



大会

Distr.: Limited
23 September 2010
Chinese
Original: English

联合国国际贸易法委员会
第一工作组（采购）
第十九届会议
2010年11月1日至5日，维也纳

《贸易法委员会货物、工程和服务采购示范法》的可能修订——
《示范法》修订案文

秘书处的说明

增编

本说明载有关于《示范法》修订案文第八章（复议）的提案，其中包括第61至66条。

秘书处评注见所附脚注。



第八章 复议¹

第 61 条 要求复议的权利

(1) 由于所指称的违反本法规定的行为，供应商或承包商声称遭受了损失或损害或者声称可能遭受损失或损害的，可以根据本法第[62 至 66]条或者根据本国适用法律的其他规定提出投诉，要求对所指称的违规行为进行审议。

(2) 供应商或承包商可以对复议机构在根据本条第(1)款启动的复议程序中作出的任何决定提出上诉，复议机构未能在规定时限内作出决定，或者未能根据本法第[65(1)]条暂停采购程序的，供应商或承包商可以提起诉讼程序。²

第 62 条 采购实体或审批机关复议

(1) 供应商或承包商要求复议，应当以书面形式，向采购实体或审批机关（两者视情况适用）提出投诉。³

(2) 投诉书应当在下列期限内提交：

(a) 投诉涉及招标条款、⁴ 资格预审或预选的，或者投诉因资格预审或预选程序而产生的，应当不迟于提交书递交截止时间提交投诉书；

(b) 其他所有投诉，凡是因采购程序而产生的，均应当在下列期限内提交投诉书：

(-) 根据本法第[20(2)]条适用的停顿期；⁵ 或者

¹ 《指南》关于第八章的相应案文将指出，该章所载列的是一套旨在确保有效复议程序的最低限度规定，因此《指南》将鼓励颁布国在其法律制度允许的范围内纳入该章的所有条款（A/CN.9/690，第 68 段）。《指南》还将提及《联合国反腐败公约》的有关规定，论述其他法律分支和其他机构对于启动对欺诈或腐败等行为的审查的相关性（包括需提醒有关当局确保采取适当行动）。在这方面，《指南》的相应案文将比照提及《指南》中关于第[19]条规定的有关论述（A/CN.9/690，第 93 段）。

² 根据(A/CN.9/690 号文件第 69(b)段)增加了第二款。《指南》的相应案文将解释，除供应商或承包商之外，各种国家机构也有权根据第八章提起复议或上诉（A/CN.9/690，第 67 段）。

³ 根据 A/CN.9/690 号文件第 69(a)段，删除了前导条文中的开头语。《指南》的相应案文将解释，应当在条例或其他准则中提及为证明投诉而提供佐证的问题。

⁴ 《指南》的相应案文将解释，“招标条款”这一词语的用意是涵盖提交书递交截止时间之前因采购程序产生的所有问题（而不是该项中单独提到的那些由资格预审或预选所涵盖的问题），例如，对采购方法或招标方法的选择问题——公开招标和直接招标的取舍，以及根据第 8 条限制对采购程序的参与。因此，该词不包括因审查和评审提交书而产生的问题。《指南》还将进一步解释，招标、资格预审或预选这几方面的条款还包括根据第 14 条印发的任何补充文件的内容（A/CN.9/690，第 69(c)段）。

⁵ 根据 A/CN.9/690 号文件第 69(f)段作了修改。

(二) 在本法第[20(3)]条规定的情况下不适用停顿期的，自提交投诉书的供应商或承包商意识到引起投诉的情况之后，或者自该供应商或承包商理应意识到这些情况之后（两者以先发生者为准），...个工作日内（颁布国列明期限）⁶，前提是，采购合同生效之后，或者取消采购合同的决定作出之后（两者视情况适用），采购实体或者审批机构（两者视情况适用）无需受理投诉或继续受理投诉。⁷

(3) 除非投诉已由当事人相互协议解决，否则，采购实体或者审批机关（两者视情况适用）应当在投诉书提交之后...个工作日内（颁布国列明期限）⁸，下达一项书面决定。该决定应当：

(a) 指明作出决定的理由；并且

(b) 投诉全部或部分得以成立的，指明应当采取的纠正措施。

(4) 采购实体或审批机关（两者视情况适用）未在本条第(3)款规定的时间内下达决定的，提交投诉书的供应商或承包商⁹随即有权根据本法第[63 或 66]条提起诉讼程序。此种程序提起时，采购实体或审批机关（两者视情况适用）受理该投诉的权限即告终止。¹⁰

(5) 采购实体或审批机关（两者视情况适用）应当根据本法第 64(5)条，向复议程序的所有参与方通知其决定。¹¹

⁶ 《指南》的相应案文将指出，同停顿期一样，具体截止时间的确定留给颁布国来确定，颁布国应确保使《示范法》全文中留给颁布国来决定的所有有关期限保持一致（A/CN.9/690，第 86 段）。《指南》还将提醒颁布国注意《政府采购协定》1994 年版本和 2006 年版本中规定的期限，这将有助于填入必要天数。

⁷ 关于该条是否应当允许在采购合同生效之后提交投诉书的问题，工作组第十八届会议期间提出不同看法。工作组并没有完成对该问题的审议，并且仍在审议一项建议，即列入一则条文，防止供应商通过在采购合同就要签署之前提出投诉而干扰采购合同的生效（A/CN.9/690，第 69(d)和(e)段）。工作组似应考虑，该项中使用的措辞“无需受理投诉或继续受理投诉”是否有足够灵活性处理这两种关切。为了减轻此种灵活措辞赋予采购实体的裁量权被滥用的风险，《指南》的相应案文需提及关于自动暂停采购程序的第 65(1)条的规定。工作组似应考虑，在采购合同生效之后是不可能向采购实体或审批机构提出有关采购程序的投诉的；最有可能的是，直接向行政复议机构或法院提出此种投诉，因为此等机构几乎肯定拥有推翻授标决定的特权（根据现草案第 63(3)(f)条，行政复议机构拥有此种特权）。采购实体或审批机构拥有何种特权，可能因法域不同而相异。

⁸ 根据 A/CN.9/690 号文件第 69(g)段作了修改。

⁹ 现草案删除了 1994 年版本（见第 53(5)条）中的“或采购实体”。虽然这一措辞意在涵盖采购实体可能对审批机构作出的不利于采购实体的决定提出的上诉，但秘书处的理解是，与采购实体提出上诉的可能性有关的问题超出了本章以及《示范法》的范围。

¹⁰ 《指南》的相应案文将明确区分本条规定的复议程序和通知程序。

¹¹ 《指南》的相应案文将解释，“复议程序参与方”一词可以包括另一参与方群体，需视复议程序的时间和投诉事项而定。在这方面，《指南》将比照提及第 64(1)和(2)条的规定。

第 63 条 独立行政机构复议*、¹²

(1) 供应商或承包商要求复议，应当以书面形式，在下列期限内，向……（颁布国填写独立行政机构名称）提出投诉或上诉：¹³

(a) 投诉涉及招标条款、资格预审或预选的，或者投诉因资格预审或预选程序而产生的，应当不迟于提交书递交截止时间提交投诉书；

(b) 其他所有投诉，凡是因采购程序而产生的，至迟应当在采购合同生效之后或者在决定取消采购之后（两者视情况适用）…天内（颁布国列明期限）¹⁴提交投诉书，前提是，在下列两种情况下，审议机构无需受理投诉：¹⁵

(一) 投诉书是在根据本法第[20(2)]条适用的停顿期期满之后提交的；或者未根据本法第[20(3)]条适用停顿期；

(二) 投诉书的提交迟于自提交投诉书的供应商或承包商意识到引起投诉的情况之后或者自该供应商或承包商理应意识到这些情况之后（两者以先发

* 一国的国内法律制度如果没有对行政行动、决定和程序进行逐级行政复议的做法，可以省略本条，仅规定司法复议（第[66]条），但条件是颁布国存在有效的司法复议制度，包括有效的上诉制度，以确保遵照《联合国反腐败公约》的要求，在本法规定的采购规则和程序未得到遵守时，可以诉诸于司法途径和救济。[各国可以根据有关法域的法律制度，在司法方面或行政方面对上诉制度作出规定。]

¹² 《指南》的相应案文将对“独立行政机构”一词的含义作出解释，特别是此种机构是否应由外部专家组成并独立于政府。据指出，《指南》可能要着重说明复议阶段做出决定缺乏透明度会给采购程序造成的破坏，因为此种决定会在法院受到质疑，从而造成进一步延误。《指南》将指出，《示范法》确立了行政复议机构独立原则，但并没有对如何实现这种独立性做出规定，这里的理解是，不同法域有不同做法，取决于各自的实际情况（A/CN.9/690，第 71(o)段）。

¹³ 根据 A/CN.9/690 号文件第 71(a)和 69(b)段作了修改。《指南》的相应案文将指出，在有些国家，任何一级的司法复议也可以作为行政机构程序的替代，第[66]条就是这样规定的。《指南》还将指出，应当在条例或其他准则中提及为证明投诉或上诉而提供佐证的问题。

¹⁴ 《指南》的相应案文将指出，把确定具体的最后期限问题留给颁布国处理，在确定停顿期的问题上就是这样做的（A/CN.9/690，第 86 段）；《指南》还将指出，这里的期限极有可能按月份或年份表示，而不是按日历日或工作日表示，因为这些条文意在规定绝对最长期限（见下文有关脚注中的解释）。

¹⁵ 根据 A/CN.9/690 号文件第 69(d)至(g)、85 和 86 段作了修改。

生者为准) ...个工作日 (颁布国列明期限);¹⁶

(c) 应当在根据本法第[62(3)]条下达决定之后...个工作日内 (颁布国列明期限) 提出上诉, 未根据第[65(1)]条下达决定或暂停采购程序的, 应当在下达此种决定或实行暂停的定期期限届满之后...个工作日内 (颁布国列明期限) 提起诉讼程序。¹⁷

(2) 收到投诉书或上诉状后, …… (颁布国填写独立行政机构名称) 应当将投诉或上诉事项迅速通知采购实体或审批机关 (两者视情况适用)。

(3) [填写行政机构名称]可以宣布对投诉或上诉所涉事项的管辖法律规则或原则, 并应当被授权采取下列一项或多项行动:¹⁸

(a) 禁止采购实体或审批机关 (两者视情况适用) 以非法方式行事或作出非法决定, 或者实施非法程序;

(b) 采购实体或审批机关 (两者视情况适用) 以非法方式行事或实施程序, 或者作出非法决定的, 要求其以合法方式行事或实施程序, 或者作出合法决定;

¹⁶ 关于供应商可否在采购合同生效之后提出投诉, 而不论是否适用了停顿期的问题, 为了调和工作组中以及闭会期间协商会议提出的不同看法, 此处作了修改。现在的条文允许供应商这样做, 但作了限制: (一)前导句中的绝对最长期限, 过了这一期限可以不受理任何投诉, (二)另加期限, 适用停顿期的, 另加期限相当于停顿期的期限, 不适用停顿期的, 另加期限由颁布国确定。条文还将给予复议机构裁量权, 由其决定另加期限过后是否受理投诉。条文还想涵盖这样的情形: 虽然投诉书是按时提交的, 但 (由于未能暂停采购程序或者由于决定取消暂停等原因) 采购合同已经生效了。关于第(二)目的规定, 《指南》的相应案文将比照提及第 20(3)条, 其中列明了不适用停顿期的各种理由, 包括紧迫性/紧急情况这一理由。关于这一点, 《指南》将强调, 虽然在这种情况下极有可能将根据第 21 条登载的授予采购合同的通知当作一个时间点, 以此确定提出投诉的供应商或承包商此时意识到引起投诉的情况, 或者供应商或承包商此时理应意识到这些情况, 但实际情况不一定总是如此。举例来说, 基于上面提到的紧迫性/紧急情况理由, 极有可能为了保密 (例如, 保护国家基本安全利益) 而免去登载授标通知这一程序。因此, 按照现在的写法, 条文并没有把这一时间点同授标通知联系起来, 而是采取了比较灵活的做法, 这对于在不适用《示范法》透明度保障的情况下能够进行复议是必要的。

¹⁷ 《指南》的相应案文将解释, 第[65(1)]条提到“迅速”采取行动, 是对使暂停生效规定了一段极短的时间期限。

¹⁸ 根据 A/CN.9/690 号文件第 71(b)和(d)以及第 72 段作了修改。《指南》的相应案文将强调务必确保行政机构能够酌情以任何适当的相互配套方式采取这些救济行动, 从而确保行政复议制度的有效性和独立性 (A/CN.9/690, 第 73 段)。

(c) 全部或部分推翻¹⁹ 采购实体或审批机关（两者视情况适用）的非法行为或决定[，或者采购实体或审批机关就向其提出的投诉作出的决定]；²⁰

(d) 修正采购实体或审批机关（两者视情况适用）的非法决定，或者另作决定取代该非法决定[（使采购合同生效的任何行为或决定除外）]，或者确认采购实体或审批机关作出的合法决定；²¹

(e) 下令终止采购程序；

(f) 推翻已经非法生效的采购合同或框架协议，授予采购合同或框架协议的通知已经登载的，下令登载废标通知；²²

(g) 驳回投诉或上诉；²³ 并且

(h) 要求赔付由于采购实体或审批机关在采购过程中作出某一非法行为或非法决定或者实施某一程序，提出投诉或上诉的供应商或承包商所支付的任何合理费用，以及所遭受的任何损失或损害，赔付额应当限于编写提交书的费用，或者与投诉或上诉（两者以适用者为准）有关的费用，或者限于这两方面的费用；²⁴[填写行政机构名称]应当根据情况作出适当决定。²⁵

(4) [填写行政机构名称]应当在收到投诉书或上诉书[...]天内就该投诉或该上诉下达一项书面决定，同时说明作出决定和采取行动的理由。

¹⁹ 《指南》的相应案文将解释，该词并不暗含任何后果（不应将其视为宣布某项决定无效），因此，颁布国可以根据有关法域的法律传统，对适当的法律后果作出规定（A/CN.9/690，第 71(f)和 72 段）。

²⁰ 工作组似应考虑是否有必要为便于提出上诉而添加方括号内的措辞。就投诉作出的决定不一定就是非法决定（其实体内容可能是错的，但却是按照法律作出的决定），如果不是非法决定，那就不在该项范围之内。

²¹ 《指南》的相应案文将解释，在有些颁布国，如果行政复议机构可以对授予合同作出自己的裁定，则可以略去这段案文。

²² 见上文有关现草案使用“推翻”一词的有关脚注。在工作组第十八届会议上，有人提出，其他所有救济办法都是与采购合同或框架协议生效之前采购程序各个阶段联系起来的，因此时间上都有限制，而推翻一项采购合同或框架协议的可能性似乎没有这种时间限制（A/CN.9/690，第 71(m)段）。工作组似应考虑，本条第(1)款就提交投诉书的绝对最长时间所作的修改将处理这一关切。

²³ 根据 A/CN.9/690 号文件第 71(c)和第 72 段作了修改。

²⁴ 《指南》的相应案文将阐述，与 1994 年《示范法》不同的是，《示范法》修订本倾向于只用一种办法赔付各种费用，这将有利于实施迅捷、有效的行政复议程序。《指南》还将指出，这种办法并不排除通过法院行动要求赔偿预期损失的可能性（或者，在颁布国法律制度允许的情况下，在行政复议机构的程序中要求赔偿预期损失，或者在合同已经执行并且履约已经开始的情况下，在根据此种合同采取的一项行动中要求赔偿预期损失）（A/CN.9/690，第 71(j)段）。

²⁵ 根据 A/CN.9/690 号文件第 72 段作了修改。《指南》的相应案文将着重说明，第(3)款所列出的各项措施，是行政复议机构为确保有效、独立的行政复议而能够根据情况采取的一套最低限度措施；因此，除非违反本国宪法或其他法律，将要求颁布国将该条列出的所有措施完全纳入。《指南》案文将说明，第(3)款规定加上的最后一句话，是为了确保有效的审议程序（A/CN.9/690，第 73 段）。

(5) [填写行政机构名称]应当根据本法第 64(5)条将其决定发送给复议程序所有参与方。

第 64 条 第[62 和 63]条规定的复议程序的某些适用规则

(1) 复议机构收到根据本法第[62 或 63]条提交的投诉书后，或者收到根据本法第[63]条提交的上诉书后，应当将投诉或上诉及其内容，迅速通知该投诉或上诉所涉采购程序的²⁶所有供应商或承包商参与方以及其利益受到或可能受到影响的任何政府机关。

(2) 任何此种供应商或承包商，或者政府机关，均有权参与复议程序。供应商或承包商，或者政府机关，未能参与复议程序的，此后不得提出同类投诉或上诉。²⁷

(3) 复议程序各参与方应当享有进入所有程序的权利，并应当有权在复议机构就投诉或上诉作出决定之前作出申述、有权委托代表和得到陪同、有权要求公开进行程序²⁸，并且有权出示证据，包括要求证人出庭。²⁹

(4) 由审批机关或[填写行政机构名称]进行复议的，采购实体应当及时向复议机构提供一切与投诉有关的文件，包括采购程序记录。³⁰

(5) 应当在下达复议机构决定后...个工作日内（颁布国列明期限），将该决定发送给复议程序各参与方。此外，应当在下达决定后迅速向公众提供投诉情况和所作出的决定。

(6) 本条第(3)款至第(5)款述及的信息，凡披露后将不利于保护国家基本安全利益³¹、违反法律、妨碍执法、损害供应商或承包商的正当商业权益，或者将妨碍公平竞争的，一律不得披露，也不得举行公开程序。

(7) 复议机构作出的决定及其理由和情形，应当成为采购程序记录的一部分。³²

²⁶ 《指南》将解释，“采购程序的……参与方”一词根据复议程序的时间和投诉内容，可以包括不同的参与方群体，《指南》还将具体说明，那些未通过资格预审程序取得资格的供应商，不能成为涉及采购程序后来阶段（如提交书的审查和评审）的复议程序的参与方。

²⁷ 根据 A/CN.9/690 号文件第 75 段作了修改。

²⁸ 根据 A/CN.9/690 号文件第 75 段去掉方括号保留。《指南》的相应案文将指出，阅读这些条文时需结合第(6)款，该款允许复议机构以保密为由拒绝举行公开程序的要求。

²⁹ 根据 A/CN.9/690 号文件第 75 段作了修改。

³⁰ 《指南》的相应案文将提到有必要就时限问题提供实务指导或类似准则。

³¹ 与第 22(1)和第 23(4)条中的有关部分保持了一致。

³² 《指南》的相应案文将提到有必要就时限问题提供实务指导或类似准则。《指南》的相应案文将解释该条规定对确保透明度的重要性以及需保持完整的采购记录。

第 65 条 暂停采购程序、框架协议或采购合同³³

(1) 复议机构收到根据本法第[62 或 63]条及时提交的投诉书后，或者收到根据本法第[63]条及时提交的上诉书后，应当迅速暂停³⁴采购程序、框架协议或采购合同，暂停期限由复议机构确定，但本条第(2)款规定的情形除外。

[删除]³⁵

(2) 复议机构决定一项投诉或上诉明显不值得审议的，无须暂停采购程序。³⁶

(3) 如果复议机构决定，根据本条第(1)款适用暂停将会给或者已经给采购实体或者其他供应商或承包商造成过大损害，或者出于紧迫的公共利益考虑必须继续进行采购或继续执行采购合同或框架协议，复议机构可以取消暂停。复议机构的决定对除司法复议以外的所有级别复议具有终局效力。³⁷

(4) 采购机构不是复议机构的，可以依据本条第(3)款提及的理由，以书面形式请求复议机构取消暂停。³⁸

(5) 复议机构可以延长最初确定的暂停期，以便在复议程序作出处理前，维护提出投诉或上诉或者提起诉讼的供应商或承包商的权利，条件是，暂停期的总期限不超过复议机构根据第[62 或 63]条（以适用者为准）作出决定所必需的期限，并且不超过在此期限之后为使供应商或承包商对复议机构的决定提出任何上诉而需要的有足够时间的期限。³⁹

(6) (a) 复议机构根据本法第[64(1)条]发出投诉或上诉通知书，应当在通知书中载入暂停事实和暂停期，或载入复议机构不暂停采购程序、采购合同或框架协议（视情况适用）的决定，并将其迅速发给提出投诉或上诉的供应商或承包商；

³³ 本条改写后，反映了秘书处对 A/CN.9/690 号文件第 79 段所载工作组决定的理解。《指南》的相应案文将指出，本条无意处理法院下令暂停的问题。

³⁴ 《指南》的相应案文将解释，实行暂停所涉及的步骤，但需视审议投诉的机构而定。特别是，《指南》将区分采购实体是复议机构时须采取的步骤和采购实体接到复议机构的暂停通知时须采取的步骤（以及可以采取的进一步步骤）。此处将比照提及第 64(1)条。

³⁵ 删除了提及供应商或承包商提交声明的条文（A/CN.9/690，第 79(b)段。另见 1994 年《示范法》第 56(1)条）。秘书处的理解是，投诉或上诉本身将表明其能否成功，而且由于暂停是自动的，作此声明已不再必要。

³⁶ 根据 A/CN.9/690 号文件第 79(a)段改写。

³⁷ 这一规定与 1994 年《示范法》第 56(4)条所采取的做法有明显不同，该条此处的规定是，采购实体的证明是可以不适用暂停的唯一充分理由，对此，工作组似应加以考虑。工作组还应回顾 A/CN.9/690 号文件第 79(c)段所载审议情况，考虑是否保留最后一句，同时注意该条文中的“复议机构”分别是指采购实体、审批机关和行政复议机构（视情况适用）。

³⁸ 《指南》的相应案文将阐述，审批机关或行政机构可以要求采购实体向复议机构提供必要文件以证明其请求。

³⁹ 根据 A/CN.9/690 号文件第 80 和 81 段作了修改。

(b) 延长暂停期的决定（其中注明延长期）或取消暂停的决定，以及复议机构根据本条作出的其他所有决定及其理由，均应当迅速告知复议程序的所有参与方。

(7) 暂停事实和暂停期，以及复议机构根据本条作出的任何决定及其理由和情形，应当成为采购程序记录的一部分。⁴⁰

第 66 条 司法复议^{* 41}

对于根据第[61]条提出的申诉，[填写法院名称]拥有管辖权。^{42 43}

⁴⁰ 根据 A/CN.9/690 号文件第 75 段去掉方括号保留。

* 一国如果规定对采购实体或审批机关的决定只进行司法复议，必须建立有效的司法复议制度，包括有效的上诉制度，以确保按照《联合国反腐败公约》的要求，在本法规定的采购规则和程序没有得到遵守的情况下提供法律追诉和救济。这种有效的司法复议制度应当特别确保以下几个方面：(一)对采购实体、审批机关或行政机构（视情况适用）的决定提出申诉或司法复议请求的截止时间应当适合特定采购的情况，特别要考虑到本法关于暂停期的规定；(二)根据第[61]条对诉讼拥有管辖权的法院可以采取本法第[63(3)]条规定的任何一项行动，也可同时配套采取其中几项行动，并准予为确保有效复议而采取其认为必需的临时措施，包括暂停采购程序或暂停执行采购合同或框架协议（视情况适用）；(三)对本法第[64]条中规定的参与复议程序、提出证据以及保护在采购过程中提供的机密信息确立最低限度保障。

⁴¹ 根据 A/CN.9/690 号文件第 90-92 段，本条加上了一条附带脚注。秘书处的理解是，这条脚注将留在《示范法》案文中。

⁴² 根据对第 61 条的修改对本条作了修改。特别是，鉴于第 61 条中添加的类似规定，本条中基于 1994 年《示范法》的一段案文（“以及对于要求对复议机构作出的决定或者对复议机构未根据第[62 或 63]条在规定时限内作出决定进行司法复议的请求”）已成多余而被删除。

⁴³ 《指南》的相应案文，特别是关于本条款附带脚注的案文，将强调指出，本《示范法》无意干涉法院的特权，这种特权由颁布国的单独一套法律来规范或理应由其规范。《指南》将进一步指出，本《示范法》也无意对法院在颁布国法规下极有可能享有的更为广泛的权力作出意外的限制。这方面，将具体提到法院判付预期费用或准予临时措施的权力（A/CN.9/690，第 90 段）。为此，《指南》的相应案文将比照提及第 63(3)(h)条关于赔付供应商或承包商提出投诉或上诉（以适用者为准）的费用问题的规定。《指南》将指出，虽然这里的条文排除了在行政复议过程中要求赔付预期损失的可能性，但通过法院诉讼，这种可能性还是存在的，包括在合同已经执行并且履约已经开始的情况下，只要颁布国的法律制度允许这样做就行（A/CN.9/690，第 71(j)段）。《指南》的相应案文还将提及第 65 条关于暂停的规定，重申该条并非指法院下令的暂停。