



联合国国际贸易法委员会
第三十八届会议
2005年7月4日至15日，维也纳

第一工作组（采购）第七届会议工作报告

（2005年4月4日至8日，纽约）

目录

	段次	页次
一. 导言	1	3
二. 会议安排	2-7	3
三. 审议情况和决定	8-9	4
四. 审议关于修订《贸易法委员会货物、工程和服务采购示范法》的提议	10-82	5
A. 与采购有关信息的电子发布和通信	10-33	5
1. 总论	10-14	5
2. “电子”的概念和其他术语(A/CN.9/WG.I/WP.34, 第 17-22 段和 A/CN.9/WG.I/WP.34/Add.2, 第 2 条定义)	15-23	6
3. 法规和其他信息的电子发布(A/CN.9/WG.I/WP.34, 第 24-30 段和第 42-47 段, A/CN.9/WG.I/WP.34/Add.1, 第 8-17 段和 A/CN.9/WG.I/WP.34/Add.2, 第 5 条公众获取法律文本、第 14 条授予采购合同的公告、第 24 条征求投标或资格预审申请的程序、第 37 条征求建议通知、第 47 条限制性招标和第 48 条投标征求书)	24-28	8
4. 近期采购机会的公布(A/CN.9/WG.I/WP.34, 第 31-41 段和 A/CN.9/WG.I/WP.34/Add.2, 第 5 条之二采购机会通知)	29-31	9



5. 通信形式(A/CN.9/WG.I/WP.34/Add.1, 第 18-43 段和 A/CN.9/WG.I/WP.34/Add.2, 第 7 条资格预审程序、第 9 条通信形式、第 10 条供应商或承包商提供书面证据的规则、第 25 条投标邀请书和资格预审邀请书的内容、第 26 条招标文件的提供、第 28 条招标文件的澄清和修改、第 30 条投标书的提交、第 37 条征求建议书通知和第 40 条投标征求书的澄清和修改).....	32-33	10
B. 由采购中使用电子通信手段引起的其他问题	34-50	10
1. 电子投标书和书面投标书在功能上等同的先决条件 (A/CN.9/WG.I/WP.34/Add.1 第 33 段和 A/CN.9/WG.I/WP.34/Add.2 第 30 条“投标书的提交”)	34-42	10
(a) 通信和标书处理上的安全措施	34	10
(b) 开标.....	35-42	10
2. 采购过程所使用或所产生的电子文件的法律效力 (A/CN.9/WG.I/WP.34/Add.1 第 44-58 段, 及 A/CN.9/WG.I/WP.34/Add.2 第 11 条“采购过程的记录”和第 36 段“接受投标和采购合同生效”)	43-50	12
(a) 采购过程的记录	43-47	12
(b) 接受投标和采购合同生效	48-50	12
C. 电子(逆向)拍卖(A/CN.9/WG.I/WP.35 和 Add.1).....	51-67	13
D. 异常低价竞标(A/CN.9/WG.I/WP.36).....	68-82	16

一. 引言

1. 委员会第三十七届会议（2004 年）将起草 1994 年《贸易法委员会货物、工程和服务采购示范法》（“贸易法委员会采购示范法”或“示范法”，A/49/17 和 Corr.1 附件）修订建议的任务委托给其第一工作组（采购）。赋予了工作组灵活处理的职责，查明其考虑需要处理的问题，包括就政府采购中的新做法，尤其是使用电子通信而产生的新做法作出规定（A/59/17，第 82 段）。工作组第六届会议（2004 年 8 月 30 日至 9 月 3 日，维也纳，A/CN.9/568）开始了有关拟订示范法修订建议的工作。该届会议决定委托秘书处编写能够反映工作组审议情况的材料和研究报告草稿，供其下届会议审议。工作组还决定，其下届会议将接着按顺序对 A/CN.9/WG.I/WP.31 和 32 号文件中提出的议题作深入的审议。（A/CN.9/568，第 10 段）。

二. 会议安排

2. 工作组由委员会的所有成员国组成，于 2005 年 4 月 4 日至 8 日在纽约举行了其第七届会议。出席会议的有工作组下列成员国的代表：阿尔及利亚、奥地利、白俄罗斯、加拿大、智利、中国、哥伦比亚、捷克共和国、法国、德国、危地马拉、伊朗伊斯兰共和国、约旦、肯尼亚、马达加斯加、墨西哥、尼日利亚、巴基斯坦、卡塔尔、大韩民国、俄罗斯联邦、塞尔维亚和黑山、新加坡、西班牙、斯里兰卡、瑞典、泰国、突尼斯、土耳其、乌干达、美利坚合众国和委内瑞拉。

3. 下列国家的观察员出席了会议：文莱达鲁萨兰国、古巴、多米尼加共和国、芬兰、印度尼西亚、科威特、缅甸和菲律宾。

4. 下列国际组织的观察员也出席了会议：

(a) **联合国系统**：联合国粮食及农业组织（粮农组织）、国际货币基金组织（货币基金组织）和联合国秘书处和联合国方案；

(b) **政府间组织**：非洲开发银行、欧洲联盟委员会、欧洲空间局、国际发展法组织（发展法组织）、经济合作与发展组织（经合组织）、世界贸易组织（世贸组织）。

(c) **委员会邀请的国际非政府组织**：欧洲法律学生协会、国际律师协会（律师协会）、国际研究所。

5. 工作组选出下列主席团成员：

主席：Stephen R. Karangizi 先生（乌干达）

报告员：Phua Wee Chuan 先生（新加坡）

6. 工作组收到下列文件：

(a) 临时议程说明（A/CN.9/WG.I/WP.33）；

(b) 秘书处列出在公共采购中使用电子通信所产生的问题的一份说明(A/CN.9/WGI/WP.34 和 Add.1 和 2)；

(c) 秘书处介绍公共采购使用电子(逆向)拍卖的实践经验比较研究的一份说明(A/CN.9/WGI/WP.35 和 Add.1)；及

(d) 秘书处介绍对公共采购中异常低价竞标的比较研究的一份说明(A/CN.9/WGI/WP.36)。

7. 工作组通过了以下议程：

1. 会议开幕。
2. 选举主席团成员。
3. 通过议程。
4. 审议《贸易法委员会货物、工程和服务采购示范法》修订建议。
5. 其他事项。
6. 通过工作组报告。

三. 审议情况和决定

8. 工作组在其第七届会议上继续进行其关于拟订《贸易法委员会采购示范法》修订建议的工作。工作组使用上文第 6 段提及的秘书处的说明(A/CN.9/WGI/WP.34 和 35 及其增编和 A/CN.9/WGI/WP.36)作为其审议的基础。

9. 工作组请秘书处为其第八届会议编写建议草案，在其中反映工作组本届会议关于以下议题的审议情况：与采购有关的信息的电子发布和通信；由采购过程使用电子通信手段而引起的其他方面，例如对这种手段的使用的控制、电子逆向拍卖和异常低价竞标。工作组的理解是，其下届会议应完成对这些议题的审议。工作组还决定，如果时间允许，其下届会议就将着手讨论框架协议这一议题。在这方面，工作组回顾了其第六届会议对该主题的审议情况，该届会议上曾委托秘书处编写一份关于这一问题的说明(A/CN.9/568，第 78 段)。工作组还听取了一些建议，这些建议认为此后应将下列议题列为优先事项：供应商名单；补救和执行；投标书的评价与比较，包括在采购中促进工业、社会和环境政策；对采购的组织；以及服务采购。

四. 审议关于修订《贸易法委员会货物、工程和服务采购示范法》的提议

A. 与采购有关信息的电子发布和通信

1. 总论

10. 工作组收到了秘书处的说明(A/CN.9/WGI/WP.3 和 Add.1 和 2)。据回顾，在根据公共采购方面，尤其是在根据使用电子通信手段方面的最新动态修订示范法时，应侧重于那些为消除影响使用电子通信的障碍所必需的修订。为此有与会者重申支持工作组第六届会议所采取的做法，即示范法应鼓励在公共采购中使用电子通信和技术（A/CN.9/568，第 18 段）。还有与会者强调了力求文本简明准确的目标。工作组还回顾在示范法条文上所作修改有可能对以示范法作为本国采购法规依据的国家产生影响。

11. 关于处理采购过程中的电子通信和技术的一般性立法原则和政策做法，工作组决定在必要时列入以贸易法委员会编拟的电子商务案文为依据的条文（另见 A/CN.9/WGI/WP.34，第 13 段），但应在示范法修订本中加以修订，以便把公共采购具体情况考虑在内。工作组还回顾其第六届会议所作的决定，即示范法应适当载明指导原则，但宜在《颁布指南》中提供适当的进一步指导（A/CN.9/568，第 24 段）。

12. 与会者一致认为，秘书处应在示范法前面某节中列入一则条文，作为新的第 4 条之二，颁布在采购过程中所采取的各种行动应遵守的等同功能和技术上不偏重任何一方的一般原则，此类行动包括公布与机会和采购有关的信息；在例如采购实体和供应商之间进行通信；开标；及举行招标前会议。据指出，此类一般性条文应能消除示范法范围内在公共采购中使用电子通信手段上存在的障碍和模棱两可之处，并通过修正隐含纯纸质环境的所有短语，例如“书面”、“密封的信封”、“签名”或“记录保存”等而鼓励使用电子通信手段，同时不必规定得过细或使示范法过于复杂。

13. 工作组商定继续其审议，同时顾及示范法一项新的第 4 条之二的下列两项备选案文：

备选案文 A

“第 4 条之二. 信息或文件的所有传送、公布、交换或储存方法在功能上的等同性

凡本法任何[条款][规定]要求：

- (a) 文件为书面形式的；
- (b) 文件需加签署的；
- (c) 文件需加入密封信袋的；
- (d) 文件需加公布或提供或可供查阅的；

- (e) 创建或留存记录的；
- (f) 人员举行会议的；以及
- (g) 开标的

或凡其中隐含出现在现场或纸质环境的任何其他的要求

均可通过使用电子、光学或类同手段[，包括但不限于电子数据交换(EDI)、电子邮件、电报、电传或传真形式]而得到满足，[但前提条件是，颁布国或采购实体确信，这样做：

- (a) [并不构成对采购过程的障碍][采用的是广为普及的通信手段]；
- (b) 促进采购过程的节约和效率；以及
- (c) 不会在潜在的供应商或承包商中间造成或对他们造成歧视或以其他方式严重限制竞争。]

备选案文 B

“本法中凡关于书面、记录或会议的任何规定，均可解释为包括采用电子、光学或类同手段，[包括但不限于电子数据交换(EDI)、电子邮件、电报、电传或传真形式] [，但前提条件是，颁布国或采购实体确信，这样做：

- (a) [并不构成对采购过程的障碍][采用的是广为普及的通信手段]；
- (b) 促进采购过程的节约和效率；以及
- (c) 不会在潜在的供应商或承包商中间造成或对他们造成歧视或以其他方式严重限制竞争]

（此处添加《颁布指南》备选案文 A 中列出的清单）。

14. 工作组请秘书处对这两项备选案文加以调整，以确保“普及标准”适用于所选用的任何发布和通信手段。

2. “电子”的概念和其他术语(A/CN.9/WGI/WP.34，第 17-22 段和 A/CN.9/WGI/WP.34/Add.2，第 2 条定义)

15. 关于 A/CN.9/WGI/WP.34 第 22 段，工作组审议了对示范法定义一节可能的补充，所作补充见 A/CN.9/WGI/WP.34/Add.2 中所载对示范法第 2 条拟议的修订。

16. 考虑的第一个可能的补充是有关“电子”这一用语的定义，其内容如下：
“‘电子’涉及具有电子、光学、磁力或类似性能可用于发送、接收或储存信息的技术，包括但不限于电子数据交换（EDI）、电子邮件、电报、电传或传真，”（借鉴《贸易法委员会电子商务示范法》第 2 条中的“数据电文”的定义，A/51/17 附件一）。有些代表团和观察员质疑拟议的定义是否适当，因为考

虑到对于立法者来说，“电子通信”这一用语的定义是否比单单“电子”这一形容词的定义更为有用。

17. 关于拟议定义的案文，与会者建议，考虑到方兴未艾的技术变革，应将“类似”这一词改为“可比较的”一词，并在《颁布指南》中对改动的原因作出解释。

18. 考虑的第二个可能的补充是“向公众开放的电子信息系统”的定义，其内容如下（借鉴《贸易法委员会电子商务示范法》第 2 条中的“信息系统”的定义，A/51/17 附件一）：“向公众开放的电子信息系统”系指一个向使用电子装置者普遍开放的用于生成、发送、接收、储存或以其他方式处理电子通信的系统”。有些代表团和观察员质疑拟议的定义是否实际需要，尤其是如果“电子”或“电子通信”的定义范围很宽，足以对示范法其他条款的拟议修订部分作相应的修改。

19. 关于第二个拟议定义的案文，建议在“通信”后添加“和数据”一词，在“使用电子装置者”一词之前添加“任何”一词。

20. 工作组听取了各代表和观察员提出的建议，这些建议认为，在修订后的示范法中应列入其他定义，其中包括“书面”和“电子手段”这两个术语的定义，行文措词或许可依据 2004 年 3 月 31 日欧盟采购指示（第 2004/17/EC 号和第 2004/18/EC 号指示）中这些概念的定义。还建议《颁布指南》应鼓励颁布国在使用术语方面前后一致，以避免与其他法规条例发生抵触。

21. 有与会者表示，应该以在技术上不偏重任何一方的措词拟定示范法中旨在确保相关信息得以公布或可加以查阅的条文，并避免出现与电子通信手段具体有关的任何条文。同时有与会者称，此类具体条文在某些情况下对有些国家有益。据建议，在对示范法加以修订时工作组应力求在下述两个方面取得平衡：一方面以在技术上不偏重任何一方的措词拟定条文并确保各种通信手段在功能上等同，另一方面推广电子通信手段，强调说明使用电子通信手段而可能造成的问题，就如何解决此类问题提出建议。

22. 关于拟列入示范法第 2 条的定义，工作组就起草建议举行了非正式磋商，一致认为，应在今后一届会议上对这些拟议的定义作进一步审议，其中应当考虑到下列备选提案：

备选案文 A

“‘电子手段’”传送、公布、交换或储存信息或文件，系指以电子、光学或类同手段，包括但不限于电子数据交换(EDI)、电子邮件、电报、电传或传真方式，生成、交换、发送、接收或储存信息或文件。

‘电子手段’为本法规定的任何目的举行人员会议，系指会议者可通过电子通信手段跟踪和参与议事过程的任何会议方法。”

备选案文 B

“‘电子手段’” 传送、公布、交换或储存信息或文件，以及举行会议，系指以电子、光学或类同手段，包括但不限于电子数据交换(EDI)、电子邮件、电报、电传或传真方式，生成、交换、发送、接收或储存信息或文件。”

备选案文 C

不列入“电子手段”的任何定义，因为根据所提出的第 4 条之二（见上文第 10-14 段）这些定义将属多余。

23. 请秘书处在准备文件供工作组今后一届会议继续讨论时考虑到上述提案。

3. 法规和其他信息的电子发布(A/CN.9/WG.I/WP.34，第 24-30 段和第 42-47 段，A/CN.9/WG.I/WP.34/Add.1，第 8-17 段和 A/CN.9/WG.I/ WP.34/Add.2，第 5 条公众获取法律文本、第 14 条授予采购合同的公告、第 24 条招标投标或资格预审申请的程序、第 37 条征求建议通知、第 47 条限制性招标和第 48 条投标征求书)

24. 与会者一致认为应扩大第 5 条的范围以涵盖公众获取须予以强制性公布的所有与采购有关的信息，包括法律文本。工作组注意到，秘书处目前正在审查国内采购制度的有关做法，以查明在示范法目前没有要求发布但却可纳入第 5 条的范围的与潜在供应商有关的其他信息 (A/CN.9/WG.I/WP.34，第 29-30 段)。工作组商定在得到该研究的结果以后即可重新审议该事项。

25. 与会者一致认为示范法应载列一项颁布以下一般原则的条文，即采购实体应该有权选择第 5 条规定的公布手段。这就是说，采购实体既可选择纸质或电子公布手段，也可同时采用这两种手段，而不需要对所作的选择加以解释，但前提条件是，所选定的公布手段符合某些“普及标准”。工作组请秘书处提供普及标准草案供其今后某一届会议审议，这些标准可依据 A/CN.9/WG.I/WP.34/Add.

2 号文件中所载拟议的第 24 条第 3 款。该款的各项原则将规定所选定的公布方法：

- (a) 不应构成对参与采购程序的障碍；
- (b) 将是为促进采购过程的节约和效率理所应当的；及
- (c) 不会在潜在的供应商或承包商之间造成歧视或以其他方式严重限制竞争。

26. 与会者一致认为修订后的第 5 条拟列入的一般原则将适用于公布示范法其他条款目前所涉及的其他信息，例如参与具体采购的邀请书（示范法第 24、37、46、47 和 48 条，如 A/CN.9/WG.I/WP.34 第 42-45 段和 A/CN.9/WG.I/WP.

34/Add.1 第 8-17 段所述) 和授标(示范法第 14 条, 如 A/CN.9/WGI/WP.34 第 46-47 段所述), 或修订后的示范法可能规定须予公布的其他信息, 例如近期合同机会的公布(见下文, 第 4 节)。

27. 工作组请秘书处就反映上述事项的行文措词提出建议供其审议, 并向工作组报告如上文第 24 段所述要求其进行的研究的结果。

28. 工作组商定, 在今后一届会议上继续审议第 5 条草案时将应考虑到下述案文:

“第 5 条. 与采购有关的信息可供公众查取

“(1) 本法、采购条例、在本法所涵盖的采购方面一般适用的所有行政规定和命令及其一切修订本, 以及需加以公布[或根据本法公布]的任何其他文件和信息应迅速备妥供公众查取, 并加以系统地保存。

“[(2) 颁布国或采购实体选择公布的任何进一步信息, 例如关于近期的机会、内部控制措施或指导建议, 应迅速备妥供公众查取, 并加以系统地保存。]”

4. 近期采购机会的公布(A/CN.9/WGI/WP.34, 第 31-41 段和 A/CN.9/WGI/WP.34/Add.2, 第 5 条之二采购机会通知)

29. 尽管有与会者对公布有关近期机会的信息是否构成示范法应予倡导的最佳做法提出了某些疑问, 但工作组的普遍看法是, 公布近期采购机会尤其在国际招标中有助于采购程序具有透明度, 提高采购规划的效率并有助于开放采购市场, 因此应予以鼓励。但工作组也一致认为此类公布应该是可选择的, 而不具强制性。工作组注意到有与会者就强制公布可能产生的消极影响所表示的关切, 例如强制公布会事先杜绝国家预算编制过程的灵活性, 而此类灵活性历来是立法者所享有的一种特权。因此, 工作组倾向于 A/CN.9/WGI/WP.34/Add.2 中所载拟议第 5 条之二采购机会通知的备选案文 B, 其规定如下:

“在财年开始后[颁布国规定时限]之内, 采购实体可公布其随后[颁布国规定期限]的预期所需采购的通知。”

30. 相对于在《颁布指南》中详述公布近期采购机会的种种好处, 与会者对在示范法中列入一则可自行选择公布此类机会的条文是否有必要持不同意见。支持在示范法中列入这则条文者称, 如果仅置于指南中, 则示范法中的这一新概念就会遭到忽视, 而考虑到该议题的重要性及其对采购进程产生的积极影响, 这样做是很令人遗憾的。

31. 有与会者建议拟议的修订应阐明有关近期机会的信息对采购实体不具约束力。工作组商定一俟得到上文第 12 段所提及的研究结果即可重新审议这一事项。

5. 通信形式(A/CN.9/WGI/WP.34/Add.1, 第 18-43 段和 A/CN.9/WGI/WP.34/Add.2, 第 7 条资格预审程序、第 9 条通信形式、第 10 条供应商或承包商提供书面证据的规则、第 25 条投标邀请书和资格预审邀请书的内容、第 26 条招标文件的提供、第 28 条招标文件的澄清和修改、第 30 条投标书的提交、第 37 条征求建议书通知和第 40 条投标征求书的澄清和修改)

32. 工作组商定对示范法加以修订, 以便在第 9 条中纳入一项有关通信形式的一般性原则, 适用于示范法中所涉所有各类通信, 包括招标文件的提供、澄清和修改及投标书的提交。工作组一致认为应按照就第 5 条提出的类似原则草拟这项原则(见上文第 3 节), 赋予采购实体对任何形式通信的选择, 而不要求其对其选择作出解释, 但前提条件是所选定的形式符合上文第 25 段所述普及标准。

33. 工作组商定不应赋予供应商选择与采购实体之间进行通信的形式的权利, 因此, 对示范法和《颁布指南》中规定或可理解为隐含此类权利的条文, 具体地说, 对第 9.3 条和第 30.5(b)条应作必要的修正。工作组还商定, 秘书处作必要修正时应谨慎行事, 目的是不至于在无意中取消这些条文中所载防止采购实体采取歧视性做法或其他排斥性做法的保障措施。据建议在界定上文第 25 和 32 段所述“普及标准”和修订《颁布指南》时应适当顾及此类关切。关于“普及标准”, 工作组还商定在今后的一届会议上审议应将这些标准的定义置于示范法中的何处的的问题。

B. 由采购中使用电子通信手段引起的其他问题

1. 电子投标书和书面投标书在功能上等同的先决条件 (A/CN.9/WGI/WP.34/Add.1 第 33 段和 A/CN.9/WGI/WP.34/Add.2 第 30 条“投标书的提交”)

(a) 通信和标书处理上的安全措施

34. 工作组审议了通信和标书处理上的安全措施的问题以及 A/CN.9/WGI/WP.34/Add.2 号文件所载《贸易法委员会采购示范法》拟议第 30 条之二的案文。工作组注意到, 拟议的案文述及(除其他外)通信的真实性、资料的完整性、电子通信的日期和时间以及这种通信的保密性。工作组根据其早些时候作出的决定, 即此类事项属于在电子商务法而不是采购法本身的范围内处理的事项, 决定这一案文不应纳入经修订的示范法。尽管如此, 工作组指出, 应在《颁布指南》中提供适当的指导(包括这种规章在颁布国中的可取性)。

(b) 开标

35. 工作组然后审议了开标问题。工作组回顾其早些时候作出的决定, 即采购实体应可选择规定投标书必须是根据《贸易法委员会采购示范法》第 30 条以电子方式提交的(见上文第 5 节), 讨论了示范法第 33 条下的关于开标的条款。据回顾, 示范法第 33(1)条规定“应在招标文件中规定作为投标截止日期的时

间, [……], 在招标文件中规定的地点, 按该文件规定的程序开标, ” 以及第 33(2)条规定 “采购实体应允许所有已提交投标的供应商或承包商或其代表出席开标。”

36. 工作组指出, 虽然第 33(1)条似乎足够宽泛地容纳任何开标制度, 但第 33(2)条却提出供应商和承包商应在规定的地点和时间亲自出席。工作组指出, 有些国家采用了授权条款, 其中允许通过电子信息系统开标, 这种系统能够在招标文件中规定的日期和时间自动发布和开启标书, 并能够自动传递通常会在开标时公开宣布的信息。工作组审议了示范法是否应对这种电子开标作出规定的问题。

37. 在这方面, 工作组审议了 A/CN.9/WG.I/WP.34/Add.2 号文件所载拟议给示范法第 33 条添加的以下内容, 其目的是使采购实体能够使用电子通信作为在供应商和承包商出席的情况下开启标书的替代做法:

“(4) 依照第 9(1)条之三、第 25(1)(k)条、第 25(2)(f)条或[此处插入涉及逆向拍卖和其他全自动程序的任何可能的条文]纯粹以电子方式进行采购的, 如果允许供应商或承包商通过采购实体所使用的[诸如网上交换电文、视频会议或类似技术]等电子通信手段观察开标的进行, 则供应商或承包商应被视为获准出席开标, 但前提条件是, 已提交标书的所有供应商或承包商具备采购实体所使用的必需技术手段和其他通信手段并且这些手段并不构成对与会的不合理障碍。”

38. 据指出, 这一条文仅述及以电子方式进行采购程序的情形而不是一并提交了纸质和电子标书的情形。因此, 工作组决定从拟议的案文中删除 “纯粹” 一词。

39. 此外, 根据工作组已决定列入示范法的一般可查取性标准以及工作组已请秘书处就此起草的一般性条文 (见上文第 25 和 32 段), 工作组认为, 拟议的案文的末尾处载列的条件 (“但前提条件是, 已提交标书的所有供应商或承包商具备采购实体所使用的必需技术手段和其他通信手段并且这些手段并不构成对与会的不合理障碍”) 实属多余, 不应列入其中。

40. 工作组还认为, 方括号中的案文 ([“诸如网上交换电文、视频会议或类似技术”]) 在一旦工作组完成了对示范法定义部分的审议后就可能是多余的。因此, 工作组并不希望将这一案文列入目前阶段的条款草案中。

41. 最后, 据认为, 该条文草案应明确指出该条文将被视为是要满足第 33(2)条 (供应商亲自出席) 的要求的。

42. 工作组请秘书处提出建议草案以反映上述问题, 供其今后一届会议审议。

2. 采购过程所使用或所产生的电子文件的法律效力 (A/CN.9/WG.I/WP.34/Add.1 第 44-58 段, 及 A/CN.9/WG.I/WP.34/Add.2 第 11 条“采购过程的记录”和第 36 段“接受投标和采购合同生效”)

(a) 采购过程的记录

43. 工作组回顾到, 《贸易法委员会采购示范法》第 11 条要求采购实体保留含有某种最低限度信息的采购过程记录, 并规定这种信息可以查取。不过, 还据指出, 示范法本身未对记录的形式作出规定, 因此并不妨碍采购实体保留电子形式的记录。

44. 工作组然后审议了是否应对第 11 条加以修正以述及记录的保留形式的问题, 以及是否应就电子记录的保留和查取程序, 包括能够确保信息的完整性、可查取性和保密性的措施, 作出规定的问题。

45. 工作组根据其早些时候作出的关于可以电子方式传递或在此情形下储存信息的决定(A/CN.9/568, 第 23 和 37 段), 审议了是否应在示范法中载列一个论及拟以电子方式保留的记录应具备的条件的款项这一问题。在这方面, 工作组审议了 A/CN.9/WG.I/WP.34/Add.2 号文件所载拟议的新增第 11(5)条。工作组的结论认为, 关于信息的电子通信和传播的一般性条文应论及这种问题, 并认为在该条中载列记录的形式可能会起反效果, 从而可能冲淡对记录的内容加以规范的力度。尽管如此, 工作组认识到第 11 条论及了信息的储存而不是信息的传播, 因此请秘书处考虑如何将这一广泛的概念列入其已请秘书处起草的普及标准中(见上文第 25 和 32 段)。

46. 此外, 还据指出, 确保信息的完整性、可查取性和保密性的措施将适用于任何保留采购记录的方法, 因此应将 A/CN.9/WG.I/WP.34/Add.2 号文件所载拟议的第 6 款添加到第 11 条的案文中, 作此修正是要提及任何储存信息的方式。拟议的第 6 款案文如下:

“采购条例可规定保留和查取电子记录的程序, 包括目的在于确保信息完整性、可查取性和适当情况下的保密性的措施。”

47. 因此, 工作组请秘书处对该条文作重新起草, 以使之适用于所有储存方法。

(b) 接受投标和采购合同生效

48. 关于接受投标和采购合同生效, 工作组注意到, 《贸易法委员会采购示范法》第 36(2)(a)和(b)条规定, 招标文件可要求投标已获接受的供应商或承包商“签署一份”与该投标相一致的“采购合同”。因此, 工作组审议了下述问题:

(a) 《贸易法委员会采购示范法》是否应明确允许执行以电子手段订立的采购合同, 如果是的, 那么, 示范法是否还应提及由颁布国规定签署或鉴定以电子方式订立的采购合同的程序的可能性; 或者

(b) 是否应将这一事项留给颁布国的其他法规处理，在此情况下，《颁布指南》可简要提出相关问题。

49. 在这方面，工作组审议了以下拟议添加到 A/CN.9/WGI/WP.34/Add.2 号文件所载目前的第 36 条中并拟成为该条新的第 7 款的案文：

“(7) 如果根据本条书面采购合同需要加具签字，则使用已加具符合采购实体所规定之任何要求的电子签名的电子通信或文件即满足该要求。”

50. 工作组认为，这一拟议的条文可能会与管辖电子商务的法律相重叠或甚至相矛盾，因此，鉴于工作组已请秘书处起草的拟议的普及标准（见上文第 25 和 32 段），无论如何上述拟议条文可能没有必要。在这方面，工作组还指出，工作组已决定不就其他法律中可能加以规范的电子通信作出进一步的规定，除非采购情形严格要求作出此种规定。因此，工作组认为没有必要列入这一拟议的案文，但工作组指出，《颁布指南》可有益地论及所提出的问题，正如上文第 33 段中所述的那样。

C. 电子(逆向)拍卖(A/CN.9/WGI/WP.35 和 Add.1)

51. 工作组根据秘书处的一个说明（A/CN.9/WGI/WP.35 和 Add.1）审议了这个题目。工作组了解到，电子逆向拍卖可以界定为一种在某一采购机构与若干供应商之间进行的在线实时动态拍卖，供应商相互竞标，通过在预定时间期限内先后提交更低的出价赢得合同。

52. 工作组承认，在电子商务已成为一种规范做法的国家，越来越多地将电子逆向拍卖作为一种采购方法，但工作组也注意到，电子逆向拍卖的规范程度及其使用也因法域不同而有很大差别。工作组还了解到，包括世界贸易组织和一些多边开发银行在内的其他国际组织也在考虑针对电子逆向拍卖的可能措施，欧洲联盟新的采购指示已经对电子逆向拍卖作了规定。在这种情况下突显了对这些不同组织制定的规则加以协调的必要性。

53. 工作组听取了几个代表团和观察员就最近使用电子逆向拍卖取得的经验所作的介绍，并且注意到，通过使用电子逆向拍卖已经在资金的使用价值、资源分配的效率以及合同授予过程的透明度等方面有所提高。一位观察员还就节省费用作了说明，包括在采购实体和供应商的交易费用以及在供应商的内部费用（如人事费用）这两个方面实现的节省。

54. 但是，有与会者指出，使用电子逆向拍卖也产生了一些问题，特别是在以下方面：(a)未保证负责的和有响应性的最低价格并在随后的电子拍卖中继续节省费用；(b)可能存在隐性成本，从而可能抵消拍卖过程本身所实现的任何节省，主要是未参与市场竞争的潜在供应商的机会成本，在涉及工程和服务时的额外运行费用；(c)可能鼓励鲁莽的竞标行为，从而造成以异常偏低价格竞标的更大风险；(d)或许无法适当处理非价格因素，例如履约的质量以及买方与供应方之间的关系；(e)可能在软件公司和“市场交易商”或“电子市场运作人”以及收取费用的集中采购机构等市场参与方中造成利益冲突；(f)比传统竞标过程

更难防范串通行为，采购实体往往无法查觉这种行为，尤其是在投标人数目较少的项目中或者是在由同一批投标人参与的重复竞标中；(g)可能对市场造成不良的影响，包括不利于竞争的影响和对技术革新和创新做法的不利影响。

55. 与会者还指出，有些发表评论的人已经注意到，那些列出的节省费用，从中长期来看并不能持久。工作组还了解到，电子逆向拍卖的使用有可能导致不利于或排除中小型企业参与采购过程的情形，因此可能与政府的其他经济政策目标产生矛盾，并且由于对市场竞争产生不利影响而进一步损害长期效率收益和成本节约。

56. 此外，与会者指出，示范法中阐明的某些一般采购原则，包括那些禁止披露关于其他出价信息、提前终止谈判或压价分标的原则，可能与电子逆向拍卖的某些固有特征有矛盾，因此请工作组就这一方面制定其基本立场。

57. 即使上面提到的种种问题是电子逆向拍卖的固有特征，这些问题也是可以通过旨在促进透明度的规范加以解决的，例如，对使用电子逆向拍卖设定一些条件。与会者强调，串通行为的风险应当是工作组审议的一个侧重点，同时还应考虑到其他国际组织目前在这一领域中进行的审议工作。

58. 与会者注意到，电子逆向拍卖目前使用两种制度：把电子逆向拍卖作为采购方法本身的制度和把电子逆向拍卖作为其他采购方法中的一个可选阶段的制度。另外，电子逆向拍卖有两大类型：一类拍卖完全以最低价格作为依据，一类拍卖则准许把其他标准拿出来拍卖。在有些制度中，使用一种数学公式对这些其他标准进行量化，允许在进行电子逆向拍卖之前和整个过程中对每个竞标人排序。与会者认为，虽然使用这种数学公式是有益的，消除了电子逆向拍卖进行过程中作出主观评价的风险，但也有可能过于依赖这种量化方法。

59. 工作组注意到，许多人在评论时指出，对于规格能够清楚地加以界定、非价格标准能够加以量化的货物和服务来说，使用电子逆向拍卖方法最成功，国际上的做法普遍倾向于将电子逆向拍卖的使用限于标准化货物和某些简单类型服务。燃料、标准信息技术设备、办公室用品和基本建筑产品等类商品，被列为适合使用电子逆向拍卖采购的物品种类。虽然有的与会者认为工程采购通常被排除在电子逆向拍卖的范围之外，但工作组并不认为此类采购就其本身而言应当排除在外，因为这里的主要问题是，能不能准确地界定规格，能不能比较容易和比较客观地量化付诸拍卖的标准。

60. 工作组回顾了其以往的考虑，即只要确立适当的保障方法，电子逆向拍卖的使用就不会损害示范法的原则，而且对采购实体和供应商来说都有利(A/CN.9/568，第54段)。但关于是否应将规范电子逆向拍卖的条文写入示范法的问题，会上的看法也不一致。有些代表团认为，有关电子逆向拍卖经验和规范的材料，能够看到的仍然有限，因此目前就这一问题作出决定为时尚早。但是，鉴于电子逆向拍卖的使用日渐增多，同时考虑到协调和促进最佳做法的双重目的，普遍看法认为，修订后的示范法确实应当载有关于电子逆向拍卖的规定。

61. 有的与会者建议，示范法可以载有一条一般赋权规定，就电子逆向拍卖的使用提出关键原则，同时在颁布指南中详细论述使用电子逆向拍卖的问题，特

别是利弊、通常产生的问题和处理这些问题的办法。有些代表和观察员强调了贸易法委员会制定准则对确保不同法域以协调一致的方式规范这一问题的重要性。与会者担心，否则的话，有可能制定一些与示范法的原则不同和不一致的做法。

62. 关于一般赋权规定的内容，与会者指出，一项关键的原则是使用电子逆向拍卖的条件（和使用的限制），这些条件包括上文第 58 段中说明的条件，在 A/CN.9/WG.I/WP.35 号文件第 20-25 段中也对此作了比较全面的说明。关于其中的某些条件，工作组一致认为应当根据示范法将电子逆向拍卖限于规格明确而且非价格标准可以量化的货物、工程和服务的采购。与会者指出，A/CN.9/WG.I/WP.35 号文件第 8 和 20 段可以作为确定电子逆向拍卖适用范围的基础。

63. 有些代表团认为，根据旨在确保供应商平等待遇的不偏重任何技术的原则（见上文第 12 段），工作组不应将其工作范围限于电子逆向拍卖的规范，而且还应就逆向拍卖的常规、非电子形式作出规定。据指出，此种拍卖（以及电子逆向拍卖）可以为动态采购方法提供平台。工作组确认，某个区域的有些国家在政府采购中使用了这种形式的逆向拍卖。但是，关于常规逆向拍卖的使用是否构成示范法应与鼓励的最佳做法的问题，与会者提出强烈保留意见。

64. 与会者进一步指出，不偏重任何技术原则的目的从属于示范法的主要原则，在这方面，常规形式的逆向拍卖造成了在采购过程中出现一些舞弊行为的风险，例如投标人互相串通、暗示价格和贿赂；而且可能无法独立地拟定投标书，因为常规形式的逆向拍卖无法保证投标人的匿名性。还有一点引起注意的是，常规形式逆向拍卖要求投标人本人在场，实际上使靠近拍卖举行地的投标人处于更有利的地位，而且增加了串通的风险。虽然与会者承认保持匿名性只是确保采购过程公正性的一部分，而且也不能保证不出现串通情形，但普遍看法还是认为，比起其他形式的逆向拍卖来，在电子逆向拍卖中发生此种串通的风险可能低一些。

65. 与会者回顾，工作组在其第六届会议上注意到以下两点：一个是电子逆向拍卖问题产生的背景（即此种采购方法的出现是技术发展使然），另一点是采取了基本反对的政策，并由此导致贸易法委员会最初作出不在示范法中处理逆向拍卖问题的决定。因此，工作组该届会议决定，在修订后的示范法中只确认电子逆向拍卖这种做法（A/CN.9/568，第 48 段）。虽然有的与会者不赞同在示范法中列入只涉及电子形式逆向拍卖的规定，但工作组商定，将在收到关于使用电子逆向拍卖的条款草案之后立即就此事项作出最后决定。

66. 关于如何在采购程序中使用电子逆向拍卖的问题（A/CN.9/WG.I/WP.35，第 26-27 段），即是把电子逆向拍卖当作采购方法本身还是将其当作其他采购方法中的一个可选阶段，与会者普遍认为，这些条款草案最好是以作为采购方法本身使用的电子逆向拍卖作为依据。

67. 工作组暂缓审议 A/CN.9/WG.I/WP.35 中的第 28-34 段和 A/CN.9/WG.I/WP.35/Add.1，并委托秘书处拟订拟加入示范法中的关于可以作为一种可选采购方法使用电子逆向拍卖的一般条款。与会者指出，工作组将有必要审议电子逆向拍卖

的更为具体的方面，例如电子逆向拍卖的使用条件和使用方式，以便使其能够完成对有关使用电子逆向拍卖的赋权规定和一般原则的审议。与会者还认为，示范法中任何规范电子逆向拍卖的规定，在写法上都应顾及目前正在修订世界贸易组织多国《政府采购协定》的当事方就同一问题采取的做法。

D. 异常低价竞标 (A/CN.9/WG.I/WP.36)

68. 工作组以秘书处的一份说明 (A/CN.9/WG.I/WP.36) 为依据审议了该议题。工作组回顾，采购问题工作组 1989 年获知，“异常低价竞标”（“低价竞标”）涉及“招标人无法以[竞价]履行合同……或以承受损失为代价只能使用低于标准的工艺或材料履行合同……它还可能表明投标人之间相互串通，”的风险 (A/CN.9/WG.V/WP.22)。工作组本届会议强调指出，问题的根源在于此履约风险，工作组还指出，低价竞标可能会损害示范法的目标，包括采购力求经济和高效、推动供应商和承包商之间的竞争及公正和公平地对待所有供应商和承包商。

69. 工作组就此注意到，示范法的实施依据是以价格为基础的制度，而不是以成本为基础的制度，据指出，以价格为基础的制度毕竟是唯一可行的制度。因此，采购实体必须将价格作为成本的一种指导来评估潜在的履约风险，由此进行的分析必然是一种概算。工作组还回顾，低价本身并不一定表明存在着履约风险。

70. 工作组注意到，提交低价竞标的理由很多，其中包括规格不准确或模棱两可、评审标书有误、给供应商准备标书的时间不够、供应商对自身成本评估错误以及在拍卖过程中非故意低于成本定价，所有这些理由都有可能并非故意提交低价竞标。另一方面，工作组还承认，A/CN.9/WG.I/WP.36 第 12 段所述掠夺性定价等市场上不利于竞争的行为也可能导致非故意地提交低价竞标（但在竞争法或刑法中通常会对此种不利于竞争的行为加以管制和规范）。工作组还获悉联合国大会 1980 年曾就该议题通过了“管制限制性商业惯例的一套多边协议的公平原则和规则” (A/RES/35/63, 1980 年 12 月 5 日)。工作组还指出，在供应商争取贷款并避免破产等不惜一切代价争取获得合同的情况下也可能会发生非故意低价竞标的情况。

71. 工作组注意到，接受低价竞标而产生的履约风险在合同阶段可能会造成十分不利的后果，只有在极端的情况下才可援用该阶段现有的解决办法，其中包括终止合同或要求提供更多的保证（另见 A/CN.9/WG.I/WP.36, 第 15 段）。因此，工作组的结论是，示范法应侧重于查明可能存在的低价竞标，以避免提交此类竞标。

72. 工作组注意到对各国和国际制度中有关低价竞标议题现行立法条文进行比较研究所得出的结果，具体研究结果载于 A/CN.9/WG.I/WP.36 第 26 至 61 段。简而言之，工作组注意到，禁止提交低价竞标本身的法规不多，更为通行的做法是使用各种分析手段（侧重于价格和风险）来加以查明和处理。有与会者就此强调指出，此类分析的目的在于根据有关价格的市场状况，并在能够掌握有关成本信息的情况下根据有关成本的市场状况确定价格是否“合乎实际”。

还有与会者注意到，在许多制度中，采购实体均能得以采取各种步骤对可疑的低价竞标进行调查，实际上还要求在否决任何低价竞标以前必须采取此类步骤，该程序被称之为价格解释程序。举例说，欧洲联盟 2004/18/EC 号指示第 55 条规定，采购实体在否决可能存在的低价竞标以前必须要求以书面形式提供有关标书相关组成要素的细节。

73. 工作组还获知，在某些法域中，规定供应商必须对其投标或其他出价负责的法规也涉及低价竞标的风险。换言之，可以要求供应商按照最初标书书中的价格完成合同，并可否决更改这一定价的无理要求。因此，供应商将承担提交低价竞标的风险。

74. 工作组回顾，示范法未明确述及低价竞标，因此采购实体即便查明低价竞标也无法否决，但对于分别根据第 6 和 34 条现行条文被视为不合格或未作响应的供应商或投标，采购实体可以拒不接受。有与会者就此注意到，示范法第 6 条规定，将（尤其）根据供应商的专业、管理和技术资格和能力，财力资源和清偿能力对其资格加以评估，并且供应商的董事未受到刑事侦查或起诉。根据示范法第 34(3)条，采购实体必须否决未作响应或有关供应商不合格的任何投标书。

75. 尽管与会者承认这些条款有可能解决低价竞标问题，但指出，并没有为采购实体提供机会使其能够利用价格解释程序调查可能存在的低价竞标。为此工作组注意到，《示范法》第 34(1)(a)条准许采购实体要求对投标书作出澄清，但根据《颁布指南》，该条文“其用意既不是指疑为误解造成的特别低的投标价格，也不是指投标书表面看来并不明显的其他错误”（A/CN.9/WGI/WP.36 第 23 段，A/CN.9/375）。

76. 因此，工作组决定对示范法作出修正，以便使采购实体能够通过一种价格解释程序对可能存在的低价竞标进行调查。工作组还认为，应当在颁布指南中提供适当的进一步指导。

77. 关于这一点，与会者指出，示范法应当处理低价竞标问题，不论这种竞标是故意的还是非故意的，但是，对于故意低价竞标行为，根据竞争法并在必要时根据刑法进行监管，更为妥当。工作组还听取了下述观点：对可能的低价竞标的评估不能带有主观性；因此在修订本中不能损害示范法第 34 条目前案文结构的客观性。

78. 工作组认为，或许没有必要在示范法案文中定义低价竞标行为，并指出新的欧盟指示也没有提供这种定义。

79. 工作组请秘书处拟订供其下届会议审议的条款草案，拟订时应考虑到工作组提出的下述建议：新的条文可以作为示范法第 34(3)(e)条加入，也可放在案文的其他地方，其大意是，如果投标价格异常偏低，令人有理由对投标人履约的能力感到担心，则采购实体应有权否决该投标书。与会者指出，在这种情况下作出的任何否决都将受两项条件的限制：第一，为投标人提供机会，使其能够通过价格解释程序对其价格作出解释；第二，否决理由应当写入采购程序记录，以便能够在对否决提出质疑时根据这一理由进行审议。工作组还请秘书处审查《政府采购协定》第十三.4 条（该条款承认采购实体有权通过询问供应商

来确保这些供应商能够遵守参与条件并有能力履行合同条款) 和任何拟议修订案文, 以便顾及这些条款所载列的做法。

80. 工作组还注意到 A/CN.9/WG.I/WP.36 第 80 段中提出的建议, 即示范法第 34(4)(b)条可以加以修改, 中选标书将是符合下述条件的供应商提交的标书: 该供应商被确定为完全有资格承包合同而且该供应商的标书是价格最低的符合要求的标书。工作组并不认为单靠这一条款就足以解决低价竞标问题。

81. 工作组还请秘书处拟订采购实体使用价格解释程序的案文草案, 除此之外还要删除指南中关于示范法第 34(1)(a)条的评注, 如果不删除这条评注, 就无法使用这一条文要求对提交可疑的低价竞标作出价格解释。至于这一条文放在何处, 工作组未作出确切结论, 但同意在收到供其审议的条文修订草案后重新审议这一问题。

82. 工作组基本同意将 A/CN.9/WG.I/WP.36 第 76 段中列出的各项作为颁布指南中提供进一步指导的基础; 对于示范法中目前关于标书评审和资格标准的条文, 应当在颁布指南中展开说明, 以便于查明低价竞标, 评估履约风险并随后采取行动解决这些问题。
