



联合国
大会



DISTR.
LIMITED
A/CN.9/WG.V/WP.27
11 July 1990
CHINESE
ORIGINAL: ENGLISH

联合国国际贸易法委员会
新的国际经济秩序工作组
第十二届会议
维也纳，1990年10月8日至19日

采购

根据采购示范法审查采购实体的行为和
决定及其采用的程序

秘书长的报告

目 录

	页 次
根据采购示范法审查采购实体的行为和决定及其采用的程序.....	2
附件一. 采购示范法的审查条款草案	6
第四章 审查	6
第36条 要求审查的权利.....	6
第37条 由采购实体或核准机关审查.....	8
第38条 行政审查	11
第39条 适用于第37条〔和第38条〕的审查 程序的某些规则.....	14
第40条 司法审查	15
第41条 停止采购进程〔和采购合同的履行〕.....	17
第42条 采购实体的纪律、行政或刑事责任	18
附件二. 贸易法委员会随同通过采购示范法提出的建议草案	19

根据采购示范法审查采购实体的 行动和决定及其采用的程序

1. 本文件是遵照工作组第十一届会议（1990年2月5日至16日）的要求而编制，该届会议要求秘书处为工作组第十二届会议拟订关于审查采购实体的行为、决定及其采用的程序的条款草案（A/CN.9/331，第222段）。（此种行为、决定和程序，以下统称为“行为”。）

2. 多数国家都存在有对行政机关和其他公共实体的行为作出审查的机制和程序。有些国家特别建立了审理那些机关和实体在采购过程中产生的纠纷的审查机制和程序。另一些国家则通过审查行政行为的一般机制和程序来处理这种纠纷。

3. 审查机制的某些重要方面，例如可寻求审查的机构以及可给予的补救办法都与每个国家的法律制度和国家管理制度的基本概念和结构有关。许多法律制度规定由一个对有关机关和实体行使等级权力或控制的行政机构审查行政机关和其他公共实体的行为（以下简称为“等级制行政审查”）。但另一些法律制度并不实行等级制行政审查。而在规定实行等级制行政审查的法律制度中，对于某些机关或实体的行为，究竟由什么机构来行使此种职能的问题，在很大程度上取决于国家行政体系的结构。例如，就采购而言，有些国家规定由一个对在该国采购行使全面监督和控制的机构（例如中央招标局）负责审查；在另一些国家，则由一个对政府或公共行政机关的财务行使控制和监督的机构来行使审查职能。有些国家规定，对某些个案由国家元首负责审查。

4. 在某些国家，对于涉及行政机关或其他公共实体的某些类型的案件，规定由专门的独立行政机构行使审查职能，这种机构的权限有时被称为“准司法权”。但是，这些机构并不被视为归属司法系统的法院。

5. 许多法律制度规定对行政机关和公共实体的行为实行司法审查。其中有些法律制度除行政审查之外还规定司法审查，而另一些法律制度则只规定司法审查。有些法律制度只规定行政审查，不实行司法审查。在既有行政审查又有司法审查的某些法律制度中，规定只有在再无机会求助于行政审查的情况下才可以求助于司法审查；另一些法律制度则两种审查手段任由选择。

6. 有些实行司法审查的法律制度，主管审查行政机关和公共实体的行为的法院，在性质上有很大差别。有些国家存在有单独的行政法院系统来审查那些行为。而另一些国家则把审查那些行为的权限赋予统一法院系统内的法院。其中有些国家，这种法院为行使一般管辖权的法院，而另些国家内，这种法院构成了统一法院系统的一个单独部分。还有一些国家则把审查行政机关和公共实体的行为的权限分别交给行政法院和民事法院。

7. 对于某一行政机关或公共实体的不法行为，可采取何种纠正办法，各种法律制度之间并不相同。在许多法律制度中，由等级制行政机构批准的纠正办法包括废止或修正受到告发的行为。根据另一些法律制度，该行政机构不能废止或修正该行为，但可以批准其他种类的纠正措施。

8. 在许多法律制度中，由法院判处的司法补救措施的性质与向法院提出的诉讼的性质有关，或与法院的权限有关。例如，有些制度规定，在某一类诉讼中，法院只能废止所控告的行为，而不能修正该行为或判处赔偿；但对于另一类诉讼则可以判处赔偿或其他补救办法。在另一些法律制度中，一个法院有权废止或修正已发现的不法行为，但无权命令某一行政机关或公共实体依法办事或禁止其采取不法行动。此外，法院可判处某种补救办法的理由也因法律制度而异，而且取决于每一制度中的实体法。

9. 对于采购行为、决定和程序的审查机制牵涉到法律制度和国家行政管理制度的基本概念和结构方面，而各个国家在这些方面差别很大，在这种情况下，很难就审查机制和程序拟订出普遍可以执行的条款。任何此种条款都得极力避免触犯上述那些基本方面，因为各个国家不大可能采纳与那些基本方面发生抵触的条款，也不大可能修改本国的法律或行政制度来适应示范法的规定。因此，拟定的条款只能是比较笼统的，而且包含更多的变式，不像某些其他领域的统一法规，并不发生上述种种困难，而且有可能达致更大程度的协调和统一。

10. 根据上述考虑，秘书处建议工作组考虑下面三种处理审查问题的可能办法。第一种可能的办法是拟出一些条款，由执行国采纳作为示范法的一个组成部分。尽管拟订出的条款只能是笼统的，但这种做法并不是异乎寻常的，也不是不可取的。秘书处研究了一些国家现行的采购法律，那些法律对于审查问题都是只规定一些基

本原则，而将审查办法的实质性和程序性细节问题留给本国其他法律、条例或惯例去处理。有些国家的采购法只规定由某一特定行政机关负责处理有关采购过程中的不正常行为的争端。按照这第一种办法，秘书处拟定了作为本文件附件一的审查条款草案，建议将之并入采购示范法内，对于那些条款，还提出了有关的评注。

11. 第二种可能的做法是拟定关于审查的条款，但哪些条款具有与采购示范法主体不同的作用。采购示范法主体是针对采购业务的综合统一法律框架（执行国仍可颁布采购条例以作出补充）。执行国一般会将其颁布而不作任何修改，或者只作出很小的修改，使之符合执行国某些重大的需要。与此相反，关于审查的条款只是提供执行国作参考，借以评价其本国关于审查采购行为、决定和程序的机制是否充分和有效。所拟定的条款将包含有委员会认为构成充分而有效的审查手段的基本组成部分的全部要素。如果有些国家发现其审查机制和程序缺乏某些基本要素，这些条款则可作为某种立法指导。参照本文件附件一的条文拟定的条款，不管是否带有所附评注，都可起到此种作用。在通过采购示范法时，委员会可以明确表示，示范法主体和审查条款具有截然不同的目的，强烈促请各执行国将审查条款作为参考，以确保其审查机制和程序的充分和有效。

12. 第三种可能的做法是，采购示范法不载入有关审查的立法性条款。但委员会在通过示范法时可表示，必须辅之以有效的审查手段，同时，作为对各国提出的一项建议，列出它认为必不可少的要素。现拟定这样一项建议的可能式样，作为本文件的附件二。

13. 附件二所提出的案文是仿照欧洲共同体理事会通过的一项指示编写的，该指示涉及欧洲共同体对授予公共供货合同和公共工程合同所涉个案的审查（理事会1989年12月21日关于协调针对授予公共供货合同及公共工程合同应用审查程序的法律、条例和行政条款的指示（89/665/EEC），以下简称为“欧共同体审查指示”）。欧共同体成员国必须在1991年12月1日前在各自的法律制度中执行该指示（欧共同体审查指示第5条）。

14. 如果采用第二种做法（上文第11段）或第三种做法（上文第12段），则委员会似宜在适当时考虑是否应拟订出适应各种法律制度的综合审查条款。也许需要拟订出几套条款，分别适应于全世界几种主要的法律制度。也许还需要根

据一些国家的请求，提供技术援助，直接帮助一个国家拟订出适合该国具体国情的审查条款。委员会也许还要考虑一些可能手段，向申请国家提供技术援助，协助拟订作为采购示范法的补充的采购条例。秘书处的上述意见，只不过作为可能的事宜提出来，并不需要工作组在目前阶段采取行动。

附件一

采购示范法的审查条款草案

* * *

第四章 审查

* * *

评注

[工作组说明：来源：A/CN.9/WG.V/WP.22，第214至218段；A/CN.9/315，第114段。评注中有的说明文字放在方括号内，写明“工作组说明”者，主要是给工作组审议有关条款草案时提供其参考的资料和指导。这些说明不会出现在示范法评注的最后案文中。]

需要有一种有效手段来审查采购实体的行为和决定以及采购实体采用的程序，以防止错误地运用采购示范法或采购条例，确保采购制度的正确实行，增强人们对此种制度的信任。本章提出的条款一方面确立了提请审查的权利，另一方面提出了关于如何行使此种权利的条款。为使这些条款能适应于全世界各种法律制度迥然不同的概念和结构框架，这里只提出审查权利及其行使的一些基本方面。执行国可颁布补充的采购条例，或由本国的其他法规更详细地针对采购示范法没有涉及的事项作出规定。有些地方，对于某些特定问题的处理，提出了另外的任择方法，放在方括号内，执行国应从中选择其认为最为合适的那种办法。

* * *

第36条 要求审查的权利

任何自然人或法人，不问国籍，若意欲获得由于本法所涉采购进程而产生或预期产生的一项采购合同，声称由于采购实体对于那些采购过程的某一行非法行为或决定，或由于其采用的程序而受到、即将受到或已经受到损害者，可

在采购过程的任何阶段或在采购过程结束后，按照第37条至〔42〕条的规定，要求对该行为、决定或程序进行审查。

* * *

评注

1. 按本条规定，凡是“意欲获得…一项采购合同，声称…受到、即将受到或已经受到损害者”，即可要求得到审查。因此，不但参与采购进程的承包商和供应商，而且未参与采购进程的人，例如被非法排除在外而不能参与采购进程的承包商和供应商，都有要求审查的权利。本条没有提到涉及什么性质或多大程度的利益或损害，才能要求审查，也没有提到涉及该人要求审查的能力的其他问题。这些问题可由每一执行国按照本国有关的法律规定去解决。

〔工作组说明：留给每一执行国按其他规定去解决的问题当中，一个可能的问题是这种要求审查的权利是否只限于据称违反了某些类别的条款的情况。例如，在某些法律制度中，也许要分清以下两种要求，一种是针对采购实体与承包商和供应商的关系而施加于采购实体的要求，可构成其对于承包商和供应商的法律义务，另一种是行政当局认为只作为“内部要求”的其他要求，并不能构成采购实体对于承包商和供应商的法律义务。在那些法律制度中，要求审查的权利则只限于采购实体违反了上述第一种要求的情况。〕

2. 某一行为、决定或程序如果不符合由该国执行的采购示范法，不符合采购条例或其他适用的法律规定，即为“非法”。

3. 在采购过程的任何阶段或在采购过程结束之后，即使采购合同已经生效，都可提出审查要求，只要不违反第37条第(2)款〔和第(3)款〕，只要不违反采购条例中或其他适用于审查过程的法律中规定的提出投诉的期限，以及不违反执行国有关时效或诉讼时效的任何规定。〔工作组说明：条文中将所提到的第37条第(3)款放在方括号内，因该款是否要保留，尚待工作组决定。〕

4. 将所提到第42条放在方括号内是因为这取决于执行国是否规定等级制行政审查（见第38条评注第1段）。

* * *

第 37 条 由采购实体或核准机关审查

(1) [除非采购合同已经生效,] 一项投诉首先应以书面形式提交采购实体的首长。但是,如果投诉的根据是该采购实体的某一行为、决定或其采用的程序,而该行为、决定或程序是经由某一机关遵照[本法]核准者,则投诉书应提交核准该行为、决定或程序的机关的首长。[本法]提及的采购实体首长或核准机关首长包括由他指定的任何人。

(2) 除非在下述两种情况之先期发生者,即投诉人获悉引起其投诉的情节之后,或在他理应获知此种情节之后[10]天内,提出投诉,否则采购实体或核准机关之首长概不受理此种投诉。

[(3) 在采购合同生效之后,采购实体或核准机关之首长即不再受理或继续受理任何投诉。]

(4) 除非投诉已经由投诉人和采购实体双方协议解决,否则采购实体或核准机关之首长应在提交投诉后[20]天内,签发一项书面决定。该决定应:

(a) 陈述作出该决定的理由;和

(b) 如投诉内容之全部或部分得到确认,明示拟采取之纠正措施。此种措施可包括支付赔偿,即赔偿由于采购实体的某项非法行为、决定或所采用的程序[而使投诉人就采购进程提出投诉所涉的任何合理费用][而使投诉人蒙受的损失]。

(5) 如采购实体或核准机关之首长在第(4)款规定的时间内不签发一项决定,则投诉人或采购实体立即有权按照第[38或40]条规定提出诉讼。一俟提出此种诉讼,采购实体或核准机关之首长受理投诉的职权即告终止。

(6) 除非按照第[38或40]条规定提出了诉讼,否则采购实体或核准机关之首长作出的决定即为最后决定。

* * *

评注

〔工作组说明：来源：A/CN.9/WG.V/WP.22，第219段；A/CN.9/315，第115和116段。关于可寻求审查的机构，工作组第十届会议一致同意，采购示范法应提供一般的备选办法，由各国从中选择它愿意执行的方法（A/CN.9/315，第116段）。〕

第(1)款的开头语（“除非采购合同已经生效”）和第(3)款放在方括号内，目的是请工作组考虑是否应保留这些规定。这些规定的基本方针是，一旦采购合同开始生效，采购实体或核准机关之首长即无法提出任何补救办法（除给予赔偿之外——见本条评注第3段），除非他得到授权可以废止已生效的采购合同。但对这样的官员授予这么大的权力，未免太特殊了。如果存在这种权力的话，将废除合同的权力授予一个法院，或至少是一个等级制的行政机构，也许更为合适。之所以规定首先应交由采购实体或核准机关之首长作出审查，主要目的是使该官员得以纠正不当的行为、决定或程序。一旦采购合同已经生效，他便来不及这样做了。如果保留方括号之内的规定，即意味着在采购合同生效后提出的投诉，仍可进行等级制行政审查或司法审查。〕

1. 本条规定首先应提请采购实体或核准机关的首长作出审查，以下各条规定了等级制行政审查和司法审查。按照第(1)款规定，首先寻求本条所述的审查是寻求等级制行政审查或司法审查的先决条件。

〔工作组说明：第(2)款所述时限放在方括号内，目的是请工作组考虑究竟多长的时限才合适。〕

2. 第(4)款(b)项交由采购实体或核准机关的首长决定，对于每一种情况，适宜于采取何种补救措施（但不能违反采购条例中对此问题的任何规定；见本条评注第5段）。可能的补救措施可包括下列各项：要求采购实体修改采购程序，使之符合采购示范法、采购条例或其他适用法律的规定；如果已作出采纳某一投标的决定，而事实表明本应采纳另一投标，则要求采购实体采纳该另一投标；或者终止采购进程，命令其重新开始采购进程。

3. 第(4)款(b)项明文授权采购实体或核准机关之首长要求对提出投诉的人支付赔偿款。通常应由采购实体支付赔偿。但是，如果所控告的行为、决定或程序

是经过某一核准机关核准者，则该机关首长似宜决定由该机关负责支付赔偿费用。

〔工作组说明：对于哪些损失可以要求赔偿，本条提出两种可能情况，均放在方括号内，供工作组考虑。第一种规定是，对由于采购过程中的非法行为、决定或程序而对该采购进程提出投诉的人为投诉花费的合理费用，可以要求赔偿。此种费用不包括投诉人的投标或邀约不被接受，致使失去的该采购合同将产生的利润。第二种规定赔偿损失的范围比第一种大一些，也许可包括适当情况下的利润损失。对哪些损失应予赔偿的问题，工作组第十届会议进行了讨论，但没有作出决定（A/CN.9/315, 第120段）。〕

4. 对于第(5)和第(6)款中提及的放在方括号内的第“38或40”条，执行国应采取下述行动。如果执行国实行的是司法审查而不是等级制行政审查（见第38条评注第1段），该处应只提及出现在本示范法内的第40条。如果执行国同时有两种审查，但要求提出投诉的人在用尽其寻求等级制行政审查的权利之后才寻求司法审查，则该处只应提及第38条。如果执行国实行两种审查又不要求先竭尽等级制行政审查才寻求司法审查者，则该处应提及“第38或40条”。

5. 执行国可在其采购条例中，根据本条规定，列入有关审查程序的详细规定（例如关于除投诉人以外其他参与采购进程的承包商和供应商参与审查过程的权利（见第39条）；提出证据；审查进程的安排；采购实体或核准机关之首长可要求采购实体采取的补救措施（见本条评注第2、3段））。

6. 按本条确定的审查手续应力求做到对投诉的迅捷处理。如不能迅捷处理投诉，此种审查手续不应过份耽误转向等级制行政审查或司法审查。为此目的，第(4)款要求采购实体或核准机关之首长在投诉提交后〔20〕天内作出一项决定。如果到期未作出决定，则第(5)款允许在此之后立即提交进行等级制行政审查或司法审查。〔工作组说明：第(4)款内以及前面一句都把时限天数放在方括号内，请工作组考虑应允许多长时间。〕

7. 第39条列出了适用于本条所述审查进程的某些增补规则。

* * *

第 38 条 行政审查

- (1) 在下列情况下，任何人得以书面形式向〔行政机构名称〕提出投诉：
 - 〔(a) 如因采购合同已生效，其投诉不能按第 37 条规定提出或被受理；〕
 - (b) 遵照第 37 条(5)款规定；或
 - (c) 如该投诉人声称由于采购实体或核准机关的首长按第 37 条规定作出的决定而受到不利影响。
- (2) 该〔行政机构名称〕可批准下述之中的一项或多项补救办法：
 - (a) 宣布制约该投诉所涉事项的法律条例或原则；
 - (b) 禁止采购实体采取非法行动或决定或采用某一非法程序；
 - (c) 要求以非法方式行动或办事，或作出了非法决定的采购实体依法行动或办事或作出合法的决定；
 - (d) 全部或部分地废止该采购实体的某一非法行为或决定；
 - (e) 修改采购实体的非法决定或以自己作出的决定取代该决定；
 - (f) 如采购合同已生效，废止该采购合同；
 - (g) 要求对由于采购实体的某项非法行动或决定或由于其采用的程序〔而使投诉人就采购作法提出投诉引起的任何合理费用〕〔而使投诉人遭受的损失〕支付赔偿；
 - (h) 命令停止采购过程。
- (3) 该〔行政机构名称〕应针对该投诉发出一项书面决定，说明作出该决定的理由和批准的补救办法。
- (4) 除非开始了第 40 条所述的行动，该决定应为最后决定。

* * *

评注

〔工作组说明：来源：A/CN.9/WG.V/WP.22, 第 220、222、223、226 段；A/CN.9/315, 第 115、116、119-121 段；A/CN.9/331, 第 10、153 和 204 段。〕

1. 本条就等级制行政审查作出了规定。在其法律制度中并无针对行政机构的行为、决定和程序实行等级制行政审查的国家可删除这一条而仅规定司法审查(第40条)。

2. 有些国家的法律制度既有等级制行政审查也有司法审查,而且其中有些国家允许在行政审查仍悬而未决时又再提交司法审查,或在司法审查仍悬而未决时再提交行政审查,还规定了司法审查程序可否或在多大程度上取代行政审查程序。如果实行两种审查的执行国,其法律制度并无这种规定,该国似宜在其采购条例中确立此种规定。

3. 想要规定等级制行政审查但尚未对采购事项建立此种审查机构的执行国,应将此审查职能交给一有关的行政机构。此种职能可交给一合宜的现有机构,也可交给一个由执行国建立的新机构。它可以是例如对该国的采购行使全面监督和控制的机构(如中央招标局;见第6条及所附评注)、其工作范围并不仅限于采购事项的某一有关机构(例如对政府和公共管理部门的业务行使财政控制和监督的机构(其审查范围不应局限于财政控制和监督))、其职责专门是解决采购事项中的争端的一个特别行政机构,如“采购审查局”,或者一仲裁法庭。重要的问题是,行使审查职能的机构应独立于采购实体之外。而且,如果按照该国执行的示范法,该行政机构又是负责核准采购实体的某些行动、决定或采用的程序的机构,则应注意确保该机构内行使审查职能的部门独立于行使核准职能的那个部门。

[工作组说明:如果工作组联系到第37条,确定采购实体或核准机关之首长不应有权受理在采购合同生效后根据该条规定提出的投诉,则放在方括号内的第(1)款(a)项应予保留(见第37条评注第1段之前的工作组说明)。否则该项应予删略。]

4. 按第(1)款(c)项有权提出投诉的人并不限于参与了向采购实体或核准机关之首长提交投诉的人(见第39条第(2)款),而且包括声称由于采购实体或核准机关之首长的某项决定而受到不利影响的任何其他人。

5. 关于第(2)款,投诉人究竟以何种手段才能确立其取得补偿的权利,这取决于审查过程所适用的实体法和程序法。

6. 行使等级制行政审查的机构究竟有权批准何种补救办法，各国的法律制度并不相同。各国在实施采购示范法时，既可载入第(2)款所列出的所有补救办法，也可只载入按该国法律制度某一行政机构通常有权批准的那些补救办法。如按某国特定的法律制度，某一行政机构可以批准的某些补救办法，在第(2)款中尚未提出，则可在该款中增补列出那些补救办法。总之，该款应列出该行政机构可以批准的所有补救办法。〔工作组说明〕：本条采取的方针，即具体规定等级制行政机构可批准的补救办法，有别于采购实体或核准机关之首长可要求采取纠正措施那种较灵活的方针（第37条第(4)款(b)项）。第37条第(4)款(b)项所采取的方针是，采购实体或核准机关之首长应能采取任何必要的步骤，务求纠正采购实体自己造成的或经由该核准机关核准的不正常局面。按照有些国家的法律制度，行使审查职能的等级制行政机构，对于其能够批准的补救办法，尚须遵守较严谨和限制性较大的规则，第38条第(2)款采取的方针是力求避免与那些规则发生抵触。〕

7. 第37条评注第3段，即针对向投诉人支付赔偿的评注，也适用于本条第(2)款(g)项。〔工作组说明：第37条评注第3段后面的工作组说明也适用于本条第(2)款(g)项。〕

8. 如采购进程已按照第(2)款(b)项规定停止进行，采购实体可重新开始采购进程。第7条的规定与此有关。

9. 执行采购示范法的国家如果尚无关于提请等级制行政审查的详细规定，该国可在其采购条例中作出此种规定。例如，可以作出关于提请执行等级制行政审查的时限的规定；关于除提起审查诉讼者以外的其他承包商和供应商参与审查诉讼的权利的规定（见第39条第(2)款）；关于举证责任的规定；关于提供证词的规定；以及关于安排审查进程的规定。

10. 适用于本条规定的审查过程的若干补充规则载列于第39条。

* * *

第39条 适用于第37条〔和第38条〕审查程序的某些规则

(1) 在根据第37条〔或第38条〕提出投诉之后，采购实体或核准机关之首长〔，或〔写上行政机关名称〕（视情况而定）〕，应将提出投诉的情况及其内容立即通知投诉所涉及的参加采购进程的所有承包商和供应商。

(2) 〔〔变式A〕 在某项投标已被接受或采购合同已经生效之后，如有人根据第37条〔或第38条〕提出投诉，且此投诉人不是投标已被接受或已成为采购合同当事方的承包商或供应商，则该承包商或供应商应有资格象采购实体一样参与审查过程。〕

〔〔变式B〕 凡声称其利益受到或可能受到审查过程影响的任何承包商或供应商，均可请求参与审查过程。采购实体或核准机关之首长〔，或〔写上行政机关名称〕（视情况而定）〕，应决定该承包商或供应商是否可参加，如果可以，还应决定其参加的条件。〕

(3) 采购实体或核准机关之首长〔，或〔写上行政机关名称〕首长（视情况而定）〕的决定副本，应在〔5〕天内送交提出投诉者、采购实体和参加审查程序的任何其他人员。此外，在发出决定之后，应迅速将投诉和决定提供公众检查，但条件是不得违背〔本国〕有关保密的法律，泄漏任何应予保密的情况。

* * *

评注

〔工作组说明：本条只适用于由采购实体或核准机关首长和官方行政机构所进行的审查，而不适用于司法审查。许多国家对本条所述事项都作了不少规定。各国的规定不尽相同，可以认为，如果《采购示范法》确立的统一规则与这些规定发生冲突，那是不可行的，也是不应该的。〕

1. 本条标题和案文在方括号里提及第38条和行政机关，如实施国没有规定官方行政审查，则应将之略去。

2. 本条第(1)款和第(2)款的目的是让承包商和供应商知道，有人对他们所参加

的或正在参加的采购进程提出了投诉，所以这两款旨在使他们能够采取步骤，保护其本身的利益。 这些步骤可包括根据第(2)款参与审查过程，并包括按适用法律规则可能规定的其他步骤。 [工作组说明，如采纳第(2)款的变式 A，即可列入以下一句话：虽然第(2)款仅限于规定，本人投标已被接受或已成为采购合同当事方的承包商或供应商，有权利参与审查，但采购条例或国内法的其他规则可能会让参加采购进程的其他承包商和供应商也一齐参与，甚至在投标被接受前或采购合同生效之前即可处理参考问题（见第 3 7 条评注第 5 段和第 3 8 条评注第 1 0 段）。]

[工作组说明，变式 A 是为了确保至少其投标已被接受或已缔结采购合同的承包商或供应商有权参加审查过程。 根据变式 B，凡参加采购过程的任何承包商或供应商，如声称自己利益受到或可能受到审查过程的影响，均可请求参与，但对此种请求的决定权则属于审查机关。 变式 A 区别了接受投标的时间（当使用招标程序时）和采购合同生效的时间（当使用其他采购手段时），因为根据第 3 2 条草案，如采购合同须经书面合同签字后才生效，那么在投标被接受后与合同生效前就可能存在一段时间差。]

3. 在第(3)款中，“参加审查程序的任何其他人”系指按第(2)款参与此事的承包商和供应商，以及根据法律规则和适用于审查程序的惯例允许参加审查程序的任何其他人。

* * *

第 4 0 条 司法审查

[写上法院名称]应对第 3 6 条所述的人提起的诉讼享有管辖权，以审查采购实体的行为或决定或所遵循的程序。 在下述条件下该人可提起此种诉讼：

(a) 作为按第 3 8 条提出投诉的替代措施；]

[[(b) 如因采购合同已生效，根据第 3 7 条其投诉无法提出或被接受；]]

[(c) 根据第 3 7 条第(5)款规定；]或

(d) 如其声称由于 [采购实体或核准机关之首长按第 3 7 条作出的决定] [或] [由于 [写上行政机关名称]按第 3 8 条所出的决定]而受到不利影响。

* * *

评注

〔工作组说明：出处：A/CN.9/WG.V/WP.22，第221段、第226段；A/CN.9/315，第115段、第116段，第119—121段；A/CN.9/331，第153段和第204段。〕

1. 本条规定了司法程序，授予指定的法院以管辖权，并规定了在何种情形下可以提起诉讼。 司法诉讼的程序和其他方面，包括可能允许的补救办法，将由适用于诉讼程序的法律进行规定。 〔工作组说明：采用这种最低限度的方法是为了避免与国内法和有关司法诉讼程序发生冲突。〕

2. 如一国没有规定官方行政审查，或规定在寻求司法审查前，须充分运用按第38条要求官方行政审查的权利，那么方括号里的(a)项即应略去。 如果实施国有官方行政审查，但未作这方面的规定，则应保留(a)项。

〔3. 如一国规定要求审查者在寻求司法审查前应充分运用要求官方行政审查的权利，那么方括号里的(b)项即应略去。 如一国没有这方面的规定，或没有规定官方行政审查，则应保留(b)项。〕 〔工作组说明：如工作组对第37条作出决定，在采购合同生效后，采购实体或核准机关之首长均无权受理按该条规定提出的投诉，那么应列入(b)项和上一段评注（见第37条评注第一段之前的工作组说明）。 否则，即应将之略去。〕

4. 如果实施国规定要求审查者在寻求司法审查前应充分运用要求官方行政审查的权利，那么方括号里的(c)项即应略去，但如一国没有这方面的规定，或没有规定官方行政审查，那么即应保留。

5. 实施国应对(d)项方括号中提及的事项采取以下行动。 如果实施国没有规定官方行政审查，那么其中所指的只应是采购实体或核准机关首长按第37条所作出的决定。 如果实施国既规定了官方行政审查，也规定了司法审查，但不要求投诉人在寻求司法审查前充分运用其要求官方行政审查的权利，那么其中所指应是采购实体或核准机关首长根据第37条作出的决定，“或”行政机关根据第38条作出的决定。 如果实施国规定了两种审查形式，但还规定要求审查者在寻求司法审查前须充分运用其要求官方行政审查的权利，那么其中所指的就只应是行政机关按第38条作出的决定。

6. 在按(d)项提起诉讼情况下, 法院是否应重新审查投诉所述及的采购进程方面, 或只审查按第37条或第38条进行审查后作出的决定是否合法或是否适当, 关于这个问题, 应遵照适用于司法程序的法律办理。

* * *

第41条 停止采购进程〔和采购合同的履行〕

〔变式A〕如按第37条〔或第38条〕及时提出投诉, 或按第40条及时提出投诉, 或按第40条及时提起诉讼, 那么在审查程序作出处理之前, 即应停止采购进程〔, 或采购合同的履行(如该合同业已生效)〕, 除非采购实体或核准机关之首长、〔写上行政机关名称〕或法院(视情况而定)作出决定, 认为停止该采购或合同不符合公共利益。

〔变式B〕在按第37条〔或第38条〕及时提出投诉后, 或在按第40条及时提起诉讼后, 采购实体或核准机关之首长、〔写上行政机关名称〕或法院(视情况而定)可停止采购进程〔, 或采购合同的履行(如该合同业已生效)〕, 以便在审查进程作出处理之前, 保护提出投诉者或提起诉讼者的权益。

* * *

评注

1. 本条的目的是在有关审查作出处理之前使提起审查程序者的权益, 能够得到保护。〔工作组说明: 出处A/CN.9/WG.V/WP.22, 第224段和第225段; A/CN.9/315, 第117段和第118段。提出两项变式供工作组审议。变式A规定在审查过程开始时, 采购进程即自动停止, 除非采购实体或核准机关之首长、行政机关或法院作出决定, 根据变式中所述的理由, 认为该采购进程不应停止。一些国家的采购法就遵照这种方法办理, 作为司法或行政程序中由求援者承担责任的一般规则的例外。支持这种方法的主要理由是, 提出投诉或提起司法诉讼者, 可能没有足够的时间寻求并得到过渡时期的援救。特别是, 在审查过程作出

处理前，对于投诉或诉讼者，避免采购合同生效通常是相当重要的，并且，如果他必须确立其权利，享有过渡时期的援救，那他可能没有足够的时间做到这一点，以避免合同生效（例如，当采购进程已处于最后阶段时）；见A/CN.9/331，第212段。变式B考虑到，如果停止采购进程或采购合同的履行，则有可能造成严重的混乱。根据这种方法，采购进程或采购合同的履行不是自动停止的；是否应该停止，应由法庭作出决定。

本条案文中和评注中所提及的停止采购合同的履行被放在方括号里，这是为了请工作组来考虑决定是否应规定停止合同这一做法。虽然两项变式中对停止履行采购合同和停止采购进程作了同样的处理，但也可作不同的处理，例如规定采购进程自动停止，但只有在法庭作出决定后才停止采购合同的履行。）

2. 在适用本条规定时，审查法庭将采用采购条例中规定的任何标准或审查程序所适用的其他法律规则中所载的任何标准。例如，此种标准可包括停止采购进程〔或采购合同的履行〕所产生的不利后果是否与停止后所带来的益处不成比例，以及诉讼者是否有可能在审查过程中胜诉。

3. 本条不影响审查法庭根据适用法律规则而可能拥有的准许其他形式临时补救措施的权力。另外，本条也不影响这样的权力，即要求提起审查程序者提供一笔保证金，如果停止采购进程〔或采购合同的履行〕，但结果要求审查者败诉时，可以补偿采购实体因此而可能受到的损失。

4. 方括号里提及第38条和行政机关，这将取决于实施国是否规定了官方行审查。

* * *

第42条 采购实体的纪律、行政或刑事责任

本章所述的审查进行的结果不影响采购实体或其官员或职员根据〔本国〕法律而可能承担的任何纪律、行政或刑事责任。

* * *

〔工作组说明，见A/CN.9/331，第151段。〕

附件二

贸易法委员会随同通过采购示范法 而提出的建议草案

[工作组说明：以下建议可列入贸易法委员会通过《采购示范法》的决定中，或可补充适当的引言作为一项单独的决定加以通过。本建议是参照欧共体审查指示第1条和第2条拟定的。在《指示》中，有些条款因《指示》的强制性质而可能是必要的或适当的，但在建议中则略去了，或因认为有关条款如载入建议中则属多余或不适当，因此对之作修改。另外还作了一些其他改动，以便与《采购示范法》中使用的术语和概念相一致。]

联合国国际贸易法委员会，

.....

确信以有效的手段审查采购实体在《采购示范法》所述采购过程中的行为和决定以及所遵循的程序是否合法，很有必要，可有助于防止滥用《示范法》或根据《示范法》而通过的采购条例，确保国家采购制度正常运作，并使人们增强对这些制度的信心，

建议各国政府：

1. 采取必要的措施，就《采购示范法》范围内的采购活动而言，确保采购实体的行为和决定以及所遵循的程序的合法性受到有效的审查；

2. 确保就要求和获得审查的权利而言，或就审查程序的任何其他方面而言，对外国人和本国人一视同仁；

3. 确保至少是在获取某项采购合同方面具有或曾经具有利害关系，且因采购实体在采购过程中的非法行为或决定或所遵循的程序而受害或可能受害的任何人，都有可能诉诸于审查程序；

4. 确保以上所述的审查程序包括授予下述权力：

(a) 及早采取临时措施，以防止对有关人员的进一步损害，包括采取措施，停止或确保停止采购进程、停止采购实体任何决定的实施或采购合同的履行；

- (b) 取消或确保取消非法作出的决定；
- (c) 对因非法行为、决定或程序而受害的人员给予补偿；
- 5. 确保负责审查程序的机关所作出的决定能得到有效的实施；
- 6. 对非司法机构审查程序中的各项决定，应始终提出书面理由；
- 7. 即使规定了非司法审查程序，也应规定司法审查程序；
- 8. 除开始时向采购实体提出审查程序的情况外，负责审查程序的机构应独立于采购实体。