非竞争性国内产业的举措在表面上是被禁止的。其次，即使没有歧视，有关合同授权程序的详细规则也会影响一个采购机构为了附属目的而使用采购的能力。将资格条件举例，第八条（b）明确要求资格条件只针对那些‘确保公司有履行合约来说是至关重要的’，因此如果一家公司达不到特定的社会或环境标准例如对于妇女提供同等机会或者是拥有良好的环境记录，采购单位也不可能取消该公司的竞标资格。 ⁵²

此外，GPA 也明确禁止依照特别条款而针对发展中国家补偿⁵³的使用。然而，考虑到特定附属的一致性，遵照 GPA 的采购使用上总是不够清楚。例如，仍不清楚是否社会或者环境的考量可以作为合同授权标准。第十三条（4）允许把合约授予给在提前设立的特定评估标准中‘最具有优势的’投标人，但对于何种标准应该在这种环境中使用并没有进一步说明。 ⁵⁴这种法律中的不确定性给采购方和政府都带来了诸多切实的问题。

⁵⁰ On horizontal policies and the GPA see generally S. Arrowsmith, *Government Procurement in the WTO* (London: Kluwer Law International 2003), ch. 13; S. Arrowsmith, "Public Procurement as a Tool of Policy and the Impact of Market Liberalisation" (1995) 111 *Law Quarterly Review* 235; P. Kunzlik, "Environmental Issues in International Procurement", ch. 11 in S. Arrowsmith and A. Davies (eds.), *Public Procurement: Global Revolution* (The Hague: Kluwer Law International 1999); P. Kunzlik (ed.), *The Environmental Performance of Public Procurement* (2003); (OECD publication) C. McCrudden, *Buying Social Justice: Equality, Government Procurement, & Legal Change* (Oxford: OUP 2007) C. McCrudden, "International Economic Law and the Pursuit of Human Rights: a Framework for Discussion of the Legality of "Selective Purchasing" Laws under the WTO Procurement Agreement" (1999) 2 *Journal of International Economic Law* 3; C. McCrudden, "Social Policy Issues in Public Procurement: a Legal Overview", ch. 12 in S. Arrowsmith and A. Davies (eds.), *Public Procurement: Global Revolution* (The Hague: Kluwer Law International 1999); C. McCrudden and S. Gross, "WTO Government Procurement Rules and the Local Dynamics of Procurement Policies: a Malaysian Case Study" (2006) 17 *European Journal of International Law* 151; H-J. Priess and C. Pitschas, "Secondary Criteria and Their Compatibility with EC and WTO Procurement – The Case of the German Scientology Declaration" (2000) 9 *Public Procurement Law Review* 196; A. Davies, "The National Treatment and Exceptions Provisions of the Agreement on Government Procurement and the Pursuit of Horizontal Policies", in Arrowsmith and Anderson (eds.), above.

⁵¹ The GPA, U.S. Appendix 1, General Notes

⁵² See GPA Article VIII.

⁵³ For the meaning of offset under the GPA, see the GPA Article XVI footnote 7.

⁵⁴ As a result, it can be argued that collateral criteria can be considered, however the EC and Japan are arguing that this provision is limited to economic criteria. See Massachusetts-Myanmar case, available at <http://www.wto.org/english/tratop_e/gproc_e/disput_e.htm>

10.2.2.5 政府间的争端解决程序⁵⁵

如果不是被 GPA 第二十二条中明确包含的特别条款所取代，WTO 的争端解决机制（‘DSM’）是可以适用的。设置纠纷的过程开始于要在争议双方中寻求到一个满意的解决方式。这样的解决方式是非司法或者外交性质的，然而，其又深受之前 WTO 争端解决机构（‘DSB’）所作出的正式的判决的影响。⁵⁶

DSB 的义务是‘保证协议覆盖范围中的成员国的权利和义务，解释现存条款’，它的建议和管制‘不能增加或者减少协议覆盖范围所规定的权利和义务’。⁵⁷遵守 DSB 裁定的条约，各成员国选择将争端解决的任务委托给适用公共商定规则的第三方司法机构，而不是通过制度性的谈判来解决争议。

DSB 所采纳的建议或者裁决对于相关成员国来说具有约束力。‘建议’一词的使用并没有暗示成员国可以自由决定其是否遵循它们。如同杰克逊所说的，被采纳的争议解决报告的总体效果‘对于争议双方遵守国际法律义务有实践效果’。⁵⁸DSB 监察被采纳建议和裁决的执行情况，并在得不到遵守的情况下将权力授予受害方。⁵⁹如果该国对于 DSB 的建议和裁决不予理睬，则其将面临严重的后果——或者是向申述方提供可接受的补偿或者是要面临报复性措施。

因为其具有政府间性质，WTO 争议解决机制下的争议双方都是其各个成员国。私营机构不能直接向 WTO 争议解决机制申诉。实际上，个人以及机构仍会在一国触发争议时施加影响，但是它们必须要说服政府将它们的诉求作为针对别国政府的国家诉求。

10.2.2.6 投标质疑程序

然而，尽管供应商不会直接诉求于争议解决机制，但是 GPA 要求建立国家审查程序以允许私人投标商在国内审查机构之前针对协议中包括的授予程序所作出的决定提出质疑，并为其寻求对于权利受损的补偿。在 GPA 第二十条中，要求各签约方在国家法院或者独立审查机构之前提供允许受害供应商质疑招标程序或者合同授予的国内立法程序。通过向受害供应商提供直接诉诸国内法律裁

⁵⁵ See Arrowsmith, *Government Procurement in the WTO*, above, chapter 14; C. Schede, “The “Trondheim” Provision in the World Trade Organisation Agreement on Government Procurement” (1996) 5 *Public Procurement Law Review* 161; F. Weiss, “Dispute Settlement under the “Plurilateral Trade Agreements”: The Case of the Agreement on Government Procurement”, ch. 15 in E-U. Petersmann (ed.), *International Trade Law and the GATT/WTO Dispute Settlement System* (London: Kluwer Law International 1997).

⁵⁶ See the DSU Art.2

⁵⁷ See the DSU Art. 3.2

⁵⁸ See J. H. Jackson, *The Jurisprudence of GATT and the WTO: Insights on treaty law and economic relations* (2000: Cambridge University Press) at pp.127. Another view, however, is that DSB rulings may only amount to mere recommendations as there is no obligation under the GATT to obey the results of the dispute settlement procedures.

⁵⁹ See the DSU Art. 22

决的途径，GPA 可以利用完善的国家司法系统来强制执行其规则。

然而，值得注意的是任何在国家质疑程序下的补救措施都只有在相关国家将 GPA 规则纳入本国法律的情况下才有效。大多数国家的司法系统对于国际协议没有直接影响，只有相关国家立法将该协议采纳并施行才能发挥其效力。因此，受损的供应商将与 GPA 不相一致的行为诉诸于国内的审查机构并不能得到赔偿，除非这样的行为在其国内法律中也是被禁止的。例如，如果一个国家保留其国内立法中与 GPA 不相适应的歧视性措施，并且对于超越其国内规则的条例的重大影响力也没有统一认识，那就不可能有补救措施。

10.3 区域工具规范采购走向市场自由化

10.3.1 简介

除世界贸易组织的倡议之外，开放的公共采购市场日益成为区域贸易协定（RTAs）的目标。举例而言，本节将探讨一些区域贸易目标的主要采购工具：欧盟采购规则；北美自由贸易协定第 10 章；东南非共同市场指令以及 APEC 非约束性的政府采购原则。

10.3.2 欧洲联盟（欧盟）采购制度⁶⁰

10.3.2.1 简介、目标和监管办法

目前欧盟成员国为奥地利，比利时，保加利亚，塞浦路斯，捷克共和国，丹麦，爱沙尼亚，芬兰，法国，德国，希腊，匈牙利，爱尔兰，意大利，拉脱维亚，立陶宛，卢森堡，马耳他，波兰，葡萄牙，罗马尼亚，斯洛伐克，斯洛文尼亚，西班牙，瑞典，荷兰，英国。欧盟采购制度是一个发达的地方制度，这也在很大程度上作为后续采购制度典范，并已对当前的政府采购协定发展产生重大影响。

⁶¹

欧盟采购的法律规则的主要有两个来源。第一个是欧洲联盟的运作时的普遍自由流动原则，这形成欧洲采购框架的基础。⁶²另一个欧盟采购规则包含主要接

⁶⁰ See generally the Asia Link companion textbook *EU Public Procurement Law*; S. Arrowsmith, *The Law of Public and Utilities Procurement* (2nd ed) (London: Sweet & Maxwell 2005); P. Trepte, *Public Procurement in the EU: a Practitioner's Guide* (Oxford: OUP 2007); J.M. Hebly (ed.), *European Public Procurement: History of the 'Classic' Directive 2004/18/EC* (2007, Kluwer Law International); S.E. Hjelmberg and P.S. Jakobsen, *Public Procurement Law – the EU directive in public contracts* (Copenhagen: Djøf 2006); R. Nielsen and S. Treumer (eds), *The New EU Public Procurement Directives* (Copenhagen: Djøf 2005); L. Digings and J. Bennett, *EC Public Procurement: Law and Practice* (looseleaf) (London: Sweet & Maxwell 1992); C. Bovis, *EC Public Procurement: Case Law and Regulation* (Oxford: OUP 2006); C. Bovis, *Public Procurement in the European Union* (Basingstoke: Palgrave MacMillan 2005).

⁶¹ Gordon, Rimmer and Arrowsmith, 'The Economic Impact of the European Union Regime on Public Procurement: Lessons for the WTO', in Arrowsmith and Davies (ed), *Public Procurement: Global Revolution* (Kluwer Law International Ltd, 1998) at pp. 28.

⁶² On the application of the Treaty to procurement see generally the Asia Link companion textbook *EU Public Procurement Law*, chapter 3; S. Arrowsmith and P. Kunzlik, 'EC Regulation of Public Procurement', chapter 2 (pp.55-107) in Arrowsmith and Kunzlik (eds), *Social and Environmental Policies in EC Procurement Law: New Directives and New Directions* (2009; CUP); S. Arrowsmith, *The Law of Public and Utilities Procurement* (2nd ed) (London: Sweet & Maxwell 2005), chapter 4; P. Trepte, *Public Procurement*

触调节一系列程序授予指示。除了指令的补救措施, 欧盟指令可分为两类: 公共部门的指令⁶³和公用事业指令。⁶⁴

欧盟的采购规则的主要目的是消除限制性采购做法, 到目前为止, 因为它们影响成员国之间的贸易, 在公共部门的采购影响下实现了单一市场的全部好处。⁶⁵欧盟指令, 如 GPA, 旨在通过遵循详细的透明的程序来确保对主要采购实体没有歧视, 使得隐藏程序越来越困难。

10.3.2.2 覆盖范围

从政府产业署的灵活的覆盖方式不同, 欧盟的规则范围是所有会员国一致, 排除任何特定的实体或部门减损的可能性。至于公营部门的指令所涉及的机构, ⁶⁶实体范围内的指示的, 被称为'订约当局', 这是范围公共部门的指示第一条界定的。⁶⁷一个非商业性质的公共机构大致涵盖了公共部门的指示, 在主管机关可能承受重大压力, 有利于民族工业的目的。⁶⁸此外, 这种指令仅适用于'为金钱利益签订书面合同', ⁶⁹和其价值超过一定的金融门槛。⁷⁰某些合同明确排除在指令范围之外。⁷¹

in the EU: a Practitioner's Guide (Oxford: OUP 2007), p. 1-27; F. Weiss, *Public Procurement in European Community Law* (London: Athlone Press 1993), p. 18-32; M. Krugner, "The Principles of Equal Treatment and Transparency and the Commission Interpretative Communication on Concessions" (2003) 12 *Public Procurement Law Review* 181; F. Neumayr, "Value for Money v. Equal Treatment: The Relationship Between the Seemingly Overriding National Rationale for Regulating Public Procurement and the Fundamental EC Principle of Equality of Treatment" (2002) 11 *Public Procurement Law Review* 215.

⁶³ Directive 2004/18/EC of the European Parliament and of the Council of 31 March 2004 on the coordination of procedures for the award of public works contracts, public supply contracts and public service contracts, 2004 O.J.(L 134)114

⁶⁴ Directive 2004/17/EC of the European Parliament and of the Council of 31 March 2004 coordinating the procurement procedures of entities operating in the water, energy, transport and postal services, 2004 O.J.(L 134)1

⁶⁵ Arrowsmith, *The Law of Public and Utilities Procurement* (London: Sweet & Maxwell, 2nd Edition 2005) at pp.48

⁶⁶ See generally the Asia Link companion textbook *EU Public Procurement Law*, chapter 4; S. Arrowsmith, "The Entity Coverage of the EC Procurement Directives and UK Regulations" (2004) 13 *Public Procurement Law Review* 59; E. Papangelis, "The Application of the EU's Works, Supplies and Services Directives to Commercial Entities" (2000) 9 *Public Procurement Law Review* 201; S. Arrowsmith, *The Law of Public and Utilities Procurement* (2nd ed) (London: Sweet & Maxwell 2005), Ch. 5; P. Treppe, *Public Procurement in the EU: a Practitioner's Guide* (Oxford: OUP 2007), Ch. 2; J. Garcia-Andrade and P. Athanassiou, "Reflections on the status of independent national authorities under Community public procurement law" (2007) 16 *Public Procurement Law Review* 305.

⁶⁷ According to Directive 2004/18/EC Art 1 (9), 'Contracting authorities' means the State; local and regional authorities; bodies governed by public law and association formed by, and the concept of 'bodies governed by public law' is further defined in detail to cover any body, 'established for the specific purpose of meeting needs in the general interest, not having an industrial or commercial character'; or any body has legal personality and either is financed for the most part by a contracting authority, or is subject to management supervision by a contracting authority, or has an administrative, managerial or supervisory board more than half of whose members are appointed by a contracting authority.

⁶⁸ Arrowsmith, *The Law of Public and Utilities Procurement*, above, at pp.106

⁶⁹ Directive 2004/18/EC Art.2(a).

⁷⁰ Directive 2004/18/EC Art 7 specifies the different value thresholds for various kinds of public sector contracts. Moreover, Art 9 (3) expressly prohibits purchasers from splitting up purchases in order to bring the value of each contract below the specified threshold and thus circumvent the application of the directives. Art. 9 (4) also lay down 'aggregation rules' which makes it difficult to avoid the rules by contract splitting.

⁷¹ Directive 2004/18/EC S.3 excluded contracts Art.12-18.

由公用事业指令所覆盖的,⁷²往往是那些有竞争限制的和对各国具有重要影响的活动。关于实体的覆盖面,通过广泛的办法,大部分相关行业的经营实体,从表面上看,是附属于指令的。三组实体覆盖与法案第2条第一款关于新的实用程序指令相关⁷³: '订约当局'⁷⁴; '公益事业'和实体开展,它们是以'特殊或专属权'为基础的活动。特殊或专属权的意义在于在提供决定指令范围方面起重要作用。类似于公共部门的指令,公用事业指令也只适用于超过一定的阈值⁷⁵数量的合同以及覆盖范围内大量的豁免。⁷⁶

此外,由于各种原因与指令不相关的由公共机构所授予的合同,当它们与跨境管辖相关,将有欧盟条约来管理。⁷⁷人们早就认识到,这些条约义务要求公共机构在公共采购过程中不要歧视其他会员国。最近在欧盟司法法院认为,这些非歧视的义务,也暗示了公共机构在宣传他们的合同时的一种透明度义务以及与一定透明程序相适应的奖励制度,法院也正在从公共采购指令中获取启示。⁷⁸

10.3.2.3 规则的主要特点

欧盟条约义务对会员国具有法律的约束力,没有国家实施强制措施执行的必要性,而指令定义在一个法律框架下,在约束规则转成国家立法规则的此段时间

⁷² Directive 2004/17/EC S.2 set out activities covered relating to the provision or operation of gas, heat, and electricity (Art.3); water (Art.4); transport services (Art.5); postal services (Art.6); the exploration for, or extraction of oil, gas, coal or other solid fuels, as well as ports and airports (Art. 7); and contracts covered several above activities (Art.9). The non-exhaustive lists of contracting entities within the meaning of this directives can also be found in Annexes I to X. On the entities and activities covered by the utilities directive see further the Asia Link companion textbook *EU Public Procurement Law*, chapter 7; A.Brown, "The Extension of the Community Public Procurement Rules to Utilities" (1993) 30 C.M.L.Rev. 721; S. Arrowsmith, *The Law of Public and Utilities Procurement* (2nd ed) (London: Sweet & Maxwell 2005), chapter 15; P. Trepte, *Public Procurement in the EU: a Practitioner's Guide* (Oxford: OUP 2007), chapter 3; T.Kotsonis, "The Definition of Special or Exclusive Rights in the Utilities Directive: *Leased Lines or Crossed Wires*" (2007) 1 P.P.L.R. 68; S.Arrowsmith, "Deregulation of Utilities Procurement in the Changing Economy: towards a Principled Approach?" (1997) 7 E.C.L.Rev. 4; M. Bronckers, "The Position of Privatized Utilities under WTO and EU Procurement Rules" 1996/1 *Legal Issues in European Integration* 145 .

⁷³ Directive 2004/17/EC Art.2(1)

⁷⁴ Its meaning is the same as 'contracting authorities' under the public sector procurement directives. Most of the contracts of these entities are governed by the public sector directives, but their contracts in relation to utility activities are governed instead by the utilities directive

⁷⁵ Directive 2004/17/EC Art.16

⁷⁶ Directive 2004/17/EC Art.18-26, such exemptions are based on the fact that the entity in question is subject to some form of competitive pressure which provides sufficient incentive for it to resist any governmental pressure for 'buy national'.

⁷⁷ For detailed information, see Braun, 'A Matter of principles- the Treatment of Contracts Falling outside the Scope of the European Public Procurement Directives' (2000) *Public Procurement Law Review* 2000, 1, 39-48

⁷⁸ On this development, including for critique, see Braun, above; S. Treumer and Werlauff, "The Leverage Principle: Secondary Law as a Lever for the Development of Primary Community Law" (2003) 28(1) *ELRev* 124; A. Brown, "Seeing Through Transparency: the European Court's Case Law on the requirement to Advertise Public; Contracts and Concessions under the EC Treaty" (2007) 16 *Public Procurement Law Review* 1; P. Horijk and M. Meulenbelt, "A Bridge Too Far: Why the European Commission's Attempts to Construct an Obligation to Tender outside the Scope of the Public Procurement Directives should be Dismissed" (2005) 14 *Public Procurement Law Review* 123; D. McGowan, "Clarity at Last? Low Value Contracts and Transparency Obligations (2007) 16 *Public Procurement Law Review* 274.

内每个会员国要承担具有法律约束力的义务。根据欧盟条约第 249 条, 指令是'结果取得的约束力', 而不是'国家机关丧失形式和方法的选择权'。

像 GPA 一样, 以相同的方式设置最小的标准, 而非一套完整的规则, 欧盟采购制度是本来是一个广泛的框架, 由本国立法决定各国所享有的自由裁量权。欧盟条约设定了一般规则构成了欧洲公共采购框架, 然而指示依赖于条约原则支持下原则的透明度。然而, 欧盟采购规则在代表了在实施自由裁量权时比 GPA 更严格的方法。比法律条文规定更详细的义务已经在 CJEU 中做了一般的解释。⁷⁹随着司法解释的发展, 事实上现在 GPA 和欧盟规则之间在细节和严格程度存在巨大差异, 尽管但两种制度规定从表面上看, 后者比前者更详细。

一方面, 较高的精度水平在规则本身可能并不一定意味着更大的限制, 而只是更清晰的处理。例如, 欧盟指令中新的明确的框架、拍卖和电子通信指令规定有助于消除法律的不确定性, 而不是限制使用这些国家的自由。另一方面, 欧盟的规则的特点尤其是 CJEU 对其普遍的解释许多方面限制了各国的自由裁量权。

以 CJEU 中平等待遇原则的解释为例, 这一原则首先阐明了在 *Storebaelt* 法院⁸⁰。在这种情况下, 法院认为 *Storebaelt*, 采购实体, 接受了一项不符合投标条件基本要求的投标, 侵犯了平等待遇原则。法院还明确表示, 即使没有明确的书面规定, 指令的核心在于成员国具有遵守平等待遇原则的义务⁸¹。从那时起, 法院不需要明确的解释就可以适用这一原则来审理案件。⁸²

在 *Fabricom* 案件中, 法院指出, '平等待遇的原则要求相似的情况不应被区别对待, 不同的情况不能以同样的方式处理, 除非这样处理是客观合理的'。⁸³在如此确定的原则下, 法院在确定'相似'或'不同'的意义和需要的辩护理由方面有广泛的自由裁量权。⁸⁴

阿罗史密斯, 在最近的一篇文章中⁸⁵, 在决定在何种情况下采购实体可以以不同的方式对待两家供应商的 CJEU 法律判例中, 说明各国自由裁量权如何日益减少。在 *Fabricom*, 法院认为, 比利时法律禁止所有人在招标过程中参与筹备工作, 因为它与指令不相称。正如法院所解释, 规则'超出了实现所有投标者实现同等待遇的目标的必要', 以及平等对待的原则可以通过限制较少的方法实现。因此, 在 *Fabricom* 均衡性测验中, 进一步限制了平等待遇原则下各国的自由裁量权。

此外, 即使在明确的立法和判例法的情况下, 各国的自由裁量权也受到这些广泛解释原则模糊性的影响。举例来说, 既没有法律规定或明确的司法解释来处理欧盟制度下'逾期投标'的问题。时间限制规则,⁸⁶是确保供应商有足够的时

⁷⁹ For detailed discussion, see S. Arrowsmith, "The Past and Future Evolution of EC Procurement Law: from Framework to Common Code?" (2006) 35 *Public Contracts Law Journal* 337.

⁸⁰ Case C-243/89, *Commission v Denmark* [1993] E.C.R. I-3353

⁸¹ *Ibid.* para.33

⁸² For example, Case C-87/94, *Commission v Belgium* [1996] E.R.C. I-2043; Case C-16/98, *Commission v French Republic* [2000] E.R.C. I-8315

⁸³ See Case C-21/03, *Fabricom v Etat belge* [2005] E.R.C. I-1559, para.27

⁸⁴ See Arrowsmith, 'The Past and Future Evolution of EC Procurement Law: from Framework to Common Code?', above, at p.41

⁸⁵ *Ibid.* at pp.41-46

⁸⁶ See Art.38(1) of the public sector directive

间准备和提交标书, 这不应该限制各国在决定接受逾期的投标时的自由裁量权, 因为截止日期仅仅是采购实体出于自身的便利指定的。

然而, 采购实体能否被允许自由地接受迟交的投标书仍取决于法院如何适用平等对待原则。它可以被解释为采购实体被允许接受逾期的投标书, 只要它给其他供应商同等的机会, 而不是给一个特定的供应商使其在延长的期限内完善其投标书;然而, 然而, 平等对待的原则另一种解释为, 采购实体坚持自身设置一些规则, 而非接受迟交的投标书, 未将其应用到一个涉及他人的不平等待遇的供应商上。⁸⁷由于这一原则的含义不明晰性, 各国在决定是否接受逾期的投标书时, 由于惧怕违反此项原则, 特别是考虑到 CJEU 的限制性的解释, 其自由裁量权受到限制。于是可以认为, CJEU 的扩张性的司法解释在自由贸易的目标和其他国内问题的监管之间谨慎权衡时存在风险。

10.3.2.4 横向政策⁸⁸

根据欧盟的采购制度, 许多采购的横向使用被禁止: 任何担保政策的实施都被由欧盟条约所产生的不歧视原则所限制。大多数利用采购, 以促进国内产业或区域的发展将不可避免地涉及对外国供应商的歧视, 因此, 由欧盟条约禁止的。例如, 在杜邦案例中⁸⁹, CJEU 裁定, 意大利立法保留在一个特定区域的公共供应合同的比例建立事业是与第 28 条不符, 因为这样的优惠制度构成对其他会员国原产产品的歧视。

同时, 利用采购抵押品追求目标还主要限制在所规定的授予程序指令下的详细规则。不同的是根据政府产业署的立场, 欧盟成员国不得将其排除在担保政策的实施, 由于欧盟的均匀覆盖到所有会员国的欧盟规则覆盖的某些实体或采购类型。欧盟规则方面, 基本上反映了对采购, 推广的基础上, 这种政策可能涉及歧视和伤害的透明度和竞争政策方面的限制抵押办法。⁹⁰例如, 在鼓励合同中一般不考虑社会或环境标准, 除非这些标准'联系在一起的合同的争议事项有问题, 需要作新的明确法规⁹¹, 这样的法规在 GPA⁹²下代表更为严格的要求。欧盟条款

⁸⁷ See Arrowsmith, *The Law of Public and Utilities Procurement* (London: Sweet & Maxwell, 2nd Edition 2005) at pp.458-459

⁸⁸ See generally S. Arrowsmith and P.Kunzlik (eds.), *Social and Environmental Policies in EC Procurement Law: New Directive and New Directions* (2009; CUP); R. Caranta and M. Trybus (eds), *The Law of Social and Green Procurement in Europe* (Djof publishing, 2010); C. McCrudden, *Buying Social Justice: Equality, Government Procurement, & Legal Change* (OUP; 2007); S. Arrowsmith, *The Law of Public and Utilities Procurement* (2nd ed) (London: Sweet & Maxwell 2005), chapter 19 ; J. Arnould, "Secondary Policies in Public Procurement: the Innovations of the New Directives" (2004) 13 *Public Procurement Law Review* 187; S. Arrowsmith, "An Assessment of the New Legislative Package on Public Procurement" (2004) 41 *Common Market Law Review* 1277, section 12; P. Trepte, *Public Procurement in the EU: a Practitioner's Guide* (Oxford: OUP 2007), p.63-87; J.M. Fernandez Martin, *The EC Public Procurement Rules: A Critical Analysis* (Oxford: Clarendon Press 1996), chapters 2 and 3.

⁸⁹ Case C-21/88, *Du Pont de Nemours Italiana SpA v. Unita Sanitaria Locale No.2 di Carrara* [1990] 1 ECR 899. In contrast, the EU Member States are, subject to certain controls, allowed to promote regional development through subsidies which are considered more efficient and less trade-distorting means.

⁹⁰ S. Arrowsmith, 'An Assessment of the New Legislative Package on Public Procurement', (2004) 41 *C.M.L.R.* at pp.1306-1307

⁹¹ See Directive 2004/18/EC Art.53(1) and Directive 2004/17/EC Art.55(1). Also, the directives provide an illustrative but non-exhaustive list to illustrate the requirement.

⁹² As previously mentioned, the GPA allows a contract award to the tender which is considered to be the 'most advantageous' and it does not expressly refer to the most 'economically' advantageous tender. Therefore it is not clear either whether non-economic criteria can be considered or whether the award

在这一领域严格的限制性和不可靠的条款备受质疑。⁹³鉴于欧盟的限制性办法对其成员的采购使用,以支持国家政策,这是值得注意的一个不同的方法,与利用采购,以促进欧盟的政策适用。例如,根据新的指令,成员国有责任排除参与犯罪组织,贪污,诈骗,洗钱,如欧盟的有关文书确定,被定罪的公司,以支持欧洲的刑事政策。⁹⁴

10.3.2.5 争端解决程序:政府间,集中执行⁹⁵

欧盟采购条例有先进的中央集权的执法制度,在此制度下 CJEU 用他的力量被授予裁决纠纷,阐述了协商一致的规则和授权强制措施。在欧盟采购制度里 CJEU 占据非常重要的地位,而司法机关则被放在一个尴尬的位置。CJEU 条款对争议双方都有约束力。如果 CJEU 发现违反规则的一个机构的有关成员国负责,那么这个国家将采取必要措施来履行判决⁹⁶。如果政府不这么做,那么 CJEU 将不会给予救济并予以罚款。诉讼过程中,CJEU 前暂行办法可以暂停订立的合同。CJEU 审理之前,欧洲委员会⁹⁷和其他成员国⁹⁸也会参与诉讼。实际上,几大部分的诉讼机制都留给了委员会予以保护欧盟条约。⁹⁹如其他的政府间合作一样,成员没有独立的权利直接诉讼政府。法律救济留给成员的唯一的途径就是向委员会提交诉求以期待委员会进行积极的诉讼。委员会也许会让成员自主进行,但一般是拒绝或者自己全权处理。¹⁰⁰

委员会有一个非常重要的角色就是追责那些违反欧盟法律的行为,这项任务也被认为是欧盟强制系统的一个最大的特征。至于其他采购机制涉及代表团正式的裁决权力如 GPA 的任务信息检测与校正制度在很大程度上依赖一个国家的诉讼挑战,对另一种可能是受到他们自己的政治利益,而不是的价值的赏析整个系统。相比之下,欧盟委员会,一个机构在很大程度上不成员国的,是一个更好的位置采取普遍关注社会。

criteria must be related to the subject matter of the contract as required under the EU rules.

⁹³ Arrowsmith, 'the Past and Future Evolution of EC Procurement Law: from Framework to Common Code?', above, at p 44.

⁹⁴ See Directive 2004/18/EC Art.45(1) as well as Directive 2004/17/EC Art 54 (4) by cross reference to the public sector rules. For utilities the obligation only applies to utilities that are also contracting authorities; other utilities merely have the option to exclude on these grounds. On this mandatory exclusion see S. Williams, "The Mandatory Exclusions for Corruption in the New EC Procurement Directives" (2006) 31 *European Law Review* 711.

⁹⁵ See the Asia Link companion textbook *EU Public Procurement Law*, chapter 11; A. Delsaux, "The Role of the Commission in Enforcing EC Public Procurement Rules" (2004) 13 *Public Procurement Law Review* 130; S. Arrowsmith, "Enforcing the Public Procurement Rules: Proceedings in the Court of Justice and the National Courts", in S. Arrowsmith, *Remedies for Enforcing the Public Procurement Rules* (Winteringham: Earls Gate 1993), p.4-43; J.M. Fernández Martín, "The European Commission's Centralised Enforcement of Public Procurement Rules: a Critical View" (1993) 2 *Public Procurement Law Review* 40; D. Pachnou, "Factors influencing bidders' recourse to the European Commission to enforce EC procurement law" (2005) 14 *Public Procurement Law Review* 91; S. Arrowsmith, "The Community's Legal Framework on Public Procurement; the Way Forward at Last?" (1999) 36 *Common Market Law Review* 13, section 4; S. Arrowsmith, *The Law of Public and Utilities Procurement* (2nd ed) (London: Sweet & Maxwell 2005), 1444-1464; P. Trepte, *Public Procurement in the EU: a Practitioner's Guide* (Oxford: OUP 2007), ch.7.

⁹⁶ Article 260 TFEU (ex Article 228 TEC)

⁹⁷ Article 260 (2) TFEU (ex Article 228 TEC)

⁹⁸ Article 259 TFEU (ex Article 227 TEC)

⁹⁹ Article 258 TFEU (ex Article 226 TEC)

¹⁰⁰ This position has been confirmed by the CJEU, see Case C-191/95 *Commission v Germany*, judgment of 29 September 1998; Case 247/87 *Star Fruit v Commission* [1989] ECR 291.

10.3.2.6 供应商的救济方法¹⁰¹

然而，国家级的供应商的执行力被认为是优先的执法机制。欧盟成员被强迫要求执行欧盟采购条例。一般条约准则要求被使可得到有效的疗法，因为所有违反欧盟公共采购规则，但也有一个很具体的要求的情况下，政府执行合同涉及的采购指令。¹⁰²如 GPA 方法，成员国设计他们自己的自由赔偿制度提供一定的最低标准——但是它们遇到指示的最低标准，特别是证明是严格 2006 年最近修改这些救济措施规定。¹⁰³他们包括在司法机构之前的审查，具体的补救措施(包括权利中止，非法的先合同设置以及损害赔偿金)和要求停止期间在通知合同授予决定。同时事实上还包括给予供应商时间来应对终止的合同。¹⁰⁴在一些情况下，包括冻结条款的违法行为，还有欧盟官方杂志上没有刊登的先前判决的非法的单向判决。这些合同都是无效的。¹⁰⁵

相比较 GPA 下的角色，国家审查机构如果自己解决不了的时候，就会针对欧盟条约在 CJEU 条约中寻找一个预备解释。二者的联系将确保欧盟条约解释的一致性。

此外，直接影响的概念的一个最显著特点是欧盟规则的能力，涉及到欧盟规则以赋予权利对个人可以执行国家法院。该学说的直接效应首先是由在凡 Gend 恩洛斯¹⁰⁶，它的效果有两个层次：在政府一级，委员会有权利在 CJEU 之前针对不合要求的国家。在国家一级，个体有权利越过国家法院直接诉诸 CJEU。法院还明确表示，并非所有欧盟规则有直接的影响¹⁰⁷，奠定了曙光一试条约的规定将举行有直接的影响，欧盟，他们起初认为没有直接有效的指令。然而该 CJEU 认为在凡达因案的指令可直接持有效的直接影响，如果条件得到满足。¹⁰⁸至于采购指

¹⁰¹ See the Asia Link companion textbook *EU Public Procurement Law*, chapter 11; S. Arrowsmith, *The Law of Public and Utilities Procurement* (2nd ed) (London: Sweet & Maxwell 2005), 1435-1441; A. Brown, "Effectiveness of Remedies at National Level in the Field of Public Procurement" (1998) 8 *Public Procurement Law Review* 9; J.M. Fernandez Martin, *The EC Public Procurement Rules: A Critical Analysis* (Oxford: Clarendon Press 1996), chapters 7-10; D. Dingel, *A Harmonization of the National Judicial Review of the Application of European Community Law* (The Hague: Kluwer Law International 1999); A. Cox, *Public Procurement in the EEC: the Single Market Rules and the Enforcement Regime after 1992* (Winteringham: Earls Gate 1993), p. 241-254; S. Arrowsmith, "Public Procurement: Example of a Developed Field of National Remedies Established by Community Law", in H-W. Micklitz and N. Reich (eds) *Public Interest Litigation before European Courts* (Baden-Baden: Nomos Verlagsgesellschaft 1996); D. Pachnou, "Bidders' Use of Mechanisms to enforce EC Procurement Law" (2005) P.P.L.R. 256; D. Pachnou, "Enforcement of the EC Procurement Rules: The Standards Required of National Review Systems under EC Law in the Context of the Principle of Effectiveness" (2000) 9 *Public Procurement Law Review* 55; D. Pachnou, "Direct and Indirect Effect of Directives and State Liability: Their Applicability in Relation to Procurement Remedies" (2000) 9 *Public Procurement Law Review* 251.

¹⁰² See Directive 89/665/EEC, [1989] O.J. L395/33

¹⁰³ Directive 2007/66/EC, [2007] OJ L335/31. See J. Golding and P. Henty, "The new Remedies Directive of the EC: standstill and ineffectiveness" (2008) 17 *Public Procurement Law Review* 146; Clifton, M.-J. "Ineffectiveness-The New Deterrent: Will the New Remedies Directive Ensure Greater Compliance with the Substantive Procurement Rules in the Classical Sectors?" *Public Procurement Law Review* 2009 4 165.

¹⁰⁴ See Asia Link companion textbook *EU Public Procurement Law*, chapter 11; Golding and Henty above;

¹⁰⁵ See, in particular, Asia Link companion textbook *EU Public Procurement Law*, chapter 11; Clifton, above.

¹⁰⁶ See Case 26/62 Van Gend en Loos v Nederlandse Administratie der Balastingen [1963] E.C.R. I para.3

¹⁰⁷ Ibid.

¹⁰⁸ Case 41/74 Van Duyn v Home Office [1974] E.C.R. I-1337.

令，它现在已经被排除法院管辖的合同授予程序的实质性规则的最直接的影响。¹⁰⁹这意味着，如果一个国家不采取执行措施或者采取的措施不符合该指令具有直接影响，受影响的缔约方将有权依赖该指令对违约状态。这之间的指令和欧盟的国内法直接找到国际组织之间的联系是独一无二的。大多数的国际协定，如政府产业署，正如我们所看到的，只能生效或依据国内法律制度对通过法律注册成立或法定认可。

10.3.3 北美自由贸易协定¹¹⁰

10.3.3.1 简介，目标和监管办法

北美自由贸易协定是一个区域之间的加拿大，美国，墨西哥，这是在 1992 年签署并于 1994 年生效的自由贸易协定。公共采购的问题是在处理第 10 章北美自由贸易协定，这是作为北美自由贸易协定最杰出的成就以及最难以完成之一。

对北美自由贸易协定第 10 章的主要目的是采购自由化的措施，创造平衡，非歧视性的，可预见和透明的政府为所有会员国¹¹¹的企业采购机会。像欧盟及政府产业署所采用的方法，详细最低授予合同的程序性规则已经开始着手支持国民待遇，非歧视和透明度的一般原则。此外，在北美自由贸易协定第 10 章所载的义务的形式清楚地反映在欧盟的影响力和关贸总协定政府采购规则采购法。

10.3.3.2 范围

类似的政府采购协定的做法，并与欧盟规则相反，北美自由贸易协定第 10 章不包括为会员国一致的覆盖面，它只是列出了包括在附件实体 1001.a。为每个部分，其中包括联邦政府机构和企业的时间表。由于与国家和省级政府机构，谈判没有包括任何根据该制度，因此这种实体为国家和省级政府实体的名单，目前留空白。不过，三方承诺，以便展开进一步的谈判，最终使他们受到这一协议。¹¹²

北美自由贸易协定第 10 章接受'黑'名单的做法，在原则上包括所有商品和服

¹⁰⁹ These mainly include most rules of the public sector directives and the utilities directives such as the obligations for advertising, conducting the competition, criteria and evidence for qualification and award criteria. Many rules of the remedies directives which give states discretion over how to give effect to their obligations, however, do not have direct effect. See Arrowsmith, *The Law of Public and Utilities Procurement* (London: Sweet & Maxwell, 2nd Edition 2005) at p.1393.

¹¹⁰ See also, for example, S.Greenwold, "The Government Procurement Chapter of the North American Free Trade Agreement" (1994) 3 P.P.L.R. 129; C.Bovis, "Liberalising Public Markets in America: The North American Free Trade; Agreement (NAFTA) Government Procurement Code" (1993) 2 P.P.L.R. CS 115; K.Troy, "NAFTA Chapter 10: New Opportunities in North American Government Procurement Markets" in *The North American Free Trade Agreement* (Bello, Holmer and Norton eds.); A. Reich, *International Public Procurement Law: the Evolution of International Regimes on Public Purchasing* (1999), passim.

¹¹¹ C. Bovis, 'Liberalising Public Markets in America: the North American Free Trade Agreement (NAFTA) Government Procurement Code' (1993) 12 P.P.L.R. 115.

¹¹² See NAFTA Annex 1001.a3

务，除非特别豁免¹¹³。一般来说，北美自由贸易协定的方式报道类似的政府采购协定的(参考 2.2.2) 由当事人提供的覆盖范围主要是基于对等的市场机会，并最终结束了与非之间的最惠国协议各方相同待遇方面的原则。例如，(但不包括墨西哥公司) 加拿大的公司是无法获得在美国附表所列的大部分企业，直到加拿大政府开放其省级水电设施采购美国公司。¹¹⁴

此外，像大多数的国际采购制度，采购合同价值将需要超过一定的金融门槛，这样才能触发的北美自由贸易协定规则的应用¹¹⁵，与合同估价的规则也已到位，防止分裂合同的当事人，以避免根据该协议规定的义务。¹¹⁶

10.3.3.3 规则的主要特点

北美自由贸易协定是一份具有法律约束力的文书。它规定，各国应确保所有必要采取措施，以落实本协定的规定'。¹¹⁷北美自由贸易协定规则非常相似，如果不相同，在几乎每一个方面的政府采购协定的。打个比方，就像 GPA，北美自由贸易协定还允许各国之间的正常开放和选择性招标的合同自由选择，与有限在特定情况下，其定义几乎相同，根据政府采购协定是与一些增补招标例外。¹¹⁸

类似的政府采购协定，北美自由贸易协定，包括特殊和差别待遇条款，墨西哥，它的唯一的发展中国家成员。北美自由贸易协定附件 1001.2a 过渡性条文，订明向市场提供特别优惠，墨西哥，一方面就其采购市场的逐步开放，并暂时软化对其他为墨西哥某些程序要求。

10.3.3.4 横向政策

加拿大和美国有很多现有方案或立法方面的采购作为政策工具的使用，而墨西哥政府对其享有广泛的控制国家重点行业。因此，抵押品利用采购问题已收到根据北美自由贸易协定，像政府采购协定或欧盟采购规则，任何政策的实施，可抵押物受国民待遇和非歧视性规则¹¹⁹以及关于授予程序的透明度规则。北美自由贸易协定 1006 条明确禁止在补偿的资格和供应商，产品或服务 and 评标选择使用。¹²⁰偏移的措施被认为是产生贸易扭曲作用和北美自由贸易协定是第一个国际采购协议，它提供了对这些措施的明确禁止。¹²¹

¹¹³ Exceptions could be found in the areas of transportation, public utilities, research and development etc. See `NAFTA Annex 1001. b1 and b2

¹¹⁴ See NAFTA Annex 1001.1a Schedule of the United States, Note, and NAFTA Annex 1001.1a-1 Schedule of the United States, para.6.

¹¹⁵ The thresholds are set to rise in relation to the rate of inflation. See NAFTA Art.1001

¹¹⁶ See NAFTA Art.1002

¹¹⁷ See NAFTA Art.105

¹¹⁸ See NAFTA Article 1016.2 and the GPA Article XV.1

¹¹⁹ See NAFTA Art.1003

¹²⁰ See NAFTA Art.1006

¹²¹ Reich, note 3 above, p.268

如上所述, 政府产业署也纳入了类似的禁止, 为发展中国家的特别条款。根据不同位置的政府采购协定, 墨西哥作为一个发展中国家, 并不完全豁免遵守这项禁令, 但只允许在特定情况下施加有限的当地含量的要求。¹²²加拿大和美国被允许继续为小型和少数企业的现有设置旁白方案是允许的而墨西哥¹²³, 它不具有并行政序, 已获准分配一个非特定行业休耕但具体规定的限制。¹²⁴

此外, 有趣的是, 联合方案, 有针对小型企业的 1021 条规定的北美自由贸易协定, 这为对小企业委员会的成立, 以促进每个国家对小企业的采购政策要求。在北美自由贸易协定第 10 章自由贸易客观的看法, 这似乎有点奇怪, 包括根据该制度, 因为它们是歧视性的这种方案, 尽管事实是, 小企业本身可能是促进各会员国以及自己的国内问题值得。可以说, 这些方案将得到更好的理由, 如果他们必须要在每个会员的方式进行的设置旁白采购的机会也同样开放给小企业和少数人从所有三个当事方。¹²⁵

10.3.3.5 争端解决程序和申办挑战

第二十章北美自由贸易区提供了一个解决争端的手段¹²⁶包括其第 10 章的北美自由贸易区协议。像世贸组织设计标准手册, 北美自由贸易区的手册鼓励国家每到达一个令双方满意的解决方案, 如果真那样的话。¹²⁷如果不能达到这样一种解决方案, 咨询的任何一方可能要求成立一个特设的仲裁小组。小组将代表争议方做最终的决定, 来裁决结果措施是否与协议相一致。

但是, 仲裁决定是, 不自动适用并对双方具有约束力。而只是一种较好的建议: 收到最后报告争议平价须达成一项决议, '一般' 顺应小组的建议。¹²⁸如果仍未在这一阶段已达成相互协议, 申诉方可能停止贸易。¹²⁹然后, 争议方有权要求小组裁决停止贸易的行为是否合法。¹³⁰

北美自由贸易区的标准手册相比那些政府产业署与欧盟的反映了一个更多非正式的协定, 争议解决过程涉及政治谈判达成一项令双方满意的决议', 争议各方可以接受或拒绝仲裁决定而不需要通过任何法律途径。因此, 它代表一个混合法律和政治要素的标准手册。此外, 北美自由贸易区用标准手册明确体现倾向于通过执行小组决定只留给争议各方自己没有法律监督达成政治解决办法。这种系统可能可以说是歧视赞成的功能更强大的国家由于要在权力不对称情况下, 后者对前者的惩罚则更容易。

¹²² See NAFTA Annex 1001.2b Schedule of Mexico para.6.

¹²³ See NAFTA Annex 1001.2b Schedule of Canada, para.1(d); and Schedule of the United States, para.1

¹²⁴ NAFTA Annex 1001.2b Schedule of Mexico, para.3

¹²⁵ See Reich, *International Public Procurement Law: the Evolution of International Regimes on Public Purchasing* (1999), p.267.

¹²⁶ Except for the matters covered in Chapter 19 (Review and Dispute Settlement in Antidumping and Countervailing Duty Matters) and as otherwise provided in the Agreement.

¹²⁷ See NAFTA Art.2006 & Art. 2001

¹²⁸ See NAFTA Art.2018

¹²⁹ See NAFTA Art.2019.1

¹³⁰ See NAFTA Art.2019.3

再次，个体没有单独的诉讼权。私人供应商必须游说政府着手对北美自由贸易区，除了在政府间适用，在北美自由贸易协定要求成员国采取和维持一个投标挑战制度使受供应商也能参加到任何的采购过程中。¹³¹

10.3.4 (东南非共同市场) 的东部和南部非洲共同市场¹³²

10.3.4.1 介绍、 目标和管控方法

有很多的非洲成员国倡议，旨在开放等东部和南部非洲共同市场 例如阿拉伯马格里布联盟 (联盟) 和西非经济和货币联盟 (西非)。这一节将讨论东南非共同市场，其他的暂且不论，它是一个重要的制度和而且是唯一有英文版本的制度。

东南非共同市场成立于 1994 年¹³³，其目的是完全集成到一个经济联盟通过贸易和投资的东部和南部非洲国家¹³⁴采购，特定领域开放地区通过协调和改进国内系统的采购市场发起了东南非共同市场公共采购改革项目 ('PPRP')¹³⁵，欧盟与北美自由贸易区的采购规则不同，而是要开放和扩大贸易采购主要是通过非歧视的规则和透明度的要求。¹³⁶在 2003 年批准了 下，PPRP，东南非共同市场的公共采购框架。它是一组列明各项主要原则和现代国家的法律框架的基本组成部分的公共采购指令。

10.3.4.2 覆盖范围

东南非共同市场指令 A 部分，它包含的良好治理原则上一个适当的国家采购法的核心内容，因此它指出应为尽可能广泛应用¹³⁷，旨在加强区域的某些部分的改革主动行动的如全区域广告的投标机会。¹³⁸例如防卫相关采购和捐助方资助采购。

¹³¹ See NAFTA Art.1017

¹³² See also E. Nwogwugwu, "Towards the Harmonisation of International Procurement Policies and Practices" (2005) 14 P.P.L.R. 131.

¹³³ The 19 Member states of COMESA include Burundi, Comoros, D.R. Congo, Djibouti, Egypt, Eritrea, Eritrea, Ethiopia, Kenya, Madagascar, Malawi, Mauritius, Namibia, Rwanda, Seychelles, Sudan, Swaziland, Uganda, Zambia, Zimbabwe. See COMESA official website_ <<http://www.comesa.int/countries>>

¹³⁴ Karangizi, *Regional Procurement Reform Initiative* 10 (2003) (Paper presented at Joint WTO-World Bank Regional Workshop on Procurement Reforms and Transparency in Public Procurement for English Speaking Africa Countries), available at <http://www.wto.org/english/tratop_e/gproc_e/wkshop_tanz_jan03/karangizi1_e.doc>

¹³⁵ Ibid.

¹³⁶ However, it can be argued that the EU has resulted in significant de facto harmonisation in practice. Reich even argued that the GPA also had an important harmonising effect on its Member States' laws: Reich, 'The WTO as a Law-harmonizing Institution' (2004) 25 U. Pa. J. Int'l Econ. L.321 at pp.333-336.

¹³⁷ See the COMESA Directives: Essential Components of National Legal Frameworks, para.1.

¹³⁸ See the COMESA Directives: Essential Components of National Legal Frameworks, para.13, 14.

10.3.4.3 主要功能的规则

东南非共同市场指令是一种非约束性的性质。各成员国预计将自愿采取有关的国家立法，以落实这些指令。东南非共同市场指令主要以贸易法委员会的《货物采购示范法》¹³⁹ 为基础上开发的，如津巴布韦，根据其采购立法的国家将与东南非共同市场指令完全一致。

东南非共同市场指令更多上是一个框架协议，尽管这一事实，东南非共同市场本身旨在作为一个有目标的协调。有别于政府产业署、 欧盟指令或在北美自由贸易区，东南非共同市场制度并不包括合约的详细程序规则。相反，它规定了主要原则和现代国家的法律框架的基本组成部分中以一般的方式。东南非共同市场指令，例如包含没有规则，特别解决问题的 最小时间限制招标。

东南非共同市场指令设置了一个广泛的框架下，国家有非常广泛的酌情权来履行义务。再看采购规则，东南非共同市场的指示作为一项一般规则规定订约当局须使用招标采购货物或施工，正常方法和要求的顾问服务采购的建议。它提供了国家法律须指定类型的情况下，可以使用任何上述方法以外的方法，只要可以证明替代方法或如何进行这些合同程序根本没有指导意义。与政府产业署和欧洲联盟等其他制度的限制性做法不同，东南非共同市场允许国家根据自己的要求自由制订规则来应对正式竞争性投标带来的损失。

10.3.4.4 横向政策

东南非共同市场的 A 部分针对采购水平政策的执行限制没有明确的规则。相反，它促进参与的小型 and 中型企业纳入到国家采购法的核心要素。在这方面它还提供许多例子有利于建立企业平等低标书的小业务的措施。

而 B 部分，包括国民待遇和非歧视的原则。因此，受歧视性影响的平等的采购政策的实施将会受上述原则的保护。例如，在个别国家的国内投标人赞成首选的任何使用应替换为一个区域的首选项。此外，其他东南非共同市场各成员国的投标人不应禁止参与低于采购门槛的采购合同。不过，不同于欧盟规则下的位置（请参见 2.2.3 一 二段 3.2.3），由于没有相关的裁决程序的详细规则而受影响，非歧视不会以任何方式存在。

10.3.4.5 争端解决程序

与政府产业署、 欧洲联盟和北美自由贸易区不同，东南非共同市场制度并没有一个政府间机构对纠纷作裁决，或授权强制性措施。遵守规则很大程度上取决于国家的态度。不过，技术采购专家委员¹³⁹委派有权对各国执行的指令进行经

¹³⁹ The Committee is made up of the Heads of national procurement agencies and will be setting on a

常性检察。同时，由于参加国大多是最不发达国家¹⁴⁰和他们缺乏能力构成一个主要的权威性的机构，遵约东南非共同市场秘书处已经建立了一个区域的公共采购中心，提供能力建设的成员国家。¹⁴¹

国家质疑机制的可用性被提到作为重要组成部分的现代国家采购的法律，以确保国家法规遵从性。¹⁴²但是，没有进一步的指导和详细规定。

10.3.5 亚洲太平洋经济合作论坛（'亚太经合组织'）¹⁴³

10.3.5.1 介绍、 目标和管理方法

亚太经合组织成立于 1989 年，如其名称所示促进经济合作在亚太区中。¹⁴⁴于 1995 年，政府采购专家组（'GPEG'）被设置为实现自愿自由化的采购市场在整个亚太区域。¹⁴⁵GPEG 制定了一套的非结合原则（NBPs）对采购。¹⁴⁶在这些的 NBPs 注意到了 公平交易和责任以及正当程序的价值原则还协助个别政府为实现最佳价值的贸易目标。

亚太经合组织的贸易的目标的角度来看的货币价值原则可能不无道理的，外国供应商可能更愿意争取政府合约在系统中有效地实现。同样，公平交易、 问责和正当程序原则可以指导国家作为贸易壁垒。实质上，亚太经合组织 NBP 通过提高各国国内采购系统来促进贸易，外国供应商被假定为更愿意竞争的政府合约。

10.3.5.2 覆盖范围

亚太经合组织 NBPs 不包含关于具体的类型和合同涉及的具体规则。个别

regular basis to provide strategic and tactical guidance to the reform. See Karangizi, above, at pp.9

¹⁴⁰ 13 out of 19 participating states are on the World Bank list of least developed countries.

¹⁴¹ COMESA, Public Procurement Rules and Regulations Harmonised. Available at

<<http://www.comesa.int/trade/issues/procurement/MS-Office-Document.2004-06-04.5502/view> >

¹⁴² See COMESA Directives on Public Procurement Reform: Essential Components of National Legal Frameworks, para.5 (h)(v)

¹⁴³ See also S.Arrowsmith, "Public Procurement within the Asia Pacific Economic Co-operation

Forum" (1996) 5 P.P.L.R. CS7; S.Arrowsmith, "The APEC Document on Transparency in Government Procurement"

(1998) 7 P.P.L.R.CS38; S.Brown, "APEC Developments – Non-binding Principles on Value for Money and Open and Effective Competition"; (1999) 8 P.P.L.R. CS16.

¹⁴⁴ The APEC's 21 Member Economies are Australia; Brunei Darussalam; Canada; Chile; People's Republic of China; Hong Kong, China; Indonesia; Japan; Republic of Korea; Malaysia; Mexico; New Zealand; Papua New Guinea; Peru; The Republic of the Philippines; The Russian Federation; Singapore; Chinese Taipei; Thailand; United States of America; Viet Nam. Its observer organisations are Association of South-East Asian Nations (ASIAN), Pacific Economic Cooperation Council (PECC), and Pacific Islands Forum (PIF). See http://www.apec.org/apec/about_apec.html

¹⁴⁵ See Government Procurement Expert Group at

<http://www.apec.org/apec/apec_groups/committees/committee_on_trade/government_procurement.html>

¹⁴⁶ The original set of NBPs comprised Transparency; Value for Money; Open and Effective Competition; Fair Dealing; Accountability and Due Process; and Non-Discrimination. The principle of Transparency has now been subsumed into the APEC Transparency Standards on Government Procurement.

成员国家可以自由地决定如何在自己的系统中实现亚太经合组织原则。

10.3.5 .3 主要功能的规则

像亚太经合的通常做法，NBP 是一项非约束性文书，明确否认任何创建的法律义务的意图。这一文书“政府采购的亚太经合组织政府采购专家组非结合原则”标题很清楚地表明了这一点。明确地说，开发的 GPEG 的原则，是不具约束力。为了进一步证实无约束力。¹⁴⁷毫无疑问，NBP 是只是一个非正式的谅解，而不是法律承诺的国际条约。

比较与采购制度喜欢政府产业署或欧盟、亚太经合组织 NBP 是更详细和规范性。NBP 一般只确定基本元素如何在实践中给他们的影响。考虑到各成员国的经济和成本的具体特点和好处的采取具体措施适用。¹⁴⁸这是说国家有绝对的自由实施或拒绝 NBP 的做法。即使一个亚太经合组织经济决定某些 NBP 应适用，它将会如何实现仍然享有非常广泛的酌情权。亚太经合组织 NBP 给予各国一个更大酌情权。

透明性原则可能需要使用其他采购程序与“使开放和竞争性招标投标的一般首选的方法”。但是，与东南非共同市场指令类似它并不定义特定情况下，可以使用其他不少竞争的程序。尽管表示倾向于开放和竞争性招标，它澄清的价值原则下货币采购实体应选择一个适当的采购方法的实现最大价值。¹⁴⁹这一立场也打开和说明采购方法要适应市场情况和促进竞争与收到的效益相适应的水平的有效竞争的原则。¹⁵⁰

因此，国家有非常广泛的酌情决定权在制定自己的采购方法规则的时候。一些可能需要使用详细的透明度规则限制行使酌情决定权的采购人员，而其他国家收买发达市场的专业官员可能更喜欢使用不少竞争程序离开一个广泛的方向与采购官员跟大多数采购公开招标。

10.3.5 .4 横向政策

根据非歧视原则、国家的采购的法律，法规和政策不应赞同或歧视从任何特定成员经济过的货物、服务或供应商。¹⁵¹它还演示了几种方法，可以实现非歧视，其中一项的要求为供应商、评估投标，和合约的资格标准只应基于供应商能够满足采购要求如技术能力和价值的考虑。¹⁵²在这方面的水平政策的歧视性影响对各国很大程度上限制。

¹⁴⁷ See APEC GPEG, Non-Binding Principles on Government Procurement.para.2

¹⁴⁸ Ibid. para.2

¹⁴⁹ Ibid. para.22

¹⁵⁰ Ibid. para.34

¹⁵¹ See APEC GPEG, Non-Binding Principles on Government Procurement, para.70

¹⁵² Ibid para.72

但是，这些说明的做法，包括在 NBP 中从未打算将规范或详尽无遗。实际上，亚太经合组织成员可以总是平衡其他国内关切的非歧视原则，然后找到适当的方式落实这项原则中的元素或甚至背离这一原则，他们觉得那是必要。这样一来雇用采购作为政策工具的亚太经合组织成员国能力仍然是不会受到影响。

10.3.5.5 争端解决程序

和东南非共同市场的指令一样，亚太经合组织并没有在执行其 NBP 的一个独立的争议解决机构。相反，自愿政策检讨，软法律机制的一种，已被利用，促使法规遵从性。它是成员自愿检讨，NBP 对其采购系统的规范。这种政策审查和评估不是主要调子或敌对的对象，发现如何可以改善个别经济体系的系统。虽然此过程可能缺乏强制力，但它仍然会施加遵守经济重大压力。它在很大程度依赖劝说，但经常接触或公共指名道姓的威胁是强大激励行动实现法规遵从性。

此外，在 GPEC 一直在能力建设和亚太经合组织区域内的采购信息的传播。例如工作研讨会，培训课程一直保持为教育目的和大量的信息提供了在其官方网站包括自愿提供的成员的特定采购机会的信息。

同时，国内审查的投诉渠道的可用性，被同意的透明度，以及问责和正当程序原则的元素。不过，亚太经合组织 NBP 只提供很广泛的指导而不出任何程序规则。它通常被说这种机制应提供独立、公正、透明、及时和有效的程序审查的投诉。此外提供某些示例说明了一些可能的方法，落实了上述的原则，但他们不是要将规范或详尽无遗。成员国对如何落实到位自己国家面临的挑战的程序有绝对的自由。即使成员国拒绝这种国家回避制度的基本理念。

10.4 经合组织反贿赂外国公职人员在国际商业交易(公约)中的规定¹⁵³

10.4.1 介绍、 目标和管理方法

在公共采购中的非歧视的规则可以减少的损害采购法行为的存在。在1997年通过¹⁵⁴，目的是防止松懈对外国贿赂获得在国际贸易中的竞争优势的国家。它是第一次的主要出口国之间建立起一套具有约束力的承诺，针对跨国腐败。它的成功努力¹⁵⁵与前面提到的各项文书不同的是，公约载有关于采购程序没有规定。但是，它具有一般规定通过法例，把外国公职人员贿赂行为的国家，对公共采购中的腐败现象产生重大影响。

10.4.2 主要功能的规则

经合组织公约是一项具有约束性的国际条约。它是一个一般性的标准，只对特殊情况作出一定的规定。例如第1条，“每一缔约方应采取措施，因为可能有必要建立，这是一个根据其法律刑事罪行，任何人故意提供许诺或给予任何不正当的金钱或其他好处……为了在国际商业活动中篡权不正当利益”。这项规定只建立了一种“标准”，不需要使用其精确的职权范围中定义根据其国内法的罪行。

为了协助公约的含糊不清的标准解释，关于打击贿赂外国公职人员公约在国际商业交易评（简称‘评’）获得通过，为澄清公约规定的目的意义的功能。虽然评注，没有法律约束力，构成一个极为重要的文件，以不同解释的情况下转交。

¹⁵³ See further, for example, B. Earle, “The United States Foreign Corrupt Practices Act and the OECD Anti-bribery Recommendation: When Moral Suasion Won’t Work, Try the Money Argument” (1996) 14 Dickinson Journal of International Law 207; N. Ehlermann-Cache, “Fighting Corruption in International Business Transactions; Impact on Public Procurement” (2006) 15 Public Procurement Law Review NA195; K. Elliott (ed.), *Corruption and the Global Economy* (Washington: Institute for International Economics 1996); D. Gantz, “Globalizing Sanctions against Foreign Bribery: The Emergence of a New International Legal Consensus” (1998) 18 Northwestern Journal of International Law and Business 457; B. Harms, “Holding Public Officials Accountable in the International Realm: a New Multi-layered Strategy to Combat Corruption” (2000) 33 Cornell International Law Journal 159; M. Murphy, “International Bribery: An Example of an Unfair Trade Practice?” (1995) 21 Brook Journal of International Law 385; P. Nichols, “Are Extra-territorial Restrictions on Bribery A Viable and Desirable International Policy Goal Under the Global Conditions of the Late Twentieth Century?” (1999) 20 Michigan Journal of International Law 451; P. Nichols, “Regulating Transnational Bribery in Times of Globalization and Fragmentation” (1999) 24 Yale Journal of International Law Journal 257; P. Nichols, “The Myth of Anti-bribery Laws as Transnational Intrusion” (2000) 33 Cornell International Law Journal 627; S. Salbu, “A Delicate Balance: Legislation, Institutional Change and Trans-national Bribery” (2000) 33 Cornell International Law Journal 657; S. Salbu, “Extra-territorial Restriction of Bribery: A Premature Evocation of the Normative Global Village” (1999) 24 Yale International Law Journal 223; S. Salbu, “The Foreign Corrupt Practices Act as a Threat to Global Harmony” (1999) 20 Michigan Journal of International Law 419; K. Surjadinata, “Revisiting Corrupt Practices from a Market Perspective” 12 Emory International Law Review 1021; R. Zedalis, “How does the New OECD Convention on Bribery Stack up Against the Foreign Corrupt Practices Act?” (1998) 32 Journal of World Trade 167; R. Zedalis, “Internationalizing Prohibitions on Foreign Corrupt Practices” (1997) 31 Journal of World Trade 45; N. Zucker Boswell, “An Emerging Consensus on Controlling Corruption” (1997) 18 University of Pennsylvania Journal of International Economic Law 1165.

¹⁵⁴ The signatories include all of the OECD 30 members and 5 non-members. The 30 members include Ireland, Japan, Germany, Hungary, the United States, Finland, the United Kingdom, Canada, Norway, Korea, Greece, Austria, Mexico, Sweden, Belgium, the Slovak Republic, Australia, Spain, the Czech Republic, Switzerland, Turkey, France, Denmark, Poland, Portugal, Italy, the Netherlands, Luxembourg and Ireland ;the 5 non-member countries are Argentina, Brazil, Bulgaria, Chile and Slovenia. See OECD official website at <http://www.oecd.org/document/12/0,2340,en_2649_34855_2057484_1_1_1_1,00.html>

¹⁵⁵ The signatories to the Convention represent collectively over 70% of export world-wide and over 90% of foreign direct investment. See M. Pieth, ‘Taking Stock: Making the OECD Initiative Against Corruption Work’, available at < <http://www.oas.org/juridico/english/pieth2000.htm> > at pp. also see Zedalis, ‘How Does the New OECD Convention on Bribery Stack Up Against the Foreign Corrupt Practices Act’ (1998) 32 (3) J.W.T. 167 at pp.167-168

因此, 评注, 在某种程度上可使含糊不清的公约原则更精确。关于上例提出进一步的评论定义像其他不正当好处含糊的术语的含义¹⁵⁶和澄清某些行为应属于该罪行根据第 1 条的意义如果。¹⁵⁷

经合组织公约允许各国在执行重大决定, 这是由它的条款的措辞含糊不清, 自由裁量反映。例如第 2 条规定各会员国须 '采取这种措施 所需, 按照其法律原则, 建立法人贿赂外国公职人员的法律责任'。如 '可能需要' 和 "按照其法律的原则" 意味着状态留下一广泛的酌情权, 在执行规则。如语言 '可能需要' 和 '与它的法律原则, 意味着各国在执行与广泛的自由裁量权的规则了。

虽然澄清的评注可以有时削减各国酌情权的合理的解释, 它可能不一定受到更多的限制, 各国酌情权, 但只是提供一个更加明确的规则或甚至强调各国酌情权。例如, 关于第 2 条评论使它清除状态不须建立刑事责任, 如果刑事责任不是适用于根据该国家的法律制度的法律人士。¹⁵⁸

10.4.3 争端解决程序

经合组织制度下没有司法或准司法机构来解释和执行已有的规定。相反, '同行审查' ¹⁵⁹, 广泛用于监测各国遵守其各项公约和建议。至于公约这一对等审查进程分为第一期及第二期。第一期的目的是评估一国的法例, 以实施公约。

评价在同侪审查的严格制度下进行。每个签署国须出示秘书处起草的一份调查问卷对报告和秘书处然后起草一个描述性文本。¹⁶⁰从一个两个引导考官微妙平衡罗塔挑选国家分配给在经过审核的国家执行标准的意见。¹⁶¹这一进程后, 跟着有两个听证会。¹⁶²检查该国的演示文稿, 它为遵守这些规则, 两个审查国家提出他们的评价, 然后有讨论-已采取的措施的开头的第一个允许每个签署国提问和表达意见。下次听证会浓缩落实评价和在这一阶段的最后报告和提交合组织部长级会议, 然后公布于众。

任何通过最后报告虽非绑定此对等审查进程可以引起同行的压力, 即一种手段的软劝说, 可以成为促进国家进行的更改和符合标准的重要力量。以上述过程中包括的非正式对话和不可避免地涉及比较或甚至排名成员国之间的正式建议。更重要的是所有成员执行报表经合组织网站上发布。这可以提醒国家当局、贸易伙伴和市民是否国家执行立法达到商定的规则, 或是否有特定方面检查的国家可能会考虑改善。因此, 国家很可能会尊重其法律义务。

同时, 对等审查进程执行的促进信息共享和相互学习的功能。该过程不是只行使的评估是否检查的国家遵守但也是所有其他参与国家学习的机会。翻译和适应的外国的经验可以为所有参与国家的重要能力建设工具。在这方面, 秘书处参

¹⁵⁶ See the Commentaries, para. 5

¹⁵⁷ See the Commentaries, para.4

¹⁵⁸ The term 'peer review' has been described as 'the systematic examination and assessment of the performance of a state by other state, with the ultimate goal of helping the reviewed state improve its policy making, adopt best practice and comply with established standards and principles'. See the Commentaries, para.20

¹⁵⁹ See F. Pagani, 'Peer Review: a Tool for Cooperation Change: an Analysis of an OECD Working Method', (2002). Available at <http://www.oecd.org/dataoecd/33/16/1955285.pdf> at pp.1

¹⁶⁰ See OECD, *Bribery Convention: Procedure of Self- and Mutual Evaluation-Phase1*. available at http://www.oecd.org/document/21/0,2340,en_2649_37447_2022613_1_1_1_37447_00.html

¹⁶¹ I bid.

¹⁶² M. Pieth, above, at pp.7-8

与的价值不能被忽略。由中立专家组成的秘书处有生产刺激的讨论，并坚持在此学习过程中的质量标准文件记录所需的专门知识。

阶段 2 的监测过程检查来自成员国的主要代表与执行从非正式地交换了意见的国家系统的实际表现。因此，国际专家小组将被发送到每个成员国及其政治、行政，警方、海关和司法机关等会见并讨论其实际执行商定的标准¹⁶³因此公约监测进程的重点是不仅对考察的国家法律和法庭的判例，而且也对实际性能的国内执行立法通过的状态。

¹⁶³ See Wehrle, Frédéric, 'Making Sure that International Anti-corruption Standards are Enforced: the OECD Convention Monitoring Mechanism', (2002). Available at http://www.transparency.org/global_priorities/international_conventions/readings_conventions at pp.2