



大会

Distr.: General
25 May 2011
Chinese
Original: English

联合国国际贸易法委员会
第四十四届会议
2011 年 6 月 27 日至 7 月 8 日，维也纳

《贸易法委员会公共采购示范法》所附的《颁布指南》修订本

秘书处的说明

增编

本增编载有就《贸易法委员会公共采购示范法》第一章（总则）第 16 条至第 22 条的《指南》案文提出的建议。



《贸易法委员会公共采购示范法颁布指南》

.....

第二部分. 逐条评注

第 16 条. 投标担保¹

1. 本条的目的是载列关于第 2 条(t)项所界定的投标担保的要求，特别是投标担保可否为采购实体接受，必须具备什么条件采购实体才能对投标担保的金额提出主张，以及在什么条件下采购实体必须退还或者促成退还担保文书。如第 2 条“投标担保”定义的评注所述，《示范法》将“投标担保”作为相关情形下的常用术语，并不意味着只能在投标程序中要求提供此类担保。该定义还将采购实体可能要求提供的任何采购合同履行担保（例如根据第 38 条(k)项）排除在该术语的范围之外。后者可能要求订立采购合同的供应商或承包商提供，而采购实体提出的提供投标担保的要求适用于递交提交书的所有供应商或承包商（见本条第(1)款）。
2. 如果供应商或承包商撤回递交书，或者如果由于提交书已获接受的供应商或承包商的过失而导致与该供应商或承包商的采购合同未能订立，则采购实体可能遭受损失（例如，重新进行采购程序的费用和采购推迟造成的损失）。第 16 条授权采购实体要求参与采购程序的供应商或承包商交存一笔投标担保金，以便弥补此类潜在损失并防止它们违约。
3. 采购实体无需要求所有采购程序都提供投标担保。投标担保通常在采购高价值货物或工程时非常重要。在采购低价值项目时，虽然有些情况下要求提供投标担保也较为重要，但采购实体面临的风险和潜在损失通常较低，而提供投标担保的费用则由于通常都将反映在合同价格中而更无必要。由于框架协议的性质，要求在框架协议中提供担保应视为一种特殊措施。² 虽说各种做法在不断变化中，但在编写本《指南》时，电子逆向拍卖使用投标担保并没有积累什么经验，现有的做法差异很大。在电子逆向拍卖中取得投标担保可能会有问题，因为银行通常要求担保文书有固定价格。可能还有一些情况不应当要求提供投标担保，例如通过谈判征求建议书程序，因为投标担保不会为确保充分参与对话或就供应商或承包商在对话阶段不断变化的建议书对其约束力的问题提供可行的解决办法（这与最佳和最终报盘不同）。（见第 48 条相关条文的评注的有关论述）。即使在上述两种情况下（电子逆向拍卖和通过对话征求建议书程序）要

¹ 请向秘书处提供指导，说明一些法域使用以电子形式出具担保的做法对下文所载的本条评注的内容是否有影响。

² 请秘书处提供指导，说明如不对在框架协议下参与竞争的潜在义务进行界定，要求提供投标担保从根本上讲是否切实可行。电子逆向拍卖和通过对话征求建议书程序中最佳和最终报盘前的阶段也有类似问题。

求提供投标担保，如第 2 条“投标担保”定义的评注所指出，采购实体亦不得在任何涉及递交修订建议书或出价的单一采购程序中要求提供多项投标担保。³

4. 载入保障措施是为了确保投标担保要求公平合理且符合预期目的。该目的就是确保供应商或承包商履行基于其递交的提交书订立采购合同并按要求为履行采购合同交存担保金的义务。

5. 载入第(1)款(c)项是为了消除影响外国供应商和承包商参与的不必要障碍，限制这些供应商和承包商只能提供颁布国的机构出具的担保可能会产生此类障碍。不过，第(一)目和第(二)目的措辞有助于在下述两种情况下灵活处理这一问题：首先是采购实体所在的国家规定接受非由颁布国出具的投标担保将违反法律的情形；其次是在国内采购情况下，采购实体根据第(1)款(b)项在招标文件中规定，投标担保必须由颁布国的出具人出具。

6. 第(1)款(d)项提及投标担保的确认，目的是考虑到有些国家要求本地确认外国出具的投标担保的做法。不过，这种提法无意鼓励这种做法，特别是因为要求本地确认可能妨碍外国供应商和承包商参与采购程序（例如，在递交提交书截止时间之前取得本地确认有困难，并且增加外国供应商和承包商的费用）。

7. 载入第(2)款是为了使一个时间点具有明确性和确定性，在该时间点之后采购实体不得根据投标担保提出主张。虽然受益人在担保截止日期之后保留担保文书不应视为展延担保的有效期，但当担保为交存现金或其他类似形式时，退还担保的要求就特别重要。明确这一点非常重要的另一个原因是，与普遍预期相反，仍有一些国家的法律规定，只要担保所涵盖意外事件发生在担保期满之前，即使索款要求在担保期满之后提出也是及时的。与第 40 条第(3)款一样，第(2)款(d)项也反映了这样的意思，即采购实体可以在招标文件中作出规定，利用下述一般规则的除外情形，这项一般规则是，在递交提交书截止时间之前撤回或修改投标的，不得没收投标担保。⁴

8. 鉴于提供投标担保的费用，这种费用通常反映在合同价格中，因此应当酌情考虑并鼓励采用其他办法替代投标担保。在有些法域，使用竞标担保声明代替投标担保。在这类声明中，供应商或承包商同意因为通常由投标担保作保的意外事件而接受处罚，例如取消参与以后采购的资格。（处罚不包括禁止令，因为后者不应与商业失败联系起来（见上文第 9 条的相关评注）。）这些替代办法旨在增进采购的竞争程度，特别是增加中小企业的参与，否则的话中小企业可能因为提交投标担保所涉手续和费用而无法参与。⁵

³ 如第 2 条相关条文的评注所指出，第 16 条并未列入此类禁止。

⁴ 请向秘书处提供指导，说明是否需要除第 40 条的评注之外，再在本条评注中补充关于投标担保有效期展延问题的论述。

⁵ 应当审议是否需要进一步讨论担保的潜在繁琐性。如果需要，请特别就工作组提出的下列问题向秘书处提供指导：要求供应商或承包商提供投标担保的进一步负面影响，相互承认问题，以及采购实体在某些情况下拒绝担保的权利。

第 17 条. 资格预审程序

1. 本条的目的是载列资格预审程序的各项步骤。资格预审程序的目的是在早期查明具有履行合同的适当资格的供应商或承包商。这种程序可能对于采购复杂或高价值货物、工程或服务特别有用，甚至对于价格较低但专业性较高的采购也是可取的。原因均是，这类情形与其他采购相比，提交书的评审更加复杂、费用更高、耗时更多。有能力的供应商和承包商有时不愿参加高价值合同的采购程序，因为竞争领域过宽会导致编写提交书的成本较高，而且它们可能不得不与不合格的供应商或承包商递交的递交书相竞争。使用资格预审程序，可以将采购实体将要评审的提交书数目限于合格的供应商或承包商递交的提交书。因此，这是有利于有效采购相对复杂的标的手段。
2. 本条第(1)款所规定的资格预审具有任择性，不论使用哪种采购方法均可使用。由于资格预审是一个额外步骤且导致采购拖延，并且由于一些供应商或承包商可能因为费用问题而不愿参加涉及资格预审的采购，因此资格预审只应当在前一段所述的严格必要情形下使用。
3. 第 17 条规定的资格预审程序须服从一些重要的保障措施。这些保障措施包括第 9 条所载的各种限制（尤其是同样适用于资格预审程序的资格评估方面的限制）和第 17 条第(2)款至第(10)款所载的程序。载入这些程序性保障措施是为了确保资格预审程序的进行采用向参与的供应商或承包商充分披露的客观条款和条件；也是为了确保有最低限度的透明度，并便利未通过资格预审的供应商或承包商行使对自身被取消资格提出质疑的权利。
4. 第(2)款中官方公报的提法应当根据纸质和非纸质信息手段和媒介功能等同原则来解释；因此，包括颁布国或国家集团使用的任何官方公报，如电子形式的《欧洲联盟公报》。关于法律文本公布的第 5 条的评注和第 32 条第(4)款的评注中提出的问题也适用于第(2)款。
5. 第(3)款(a)项所载“地址”一词的用意是指实际登记地址以及其他任何相关的详细联系方式（电话号码、电子邮件地址等，视情况而定）。该词在整个《示范法》中的解释应当一致，不论提及采购实体的地址，还是供应商或承包商的地址。
6. 如同《示范法》其他地方的类似条文一样，在国内采购中，如果情况不需要，采购实体可以在其发布的参加资格预审邀请书和资格预审文件中省略第(3)款规定的关于付费币种和语文的内容。在一些多语文国家，指明一种或几种语文可能仍然很重要。
7. 虽然本条的规定允许就资格预审文件收费，但不应当通过这些规定收回编制费用（包括咨询费和广告费）。如本条第(4)款所述，有关理解是这些费用应当限于提供招标文件（适当情况下还有印制文件）的最低限费用。此外，颁布国应当指出最佳做法是不对提供此类文件收费。⁶

⁶ 最后一句反映了一些评论人员的看法，是一项原则表述，但其他人认为这并非切实可行的建议。请向秘书处提供指导，说明应就提供此类文件收费（还有申请费）提供哪些指导意见。

8. 第(5)款(d)项所载“出处”的提法并不包括实际处所，而是指向公众提供最权威和最新的颁布国法律条例文本的官方出版物、门户等。因此，第 5 条的评注中就确保适当查取最新法律文本提出的问题也适用于第 17 条第(5)款(d)项。

9. 第(9)款和第(10)款中“迅速”一词的提法应当解释为意指所要求的通知必须在招标之前发给供应商和承包商。这是一项重要的保障措施，将确保可对采购实体在资格预审程序中作出的决定进行有效的审查。出于相同原因，第 10 款要求采购实体告知每一个未通过资格预审的供应商或承包商未获通过的原因。

10. 本条关于向供应商或承包商或向公众披露信息的规定须服从关于保密的第 23 条（其中载有关于向公众披露信息的为数不多的除外情形）。

11. 资格预审应当区别于《示范法》所设想的仅在第 48 条规定的通过对话征求建议书程序中使用的预选。在资格预审中，所有通过资格预审的供应商或承包商最后都可以递交提交书。在预选中，招标程序之初就明文限制了将获准递交提交书的通过资格预审的供应商或承包商数目，参与者最大数目已在参加预选邀请书中告知。在资格预审程序中确定合格供应商或承包商，只以申请人通过或未通过事先确定的资格标准为依据，而在预选中，当获准递交提交书的通过资格预审的供应商或承包商的既定最大数目被超过时，还涉及额外的、很可能是竞争性的选择程序（例如，预选可能涉及在合格/不合格审查之后按资格标准进行排序，并根据既定最大数目选出少数几个最佳的）。即使拟订严格的资格预审要求可能在事实上限制通过资格预审的供应商或承包商数目，也会采取这种措施。

第 18 条. 取消采购

1. 第 18 条的目的是授权采购实体取消采购。采购实体在接受中选提交书之前拥有这样做的无条件权利。在此时间点之后，只有在提交书被接受的供应商或承包商未能按要求签订采购合同或未能提供所要求的任何履约担保的情况下（见第 18 条第(1)款和第 21 条第(8)款），采购实体才可以这样做。[将阐述作此区分的理由。]

2. 列入这项规定非常重要，因为采购实体可能出于公共利益而需要取消采购，例如，竞争程度似乎不够或投标程序中似乎有串通情形，采购实体不再需要采购标的，或者因政府政策发生变化、资金被撤回、发现所有提交书均不具响应性或提出的价格大大超出现有预算而无法再进行采购。因此，本条的条文承认，允许采购实体取消不可取的采购而不是要求其继续进行采购可能最符合公共利益。

3. 鉴于赋予采购实体在接受中选提交书之前取消采购的无条件权利，本条规定了防止滥用这项权利的保障措施。第一项保障措施载于第(2)款的通知要求，目的是促进透明度和问责制以及有效审查。根据该款，取消采购的决定连同有关理由应当迅速告知递交了提交书的所有供应商或承包商，以便这些供应商或承包商想对取消采购的决定提出质疑时可以这样做。尽管这些规定并不要求采购实体证明其决定的正当性（基于这样的理解，即作为一般规则，采购实体应

可出于经济、社会或政治理由放弃采购程序而无需证明其正当性)，但采购实体必须足以便利对决定进行有意义的审查的方式，就此项决定的理由作出简短说明。[将增加一个示例，说明理由与证明正当性之间的区别。]采购实体无需证明正当性，但若认定这样做合适，也不妨这样做（例如，希望证明有关决定既非不负责任，也非拖延行为造成）。采购实体也可以决定进行通报（见上文第...段）。

4. 另一项保障措施是要求采购实体以登载原来的采购信息的同样方式，在同样登载处迅速登载决定取消采购的通知。这项措施非常重要，有利于公众对颁布国采购实体的行为进行监督。

5. 本条第(1)款和第(2)款的一些规定旨在处理已经递交但采购实体尚未开启的提交书（例如，有关取消的决定是在递交投标书截止时间之前作出的）。在作出取消的决定之后，任何未开启的提交书均不得再开启，并须退还递交提交书的供应商或承包商。这项要求避免了供应商或承包商在提交书中提供的信息被不当使用的风险，例如透露给竞争对手。这项规定的另一个目的是防止为不当或非法目的而滥用取消采购的裁量权，例如，在已获得想得到的市场状况信息之后，或者在采购实体知道所偏袒的供应商或承包商不会胜出之后。

6. 在许多法域，取消采购的决定通常无须接受审查，特别是接受行政机构复议，除非涉及滥用行为。但《示范法》并未将采购实体在采购程序中作出的任何决定或采取的任何行动排除在第八章所规定的质疑或上诉程序之外（尽管第66条使用一些较为谨慎的措词，以反映一些法域的行政机构对此类诉求不享有管辖权）。《示范法》第18条第(3)款的用意是将采购实体对其取消采购的决定的赔偿责任限于特殊情形。根据第(3)款，这种赔偿责任限于取消系采购实体不负责任或拖延行为所造成时，对递交了提交书的供应商或承包商负有赔偿责任。

7. 因此，根据《示范法》，对采购实体取消采购程序的决定提出质疑的权利是存在和可以行使的，但采购实体是否负有赔偿责任将取决于个案的实际情形。在这方面，认为第(3)款非常重要，因为它既保护采购实体免受无正当理由的异议的影响，同时又提供保障措施，防止采购实体在没有正当理由的情况下取消采购程序。不过认识到，尽管第(3)款对赔偿责任作了限制，但采购实体仍有可能根据其他法律分支的规定为取消采购而面对赔偿责任。特别是，尽管供应商或承包商是自负风险递交提交书，并承担相关费用，但取消采购可能导致对提交书已被开启的供应商或承包商承担赔偿责任，即使是在第(3)款所未涵盖的情形下。

8. 有些国家的行政法可能限制取消采购的权利的行使，例如禁止构成滥用裁量权或违犯基本司法原则的行为。相反，另一些国家的行政法可能规定在采购程序的任何阶段取消采购的无条件权利，即使已经接受中选提交书，而不论《示范法》有何规定。法律也可能针对公职人员滥用权力作出的行政决定而规定其他救济措施。因此，颁布国可能需要按照本国其他适用法的相关规定调整本条的规定。

9. 《示范法》第18条下采购实体取消采购应当区别于第66条第(9)款(f)项下的终止采购程序。两者的结果是相同的——在采购实体作出取消的决定或行政

机构下令终止采购程序之后，采购实体不再就已取消或终止的采购采取进一步行动和作出进一步决定。但终止采购程序系由行政机构下令，以此作为质疑或上诉程序所导致的一项救济措施。

第 19 条. 否决异常低价提交书

1. 本条的目的是允许采购实体在提交书价格异常偏低导致担心递交该提交书的供应商或承包商履行采购合同的能力的情况下否决该提交书。本条并非规定采购实体有义务拒绝异常低价提交书。⁷ 本条适用于《示范法》中任何采购程序，包括涉及电子逆向拍卖的采购程序，在电子逆向拍卖中，异常低价竞标风险可能被视为高于其他采购，尤其是此种方法对有关系统而言为新方法的话。⁸

2. 本条订有一些保障措施，目的是保护双方当事人（采购实体与供应商和承包商）的合法权益。一方面，本条允许采购实体在采购合同订立之前处理可能出现的异常低价提交书。从采购实体的角度看，异常低价提交书涉及以下风险：合同可能无法履行，或者无法按照提交的价格履行，因而可能造成费用增加或项目延迟，导致价格上升或有关采购中断。因此，采购实体应当采取步骤避免出现这种履约风险。

3. 另一方面，采购实体不能仅仅因为提交书价格似乎异常偏低而自动否决一项提交书。赋予采购实体这种权利将导致滥用的可能性，因为以价格异常偏低为由否决提交书可能是没有道理的，也可能纯以主观标准为依据。在国际采购中，这类风险尤为严重，因为价格在一国异常偏低而在另一国却可能完全正常。此外，有些价格如果低于成本便会显得过低，但以低于成本的价格出售旧的存货或者为了让职工有活干而将报价定在成本以下，如果没有违反所适用的竞争条例，则可能是正当的。⁹

4. 出于这些原因，为了使供应商和承包商不致受到采购实体可能的武断决定和滥用行为的影响，本条只允许在采购实体已经采取步骤证实了对供应商或承包商能否履行采购合同的担心时否决异常低价提交书。但这并不影响其他任何适用法要求采购实体否决涉及诸如犯罪行为（例如洗钱）或非法行为（例如未遵守最低工资或社会保障义务）的提交书。

5. 因此，本条第 1 款(a)项至(c)项规定了采购实体在否决异常低价提交书之前必须采取的步骤，以确保遵循正当程序，并确保有关供应商或承包商的权利得到维护。

⁷ 请向秘书处提供指导，说明《示范法》中未规定拒绝异常低价提交书的义务的理由，以便载入评注中。

⁸ 请向秘书处提供指导，说明将该表述留在本条的评注中而非载入第六章的评注中是否可取。

⁹ 请向秘书处提供指导，说明在本段中结合《示范法》的目标特别是促进竞争的目标提供一些示例是否适当。

6. 首先，必须向有关供应商或承包商提出书面的澄清请求，就所递交的提交书中采购实体认为与证明价格合理有关的所有构成要素寻求提供细节。这些细节可包括：证明所提供采购标的的质量的信息、样本等；货物制造工艺、工程或提供相关服务的方法和所涉经济因素；供应商或承包商实施工程或提供货物或服务所选用的技术方案和（或）可资利用的特别有利条件；或者供应商或承包商提议的工程、供应或服务的独创性。因此，要始终结合有关提交书的其他构成要素对报价进行分析。¹⁰

7. 关于在此种证明价格合理的程序中采购实体可以要求提供哪一类信息，颁布国可选择是否加以规范。此处应当指出，评估是（参照提交书构成要素，例如前一段讨论的构成要素）利用采购前估计数、市场价格或已有先前合同的价格等因素来确定价格是否符合实际。要求透露供应商和承包商确定价格本身所使用的基本成本信息，或许不妥当。由于成本评估繁琐而复杂，也并非所有情况下都能做到，采购实体按成本评估价格的能力可能会受到限制。在有些法域，法律可能会禁止采购实体要求提供与成本结构有关的信息，因为存在这类信息被滥用的风险。

8. 其次，采购实体在进行价格评估时应当考虑到供应商或承包商所提供的答复。如果供应商拒绝提供采购实体要求提供的信息，此种拒绝不应自动赋予采购实体否决异常低价提交书的权利；这是在考虑提交书是否属于异常低价时考虑的一个要素。

9. 再次，在证明价格合理的程序之后，如果采购实体仍然担心供应商或承包商能否履行采购合同，则须根据本条第 1 款(c)项在采购程序记录中记录这类担心及其理由。列入这项规定，是为了确保否决异常低价提交书的任何决定都必须有客观依据，而且从采购过程的问责制、透明度和客观性着眼，采取该步骤之前与该决定有关的所有信息均应有妥善记录。

10. 采购实体只有在采取了第 1 款(a)项至(c)项规定的步骤后，才能否决异常低价提交书。必须按照本条第(2)款，将关于否决异常低价提交书的决定载入采购程序记录，并迅速告知有关供应商或承包商。对于此种决定，可根据《示范法》第八章提出质疑。

11. 颁布国应当认识到，除本条设想的措施外，其他措施也可有效防止异常低价提交书导致的履约风险。全面评估供应商或承包商的资格并审查和评审其提交书，可在这方面发挥特别重要的作用。这些步骤反过来又有赖于妥善编制资格要求和精确拟定采购标的说明。采购实体应当得到这方面的适当指示，并意识到需要汇编关于供应商或承包商资格的准确而全面的信息，包括关于其以往绩效的信息，并在评审中充分注意所递交提交书的各个方面，而不仅仅是价格（例如酌情注意维护和置换费用）。这些步骤能够有效查明履约风险。

12. 其他措施可包括：(一)提高对异常低价提交书的不良影响的认识；(二)向采购官员提供培训和充分的资源与信息，包括参考价格或市场价格；(三)为采购过程的每个阶段留出充裕时间。为阻止提交异常低价提交书，促进供应商和承包商

¹⁰ 请向秘书处提供指导，说明本段与下一段在成本评估方面是否一致。

采取负责任的行为，采购实体或有必要在招标文件或其他等同文件中规定，提交书价格异常偏低并使采购实体担心供应商或承包商能否履行采购合同的，可能被否决。

第 20 条. 以供应商或承包商利诱、不公平竞争优势或利益冲突为由将其排除在采购程序之外

1. 本条的目的是详尽列出将供应商或承包商排除在采购程序之外的与所递交提交书的内容或者供应商或承包商的资格无关的理由。这些理由有供应商或承包商利诱、不公平竞争优势或利益冲突。本条的条文并未使用“腐败”一词（该术语没有一个国际公认的定义），而是提及要求将有关供应商或承包商排除在采购程序之外的各种情形（利诱、不公平竞争优势和利益冲突）。这些情形属于经常引用的腐败行为的例子，因此本条是公共采购领域重要的反腐败措施。

2. 本条意在与反腐败行为国际标准保持一致，将任何腐败行为宣布为非法，不论其形式如何及如何定义。这类标准可能载于国际文书如《联合国反腐败公约》中，也可能载于国际组织如经济合作与发展组织（经合组织）和众多边开发银行发布的文件中。这类标准可能随着时间推移而变化。《示范法》第 3 条要求优先考虑颁布国的国际承诺，根据该条，鼓励颁布国考虑在颁布《示范法》时适用的反腐败行为国际标准。如果颁布国是有关国际文书的缔约国，其中一些标准可能对颁布国有约束力。

3. 尽管如此，本条与整个《示范法》一样，不应被视为已经详尽列出公共采购方面的所有反腐败措施。虽然《示范法》规定的程序和保障措施旨在促进采购程序的透明度和客观性，从而减少腐败现象，但不能指望仅仅一部采购法就彻底根除颁布国公共采购领域的腐败行为。采购实体没有办法处理公共采购中的所有腐败问题，也不应对它们抱有这种期望。对于政府官员包括采购实体的雇员以及供应商和采购商的腐败行为，颁布国总体上应当有一套行之有效的制裁制度，而该制度也将适用于采购过程。¹¹

4. “利诱”一词已在本条第(1)款(a)项中阐明，可以笼统地称为供应商或承包商不正当地影响采购实体的任何企图。何谓第(1)款(b)项所指的不公平竞争优势或利益冲突，则留待颁布国确定。这些规定所要处理的只是供应商或承包商这一方的利益冲突。采购实体这一方的利益冲突则服从单独的规范，如关于采购官员行为守则的第 25 条。例如，为避免不公平竞争优势和利益冲突，颁布国的适用标准应当禁止参与制定招标文件的顾问参加使用这些文件的采购程序。适用标准还应规范附属机构参与相同采购程序的问题。不过，估计与此类概念有关的某些方面会在颁布国其他法律分支中加以规范，如反垄断立法。

¹¹ 工作组内建议在《指南》中作如下表述：在公共采购中，也许无法认定腐败事实，这一点与认定贿赂不同，因为前者可能由一段时间内的一系列行动构成，而非单独一项行动。请向秘书处提供指导，说明是否应当在《指南》中载入该表述或其他表述，以期介绍相关示例。

5. 尽管“不公平竞争优势”和“利益冲突”两个概念出现在同一款项中，但这两个概念是有可能在互不关联的情况下独立出现的。利益冲突固然会导致不公平竞争优势（例如，同一律师在案件中代表双方）。但不一定始终是这种情况，在与此没有关联的情形中也可能取得不公平竞争优势。¹²

6. 本条的规定不影响可能对供应商或承包商实施的其他任何制裁，如暂停资格的禁止令（见上文第...段）。但是，根据其他适用的法律分支实施制裁，例如刑事定罪，并非依据本条将供应商或承包商排除在外的前提条件。为防止滥用适用第 20 条，关于排除在外的决定及其理由应当反映在采购程序记录中，并应当迅速告知被指称的错失行为人，以便利在必要时提出有效质疑。¹³

7. 如上所述，本条的实施须服从已详细制定本国反腐败政策的颁布国的其他法律分支。必须进行统一，以避免不必要的混乱、不一致和对颁布国反腐败政策的错误认识。

（相关问题的进一步讨论，见关于行为守则的第 25 条的评注）。

第 21 条. 接受中选提交书和采购合同生效

1. 第 21 条的目的是载列适用于下列事项的详细规则：(一)接受中选提交书；(二)停顿期形式的保障措施，使供应商或承包商能够在采购合同或框架协议生效之前对采购实体授予合同或框架协议的决定提出质疑；(三)采购合同的生效。本条由《示范法》中以下要求作为补充，即关于这些事项的信息应在采购程序之初就提供给供应商和承包商。例如，从透明度角度来看，供应商和承包商事先了解采购合同生效的方式十分重要。因此，第 38 条要求（在(v)项中）招标文件列明停顿期期限，不适用停顿期的，还有要不适用停顿期及其理由的说明。第 38 条还要求（在(w)项中）在招标文件中具体规定，中选提交书被接受后为使采购合同生效而必须履行的任何手续。根据第 21 条，此类手续可包括签署一项书面采购合同以及另一机关批准。

2. 第(1)款规定，作为一般规则，采购实体应当接受中选提交书，意指采购合同或框架协议必须授予递交中选提交书的供应商或承包商，并反映该提交书的条款和条件。（没有对中选提交书进行单独界定。规范各种采购方法的程序的各项条款结合每一种采购方法对该术语作了界定）。(a)项至(d)项列出的是第(1)款所载该一般规则的除外情形（取消了递交中选提交书的供应商或承包商的资格、取消了采购、根据第 19 条以价格异常偏低为由否决了中选提交书，或者根据第 20 条以递交中选提交书的供应商或承包商利诱、不公平竞争优势或利益冲突为由将其排除在外）。

¹² 请就何谓不公平竞争优势的有关示例向秘书处提供指导，供载入《指南》。工作组内的建议是在这方面提及企业合并或先前的业务关系，后者可能过于宽泛。

¹³ 工作组内建议在《指南》中作如下解释：借鉴关于调查异常低价提交书的程序的第 19 条的规定，鼓励采购实体与受影响的供应商或承包商进行对话，讨论潜在的利益冲突，如此可降低无正当理由予以否决的风险。请结合可能的滥用行为以及这种对话对避免适用本条可能产生的积极作用，向秘书处提供相关的指导。

3. (a)项所载不接受中选提交书的理由(取消资格)应结合以下条款的规定来理解:允许在采购程序的任何阶段评估供应商或承包商资格的第9条第(1)款,允许采购实体要求已通过资格预审的供应商或承包商再次证明其资格的第9条第(8)(d)项,以及专门规范递交中选投标书或出价的供应商或承包商的资格评估事宜的第42条第(6)款和第(7)款和第56条第(2)款。
4. 认识到第(1)款(a)项至(d)项所列除外情形并非穷尽性的:只是提及采购实体可以援引的理由。也可能由于质疑和上诉程序而出现其他理由,例如,根据第66条,行政机构下令终止采购程序,或要求采购实体重新考虑其决定,或禁止采购实体非法作出决定。这些理由也不应与第21条第(8)款所规定的将采购合同授予下一份中选提交书的理由相混淆:后面的理由将在中选提交书已获接受之后出现,而非在采购实体决定是否接受中选提交书这一阶段出现。
5. 第(2)款规范停顿期的适用,第(2)条(q)项将停顿期界定为“自发出本法第21条第(2)款所要求的通知之时起算的期间,在此期间,采购实体不得接受中选提交书,供应商或承包商可以根据本法第八章对已经作此通知的决定提出质疑”。因此,停顿期的主要目的是提供机会以在采购合同生效之前或框架协议订立之前纠正所发现的任何不当行为,从而避免需要取消已经生效的合同或框架协议的情形。
6. 停顿期通知是送达递交提交书的所有供应商或承包商的,包括预期被授予采购合同或框架协议的供应商或承包商。此通知不应与根据本条第(4)款只送达递交中选提交书的接受中选提交书的通知相混淆。第(2)款下所通知的信息包括本款(a)项至(c)项所列信息。关于保密的第23条的规定将表明(b)项下的中选提交书信息是否应当为保密起见而不予披露。虽然在列明中选提交书的特点和相对优势时可能需要保护商业机密信息的机密性,但是参与采购的供应商或承包商收到关于评审过程的充分信息至关重要,以便切实利用停顿期。
7. 由于停顿期自发出通知之时起算,为确保透明度、廉正性以及采购程序中公平、公正地对待所有供应商和承包商,条文要求向每一个相关供应商或承包商同时发出通知(这项义务体现在“迅速通知每一个供应商或承包商”这项要求中)。条文要求分别向每一个相关供应商或承包商发出通知。诸如将通知放在网站上的做法是不够的。
8. 条文并未要求采购实体通知未中选的供应商或承包商其未中选的理。向每一个供应商或承包商充分说明理由可能比较繁重。条文也未要求强制性通报,因为通报程序不仅在不同法域大相径庭,而且每次采购也大不相同,有关通报的规定不易执行。尽管如此,应有关供应商或承包商请求而进行通报是一种最佳做法,应受到颁布国的鼓励。(关于通报的一般论述,见《指南》第一部分第...段)。
9. 第(2)款的规定还要求采购实体在通知中具体说明停顿期的期限。这种期限将与采购程序之初在招标文件中规定的停顿期期限相同。在采购之初提供这种信息非常重要,因为这种信息可能影响供应商或承包商参与采购程序的决定。在第(2)款所述通知中提供这种信息也非常重要,不仅有提醒作用,而且有利于

精确性——由于停顿期自发出通知之时起算，通知将具体指明反映招标文件中所列整个停顿期期限的停顿期起讫日期。

10. 不管是对供应商和承包商而言，还是对采购实体而言，停顿期起讫日期的确定性都至关重要，既有助于确保供应商和承包商可以采取必要行动，又有助于确保采购实体可以授予合同而无推翻的危险。发出日期可带来最大程度的确定性，《示范法》将其规定为停顿期的起点。根据本条送达的其他类别通知也采取相同的做法（见下文第...段）。本条第(9)款解释“发出”的含义。

11. 《示范法》规定由采购实体根据特定采购的情形，特别是使用的通信手段以及采购是国内采购还是国际采购，确定逐个采购的停顿期期限。为确保平等对待，可能需要给诸如以传统邮件发出的通知送达海外供应商或承包商留出更多时间。

12. 采购实体确定停顿期期限的裁量权并非是无限制的。该裁量权须服从颁布国在[可能经采购条例进一步修订的][法律][或采购条例]中确定的最低期限。¹⁴ 在确定停顿期最低期限时应当考虑一系列因素，包括停顿期期限对《示范法》在透明度、问责制、效率和公平对待供应商或承包商方面的总体目标的影响。尽管供应商或承包商会在其提交书中并在决定是否参加时考虑和计算较长停顿期对成本的影响，但停顿期应当有足够长的期限，以便能够对程序提出任何质疑。不过，颁布国应当注意，过长期限可能在有些采购方法和程序中是不适当的，如在电子逆向拍卖和开放式框架协议中，这些方法和程序预先假定会迅速授标，可能被质疑的问题的数量和复杂性也都有限。¹⁵ 应当牢记，停顿期的主要目的是给供应商或承包商留出足够时间，以便决定是否对采购实体打算接受中选提交书的决定提出异议。因此，停顿期应当相对较短。一旦提出质疑，《示范法》第八章关于质疑和上诉程序的规定将处理暂停采购程序和其他适当的救济措施。

13. 第(3)款载列适用停顿期的除外情形。第一种除外情形涉及无第二阶段竞争的框架协议下授予的合同。¹⁶ 应当强调，这种除外情形并不适用于订立框架协议本身：不管授予哪一类框架协议，停顿期都将适用。除外情形也不适用于有第二阶段竞争的框架协议（包括开放式框架协议）下授予的合同。

14. 第二种除外情形涉及低价值采购。[颁布国应当考虑将第(3)款(b)项中的阈值与《示范法》中提及低价值采购的其他条文中所载的阈值统一起来，例如，豁免采购合同授标公告要求（本草案第 22 条第(2)款）或采用询价程序（第 28 条第(2)款）时适用的阈值。¹⁷

¹⁴ 该措辞取决于《示范法》第(2)款(c)项的最终措辞。

¹⁵ 应在《指南》适当处反映以下一般观点，即颁布国确定较短期限的期间应以工作日来表示，否则可用日历日来表示。

¹⁶ 请就该除外情形的理由向秘书处提供指导。工作组的审议情况记录（见 A/CN.9/687）未就此问题给出结论性意见。

¹⁷ 如果决定所有阈值将在采购条例中而非《示范法》本身载明，则可能需要重新审议方括号内的案文。

15. 第三种除外情形的理由是紧迫公共利益考虑。应当指出，采购实体也可以根据《示范法》第 64 条第(3)款援引紧迫公共利益考虑，以此作为理由请求有关当局在质疑或上诉未决的情况下取消对订立采购合同或框架协议的禁令。¹⁸

16. 第(4)款的目的是具体规定何时向递交中选提交书的供应商或承包商发出接受中选提交书的通知书。如本款所示，可能有不同情况。其一是适用了停顿期而停顿期期满时没有悬而未决的质疑或上诉。在此情况下，采购实体在停顿期期满时迅速发出通知书。其二是适用了停顿期而停顿期期满时质疑或上诉仍然悬而未决。在此情况下，（根据《示范法》第 64 条）禁止采购实体发出接受通知书，直到接到有关当局的通知，命令或授权采购实体这样做。其三是未适用停顿期，采购实体必须在确定中选提交书之后迅速发出接受通知书，除非接到法院或颁布国在法律中指定的另一当局下达的不许这样做的命令。

17. 《示范法》对采购合同生效规定了不同方法，承认各颁布国偏好的方法可能有所不同，即使在一个颁布国内，也可能在不同情形下采用不同的生效方法。

18. 一种方法是（如第(5)款所述），如果招标文件中没有相反的规定，采购合同应在向递交中选提交书的供应商或承包商发出接受通知书之时开始生效。将采购合同生效与发出而非收到接受通知书联系起来，道理在于前一种方法更适合采购程序的具体情况。为使供应商或承包商受采购合同的约束，包括使其承担签署书面采购合同的义务，采购实体必须在提交书仍然有效时发出接受通知书。按照“收到时生效”的方法，如果通知书已以适当方式发出，但在传送过程中并非因采购实体的过错而出现延误、丢失或错投，致使通知书未在提交书有效期期满之前收到，采购实体即丧失了约束供应商或承包商的权利。按照“发出时生效”的方法，采购实体的上述权利得到维护。如果通知书被延误、丢失或错投，供应商或承包商在提交书有效期期满之前可能并不知道该提交书已被接受；但在多数情况下，这种后果不像采购实体丧失约束供应商或承包商的权利那么严重。

19. 采购合同生效的第二种方法（如第(6)款所述）将采购合同生效与递交中选提交书的供应商或承包商签署与该提交书相一致的书面采购合同联系起来。这一点只有在招标文件列有此类要求的情况下才有可能。要求书面合同不应视为所有采购程序中的规范。鼓励颁布国在采购条例中指明哪类情形可能需要书面采购合同，同时要考虑到，在颁布国已规定须证明相关签署权威性的措施的情况下，要求签署书面合同对于外国供应商或承包商而言可能尤其麻烦。

20. 第三种生效方法（如第(7)款所述）规定，采购合同在另一当局批准后生效。颁布此项规定的国家可在采购条例中对哪类情形需要报请批准作出更具体的规定（例如，仅在采购合同超过某一规定价值时）。第(7)款重申，招标文件必须在招标程序之初就告知供应商或承包商采购合同生效需要哪些手续。要求招标文件披露获得批准估计需要多长时间，并规定未在估计期限内获得批准不应

¹⁸ 请向秘书处提供指导，说明应当适用本规定下和第 64 条第(3)款下除外情形的适当考虑，两者可能有所不同。

视为延长中选提交书或任何投标担保的有效期，目的都是在考虑到供应商和承包商权利和义务的情况下取得平衡。这些规定特别是为了排除下述可能性：中选供应商或承包商可能无限期地对采购实体承担义务，采购合同的最终生效却并无保证。

21. 为了促进形成良好采购惯例的目标，第(8)款明文规定，如果提交书已为采购实体选中的供应商或承包商未能按照第(6)款签署采购合同，则采购实体可选择取消采购，或将合同或框架协议授予下一份中选提交书。该提交书的确定将依照通常适用于特定采购方法或技术中挑选中选提交书的规定进行。在此情况下赋予采购实体取消采购的裁量权意在降低供应商或承包商之间相互串通的风险。[将添加关于《示范法》中本项规定的效用的更多指导。]

第 22 条. 采购合同或框架协议的授标公告

1. 为提高采购程序的透明度，使采购实体就其使用公款情况向一般公众作出解释说明，第 22 条要求迅速发布采购合同或框架协议的授标公告。这项义务不同于根据第 21 条第(10)款要求向特定采购程序中递交了提交书的供应商或承包商发出的采购合同（或者视情况为框架协议）通知，也独立于第 24 条第(2)款要求向一般公众提供记录中的此类性质信息的规定。《示范法》未具体规定发布公告的方式，这一点留待颁布国来处理，第(3)款建议此事可在采购条例中处理。公布此类信息的最低限标准见关于第 5 条的指导意见（见上文第...段），该指导意见在此处也是适用的。

2. 如果不论采购合同价值有多低，该公告要求一律适用于所有采购合同，则该公告要求可能给采购实体带来过于繁重的影响，为避免这种影响，[第(2)款规定颁布国可选择确定一个资金阈值，低于该阈值者，公告要求将不适用。不过，这种资金阈值可能需要定期改动，例如由于通货膨胀，因此最好在采购条例中规定该阈值，修改采购条例可能没有修改法规那么复杂。]¹⁹ 第(2)款要求定期、累积发布此种授标的公告，每年必须至少发布一次。

3. 虽然第(2)款公告要求的除外情形涵盖框架协议下授予的低价值采购合同，但涵盖框架协议本身的可能性较小，因为设想的框架协议下授予的采购合同的累积价值很有可能超过该低价值阈值。

¹⁹ 方括号内的案文或需重拟，视委员会就在何处规定该阈值作出的决定而定。