

ASIALINK 公共采购法教研国际合作 项目成果：教材翻译之一

欧盟公共采购法

EU PUBLIC PROCUREMENT LAW

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。原著是由诺丁汉大学的Sue Arrowsmith教授主编，各章节作者如下：第一至八章由Sue Arrowsmith教授编写，第一章由Paula Bordalo Faustino编写，第九章由Baudouin Heuinckx编写，第10章由Steen Treumer编写，第十一章由Jens Fejø 教授编写。中文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、三章由邹海婷完成，第四、五、八、九章由高磊完成，第六章由常含笑、刘娅男、陶巧玲共同完成，第七、十、十一章由陶巧玲完成。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

第一章 欧盟简介	1
1.1 欧盟法律体系介绍	1
1.1.1 欧盟简介	1
1.1.2 欧盟机构设置	4
1.2 欧盟立法	14
1.2.1 条约	14
1.2.2 次级立法	17
1.3 欧洲法院法律方法: 解释欧盟立法	25
1.3.1 解释方法	25
1.3.2 辅助法律解释	32
1.4 成文法与判例	34
1.4.1 是否适用判例体系?	34
1.4.2 判决类型	35
1.4.3 追溯欧洲法院决议的本源	36
1.4.4 语言	36
第二章 欧盟采购制度 – 目标和概述	38
2.1 欧盟采购规则目标: 建立自由的公共采购市场	38
2.1.1 为何要建立开放市场?	38
2.1.2 开放市场中贸易协定的作用	41
2.1.3 政府采购与贸易壁垒	42
2.1.4 开放公共采购市场的好处	46
2.2 当前主要法律文件概述: TFEU 和指令	48
2.3 指令的发展及 2004 年改革	51
2.4 规范合同授予程序的目的: 实现自由市场的手段	55
第三章 TFEU 规定	64
3.1 禁止歧视行为和其他贸易限制方式	64
3.1.1 简介	64
3.1.2 第 34 条自由货物运输条款(原 28 条)	65

3.1.3 TFEU 第 56 条自由提供服务条款(原《共同体条约》 49 条)	69
3.1.4 TFEU 第 49 条自由建立条款 (原《共同体条约》第 43 条)	72
3.1.5 TFEU 规则的减损和限制	73
3.2 自由流动原则是否适用于所有私人采购决定?	78
3.3 平等待遇原则	79
3.4 TFEU 中透明度责任下的公开和竞争	81
3.4.1 <i>Telaustria</i> 案中的透明度责任	81
3.4.2 透明度具体包括?	81
3.4.3 透明度责任适用于哪些合同?	83
3.4.4 负面评价	85
3.5 TFEU 规则对内部合同的适用	88
3.6 TFEU 规定适用于哪些实体?	88
第四章 公共部门指令 2004/18: 规制范围	90
4.1 规制的主体范围	90
4.1.1 概述和基本原则	90
4.1.2 指令对“缔约当局”的适用	91
4.1.3 指令对“非缔约当局”机构的适用	100
4.2 所规制的合同范围	102
4.2.1 公共工程合同、公共货物合同与公共服务合同的区别	102
4.2.2 优先与非优先服务的区分	103
4.2.3 “混合”合同	104
4.2.4 门槛价	105
4.2.5 明确排除指令义务的合同	110
4.2.6 对与“公共机构”所达成的协议适用指令的限制：内部协议、类内部协议和 和其他形式的公共部门间合作	115
4.2.7 仅有一个的可能供应商	122
第五章 公共部门的指令：2004/18 –起草规范的原则	124
5.1 标准的说明	124
5.2 欧盟中标准的一般政策	125
5.3 公共采购中对规范和标准的规定	126

5.3.1 概述	126
5.3.2 TFEU (TFEU) 的规定	127
5.3.3 指令中关于标准和规范的规定	130
5.3.4 IT 标准的确定.....	132
5.3.5 使用非法规范的后果	132
第六章 公共采购指令 2004/18——合同授予程序	135
6.1 基本原则：透明度原则、公平待遇原则及非歧视性原则.....	135
6.1.1 概述	135
6.1.2 公平待遇原则	136
6.1.3 透明度原则	138
6.1.4 基本原则的启示	139
6.2 可行的采购方法	139
6.3 公告合同：合同的公告.....	145
6.3.1 发布合同公告的义务	145
6.3.2 The CPV.....	146
6.3.3 其他公告	147
6.4 合适的公司（资质和资格）	148
6.4.1 基本原则	148
6.4.2 指令下排除供应商的根据	149
6.5 公开和限制性程序：获取投标.....	161
6.5.1 获取投标的程序：公开程序	161
6.5.2 获得投标的程序：限制性程序	164
6.6 公开和限制性招标程序：未经确认的投标.....	173
6.7 合同授予	177
6.7.1 简介	177
6.7.2 可能使用的授予标准	178
6.7.3 授予标准和次级标准的披露	187
6.7.4 改变合同授予标准	189
6.7.5 两阶段评标	190
6.7.6 变化（Variants）	190

6.8 异常低价投标	191
6.8.1 简介	191
6.8.2 程序	192
6.8.3 接受或拒绝的自由裁量权	193
6.9 公开招标程序和限制性招标程序：对投标的修改和修正以及修改后的谈判	194
6.10 竞争性对话	198
6.10.1 简介	198
6.10.2 采用竞争性对话程序的理由	199
6.10.3 竞争性对话程序的规则	200
6.11 谈判程序的通知	203
6.11.1 使用程序的基础	203
6.11.2 程序	208
6.12 未经通知的谈判程序	209
6.12.1 使用本程序的条件	209
6.12.2 程序要求	225
6.13 终止合同授予程序	227
6.14 框架协议	228
6.14.1 简介	228
6.14.2 指令关于框架协议的规定	229
第七章 公用事业部门的欧盟规则	231
7.1 公用事业采购简介	231
7.1.1 关于欧盟公用事业采购制度的介绍	231
7.1.2 TFEU 在公用事业领域的适用	233
7.2 公用事业规则的调整范围：所调整的活动和实体	234
7.2.1 简介	234
7.2.2 所规制的活动	235
7.2.3 所规制的采购实体	238
7.3 公用事业规则的调整范围：所调整的合同	243
7.3.1 一般规定	243
7.3.2 门槛价	243

7.3.3 排除	244
7.3.4 与公用事业活动有关的缔约机构所授予的合同	249
7.3.5 部分公用事业活动和部分其他活动结合的合同	250
7.4 公用事业指令的合同授予程序，包括供应商名单的使用	252
7.4.1 公共部门指令和公用事业指令之间主要区别的介绍和总结	252
7.4.2 一般原则	254
7.4.3 在公用事业指令下选择合同授予程序	255
7.4.4 合同公告：邀请竞争	256
7.4.5 公司的适格性（资质或资格）	259
7.4.6 公用事业指令下的资格制度（供应商强制名单）	260
7.4.7 在公用事业指令下获取招标的程序	264
7.4.8 不合格的投标	265
7.4.9 合同的授予	266
7.4.10 对投标的修正改正和招标后谈判	266
7.4.11 谈判程序的实施	267
7.4.12 特殊的规定	267
7.4.13 合同授予通知	267
7.4.14 框架协议	267
第八章 电子化采购	269
8.1 序言	269
8.2 通讯方式	270
8.2.1 序言	270
8.2.2 采购中使用电子手段的可能性	271
8.2.3 通过电子手段管理	271
8.2.4 电子签名	274
8.3 招标的时限	275
8.4 电子反向拍卖	276
8.4.1 概述	276
8.4.2 拍卖的可行性	277
8.4.3 拍卖规则	278

8.5 动态采购系统	280
第九章 国防采购.....	282
9.1 国防采购的特殊性	282
9.1.1 前言	282
9.1.2 冷战结束后的环境演变	283
9.1.3 欧洲国防装备市场的特殊性	285
9.1.4 特殊的国防采购需求	287
9.1.5 国防采购合作	288
9.2 国防采购与	289
9.2.1 对国防采购的适用性	289
9.2.2 TFEU 的一般豁免原则.....	289
9.2.3 适用于 TFEU 整体的豁免原则.....	291
9.2.4 TFEU 中特定部分的豁免规则.....	295
9.3 国防采购与公共采购指令.....	297
9.3.1 公共部门指令的适用性	297
9.3.2 新国防安全采购指令	302
9.4 政府间国防采购制度.....	304
9.5 与第三国的武器贸易.....	306
9.5.1 欧盟武器出口的规则	306
9.5.2 欧盟双重用途产品的出口管制	308
9.5.3 国防货物的进口关税豁免	308
9.6 国内国防物资移转	309
9.7 欧盟国防采购一致性.....	309
第十章 救济与强制执行	310
10.1 介绍	310
10.2 超国家层面的执行	310
10.2.1 临时措施.....	311
10.2.2 根据 TFEU 第 258 条对成员国采取强制执行程序.....	312
10.2.3 根据 TFEU 第 260 条对成员国采取强制执行程序.....	312
10.3 国家层面的执行制度	315

10.3.1 临时措施.....	316
10.3.2 损害.....	317
10.3.3 无效性.....	318
第十一章 欧盟公共采购法中的社会和环境政策.....	320
11.1 社会与环境政策简介.....	320
11.2 社会和环境政策所包含的内容.....	321
11.3 欧盟基本立法中承认社会和环境政策的条款.....	322
11.3.1 TEU.....	322
11.3.2 TFEU.....	323
11.4 欧盟公共采购指令中关于社会或环境政策的条款.....	326
11.4.1 简介.....	326
11.4.2 2004/18 公共部门指令.....	326
11.4.3 2004/17 公用事业指令.....	329
11.5 与社会和环境政策有关的欧盟判例法.....	330
11.5.1 1988 年 Beentjes 判决.....	331
11.5.1.1 判决.....	331
11.5.1.2 对 Beentjes 判决的评价.....	334
11.5.2 2000 年 Nord-pas-de-Calais 判决.....	335
11.5.2.1 判决.....	335
11.5.2.2 Nord-pas-de-Calais 判决的评价.....	337
11.5.3 2001 年 SIAC Construction 判决.....	337
11.5.3.1 判决.....	337
11.5.3.2 SIAC Construction 判决的评价.....	339
11.5.4 2002 年 Concordia Buses 判决.....	340
11.5.4.1 判决.....	340
11.5.4.2 对 Concordia Buses 判决的评价.....	344
11.5.5 2003 年 ENV 和 Wienstrom 判决.....	345
11.5.5.1 ENV 和 Wienstrom 判决.....	345
11.5.5.2 对 ENV 和 Wienstrom 判决的评价.....	353
11.6 与社会和环境政策相关的深入思考.....	353

11.6.1 简介	353
11.6.2 综述	354
11.6.3 选择阶段	355
11.6.4 合同的主体事项	355
11.6.5 技术规格	357
11.6.6 合同授予	358
11.6.7 履约条件	359
11.7 结语	361

第一章 欧盟简介

1.1 欧盟法律体系介绍¹

1.1.1 欧盟简介

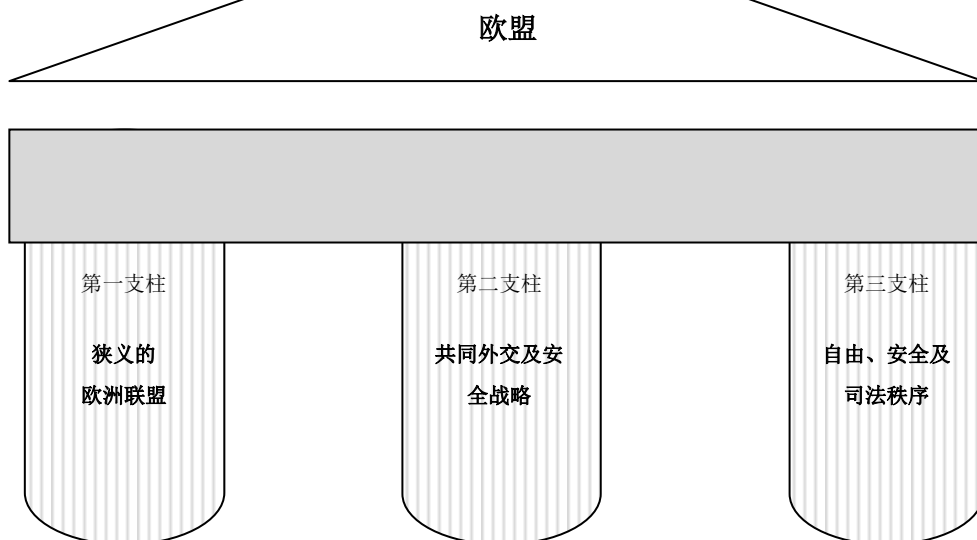
欧盟是一个综合性的组织，目前拥有 27 个成员国。欧盟的前身是二战后通过一些独立条约创立的三个经济联合体。这些联盟在欧洲的和平稳定与繁荣被第二次世界大战长久的破坏之后被看做是一种促进经济合作的手段。

这些联合体中，欧洲共同体（EC）对于公共采购方面的意义最重大。欧共体是 1957 年基于第一个罗马条约建立的。在 1993 年以前称做欧洲经济共同体（EEC），但在 1993 年欧共体引入了重大的非经济发展目标（通过 1992 年的马斯特里赫特条约），欧共体开始向欧盟过渡。到 2009 年 12 月 1 日里斯本条约生效，欧洲联盟（欧盟）正式取代了之前的欧共体。

第二个联合体称作欧洲原子能共同体(Euratom)，基于 1957 年第二个罗马条约建立来解决原子能相关的争议。第三个联合体是欧洲煤钢共同体(ECSC)，基于 1951 年巴黎条约建立，在 2002 年终止解散。

欧盟和欧洲原子能共同体共同构成了一个部分或“支柱” -- 合作领域更宽广的“欧洲联盟”，因此它们被称为联盟结构中所谓的“第一支柱”。近几年的发展产生了另外两个“支柱”：其中共同外交和安全政策被称为“第二支柱”，自由，安全和司法问题被称为“第三支柱”。第二和第三支柱与公共采购的相关度十分有限，当然这不包括第二支柱中涉及国防设备采购的部分（详见第 9 章）

¹ See further G. Slapper and D. Kelly, *The English Legal System* (10th edition, 2010), pp. 597-601 and pp. 605-618.



欧共体最初的创始国只有六个国家 - 包括比利时，法国，德国，意大利，卢森堡以及荷兰。经历之后几次扩大，现在它拥有 27 个成员国。

表 1: 欧盟成员国及加入时间

成员国	加入时间
奥地利	1995
比利时	始创国
保加利亚	2007
塞浦路斯	2004
捷克	2004
丹麦	1973
爱沙尼亚	2004
芬兰	1995

法国	始创国
希腊	1981
德国	始创国
匈牙利	2004
爱尔兰	1973
意大利	始创国
立陶宛	2004
拉脱维亚	2004
卢森堡	始创国
马耳他	2004
荷兰	始创国
波兰	2004
葡萄牙	1986
罗马尼亚	2007
斯洛伐克	2004
斯洛文尼亚	2004
西班牙	1986
瑞典	1995
英国	1973

欧共同体寻求欧洲繁荣与和平的主要方法是通过扫除自由经济竞争障碍，在成员国中建立自由的市场（独立市场或者之前所谓的共同市场）--例如，消除关税和进口配额，以及成员国之间劳动力自由流动。对欧洲来说，这不仅意味着经济繁荣更意味着实现和平：紧密的经贸依赖关系将会减少潜在的敌对风险。

把消除公共市场的贸易壁垒作为消除贸易壁垒政策的一部分，这为欧盟公共采购制度提供了理论基础和法律依据。

1.1.2 欧盟机构设置

欧盟主要的机构设置包括：

1. 理事会

欧盟理事会是欧盟的主要立法机构，由来自欧盟成员国各国政府部长所组成的，他们是否出席将取决于会议的主要议题。由各成员国的理事会长所出席的会议（峰会）至少每年举行两次（实际每年四次）

大多数立法必须经过理事会决议通过，如规章和法规（见 1.2 部分）。极少情况下作为例外，委员会单独通过立法。

涉及欧盟不同方面法律的大量立法程序要求理事会参与，其中一部分要求欧洲议会或欧盟委员会参与。特别是 TFEU 第 294 条(《共同体条约》第 251 条) 所谓的共同商议程序，即公共采购规章需要欧洲议会的赞成后方可正式通过(见下文 1.2 部分)。

欧盟理事会并不是连续不断的召开会议，但理事会有常驻代表委员会（COREPER），它由各成员国驻欧盟的使团团长和副团长组成。在理事会会议期间，常委会通过考核立法提案，以成员国常驻代表委员会表决一致的形式来决定哪些应当由理事会来讨论，哪些是有争议的会被理事会否决。

对于不同性质的立法议题，理事会在实际操作中采用多种不同的投票表决方式。其中主要的形式是一致通过（例如，对于财政手段）；简单多数和特定多数通过（这里采用加权表决制度，使大国选票比小国选票所占权重更大，适用于公

共采购相关指令的通过)。尽管一致投票是可以选择的，但是当个别国家选择行使否决权时还是会出现一定的问题。到 2014 年，目前特定多数的加权投票制度将会变得更为简单易行。

需要注意的是，不能将欧盟理事会（Council of the European Union）与欧洲委员会（Council of Europe）混淆，后者不是欧盟的机构而是一个独立的负责人权方面的组织。此外，欧盟理事会与欧洲理事会（European Council,）也不同，后者不是立法机构，而是旨在为欧盟的发展提供必需的推动力并确定总的政治性指导纲领。

2. 欧洲议会

欧洲议会的成员在 1979 年开始改为由成员国的全体选民直接选举产生。在里斯本条约公布前，欧洲议会的权利受限于各成员国议会。在成员国内，由成员国议会享有主要的立法权，而在欧盟主要立法权则属于欧盟理事会。然而里斯本条约规定了议会和理事会在立法程序中享有平等的权利，这使议会在大部分的立法活动中起着重要作用，个别规定除外。

议会和理事会对于一些立法通过的必经程序达成了具有重大意义的协定。如上文所述现在公共采购指令—最新的公共采购指令 (包括 2004/18 号公共部门指令和 2004/17 号公用事业指令)的通过必须经过共同讨论程序并取得理事会和议会的通过。

此外，议会在其他一些立法活动中还起着顾问及讨论的作用 – 理事会通过一些法律前必须咨询议会的意见。

欧盟委员会也要向议会报告并接受议会的质询。议会也有权弹劾或解散委员会。虽然从机制上看理事会并非对议会负责，但是理事会也要向议会做正式的报告。

3. 欧盟委员会

欧盟委员会是欧盟的执行机构，大致相当于一国政府中的公共服务。它主要位于布鲁塞尔。

欧盟委员会由每个成员国的委员组成，分别负责欧盟政策中不同方面的问题。与代表国家的理事相反，这些委员并不代表他们本国的政治立场，而是独立客观的代表欧盟本身。

委员会的三项主要责任：

- 第一，委员会基于促进欧盟发展的目标发起新的立法活动。也就是说，像上文中提到的必须经过理事会和议会的决议通过的公共采购指令，首先是由欧盟委员会提出的。

- 第二，委员会负责监督欧盟工作模式条约（下文简称 TFEU）的贯彻执行。尤其是第 258 条（《共同体条约》第 226 条）授与欧盟委员会权力调查成员国（或这些国家的某些机构）是否违反欧盟法律的规定。如果成员国的违规行为未得到纠正，最终将会将其起诉至欧洲法院。

在后文关于欧洲法院介绍中将会提到，所有成员国对违反欧盟法规的行为都具有公共执法权，其中也包括违反公共采购法的行为。除了欧盟委员，其他任一成员国也有权利将违法行为诉至欧洲法院。然而这种情况在实践中非常少见，成员国通常会把这项工作交由委员会来执行。

欧盟委员会的监督执行职责不仅对公共采购的实践具有重要意义，对其他许多欧盟法律领域也是如此。在后面的章节我们将会深入讨论。

- 第三，欧盟委员负责执行某些特定的法律。比如，《欧盟工作模式条约》（简称 TFEU）通常禁止成员国为本国特定行业提供扶持帮助(如补贴，低息贷款等)，除了某些特殊情况下被允许外，这种行为都被认为是不正当竞争。这类措施通常只有在欧盟委员会批准的情况下才可以使用。委员会在公共采购的某些领域具有执行权。如 2004/17 号公用事业指令第 30 条规定了在满足特定条件的情况下，欧盟委员会有权核准对某些在充分竞争的市场中运营的公用事业实体实行豁免（这个问题将会在后面章节继续讨论）。

欧盟委员会划分了不同的分管部门来履行各种职能。内部市场和服务部门(简称 DG 市场)负责处理委员会关于欧洲统一市场方面的工作，而公共采购方面的工作也由这个部门负责。

4. 欧洲法院 (欧洲法院) 及普通法院 (GC) [原诉法庭 (CFI)]

欧洲法院(欧洲法院)

欧洲法院是执行欧盟法律并作出解释的机构，对欧盟法律具有最终解释权，主要目的在于保证欧盟法律在整个欧盟地区以同样的标准进行解释及执行。欧洲法院也会解决一些源于欧盟法律的特殊争议 (如下所述)。

值得注意的是，这些判决仅对涉及欧盟法律的特别事项发生效力，而不对其他事项发生判决效力 – 例如，其对成员国法院作出的判决不发生上诉效力。

欧洲法院的法官由每个成员国选派一名法官组成。而这些法官不能代表成员国自身利益，而要对案件作出公正客观的判决—要求各成员国参与是为了确保欧洲法院所涉及的法律符合各国现行法律及传统，并加强欧洲法院在适用法律上的权威。大部分情况下，不是所有法官都出庭参与审判，但法院会设立有几名法官组成的“部门”(通常有三到五人，较为简单的案件三人)。而对于较重要的案件则会采用下面任一听审制度：

i) 全法庭形式 (A “full court”) – 理论上由欧洲法院的全体法官共同审议，其中十五人以上出庭有效。它适用的案件很少，但在实践中常被用来解决影响极为重大的案件。

ii) 大法官会议 – 由十三个法官组成，其中九人以上出庭决议有效。任一成员国或欧盟机构有权对与自身相关的或者存在重大争议或重大意义的案件进行听审。

除了法官之外，还有总法务官，其职责是在审判前就案件为法院做出判决提供一些独立公正的意见(TFEU 第 252 条，《共同体条约》第 222 条)。(和大陆法系国家高等法院的作用差不多，只是不存在相应的衡平法上的规定)。这些意见建立在案件事实及相关法律法规之上，参考欧洲法院先前的案例及相关的政策问题，并为法院如何判决提供了参考意见。大多数情况下法院会采用总法务官对案

件的解决方法。如下文中将会谈到的，与典型的英美法系审判相比，欧洲法院的审判通常很少讨论案情或进行推理，而总法务官的意见通过提供判决中可能推理的信息某种程度上弥补了它本身的不足，并因此会被今后的案件所参考。

之前所有的案件都需要总法务官提供相应的意见，但现在欧洲法院明文规定如果案件不会涉及产生新的法律观点，则不需要法务官提供意见 (TFEU 第 252 条，《共同体条约》第 222 条，关于只对法律规定情况作出判断)。

法务官与欧洲法院律师在法律上拥有同样的地位 (比如，他们要遵守同样的职务守则)。

关于不同案件的代码编号方法将会在下文中欧洲法院不同种类的法律诉讼中介绍。

更多欧洲法院案例请参见 <http://www.curia.europa.eu>。

欧洲法院主要的管辖权包括：

- a. 就欧盟理事会 (或其他成员国) 根据 TFEU 第 258 条 (《共同体条约》226 条) 的规定对成员国违反欧盟法律提起诉讼做出判决；
- b. 当成员国国内法院请求援引欧盟法律来帮助解决案件时，根据 TFEU 第 267 条 (《共同体条约》第 234 条) 所规定的程序，对涉及的法律释义做出裁定 (这些裁决被称为 “初步裁决”)；
- c. 判断欧盟国际协定是否在法律上符合欧盟公约的要求；
- d. 解决对于欧盟法律有效性的异议 (如，相关条约对欧盟的立法权做出了限制，而某些立法活动超过了欧盟本身的立法权限)；
- e. 对欧盟理事会及其他机构进行司法监督，确定他们依法办事；

f. 允许裁定一些低层普通法院 (原诉法庭)一审案件的上诉。它适用于解决欧盟内部的劳务纠纷以及成员废止、无作为或损害欧盟机构的行为(详见下文)。

下文中的 a. b.两个案例体现了公共采购案例在欧洲法院提起诉讼的两种主要方式，也体现了欧洲法院发挥法律解释作用的主要方法，不仅在政府采购领域如此，在其他一些领域也是这样。接下来我们将会进行深入讨论。需要注意的是，欧洲法院用以解决具体案件的法律推理技术将单独在下文 1.3 部分进行讨论。

a. 欧盟委员会根据 TFEU 第 258 条 (《共同体条约》 226 条)对成员国提起的案件

正如前文所述， 根据 TFEU 第 258 条 (《共同体条约》 266 条)的规定 欧盟理事会 有权对成员国 (或国内机构) 是否违反欧盟法律进行调查，如果这些违法行为未得到纠正，则最终将在欧洲法院对该成员国启动司法程序。

这一程序属于政府间行为—在相关的成员国之间进行，而不是针对成员国国内违反这些规则的公民。而根据 TFEU 第 258 条 (《共同体条约》 226 条)的规定，这一规定不仅对中央行政机构的行为有效，也包括其他一些公共团体的行为，其中包括集体企业，公立大学等。

在公共采购领域内，有许多行为可能会引发诉讼，比如，未将公共采购指令转化为国内法，或错误执行指令(具体规定参见下文 1.2 部分)， 或者因为采购实体(如当地政府或学校)的做法而不遵守指令所规定的程序 (比如未按照规章要求订立合同)。

当法院发现违规行为时，并不会马上裁定该成员国行为违法，也不会马上采取制裁手段。

虽然如此，根据 TFEU 260 条的规定(《共同体条约》 228 条)，成员国有义务采取“必要的手段”服从判决。比如修改或废除法院认定违反欧盟法律的立法，或者采取措施解决未能正确执行的规章。如果该判决合理而该成员国仍未服从，欧盟理事会就会以违反 TFEU 第 260 条 (《共同体条约》 228 条)为由将其再次诉至欧洲法院。TFEU 第 260 条第 2 款规定了罚金的适用。第 2 款规定的制裁

适用于欧洲法院已判决的违法行为，但如果并没得到纠正，第二次同样的行为就违反了纠正的义务。在委员会诉葡萄牙的 C-70/06 号案²中，欧洲法院认为葡萄牙没有完全履行 89/665 号救济指令所规定的义务，为供应商提供相应的损失救济，并对其处以罚款。

- 案件 C-236/95，委员会诉希腊³是理事会对成员国就违法行为向欧洲法院提起诉讼的案例之一。这个案件的诉讼原由主要是希腊没有完全履行 89/665 救济指令规定的义务，在公共采购领域的国内法层面实施欧盟法律，为供应商提供相应的损失救济。

这些案件都有特定的名称及字母数字组成的案件检索号。如之前上文中提到的希腊案，以字母 C 代码开头，这表示这个案件的原审法院是欧洲法院。而普通法院 (GC) (原诉法庭)的案件都是以字母 T 开头。而更早的案件则不是以 C 或 T 开头的。字母后面紧跟着一串数字，其中第一个数字是法院对当年案子的编号，而第二个数字则表示法院提起诉讼的年份(表示提起诉讼的时间，而不是初步裁定或终审判决的时间，它们可能至少会错后一两年)。因此 C-236/95 表示该案是 1995 年第 236 个在欧洲法院诉讼的案件。

在案子的审判过程中，欧洲法院经常需要解释欧盟法律中规定不够明确的条款。这些法律解释不仅用于解决该法院的某些具体诉讼，而会被更为广泛的适用。它们将会在欧盟范围内被用来解决成员国国内法院之前出现的争议，对各国政府和私营企业来说，它们也会对今后相关法律规定如何使用起到引导作用。

关于欧盟委员会依据 TFEU 第 258 条(《共同体条约》226 条)实施公共采购规定，以及关于诉讼如何执行的具体法律规定 (如，关于合同被搁置的临时招标措施规定)这些问题将会在第 9 章救济制度及执行中讨论。

如上所述，TFEU 第 259 条 (《共同体条约》227 条)同时规定了成员国之间一方对另一方向欧洲法院提起诉讼的权利。然而在实践中，诉讼的提起常常由欧盟委员会来执行；原因是当一个成员国发现其他违法行为时，他们通常更愿意

² Case C-70/06, *Commission v Portugal* [2008] ECR I-1.

³ Case C-236/95, *Commission v Greece* [1996] ECR I-4459.

将情况报告给欧盟委员会，而不是直接去解决（根据 TFEU 259 条规定，只有一项行为曾受到另一个成员国的诉讼，但与公共采购无关）。

b. 在 TFEU 第 267 条下的初步裁定（《共同体条约》第 234 条）

虽然欧盟委员会有权对违规的成员国进行诉讼，受到违规行为影响的个体却没有选择直接向欧洲法院提起诉讼的权利。然而这些被影响的个体，不管他们是自然人还是公司法人，仍然可以向各成员国国内相关的法院对违法者进行起诉。欧盟法律的普遍保护原则要求成员国的国内法院向权益受到违法行为侵害的主体提供有效的救济。

例如：

- 假设在一个地方政府违反欧盟有关的公共采购规定，比如，没有按照指令要求对一个重大的公共工程合同进行公告。此时另一个成员国的希望参与招标的公司便可能就此向英国法院提起诉讼，要求地方当局依法公告合同，并允许其他有意的公司参加招标。（而只有欧洲委员会或任一成员国可以就本案向欧洲法院提出）。

89/665 救济指令和 92/13 救济指令是专门针对公共采购救济问题的规定，规定了对有效救济的要求，并规定大部分合同纠纷都要使用特定的赔偿金救济制度。然而即使没有这些条款，获得有效救济的权利仍然受到之前提到的普遍保护原则的肯定。这一原则也适用于那些不在公共采购法规制范围内的没有专门立法提供救济保护的合同，比如那些金额较小未达到门槛价的合同。

在向国内法院诉讼时，可能会出现相关欧盟法律条款如适用的问题。如在之前提到的案例中，地方政府会以法规中的关于特殊情况的规定为依据，主张在某些所谓的“紧急情况”下不需要公告合同，由于经济衰退需要采取措施迅速推动经济发展。在这种情况下，我们必须判断这个理由是否符合欧盟法律中“紧急情况”的标准。

在遇到这类法律解释问题需要帮助时，国内法院可以依据 TFEU 第 267 条（《共同体条约》234 条）中的初步裁定程序向欧洲法院请求帮助。这一程序对于确保欧盟法律正确及统一的在欧盟范围内适用也起着很大的促进作用。在本程序

中，国内法院可以请求欧洲法院对与案件相关法律存在的疑问通过抽象概括的方式作出解答。(如果国内法院提出的问题是关于法院应当如何判决案件，欧洲法院则会用抽象的方式重新进行表述。)

- C-103/88 案件是典型的采用初步裁定程序的采购案例之一，*Fratelli Costanzo SpA v Comune di Milano ("Costanzo")*⁴。在本案中，意大利法院提出初步裁定的请求，并向欧洲法院提出了如下问题：i) 公共采购指令中关于拒绝异常低价竞标的制度条款的解释；以及 ii) 解释欧盟法规中关于当国内相关立法与指令的规定不一致时应当如何应对问题的规定，这种情况下国内采购方是否必须忽视指令的规定？

值得注意的是欧洲法院并不会替国内法院审判这类案件，而仅仅是对国内法院提出的法律问题作出解答，而国内法院会根据欧洲法院对具体法律问题作出的解答来对案件作出判决。当然欧洲法院也决不会接受对于国内法院的上诉，即使是关于法律方面的问题也不会(这些问题只能由欧洲法院来回答，而提出裁定请求的国内法院在得到欧洲法院的回复之前不能对案件自行做出判决。)

欧洲法院通常会用一年以上的时间来做出初步裁决，同时只有在初步裁决做出后，国内法院才能对当前案件作出判决。显然，对公共采购案件来说，花如此长的时间等待欧洲法院对于法律问题的答复是件麻烦事。

这类案件与在欧洲法院起诉的案件适用相同的编号方法。因此它们以字母 C 开头。字母后面紧跟着一串数字，其中第一个数字是法院对当年案子的编号，而第二个数字则表示法院初步裁定做出的年份(而不是做出初步裁定或终审判决的时间，它们可能会错后一段时间)。因此案例 C-103/88, *Costanzo*, 是欧洲法院 1988 年所立的第 103 个案件。

国内法院在何种情况下会向欧洲法院提出初步裁定的请求？

- 首先，成员国法院在多数情况下具有提出裁定请求的权利。

TFEU第267条(《共同体条约》234条)规定，当成员国法院或仲裁庭遇

⁴ Case C-103/88, *Fratelli Costanzo SpA v Comune di Milano ("Costanzo")* [1989] ECR 1839.

到与法律解释有关的问题时，“如果他们认为只有解决该问题才能进行判决，他们可以请求欧洲法院就此做出裁定”。

- 其次，有一些必须申请初级裁定的情况。根据TFEU第267条(《共同体条约》234条)的规定：“对于法院或仲裁庭悬而未决的案件，如果根据国内法律没有司法救济制度，则法院或仲裁庭必须将此案移送欧洲法院处理”。

欧洲法院规定(案例C-283/81, *Srl CILFIT and Lanificio di Gavardo SpA v Ministry of Health* (“CILFIT”)⁵) 下面情况不属于上述条款中“需要提出裁定请求”的情况:

- i) 对欧盟法律的质疑与国内诉讼案件无关。则国内法院无权以对今后案件有用或规范引导大众为由提出裁定请求;
- ii) 欧洲法院已经作出解释的条款; 和
- iii) 法律的正确适用是明显的

对于第ii条和第iii条而言，这种情况是否适用于特殊特例是有不同观点存在的空间的。

欧洲法院赋予国内法院提出裁定请求的权利是普遍意义上的。它无法对国内的判例制度进行约束，也无法基于国内法院诉讼当事人的请求提出。

普通法院(原原审法院)

如上所述，除了欧洲法院之外，还有一种普通法院(GC) [原审法院 (CFI)]，负责审议一些特定类别的案件以减轻欧洲法院的负担。正如我们之前提到的，主要负责解决欧盟内部的劳务纠纷以及废止、无作为或损害欧盟机构的行为，也处理产生于欧盟机构签订合约的仲裁条款的争议。

⁵ Case C-283/81, *Srl CILFIT and Lanificio di Gavardo SpA v Ministry of Health* (“CILFIT”) [1982] ECR 3415.

普通法院处理一些关于欧盟公共采购的案件，而欧盟机构自身都要遵守欧盟公共采购的规定，特别是欧盟金融法规中定标程序规则，尽管他们没有义务直接使用这些规则。权利受到侵害的公司可以依据有关法律规定就欧盟机构作出的采购决定向普通法院起诉，尤其是撤销和损害赔偿。有时，普通法院必须要在这些案件的审判过程中对欧盟采购法进行解释。

然而，需要的是除了适用适用于欧盟成员国的法律之外，欧盟机构还需要受特定额外条款的约束。因此有时很难判断普通法院作出审判的依据是采购指令的规定还是其他适用于欧盟机构的法律规定。

- 最典型的案件是案件 T-345/03, *Evropaiki Dynamiki v Commission* (“Evropaiki Dynamiki”)⁶. (本案将欧盟法律中的平等待遇原则适用于 i) 现任供应商的地位和 ii) 投标人的平等信息条款将在下文中讨论)。其中“T”表示案件立案于普通法院 (原诉法庭)，而数字则代表它是 2003 年的第 345 个案件。

与欧洲法院的法律声明不同，普通法院的法律声明不要求成员国国内法院必须遵守。然而有时候欧洲法院或成员国法院做出判决时会参考普通法院的法律声明，因此对欧盟法律将会被如何解释也有相关的预测意义。

1.2 欧盟立法⁷

1.2.1 条约

欧盟的机构设置及核心法律原则都是通过成员国之间达成的一系列条约来设定的。现在许多不同条约条款都被合并到 TFEU(下文称 CFEU)这个综合的文件中，它的前身是《共同体条约》(下文称 TEC)。其中 TFEU 新增的内容包括：

- i) 欧盟的宗旨和目标；

⁶ Case T-345/03, *Evropaiki Dynamiki v Commission* (“Evropaiki Dynamiki”) [2008] ECR II- 341.

⁷ See further P. Craig and G De Burca, *EU Law: Text, Cases and Materials* (4th ed. 2008), pp.114-118; G. Slapper and D. Kelly, *The English Legal System* (10th edition, 2010), pp. 605-618.

- ii) 欧盟基本机构设置；
- iii) 对将来立法程序的规定 (包括不同形式的立法活动，成员国表决权等)；
- iv) 促进欧盟目标的核心法律原则，其中与公共采购关系密切的主要有：
 - 关于为欧盟自由贸易和竞争提供“自由流动”的法律；比如，禁止欧盟成员国对另一成员国的商品征收关税及商品税或者实行进口配额 (详见在第三章)；
 - 竞争法的原则，包括对私营部门不正当竞争行为的规范(如操纵企业联合或购买力垄断地位的滥用) (在下面我们将会做进一步研究)。

了解条约的历史发展对于阅读欧盟文件和基本资料都很有帮助。下页的表格中列出了其历史发展中几个关键的阶段。

条约所做出的规定及对它做出的修改都具有直接适用性，这意味着对成员国及其成员都具有直接的法律约束力，包括自然人和公司法人在内。与下文中的规章不同，它们对成员国的成员没有进一步的要求。

欧盟法律规定，TFEU 具有直接效力并且优先于国内法适用。这体现了欧盟法律至高无上的法律地位 (案件 6/64, *Flaminio Costa v Enel* (“Costa”)⁸)。因此如果成员国国内法院发现本国某项立法与 TFEU 发生冲突时，他们必须放弃本国法律规定而是用欧盟立法。同样的，当欧盟法规与政府规章发生冲突时，成员国当局政府也必须遵守欧盟法规，否则就会违反欧盟法律。因此，成员国的采购主体在定标时必须严格遵守 TFEU 中关于公共采购的规定，即使国内法律做出了不同规定 比如，本国供应商优先原则。

⁸ Case 6/64, *Flaminio Costa v Enel* (“Costa”) [1964] ECR 585.

TFEU 的部分被称为“Articles”。在援引 TFEU 条款时，立法中的常见形式是“Article”后面加具体条款的数字随后标明 TFEU – 例如 Article 30 TFEU (是指 TFEU 的第 30 条)。

欧盟条约历史发展

最初的基本条约:

- i) 1957 年签署第一个《罗马条约》，建立欧洲经济共同体 (EEC);
- ii) 1957 年第二个《罗马条约》，建立欧洲原子能共同体;
- iii) 1951 年《巴黎条约》，建立欧洲煤钢共同体。

根据发展产生的其他条约， 主要包括:

- iv) 《单一欧洲法案》(1986)。建立政治联盟的框架，并提出 1992 年前消除欧盟成员内部贸易壁垒的解决方法
- v) 《欧洲联盟条约》(马斯特里赫特条约，1992 年)，引入第二次和第三次支柱(关于解决公共外交和安全政策，司法和内政事务处理 - 现在称为自由，安全和司法秩序)。欧洲经济共同体改为欧盟 (“第一支柱”活动)。
- vi) 《阿姆斯特丹条约》(1997 年)。在移民政策及其他许多方面取得一致(包括将这一领域并入第一支柱)，重新修订和整理欧共体和欧盟的条约。
- vii) 《尼斯条约》(2001)。鉴于欧盟的扩大作出宪纲性调整，包括对立法的投票表决制度等
- viii) 《里斯本条约》(2009)。较大幅度的修改条约，特别是宪政制度方面的改革，其中包括扩大欧洲议会的权力。同时制定了欧盟立法的基本权利宪章。重新编审整理之前的欧盟法律，并将目前欧盟法

规中主要的基本条款记载在两个核心条约文件上，分别是：

- 《欧洲联盟条约》
- TFEU

1.2.2 次级立法

1.2.1.1 简介

TFEU 本身的规定是有限的，它通过欧盟机构的进一步立法来实现目标。也就是所谓的“次级立法”，它们本身区别于条约等“基本立法”。

应当指出的是欧盟并不是对所有的方面都有立法权，只在条约赋予的范围内享有立法权。换句话说，只拥有有限的立法权限。

次级立法主要包括两种类型：指令和规章。欧盟有自由根据情况选择适用哪一种类型(虽然 TFEU 在一些情况下规定了必须适用指令)

1.2.1.2 指令

欧盟公共采购政策主要体现在 TFEU(见上文)中关于自由流动的规定以及一系列指令形式的立法。

i) 2004/18/EC 号指令 - 公共部门指令 (2004/18/EC 号欧洲议会和理事会 2004 年 3 月 31 日协调有关公共工程、货物和服务合同授予程序的指令，[2004]OJ L134/114)。此指令规制主要公共机构（政府部门，地方当局等）的合同授予程序。例如，要求重大合同必须通过欧盟的官方公报上进行公告，让向所有有关各方公开，并规定了评标和合同授予所采用的标准。

ii) 2004/17/EC 号指令 - 公用事业指令 (2004/17/EC 号欧洲议会和理事会 2004 年 3 月 31 日关于协调水，能源，运输经营单位和部门的邮政服务采购程序的指令[2004]OJ L134 / 1)。指令规制在从事某些活动在水，交通，能源和邮政服务等领域实体的主要合同授予程序（“从事公用事业活动”）。包含了与公共部门指令类似的义务。

iii) 89/665/EEC 号指令- 公共部门救济指令 (89/665/EEC 号 1989 年 12 月 21 日关于协调法律，法规和行政规定对与公共货物和工程合同授予的审查程

序有关规定的指令[1989] OJ L395/33)。为公司提供救济措施以确的欧盟公共部门指令规制的合同能够执行欧盟法规。

iv) 92/13/EEC 号指令- 公用事业救济指令 (92/13/EEC 指令 92 年 2 月 25 日关于协调法律, 法规和行政规定对水, 能源, 运输和电信部门公用采购程序规定的指令, [1992]OJ L76 / 7)。为适用公用事业指令的合同能够执行欧盟采购法规而提供救济。

最新的 2007/66/EC 指令使救济制度发生了重大调整 (下文简称 2007 年救济指令修正), 该指令在第十章中将会做详细解释。

2009/81/EC [2009] O.J. L216/76 是最新的专门关于国防采购的指令 (将于 2011 年 8 月 11 日正式生效) (详见第九章)。

如上所述, 根据 TFEU 第 294 条的规定(《共同体条约》第 251 条), 涉及公共采购的指令必须经过理事会和议会的通过。

在特定情况下, 有必要考虑指令的性质和作用。

指令被规定于 TFEU 第 288 条的规定(《共同体条约》第 249 条)。从本质上说指令是一种普遍适用的措施, 要求成员国实现特定目标但是把具体的实施形式和方法的权限留给成员国。与 TFEU 及其他法规不同, 这些指令假定成员国需要在本国现有法律体系内采取一定的措施才能实现目标, 而只有成员国法律体系足够完善到能够实现这些结果的情况下, 才不需要采取措施。这种情况是很少的。这些指令用来解决那些需要采用不同的方法来实现的规定所出现的问题, 主要考虑到不同成员国各自不同的情况—例如行政, 社会, 政治结构等 (当原则上允许采用不同方的方法时); 同时在实践中也可以增加欧盟法律的具体可操作性。

问. 成员国应如何履行指令?

答. TFEU 并未对此作出规定, 而欧洲法院则作出了明确的阐述。对欧洲法院来说, 依靠规则本质执行指令才是最基本的, 而这要求国内法必须提供有效的措施保护特别规则中的标的。规则的内容旨在实现对第三方当事人的强制力, 这是保证在国内的执法行为具有法律强制力的一种方法。而这通常会涉及其他的法律行为, 比如国内法律强制性的行政性公告, 这

些公共采购领域一贯的原则对于某些按理来说仍然是不够的。(案件 C-433/93, 委员会诉德国⁹).

采购法规的大多数规定都与规范招标程序有关, 如在欧盟招标者有向受侵害方公布采购信息的强制性义务(它甚至优先于特殊救济制度适用): 这明确说明它对采购招标程序有直接影响 (详见下文)

这意味着一般情况下, 欧盟成员国必须履行信息告知义务来执行采购规章。它以国内法律中合法的形式来约束采购方, 并且受侵害方可强制性执行。在案例 C-433/93, 委员会诉德国中, 欧洲法院对这条规则做了阐述, 它规定德国必须按照政府采购规则中规定的形式进行采购活动。

只有公共部门指令和公用事业指令中很少的规则下欧洲法院才会考虑不由公司依法强制实行(例如, 成员国履行义务向欧盟理事会提交统计报告的行为就不会被认为是法律上的强制执行)

问. 成员国着手履行采购规章的不同方式

答. 按照国内法律上的约束条款成员国主要通过两种方法来履行采购指令中关于招标程序的规定。成员国最初采用的方法自身都存在着优点和缺点¹⁰.

第一个方式是通过引用欧盟法律来执行规则。这个方法在丹麦较为常见。按照这种方式, 成员国通过执法来要求所涉及的地区必须遵守指令中的规定, 而不会再国内法律文书中过多的赘述具体的范围和过程。

第二个方式是在国内法中编制具体的执行细则条例。这个方法比引用的方法更为普遍。这两种方式有许多关键的区别。首先, 编制执行细则可能很少会重复欧盟指令的内容, 这种做法更多的在英国被采用。相反的, 他们往往会公布不同

⁹ Case C-433/93, *Commission v Germany* [1995] ECR I-2303.

¹⁰ As discussed in detail in Arrowsmith, "Legal 《共同体条约》hniques for Implementing Directives: a Case Study of Public Procurement", ch.24 in Craig and Harlow (eds), *Lawmaking in the European Union* (1998) (although note that this is now rather out of date and some states have even changed their approach to implementation since this was written).

的国内法律条款，对欧盟规则进行重新编纂或改变条文结构，并/或用新的国内公共采购条款对他们进行概括总结。

问. 成员国未适当履行指令的后果 (直接与间接效力规则)

答. 对欧盟法律来说(包括政府采购法规)其中一个重要的问题是如何处理成员国在本国法规中未及时按照通过后的欧盟指令履行规定,一直未履行指令(很少见)或者履行中出现了某些错误,遗漏或缺陷等。如下文终会提到的,理事会(或其他成员国)可能会采取直接纠正未遵守指令的措施来纠正失败的履行?但它对个体没有任何意义。比如,如果一个成员国未履行在欧盟官方公报中公布采购合同的义务,同时采购方也未进行公布,一个因错过招标机会而受影响的供应商是否可以纠正他们的行为?

首先要提的是,在可能的情况下,欧洲法院要求国内法院必须遵守欧盟相关的指令来对国内法进行解释。在 案例 C14/83 中, *Von Colson and Kamann v Land Nordrhein-Westfalen*¹¹中欧洲法院规定国内法院必须按照指令本身的叙述和对国内法进行解释,他们对于国内法规的裁量权必须在解释规则范围内行使¹²。

这条规则在政府采购的案例中也被提到过,例如,案例 C-54/96, *Dorsch Consult Ingenieurgesellschaft v Bundesbaugesellschaft Berlin* (“Dorsch Consult”)¹³。

即使是解释与欧盟指令执行没有直接关系的国内法规(包括早于指令公布的条款),国内法院仍然需要依据欧盟指令的规定(案例 C-106/89, *Marleasing SA v La Comercial Internacional de Alimentacion SA* (“Marleasing”)¹⁴)。例如,当一个条款模棱两可时,当其中的一个可能性解

¹¹ Case 14/83, *Von Colson and Kamann v Land Nordrhein-Westfalen* [1984] ECR 1891.

¹² On the limits of this doctrine imposed by the existing principles of interpretation under national law see Craig and De Burca, *EU Law: Cases, Text and Materials* (Oxford University Press, 3rd ed. 2003), pp.211-220.

¹³ Case C-54/96, *Dorsch Consult Ingenieurgesellschaft v Bundesbaugesellschaft Berlin* (“Dorsch Consult”) [1997] ECR I-4961.

¹⁴ Case C-106/89, *Marleasing SA v La Comercial Internacional de Alimentacion SA* (“Marleasing”) [1990] ECR I-4135.

释能导致适用指令时，法院必须采用。这通常被当做指令“间接效力”的依据条款被援引。

然而在一些案件中，国内法可能无法按照欧盟指令来进行解释。如果采购方的行为违反了指令规定却没有违反国内强制性规定，问题就产生了，这种情况下欧盟指令是否对当事人具有强制执行力呢。欧洲法院在案例 *Van Gend en Loos (Case 26/62, N.V. Algemene Transport - EN Expeditie Onderneming Van Gend & Loos v Netherlands Inland Revenue Administration (“Van Gend en Loos”))*¹⁵ 中规定在这类案件中，指令中的规定确实的具有直接强制力。这是指令具有直接效力重要的依据条款。

一项条款必须满足案例 *Van Gend en Loos* 中欧洲法院一系列判例规定的一定条件才能具有直接效力，它们包括：

1. 司法适用的内容足够清楚，不存在模棱两可的情况；
2. 规定无条件义务（例如，成员国履行指令时不能受自身需要选择条件的支配）；
3. 不依赖成员国采取的进一步措施；
4. 能为个体创设权利。

按照 TFEU 规定的责任，指令对谁具有直接效力以及必须按照直接条款适用，这要求成员国必须忽略与之相冲突的国内法规。欧洲法院在案例 *Costanzo* 中表明了这种倾向。

对指令直接效力原则重要的限制是直接效力只适用于成员国以及由国家控制，享有特权的机构（案例 C-188/89, *Foster v British Gas*¹⁶）。由于大部分公共机构受这条规定的限制，直接效力通常比大部分欧盟公共采购规定具有优先适用力。然而，对于那些是否适用直接效力

¹⁵ Case 26/62, *N.V. Algemene Transport - EN Expeditie Onderneming Van Gend & Loos v Netherlands Inland Revenue Administration (“Van Gend en Loos”)* [1963] ECR I.

¹⁶ Case C-188/89, *Foster v British Gas* [1990] ECR I-3313.

原则不清楚的，游离于公共部门边缘或者范围外的一些采购机构也会受这条规定的限制，比如享有特殊或专有权利的公用事业单位。

问. 政府采购指令中直接效力原则如何使用？

A. 欧洲法院规定用来规范定标合同程序的采购指令规则通常具有直接效力，比如公布义务，规范竞争，定标的标准及依据等。

因此 在案例 *Costanzo* 中，欧洲法院在关于公共工作合同的指令 71/305 (之前的一项公共部门指令)中规定的核查标书项目价格低于正常水平责任就具有直接的效力。

之后 in 案例 C-76/97 中, *Walter Tögel v Niederösterreichische Gebietskrankenkasse* (“Walter Tögel”)¹⁷ 欧洲法院在规范定标过程的几条关于服务的指令 92/50 (也是之前的一项公共部门指令) 中更广泛的规定其具有直接效力 – 虽然在它的解释中存在一些例外。

另一方面，救济制度指令中的义务则通常不具有直接效力，他们需要成员国选择这些义务如何实现效力。

指令中规定的对受侵害公司提供救济的责任主要体现在法院或论坛满足其他要求的公平程序中(在第十章中进一步讨论)。由成员国来任命确定复审，正如案例 *Walter Tögel* 中所表明的，如果成员国没有任命适合的形式，救济责任就无法发生直接效力。

然而，一些满足直接效力条件的救济指令规定，却由于限制时间过短以至于它们无法有效地实现这种效力。如案例 C-327/00, *Santex v Unita Socio Sanitaria Locale n.42 di Pavia*¹⁸，欧洲法院判定意大利法院应当取消对公共采购诉讼时间的限制，这个时间限制被欧洲法院认为过短，以至于不符合欧盟法律对于受侵害人具有合理的提出诉讼的时间限定的要求。

¹⁷ Case C-76/97, *Walter Tögel v Niederösterreichische Gebietskrankenkasse* (“Walter Tögel”) [1998] ECR I-5357.

¹⁸ Case C-327/00, *Santex v Unita Socio Sanitaria Locale n.42 di Pavia* [2003] ECR I-1877.

一些欧盟公共采购规定可能由于不能满足为个体创设权益的条件而不具有直接效力。如，上文中提到过的要求成员国向欧盟理事会提供统计报告的规定可能被欧洲法院认定为与个体权益无关，尽管它对成员国具有合法的强制约束力。

指令具有直接效力并不依赖成员国通过在本国法律体系中赋予第三方强制执行来履行这个责任。这个内容通过案例 C-433/93, 委员会诉德国案写在政府采购文本中。

不仅如此，国内法院赋予立法创造性解释来保护这些权利而不是用来赋予请求权，这个事实并不意味着成员国必须遵守他们的责任去履行规则：这种赋予权力的方法并不够清楚（见案例 C-236/95, 委员会诉希腊）。

最后需要提的是，一旦特定的条件得到满足后，因成员国错误而承受损失的个体可以从成员国获得赔偿金，如：案例 C-6/90 和 C-9/90, *Andrea Francovich and Danila Bonifaci and others v Italy* (“Francovich”)¹⁹。这一规定适用于下列情况：i) 指令赋予个体的权利；ii) 未履行指令的行为“相当严重”的违反了欧盟法律（涉及随后的判例法中各种因素，包括是否违反国际法，相关法律及其判例解释是否明）；iii) 违规行为和损失存在因果联系（关于因果联系的具体规定，例如：需要的原始证据以及不考虑成员国法律规定的损失出现概率，）。

1.2.1.3 法规

这些法规是普遍适用的。比如 TFEU 不仅对于成员国和公民都有直接效力，而且当与国内法出现矛盾时，它优先于国内法适用。一项对成员国及其成员都具有直接约束力的规范将会推翻国内法中任何不一致的条款；并且不会对成员国采取进一步措施的需要产生影响。

如上所述，公共采购法通常不采用规章的形式进行立法，而是采用指令的形式。然而，在一些次要的简单的案子中也会用到指令。如适用政府采购指令的门槛价通过理事会指令形式被修改为每两年一次。

¹⁹ Joined Cases C-6/90 and C-9/90, *Andrea Francovich and Danila Bonifaci and others v Italy* (“Francovich”) [1991] ECR I-5357.

1.2.1.4 决议

决议是另一种立法形式。欧盟许多机构可以独立或联合的做出决议，例如，欧盟委员会与议会或者理事会的共同决议。决议内容通常是关于其他法规的执法活动的。

在政府采购领域内的代表是理事会决议 2005/15/EC of 7 January 2005 ，这项决议对 provided for in Article 30 of Directive 2004/17/EC of the European Parliament and of the Council 中关于协调有关水、能源、交通运输和邮政部门的采购程序执行适用采购指令的程序[2005] O.J. L7/7 做出了具体规定。Article 30 of Directive 2004/17, the Utilities Directive, 理事会给予在竞争市场中的特定公共事业企业适用指令的豁免 (由于竞争压力会促使他们商业性的购买而不偏好国有产业，因此这项规定对他们来说是多余的)。决议 2005/15/EC 列出了理事会决定是否给予豁免的具体程序。

1.3 欧洲法院法律方法：解释欧盟立法²⁰

1.3.1 解释方法

下面我们来讨论欧洲法院做出判断以及初步判决所使用的方法。

与衡平法系相比，欧盟法律体系受大陆法系的影响更深（这很大程度是因为创始国家大部分属于大陆法律体系）。这影响了法律的起草、解释以及判例法的作用，其中起草反过来被期望的解释方法所影响。大陆法系普遍使用的注重实际意义而不注重字面措辞的主要方法指导着法律起草和法律解释活动，他们更希望通过解释还原立法本身的目的，即使这样做会偏离法律本身的字面意义。精准的文字是法律解释工作的起点。然而，欧洲法院却更重视有目的的实用性的解释方法，包括从整个社会经济政治背景下看待立法的技术方法。

通过反思目标和文本中的重点，协定和次级立法在序言中明确他们的宗旨和目标，而这些一般会对法律解释有所帮助。条约内容通常比较概括，它假定欧洲法院会在适用中同时发展它，并通过灵活的方法实现它的目标。尽管欧盟的次级立法比较精准，包括序言内容在内，它仍然与英美立法存在较大的差异。欧盟机构对行为理由的陈述受到 TFEU 第 296 条规定（《共同体条约》253 条）的约束。此外，尽管次立法尽力做到精确无误，在理事会，委员会及议会间或者不同的成员国中仍然会产生一定的分歧，这会产生一些模棱两可的规定，使一些问题无法得到解决而留给欧洲法院处理。

欧盟立法以所有成员国的官方语言起草，并且所有的版本都具有同样的实效，这进一步减少了欧盟立法文字措辞方面的局限。为了决定法条的意义，通常需要对比许多版本的条款。这个因素限制了运用字面释义法解释欧盟法律的可能性：用同一种字面释义解释不同语言的法条几乎是不可能的²¹。在这种情况下通过这种方法确定释义，并用一种以上的语言版本进一步确定它的意义，虽然有时它们并不完全一致。

²⁰ See further A. Arnall, *The European Union and its 欧洲法院* (2nd ed. 2006), chapter 16, pp. 607-621.

²¹ As Arnall has stated, “The Court’s general approach is to seek to interpret the provisions in a way which is consistent with all (or nearly all) of the language versions. If that does not prove possible, it turns for guidance to the purpose and context of the provision” (Arnall, *The European Union and its 欧洲法院* (2nd ed.2006), p.608).

下面列举一些在政府采购法规文本中的体现。

例 1: 类比推理和公开性原则

(关于案例相关的欧盟采购法律问题将在第六章六七节单独讨论)

在案例 C-470/99 中, *Universale-Bau and others v Entsorgungsbetriebe Simmering GmbH (EBS)* (“Universale-Bau”)²²第 97 段, 来自奥地利的采购方 EBS 制定了一套具体的选择被邀请参与竞标的公司的方法体系。EBS 通知有意的供应商, 他们将会选择在投标过程中排在前五名的候选人。而排名将根据过去五年中技术性运营能力, 并参考列出的五类主要工作。这些将由采购方托给独立的第三方 (公证机构)使用计分系统来完成。然而, 这个积分系统并未向候选人披露。采购由 93/37/EEC 号指令即公共工程指令, 现行 2004/18/EC 号公共部门指令的前身进行规制。问题出在采购方是否应向投标人公布计分系统。

当时指令对于是否应当向投标者公布选择阶段的标准及需要的权重的问题规定基本是空白的。然而, 指令对用来评价投标者的定标标准作出了规定 (包括价格、质量等)。这些标准必须被披露并对投标者暗降序排列。还应指出的是, 当时指令中并没有对于公开性原则明确具体的规定。

欧洲法院规定选择定标的方法应当公布。欧洲法院通过援引披露定标标准的条款以及它们的重要性得出了这个结论, 并指出这项义务体现在支持平等待遇和公开性原则的指令中 (98 段)。由于公开性原则是指令的一般性原则, 欧洲法院据此作出得出结论:

“在限制程序的规定中, 订立合同方对关于所使用的定标标准权重的合同事

²² Case C-470/99, *Universale-Bau and others v Entsorgungsbetriebe Simmering GmbH (EBS)* (“Universale-Bau”) [2002] ECR I-11617.

项通知具有优先得知权，因此采购方有责任告知先前的候选者。正如在本判决 88 段到 92 段中所解释的，它是唯一符合指令 93/37 目标的解释。由于它是唯一一个涉及保证合适的公开度的指令，因此应依照合同定标过程中的平等待遇原则适用指令” (99 段)。

在这个案件中不难看出，欧洲法院有效地找出了“隐藏”在指令中未明确规定有关甄选准则的披露义务。它参照指令的基本宗旨和指导原则（公开性以及公平对待原则），并使用了类比推理方法，也就是说关于程序(定标阶段) 其他方面明确的公开义务表明披露信息被当做一种保证公开和公平的方法在指令中规定。(注意，欧洲法院并未规定采购方是否应当设定甄选标准及权重，而是说如果他这样做，则应当披露这些准则)。这个案例是欧洲法院完善公开性原则在采购指令中的规定具有代表性的里程碑，它被用来解释模糊不清的条款 (如本案) 来“补充”指令义务。(这项原则被写到专门规定公开性原则的指令 2004/18 中，至今仍被立法机关广泛的采用)。

(这项判决改变了指令规则，同时也明确了公开性原则，指令 2004/18 扩大了设定及公布定标标准的义务， 并增加了一些公布选择标准的具体规定：详见第六章第七节。)

例 2: 立意方法和杠杆原理 - *Telaustria* 案

(关于案例相关的欧盟采购法律问题将在第三章继续讨论)

在案例 C-324/98 中, *Telaustria Verlags GbmH and Telefonadress GbmH v Telekom Austria and Herold Business Data AG* (“Telaustria”)²³ 奥地利政府

²³ Case C-324/98, *Telaustria Verlags GbmH and Telefonadress GbmH v Telekom Austria and Herold Business Data AG* (“Telaustria”) [2000] ECR I-10745.

采购办公室就在一个合同中是否适用采购指令向欧洲法院提出初步裁定请求，该合同关于电话簿的编制及生产，其中的供应商通过有偿支付获得以商业目的利用电话簿的许可。

指令要求合同公开并且通过竞争最终定标。它的关键在于保证公共机关在公共定标合同中的行为能被监督而避免“隐性”歧视。从这方面说，采用指令的目的在于反对对于其他成员国产品和企业的歧视，进一步说是为了实现 TFEU 中建立欧盟自由贸易市场的目标。在本案中适用的条款是 TFEU 中的第 56 条(《共同体条约》 49 条)， 具体规定如下 (包括若干例外情况):

“应禁止限制自由提供服务而建立联合会的行为，这种禁止主要是对于建立联盟的一方而不是接受服务的一方”。

这个条款禁止国家通过设定约束条件限制进入本国市场 (无论公共或私人部门)，包括不同国籍的歧视政策— 比如限制只有本国公司可以参与公共服务合同招标等。

欧洲法院在这个案子中认为相关的指令在这类合同中并不适用，然而在指令中并没有涉及优惠，它由于历史原因而被遗漏。

However, 欧洲法院指出 TFEU 仍在适用。依据 TFEU 第 56 条(《共同体条约》 49 条)得出的结论不仅禁止了限制行为并且揭示了政府招标合同中的公开性义务，这符合“保证足够开放的程度使服务市场能够实现完全竞争以及通过审查公平的采购程序，使潜在的投标人收益的要求”(第 62 段)。因此，此欧洲法院规定即使是那些为公开性原则指令所排除的的公共采购合同也存在公开义务。

在本案中，欧洲法院采用扩大解释的方法对 TFEU 第 56 条作出了禁止性规定(ex Article 49 《共同体条约》)，目的是更有效的通过条款禁止歧视行为来实现其目标。显然欧洲法院认为禁止歧视规定并不一定有效，如果合同不以公开的方式开标并因此在 TFEU 中规定了这项基本的“积极”合同义务，而这个灵感来自次级立法（指令）在类似合同中的适用。(这种从次级立法中汲取灵感并应用于解释 TFEU 自身主要义务的方法被 Treumer and Werlaff 称为“杠杆原理”:

Treumer and Werlauff, “The Leverage Principle: Secondary Law as a Lever for the Development of Primary Community Law” (2003) 28(1) ELRev 124).

通过这个部分我们可以得出结论：欧洲法院引用的“法律一般性原则”在法律解释中处于最重要的地位。这些原则来自成员国国内法律的各种原则并被认为是欧洲法院必须遵守的欧盟法律中重要的一部分。在最主要的立法 TFEU 中这些原则被用来进行法律解释—虽然 TFEU 中的条款能够推翻这些原则。它们也被用来解释次级立法比如指令。此外，次级立法必须与这些原则一致，而如果违反这些原则则会受到质疑。这些原则中对政府采购领域有重要影响的有：

1. 适当性原则

一项措施必须同时满足以下要求：

i) *适于促进寻找目标* – 措施和目标之间必须存在合理联系；

ii) *必须实现目标*。只有繁重艰巨的任务才需要采取一定的手段措施。这意味着目标不会通过一些轻松的方法就实现。这也意味着出于寻找目标的意义，措施不应该对贸易产生过激影响。

禁止基于不同国籍间的歧视，这条规定在解释 TFEU 豁免和限制规定的范围以及在公共采购领域被采用（例如禁止为本国供应商保留合同）。国家给予公共利益原因的请求可以在一定范围内不收禁止规定限制比如给予出于国家安全或者环境保护的考虑等—但这只有在国家采取的措施满足适当性原则时才适用。这表示除了较少的限制贸易，已经没有其他方法能解决保护国家安全的目标（或其他问题）。该原则是适用问题将会在第三章进一步讨论。

2. 法定性原则

这要求当事人明确他们的法律权利和义务。它被用来证明限制对违反欧盟法律的决定提出诉讼请求的时效的可能性，包括对不合法的采购决定。以效率原则通常要求的对这种决定提供可行的救济措施相比，法定性原则则为限制这种违法行为提供了可能性。

3. 平等性原则

平等性原则要求在同等条件下不能区别的对待当事人，同时不同的条件不能以同样的方式对待，除非是基于客观公理（详见案例 C-21/03 and C-34/03,

Fabricom v Belgium (“Fabricom”)²⁴，公共采购法文本第二十七段判决)。这条原则对于解释公共采购法指令起了重要作用并且指令中明确规定采购方必须遵守改原则按照指令规范采购行为。(详见第六章第 1 部分)

1.3.2 辅助法律解释

欧洲法院通常利用 准备工作文件 *travaux préparatoires* 来解释欧盟次级立法，参考了执法历史上所有有用的材料。

当时欧洲法院规定依靠条约自身(在所有案子中皆被限制)以及之前条约而预先准备好的材料将不会公布，随着随后 TFEU 的修改大量可用资料的地位发生了变化。

我们之前也提过，欧洲法院将详述的次级立法作为与法律解释相关的一部分内容。

此外还应当注意成员国声明和欧盟机构会议日程记录的地位。欧洲法院认为尽管被公布出来这些内容仍与法规解释无关。Thus 欧洲法院表示当宣言内容与书面立法本身无直接关系时，宣言采用某项指令(关于工人自由运动)是“无法律意义的”，这些宣言主要用来记录委员会的会议议程。(Case C-292/89, *The Queen v Immigration Appeal Tribunal, ex parte Gustaff Desiderius Antonissen* (“Antonissen”)²⁵。然而这类文件在某些场合会为大法官所参考。

例如在公共采购领域，欧盟委员会和理事会作出联合声明，关于一定程度上规范开放和限制招标程序，禁止招标截止后与招标人的人和商谈 ([1994] O.J. L111/114)。这意味着“候选者与招标者之间关于合同基本方面的一切谈判，都会被视为不正当竞争行为，尤其是在价格方面，应当被取消资格”。而这也表示，只有出于明确或补充招标或投标者要求的目的，

²⁴ Joined Cases C-21/03 and C-34/03, *Fabricom v Belgium* (“Fabricom”) [2005] ECR I-1559.

²⁵ Case C-292/89, *The Queen v Immigration Appeal Tribunal, ex parte Gustaff Desiderius Antonissen* (“Antonissen”) [1991] ECR I-745).

并公平的公布这些信息才能进行商谈。这个特殊的规定由大法官 **Tesauro** 在 *Storebaelt* 案²⁶通过。

欧盟各个机构和各国政府一样也会发表许多其他的文件，他们的目的在于对欧盟法规进行法律解释。它通过很多种形式。公共采购领域最常见的形式包括：

i) 理事会正式解释文件，它代表着理事会官方对以特定立法如何解释的观点。

ii) 理事会内部工作文件，表明理事会对特定问题的立场，便于理事会工作人员处理相关事务。

iii) 公开公共采购市场咨询委员会及公共采购咨询委员会文件，他们为制定政策提供意见和建议。

值得一提的是，这些文件并不能代表法律的权威陈述，而且欧洲法院能够拒绝这些文件中对法律的陈述。然而，在实践中他们为欧盟理事会解决特殊问题提供可能的指导性的立场，例如讨论或干涉欧洲法院案件，或者对诉讼中供应商向理事会作出的投诉作出响应。

大法官的观点也常会涉及学术著作中所提供的学理解释。

²⁶ Case C-243/89, *Commission v Denmark* ("*Storebaelt*") [1993] ECR I-3353.

1.4 成文法与判例

1.4.1 是否适用判例体系？

欧洲法院不承认判例体系，也就是说在理论上，欧洲法院在未来的案件中不需要遵守之前的判决。这与欧盟体系在某种程度上以大陆法系为蓝本建立有密切的联系，而大陆法系理论上判决更多的是基于立法及法院判决而不是法律事实。

然而，欧洲法院独立作出的判决显然非常具有说服价值。事实上，欧洲法院很少会违反法律上先前的判决。有大法官会议作出的判决在这方面具有很高的价值。

应当指出的是：

1. 欧洲法院认为国内法院不一定按照欧洲法院已经作出的解释来处理欧洲法院法律问题 (详见 1.1);
2. 欧洲法院的程序规定，允许推理方法顺序提出诉讼而不是判决的一般形式，对欧洲法院的初级裁定产生疑问或对欧洲法院依规定的问题都是如此，或者通过“存在的判例法明确的推导”而找到解决问题的办法。

这两种观点都涉及到了对于先前法律案例中产生的具有说服价值的判决的有效认可。

必须要说的是，如上文提到过的，欧洲法院在法律上的判决对国内法院具有约束力。因此国内法院必须不仅需要遵守欧洲法院的法律判决，同时又不能亦步亦趋的跟从欧洲法院而要去寻找另一个可能会背离欧洲法院先前决定的判决。

抛开欧洲法院不收盘里约束的事实不说，他的可操作性仍然比仍然比英国法院强，如下文将提到的，这是比较笼统的审判所造成的。

在普通法院(原审法庭)也不存在相关的判例体系。这意味着法院并不正式的受先前判决的约束。也就是说它并不正式的受欧洲法院判决的约束— 虽然这些判决被认为有较高的说服力。

在欧盟法律中一个国内法院作出的判决完全没有判例参考的价值，它对其他成员国不具有任何约束力。（当然，所有的成员国法院都要服从欧洲法院对来自某个成员国所作出的初级裁定。）

1.4.2 判决类型

与英美法律判决相比，欧洲法院的判决完全通过欧洲法院的独立判决形式作出。法官不会单独给出对判决结果的意见。他们做出决定所依据的或寻求判决的具体法律原则不需要所有参判的法官的同意，这可能是所述的法律原则的指定缺少明确的方法的原因之一。

这也不存在持反对意见的判决。因此也无法知道裁定或判决是否获得一致通过。

一般来说，欧洲法院的判决方法是更为典型的大陆法系，而不是衡平法系。想之前提到的，从这方面说，它所采用的方法部分是来自于大陆法系的起源及判例法方法，同时也受到了其他因素的影响，比如 TFEU 性质的不确定性，以及修订文件中遇到的困难，而这就需要采用更灵活的方法。从他们对每个案件事实的解释和思考，他们的法律推理过程(包括援引过去的案例)及在判决后给出的理由(包括对策)来看，欧洲法院的判决并不明确具体。

然而更具体地说，当事者的论据，所涉及的政策问题以及更具体的援引欧洲法院过去的判决和它们对目前案件的意义，他们在辩护者的意见中提供。他们与判决一起公布。在实践中它们通常为解释欧洲法院如何作出判决提供资料，同时也用来说明盘里是否符合先前欧洲法院的案例。曾经一度，欧洲法院并未将大法官的推理与结论或意见明确的联系起来，但现在逐渐得到了改善。

欧洲法院并不应当扩大“大陆法系”所具有的特征 – 欧洲法院所使用的方法从某些方面说是对大陆法系和衡平法系的融合，甚至推着时间的推移演变发展得更接近后者(比如提供更具体的推理过程，包括在之后的判决中原因先前的判例)。很多原因造成了这样的结果，包括英国和爱尔兰加入欧盟后衡平法西方法所带来的影响；；以及初级裁定诉讼的特殊要求，它要求欧洲法院不能仅仅简单的使用

传统大陆法系所使用的事实而要通过下定义指导其他机构适用法律。值得一提的是，对案件事实的详细陈述及论据会在判决的开始处作出说明，并于法律上判决的主要部分相区分，与衡平法西习惯相比本身并没有将法律陈述与实施联系起来。为了减少翻译大量材料的负担，单独公布事实和论据的做法在 1994 年基本被取消了。然而，这对欧洲法院产生了影响，使其更详细的核查事实和论据来完善主要判决的部分，而这种新的方式似乎更接近与衡平法系。

一个重要的较新的改变是，欧洲法院现在更愿意援引先前判例而不是之前解决案件的方法，并明确表明它的意图与先前案子的意图不同。传统意义上，当与先前判决出现分歧时，它不会明确表示这样做的意图，而这常常是法律作出不确定的判决，如同它不清楚这里包含了多少相冲突的案件。然而，仍然有许多案件在处理过去和将来的案件关系尚未被合理解释。

1.4.3 追溯欧洲法院决议的本源

欧洲法院一般的判决都具有溯及力。

然而，欧洲法院在一些特殊的案件中作出了限制的裁决时间追溯效应的判决。因此在案例 C-24/86 中，*Blaizot v University of Liege*²⁷ 欧洲法院判定一些大学对外国学生收取的某些费用在欧盟法律中是不合法的。通常会允许付款人请求收回已付的不合法费用，但这次相反，裁定裁决之前已进行的收费不应收回，以防止打乱大学的财务安排。

1.4.4 语言

前面提到了不同语言版本的判决具有相同的地位，但这里要讨论的是，唯一真实的欧洲法院判决是采用“案件当事国语言”的版本。这种语言是在书面和口头诉状中使用。

²⁷ Case 24/86, *Blaizot v University of Liege* [1988] ECR 379.

在直接诉讼（即那些自始至终都在欧洲法院判决的案件）中，申请人通常会选择案件当事国语言。然而在对成员国的诉讼（包括理事会对成员国的诉讼 根据 258 TFEU 第 258 条(《共同体条约》 226 条))以及对当案件适用某国官方语言时该国公民的诉讼却是个例外。在国内法院申请初级裁定时，案件当事国语言就是相关国家法院适用的语言。

案间中当事国的语言不同于欧洲法院的“工作语言” – 这种语言是法官之间交流以及起草判决的语言，在实践中使用法语。这是因为法语在欧盟的六个创始国中使用最广泛。判决通过法语翻译成案件当事国的语言，但是像之前提过的那样，最准确的版本并不是最初起草的法语版本，而是案件当事国的语言。

第二章 欧盟采购制度 - 目标和概述¹

2.1 欧盟采购规则目标：建立自由的公共采购市场

2.1.1 为何要建立开放市场？

欧盟寻求欧洲繁荣与和平的主要手段是通过消除贸易壁垒创建独立的欧洲市场。商业创造繁荣的前提是开放市场参与外来竞争并获得更大的福利。对欧洲来说，经济繁荣是和平稳定的主要手段：这是因为一个紧密的贸易经济依赖关系能够减少未来敌对的风险。在各国市场中消除贸易壁垒是消除阻碍政策的一个方面，而这个政策也为欧盟政府采购制度提供了理论依据和法律依据。

建立独立市场最基本的理论依据是李嘉图提出的比较优势原理。这是大多数自由贸易协定最基本的理论基础。简而言之，自由贸易集团的经济总收益与每个独立经济成员的收益在某个地方会实现自由贸易获益的最大值，在自由竞争的条件下，那些具有比较优势的国家就会在优势领域获得更多有效资源并使其财富增长。

如果 A 国在汽车制造上比 B 国有优势，而 B 国在酿酒商比 A 国更有优势（这里我们假定两国都具有绝对优势），经济贸易自由理论会通过资源调配优化产业结构使 A 国专门生产汽车，B 国专门酿酒，并互易产品。根据开放市场理论，如果在这两个国家建立自由贸易，则供给需求规律，也就是所谓市场上“看不见的手”会调整生产，优化资源和劳动力分配分配。

¹ See further Y. Allain, “The new European Directives on Public Procurement: Change or Continuity?” (2006) 35 *Public Contracts Law Journal* 517; S. Arrowsmith, *The Law of Public and Utilities Procurement* (2nd ed. 2005; Sweet & Maxwell), chapter 3; S. Arrowsmith, “An Assessment of the New Legislative Package on Public Procurement” (2004) 41 *Common Market Law Review* 1; S. Arrowsmith, “Legal 《共同体条约》 hiques for Implementing Directives: a Case Study of Public Procurement”, in *Lawmaking in the European Union*, P. Craig and C. Harlow eds. (Kluwer; 1998), 491; Cecchini, *The European Challenge: the Benefits of a Single Market*, section 3 (1988), pp. 16-21; J. Jackson, *The World Trading System: Law and Policy of International Economic Relations*, 2nd (1997), pp 8-21; J.M. Hebly (ed.), *European Public Procurement: History of the ‘Classic’ Directive 2004/18/EC* (2007, Kluwer Law International); P. A. Trepte, *Public Procurement in the European Union* (2007; OUP), pp. 27-28.

根据比较优势理论的适用，如果 A 国在汽车制造业和酿酒业都比 B 国有优势，（即 A 国在两个产品上都具有绝对优势），但是在制造业上有优势优于酿酒业上的优势（即 A 在汽车制造上具有相对优势而 B 国则在酿酒业上有相对优势）。在这种情况下，理论认为市场会引导国家专门发展具有比较优势的产业，这不仅会使整个社会的财富实现最大化，而且 AB 两国都会从中获得比自给自足更大的利益。

因此理论认为一个穷国无法再提供商品和服务上与他国竞争（如处于教育水平低下，自然资源贫乏等原因），而最好服从市场的调节作用。这使国家更加关注他们自身具有比较优势的产品或服务（虽然他在生产上并不拥有绝对优势），并用它们与他国交换其他产品和服务。

除了带来商业利益外，基于比较优势的专业化生产也会带来其他的好处，包括通过扩大服务市场来获得规模经济效益，以及竞争带来的动态效应（如刺激生产提高）。然而，新技术的发展减少了很多行业中规模经济效益的潜力，这种效益在从前十分重要。

理论认为即使他们只是单方面的开放市场，即没有获得进入外国市场的互惠条件，该国也仍然能获得经济上的好处。

对大部分国家来说，通过消除国内产业保护或者或不为国内保护设立贸易壁垒来获得经济效益看上去似乎是反常的。关注保护主义的成本而不是收益似乎使人更容易理解。保护主义在一些方面的好处当然是明显的，比如创造或维持被保护产业的就业率以及本国企业利润。然而，它也需要付出很多成本。比如，对使用这些产品的消费者和企业来说，本国贸易保护对产品的质量和价格都起着不利影响。以对国内汽车行业的贸易保护为例，这意味着本国的消费者和企业只能购买昂贵却劣质的汽车，而其他国家的企业来说这意味着这些商品服务会对他们的提价或降低质量，使他们不满足于本国消费而又很难出口到国外。经济自由贸易理论认为单纯的从经济方面看，这种成本会超过收益。

自由贸易理论在很多问题上存在争议。此外，即使是最坚定的支持者也不会支持完全无约束的自由贸易，他们认为一些适当的约束是可行的。关于这个问题这里需要提到的是：

第一，是否能通过自由贸易实现经济最大化这些问题仅在原则上是可行的。

第二，自由贸易理论是建立在一定假设之上的，而这些假设并不总是成立。例如一些行业的衰退是由于跨国企业的生产轻易的改变的他们原来的优势。在假使不能成立的条件下，自由贸易的价值可能被曲解或在特定的国家或经济领域内产生问题。

第三，经济学家在一个问题上存在很大争议，那就是在一定的环境下国家能在何种程度上通过干预经济来增加国家财富，比如建立一些特定的垄断产业而不将市场开放。

第四，自由贸易可能诱发许多特殊的经济和社会问题。不能不提的是有时自由贸易的经济收益并不能弥补成本。比如，完全自由贸易可能会导致进口商品对消费者和市场环境带来不利影响。没有节制的自由贸易也可能导致某些产业的快速衰退，而这意味着这个群体承受着直接的收入水平降低或者不同群体制度间的贫富差距增加。而控制收入水平降低和贫富差距影响比整个国家的经济增长更为重要，也就是说财富的平衡被开放相关的政策所破坏了。同时贸易也会影响某些社会文化，例如本国的媒体业可能会被进口电影所影响，并出于各自的原因实现社会的多样化（提供不同类型的产品和服务）。

在一些情况下，通过限制自由贸易来解决这些潜在的问题是适当的。因此政府可能会限制一些未达到健康或环保标准的产品的进口。也可能会为了减少区域间的不均衡，对本国贫困地区的企业提供帮助或采购合同。当然，有些问题是可以除了限制贸易以外的其他措施解决的，尽管它不能解决全部问题。而我们应当对关于是否应当对自由贸易进行限制的其他的可能性仔细考虑。这样就会发现适用适当性原则对在政府采购领域和其他领域对贸易所施加限制的控制是欧盟体系要求的结果。

我们还应注意到，它不仅可以通过对自由贸易本身的影响产生对“非贸易”利益的不利影响，而且还可以通过具体的手段选择去实现它。我们会看到，在公共采购领域中，一项由公平性原则所构成的标准有时会被当成打击对外国企业和产品歧视的手段，它可以防止在采购中使用自由裁量权，并在某些情况下提升采

购资金利用率，或者说它要求所采用的采购方法不仅仅节约采购成本（而这也有可能反过来使政府采购中最有实力的公司望而却步）。

如上文提到的，由于追求自由贸易所带来的利益而打破了贸易与其他的平衡，竞争，自由贸易体制常常会受到批评。

通过上文对自由贸易背后理论的分析，我们并没有试图对自由贸易本身的价值或者在实践中它对包括欧盟在内的各种体系产生影响的方法作出价值评判，而仅仅是为了解释了欧盟公开市场建立的理论基础，包括政府采购独立市场。

2.1.2 开放市场中贸易协定的作用

如果自由贸易原则有利于参加自由贸易协定的政府，那么问题就在于为什么政府单方面开放本国市场，而这个过程需要通过国际自由贸易协定来协助完成呢？

当然，原因之一可能是本国政府基于上述的各种原因不接受自由贸易财富最大化理论或者认为这并不是适合本国的战略(比如，在特殊情况下他们更在乎保护收益而不是成本(如保护“幼稚产业”)。他们更多的是基于外部压力而不是对自由贸易的信任而加入自由贸易协定的。这种压力来自于向欧盟一样的国际金融机构，或者害怕如果不按贸易伙伴所要求的方式开放市场会受到贸易制裁。

然而，即使是从原则上接受自由贸易可行性意义的政府也往往不会单方面的开放本国市场。有大量的解释可以用来证明，即使政府通过自由贸易实现收益，这往往也很难在政治领域内实现。

像之前提到过的，在某种程度上，这是由于自由贸易所付出的成本比获得的收益更易显现，并且它们的影响集中在那些受政策所刺激的个体或团体中(是否通过表决或其他方式行使)。比如消除国内保护将会导致直接的失业并产生许多重大的影响。另一方面，保护需要多数消费者和商业团体付出较高的价格最为成本，而它们对于个体来说太过于隐秘和刻板，以致于不能影响他们的政治行为。

贸易协定对希望通过自由贸易获益的政府来说，是拜托本国政策限制，实现开放市场的有效手段，这主要体现在：

1. 通过贸易协定打开外国市场向其提供商品和劳务，一些本国的公民收入会提高，这使政府可以通过政策支持来补偿那些自由贸易的直接损失者(比如由于开放带来外国竞争行业的失业者)。

2. 一旦市场开放，已经存在的国际协定就能够对防止“衰退”所带来的不利影响产生作用，包括政府换届及经济危机等原因。全球自由贸易体系建立的主要目标就在于消除经济危机所带来的贸易壁垒，这个体系最初基于《关税及贸易总协定》(GATT)建立，现在由通过世界贸易组织(WTO)进行管理。而这样的事曾在 1929 年华尔街危机后发生并对随后的经济大萧条产生了重大的影响。和一般的危机一样，最近的全球危机也激发了贸易保护主义抬头，也正因此需要自由贸易协定来帮助维持市场的公开性(包括公共采购领域)。

3. 有时国际组织或自由贸易协定会需找“替罪羊”来转移政府的批评--各国政府往往会将失业等问题归咎于“布鲁塞尔”或者“日内瓦”，由于它们打开了特定的市场。

当然，在自由贸易协定控制下，各国政府也可以在它们愿意并有能力的情况下单方面开放市场，当然这样是希望以打开本国市场为筹码来促使贸易伙伴也同样开放市场作为回报，并以此获得更多的收益，而不仅仅是纯粹单方面开放的市场。

2.1.3 政府采购与贸易壁垒

对自然商业模式的歪曲可能来源于公共采购行为，这些行为为了保护公共市场而不允许来自其他国家的自由竞争，并像之前所属的那样，对国家及全球经济福利最大化的实现产生负面影响。很多行为可以被定义到这个分类。

1. 对非比较优势产业的行业保护

首先，政府通过有意识安排的歧视性采购来支持那些与国际竞争者相比并不具有比较优势的产业， 目的在于维持或增加本国产值及相关产业就业率。

从全球收益最大化的角度来看，在原则上这些政策违反了比较优势原理而是不被支持的。

此外，从采购国的角度来说这些政策缺乏经济价值。首先，采购保护主义政策对限制进口及增加本国出口的作用是有限的甚至是不存在的；这种政策只有在政府对产品服务的需求法本国供给是才会对贸易产生影响。(这种情况通常出现在发展中国家，他们提供给本国政府产品和服务的数量通常小于发达国家)。政策多产生的影响仅仅是政府需要支付更高的价格，使财富从政府流向被保护产业，而不会对贸易产生影响。第二，当对贸易产生影响时，这些政策虽然增加了本国对抗外国公司的实力，促进国内经济增长，当这些收益仍然无法掩盖成本，政府付出了较高的价格，而本国资源在被保护行业生产上的利用率也下降了并且不利于对被保护行业提供长期有效的保护。

从上述分析我们不难看出，尽管这些政策对经济发展有不利影响，政府仍然会出于政治目的而不是经济目的采用它们。

第二次世界大战后，由于贸易协定通过减少政府保护本国企业的其他形式的贸易壁垒（如关税及进口限额）来打击贸易保护主义，起实行政府采购的作用日益重要起来。

2. 保护行业竞争潜力

另一个采用歧视性采购支持本国企业的理由是市场缺陷带来的潜在竞争，比如无法获得足够的资金，或在受市场缺陷（如“幼稚产业”较高的进入成本）影响的行业创造比较优势。通过政府才后这种方法促进本国供应市场竞争力提高，这对发展中国家和经济转型有着重要的意义。

从全球化的观点来看，这些没有违反比较优势理论的政策在原则上是毫无意义的，但从国家的角度看，如果这些政策成功的执行，他们就可能获得经济收益。然而，实践中遇到的问题常使这些政策无法实现预期的结果，同时它所付出的成本无法为收益所掩盖。(如上面第一条提到的，包括政府支付了较高的代价，资

源使用率降低，应且由于缺乏竞争造成低效率)。这些问题包括选择适当的产业保护的困难；通过有效方式刺激被保护产业发展的挑战，以及行业影响下的扭曲效果。即使在这些政策的确带来了净收益，优先采购方法是否是实现政府目标最有效的方式仍然值得去思考，尤其是当它与其他可能替代的方法（如国家贷款担保，培训，直接财政补贴等）相比时。

3. 社会及环境支持

另一个政府采购阻碍自由贸易的原因是它常常被当做刺激社会，政治与环境发展的手段来使用。比如对妇女，残疾人或弱势族群的经济帮助，或促进贫困地区的发展。此外，政府往往会为了扶持这些群体放弃一些招标要求，为他们提供价格优惠，降低合同要求，或要求所有的政府采购者采用反歧视甚至扶持的政策进行采购。其中许多政策都会对外国竞争者产生排除或限制作用，而这是提高本国或以所带来的不可避免的产物。比如，为国内少数企业提供 5% 的价格优惠，这个行为不仅会对外国企业产生负面影响，也会对没有享受优惠的国内企业产生影响。

在一些情况下，政府在接受政策是可能不会考虑经济福利最大化（包括从全球和国内角度），而会考虑在合理成本和效率下能实现的其他目标，如社会或地区的平均或建立和谐社会等。不仅如此，这些政策也有可能兼顾国内和国际的经济效益目标，如果他们用市场经济替代那些之前因市场缺陷出现失灵的部分。

然而，这些政策和其他采购政策一样存在着风险，那就是政策的反竞争作用可能会超过获得的利益。当然，避免这重情况出现的首要条件是实现政策原本的目标，而确保这些措施实施却并不是件容易的事情。比如，促进少数企业发展方案必须保证的能从该方案中获益的是真正的目标群体，而不仅仅是象征性的参与。

破坏贸易收益与政府合法利用采购刺激社会环境发展目标之间的平衡，这是试图建立政府采购开放市场体系最大的难题，我们将会在第十一章进一步讨论。

4. 贸易保护与国家安全

国家安全问题是另一个常见的使采购合同在国内企业范围内提供的原因，特别是在国防领域。比如，由国内企业获得国防合同可以保证在战时零件和维修的

及时供应,或者确保本国持有制造技术,特别是坦克和雷达系统。在社会目标中,经济效益次于国家安全目标,因此国家安全目标对经济效益所带来的不利影响都是能够接受的。然而,和其他采购政策一样,它在存在潜在的是否能实现真正的安全而不是受利益团体游说的影响的问题。对于国防领域来说这是个重要的问题,因为国防工业通常需要着大量的劳动力支持。对欧盟建立开放的国防采购市场问题的研究详见第九章。

5. 贪污腐败问题

另一个贸易壁垒是贪污和腐败问题的影响。举例来说,一些企业可能会通过贿赂或者给政客,采购者及家庭能经济利益,或者对竞选活动赞助来获得定标合同。发展比较优势要求采购决定更具商业标准作出。而这样的政策会使本国企业间也产生不平等待遇(例如那些通过政治家人脉而获得招标合同的企业) 并会歪曲外国企业间的商业模式(由于一些国家对国外机构通过贿赂获得招标合同这一行为的限制规定比其他国家更为严格。)

6. 缺少商业压力

政府市场贸易壁垒也与政府采购的性质有关。与私人部门采购相比,政府采购通常缺乏迫于市场压力去降低成本提高资金利用率的特点。因此公共采购合同往往存在会基于“惯性”原因选择传统的(本国的)供应商的风险,而采购者更愿意与熟识的人做生意;这里可能存在对新技术的阻力;或者购买方对不熟悉的产品规格缺少足够的资源去评估。这种性质驱使公共采购者与市场压力下私人部门采用截然相反的方式进行采购,但是公共部门其他的重商主义者则会采用一些商业手段。和腐败行为一样,这种无效率的采购模式对本国及国外的供应商都会产生不良影响,但是更会对外国供应商产生不对称效应。

7. 缺乏透明度

缺乏透明度对企图进入外国市场的企业来说很常见,也就是说他们缺少足够的信息。比如,不论在公共领域或私人领域,外国供应商都需要了解他们潜在的出口国市场中该产品所适用的安全规范。然而,缺少透明度问题在政府采购

领域中格外尖锐。公司要克服参加的障碍获得他们需要采购信息和机会是非常困难的，尤其是对于那些在招标国不具有知名度的企业。

由于政府采购一般会比私人领域采购更加官僚化，因此“信息公开问题”可能会有更重要的意义。这主要是因为适用更多的规范来控制金钱，就能更好的预防腐败现象。从某个程度上说，可以通过发展不同国家间共同的采购程序来克服程序规则复杂性的问题。

由于采购定标程序中缺少足够的公开透明度，非本国企业或者那些提供非本国产品服务的企业可能会由于不愿意被向上述一到五条那样被歧视对待而对参加政府采购望而却步。由于许多国家政府都倾向于通过政府采购行为实现一些非经济目的，这些企业在同意加入投标谈判过程前可能需要得到一些具体的保证。

8. 低效率公共采购程序

低效率的采购程序和贸易壁垒一样阻碍了发展。比如在合同定标过程中长时间的延误或者邀请了太多的投资者参与投标过程，而最有效率的企业回去寻找商业机会而不是等待获得政府采购合同。

2.1.4 开放公共采购市场的好处

关于开放政府采购市场实行自由贸易的政策是建立在由于市场规模而对经济增长具有重大贡献的观点之上的。欧盟理事会最新统计显示，公共采购占欧盟GDP的16.3%。参见《欧盟理事会关于欧盟公共采购市场的运作报告：欧盟指令的好处及未来发展》

http://ec.europa.eu/internal_market/publicprocurement/studies_en.htm

除此之外，许多政府采购集中在那些通过重组可以在经济规模上获得很大空间的部门，比如高科技产品。

在上个世纪八十年代起，欧盟理事会就开始寻找活跃独立市场的政策，并实施了对欧盟独立市场潜在收益评估的具体研究。这项研究包括如何最全面的评估内容以及贸易开放的采购市场的收益性质。

这项报告将开放公共市场对当时 12 个成员国的收益分为几类，把他们列在表格里并估计这些收益的总量将会达到欧盟 GDP 总值的二分之一。(这项研究只讲前几项少量的收益进行量化而不是包括最后三项，这些被认为更多的是属于推测)。对于那些政府主导或作为主要采购者的行业来说，这些收益的增加意义重大，在这些行业存在着较高的进入成本以及潜在的规模效益 (随着结构调整带来的收益) – 比如铁路和电信。

表 1: 开放公共采购的好处

效应	预期收益 (百万欧元)
静态贸易效应: 在公开市场上用更廉价的进口商品取代本国产品	4-9
竞争效应: 本国企业降低价格与外商竞争	1-3
重组效应: 通过有效的重组实现规模经济效应 (包括重整和合并)	3-5
以私营部门消费者储蓄为杠杆带动公共部门消费 – 如建筑市场	n/a
创新与发展效应: 更有效的使用研发和市场营销开支	n/a
外部效应: 从大量对外销售额中获益并使欧盟商业竞争力提高	n/a

注: i. 数值参考 1984 年物价;

ii. ECU 指欧洲货币单位。为欧洲共同体 1979-1998 年所使用的一篮子货币，1999 年被欧元所取代。

来源: Cecchini, 《欧洲威胁: 独立市场的优势》 (1988), 第 3 部分

关于数字需要作如下重要说明。首先，这些数据仅是估计的，而研究本身认为这可能存在严重偏差。第二，这并不代表研究认为这些节约可能是必需的—而只是为了研究欧盟独立市场形成后可能取得收益。第三，分析并没有考虑建立独立市场的成本因素，比如在调整期内的不充分就业资源。

2.2 当前主要法律文件概述：TFEU 和指令

欧盟编制的在内部市场实行的关于公共采购的规则，主要来自于以下两处：

- TFEU(TFEU) [前称《共同体条约》(EC)],
- 采购指令

和《共同体条约》一样，TFEU 的一般规定中也包括禁止成员国之间的不公平待遇—例如，将合同留给本国企业。如我们将会看到的那样，在原则上这些规则在所有的公共采购措施和所有类型的政府采购合同上都适用(当然一些条件下例外)。我们把它称为 TFEU 中的“被动的”义务。这些规定不需要任何执行措施就可以在成员国中适用和执行。

然而，单靠这些 TFEU 原则并不能够开放采购市场。特别要指出的是，特定的招标合同需要透明公开的程序，这样才能避免那些在自由裁量权外衣伪装下的歧视行为。不仅如此，这些特殊条款能够保证这些规定能够有效的保护受害的投标者。

为了保证这些，欧盟采用指令的方式来规范主要合同的招标程序，具体地说，这就要求成员国在整个欧洲范围公开他们的合同并适用商业标准来定标。这也需要采用特别的救济指令。如我们所见的，指令是一种立法形式，它要求每个成员国保证他们自身法律体系中的法律符合指令规定的执行要求。大多数成员国不得不接受新的法律来努力承担指令中规定的责任。上面提到的所有指令的具体名称，修改和引用将列在表 2 中。

表 2: 欧盟采购规章

公共部门指令	公用事业指令
指令 2004/18/EC ² , 被修改为:	指令 2004/17/EC, ¹⁰ 被修改为:
-指令 2005/51/EC ³ ,	-指令 2005/51/EC ¹¹ ,
-指令 2005/75/EC ⁴ ,	-指令 2006/97/EC ¹² ,
-指令 2006/97/EC ⁵ ,	-指令 2009/81/EC ¹³ ,
-指令 2009/81/EC ⁶ ,	- 委员会决定 2008/963/EC ¹⁴ ,
-委员会决定 2008/963/EC ⁷ ,	-委员会规章 213/2008/EC ¹⁵ ,
-委员会规章 213/2008/EC ⁸ ,	- 委员会规章 1177/2009/EC (on

² 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. L134/114; and Corrigendum to 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. L351/44.

³ Commission Directive 2005/51/EC of 7 September 2005 amending Annex XX to Directive 2004/17/EC and Annex VIII to Directive 2004/18/EC of the European Parliament and the Council on public procurement [2005] O.J. L257/127.

⁴ Directive 2005/75/EC of the European Parliament and of the Council of 16 November 2005 correcting Directive 2004/18/EC on the co-ordination of procedures for the award of public works contracts, public supply contracts and public service contracts [2005] O.J. L323/55.

⁵ Council Directive 2006/97/EC of 20 November 2006 adapting certain Directives in the field of free movement of goods, by reason of the accession of Bulgaria and Romania [2006] O.J. L363/107

⁶ Directive 2009/81/EC of the European Parliament and of the Council of 13 July 2009 on the coordination of procedures for the award of certain works contracts, supply contracts and service contracts by contracting authorities or entities in the fields of defence and security, and amending Directives 2004/17/EC and 2004/18/EC [2009] O.J. L216/76.

⁷ Commission Decision 2008/963/EC of 9 December 2008 amending the Annexes to Directives 2004/17/EC and 2004/18/EC of the European Parliament and of the Council on public procurement procedures, as regards their lists of contracting entities and contracting authorities [2008] O.J. L349/1.

⁸ Commission Regulation (EC) No 213/2008 of 28 November 2007 amending Regulation (EC) No 2195/2002 of the European Parliament and of the Council on the Common Procurement Vocabulary (CPV) and Directives

-委员会规章 1177/2009/EC (依照当前门槛价) ⁹	current thresholds) ¹⁶
救济指令 指令 89/665/EEC ¹⁷ , 被修改为:	公共事业救济指令 指令 92/13/EEC ²⁰ , 被修改为:

2004/17/EC and 2004/18/EC of the European Parliament and of the Council on public procurement procedures, as regards the revision of the CPV [2008] O.J. L74/1.

¹⁰ 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 sectors [2004] OJ L134/1; and Corrigendum to 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 sectors [2004] O.J. L358/35.

¹¹ Commission Directive 2005/51/EC of 7 September 2005 amending Annex XX to Directive 2004/17/EC and Annex VIII to Directive 2004/18/EC of the European Parliament and the Council on public procurement [2005] O.J. L257/127.

¹² Council Directive 2006/97/EC of 20 November 2006 adapting certain Directives in the field of free movement of goods, by reason of the accession of Bulgaria and Romania [2006] O.J. L363/107.

¹³ Directive 2009/81/EC of the European Parliament and of the Council of 13 July 2009 on the coordination of procedures for the award of certain works contracts, supply contracts and service contracts by contracting authorities or entities in the fields of defence and security, and amending Directives 2004/17/EC and 2004/18/EC [2009] O.J. L216/76.

¹⁴ Commission Decision 2008/963/EC of 9 December 2008 amending the Annexes to Directives 2004/17/EC and 2004/18/EC of the European Parliament and of the Council on public procurement procedures, as regards their lists of contracting entities and contracting authorities [2008] O.J. L349/1.

¹⁵ Commission Regulation (EC) No 213/2008 of 28 November 2007 amending Regulation (EC) No 2195/2002 of the European Parliament and of the Council on the Common Procurement Vocabulary (CPV) and Directives 2004/17/EC and 2004/18/EC of the European Parliament and of the Council on public procurement procedures, as regards the revision of the CPV [2008] O.J. L74/1.

⁹ Commission Regulation (EC) No 1177/2009 amending Directives 2004/17/EC and 2004/18/EC of the European Parliament and of the Council in respect of their application thresholds for the procedures for the award of contracts [2009] O.J. L314/64.

¹⁶ Commission Regulation (EC) No 1177/2009 amending Directives 2004/17/EC and 2004/18/EC of the European Parliament and of the Council in respect of their application thresholds for the procedures for the award of contracts [2009] O.J. L314/64.

- 指令 92/50/EC ¹⁸ ,	-指令 2006/97/EC ²¹ ,
- 指令 2007/66/EC ¹⁹	-指令 2007/66/EC ²²

从指令的经验中获得启发，欧洲法院最近也 TFEU 中增加了关于暗示，法定公开招标合同义务规定。为了实现这个结果，欧洲法院努力填补一些重要的合同被指令遗漏的空白 – 由于所有的合同都要符合 TFEU，关于 TFEU 也同样需要透明公开的招标程序的发现有效的使这些合同和其他合同一样适用相似的制度。(详见第三章)

2.3 指令的发展及 2004 年改革

了解指令的发展历史对理解现行的指令和欧洲法院过去的案例都很有帮助。现行的采购指令于 2004 年颁布，并于 2006 年 1 月 1 日起执行。然而，从一定程度上说关于采购程序的规范早在七十年代就有了详尽的规定，而 2004 年的指令只是对之前存在的法律框架进行了整合及修改。

¹⁷ Council Directive 89/665/EEC of 21 December 1989 on the coordination of the laws, regulations and administrative provisions relating to the application of review procedures to the award of public supply and public works contracts [1989] O.J. L395/33.

²⁰ Council Directive 92/13/EEC of 25 February 1992 coordinating the laws, regulations and administrative provisions relating to the application of Community rules on the procurement procedures of entities operating in the water, energy, transport and telecommunications sectors, [1992] O.J. L76/7.

¹⁸ Council Directive 92/50/EEC of 18 June 1992 relating to the coordination of procedures for the award of public service contracts O.J. L209/1.

¹⁹ Directive 2007/66/EC of the European Parliament and the Council of 11 December 2007 amending Council Directives 89/665/EEC and 92/13/EEC with regard to improving the effectiveness of review procedures concerning the award of public contracts [2007] OJ L335/31.

²¹ Council Directive 2006/97/EC of 20 November 2006 adapting certain Directives in the field of free movement of goods, by reason of the accession of Bulgaria and Romania [2006] O.J. L363/107

²² Directive 2007/66/EC of the European Parliament and the Council of 11 December 2007 amending Council Directives 89/665/EEC and 92/13/EEC with regard to improving the effectiveness of review procedures concerning the award of public contracts [2007] O.J. L335/31.

第一阶段 – 70 年代：建立规范政府行为和供应合同系统

现行的法律框架经历了下面五个阶段不同的立法及改革：

规范定标程序指令的历史要追溯到 1971 年，当时采用指令 71/305/EEC 来规范定标程序。在 1977 年则公布了指令 77/62/EEC，它对公共供应合同做了相似的规定。

第二阶段 – 80 年代末 90 年代初：发展和巩固独立市场制度并整合指令条款

在八十年代末九十年代初出现了一系列的公共采购规则改革。他们的形成部分是因为欧盟委员会 1992 年遵循上面提过的 Cecchini 的报告，实行了完全的独立市场制度。在这个阶段中：

1. 分别在 1989 年和 1988 年修订了关于工程的指令 71/305/EEC 以及关于供给的指令 77/62/EEC (通过指令 89/440/EEC 和指令 88/295/EEC)，改进了这些指令的规定。1993 年将许多相关条款合并到指令 93/36/EEC (供应合同)和指令 93/37/EEC (政府工程合同)2 条中，同时也做了细微的修改；
2. 1990 年在指令 90/531/EEC 中将“公用事业单位”纳入公共采购合同规范体系中；
3. 1992 年通过指令 92/50/EEC，在规范体系中增加了公共服务合同，同时在 1993 年通过指令 93/38/EEC 增加了公用事业单位招标的服务合同；
4. 如上所述分别在 1989 年和 1992 年为公共机构和公用事业单位机构增加了两项救济指令。

第三阶段- 1997: 与 WTO 政府采购协定协调

由于欧盟及其成员国加入了新的世界贸易组织政府采购协定(GPA)，因此对招标程序指令进行了第三轮的修改。这是通过指令 97/52/EC(政府部门)以及指令 98/4/EC (修改公用事业单位指令)来实现的。根据政府采购协定的规定，欧盟及其成员国需要对其他的第三国(比如美国和日本)开放欧盟公共采购市场，而这些国家也对欧盟负有同样的对等义务。但是，政府采购协定并不负责管理欧盟成员国内部的关系- 比如德国或法国公司的产品进入英国市场；这些就要通过 TFEU 及指令来解决。从某些方面来说，政府采购协定通过条款给其他国企业进入欧盟市场的通道比指令赋予欧盟企业进入的通道更宽- 这意味着在一些情况下非欧盟的协约国进入一个欧盟国家的市场比欧盟成员国互相之间进入更容易! 在 1997 修改指令中对此做出了禁止规定 (比如在指令中增加采购协定中有的而之前指令中没有的规定)。这样做的另一个目的是确保企业在遵守指令的同时也当然的遵守了政府采购协定。

第四阶段 - 2004: 确定和修改

在 2004 修改指令之前，主要的指令包括：

1. 93/36 号关于公共货物合同的指令；
 2. 93/37 号关于公共工程合同的指令；
 3. 92/50 号关于公共服务合同的指令；
 4. 93/38 号关于公用事业合同（工程、货物和服务）的指令；
 5. 89/665 号关于 93/36, 93/37 和 92/50 号指令合同的救济指令；
- 和
6. 92/13 号关于 93/38 号(公用事业)指令合同的救济指令。

九十年代出现的广泛的改革引发了随后一系列的修订和整理。1996 年欧盟委员会公布了绿皮书：《欧盟公共采购：寻求引发公共采购政策的争议解决》。然而它的公布并不意味着更广泛的改革。相反，绿皮书写到“一个完整的公共采购法律框架已经建立了”而且“这个框架需要一段时间来稳定，并且不打算进行基础结构的改变”。绿皮书解决了一些存在争议的问题，他们的焦点主要在于保证企业适用现行的规定并能从中受益。委员会显然希望这些问题能通过实践方式或限制法律修改来解决。比如，通过信息和培训带来进入市场的便利。然而作为对绿皮书的回应，这些过程却反过来说明改革的迫切性并最终导致现行的法律框架发生了重大的变化，并在 1998 年对绿皮书后续的磋商中被接受。在这次磋商中，欧盟委员会认为欧盟公共采购需要修改立法主要出于两个原因。一个是为了“简化”目前复杂的规定，包括明确和对必要的地方进行修改。另一个是根据实践或市场现状增加灵活性。

经过冗长的立法程序 (将近四年)，经过对最初建议的多次修改已经调解程序，两项新的指令产生了。这就是覆盖大部分公共机构合同的指令 2004/18 以及规范公用单位合同的指令 2004/17 – 通常被合成为“立法集合”。他们基本的方法和规定与旧的指令一样，因此许多旧的案例仍然有效。然而，他们也做了许多重要的改变。

为实现改革的目的，这些变化可以分为以下三类：

1. 更加简单化 明确化。特别是对于工程，供应及服务三个公共部门方面的指令，它们被合并为了单独的指令，同时欧洲法院过去的裁决也被明确的写在指令中。

2. 增加成员国自主性。这方面的新举措包括：新的框架协定条款(指令 2004/18)，新的竞争对话程序(指令 2004/18)；鼓励使用电子商务采购的政策，包括电子拍卖；以及对公用事业单位企业行为竞争市场的豁免(指令 2004/17)。

3. 其他，包括增加透明度。其中包括增加透明度(比如要求增加权重并披露定标标准的权重)和其他一些重要的改变(比如改变技术规范规定，包括可以选择是否参考欧盟标准而不像之前强制适用)。

尽管规定有所简化，但是仍然全面且具体。

每组主要的变化总结详见第二章附表

第五阶段- 04 年至今：进一步扩大和巩固欧盟政治制度

2004 年使用新的立法建议后，欧盟完成并开始了一个新的巩固采购制度的计划，主要包括：

1. 适用指令 2007/66/EC (2007 年对救济制度指令进行修改)。如上所述的，这条指令改进了那两条救济指令，特别是加强了对受侵害公司履行采购规则适用救济制度；
2. 适用指令 2009/81/EC，对管理国防安全领域合同的规范做了特殊规定 (对指令 2004/17/EC 和 2004/18/EC 进行修改) (详见后面第九章)；
3. 欧盟委员会考虑增加关于规范特许权安排的立法规定，这些主要的内容并未在现行指令中体现出来(详见第四章)。

2.4 规范合同授予程序的目的：实现自由市场的手段

通过上面的介绍我们不难观察到，欧盟公共采购规定的目的是为了建立内部的公共采购市场。我们在上面已经列出了实现这个目的主要的法律方法以及他们所规定的责任种类。然而，对于欧盟采取的具体手段以及能否通过法律建立内部市场上仍然存在一些疑问。理解这一点对解释欧盟法规具体的发展有重要的意义。

开放自由贸易的方法之一是协调采购程序将其简化为统一的方法 -对外国供应商来说了解投标程序才更有可能参加竞标。这种出于自身需要通过协调实现的贸易便利化的主要目的在于以联合国贸易法委员会关于采购货物，建设以服务

的示范法律为例²³。有趣的是，尽管欧盟公共采购制度能为成员国间的采购程序带来更多的共性，共同程序的发展本身并没为欧盟制度给出理由(事实上它对于欧盟立法机构是否有权利仅仅处于衡平法下的贸易效益原因调整欧盟法律提出了质疑)。

另一方面，不难看出欧盟制度在探求内部市场发展时至少使用了三种主要方法。

1. **禁止公共采购歧视行为。**正如我们可以从上面看出来，这通过 TFEU 作出了规定，同时我们之后也会看到一些在指令中明确写出的非歧视性条款。

2. **要求成员国通过程序公开定标合同。**这是为了防止隐藏在自主决定权外衣下的歧视行为。这一直是指令最主要的目标。一次，在第一个工程指令(71/305/EEC)的 recitals 中仅仅提到了需要‘跨国程序协调’，之后的 recitals 则提到了这个目标：在指令 77/62/EEC 中(对公共供应合同最早的调整指令)，写了需要透明度来‘使它们更好的管理 [禁止限制出口措施] 的遵守情况’以及指令 89/440/EEC (修改了关于公共工程的指令 71/305/EEC ，提到增加透明度的需要‘为了更好的监督[在建立和提供服务上的自由]限制禁令的遵从情况’。按照 TFEU 的规定，欧洲法院也基于相同的目的需要公共合同透明度的增加，即允许对非歧视原则的遵从进行监督 (详见后面第三章)。

3. **取消进入市场的与目标不相符的限制 – 在一些情况下甚至是非歧视性限制。**比如公共部门指令包括有限制的提供证据清单，这样购买方可能会需要来评估供应方的技术潜力，为了方便界定参加的责任 (详见后面第六章)。

另一个制度设立可能的更具争议性的目标是：

²³ On this see 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).

4. **确保成员国从采购中获得“经济价值”。** 具体要求将在接下来讨论。

要求政府性活动，通过获得货物，工程及服务获得经济价值是大部分国家公共采购制度的重要的目标之一，也许是最重要的一个目标。为了追求经济利益，国家制度往往会通过要求公共采购者使用与欧盟指令规定大体相似的程序来实现，特别是通过要求公开公布竞标定标的过程。理事会曾指出保证经济收益是欧盟采购制度的目标之一。例如，在最近的《关于公司社会责任公告：企业对可持续发展的贡献》(COM (2002) 347 final.) 中的公共采购政策部分(7.5 部分)，欧盟委员会提到之前关于公共采购社会的以及环境方面的问题，认为这明确了欧盟制度关于允许公共购买者考虑这些问题的同保证尊重纳税人的贡献，实现物有所值原则并平等的对待所有的欧盟供应商 (增加强调)。

更加物有所指的公共采购显然是内部市场计划中的收益之一，特别是对于采购指令来说—例如，来自其他成员国供应商的较低的价格。另一方面，欧盟采购规定本身并没有直接通过独立于内部市场目标的方式来实现物有所值的目标。一般来说，保证财政开支的合理并改进公共服务的质量这本身并不是欧盟真正追求的目标，同时达到这个效果所需的政策执行力一般在适用的次级立法中是找不到的，这要追溯到采购指令的基础、TFEU 第 53 条第一款，第 11 和 62 条 (《共同体条约》第 47 条第二款，55 条和 95 条)。节省公共开支并改进服务质量并不包括在内，而他们自身也在为建立内部市场做贡献。

对欧盟制度一个更有利的支持是或至少可以是同意只有在公共采购者能够有效选择最佳供应商时内部市场才能运行来保证经济收益。只有在采购者有效的实现经济收益或者在这种环境下大多数有效率的公司才能继续存在和发展的条件下，市场上“看不见的手”才能有效地调节资源分配，包括在国际贸易领域内。保证市场竞争的收益是真实的。有些人认为当经济压力驱使私人部门公司需要占有更多的竞争资源时，违法向公共部门一样在案例中做出假定，即使它不涉及歧视行为。因此，为了保证办事效率而去规范公共部门的定标合同是不是必须的，这个问题存在争议。

欧盟采购政策的目标是不是能保证高效的公共采购来确保通过市场有效按

顺序的资源分配？

正如 TFEU 所述的那样， 欧洲法院认为积极公布义务的目标在于保证监督不存在歧视行为(也就是之后的平等待遇)。欧洲法院自身并不将经济收益当做 TFEU 规定的目标。

就指令来说，我们不难看出对之前的指令来说序言清楚的表明他们的通过透明度和去除组织其他成员国供应商进入本国市场的贸易壁垒来旅行的非歧视责任的目标—同时指令序言 77/62 清楚的将竞争当做是创造透明度满足组织非歧视原则需要的一种手段， 而不是获得更多经济利益的手段：

“而通过在所有成员国中建立对等竞争条件来用与公共采购合同相关的协调程序补充禁令[关于 TFEU 中的自由行为 (前称《共同体条约》)]， 这样做的目的在于保证使禁令更好被遵从的透明度公开程度。”

指令及他们所需要的竞争程序是否会被当做一种有效分配资源的方式来保证经济价值， 欧洲法院从没仔细分析过这个问题。

鉴于对指令与此无关看法的青睐，可能会引述雅各布法官在下面案例的主张， 在案例 C-19/00, *SIAC Construction Ltd v County Council of the County of Mayo* (“SIAC”)²⁴ (意见， 第三十三段)：

“...规范公共合同地表的主要目标一般是为了保证公共经费花费的真实并且有效， 者建立在认真的评估及没有任何形式的偏好主义或钱权交易。公共协调的主要目的在于保证消除贸易壁垒并建立一个符合公开透明和客观性要求的交易场所” (加注强调)。

这与更有效地利用更多内部市场限制的目标形成反差。这种观点也在一些案例中得到支持， 这些案例强调指令阻止歧视的目标， 条件是当解释的企业及合同范围包括： 如果一个指令的目标是为了确保经济收益， 那么它也应该在分析时考虑下列因素： 案 C-380/98, *R v HM Treasury ex parte University of Cambridge*

²⁴ Case C-19/00, *SIAC Construction Ltd v County Council of the County of Mayo* (“SIAC”) [2001] ECR I-7725.

(“University of Cambridge”)²⁵，第 16 段，被之后的案例广为引用。他们当中的一部分提到了避险偏好以及机构被其他经济因素主导的可能性(比如，*Universale-Bau case*²⁶，第 52 段；案 C-237/99，委员会诉希腊²⁷)，但是很明显的它也涉及到了来自偏好中的非经济影响因素— 案例中集中在歧视风险上的实质性分析。

然而我们可以说，当前指令关注金钱价值的观点得到了公共部门指令和公用事业单位指令的支持，分别类在第五条和第十二条中。这些规定旨在寻求综合采购制度中的环境保护，就像 TFEU 第十一条(《共同体条约》第六条)所要求的那样‘保证获得经济利益最大化的可能性’。

我们一直在讨论采用指令的主要目标。然而也有人认为欧盟没有法律权限来确定独立市场的经济效益制度条款。这就必须要满足下面两个条件：i) 支持四个自由化 (货物自由化，劳务自由化，服务自由化及资本自由化)或者 ii) 消除明显的竞争扭曲：案例 C-376/98，德国诉议会和理事会²⁸。可能会产生这样的疑问：关于对经济效益的立法是否与其他任何目标相关。

欧盟法律能够或者已经实现欧盟内部市场的手段可能与解释现行指令或决定欧盟未来立法可能的范围有关。具体来说：

- 如果确定指令的目标之一是追求经济价值，那么在执行指令并作出决定时就应当考虑如机构受到哪些在指令之上的公共法律的制约一样的原则(详见后面第四章)，或者成员国在定标后可以在何种程度上修改合同等。(之前并没有提到)实际上欧洲法院在最开始碰到这类问题时并没有考虑经济收益，而只是考虑了存在问题机构是否被另一个成员国行业所影响)。

²⁵ Case C-380/98, *R v HM Treasury ex parte University of Cambridge* (“University of Cambridge”) [2000] ECR I-8035.

²⁶ Case C-470/99, *Universale-Bau and others v Entsorgungsbetriebe Simmering GmbH (EBS)* (“Universale-Bau”) [2002] ECR I-11617.

²⁷ Case C-237/99, *Commission v France* [2001] ECR I-939.

²⁸ Case C-376/98, *Germany v Parliament and Council* [2000] ECR I-8419.

- 如果确定指令的目标不是经济收益，那么商业因素(价格，质量等)与所谓的采购“水平”因素 (即通过采购改变社会和环境的目标) 之间的平衡就被认为与指令无关。举例来说，这也就意味着，社会和经济因素的平衡可能完全由一些成员国决定，这些成员国在使用指令规定定标程序时可以在愿意的情况下使前者占 90%的权重。然而，如果经济收益是指令的目标，那么欧洲法院就可以决定定标的标准 (及其他规定)，通过解释对社会因素所占的权重进行重大的限制。这个问题将会在第十一章进一步讨论。

- 如果经济收益不属于欧盟全县范围内的事，不管直接的还是间接的(作为一种保证有效分配资源的手段)，欧盟不能在立法中要求成员国采用电子拍卖方式。至少现在不允许；指令仅仅规定如果成员国选择拍卖方式，他们应当按照指令采用公开的方式进行。如果认为拍卖是一种有效的所有成员国都应当采用的采购手段，欧盟是否能够要求成员国采用拍卖手段这个问题取决于欧盟是否有权利基于“经济收益”原因履行管理职责。

附表 2: 2004 年指令修改总结

2004 年改革: 简洁化, 明确化

1. 合并了之前公共部门关于工程，供应及服务的三部指令 (93/37, 93/36 以及 92/50)。
2. 去除工程，供应及服务合同中不协调的矛盾之处 (例如，将谈判程序的全面定价范围扩展到货物领域)。然而，仍然存在一些区别 (比如研发合同所使用的谈判程序)。
3. 按照定标的程序顺序对条款进行重新排序。
4. 通过用欧元表示所有门槛价以及降低不同门槛价来简化指令中使用的经济门槛价。
5. 将公共采购术语(CPV)纳入欧盟公共采购特有的命名法涉及所

有的案例，列明了条款规制了哪些合同排除了哪些合同。(但是其他各种术语仍然保留，并具有权威性)。

6. 明确表示欧洲法院法律解释具有重要的意义 (例如，定标标准的要求与合同标的物相关)。

7. 其他事项说明 (如为多个活动目的订立合同的情况)。

8. 将平等待遇原则确定为一般原则，指令中的非歧视原则和透明度原则对合同所有当事人都以同样的方式使用，而欧洲法院认为这些原则优先于指令适用。

2004 改革：增加灵活性

1. 在指令 2004/18 中增加竞争对话程序，目的是为了给复杂的招标合同提供一个更为灵活的定标程序(尤其是在私人融资基础建设合同上)。

2. 将授权和规范框架协议纳入指令 2004/18 的条款中(为重复购买作安排)，提供了法律依据和更多使用的控制。

3. 增加了鼓励使用电子商务采购的条款 (最主要的改革方向之一)，特别是：

- 确保电子通讯可以在大多数交流中被使用，同时如果他们选择，采购企业可以要求采购操作者使用电子商务方式；
- 控制电子化手段的使用，以防止因为妨碍人们获得他们经营；
- 考虑到使用电子手段可以节省时间，减少了定标程序最小时间限制；
- 明确规定了电子拍卖，并规范其运作。也许拍卖已经被法律所允许的，但新的规定提供了法律上的依据；
- 引入重复标准采购的新机制，称为“动态采购系统”。

4. 增加了关于中心采购实体的新规定，扩展了规范实体从其他政府

机构采购而不遵守指令的可能性。

5. 引入了公用事业单位的排除或豁免， 屈从于竞争压力并可能因此产生没有管理的商业模式：

- 排斥电信部门的自由化；

- 重新定义了“特别专有权”：删除公用事业单位指令中私人企业公开参与竞争的规定；

- 欧盟委员会引入了新的机制(“第 30 条豁免”)来防止企业试图将其开放竞争的活动发生。

6. 扩展了公用事业单位指令中的豁免权，使它在附属企业及一些关键领域的合资企业也适用，特别是允许他们使用工程，供给以及服务合同。

7. 增加了为被扶植的工厂及残疾人就业计划预留合同的可能性。

8. 在指令 2004/18 中，扩大了竞争豁免权范围，允许公用事业单位以为的企业使用豁免权(对从商品市场购买生活永平或收购破产供应商给予特殊优惠)。

2004 年的修改：其他关键的修改

1. 新增规定将邮政服务部门纳入公用事业规章的管理范围。

2. 要求公共机构在公共招标时排除一些公司，这些公司因与有组织犯罪，洗钱有关的刑事犯罪被定罪，欺诈欧盟或在公共合同中有腐败行为。

3. 修改了技术规范内容，包括可以选择是否参考欧盟标准 (之前必须使用非公用事业合同)。

4. 新增透明度规定要求规定定标标准的权重并披露这些权重指标及选择标准。

<p>5. 在指令 2004/18(而不是指令 2004/17)中增加了关于谈判程序规范通知的条款。</p>
<p>6. 新增了在设定时间限制是考虑合同复杂性及投标者需要的责任。</p>
<p>7. 增加了关于信息保密性的新规定。</p>
<p>8. 增加了关于一般交流形式的规定,特别是保证该形式导致贸易壁垒产生。</p>
<p>9. 增加关于公用单位向投标者提供信息责任的规定 (其他机构已有相同的规定)。</p>

第三章 TFEU 规定¹

3.1 禁止歧视行为和其他贸易限制方式

3.1.1 简介

大部分的公共采购合同都要符合 TFEU (前称《共同体条约》)的规定。一般来说，政府对其他成员国公司或产品的歧视行为是为 TFEU 特定条款所禁止的，其中也包括公共采购区别待遇。如之前已经提到过的，TFEU 的这些原则有直接的效力，也就是说，他们对成员国政府有强制约束力。还应该强调的是，TFEU 条款原则上适用于所有公共机构的招标合同。其中包括那些在欧盟采购指令范围之外的合同(比如，由于价值低于欧盟指令所适用的财政临界线的合同：详见第四章)。

更为重要的是：

¹ See further S. Arrowsmith, *The Law of Public and Utilities Procurement* (2nd ed. 2005; Sweet & Maxwell), chapter 4; 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); P. Braun, “A Matter of Principle(s): the Treatment of Contracts Falling Outside the Scope of the European Public Procurement Directives” (2000) 9 *Public Procurement Law Review* 39; 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; European Commission, *Commission Communication on the Community law applicable to contract awards not or not fully subject to the provision of the Public Procurement Directives*, 23.6.2006; 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; M. Kruegner, “The Principles of Equal Treatment and Transparency and the Commission Interpretative Communication on Concessions” (2003) 12 *Public Procurement Law Review* 181; D. McGowan, “Clarity at Last? Low Value Contracts and Transparency Obligations (2007) 16 *Public Procurement Law Review* 274; 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; P. A. Trepte, *Public Procurement in the European Union* (2007; OUP), pp. 3-27; S. Treumer and Werlauff, “The Leverage Principle: Secondary Law as a Lever for the Development of Primary Community Law” (2003) 28(1) *ELRev* 124; F. Weiss, *Public Procurement in European Community Law* (London: Athlone Press 1993), p. 18-32.

- TFEU 第 34 条 (《共同体条约》 28) 自由货物运输 (之前的第 30 条);
- TFEU 第 56 条(《共同体条约》 49) 自由提供服务条款 (之前的 59 条);
- 第 49 条(《共同体条约》 43 条) 关于设立自由的规定 (之前的第 52 条).

注意上述 TFEU 条款的数字编号发生了变化，这里在括号中给出了它们之前的编号，而在一些情况下，在更早版本的协定中编号又是不同的。

TFEU 同时也禁止成员国提供贸易补贴 (“国家扶持”)，一些特定的环境下除外。 对于一个公共合同而非商业交易性质合同来说，它的定标根据 TFEU 的规定可能由非法的国家补贴构成--例如，国家对合同另一方支付了高于市场价的价格。

3.1.2 第 34 条自由货物运输条款(原 28 条)

TFEU 第 34 条 (《共同体条约》第 28 条) 禁止成员国间 “任何进口方面的定量限制以及所有与此具有相同效果的措施”。特别是涉及诸如进口配额等方式的定量限制。欧洲法院 规定与定量限制 “具有相同效果”的方式包括所有那些对共同体内贸易起阻碍作用的措施，无论这种阻碍是直接还是间接，是实际的还是潜在的： 案例 8/74, *Procureur du Roi v Dassonville*² (“Dassonville”).

同适用那些对整个国内市场有影响的措施一样，它也适用于那些只影响公共采购市场的措施--例如，根据 TFEU 第 34 条产品在出口到市场前必须完全符合技术规章设定的安全标准(和其他 TFEU 自由运输条款一样).

TFEU 第 34 条包括三种类型的方法。在适用法律时他们以目的为区分标准——尽管你会发现，他们之前的区别并不是很清楚或有很重大的影响。

² Case 8/74, *Procureur du Roi v Dassonville* (“Dassonville”) [1974] ECR 837.

1. 对本国和进口产品的区别待遇

其中第一种方式是对进口和本国商品适用不同的规则，有时这种方式是广泛使用的，同时这也是一种直接歧视性的区别对待。政府采购背景下明显的例子是技术规则要求所有进口家具符合的防火安全标准对本国产品并不适用。

在政府采购的案例中这种方式常常表现为：

- 只从本国市场购买特定产品的决定；
- 对本国产品给予优惠政策，比如价格优惠。

这个原则在欧洲法院公共采购案件案例 21/88, *Du Pont de Nemours Italiana SpA v Unita Sanitaria Locale No.2 Di Carrara* (“Du Pont de Nemours”)³ 适用。这个案例中意大利政府为来自意大利南部不发达 *Mezzogiorno* 地区的公司预先保留了供应合同，而引发了至少是地区内的产品诉讼。由于意大利本国的产品会从这项预先合同中获益，这对其他成员国来说便产生了偏好意大利产品的直接歧视。欧洲法院认为诸如这样的措施与 TFEU 第 34 条规定的定额限制具有同样的效果- 它也同样违反了 TFEU 并且根据第 34 条不承认任何例外。

之后的一个例子是 *Storebaelt* 案⁴ 违反了 TFEU 第 34 条的一个条款，它规定在丹麦建筑合同要尽可能的使用丹麦的材料。

2. 平等待遇本国和进口产品但存在本国产品偏好效应的措施

TFEU 第 34 条 (《共同体条约》28) 也包括哪些虽然表面上平等待遇本国产品和出口产品(有时称为非区别待遇原则)，但相对于进口产品存在对本国产品偏好的效应-也就是存在歧视效果的措施(有时称为间接歧视)。

TFEU 第 34 条 (《共同体条约》第 28 条) 适用于关于公共采购供应的间接歧视政策，例如，欧洲法院案例 *Dundalk*⁵。

³ Case 21/88, *Du Pont de Nemours Italiana SpA v Unita Sanitaria Locale No.2 Di Carrara* (“Du Pont de Nemours”) [1990] E.C.R. I-889.

⁴ Case C-243/89, *Commission v Denmark* (“Storebaelt”) [1993] ECR I-3353.

⁵ Case 45/87, *Commission v Ireland* (“Dundalk”) [1988] ECR 4929.

这个案例是关于一个建筑工程中管子符合爱尔兰标准的特殊要求。这同样适用于本国产品和进口产品。然而，在时间轴它却对进口产品有很大的影响—实际上只有一家爱尔兰公司生产的管子能符合这项标准—而这杯看做是涉及区别待遇的贸易阻碍。欧洲法院 得出结论认为这种阻碍不能得到法律承认 TFEU 第 34 条 (《共同体条约》第 28 条)关于减损和限制的规定。(值得注意的是,要求确保管子的质量对饮水安全没有危险(潜在的损害健康效果)并保证与网络中现有的管子的兼容性并不要求管子必须完全符合爱尔兰标准,也就是说在健康保护和兼容性条件相同的管子应该同等适用,即使这些管子不是生产过程不是完全一致的)。

3. 对本国和进口产品具有相同影响的措施

TFEU 第 34 条 (《共同体条约》28 条)也包括一些非区别法律适用及平等待遇本国和进口产品的情况—即在效果上也不会产生歧视性。

一次欧洲法院曾设定欧盟工作模式条约》第 34 条 (《共同体条约》第 28 条)适用于国内所有可能阻碍进口的措施的原则—即使是那些对国内产品具有同样影响的。根据这项判例法,能影响产品进入成员国市场的所有类型的国内规则都要符合 TFEU 第 34 条 (《共同体条约》第 28 条)的规定,同时只有得到 TFEU 第 34 条 (《共同体条约》第 28 条) (健康,安全等)特别的规定的承认,这项规则才会被通过,或者作为“强制性要求”(参见 3.1.5 关于减损和限制)。这种规则分类通过技术规范—关于产品的技术安全及对环境的影响等—到影响产品营销的所有类型的规则中,比如限制商店营业时间,规定如何宣传产品,规定对一定年龄的人限售产品等。

然而,关于 TFEU 第 34 条 (《共同体条约》第 28 条)广泛的管理范围将会无理由的限制成员国现有立法自治权,限制法院并将时间浪费在与共同体内贸易无关的案件上的观点出现了,他们认为这意味着所有这些规则在法院之前要得到各国政府的认可。

这使欧洲法院重新考虑其在案例 C-267/91 和 C-268/91, *Keck & Mithouard* (“Keck”)⁶中的广泛解释。在这个案例中，欧洲法院区分了两种不同类型的贸易阻碍方式。

i) 与产品性质相关的问题方式，例如，关于进口前产品必须符合环境标准或产品安全等级的规章。这些被认为是对政府所有的进口措施都存在着巨大的潜在影响。欧洲法院在 *Keck* 中认为 TFEU 第 34 条 (《共同体条约》第 28 条)中包括这种方式不管它是否是歧视性的，即使他们对本国商品和进口商品产生相同的影响。

ii) ‘销售安排’—例如，规定零售网点的营业时间。这被认为对进口的潜在影响较小。欧洲法院认为在对本国和进口产品具有相同影响的情况下，他们不必考虑 TFEU 第 34 条 (《共同体条约》第 28 条)，除非他们直接或间接的采用了歧视政策。

在政府采购领域的 *UNIX* 案件⁷中，欧洲法院认为 TFEU 第 34 条 (《共同体条约》第 28 条)适用于一项措施或规范，它是关于产品性质的(也就是上面第一种类型)。在本案中，欧洲法院认为合同中的信息技术系统使用 *UNIX* 操作系统的需求侵犯了 TFEU 第 34 条 (《共同体条约》第 28 条)的规定，虽然它没有直接或间接的偏向本国产品—这排除了使用其他 *UNIX* 之外系统的公司。这是 *Keck* 的一贯做法。(需要注意的是在第五章中我们将会讨论 *the Dundalk* 案件中讨论)。

虽然并不是公共采购中所有非歧视规范的案例都要依据 TFEU 第 34 条 (《共同体条约》第 28 条)。而要指出的是 *UNIX* 案例中的购买者派出了本可以同样符合操作要求的其他系统，由于它甚至不接受各方面都相同的系统。这看起来显然是进入市场的一项阻力。然而，这也可能被看做是采购中购买者设定要求的规范而不应该被当做是贸易阻碍—比如，工程中要求的质量水准或环境平台—不会阻碍进入市场而仅仅是限定市场—明确政府需要什么。与关于产品性质的技术规范规范一般市场的进入不同，这些政策合理解释了采购决定无法对贸易产生足够重大的影响，像 *keck* 规则对产品性质那样。

⁶ Joined Cases C-267/91 and C-268/91, *Keck & Mithouard* (“Keck”) [1993] ECR I-6097.

⁷ Case C-359/93, *Commission v Netherlands* (“UNIX”) [1995] ECR I-157.

然而，欧洲法院很可能会考虑承认关于产品性质阻碍贸易的规范。如果这将意味着每个方面的规范在被法院承认前都具有符合如健康，环境保护等的公共利益的潜力(与 3.1.5 部分讨论的合法化规则一致)。

重要的是，产生诉讼的潜在可能将会取决于 TFEU 是否处罚独立采购决定或者是否限制公共采购的一般实践— 这些将在 3.2 部分讨论。

关于非歧视性采购措施与产品性质无关而与其他事有关—比如，供应商的资格，是否从技术上或经济能力上符合合同要求，或者其他相关的事 (如供应商之前的记录)? 在 *Keck* 提到的两种方式— 关于产品属性以及“营销安排”—看起来都与这项方式不同，所以目前尚不清楚根据 *Keck* 原则如何处理。

3.1.3 TFEU 第 56 条自由提供服务条款(原《共同体条约》 49 条)

TFEU 第 56 条 (《共同体条约》第 49 条)向愿意为他国提供服务(包括建筑)的成员国开放了国内市场，并基于他们自己的国家。这里包括那些本身愿意暂时出国或将雇员派往国外的企业(比如，在其他国负责外勤项目的顾问)，也包括那些企图在保留本国事业的基础上在其他国家开展业务的企业。这个条款禁止成员国阻止其他欧盟成员国企业在本国领域内提供服务。这包括限制他们参加政府采购合同。

与 TFEU 第 34 条 一样(《共同体条约》第 28 条)，TFEU 第 56 条 (《共同体条约》第 49 条)也包括三种类型：

1. 针对对服务者国籍的直接歧视问题

一个例子是关于禁止所有外国投标者在市场上提供特殊类型的咨询服务的的规定。

在公共采购合同的背景下，例如像在服务合同中给予本国投标优惠待遇，为本国公司预留公共服务合同或对其他成员国公司适用质量规定而不对本国公司适用(比如，要求非本国企业以登记特殊的准入单为参加公共合同的条件，而对本国公司却没有要求)等行为是违反 TFEU 第 56 条 (《共同体条约》第 49 条)。

现实中的一个例子是案例 在案例 C-360/89, *委员会诉意大利*[1992]⁸. 在本案中, 欧洲法院 认为意大利立法机关要求参与特定公共工程合同的合同方为在本地区注册的分包商预留一定比例的工程项目这样的行为违反了 TFEU 第 56 条 (《共同体条约》第 49 条) – 这是对在意大利以外其他地区设立的潜在合同参与者的直接歧视(一些在意大利设立的公司也会受影响, 但与此无关)。

2. 针对平等待遇本国企业和其他成员国企业但存在本国企业偏好效应问题

和 TFEU 第 34 条(《共同体条约》第 28 条)一样, TFEU 第 56 条 (《共同体条约》第 49 条) 也同样适用于间接歧视行为– 也就是表面上平等待遇本国和其他国但在效果上偏向本国公司的行为。在公共采购的服务领域中的典型案例包括:

- 上面提到过的案例 C-360/89, *委员会诉意大利*在本案中, 欧洲法院认为意大利立法机关在选择合同中标者时, 给予那些主要在地区做工程的财团和合资企业优惠这种行为违反了 TFEU 第 56 条 (《共同体条约》第 49 条)。这项规定更偏向于建立在意大利的企业, 而不是那些主要业务在该地区的企业。

- 案例 C-3/88, *委员会诉意大利* (“*Re Data Processing*”)⁹. 在本案中, 意大利立法机关对特定的数据处理系统合同限制只有那些股份完全或大部分属于共有的公司可以参加。欧洲法院认为这是歧视行为并且违反了 TFEU 第 56 条 (《共同体条约》第 49 条): 尽管在理论上非意大利公司也可能为意大利政府所有, 但在实践中, 意大利共有的所有数据处理公司都在意大利国内。

- 案例 C-234/03, *Contse and others v Ingesa* (“*Contse*”)¹⁰. 本案是关于特工家用呼吸设备及其他辅助呼吸技术的合同, 欧洲法院认为其中有许多条件和标准与服务条款有关。第一, 根据 TFEU 第 56 条的规定阻

⁸ Case C-360/89, *Commission v. Italy* [1992] ECR I-3401.

⁹ Case C-3/88, *Commission v Italy* (“*Re Data Processing*”) [1989] ECR 4035.

¹⁰ Case C-234/03, *Contse and others v Ingesa* (“*Contse*”) [2005] ECR I-9315.

碍了贸易（《共同体条约》第 49 条），第二，不能被合法化。具体地说：它要求在投标时，投标者应当在该省的首府设立对公众提供服务的办公室；其中一个定标标准对在地区内特定城市设立公共服务办公室的投标者给予优惠，而另一个定标标准对制氧设备，调节和装瓶厂在距省 1000 公里内的投标者给予优惠；同时一个条款规定根据定标条款出现平局时，曾提供过服务的企业优先。

TFEU 第 56 条（《共同体条约》第 49 条）也适用于对提供服务方为了履行合同想采购国输入劳力限制的规定- TFEU 第 56 条（《共同体条约》第 49 条）往往要求允许公司派出现有的雇员（不允许使用的话他们会影响本国企业）。以案例 C-113/89, *Rush Portuguesa v. Office national d'immigration* (“Rush Portuguesa”)¹¹为例，在本案中欧洲法院认为法国对外国承包的工程合同既可以颁发特殊许可或通过国家劳动局雇工的规定很糟糕。虽然本案涉及公共采购合同，但要求却很基本；虽然很明显，同样的标准仅适用于政府合同同样糟糕。因此在 *Storebaelt* 案中，要求在建桥合同中尽可能多的使用丹麦劳动力的要求规定被认为违反了 TFEU 第 56 条（《共同体条约》第 49 条）。值得注意的是，这种限制同时也违反了 TFEU 第 45 条劳动者自由迁移条款（《共同体条约》39）（尽管在案件 *Rush Portuguesa* 中并不是如此，这是因为这个条款当时在效力上并不对葡萄牙劳工生效）。

3. 对本国企业和非本国企业产生同样影响的方式

在一般的判例法中，欧洲法院将所有对服务贸易有影响的行为都囊入了 TFEU 第 56 条（《共同体条约》第 49 条）的范围，即使他们眉头对其他成员国的供应商产生直接或间接地歧视（案例 C-384/93, *Alpine Investments B.V. v Minister van Financien* (“Alpine Investments”)¹²）。换句话说，欧洲法院的观点认为 TFEU 第 56 条（《共同体条约》第 49 条）能管理任何阻碍服务贸易的行为，并只有在被 TFEU 对公共利益要求的减损承认时才被允许（之后会讨论）。在这

¹¹ Case C-113/89, *Rush Portuguesa v. Office national d'immigration* (“Rush Portuguesa”) [1990] ECR I-1417.

¹² Case C-384/93, *Alpine Investments B.V. v Minister van Financien* [1995] ECR I-1141.

这个问题上与之前提过的 规范商品贸易的 *Keck* 理论相比，欧洲法院还没有限制这种一般的放大。目前还不清楚将会如何对待它。

欧洲法院采用的这种方法看起来似乎与采购案例 *Contse* 有关，在该案中欧洲法院 简单的重复了一般案件的判决，如 *阿尔卑斯投资威胁* 了阻碍进入服务市场的所有措施，根据 TFEU 第 56 条（《共同体条约》第 49 条）。欧洲法院似乎假定案例中参加公共合同的任何类型的限制都必须被认可— 如对竞标者资格条件的要求 — (包括显示出符合其所需并与之相称的方法)。例如，授权规定设立条件要求参与提供会计服务的合同投标者应当具有二十年的经验。如果合法授权时必须的，那么对质量等问题的法律化是很困难的，并可能因此违反 TFEU，虽然这个条件对本国和外国企业产生同样的影响。(然而，需要指出的是所有的在 *Contse* 中行为对他国企业的影响都会大于本国企业，即存在间接歧视)。

在公共采购中，限制参与公共采购合同的非歧视性行为只在被合法化后才被允许的规定也同样基于(有争议的) 欧洲法院在公共采购领域采用的“公平对待”一般原则，这个原则涉及所有投标者之间的不平等待遇，而不仅仅限于基于国家间的。

3.1.4 TFEU 第 49 条自由建立条款 (原《共同体条约》第 43 条)

TFEU 第 49 条（《共同体条约》第 43 条）是关于一个国家法人在长久基础上有在另一个国家自由设立产业的规定("建立")：成员国必须允许另一国法人在本国领土上成立，并与国内企业享有同等待遇

对限制这类法人参与公共采购招标的措施可能会违反条款：如，在上面的 *Re Data Processing case* 诉讼中，涉及了关于意大利法律限制仅允许意大利国有或部分国有的公司参与特定的数据处理合同的规定。而这违反了 TFEU 第 49 和 56 条（《共同体条约》第 43 和 49 条）：虽然非意大利公司也可能为意大利政关于非国籍歧视的条款府所有，但在实践中所有的意大利国有数据处理公司都在意大利国内，同时对建立在意大利国内或其他成员国的公司来说它也违反了非国籍歧视条款（分别根据(TFEU 第 49 条以及 56 条）。

3.1.5 TFEU 规则的减损和限制

3.1.5.1 简介

如上所述，一项根据 TFEU 第 34, 49 或 56 条(分别对应《共同体条约》28, 43, 49)被认为是阻碍贸易的措施并不会被自动禁止。人们认识到，国家希望通过一些合法理由限制他们的市场—例如，阻止不安全的或破坏环境的产品进口—并且自由进入市场的利益应当与其他利益相平衡。究竟怎样保持贸易与其他国内利益的平衡，这个问题对贸易区来说是最棘手的。

存在两个理由依靠自由运输条款：明显减损以及潜在限制。

3.1.5.2 明显减损

首先，TFEU 对明显例外的减损专门做出了规定条款。

TFEU 第 36 条 (《共同体条约 30》) 允许成员国基于如下理由减少执行 TFEU 第 34 条 (《共同体条约》第 28 条)，这些理由包括：公共道德，公共政策或公共安全，保护健康及国民，动物，植物安全；保护具有艺术，历史或考古价值的国宝；保护工商业政策

减损政策的使用必须符合许多条件。

首先，对任何歧视客观的看都是正当的（它并不是'任意歧视'），它并不意味着对贸易的变相限制。后一个条件是针对确保这些措施表面上是允许的，如保护健康并不影响保护国内工业的进步。

第二，这项措施必须满足“相称原则”。这就要求任何对贸易的限制是相称的，并同时符合：

i) 一项适合促进发现目标的措施—也就是说它必定将措施和目标合理的联系起来；

ii) 一项必须实现目标的措施。这项措施只有在不仅仅是限制贸易必要时才是必须的。具体地说它要通过一些尽量不限制贸易的手段来实现它的目标。同时，根据设定目标的意义它也不应该对贸易产生过度的影响。

法院给成员国在对所有这类问题判决权的自由裁量幅度根据案件的性质和利益存在着很大区别（而且有时很难预测）。例如，在涉及国家安全的案件，尤其是国防案件中，法院倾向于给成员国比其他案件更多的自由判决裁量权（例如，什么是适当的措施，以及有否对贸易在追求客观的角度过大的影响）。

TFEU 第 52 条和第 62 条（《共同体条约》第 46 和 55 条）为 TFEU 第 49 条和第 56 条提供了明确的减损规定（《共同体条约》43, 49），允许基于公共政策，公共安全或公共道德理由的减损。（第五十二条列出了关于第四十九条和第六十二条的减损，并通过引用 52 条对第 56 条做出了相同的减损规定）。尽管并没有列出关于 TFEU 第 36 条（《共同体条约》30）的所有问题，它提到的附加理由包括公共利益等，在下面将会提到。关于合理性判断的类似情形适用。在 TFEU 第 49 条和第 56 条中（《共同体条约》43, 49），进一步规定了关于 TFEU 第 51 条和第 62 条（《共同体条约》45, 55）的减损规定：TFEU 第 49 条和第 56 条（《共同体条约》43, 49）并不适用于那些“与公共权力行使相联系的即使是偶然相”。

在“欧盟工作模式条约”其他条款中的也存在某些免除。其中与采购有关的最重要的一个是 TFEU 第 346 条第 1 款（b）（前“共同体条约”第 296（1）（b））。这条文规定，会员国可采取他们认为与生产或贸易“武器，弹药和战争物资”安全利益相关的必要的措施，- 例如对坦克和导弹。这方面的减损以及其他与国防采购相关的问题将在第 19 章中讨论。

3.1.5.3 隐性限制：一般利润需求

即使在不适用 TFEU 的情况下，欧洲法院认为基于其他公共利益背景而被法律承认的行为并不违反 TFEU 第 34 条（《共同体条约》第 28 条）-被称为“强制性要求”-欧洲法院也这样承认。这包括保护顾客，环境保护，财政监督的有效性以及工作条件的改善。这是一个不完全的清单，欧洲法院可能会增加它认为应当增加的特殊利益。这些措施也取决于适当原则。同样的，对于欧洲法院认可的，根据一般利益观点被承认的措施可以不适用 TFEU 第 49 条和第 56 条（《共同体条约》第 43 和 49 条）。在 TFEU 第 56 条条文中规定（《共同体条约》第 49 条），这些通常被称作必要性要求或客观原因（而不是通过强制性要求）。

传统的观点是，所有这些普遍关心的要求可能只能被当做无区别适用的措施 - 即那些不以此为国产和进口产品之间直接的区别（见 *Du Pont de Nemours case*）。然而，许多评论家认为这是不合逻辑的。在个案 *C-379/98, PreussenElektra 公司 v Schlesweg 公司*（“*PreussenElektra*”）欧洲法院接受了环境保护被认可区别使用措施的观点。然而，关于欧洲法院基于环境保护的裁决否是个一个特例目前尚不清楚，或者是明显拒绝承认将环境保护作为公共利益要求而区别适用措施。然而，即使后者在原则上是正确的，这在实践中也很难作为无区别适用被承认，由于一般来说，无区别适用措施的情况通常是足以实现需求的目标的措施。

3.1.5.4 公共采购案例中的减损

在公共采购中值得注意的是，合同关于公共利益要求的主要问题是并不意味着这个措施不在 TFEU 的范围内。这个观点在 *Re Data* 诉讼中可以很清楚的看出来。

如我们所看到的，在本案中，欧洲法院认为意大利法律规定只有其股份全部或大部分属于意大利公有制的企业才有资格获得意大利政府的某些提供数据处理系统合同的规定是非法的，它违反“欧盟工作模式条约”第 49 和 56 条（前“共同体条约”第 43 条和 49 条）。

意大利则认为由于一些系统涉及公众安全功能（如与打击有组织犯罪的斗争系统有关）和健康（与保健服务有关的系统），与这些合同有关的措施应该得到豁免不适用“欧盟工作模式条约”第 34 条（“共同体条约”第 28 条）。然而，这种观点被否定了。 *Advocate General Mishco* 称，必须明确的是，禁止非意大利共有公司的参与实际上会损害公众利益，如安全或公众健康利益。这被视作是根据措施适当性测试要求的代表案例。

PreussenElektra 案例 为一个判决如何在采购案件中适用做出了例子。这个案件包括欧洲法院初步裁决的适用，这个裁决是关于德国的立法为了以电力再生资源生产者的竞争力，要求电力供应行业在供应范围内以高于经济价值的价格购买再生资源。欧洲法院认为这些规定违反了表面上违背了 TFEU 第 34 条的规定（《共同体条约》28），但基于环保目标以及保护健康目标的角度它并没有违反

TFEU 第 34 条 (《共同体条约》第 28 条)。这似乎表示这样的条款可以基于环境保护的考虑得到强制要求原则和 TFEU 第 36 条 (《共同体条约》30)健康减损规定的承认，也包括那些符合标准的测定。

TFEU 第 36 条规定的“安全”减损(《共同体条约》30)在实践中也对公共采购有重要影响。当局可能会不遗余力的保护与安全有关信息的保密性(比如恐怖主义的犯罪情节，或者国防采购的细节) 或者需要确定特殊物资保管的安全，比如对犯罪分子或毒品有作用的设备。然而，通过欧洲法院之前的一些案例不难看出，这个问题的范围通过标准测定被限制。

因此：

- 在 *Re Data* 的诉讼中，欧洲法院拒绝了意大利政府通过限制意大利公有制公司认可参与合同来保证相关数据保密度要求的论证。欧洲法院认为这可以通过更少限制的措施实现，特别是通过实施对供应商的工作人员可能受到刑事制裁的保密义务。欧洲法院认为这些措施的效果与是否是意大利共有企业没有关系。

- 在案例中 C-324/93, *The Queen v Secretary of State for the Home Department, ex parte Evans Medical and MacFarlan Smith* (“Evans Medical”)¹³ 欧洲法院认为更少限制贸易的措施足够保证阻止案中未经公共机构授权而采购药品的要求— 也就是说，将根据公司相关能力适用安全措施作为合同定标的标准 (这个案件是关于在公共部门指令规定下应有关于减损的适当性测试，但同时它的推理却同样适用于 TFEU)。

这表明这类机密或安全问题一般可以作为限制合同或者在一小群特定的供应商中选择理由之一。

然而，如已经提到的，在适用 TFEU 安全减损规定时，欧洲法院可能对与国防采购有关的措施采取放宽标准测试的方法。这个问题将会在第九章中讨论。

¹³ C-324/93, *The Queen v Secretary of State for the Home Department, ex parte Evans Medical and MacFarlan Smith* (“Evans Medical”) [1995] ECR I-563.

另一个欧洲法院拒绝承认可能理由的公共采购案件是 *Du Pont De Nemours* 和案例 C-360/89, 委员会诉意大利。

在 *Du Pont De Nemours* 中, 如我们所见的, 欧洲法院拒绝了出于国家考虑对不发达地区产品提供优惠待遇的立法承认的可能性。欧洲法院认为这些措施不符合 TFEU 第 36 条(《共同体条约》 30)的规定, 由于在条文中并没有提到关于区域发展任何利益(如健康, 安全等)的目标 (判决第 15 段)。欧洲法院认为这种关于强制性要求的立法不能被承认: 它认为这些适用于直接歧视措施, 但只是用于那些本国和进口产品无差别的案件 (第十四段)。如我们从上文所看出的, 强制性要求不被作为区别适用措施认可的规则从 *PreussenElektra* 案件开始便不再适用(尽管还不完全清楚)。

然而, 即使没有案例, 也会想案件中, 大法官 Lenz 做出的一样有其他证据证明为什么这些措施无法得到法律承认。首先, 他认为区域性发展措施不管参考 TFEU 第 36 条减损规定(《共同体条约》 30) 还是强制性要求都不能得到法律承认, 因为这是一个经济目的而经济目的是不能被合法化的(意见的第 42 和 45 段)。第二, 他认为采购措施目标所取得的成就—区域性发展 —在实际上通过 TFEU 的其他机制得到了保证, 也就是 TFEU 第 107 条(《共同体条约》 87)关于授权成员国救济的条款, 这也是为什么这种措施不能被法定为强制性要求的原因之一(意见的第 45 段)。

在个案 C-360/89, *Commission v Italy*, 如我们已经看到的, 意大利关于公共工程的条款规定 i) 主要的公共工程合同方应该为在工地注册的企业保留适当比例的工程; 同时 ii) 应该杨青 15 个以上的承包方投标参加方可决定合同由谁所有。欧洲法院认为这些规定违反了 TFEU 第 56 条 (《共同体条约》第 49 条)的规定。虽然意大利认为这些措施是为了扶持 SMEs 而被认可的。但是, 欧洲法院通过引证两个判定为非经济目标不适用减损规定的案例来证明这些考虑不符合 TFEU 减损或者公共利益的理由。

这些案件都在某次种程度上依赖一项基本原则，即经济目标不能作为判断是否阻碍进入市场行为的基础，而这时值得商榷的。¹⁴

以 SME 的发展为例，它作为国内以及保证竞争力的欧盟政策重要的因素，而政策直接规定短期对贸易的阻碍应当评估它们的益处。显然在事实上案件 C-360/89，委员会诉意大利中的判是正确的，即政策对 SME 发展目标问题上完全的不适当—例如，再分包过程中不需要是 SMEs 并限制在特定地区的公司范围。此外，虽然没有针对经济减损的一般规定，*Du Pont de Nemours* 的判决也被认为是正确的，正如之前 the Advocate General 所讲的那样，这是因为 TFEU 中规定了解决政府扶持区域性发展问题特殊机。然而，可以说 SME 的政策和其他阻碍贸易但以与独立市场基本原则相兼容为目标的行业政策，应当基于它们各自的益处逐个案件考虑而不是基于排斥任何经济减损的一般原则自动排除—虽然它不像许多政策那样会被法律承认。（注意欧盟工作模式条约》第 173 条（《共同体条约》157(1)）委托欧盟及各成员国按照开放和竞争的市场体系的条件保护欧盟经济的竞争力[重点强调]）。

3.2 自由流动原则是否适用于所有私人采购决定？

值得注意的是在许多过去的案例中，欧洲法院似乎假定 TFEU 也对私人合同适用（例如在 *Telaustria* 案中¹⁵）—甚至被当做规则普遍适用。TFEU 被认为只适用于“措施”，要求关于一般性质的决定或行为（Case 21/84, *Commission v*

¹⁴ S. Arrowsmith [“Application of the EC Treaty and Directives to Horizontal Policies: a Critical Review”, chapter 4 (pp.147-248) in Arrowsmith and Kunzlik (eds), *Social and Environmental Policies in EC Procurement Law: New Directives and New Directions* (2009; CUP)] suggested that “...such a general principle is too unsophisticated and needs to be nuanced. This so-called principle was first adopted to preclude economic objectives that were clearly incompatible with the scheme of the Treaty. It provides a neat way to encapsulate the principle that Treaty derogations cannot be used to justify objectives that are ‘mere’ protectionism or objectives that merely address the broad social or political consequences of inequality or economic decline in certain areas or activities. However, other policies that are economic in the sense of affecting industrial development – or, indeed, other financial or commercial interests of the state – should not be caught by a general principle that automatically precludes justification”.

¹⁵ Case C-324/98, *Telaustria Verlags GbmH and Telefonadress GmbH v Telekom Austria and Herold Business Data AG* (“Telaustria”) [2000] ECR I-10745.

*France*¹⁶). 因此，不对独立合同适用 TFEU 关于非歧视性的规定或者没有公布独立的合同这些行为都可能会违反 TFEU。无法确定这种严格的方式仅仅是对一般判例法的监督，还是欧洲法院有意识的通过采用这样的立场来实现保证更严格的管理公共采购行为的目的。

是否需要一般实践这个问题看起来似乎在适用时受到 TFEU 的限制 (至少根据 TFEU 第 49 和 56 条是这样 (《共同体条约》 43 , 49)), 其中 TFEU 责任只对关于“特定的跨境利益”的合同适用 – 也就是其他成员国企业的利益。具体来说:

- 案例 C-507/03, *委员会诉爱尔兰*(“An Post”)¹⁷, 关于透明度义务;
- 案例 C-147/06 和 C-148/06, *SECAP and Santorso v Comune di Torino* (“SECAP”)¹⁸, 同样的适用了非歧视义务方式 – 虽然这种交叉获益的尝试, 交叉利益并没有在欧洲法院关于新的透明度义务之前的法案中提到。

此外, 当委员会违反了欧洲法院的欧盟采购法律, 并且基于一个行政法令而不是完全的法律规定(比如为向采购企业公开合同, 或者歧视其他成员国企业), 一个关于没有完全履行义务的成员国的声明便通过一致的一般实践以及一般性质产生了。从最近的政府采购案件案例 C-489/06, *委员会诉希腊*¹⁹中可以看到这点。

3.3 平等待遇原则

在两个关于采购问题的讨论会上, 委员会提出了 TFEU 中的普遍平等待遇原则与指令中适用的关于所有歧视待遇的规定相似, 而不仅仅是以国籍为理由的

¹⁶ Case 21/84, *Commission v France* [1985] ECR 1355.

¹⁷ Case C-507/03, *Commission v Ireland* (“An Post”) [1997] ECR I-9777.

¹⁸ Joined Cases C-147/06 and C-148/06, *SECAP and Santorso v Comune di Torino* (“SECAP”) [2008] ECR I-3565.

¹⁹ Case C-489/06, *Commission v Greece* [2009] ECR I-1797.

歧视的观点 I。(详见欧盟委员会，[2000] O.J. C121/2 号在欧盟法律下对特许经营的解释性意见和欧盟委员会关于合同授予适用的欧盟法律不符合或不完全符合公共采购指令要求的讨论，23.6.2006)。

在委员会商法学家引证的建立在平等原则上的证据实际上是源自指令的平等待遇原则，而不是源自 TFEU 本身(*Storebaelt* 案和 C-87/94 委员会诉比利时案 (“Walloon Buses”)²⁰)。特别是当委员会在论证 *Walloon Buses* 案 时将问题所使用的原则定位于 TFEU 而不是指令时，欧洲法院在这种情况下有意的将调查结果单独建立在指令原则效果之上。许多学者都认为欧盟《工作模式条约》中并没有这类的原则，而它只是强加了不以国籍为理由实行不平等待遇的责任²¹。在之前的欧洲法院判例法中也从没承认过 TFEU 中的普遍平等原则，这似乎也支持了这种观点。

然而最近，欧洲法院的法学家接受了委员会认定的在公共采购背景下存在的一般原则：不难看到，案件 C-410/04, *ANAV v Comune di Bari and AMTAB Servizio* (“ANAV”)²² 第 20 段，欧洲法院表明了接受的立场。如果这是正确的，它似乎意味着 TFEU 规定的在公共采购领域内的非歧视性采购方式，在 *Keck* 原则下，甚至某个程度上他们也涉及到了其他领域的行为(如上面所讨论的那样)。

显然这个原则根据指令将会与平等待遇原则以同样的方式适用：详见第六章第一部分关于指令的材料。

此外，欧洲法院现在开始将平等待遇原则强制性的使用于指令义务外关于特殊问题的合同上，这些问题与指令中的明确义务大体相似。这一点在 *SECAP* 中尤其引人注目。这样的情况能是指令中许多具体的规定有效地发挥作用来解决如何处理那些低于指令临界范围的“异常低价竞标者”的问题。(这是不合算的，并会因此出现合同方放弃的危机)

²⁰ Case C-87/94, *Commission v Belgium* (“Walloon Buses”) [1996] ECR I-2043.

²¹ See, for example, S. Arrowsmith, *The Law of Public and Utilities Procurement* (2nd ed. 2005; Sweet & Maxwell), at 4.16; P. Braun, “A Matter of Principle(s): the Treatment of Contracts Falling Outside the Scope of the European Public Procurement Directives” (2000) 9 *Public Procurement Law Review* 39.

²² Case C-410/04, *ANAV v Comune di Bari and AMTAB Servizio* (“ANAV”) [2006] ECR I-3303.

3.4 TFEU 中透明度责任下的公开和竞争

3.4.1 *Telaustria* 案中的透明度责任

很长时间以来，一直假设 TFEU 对公共采购的影响很少禁止限制参与合同的积极行为，比如上面提到的参加的歧视条件或者定标标准的歧视条件。

然而，*Telaustria* 案认为根据 TFEU 应采用的积极责任，包括公开合同的责任。相关的一个服务优惠合同的案例被欧洲法院认为是在指令范围之外的（详见第四章，物质性优惠）。然而，欧洲法院进一步阐述了关于 TFEU 非歧视原则意味着透明度责任将使信息公开，服务市场能够完全开放自由竞争并同时监督采购程序的公正性（判决的第 61 至 62 段）。

3.4.2 透明度具体包括？

满足透明度关于优惠内容的要求应该如何做目前尚不明确（根据 *Telaustria*），或者其他不在指令范围但在 TFEU 范围的合同内容，也就是非优先服务合同以及低于临界值合同（见下文）。

- 首先，合同是否必须通过泛欧媒体公布并不明确，如官方公报。
- 其次，要求公布的程度并不明确。这似乎和私人合同的公布不同，因为一些企业并不受指令限制：对他们来说一般的合同通知书或资格认定就足够了（详见第七章）。
- 再次，公布合同后的责任并不明确—正式的竞争是否已开始，要以何种形式进行。从 *Telaustria* 开始有一些案例，但由于他们被人不是完全未公布的合同，至今为止还没有明确的关于何种程度的阐述。在个案 C-231/03, *Consorzio Aziende Metano (Coname) v Comune di Cingia de'*

Botti (“Coname”)²³ 欧洲法院认为，首先，投标人没有必然义务，同时所有采购指令的具体责任并不适用。然而，欧洲法院在 *SECAP* 中的观点似乎又支持了委员会的观点，他们认为当采购方比较不同企业要约时所应承担的责任同其他许多方面的指令相似，虽然塔门并不完全一致。²⁴

欧盟委员会在上面提到过的两个比较交流中列出了他们关于责任适用的观点，一个是关于优惠的，另一个关于合同定标不适用或不完全适用公共采购指令条款。

根据委员会的规定，大多数合同的责任不仅包括宣传的责任，也有进行竞争的责任（虽然不一定是正式的投标）。根据委员会要求，竞争必须符合合同待遇的一般原则，与指令类似（详见平等待遇一节），其中包括合理的时间限制，披露定标标准等要求，它们大体与指令的规定类似- 尽管根据“欧盟工作模式条约”并非在所有指令的规则都要按同样的方式适用。

欧盟委员会对于 TFEU 管理范围的观点存在争议。关于最近的通信合同授予不符合或不完整的公共采购指令规定已经由德国政府为一个法律上的挑战课题，除其他外，它涉及到“立法”，而这超出了委员会的权力 - 有抱怨是关于委员会已详细列出“欧盟工作模式条约”中在文本或判例法没有基础的法律规则（Case T-258/06, [2006] O.J. C-179/2, 欧洲法院判决 2010 年 5 月 20 日）。

即使有没有宣传和在特定情况下进行竞争的责任，平等待遇的原则也无疑适用于治理任何竞争行为，并可能再次涉及类似指示的责任。

²³ Case C-231/03, *Consorzio Aziende Metano (Coname) v Comune di Cingia de' Botti* (“Coname”) [2005] ECR I-7287.

²⁴ For summary and analysis of the key statements of the Advocates General see also 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.

3.4.3 透明度责任适用于哪些合同？

主要问题在于如果存在责任，那么对指令之外的合同应适用怎样的责任。*Telaustria* 认为重要合同中的优惠显然涉及了交叉利益。但对于下面这些合同来说却不一定：

- 低于指令财务界限的合同；
- 非优先服务合同；
- 指令自身免除公布和竞争责任的合同 (如紧急情况下)。

这些合同在指令中被有意的部分省略，由于他们并不总是存在交叉利益。(注释：非优先服务合同的概念将会在第四章解释)。

非优先服务合同

现在看来显然有透明度义务可能适用于非优先服务，但只有当它们被证明是“交叉利益”。这是在之前的一个邮政案例中确定的规则。爱尔兰政府已作出了有关福利金到邮政的服务合同条款—爱尔兰邮政服务联系，却并没有公布它。欧洲法院指出，透明度义务适用于非优先服务合同，存在着“一定的”交叉利益。（但是，它也得出结论认为本案中并没有违反透明度公开原则，由于为约会无法证明合同中存在交叉利益）。

这将创建更多的不确定性，因为当局必须逐个案件的基础上决定一项合同是否存在交叉利益，同时决定和证明这一点的标准也尚未在法律中明文规定（尽管 SECAP 案件中提供了一些指导）。

低于门槛价合同

如何对待低于指令经济熟知的合同？

对 TFEU 在低于指令范围独立合同的适用，2007 年 1 月 18 日在案件中被大法官 Sharpston 以意见的方式确定在案件 C-195/04, *委员会诉芬兰*²⁵。大法官会议的观点是最基础的，尽管在原则上根据 *Telaustria* 原则这是合同对公

²⁵ Case C-195/04, *Commission v Finland* [2007] ECR I-3351.

众的一项责任，对公众的责任内容给予成员国很大的自由裁量权，而不是欧洲法院。这个意见也表明委员会并不想改变欧洲法院对于低于规定范围价值独立合同的定标规定，但是认为如果它们存在不足，应当限制自身对一般国家公共原则的挑衅。欧洲法院并没有直接解决这个问题，但是自从这个发现开始，一些诉讼不再被受理。

然而，最新的判例法倾向于支持积极透明度责任应在原则上适用于低于临界值合同的观点。

因此在案件 C-412/04, *委员会诉意大利*²⁶ 欧洲法院认为对于那些价值低于可使用指令标准的合同必然存在着某种交叉利益，这些合同的直接定标（如，未经公布的定标）无异于对其他成员国的间接歧视，违反了 TFEU 第 49 和 56 条（《共同体条约》43, 49），除非客观条件被认可。这在某种程度上似乎意味着即使是对指令界限下的合同的积极行动是必须的，尽管欧洲法院在 *Telaustria* 中并没有做出专门的讨论。对于非优先服务合同，欧洲法院似乎采取交叉获益要求，并将它适用于逐个案件的基础上并因此导致使用非优先服务合同同样的不确定。

此外，在案例 C-220/06, *Asociación Profesional de Empresas de reparto y Manipulado de Correspondencia v Administración General del Estado*²⁷ 欧洲法院认为如果案例中相关的合同低于指令定标界限，就没有违反 TFEU 关于平等待遇以及透明度的责任（第 88 段）。在指令中出现的这类责任在 *SECAP* 案件中也适用与低于临界值的合同中（虽然这是关于平等待遇原则而不是透明度原则）。

指令豁免公告和竞争责任的合同

在特定的情况下，指令会对一些原则上属于指令范围内的合同免除它们的公布和竞争责任。（如，在紧急抢宽狭：相见第六章关于未经公告的谈判程序部分）。如果考虑大法官 Stix-Hackl 在 *Coname* 案中（第 79 段），可以推断出欧洲法院决定限制 TFEU 责任的行为可能在某种程度上受到了指令的启发，同时这个观

²⁶ Case C-412/04, *Commission v Italy* [2008] ECR I-619.

²⁷ Case C-220/06, *Asociación Profesional de Empresas de reparto y Manipulado de Correspondencia v Administración General del Estado* [2007] ECR I-12175.

点也被其他大法官所接受。她也提到了其他关于指令豁免的因素也应当被考虑到（关于企业专属的特殊服务合同招标的豁免权：详见后面第四章）。我们应该注意到，那些首先产生于欧洲法院与指令有关的潜在豁免对于内部合同也适用 TFEU 的透明度责任。

3.4.4 负面评价

在学术上已经有较为广泛的对于透明度原则的负面评价，如同 *Telaustria* 中产生的一样。主要的负面评论包括：

1. 它扩展了法律解释可接受的范围以及立法活动的数量，破坏了欧盟立法和司法部门之间的职责适当分工(尤其不适当的是因为创制的关于从具体的法规中排除特定的合同的规则直接违反了立法的特别决议)；
2. 对采购企业，成员国和投标者来说，它产生了巨大的不确定性；
3. 它通过指令的排除，通过他们认为适合合同的方式，至少是潜在的强加了不合理的限制了成员国通过行为确保经济利益的自由。—特别是由于法官为了保值不同政策平衡考虑做出的涉及政府采购的错误判决。

然而，尽管有来自 *Telaustria*²⁸的批评，它之后仍然得到了欧洲法院 Grand Chamber 的确认 in the *Coname case*²⁹。

透明度原则意味着决定哪些私人企业（比如私人公用事业）受限于 TFEU 规定的责任可能是非常重要的。其中一些企业通过公用事业指令规范，这是由于他们被认为收到国家影响：详见后面第七章。然而对商业市场的操作通过公用事业指令第 30 条的豁免规定获得豁免(这个观点在第七章中)。显然如果它们仍然受到 TFEU 积极责任的限制，许多豁免期望得到的收益将会受到损失。

²⁸ Above note 16.

²⁹ Above note 24.

TFEU 对公共采购关键影响的总结

贸易限制

1. TFEU 自由运输条款 (第 28 条, 第 43 条, 第 49 条)禁止对其他成员国的公司/产品进行直接的或间接的歧视行为, 除非出于一些善意的公共利益的理由才能被认可 (比如环境保护理由)。

例如:

- 为本国制造的产品预留合同 (直接歧视) 例如 *Du Pont de Nemours case*;

- 要求产品符合本国标准, 除非仅仅采用欧盟标准(间接歧视) 例如 *Dundalk case*.

2. TFEU 自由运输条款也禁止阻碍进入公共采购市场的存世, 尽管这些措施对本国产品/公司和其他成员国的产品/公司会产生相同的影响 (当然, 基于被认可的公共利益考虑时会被允许)。

当然在这个类别中排除某种产品的规格可能是出于政府职能的要求, 例如 *UNIX case*.

然而目前并不清楚这类中的其他类型的措施- 这个部分属于灰色地带。而所有关于服务合同的限制很可能被限制, 比如质量条件。这种情况可能是最好的假设!

3. 成员国可利用被认可的限制的两种是由:

- a. 对 TFEU 明确的豁免(比如健康, 安全);

- b. 经欧洲法院认可的豁免 - 又是被称作强制性要求过普遍利益要求 (比如环境考虑)。尽管是否所有认可的豁免都能成为直接歧视的利用目前并不完全明确。

然而, 经济保护主义从不能当做是限制贸易的理由, 比如保护本国就业(*Du Pont de Nemours case*)

4. 法院在对于允许使用明确的或潜在的豁免上非常严格。他们只允许通过适当性测试的措施。该测试的两项主要方面是

- a. 该措施不具有偏向本国公司或产品的意图 (不能是被掩饰的歧视行为);
- b. 需要通过较少限制贸易方法实现目标的措施是不被允许的：例如 *Evans Medical case*.

5. 这些规则可能只是用于涉及特定交叉利益的合同 (*SECAP*).

TFEU 对公共采购关键影响的总结 cont'd

积极义务：透明度原则

1. 自由运输规则为了帮助监督上面关于歧视行为等限制，也要求定标合同某种程度的透明度，： *Telaustria* 案。

2. 这也适用于公共采购以外指令的合同 (也包括被指令覆盖的合同)，例如：

- 特许合同 (*Telaustria*);
- 非优先服务合同(*An Post case*);
- 低界限合同 (*Case C-220/06*).

3. 然而，透明度对合同只要求存在“特定的交叉利益”： *An Post case*.

4. 透明度要求某种程度的公开。其他的要求尚不清楚，但是在案件 *SECAP* 中，欧洲法院 曾希望使用大多出关于异常低价招标原则的指令（基于平等待遇原则），而这显示出希望指令对责任做出定义的愿望。

3.5 TFEU 规则对内部合同的适用

最新的在实践中的重要问题是关于当公共机构期望将合同授予自身设立的公司机构时，如何适用 TFEU 规则，这些机构可能完全属于附属机构或者由政府机构和私人投资者所共有。

欧洲法院规定“内部”合同，即依靠公共机构自身的内部资源运行，并不受“欧盟工作模式条约”规则的限制(因此无须按照 *Telaustria* 原则进行公开等)，而附属公司基于这个目的被认为是“内部”的，即使在一定的条件下，它是一个独立于公共机构的法人实体：详见案件 C-458/03, *Parking Brixen v Gemeinde Brixen* (“Parking Brixen”)³⁰。不过，这些都是严格的适用。为了应用指令的目标决定一个企业是否属于“内部”企业时，它们所采用的条件是相通的。关于这个问题更多的公共采购指令材料见第四章。

3.6 TFEU 规定适用于哪些实体？

TFEU 第 34 条 (《共同体条约》第 28 条)通常不适用于法人，但是(它隐含着)适用于政府机构法案

TFEU 第 34 条 (《共同体条约》第 28 条)在这方面的范围在购买爱尔兰产品案中 (*Buy Irish case*) 被讨论。在该案中，欧洲法院规定 TFEU 第 34 条 (《共同体条约》第 28 条)适用于规范受担保限制的私人公司 购买爱尔兰产品运动 “Buy Irish” campaign，而该公司的董事会由政府授权人命的同时它的目标也由授权者设定，并且它是政府资助的。这可能意味着 TFEU 第 34 条 (《共同体条约》第 28 条)最初适用于公共采购的这些实体属于公共部门采购指令“合同授权”的范围 (相关的定义见第四章)。这样看来至少对国家，地方和地区当局，以及由于财政支持或国家任命而属于公共法律管理范围内的机构来说是这样的。虽然欧洲法院并没有提到被国家监管的机构，它也应包括在内“在实践中欧洲法院很可能参考采购指令的定义来指导决定 TFEU 在这方面的范围，包括积极意义上的— 包括机构在内— 以及消极意义上- 特别是在 TFEU 和指令规定下与“内部”

³⁰ Case C-458/03, *Parking Brixen v Gemeinde Brixen* (“Parking Brixen”) [2005] ECR I-8585.

合同行为使用相同的定义。TFEU 第 34 条 (《共同体条约》第 28 条)也适用于规范国家授权并监督机构的规范行为 (专业性行为等)。

即使一个机构的采购行为并没有怎么和国家相联系,根据“欧盟工作模式条约第 34 条 (《共同体条约》第 28 条),直接参与国也适用 TFEU—至少对该国的法令本身—例如,国家命令私人公司采用差别待遇。

TFEU 关于服务的条款是符合逻辑的,而就业应该在同样的范围内。然而,有意见认为它们也许应当更宽泛。特别是在案例 C-281/98, *Roman Angonese v Cassa di Risparmio di Bolzano SpA* (“Angonese”)³¹ 欧洲法院认为关于劳动者自由转移的第 39 条 E.C.适用于独立私人劳动者的就业决定,也适用于影响就业的整体权利。但是,这个判决被认为仅局限于就业歧视,而在将来不会应用:在之后的案例 C-309/99, *Wouters and others v Algemene Raad van de Nederlandse Order van Advocaten* (“Wouters”)³² on TFEU 第 49 和 56 条(《共同体条约》43 和 49), 欧洲法院认为这些条款仅适用于集体行为的调整—被作为国家的授权功能所接受—而没有提到这些条款适用于普通的私人行为。

TFEU 对采购企业适用到何种范围这个问题从没有被真正解决,这些企业来自公用事业或者享有特权的私人企业或者出于根据公用事业指令规范的目的的豁免权,而不是“合同性授权”。值得注意的是,TFEU 第 106 条 (《共同体条约 86》)包含的特殊条款只包括这些公司而具体的适用欧洲法院上未决定 (对这些企业的管理范围将在第七章中讨论)。

整体上看,还有其它适用于公共部门而不适用于私人部门的欧盟规则—例如,根据 TFEU 第 258 条的规定(《共同体条约》226),对指令直接影响以及国家责任向欧洲法院提起的诉讼。欧洲法院目前上没有确定这些或部分规则是否在同样的范围内。³³

³¹ Case C-281/98, *Roman Angonese v Cassa di Risparmio di Bolzano SpA* (“Angonese”) [2000] ECR I-1439.

³² Case C-309/99, *Wouters and others v Algemene Raad van de Nederlandse Order van Advocaten* (“Wouters”) [2002] ECR I-01577.

第四章 公共部门指令 2004/18：规制范围

4.1 规制的主体范围¹

4.1.1 概述和基本原则

现代国家通过多种多样的组织形式来履行职能；这会很难确立适用于区分公共机构与私人机构的分界线，包括通过公法与私法之间的一般区别来确定国家/行政机构的一般范围。

不同欧盟成员国传统上有其不同的方法去区分公法与私法。一些国家尽管有具体适用于国际机关活动和其他活动的规则，但还没有制定出一般的区分原则。其他成员国已经建立了行政/公共独立的法律体系，传统上他们以实体或者活动的经济“公共性”或“私人性”来界定其行为的性质并对其适用相应的规则，同样也是为了确定其国内公共采购规则的范围。

但是，就涵盖的实体（也包括涵盖的合同类型）而言，公共采购指令针对所有会员国有一个共同的界限范围。欧洲法院强调了“受公法管辖的机构”（在下文，这是一个来定义包涵范围的重要概念）的概念对成员国有共同的意义，这和各成员国国内法上的“公共”或“行政”机构是不相对应的。换句话说，相关的定义存在于公共指令中，而不是在各国的国内法中（案例 C-283/00 委员会与西班牙（“SIEPSA”）²）。

¹ S. Arrowsmith, *The Law of Public and Utilities Procurement* (2nd ed. 2005; Sweet & Maxwell), chapter 5; 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; E. Papangeli, *The Application of the EU’s Works, Supplies and Services Directives to Commercial Entities* (2000) 9 *Public Procurement Law Review* 201; P. A. Trepte, *Public Procurement in the European Union* (2007; OUP), chapter 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.

² Case C-283/00, *Commission v Spain* (“SIEPSA”) [2003] ECR I-11697.

我们同样可以看到，欧洲法院解释涉及实体包涵范围的指令规则的方法很明显受到指令目的的影响，尤其是防止潜在歧视的需要。当解决法律解释问题时，欧洲法院经常会明确提到这个目的，进行法律解释时，对于那些存在歧视风险的采购实体需要适用该原则。（在判定构成实体的“融资”时需要考虑这一点，这首先在剑桥大学案例³中被强调并被应用（详见 4.1.2.3），这个目的也被用来解释管理监督的概念和并且被用来检验一个实体是否有商业或者产业特性（详见 4.1.2.3）。

有很多不同的方法来解决是否一个实体包涵于公共采购规则中，如一般定义、实体名单或者两种的组合等。我们看到欧盟是采取了组合的这种方法。利用一般定义作为明确的法律依据来确定涵盖的实体类型。这有助于确保所有成员国都在覆盖范围内。这还确保不仅全面性覆盖，而且当实体不符合条件时，不能被涵盖（例如，实体是新建立的或者发生实质性变化）。同时，正如我们看到的，欧盟还包括一个纯粹的实体说明性清单使实体受到系统的影响，以便让他们明确涵盖的某些范围。

4.1.2 指令对“缔约当局”的适用

4.1.2.1 缔约当局的概念

公共部门的指令涵盖的机构被称作“缔约当局”。这个概念在公共部门指令第 1 条第九款被定义为包含了四个不同的类别：

- 1、 国家
- 2、 地方和地方当局
- 3、 “受公法管辖约束的机构”
- 4、 由上述成立的协会

³ Case C-380/98, *R v HM Treasury ex parte University of Cambridge* (“University of Cambridge”) [2000] ECR I-8035.

4.1.2.2 国家、地方和地方当局

这一类别包括，除其他外，中央各政府部门、各部长和地方当局。对于联邦国家（如德国）它涵盖了各区域和省级政府主管部门。

4.1.2.3 受公法管辖的机构

一般概念

一个受公法管辖的机构的概念是指公共部门指令中不属于“传统国家”的政府部门和地方当局，但是尽管如此又必须依赖于国家，因为例如他们可能会有在采购中受到歧视的风险。一个“受公法管辖的机构”在必须满足指令第 1 条第九款的三个条件：

- 1、 具有法人资格
- 2、 满足下列标准之一：
 - a、 由缔约当局提供大部分融资的资金支持
 - b、 受缔约当局的监督管理
 - c、 董事会一半或一半以上的成员由缔约当局任命
- 3、 为了满足特定的公共利益的需求设立的，不存在商业性质的，因此建立在盈利基础上的国有企业有时是不包括的（尽管很多都是由公用事业指令规制，详见第 7 章）。

指令的附件 3 公布了一个受公法管辖的各成员国机构的机构名单。但是如第 1 条第九款所述，这仅用于说明目的：一个实体只要符合定义的条件，无论是否在名单中，都可以被包涵。我们在上文第 6.1 节中注意到了欧盟这种用附件解释与一般定义相结合的形式的某些优点。但是，附件却被很多人认为不完整和过时而没有起到应有的作用。

举一些一个成员国所涵盖实体的例子，在英国，指令的定义包涵了政府资助的大学、公共卫生部门、住房协会和例如假释委员会与公平贸易办公室等具有特定服务功能的半政府组织等。

一个手工法管辖的机构定义的组成因素在欧洲法院的案例中有详解，这对于解释概念有重要作用。下文会阐释这些解释。（不讨论那些没有受到法院特别解释的因素）

由缔约方提供大部分融资的资金支持

由缔约方提供“融资”的意思在欧洲法院英国剑桥大学案例中有部分的阐释。该案例的问题是是否英国大学包涵于指令中。欧洲法院首先明确，融资的概念不是所有支付给机构的资金，仅指那些“能产生或加强依赖关系的影响”的资金（第 21 段的判决）。这可以推断出指令的目的，就是实体可以控制能够影响本地工业的合同授予程序。这意味着该条只适用于一个没有由公共机构提供任何“具体考虑”的机构。

那么，欧洲法院总结出该条适用于有关大学：

- a、支持调查研究的奖金或补助金
- b、英国政府资助的学生的学费

另一方面，该条款不涉及政府支付如研究工作、咨询或会议组织等合同服务的资金。欧洲法院认为在这种情况下实体与政府关系的本质是一种普通的商业关系，而不是指令中所说的依赖关系。

这表明，一般来说由政府资助一个实体的资金是通过普通的商业合同服务的时候，那么这些融资不符合指令的目的。

欧洲法院在这个案例中同样阐释了“在很大程度上”这个词的界定是“半数以上”（判决第 33 段）。所以包括来自商业渠道的所有收入来源，必须都要被计算进大学的总收入中，用于计算是否政府注入了半数以上的融资比例。值得注意的是，大学或者其他机构的总收入中来自例如商业合同或租赁土地等普通商业渠道的收入越多，其“半数以上”的公共资金的可能性越小，那么受到指令约束的可能性也越小。

欧洲法院同样指出“融资”的问题不必是直接的。在案例 C-337/06, *Bayerischer Rundfunk and others v GEWA Gesellschaft für Gebäudereinigung*

*und Wartung*⁴中，欧洲法院表示广播机构通过资助国家实行的牌照费，不考虑实际的广播服务，就算作是由国家融资。

受到缔约方的监督管理

关于“监督管理”的标准，欧洲法院指出有必要考虑这些监管是否会对这些实体机构起到“依赖于公共机关，即公共机关能够影响他们有关签订公共合同的决定”的作用；案例 C-237/99, *Commission v France*⁵, paras.48（涉及法国负责提供社会住房的实体机构的地位）。欧洲法院同样指出行使监督必须必须上升到对公共机构的依赖上，等同于当满足其他条件标准(融资或委派)时而存在。正如我们上文看到的融资标准，相关的考虑是是否对缔约方有普遍的依赖性；没有必要使得融资成为一种对具体的合同产生影响，以便于公共资金的计算的一种方式。类似地，似乎没有必要表明现存的监督管理对具体合同的授予有密切的关注。

一般来说，对实体管理决策的权力干预就构成了管理监督。

另外，案例 C-237/99, *Commission v France*，法国社会住房案件中，同样建立了一个规则，即至少当有实体必须遵循的详细的规则时，“监督管理”不必涉及对实体管理决策的权力干预即构成管理监督。在这种情况下，欧洲法院认为，对实体是否遵循规则进行监督足以产生重大影响。至少在案件 C-237/99 本身来讲，就是对管理决策进行权力干预，在这种情况下，政府有清盘实体、暂停管理和委派管理人的最终决定权。

看起来，如果能够充分遵守预设规则，审议实体管理活动的一般权力也能够充分，即使管理活动没有按照预设规定-再次，至少伴随着制裁或纠正的终极权力。

这些原则看起来合理，但不容易遵守。尤其，对在哪些管理决策上需要进行什么样的干预不是很清楚，也不清楚规则或监管以及不直接进行干预，却对完善

⁴ Case C-337/06, *Bayerischer Rundfunk and others v GEWA Gesellschaft für Gebäudereinigung und Wartung* [2007] ECR I-11173.

⁵ Case C-237/99, *Commission v France* [2001] ECR I-939.

管理监督非常有必要的权利救济/制裁的类型。案例 C-237/99, *Commission v France* 中，欧洲法院的结论是“管理监督”的标准在此之前是令人满意的。该判决突出强调了若干相关因素，具体如下。然而，判决并没有显示出每一个因素的精确意义。

突出强调的因素有：

1. 实体的相关活动（出租或社会住房建设）和其活动的目标是密切相关的，其特征和提供的房屋成本是通过行政决定来确定的。欧洲法院把这些限制当作“管理细则”，能从原则上建立起监督管理的存在，而不需要直接权力的干预。这似乎是从一个开阔的视野来审视组成具体的管理规则。

2. 存在着由负责融资和住房建设的部长对实体进行监管的法律规定，却没有任何对该监管权进行具体细化的规定。这种权力的广泛性显然没有得到太多的关注，可能是在实践中意义不大。

3. 负责部长有清盘实体、暂停管理和委派管理人的最终决定权。当实体违反规则、严重的管理过失或不作为时，即可使用。欧洲法院解释说该权力与管理政策缺陷有关，不仅是违法。这些权力是基于这样的基础之上的：他们提供一种纠正或制裁的形式来支撑前 1 和 2 两段提到的监管行为。另外，欧洲法院把这种现存权力看作是仅足以建立现有的监督机制，因为这种权力的存在意味着“永久”监督的存在，作为唯一的检验管理成败的手段。换句话说，法律的监督作用至少只能从现存的权力中推断出来，而不需要其他具体的监管权力。这个结论是存疑的，对于这种权力来说，有可能作为一种解决没有被其他方法涵盖到的问题的最终方法而存在。即使没有永久监督的意义，这些权力也能充分的被认为他们直接干预管理过程。但是，正如法国政府认为的，这种特别权力并不可能真的创造足够的依赖关系。

4. 当实体机构的活动低于“最低水平的活力”或者限制任何过度活动时，各部长就可以进行干预。但是，这种干预是否会产生出依

赖关系是值得商榷的，他们应该被认为是更广泛的监督权力的补充。

5. 内部执政的武力有检查实体机构的权力，草拟行动建议，并确保这些实体机构能够落实部长采取的措施。

案例 C-373/00, *Adolf Truley v Bestattung Wien* (“Truley”) ⁶也符合监督标准，解决了指令对涉及殡仪服务机构实体的适用问题。该实体是另一家公司的附属子公司，同时也是维也纳政府全资子公司。该案中，欧洲法院认为要满足标准则需要缔约方监督其他采购实体的年度进账、从正确核算、合规、经济、效率和方便性的角度去审查、检查经营场所和设施以及要求其进行报告等。这是与“仅限审查”相对应的（很显然，这是对审查实体行为和发行与年度决算的一个参考而已），欧洲法院认为“仅限审查”对于缔约方能够影响采购实体对公共合同的决定的方面是不够的。

除了了解什么类型的权力、规则和控制需要提供以外，另外一个难题就是是否要将重点放在法律监督权力上，或者是否在分析时要考虑监管机构实践中的做法以便于建立能够有效干预的机制。可以认为它应该这样做。在某些方面，法国社会住房一案的判决似乎更支持形式主义的做法。尤其是，欧洲法院认为上文 3 所指的清盘实体的权力是不显著的，因为他们很少会被使用到：欧洲法院似乎认为他们存在的那种“永久性监督”就已经足够了，没有必要去查证部长们是否在实践中执行了何种监督措施。

该案中欧洲法院同样认为，当一个公司是其缔约方控股的子公司的時候，直接性监督是存在的。这表明有缔约方控股的公司可以被划归为公法规制的对象，只要其符合公共利益并没有商业性。本案中采购实体完全受其母公司控股，也是由缔约一方完全控制（维也纳政府）。

没有工业或者商业性质，符合公众利益

确定“受公法管辖”的另一困难的方面就是其成立目的是“满足公共利益，没有工业或者商业性质...”。这可能是这个概念最初设想它的目的是要排除一般

⁶ Case C-373/00, *Adolf Truley v Bestattung Wien* (“Truley”) [2003] ECR I-1931.

的市场上出售商品和服务的实体。在这方面，有效地排除了那些完全商业化模式的实体，认为这些企业应该能够抵御住来自政府倾向购买本地商品或不按照一般商业条件进行购买的压力。

详细来说，“满足公共利益，没有工业或者商业性质...”的意思可以解释如下：

首先，可以从两个问题来看（根据案例 C-360/96, *Gemeente Arnhem v BFI Holding BV* (“BFI”)⁷）

第一， 该实体是否履行了公共利益的需求？

第二， 该实体是否进行了有关商业或者工业性质的活动？

看起来这些概念是来自欧盟法上的概念：他们能否适用不依赖于是否国内法将特殊需求视为公共需求。

关于第一个问题，一个为向公众提供服务而建立的公司很明显符合公众利益的需求-例如，由政府设立的负责经营博物馆和收集垃圾的法律实体。（BFI 案例就涉及的是收集垃圾的实体）。该案中欧洲法院强调没有与公共利益需求相关的活动类型-实际上可能任何一个满足公共需求的政府都在其涵盖范围之内。在案例 C-223/99 and C-260/99, *Agorà di Pedrotti Brune & C. v Ente Autonomo Fiera Internazionale di Milano and Ciftat Soc. Coop. arl* (“Agorà”)⁸欧洲法院认为举办贸易展览会促进满足公共需求的贸易活动。

一个建立为其他政府服务提供支持服务的实体，例如打印服务或者信息技术服务，也同样被涵盖其中；该实体被认为是满足公共利益是在案例 C-44/96 *Mannesmann Anlagenbau Austria AG and others v Strohal Rotationsdruck GesmbH*, (“Mannesmann”)⁹中解释的，该案中，欧洲法院表示奥地利印刷出版

⁷ Case C-360/96, *Gemeente Arnhem v BFI Holding BV* (“BFI”), [1998] ECR I-6821.

⁸ Joined Cases C-223/99 and C-260/99, *Agorà di Pedrotti Brune & C. v Ente Autonomo Fiera Internazionale di Milano and Ciftat Soc. Coop. arl* (“Agorà”) [2001] ECR I-3605.

⁹ Case C-44/96, *Mannesmann Anlagenbau Austria AG and others v Strohal Rotationsdruck GesmbH*, (“Mannesmann”) [1998] ECR I-73.

局满足了相关标准，该局为国家生产而建立，国营制度，文档保密，文档旨在传播国家“立法、监管和行政”，其产品价格是由政府部门委派的机构来决定的，其产生的问题是由国家机构来监控的。欧洲法院强调说，这些材料与“社会治安”和“国家体制运作”密切相关，必须确保保密性和安全性。但是，很有可能没有这些特征也可以满足标准，只要建立实体的目的是为了确保持有足够的服务提供给政府（而不是为了增进税收或者私有化）。（又见 **SIEPSA** 案例，公司提供监狱的支持服务-如采购或者财产管理-则也在涵盖范围之内）。

一个采购实体的一项活动只有在公众倡议下建立的情况下才能被视为符合公共利益的需求，除了该项需求已经被私人实体满足或者政府采取行动只是为了提高收入（例如，政府出售政府书店的小说以赚取利润）。当一个实体的目的只是为了攫取利润的时候则不在该范围之内。

除了考虑到公共利益的问题，还有必要考虑是否这些满足需求的实体是基于工业或商业的基础上的。这方面的检测可以解释为该实体是否是在竞争市场上开展活动：如果是这样的话，迫于商业竞争压力该，该实体很可能采用商业的方式，而不会帮助民族供应商。尽管该条款的措辞是是否该需求是商业或者工业，但是法院却似乎真的会考虑到底是否基于商业基础之上。

关于这方面，欧洲法院在 **Agora** 案例中指出，实体是否面对市场上的竞争是一个重要的因素。欧洲法院也把一种管理实体的方法视为关键因素，该方法是按照“绩效、效率和成本效益”来管理实体。这与 **BFI** 的辩护律师的说法一致，即实体通过“非正常的商业管理规则”来满足公共利益的需求也是在涵盖范围内的。在案例 **C-18/01, *Arkkitehuuritoimisto Riitta Korhonen Oy and others v Varkauden Taitotalo Oy***¹⁰中欧洲法院提出，追求利益并承担风险的实体可能不会满足一个商业或工业特性的需要。同样指出，用这样的方式管理实体，即使不牟利，相关需求也可能被视为具有商业性质。

¹⁰ C-18/01, *Arkkitehuuritoimisto Riitta Korhonen Oy and others v Varkauden Taitotalo Oy* [2003] ECR I-05321.

但是，即便实体按照商业规则运作，如果国家能够出面保证其免于破产，也在涵盖范围之内：**SIEPSA** 案例中，欧洲法院总结说该案没有任何证据支持监狱服务，除了该实体活动的一个重要性质。如果法院发现国家干预支持国有企业倒闭的可能，就很难发现基于商业模式的实体游离在指令之外。

欧洲法院在 **Mannesmann** 案中表示，“为满足公共利益需求，没有工业或者商业性质”而建立的 **OS** 参与某些例如出版或图书发行等“商业”活动，与上述的结论是无关的。

欧洲法院在 **Mannesmann** 案中表示，所有受公法管制的实体合同都在其中。这意味着 **OS** 从事与之业务有关的书籍出版的相关合同的签订也在其中，即使该合同不涉及公众利益。这一点的重要性意味着具有商业基础的政府实体将有受指令管辖的所有合同，即是其中只有很小一部分具有“商业性”。这一原则在 **BFI** 案中得到证实。另外，在案例 **C-393/06, Ing. Aigner and Wasser- Warmer- Umwelt GmbH v Fernwärme Wien GmbH**¹¹中，欧洲法院的观点是这也适用于那些即使商业职能与“非商业”职能明显分离的实体。

4.1.2.4 协会

第三种被涵盖的实体就是任何一个或多个上文第一类与第二类实体组合而成的实体。在 **BFI** 案例中欧洲法院判决是，受公法管辖的机构的定义与协会规章没有重叠之处，后者只履行剩余的功能。首先需要考虑的是涉及其他缔约方共同履行的实体是否受公法管辖；只有当其不在“协会”规章管制之下。

因为大部分由共同行动的缔约方组成且拥有独立法人人格的实体都受公法管辖，该条款主要是有关无法律人格的实体。举例如由不同缔约方的代表组成的采购联合体。

¹¹ Case C-393/06, *Ing. Aigner and Wasser- Warmer- Umwelt GmbH v Fernwärme Wien GmbH* [2008] ECR I-2339.

4.1.3 指令对“非缔约当局”机构的适用

指令对其他实体机构-大部分是那些不特别与公共部门有关联的私人部门附加的额外义务。

4.1.3.1 受资助的工程和服务合同

首先，指令管理特定的由合同缔约方资助一半以上的工程和服务合同，即使购买方式私人机构。这些规定载于公共部门指令第八章。

注意-与受政府合约的监管缔约一方的情况相对比，采购规则在这种情况下不适用于非缔约方，但仅限于以上规定范围内的资助合同。我们看到，经费主要来源于其他实体的采购联合体，其自身就在缔约方定义之内，因此其所有的合同均受指令的管制，而不考虑特殊合同的资助。合同第九条考虑到授予方不是受公共资金资助的机构，而可以使特定的合同受政府资助。

本规则适用于以下类型的合同：

1、 合约包括：

a. 受附件 1 规制的公共工程活动。可以说，附件涉及欧洲共同体内部经济活动的名称和欧盟的采购词汇，但规定在没有差别意思的情况下适用附件一的名词。包括桥梁、道路、隧道、地铁、管道和输电设施等一般土木工程。

b. 建设工程：医院、体育、娱乐休闲设施、学校和大学建设以及行政办公楼。他们将适用国家彩票获得资金的私人融资资助。

2、与工程合同联系的服务合同适用 1 的内容。

这些规则可以包括适用被任命负责政府资助市区重建项目或国家资助的体育设施的私人机构授予的合同。也包括项目或设施的设计服务合同。可以说被涵盖的这些服务合同一般都是“非优先”服务合同（关于非优先服务，见下文 4.2 节）。另一方面，条款不涵盖建立私人住房的政府资助合同，因为根据土木工程相关规定，这类合同不在法定概念之内。

至于指令涵盖的其他合同类型，这些规则只适用于上述某些具有财政门槛的合同，见下文 4.2.4。

当被缔约一方直接资助超过一半，指令中的这些规定必须使用与这些资助合同。直接资助的意思是规定只涵盖缔约一方对合同价值进行直接资助，而不是像免息贷款之类的间接资助。

指令并不要求成员国对实体施加必须遵守指令采购程序的义务。但却要求成员国采取“必要措施”来确保他们自己签订合同时，必须遵守指令中的资助义务（也要确保缔约方自己当他们自己代表实体领取资助签订合同时也要遵守）。

4.1.3.2 有特许经营权的私人实体机构

另外，特定规则也将适用于私人机构持有工程特许权也确保在授予他们分包合同时不受到歧视。在这方面，指令规定了一方当事人出于对特许权的目的授予工程合同时，持有工程特许权的义务，即使特许权当事人不是缔约一方（当特许权当事人是缔约一方，则必须依据工程指令授予合同）。这要求特许权当事人在正式公报上发布合同信息，并允许投标者在最低时限内作出回应：从公告寄发 40 天内允许直接投标或者允许有兴趣投标者，37 天允许表达意向（也可能从 37 天减缩到 30 天，当采用电子化手段），还有 40 天邀请递交标书（可减少 5 至 35 天，当特许权人提供无限制的全面直接的电子存取文件时）。一个重要的豁免适用于允许向特许实体授予合同。

特许的定义见于 4.2.5.7

4.2 所规制的合同范围¹²

4.2.1 公共工程合同、公共货物合同与公共服务合同的区别

该指令适用于基于金钱利益的公共合同，包括公共工程合同、公共货物合同与公共服务合同。公共部门指令 1（2）定义如下：

工程合同即进行工程建设的合同。工程是指附表所列的工程指令里的活动。工程合同也包括用“任何方式”采购满足官方的规格的完整的工程项目，该规定在 1989 年首次推出。这使得官方机构在指令允许下，指定一个公司来代表其行使权力。这也包括那些开发商或土地所有者在非官方土地上建造，但根据官方规定转移土地的合同。

服务合同是指产品的收购（购买、租赁）之一。服务合同的概念涉及非工程和货物采购的合同，其采购对象见于指令的附件二。

正如 2.3 看到的，不同的指令规定了不同的合同。然而，适用于不同类型合同的主要规定几乎是一致的--不同于指令中一些采购制度的框架规则适用于所有类型的合同，让成员过去区别它们之间的不同—例如，不同合同有不同的合同授予程序。但是不同类型也有一些差异，尤其在：

- 1) 对工程合同，而非货物和服务合同适用高门槛制（4.2.4）

¹² S. Arrowsmith, *The Law of Public and Utilities Procurement* (2nd ed. 2005; Sweet & Maxwell), chapter 6; F. Avarkioti, "The application of EU public procurement rules to "in house" arrangements" (2007) 16 *Public Procurement Law Review* 22; P. Badcoe (ed.) *Public Private Partnerships and PFI* (looseleaf), 8.039-8.056 (concessions); A. Brown, "Getting to Grips with Aggregation under the E.C. Public Procurement Rules" (1993) 2 *Public Procurement Law Review* 69; R. Cavallo Perin and D. Cassalini, "Control over In-house Providing Organisations" (2009) *Public Procurement Law Review* 227; F. Hausmann, "Public Private Partnerships and the Award of Concessions" (1999) 8 *Public Procurement Law Review* 269; T. Kaarresalo, "Procuring in-house: the impact of the EC procurement regime" (2008) 17 *Public Procurement Law Review* 242; U. Neergaard, "Public service concessions and related concepts - the increased pressure from Community law on Member States' use of concessions" (2007) 16 *Public Procurement Law Review* 387; P. A. Trepte, *Public Procurement in the European Union* (2007; OUP), chapter 4; K. Weltzein, "Avoiding the Procurement Rules by Awarding Contracts to an In-House Entity: the Scope of the Procurement Directives in the Classical Sector" (2005) 5 *Public Procurement Law Review* 237.

- 2) 不同类型的合同谈判程序的适用性不同（第六章）
- 3) 某些服务合同不受管制，并且只承担有限的责任（4.2.2）

4.2.2 优先与非优先服务的区分

服务合同分为：

1、“优先”服务是完全置于指令规则之下的

2、“非优先”服务则只限在技术标准、授予公告（买方决定）和提供某些统计数据义务方面受到规制

“优先”服务的分类在附件中列出。这一类包括像车辆维修、垃圾收集的事项以及像会计、IT服务和咨询业务等专业事项。所有这些没有列出来的，包括例如法律和医疗服务等，都是非优先的。

这些规定载于指令章程 20-21。优先服务是跨境交易、潜在储蓄和信息服务可用性的潜在基础。

如果优先服务的价值超过了未优先服务，那么这两种合同以优先性进行划分（第 22 章）

划分服务的标准是按照比较中央法规开展的活动，并不是看合同的目的，该规则确立于案例 C-411/00, *Felix Swoboda GmbH v Osterreichische Nationalbank*¹³。

奥地利审查机关就奥地利中央银行的搬运服务合同提起诉讼。银行方面称所有的服务指令都没有被遵守，是基于非优先服务合同之上，即“支持与辅助运输服务”。*Swoboda* 表示不同意，合同主要涉及后期及规划服务的变动，因此是优先服务之一。欧洲法院表示，有必要将各种各样的服务划分出哪些是优先或者非优先，根据其相对价值将分类作为一个整体合同，排除按照合同目的进行选择

¹³ Case C-411/00, *Felix Swoboda GmbH v Osterreichische Nationalbank* [2002] E.C.R. I-105670.

的方法，只将其作为参考。在某些情况下可能会出现：一个单独的服务可能出于分类的目的而被分解：在 **Walter Togel**¹⁴案例中，欧洲法院裁定有关由医护人员提供运送患病者的医疗援助的条款包括优先类（运输要件，陆上运输）和非优先类（医疗要件，卫生和社会服务）。需要按照不同服务种类的相对价值来划分这些服务是否优先。

4.2.3 “混合”合同

有些合同混合了工程、货物和服务集中于一体。

按规定如果货物的价值大于服务，那么该合同就是货物合同，反之则是服务合同（指令第 1 章第二款 d 项）。涉及到固定和安装的合同，例如装修厨房设备，会把固定和安装工作划归为“货物”类。

2004 年之前对混合工程/货物合同没有明确规定。但是，新的公共部门指令对包含有工程和服务的合同有了明确的规定，第一条（2）（d）第三款。是这样规定的：“一个公共合同的服务对象属于符合附件二和附件三的意义中，那么该合同则被认为是公共服务合同。”这清楚的表明，是否划分为服务合同是基于对象，而不是基于服务与工程的相对价值的比较上。然而，当合同没有主要服务对象，这时候去比较服务与工程的相对价值则是不符合新指令的规定的。这在案例 C-412/04, *Commission v Italy*.中被确认下来。这表明，混合合同的分类主要考虑的是合同的主要目的，而且，工程与服务的相对价值只是确定合同主要目的的一个重要因素而已。

¹⁴ Case C-76/97, *Walter Tögel v Niederösterreichische Gebietskrankenkasse* [1998] ECR I-5357.

4.2.4 门槛价

4.2.4.1 一般原则和现行门槛价制度

指令仅适用于上述那些具有某些财物价值的合同。这是为了确定合同有可能是跨边境的竞争。在许多欧盟成员国（如在许多其他国家的国家采购系统中），竞争门槛被强制很低，以期促进消除腐败和绩效等国内目标，但指令只关心跨国贸易开放，所以没有对小合同进行规制。

目前的准入是规定在单独的准入表中。对某些采购人门槛较低，如政府部门。这是因为 GPA 规定这些的门槛应该低于其他的合同，而欧盟希望能够遵守联合国 GPA 的规定。

遵守关于指令的准入规定见于 2004 年的指令。这些门槛每隔两年都要修改以确保遵守 GPA 的规定。他们已经被修订以便于欧元能够对之前指令略作调整。目前欧元的数字遵守规定(EC) No 1177/2009 [2009] OJ L 314/64 适用于未来两年。请注意，他们将在 2012-2013 年间再次改变。

目前公共部门指令涉及的签订合同的门槛价如下：

	货物	优先服务	工程
中央/联邦缔约当局 (公共部门指令附件四所列)	€125,000	€125,000*	€4,845,000
其他缔约当局	€193,000	€193,000	€4,845,000

*除了€193,000 的门槛价适用于研究和开发服务（第 8 类）和某些电信服务（第 5 类），即 CPC7524-电视及电台广播服务，CPC7525-互联网服务和 CPC7526-综合电信服务。€193,000 的门槛价也很适用于非优先服务的所有类型。

4.2.4.2 为门槛价目的估算合同价值

公共部门指令第 9 条包含了许多关于估计合同的计算方法，目的是验证是否满足金额门槛，从而决定是否适用指令。

指令规定估价合同价值的目的是价值估计值除去增值税（第 9 条第一款）。指令明确指出为缔约当局估计值。这表明可能有一些自主裁量的部分。

基于这个目的估价的时间是在合同的公告已经发送到官方公报上的时候。对指令管辖的授予程序无需通知的，时间是在授予程序开始的时候。（第 9 条第二款）。可以说，后者情况中如果需要的话可以发送一个通知，但是这是相当人为化的。

估计值一般指的是“总金额”（9.1 条）

考虑到指令服从以合同价值竞争的目的很可能是对跨境贸易感兴趣，这可能不仅包括由缔约当局支付的价款，也包括由其他人支付的价款（例如公众用户的服务），因为这些款项与就合同规模判断其利益相关。出于同样的原因，计算合同的价值时，不仅要考虑支付款项，还有其他的考虑。交换或者部分交换的合同都要考虑在内。

指令同样也有进一步的明确的规定如下：

- 1、 当采购实体给承包商提供货物用来开展一项公共工程合约，估计价值时就要包括这些货物的估价（第 9 条第四款）。没有必要考虑提供服务的一方（例如电力和安全性服务）；这是反常的（不同于公共事业规则）。还有就是没有规则是考虑到就任何服务合同中供应方提供的货物的价值，这也是不合理的：缔约当局可以提供服务，例如在货物合同中的安装服务。可以预期到这种异常本来应该在 2004 年货物、工程和服务的规则合并中解决掉，但事实上并没有。

- 2、 公共服务合同中，第 8.9 条指出，在适当情况下，以确定的价值作为基础的保费和对其他形式的保险服务的报酬；费用、

佣金或其他形式的报酬用来支付银行和其他金融服务或者设计服务。还有异常的是，指令本身没有关于工程和货物合同的明确要求，尽管这样的费用可以依据货物和工程合同来支付，包括与这些合同有关的任何服务的提供。但是，可以说这些不管怎么说都应该考虑到，即使没有明文规定。

3、 第 9 条第一款指出当缔约当局为“潜在投标人”提供奖励或者付款时，这在计算合同相对价值的时候都应该考虑在内。

4、 公共部门指令第 9 条第一款估价值的计算应当充分考虑到“包括任何选择在内”的总金额。不同于以往的指令，这一规定涉及工程、货物和服务合约。此前，指令要求假设该选择应当能被执行，所以要考虑最高额的合同相对价值，但似乎这已经不再被要求了。

5、 对于固定期限的货物合同，合同估计价值是-正如人们会自然预期到的-缔约当局将支付的金额将超过合同本身（公共部门指令 9.6(a)）。

6、 对于表明总价的服务合同来说，合同将以总价来估值。如果没有显示总价的服务合同，任何 48 或少于 48 个月的合同的估价则由缔约当局全部支付。但是，对于服务合同来说，服务的提供通常被要求四年以上，即使合同的期限是固定的，该值并不是合同的总价值：相反，合同的估价值是缔约当局每月支付，并乘以 48。因此一个合同被视为四年期限。没有等价的条款是针对超过四年的货物合同；对于这些合同，正如我们看到的，其价值始终都是总的估价。

7、 对于无固定期限的租用货物合同（例如无终止期限租赁）或者无法确定期限的合同（例如租赁行为会因特定事情而终止）。对于这种情况，不需要进行推测估价，合同的估价值是采购人当局每月支付，并乘以 48。同样的原则也适用于没有总价的无期限的合同。

4.2.4.3 总价值原则

1、简介

原则上，合同的门槛价就是所有单独合同的总价值。但是，在某些情况下，缔约方必须将类似所有合同的采购价值全部相加，如果这些值合计超过门槛值，规则就会适用。该“聚合原则”使得缔约方很难通过将总合同分解成单独的低于门槛价的合同而逃避规定。这显然是明文禁止故意肢解合同，但是实践中很难找到明确的证据。总和原则通过运用一些“客观”情况的规定避免了证明动机的需要，这对于缔约方用单一大合同的方式采购是合理的。在这方面，总和原则对于确保采购规则的效力有潜在的重要作用。但是总和原则的功效被他们如何被使用的不确定性所阻碍。

总和原则也会确保规则不会因为无效率和故意逃避的采购而失效。其效果是一个工作包很可能引起一个独立的企业的注意，大到足以适合欧洲范围内的广告，所有的工程必须按照规定颁发。需要确认和宣传的是所有这些工作是在刺激官方授予合同下运作，这可能会吸引跨国界的竞争。

需要注意的是当需求必须综合计算，这并不意味着整个需求必须都当做一个单一采购--有时会对这一点产生混淆。因此采购人可能将合同分解成更小的定期合同（这时工作更具市场吸引力并鼓励中小企业参与竞争）。重要的是所有的相关的合同，不论大小都必须依照程序进行授予，除非一些特定豁免的理由。这可能导致在实践中将宣传的需求作为一个大的单一的采购合同来对待，原因是费用问题和规则程序对小的单独的合同的不适用性。一个后果是采购方不能分解需求来鼓励中小企业的参与竞争。但有里外的情形允许这种可能性，后面将谈到。

欧盟的总和原则是非常复杂的，并且没有推广到如 WTO 或者联合国国际贸易法委员会等组织中。但是，却为其他组织寻求解决肢解合同规避门槛价问题提供了范本。

2、货物和服务

对于货物和服务有两种总和规则-一个是对于同一类型的不同合同在一段时间内的聚合，另一个是聚合所有的合约来满足一个需求。我们依次来分析。

有时间的需求

当购买方对特殊类型的货物和服务有一段时间的要求，并已经进入到货物和服务合同中去的时候，总和原则申请公共货物和公共服务合同（第九条 7、8）。在这种情况下，单独合同的价值必须加到一起，如果总价值超过门槛价，指令必须适用于所有合同，即使个别处于门槛价之下。该原则同样适用于单一“可再生”合同—每个产生的新协议的价值必须在合计中（第九条 7、8）。

这种“总和”可以采取以下两种方式，由缔约方选择：

（1）（过去有过相同类型的合同）通过计算前一年相同类型的合同的总价值，调整在未来一年里在价格和成本上的总和。上一年既可以被看做成公告公布前的十二个月的结束，也可能被看作是上一财政年度。

（2）通过估计未来十二个月的预付总数，该合同为无固定期限或者十二个月期限之内。十二个月的期限的起点从合同第一次交割起算。

指令规定这些规则适用于同一“类别”合同。“类别”的含义是不明确的，但一个可以接受的观点是¹⁵，当货物或服务是源于同一企业并且处于可供交货状态时，这些货物或服务属于同一“类别”。这一观点反应了规则的目标，那就是当把所有条件打包放在同一合同中符合合理商业规则时，累加是必要的。一般情况下，只有当服务的水平比指令后附件二所列明的服务种类的水平低时，才需要对服务进行累加计算。而附件二中列明的服务涵盖了大量范围，通常不会由某个公司单独提供。

遵循同样的方法，关于什么样的合同是“有相似的特征”看起来好像是是否同样的公司对合同感兴趣。取决于很多因素，包括，举个例子，合同是否，尽管

¹⁵ A. Brown, "Getting to Grips with Aggregation under the E.C. Public Procurement Rules" (1993) 2 *Public Procurement Law Review* 69.

每个个例取决于事实（例如，在某些行业同样的公司是卖方，在其他行业里可能由不同的公司在完成）

3、工程

如上所述，公共部门指令是用于在建工程，正在执行的合同。这些情况出于聚合原则需要区别对待。

至于在建工程，不必合计不同类型的采购合同，例如适用货物或服务合同。公共事业指令中合计工程的一些等效方面在欧洲法院的案例 C-16/98 中有所提及。¹⁶

4、禁止分解合同

公共部门指令 9.3 条不能将欲购买的服务或者工程进行分包以规避指令的规制。这个规定是要解决指令无法管辖的地方，该实体将获得门槛价以上的合同。

5、“分散经营单位”的问题

在某些情况下，单一的法律采购实体在实践中作为一个独立的单位。问题在于是否所有的独立单位都要总和计算。这样做是不方便的：如果该单位对采购的自主权被限制，影响就是单位必须遵循授予小合同的数量规则。

4.2.5 明确排除指令义务的合同

4.2.5.1 概述

一旦被证明是一个货物、服务或工程合同，并在门槛价值上，则必须考虑：

- (1) 合同排除在外
- (2) 是否存在指令给出的其他限制方面

¹⁶ Case C-16/98, *Commission v France* [2000] ECR I-8315.

在这一节，我们将概述一下被排除的合同类型的清单。还有与其他采购实体签订的合同的排除范围。见于 4.2.6。

4.2.5.2 基于国防目的和安全目的对合同的排除

指令第 10 条规定原则上适用国防采购合同规定，但这违反 TFEU 第 346 条。该条出于国防安全的因素，完全排除了军事装备采购合同。

第 14 条规定了一般意义基于国防和安全目的的排除原则：

- (1) 机密合同
- (2) 合同执行有特别的安保措施
- (3) 需要安全利益的保护需要排除

在埃文斯依案¹⁷中，欧洲法院认为这种排除不能援引到药物合同买卖，因为这样做不符合相称性原则。这在案例 C-252/01¹⁸中有所解释。

4.2.5.3 特定的国际合同

还有某些特定条件下的排除合同，涉及到由不同程序规则授予，与某些非成员国的合作项目相关，依照有关驻军的国际协定。

4.2.5.4 特定服务合同

排除一些诸如仲裁或调解类型的服务合同；特定的金融服务如证券或其他金融工具的发行、购买、销售以及转让；特定的研究和发展服务（第十六条）。

4.2.5.5 补贴性住房计划

政府也同意在特定情况下在某种程度上免除一些通常规则，用来回报公共住房计划的设计和建造合同（第三十四条）。

¹⁷ Case C-324/93, *The Queen v Secretary of State for the Home Department, ex parte Evans Medical and Macfarlan Smith* (“Evans Medical”) [1995] ECR I-563.

¹⁸ Case C-252/01, *Commission v Belgium* [2003] ECR I-11859.

4.2.5.6 公共事业合同

和“公共事业”活动相关的合同是属于公共事业指令管辖范围的而非公共部门指令的管辖范围，即使是由公共机构提出的项目（第十二条）。公共事业指令的管辖范围将在第七章详细讨论。

4.2.5.7 特许权

1. 引言

根据指令和解协议依据采购和解协议的不同规则分为工程特许权或是服务特许权。实质上，正如我们下面将看到的那样工程特许权只接受有限的义务而服务特许权则被完全排除在外。

2. 特许权的定义

公共工程特许权依照公共部门指令第二条（1）（3）定义为这样一种合同，即其“类似于公共工程合同的类型只不过工程对价的执行或者是由单一的开发工程的权利组成又或者是由共同付款的权利组成”。对于服务特许权指令第 2 条（1）（3）也有类似的定义。

工程特许权的一个实例就是道路或者桥梁的承建方被允许在一定期间内从使用者处收取通行费以作为报酬。服务特许权的实例就是在 **Telaustria** 案例中所承认的和解协议。¹⁹在该案例中，正如我们所见的，服务提供方被允许为了商业目的而开发一个电子电话数据库，其需要依照合同编制。这类合同的其他例子比如一个财团需要建立和运营一个城市电车系统，其被允许收取使用者的费用以充当报酬；或者一家公司的合同是为当地政府修建和运营一个休闲中心，其通过向该设施的使用者们收取费用以充当报酬。

开发需要供应商考虑到由服务安排和条款所引发的经济风险：案例 **C-382/05**，委员会诉意大利政府²⁰（意大利废物处理合同）（最近的另一起和解

19 Case C-324/98, *Telaustria Verlags GmbH and Telefonadress GmbH v Telekom Austria and Herold Business Data AG* (“Telaustria”) [2000] ECR I-10745.

20 Case C-382/05, *Commission v Italy* [2007] ECR I-6657.

协议事例不被认为是一种特许权，参见案例 C-437/07，委员会诉意大利政府²¹）。在一个典型的服务特许权之中风险主要产生于服务提供方所承担的提供服务的代价，以及只有在成功将服务出售给公众获取收入后才能支付那些费用并赚取利润。在这样的案例中，经济风险的一个重要元素就是需求风险——即有关第三方将在何种程度上选择使用服务的风险。如果合同条款取消或者大幅度限制供应商的任何风险因素，则这种和解协议不是一种特许权。例如，假如协议规定要是使用者处的收费并不足够的话则采购实体要保证提供合理的收入水平，这样的协议就不是服务特许权。（在欧洲共同体法之下该委员会所做出的关于特许权的解释性通讯[2000]O.J.C121/2 暗示假如“开支补偿”能够得到保证则对于特许权来说是一个非充分风险因素——脚注 9）。

对于特许权来说必要的是提供服务的报酬不应该来自于订立合同的当事人本身：参见案例 C—382/05，委员会诉意大利政府（意大利废物处理合同）。

由此可见如上文所述的指令中的定义，即假如部分收入是来自于开发其也可称为特许权，但是部分收入是多大比例仍不确定。

3.有关特许权的当前规定

服务特许权被明确排除在公共部门指令之外（第十七条）。直到 2004 年其还没被明确排除在外，但是欧洲联盟法院的旧指令已经将这类合同排除在外了：参见 *Telaustria* 案例（有关公共事业指令但是也同样适用于公共部门）。

公共部门指令第 56-61 条是有关公共工程特许权合同的特别条款。

订立合同方对于工程特许权的回报是不受其他工程合同回报的规则限制的，但是其有义务要在《官方公报》上对该合同进行告知，并且给予其他公司至少 52 天的回应时间（总则要求）。因为是公开程序，可能被要求实地考察等等而需延长延长时间，也可能因为当事人以电子表格的形式提交通知而减

21 Case C-437/07, *Commission v Italy* [2008] ECR I-153*.

少 7 天时间（指令中的规定）。这都没有明确的相关规则，比如，这种程序将使用——甚至确实都没有要进行竞争的任何要求——或者采纳何种授权标准。

另外要注意的是，即使特许权本身不是订立合同的当事人，但是在以特许权为目的给予其自身工程合同（分包合同）授权时，指令规定拥有工程特许权的一方负有责任（第 62-65 条：参见上文 4.1.3.2 部分）。

特许权之所以在指令之下有不同解释的关键原因就是一些成员国的法制系统并不将其看做是普通的采购而是都将其作为法律关系的不同类型，其也不受公共采购法的管制。然而，此类合同主要涉及跨境贸易，而且这类合同涵盖时间相当长（通常是 25-30 年，在一些案例中甚至时间更长）也是非常有利可图的。

4.对于未来的建议

委员会一直以来处理的主要事项之一就是对于近来改革的完成（2004 年），其是关于特许权和其他公私伙伴关系的改革。委员会已经就此事发表了一份绿皮书，欧洲委员会，有关公私伙伴关系的绿皮书以及关于公共合同和特许权的欧洲共同体法 COM（2004 年）最终版 327 条（参见先前有关欧盟公共采购的委员会通讯稿第 2.1.2.4（COM(98)143）），遵守从委员会到欧洲议会统一的通讯稿，理事会，欧洲经济和社会委员会，公私伙伴关系地区委员会以及于 2005 年 11 月 15 号通过的有关公共采购和特许权的共同体法 COM（2005 年）最终版第 569 条。

在通讯稿中委员会声明：

- 建议规范特许权
- 为特许权单独通过一个法律文书，而不是将特许权纳入现有的指令中。

很可能提案将包括一个授权程序其类似于指令规范下的竞争谈判程序。

这种单独的规则适用方式也可能被批评，因为特许权的授予程序经常和非特许权的授予合同类似——例如私企承接的修建运营医院、学校、监狱等等的长期工程项目。它们所涉及的问题也的确相似——长期合同、长时间的授权程序、主要由财团申请的投标、高昂的程序成本、私有资本的融入、项目设计和调整的讨论需要等等。

除了委员会（可能）提出规范特许权授权的通用规则计划外，目前已经有了针对客运服务的授权合同的具体立法：参见规制 1370/2007[2007]OJL315/1。

4.2.6 对与“公共机构”所达成的协议适用指令的限制：内部协议、类内部协议和其他形式的公共部门间合作

4.2.6.1 引言

大多数情况下我们讨论的公共采购概念是指从其他私营部门获取货物、工程和服务，但是，在一些情况下公共部门本身也可以提供需要的货物，工程项目和服务。

一个公共部门可以通过它本身的内部资源，通过纯粹的内部安排而不是合同关系或者另一个实体的安排来完成采购。欧洲法院（欧洲法院）已经证实在这种情况下由于采购不由 TFEU（TFEU）或者采购指令代替，因此这样的安排方式可以抛去任何采购规则中过程体现透明度或者引入竞争机制的要求：C-107/98, *Teckal Srl v Comune de Viano* (“Teckal”)²²。比如，当地政府可以不按指令自己决定聘请内部员工去维修道路或者打扫街道。

不过在一些情况下，公共机构可以通过加入一些有较正式的采购方式的法人机构部门来采购货物，工程和服务。有时候，实体本身也可以为某一特定目的而注册成一个独立机构，比如一个地方当局成立的专门用来处理部门产生的垃圾废物的附属公司。一些情况下公共机构可以与其他机构合作成立一个为它们共同提

²² Case C-107/98, *Teckal Srl v Comune de Viano* (“Teckal”) [1999] ECR I-8121

供服务的新机构；或者只是加入到一个能为它有效提供服务的公共机构的部门中去。

上文提到的 **Teckal** 案件十分清晰地指出，案件的出发点就是与其他公共机构部门合作采购不能自动排除采购指令的适用原则。换句话说，指令原则上适用于两个机构之间签订的合约。

但是，也存在着许多非常重要的采购原则的例外。这些例外如下所述。有一些是在指令中被明确规定的，这种情况发生在两个首先被例外考虑的有特殊或者专有权利的服务提供商和集中采购部门之间。其他被欧洲法院制定发展的仍然在被不断演变的案例法提炼。这种情况下，欧洲法院要考虑在市场开放和其他会员国的合法利益之间做出一个平衡，使得货物和服务提供是通过纯粹的公共部门体制而不是市场。比如，由于更希望加强内部服务提供而非通过一个外部的契约体制，或者更确信公共部门强于商业安排作为保证服务质量的方式。

在此还应该指出在一开始就被作为普遍定论的竞争法，以及自由活动规则和公共指令问题，这些问题可能发生在某机构委托另一个与公共机构关联的机构或者部门的独家采购合约中。因此，在这样的情况下有两个问题需要考虑：一、是否应该存在指令或者 **TFEU** 的自由活动规则下的竞争；二、是否根据任务委托给提供者的安排是违反竞争法的。

4.2.6.2 服务有关的特许专营权

当服务是由第三人提供，且他们具有服务专营权和必要，那么这个服务合同就被排除。这包括，例如要求公共机构从集中的公共服务提供者购买某些服务。

4.2.6.3 与集中采购机构的合同

集中采购人建立的目的是给公共机构提供货物或服务。公共部门指令允许当局从另外的缔约当局购买-集中采购实体-无需按照指令，在货物和服务合同中。

4.2.6.4 TECKAI 案中对受采购当局控制的机构的内部采购（准机构内部采购）的例外

对于欧盟来说有个很重要的例外条款，即是近些年大多数的欧洲法院的案例法是涉及到机构内部采购的例外的。

在这个方面，欧洲法院规定了，完全的机构内部采购合同即是合同主体都是用自己的内部资源来履行合同的，指引没有包括像这样的合同。

欧洲法院在 **TECKAL** 案中表明在指引和规定中没有明确的写出的其他问题在实践中也是相当重要的。在一些情况中，公共机构会把合同给其他的法人而不是让他们拥有所有权或者控制权的是为什么？例如，这个原因可能是 100% 的所有权和控制权或者余下股权的有限股息不属于私人部分（例如，公共机构想要吸引投资或者私人企业想要设立分支机构）或者其他的公共机构部分主体。更深层的方面即是几方合同主体一起设立独立的机构来为所有合同主体来服务。例如，地方政府会设立一个合营公司来为所有地方政府提供难民救济的服务而且这样能够成立集约化的经济效益。在该规则指引下，被授权的机构在采购过程中能够在多大程度获得利益或者取得控制权，而不是与后勤服务的组织竞争？

欧洲法院规定，政府采购指引在原则上是适用于独立于机构的法人和合同中的另一个主体的合同的履行的。

一个内部采购甚至是不是由合同主体履行的合同而是由其他法人控制下实施的合同都是适用于欧洲法院的指引的。

有时候也会涉及到准机构内部采购协议。在个别情况下，准机构内部采购协议会被看成是机构内部采购协议。根据 **TECKAL** 的规定，机构内部采购协议仅在以下两个方面是可以使用的：

i) 采购主体让当事人一方履行协议内容“这个方式是与他自己履行合同是类似的”；这样就要求合同的主体能够在合同目标和决策中有重要的支配权力(帕金 布里克森案²³)

ii) 采购主体让他的支配机构作为合同履行的主要当事人。人们认为依赖 TECKAL 项下的机构内部采购条约是很困难的，比如说：1.案件 C-26/03, 施塔特哈勒和 RPL Recyclingpark Lochau GmbH v Arbeitsgemeinschaft Termische Reatabfall- und Energieverwertungsanlage TREA Leuna (“施塔特哈勒”)²⁴，说明在合同中无论多么小的私人利益都可能阻碍合同的顺利履行。2.帕金布里克森案：在这个案子中，欧洲法院说明履行合同的股东的权力和影响力都不能影响董事顺利的控制合同：在个别具体事项的直接控制主体是必须是一个机构内部主体，或者是由合同主体 100%控股的。3. Case C-340/04, Carbotermo SpA and Consorzio Alisei v Comune di Busto Arsizio and AGESP SA (“Carbotermo”)²⁵，表明由于在公司法下缺少普通股东参与也就是是由缺乏事实上的控制力的政府 100%控股的主体，也就是意味着通过控股方式的控制力不十分有力。

另一方面，在 Carbotermo(paras.37 and 69 判决) 案中，欧洲法院接受的范围仅是在原则上接受提供方主体是被几方控股的主体，例如，几个地方政府提供之前没有明确提出的服务。

在 Case C-295/05, Asociación Nacional de Empresas Forestales (Asemfo) v Transformación Agraria SA (Tragsa) and Administración del Estado (“Tragsa”)²⁶案件都能够确认以上论点。为了更进一步说明，在 Tragsa 案中，欧洲法院 同样表示，一个合同主体控以 100%的股权控股自己或者其他合同主体

²³[Case C-458/03, Parking Brixen v Gemeinde Brixen (“Parking Brixen”) [2005] ECR I-8585.]

²⁴ [Case C-26/03 Stadt Halle and RPL Recyclingpark Lochau GmbH v Arbeitsgemeinschaft Termische Reatabfall- und Energieverwertungsanlage TREA Leuna (“Stadt Halle”) [2002] ECR I-1.]

²⁵ [Case C-340/04, Carbotermo SpA and Consorzio Alisei v Comune di Busto Arsizio and AGESP SA (“Carbotermo”) [2006] ECR I-4137.]

²⁶ [Case C-295/05, Asociación Nacional de Empresas Forestales (Asemfo) v Transformación Agraria SA (Tragsa) and Administración del Estado (“Tragsa”) [2007] ECR I-2999.] (para.57)

即是“往往表明”明显的控制力。欧洲法院驳回了自治团体持有 1% 的股权的合同主体间情况是不明显的争论。

C-324/0, Coditel Brabant SA v Commune d’Uccle and Région de Bruxelles-Capitale (“Coditel”)²⁷ 案例中，欧洲法院发现 **TECKAL** 时适用于控制 **BRURELE** 的公司的，其他的自治机构有这个公司股权。在这个案子中地方议会是由自治分支机构的代表组成的。这些代表是由 **BRUTETE** 任命的，包括了地方议员、市长和市议员。欧洲法院认为 **BRETE** 的决策主体是由来自分支公共主体并且代表公共实体利益的代表组成的。欧洲法院指出这些无关于多数赞同的独特的决定。这两个案例表明了欧洲法院正倾向与放松相关规定的要求。

当一个机构内部主体在机构内部采购规章下履行协议之后私有化了，这样会导致机构内部控制测试不在适用了么？一些国家（例如，英国、丹麦、瑞士和德国）会把政府的工厂和服务机构（例如政府复印单位）卖给私人。私有化后，政府要保证政府合同中的业务的持久性，这些买卖是能够可行的并且“安全着陆”的么？当政府履行合同中的政府本身是应该在指引中得到许可或者明示的表明么？

Case C-29/04, Commission v Austria (“Mödling”)²⁸，欧洲法院明确了当一个机构设立了一个独立的实体来控制私有化的意图不能适用内部指引规则，这是简单的规避该指引的策略。

当供货合同制定是没有想要私有化的意图的时候，但是之后发生私有化该怎么办？在 **ANAV** 案中涉及到以上问题，欧洲法院的回复也没有十分明确说明。在这个角度，欧洲法院解释到“在争论的这个合同解决程序中，**AMTAB S**[供货商]是私人股东，半官方的公共公司没有作投标人并且公共机构服务机构退让时，这样可以适用”（判决书第 30 段）任何私人资本参与阻碍减损（第 31 段）；并且公司没有放开私人资本（第 32 段）减损不能适用上述规则的。欧洲法院指出在公司中的实际私人资本的参与和妥协将会伤害 **TFFU**（或者可用的相关指引）。

²⁷ [Case C-324/07, Coditel Brabant SA v Commune d’Uccle and Région de Bruxelles-Capitale (“Coditel”) [2008] ECR I-8457.]

²⁸ [Case C-29/04, Commission v Austria (“Mödling”) [2005] ECR I-9705.]

这显然是大法官的观点，他看起来认为机构内部采购条件必须满足一些连续性的条件（参见此判决第 19 到 20 段）。无论如何，欧洲法院仅提及到有把给有私人参与的合同的意图，可能导致案例中出现的情况。这同样说明大法官采用了 MODLING 案的结论，即是这些条件必须满足一些连续性的基础。但是（如前所述）MODLING 案是明显不支持狭义的减损概念的。

在指引中的关于采购中心的新条款下，公共主体同样可能从其他与其有关系的主体采购，以上要点（例如，当联营集团的一员设立被其成员控制的一个采购中心）。

前述提到的政府内部采购实体履行合同会触及欧盟竞争法：参见，大法官在 TRAGSA 的观点。

欧盟政府采购条款先限制的机构内部采购限制同样适用 TEFU，例如，TEFU 和相关指引没有采用在 TECKAL 和一系列的案例法中机构内部采购协议。Parking Brixen 案建立并适用了以上规则，例如，在 CODITEL.

4.2.6.5 其他形式的公共部门合作

欧洲法院的一些案例中显示了公共机构没有按照公共部门采购指引并且没有在 TFEU 公告的情况下，把项目为推给其他的公共部门。而且他们没有明确说明在政府采购规章下精确的限制规则。

案例 C-523/03，委员会诉爱尔兰。这个案子关涉到 TFEU 项下第 258 条（旧为 TEC 第 226 条），委员会诉爱尔兰。这个条款关系到了紧急救护服务采购的协议。在西部健康区域，都柏林议会提供了这些服务，健康部门提供了这些服务的部分资金。委员会接受了这个没有被任何政府采购指引管辖的协议而且这个合同没有按照指引的规定制作成书面的。委员会认为没有公告服务协议的做法侵犯了在 TFEU 第 49 条和第 60 条（旧为 TCE 下第 43 条和第 49 条）项下的透明义务。

欧洲法院驳回了委员会的观点而认为委员会没有提供足够的证据论证这个案子。爱尔兰认为争论中的协议不涉及透明义务，这个案子中的协议不是“公共

合同”：而是都柏林议会有法定权利去提供紧急救护服务和相关行动。尽管议会会根据合同约定授权给其他机构。欧洲法院认为委员会指出充分的证据来证明其确实需要一个公共合同：CIEU 发现城市议会确实有法定的权力去提供这样的服务并且委员会没有展示协议包括公共合同而是城市议会在行使自己的权力（第 35 到 37 段）。其他机构给条款项下的服务提供了财政支持不能独立的证明采购方的合同是 TFEU 项下的公共合同（第 37 段）。

这个判决不一定说明了授予“公共合同”是 TFEU 项下的透明义务的主体，但是它至少说明了在公共主体间的特定的服务条款的合同不再 TFEU 项下，即使提供不同服务的不同公共主体提供了财政支持。忽略以上提到的简单的提示，欧洲法院没有给出任何关于在何种程度上适用合作合同的指引，都被认为是在 TCEU 范围外的。欧洲法院没有考虑到的方面，例如，相关关联因素，例如各方财政支持的程度、是否其他主体要求了这些服务、在条款下，其他主体对服务和相关条款的控制力上，欧洲法院都没有考虑以上因素。

在 C-480/06, *Commission v Germany* 一案中，由另一公共机构主体提供的服务供应合同也被认为是合法的。这个案件关涉到德国 Lower Saxony 和 Stadtreinigung Hamburg 四个行政区之间的 20 年废物处理合同，然而该合同没有任何投标书。在这个案件中，委员会认为这个合同应该在服务条款 92/50 下被投标，而欧洲法院拒绝了委员会的意见，断定这是一类欧盟采购条例下普遍不被应用的政府合作合同。欧洲法院并不列出任何一般条款作为这个除外条款的基础，而是把该出外条款单列为异议合同的事实特征。然而，一个核心事实清楚地展现出来，该合作的对象是一个依照一部分到另一部分要求中出来的简单请求，例如说，一个处理废物的公共的服务行为能够被实施，因此该合同能够使废物处理要求达到“pooling”这样的结果，这对于制造出一个有着重大容量的可行设施也是有影响的。这也许能体现出一个很宽广的从指令到协作行为豁免范围。

然而，接下来欧洲法院指出本案的另一个事实，也即该合同为仅在与 Stadtreinigung Hamburg 有合同事实联系部分的行政区域内支付款项，这并不包括到 Stadtreinigung Hamburg itself 自身的财产转让。（只有在这些区域使用设施产生开销这一偿还限度，款项才会被支付到 Stadtreinigung Hamburg。）

欧洲法院通过它的判决阐明了这样一个道理：无论在行政区域下的哪个地点订立合同都与 **Stadtreinigung Hamburg** 自身给予处理可能通过欧盟采购条例执行的废物行为无关，欧洲法院还强调，在当前的案件中，行政机构之间的共同协作并不预先判断任何私人承担作为反对它的竞争者——这大概是因为任何个人都有可能承受现实废物处理机能。这也许显示了共同协作在区域范围内的衰落，项目的合同得到了更多的关注，而事实表现和这些项目的实施观察则不能被另一个公共主体相信，特别是当该主体处在一个没有申请的地区的合作合同中时。这会严重削减这一有限区域内的范围。

这个案子仅关注了一个地区的违例指控，它看上去像采购条例中的请求限制，而在自由迁移中，**TFEU** 条例有着同样的请求，自从欧洲法院在判决中指出公共采购条例在一般采购中的作用（同时也没有作出任何建议如果区域没有提出要求时，**TFEU** 条款下的透明性得到运用。）

4.2.7 仅有一个的可能供应商

更进一步，欧洲法院还规制了欧盟采购条款，该条款明确指向了 **TFEU** 和采购商地区：看案件 **Case C-220/06**²⁹，欧洲法院在本案中提出，仅当公司被法律允许提供确定的邮政服务时，信任从西班牙政府到一个公司的这些服务是合法的。通过欧洲法院可知，因为服务提供商的对象将要打开竞争市场，当法律只有一个可能的服务供应者时，欧盟条约便不能被申请。尽管该案子关涉到的是一个国家的公司，欧洲法院的理由还是被指出是有争议的，公共采购规则不能在任何情况下适用，特别是在市场中的一个供应商——即使该供应商是一个国家的公司——提供合理预定的时候。

²⁹ Case C-220/06, *Asociación Profesional de Empresas de Reparto y Manipulado de Correspondencia v Administración General del Estado* [2007] ECR I-12175.

然而需要被指出的是，欧盟竞争法包含了在多大范围内限制成员国能够为一个供应商预定确定服务的条款，以及在公共采购条例的非申请方可以仅在欧盟法认为为私人预定时合法的情况下将成为有实际意义的。

第五章 公共部门的指令：2004/18 –起草规范的原则¹

5.1 标准的说明

标准应该具有这样的特征，即产品(或服务)所满足的标准是能够被接受的。学者常常定义关于质量，安全或环保的最低可接受标准——例如，“冰淇淋”上标明的奶油产品的最低含量；必须佩戴特定单车头盔来实现的安全保护；对家具的耐火程度要求等。标准还应该具备技术上的特征，确保产品在市场上兼容（例如，信用卡的尺寸）。

一方面，标准可能是自愿性的，如果制造商愿意那么他们就可以采用，但是也不强求；另一方面，标准也是强制性的，即在特定国家或地区制造或出售的产品必须符合法律的标准。

标准作为贸易壁垒来使用有以下几种方式：

i、法律壁垒：相同产品的标准不同，在某一国家或地区市场生产的产品不能在其他国家或地区合法出售。

ii、商业壁垒：即使在没有不同强制性标准的国家或地区，本国家或地区的采购者也倾向于根据本国家或地区的推荐性标准指定销售商。

iii、技术壁垒：不同的自愿性和强制性标准的存在，意味着在不同国家或地区，产品的技术之间可能互不兼容（例如：电信网络中使用的设备，铁路中使用的机车车辆）。即使对法律规则和商业惯例作出改变，技术不兼容仍然会造成贸易限制（短期内的）。

¹ S. Arrowsmith, *The Law of Public and Utilities Procurement* (2nd ed. 2005; Sweet & Maxwell), chapter 17; S. Arrowsmith and P. Kunzlik, “EC Regulation of Public Procurement”, chapter 2 in Arrowsmith and Kunzlik (eds), *Social and Environmental Policies in EC Procurement Law: New Directives and New Directions* (2009; CUP), pp.59-67; M. Sieverling, “Choice in Government Software Procurement: A Winning Strategy” (2006) 15 *Public Procurement Law Review* 338; P. A. Trepte, *Public Procurement in the European Union* (2007; OUP), pp.272-292.

5.2 欧盟中标准的一般政策

最有效的消除因使用不同国家（强制性或自愿性）标准引起的贸易壁垒的方法是在欧盟推行强制性标准，欧盟强制性标准“取代”了国家标准。因此，1969年欧盟以指令的形式通过一项关于详细的强制性标准的制订政策。一旦成为欧盟国家就必须停止运用本国家原来的国家标准。这种方法有效地消除上文提到的三种贸易壁垒。然而：

- 达成欧盟标准协议是一个非常缓慢而艰难的过程，这表明欧盟标准只能覆盖相对较少的产品。

- 使用欧盟详细标准的要求还可能扼杀创新。

因此，在1985年，欧盟提交给安理会的关于整合内部市场的白皮书中，欧盟委员会提出了制定欧盟强制性标准的新方法。根据这一新方法，指令里不再罗列特定产品的详细要求，而是罗列“基本要求”取代了广泛的性能要求。这些指令(*like those under i) above*) 通常也取代其他严格的国家标准，适用于该产品。这就是此处提到的指令和上文中提到*i*的不同之处)要求产品制成各种不同的规格，可以充分满足性能标准：产品的细节在指令中没有指定。

由于这些指令覆盖的产品很多，因此欧盟委员会给予相关的欧洲机构一个任务，要求这些机构制订符合指令要求的更详细的自愿性标准。厂商制造的产品，如果符合这些机构颁布的“欧洲”标准，那么就可以确认这些产品符合指令，即使其他产品可能也符合指令。一旦这些欧洲标准适用于某一产品，那么欧盟各国必须撤回任何关于同一产品的国家标准。负责颁布标准的主要机构有：

- CEN——欧洲标准委员会
- CENELEC——欧洲电子技术标准委员会
- ETSI——欧洲电信标准化协会

由CEN和CENELEC颁布的的标准的主要类型是ENS，ENS是国家必须实施的标准。由ETSI颁布的标准称为ETS。

仍然有很多案例说明，并不是欧盟所有的领域都有强制性标准。在下面这个案例中，上文中提到的三种贸易壁垒（法律壁垒、商业壁垒和贸易壁垒）都可能被运用。

在案例 120/78 中，即 *Rewe-Zentral AG 诉 Bundesmonopolverwaltung Fur Branntwein*（“*Cassis de Dijon*”）案中，欧洲法院解决贸易中遇到的法律壁垒问题。²在这一案件中，欧洲法院建立了一种推定，如果产品可以在原产地国合法流通（即，产品符合原产地国的强制性标准），那么这一产品也当然可以进入其他国家；如果这些商品被禁止进入其他国家，那么就初步违反了 TFEU 的第 34 条（之前的《欧洲共同体条约》第 28 条）（关注商品的自由流通）。换句话说，每个国家都必须接受彼此的标准：用另外一个欧盟国家制定的标准是不足够的理由是很难说服欧洲法院的。

然而，这还不能有效解决不同国家标准造成的贸易中的商业壁垒：如果个人和企业愿意的话，他们仍然可以自由地指定使用的国家标准。因为没有任何单一的通用标准，所以也没有解决技术壁垒的问题。那些没有使用欧盟强制性标准的地区在贸易中会遇到的商业和技术壁垒，为了解决这一问题，在 CEN、CENLEC 和其他类似机构提供的欧洲广泛标准的基础上，欧盟委员会设法鼓励发展自愿性标准。欧盟委员会希望行业内部能够选择使用欧洲标准，即使行业内部没有被要求使用这些标准。

5.3 公共采购中对规范和标准的规定

5.3.1 概述

鉴于以上考虑，欧盟制定了强制性标准，以及 *Cassis de Dijon* 一案后又确立了相互承认原则，不仅发展了自由市场，也极大地推动了政府采购市场。由此：

² Case 120/78, *Rewe-Zentral AG v Bundesmonopolverwaltung fur Branntwein* (“*Cassis de Dijon*”) [1979] ECR 649.

1. 强制性标准的制定，意味着政府市场准入的法律、商业以及（一些情况下）技术壁垒将被打破；
2. 卡西斯第戎原则为其他成员国生产标准下的产品打破了进入政府市场的法律壁垒。

除了上述标准和原则，TFEU 和《采购指令》中对政府采购制定了特殊的规定。这些原则的主要目的，就是保证产品标准在实行的过程中，不会对政府市场造成贸易壁垒。下文将详细阐述。

5.3.2 TFEU (TFEU) 的规定

TFEU 对于合同条款在起草时无竞争限制方面起到了重要的保障作用。需要提醒的是，这些原则不但应用于采购指令涉及的合同，还包括所有政府合同，或者说，至少包括那些涉及跨境利益的采购。（参见第三章）

第一，TFEU 里关于禁止公共采购中的差别待遇的总体规定（可参见《欧盟运行条例》第 34 条、第 56 条以及之前的《欧洲共同体条约》第 28 条和 49 条），禁止直接或间接地制定对成员国的产品、服务和公司差别待遇的规范。凡要求产品须达到非强制性国家标准的规定——比如一些由各国标准制定机构制定的标准——与此项原则是相抵触的。

欧洲法院对于邓多克（Dundalk）案的处理是采用这一原则的第一个判罚案例³。在这个案子中，一个爱尔兰城市要求承包商依照爱尔兰的国家标准建设供水系统的管道。欧洲法院裁定这一要求违反了 TFEU 第 34 条（即原《欧共同体条约》第 28 条）。尽管进口国和爱尔兰本国采用相同的标准，但这种做法明显偏向爱尔兰的产品。欧洲法院指出，爱尔兰官方必须接受“同等”产品，而不能以自己的标准来衡量。值得指出的是，这里的“同等”含义较为模糊，没有说明它是指确切的“同等”，还是指欧洲法院要求官方采购主体接受广义上同等的产品，而不在合同中标明与要求恰恰相同的标准。

³ Case 45/87, *Commission v Ireland* ("Dundalk") [1988] ECR 4929.

在 **UNIX** 一案中，欧盟法庭的力度更大⁴。在这个案件中，欧盟法庭裁定，**TFEU** 第 34 条（即原《欧共同体条约》第 28 条）不仅禁止按国家划分差别待遇，还禁止一切针对其他同样满足采购者要求产品而设定准入门槛的规定。这里，一个建设气象站的合同中将连接电脑的操作系统的要求设定为“**UNIX**”(而实际它是一种工业标准)，违反了 **TFEU** 第 34 条（即原《欧共同体条约》第 28 条），因为其他系统同样能够满足官方的需求。这本质上也意味着：

1. 起草合同条款时，须提及的是“性能”要求，而非对于一个产品的特点的详细描述；
2. 如果规定中采用了对一个产品特点的详细描述，就必须同样标明“同等性能”的产品也可接受。

在产品特性至关重要的贸易中，阻碍市场准入的非差别待遇措施，将会影响到整个贸易。对于这一点，**Keck** 案⁵中采取的总原则是个很好的例子。

既然上述案例都只是关于官方应如何保证设定公平的产品功能要求，更困难的问题在于：**TFEU** 将如何影响合同中对于产品功能要求的规范，比如一个产品在卫生、环境等方面必须达到的标准。一种观点认为，公共采购的产品——包括对于卫生、安全等有特殊要求的产品规范——同其他政府措施一样，通常用于限制市场准入。因此，只有在 **TFEU** 的特许下或者符合强制性要求的规范才被允许施行。比如说，与健康特性相关的规范，需要在 **TFEU** 对于公共卫生方面的特许规定下成立，包括通过均衡测试的标准。

但是，一种论调认为，这不是 **Arrowsmith and Kunzlik** 判定的案例⁶。他们认为，欧盟法庭内存在一个不成文的原则——虽没有明文规定，但其存在于欧洲法院每一部案例法中——根据这一原则，政府的要求不是对市场准入设置障碍，

⁴ Case C-359/93, *Commission v Netherlands* (“**UNIX**”) [1995] ECR I-157.

⁵ Joined Cases C-267/91 and C-268/91, *Keck & Mithouard* (“**Keck**”) [1993] ECR I-6097.

⁶ S. Arrowsmith and P. Kunzlik, “EC Regulation of Public Procurement”, chapter 2 in Arrowsmith and Kunzlik (eds), *Social and Environmental Policies in EC Procurement Law: New Directives and New Directions* (2009; CUP), pp.59-67.

而是在定义市场本身（政府的采购需求），因此这不会阻碍贸易。呼吁采用这种方法政策值得研读。

不论公共采购的总体地位，对于公共采购制定标准的裁定至少是单向的，比非公采购的裁定受到的限制要多很多。这在以下情况非常使用。欧盟指令为一款特殊用途的产品制定了调和标准，采购主体根据这一目的进行采购。欧盟委员会与希腊的 C-489/06 案件就是一个例子⁷。

在这个案子中，一些希腊的医院以某些手术缝合线为达到其卫生标准而拒绝了一些厂商的投标，但有争议的手术缝合线是带有 CE 标志的产品，符合争议产品的欧洲标准“医疗器械指令 93/42”。在这之前裁定的 *Medipac-Kazantzidis* 与 *Venizelio-Pananio* (“Medipac”) 的 C-6/05 案子⁸中，欧盟法庭认定，只要该产品符合医疗器械指令的标准，招商者就违反了 TFEU 中的对待争议产品的透明、平等原则。然而，这一结论的依据并不完全明确。它也许基于这样一个事实，招标文件本身仅仅要求手术缝合线须达到医疗器械指令，所以官方招商者有义务视其也达到了自己的招商标准。另外，即使 *Medipac* 案件不仅基于这一点，还有另外一个事实，那就是希腊政府没有表达要招标比医疗器械指令标准更高的产品的意愿，同时它只是针对争议产品是否达到“指令”的标准进行辩护，并没有进入针对“指令”标准是否合理的辩护程序。如果以上任一事实成立，法院的裁定就不能限制希腊官方招标要求高于“指令”标准。

在第二起同样的诉讼中，欧盟法庭同样没有裁定招标标准高于医疗器械指令是否违反 TFEU，因为希腊政府接受了希腊医院违反欧盟法律的裁决。但是欧盟法庭没有针对后续案例可能涉及的问题进行评论：它引用了之前 *Mdipac* 案的判决，特别是此前的第 55 段（此案的第 43 段），裁定官方招商者不能拒绝带有 CE 标志的产品。这段陈述意在表明，与“指令”范围内的医疗器械相关的健康保护问题，在自由裁量权上存在限制。外一点值得注意的是，这个案件的事实是医院设定的标准不同/或者高于“指令”，所以希腊政府也认定即使合同中有相关要求的阐述，但违背医疗器械指令也是不被允许的。另外，总法务官认为主体

⁷ Case C-489/06, *Commission v Greece* [2009] ECR I-1797.

⁸ Case C-6/05, *Medipac-Kazantzidis v Venizelio-Pananio* (“Medipac”) [2007] ECR I-4557.

不能拒绝满足“指令”要求的产品的原则是在那件案例中确定的，不能解决这一问题（《意见》第 33 段）。但是，欧洲法院的评述只针对那一具体指令，也只能应用于那一指令和其他寻求调和标准的特定用途的特定产品特性的指令。

5.3.3 指令中关于标准和规范的规定

指令中关于规范还有更多的规则。这些规则都规定在《公共部门指令》第 23 条中。

对于适用该指令的合同，这些规则要求采购实体通过以下两种方式定义需求：

1、 设置合同规范可以参照某些特定欧洲级标准（例如对欧洲标准有影响的国家标准）

或者国际标准（例如 ISO 规定的标准），或者这些标准都不存在，可以参照某些国家级标准（《公共部门指令》——第 23 条（3）（a））。《公共部门指令》附件六中标注了允许参照的标准。不过，参照这些标准的同时，必须加上“或相当于”，必须接受这些标准在功能上等同。

2、 采购实体可以交替使用性能或功能要求作为描述手段来表述规范。（《公共部门指令》——第 23 条（3）（b））

采购实体也可以使用将工程、用品或服务的性能或功能的不同特点相结合的描述手段来表述规范。（《公共部门指令》——第 23 条（3）（d））

采购实体通过上述方式定义需求的影响是，一旦出现列表中的规范，例如欧洲标准，采购实体可以使用公认的标准，也可以使用性能或功能要求来描述他们的要求。如果没有出现列表中的规范，那么采购实体必须使用性能或功能规范。

要求采购实体使用性能或功能规范的原因是，这些规范往往比详细的专案规范和不为公众所熟悉的标准的引用更透明，这些规范也更便于供应商接受。因此新规则只允许在列表中的规范被认为是足够接受的时候，才能对性能或功能

规范作出改变。不过，在实践中，在某些情况下，起草性能或功能规范（并且评估合格的投标）对于采购实体来说是困难和繁重的。

在技术规范产生有利于或不利于某些特定公司的影响时，指令的第 23 条(8) 明确禁止采购实体使用这些技术规范，这些技术规范是：产品有特定的品牌或资源、特定的制作过程、或者商标、专利、产品类型、来源和生产方式。因此在 UNIX 案中，总结上述内容得出，欧洲法院坚持（下文中讨论的关于限制和例外的可能性问题），不管根据指令还是根据 TFEU，UNIX 软件系统都应该被禁止，因为 UNIX 软件系统涉及了特定制作。非官方消费者或生产商制定了有问题的规范，并且这些规范成为了事实上的行业标准，这是无关紧要的，行业内部标有“相当于”的其他产品被普遍接受是可以理解的，不过这也是无关紧要的。技术规范的禁令强调的是，根据指令，采购实体不得坚持采购通过特殊流程制作的产品，即使这些流程是不享有知识产权权利的；不过也不是全部禁止，例如，货物应该从特定网站采购材料就不被禁止。

然而，同一条款规定，当合同标的物标明“特殊情况”，另外用“足够精确和易懂”的语言描述合同标的物不可能时，允许用这样的技术规范来描述特定的采购需求。不过，遵守这一条款的采购当局，还应该在采购规范中提供并说明他们接受符合描述的等值产品。需要注意的是，在 UNIX 这一案例中，欧洲法院似乎考虑到 UNIX 属于这一规定。

新指令的第 23 条（2）指出，技术规范“应该给投标人提供平等的机会，而不是给建立开放的竞争性的公共采购体系造成不合理影响。”

出于实现上述义务的目的，《公共部门指令》附件六中定义了“技术规范”。

最后一个重要点是关于以下内容的举证责任，即供应商提供的产品应该和通过使用标准、（允许的）细节说明、专利等指定的产品是等值产品。指令第 23 条（4）通过以下方式处理了上述问题：在下述情况中官方采购主体不得拒绝投标书，即“一旦投标人证明他的标书符合官方采购主体的要求，他能够以任何适当的方式证明，他建议的解决方案在同等方式下满足根据技术规范定义的需求”。这里的重点是投标人负有举证责任。通过类比其他案例，类似的原则就可能被适

用（参见第 23 条（5））——这可能也包括了，当官方采购主体使用性能或功能规范时，投标人要遵守示范。

该指令明确指出，适当的证明材料可以来自制造商的档案或者来自认可机构的测试报告——也许这暗示了一种（不能推翻的）假设，即这些证据必须考虑被接受。

5.3.4 IT 标准的确定

还有另一项法例，理事会决议 87/95（1987] O.J. L36/81），“IT 标准决定”，这一决定在关于信息技术的设备供应合同中规范了有关标准和规范的义务。这一决定早于指令中的标准规则。决定中的义务和使用欧洲标准的早期指令非常相似。

5.3.5 使用非法规范的后果

我们已经考虑了在一般条款中不起草规范的后果，按照适用法律的规定，这将导致原本合法采购中的产品或服务被限制。我们认为，不遵守规范中的法律规则将会对产生很大的实际影响并且推迟采购。如上所述，该问题可能以不同的方式出现在贸易实践中。特别是：

1、投标人可能会提出挑战规范是非法的。在这种情况下，采购实体可能会简单地颁布规范的修改使其合法化。

然而，如前所述，如果拟议的修改影响到招投标合同中提及的项目的某些方面，那么将会产生问题——例如，广告合同本身提及一个特定的专利产品，然后广告合同被泄露会导致违法。在这种情况下，可能会有注意到通知的投标人，不过他们没有要求查看合同，因为他们不能够提供招投标中提到的产品——但是他们可能会对采购中涉及的修改（合法）规范感兴趣。正如我们在上述的 **SECTION 8** 中看到的合同变更，欧盟的法律可能要求官方采购主体在发生以下情况时发布

新通知：当出现“重大”变化时，即出现可能会影响到合同参与方的变化时，需要发布新通知，否则就会违反平等待遇原则。

如果通知本身没有提及有问题的规范，这些规范只是在之后发给投标人的合同文件中，那么根据平等待遇原则可能就不需要一个新通知，仅需要将修订的规范发给收到有问题规范的投标人。这似乎是遵循平等待遇原则的逻辑——足以确保所有与采购有关的都有机会根据新规范进行招投标。对采购完全没有兴趣的人通过改变规范而没有任何损害。这一原则也同样重要，对规范作出改变不是因为规范违法，而是因为其他原因。

2、违法规范问题可能会产生，因为投标人提交的投标书实际上并不符合规范，不过如果该规范已经被起草的话，那么投标书可能也会符合规范。在上述内容中提到，在 UNIX 有一个这样的案件情况。在这种情况下，采购主体可能倾向于接受投标，如果该投标方能够比其他投标方提供更多的金钱价值。不过，这么做的话就会违反欧盟法律。一方面是因为，如果投标书不符合合同文件的基本要求，那么采购主体就不能接受该投标书（详见第六章）。采购主体如果不能纠正违法或者允许所有潜在的投标者按照合法规范进行投标，那么也将违反平等待遇原则。此时采购主体为应该是取消采购并且开始新的招标程序（如果第一轮采购中投标人提交的投标细节现在是公开的，那么重新招标就会产生问题。即使产生问题，也要这么做）。可以这么说，如果这些违法规范在招标通知中没有提及，只是在之后的合同文件中体现，那么在纠正规范基础上的重新招标就只针对于那些遵守了合同文件的投标人，像上述第一点提到的一样。但是，法律可能对此案有另一种观点，当标书已经被打开以后，重启一个新的招标程序可能吸引新的投标，而这些新的投标人并不为他人所知。

如果采购实体尝试接受不符合规定的投标，可能来自于竞争对手的投标。这样看来，一个投标者一般不能要求官方采购实体在排除不符合规定的投标人之后再继续使用相同的评估程序——因为规范是违法的——所以只能够回去修改规范。因此在实践中，投标对手对于挑战决议并没有真正的兴趣。在规范合法的前提下，一个准合同可能在对规范提出的挑战中获利，这样它可以有机会去达成合同，但是，这只会它在它知道违规并对提出法律程序有强烈动机的情况下发生（记

住这样的公司在这个过程中始终不会投入任何东西)。如果没有对规范提出挑战的可能性，尤其是一旦合同签署后就没有显著的补救措施，那么在实践中，官方采购实体就可能倾向于接受这样的投标，尤其是考虑到时间压力以及不太可能有新的投标人使用修改后的规范加入。

第六章 公共采购指令 2004/18——合同授予程序

6.1 基本原则：透明度原则、公平待遇原则及非歧视性原则⁹

6.1.1 概述

该指令制定了关于主要合同授予程序的实施细则。此外，有必要提及欧洲法院在新指令（见 *Storebaelt case 2* and *瓦隆巴士 case*³）实施之前提出的指令之中蕴涵的基本原则，例如：

1. 公平待遇原则；
2. 透明度原则。

新指令在第 2 条中明确提出的三个原则：

1. 透明度原则——继承了上面已提及的原则
2. 公平待遇原则——明确提出上面已提及的原则
3. 主体必须按“非歧视性原则”行事。重申了在 TFEU 下各国之间的非歧视性原则，并且是在指令项下更全面的公平待遇原则的具体实施。

公平待遇原则和透明度原则的适用：

- 有助于解释指令的明文规定；
- 为指令未明文规定的内容提出额外的义务。

¹ See further S. Arrowsmith, *The Law of Public and Utilities Procurement* (2nd ed. 2005; Sweet & Maxwell), pp.424-432; S. Treumer, “Technical Dialogue Prior to Submission of Tenders and the Principle of Equal Treatment of Tenderers” (1999) 8 *Public Procurement Law Review* 147; P. A. Trepte, *Public Procurement in the European Union* (2007; OUP), section 1.31-1.34.

² Case C-243/89, *Commission v Denmark* (“Storebaelt”) [1993] ECR I-3353.

³ Case C-87/94, *Commission v Belgium* (“Walloon Buses”) [1996] ECR I-2043. ² Case C-243/89, *Commission v Denmark* (“Storebaelt”) [1993] ECR I-3353.

以上是欧洲法院为更普遍的解释和发展欧盟法律而适用基本原则的例子，如
在第 1 章中讨论过的。

6.1.2 公平待遇原则

在公共采购指令下的公平待遇原则在 *Fabricom* 案⁴中被定义为如下内容：
“公平待遇原则要求在相同条件下不能区别对待，在不同条件下也不能给予相同
对待，除非这种待遇有客观的理由。”

在欧洲法院适用此原则时要非常谨慎

以下情况违反此原则：在所讨论的制度下，如果决定做出的基础是违法的即
属于违反此原则的情况。例如，如果一个公司成功得到合同是因为行贿，这就是
明显的违反了公平待遇原则。（如上所述，在此种程度下反腐败法规则被认为是
公平待遇原则的一个方面——但是也可以将这个整体看成采购体系的一个单独
目标。）同样的，在采购体系下非歧视原则也考虑国籍因素，如果授予某公司合
同的原因是因为前者是本国公司也同样违反了公平待遇原则。

然而，在许多案例中这个内涵不能自动适用以解决具体问题，而需要欧洲法
院或其他立法者在认定公平或不同待遇的相关因素时就在制定决策时平衡公平
待遇原则与其他采购过程中的其他目标制定政策性决定。在欧盟上述概念中，例
如，需经两步完成——第一决定谁处于和不处于“可比较”的位置，第二——如
果两个公司处于可比较的位置——再比较不同的待遇是否基于客观因素。

以综合服务过程的例子，允许采购主体和潜在供应商在谈判、采购主体已经
和四个供应商进行谈判的情况下从相关的报价中，计算最优的最终报价过程中考
虑上述因素。假如在谈判中很快就明确了一家公司不太可能提供采购主体可接受
的技术或者所提供的技术采购主体财务上负担不起的。一方面，有争议的是也许
采购的某些目标导致对某些公司最终报价的偏爱——对这种偏爱有争论，其中尤
其是公平待遇原则作为一项独立的目标（参与政府商务的权利），（很小可能性）

⁴ Joined Cases C-21/03 and C-34/03, *Fabricom v Belgium* (“Fabricom”) [2005] ECR I-1559.

也许会产生最佳报价和滥用谨慎的危险，采购主体在提交报价前就会拒绝某些公司。另一方面，高效过程的目标也许会允许采购主体在继续谈判将产生大量被浪费的开支的情况下较早拒绝某些公司。采购主体在平衡了这些不同的因素后，是否可以决定不邀请这样的公司提交最终的详细报价——或者这样做是否被认为是在采购过程中违反公平待遇原则。

在欧盟对公平待遇原则的定义下回答这个问题，欧洲法院的观点是：

1) 这样的拒绝是可行的因为该公司不能提交有竞争力的报价，所以就不处于可比较的地位；或者

2) 该公司处于可比较的地位，因为两者都被邀请进行谈判，但在最终报价前拒绝一个公司是客观的判断，比如基础成本的考虑。

这种观点的采用绝对是基于监督者希望涉及采购过程的不同政策如何生效——包括公平待遇原则被用作独立目标或者支持其他目标的手段。但此处仅仅是提出公平待遇原则的概念并未给你具体的答案。

还有一些案例阐述了关于公平待遇原则的其他重要观点：

- 在案例 C-16/98, 委员会诉法国⁵ 中【2000】 ECR I-8315, 欧洲法院明确了此原则——投标人的公平待遇原则最早在法理中所涉及——不仅适用于授予过程中真正参加的公司，还适用于希望参加的公司。因此，假如给予本国公司多与外国公司更多的信息而阻止外国公司参与投标也违反此原则。

- 如瓦隆巴士案中，公平待遇原则不意味着其他欧盟投标人必须同国内投标人具有相同待遇：仅指所有投标人要受到公平对待。因此一个国内投标人如果认为与其他外国投标人或本国公司相比没有受到公平对待则可以投诉。

⁵ Case C-16/98, *Commission v France* [2000] ECR I-8315.

公平待遇原则可以被看做是公司可以从与公共部门订立合同中得到受益机会的平等权，或者确保币值稳定及反腐败的手段。欧洲法院并未在欧盟公共采购法中明确表达公平待遇原则的概念。虽有争议但也被纯粹的看做是赢得市场目标的方式。

公平待遇原则在许多案例中得以适用，例如，用以处理采购主体必须如何对待条件不同的投标人。将在 6.6 讨论。

6.1.3 透明度原则

欧洲法院也并未给出透明度原则的基本概念。Arrowsmith 认为，总体来讲在公共采购中此概念包含四个不同概念，即：

- ◆ 合同公开；
- ◆ 程序规则公开；
- ◆ 自由决定权的限制；
- ◆ 确认及执行条款。⁶

此原则在适用欧盟采购指令时几乎可以涵盖以上四个方面。

案例 T-203/96 Embassy Limousine and Services v European Parliament⁷ 是一个适用透明度原则的例子：

在此案中最高院 General Court（原诉法庭）判决透明度原则应该为处于招标程序中的公司快速准确的提供授予合同的信息。这起案件涉及的合同是：为欧洲议会成员提供司机驾驶的轿车服务。有关委员会提出建议：大使馆被授予合同并被告知此决定，以及得到准备合同的要求（通过安排司机和保险），尽管只是委员会的一个建议，而不是最终的裁决。但是基于对他们诚信的质疑，几个月后决定不授予他们此合同。然而，快速得到合同给他们留下的错误印象并未得到纠

⁶ S. Arrowsmith, *The Law of Public and Utilities Procurement* (2nd ed. 2005; Sweet & Maxwell), chapter 3.

⁷ Case T-203/96, Embassy Limousine and Services v European Parliament [1998] ECR II-4239.

正。未能将对他们的质疑通知到即视为对透明度原则的违反。

透明度原则也运用于欧洲法院增加的更广的责任，即公告采购主体选择公司和在授予阶段对比投标人的标准和方法（见 6.5 章）。

6.1.4 基本原则的启示

原则的重要性不能被过分强调。即使采购主体完全符合指令的每一个细节，也不意味着过程的完全合法。把这些原则适用于欧洲法院认为是公平透明的竞争所要求的特定行为的可能性几乎是开放的。

从律师的角度来看，这些原则的存在可以被看做为提出某些不合法行为也许被认为不公平创造了机会——即使不同的采购主体对是否公平、是否合法尚存不同看法(例如，考虑到高效采购)，欧洲法院很有可能否决某个行为并认为其违反了基本原则之一。

从采购主体的角度来看，基本原则的存在创造了大量的不确定并为采购者增加了法律风险。

6.2 可行的采购方法

指令所规范的一方应该采用以下五种授予程序：

1. 公开程序
2. 限制程序
3. 竞争性谈判
4. 对谈判程序予以通知
5. 对谈判程序不予以通知

最后两条在公共采购指令中被称为“谈判程序”——但事实上这是两个完全不同的程序，如上所述。

● 公平和限制性程序

通常情况合同任一方当局应该提交一份投标合同以适用公开程序，或适用邀请特定主体进行投标的限制程序（公共部门指令——第 28 条）。两者都是正当投标程序，当事方应该建立明晰的确定事宜作为提交投标的基础；应该在欧盟官方刊物进行公告；应该在同有关方进行重大谈判之前客观评估投标。

a "公开程序"是指那些使任何有兴趣的经济运营商均可参加投标的程序。

b "限制程序"指任何经济经营者可以要求参加，并只有那些由订约当局邀请的运营商可以参加投标。

当局可以在合同中选择适用任一种程序。1989 年对原供应合同进行了修改，这是为了改变当事方对限制性程序和公开程序不得同时适用的规定，其实这一程序早在 1993 年就被置于平等地位。一些欧盟国家，一些采购主体仍然要求适用公开原则作为通常规则。（指令允许采取比指令更加严格的法规）

这两个程序的规定非常相似，但例外是在限制程序中额外的阶段可以选择部分公司投标，因此也被考虑在内。

欧盟采购指令和《联合国国际贸易法委员会货物，工程和服务采购示范法》⁸下的投标方法在限制性程序上经常会产生混淆。除了名称的相似两者是非常不同的。欧盟法德限制性程序如下：

——应该公告合同；

——应该客观的对待所有主体——即使没有必要邀请以上主体都进行投标，也应该邀请并以客观标准进行选择。

从另一方面来说，联合国国际贸易法委员会程序，不要求进行公告但允许采购主体直接接触已经知道的公司。也不要求提出对合同感兴趣的供应商的标准。

⁸ On restricted tendering under the Model Law see 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 1.12.

欧盟限制程序在联合国国际贸易法委员会程序中并没有对应的规定——和联合国国际贸易法委员会投标程序的资格预审程序相似，最大区别在于欧盟限制性程序允许限制具有资格的投标人的数量，而不是建议（如联合国国际贸易法委员会投标程序）所有具备资格的公司都进行投标。

- 竞争性对话

竞争性对话是在 2004 年 18 号指令中首次引入。引入目的是在程序中为复杂合同提供灵活性。

对更具灵活性程序的需要是在 20 世纪 80 年代晚期的英国提出，最显著的是在 PFI 合同中，并因为欧盟为欧洲交通基础设施而促进有限合伙企业的（PPP）政策在新公共指令受到重视。一般认为公开和限制程序对许多这样的工程来说不太适合，因为对话的有限范围。通知对于谈判程序是合适的，但是否适合 PFI 项目尚存不确定性——对获取金钱价值很重要的灵活程序并不适用于所有项目。

竞争性对话引入到《公共采购指令》中为不必进行谈判程序的情况提供了一个灵活性程序。它在形式上为相对非结构化谈判程序（见下文）和绝对公开以及限制性程序（见上文）提供了中转站。其实质是在程序的第一部分提供了很多灵活性，包括与供应商进行对话——但是，不同于谈判程序的公告，应该在程序最后提交正式完整的投标，以作为选择合同合作方最后选择的基础。指令对此程序做出如下定义：

“竞争性对话”是任何经济运营商可以要求参加的，订约当局与候选人承认这一程序进行对话，旨在达成符合要求的可行性，并在其中选择的候选人的基础上邀请投标。

与公开及限制程序不同，竞争性对话不能被用作任何合同——如在《公共部门指令》第 28 条所述——只有在特殊案件中，涉及第 29 条的内容。在此情况下适用。简单来说，只适用于“复杂”采购——但是可以适用于那些主体不能定义为技术，财务或法律方面的项目（于此重叠，在一些方面更宽，这种情况属于竞争性程序）。这种程序可以在标准法下与建议、同时谈判的原则方法要求的

UNCITRAL 程序进行广泛比较。⁹ 然而，不同于这种程序的前两种，竞争性对话经常要求合同的公告。

- 有公告的谈判程序

指令也提供了谈判程序的适用，与竞争性对话相似，其只可用在指令项下的特别案件中（如第 28 条）。程序如下：第 1 条第 11 款 d 项：“谈判性程序”是指合同当事方征询他们选择的经营者并对合同条款进行谈判。

现存两种不同种类的谈判程序。在第一种下，“具备通知的前公布程序的谈判”（简称需通知的谈判程序），主体应该公告合同并进行竞争；应该遵守严格的规则；例如：如何选择竞标公司、公开奖励标准,这些与公开和限制程序是相同或相似的。然而，竞争的形式是非常灵活，投标主体可能可以随意组织讨论。这比竞争性对话更加灵活，因为其甚至不要求参与方提供任何最后投标细节。正如我们所见，它适用于正式程序不合适的情形，例如，规范正式招标不适合知识服务。

虽然有公告的谈判程序受制于许多要求以保证竞争和透明，但其不像其他程序一样具有监督性和目的性，并限制特殊情况。使用有公告的谈判程序的精确的基础和条件已经在指令第 30 条予以规定。

- 没有公告的谈判程序

最后一种程序是“没有公布合同公告的谈判程序”（这里简称没有公告的谈判程序）。在此程序下当局会简单的同几个投标人进行合同谈判，没有任何公告也通常没有任何竞争。这种情况仅允许在特别情况下使用，将在下面探讨。

使用没有公告的谈判程序的规定主要在《公共部门指令》第 31 条。他们在许多方面与使用 UNCITRAL 采购单独来源的基础是相同或者相似的。采购的标

⁹ See Arrowsmith and Nicholas above, section 1.11.

准法10总结起来，例如：极其紧急采购和只有一个可能的签约人（例如，基于知识产权）。

上面引述的是 1(11)(d)条对谈判程序的含糊概念，涵盖了谈判的程序两种类型。含有公告的谈判程序和没有公告的谈判程序，是完全不同的两种程序，如果使用“谈判程序”这个名字指代两者容易产生混乱。

使用五个程序中的任何一个的基础（可适用的）和在每个程序下的义务（公告、选择投标公司、时间限制等）规定在 6.3-6.12。

该程序的不同阶段简略列举在以下表格中：2004/18/EC 采购程序主要阶段的指令

	公开程序	限制程序	竞争性对话	有合同公告的谈判程序	没有合同公告的谈判程序
通知阶段	O.J.的合同公告	O.J.的合同公告	O.J.的合同公告	O.J.的合同公告	N/A (没有公告后者竞争的选择性公告授予)
选择阶段 (技术或/和专业技能; 经济或财务状况;第 45 条关键) 44-52 条	N/A 在此处 (尽管资格认证程序也可以在合同授予阶段实行)	合适性 (资质)	合适性 (资质)	合适性 (资质)	供应商采购合同
		选择合适的 投标候选人	选择合适的 投标候选人	选择合适的 投标候选人	

¹⁰ See Article 22, discussed in S. Arrowsmith, J. Linarelli and D Wallace, *Regulating Public Procurement: National and International Perspectives*, (2000; Kluwer International), chapter 8.

授予阶段 (选择最低 价格或者 最具经济 优势的投 标人 [MEAT]) 53 条	N/A	N/A	对话阶段 - 也许包括: a) 概述/处 初步建议; b) 讨论; c) 排除部分 参加者	讨论 -也许包括: a) 概述/处 初步建议; b) 讨论; c) 排除部 分参加者
	投标人的提 交	投标人的提 交	投标人的提 交	最终投标
	投标人的分 类和补充	投标人的分 类和补充	投标人的分 类和补充	
	选择最低价 或者 MEAT	选择最低价 或者 MEAT	选择最低价 或者 MEAT	选择最低价 或者 MEAT
后投标阶 段			(分类和承诺 的确定)	(更进一步 谈判)
停滞阶段	✓	✓	✓	✓
合同的总 结	✓	✓	✓	✓
后合同	合同授予公 告	合同授予公 告	合同授予公 告	合同授予公 告

6.3 公告合同：合同的公告¹¹

6.3.1 发布合同公告的义务

在《公共部门指令》合同下（除了未经公告谈判程序授予的合同）应该由 EU——通过“合同公告”形式的广泛的公告给予通知：公共部门指令——第 35(2) 条。这些必须要发送到该委员会，该委员会有义务按照指令规定及以下的各项要求进行发布。事实上，这些义务符合欧盟官方公报（包含欧盟法律细节和其他事项。公告合同的形式在下面介绍）的公布公告的要求。

公布这些公告的义务是为了保证所有有兴趣的欧盟公司都能获知其他欧盟国家的合同。

公告必须以标准形式发出。已经在 2005 年 9 月 7 日根据指令 2004/17/EC and 欧盟议会及委员会 2004/18/EC 在公共采购程序框架下为公布公告第 1564/2005 委员会法规（EC）所采纳。

公告被送到官方出版物办公室。为避免迟延，鼓励采购人尽可能采用电子方式送达公告。在公告以电子形式送达的情况下，回复公告的最小时间缩短到 7 天（虽然目前 90%的公告仍然以纸质形式送达）。欧盟开发了软件系统以建立电子化送达及自动复查系统，在更广泛的电子采购计划的赞助下，提出了“SIMAP”（代表 *Système d'information pour les marchés publics*）。然而，一些系统的操作问题，包括重大错误和遗漏的自动回复公告。在实践中，一些主体使用私人公司去检查和提交公告以避免疏漏。

¹¹ See further S. Arrowsmith, *The Law of Public and Utilities Procurement* (2nd ed. 2005; Sweet & Maxwell), pp.440-448; M. Dischendorfer, “New Functionalities of the SIMAP Web Services” (1999) 8 *Public Procurement Law Review* CS 1; T. Laudal, “Advantages of a Common Product Nomenclature in Public Procurement” (1995) 4 *Public Procurement Law Review* CS 112; T. Street, “The Common Procurement Vocabulary (CPV): Development of the Community Nomenclature” (1995) 4 *Public Procurement Law Review* CS 86; P. A. Trepte, *Public Procurement in the European Union* (2007; OUP), sections 8.02-06; T. Westphal, “European Tenders on the Internet: the Policy Context” (1998) 7 *Public Procurement Law Review* CS 151; R. Williams, “Proposed Adoption of Mandatory Common Procurement Vocabulary” (2002) 11 *Public Procurement Law Review* NA 19.

委员会有义务在指令下为公布的合同公告在 12 日内送到办公室，或者在 5 日内按规定电子形式送达。关键信息以欧盟的所有官方语言发布，翻译的花费由欧盟自付。公告由一种特殊数据库发布，“投标书的电子报”（TED），使用 CD-ROM 形式（可订约）并且在网上是免费的。直到 1998 年尚可用硬盘形式作为 OJ 的补充订约此信息，但在 1998 年此形式显得太笨重，并被弃用。委员会逐渐开始关注发展工具以帮助合同方从大量信息中搜寻所需信息。各种搜寻工具在委员会 SIMAP 网站的可以获取。SIMAP 网页包含很多国家采购数据库链接，包括合同信息，不包括在指令内因为是在门槛以下。SIMAP 首页的网址是 <http://simap.eu.int>。

6.3.2 The CPV

对有效公告重要的工具（也为其他目的）是 2002 [2002] O.J. L340/1 11 月 11 日“通用采购词汇”（CPV）。CPV 是为描述使用参考号码描述政府购买的产品的一套具体数字(EC) No 2195/02，它被赋予欧盟命名规则的正规地位。目前的版本是由 2009 [2009] O.J. L188/14 欧盟议会和理事会(EC)由 No 596/2009(根据委员会网址 <http://simap.europa.eu>)CPV 必须使用合同公告（例如描述合同主观事实），虽然指令的措辞没有要求此。（见 1（14）条涉及到了 CPV 但是没有清楚的要求履行此义务。）CPV 也被用在指令的其他地方——例如，描述优先权/A 部分服务——但是仅和其他、原始的、命名（CPC 服务）在一起，而且与旧命名有冲突。

CPV 在 SIMP 网站有多种语言

CPV 的重要优点之一是给供货商为获利使用电子方式提供搜索的可能性。（例如，使用不同的词语,例如“lorry” and “truck”是同一种类的的车但可造成困难，如果 CPV 以相同标准的数字使用相似但不同的词语例如“lorry”和“truck”表示同种类的汽车，这会引发问题，但是如果使用 CPV，每个类似的表述被同一个标准代码来表示）。另一个是避免个性化的需要(官方公报以所有官方语言出版)——每一个数字对不同语言有相应的入口。

所以，CPV 有许多问题。一个事实是 CPV 系统还提供重要产品不同要求的不充足的轻微故障。此外，更基础的问题是此系统经常使采购人难以使用，因为他是采购人基础而不是使用者基础，它以生产者的利益特征描述和划分的产品，例如生产的实质（与一些供应商相关）。这是因为这个系统是基于为不同目的的更全面的命名而设计。（欧盟的产品分类），分类是以联合国中心产品分类为基础的。

这个系统还在开发并限制在处理一部分内容。然而，很难开发一个系统对采购者和供应商都适合。

6.3.3 其他公告

在指令中防止成员国通过其他含义和欧盟官方公报来公布合同——例如，在国家报刊发出公告。然而，为了保证国有公司不会受到不公平的待遇，强调公告在国内报刊不应该由于公告在 OJ.也不允许在国内公告中包含其他信息（见公共部门指令——35（5））。可以类推和涉及的基本原则是公平待遇原则，公司不得进行签约知道 OJ 的公告发出后，也不可给其他有兴趣的公司提供信息。

一些成员国要求在公告在其他地方——例如在官方国家公报上——通过法律，至少对一些合同来说，在英国没有此类法律义务。然而，许多购买者发现命名的欧盟合同公告的反应水平是非常低的，经常采取其他形式进行公告。

6.3.4 买方概况

为了鼓励公共采购方为采购人提供更多更高质量的有效信息，欧洲委员会帮助采购方在网上建立的“买方概况”，既可以通过采购方自己的网页也可通过委员会自己的“SIMAP”网页，如果采购方没有自己的网页可以在此进行登记。

6.4 合适的公司（资质和资格）¹²

在许多公共采购中，采购主体将从供应商中排除一些不具备履行合同能力或者不满足其他条件的。

6.4.1 基本原则

在许多公共采购中，采购主体将从供应商中排除一些不具备履行合同能力或者不满足其他条件的。（例如合同要求小型或中型企业，所以不属于此类的将被排除。）这个排除不符合条件的供应商的程序叫做“资格审核”。在公共部门指令中，“适合”用来指代决定哪些公司符合订约方最低标准以使其符合条件。（见 44 条和 44（1）标题）

在公共部门指令下的所有授予程序，决定哪些供应商被排除的程序由指令来规范。

指令在以下两方面限制当局的裁量权：

- 1 仅建议公司排除在指令上列名的一部分，包括财务状况和技术能力（是公平待遇原则和透明度原则的例外。）
- 2 控制排除程序，包括他们将使用的证据。

¹² See further S. Arrowsmith, *The Law of Public and Utilities Procurement* (2nd ed. 2005; Sweet & Maxwell), chapter 12; 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) 6 *Public Procurement Law Review* 257; M. Gabriel, “The establishment and participation of bidding consortia in award and review procedures in Germany and Austria” (2007) 16 *Public Procurement Law Review* 174; G. Hayken, “Comparative study: the evolution of organisational conflicts of interest law in Europe and the United States” (2006) 15 *Public Procurement Law Review* 137; E. Piselli, “The Scope for Excluding Providers who have Committed Criminal Offences under the EU Procurement Directives” (2000) 9 *Public Procurement Law Review* 267; H-J. Priess, “Distortions of Competition in Tender Proceedings: How to Deal with Conflicts of Interest (Family Ties, Business Links and Cross-representation of Contracting Authority Officials and Bidders) and the Involvement of Project Consultants” (2002) 11 *Public Procurement Law Review* 153; P. A. Trepte, *Public Procurement in the European Union* (2007; OUP), 6.31-6.92; D. Tryantafyllou and D. Mardas, “Criteria for Qualitative Selection in Public Procurement: A Legal and Economic Analysis” (1995) 4 *Public Procurement Law Review* 145.

规则寻求保护：

当局提供给参与者公平竞争机会；

评估资质的程序不会增加负担也不会给当局提供隐瞒歧视的机会。

值得一提的是指令没有明确要求采购人从任何领域排除公司。仅规范了当局有权为资质设立条件。实践中，当局都希望在授予合同前能检查公司的财务和技术情况，国家也有要求合同当局进行如此检查的法律规定。

指令在 44-52 条规定了适应性。

在限制性程序中，有公告的竞争性对话和谈判程序并不适用向所有有资质的公司邀请投标——在这些程序中，合同当事方可以采用以下筛选程序：即他们可以从具有资质的公司中只选择一小部分来邀请投标。筛选程序在 6.5 章。许多相同的法规适用筛选就像适用决定供应商是否满足参见的最低标准。然而，重要的是清楚决定适用性和选择是程序中的不同过程。

6.4.2 指令下排除供应商的根据

6.4.2.1 基本途径

不合适可以分成四个主要类型是指令下供应商的明确根据：

经济和财务基础

技术和专业能力

参与贸易或专业注册和执照的取得

职业忠诚、偿付能力和可靠性

欧洲法院声明了一项基本原则即主体只可在以下情况下排除公司，在以下几个案例中确定的原则 C-226/04-C-228/04, *La Cascina v Ministero della Difesa* (“La Cascina”)¹³

然而，最近出现的情况是欧洲法院准备对这些基本原则加一些限制：在案件 C-213/07, *Michaniki AE v Ethniko Simvoulío Raidotileorasis and Ypougos Epikrateias* (“Michaniki”)中已经声明。¹⁴这些根据列明在指令中，详尽的对排除职业资质的情况做了说明，但是并没有穷尽所有排除项：主体可以根据更多的原因进行排除以保证采购中的透明度和公平待遇原则。可被看做是介绍排除的第五类——基于公平待遇和透明度。像以下讨论的，这些排除类型并不会封闭，其他类型可能由欧洲法院允许。（见以下的 6.4.2.7）

我们现在分别考虑不同的排除根据。

6.4.2.2 经济和财务地位

公司首先会因缺乏财务和经济地位被排除：见《公共部门指令——第 47 条》。

经济和财务地位意味着什么？

对此没有规定。然而，它明确指明公司需有足够的资源去履行合同。

相关标准

国家当局确定公司应该满足的标准——例如，营业额要求的数量。（见案例 27-29/86, *S.A. Construction et Entreprises Industrielles (CEI) and others v Société Coopérative "Association Intercommunales pour les Autoroutes des Ardennes" and others* (“CEI and Bellini”)¹⁵第 26-28 段。见以下的概述。

¹³ Joined Cases C-226/04-C-228/04, *La Cascina v Ministero della Difesa* (“La Cascina”) [2006] ECR I-1347.

¹⁴ Case C-213/07, *Michaniki AE v Ethniko Simvoulío Raidotileorasis and Ypougos Epikrateias* (“Michaniki”) [2008] ECR I-9999.

¹⁵ Joined Cases 27-29/86, *S.A. Construction et Entreprises Industrielles (CEI) and others v Société Coopérative "Association Intercommunales pour les Autoroutes des Ardennes" and others* (“CEI and Bellini”) [1987] ECR 3347.

然而，对此来说重要的资质是任何能够参与的与合同最低标准应该“相关和合适”的（44（2）条）。即，例如，合同当事方只能在公司有能力执行合同时提出合理的最低年营业额要求——如果合同是刚过门槛的小合同，采购方不能设定营业额否则将排除大部分供应商而只留下最大的供应商。这种条件必须合适并且不能明确规定在指令中，在 CEI 和 *Bellini*，这样将可能引导欧洲法院采取更苛刻的要求。

虽然并未完全明确，合同当局不是必须以设定特别的最低要求例如营业额水平来处理财务地位，但是可以对一个公司的财务情况采取整体酌情评估。这将涉及更多自由裁量权而不是一种完全依靠具体规定的最低要求，并且不会如此透明，但是对提供合适的图片有必要，也有必要排除不合适的公司并且保证合适的公司不被排除，因此培养了广泛的竞争。

证明规则

在涉及经济和财务状况的证明上，指令列明了一些证据，当局也许要求：例如，银行的证明、前三个年度的营业额。对于与财务和经济标准相关的事务也在其中——例如，公司存在的合同承诺水平。在 CEI 和 *Bellini.supra* 中已经明确了。

然而，不能做出当事方要求的特别证明的公司——无论是否列明在指令中——也许会提供其他“合适”的证据。（事实上指令指明了这些适用于当局“认为”合适的证据；但是可能暗示了是否该接受其决定）

透明度要求

对公司财务和经济标准的信息要求必须在合同公告中或者投标邀请中提出（公共部门指令——47（4）条）。

任何最低要求（例如年度最低营业额要求）必须在合同公告中予以详细规定（44（2）条）。

6.4.2.3 技术和/或专业能力

公司可能会被排除当它缺少“技术或专业能力”执行合同：见《公共部门指令》——48条。主体要求具有技术能力只有当其与授予的合同相关。

在财务标准方面，任何最低条件必须与合同主体“相关及适合”。

对技术能力的要求应该与合同相关的意思是：合同当局不能设立与公司业务行为相关的条件，而只能涉及履行特定合同所需的条件。

例如：当局不能仅因为公司在经营中不符合其环保政策就排除一个公司，而这与合同要求的发货、劳务或者服务无关时。因此，不能使用收回合同作为来要求公司遵守政府的政策，因为这与合同没有关系。

同财务标准一样，决定公司是否有资质履行合同的技术标准（水平）——例如，所需的设备数量和种类——对于国家当局：CEI 和 Bellini 及 31/87, *Gebroeders Beentjes BV v Netherlands* (“Beentjes”)案。¹⁶ 关于判断公司是否有资格实施特定合同的财务标准和技术标准-例如所需设备的种类和数量-则是由国家机关制定： *CEI and Bellini and Case 31/87, Gebroeders Beentjes BV v Netherlands* (“Beentjes”)

这里列出的规则证明了哪些当局可以要求作为证明标准：例如，包括：

所需的工具、厂房和技术设备；

对订约人和/或订约员工教育和职业资质；

过去五年中产品或者过去三年的供货和服务。

在合同财务标准地位中，当局不能提出指令列明的证据之外的其他证据(案例 76/81, *S.A. Transporoute et Travaux v Minister of Public Works*¹⁷)； *CEI and Bellini*; *Case C-71/92, Commission v Spain*¹⁸)

¹⁶ Case 31/87, *Gebroeders Beentjes BV v Netherlands* (“Beentjes”) [1998] ECR 4635.

¹⁷ Case 76/81, *S.A. Transporoute et Travaux v Minister of Public Works* [1982] ECR 417.

¹⁸ Case C-71/92, *Commission v Spain* [1993] ECR I-5923.

这意味着当局不能因为某公司是由自己“批准”注册的就让这个订约人获得该合同，因为国内的批准名单不是指令要求的证明形式。（批准名单见以下）。当局很难拿到公司雇主工作情况的细节，即使当局认为这也许会与公司履行合同的能力相关。

此外，只有那些能从列明的证据中除去的标准可以予以考虑——例如，公司设备的种类和性质，公司的过去的经验，这个可以从其以往履行的合同中看到。（大法官 Darmon 在 *Beentjes* 案中，意见的第 29 段）。可以包括合同双方过去履行的合同。

对一些合同，当局有时要求公司通过某些质量保证程序来评估是否符合要求。当局应该要求质量保证系统符合欧洲标准并接受公司提出的同等质量证明等其他质量保证标准（49 条）。获得欧洲标准认证非常困难但也很重要，尤其对于小公司来说。此措辞不完全容易使当局接受同质量保证认证相同的标准，不是仅仅允许，是也许应该解释得同指令相符合。一个相似的原则也适用于按照环境运营标准认证公司的要求（指令第 50 条）。也许在任何情况下这类基本原则——合同当事人不能不要求具体的认证但必须接受其他技术能力的证明——在 TFEU 下也适用，并且也适用于所有形式的认证。

在财务标准上，在技术能力上公司信息必须载明在合同通知或者投标邀请中（《公共采购部门指令》——48（2）条）。此外，任何具体的最低要求（例如一定年份的经历）应该在合同公告中写明（《公共采购部门指令——44（2）条》）。

6.4.2.4 报名贸易/专业登记册及管有许可证

机关当局可以要求公司在其成立母国特定的贸易或专业注册机构注册（《公共部门指令》——46 条）。对一些有相关登记的成员国来说，这些明确的列明在 Annex IX。也有一些特殊条文是为没有登记制度的国家制定的。

6.4.2.5 职业诚信、偿付能力和可靠性

主体也要求允许以其他根据排除公司，欧洲法院在 *La Cascina* 中对“职业诚信、偿付能力和可靠性”已经进行了集中描述。（《公共部门指令——45 条》）。

在此供货商：

1. 破产、正在进行清算或其他类似程序；
2. 因公司职业行为而被定罪；
3. 因“严重的职业失当行为”“合同当事人可以证明的任何手段”而被定罪；
4. 在公司设立国或者合同当局所在国未交税或者社会保险费；

在指令下提供虚假信息或者隐瞒此信息情节严重并被定罪的。

在 *La Cascina* 欧洲法院也被强调这些排除的根据对成员国是选择性的（指令也指明）。

这些标准有时也可用来证明公司的财务和技术能力（例如，某公司正在进行清算因为没有偿付能力也就不可能有所要求财务标准！）。然而，没有必要将其与履行合同的能力相联系。国家基于不同的原因可能从公共采购中取消某些公司，例如因为犯罪行为、严重的不当行为等。为了保证可靠性可能：

- a. 避免与政府接触的非法行为，可以建立一个例子以避免公众批评；
- b. 为了保证与一般法和 / 或违反制裁，提供额外的牵制工具；
- c. 为了确保公平的竞争环境；或
- d. 为了保证政府基金不会用来支持企业的非法活动。

是否指令的设想的最后四个根据将被用来决定公司经营的可靠性尚不清楚——或者他们是否可以引起其他原因。对于在采购中平行政策的执行非常重要（社会和环境政策等），他们将在 11 章进行介绍。采购主体能否因为有害环境而排除某公司，即使他们与合同履行没有任何关系，仅仅因为希望使用采购权力能执行环境政策？这个问题已经欧盟欧洲法院中解决了。

另一个不确定的领域涉及“严重的不当行为”。有两种主要可能性：

一种观点认为,他仅指代公司被合适的主体（职业纪律审裁处或竞争管理局）进行评价，该公司违反了法规规定，但并不构成犯罪的情形——例如，违反了属于行政法的道德或者竞争规则。换句话说，可以被看做是等同于违反犯罪的条款，

但在技术上并没有犯罪。这个解释的意思是：在采购主体上，对歧视和防止公司滥用权力和采购主体不公平待遇方面有保护措施。

另一方面，可以适用任何不当行为——包括犯罪行为——即使没有对该不当行为的外在裁判和判决。很清楚的是，当认为是不正当行为的决定是基于采购主体的判断而不是基于其他外在决定时，信赖此条文是有风险的。

可以强调的是在案例 *C-71/92, Commission v Spain, Advocate General Gullman*（建议的第 95 条）中，强调当局应该可以在其故意不履行授予合同等严重不正当行为时予以排除。如果总的来说，他要求

在任何情况下根据以上采取裁量权排除企业应该与指令和欧盟法规想一致。本文最重要的原则是：

1 相称性，要求限制过程的措施应该与其对象相符合。这将限制某公司被排除的时间。（以不同方式排除适用此原则见案例，将在以下 6.4.2.6 中讨论）。并且也会限制排除轻微违反的可能性，尤其那些与故意或者疏忽的不当行为无关的情形。可以讨论的是，相称性原则要求合同当事方考虑供应商采取的“自我清洁”措施——这是要求公司将涉及违法行为的人员清除的措施并保证此种违反规则的行为不会再次发生。¹⁹

2 .透明度。在案例 *La Cascina* 中，在第 45 条的排除规定中此原则得以适用，在欧洲法院表明排除的具体条件需要首先规定。对欧洲法院认为成员国应该税或社会保险金非付款因此在排除内容中...因此在免税和免纳社会保险金的排除情况下，欧洲法院 认为成员国必须设定缴纳的最后期限或规定相关情形的发生可以使供应商避免排除：这是参加要求的最后期限；在发出参加邀请的期限；在投标的最后期限；在投标人考虑的日期；或者在授予的日期。（见第 31 段）。在透明度义务和公平待遇方面，这个期间应该具备绝对确定性并且让参加者知悉。（见判断的 32 段）。欧洲法院表明这个期间可以由法律或者采购主体确定。以

¹⁹ For the arguments see further S. Arrowsmith, H-J. Priess and P. Fritton, “Self-Cleaning as a Defence to Exclusions for Misconduct – An Emerging Concept in EC Public Procurement Law?” (2009) 6 Public Procurement Law Review 257.

避免使用排除根据的可能性，即以歧视方式偏爱或者排除某公司，一旦投标人或者参加人收到。一旦收到申请，这避免了在歧视性的基础上特定的优惠或排除特定公司使用排除可能性。虽然此案例涉及未付税和社会保险基金，但也许会与其他根据有关系。

在适用此条文时会产生许多实际问题，例如允许排除与违反规定的公司相关联的而公司(例如母公司)或者与违反规定的公司相关联的自然人。这与指令没有关系。也许就会认为如果成员国希望能够排除他们，关联人就会被排除，这是基于相称原则的（例如，防止一个过于广泛的排除范围）。欧洲法院将如何适用是无法预测的。

这和其他问题在强制排除方面是非常重要的（要求排除腐败和违规）：见以下的 6.4.2.11

6.4.2.6 为支持平等待遇和透明度原则的排除规则，包括消除利益冲突

像以上强调的一样，在 *Michaniki* 案中欧洲法院表明在指令中列明的根据并不是排除的详细根据：但在涉及专业资质的详尽根据上，这并不十分详尽而且主体可能会因为其他原因进行排除以保证采购过程中的透明度和公平待遇原则。

此原则在案例 *Fabricom* 中第一次引用。这个案例处理公司参加准备中的利益冲突，但其也与其他利益冲突存在潜在的相关性。

在本案中，欧洲法院裁决比利时法规禁止参与准备人员进行投标，即使他们可以表示竞争是没有风险的，这与指令是相反的，因为对制定的目标来说是不太合适的——这与本国法律的目标相左。这是因为保证参加者在竞争中的公平待遇原则会受到更小的限制的保护，即只对那些不能证明竞争没有风险的公司予以禁止参加（第 32-36 段）。然而，这也暗含了当涉及参与准备后并且不能证明没有风险时，允许从授予程序中排除某公司的参与。

欧洲法院在 *Fabricom* 中，并没有解释它的法规，即排除规则允许使用指令计划防止利益冲突：其未公共部门指令并未对明示提供排除根据做任何评论，仅列举了排除其他方面根据（技术能力，财务和经济地位及“各种”标准，例如犯罪的认定）——欧洲法院认定 *La Cascina* 非常详尽。然而，但此法规目前可以

清楚的被看做是基于此原则，即排除是被允许的只要是为了保证与公平待遇原则或者与指令其他目标相一致即可。在 *Advocate General Léger*（第 36 段）最后在 *Michaniki* 案中被欧洲法院所确定，向我们所述，设立指令允许的排除一般原则可以使公平待遇和透明度原则生效。

在 *Michaniki* 案中欧洲法院考虑了原则中的排除种类和该排除是如何由相称原则控制的。在那个案例中，欧洲法院接受了允许成员国排除对采购有利益的公司原则。然而，它强调仅允许限制在相称原则中。在欧洲法院看来，相称原则并不满足排除原则，例如在 *Michaniki* 中，范围非常宽泛以至于排除了媒体部门的所有人、合伙人、大股东或者开展活动的管理层，和政府承建商中的所有入、合伙人及大股东或者开展活动的管理层，对承建商来说公平待遇原则对利益没有实际产生任何风险的（第 62 段和 69 段）。欧洲法院也要求根据公司涉及的“中介”排除一些禁止性规定（配偶、亲戚或者财政供养人），这些在希腊法院是案件中的问题。欧洲法院评论到此结论在希腊立法中股东和中介的概念被非常宽泛的概念所强调。（68 段）。

类似的，在案例 C-538/07, *Assitur v Camera di Commercio, Industria, Artigianato e Agricoltura di Milano* (“Assitur”)²⁰中，欧洲法院总结到允许排除有控制关系的投标人（例如：所有权）或者当此联系创立了透明度和公平待遇原则的风险时通过参加授予相同的程序。然而，在欧洲法院继续概括了在参与有联系的投标人排除发标人认定的关系的完全禁止的程序并不影响投标程序与相称原则的关系。

注释：在此我们应该注意到一个术语，即指令中“合适”这个词涉及到公司在技术实力、财务地位和 45 条规定的标准上是否符合要求（即欧洲法院所谓的“专业资格”）当考虑到排除的公平待遇上也许不合适。

²⁰ Cases C-538/07, *Assitur v Camera di Commercio, Industria, Artigianato e Agricoltura di Milano* (“Assitur”) [2009] ECR I-4219.

6.4.2.7 其他排除根据：公平待遇和其他考虑

在 *Mechaniki* 中，欧洲法院对任何排除根据的存在、没有列明在指令中的规定和那些需要保证公平待遇和透明度的情况并没有进行细致的考虑。然而，欧洲法院争论到除了允许公司排除基于公平待遇和透明度而排除某些涉及利益的公司（第 60 段）——虽然欧洲法院认为有可能产生负面影响，但仍认为这个措施和公共利益是相一致的，而不仅仅是一个排除理由。

如果欧洲法院并未将此列为排除理由，这将有可能产生基于其他目标的排除类型，包括社会和环境目标——至少对于某种目标来说它可以积极的支持欧盟政策。此问题将在第 11 章讲解。

6.4.2.8 对被认可名单的说明

在实践中有很多情况是，许多政府当局先于指令而授予合同，仅因为那些公司是该政府“通过审批”的（有事也称作“资质名单”）。然而，欧洲法院在案例 C-71/92, *Commission v Spain* 中，指令规定的资质的意思是，本做法不能符合指令的规定，至少对于成员国公司来说。在财务地位的案例中，理由也许是公司经常要提交财务状况的证据来作为政府要求的选择，所以如果登记被要求作为财务状况的证明，承建商就要提交其他证据来代替。当涉及技术实力时，政府只能要求指令中列举的证据，作为批准名单的证据并没有列明，即不能要求登记。

然而，我们无法阻止政府维护此名单，这对其他成员国来说供应商来说是有选择的，他们可以说明供应上对某合同是有资质的。这种选择性名单可以节约政府和供应商的时间：一旦供应商登记成功，总的来说它不必对每个合同都提交表明其地位的证据，政府也不需要在这种场合下检查证据。

6.4.2.9 投标人的法律地位，包括财团的出价

对于复杂的合同，不同地区的企业经常聚在一起并且以财团形式出价。例如，建造和经营监狱的合同，有建筑专长的公司经常与其他有经营特长的公司聚在一起，并且共同出价。政府明确禁止拒绝此类出价，因为他们由财团提交，因为政

府不要求主体在投标时采取特别法律形式的规定（公共部门指令——第 4（2）条）。然而，当对合同适当履行有需要时，他们会要求财团在订立合同之前组成一个法人（公共部门指令——第 4（2）条）。政府只去处理法人而不是不同的公司。在实践中，大多数的财团希望能够这样做。他们会为此项目建立一个公司，每个参加的公司都会拥有一部分的股份。

基本规则的第 4（2）条也意味着政府不会限制投标人参加：案例 C-357/06, *Frigerio Luigi & C. Snc v Comune di Truggio* (“Frigerio Luigi”)²¹

指令的第 4（1）条提供了政府不能防止获得公共合同的承诺仅仅因为其采取了特殊的法律形式，当（同本案中）承诺允许在成立国通过法律形式提供服务时（判决第 23 段）。这是适用 *Frigerio Luigi* 的另一个原因，以防止政府限制参加的投标人（那个案例中的服务合同）仅仅因为公司拥有股权。

总得来说，政府可能会坚持将公司获得法律身份作为订约的条件，但是仅可以基于指令证据获得事实的证明（例如通过贸易登记来进行登记）：见上面的案例 C-71/92, *Commission v Spain*

6.4.2.10 使用其他国家的“官方名单”

指令提供了在官方名单上的公司可以使用他们的登记，在有限方式下，帮助证明其他国家符合合同的资质要求（第 52（4）条规定官方名单中的信息不能无理由的被怀疑。）基本上，在母国注册于清单上取决于证明特定实施标准得到满足-例如，公司以专业注册的形式注册或并未被定罪-则他国的采购者必须接受该注册为所争论问题的结论性证据。但是，如果这些条款不影响当局设定自己认证标准的自由（例如，必要的营业额标准或之前经历）(*CEI and Bellini*)。

²¹ Case C-357/06, *Frigerio Luigi & C. Snc v Comune di Truggio* (“Frigerio Luigi”) [2007] ECR I-12311.

6.4.2.11 被定罪公司的新强制排除²²

总得来说是由成员国去决定根据哪些规定来排除公司的参加。然而，《公共部门指令 2004/8》第 45 条包括了一个条款，要求成员国排除参与犯罪组织、腐败、欺诈和洗钱活动的公司，正如在相关欧盟文书中界定的，为了支持欧盟自己打击这些犯罪的政策。

“对一般利益压倒一切的要求”（45（1）条）有一条义务减损。毫无疑问，当此要求不能从其他来源获得时即被引起，但是不明确的是当排除规则将导致成本增大或者迟延时该怎样应用。可争议的还有排除规则是否可以在公司正在进行清算时适用，如上 6.4.2.5 提到的。

原始的建议要求各国排除在过去五年中有犯罪行为的公司，但是通过的条款将时间限制的自由给了成员国。国内规则还未对排除期限进行具体规定。

如上所述，在适用排除条款中出现的问题是怎样适用于与公司犯罪相关联的公司或者个人。

在指令中义务能对犯罪公司相关的个人或公司涵盖多远尚不清楚，例如由同一董事经营的公司，并且当有相关犯罪时公司是否要求取消公司资质。限制在公司上的义务自身被定罪仅有有限的影响，因为通常涉及的经营是通过有组织的网络工作完成的。（经常建立隐藏关系并且逃避组织或者个人的惩罚。）另一方面，对参加者更广泛的义务将涉及更广泛的检查，这意味着大量额外的政府机构可能会阻止优秀的承建商，这将非常难有效适用。²³在这个方面，取消义务仅涉及“被最后判决认定犯罪的候选人或者投标人”。然而，不解的是，调查方面的条文规定“当涉及候选人或投标人的成员国法律时，这种要求应该涉及法人或自然人，包括，如果合适，任何有代表权的公司董事和自然人，与决定或者控制

²² See S. Williams, “The Mandatory Exclusions for Corruption in the New EC Procurement Directives” (2006) 31 *European Law Review* 711.

²³ On the experience in New York on this point see, in particular, Anechiarico and Jacobs, *The Pursuit of Absolute Integrity: How Corruption Control Makes Government Ineffective* (1996); 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.

权相关的候选人或者投标人。”这至少隐含了利用此信息进行取消资格的规定。可以解释为此条款仅仅允许成员国调查有关联关系的人，并且取消与犯罪公司有关联关系的人的资格或者取消与罪犯有关联关系的公司的资格。另外，对有关联关系人的调查，和调查结果的资格取消，应该基于本国法关于犯罪的要求。

指令在第 45 条中当合同当局已经“确知”犯罪行为而要求进行排除。

在这里，是否有询问公司的义务，或者对犯罪是否存在有寻找其他证据的义务？

指令没明示规定询问经营者是否有犯罪存在的义务，或者举证的义务。在 45（1）条的最后一段中，指令规定政府应该“适当”的询问经营者以司法记录等形式提供犯罪证据，也可以对有疑问的问题寻找其他信息。

这是否是对指令的正确解读？因为指令要求“在合适的时候”主体对犯罪行为提供证据，这意味着在所有案件中通过和相关政府联系取得公司或董事的犯罪记录以寻找证据是有必要的。另一方面，为了使条款生效很有争议的是，在指令下有必要要求供应商确定他们没有相关的犯罪，并排除哪些不做确认的公司，并且主体要求至少当他们有犯罪嫌疑时就寻找犯罪证据。如我们所见，国内法规的规定对采购主体并没有这样的要求。

6.5 公开和限制性程序：获取投标²⁴

6.5.1 获取投标的程序：公开程序

公开程序的步骤围绕《公共采购指令》的规定。

²⁴ See further S. Arrowsmith, *The Law of Public and Utilities Procurement* (2nd ed. 2005; Sweet & Maxwell), pp.455-481; P. A. Trepte, *Public Procurement in the European Union* (2007; OUP), section 7.13-7.26; S. Treumer, “The Selection of Qualified Firms to be Invited to Tender under the EC Procurement Directives” (1998) 7 *Public Procurement Law Review* 147.

在公开程序下，任何有兴趣的公司可以投标，显然，政府不希望接受不符合最低条件的投标人（财务状况、技术水平等），并且政府在实际中的程序需要检查投标人的资质。通常是在收到投标之后进行。

普通程序是对有兴趣的公司联系政府要求获取合同文件（即，涉及合同术语的具体详细内容等），很明显需要这些资料准备投标。作为普通规则，这些规定应该送到公司要求在 6 日内，回馈收到请求（《公共部门指令——39（1）条》）。作为直接送达文件的例外，合同当局可以通过电子形式提供“非限制性完全直接的”文件。这说明了以电子形式提交给官方出版的合同公告应该“链接”购买者的网站上的相关合同文件。

规则规定了对公司提交投标的最低时间限制。该规则的目的，及请示其他规则的最低时间限制，是防止政府提出不合理的过短时限，这将对非本国供应商产生不合理的劣势（因为他们可能需要时间翻译文件）。

第一，对投标主体的收据在固定时间限制中应该（同在所有程序中）考虑所有情况，尤其是对合同的复杂性和选择投标人的时间要求（《公共部门指令》——38（1）条），他意味着在某种情况下有必要给更长的时间限制。

第二，公司应该通常有至少 52 日的时间进行投标（《公共部门指令》——38（2）条）从送达合同公告之日起算（不是公布之日）。

这个期限在某种情况下也许需要更长时间，都是上面在 38（1）条原则下，在当文件没有按时提供给投标人或者当其访问网站时或者在现场找所需文件时，可以要求延长时间，具体条文如下：

52 天的期间可能会在以下情况被缩减：

1. 在《公共部门指令》下——第 38 条（4），前指令公告（PIN），已经在前几年公布（至少 52 年前），提到，具体合同出现并且提出细节。PIN 是合同的提前公告：如果投标人有如此的提前公告去争取缩减时间，因为他们已经有时间准备合同了。作为一个普通规则至少得有 36 天。22 天的时间可以使用，例如，对于不用花过长时间准备的简单标准购买者。规则管理 PINs，并已经规定在第 35 条和 36 条中。

2.在指令中当合同公告通过电子方式制定并传送后，通常的投标时间限制就会缩短到 7 天（《公共部门指令——38（5）条》）。因此当没有相关 PIN 公布时，投标的时间是 45 天（而不是 52 天）；当相关的 PIN 已经公布，那么 29 天就是普通规则，在特别情况下可以适用 15 天（而不是 36 天和 22 天）。考虑到在电子传递方式下，公告应该在 15 日内公布而不是 12 日的事实，所以（时间从公告发出时起算），总的来说，对供货商来说公告保证有效的时间会增加 7 天。

3. 当主体要求“通过电子方式非限制和全面通过”合同，时间限制会被减少 5 天，对于合同文件和补充文件，从合同公告的公布时间，确定相关公告的网址（38（6）条）。

指令明确规定了当使用电子方式，减少 5 天可以增加减少的 7 天。因此当使用电子方式送达公告并在最小的时间内提供文件。因此当使用电子方式送达公告并且当没有公布相关 PIN，并在最低时间限制的 40 天提供文件，当相关 PIN 公布后，24 天就是通常时间要求，在特殊情况下要求低于 10 天。

PINs 在条款中的注释

在旧指令下，政府明示要求对所有合同发布 PINs，而不仅仅是当希望为投标缩减时间限制时。在《工作指令》下，要求公告在允许任何合同计划后就尽快发送。《供应和服务指令》没有要求对具体合同的提前公告，仅通知了在未来 12 个月中准备购买的不同种类全部的供应或者服务，在这里政府希望在这一年中全部采购能超过一定的价值。

在旧指令中的一个奇怪的决定中，在案件 C-225/98, *Commission v France* (“Nord-pas-de-Calais”).²⁵，欧洲法院采取了一个 PINs 规则中的有争议的解释，概括到——同以上相反的是——公告不要求每个合同，但只要求合同当局在 PIN 公布后在允许的投标中希望能利用减少时间限制的可能性。非常明显的是，这不是旧指令需要的，或者说，欧洲法院在案件中的推理还是完全不健全的。

²⁵ Case C-225/98, *Commission v France* (“Nord-pas-de-Calais”) [2000] ECR I-7445.

然而，在新指令中跟着欧洲法院的程序和在案件中排除所有义务去公布 PIN。虽然欧洲法院的推理是法律上不健全的判决，并有更多的推荐，自从 PINs 被广泛认为是没有意义和不必要的负担。在新指令下，在处理 35（1）和 36 条中，没有惩罚的要求：PINs 指代授予特殊合同的目的，可能会仅仅公布在选择基础，为了为特殊合同的采购程序减少时间，同上所述。

不幸的是，新指令所载的规则和在法国案例中对判决的生效未明确在简单的条文中说明 PINs 可以公布出来减少时间限制，但是简单得来说，通过在 35（1）条中添加，修改在 PINs 旧条文，PINs 仅要求利用短时间限制。在 35 条的材料中/11 号会生效，如果此情况下有公布 PINs 的一般义务。特别是，要求采购主体提前公布一年内涉及的公告不可行，如果公告的唯一观点是给予具体合同提前通知以减少合同的时间限制。

上面的历史考虑有必要解释现行规章中 PINs 的陌生措辞。

6.5.2 获得投标的程序：限制性程序

6.5.2.1 概述

限制性程序的步骤在《公共部门指令》只有所体现。

限制性程序和公开程序是不同的：不同点是：只有有限数量的受邀请公司允许提交投标。在此程序下，公司发现合同将联系购买者表示接受邀请的利益。这种联系涉及“要求参加”。

6.5.2.2 提交参与申请的时间限制

对于公开程序，在对投标人主体的固定时间限制中（就像在所有程序中一样）考虑了所有情况，尤其是，为合同的复杂性和对收到标书所制定的时间要求和设定收到要求参与的时间界限。（公共部门指令——38（1）条），意味着在某些案件中有必要比以下规定的通常期限更长。

此外，通常来讲，公司应该在政府将合同公告发出之后的 37 天内给予回复（《公共部门指令》——38（3）（a）条）。这个时间限制可以在公告通过电子方式制定和传递时起减少到 7 至 30 日。

通常的时间限制适用一个程序，这个程序没有在本章的最后表格中概括的公布 PIN。

当通常的时间限制由于紧急情况而不切实际，采访方可以采取“加速”版程序，在此程序下 37 天的时间期限成为了不少于 15 天（或者由指定电子方式将公告发出后）：《公共采购指令》——38（8）（a）。

在 2008 年 12 月 12 日的发布中，欧洲委员会建议目前经济危机促进经济的需要控制了限制程序加速版的通常适用。委员会新闻机构说：“委员会承认目前经济状况的特别性质可以控制适用加速程序，以从 87 到 30 天，减少整个时间限制。这样的紧急假设应该从 2009 年和 2010 年对所有的主要公共工程适用。”这意味着，委员会自身也不会改变在整个期间内对程序的使用。然而，可以做出对程序的使用，根据指令要求对特别案件事实的具体的判决，要根据具体合同授予的实际影响。

6.5.2.3 受邀请公司的数目要求

通常在一个限制性程序中会有比政府希望邀请的更多的公司对投标有兴趣。的确，选择一个限制性程序的理由以避免浪费投标人资源和/或者在提交和评估大量出价时政府雇佣的资源，当这个不能以更高的价值抵消。指令要求最少邀请 5 家公司，在所有情况下此数量应该也能足以保证“充分竞争”（44（3）条）。

在一些特别情况下合适的公司数量取决于合同的性质。在关于书架的合同中，10 家或者更多的出价也许是合适的，但是在信息技术等复杂合同中，几个（5 或者 6）就可以，因为准备和评估出价的成本可能会比较高。

在这些条款下最小的及合适的最大的邀请数量应该在合同公告中写明。因此合同当局不需要提前预测一个精确数量，最低即可。可以邀请多于最小数额——例如，如果有大量符合条件，就应该适用筛选程序（见下一章）。

6.5.2.4 缩短清单：在众多公司对合同感兴趣的情况下要用什么标准做选择？

首先，行政当局并不会邀请那些没有认证资格的公司（如之前讨论的，这些公司可能并不满足经济或者技术上的最低标准）。但是，通常即使排除了很多没有资质的公司，仍有很多感兴趣的公司。将感兴趣的公司缩减到可以接收邀请的可接受的数目，这个过程可以称为“制作短名单”（注意，“短名单”这个词并不在欧盟的指导文件使用）。通常来讲，在实际中无论是公共的还是私有的并购者都有许多方式来完成短名单。下面是一些常用的方式（这些方式既可以联合使用，也可以单独使用）。

- i. S 基于公司总体的经济和技术地位。也就是使用相同的标准作为认证来制作短名单。比如，授权方希望邀请五个公司投标，则他会设置一些如有相似项目经历的要求，如果有超过 5 个公司满足这个标准，则可能会缩短名单到最相关或者最直接相关的 5 个公司。这种方法的一个变化是以不同的条目给这些公司打分，然后（从那些获得满足必要分数，被认为拥有合同资格的公司呢里）缩小范围到获得最高分数的几个公司。
- ii. S 算则不同类型的公司，如一些大公司和一些小公司
- iii. S 基于一些与特定合同上表现不惜那个管的策略因素进行选择，如，倾向于一些小公司或者商业机构。
- iv. S 基于一些独立产权的考虑进行选择。如，基于男女平等或者不同国籍的平等，以确保这些方面的歧视可以避免，同时还表达了“非歧视”策略的承诺。
- v. S 循环选择
- vi. R 随机选择（如，抽签）
- vii. S 选择可能在价钱，质量等方面提供最好选择的公司，而不是针对当前的竞标提供最好方案的公司（即，在后面的部分中将进一步讨论的，如何估计一个公司最满足合同的要求）比如，看一个公司在过去的

竞标中提供的方案，或者（如果对于一个价格占主要因素的简单产品）则看这个公司提供的报价。

指导文件本身从来没有清楚指出应该使用哪些方法。但是，委员会指导手册中通常的观点是立合同的当局必须只能根据资格标准来观察公司相应的表现。也就是，必须使用方法(i)，而且这种观点被广泛接受，并在 C-360/89 案中得到支持。²⁶

- 如果这样的话，正如我们看过的委员会根据意大利法律在欧洲法院提起诉讼，这个法律规定有至少 15 个承包商被邀请参加合同的竞标。在这个案例中，法律要求至少需要 15 个承包商被邀请，而且在决定哪些国内公司被邀请时，需要给出合作和合资经营的参考，这些东西将包括正在进行的与投标工作相同领域的工作的情况。欧洲法院提出诉讼支出这项条款违反了工作指南，并指出只有投标公司的相关财务状况和技术能力等才应该别列为缩减名单时所要考虑的。（可以注意到欧洲法院还提供了与 TFEU 在自由提供服务方面相抵触的条款。这个条款间接的不公正地对待那些外国公司，这些公司并不像其他意大利公司一样将主要的商业活动放在意大利地区。）

尽管对很多案例有用，在所有的案例中使用这种方法的请求受到了广泛的批评，特别是在：

- 这种方法排除了很多有用且重要的筛选候选人名单的方法，如对于复杂合同的最小建议方法（但是，在复杂对话过程中，最小建议阶段可能消除这个问题。）这个方法也有可能有利于更大的国内公司，尽管欧盟的策略是推进中小企业(SMEs)的发展。
- 如果这种方法不是应用在一种严谨和差别细微的方式下，将会变得随意性很强。如果很多公司都很轻易的超过满足合同所需要的人力或者其他资源要求，这样他们不会有任何表现不好的风险，所以这样很难通过

²⁶ Case C-360/89, *Commission v Italy* [1992] ECR I-3401.

政策进一步的看出哪个公司拥有最雄厚的资源，或者相关的可用资源的程度。比如，有很多合同只要一个营业额在 500 万的公司来执行就跟一个营业额 5 亿的公司一样没有任何风险，这种情况下，指导手册中挑选候选人的方法就会变得很随意。如果挑选候选人只使用这种“认证资格”的标准，则很容易促使那些不合适的公司采取这种方法，变得符合要求。可能实际中指导手册中的这种方法并不被允许。一些挑选候选人的标准和挑选候选人目标的合理联系应该能够展示出来。这样将能够合理的将最多的分数分给那些到达某一等级的公司，而不是为了增加资源而不断的提高分数。

- 对于一些合同，可能有很多潜在的合适的投标者，但是，使用这种方法很难将数目限制在一个合适值上。

讨论过利用这种方法选择投标方的优势和劣势²⁷，并获得这样的结论，无论在指导守则下有多少种其他的辨别方法，这种办法总是需要的，因为公司总是需要查看候选公司²⁸的相关的经济和技术实力。

新的指导方案在这个观点上的措辞与之前的版本有所不同，其内容如下（Article 44(1)）。

合同应该根据章程 53 和 55 中列出的标准进行授予，同时考虑章程 24，合同授权人经过检查经济运营的稳定性（不排除章程 45, 46）与经济和财务状况，专业技术技能或者章程 47 和 52 中列出的能力相一致，同时参考第 3 段中的非歧视性条款和标准。

第 44(3)简单的说明，经济实体需要在合同注释中指出他们所使用的评估标准的客观性和公平性。

²⁷ “The Selection of Qualified Firms to be Invited to Tender under the EC Procurement Directives” (1998) 7 Public Procurement Law Review 147.

²⁸ He also argues that this is not ruled out by Case C-360/89, *Commission v Italy*, since he does not consider that that case unequivocally deals with choosing between suitable candidates, rather than simply with determining which are suitable. However, it is hard to make such an argument since in para.21 of the judgment the 欧洲法院 is clearly addressing the legality of the “preference” in the Italian provision that applies when there are more undertakings than the authority wishes to invite.

任何法律上实质性的改变并不能作为客观性和公正性的新参考和新标准。这仅仅是强调使用的标准必须是客观的和公正的，且同样适用于通常人们所认为的标准——法律。

这些标准通常应用在实际中的方式有：

- 给潜在的投标方根据资质普遍进行打分，那些达到某一门限（这个门限可能包含对于某些标准的最低分数的要求，以及对全部标准和部分标准的总体分数的要求）的公司被认为是适合的。合同的授权人然后会邀请那些获得最高分数的竞标者（被列入候选名单的人）

- 基于整体的技术能力和财政状况对投标者进行打分，以决定那个才是最合适的。合同授权方从这些合适的候选人中，再选出最具备专业经验的。比如，一项建立和运营医院的合同，合同的授权方在开始的阶段选择合适的，主要有建造建筑的经历即可，但是在筛选候选人阶段可能就要考虑潜在的投标者在医院建设方面有没有相关的经验了。

6.5.2.5 做出选择的范围

在 2004 公共区域指南中在 44(3)章中包含了一个新的条例，斡旋实体不应该包含没有请求参加的经济运营者（反之，如果有合适的候选者，则应该继续下去，即使数量可能低于最初设置的数目）

这里提到的“请求”表示对初始参加合同竞标邀请响应而递交的请求，与之前知道手册上的是一致的。这些可以是全国性的广告或者征求，但是基于公正的原则，对邀请的响应的截止时间应该在公共周刊上进行明示。这可能预示着一个采购的实体可能不能接受截止时间或者在截止时间之后提出请求，他们可能在这个条款的范围内进行争辩，他们将那些没有参加请求的经济运营商作为初始的邀请，只有那些在截止日前收到陈述的才有资格。对这项的证明是很困难的，而且在没有足量的有资格的公司情况下这也是未被证明是正确的。

6.5.2.6 选择标准和条款的设定和披露

明确了不能提前开始或者披露对筛选候选人的加权（即，与其他准则相比这个准则有多重要）。这个与加分准则的定位是不同的，公共区域指导 2004/18 要求斡旋实体要起草和披露不同准则的加权。

但是如果一个授权方在请求递交或者被考虑前，拟定了一个应用选择准则的详细的方法，基于透明的原则，在潜在的投标者递交他们的投标前，这个方法应该被披露。这是欧洲法院基于旧的指导原则，在 **Universale-Bau** 案例下获得的结果。²⁹

- 这个案例是关于一个污水处理厂建设部分合同的一个加分限制，该限制在工作指南 93/37 中。在这个案例中 **EBS** 告诉受邀的参与者他们将选择 5 个在筛选过程中分数最高的公司。同时还告诉他们排名将通过列举 5 个项目作品，来考查近五年的技术运营能力。这个过程将根据一个独立的第三方提供的打分系统来完成。但是这个打分系统并没有向候选人进行公开。欧洲法院评述这个公司“在竞标前就已经规定了标准加权用于筛选被邀请的竞标者”，基于透明的一般性原则，公司必须在合同中注释，或者在竞标文件中明示。欧洲法院进行类比，根据快速准则，必须披露加分的准则，并得出结论说在某些选择标准根据透明的准则也需要进行同样的披露。但是这个理由并不充足，因为在加分准则上的快速条款事实上并不参考这些欧洲法院要求披露的信息进行的，这些知识最基本的准则。（相关部分在章节 6.7 关于奖励准则）

这是一个将一般性的透明原则应用于指导原则中明确的条款上的例子。它强调了在公共采购和法律本身中透明的极端重要性。

现在并不完全清楚这些原则在新的指导意见下能否被使用，旧的指导原则中没有提到披露选择标准的事情，但是新的指导意见则包含了几个特殊的准则，如上面提到的。在指导中任何义务的披露都是很详尽的这一做法是受到反对的。但

²⁹Case C-470/99, *Universale-Bau and others v Entsorgungsbetriebe Simmering* (“Universale-Bau”) [2002] ECR I-11617.

是，欧洲法院最近的一些法律案例都要求对合同的奖励阶段的方法进行详尽的披露（参考 6.7 章节），这似乎是在表示支持 Universale-Bau 的在新的知道意见中对要求要继续进行披露的观点。

6.5.2.7 发送邀请

邀请函应该同时且不带歧视的发给每个被选择的公司（公共区域指导，章程 44(1)）。其中一些信息必须随同每个邀请一同发出（公共区域指导，章程 44(2)，章程 44(5)）。

6.5.2.8 投标的时间

发送招标邀请，除了上面提到的要给予充足的投标时间的一般原则之外，必须要给企业 40 天的投标时间。（《公共采购指令》第 38 条第 3 款）在公开招标程序中，如果提前已经提交了合同的 PIN 公告，这一时间限制可以缩短。在这种情况下，一般会减少到 36 天，但是如果有正当的理由，作为 36 天要求的例外，也可以到 22 天，例如采购的性质比较简单。

根据《公共采购指令》第 38 条第 4 款，如果采购主体允许自由直接的访问电子文件，那么这一时间期限还可以继续缩短 5 天，包括在 22 天的基础上。

在限制性采购程序中，投标的时间必须不能少于 10 天，《公共采购指令》第 38 条第 8 款，对这一期间没有减少的规定。

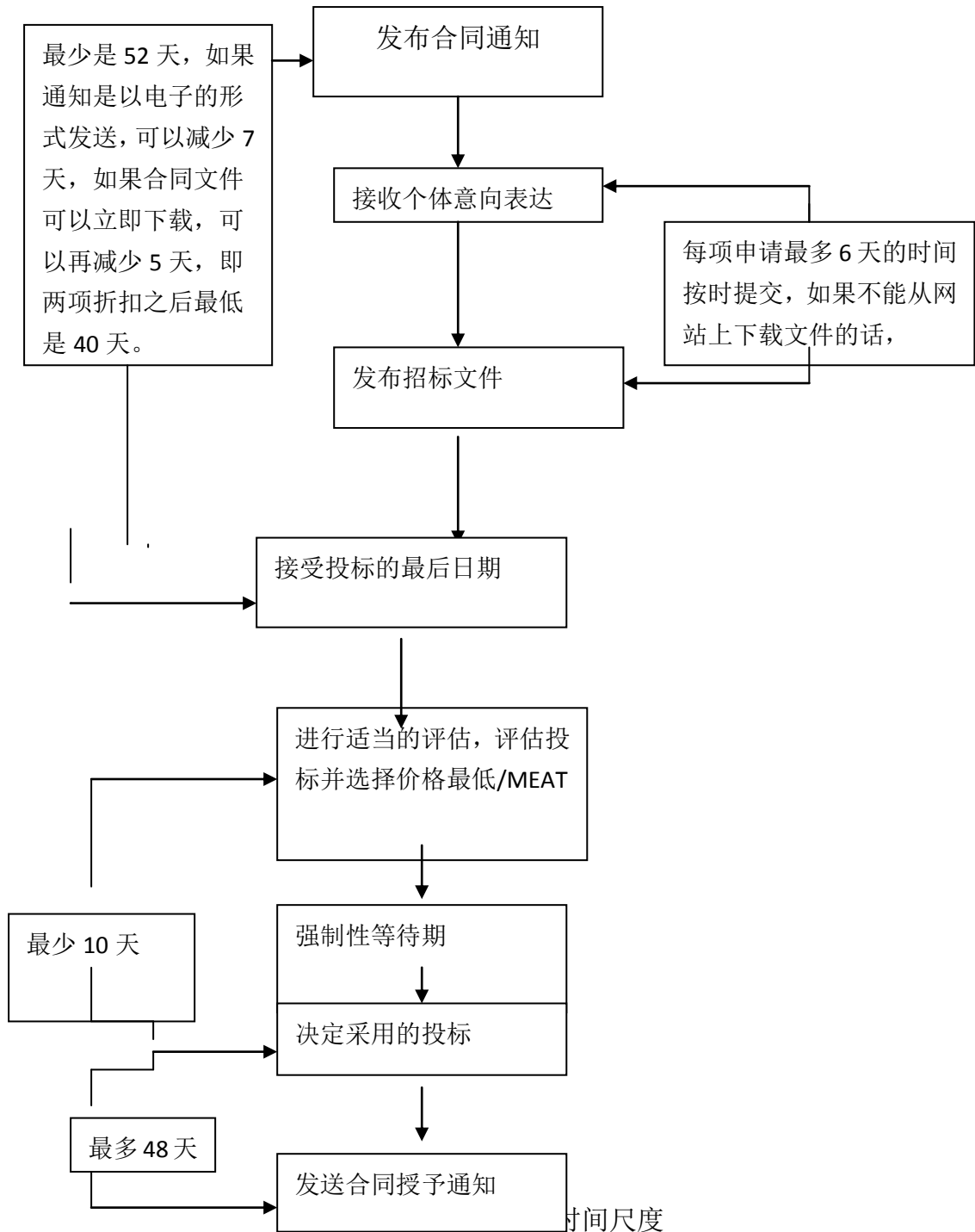
在没有公布 PIN 公告的程序中的时间限制，在本届最后的图表中进行了总结，限制性招标程序的最低时间限制。

公开招标程序的最低时间尺度

这是一个为 THEM s 系统的信息数据而支持的修改后的版本，我们在此感谢他们允许使用。This is a modified version of a diagram originally produced by Achilles Information for the THEM S system we are grateful for their permission to use it here.

说明：

- (1) 这是一个假设的程序而不是公开的 PIN 公告。
- (2) 在有些情况下需要的时间尺度可能会比规定的要长



6.6 公开和限制性招标程序：未经确认的投标³⁰

有些情况下，投标人可能会提交一些不符合合同文件要求的标书，要么是实质要求不符（例如付款的规格或条件），要么是程序要求不符（例如投标的截止日期或陈述）。在允许或者要求采购实体自己决定接受或拒绝不符合要求的投标的问题上，还涉及许多政策问题。在欧盟法律背景下，一个值得特别关注的问题是，给予采购实体决定接受或拒绝不符合要求投标的自由裁量权，可能会为它们偏爱本国供应商提供了机会。

对不符合要求的投标有以下几种可能的应对方式：

选择 1：按标书的现状来对待（也就是作为未经确认的投标对待）；

选择 2：如果标书修改后符合要求，就按合格投标来对待，这可能会涉及采购实体的修改或者投标人的修改；

选择 3：拒绝投标；

选择 4：作为必须绝对但是该投标人参与的新的投标或者其他采购工作的标书对待。

欧盟的立场是欧盟指令中没有关于不符合要求投标的任何清晰明确的规定。对于这个问题，虽然从欧洲法院（欧洲法院）有限的判例法中可以得到一些明确的基本原则，但是在很大程度上仍然没有搞清欧盟的法律要求，这些要求不得不依靠以后的法院记住现在所讨论的政策因素并进行发展。在处理有待于澄清的灰色地带的问题时，例如，预测法院可能做什么或者进行论证时，在考虑法院在相关的审判中常常如何处理那些论证的同时有必要考虑这些政策问题。

我们会依次讨论每一种选择对成员国的实用性。

选择 1：作为未经确认的投标对待

欧洲法院根据指令明确说明，如果投标不符合订约当局的基本要求，订约当局可以不考虑该投标（也就是选择 1）。这一点在 *Storebaelt* 案中已经明确。³¹

³⁰ See further S. Arrowsmith, *The Law of Public and Utilities Procurement* (2nd ed. 2005; Sweet & Maxwell), pp.455-481; P. A. Trepte, *Public Procurement in the European Union* (2007; OUP), section 7.13-7.26.

这个案例有关的诉讼程序由欧洲法院丹麦委员会进行，涉及桥梁建筑合同的限制性招标程序。招标说明书里已经提出了三种可能的桥梁施工方法，并且规定承包商可以提出替代方法。但是这要受某些条件的制约，其中一个条件是承包商要为替代设计的细节承担责任。订约当局接受了一份投标，该投标书含有一个替代性建议但是没有符合这一条件。欧洲法院裁决违反了指令的公平对待原则，因为任何接受的投标必须符合招标说明书的基本条件。很显然，其他的投标人会按照这些条件起草标书，所以接受不符合条件的投标会对其他承包商不公平，使得该承包商有机会在不同的基础上提交标书。

Storebaelt 案确立的不接受不符合要求标书的原则的另一个例证是 *瓦隆巴士案*³²。

这个案件有关的诉讼程序是由欧洲法院欧洲委员会进行的，涉及 *Société Regionale Wallonia du Transport (SRWT)* 采购公共汽车的公开招标程序。（该合同实际上是由《公共采购指令》规定的，但是所有的指令中公开招标的适用规则相同。）SRWT 依据合同，授予 EMI 供应部分汽车。竞标人 Van Hool 向比利时国家法院提起诉讼质疑授予 EMI 供应权利，同时向制定该程序的欧洲法院委员会进行申诉。其中一项理由就是 SRWT 没有遵照招标文件中规定的条件。SRWT 要求公司提供信息来计算每一个投标的备件和维护费用（例如拆除某些部件所用的时间），但是还规定这些费用要根据招标文件中规定的有关某些零件需要更换的频率的数字来计算。EMI 已经提供了计算自己产品的更换频率的数字，而这些数字比 SRWT 规定的更有效。SRWT 用这些数字来计算 EMI 的备件和维护费用。欧洲法院裁决认为这违反了公平原则，因为只有 EMI 有权用这些数字计算更换的频率。

瓦隆巴士 案件对采购人来说是一个很好的案例，提醒他们在起草合同的时候不要把条件规定的太规范。对于订约当局来说没必要决定需要更换的零件的频率，但是它应该让不同的投标者提出自己的建议如果他们觉得物有所值。但是这些案件并没有取消这样一种可能性，即订约当局可能会接受不符合次要方面的标书，

³¹ Case C-243/89, *Commission v Denmark* ("*Storebaelt*") [1993] ECR I-3353.

³² Case C-87/94, *Commission v Belgium* ("*Walloon Buses*") [1996] ECR I-2043.

Storebaelt 案件仅涉及到一些次要方面。在例如在不相符或不因素都没有办法客观量化并被纳入考虑范围内的情况下，投标者没有实质优势，则可能被允许。

选择 2：允许改变标书

订约当局是否有责任允许改变？

好像指令并没有强制要求订约当局允许投标人根本上改变标书的一般义务，至少标书版本的调整要不明显。虽然欧洲法院并没有明确的考虑过这一点，但是这是普通法院（原一审法院）在 *Adia Interim SA v Commission* 案所支持的观点。³³在这个案件中，普通法院认为投标人没有权利坚持主张允许他修改标书上的价格误差。这个案例没有明确涉及到不符合要求的标书，而是有关标书的修改。

基于均衡原则这就可能产生这样一种观点，即是否有责任允许修改标书其他不符合要求的地方。这一观点将在某些情况下排除不符合条件的标书，特别是在不会产生负面影响或问题的方面采用这种观点对任何遵守既定的规定的一方来说是不均衡的，特别是考虑到欧盟在广泛的市场上获得的利益（正如前面所提到的，不允许修改不符合次要方面的标书明显的减少了合同竞争的范围）。

这种观点可以在普通法院 *Tideland Signal Ltd v Commission* (“Tideland”) 判例中获得支持。³⁴

这个案件涉及到由欧盟委员会发起的，为在欧盟援助项目（TACIS 项目）中的前苏联的一些国家港口采购导航设备的招标。其中一个申请人的投标被拒绝，因为标书中没有包含保持标书公开直到投标截止日期之后 90 天的协议。投标人认为标书中规定的“从提交标书的最后期限之日起 90 日期间，也就是到 02 年 7 月 28 日”是有效的。但是实际上 90 日期限的最后日期不是 02 年 7 月 28 日，而是更晚，原因是委员会延长了提交标书的最后期限，而 *Tideland* 已经提交了与原始标书相同的文件，忘记修改有效性的终止日期。常设法院废除了委员会拒绝这份标书的决定，法院认为以上关于有效性期间的陈述是模糊的，招标书中“可

³³ Case T-19/95, *Adia Interim SA v Commission* (“Adia”) [1996] ECR II-321.

³⁴ Case T-211/02, *Tideland Signal Ltd v Commission* (“Tideland”) [2002] ECR II-3781.

能有一个简单的说明，能够轻易地解决”的说法是模糊的，委员会应该运用所用的权力（像标书文件中说明的那样）澄清模糊。常设法院认为在这种情况下日期的错误是显然的。法院用均衡原则证明在这个问题上它的决定是正确的。

这不是一个明确的不符合要求的案件而是法院认为标书模糊。然而如果标书本身是明确的，但是其中的日期存在误差，这种方法也可以适用，要么应该由订约当局予以澄清，要么由投标人发现提醒订约当局注意。通过类推 *Tideland* 案件，可以说基于均衡原则要求修改标书模糊的地方。当清楚什么地方出现错误以及明确标书实际上应该如何规定的时候，是应该允许修改错误的。

可以明确的是在投标不符合实质要求的情况下没有义务允许修改标书，在这种情况下标书的修改是不确定的，例如，在不符合实质条件的情况下可能会影响订约当局评估标书的价值。

成员国会允许它们的订约当局接受不符合要求的投标书的修改或者允许订约当局修改招标书吗？

一个更加困难的问题是，对于订约当局接受不符合要求的投标的修改或者订约当局修改招标书，成员国会在多大程度上允许这种修改？正如我们在以上几个有限的案例中看到的那样，投标人确实有修改的权利，但是如果订约当局允许投标人修改不符合要求的标书，那么允许修改的程度则没有明确的说明。例如在 *Adia Interim* 案件中，订约当局是否允许标书做出投标人所希望的修改呢(假设那些行政当局没有被要求的必须允许修改的决定是正确的)？如果指令允许修改，成员国也可能根据自己国家的法律要求允许订约当局在特定情况下做出它所希望的修改。

目前，在欧盟层面上还没有直接处理这种情况的案件。正如我们上面所提到的，反对允许接受修改的一个主要理由是订约当局会滥用自由裁量权允许本国供应商修改标书。一般情况下可能会允许本国供应商而不是其他人修改标书。凡是有意投标的标书内容不明确的，允许修改还会使得本国供应商实际上通过修改来改善标书（如果他们与订约当局串通，他们可能会得到其他标书的信息）。可以说允许修改标书违反了公平对待原则，使得修改标书的供应商获得一种优势，要么是有更多的时间完成标书，要么是有可能改善或者以其他方式改变标书。另一

方面，允许修改标书扩大了竞争，促进了欧盟竞争原则，使得国内当局更好的实现了物有所值的目的。也可以说没有违反公平对待原则，因为自由裁量权以同一种公平的方式对待所有处于比较位置上的供应商。在比较位置的是那些没有提交确认的投标者。目前还不清楚欧洲法院在解释指令的时候怎样平衡这些相互矛盾的观点。

选择 3：拒绝标书

正如我们上面看到的那样，一般没有义务允许修改不符合订约当局要求的投标。在这种情况下，订约当局可能会使用自由裁量权拒绝标书，正如我们以上看到的那样，实际中订约当局可能会根据欧盟法律拒绝不符合要求的投标。

选择 4：重新招标

订约当局或许想知道是否能够发行一个新的招标，例如一个或者更多个投标人不符合要求事实上导致订约当局不能挑选出一个非常好的标书。是否可以通过修改条件使其不那么规范来改变判断中的错误，从而允许所有的投标者在修订的基础上投标而不是开始一个新的招标程序呢？在瓦隆巴士案件中，法院明确拒绝考虑这个问题，因为没有必要。但是有人认为这种修改是允许的，前提是这些变化不要太大以至于使合同成为一个需要新的授予程序的新合同。关于是否允许重新投标的问题将会在下面的 6.9 关于标书的一般修改部分进一步探讨。

6.7 合同授予³⁵

6.7.1 简介

我们使用的“合同授予”一词指的是授予阶段的程序，在这个阶段采购实体决定投标者提交的标书哪个最有资格，最能响应。需要指出的是，授予有时仅仅依据出价最低或者可能涉及的其他因素比如质量。这在欧盟规则下也同样适用。

³⁵ See further S. Arrowsmith, *The Law of Public and Utilities Procurement* (2nd ed. 2005; Sweet & Maxwell), pp.499-531; P. A. Trepte, *Public Procurement in the European Union* (2007; OUP), pp.297-299 and pp.462-474.

根据欧盟法律，公开招标程序和限制性招标程序所适用的合同授予规则是相同的。欧盟法律下，授予标准规则的目的是保证授予标准适用的透明性，以便防止歧视性的决定被掩盖。但是，这些规则可能也有其他的目的，比如要求授予标准要与合同的标的有关，可以看作是为了保证合同来源的广泛性（尽管它的理由实际上从未被真正讨论过）。

6.7.2 可能使用的授予标准

6.7.2.1 基本原则：出价最低或者最具有经济优势的投标

不管是在公开招标程序还是在限制性招标程序中，只要投标书被接受，招标合同就必须基于两个标准授予：

- 1 出价最低；
- 2 最具有经济优势

这一规则规定在《公共采购指令》第 53 条。

根据出价最低标准，合同授予给出价最低的投标人。许多采购主体仅仅在不同供应商提供的所购买的物品的性质和质量没有太大差别的时候使用这个标准。

根据最具有经济优势投标原则，采购主体在考虑所有相关因素之后，可能会把合同授予给投标最具有优势的企业。《公共采购指令》第 51 条 a 项列举了可能采用的不同的因素，例如价格、性能、经营成本、售后服务及交货日期等。例如：

一个机构购买一个新的信息技术系统以取代旧的纸质系统用来处理员工工资及福利等，可能就不仅仅对前期成本感兴趣。在决定购买哪个系统的时候，它可能会考虑其他的财务方面（比如这个系统需要管理多少名员工，要使任何现有的员工都能操作这个系统需要什么样的培训）；性能要求（比如这个系统处理信息的过程有多快，以后如何应付增加的交易量，在系统出现故障时，备份系统怎么样，新的系统需要多久能够运作）。

指令中的这个列举是不详尽的，但是采购主体可以采用其他的因素（按照以前建立的情况，现在是在指令的文本中做了明确的规定）：SIAC 的案例³⁶；Case C-513/99, *Concordia Bus Finland Oy Ab v Helsinki Kaupunki and HKL-Bussiliikenne* (“Concordia Buses”)。³⁷

6.7.2.2 与合同标的有关的要求

指令中列举的关于允许标准都是与被授予合同的履行有关的，所有被采用的因素也必须同样地只与合同的履行有关。欧洲法院在 *Concordia Buses* 案中对此进行过论述，现在在现行指令中有特别的规定（第 53 条要求标准要与“合同的标的有关”）。

在 Case C-448/01, *EVN AG and Wienstrom GmbH v Austria* (“EVN”)³⁸ 案件中，有一个列举的标准没有被允许，因为它与合同的标的无关。

这个案件中，合同授予的标准是价格（此时加权是 55%）以及投标人每年可提供的超过 22.5 亿千瓦时的可再生能源的数量（此时加权是 45%）。22.5 亿千瓦时就是这个合同所要估计的能源的总量。授予标准就会优先给那些能够提供多余合同所需要的可再生能源的数量的投标人。

欧洲法院认为，只关注投标人能够向一般客户提供的总额，而不关注投标人能够向特别的采购实体提供的数量的这样的标准是不合法的。这种标准好像仅仅指向市场上可再生能源的整体供给的增加，而不关注供应商如何履行与政府的合同。奥地利政府已经表示这种标准是与供应的可靠性有关，但是欧洲法院认为与投标者所能提供的超过合同数量的最大可能性的标准是不能作为授予标准的（第 70 段）。很明显的是，如果一个采购实体希望把可靠性作为标准，那么它必须制定一个更恰当的，更直接的与可靠性有关的方法作为标准，例如对那些供应量超过规定数量一定比例的投标人给予优惠。

³⁶ Case C-19/00, *SIAC Construction Ltd v County Council of the County of Mayo* (“SIAC”) [2001] ECR I-7725.

³⁷ Case C-513/99, *Concordia Bus Finland Oy Ab v Helsinki Kaupunki and HKL-Bussiliikenne* (“Concordia Buses”) [2002] ECR I-7213.

³⁸ Case C-448/01, *EVN AG and Wienstrom GmbH v Austria* (“EVN”) [2003] ECR I-14527.

6.7.2.3 不确定因素的处理

在 SIAC 的案例中，欧洲法院认为采购方可以在标书评估时事实未定的情况下采用有关的估算标准。那个案件的公告表示，合同要基于最具有经济优势的标准授予，“成本”和“技术水平”是考虑的因素。投标人被要求提供合同中不同物品的价格。招标文件中会给出每一种物品的估算数量。要求投标人根据每种物品的价格乘上估计的数量，计算出整体价格填在标书中。实际支付的价格将根据合同履行期间每种物品的实际数量计算，而不是根据估算数量。存在两个相同的最低价格时，根据技术水平来作出判断。SIAC 的投标以上面规定的方式进行估算，提供了最低的价格，但是采购主体却选择了另一家公司。一个理由是这个投标可能导致最低的合同价格，采购方的观点是最低的“成本”意味着授予标准。这样做的原因是 SIAC 没有填写列举的一些物品的任何数量（“zero-rated” items 零价格物品）。招标文件中规定，任何零价格物品的费用被归入到列举的其他有关的物品之中。但是采购方认为，这样大量的零价格物品可能产生扭曲最终价格的影响，同时由于数量的变化使得采购方很难控制费用。（因为在这种情况下，成本的计算不是等同于相关的物品的数量。）法院认为，原则上是有可能考虑到这个因素的。

采购方根据将要支付的评估价格为基础，基于将来可能发生的事实（比如需要的数量）为基础进行授予的原则，在 *Case T-4/01, Renco SpA v Council* (“Renco”)也得到确定。³⁹

6.7.2.4 采购主体自由裁量权的范围

一般来说，采购主体决定如何衡量不同的授予标准，它们在这方面有一个很广泛的自由裁量权：参见 EVN 案例，在那个案例中，欧洲法院裁决采购主体完全可以采用 45%权重的环境标准。

6.7.2.5 其他的限制条件

成员国不得要求采购人在所有的劳务合同中采用价格最低的一般原则，在 *Case C-247/02, Sintesi ApA v Autorità per la Vigilanza sui Lavori Pubblici*

³⁹ Case T-4/01, *Renco SpA v Council* (“Renco”) [2003] ECR II-171.

(“Sintesi”)⁴⁰案件中体现了这一点。该案判决背后的原理是，在一定程度上，采购实体必须能够自由的做适当的决定以保证每一项合同的竞争性。

在上面的 **SIAC** 案中，欧洲法院认为授予标准必须客观的，一致的适用于所有的投标人，任何意见都必须“在所有客观因素的必要分数根据好的相关表现作为评估”(第 45 段)。这表明欧洲法院会审查标准的适用，以保证采购人的自由裁量权不被用来掩盖歧视性的决定。

在上面的 **Concordia Buses** 案中，法院同样规定环境标准（在该案中涉及公共汽车废气排放的程度以及噪音程度）必须

- 1: “明确”；
- 2: “可计量”。

关于明确性的要求，没有精确的指定要考虑的环境影响(比如噪声，污染等)，采购实体就不能充分的考虑供应商的环境报价的负面效应。

第二个要求，即标准必须是可以计量的，可以说为了在授予过程中评估这些标书，不参杂主观因素对标书的具体环境影响进行测量是必要的。很显然，对公共汽车的噪音程度及废弃排放程度进行测量是没有困难的。换句话说，看来欧洲法院正在考虑授予标准援引的产品和服务的影响是否能够被一些客观测量方法但是不是财务方法进行量化。

这些标准是否以及怎样适用在其他类型的授予标准上还不清楚。可以说它们确实可以适用，因为在欧洲法院在 **Concordia Buses** 案中所依据的以前的判例在制定这两个要求时不是只关注商业类型的标准。有争议的是因为之前的判例法根据欧洲法院在 **Concordia Buses** 案例中发展这两个要求不是对商业类标准排他的情况下，他们适用。

如果这两个要求的确适用，在特定情况下，在指令下的特定解释性清单中所提及的标准是有争议的，这一要求被按照指令本身所要求的具体标准执行。指令明确要求采购实体提到它们说计划采用的标准，但没要求这些标准的具体方面。

⁴⁰ Case C-247/02, Sintesi ApA v Autorità per la Vigilanza sui Lavori Pubblici (“Sintesi”) [2004] ECR I- 9215.

例如，采购实体在公共工程中只提到要考虑“技术水平”，这就足够了，不需要涉及明确的细节的技术要求。尤其是，要求采购方精确的说明他们并不熟悉的产品、工程或服务的特性很困难，以此来防止采购方对已知的供应商的不正当的偏爱破坏指令的目的。

就可量化性而言，严格来讲，这可能会被认为排除了任何不能用严格的客观条款测量的授予标准，例如采购方和供应商之间的“文化相符度”。但是，很显然情况并不是这样的，因为指令明确提到了较程度的主观判断标准适用的可能（尤其是“美学特征”的案件）。看起来在 **Concordia Buses** 案中很难协调事实与可量化原则。一种可以采用的观点是在涉及合同货物、工程及服务的环境影响上采取客观性较高的标准，在合同其他方面不采用这一标准。

一种观点认为 **Concordia Buses** 案件的条件不能以同样的方式适用于商业标准上，这种观点在 **Renco** 案中得到了支持，该案是关于议会大厦维修的合同。

Renco 案件中的合同授予标准是最具经济优势，招标文件中提到了 8 个特别重要的标准。这些标准是投标书的符合度、投标书的价格、固定团队在提供类似服务时的经验和能力、企业的经验和技術能力、安全统筹人的建议、推荐的分包商的能力、提供的设备和原材料的工艺质量以及确保按合同规定的期间提出方案。**Renco** 的诉讼之一就是以上这些标准很多都不明确，给了议会太大的自由裁量权。欧洲法院没有采纳这个理由。在法院的结论中强调，采用的标准实际上没有必要是“定量的”（法院认为的条件是只要达到上述标准的前两个），但是要包含可定性的因素。因此法院认为上述的所有标准都是可接受的，并且特别强指出议会没有违反公平对待和透明度原则。但是这一判决的价值实际上是有限的，首先，欧洲法院没有参考以前的 **Concordia** 的判例，其次，法院在判决中没有明确的区分授予的标准和选择的标准。

6.7.2.6 选择标准和授予标准之间的关系⁴¹

关于允许的授予标准的一个重要且有争议的问题是授予标准和选择标准之间重叠交叉的程度。特别是一些不确定的程度，比如在授予阶段考虑投标公司或者个人的能力对合同会产生很大的影响。根据《联合国国际贸易法委员会货物，工程，服务采购示范法》的规定，服务采购的主要方法中，采购实体可能会考虑这些是事项。例如，第 39 条规定，在服务采购的主要方法中，采购实体会考虑“资格、经验、声誉以及供应商或承包商及提供服务的相关人员的专业性和管理能力。” 这些事项往往与将要交付的服务质量有关。例如，相关的提供专业服务的人员过去的经验中的资格和知识，不仅会影响他们根据合同规定的最低标准提供服务的能力，而且会影响他们提供的涉及其他公司的服务能力。当按小时定价时，这些因素可能也会影响成本，因为从过去经验中获得的知识可能会使投标人完成相同的服务更为迅速。因此这些因素在评估中就可能被认为是最具有经济优势的投标书，例如服务质量就是一个授予标准。

但是欧盟的立场在最近的欧洲法院的案的 C-532/06, Emm. G. Lianakis AE v Dimos Alexandroupolis and others (“Lianakis”)案判决中遭到了质疑。⁴²

这个案件涉及希腊的审查机构对欧洲法院的一个初步裁定的应用。希腊审查机构介入前的诉讼涉及一个工程服务的授予程序，该工程涉及希腊一个地区的“地籍、城镇规划和执行措施。”

⁴¹ See further M. E. Comba, “Selection and Award Criteria in Italian Public Procurement Law” (2009) 18 *Public Procurement Law Review* 122; L. Folliot-Lalliot, “The Separation between the Qualification Phase and the Award Phase in French Procurement Law” (2009) 18 *Public Procurement Law Review* 155; K. Krüger, “Superiority in Experience and Skills may Distinguish a Better Tender Bid! Critical Reflections from Norway on the *Lianakis* Ruling” (2009) 18 *Public Procurement Law Review* 138; P. Lee, “Implications of the *Lianakis* decision”, 2010 (2) *Public Procurement Law Review* 47; A. Rubach-Larsen, “Selection and Award Criteria from a German Public Procurement Law Perspective” (2009) 18 *Public Procurement Law Review* 112; W. Timmermans and T. Bruyninckx, “Selection and Award Criteria in Belgian Procurement Law” (2009) 18 *Public Procurement Law Review* 128; S. Treumer, “The Distinction between Selection and Award Criteria in EC Public Procurement Law: A Rule without Exception?” (2009) 18 *Public Procurement Law Review* 103; S. Treumer, “The Distinction between Selection and Award Criteria in EC Public Procurement Law: The Danish Approach” (2009) 18 *Public Procurement Law Review* 146.

⁴² Case C-532/06, Emm. G. Lianakis AE v Dimos Alexandroupolis and others (“Lianakis”) [2008] E.C.R. I-251.

授予标准如下：

- 1: 该项目的专家过去 3 年的经验证明；
- 2: 公司的人力资源和设备；
- 3: 在最后期限内完成项目的能力，以及公司的承诺和专业潜力。

欧洲法院认为这些标准不能被允许作为授予标准。对授予标准和选择标准进行了区别，一方面，标准是以确定最具有经济优势的投标为目的，另一方面的标准与投标人履行相关合同的能力的评估本质相关，法院认为只有前者符合第 53 条规定的允许的授予标准。法院认为该案中的上述标准主要与资格，经验及确保合同履行有关，而这些涉及到合同履行的适当性问题。（一个被现行指令的第 44-52 条所规制的过程）。法院则认为这些标准不能根据第 53 条规定而被允许。

1. 投标人的能力（包括经验等）以及实施工程的个体的能力不能在授予阶段予以考虑，而是只在决定哪家公司最适合以及邀请哪些投标人进行投标的阶段才考虑。换句话说，选择阶段和授予阶段没有重合。这好像是欧洲委员会在 *Lianakis* 案中的观点。如果这种观点是正确的，那么好像考虑依据提供的服务质量作为授予标准。订约主体可能只需要考虑标书本身的内容（例如履行服务的建议方法），而不用考虑投标人或者个体的能力。这可能会有些问题，因为在实践中这些能力对于保证许多类型的服务合同物有所值很重要，比如一些设施管理和提供专业服务的复杂合同。

2. 投标人的能力（包括经验等）不能在所有的授予阶段都予以考虑，而是只在决定哪家公司最适合以及邀请邀请哪些投标人进行投标的阶段才考虑。但是 *Lianakis* 案没有排除考虑施工个人或团队的能力这一因素，因为这种考虑与判断合同中规定的工程质量有关。

这种观点是 Lee 提出来的⁴³，他详细的分析了 *Lianakis* 案的判决以及有关这方面的其他判例。他对此的解释主要依据的是事实，尽管事实是上述的授予标准好像是参考了项目团队的因素，实践中，订约主体也是关心投标人的经验。

⁴³ P. Lee, "Implications of the *Lianakis* decision", 2010 (2) *Public Procurement Law Review* 47.

在 *Lianakis* 案之后，普通法院（以前的初审法院）对该案进行了解释，没有排除关于服务履行能力的授予标准，见 *Case T-211/07, AWWW v EFILWC*。⁴⁴

3. *Lianakis* 案没有排除考虑投标人的能力以及施工的个人或团队的能力因素，因为实际上这与合同中工程的完成质量有关，也就是说决定哪一个投标最具有经济优势。在这一点上可以说，根据 *Lianakis* 案的事实，投标人的经验和人力资源实际上没有用来评估服务的质量，而是采用了与这个问题无关的随意的方式，投标人因为经验的类型和范围不同而被给予较高的分数，而不是实际考虑了与服务履行有关的问题（实际上获得相对较低的价值）。

有很多的论点可以用来支持第二种或第三种解释，这些观点有很重要的作用，既可以说明欧洲法院在 *Lianakis* 案中的裁决的不明确（如果判决本身经过了深思熟虑），也能有充分的理由说明欧洲法院以后不会遵循这一规则。

1. 欧洲法院没有引用任何政策理由来说明为什么欧盟采购法规定在授予阶段不应该考虑投标人和个体的能力。另一方面，实施这种禁止可以防止成员国实施其立法采购目标在采购时实现金钱价值最大化。这些能力在实践中有很重要作用，不仅与评估某一特定公司是否能够符合合同最低标准而应该被授予有关，而且与在评估阶段如何做使评估质量高于最低标准，从而在比较中获得授予有关。

2. 这个案件的判决在这一点上与以前的判例法不太一致，那些判例在此没有被引用和提及到。因此，在 *Renco* 的案件中，在合同涉及的维修议会大厦的情况下，普通法院接受了授予标准而没有做评价，包括投标的符合度，投标的价格，提供相似服务的固定团队的经验和能力，企业的经验和能力，安全统筹人的建议，推荐的分包商的能力、提供的设备和原材料的工艺质量以及确保按合同规定的期间提出的方案。还可以看出欧洲法院在 *Case C-315/01, Gesellschaft für Abfallentsorgungs-Technik (GAT) v Österreichische Autobahnen und Schnellstrassen AG (ÖSAG)*⁴⁵的判决中的引用显然是作为确定履行质量的方法。这涉及到奥地利订约机构在山区道路上使用道路清理设备的授予程序。在决定哪

⁴⁴ *Case T-211/07, AWWW v EFILWC* [2008] ECR II-106.

⁴⁵ *Case C-315/01, Gesellschaft für Abfallentsorgungs-Technik (GAT) v Österreichische Autobahnen und Schnellstrassen AG (ÖSAG)* [2003] ECR I-6351.

个投标更具有优势时使用的一个标准就是供应商能够提供的欧盟高山地区的客户的数量。产生的一个问题就是采购主体使用的标准是否可以不只涉及到与评估公司能力有关的因素，而且还涉及到比较不同投标优点的授予标准。欧洲法院认为能够接受使用的授予标准不能仅仅是从以前客户那里获得信息，因为授予标准必须与最有经济优势有关。很显然，仅仅是客户的类型和数量不能提供任何关于履行能力的信息。但是，欧洲法院没有注意到排除这样一种可能性，即所适用的授予标准的参考因素确实指的是那些与最有优势的投标有关的因素。例如，在欧洲法院判决的第 57 段清楚地表明，本案的问题是是否只考虑参考的数量而不考虑其他客户对产品的经验是有利还是不利。从这一陈述可以看出，欧洲法院想要接受这样一种标准，比如，当产品或服务的质量是规定的授予标准之一或者作为评价质量的参考因素时，以前客户的评价可以用来作为评估不同投标人的产品或服务的质量。

3.在 *Lianakis* 案件中，欧洲法院想要依据 *Beentjes* 案的判决中的一段话，但是实际上这个判决并没有解决这个问题。

4.正如联合国国际贸易法委员会规则中提到的那样，对这些事项的审议被认为是公共采购的一个有益的实践。值得注意的是，以前在 *Lianakis* 案中投标人和个人的能力在许多成员国是可以作为授予标准的，许多国家已经普遍采用了判决的解释允许这一做法继续实施。

实际产生的影响是什么呢？

首先，可以说目前我们认为 *Lianakis* 案的影响还不明显。很明显，这个决定对想要采用投标人或个人的履行合同的能力作为授予标准的订约主体来说产生了一个法律风险。但是，这个标准不能被使用是不明确的。

其次，任何采用这些标准的采购主体必然被建议在这些标准和履行能力之间建立一个明确的联系，以减少该标准被视为非法的风险，因为就像我们看到的那样，如果这种标准作为授予标准，那么这种联系就是必要的。例如，不能只是说明经验会成为授予标准，而是应该说明质量（或者其他具体方面）是授予标准，然后指出经验是判断质量的一个考虑因素。

最后，从一个不同但是有关的角度来看，正如我们从早期公布的案件的事实中看到的那样，*Lianakis* 案的判决似乎也表明考虑不同的投标人按期完成的相对可能性作为授予标准是不可能的。换句话说，该案好像建议采购主体在选择（决定符合度和筛选）的时候考虑，是否能够完成以及在规定的截止日期内完成，而不考虑不同投标人的不同可能性作为授予标准。然而，实践中的许多情况表明，这似乎又是一个确保物有所值要考虑的有关标准。可以说，*Lianakis* 案的这一方面没必要遵守，但是它好像与 *EVN* 案件不一致，*EVN* 案中好像接受了不同投标人的相对可能性作为授予标准，也就是投标人根据合同规定供应可再生能源的能量的可能性。但是欧洲法院在 *Lianakis* 案中并没有提到 *EVN* 案。因此，这又似乎是不明确的立场，同时包含这种标准可能会有法律风险，因此对这种标准的排除并不明确。

6.7.3 授予标准和次级标准的披露

采购主体建议采用最具经济优势作为授予标准，《公共采购指令》第 53 条第 2 款明确规定合同通知或招标文件中必须披露将要采用的标准以及这些授予标准的相对权重。这种权重可以表示为从最小值到最大值的一个范围，采购主体在此区间选择一个合适的权重。（例如，采购主体可能在招标文件中指定价格的权重占 80%，质量的权重占 20%，或者在招标文件中表明价格的权重是 80%到 85%，质量的权重是 15%到 20%，然后再选择一个更为精确的权重。）

值得注意的是，在涉及百分比加权的时候，没有什么能够表示权重的概念，标准如何被量化的指标可以加入其它程序中如计分制度。

当根据订约当局的意见不能在客观的基础上提供权重数字的时候，就存在权重要求的例外（根据《公共采购指令》第 53 条第 2 款）。但是，即使在这种情况下，订约主体也必须提供重要性降低排序的标准。这个标准权重的要求是在 2004 年《公共采购指令》中第一次引进的。

在 *Nord-pas-de-Calais* 案中，欧洲法院裁决只引用国内立法规定授予标准，而没有在合同公告或者招标文件中明确说明是对指令的违反。这一结论可以得到

透明度的一般原则的支持，尽管欧洲法院在这个案件中并没有明确依据透明度原则支持它的结论，但是欧洲法院曾经根据指令做出过裁决。

采购主体不允许采用提前没有告知投标人的标准因素。

*瓦隆巴士案*说明了上面的这一点。在该案中，委员会的论点之一是 **SRWT** 考虑了 **EMI** 的投标因素而没有通知投标人，这种做法违反了指令。**SRWT** 认为这与技术质量有关，然后以详尽列举的方式列出所有在本事项下将要考虑的精确的技术特点。**EMI** 在投标中提到了某种汽车节约成本的特点，比如尚未明确列出的车窗除雾机制。欧洲法院采纳了 **SRWT** 违反指令的观点，因为指令明确要求采购方提前列举将要在评估投标中采用的因素，而且认为这也违反了公平原则。这也说明了仔细起草招标文件的重要性，如果采购主体想要详细的列举有关的技术特性（像上面提到的那样），就应该列举说明而不是进行限定，以防忽略一些可能被投标人提供的有关特性。

最近的重要判例说明，根据透明度原则，不仅仅要求采购主体披露将要采用的，在指令中明确提到的标准的提要(比如质量、运营成本、售后服务等)，而且要求他们披露：

- 任何他们将要采用的正式的次要标准（例如质量在形式上可以分为不同的质量元素，比如经常公布的持久性、舒适性等）；
- 这些次要标准的权重，就程度来说，这些标准和权重至少能够影响投标人的准备。

在 *C-331/04, ATI EAC Srl e Viaggi di Maio Snc and others v ACTV Venezia Spa and others* (“ATI EAC”)⁴⁶和 *Lianakis* 案中，主张适用这些原则。

我们已经看到，类似的方法在之前讨论的 *Universale-Bau* 案中作为选择标准适用⁴⁷，要求披露在选择阶段提出的任何详细的方法。

⁴⁶ Case C-331/04, *ATI EAC Srl e Viaggi di Maio Snc and others v ACTV Venezia Spa and others* (“ATI EAC”) [2005] ECR I-10109.

⁴⁷ Above, note 37.

ATI EAC 案涉及的是意大利城市交通管理局提供的招标，采购当局规定将会基于最具经济优势的标准，使用四个标准。其中的一个标准就是管理和支持结构，最高占了 100 分中的 25 分。合同文件规定至少要考虑 5 项事项(次要标准)，例如，涉及的程序和人员，服务的监督以及驱动和许可证的数目，（在收到投标之后但是开标之前）评估评审团决定把这 25 分分配到 5 个次要方面。欧洲法院指出允许把分数分配给次要方面前提是满足特定条件，包括不包含投标人准备标书时不知晓的且可以对标书准备产生影响的条件。英国判例法对此进行了解释，如果采购主体使用次要标准并分配权重，必须在合同通知或招标文件中让投标人知晓细节。*Lianakis* 案好像证实了采用任何次要标准都要披露。

但是这些案例没有表明必须使用或者如果使用次要标准时必须考虑的权重，而只是表明如果采购主体采用次要标准和权重，必需要披露。还仍然允许以任意的方式采用授予标准而不能采用次要标准。

作为一个实践问题，订约主体可能会考虑分配标准百分比并完全进行说明是否明智。这在很大程度上束缚了自由裁量权，对订约主体没有预测的事项减少了应对的灵活性。

透明原则要求在授予程序中适用的方法的其他方面的披露还不清楚，比如采用的权重制度，基于敏感性分析的细节等，欧洲法院没有考虑到这一点。

6.7.4 改变合同授予标准

欧洲法院没有完全解决的一个问题是采购主体是否能够在采购程序中改变部分授予标准，这些标准对所有的参与者公布。

欧洲法院在瓦隆巴士案显然没有考虑这一问题，因为这与该案无关。可以说这样做没有问题，因为如果给投标人充足的时间去根据新的标准准备投标，这并没有妨碍公平原则和透明度原则的根本宗旨。欧洲法院在 *EVN* 案中的意见是不能改变授予标准，但是所适用的情形是在投标人提交标书之后，并且没有告知参与者，这显然违反了公平对待的原则。

6.7.5 两阶段评标

欧洲法院另一个没有解决的问题是当采用 MEAT 标准时，指令是否允许采用两阶段评标。也就是首先考虑投标人是否达到某一特定的质量要求，然后只有那些达到了要求的投标人才会参照规定的授予标准，看是否是最具经济优势的投标人。这种方法在联合国国际贸易法委员会的许多程序中是认可的，比如《联合国国际贸易法委员会货物，工程，服务采购示范法》规定的服务采购中，这是主要的方法。

指令中没有规定要阻止这种方法。但是根据透明度原则，好像要求订约当局应该披露它将要使用的方法。

这种情况也可能意味着因为投标人超过了某一价格而拒绝，如果可以设定一个质量门槛，那么原则上就没有理由不能设立一个与合同的财政方面有关的门槛。但是，如果任何的此类门槛都要披露，对于价格是主要标准的简易合同来说，订约主体希望这样做，因为这很可能会影响投标人提交的价格上调。（但是，对于那些通过竞争性谈判程序来授予的类型复杂的合同来说，可能更希望这样，因为关于性质和质量的解决方案可能会有实质性的变化。这类合同的采购实体为了投标人能够提交适当的标书，可能会希望建立并披露任何关于负担能力的限制。）

6.7.6 变化 (Variants)

指令包含了对变化的特别规定

一个变化就是要求提出的解决方案要与采购方提出的方案不同。这种变化能够提供某些不包含在标准要求中的额外特性，例如，在一个 IT 系统的合同中，不同的投标可能会提供某种在标准要求中没有涉及的额外特性。也可能在一些情况下排除标准要求中的某些特性。它可能仅仅提供了一种不同的方法，例如，合同提供的长度大于说明书中规定的标准长度，或者对建设项目提供一种不同的技术解决方案。（但是至于不同的技术解决方案，需要记住的是《欧盟运行条约》要求采购主体应该表明它将一直接受符合功能要求的任何投标，下面将会讨论到。）采购主体关心的是要确保任何的变化都能够符合说明书的最低要求和条件。

同时也希望在决定哪个投标最优的时候能够考虑变化的性质，例如，考虑 IT 系统不同的投标中额外特性的价值。

欧盟关于变化的规定载于 2004/18 号指令 24 条。该指令第 24 条规定在这方面如下：

第 24 条

变化

1. 当最具经济优势作为授予标准的时候，采购主体可能会批准投标人提交变化。

2. 订约主体在合同通知中会表明他们是否会批准变化：如果没有这种表示，变化就不会被批准。

3. 订约主体批准这种变化会在合同文件中表明这种变化以及具体的要求应该符合合同的最低要求。

4. 只有变化符合列出的最低要求，采购主体才会予以考虑。

在授予公共货物或服务合同中，已经批准变化的订约主体不得以单一理由拒绝，因为如果允许拒绝，就会导致服务合同或货物合同性质认定的改变使原本的货物合同成为服务合同或原本的服务合同成为货物合同。

6.8 异常低价投标⁴⁸

6.8.1 简介

指令中明确包含“异常低价投标”规定。这一概念还没有明确，但是涉及到这样一种投标，即由于提供有利条件，采购主体会怀疑供应商不能按照提出的条

⁴⁸ See further S. Arrowsmith, *The Law of Public and Utilities Procurement* (2nd ed. 2005; Sweet & Maxwell), pp.499-531; P. A. Trepte, *Public Procurement in the European Union* (2007; OUP), pp.462-474

件履行。这种情况下，供应商可能不会按时交付或者寻求额外的报酬（或者是对商定的工作，或者是从以后的变化中收取过高的报酬）。

指令除了禁止反常的低价之外，没有普遍的拒绝较低的报价，但是采购人必须在拒绝之前进行书面的解释（《公共采购指令》第 55 条第 1 款）。指令第 55 条规定如下：

“对于招标合同，如果投标人在有关的货物、服务或工程中报出反常的低价，采购主体在拒绝之前应该要求投标人提供一份书面的有关因素的细节。”

这一规定的采用是为了防止拒绝出价低但是反应了国内供应商的成本优势（比如较低的劳动力成本）的投标。

6.8.2 程序

在 *Costanzo* 案中⁴⁹，欧洲法院裁决拒绝异常低价的投标仅仅是基于数学公式的计算而没有进行解释，这违反了上述规定。

在审理 *C-285/99 and C-286/99, Impresa Lombardini SpA v ANAS* 案件时⁵⁰，欧洲法院阐述了在寻求解释的过程中所需要的隐含的程序保障。在该案中，意大利的法律和惯例要求在投标中，每名投标者要提交一份对于提出的价格最有意义的因素的解釋。这些因素在每一个合同的文件中都被指定，并且要求至少包含能够解释总的估算价格的 75% 的因素。

对低价的解释要求与投标同时提交，这样就使得投标人以后没有机会进行进一步解释，此时就要求欧洲法院考虑指令是否得到了遵守。欧洲法院认为在这个案件中，并没有遵守指令，因为指令对各方之间的程序有要求。根据欧洲法院的这一要求，采购主体应该在特定情况下对引起怀疑的投标进行部分解释，并且评估对这一要求的反应。根据欧洲法院的陈述可推导出投标人在下列情况下有机会进行解释：

⁴⁹ Case C-103/88, *Fratelli Costanzo SpA v Comune di Milano* ("Costanzo") [1989] ECR 1839.

⁵⁰ Joined cases C-285/99 and C-286/99, *Impresa Lombardini SpA v ANAS* [2001] ECR I-9233.

- 在得知是异常低价的投标之后；
- 在得知用以确定特定投标是异常低价的门槛价之后（尽管不清楚是否必须在投标在自由裁量权判断而非公式运用的基础上被确定为异常低价的情况下提供关于这个问题的信息）；
- 在得知采购主体对标书的哪一部分质疑之后。

欧洲法院认为当投标人没有意识到投标的哪些具体方面被质疑的时候（，投标人不可能提供有用且完全的解釋。

- 欧洲法院还规定了必须包含的程序：在适当的时机进行观点的适当交换。这可能意味当，采购主体收到最初要求的解释之后，因为异常低价而做出拒绝投标的决定的时候，投标人需要一个机会来应对。

欧洲法院还规定如果只对影响价格 75%的因素进行解释也是违反指令的，因为投标人必须能够提供所有的构成因素的解釋。（判决的第 52 段）

但是欧洲法院规定要求提前提供解释的行为本身并没有违反指令。如果投标人已经提交了解释仍然被认为是异常低价的投标，那么投标人在符合上述要求的情况下可以进一步进行解释。在把解释考虑在内后其投标仍然被认为是异常低价，投标者获得机会依据上文设定的要求进一步提供解释的情况下，可以提前寻求解释。

6.8.3 接受或拒绝的自由裁量权

但是，如果要求对低价进行解释，就接受或者拒绝较低报价的范围来说，这些规则并不完全清楚。

很显然关于解释的规定暗含着这种报价在进行解释之后可能有时会被拒绝。进一步说，这表明采购主体可能会基于客观原因考虑这些解释，例如提供的技术方案和可能提供的特别有利的条件。由于这些原因出价低的投标，就没有拒绝它的商业理由，如果拒绝就会违反指令的保证最有竞争力的投标人取得合同的目的。

另一方面，对低报价的理由进行考虑得出的结论是，低报价存在不能履行的风险，这是不能接受的，因此有权利拒绝。

当报价低的原因是由于政府补贴，而这种补贴根据欧盟法律又是违法的时候（也就是说它的报价低是由于接受了政府非法的资助），即使没有具体的违约风险，也是明确允许拒绝的，见《公共采购指令》第 53 条第 3 款。在后一种情况下，采购当局必须把拒绝的决定通知委员会，以帮助委员会执行管理非法政府资助的功能。如果投标收到了资助的影响，就需要投标人证明资助是合法的。（《公共采购指令》第 53 条第 3 款）

采购主体不用明确拒绝受资助影响的低报价投标，许多采购主体为了利用投标的有利交易，以及避免因为对政府资助问题的调查而导致的采购程序拖延，都选择不这样做。

6.9 公开招标程序和限制性招标程序：对投标的修改和修正以及修改后的谈判⁵¹

尽管招标的基本思想是在提交的标书中通过正式的招标程序选择供应商，但是由于多方面的原因，在投标人提交标书或者允许公司修改标书之后，采购主体可能想要与公司进行谈判。例如，可能会进行如下行为：

- 澄清标书中模糊的地方；
- 允许投标人修改标书中的错误，比如计算上的错误，投标人对规格要求的曲解，或者由于其他原因提交的不符合要求的投标；

⁵¹ See further S. Arrowsmith, *The Law of Public and Utilities Procurement* (2nd ed. 2005; Sweet & Maxwell), pp.540-546; S. Arrowsmith, “The Problem of Discussions with Tenderers under the EC Procurement Directives: the Current Law and the Case for Reform” (1998) 7 *Public Procurement Law Review* 65; K. Kruger, “The Scope for Post-Tender Negotiations in International Tendering Procedures”, Chapter 10 in S. Arrowsmith and A. Davies (eds), *Public Procurement: Global Revolution* (London: Kluwer Law International 1998); K. Kruger, “Ban on Negotiations on Tender Procedures: Undermining Best Value for Money?” (2004) 4 *Journal of Public Procurement* 397; M. Steinicke, “Public Procurement and the Negotiated Procedure—A Lesson to Learn from US Law” (2001) 22 *European Competition Law Review* 331; P. A. Trepte, *Public Procurement in the European Union* (2007; OUP), pp.309-317.

- 对可能更好的符合招标要求的投标提出完善建议；
- 如果采购主体认为投标不能物有所值，就会让投标公司完善他们的投标

部分或所有的这种行为可能被认为是有异议的，因为 (i) 一旦采购主体知悉了其他投标的内容，就会允许采购当局给予青睐的公司完善投标的机会以赢得投标，这破坏了程序的透明度；(ii) 给予部分公司改善投标的机会而不给予其他参与者，这破坏了公平对待的原则。如果采购主体想要获得最优的物有所值，在公平和透明度的基本原则以及上面提到的修改和讨论的需要之间，有必要达到适当的平衡。

现行法律关于这一问题还不明确，因为指令本身没有明确规定对允许的这种行为程度的处理。

但是，欧洲法院在 *瓦隆巴士案* 中明确的一点是，就允许做修改和讨论这一点来说，投标人必须被公平对待。在那个案例中，委员会提交的投诉之一是，在投标结束之后，一个投标人被允许修改其提交的关于车辆耗油量的价格。欧洲法院接受了委员会的这一观点，认为修改价格构成了对公平对待原则的违反：欧洲法院解释说当法院考虑到这种修改只是由一个投标人做出的时候，认定了对该原则的违反。

但是如果处于相同地位的所有投标人都享有平等的机会，*瓦隆巴士案* 没有解决允许修改的范围的问题。例如，如果采购当局对这些投标不满意，是否允许要求所有的投标人提交新的报价？是只允许某一投标人修改投标中的计算错误还是所有出现这种错误的投标人都能修改？投标人是否允许澄清模糊地地方？

欧盟理事会和委员就这个问题应该如何对指令进行解读发布了一个联合声明。（[1994] O.J. L111/114,这是有关《工程采购指令》的，但是由于所有的指令实际上都是相同的，所以与所有公共事业指令都是有关的。）需要强调的是据欧洲法院说，这一解读没有法律约束力，只是关于规则的解释，尽管这一说法在 *Storebaelt* 案中得到了大法官 *Tesauro* 的认可。这个声明规定“与申请人或者投标人关于合同的基本方面进行的谈判，其中的变化可能会扭曲竞争，特别是价格

方面的变化应该被禁止”。但是声明中还规定可以进行讨论，但是“只为澄清或补充其标书内容或者采购主体的要求，并且这种讨论不涉及歧视。”

这表明，首先，采购主体可能不允许修改与评估标书有关的方面，明确提到了价格，但是这种修改将会同样适用于其他因素，比如交货期限，这是授予标准的一部分，尽管见后文关于第二轮招标的可能性的论述。但是，这肯定能够使投标人对模糊地方进行澄清或改正以及对错误进行修改。

我们将会分别考虑不同的情况：

1.为改进标书而进行的谈判

为了寻求改进标书而进行的谈判一经提交好像就会被拒绝，至少这是理事会和委员会的联合声明中的态度。但是欧盟法律规定了更灵活的程序，允许在其认为必要的情况下进行谈判，也就是说可以进行竞争性对话程序和谈判程序，这将在下面会进一步进行讨论。

在正式的招标中，这种方法既能达到物有所值的目标又能防止程序的滥用。在欧盟的体制中，实行限制性谈判以及允许投标人在公开招标程序和限制性招标程序中进行修改的理由是，防止采购主体滥用谈判程序从而优惠国内供应商。

与此相关的一个问题是如果第一轮招标没有满意的投标（因为投标不能物有所值或者不符合招标要求），或者当涉及到价格修改的时候，指令是否排除第二轮投标？如果这种可能性被提前预示，而且第二轮投标允许用透明的方式设定一个截止期限，那么就可以说没有违反透明原则和公平对待原则，也没有违反指令的明确规定。另外，如果采购当局认为没有一个投标能够提供物有所值的目标，或者至少投标超过了当局的预算，或者是共谋投标，采购当局可以有效地与所有投标人进行协商转入谈判程序，虽然这并没有明确（见下文 6.12）。当然，在现有的程序中，第二轮招标肯定会更加透明。另一方面，如果这是一种设想，那么可能需要采购当局采用竞争性谈判程序，但是这反而产生了另一个问题，即是否竞争性谈判程序在所有的需要重新招标的案件中都能适用，可能并不是这样。

2.对错误或者模糊的修改

上文我们已经考虑了是否能够修改不符合要求的标书从而使其符合要求。下面的有关原则可以说明这个问题：

1 没有义务在截止日期届满之后允许修改投标使其符合要求；

2 但是，在特定的情况下，采购主体有责任在截止日期届满之后允许修改。这种情况适用于 i) 采购主体有过错的情况；ii) 根据均衡原则而产生的修改权利。这意味着当存在订约当局已知或应知的错误或模糊的时候，均衡原则赋予了修改的权利，而修改的内容是显而易见的，这样就不会存在对投标人的不公平的优惠或者滥用修改权力的情形。

3 在一些没有义务允许修改的情况下，目前还不清楚采购主体利用自由裁量权允许修改的程度。

考虑到允许修改错误不会导致不符合要求，也许同样的原则也会适用，因为大致相同的政策考虑的因素也会相关。

(1) 没有义务允许受错误影响的投标进行修改。这一点实际上已经在 *Adia* 案中表明了，*Adia* 案谈到了不符合要求的投标，实际上该案中不是不符合要求的投标，而是定价差错。

(2) 在上文陈述的第二种情况下（投标修改的内容明确），可能有一个类似的责任，允许修改错误或模糊之处，不论这是否会导致不符合招标要求。这一点在上文讨论的 *Tideland* 案中已经表现出来，在这个案件中，普通法院实际上认定了一个模糊的事实。

(3) 成员国在其他情况下允许采购主体接受修改投标的程度目前还不清楚，修改的投标是存在错误以及修改的内容不确定投标。

根据欧盟采购程序定价错误的案件还没有被欧洲法院审议。

3 进行澄清以获得进一步的信息

如果需要进一步的信息以证实投标本身的可行性和优点，那么好像有一个范围需要对个别投标进行澄清而不是进行修改。这似乎是理事会和委员会的联合声明的设想。

4 与获胜的投标人进行谈判

一旦认为被选中的投标符合评估的规则，可以说没有什么能够阻止采购人与获胜的投标人进行谈判以寻求对投标的改善。另一方面，在此之前达成的任何有利于供应商的协议，例如涨价协议，很有可能被取消，因为这会使得受优惠的企业基于对后来被修改的标书的理解，通过提交有利的投标而赢得投标。

6.10 竞争性对话⁵²

6.10.1 简介

正如在上文 6.2 部分指出的那样，竞争性谈判是在 2004/18 指令中首次引入的新的程序，为复杂的采购合同提供了更为灵活的程序。最早在 20 世纪 80 年代末期，英国认识到需要更为灵活的采购程序，最为显著的就是那些主要针对私人融资的基础设施建设工程的私人融资合同（PFI）。在新的公共事业指令中提到了对新程序的需要，主要是因为有一些成员国中对这些项目的需要，以及欧盟的促进欧洲交通基础设施的公私合营的政策。开放的采购程序和限制性采购程序由于许多原因不适合这类工程，这些原因主要包括：这些工程对重复程序的限制，特别是在程序中通过讨论或概述投标而排除参与者；在限制性采购程序中至少需要 5 名投标人，而这在费用较高的 PFI 程序中是不成比例的；招标程序后的有限的对话范围。带有通知的协商程序是适合的，但是这是否能够适用 PFI 程序还有一些不确定因素，欧洲委员会已经对英国在 PFI 项目中使用竞争性谈判程序产生了怀疑。（关于这一程序见下文 6.11）

⁵² See further A. Brown, “The Impact of the New Directive on Large Infrastructure Projects: Competitive Dialogue or Better the Devil You Know” (2004) 13 *Public Procurement Law Review* 160; S. Arrowsmith, *The Law of Public and Utilities Procurement* (2nd ed. 2005; Sweet & Maxwell), chapter 10; C. Kennedy-Loest, “What Can be Done at the Preferred Bidder stage in Competitive Dialogue?” (2006) 15 *Public Procurement Law Review* 317; A. Rubach-Larsen, “Competitive Dialogue” in R. Nielsen and S. Treumer (eds), *The New EU Public Procurement Directives* (Copenhagen: Djøf 2005); P. Telles, “Competitive dialogue in Portugal”, (2010) 1 *Public Procurement Law Review* 1; P. A. Trepte, *Public Procurement in the European Union* (2007; OUP), pp. 445-453; Treumer, “The Field of Application of Competitive Dialogue” (2006) 15 *Public Procurement Law Review* 307; S. Treumer, “Competitive Dialogue” (2004) 13 *Public Procurement Law Review* 178; S. Verschuur, “Competitive Dialogue and the Scope for Discussion after Tenders and Before Selecting the Preferred Bidder—What is Fine-Tuning Etc?” (2006) 15 *Public Procurement Law Review* 327.

新的公共事业指令引入竞争性谈判程序的目的在于，为那些不能有效适用谈判程序的情形提供一个更为灵活的程序，包括但不限于上文提到的私人融资基础设施建设合同。欧盟委员会在解释报告---竞争性对话---经典的指令（2005）中已经发布了一些关于该程序的指导， <http://simap.eu.int>.

许多执行《公共采购指令》的国家都包含了竞争性对话的程序。总体而言，这些国家主要是仅从形式上在它们的法律中增加了这一程序，而没有详细说明采购主体超出指令规定之外的适用方式。例如，没有落实采购主体如何适用“对话”一词的详细规则，在下文我们会看到指令在这一点上给予了重要的自由裁量权。这不仅适用于那些具有复制指令的传统做法的国家，例如英国，而且适用于那些传统上根据自己的规则规定采购程序的国家，例如西班牙。葡萄牙是一个例外，它适用自己制定的精确的程序。⁵³

目前为止，英国采用竞争性对话程序的人数最多，这并不惊讶，因为英国是一个很大的成员国，这个程序很密切地反映了以前英国在旧的谈判程序下授予基础设施工程的惯例。尽管这有很重要区别，尤其是在竞争性对话程序最后的投标阶段对充分竞争投标的需要。在 2009 年 8 月末，官方杂志上有超过 1500 个的招标程序的广告。其他采用这一程序的主体主要在法国、德国、波兰和丹麦。另一方面，一些国内法律中包含了这一程序的国家并没有采用这一程序或者只在很少的情况下采用，比如立陶宛和葡萄牙。

6.10.2 采用竞争性对话程序的理由

这一程序对“特别复杂的合同”是有效的。这些合同是指采购主体客观上不能定义投标的令人满意的技术能力，或者说明其合法性以及工程构造的财务。

（《公共采购指令》第 1 条第 9 款）这些理由似乎与谈判程序有些重叠，但是在某些方面比谈判程序更加广泛。

⁵³ See P. Telles, “Competitive dialogue in Portugal”, (2010) 1 *Public Procurement Law Review* 1.

可以说这里涉及到的情况是采购主体自己不能找到最好的解决方法。从实际情况可以推断出对话的目的是使得采购主体根据自己的需要找出最适合的方法，就像第 29 条规定的那样，因此第 1 条第 9 款在文中表明这是合适的解释。

采购主体也可以只采用竞争性谈判方式来授予一个复杂的合同，就像上文中提到的“不允许公开或限制性程序授予合同。”（指令第 29 条第 1 款）

遗憾的是，立法没有解释清楚竞争性对话是一个被严格解释和适用的例外程序（比如下文将会提到谈判性程序没有通知）还是一个像公开或限制性采购程序一样的标准程序。这在解释规定的内容时是非常重要的。例如，这与文章中讨论的许多问题有关，比如是否可以在采用其他方式会超成本的时候采用这种方式，以及允许采购主体在该程序中决定什么是最好的解决方法的建议是否正确。

采用这一程序的理由还没有得到司法的解释以及明确的含义，因此，这仍然是一个理论探讨。

6.10.3 竞争性对话程序的规则

6.10.3.1 简介

竞争性对话程序规定在《公共采购指令》第 29 条。

指令对这一程序的形式以及不同的阶段规定必谈判程序的规定要详细。与公开程序，限制性程序以及谈判程序相比，对话程序的阶段可以在第 6.2 部分的程序目录中看到。举例来说，在英国最常用的一种程序见本部分后文图表中所列明，竞争性对话程序：英国常用的程序。

值得注意的是，很大程度上来说，不同阶段（例如选择和授予阶段）适用的规则是相同的，或者是相似的，限制性程序的规定在上文中已经讨论。关键的不同将在下文中说明。

下面的内容仅仅是一个程序的概述。尽管欧盟成员过在这方面已经有了判例，比如丹麦，但是欧洲法院在这方面还没有判例。

6.10.3.2 程序的主要阶段：概述

1. 广告阶段.竞争性对话程序中，必须在欧盟官方杂志上公布竞争性对话的合同通知，没有例外。

2. 选择阶段。在这个阶段，采购主体会选择参与人进入授予阶段，首先考虑的是潜在的参与者的是否合适（满足最低的要求），如果参与者很多的话，还要选择邀请哪些合适的参与者。采购主体在这一阶段必须只采用与限制性程序相同的选择标准，正如我们在上文 6.3 和 6.5 中提到的。（经济和财务状况，技术和专业能力，以及指令第 45 条规定的刑事定罪标准。）竞争性对话程序与限制性程序最主要的区别在于邀请的人数最低是 3 人，而不是限制性程序中规定的 5 人，（虽然也规定必须要邀请足够的人数参与竞争。）见指令第 44 条第 3 款。

3. 授予阶段。在竞争性对话的情况下，这包括集中独特的阶段。

a.对话阶段，这是法律规定的对话阶段第一个特殊的阶段。指令规定这一阶段有很大的灵活性决定如何进行。包括投标竞标阶段，讨论等，由采购主体决定。例如，采购主体可以要求最初的投标说明企业的初步方案和关键词，与企业进行讨论，并在最终投标之前根据讨论要求企业进行修改以符合采购主体要求。比如，投标人可能在最初的方案中为医院职工提供了住所，并在住所中为职工提供不同的服务，比如提供餐饮和幼儿园服务。采购主体可能会认为这些不是优先考虑的问题，并且可能会负担不起设备，因此可能会在受到初步方案之后建议投标人应该忽略所有或者部分这些服务类型。

指令明确表示采购主体可以采用对话阶段排除一些初步方案，不必进入最后的投标阶段，前提是这些在合同通知中进行了说明。这些在复杂的合同中是有用的，因为复杂的合同中提交和评估最后的投标是非常昂贵的，投标人可能会花费几万欧元。目前在谈判性程序中可以做这些事情，但是在限制性程序中不可以这样做。

举例来说，在英国 PFI 采购在对话阶段典型运用见下文中的表格---竞争性对话采购：英国常用的程序。

b 最后投标，对话阶段正式结束，要求剩余的参与人进行“最后投标”。这些投标要完整，也就是说必须包含所有的“合同要求的以及履行合同所必需的方面”，见第 29 条第 6 款。在这一阶段必须保证有足够的参与人被邀请提交最后的投标以保证公平竞争。

在公开招标程序和限制性招标程序中，所有投标必须建立在特定规定的基础上，以保证完全竞争，虽然也可能允许投标人根据特定的规定进行改变。但是，在竞争性程序中，有两种可能的基本方法：

- 在对话结束的时候，采购主体指定一个特定的方案，然后要求所有的投标人提交反对这一方案的投标；
- 投标人被要求提交的投标包括投标人自己的方案，因此每一个投标人会提出一个不同的方案。

C 选择最具有经济优势的投标。投标主体必须在最后的投标中选择一个最具有经济优势的投标。如果采购主体采用的是竞争性对话程序，可以只采用“最具有经济优势的投标”作为授予标准，而不用选择“最低价格”作为授予标准。（第 29 条第 1 款）

4. 投标后的阶段。在这一阶段可以为了修改或完成投标进行对话，但是要遵守第 29 条第 7 款的条件。第 29 条第 7 款规定：

“应采购主体的要求，最具有经济优势的投标的投标人可能会被要求对投标的某些方面进行澄清，或者被要求确认投标中提供的承诺，不能对标书的实质方面进行修改，没有扭曲竞争或产生歧视的风险。”

对于竞争性对话程序的这一阶段进行的讨论和修改的确切范围，指令并没有明确的规定。⁵⁴但是，基于采购固有的复杂的性质，这一阶段投标人修改和完成的范围要比公开程序和限制性程序的范围要广。

⁵⁴ For discussion, see S. Arrowsmith, *The Law of Public and Utilities Procurement* (2nd ed. 2005; Sweet & Maxwell), chapter 10; and C. Kennedy-Loest, “What Can be Done at the Preferred Bidder stage in Competitive Dialogue?” (2006) 15 *Public Procurement Law Review* 317.

指令第 2 条规定的透明度原则、平等待遇原则和非歧视原则也适用于竞争性对话程序。

6.11 谈判程序的通知⁵⁵

6.11.1 使用程序的基础

6.11.1.1 简介

正如我们在 6.2 节看到的，允许缔约机关使用谈判程序 – 有通知的和没有通知的 - 只有在这些指令规定的下（如第 28 条规定）的具体情况。使用理由及对谈判的通知程序的使用条件，载于公共部门的指令第 30 条。

虽然谈判程序的通知还要求将合同授予在与合同相关的客观标准基础上作出的，它不像其他程序一样提供监督客观性的保证 - 尤其是，在正式提交一个规范招标确定特定标准 - 并因此只限于特殊情况。

6.11.1.2 一般原则 - 解读理由，并举证责任

我们首先可以注意到的是，我们将会看到在以下第 6.12 节，有关谈判程序的案件不附带任何通知或竞赛，欧洲法院已设立了两个重要原则规范其使用的前提，即它们应严格解释，而采购方使用的情况下承担证明其理由的责任。

欧洲法院尚未考虑这些原则是否适用于有通知的谈判程序。欧洲法院的声明中并未明确限于没有通知的程序，但是有通知的谈判在案件中并非争议点，且与单一来源采购是非常不同的程序，涉及到 - 正如我们将看到 - 无论宣传，竞争，以及透明度（例如，关于使用和披露的选择标准和奖励标准）的程度。可以

⁵⁵ S. Arrowsmith, *The Law of Public and Utilities Procurement* (2nd ed. 2005; Sweet & Maxwell), chapter 8; M. Steinicke, “Public Procurement and the Negotiated Procedure – a Lesson to Learn from US Law” (2001) 22 *European Competition Law Review* 331; P. A. Trepte, *Public Procurement in the European Union* (2007; OUP), section 7.137-7.157.

说，上述原则应不适用于为：“这种形式的程序并不是对指令一般原则的减损，而只是考虑了一些采购的特点，对这些原则的适用上的修改。”⁵⁶

另一方面，应该承认，在 2004 年的公共部门指令的规定支持不同的看法。在这方面，该指令的第 28 条的一般规则，即实体必须使用开放或限制程序，然后它指出，在竞争激烈的实体可使用的对话并在“第 29 条明文规定的具体情况”“具体案件和情况中明确提及第 30 条和 31”的谈判过程。可能推断出欧洲法院认为竞争性对话是独立的程序，被分开处理，两个谈判程序一起处理，而竞争性对话可能是一个非例外的程序，而谈判程序则都是例外的事实。

第二个要考虑需要解释的一般性问题是，是否程序有任何正式的“位阶”。这是可以想象，欧洲法院可能在透明度原则基础上通过对位阶的设定，根据情况确定程序的顺序，这是最需要透明的程序。如果是这样的情况下，有通知的谈判程序，只有在包括 2004 年推出的竞争性对话在内其他程序部适当的情况下，才能使用。这一观点，可以说相当清楚地表明指令明确了不同程序的可用性，在某些情况下，当一个以上的程序可用时，它们之间的选择，- 例如，它允许在开放与限制程序中自由选择。如果没有选择的情况下，指令做了明确规定。（例如，如第 6.9 节所解释的，该指令明确指出，竞争性对话仅当合同无法以公开或限制程序授予时适用）。然而，正如我们下面所看到的，也有一些，其中有通知的谈判程序，受其他程序是否存在和可用的影响，包括在指令的明确规定下或有限的情况下通过暗示使用新竞争对话程序。

当采购实体选择谈判程序，该程序的记录必须包括为何选择该程序的理由：公共部门指令 - 第 43 条（f）段。正如在所有案件中，对采购决策合法性进行审查，保存了详细的审计记录，包括详细的理由和证据，应是对预防所带来的挑战和维护采购成功起了很大的帮助。

6.11.1.3 可用性

1. 不能制订细则的情形（服务）

⁵⁶ S. Arrowsmith, *The Law of Public and Utilities Procurement* (2nd ed 2005), chapter 8.

指令首先允许对谈判过程的使用只要 – 按照指令的表述 – “所要提供服务的性质导致，不能确立足够精确的合同规范允许以按照规则公开或限制程序选择最好的投标授予合同。”（公共部门指令 - 第 30（1）（c）项）制订规范的困难不能作为免除公平竞争的理由，但正式的和严格的程序也是不恰当的。

指令明确指出，上述规定可以适用的基础：可“特别”适用于到“智力服务”，并可以适用与指令指定附件 IIA 第 6 类的服务- 也就是金融服务。“知识服务”是没有定义。看来，知识服务被限定于使用知识而不是使用手工技艺的服务。然而，该条款的使用可能对于某些白领服务并不贴切：可能是服务的概念是指涉及重大酌情或创意元素，如广告或管理顾问。是否所有的专业服务可以作为“知识”的服务不是关键：具体（但不完整）的列举这些服务仅仅意味着法院可能会更同情尝试减损的案件。

对于这样的服务往往是难以界定的细节要求，因为不能精确地用产出的尺度来衡量：一个实体寻求改善其管理制度的意见，例如，将难以界定应以同样的方式取得垃圾收集服务的结果。它可能无法在指定的成本节约方面，任务的实行方面进行评估，因为直到它接收作为初始合同的工作意见的想法，都无法确定可能的结果是什么。

指令没有明确处理的一个原则问题，并与上述讨论有关的就是，在可以通过竞争性的对话授予合同的情形下，使用有通知的谈判程序的理由是否可行。我们已经注意到上述的可能性，即欧洲法院可能采取正式程序的位阶，如果是这样，那么适用有通知的谈判程序的基础则将取决于竞争性对话在本处不适用于合同的授予。不过，我们认为没有这样的程序位阶存在。不过，即使没有，也可能会引发争议说，这是必须纳入指令的 - 从作出明确的程序主体使用公开和限制程序规定类推得出结论 - 这对于使用谈判过程的基础也受更透明的竞争性对话程序是否可用的影响。也许有人会指出，未能做出明确规定使谈判过程的适用受到竞争性对话的制约，在竞争性对话的使用是一个单纯的监督（根本没有考虑这个问题），而不具有任何明确意向使得谈判过程和竞争对话产生交叉，并认为在只允许作为公开和限制程序不能使用时的“最后手段”，同时在公开和限制程序不能用时需要适用谈判程序。这样的说法可能会得到法院的同情。然而，即使是这

样的话此程序仍可能被广泛应用在某些完善的服务，金融服务和智力服务，指令明确设想其在上述领域的使用。

即使竞争性对话的不可用不是不适用谈判程序的正式条件，这很可能是引入竞争性对话可能会导致欧洲法院对谈判程序作出更加狭义的解释，而不是认为，只有在开放或限制程序极端不适合的情况下才能使用，而不是开放或限制程序商业上不适合时即适用。

2.可用性：整体定价不可能（工程和服务）

在公共部门指令，可能以有通知的谈判程序授予合同，在该货物，工程（S）或服务的性质，或履行合同附带的风险，“为不容许之前的整体定价”（公共部门指令 - 第 30（1）（b）项）。

语言上，是否整体定价的概念可以有若干含义：

1.该固定价格是不可能的，而不是在更重要的程度成本加成定价。这可能适用，例如，当工程是在程序展开时不可知的 - 例如，由于工程是在未经考察的地形进行。然而，这似乎并不单单是使用谈判过程的充足理由，也可以建立它的定价结构。

2. 在合同授予阶段开始时，不可能建立一个单一的价格结构(或付款机制)。这无疑是最令人满意的解释。不可能的定价必须是从商品//服务或工程的性质及其附带风险所派生的。前者的一个适合解释的例子是一个不明的隧道施工地质条件的影响。在这里，对价格结构的谈判是否有必要建立可能以确定将采取不同的投标人是否能承担未知的风险，或是支付应包括对“成本加利润”定价（如投标人收取建筑成本加上利润因素的元素，从而把风险转嫁到采购实体）。

也可以说是不可能从工程/服务的性质而会因此在弹性范围的內得到交付的不确定性。例如，当一个主要的服务或基础设施项目的投标人提出投标在第一阶段，额外的服务输出中没有提及明确的规范，它是不可能为所有服务的定价的，当授予合同阶段开始，采购实体不知道这些服务可是能。（在这个意义上有一些“整体价格”地和“没有任何具体规定”的重叠）。

定价的不可能性可能从附着在工程或服务，不涉及他们的“自然”的风险中得出。这可能可以说是，例如，用户需求的不确定性。讨论可能需要用来确定在何种程度上每一方都需要承担风险，因此应当通过价格机制进行分配。

然而，在其绿皮书对公共和私营部门伙伴关系和公共合同和特许权的欧盟法律 COM (2004) 327，在最终第 24 段，委员会指出：“减损仅仅覆盖特殊情况下，对于先天的性质或工作范围存在不确定性，但不包括即因其他原因导致的不确定性，如由于法律和财务方案的复杂而导致预先定价的困难。”

3. 在评标时，该机关不能，合理确定其可能根据每个投标支付的金额。这适用于在许多情况下，一些相当简单，例如，包括不同元素的一个单一合同 - 例如，除雪，并在道路坑洞维修保养合同：投标的实际成本将根据未来条件有所区别，因此很难知道谁将提供最好的交易，通常需要一个敏感性分析，以测试对未来替代方案的投标价值。价格也不能在成本加成定价中确定。谈判可以在考虑所有这些因素下，有益的探索不同定价的原因，并获取相关信息，以评估经济优势。然而，这种解释似乎过于宽泛的“例外”规定。

4. 在程序启动的当时，行政当局不能预测投标价格。这样的解释的理由是，该条文旨在讨论的不是做出调整使得采购当局可以评估出价，而是做出调整，以便在实施过程中明确一旦价格信息出现，项目资金的预算约束和整体估价。然而，这种解释也会引发许多不必要的争议案件，显然是不正确的。

整体定价的基础尚未被欧洲法院接受。因此，仍不清楚上述解释哪些是适当的。

正如上述“非特定化”基础的讨论，在 2004 年指令中，竞争性对话程序的引入可能会对该基础的解释和适用方式产生影响。

3..研究和开发（工程）

公共部门指令（公共部门指令 - 第 30（1）（d）项）在工作进行的目的是单纯用于研究，试验或开发时，允许公共工程合同使用有通知的谈判程序。但是，这并不适用于以期确保利润目标或收回研发成本的工程。对于供应合同有一个平

行条款，允许在类似情况下使用没有通知的谈判程序，其在这种情况下的含义在下文（见下文第 6.12 节）中讨论。例如，其中一项工作是要建立一个实验性的使用方法（使用天然材料的新的住房，例如，）的权威，以测试为未来的工程技术的适用性的情况下可适用。对于服务合同中研究和开发没有特殊规定。

用不同的方式处理工程，货物及服务合同不同，是反常的，但这种反常并未在 2004 年公共部门指令中得到纠正。

4. 公开或限制程序的失败

当公开或限制程序因为合格投标人的所有投标都不符合规定（例如，不兼容）或不能为采购当局接受，而未能以合同授予结束时，在某些情况下，如果所有出价的合格供应商都被引入谈判，则可以使用没有通知的谈判过程，（关于这一点，适用条件的细节分析见第 6.12 节）。在某些情况下，不过，当局可能不希望与所有供应商进行谈判。在这种情况下，没有必要开始一个新的开放或限制程序；当局可提出以有通知的谈判程序最终授予合同，而不使用新的开放或限制程序：公共部门指令 - 第 30 条（1）（a）。

6.11.2 程序⁵⁷

有通知的谈判程序，与开放和限制程序一样，包括合同的通知和竞争。许多开放和/或限制竞争对话程序的规定也适用于这种形式的谈判过，包括选择供应商、提交裁决阶段和授标标准方面的具体规定。（在必须被邀请参加授予阶段的数目上，是与竞争性对话类似的，而不是参照限制性程序下的人数）。

然而，在许多方面，协商的程序更加灵活，特别是在“授予”阶段。这个程序给采购实体显著自由包括通过迭代招标，分阶段淘汰参与者（如事先通知为竞争性对话），在没有完整投标的情况下做出首选投标人的选择，在谈判后给予参与者对投标报价做出重大修改的可能。

第 6.2 节表中同时列明了指令中规定的其他合同授予程序。

⁵⁷ S. Arrowsmith, *The Law of Public and Utilities Procurement* (2nd ed. 2005; Sweet & Maxwell), chapter 9; P. A. Trepte, *Public Procurement in the European Union* (2007; OUP), sections 7.31-7.65.

需要注意的是，尽管指令规定在授予阶段的明确限制是相当有限的，在公平待遇和透明度原则还可以做出进一步的要求。这些原则可以，例如，要求订约当局坚持在招标文件中的规定，至少除非及时通知参与者规则的修改。

6.12 未经通知的谈判程序

6.12.1 使用本程序的条件

6.12.1.1 简介

正如我们上面所述，没有通知的谈判程序与 UNCITRAL 下联合国贸易法委员会采购货物，工程和服务采购示范法的单一来源采购是相同的- 有时也被称为单一来源采购。

作为一般原则，这一程序既不需要竞争也不需要通知（虽然我们将会在下面看到，当要求竞争时，对此是一个例外：当一个较正式的竞争未能产生令人满意的结果和采购实体在竞争过程中采购失败且没有向竞争参与者发出新合同通知事，适用本程序）。

显然，这种程序对透明度原则有明显的限制，透明度原则是欧盟采购制度中极为普遍适用的原则用以防止歧视。因此，其适用非常密切限于在各国政府有非常好的理由偏离竞争和透明原则的情况。

没有约定在官方公报上通知的程序，最近在欧盟变得风险更大，因为在非协商程序下的没有竞争的谈判程序的不正当适用在新的救济指令（欧洲议会 2007/66/EC 指令和 2007 年 12 月 11 日理事会对理事会指令 89/665/EEC 和 92/13/EEC 的修订）（当时是 2009 年实施 12 月 20 日）中受到了严格的限制。但是，成员国可以允许其采购实体，通过在官方公报上发布意向合同授予通知并给予十天的等候期以避免风险。（见救济指令修订版第 2d（4）项）。成员国也可以在合同授予通知发布后提供 30 天期限的质疑期：救济指令修正版第 2f 条。救济措施的问题将在第 10 章中进一步讨论。

6.12.1.2 一般原则 – 分析适用理由和举证责任

正如我们已经提到，订约当局只有在指令所规定的特定情况下才可以使用没有通知的谈判程序（如由公共部门指令规定的 - 第 28 条）。适用有通知的谈判程序的基础和条件规定于公共部门指令 - 第 31 条。

在案例 199/85，委员会诉意大利⁵⁸，第 14 段，欧洲法院确定了两个非常重要的原则来解释这些适用条件，已经反复在许多后来的案件如案件 C-318/94，委员会诉德国中适用（“Ems”）⁵⁹。

1. 该程序的适用基础应该严格解释。这是根据一般原则，即欧盟基本原则的减损 - 在透明度和竞争的情况下 - 将被严格解释：案例 199/85，委员会诉意大利，第 14 段（在许多后来的案件，如 Ems 案中适用）。

2. 适用减损的一方（例如依赖于其的采购实体或成员国）具有举证责任证明满足了适用该程序的条件得到满足。这并不意味着违反的举证责任是相反的（案件 C-337/98，委员会诉法国（“雷恩铁路”）⁶⁰，AG Jacobs 的意见，第 64 段）。相反，它仅仅意味着该实体必须提供证据来证明其对减损的依赖，而不是要求对方证明其适用的条件没有满足。一旦这样做，对方可能需要反驳的证据。然而，采购实体提供的证据必须详细的定性。因此，在 C-385/02，委员会诉意大利⁶¹中，意大利声称，该程序适用是因为由于技术原因新的提供防洪池的建设工程只能由以往曾有同一防洪工程经验的承建商。欧洲法院裁定，意大利仅仅按照有关公共当局的咨询意见认为基于连续性原因使用同一建筑商是不够的，即在不同批次工程使用同一个承建商对于不同承建商承担举证责任是困难的。相反，意大利被要求提供“详细说明”，以满足其举证责任。

当实体选择使用谈判程序，关于该程序的记录必须包括关于为什么这种程序被选中的原因的信息：公共部门的指令 - 第 43 条（f）段）。

⁵⁸ Case 199/85, *Commission v Italy* [1987] ECR 1039.

⁵⁹ Case C-318/94, *Commission v Germany* ("Ems") [1996] ECR I-1949.

⁶⁰ Case C-337/98, *Commission v France* ("Rennes Railway") [2000] ECR I-8377.

⁶¹ C-385/02, *Commission v Italy* [2004] ECR I-8121.

使用没有通知的谈判程序的条件总结见下表，并在下文中进行进一步说明。

2004/18 号指令下使用没有通知的谈判程序的条件

1. 合同研究和开发（仅货物）
2. 如果只有一个可能的供应商（工程，货物和服务），因为：
 - 技术原因
 - 艺术原因
 - 专有权有关的原因
3. 在紧急状态下严格必需的原因（工程，货物和服务）
4. 与现有供应商后续合同：
 - 其他不可预见的工作，难以从前期工作剥离或早期的工作对其有必要性，它（工程和服务）；
 - 对以前的工作的重复，在之前合同的通知中已表明（工程和货物），
 - 现有物资部分更换或补充，购买其他供应商的产品会导致不兼容或不相称的技术困难的情况（货物）
5. 开放和有限制的程序没有产生任何投标或（工程，货物和服务）合适的投标
6. 开放和限制程序的投标书不符合规定的或不能接受（工程，货物和服务）
7. 设计的后续程序
8. 商品市场的采购（货物）
9. 特别优惠的条件采购（货物）



6.12.1.3 可用性：研究和开发合同（货物）

对于供货合同，在相关产品仅单纯为用于开发、试验、研究或发展的目的时，缔约当局可能使用未经通知的谈判程序（PDS，第 31 条（2）（a）条）。这是为了参考的原型产品的购买使用，例如，一种新技术或材料。（这是很清楚的上下文，这是必要的目的不是指其中的产品功能是开展研究，等等 - 例如，实验室设备 - 其中许多是非常简单的项目：为“指的是制造，而不是最终产品的用途）的目的。这个理由可适用，例如，该国政府在追求一个协助警方的新监视设备，：它可能会使用谈判程序，选择一个开发并将其提供给政府的供应商。

但是，这项规定不适用于货物为建立自己的商业可行性或以支付研究和开发费用而采购的情况。这是为了避免当局购买足以使产品在市场上销售或用于商业开发收回的数量，而不是局限于原来采购成本的原型为。如果当局要求原型之外的项目，必须通过公开或限制程序进行采购。因此，所提供的新产品必须与市场上其他产品相竞争。

在因上述原因适用谈判程序时，必须要求工程合同的广告和竞争时（见第 6.11 节），对于服务合同却没有条款规定。对于这种差异没有明显的逻辑解释。

6.12.1.4 可用性：只有一个可能的供应商（工程，货物和服务）

总的考虑

指令和法规允许适用未经通知的谈判程序，在合同因为“技术性“理由“与专有权的保护有关的原因”“艺术理由”而只能授予给特定的“经济经营者”的情况下：（公共部门指令 - 第 31（1）（b）项）。

由于指令只涉及欧盟内部开放市场，似乎不必考虑非欧盟供应商。但是，在与第三国有国际协议的情况下，如世界贸易组织政府采购协定，它可能有必要考虑。

目前尚不清楚是否实体必须证明没有其他供应商实际上存在，或只是说在程序启动时不能合理地预见。对条文的严格解释建议适用前者。

应该强调的是，对此规定的依赖往往是危险，因为有可能是有公司或产品的存在而采购实体本身不知道。

这就提出了问题，什么是必须进行调査的。在这种情况下出现的适用基础的证明问题，在雷恩铁路案中得到了说明。本案涉及一个法国公用事业为城市轻轨铁路系统授予的合同。法国声称，根据公用事业指令，基于技术原因和有专营权的理由，采购实体有权免除了在官方公报上公告竞争。法国提供的证据，一个主要竞争对手无法在严格的时间限制内提供兼容的系统，该竞争者曾以信件咨询的形式表明其无法满足时间要求。委员会试图以同一公司之前的一封信为证据证明其能够提供这样的系统，也已在美国和加拿大为类似系统竞争者安装了这系统，反驳法国的观点。大法官雅各布认为这足以反驳法国的说法。如果这个反驳的证据不可用，则适用的条件可能已经被证明了。然而，考虑到缺乏足够的有意愿和能力的竞争对手和竞争对手仅在非常有限几个市场存在的证据是充足的。

在大多数市场，可能必须要产生积极的证据表明，不存在其他竞争对手，例如，最近对公告已经收到回复进行公告的要求。在许多情况下，最简单的调查过程中可能是须刊登广告的要求！

技术原因

“技术原因”可能是，只有一个企业的专业知识足够做这项工作，或生产产品，或只有一个企业有能力完成所要求的规模。这将不足以证明只有特定供应商能够生产出最有效的性能，相反，它需要表明，只有该供应商能够生产所需要的产品。

在案件 C-385/02，委员会诉意大利中，似乎接受因连续性而将更多工程授予同一个承包商（特别是，为了避免需要分配不同的承建商之间的责任问题）能在原则上，构成本规定的“技术原因”，尽管这种要求是没有事实证明。

一个有趣的问题是该条款与欧盟规则在制定标准上之间的关系。这要求采购实体接受任何“相当于”所列明标准的产品、工程或服务。如果实体不符合其在起草这些规则所列明的规格，但据猜测，即使只有一个企业能满足规定也不得使用未经通知的谈判程序。

但是如果只有一个供应商，能满足合法起草的规范该如何呢？有两种可能的看法：

i) 未经通知的谈判程序可以使用。例如，如果只有一个公司，可以按照采购当局规定的环保标准建设一个垃圾处理厂，则采购实体可以免除通知要求。（但是，实体可能需要向欧洲法院证明 - 这有可能会适用特定的严格举证责任）；

ii) 上述是不正确的，在有合理的替代品或替代者的情况下，实体必须始终维护竞争。可以说，这一规则是在世界贸易组织政府采购协定第十六（1）b 条明确规定的，在联合国国际贸易法委员会采购示范法第 22（1）条我们也看到了类似的规定。这里，实体设定的首选规格和替代产品或服务之间差异，在决定合同授予时总是被考虑在评标标准之内的。

显然，有一些情况下，使用未经通知的谈判程序是有风险的，希望避免任何风险的采购当局可能更喜欢将合同向替代品开放或至少是以需求为基础保留竞争，能够给予任何确实存在的竞争对手机会。

专有权

关于“专有权利”的条文考虑到下述情况：由于法律上的原因只有一个可能的经济运营商，特别是如果该人持有相关的知识产权或工业产权，如专利或著作权的财产权利。要使用这个理由，有必要证明，有没有可以被其他供应商提供的可用的“等效”选择存在， - 如果存在，采购实体坚持采购受保护的产品或服务将相当于违反特定的规范规则。即使在罕见的情况下，该实体的需要只有唯一的产品或专有权利保护的程序可以得到满足，如果这些权利的使用许可给一个以上生产或多于一个供应商的保护产品，则仍将无法使用此程序。

艺术的原因

在实体希望购买特定的艺术家或表演一个独特的艺术工作或合同时，这个理由可以适用。

由于技术原因和法律原因，不经通知的谈判程序可用于仅在对特定的艺术家或工作本身的要求是合法的情况下，当有“等效”选择可用时则不是这样的。“等效”的概念在艺术品的问题上是特别难以界定的。虽然在一方面是毕加索的画大概没有等效，同是艺术家的作品还会涉及到单纯的地方或国家范围内的声誉问题？Arrowsmith 的书中，公共和公用事业采购法（第二版 2005），第 9 章，建议的是，如果一个艺术家的作品高于一般商业利率溢价则有一个可推翻的推定不存在“等效”的选择。但如果情况并非如此，可以暂时推定，有可能从其他供应商购买等效的作品。

6.12.1.5 可用性：紧急情况

只有当它是“绝对必要”，如果开放，公告限制或谈判程序使用的时间限制，不能满足要求（公共部门指令 - 第 31（1）（c）项），允许因紧急情况的原因使用未经通知协商程序。只有在事件引起的紧迫性，规定可以适用：

- i) 采购实体的“不可预见”；及
- ii) 不“归因于”采购实体。

这一理由已被严格解释，并根据前面介绍过的一般原则严格适用。在某些当地政府依赖此规则的情况下，对此欧盟委员会已在欧洲法院做出相反规定，到目前为止，没有再次发生对此条款依赖需要进行合理性判断的案件。

两个重要的原则已确立，重点如下：

i) 实体不得在可以适用合同授予时限的情况下使用此程序加速采购的进行。现在允许在 20 天内进行合同授予（15 天，供应商响应通知或电子手段使用的情况下 10 天，并提供 10 天提交报价。一个例子是案件 C-24/91，委员会诉西班牙（“马德里大学”）案⁶²，涉及到在马德里大学的建筑的合同变更和延期。西班牙争辩此事是在紧急状态的，因为学生人数会预期增加，需要在新学年开始之前完成。欧洲法院的结论是，减损在这种情况下不适用，不能通过使用特别限制程序缩短时限（“限制加速程序”），因为工作能够及时完成，而不是必须采用谈判程序，（见案件 C-107/92，委员会诉意大利⁶³）。

ii) 采购方必须未雨绸缪，为完成所有内部和外部审批程序留取足够的时间。许多案例败诉，是因为所声称的“紧急”是可以预见的。Ems 案为例，正是上述原则的起源（虽然不是今天欧洲法院的方式措辞）。这清楚地表明，采购者必须未雨绸缪。重要的是，无论是给所有相关过程足够的时间去完成或以这样的方式，以确保（尽可能）可在任何变化在正进行的程序中作出裁决（任何可能发生的变化仍然属于该通知的范围）。

在使用加速程序仍难以避免所有困难，与可预见性和故障有关的条件完全得到满足，在评估是否属于紧急情况时，法院需要排除常见程序而考虑：第一，合同相关利益的性质和程度，其次，如果延迟发生，对该利益发生损害的可能性。

⁶² Case C-24/91, *Commission v Spain* ("Madrid University") [1992] ECR I-1989.

⁶³ Case C-107/92, *Commission v Italy* [1993] ECR I-4655.

大概将最优先考虑健康和安全的利益，以及防止财产损失的利益。关于某些其他的利益，然而，人们可能预期欧洲法院可能不太倾向于适用谈判过程。一个不涉及健康和安全的案件，就是马德里大学案，案中马德里大学采用谈判程序以保证在新学年开始人满为患时能够保证新建筑的完成。然而，由于该理由因其他原因不适用，欧洲法院没有讨论这种利益是否足够。即使在健康和安全的利益受到威胁的情况下，在时间延误的可能性很低时，也可能被拒绝使用这一理由。在个案 C-328/92，委员会诉西班牙⁶⁴，委员会对西班牙提出诉讼因其在采购药品时使用谈判程序，欧洲法院裁定程序不能仅仅以确保未来供应防止短缺的安全作为理由适用谈判程序，而只有当实际发生短缺时方能适用。

在不可预知性和无过失的条件得不到满足的情况下，需要做的就是服从于要求开放市场的公共采购规则的总体政策的要求维护竞争。当因采购实体可预知的原因或是采购实体本身过错导致在加速程序的时限内仍不能满足紧急需求时，实体面临两种选择：

- 接受对公众利益可能发生的损害（对采购的延迟），或
- 违反采购法。

如果实体选择后者，当法院可能决定不停止合同授予的程序，尤其是如果有生命或健康受到威胁。采购实体可能要负法律责任支付赔偿金给有证据证明如果适用竞争程序其能获得合同的公司， - 但这种可能性一般是很小的，因为企业将难以证明它一定可以赢得合同（或有获胜的好机会）。根据新的指令也有判处无效或处罚风险的救济办法。这是在第 10 章中进一步讨论。

6.12.1.6 可行性：与现有经济运营商签署更多合同

在某些情况下，与现有供应商续签合同，可以按照法律规定适用未经通知的谈判程序。作为一般原则，实体不能简单地通过协商程序与现有合作伙伴签订新协议：新的合同需要经过新的合同授予程序（尽管在某些情况下，对合同进行延

⁶⁴ Case C-328/92, *Commission v Spain* [1994] ECR I-1569.

期和更新是可行的)。然而，下述的规定表明对这一原则的例外规定在某些情况下存在，如果存在与特定同一家公司继续续约的客观理由存在。

- 不可预见的额外工程和服务

订约当局可以使用没有通知的谈判程序将公共工程或服务合同授予现有供应商- 尽管不是货物合同 - 如果这是由以前的合同，在“不可预见的情况”下产生的额外工作（公共部门指令 - 第 31 条（4）（a）如：

i) 新的工程或服务若是分割将产生技术上或经济上的“重大不便”。这可能适用，例如，在需要对现有的网站上已经存在一个承包延期商拆卸和更换该承包商将是非常麻烦和昂贵的；或

ii) 新工程或服务可以分别进行，但原合同的最后阶段是“绝对必要”的条件。这可以适用，例如，为了完成施工，在建设中就必须将处理土方的服务设想在原合同中。

在这种情况下，客观情况使得几乎可以肯定：现有的供应商将就额外的工作提供资金最大的价值，而这也意味着重新开始合同授予程序将造成不成比例的浪费。

这项规定只在额外工程的价值不超过原始合同总价值的 50%的情况下适用。

根据世贸组织政府采购协定（GPA），上述情况非竞争程序，只适用于工程（“建设服务”），而不是大多数服务（政府采购协定第十五条（1）（f）段）。对于适用 GPA 的合同，对其他服务合同适用即违反了政府采购协定的规定。

- 在合同通知中提到的额外工程或服务

没有公告的谈判程序也可用于允许对现有供应商授予合同在工程或服务，是根据原有合同的重复，并符合原合同被授予的“基本工程”：公共部门指令 - 第 31 条（4）（b）项。同样，这仅适用于公共工程和有关服务合约，而不是货物合同。这可以适用于，例如，如果承包人是一家为大学建立两幢学生宿舍作为校

园开发计划的一部分时，合同公告表明为第三个类似的或者大厅也可能在稍后阶段作为被授予合同的组成部分的情况。

只有当使用未经通知的谈判程序的可能是在最初工程项目招标采购之初已经披露的情况下（公共部门指令 - 第 31 条（4）（b）），这些规定才在指令下适用。

新合同授予程序必须首先原合同签订后三年时间里开始（公共部门指令 - 第 31 条（4）（b）项）。

根据政府采购协定，在上述情况下使用非竞争程序的可能性，仅适用于工程（“建设服务”），而不是大多数服务（政府采购协定第十五条（1）（g）段）。对于适用 GPA 的合同将此用于其他服务合同即违反了政府采购协定。

- 从以前供应商的额外采购

因为在某些情况下，对于货物合同，当合同是作为现有货物或装置，所需的用品或部分取代用品需要对现有的商品或装置进行增补（公共部门指令 - 第 31 条（2）（b）项）时，公共部门可能使用未经公告的谈判程序将合同授予一家现有的（或以前）供应商。若是采购其他供应商的产品将导致产品的“不同的技术特征”，而这会导致（i）与现有产品/装置的不兼容或（ii）“不相称的技术造成操作和维修困难。”这就像上述所劳务的某些不可预见的额外工程，属于例外，以前的供应商将提供最物有所值的具体情况是客观可能的。

指令规定，这一理由可被援引“作为一般规则”，如果合同或任何其他为同一目的的合同期限为三年或更短，公共部门指令- 第 31（2）款（b）。这可能适用，例如，当合同的性质，根据经济需要而有较长合同期。

目前尚不清楚，有不同的供应商，可以调整设备使其可以兼容的情况该怎么处理。严格的解释规则可能意味着理由在这种情况下不适用，竞争的需要，在这种设备的调整费用可以作为授予合同的标准考虑。更灵活的方式是，当设备没有承担不合理的调整费用则不能作为适用的理由。这可以通过类比之前讨论过的

“不可预见的工程和服务的”，适用于在不授予原供应商合同将带来很大的不便的情形。

更换或补充需要没有必要应是可预见的。此外，如果需要更换或添置是可预见的，并不要求必须在原来的合同公告中表明。

这似乎令人怀疑：在有关设备本身的采购也是违反欧盟规定的情况下，这一规定是否可以适用。

6.12.1.7 可用性：公开程序，限制程序或竞争对话的失败

在缔约当局已经采用了公告的竞争程序但是没有产生令人满意的结果时，某些情况下，可以使用未经通知的谈判程序。这适用于如下情形：

- 没有合适的投标书或申请

未经通知的谈判程序可用于：第一，当举行公开或限制程序，但没有举行招标，也没有“适当”的投标，或根本没有收到申请（公共部门指令 - 第 31（1）（a）条）。合适的投标概念似乎是指在招标采购中满足采购实体的关键需求。这一规定的理由是，采购实体已经进行公告竞争，但在这场竞争中已无法找到任何投标者谁能够满足其需求的情况下，再进行公告将是毫无意义的，实体应该可以使用它选择的任何方法，以尝试找出能够满足条件的供应商。

“合适的”招标的确切含义欧洲法院参照公用事业指令的规定做出的（现在公用事业指令第 40 条（3）（a））在案件 C-250/07，委员会诉希腊⁶⁵中。

- 与此有关的诉讼案件，在委员会诉希腊的案件中，合同是 DEI，一家公共电力公司采购的为电站提供热电机组和一定的辅助器材。欧洲法院最后认为 DEI 已经公布了竞争的合同授予程序（第一个授予程序），但随后程序终止时，合董事会发现没有符合招标要求的令人满意的投标。然后，它公布了一个有一些不同新的竞争程序（第二个授予程序）。但是，它拒绝了所有五个在本次程序中的收到的投标，因为其不符合有关排放的某些技术要求。采购实体随后要求投标者在

⁶⁵ Case C-250/07, *Commission v Greece*, 欧洲法院 judgment of 4 June 2009.

5 日内提交一份提供金融定价(第三授予程序)。这在本次投标中是必不可少的。他们提供正确的不符合规定的部分，导致上面提到的拒绝。希腊认为，DEI 有权不采用第三个竞争程序，因为没有“适当”的标书。不过，委员会声称，在这种情况下，根据上述规定，投标人不是“不合适的”。

在这方面，委员会力图定义不合适的投标为因为其与招标要求“其实质性条款不符”，这样的情况是“相当于”采购实体的所有需求得不到满足（判决书第 19 段）。委员会要求，为区别于那些仅仅是“不合规定”的投标，在公共部门指令意义上采用了不适合的投标这一概念（尽管“非正规”的概念并未出现在公用事业指令中）；委员会显然认为，不符合规格的大多数投标书都属于这一类。另一方面，希腊认为不适合的概念，是指任何不符合技术规格的投标，同时不合规的招标仅指“未能达到在正式参加投标的条件”。虽然判决并未完全明晰这一问题，欧洲法院的大法官 **Poiães Madro**，（第 13 段的意见）接受委员会的定义：欧洲法院在“不准确，或仅仅只是细节”的不合规定的投标与只涉及了订约当局的需要的不适合的投标之间做了对比区分，只有后者属于不适合的投标。然而，从委员会在不同情况下的考量看，事实欧洲法院 – 欧洲法院的本结论是，违背了委员会的论点，采购实体有权认定标书在这种情况下不适合。欧洲法院指出，在本案中，有关投标人的投标不符合的失败事实主要是因为其不符合在国家和欧盟层面的关于保护环境的义务上，因此，它不可能保证争议中的热电站合法运营（41 – 42 段）。

看来，公共部门指令将采用同一定义：委员会认为应该是这样的，这显然欧洲法院的大法官也是这样的观点（本意见第 17 段）。

在今后的案件仍需仔细辨别什么样的对要求的偏离会导致不适合投标的认定。希腊案件表明，对合法的重要要求的偏离导致不适合投标。目前尚不清楚是否每个为规则“根本”目的的偏差将导致不“适合”投标 - 这个概念可能适用于极为明显的偏离意味着投标者根本无法满足采购实体的需要的情况。

直到有进一步的判例法证明，以这个理由使用未经通知的谈判程序显然是危险的，除非有非常重大的不符合规范要求的情况。以投标不合规为由开始新谈判程序的风险更小些，因为其允许采购实体在所有合格的投标者都参与谈判的情况

下不需要发布新的公告。这种关于不合规的投标和不被接受的投标可能性将在下一节讨论。

这是一个不对合同条件做“大幅修改”的前提下援引使用谈判过程的条件(公共部门指令关于本条件的规定 - 第 31 (1 (a) 条)，其中规定，仅当“被终止的程序中提出的原合同条款在公开程序中没有被大幅度改变的情况下”，该理由可以适用。在这种情况下，实际上，一份新合同，需要一个新的合同授予程序。

在案例 C-250/07，委员会诉希腊中，欧洲法院认为确定是否合同的条件在此背景下被大幅改变，实际上相当于就是要更广泛地考察涉及更改时改后的合同是否构成新的合同。在目前情况下，这个考察是有关是否修改条件要求，根据案例 C-250/07 委员会诉希腊，如果修改是初始授予程序的一部分，将允许在提交投标书的程序以前适用竞争或将允许投标者而不是最初程序的参与者提交投标（判决第 52 段）。该委员会在案件 C-250/07 委员会诉希腊中，希腊称第三授予程序中已经发生了重大变化，第二个授予允许投标者包括来自所述的条件有一定的技术偏差而不必为偏差支付任何额外费用而第三个授予程序要求投标者为偏差支付费用。然而，欧洲法院的结论是，在本案中的变化并不大。

如果委员会提出要求，使用这个理由的实体需要给委员会发送一个报告（第 31 (1) (a) 条）。本监督规定被列入其中，因为被认为采购实体刻意使条款不具吸引力，以防止合格投标书的出现，目的是可以与所青睐的经济营运商自由地谈判。

采购实体，适用这一规定使用未经通知的谈判程序时，不需要进行任何形式的竞争性程序。但是，也可以这样做。欧洲法院在案件 C-250/07 委员会诉希腊（采购实体在失败程序的参与者中发起了新的竞争）中似乎表明采购实体并没有不良意图的事实（判决第.47 段）。

与下文进一步讨论的不合规或不适合的投标不同，这个理由没有具体提到的那些没有在竞争对话或有通知的谈判程序中收到适合的投标的情况。因此，在这种情况下，这些未能产生合适的投标的程序，有争议认为需要发布新的公告。然而，这似乎是相当不合理的。因此，可能是值得商榷的，这些条款可以通过类推

适用于这种情况。可以指出，在竞争对话的情况下，至少，如果没有可行的选择，订约当局至少可以实施新的程序，而毋须依照非合规或不适合的标书的情况发布进一步公告。

- 只有不合规或不能接受的投标

订约当局还可能在公开或限制竞争的对话过程或已举行谈判程序，但所有投标不合规或不能接受的情况下，使用未经通知的谈判程序（第 30（1）（a）条）。适用条件是：

a: 采购实体与所有“与招标程序的正式要求符合”的提交标书的合格供应商进行谈判（在指令的规定上）；及

b: 采购实体不邀请任何额外的投标人（公共部门指令 - 第 30（1）（a）条）。

因此，虽然不需要新的通知，按照一般原则程序仍须是竞争性的 - 与在其他情况下采购实体可以只与一个选定的公司谈判不同。本质上，在这种情况下，有效地继续旧的程序是合适的选择（虽然按照正式的说法是一个新的程序），但是允许投标者更正，其之前投标以缺陷或问题，并且方式更加灵活。

看来，不合规的投标的概念包括那些不符合规格（因为委员会似乎在案件 C-250/07 委员会诉希腊中表明的）。不符合招标文件规定的其他形式要求的也可能被认为不合规 - 例如关于投标介绍的方式的规定（如投标语言）。

根据指令，不可接受的投标书的概念是指“根据国家规定投标是不能接受的，该国家规定与第 4 条[经济运营商的形式] 24 条 [关于变化] 25 条 [关于分包] 27 条[关于提供纳税等信息的义务,]和第七章[其中包括 44-52 条的适宜性]一致的。因此，无法接受的投标的概念似乎已经包括了因为招标人或者投标不符合在这些文章中列出的事项有关要求而被拒绝 - 例如，由于投标者缺乏技术能力履行合同。根据这些规定，许多明显的拒绝不必在不发布新的通知的谈判中被包括在内，正如我们刚才看到的，采购实体必须在谈判程序中包括在那些能够执行合同的合格投标者。

并不完全清楚上述规定在多大程度上包括了列明采购实体可以合法地拒绝投标的原因。一个情况是采购实体为了确保公平待遇拒绝 - 例如，拒绝在编制标准时有利益冲突的投标者。这一谈判过程适用的基本原则表明，应适用于因上述原因拒绝投标的情况。另一个原因是采购实体因异常低价而拒绝招标。

采购方也可能对合同授予程序不满，因为最好的投标程序未能提供最物有所值的选择。这在投标者的数目已经竞争不足的情况下尤其可能，例如，那里只有一个响应的投标，或在已有串通的投标。委员会对 2004 年前的指令发布的指导建议，表明了所有投标都超过采购实体的预算的情况（委员会服务采购指南第 21 页 n.55；委员会公共工程采购指南第 25 页 n.27；委员会公共货物采购合同指南，第 23 页，n.28；要注意的是，指南明确规定其并不一定代表委员会的解释意见）。如果这种解释是正确的，这是令人惊讶，因为它提供了广阔的酌情权，可以不考虑投标程序的结果，转入谈判。对这一点允许，但是不允许第二轮透明的招标投标似乎不合逻辑的。因此对这一点的允许意味着允许第二轮透明的招标。这可能是直接针对串通投标的情况的规定，在正式招标或新一轮新的招标程序不适合的情况下，因此仅可在怀疑存在串通投标时采用。可能的解释是拒绝串通投标的投标人是公平待遇的要求。

在没有投标或投标申请或不适合的情况下，适用未经通知的谈判过程，谈判过程可能会在不合规或不能接受的投标的情况下，在原程序的合同条件没有实质性改变的前提下适用（第 30 条（1）（a）条）。

这与在没有申请或没有合适的招标投标不合规的和不可接受的标书时适用竞争性对话的规定是不同的。

另一方面，由于该项条款在没有申请或没有合适的招标投标情况下适用，没有明确提到在有通知的谈判程序未能产生令人满意的结果时会怎么样。虽然有通知的谈判程序可能不会如此频繁出现问题 - 因为其程序本身有校正错误的更大范围 - 他们可能会发生 - 例如，当没有合格的经济运营回应通知时。对于这种情况，不允许适用未经通知的谈判城市似乎是不合逻辑的。

6.12.1.8 可用性：程序设计后的程序

根据公共部门指令 - 第 31 (3) 当局也可以使用没有公告的谈判程序，在设计竞赛已按照指令对设计竞赛程序的规定举办来选择与设计竞赛未来的服务供应商的情况下（载在公共部门指令 - 66-74 条），合同谈判是在与那些本次设计大赛的获胜者进行的。本书中不对设计比赛做进一步讨论。

6.12.1.9 可用性：商品市场的采购（货物）

公共部门指令第 31 条 (2) (c) 规定了也可以在“货物报价及商品市场上购买”时使用谈判程序。商品市场是购买产品未来交割，通过交易确定价格 - 例如，这是许多金属，畜牧，咖啡和茶交易的常见情况。其目的是确保安全，以避免可能发生的商品价格波动。这项豁免允许采购实体无需公告直接从商品市场进行采购。这通常是最便宜的选择，因为市场往往是国际的普遍没有歧视危险。此处所说市场只能是一个商品市场。

6.12.1.10 可用性：按特定优惠条件进行的采购（货物）

公共部门指令 - 第 31 条 (2) (d) 规定谈判程序可以用于“按特别优惠的条件进行的采购，无论是从正要最终结束营业的供应商或收货人或破产清盘，与债权人安排，或根据国家法律或法规“类似的程序进行的采购。这表明封闭式出售或清盘人出售可能提供一个特别有利的购买，如果遵循正常的程序，交易机会会转瞬即逝。有利的条件不必仅仅局限在优惠的价格。

6.12.2 程序要求

指令对于未经通知的谈判程序没有合同公告的要求 - 我们已经在第 10 条看到，根据 TFEU 公平待遇和透明度原则，也没有这样的义务。

在大多数情况下，这种程序是允许的，这是因为只有一个可能的供应商或因为工程被授予给以前的签约方：在这里，合同另一方在谈判中已经决定，只是需要解决合同的条款及条件。

其他情况下如紧急状态，或不适合招标的情况，但是，与一个以上的企业谈判可能适当的。在实践中，通常会直接联系知名供应商开始谈判。

该指令在义务在多大程度上适用的措辞是模糊的，且并未过多讨论这个问题。

•例如，可以这样说，即使没有对未经通知的谈判程序，候选人资格的规定（对所允许的资格标准和证据规则等规定在指令第七章，第 44-52 条）和关于授予程序的规定在第 53 和 55 条适用在第 44 条（1）基础上简单表明“合同，应当予以授予”在这些条款规定的基础上，而第 44 条则以一般描述的形式设立了最小能力规则。另一方面，可以指出，第 44（3）条，允许实体限制邀请成员国间的有条件参与招标、限制性程序有通知的谈判程序、竞争性对话的人数，并规定了具体的操作程序，但是没有对未经通知的谈判程序作出规定。这似乎表明，如何选择候选人的具体规则并不适用于未经通知的谈判程序。这可能反映了即第 44 条整体的一种假设，第 44 条提及的第二编第七章的其余部分是指，并不适用于未经通知谈判程序 -可能会争辩说，第 44 条（2）提到限制程序，有通知的谈判程序，和有竞争对话，并明确是不允许的 - 因此，关于它是如何做到的规则是不相关的 - 对公开程序，但没有提及未经通知的谈判程序仅仅因为假设本章通常不适用于这一程序。（当然，即使对资格的规则普遍适用，在那些供应商也没有提交审议的具体要求的情况下，委员会选择受邀者行使自由裁量权时是很难审查，因为具体公司不能证明他们有资格被考虑）。关于时限，电子通讯等的规定也同样不清楚。

指令缺乏明确性意味着将有相当大的自由裁量权，欧洲法院在考虑制定相关的其认为合适的规则。不太清楚在一定范围内有竞争的情况下指令规则该如何适用。在一个极端，可能会争辩说，按照透明和公平待遇原则的要求，采购实体应尽可能透明和维护竞争，在这种情况下，而且法庭应审查个案中是否已经达到这个标准。在另一个极端，一个有力的论据是以法律确定性原则为基础，义务仅在指令明文规定的情况下适用。在法理缺失的情况下也没有什么证据证明会采取哪种方式。这种适用未经通知的谈判程序的“积极的”法理学的缺失必然会限制对未经通知的谈判程序中采取的措施对出质疑的可能性 - 质疑可以可能性在很大程度上被认为是理论上的而不是真实的。

但是，可以预期，然而，有一个几乎肯定会被应用到未经通知的程序，同时考虑到其目的和性质的几点要求 - 最显著的是规定，在指令强制排除下，排除腐败罪名和其他刑事犯罪的公司获得公共合同。

6.13 终止合同授予程序

采购实体可能希望在实践中因某些原因终止合同授予程序。例如，它可能愿意放弃因为采购的商品或服务不再需要，或是过于昂贵，或者它可能终止一个程序和开始一个新的程序以纠正的第一个程序中的法律或其他错误。

在几起案件中，欧洲法院都表示根据欧盟指令实体可能在原则上放弃采购或开始一个新的程序⁶⁶，并享有广泛的自由裁量权。特别是，欧盟法律没有规定只有在特殊情况下或重大理由终止。⁶⁷

然而，在指令下的任何决定，实体必须符合欧盟法律和指令关于终止的一般原则规定。因此，例如，开始一个新的程序，因为在第一个程序的获胜者不是本国的供应商可能是不合法的。

⁶⁶ E.g. Case C-27/98, *Metalmeccanica Fracasso* [1999] E.C.R. I-5697; Case C-92/00, *Hospital Ingenieure Krankenhaustechnik Planungs- GmbH (HI) v Stadt Wien* [2002] E.C.R. I-5553; Case C-244/02, *Kauppatalo Hansel v Imatran Kaupunk* [2003] ECR I-12139.

⁶⁷ *Metalmeccanica Fracasso*, above, paras 23 and 25; *Kauppatalo Hansel*, above, para.32.

6.14 框架协议⁶⁸

6.14.1 简介

框架协议是指买家和供应商间建立可能或将要在一段时间内采购的合同安排。其基本原理是让各方具体的订单前提前确定（将来）交易的条款，从而使程序更快速，比实际订货降低了成本。欧盟采购指令下的实体作为采购人必须按照其详细透明的程序进行采购，这是很重要的。在订约当局经常性或持续需要购买某些特定产品或服务 - 例如文具，电脑或维修服务 - 特别是，在订约当局不知道确切的时间或数量时，往往在实践中使用框架安排。

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，或只有为了未来合同约定条款设置了法律上的承诺。

框架也可以采取多供应商安排的形式。这包括：

- 选择若干个潜在的供应商的初始竞争，；
- 然后，当一个实体要求时选择其中的几个“框架供应商”，以完成订单。

多供应商而不是单一供应商框架协议的原因，包括多供应商协议允许实体选择每笔订单的最佳供应商，同时避免了新的程序，可以确保实体供应安全和集中采购的好处 - 例如聚集节约成本- 同时保持用户灵活性。框架协议在采购过程中可以方便中小型企业（中小企业）的参与 - “call-off” 框架协议下的小订单比单一大采购的规模小，同时时间也较长。

⁶⁸ See further S. Arrowsmith, *Methods for purchasing on-going requirements: the system of framework agreements and dynamic purchasing systems under the EC Directives and UK procurement regulations*, chapter 3 in Arrowsmith (ed.), *Public Procurement Regulation in the 21st Century: Reform of the UNCITRAL Model Law on Procurement* (2009; West); S. Arrowsmith, *The Law of Public and Utilities Procurement* (2nd ed) (London: Sweet & Maxwell 2005), Ch. 11; P. Trepte, *Public Procurement in the EU: a Practitioner's Guide* (Oxford: OUP 2007), pp.436-445; S. Arrowsmith, "Framework Purchasing and Qualification Lists under the European Procurement Directives" (1999) 8 *Public Procurement Law Review* 115 (part I) and 168-186 (part II); C. R. Yukins, "Are IDIQs Inefficient? Sharing Lessons with European Framework Contracting" (2008) 37 *Public Contract Law Journal* 545.

6.14.2 指令关于框架协议的规定

公用事业指令关于框架协议一直有明文规定，但旧的工程、货物及服务指令中没有任何关于这个问题的明确规定。不过，许多类型的框架协议很可能在事实上是允许的。引进一些法律上的确定性，并对框架协议提供足够明确的控制，2004 年公共部门指令中明确规定了框架协议的规制。这些规则：

- 明确授权许多框架协议
- 对其进行规范以确保透明度和竞争；和
- 对框架的一些具体情况在指令中进行规制（如聚合和授予通知书等）。

第 1 条（5）为框架协议的定义是：

“一个或多个订约当局与一个或多个经济运营商之间的协议，其目的是用来设定对一定时期内合同授予的条款规定，特别是关于价格以及特定情况下的数量”。

这既包括多供应商框架协议也包括了单一供应商框架协议，并不涉及合同直接授予，授权和规范条款都同时适用于这两种类型。

第 32 条（1）明确了对框架协议的授权。

在授予合同时，实体必须遵循了指令关于各个阶段合同授予的一般规则（第 32（2）条）。

对于多供应商框架协议，第 32 条（4）通常需要实体选择至少 3 个框架供应商。然后，它规定，每个订单的获胜者可以被选择：

- 如果没有新的竞争（在原有投标基础上）或
- 通过重新开始竞争，在透明的“微型招标”程序下（以书面形式，指定的对投标者足够长的时间限制，保密）。所有能够满足要求的框架协议运营商，都必须被邀请参加小型竞争（第 32 条（4））。这个微型投标过程可能是用来补充原招标，使之适应特定要求。例如，对一个管理问题咨询的框架协议，初步框

架可能涉及的事项，如每小时收费，微型招标可以用来获取特定项目的建议，例如将花费供应商多少小时（即供应商为解决这个问题提出建议），根据其性质不能包括在原招标中。微型招标，也可用于对原招标条件的改变 - 例如价格非常不稳定的情况下改变市场价格。

采购实体不得在框架协议有效期内添加新的协议供应商（第 32 条（2））。在这方面，框架协议有别于动态采购系统，也与公用事业指令下的资格制度不同（一个将在下面第七章中讨论的概念）。

关于控制，可以注意如下几点：

- 首先，框架协议不应超过四年“在特殊情况下有正当理由，特别是根据框架协议的对象”（第 32 条（2）），并载于公告内。

- 第 34 条（2）各国的实体不得当使用框架协议以限制或扭曲竞争。

- 框架协议的一个问题是，缔约方可能需要对招标条款或实体的规范或条件进行修订- 例如，增加新产品。同样的问题可能出现在任何合同授予程序，但由于框架协议下，通常需要较长时间重新授予合同，这是一个特别的问题。在这里，第 32 条（2）规定各方不可在任何情况下对框架协议中的条款作出重大修改，“特别是”单一供应商的框架协议；和第 32 条（3）与单一供应商的框架协议应当在框架协议规定的条款内授予。不过后一项规定要受第 32 条（2）所规定的作出非实质性变更条款可能性的限制。事实上，这些规定可能只是反映授予程序上普遍原则的变化。

指令还明确处理框架协议的某些细节。

- 例如，规定，为门槛价目的的合同价值是整个框架协议下所有合同估值的最高价值（第 9 条（9）），同样的规则，已经为公用事业适用。

- 对于授予通知的规定，只有供应商被选定的情况下才需要予以公布，而不必对每个订单公布（第 35 条（4））。对于其他信息的义务（如授予通知），有明确规定要求对于供应商被选定的信息应予以公布，但没有对每一个订单信息是否需要明确公布做出规定，即对后者的规定是模糊的。

第七章 公用事业部门的欧盟规则

7.1 公用事业采购简介¹

7.1.1 关于欧盟公用事业采购制度的介绍

尽管欧盟公共采购制度体系中的大部分是在公共部门的第 2004/18 号指令的规制之下，但是还有一些采购是 2004/17/EC 号指令即所谓的公用事业指令的规制。该指令对在下列部门中从事某些特定活动的机构进行规制：

- 水；
- 运输；
- 能源； 和
- 邮政服务（“公用事业活动”）。

例如，在英国，发电公司和水供应商所缔结的合同即在该指令的规制范围内。

采购活动一般是由公共部门指令所规制的主体，所从事的公用事业活动是属于公用事业指令的规制范围。公用事业指令不仅局限于公共部门，同时也适用于从事“公用事业”活动的包括许多私营部门的实体（如上文提到的公司）在内的其他实体。

水，能源和运输最初是受 1990 年通过的指令约束，该指令是 1992 年实现欧洲共同市场的推动力之一。1990 指令的规制范围只包括供货和工程合同；1993 年，公用事业部门的服务合同才被纳入到规制范围内。关于为什么服务合同直到

1 S. Arrowsmith, *The Law of Public and Utilities Procurement* (2nd ed) (London: Sweet & Maxwell 2005), 4.51-4.58; S. Arrowsmith, "An Assessment of the New Legislative Package on Public Procurement" (2004) 41 *CMLRev* 1 at pp.1306-1311 (section 8); A. Brown, "The Extension of the Community Public Procurement Rules to Utilities" (1993) 30 *CMLRev* 721; P. Trepte, *Public Procurement in the EU: a Practitioner's Guide* (Oxford: OUP 2007), *passim*.

后来才被规制的原因，欧盟的解释是，在有些成员国，这些活动是由公共机构（如当地主管部门或国有公司）实施的；而有些成员国却是由私人公司实施的。因此，只规制那些由国家公共部门进行的活动是不公平的。而最初对于私营实体所从事的活动进行规制是不能被接受的。同时因为其政治敏感性，成员国也缺乏对私人部门实体进行规制的政治意愿。这就解释了为什么最初这些部门被完全省略的，直到 20 世纪 90 年代才开始被规制。

2004 年指令所做的修改与公共部门的变化一起已在前述第 2 章的附录中列出。其中需要特别注意的是：

- 一）使指令适用于电子通信手段的运用；
- 二）删除了在有效竞争的市场运作的某些实体和活动；及
- 三）增加邮政服务部门。

由于最初的指令所规制的公用部门--水，能源和运输（还有电信，现已不再属于规制范围）--实际上在 1991 年之前并未受到调整，而邮政服务也直到 2004 年的公用事业指令才受到调整，所以公用事业部门有时被称为“被排除”的部门。

公用事业指令的基本原则和程序与其他指令类似，不过却更简单，同时给予采购方灵活性在多种方法中进行选择。

公用事业部门的救济措施是由单独的救济指令进行规制的，即 92/13 号指令。与公共部门救济指令一样，该救济指令已经被 2007/66/EC 号指令修改。同样，其所适用的规则与公共部门类似，但更灵活。

在以下章节中，我们将对欧盟的公用事业制度进行介绍，重点介绍关键原则和规则，以及这些规则与 2004/18 号指令的不同之处。

7.1.2 TFEU 在公用事业领域的适用

正如上文所述，TFEU 关于自由流动的规定 - 如第 34 条(原 EC 第 28 条)关于货物自由流动和第 56 条(原 EC 第 49 条)对服务提供的自由流动的规定- 一般可能适用于公共实体的采购，但不适用于私人实体。

目前还没有界定公共和私人之间界限的明确标准 - 不过几乎可以肯定的是自由流动的规则将适用于公共部门指令下的缔约机关，其对于被公用事业指令规制的公共企业或在在特别或专有权的基础上运营的私人实体是否适用却仍有不确定性。我们可以注意到，原公用事业指令似乎已经假定，并非所有公用事业实体都受到 TFEU 不歧视义务的约束，因而在指令中设定了（与最初公共部门领域适用的指令不同）特定的不歧视义务。

这点对于可能处于争议之中的某些公用事业实体是很重要的，特别是根据 *Telaustria* 适用²的关于透明度的积极义务， - 这可能意味着一些实体，即使合同已因为在门槛价之下而被指令排除也必须对合同进行公告。

TFEU 第 106 条（原 TEC 第 86 条）潜在上也非常重要。第 106（1）条规定，成员国不得制定或维持与现行 TFEU 关于“公共事业”或给予“特别或专权利”相矛盾的措施。成员国违反关于公共事业或有特别或专权利实体自由流动的规定，例如当成员国要求公共企业只购买本国产品时，也违反了本国关于自由流动的规定。

² Case C-324/98, *Telaustria Verlags GmbH and Telefonadress GmbH v Telekom Austria and Herold Business Data AG* (“*Telaustria*”) [2000] ECR I-10745.

7.2 公用事业规则的调整范围：所调整的活动和实体³

7.2.1 简介

公用事业指旨在规范所有有可能在采购中采取歧视而采购国货的实体。因此，该指令的规制范围不仅包括传统的“公共机构”，而且同时包括某些有可能屈服于政府的压力而“采购国货”的某些私营部门机构在内的其他机构。所调整的实体之所以被易屈从与政府的压力，是因为其在某种方式上依靠政府-如政府所颁发的许可进行运营，而不可能抵制来自政府的这种压力，同时由于在不充分竞争的市场中运营，而没有商业压力在采购过程中做出价值最优的选择。

•例如，在诸如供水或供电行业中，许多供应商传统上一直享有地方或国家在供应商的垄断，并依赖这种来自政府的垄断运营。在这种情况下，他们往往会按照政府要求而采购本国产品，因为他们担心如果不这样做可能会丧失垄断，另外即使其经营效率低下也没有失去市场的风险：更高的成本可以直接转嫁到消费者身上。

要确定是否有必要适用指令，必须回答如下问题：

- 第一，有关实体是否在从事被规制的公用事业活动；及
- 第二，是否是指令规制范围内的采购实体。

对于上述两个问题，我们将依次进行探讨。

³ S. Arrowsmith, *The Law of Public and Utilities Procurement* (2nd ed) (London: Sweet & Maxwell 2005), chapter 15; S. Arrowsmith, “Deregulation of Utilities Procurement in the Changing Economy: towards a Principled Approach?” (1997) 7 *E.C.L.Rev.* 4; T. Briggs, “First Exemption Decision under Article 30 of the Utilities Directive Relating to Electricity Generation in Great Britain” (2006) *P.P.L.R.* NA127; M. Bronckers, “The Position of Privatized Utilities under WTO and EU Procurement Rules” 1996/1 *Legal Issues in European Integration* 145; 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; P. Trepte, *Public Procurement in the EU: a Practitioner’s Guide* (Oxford: OUP 2007), chapter 3; R. Williams, “Commission Decision on Which Entities are Exposed to Competition” (2005) 14 *P.P.L.R.* NA69; R. Williams, “Swedish Exemption Granted for Some Services within the Postal Sector; Czech Exemption Refused for Production of Electricity” (2009) 18 *P.P.L.R.* NA144.

7.2.2 所规制的活动

指令第 2 条明确规定，该指令仅适用于规制范围内的实体在从事特定公用事业活动时缔结的合同。如前所述，它们包括四个部门：

- 水；
- 能源；
- 运输及
- 邮政服务。

这些所规制的活动基本上都是欧盟认为的没有在欧洲统一竞争市场中运营的，即某些成员国的运营商，至少是不太可能抵制政府压力而购买国货的。

最初，指令还规制电信部门（提供电信服务的公司）。不过，该部门现在已被删除，因为所有成员国在这领域提供服务的实体已实现在充分竞争的市场中运营（主要是由于欧盟立法要求各国开放其在这一领域的市场）。

•水部门：第 4 条

在水部门所规制的最重要活动是提供或运营向公众供应饮用水的固定网络。

关于固定网络的规定表明，该指令并不适用于如生产销售瓶装矿泉水的企业。

与液压工程、土地排水灌溉相关的合同在有些情况下也被包括在调整范围内，超过 20% 的水量将藉此转化为饮用水。指令也适用于与污水处理处置有关的合同。（液压工程等有关的合同和由不提供或经营固定供水网络的实体实施的处置处理污水的活动不被包括在内）。

该指令还包括为固定网络供水。

该部门内的实体的购水合同并不包括在内。指令通过之时，大家认为由于水需要就近采购，所以在这种情况下就没有供应竞争，因此适用该指令毫无意义。但是，它又明确规定本项豁免应重新审查。

•能源部门：第 3 条

指令调整：第一供电或运营供电，供气或供热的公共固定网络。因此，指令规制发电公司，同时也规制从发电公司购买电力为家庭和工业供电的公司。

在能源部门，指令也规制为勘探开采石油、天然气和固体燃料而进行的地理区域开发。这意味着指令在原则上适用于像壳牌一样在北海勘探和开采石油的公司。然而，这些活动中所涉及的主要成员国已经根据 93/38 号旧指令作出了许多豁免，而且还会继续根据 2004 年指令仅适用有限的原则而不是适用公用事业指令的全部规定：见下述“对于在充分竞争市场中运营的实体，排除指令适用”一节。根据指令 30 条，对许多活动可实行完全豁免。如英国已根据指令第 30 条在本领域获得完全豁免。

在能源部门的所有活动，对为能源生产目的而进行的能源和燃料的采购行为做出了豁免。因此，发电实体在其为发电目的而购买煤时没有必要遵守指令。缺少跨境供应的竞争被认为使指令的适用变得没有意义。不过，在跨境竞争增加后，关于将来重新对豁免进行审查的规定，将体现其合理性。

•运输部门：第 5 条

在运输部门，指令涵盖了空港设施的提供、港口和类似设施的提供。这意味着，运营机场的实体，比如 BAA（英国机场管理局，经营希思罗机场和其他主要机场）为新跑道和机场客运大楼建造缔结合同，是在指令规制范围内的。

实际的交通活动不被包括在内，而包括的仅是设施的提供。因此，例如，英国航空公司或汉莎航空公司为自己购买飞机餐饮服务等的合同是不受指令约束的。这是因为在与机场和其他运输设施相比，空中和海上运输的实际运营是在充分的市场竞争中进行的，能够确保相关实体进行有竞争力的采购。

但是，该指令并不涵盖了某些提供公共服务的其他运输网络的运营，比如铁路，电车，无轨电车，公共汽车和电缆的运输领域。“网络”是指在现有的服务是在成员国主管机关设定的经营前提下提供的，通常与提供服务的线路，可能提供服务的能力或服务的频率等事项有关。举例来说，伦敦地铁（经营伦敦的管道系统）需要遵守公用事业指令进行采购，同样的，经营地上交通系统如码头区轻轨或谢菲尔德客运城市电车系统的财团进行采购活动也必须要遵守指令。原则上，经营巴士运输网络的企业也被包括在内。

C-462/03、C-463/03 和 *Strabag v Österreichische Bundesbahnen*⁴ 案例讨论了铁路部门的调整范围，尤其是仅提供网络而不从事运营的实体是否包括在内。然而，不幸的是，案例并未对欧洲法院所面对的问题给出明确答复。

• 邮政服务部门：第 6 条

在 2004 年之前的指令中，在本部门提供服务-基本上邮件派递服务-的实体，当实施活动的实体是公共部门指令所规制的主体时，其活动受公共部门指令的规制，如从事活动的实体不属于公共部门指令的规制范围，则不受任何规制。

2004 年的公用事业指令的第 6 条，从 2009 年把这一部门纳入到公用事业指令的规制范围内。规制范围内的邮政服务载于第 6 条（2）款（b）项，即“包括分拣，路由和邮递物品交付在内的服务”。

这意味着，首先，“公共部门”机构（订约当局）提供邮政服务将受到更加灵活的公用事业指令的规制，第二，随着自由化和私有化而变得越来越重要的其他实体提供的邮政服务也首次受到了规制。

第 6 条（1）款还规定了该指令适用于提供新指令定义下的邮政服务的实体所提供的某些其他服务。

根据第 6 条（2）款（c）项规定：这些其他服务是指邮件服务管理服务（寄发前后的服务，如“收发室管理服务”）；完全通过电子手段提供（包括编码文

⁴ Joined Cases C-462/03 and C-463/03, *Strabag and Kostmann v Österreichische Bundesbahnen* (“Strabag”) [2005] ECR I-5397.

件的电子手段安全传输,地址管理服务和登记的电子邮件发送)的相关增值服务;邮政有关的不在上述邮政服务定义内的服务,如无地址直接邮递;特定金融服务;集邮服务和物流服务(实物交收及/或与其他非邮政仓储职能相结合的服务)。

在上述服务活动中适用该指令的原因是,实体可能利用邮政服务方面的特殊地位(如其特定的邮政客户群或交叉补贴)在提供上述服务时谋取竞争优势。不过,当涉及邮政服务在根据第 30 条规定的豁免条件获得豁免的情况下,上述其他服务不受指令的规制。

7.2.3 所规制的采购实体

7.2.3.1.所规制主体的类别; 缔约机关, 公共企业, 有特有或专营权的实体

第 2 条(1)款规定, 公用事业指令涵盖三类实体:

- 缔约当局
- 公共企业
- 在特有或专营权基础上运营且从事指令所规制的活动的实体。

指令第 1 条对第 2 条(1)款中使用的概念进行了定义。

1. 缔约当局

首先, 第 2 条(1)款规定, 指令适用于公共部门指令意义下缔约当局。这些实体的大部分合同是由公共部门指令规制。然而, 一般情况下, ”公用事业”活动有关的合同, 排除公共部门指令的规制, 由公用事业指令进行调整。

• 因此, 举例来说, 如果某地方当局负责当地供水和污水处理, 则其与这些活动有关的合同 - 如抽水站采购或水管管道铺设的合同 - 均受公用事业指令的规制, 但是它的其他合同(例如, 建设地方道路或公共图书馆)仍是由公共部门指令规制。

2.公共企业

其次，该指令适用于“公共企业”的实体。

第 2 条（1）项（b）款定义的公共企业是公共当局可直接或间接地，通过所有权，参与企业财务或管理规则的制定施加支配性影响的企业。

支配性影响是假定公共当局在一个实体的认缴资本占多数；控制与股份相连的过半数投票权；或在可以委任超过一半的行政，管理或监督机构的成员。然而，并不限于这些情况，在现实中，即使控制的投票权远少于一半，支配性影响仍可能存在。

这类实体可能与公共当局有交叉，但又包括许多不属于第一类的实体。 - 例如，那些主要是公共当局控制或投资的，但因为其具有“商业或工业”性质而不在公共当局定义范围内的实体。

3.特有或专营权的实体

受规制的第三类实体包括那些从事指令中所列明的“公用事业活动”，并在成员国给予“特有或专营权”的基础上运营的实体。

公用事业指令第 2 条（3）款规定：

“为本指令之目的，“特有或专营权”是指由成员国主管当局通过立法、规章或行政规定所授予的能够限制从事公用事业活动的主体数目，并将会持续影响其他实体实施上述活动的能力的权利。”

实施某项活动需要获得许可证是特有或专营利存在的一种常见情形。从事指令所规制的活动的实体的经营一直依赖与国家特定的许可。不是任何人都可以随便成立发电厂或供水商的。规制这些实体的原因是，政府可以借由对其获得经营许可所享有的决定权而影响他们采购本国产品等。

然而，由政府批准的经营许可并不当然构成特有或专营权。

有一种可能是申请人可以没有数量限制的获得许可，在这种情况下，没有设立任何“特有”权利：例如案例 13/77, *Innov ATAB*⁵。在案例中，欧洲法院裁定不存在特有或专营权，因为所从事的活动是对所有实体开放的。

另一种可能是，以往具有国家垄断实体可自动获得实施某项活动的权利。在这种情况下，显然存在专营权。

难以判断的是在这两个极端之间的情况：

- 许可在公开竞争的基础上仅被授予一个或特定数量的实体，或；
- 许可可以被授予给没有数量限制的能够满足客观条件的所有申请人。

与 93/38 号旧公用事业指令的定义有所不同，2004 年公用事业指令中特许或专营权的定义并不旨在调整第二类中的所有情况，即只要许可授予制度是客观的，比例和非歧视性的，许可证就没有数量限制的被授予给满足客观条件的所有申请者。

•虽然定义并未明确的这样表述，这一意图从指令的历史和序言中可以清楚的得出：采用新定义的一个主要目的是适用欧洲法院在 *Leased Lines* 案例（C-302/94 案，*R v Secretary of State for Trade and Industry ex parte British Telecommunications plc*⁶）中所采用的公用事业指令的原则。在本案中，欧洲法院解释欧盟电信指令对特有和专营权概念的解释明确表明这种许可授权不被视为特有或专营权。（委员会的解释性备忘录和指令序言 25 都明确表达了这一意图。序言 25 的最后一句：“成员国以任何形式，包括通过特许经营的方式，在客观比例和非歧视，允许利害关系人在满足条件的基础上可以获得许可的基础上，把权利授予给数量有限的实体，并不被视为特殊或专有权利”）

新定义下的这一原则的原因是，当符合条件的人都可以通过透明的程序取得许可，使政府不能轻易拒绝满足条件的申请者，政府也没有空间可以影响获得许可的实体来实施优先选择本国企业。此外，由于其他实体可以获得实施活动的许

⁵ Case 13/77, *Inno v ATAB* [1977] ECR 2115.

⁶ Case C-302/94, *The Queen v Secretary of State for Trade and Industry, ex parte British Telecommunications plc* ("Leased Lines") [1996] ECR I-6417.

可，对于已获得许可的实体存在竞争压力也有可能是在那些持有牌照，将导致他们从供应商提供采购物有所值，而不是有利于国内企业的竞争压力 - 如果不按照商业原则进行采购，将很难在市场竞争中生存。

如果是第一情况，获得许可的实体是数目有限的，但是依照公平和公开的竞争获得的该如何呢？例如，获得运输行为特许经营权的实体，如运营电车系统，可能是唯一的特许权获得者，但可能必须在公开的竞争中获得特许权。也可以说这样的实体没有特有或专营权，因为虽然只有有限数目的实体可以享受这一权利，但是该权利是对所有人开放的，任何人都可以通过竞争来争取，如果授予的程序透明的，政府就没有可能影响特许权的获得者。对于本案中的特许经营权是否是特许或专营权定义范围内的问题答案尚不明确。

7.2.3.2 在充分竞争市场中经营的实体排除指令的适用：第 30 条豁免

当公用事业实体在充分竞争的市场提供服务，则没有必要对其采购进行规制，因为市场的竞争压力将会使其进行商业性采购，而不会偏向于国内企业或产品 - 如果不按照市场商业规则进行采购，其竞争对手将以更低的成本赢得竞争优势。93/38 号旧公用事业指令中有几项对于在充分竞争的市场中经营的公用事业的豁免，即公交运输，电信和，石油和天然气（仅实行有限豁免）。这些行业在最初指令通过之时，至少在某些成员国是存在充分竞争性的市场的。当时决定仅对在当时存在充分竞争市场的部门实行豁免，并且在充分竞争市场在其他部门实现时把进一步的特定部门豁免引入指令。不过，虽然 20 世纪 90 年代许多行业根据欧盟措施或个别成员国不断实行自由化，没有增加新的具体部门豁免，使得许多竞争市场中的实体仍然受到指令规制。

新指令决定需要在公用事业指令的具体规定之外引入进一步的措施实现这些其他竞争行业的豁免。在豁免某些存在充分竞争的部门的同时，而不豁免另外一些是不合逻辑和不公平的，尤其是这些部门之间也存在相互竞争（如公交在旧指令下享有豁免 而铁路运输却不能豁免）。

因此，2004 年指令增加了豁免机制，允许欧盟委员会能够豁免在竞争市场运营的实体。这表现在 2004 年公用事业指令第 30 条。这使得豁免可以给予在相关市场发生适当自由化的任何部门实体。

具体来说，第 30 条（1）款规定，指令并不适用于任何活动，当活动实施的成员国中，该活动”是在市场准入不受限制的竞争市场中”进行的。

关于不得限制市场准入的规定，为实现相关部门（见附件十一所列）的自由化，欧盟制定了相关措施，这些措施已付诸些措施已经在相关成员国被实施，准入”被视为”是不受限制的。在其他情况下，第 30 条（3）款规定，必须证明，进入相关市场在法律上和事实上都是自由的。

第二个要求，”面对竞争”规定于第 30 条（2）款，即这个”应根据符合 TFEU 关于竞争的规定的标准做出判断，如货物或服务的特征，替代商品或服务存在，价格和相关商品或服务实际或可能存在一个以上供应商”。

然而，成员国和/或实体，不得自行判断：豁免只适用于欧盟委员会对此做出采取积极决定或在允许的时间内没能做出任何决定的情形。决定可根据成员国自身申请，采购实体的申请（只有成员国允许的情况下），或委员会主动做出决定。委员会通常必须在请求后的 3 个月内做出决定，但可以在”适当合理的情况下”再延长 3 个月。第 30 条（6）款要求委员会制定进一步的规则规范豁免程序。

申请豁免的详细程序是由 2005 年 1 月 7 日的 2005/15/EC 号委员会关于欧洲议会和欧盟理事会协调水，能源，运输和邮政服务部门实体采购程序的第 2004/17/EC 号指令第 30 条的决定规制。

需要欧盟委员会的批准意味着在有争议的情况下，实体不能自己做出判断适用豁免从而把质疑负担强加于受影响的运营商。尽管委员会充当监督角色，但是以往对于电信和公交的豁免并不需要这样的批准。

2010 年 4 月，委员会已根据第 30 条申请程序发布了 15 项决定，其中包括拒绝在捷克共和国和波兰电力行业的某些部门实行豁免的决定。

7.3 公用事业规则的调整范围：所调整的合同⁷

7.3.1 一般规定

公用事业指令，与公共部门指令一样，适用于有金钱利益的书面合同。与公共部门指令一样，指令调整包括工程，货物和服务在内的合同。关于“工程”，货物和服务”合同的基本定义对于公用事业指令和公共部门指令是相同的（第 1 条（2）款（a） - （d）项）。

与公共部门指令的服务比，公用事业指令下的服务分为两类：附件 XVIII A 所列的（通常称为“优先服务”）适用全部规则的服务和只适用有限义务的其他服务。

7.3.2 门槛价

公用事业指令，如公共部门的指令一样，也只适用于超过一定门槛价的合同，考虑了对有可能存在合理的跨国竞争的合同确定。

门槛价是由公用事业指令第 16-17 条设置并单独在下表中列明。

可以看出，货物及工程合同的门槛价比 2004/18 号公共部门指令更高，反映了公用事业指令更大的灵活性。

需要注意的是，与公共部门指令一样，指令的门槛价每两年修订一次，以确保它们都符合在 GPA 中的门槛价（后者是以特别提款权为单位的，而不是欧元）。现行的欧元门槛价由 (EC) 1177/2009 号条例 ([2009] OJ L 314/64)对指令进行了修订采用了当前标准。需要注意的是 2012-2013 年将再一次进行修订。

门槛价表：公用事业指令 2010 年 1 月 1 日主要门槛 - 2011 年 12 月 31 日

⁷ S. Arrowsmith, *The Law of Public and Utilities Procurement* (2nd ed) (London: Sweet & Maxwell 2005), chapter 15.

	货物	优先服务	工程
所有实体	€ 387,000	€ 387,000	€4,845,000

与公共部门指令一样，公用事业指令有估值和合同总值的详细规定（第 17 条）。

与其他指令的主要区别是，指令似乎没有对为逃避指令的适用而分割合同的行为作出禁止性规定。指令第 17 条（2）款规定了禁止分割合同，可能会有这种效果。然而，在欧洲法院 C-16/98 委员会诉法国[2000] ECR I - 8315 案中，似乎采取一种奇怪的方式解释这一规定的前身即旧公用事业指令的第 14 条（3）款。法院似乎采取不与主观意图相关的观点，而只是仅仅重申了要求采购主体遵守指令关于合并计算原则的客观规定（要求与单一工程相关的所有合同合并计算等）。

7.3.3 排除

公用事业指令包含多种平行于公共部门指令的例外，包括：

- 保密和安全（第 21 条）；
- 与非成员国的联合项目合同，国际机构授予的合同以及依照国际协议派驻有关部队授予的合同（第 22 条）；和
- 拥有专有权或为提供服务所必须的专有权公共权力机构提供服务的合同（第 25 条）。

与公共部门指令一样，公用事业指令也排除了土地收购合同、提供特定服务的合同（如仲裁或调解服务，特定金融服务，以及某些研究和开发服务）（见第 24 条）。

关于特许经营权，公用事业指令第 18 条明确排除了工程和服务特许经营。关于服务特许经营，指令的立场是与公共部门指令相同的 - 服务特许经营也被

公共部门指令所排除；另一方面，工程特许经营权，没有完全在公共部门指令中排除，但仅适用于指令的有限义务。像公共部门指令一样，公用事业指令对货物的特许经营也没有作出规定。

指令对特许经营的定义，公共部门指令和公用事业指令是相同的，并以同样的方式进行解释。

欧洲法院最近的 C-206/08 号 WAZVGotha 案例⁸，进一步阐述了这一定义，特许经营权并不因承担风险的“有限性”而排除，因为服务条款是受公法规制的：采购实体向服务提供商转移“至少一定比例”确实存在的风险对于特许经营仅仅是必要的。公用事业领域内的许多服务条款的合同安排是这样的，因此这在该领域是很重要的。 - 正如 WAZVGotha 案例所说明的那样。

也有公共部门指令中不存在的一些额外的豁免：

1.涉及欧盟之外的网络或地理区域的实际使用的活动（第 20 条）

例如，欧盟公司在亚洲的石油勘探活动并不包括在内。

2.对于为转售之目的而采购货物，工程或服务而缔结的合同，或为转租而租赁的合同（除非买方有特有或专营权进行转售或转租等，而他人同等条件下没有权利如此）（第 19 条）

对于在能够确保商业性采购的竞争性市场中运营实体适用豁免，应该在把这种情况考虑在内的基础上进行判断。

3.对于买方同属一公司集团内被称为“关联企业”的合同和合营企业间的合同（第 23 条）

公用事业指令第 23 条规定了两项在公共部门指令中不存在的豁免 - 对于关联公司和同属于同一合资企业的组成部分。申请这种豁免的实体必须向欧盟委员会提供特定资料：第 23 条（5）款。

⁸ Case C-206/08, Wasser- und Abwasserzweckverband Gotha und Landkreisgemeinden (WAZV Gotha) v Eurowasser Aufbereitungs- und Entsorgungsgesellschaft mbH, 欧洲法院 judgment of 10 September 2009 (unpublished).

•关联企业豁免

“关联企业豁免”，规定在第 23 条（2）款，旨在解决关联公司是专为为集团内其他公司提供某种服务的目的而设定的独立实体的情况。之所以这样做，是因为有时对于某些服务或产品的提供更方便 - 如会计服务 - 由一个独立的实体，为集团内的其他公司提供服务而不是由每个公司提供“内部”服务，或在市场上自行采购。这种情况下，由关联企业提供内部服务比从外部采购有效的多。这只是一个实际上由拥有独立法人身份的公司提供服务的技术性问题。

“关联企业”的定义在第 23 条（1）款有更准确的规定：

•“关联企业”的定义是，第一，参照第七届理事会指令 83/349/EEC [1983]O.J.L193 / 1（透明度指令）。这种透明度指令规定了同一企业集团内部某些实体合并账户。对于在本指令范围内的公用事业实体，关联企业是指在指令下账户是与其他实体相合并的企业。

对于不属于 349/83 号指令范围内的实体，关联企业的定义如下：

采购实体可以直接或间接施加支配性影响的企业（如采购实体的子公司），
- 为指令调整的目的所定义的公共企业的上下文对“支配性影响力”的定义。（见以上第 9 段）；

可能对采购主体行使支配性影响的实体（即采购实体的母公司）；或

与采购主体因为所有权、财务参与或管理方法的参与而共同受另一实体的支配性影响（如姊妹公司）。

为确保本豁免只在“内部采购”确实存在的情况下适用，豁免要求供应商 80%来自提供服务/工程/商品的欧盟营业额来自于为本集团内部供应，而不是面向更广泛的市场（或预计收入来源为上述情况的新实体）：第 23 条（3）款。

•根据这一规定，必须满足 80%的要求，考虑到关联企业过去 3 年服务货物或工程的平均营业额（根据属于豁免范围内的合同服务是否是货物、服务或工程合同）。由于关联企业的设立日期或活动开始时近三年的营业额数据的情况下，要求证明 80%的数据时可信的即可，“特别是根据业务预测方法”。第 23 条（3）

款表述似乎要求关联企业的服务、货物或工程的营业额的 80%应当提供给关联企业。如根据 93/38 号公用事业指令第 13 条关于豁免的规定的规定的情形一般，不只是其营业额 80%的，按照服务（货物或工程）的种类是被豁免合同的主体。但是，与同一类别服务、货物或工程有关的条款可能适用，因为假定处理相关情况的条款一个以上的关联企业提供服务，如下段论述。看来对“同类型”工程/货物/服务的遗漏的只是起草时的失误。

正如以上提到的，指令明确规定一个以上关联企业事业提供了相同或类似的服务或（根据新规定）货物或工程的情形。对于这种情况第 23 条（3）款规定，适用 80%条件的的相关百分比计算，考虑到了所有关联企业自服务，工程或货物所产生的总营业额（如适用）。

• 合资企业的豁免

此项豁免涵盖的是没有任何“集团”联系的实体之间的合同，但某项活动联合在一起。这可能是，例如，对于一个一次性项目，项目持续几年时间（例如，运输特许经营在固定期限的运营），或者某一特定活动中不确定期限的合作 - 例如，为开采燃料而正在进行的合作。

这项豁免包括：

a: 合资企业授予合同给缔约伙伴（第 23 条（4）款（a）项，和合资企业授予给与合资企业内的缔约伙伴的关联企业（第 24 条（2）款（b）项）（上面给出的关联企业的定义，此处要求的符合为“80%”的条件要求，以及对于关联企业的合同豁免），以及

b: 缔约伙伴对合资企业的合同授予（第 23 条（4）款（b）项 - 在 2004 年新增加的扩展。本规定适用于该合资企业已成立在至少三年以上的期限实施某项活动。设立合资企业的工具规定作为设立者的缔约实体至少三年是其成员。（不过本规定似乎不适用于由与伙伴成员关联的企业授予合资企业的合同 - 看来，这之所以没有被包括在内，只是因为它不是一个常见的情况）

但是，需要注意的是，这项豁免不包括由合资伙伴之一授予给其他与合资企业相关的合资伙伴的合同。

这项豁免只适用于合资企业（合资企业授予或被授予的合同），该合资企业是“由一个缔约国由几个缔约实体为开展公用事业活动而成立”：第 23 条（4）款。这表明，首先，对合资企业的豁免在其中某合资伙伴不是公用事业实体的情况下不适用。（当前法律仅仅指不受此限的某些缔约实体所成立的合资企业）。也表明合资企业的成立应专门为公用事业的目的，而没有其他目的。也有争议表明何种限制都是不合理的，任何一种解释都可能造成歧视与不受公用事业法所规制的实体的合作。

•与 TFEU 自由流动规定的关系

有项“豁免”既适用于 TFEU 也适用与公用事业指令（或者说，对它们的适用范围有隐含的限制）即对于欧洲法院在 Teckal⁹ 所确立的原则下的某些内部和准内部采购。这仅在某些相当严格的条件下适用。

就公用事业指令的义务而言，关联企业豁免是对 Teckal 原则所确立的指令适用范围局限性的补充。

但是，尚不明确的是授予在该指令第 23 条豁免内的关联企业或合资企业的合同在 TFEU 自由流动原则下的位置。TFEU 是否仍作为一般原则对这些合同适用，仅在 Teckal 原则的严格条件下进行豁免？如果是这样适用关联企业豁免的某些合同仍然需要遵守某些与指令义务类似的义务，包括如 Telaustria 案例¹⁰ 中发展来的 TFEU 下的透明度和平等待遇原则下的公告义务。例如，关联企业对于公用事业指令在第 23 条下的豁免，如果排除的可能性仅仅建立在 Teckal 原则上，在该关联企业中私人拥有 10% 的资本，可能被 TFEU 规制。

总法务官 Kolkott 在 C-458/03 号 Parking Brixen v Gemeinde Brixen¹¹ 案例中，建议如果对于 TFEU 规则的例外比其他指令的例外范围窄，是很荒谬的。（意见的 para.46），这意味着，应尽一切可能使得 TFEU 范围解释不比其他指

⁹ Case C-107/98, Teckal Srl v Comune di Viano and Azienda Gas-Acqua Consorziale (AGAC) die Reggio Emilia (“Teckal”) [1999] ECR I-8121.

¹⁰ Above, note 2.

¹¹ Case C-458/03, Parking Brixen GmbH v Gemeinde Brixen and Stadtwerke Brixen AG (“Parking Brixen”) [2005] ECR I-8585.

令更宽泛。但是，目前尚不清楚，考虑到“Teckal”案中界定的“内部采购”豁免的狭义定义，欧洲法院怎样才能在与公用事业指令有关的问题上，实现这一点。

在这一点的重要性将取决于首先公用事业实体在何种程度上是被 TFEU 调整范围内的 - 这是不明确。正如我们在第 8 部分已经看到的，当然作为缔约实体的公用事业实体被包括在调整范围内，但并没有明确是否在原则上适用于公共部门的 TFEU 自由流动义务，也适用于所有公用事业指令单独规制的所有实体因为它们是企业或有特有或专营权的企业。

7.3.4 与公用事业活动有关的缔约机构所授予的合同

由机关作为订约当局从事公用事业部门活动而授予的合同，并不被公共部门指令规制，而是由公用事业指令进行调整。

•例如，一般的市政当局，负责辖区内居民供水网络的运营，在为网络铺设管道而进行招标授予合同时，是由公用事业指令进行规制而不是公共部门指令。

上述结果，来自公共部门指令的第 12 条，该条款明确表明把缔约机关在从事公用事业指令第 3-7 条列明的活动时授予的合同排除在公共部门指令的适用范围。

缔约机构在从事上述公用事业领域内的活动时所授予的合同即使因为在充分竞争的市场运营而被明确排除公用事业指令的调整，也在公共部门指令的调整范围以外。由于把这些合同从公用事业指令排除的原因是市场竞争压力使得不需要再对其进行规制，而由公共部门指令再进行规制也是不恰当的。（可以指出，虽然缔约机关授予的合同是在上述公用事业领域之外的充分竞争的市场进行的在许多案例中也是受到规制的 - 没有对缔约机关在充分竞争的市场中从事的活动进行一般排除的规定，这是不正常的）。

这也是公共部门指令第 12 条的结果：该条规定公共部门指令并不适用于任何因充分竞争条件而被公用事业指令排除适用的合同。这适用于第 5 条（2）款的排除（排除巴士运输的保留），第 19 条（向第三方转售和转租），以及第 30 条（在充分竞争市场活动的一般豁免机制）。

第 12 条还排除了公共部门指令合同的第 26 条（为能源生产而采购水和能源或燃料）：这些也都被从公用事业指令排除，因为对其进行调整被认为是不恰当的，这也被认为是排除公共部门指令的理由。

以上这些原则具有重要的效果，可以使得特定公用事业活动的合同在不同成员国适用同样的法律规则，无论成员国通过公共机构还是私人机构提供有关的公用事业服务。

7.3.5 部分公用事业活动和部分其他活动结合的合同

既从事公用事业活动也从事其他活动的机构为涉及到两种活动而订立合同。

•例如，不同的活动可能是由一个中央总部进行管理：在这种情况下，为总部购买的建筑和设备，如电脑，可能是既用于公用事业活动也用于非公用事业活动。

同时涉及公用事业活动和非公用事业活动的合同处于什么位置呢？是否由公用事业指令进行调整？在缔约机构是公共部门指令下的机关时，如果这种合同不受公用事业指令调整，则由公共部门指令进行规制。对于非订约机关的缔约主体，不属于公用事业指令调整的合同将不受规制。

在 2004 年以前，对此存在不确定性，但 2004 年的公用事业指令在很大程度上明确了立场。对此，第 9 条（1）款做了一般性规定，即：

“对于旨在覆盖多项活动的合同，应受到其主要目的所要从事的活动的调整规则的规制。”。

“主要目的”的含义是什么并不完全清楚，尤其是，这应该按照主观的目的进行判断还是按照合同价值的更大部份，或大部份资产是为公用事业还是非公用事业目的所使用进行判断。价值判断能提供更大的法律确定性。

涉及公用事业活动和不受规制的活动的合同

第 9 条（1）款的这一规则是相关的，第一，由不由公共部门指令规制的主体授予的合同，其非公用事业活动的合同是不受调整的。在这种情况下，如果合

同主要为公用事业活动目的，则受公用事业指令的调整，而如果主要是为非公用事业活动的合同则是完全不受调整的。当“客观上不可能确定哪种活动是合同的主要目的”，第 9 条（3）款规定，所授予的合同是要受公用事业指令的规制。

因此，有一个有利于法律调整的推定，与欧盟采购法的例外和限制应该被严格适用和解释的哲学和逻辑（适用于某些指令豁免的解释）相一致。

这在第 9 条（3）款可适用于再没有可靠资料证实采购的用途时（如序言 29 项所表明的），- 比如，当采购实体在总体要求的基础上采购新办公楼建设，但没有在各部门间分配或重新分配了现有和新空间的利用时，或当一台设备，如电脑，是为两个新活动之间共享使用而采购，目前还没有两项活动相关需求的信息。第 9 条（3）款可能在两项活动中平等使用时也是适用的。

第 9 条（1）款规定，“不能为按照规模而把某项合同排除指令适用而做出在单独合同和系列合同的授予间的选择”。这可以防止采购实体对采购合同进行分割使得整个采购合同都被排除在公用事业指令之外。（尽管可能不应该解释为禁止实体对公用事业活动合同和非公用事业合同进行分割，以避免后者的法律规制）。

涉及缔约机关的公用事业活动和其他被公共部门指令规制的活动的合同

第 9 条（1）款所规定的参照“活动主要目的”而进行分类，在采购主体是受公共部门指令规制的实体（例如缔约机关）合同部分是为公用事业活动部分为非公用事业活动时，一般受公共部门指令的规制。在这种情况下，如果合同是主要是为公共事业目的的活动，则受公用事业指令的规制，而如果主要是为公共机构活动目的则受到更为严格的公共部门指令的调整。

对于上述情况中客观上无法证明合同的主要目的是什么的情形，第 9 条（2）款指出，合同将适用公共部门指令。因此，有一个倾向于在两种制度中选择更为严格的（公共部门制度）监管，而不是更灵活的（公用事业制度）的调整。

同样，第 9 条（1）款也适用反规避条款。为不能为排除公共部门指令适用的目的而在单一合同和分割合同中作出选择。这可以防止当局将对合同进行分割而使得采购受到更宽松的法律规制。

该规则也可能被解释为禁止为适用较宽松的法律规制而分割采购合同。然而，这可以说是不合理的，因为在这种情况下，每个分割元素都被适度的规制。因此，应依照另一种可能的含义解释，即它仅禁止为排除公共部门指令的规制而对本身就由公共部门指令规制的活动授予的合同进行包装。

7.4 公用事业指令的合同授予程序，包括供应商名单的使用¹²

7.4.1 公共部门指令和公用事业指令之间主要区别的介绍和总结

在本节中，我们主要讨论公用事业指令中的合同授予程序。

如前所述，公用事业指令下的许多要求和程序细节都与 2004/18 号公共部门指令非常类似。在本节中我们将主要关注两者的区别。一般来说，区别反映了公用事业指令在程序上具有更大灵活性程序的事实。

在最初制定公用事业指令时，委员会认为，鉴于涉及实体和合同的不同性质，这种程序的灵活性是有其合理性的。当然，公用事业指令调整的许多实体尽管不完全但相对是商业性质的，所调整的许多合同是复杂的。但是，为了保证公用事业指令的调整对灵活性有着政治需要，包括对不同成员国的实体进行平等待遇的需要，可能也是解释现有措施的一个因素：毕竟，有些实体受两个指令的共同约束意味着同一实体的不同合同要适用不同程序，同类合同可能根据不同指令的适用而适用不同程序，因此实体和相关合同的不同性质在两个指令之间并不是完全一致的因素。

两指令之间在适用程序上的主要差异概括如下表，并在下文中做进一步阐述。

¹² S. Arrowsmith, *Government Procurement in the WTO* (Kluwer Law International 2003), pp.232-236; S. Arrowsmith, *The Law of Public and Utilities Procurement* (2nd ed) (London: Sweet & Maxwell 2005), chapter 16; S. Arrowsmith and C. Maund, “CSR in the utilities sector and the implications of EC procurement policy: a framework for debate”, chapter 11 (pp.436-478) in S. Arrowsmith and P. Kunzlik (eds), *Social and Environmental Policies in EC Procurement Law: New Directives and New Directions* (2009; CUP); C. Maund, “The Development of Vendor Registration Systems for European Utilities” (1996) 5 *P.P.L.R.* CS51.

公用事业指令和公共部门指令之间合同授予程序的主要区别

1.授予程序的选择

•公用事业指令可以在公开程序、限制程序和协商程序形式的竞争性程序之间的自由选择；公共部门指令之下，必须采用公开或限制程序，除非有其他特定条件证明其他程序适用的合理性。

•公用事业指令下没有对竞争对话做正式规定（但公用事业实体可以在协商程序形式的竞争形式范围内使用这一程序。）

2.公告

•公用事业指令下有三种方法来对合同进行公告：

i) 合同的通知

ii) 定期的指示性通知（PIN）

iii) 资格制度的广告。

在公共部门指令合同下必须采用合同通知方式进行公告

3.公告和竞争规定的例外

•公用事业指令包含了竞争采购程序的豁免规定，这与公共部门指令完全不同，尤其是对只在很短时间内存在的优势性机会，或价格大大低于市场价格时。

4.适应性和对参与招标/谈判的公司的选择

•公用事业实体选择参加限制性招标和协商性程序的公司的规定允许实体使用任何“客观”原则和标准；公共部门指令包含更多明确的排除标准。（不过，目前尚不清楚这种措辞上的差异是否给公用事业实体提供了更多的灵活性）

5.在限制性招标程序和竞争谈判程序中更灵活的时间期限

•公共部门指令下投标的截止期限是固定的，根据公用事业指令，时间限制可与供应商进行协商。如果没有达成协议，则需要存在一个固定期限，但是若有正当

理由，期限可以缩减 - 例如，由于事实上是非常简单的采购。公共部门指令下，这种缩减只在紧急情况下被允许。

6. 供应商名单的运用

- 公用事业实体在名单是与公用事业指令相一致的条件下，可以排除不在其合格名单上的公司；公共部门指令不允许仅仅因为未在其供应商名单上注册就排除企业。

7. 对第三国供应的规定

- 公用事业实体可以优先考虑原产自欧盟的货物拒绝第三国的供应商，在某些特定情况下，必须优先考虑欧盟产品；而公共部门指令中没有类似规定。

8. 发布授予合同通知书的时限

- 公用事业实体在两个月内向官方公报 **Official Journal** 提供合同授予公告，而在公共部门指令下，只有 **48** 天。

7.4.2 一般原则

首先我们可以注意到，公共部门指令的一般原则，尤其是平等待遇和透明度原则，适用于公用事业指令。与公共部门指令一样，透明原则、平等待遇和不歧视的原则在第 10 条有明确规定。

在第 8 小节，我们看到目前为止，还不清楚 TFEU 规则对公用事业指令所调整的实体采购行为的影响程度，但一般原则的适用表明 TFEU 下的义务，即使不另外说明也将适用于所有公用事业指令的调整实体。毫无疑问，根据 TFEU 的其他原则，如比例原则，将在公用事业指令具体规定中体现这一原则，或作为欧盟法律的一般原则被适用。

7.4.3 在公用事业指令下选择合同授予程序

7.4.3.1 现有程序

公用事业实体必须采用如下程序之一授予该指令所调整的合同：

- 公开程序；
- 限制性程序；
- 呼吁竞争的谈判程序；或
- 不呼吁竞争的谈判程序方式。

虽然细节上有分歧，例如时间限制不一样，但是程序的基本要求与公共部门指令类似。

7.4.3.2 程序选择

然而，公用事业指令与公共部门指令在采购实体选择使用何种程序的能力上有非常重要的区别。在这方面，公用事业制度与公共部门比少了许多刚性规定，因为它允许采购者在公开程序，限制性程序，以及呼吁竞争的谈判程序之间做出选择：见第 40 条（2）款。因此，公用事业指令允许在任何情况下适用（竞争性）谈判程序而不是优先适用正式招标程序 或只在特殊情况下允许适用协商程序。

商业机构往往会首先选择灵活的程序作为实现金钱价值的手段，而不是正式和官僚化的限制性程序，常因此被受规制的公用事业实体运用在即使相对简单的采购活动中。通过使用谈判程序，公用事业实体可以肯定其被获准在招标收到后参与讨论协商，这是一个与公开和限制性程序相关的“灰色地带”。由于是对其他程序更严格要求的错误解释或适用而引起的，也不太可能被诉诸于法律行动。即使公用事业决定使用一个基于单一招标阶段与讨论协商相关的限制性条款，仍可能会选择此程序：正式招标阶段可以被纳入到谈判协商程序，但对谈判程序的选择为公用事业实体在设立招标过程规则方面上提供了比限制或公开程序更大的灵活性。

然而，公用事业实体可能要选择公开或限制性程序，以向市场使用正式程序的明确意图，并确保如果此意图得不到实施供应商会采取补救措施。有时也有可能想用公开程序以避免在涉及众多参与者的竞争中考虑所有感兴趣者资格的必要：在公开程序中，却可能仅需要对出价最优的公司作此要求。

也可以这样认为，在并没有不采用公开或限制性招标的充分理由情形下，公用事业实体不能选择协商程序 - 也就是说，在公用事业实体只是想采用单阶段正式的招标程序时，不能仅因担心在适用其他程序中犯错误，而使用协商程序。

需要注意的是，公用事业指令不明确包括新公共部门指令中存在的竞争对话程序：这不是必要的，因为公用事业实体可以自由适用谈判协商程序(更灵活的)。

7.4.4 合同公告：邀请竞争

7.4.4.1 邀请竞争的要求和邀请的方法

对每个受调整的合同都有公开的要求。在公用事业指令中，这种公开被称为“邀请竞争”（第 42 条）。

这符合公共部门规则下的合同通知同样的为公司提供一个在整个欧洲参与合同竞争的机会目的。然而，这些要求都不如公共部门法律中的对合同通知要求繁琐：不需要为每个单独采购发布通知。

事实上，有三个邀请竞争的方法（第 42 条（1）款）：

- 个人合同通知
- PIN 通知
- 资格制度的公告

1.个人合同的通知

第一个邀请竞争的方法是将个人合同通知发送到官方出版物办公室 - 与公共部门同样的方法。对于公开程序来讲，这是唯一的方法，也可以在受限制或谈

判程序授予合同中选择适用。与公共部门一样，在 OJ 寄发之前，可以不发布全国范围的通知，通知可能不包含其他附加信息。

2. 定期指示通知 (PIN)

一个定期指示通知可以用来作为满足竞争的要求规定的手段。这是一个普遍的通知，让市场的采购要求提前通知。

被用来为特定合同邀请竞争的通知必须明确，正在寻求提供了通过限制或谈判程序来寻找合同不再进一步发布通知的方案；并要求有兴趣的人必须以书面形式表达其兴趣。在采购人要授予合同时，必须向所有对合同感兴趣的人发布合同相关的详细资料，包括通常合同通知中的各种信息（如交货日期，要使用的程序类别，投标人的经济和技术要求等）。在选择企业投标前，必须首先邀请他们书面确认其对合同的兴趣。任何用于邀请竞争的定期指示通知，必须在邀请确认发送之前不超过 12 个月内发布。

合同可以通过限制或谈判程序被授予，参加者是从对合同感兴趣响应之前指示通知的人中选择的。另见第 42 条 (3) 款。

3. 资格制度的公告

公开的第三个可能方法是通过官方出版物办公室公告现存的资格制度。

在本制度下，对未来向特定采购实体供货满足需求感兴趣的公司可以申请加入“认可”的企业名单。该名单可以用来选择以后参与限制或谈判程序的合同授予的企业。只有当所有参加者都是从名单中遴选出的时，这种做出竞争邀请的方法可被适用。如果公用事业实体想邀请名单以外的公司参与，合同将必须通过合同通知或指示性通知进行公告。

该系统必须遵守指令中设定的各种规则运行（详见下述第 7.4.6 段）。设立之初必须进行公告和如果已经运营或预期即将经营超过三年，必须每年重新公告一次。

资格制度的通知不能用来公告通过公开程序授予的合同，但是 – 对于这种采购方法，必须使用两种其他公告方法（即合同通知或 PIN）之一。

许多公用事业实体把资格制度公告作为公告合同的重要方法。许多重要的名单被以公用事业的名义公告，涵盖了在 CPV 内的所有产品和服务集团。

与共享名单和框架都有关的问题是，目前尚不清楚准确用户实体如何必须在通知中确定；与框架相关，这个相关的规则在框架已经公布后，可能限制把框架延伸到新用户的可能性。然而，这个问题可以通过为新用户设置新通知的方式，在资格制度上得到避免，新通知作为该用户的资格制度通知。这使得对使用者合同感兴趣的供应商可以清楚的了解为未来的合同机会在名单制度上进行注册的必要性。

7.4.4.2 邀请竞争的豁免

在一些特定情况下，公用事业实体可以对邀请竞争进行豁免，或是因为它没有意义的（例如，如果只有一个可能的供应商），或过于不方便。这些情形规定于第 40 条（3）款。

在这种情况下，采购方可以简单地通过与一个或多个公司谈判缔结合同。

在实践中，采购实体依赖于这种例外时，是有效地处于和行政当局在公共部门指令下不进行公告而使用谈判程序同样的立场，且条件允许邀请竞争在公用事业指令中作为例外存在是与在公共部门使用没有公告的协商程序相同。

•例如，包括如下情况：因技术或工艺或与排他权相关的原因只存在一个可能的供应商，或不可预见的或非采购方过错的紧急状况。

此外，公用事业实体在“廉价购买”供应情况下也可省去竞争 – 在很短时间内存在一个比正常市场价格低的特别有利的机会（第 40 条（3）款（f）项）。对公告和竞争要求的豁免不适用于公共部门指令，这是公用事业指令更加灵活的另一例子。

7.4.5 公司的适格性（资质或资格）

7.4.5.1 自由裁量基础上的排除

欧盟采购法上，适格性的概念是指一个公司是否能满足采购者所设置的最低条件要求。在公共部门指令下，适格性被规定在 6.4 节。在那里，我们看到，指令规定了详尽和具体清单，列明了可因为其专业素质用于排除的标准，而欧洲法院也承认尤其是为了确保公平待遇而因为其他理由实行排除。

公用事业指令关于这个问题的主要条款规定，“客观”的标准和规则必须适用于：第 54 条（1）款及（2）款。同一条款表明，这些客观的规则和标准，必须提供给所有感兴趣的经济运营者。

似乎很清楚，与在公共部门指令下一样，至少允许以专业资质相关的同样原因而产生的排除。显然，这允许（如在公共部门指令下一样）把不具备必要的财政和技术能力的公司排除在外。该指令还明确规定，公司也可以在与公共部门指令下同样的有关专业的可靠性，诚实和偿付能力如犯罪或严重行为不检等理由排除在外（第 54 条（4）款）。

它也明确表示为确保公平待遇而做出的排除是被允许的，尤其这一原则在公用事业指令已被明确规定。

另一方面，所不明确的是公用事业条款在多大程度上允许比公共部门指令更广泛的理由进行排除 - 特别是允许公用事业实体因横向政策的原因进行排除。

其他与适格性相关的规定与公共部门指令下条款所作的规定是基本类似的。

•例如：公用事业指令同样包含禁止拒绝联合体投标和服务提供者以合法的形式投标的规定，这与公共部门指令的规定相同，同时同样包含公共部门指令适用的质量保证标准的使用条款（第 52 条（3）款）。

对于公用事业部门关于证据的规定，采购商可对资质或证明，做出低于公共部门指令的要求，尤其是与技术能力相关的方面（其中公共部门的机构仅限于在指令中列出的特定证据）。然而，在存在的重复的客观证据的情况下，采购商不

得要求进行证据检测（第 52（1）（b）项）。这样看来，采购商必须接受供应商提供的任何合理资格证据。

7.4.5.2 公用事业部门的强制性排除规定

规定在公共部门指令第 45 条的排除涉及特定犯罪案件（欺诈，贪污，洗钱等）的所有公司的义务 - 即“强制性排斥” - 在第 6.4.2.11 中做了讨论，也存在于公用事业指令：见第 54 条（4）款，第二段（交叉引用了公共部门指令的第 45 条，适用了强制排除的规定）。

然而，它仅适用于缔约当局作为采购实体的情形，而不是仅仅因为是公共企业或有特有或专营权而受公用事业指令规制的实体。

7.4.6 公用事业指令下的资格制度（供应商强制名单）

7.4.6.1 资格制度的概念

广义上讲，是指对某种特定类型的采购感兴趣的供应商的名单¹³。

被认为既有显著的潜在问题又有重大的潜在益处的一种类型的清单，是强制性的清单 - 即供应商必须注册成为清单成员才能获得取得某些合同的资格。公共部门指令下的缔约当局不得使用强制性清单，至少不能对于其他成员国的供应商采用强制性清单。

然而，目前公用事业指令下的情况是不同的。根据指令，只要清单符合了指令的严格规定，就可以使用强制性清单。这些都是旨在确保采购实体可以在获得强制性清单的益处的同时能尽量减少其不利影响。

¹³ For the different types of supplier lists that are used, and the benefits and problems of supplier lists as a procurement tool, see S. Arrowsmith, *Government Procurement in the WTO* (Kluwer Law International 2003), pp.232-236.

此种被许可的强制性清单在指令中被称为“资格制度”。（据了解，此种清单在不同的法律制度和实践中有各种不同的名称，包括获批准的清单，资质名单和资格制度 - 最后一个即是指令中所使用的名称）。

7.4.6.2 资格制度的规定

资格制度主要是规定在第 53 条和第 49 条。第 53 条（1）款从基础上规定了公用事业实体在原则上可授权及运营资格制度。

正如我们上面看到的，对资格制度的公告，在限制性或谈判程序被采用的情况下，可以作为公告合同的一种手段。在这种情况下，把邀请进行投标的人现定于清单范围内，不仅是一种权力，而是成为一种公用事业指令的义务- 其他利害关系人在这种情况下不能被允许投标。这表明，只有清单注册了的公司可以被接受，这种做法受到了批评 - 它只会限制竞争。也可以说，公用事业实体应该能够自行决定对于每个采购其是否合理，例如为提高效率，把供应商的范围限定于清单注册了的供应商。

除了要求必须定期公开所使用的任何清单，使任何人都能够知道清单的存在并申请注册，对于系统的运营也有特定的规定，其中最重要的如下：

i) 系统必须基于客观的规则和标准（第 53 条（2）款）；

ii) 资格的标准和规则必须提供给供应商，并把更新通知供应商（第 53 条（6）款）。当一个公用事业实体已提前制定了比根据本规则所要求的更详细的实际登记方法，如权重或计分制度，这无疑必须基于透明度原则进行披露；

iii) 申请人必须在 6 个月内被告知关于其资格的决定。如果决定所需要的时间自申请之日起超过 4 个月内，则必须在两个月内告知申请人原因以及决定做出的时间（第 49 条（3）款）；

iv) 申请人被拒绝的资格必须被告知拒绝的决定及原因，拒绝必须建立在事先确定的资格标准上（第 49 条（4）款）；

v) 必须保持合格企业的书面记录（第 53 条（7）款）；

vi) 注册只能在注册基础上结束；决定结束供应商的资格，必须至少提前 15 天预先通知同时就原因做出解释（第 49 条（5）款）；

vii) 有关公司必须允许连续进入系统。（即他们必须被允许在任何时间而不是例如只在每年年初进行申请）（第 53 条（1）款）。

这些规则旨在通过共同努力确保强制制度不会成为影响参与的障碍，因为 i) 拖延和进入清单的实际问题或 ii) 供应商无能力监督对其申请所作出的决定 - 我们所看到的是强制性清单的潜在危险。需要注意的是，这些规则是与世贸组织政府采购协定下所适用与强制性清单的规则是非常相似的（强制性清单允许的情况下）。

另请注意，公用事业指令要求公共机关的公用事业实体将因某些犯罪而被定罪的公司进行强制排除必须进行标准注册（第 54 条（4）款，第 2 段）。

7.4.6.3 资格制度的使用

许多公用事业实体把资格制度作为一种公告合同的重要方法。许多重要的清单上被以公用事业实体的名义公告，涵盖了 CPV 内所有产品和服务集团。许多公用事业实体将制度第一阶段行动中，至少包括公告和登记流程，授权给为公用事业实体运营清单的第三方¹⁴。

为了确保使用资格制度中成本和效益之间的最佳平衡，公用事业实体既需要认真考虑要求什么样的信息申请资格 - 如果有的话，并且考虑在多大程度上登记之前核实这些所提供信息- 如果有的话。最佳的程序可能会因为因素不同而有所不同，如相关产品和服务的性质，市场中的竞争程度和使用列表方式寻求的好处。

¹⁴ On the advantages of this see S. Arrowsmith, *Government Procurement in the WTO* (Kluwer Law International 2003), pp.232-236. On the operation of qualification lists in practice under the early years of the directive, for example, see C. Maund, "The Development of Vendor Registration Systems for European Utilities" (1996) 5 *P.P.L.R.* CS51.

在一个极端，公用事业实体可能希望允许对本类型合同感兴趣的所有供应商进行注册，甚至不核查资格信息。这种方法不会产生成本，把评估作为一般注册过程而不是每个合同的组成部分，同时可以节省时间，但这样的清单仍然是非常有价值的。它可以降低公告的成本，减少供应商寻找合同机会的成本，并能加快采购进程，因为这对于公用事业实体是没有必要的等待每一个合同公告的具体反应。

在另一个极端，公用事业实体可以对所有感兴趣的企业开展全面的资格评估，以确定它们是否满足特定类型合同的资格标准 - 例如，他们是否有足够的财务和技术能力，承接某一类型和价值的工程合约。这可以在节省时间和避免重复评估的显著优点，但如果涉及对许多企业进行全面资格评估则可能是不恰当的。

许多系统操作介于这两个极端之间。例如，供应商通常被要求提供大多数合同所需要能力相关的信息 - 关于财务营业额，过去的经验和刑事定罪。这些信息可以被用来对具体合同供应商做一个初步选择（例如，对于特定合同来讲规模足够大的供应商）。公用事业实体可能会或可能不会验证在这个阶段所提供的信息。具体到项目的进一步信息，只有在具体采购开始时才需要。这就避免了在评估经常需要的信息时的重复工作，而把更专业的评估限定在与特定合同和供应商相关的评估。这保证了清单的其他优点能够得以实现。

所有这些程序在公用事业指令下都是被允许的：在多大程度上要求供应商具备作为注册条件的特定资格，公用事业实体有较广泛的酌情权。该指令对于公用事业实体对于评估承担全部或部分工程的供应商资格没有规定义务。此外，第 53 条（2）款指出，资格制度可能涉及不同的阶段。这澄清了在首次登记时考虑供应商某些方面的资格而在后面的程序考虑其他方面的资格包括何时选择企业进行邀请投标的可能性。

但是，需要注意的是，规定要求是公共机关的公用事业实体将因某些犯罪而被定罪的公司进行强制排除必须进行标准注册的强制性规定对于公用事业实体一般拥有的自行决定注册标准的自由裁量权的例外。

7.4.7 在公用事业指令下获取招标的程序

7.4.7.1 公开程序

公用事业部门通过公开程序获取招标的过程和提交标书的时间限制，与公共部门指令下的规定类似，- 必须有足够的时间进行招标（第 45 条（1）款）和一般最低需要至少 52 天（第 45 条（2）款）。如同公共部门指令下一样，招标时间可以缩短：

- 凡与合同有关的 PIN 已经公布，通常可以缩短至 36 天，甚至至 22 天（第 45 条（4）款）；
- 合同通过电子方式发布时，可缩短 7 天（第 45 条（5）款）；
- 直接电子存取文件时，可缩短 5 天（第 45 条（6）款）。

正如上文已经指出，开放程序必须以合同通知形式进行公告；其他公告方法不可用。

7.4.7.2 限制性和谈判程序

在限制性程序中，邀请会对合同通知或定期指示通知做出回应的投标，或在清单上登记资格的供应商，根据在这三种方法之中为邀请竞争做出选择。

凡使用合同通知的情形，一般必须给予企业 37 天以回应通知“作为一般规则”，并在所有情况下至少 22 天（第 45 条（3）款（a）项）。对于如紧急性采购或性质简单的采购，缩短 37 天期限的情形，必须有特定的理由。此处的规定比其他指令仅在紧急状况下方能缩短的规定，更灵活。在使用定期指示性通知的情况下，采购方必须要求较早回应通知的公司确认其对合同感兴趣，同时，必须提供合理的时间段供企业做出回应。在以电子形式发布通知的时候进一步缩短 7 天是可能的。

在参与者是选自资格清单的时候，实体只邀请清单上的企业；这种情况下没有必要请其再次确认其对于合同的兴趣。

对参与投标和谈判的参与者的选择由第 54 条管辖。

必须邀请多少企业？从合格和有兴趣的企业中的选择过程，该指令要求在决定邀请多少企业参与投标时，实体必须考虑到对“适当竞争”的需要（第 54 条（3）款）。这一规定还明确指出，公用事业实体可考虑减少候选人人数至“合同授予程序特点和履行合同所需资源的均衡”。

在有太多公司对合同感兴趣时，适用什么标准进行选择？在决定供应商的适格性上 – 其是否符合最低资格 – 即是说，选择必须在“客观”的规则和标准上做出，公用事业实体必须确保“客观”标准现实可行（第 54 条（1）款）。这个对客观标准的简单参考可能比公共部门指令允许更多的自由裁量权，但程度有多少也是不明确的¹⁵。

指令规定，投标截止日期是由采购者和参与者之间协商确定，但是，受到必须为投标提供充裕时间的原则的约束（第 45 条（3）款（b）项）。在这方面，公用事业规则比公共部门指令显得较灵活，后者（可能）不允许该指令的时限，通过协议被放弃。如果没有达成协议，最后期限必须“作为一般规则”从邀请发出起，至少 24 天，和至少 10 天（第 45 条（3）款（c）项）。与发送意向书的时间限制一样，在紧急情况下，可以适用很短的 10 天期限，也可能在其他情况下如简单的项目的招标，供应商可以迅速准备妥当。

随着谈判程序，一旦邀请发出，当局应与将邀请各方谈判。根据买方的选择，这可能也可能不会，涉及招标阶段。由于没有任何招标阶段是必需的，很可能这一过程仅仅受必须提供充足时间准备投标的要求的限制。

7.4.8 不合格的投标

公共部门指令下，对公开招标和限制程序中的不合格投标被规定在第 6.6 节。公用事业实体所适用的规则，在这里是与该指令相同的：的确，在这个问题上的

¹⁵ As with the question of scope for exclusions for not meeting qualification criteria, see Arrowsmith and C. Maund, “CSR in the utilities sector and the implications of EC procurement policy: a framework for debate”, chapter 11 (pp.436-478) in S. Arrowsmith and P. Kunzlik (eds), *Social and Environmental Policies in EC Procurement Law: New Directives and New Directions* (2009; CUP).

典型案例，瓦隆公共汽车案¹⁶，是一个公用事业指令下提起的诉讼。与公共部门指令一样，相关规则源自于透明度和公平待遇的一般原则，而不是相关指令中详细明确的条款。

7.4.9 合同的授予

在公用事业指令，与公共部门指令一样，合同必须在“最低价格”或“经济最有利的投标”的基础上授予的。这个原则规定在公用事业指令第 55 条（1）款。同公共部门指令一样，适用该原则的详细义务，规定在第 6.7 节。

唯一显着区别是，在公用事业部门有优先选择欧盟内部产品的特殊规则（第 58 条）。不过这些规则并没有给欧盟产品比本身已将公用事业领域对欧盟开放的国家更为优先的地位（如按照世贸组织协议下的政府采购协议向欧盟国家开放）。这些规则本身表明的目的并不是为了保护欧盟工业而是试图吸引其他国家开放本国市场。似乎并没有实际意义的原因有几个，且在任何情况下，可以说都是违反了商品自由流动的原则的，根据商品自由流动原则，要求进口到欧盟的外国受到与欧盟产品同样的对待。涉及到从欧盟以外输入服务的特别规定在第 59 条。

对异常低价投标的处理规定在第 57 条，在一般原则上与公共部门指令的规定相同相同，如第 6.8 节讨论的。

7.4.10 对投标的修正改正和招标后谈判

这里适用于公开，限制性和谈判程序的规则也与公共部门指令的规定相同。这些都在 6.9 节讨论。同时，可以看到，其中比较有代表性的是瓦隆巴士案，这是根据公用事业指令提起的诉讼。

但是，重要的是要记住，在公用事业指令所规制的采购者有权在所有采购活动自由选择谈判程序。因此，通过使用谈判程序在很大程度上是有可能避免公开和限制性程序中的不确定性和局限性的。

¹⁶ Case C-87/94, Commission v Belgium ("Walloon Buses") [1996] ECR I-2043.

7.4.11 谈判程序的实施

在讨论谈判程序对公用事业实体的重要性上，考虑到公用事业部门，了解规制其合同授予程序的规则是很重要的。这一程序的实施被规定在 6.11 节。

7.4.12 特殊的规定

对于公用事业指令特殊事项的规定基本上是与公共部门指令相同：见新公用事业指令第 34 条（也参见第 35 条），被放在了第五章。

7.4.13 合同授予通知

采购指令所涵盖的采购实体必须把合同授予通知欧盟的官方出版物，然后在欧盟的官方期刊出版了合同授予通知。在公用事业指令下，实体必须在合同授予后的两个月内发送授予通知（第 43 条）。这比公共部门指令下允许的 48 天内合同授予寄发通知书更长。

7.4.14 框架协议

框架协议的主题和在第 2004/18 号公共部门指令下的应用应在 6.14 节被检查。正如该处说明所说，公用事业指令从一开始就已经有了对框架协议的规定，而公共部门法律制度中对于框架协议明确规定直到 2004 年指令（2004/18）才出现。

在公用事业指令下，关于框架协议的规定与公共部门指令略有不同：没有试图区分在两个指令中所采用的不同方法。一般而言，第 2004/18 号指令的规则更为明确和详细。但是，很可能，正如下文所说，即欧洲法院在处理公用事业法律制度下关于框架协议的透明度和公平待遇一般原则时，将受到公共部门对框架协议规定的启发。

原则的要点如下：

1.从本质上讲，公用事业指令在合同被放在框架协议的前提下才处理框架协议，假定协议本身已经在指令下根据该法令通过竞争授予：第 40 条（3）款（i）项和第 14 条（2）款。有效地明确了，在公用事业指令下框架协议可以被用于取消合同而不需要公告合同的取消。

2.正如我们所看到的，根据公共部门指令对框架的规定，订约当局必须在原有投标的基础上或根据最后期限的正式小型招标过程，从框架供应商中做出选择。我们也看到，在制定下设置取消的授予标准并不完全清楚。在公用事业指令，没有关于如何设定取消合同的明确规定。可以说，这些合同由某个特定的授予程序的规则如选择（公开，限制或谈判）或仅仅通过公平待遇，透明度等一般原则进行规制。不管是哪种方式，欧洲法院在判定哪种程序对于取消合同是可以被接受的时将受到来自公共部门指令中明确规则的启发。然而，鉴于公用事业指令允许更多灵活性的背景，包括自由使用谈判程序和更灵活的对框架制度的补救措施（见以下第 12 段），也许可能在最小竞争已经举行的情况下对取消合同也允许更大灵活性。例如，给予公用事业实体广泛使用谈判程序的灵活性，可以说对于框架的取消没有必要要求正式的“微型招标”，而仅仅是一个与供应商进行讨论的非正式竞争也是可以接受的。只不过不清楚欧洲法院是否会适用公共部门指令中，如关于邀请框架内所有供应商参加微型竞争的规定。

3.我们看到，公共部门指令包含了旨在控制框架协议使用的各种明确规定。公用事业指令，与公共部门指令一样，明确指出，这种协议不能用以阻碍，限制或扭曲竞争（第 5 条（4）款）。然而，公共部门指令中许多其他旨在规范公共部门框架的规定在公用事业指令中并没有规定。但是，这些很可能被类推适用，仅仅被看做是在公用事业指令中适用的公平待遇，透明度和竞争一般原则的例子，- 例如，要求对 4 年以上的框架进行合理化论证，或在框架被授予后禁止增加新公司。

4. 对于公用事业指令所规制的合同，框架协议下取消背景下的补偿规定，是不如公共部门指令规制的合同严厉的（见下文第 10 章）。

第八章 电子化采购

8.1 序言

电子通信技术通常被政府采购实体用于：（1）联系供应商；（2）与公众及其他公共机构沟通；（3）政府内部管理过程。电子通信技术可以用于政府采购的所有环节：采购计划；采购过程本身（宣传、传输文件和资料（例如相关规则和邀请招标书等）、招标等）；合同管理（合同缔约、货品计价、支付款项等）。

电子手段可以协助许多成员国推动其政府采购目标，包括政府采购绩效、采购效率、诚信、问责性和透明度等。当然还有一些潜在优势，主要包括通过接触更多的供应商及采用更多的竞争技术手段（例如电子拍卖）来提高采购绩效；节省交易成本（例如纸张处理的成本）；节省时间成本（例如快速的沟通和更快的获得供应商与合同的信息情况）；更好的遵守规则和政策（包括更好的进行监测）；通过加快私营部门现代化进程和提高其标准化作业来刺激产生更具竞争力的本地供应基地；推动电子化政府的普适性。从开放市场贸易的角度来说，采用电子化手段也有具体的好处：例如，电子广告可以为供应商提供其他成员国的信息。

但是，全部都利用电子手段也可能被某些因素所阻碍，例如缺乏技术知识、怠于改革、缺乏技术标准化等。这些和其他因素意味着，应当谨慎确保电子化采购是被用于有利于采购的，而不是利于已经有效的采购的。例如，电子招标可能会限制竞争，尤其当供应方不愿意用这种方式投标的时候；或者，在电子签名的标准没有被普遍接受的情况下，对电子签名的需求可能会造成交易壁垒。

2004 年之前，欧盟采购指令中几乎没有明确提到过电子采购。但是，新的指令中却包含了这个具体问题的诸多条款：正如我们在第二章中看到的，指令的现代化趋势来解决这个问题实际上就是 2004 年欧盟采购指令修改的主要动力之一。¹ 这些规定旨在在公共采购中利用电子化手段来确保能够促进欧盟采购法律

¹ On the provisions discussed below see generally R. Bickerstaff, “The New Directives’ Rules on E-communication Mechanisms in Public and Utilities Procurement” (2004) 13 *Public Procurement Law Review* 277; Arrowsmith, *The Law of Public and Utilities Procurement* (2nd ed.2005), chapter 18; R. Bickerstaff, “Review: Commission Staff

框架，而不是阻碍。在这方面，首先，指令明确规定了电子方式和技术的应用，包括采购实体强迫供应商适用电子方式；还明确规定了电子拍卖的使用。这些规定根据先前的指令可能会存在²，但是不明确，2004年的指令在这一点上提供了法律上的确定性。2004年的指令也提供了一个采购的新形式，即“动态采购系统”。其次，新指令适应了电子采购的现行规则，特别是通过减少时限的要求来顾及到了电子通信的使用。

此外，2004年指令推出了新的电子手段的管制方式。这尤其包括确保电子系统的信心与可访问性的规则，和对进行拍卖程序的控制。后面这些规则旨在确保采购实体能够享受到新技术带来的好处，同时，维护新技术带来的潜在性问题，包括上文提到的阻碍成员国之间的贸易问题。

关于这个问题的主要条款概述如下。

8.2 通讯方式

8.2.1 序言

采购指令中规制的首要群体就是那些在采购过程中普遍使用电子手段的实体。一个构成这些规则的基础性原则载于两个指令中，即“电子方式应置于

Working Document on the Requirements for Conducting Public Procurement Using Electronic Means” (2005) 14 *Public Procurement Law Review* NA17.

² On the position under the previous directives see A. Haagsma, “Information and Communication Technology Issues in International Public Procurement”, Chapter 9 in S. Arrowsmith and A. Davies, *Public Procurement: Global Revolutions* (London: Kluwer Law International 1998); A. Erridge, R. Fee, and J. McIlroy, “European Public Procurement Policy and Electronic Commerce: Problems and Opportunities” (1998) 98 *European Business Review* 252; A. Davies, “Electronic Public Procurement Initiatives within the European Community: Potential Benefits and the Need for Caution” (2000) 25 *European Law Review* 632; S. Arrowsmith, “E-commerce policy and the EC procurement directives: the chasm between rhetoric and reality” (2001) 38 *Common Market Law Review* 1447; S. Arrowsmith, “Electronic Reverse Auctions under the EC Public Procurement Rules: Current Possibilities and Future Prospects” (2002) 6 *Public Procurement Law Review* 299.

与传统的通信手段与信息交流相等的位置上”（公共部门指令 35 和公共事业指令 36）。

8.2.2 采购中使用电子手段的可能性

最值得注意的是，现在指令明确规定：采购实体与供应商之间所有的沟通都可以以电子的方式进行，缔约当局可以要求供应商以电子方式处理（而不是简单的以一个选项提供）。这可以包括，例如以电子形式递交投标书。这来自于公共部门指令 42（1）和公共事业指令 48（1）的一般规定：沟通和信息交流可以根据采购实体的选择，通过邮寄、传真和电子方式以及这些方式的组合来实现。

指令中明确将“电子方式”定义为使用电子设备进行处理（包括电子压缩），以及通过有电线、无线电、光波或其他电磁手段来传送、运送和接受存储的数据（公共部门指令 1（13）和公共事业指令 1（12））。

此外，公共部门指令 1（12）和公共事业指令 1（11）指出普遍意义上的“书面”或“以书面的形式”是指“由任何可以被读取、复制和通报的字母或者数字组成的表达方式”。我们可以很清楚的看到，电子方式可以用于任何指令指出应当书面或以书面形式的行为和通讯（例如，以书面形式作出确定供应商的原因），当然前提是这些电子方式符合规定的条件。通过电子邮件或光盘的形式，一般来说是符合这些条件的。

8.2.3 通过电子手段管理

正如我们上文提到的，现在的指令在公共采购中同样引进了电子手段管理的方式，旨在避免包括影响公共采购市场开放等潜在问题。

具体如下：

- 1、 沟通的方式必须具有可用性、非歧视性以及能够与一般产品相适应性

在这方面，首先要注意指令在所有的沟通通讯方式中提出了某些要求，是否采用电子化手段，必须是“一般可用，且不能对经济运营商进入投标市场造成限制”（公共部门指令 42（2）和公共事业指令 48（2））。例如，使用沟通方式的成本对那些尚未使用指定方式的供应商来说是合理的。指令同样对使用电子手段制定了一个更具体的条款，即“用电子手段进行沟通的工具和技术特征，必须做到非歧视性、一般可用性、与讯息兼容性和通讯技术产品普遍可用性（公共部门指令 42（4）和公共事业指令 48（4））。这就要求这些工具不仅要有可用性，而且还需要具有一定的兼容性。这些规定排除了一个例外，即要求供应商花费非常重大的投资预订一个实体的电子系统来进行投标的情况。

2、 要求确保数据的完整性和保密性

指令还要求使用电子手段能足以确保数据的保密性和完整性，即要求数据源于创始人，不能被不相关的人擅自改变。这在很大程度能够帮助指令实现其非歧视性原则，而且能够提高可信度。

在这方面一般的规定，首先，执行交换和存储信息的时候（无论是通过电子或者其他方式）应该确保信息的完整性（公共部门指令 42（3）和公共事业指令 48（3））。当然这也并不一定意味着一定要使用能够探测出材料修改的电子签名技术-例如，指令明确指出使用电子签名只是“鼓励”，而不是“必须”（公共部门指令序言 37 和公共事业指令序言 488），而且所需要的步骤可能也要依赖于语境，例如数据的意义和数据损坏的风险。³

指令同样要求在投标过程中，执行信息的交流、交换和存储时确保信息的保密性（公共部门指令 42（5）和公共事业指令 48（5））。

此外，信息的交流、交换和存储必须确保采购实体在递呈时限届满时来核对投标内容和请求内容（公共部门指令 42（3）和公共事业指令 48（3））。这些规定是要考虑到确保其他供应商或采购实体以及采购实体的官员在截止日期前

³ R. Bickerstaff, “The New Directives’ Rules on E-communication Mechanisms in Public and Utilities Procurement” (2004) 13 Public Procurement Law Review 277 at 280.

无法作为。指令还包含了如何能让这些原则适用于招投标的案例当中（尽管没有专门为传统的纸质投标制定规则）。这些规定见于公共部门指令的附件 10 和公共事业指令附件 24 中，下文将进一步讨论。需要指出的是，采购实体尽管可以选择在保密性上符合他们要求的实体并通过加密设施限制电子通讯的进入，但这可能并不是总是必要的。所以作为一种替代性采购，实体可能会选用经过密码保护的电子邮件账户的方式，这可以提供类似于传统的对递交的投标书进行管理的同样水平的保护系数。

更具体地说，上文中提到的附件中规定，对投标者和电子化投标人进行电子答复的“设备”必须通过技术手段、适当的程序和一系列目标进行担保。

具体要求是：

- a、上述通讯方式回执的日期应非常明确
- b、确保在期限到来之前，没有人可以根据这些要求对数据进行传输
- c、设备应该确保如果有人违反禁止访问的规定，那么该行为能够被马上察觉到
- d、设备应该确保只有被经过授权的人才能设置和改变打开收到的数据的日期
- e、设备应该确保在合同授予、数据访问等各个阶段，只能采取由被授权人同步行动的方式，并确保同步行动要传送数据的时间是在规定应有的期限后
- f、设备应确保符合附件要求的数据的接受和打开，只向被授权人保持开放

3、 进一步明确管理

当需提交的文件材料、证书和申报书不是以电子形式存在的时候，新指令要求投标者必须在期限届满之前上交或申报（公共部门指令 42（5）和公共事业指令 48（5））。

指令指出（公共部门指令 42（5）和公共事业指令 48（5）），有关必须以电子形式进行投标和申请的规定（包括加密措施），应当提供给有关各方。

最后，指令还要求采购实体采取适当的步骤来记录由电子方式指导的合同授予程序的进程（公共部门指令 43 条和公共事业指令 50 条）。

8.2.4 电子签名

欧盟电子签名的使用是由电子签名指令⁴来规范的，它要求所有成员国要建立一个电子签名的法律框架。满足特定要求的签名被称为是高级电子签名。根据电子签名指令第五条的规定，这些签名在法律上具有与手写签名同样的效力，在法律程序中也同样可以被当做证据使用。该指令还规定，其他形式的电子签名基于特定的理由在法律上也不能否定其效力，比如在形式上属于电子方式或者不是由同一个电子签名制作装置制作出来的。但是，电子签名指令第 3 条第七款明确允许成员国在包括公共采购的公共部门交易中对电子签名的识别制定更为严格的条件。

对于电子签名，采购指令首先指出电子接受投标书和投标申请的“设备”必须保证投标者和申请者的电子签名应遵守根据电子签名指令而指定的各国家法律规定。这些规定各个国家不尽相同，但是在有些国家，如英国，对电子签名的识别并没有特别的法律规定。

指令同样明确指出，成员国可以规定在公共部门和公共事业采购中使用电子招标的可以使用高级电子签名（公共部门指令 42（5）和公共事业指令 48（5）），序言指出，鼓励电子签名，尤其是“高级电子签名”的使用。

另一种类型的电子签名是资格签名，它比高级电子签名的安全级别更高，而且不仅仅是通过加密措施。这有时候会在成员国之间公共采购交易中被用到，例

⁴ Directive 1999/93/EC, [2000] O.J. L13/12.

如德国曾发生过这样的案例。但是，提供这些签名的成本可能对参与交易有一定的遏制性——在德国有人提出这样的考虑，现在这项要求已经被取消⁵。

8.3 招标的时限

另一套有关电子通讯的措施在 2004 年推出，是为了使用电子手段时，降低采购各个过程的最低时限。

这些在本书第六章已经被视为能够在不同的授予程序（公开程序、限制程序等）中检验申请时限。但是值得强调的是，这里利用电子手段时间表所造成的主要影响在第六章中有详细阐述。具体如下：

1、 当利用由 SIMAP 研发的为确认准确性的软件发布电子公告时，对公开程序投标和要求参加其他程序的人来说，最低期限缩减了 7 天。事实证明通常发生在提交通知书与发布公告的延误期已经不存在了（根据欧盟指令对投标等时间限制是从发出时开始计时，而不是从发布公告时计算，目前的时间段是假设在提交与发布公告之间有 12 天的延迟期）。这样的变化也会刺激实体利用新的电子提交程序。

2、 当根据通知上的时间以电子形式制作说明书时，所有投标程序的限制时限缩减 5 天。

但是请注意，也正如在第六章中解释的，时间控制必须要考虑到招标的必备时间，这意味着即使采用电子手段，在某些情形下也可能需要超过规定的最低期限。

⁵ 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).

8.4 电子反向拍卖

8.4.1 概述

2004 年指令中另外一系列规定是首次提出的电子反向拍卖。反向拍卖是一种能使供应商在参考其他供应商投标信息的基础上完善自己标书的采购程序。如果使用适当，这项采购技术可能会显著提高具体采购的绩效性以及相关市场的价格透明度⁶。

或许根据 2004 年之前的指令⁷有可能管理某些类型的拍卖，但是成员国在没有比旧指令更大的法律确定性之前是不愿进行这样的拍卖的。委员会提出 2004 指令的最初版本中是不包括任何电子拍卖的内容的，但在后期阶段，授权将电子拍卖加入到新指令中，给与电子拍卖法律确定性并对其进行规制⁸，公共部门指令第 1 条第七款解释如下：

“在最初投标的全面评标之后使用电子设备举行展示全新的价格，关于投标的新修改的重复过程，可以进行电子自动排名”

（同样见于公共事业指令第 1 条第六款）

上述意义的电子拍卖可能适用于开放、限制或者谈判程序以及通过框架协议和动态采购系统授予合同的过程中。需要强调的是，拍卖并不是存在与在公开程序、限制程序等之外的另一种授予程序，而只是普通程序中一种管理授予程序的特别方法而已。

⁶ For a review of benefits – and potential costs – see 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), section III.

⁷ S. Arrowsmith, “Electronic Reverse Auctions under the EC Public Procurement Rules: Current Possibilities and Future Prospects” (2002) 6 *Public Procurement Law Review* 299.

⁸ On these provisions see further 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); S. Arrowsmith, “Electronic Auctions under the new EC Procurement Directives” (2005) 14 *Public Procurement Law Review* 203; O. Soudry, “Promoting Economy: Electronic Reverse Auctions under the EC Directives on Public Procurement” (2004) 4 *Journal of Public Procurement* 340.

对于拍卖条款的运作以及在英国使用这些条款的用户（这是根据新指令在欧盟迄今为止最大的用户）的看法的实证研究表明，大体上效果良好⁹。但是，存在一两条意见：1)关于自动评价的若干规定的要求阻碍了协同拍卖程序的运行；2)没有必要揭露当前投标者排行榜，这可能会产生互相勾结的行为¹⁰。

8.4.2 拍卖的可行性

在任何公共采购系统中需要解决的一个问题就是何种采购适合于电子拍卖方式。有些系统将电子拍卖用于标准化货物和服务的采购，认为这是最恰当和最有价值的¹¹。但是，在欧盟采购指令中拍卖可以用于任何情况，只要“合同的规格能够建立的够精细”（公共部门指令 54（2）和公共事业指令 56（2））即可。因此，这不仅限于采购标准化货物和服务的时候，大体上是由成员国来决定是否允许他们的缔约方就所有产品和服务或只是其中某些部分适用拍卖程序。

但是，在欧盟层面有一个对定义的使用可能产生的限制。

“所以，诸如工程设计等智力服务的某些服务合同和工程合同就不是电子拍卖的对象”

（公共部门指令第 1 条第七款公共事业指令第 1 条第六款）

这意味着智力服务程序不可能涉及到拍卖，因为这些合同不可能依靠自动评估系统来授予（如下所述，是拍卖的一种规定）。但是，另外一种可能的解释是上述指令中的规定只是表明，无法使用拍卖程序只是在发生采购实体通过评估方法不能恰当的确定最佳投标者这一情况下而已¹²。

⁹ See Arrowsmith and Eyo, above.

¹⁰ *Ibid.*

¹¹ See Arrowsmith, note 6 above.

¹² For further analysis of the different interpretations and critique of this provision see Arrowsmith and Eyo, note 8 above.

8.4.3 拍卖规则

关于拍卖规则，采购实体必须事先声明他们将要适用拍卖手段，包括说明书上的特定信息。公共部门指令 54 条第四款也要求在拍卖之前相关实体必须对投标者进行“全面”评估。这种要求投标者提交“新”价格的做法似乎是在说明指示性招标必须是完整的招标程序，甚至包括那些（通常是价格）在拍卖过程中经常容易变动的方面。

这些规则只允许拍卖程序中的供应商查明他们的排名情况，并确立自己投标的最佳时间。这是在欧盟规则下拍卖的一个重要特征，有助于供应商根据需要不断完善自己的标书来获得合同，对采购实体来说能提高资金使用的绩效性。

其中有以下几个关键的规则。

首先拍卖过程中标书的自动排序的规则（公共部门指令 54（5）和公共事业指令 56（5））。这需要在拍卖之前对合同授予程序中的标书的所有方面有一个全面评估，在拍卖过程中不接受修改。同时还需要在拍卖阶段运用一个数学公式，该公式能将拍卖前的评估结果添加到评估中的任何投标者能自行改变标准中，通常是价格，保证拍卖阶段投标者的排名情况建立在一个自动化的过程上。因此在摩托机车的拍卖中，综合使用价格和质量标准的采购主体需要在拍卖之前建立不同投标者所提供的不同商品所代表的不同价值标准。由投标者提供的价格在拍卖中进行调整，随着价格的变动，电子拍卖软件要在考虑到现今价格和拍卖前评估的质量特征对其自动的进行重新排名。

指令同样要求实体在拍卖期间和结束后，对参加者提供他们是否在某些特定时刻是排名最高的投标者的相关信息。公共部门指令 54 条第六款规定如下：“电子拍卖的每一个阶段，缔约当局应该与所有投标者保持联系，向他们提供足够的信息以确保他们能够在任何时间都能确定自己的相对排名。这表明投标者需要知道他们在竞争中的排名和有多少竞标者参与，不仅仅关心他们自己是否是最高排名。实例研究中两个电子服务供应商表达了他们的疑虑，即提供如此详细的信息会带来更大范围的勾结，并认为只提供是否投标者为最高排名的信息是更好的做

法¹³。公共部门指令 54 条第六款也指出，实体可能会考虑其他人提交的价格而传播其他的信息，只要在说明书中提到过。所以其实没有必要通知投标者如何改善其标书才能达到最高排名，但是如果采购实体愿意的话，仍然可以将此信息提供出来。

最后，另一个重要的规则是在电子拍卖过程中是否他们会成为中标者，采购实体必须基于电子拍卖的最终结果来授予合同。（公共部门指令 54（8）和公共事业指令 56（8））。

指令允许在拍卖中合同授予阶段供应商不仅修改价格，而且还修改标书其他方面的可能性的存在。公共部门指令 54 条第二款规定，整个拍卖是建立在价格或者价格与标书“特征新价值”的基础之上的（同见于公共事业指令 56（3））。但是，拍卖中标书内容在实际操作中被修改过的情形在实践中很有限，因为上述规则意味着任何的修改都将被送入自动评估系统，而避免了任何主观评估。指令也同样明确（公共部门指令 54（3）（a）和公共事业指令 56（3）），拍卖中可以被修改的非价格特征必须是“可量化的”而且能被“数字和百分比”表现出来的。但是实际上，拍卖中标书的修改一般只限于价格，其他修改的地方只是拍卖前的固定申报价¹⁴。

指令同样有关于拍卖开始与结束的相关规则（公共部门指令 54（7）和公共事业指令 56（7）），拍卖开始于连续阶段（公共部门指令 54（4）和公共事业指令 56（4））。

还有一个一般规定，即禁止通过对拍卖进行不当诉讼的方式而试图阻碍、限制或改变竞争的行为（公共部门指令 54（9）和公共事业指令 56（9））。

¹³ See Arrowsmith and Eyo, note 8 above.

¹⁴ See Arrowsmith and Eyo, note 8 above.

8.5 动态采购系统

对于电子拍卖，2004 指令也第一次规定建立一个采购机制，也就是“动态采购系统”¹⁵。对这个问题的规定主要见于公共部门指令 33 条和公共事业指令 15 条。一个动态采购系统是一系列提供条件表示愿意提供产品或服务的经过注册的供应商名单。任何要提交标书的人必须要经过系统注册。动态采购类似于框架协议，除了新供应商可以在任何时间添加到名单中这一点（这不可能出现在框架协议中）。这不是一个单独的程序，而是一个不断变化的普通的开放程序。该动态系统的目的是让采购实体能够最大限度的使用供应商数据。这仅限应用于“现货购买”：见下文。

动态采购系统被定义为“常用采购过程的完全电子化，其特征可用于市场上满足缔约方的要求，其持续时间和对所有经营者的效力开放程度是有限的，这需要经营者满足一定的选择标准并提交符合标准的标书”（公共部门指令 1（6）和公共事业指令 1（5））。

采购实体必须首先在通知中发布该系统并提供详细的程序信息，还必须提供直接的电子化规范与说明的存取（公共部门指令 33（3）和公共事业指令 15（3））。有兴趣的企业可以在系统持续运行的任何时间投递标书（指示性标书），这些表述一般会接受 15 天的审查期（公共部门指令 33（4）和公共事业指令 15（4））。采购实体必须允许所有经查审查标书达标的企业入围，并随时允许新的符合条件的企业入围（公共部门指令 33（2）和公共事业指令 15（2））。注册后的企业可以不断地完善其标书（公共部门指令 33（2）和公共事业指令 15（2））。

当采购方想要订货时，他将邀请所有注册的投标者（公共部门指令 33（6）和公共事业指令 15（6））采购实体必须同时在官方公报上向那些还没有注册过

¹⁵ See further S. Arrowsmith, “Dynamic Purchasing Systems under the New EC Procurement Directives—a Not So Dynamic Concept?” (2005) 14 *Public Procurement Law Review* 16; S. Arrowsmith, “Methods for purchasing on-going requirements: the system of framework agreements and dynamic purchasing systems under the EC Directives and UK procurement regulations”, chapter 3 in S. Arrowsmith (ed.), *Public Procurement Regulation in the 21st Century: Reform of the UNCITRAL Model Law on Procurement* (2009; West), section XIII.

的企业发布一个新的通知（简化合同的通知），并在邀请注册企业进行投标之前预留出 15 天（公共部门指令 33（5）和公共事业指令 15（5））。

该系统可能持续不会超过四年的时间，除非“特殊情况下并有正当理由”（公共部门指令 33（7）和公共事业指令 15（7））。

同时还规定，采购实体不能利用动态采购系统来阻碍、限制或扭曲竞争，并且对经营者或有兴趣的企业进行宣传是不收费的（公共部门指令 33（7）和公共事业指令 15（7））。

我们在第六章看到，对重复购买的另一种购买方式是框架协议，实践中框架协议正是运用到了重复购买行为中，而并非动态采购系统。动态采购系统能提供一些框架的好处，尤其是允许对定期购买行为的竞争，从而节省了成本。它在程序之初涉及招标方面与框架协议很相似，但不同的是，这些初始投标并不是用来减少供应商的数量的-所有的投标都必须入围，不考虑值当性-所以不可能只允许少数人投标（而在框架协议的限制或谈判程序中会存在这种可能）。因此采购实体在适用动态采购系统的时候可能需要考虑到很多的投标。另一个很重要的不同的地方是要求实体为每一次的订单都要发布一次公告。在这方面，动态采购系统考虑到竞争的最大程度性、行政管理费用的显著提高以及订货延迟的发生。每一次都要发布公告意味着这样的系统其实不适用于低成本的订单。许多动态采购的好处都可以通过一个开放的程序框架来获得，通过这个框架，采购实体可以选择大量的框架里的供应商。动态采购系统的最大好处是新企业同样可以入围：而这在框架协议中是不可能发生的。

由于上文讨论到的动态采购系统的实际困难，该系统至今在欧洲已经很少使用。在英国，欧盟官方公报上在 2006 年 1 月之前的一份调查中，当相关规定首次在英国实施，直到 2008 年 9 月 19 日，只有两家实体采用了这个系统，一个用来采购天然气和电，另一个用来采购餐饮和接待服务¹⁶。

¹⁶ See Arrowsmith and Eyo, note 8 above.

第九章 国防采购

9.1 国防采购的特殊性

9.1.1 前言

欧盟国防采购的可以被广泛的定义在为了欧盟成员国武装军队利益执行公共采购的范畴中。国防采购包括了很广泛的活动，从复杂的军事装备的生产，到购买食物和购买军装。在这个广义概念中，与相对普通的国防采购，我们应该区分“硬国防装备”和“军需用品”，例如坦克和导弹的采购与制服食品采购的区别。如本章所述，硬国防装备的采购会受到特定的规则。

国防装备的生产和交易事关国家主权，两者都是极具政治象征意义的行为。¹武器装备交易也是经常用来影响政治和经济的工具。²在讨论国防采购中，我们应当谨记，这不仅是一个经济问题，其他如战略性、政治性等因素，在现在和将来都很重要。³

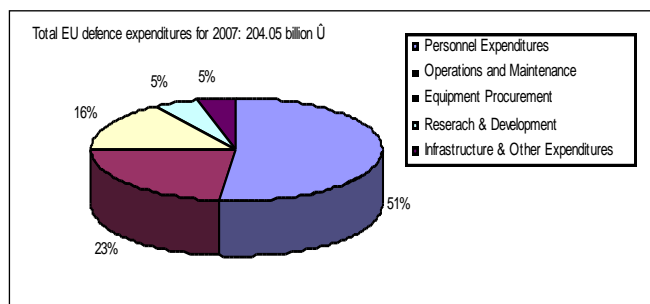
国防采购在欧盟发挥着重要的经济作用。在 2007 年，欧盟国防开支总额是 €2040 亿，占欧盟 GDP 的 1.69%，如图 1 所示。⁴在这一数额中的 35-40% 是用来采购的。

¹ Mezzadri S., *L'ouverture des Marchés de la Défense: Enjeux et Modalités*, Occasional Paper No 12, (Institute for Security Studies: 2000), p.6; Schmitt B. (rapporteur), *Defence Procurement in the European Union – The Current Debate* (EU Institute for Security Studies: 2005), p.11; Trybus M., *European Defence Procurement Law – International and National Procurement Systems as Models for a Liberalised Defence Procurement Market in Europe* (Kluwer Law International: 1999), p.25.

² Mawdsley J., Quille G. et.al., *Equipping the Rapid Reaction Force – Options for and Constraints on a European Defence Equipment Strategy*, Paper 33 (Bonn International Centre for Conversion: 2003), p.29.

³ Cox A., ‘The Future of European Defence Policy: The Case for a Centralised Procurement Agency’ (1994) 3(2) PPLR 65, at 77; Georgopoulos A., *European Defence Procurement Integration: Proposals for Action within the European Union*, PhD thesis, (University of Nottingham: 2004), §1.4.3.

⁴ European Defence Agency, *European - United States Defence Expenditure in 2007*, Brussels, December 2008 (EU data except Denmark).



2007 年欧盟国防支出⁵

但是首先，如果我们要分析国防采购的法律，我们首先要了解国防采购市场和一般规则。

9.1.2 冷战结束后的环境演变

冷战结束后我们看到军事行动的性质在西方势力影响下进行彻底转变。⁶ 欧盟的大部分军事行动在国外，地区冲突、种族斗争、内战和维和行动等引领者国防建设朝向防御建设方向行进，有其表现在减少重甲部队的需求、增加航空运输能力的需要和对空运系统装备的保护等。⁷

⁵ European Defence Agency, *Defence Data 2007*, Brussels, November 2008 (all data except Denmark).

⁶ Flournoy M., Smith J. et.al., *European Defense Integration: Bridging the Gap between Strategy and Capabilities* (Center for Strategic and International Studies: 2005), pp.18 et.seq.; Neuman S., *Defense Industries and Dependency: Current and Future Trends in the Global Defense Sector* (International Relations and Security Network: 2006), p.6.

⁷ Van Eekelen W., *The Parliamentary Dimension of Defence Procurement – Requirements, Production, Cooperation and Acquisition*, Occasional Paper № 5 (Geneva Centre for the Democratic Control of Armed Forces: 2005), p.1; Vlachos K., *Safeguarding European Competitiveness – Strategies for the Future European Arms Production and Procurement*, Occasional Paper No 4 (Institute for Security Studies: 1998), §2.5; Andresson J.J., *Cold War Dinosaurs or High-Tech Arms Providers? The West European Land Armaments Industry at the Turn of the Millennium*, Occasional Paper No 23 (Institute for Security Study: 2001), p.6; Maulny J-P. et.al., *Cooperative Lessons Learned: How to Launch a Successful Co-Operative Programme*, Final Report for Study 06-EDA-008, IRIS/CER/DGAP/IAI, 30 November 2006, pp.10 et.seq.

另外，世界范围内军事行动一体化的性质，例如欧洲军团的创造、前南斯拉夫的维和行动，对于这些大联盟的参与，需要越来越多的互操作性，包括业务上（如相互沟通）和技术上（一国技术人员去别国进行维修的能力）。⁸

另一方面来说，冷战的结束导致欧盟成员国响应“发展经济”与“和平崛起”的口号而减少其国防预算，从而大幅度减少了欧洲国防工业的活动。⁹国防预算减少直接导致了投资减少和部队现代化，这反过来又要求维持现有装备，特别是主要武器装备系统，这又导致了维护旧装备的成本增加。¹⁰

此外，与国防相关具有军民两用性质的技术、组件和服务正在大量增长，因此，越来越难以界定国防工业与民用之间的界限。¹¹而在过去，军事研发被用来给民用工业作燃料，现在相反，创新主要是来自于民用型产品。¹²

最后，在冷战时期，欧洲大多数国防讨论都在北大西洋公约组织和西欧联盟举行，1992年欧盟共同外交与安全政策诞生。¹³TFEU 包括了欧洲安全与防卫的

⁸ Flournoy, Smith et.al., *European Defense Integration*, above, p.30; Communication from the Commission: 'European defence – industrial and market issues – Towards an EU Defence Equipment Policy', COM(2003) 113, 11 March 2003, page 6; Wolsztynski R., 'The French Air Force: European Integration Factors' (2006) 8(3) RUSI Defence Systems, p.26.

⁹ Georgopoulos, *European Defence Procurement Integration*, above, pp.31-32 and §2.3; Schmitt B., *From Cooperation to Integration: Defence and Aerospace Industries in Europe*, Chaillot Paper No 40 (Institute for Security Study: 2000), p.5; Dehn G. (Ed.), *Blowing the Whistle on Defence Procurement (Speaking Up by Sector) (Public Concern at Work: 1995)*, p.15; Communication from the Commission: 'The Challenges Facing the European Defence-Related Industry, a Contribution for Action at the European Level', COM(96)10, 24 January 1996, §§1 and 2.1.1.

¹⁰ Flournoy, Smith et.al., *European Defense Integration*, above, pp.22-23; Schmitt, *Defence Procurement in the European Union – The Current Debate*, above, p.15; Rich M. and Dews E., *Improving the Military Acquisition Process, Lessons from RAND Research*, RAND Paper R-3373 (RAND: 1986), pp.21-25; Kirat T. and Bayon D., *Les Marchés Publics de la Défense – Droit du Contrat Public, Pratique Administrative et Enjeux Economiques* (Bruylants: 2006), pp.28 and 64-66.

¹¹ COM(96)10, above, §2.1.1.

¹² COM(2003)113, above, p.6; Vlachos, *Safeguarding European Competitiveness*, above, §2.4; Schmitt, *From Cooperation to Integration*, above, p.8; see also European Defence Agency, 'An Initial Long-Term Vision for European Defence Capability and Capacity Needs', 3 October 2006, pp.11-12.

¹³ Lenaerts K. and Van Nuffel P., *Constitutional Law of the European Union* (Sweet & Maxwell: 1999), §§3-102 et.seq.; Trybus M., *European Union Law and Defence Integration* (Hart Publishing: 2005), pp.51 et.seq.

相关条款，其中包括一个欧盟成员国之间正在制定的共同的国防条款。¹⁴那时起在欧盟范围内就有很多的倡议以期提高欧盟的防卫能力。¹⁵在此背景下，将在后文阐述欧洲国防局。¹⁶

9.1.3 欧洲国防装备市场的特殊性

首先，也许是最重要的，国防市场的特点是垄断性，只有一个买方的市场，有国家和许多潜在卖方。¹⁷由于垄断而使得市场不完全竞争，有一个买方，却有很多卖方。¹⁸

在国防装备市场，垄断是显而易见的。国家在其领土上，对武器使用是垄断的，¹⁹这也意味着对武器、弹药和军用物资享有独占权。因此国家可以在国防市场上利用其军事需求、进度、规格等方面来单方面影响市场。²⁰

一种不同的观点是，这种垄断只存在于国内市场，如果市场持续关闭就可以维持：只要欧盟国防市场打开，那么就会有很多欧盟成员国的买方。但是，只有

¹⁴ Consolidated Version of the Treaty on European Union (TEU), OJ 2010 C 83/15, Article 3(2) (ex Article 2(2)) and Article 42 (ex Article 17).

¹⁵ See the summary in Taylor C., 'UK Defence Procurement Policy', House of Commons Research Paper 03/78, London, 20 October 2003, pp.28 et.seq.; 'A Secure Europe in a Better World: European Security Strategy', 12 December 2003; GAERC Council, 'Headline Goal 2010', 17 May 2004; European Defence Agency, 'An Initial Long-Term Vision for European Defence Capability and Capacity Needs', 3 October 2006; EDA Press Release, 'EU Governments Endorse Capability Plan for Future Military Needs, Pledge Joint Efforts', 8 July 2008.

¹⁶ Council Joint Action 2004/551/CFSP of 12 July 2004 on the establishment of the European Defence Agency, OJ 2004 L 245/17; WEAG web site <http://www.weu.int/weag>, accessed on 16 August 2005.

¹⁷ Trybus, *European Defence Procurement Law*, above, p.24; Commission Green Paper on Defence procurement, COM(2004) 608, 23 September 2004, §2.1; Vlachos, *Safeguarding European Competitiveness*, above, §I.B (using the term 'oligopsonistic national procurement' with the same meaning); Van Eekelen, *The Parliamentary Dimension of Defence Procurement*, above, p.4.

¹⁸ Atkinson S.E. and Kerkvliet J., 'Dual Measures of Monopoly and Monopsony Power: An Application to Regulated Electric Utilities' (1989) 71 *Review of Economics and Statistics* 2, pp.250-257.

¹⁹ As explained by Max Weber in *Politics as a Vocation*, 1919: see: Baudouin J., *Introduction à la Science Politique*, 5th Edition (Daloz: 1998), p.33.

²⁰ Mawdsley J., *The European Union and Defence Industrial Policy*, Paper 31 (Bonn International Centre for Conversion: 2003), p.6; Heartley K., 'Competition in Defence Contracting in the United Kingdom' (1992) 1(6) *PPLR* 440, p.441.

六个欧盟成员国（法国、德国、意大利、西班牙、瑞典和英国）代表了欧盟国防工业能力的 90%，占国防开支的 85%，98% 的 RD 支出。²¹一个欧盟国防开放的市场其实是寡头垄断的一种形式，即买的人很多，但是卖的人不多。²²

其次，国防市场的特性是分散性，²³是由许多封闭的欧盟成员国组成的市场。这导致了欧盟成员国产业的资源重复性，也会导致某些成员国垄断的局面。大多数人认为，加强跨国竞争可以带来规模经济效应，降低国防装备采购的费用。²⁴即便过去十年会有一些合并现象出现，但是欧盟国防市场仍然是分散的。²⁵

第三个特性是，欧盟国防采购完全是以需求为导向的，并不是供应导向。国防工业通常不主动生产制造武器装备：通常是国家基于本国的国防政策和军事理论制定需求草案，然后要求国防工业制造装备武器来满足这一需求。²⁶

²¹ Communication from the Commission to the Council and the European Parliament on the results of the consultation launched by the Green Paper on Defence Procurement and on the future Commission initiatives, COM(2005) 626, 6 December 2005, p.2.

²² Bhaskar V., Manning A. and To T., 'Oligopsony and Monopsonistic Competition in Labor Markets' (2002) 16 JEP 155; Georgopoulos, *European Defence Procurement Integration*, above, §1.4.1.

²³ COM(96) 10, above, §2.1.3; Schmitt B., *The European Union and Armaments – Getting a Bigger Bang for the Euro*, Chaillot Paper No 63 (Institute for Security Studies: 2003), p.10; Dehn, *Blowing the Whistle on Defence Procurement*, above, p.18; Georgopoulos A., 'The Commission's Green Paper on Defence Procurement' (2005) 14(2) PPLR NA34; Creasey P., 'The Options and Prospects for Defence Procurement Collaboration', in Creasey P. and May S. (Eds.), *The European Armaments Market and Procurement Cooperation* (St.Martin's Press: 1988), pp.165 et.seq.

²⁴ Valasek T., 'EU Wants More Defence Competition, Lower Costs', ISN Security Watch, 1 December 2005; Lord Garden, 'We Need Capability Integration – Not Equipment Cooperation' (2004) 7(1) RUSI Defence Systems, p.13; Kirat and Bayon, *Les Marchés Publics de la Défense*, above, p.111.

²⁵ COM(2004) 608, above, p.4; See also Andresson, *Cold War Dinosaurs or High-Tech Arms Providers?*, above, pp.8 et.seq.; Valasek, 'EU Wants More Defence Competition, Lower Costs', above; Mawdsley, *The European Union and Defence Industrial Policy*, above, §3.1.

²⁶ Jones S., 'The Rise of a European Defense' (2006) 121 PSQ 241, at 242; UK House of Commons Public Accounts Committee, *Ministry of Defence: Maximising the Benefits of Defence Equipment Co-Operation*, House of Commons document 2001/02 HC 586, 2002, §§29-30, citing a few counter-examples.

9.1.4 特殊的国防采购需求

不仅欧盟国防市场存在特殊性，国防采购自身也存在不同于一般采购的特别要求。

供应安全是国防采购的要求之一，目的是要保证国防物资和军队需求的持续供应，不考虑外部环境，如战争、国际动荡、联盟变化或供应链中断等。²⁷供应安全存在长期性和短期性两个方面，后者主要是指在高峰期时的特殊照顾。

遵从供应安全最简单、最有效的方式就是将合同授予给国有公司。²⁸另一种可能性就是用抵消的形式建立和巩固国防设备能力，这个问题下文将论述。短期供应安全可能是造成欧洲国防采购市场分散的主要原因之一。²⁹供应安全也经常被作为一个方便的借口，出于纯粹的经济和社会原因来扶持民族企业。

正如上面提到的，自从冷战结束，在时间、地域方面的预算越来越难以提前控制。因此必须采取措施来满足激增的需求或突发的业务需求，如出现了最初采购时没有预想到的情形和形势。³⁰

此外，很明显，国防装备的特点与特殊性不应该提供给潜在的竞争者与敌人。因此各国一般对公开其国防采购预算与过程是较为谨慎的，因为这是对业务重点的一种暗示。而且，这种保密也适用于国防工业，因为国防装备市场的高度竞争力，国防部门以期保护其研发性。³¹

²⁷ See further the discussion in Georgopoulos, *European Defence Procurement Integration*, above, pp.37 et.seq.; Heuninckx B., 'Towards a Coherent European Defence Procurement Regime? European Defence Agency and European Commission Initiatives' (2008) 17(1) PPLR 1, p.14.

²⁸ Vlachos, *Safeguarding European Competitiveness*, above, §2.1; COM(2004) 608, above, §2.2; The United Kingdom Defence White Paper – Defence Industrial Strategy, Parliament document number Cm 6697, 2005, still requires the preservation of maintenance and upgrade capability in the UK for a number of major systems; Antonakis N., 'Offset Benefits in Greek Defence Procurement Policy: Developments and Some Empirical Evidence', in Martin S. (Ed.), *The Economics of Offsets: Defence Procurement and Countertrade* (Routledge: 1996), p.163.

²⁹ See further the discussion in Schmitt, *From Cooperation to Integration*, above, pp.60-62; COM(2003) 113, above, p.18; Mezzadri, *L'ouverture des Marchés de la Défense*, above, p.6.

³⁰ As stated in a number of places in the UK Defence White Paper – Defence Industrial Strategy, above.

³¹ Van Eekelen, *The Parliamentary Dimension of Defence Procurement*, above, p.1; Georgopoulos, 'The Commission's Green Paper on Defence Procurement', above.

国防采购市场必须满足特定的技术需求。正如上文提到，部队及装备现在需要在不同地方工作的高度机动灵活性来对抗不同类型的威胁。³²军事行动需要在任何情况下都要执行，从北极到沙漠，在肮脏、沙漠或冰原。所以，自冷战结束后高端现代军事装备需求越来越复杂的技术（如远程精确制导武器、网络中心站和隐身技术），这也使其价格高的原因之一。³³

最后，国防采购合同往往包括抵消的要求，因此购买国要求合同另一方从本国购买或投资。³⁴这种抵消可能是直接的，如以命令的形式，也可能是非直接的，当受益于工业部门，不同于合同标的物，甚至是非军用的。³⁵许多不同类型的抵消形势被提出来。³⁶抵消确实是确保供应安全的一种方法，但也是出于社会或政治原因来扶持本国企业的一种方便的借口。

9.1.5 国防采购合作

欧洲国家有时会采取国防装备协作的方式，他们共同管理和开发复杂的军事系统的生产。协作采购在开发和生产的系统阶段因为互操作性、标准统一性而有成本优势，技术转让产生的工业效益，参与各国通过互相了解产生的政治效益。本章不讨论详细的国防采购合作，但读者应该应当了解有关该问题的文献资料。³⁷

³² Vlachos, *Safeguarding European Competitiveness*, above, §2.4

³³ Neuman, *Defense Industries and Dependency*, above, p.6; Trybus, *European Defence Procurement Law*, above, p.25.

³⁴ For a detailed analysis of offsets, see Martin S. (Ed.), *The Economics of Offsets: Defence Procurement and Countertrade* (Routledge: 1996); Brauer J. and Dunne J-P. (Eds.), *Arms Trade and Economic Development: Theory, Policy and Cases in Arms Trade Offsets* (Routledge: 2004); Bourne J., *Ministry of Defence: Collaborative Projects*, UK National Audit Office, House of Commons document 1990/91 HC 247, 1991, §2.33; Eriksson E.A. et.al., *Study on the effects of offsets on the Development of a European Defence Industry and Market*, Final Report of 06-DIM-022, FOI and SCS, 12 July 2007.

³⁵ COM(2004) 608, above, §2.3; Van Eekelen, *The Parliamentary Dimension of Defence Procurement*, above, pp.6-7; Georgopoulos, *European Defence Procurement Integration*, above, pp.46-47.

³⁶ See e.g. Taylor T., 'Using Procurement Offsets as an Economic Development Strategy', and Markowski S. and Hall P., 'Mandatory Defence Offsets – Conceptual Foundations', in Brauer and Dunne, *Arms Trade and Economic Development*, Ch.2 and 3 respectively.

³⁷ Heuninckx B., 'A Primer to Collaborative Defence Procurement in Europe: Troubles, Achievements and Prospects' (2008) 17(3) PPLR 123; UK House of Commons Public Accounts Committee, *Ministry of Defence:*

9.2 国防采购与

9.2.1 对国防采购的适用性

TFEU 本身对欧盟范围内的公共采购制定了许多条款，例如国籍非歧视性原则、透明原则、比例性原则、平等性原则等。

将这些原则适用于国防采购显示出直接对国内企业授予合同的做法违反了非歧视、比例性和平等性原则。³⁸然而，TFEU 包括了许多豁免条款，使成员国能够不适用这些原则。我们现在将讨论这些条款产生的影响。

9.2.2 TFEU 的一般豁免原则

欧盟成员国利用这些豁免条款的主要原因之一是保护他们的公共安全。在 TFEU 范围内，公共安全的概念包括了成员国的内部安全和外部安全。³⁹欧盟成员国可以自由确定公共政策的需求和供应安全的需求，但是这些要求必须严格解释，所以要求的范围不能不通过欧盟法律而直接由个成员国自己确定。⁴⁰欧盟成

Maximising the Benefits of Defence Equipment Co-Operation, above; Lorell M. and Lowell J., *Pros and Cons of International Weapons Procurement Collaboration* (RAND: 1995), pp.7 et.seq.; Hayward K., *Towards a European Weapons Procurement Process – The shaping of common European requirements for new arms programmes*, Chaillot Paper No 27 (Institute for Security Study: 1997); Bourne, *Ministry of Defence: Collaborative Projects*, above; Maulny et.al., *Cooperative Lessons Learned*, above.

³⁸ Interpretative Communication on the application of Article 296 of the Treaty in the field of defence procurement (presented by the Commission), COM(2006) 779, 7 December 2006.

³⁹ Case C-186/01, *Alexander Dory v Germany* [2003] ECR I-2479, [32]; Case C-423/98, *Alfredo Albore*, [2000] ECR I-5965, [18]; Case C-367/89, *Criminal proceedings against Aim é Richardt and Les Accessoires Scientifiques SNC*, [1991] ECR I-4621, [22]; Case C-83/94 *Criminal proceedings against Peter Leifer, Reinhold Otto Krauskopf and Otto Holzer*, [1995] ECR I-3231, [26]; Case C-273/97, *Angela Maria Sirdar v The Army Board and Secretary of State for Defence*, [1999] ECR I-7403, [17]; Case C-285/98, *Tanja Kreil v Bundesrepublik Deutschland*, [2000] ECR I-69, [17].

⁴⁰ Case 36/75, *Rutili v Minister for the Interior*, [1975] ECR 1219, [26]-[27]; Case C-54/99, *Association Église de Scientologie de Paris and Scientology International Reserves Trust v The Prime Minister*, [2000] ECR I-01335, [17].

员国采取的措施不完全排除适用欧盟法律，因为他们是基于国防安全和公共利益。

41

TFEU 涉及公共安全的条款有 36, 45, 52, 65, 72, 346 和 347，这都解决了界定的范围问题。不能从这些条款推断出 TFEU 排除了所有基于公共安全而各成员国采取的措施。⁴²只有当存在足够威胁到社会的根本利益时，才能够援引豁免条款，⁴³一个纯粹的经济目的不能限制商品或资本、服务的自由流动。⁴⁴而且，公共安全的需求不能抵消 TFEU 的豁免条款，除非是遵循比例原则，任何抵消行为必须是基于适当而且必要的情况下。⁴⁵

另外，适用这些豁免条款必须不能造成对构成欧盟基本法律原则的自由原则的民主、人权和自由原则抵消。⁴⁶任何人如果受到基于豁免条款的行为的影响，都可以诉诸于法律。⁴⁷

进一步说，TFEU 提供的某些抵消行为只允许是有关人员、货物、资金和服务的自由流动的相关条款来的，而不是来源于其他条款，例如男女平等原则。⁴⁸但是，基于第 346、347 条的豁免原则则是适用于全部 TFEU，这被认为是“保障条款”。⁴⁹

⁴¹ ⁴¹ Case C-186/01 *Dory*, above, para 30; Case C-337/05, *Commission v Italy (Agusta Helicopters)*, [2008] ECR I-2173, [42] – for a commentary of that case, see Heuninckx B. ‘A Note on Case Commission v Italy (Case C-337/05) (Agusta Helicopters Case)’ (2008) 17(5) PPLR NA187.

⁴² Case C-186/01 *Dory*, above, para 31; Case 222/84, *Marguerite Johnston v Chief Constable of the Royal Ulster Constabulary*, [1986] ECR 1651, para 26; Case C-273/97 *Sirdar*, above, [16]; Case C-285/98 *Kreil*, above, [16]; Case C-337/05 *Agusta Helicopters*, above, [43].

⁴³ Case 36/75 *Rutili*, above, [28]; Case C-348/96, *Criminal proceedings against Donatella Calfa*, [1999] ECR I-11, [21]; Case C-54/99 *Église de Scientologie de Paris*, above, [17].

⁴⁴ C-322/01, *Deutscher Apothekerverband eV v 0800 DocMorris NV and Jacques Waterval*, [2003] ECR I-14887, [122]; Case 36/75 *Rutili*, above, [30] and [32]; Case C-54/99 *Église de Scientologie de Paris*, above, [17].

⁴⁵ Case C-423/98 *Albore*, above, [19]; Case 222/84 *Johnston*, above, [38]; Case C-54/99 *Église de Scientologie de Paris*, above, [18].

⁴⁶ Joined Cases C-402/05 P and C-415/05, P *Yassin Abdullah Kadi and Al Barakaat International Foundation v Council and Commission*, judgement of 3 September 2008, not yet reported, [302]-[303]; see Article 6(1) EU.

⁴⁷ Case 222/86, *Unectef v Heylens and Others*, [1987] ECR 4097, [14]-[15].

⁴⁸ Case C-186/01 *Dory*, above, [33]; Case C-273/97 *Sirdar*, above, [18]; Case C-285/98 *Kreil*, above, [18].

⁴⁹ Lenaerts and Van Nuffel, *Constitutional Law of the European Union*, above, p.267.

9.2.3 适用于 TFEU 整体的豁免原则

9.2.3.1 第 346 条的豁免条款

我们看到公共部门指令对国防采购的适用性是欧洲法律的一般性豁免原则，旨在划清当出现职权重叠时，欧盟和成员国国防部门之间的界限。⁵⁰第 346 条这样写的：“(a) 任何成员国都有义务揭露对其国家安全利益有威胁影响的消息；(b) 任何国家可以采取包括生产武器、弹药和军用物资等必要措施，这些措施不能够影响一般市场上不是给予特别军事目的的物品的竞争环境。”⁵¹

而且，“理事会改变了 1958 年 4 月 15 日制定的⁵²第 1 条的产品的相关规定”，⁵³一个涉及欧洲法院委员会审查监督的松散机制程序是用来纠正滥用这些规定的行为。⁵⁴该程序只使用了一次，依据第 347 条涉嫌侵权，该案后来上诉到欧洲法院。⁵⁵

欧洲法院没有任何关于第 269 条的裁决，其实际范围仍不清晰，即使没有收到 1958 年名单的限制。⁵⁶

1958 年的名单虽然未公布，但使用广泛，⁵⁷一般包括“wailike”和”hard“国
务物资，但仍然很普遍，从而会有不同的解释。⁵⁸尽管被成员国广泛的滥用，⁵⁹但

⁵⁰ Aalto E., ‘Interpretations of Article 296’, in Keohane D. (Ed.), *Toward a European Defence Market*, Chaillot Paper n° 113 (EU Institute for Security Studies: 2008), pp.13-49, at 16

⁵¹ Note the probable confusion between ‘material’ and ‘materiel’. A similarly worded exclusion can be found in the WTO Government Procurement Agreement: see Uruguay Round of Multilateral Trade Negotiations (1986-1994) – Annex 4 – Agreement on Government Procurement (W.T.O.), OJ 1994 L 336/273 (GPA 1994), Article XXIII, but its actual scope is yet unclear and might be different from the Article 346 TFEU exemption.

⁵² Council Decision 255/58 of 15 April 1958 defining the list of products (arms, munitions and war material) to which the provisions of Article 346(1)(b) TFEU (ex Article Article 296(1)(b) TEC and formerly Article 223(1)(b)) apply (not published).

⁵³ TFEU, above, Article 346(2) (ex Article 296(2) TEC).

⁵⁴ TFEU, above, Article 348 (ex Article 298 TEC).

⁵⁵ Case C-120/94, *Commission v. Greece*, [1996] ECR I-1513; see Eikenberg K., ‘Article 296 (ex 223) EC and External Trade in Strategic Goods’ (2000) 25 EL Rev 116, p.123.

⁵⁵ Aalto, ‘Interpretations of Article 296’, above, pp.13-49, at 17.

⁵⁶ Aalto, ‘Interpretations of Article 296’, above, pp.13-49, at 17.

这份名单从未修改，在评论家眼里面有些已近过时了，⁶⁰尽管有些人认为这已经足够与时俱进的了。⁶¹

TFEU346 条规定明确，特殊情况下，本身不做任何广泛解释，⁶²此外不会产生一个一般或自动豁免，⁶³试图利用 346 条的成员国必须能够证明没有超越基于公共利益的必要限制，⁶⁴但豁免规则对整个 TFEU 产生影响。⁶⁵会员国援引 346 条不必提前告知委员会。⁶⁶

⁵⁷ Trybus, *European Defence Procurement Law*, above, pp.14-15; Eikenberg, above, p.129; The list was most recently published in Trybus M., 'The List of Hard Defence Products under Article 296 EC' (2003) 12(3) PPLR NA15; Written Question E-1324/01 by Bart Staes (Verts/ALE) to the Council, OJ 2001 C 364E/85.

⁵⁸ Trybus, *European Defence Procurement Law*, above, p.94; Eikenberg, above, p.129: this raises problems of legal certainty.

⁵⁹ COM(96) 10, above, §3.1.1, p.14; COM(2005) 626, above, §II 3; Schmitt B. (Ed.), 'European Armaments Cooperation – Core Documents', Chaillot Paper No 59 (EU Institute for Security Study: 2003), p.10; Schmitt, *The European Union and Armaments*, above, p.9; Michel J. and Rivi ère J., rapporteurs, *Rapport d'information sur les nouveaux défis de la construction de l'Europe de la défense*, Commission de la Défense Nationale et des Forces Armées, French National Assembly, N°2531, 2005, pp.41-42; Mezzadri, *L'ouverture des Marchés de la Défense*, above, §I.1.2.

⁶⁰ Eikenberg, above, p.128; Schmitt, 'European Armaments Cooperation – Core Documents', above, p.10; COM(2005) 626, above, §II 3; Van Eekelen, *The Parliamentary Dimension of Defence Procurement*, above, pp.6-7; Georgopoulos, *European Defence Procurement Integration*, above, p.54.

⁶¹ Trybus, *European Union Law and Defence Integration*, above, p.147.

⁶² Case C-414/97, *Commission v Spain*, [1999] ECR I-5585, [21]; Case 222/84 *Johnston*, above, [26].

⁶³ Case 222/84 *Johnston*, above, [26]; Case C-273/97 *Sirdar*, above, [16]; Case C-285/98 *Kreil*, above, [16]; see also Rapp B., *Defence Procurement and Internal Market* (Institut für Strategie- Politik- Sicherheits- und Wirtschaftsberatung, no date).

⁶⁴ Case C-337/05 *Agusta Helicopters*, above, [44]; Case C-157/06, *Commission v Italy*, judgement of 2 October 2008, nyr, [23]; Case C-414/97 *Commission v Spain*, above, [22]; for an analysis of the case, see Trybus M., 'The Recent Judgment in *Commission v. Spain* and the Procurement of Hard Defence Material' (2000) 9(4) PPLR NA99 and Trybus M., 'Case Comment: On the Application of the EC Treaty to Armaments' (2000) 25 EL Rev 663; Mezzadri, *L'ouverture des Marchés de la Défense*, above, p.8; this position has been criticised for lack of legal grounds in Bratanova E., *Legal Limits of the National Defence Privilege in European Union*, Paper 34 (Bonn Internationalo Center for Conversion: 2003), p.19.

⁶⁵ Case T-26/01, *Fiocchi munizioni SpA v Commission*, [2003] ECR II-3951, [58]-[59].

⁶⁶ Case T-26/01, *Fiocchi Munizioni*, above, [59]; Commission Decision 1999/763/EC of 17/03/1999 on the measures, implemented and proposed, by the Federal State of Bremen, Germany, in favour of Lürssen Maritime Beteiligungen GmbH & Co. KG, O.J. 1999 L301/8; COM(2006)779; COM(2006) 779, above, §6.

会员国视情况而定会有一定的裁量权，当他们为保证群众安全采取必要措施的时候，但是所采取的措施必须是基于公众安全的目的，并且要必要而且合适。⁶⁷但是不清楚的是自由裁量权的界限是什么，如何对该自由裁量权的结果进行复查和审查。⁶⁸许多意见都被提出来了。⁶⁹

第 346 条不适用于未在 1958 年清单中活动，特别是基于非军事目的的，⁷⁰但是大多数评论家认为，这不仅适用于实际的采购，而且还适用于服务的合约，如维修。⁷¹

事实上，不能援引基于军事目的采购装备的豁免条款是不确定的，当装备的采购不仅用于军事目的，而且用于民用目的。⁷²这似乎并不排除军民两用的货物的豁免，但是要求其民用市场不会受到豁免条款的影响，这个道理似乎说明基于 346 条的民用补偿是不合理的。然而对于采购民用两用货物的排除行仍有疑问。⁷³随着国防技术越来越复杂，军用和民用市场出现组件和服务，这个问题越来越重要了。⁷⁴

⁶⁷ Case C-273/97 *Sirdar*, above, [27]-[28]; Case C-285/98 *Kreil*, above, [24]-[25].

⁶⁸ Arrowsmith S., *The Law of Public and Utilities Procurement*, 2nd Ed. (Sweet and Maxwell, 2005), pp.241-242; Aalto, 'Interpretations of Article 296', above, pp.13-49, at 21-23.

⁶⁹ Trybus, 'Case Comment: On the Application of the EC Treaty to Armaments', above, pp.666-667; Georgopoulos A., 'Defence Procurement and EU Law' (2005) 30 EL Rev 559, p.569; Koutrakos P., *Trade, Foreign Policy and Defence in EU Constitutional Law*, (Hart: 2001), p.191 – However, this test might be invalidated by the 欧洲法院 ruling in Case C-414/97 *Commission v Spain*, above; Eikenberg, above, p.124; COM(2006) 779, above.

⁷⁰ Case C-337/05 *Agusta Helicopters*, above, [47]; Case C-157/06 *Commission v Italy*, above, [26]; Case T-26/01 *Fiocchi munizioni*, above, [61]-[62].

⁷¹ Arrowsmith, *The Law of Public and Utilities Procurement*, above, p.245; European Commission, *Public Procurement in the European Union – Guide to the Community Rules on Public Procurement of Services other than in the Water, Energy, Transport and Telecommunications Sectors (Directive 92/50/EEC)* (European Commission: 1995), §2.3.1; Commission Decision 1999/374/EC of 28 October 1998 on aid granted by Germany to Neptun Industrie Rostock GmbH, OJ 1999 L 144/21, p.29; Commission State aid Case No N191/2002 – United Kingdom – DERA – Public Private Partnership, C(2002) 1799, 7 May 2002, [4] and [21].

⁷² Case C-337/05 *Agusta Helicopters*, above, [45]-[48]: see Heuninckx B., 'A Note on Case Commission v Italy', above, p.NA189; Aalto, 'Interpretations of Article 296', above, pp.41-42; Case C-157/06 *Commission v Italy*, above, [26]-[28].

⁷³ Heuninckx, 'A Note on Case Commission v Italy', above; Arrowsmith, *The Law of Public and Utilities Procurement*, above, pp.243-244; Eikenberg, above, p.125; for arguments that Article 346 TFEU (ex Article 296 TEC) cannot be invoked for dual-use goods, see Georgopoulos, *European Defence Procurement Integration*, above,

由于使用第 346 条有很多不确定因素，委员会对其适用问题进行了沟通解释。⁷⁵当然这种沟通没有法律效力，⁷⁶但是却为以后与欧盟法律冲突的时候如何解决提供了很好的示范。

委员会解释说，1958 年的清单已经足够涵盖新的技术了，但是 346 条的豁免规则只适用于基于安全目的的装备开发与使用。另一方面，对基于非军事安全目的的军民两用物资，可以援引 346 条。⁷⁷

委员会认为，346 条不提供自动豁免，只适用从欧洲角度考虑基于保障成员国安全利益的必要措施，而不是基于一般经济利益的那些非必要措施。根据这种观念，间接抵消不能豁免。⁷⁸委员会解释了适用案例的四个部分，目的是为了有效的援引 346 条。⁷⁹

委员会解释说，如何定义涉及国家安全利益的定义是各国自己的特权，但是保留调查权。在这些调查的范围内，各会员国要求提供证据证明。⁸⁰

9.2.3.2 第 347 条的豁免规则

另外一个来自于 TFEU 的豁免规则是第 347 条，涉及的是内部战乱、战争威胁等。该条是：“各成员国应该相互协商以期避免战争情况下国际紧张局势对共同的市场造成影响。”

p.84, and Trybus M., 'Procurement for the Armed Forces: Balancing Security and the Internal Market' (2002) 27 EL Rev 692, p.695.

⁷⁴ COM(96) 10, above, §2.1.1; Flournoy, Smith et.al., *European Defense Integration*, above, pp.73 et.seq.; Creasey P. and May S., 'The Political and Economic Background', in Creasey and May, *The European Armaments Market and Procurement Cooperation*, above, p.17.

⁷⁵ COM(2006) 779, above; see also Schmitt, *Defence Procurement in the European Union – The Current Debate*, above, p.17 et.seq., for a analysis of the potential impact of such interpretative communication.

⁷⁶ See further Aalto, 'Interpretations of Article 296', above, pp.27 et.seq.

⁷⁷ COM(2006) 779, above, §3.

⁷⁸ COM(2006) 779, above, §4.

⁷⁹ COM(2006) 779, above, §5: (1) Which essential security interest is concerned?, (2) What is the connection between this security interest and the specific procurement decision?, (3) Why is the non-application of the Public Procurement Directive in this specific case necessary for the protection of this essential security interest?, (4) Does the use of the exemption adversely affect the conditions of competition in the common market regarding products which are not intended for specifically military purposes?

⁸⁰ COM(2006) 779, above, §6.

第 346 条也有同样的监督程序适用于 347 条。⁸¹值得注意的是，这项豁免包括了欧洲成员国之间相互的协商义务。

至于其他安全豁免，该条明确界定和处理特殊情况下，不适合做任何的广泛解释。⁸²看来第 347 条除了在极端的条件下，是不能被援引的，例如国内叛乱严重导致司法审判不公，或者因为这样的司法审查不公而采取特殊措施保障公众安全。⁸³仅提到对国家领土防卫的需要，会员国的情况是不包含在第 347 条之内的，不能足以证明国籍歧视的存在。⁸⁴有人认为，欧洲法院审议的强度较小，尽管第 347 条的适用范围较窄。⁸⁵

这种豁免的唯一一种情况就是作出判决前，深入讨论此项豁免。⁸⁶这项豁免有可能被用于公共采购对第三国的制裁。⁸⁷

9.2.4 TFEU 中特定部分的豁免规则

TFEU 同样包括了出于公共安全的特殊部分的豁免规则。这些豁免规则也可以被用作国防采购范围内，尤其是欧洲法院确认的原则。

规定货物流动的规则，第 36 条是这样的：“第 34、35 条的规定不能出于安全需要而排除禁止或限制进口。这些禁止和限制不能成为变相歧视成员国的手段。”

我们看到 346 条不能适用于 1958 年所列的清单活动，特别是不能用于军事目的。⁸⁸所以，当国防领域缔约一方试图利用 TFEU 的豁免条款进行民用物资采购或欧盟法律框架之外的服务采购时，他们必须依据第 36 条。

⁸¹ TFEU, above, Article 347 (ex Article 297 TEC).

⁸² Case C-13/68, *SpA Salgoil v Italian Ministry of Foreign Trade*, [1968] ECR 453; Case 222/84 *Johnston*, above, [26].

⁸³ Case 222/84 *Johnston*, above, [60].

⁸⁴ Case C-423/98 *Albore*, above, [21]-[23].

⁸⁵ Trybus, *European Union Law and Defence Integration*, above, p.194-195.

⁸⁶ Case C-120/94 *Commission v. Greece*, above; Case C-120/94R *Commission v. Greece*, [1994] ECR I-3037.

⁸⁷ Arrowsmith S., *The Law of Public and Utilities Procurement*, above, p.247.

至于 346、347 条，这些豁免条款不会做任何的扩大解释，也不会自动豁免⁸⁹，即便是会员国谨慎依据处理。⁹⁰

豁免的目的不是保留欧盟成员国的专属管辖权，只是让国家遵从自由流动原则进行立法而实现安全的社会治安。⁹¹但是不适用于这种情况，即所有的事实都局限在一个成员国，没有欧盟法律说设想的承上启下的链接。⁹²

某些经济手段可能会减损安全性，如授予战略合同，但必须先满足三个部分的比例测试：措施必须是合理的应对公共安全的客观环境，该措施不能限制共同体内部的贸易往来，在较少的限制自由流通方面要达到同样的目的。⁹³这可能允许使用豁免以保护国内战略产业，但一般不提倡，如促进区域发展。⁹⁴

如果欧盟现有的规则已经提供了必要措施以保护利益，那么诉诸于这些豁免条款是不合适的。⁹⁵另外，不能依靠规则和惯例，即使它们在减轻政府负担和减少公共损害上有益，除非这显然超出了合理要求的限制。⁹⁶同样，他们不是用来限制进入本国公司机密数据的，因为机密措施的保护措施较少。⁹⁷

⁸⁸ Case C-337/05 *Agusta Helicopters*, above, [47]; Case T-26/01 *Fiocchi munizioni*, above, [61]-[62].

⁸⁹ Case 222/84 *Johnston*, above, [26]; Case C-273/97 *Sirdar*, above, [16]; Case C-285/98 *Kreil*, above, [16]; Case C-13/68 *Salgoil*, above.

⁹⁰ Case C-83/94 *Leifer*, above, [35]; Case C-273/97 *Sirdar*, above, [27]; Case C-285/98 *Kreil*, above, [24].

⁹¹ Case 153/78, *Commission v Germany*, [1979] ECR 2555; Case 72/83, *Campus Oil Limited and others v Minister for Industry and Energy and others*, [1994] ECR 2727, [32]; Case C-367/89, *Richardt*, above, [19].

⁹² Case C-108/98, *RI.SAN. Srl v Comune di Ischia, Italia Lavoro SpA and Ischia Ambiente SpA*, [1999] ECR I-5219, [23].

⁹³ Case 72/83 *Campus Oil*, above, [35] et.seq.; Case C-347/88, *Commission v Greece*, [1990] ECR I-4747; Case C-367/89 *Richardt*, above, [21]; See further Craig P. and De Burca G., *EU Law: Text, Cases and Materials*, 3rd Ed. (Oxford University Press: 2003), pp.630-631.

⁹⁴ Arrowsmith S., *The Law of Public and Utilities Procurement*, op.cit., pages 202-204.

⁹⁵ Case 72/83 *Campus Oil*, above, [27]; Case C-124/95, *The Queen, ex parte Centro-Com Srl v HM Treasury and Bank of England*, [1997] ECR I-81, [46].

⁹⁶ Case 104/75, *Adriaan de Peijper, Managing Director of Centrafarm BV*, [1976] ECR 613, [18].

⁹⁷ Case C-3/88, *Commission v Italy*, [1989] ECR 4035 (data processing), [11] and [15].

即使有人认为这些公共安全实用性的豁免条款是很有限的，⁹⁸但是看起来欧洲法院允许当这些豁免规则被援引到国防采购关系中时，欧盟成员国有较大的裁量权。⁹⁹

第 51 条和第 62 条，“本章规定不适用于...的活动...有关系的，甚至与官方行使权力有关。”

这在国防采购中很重要，考虑到军事装备维修外包的上升趋势和支持军事装备活动。但是，但是在直接与官方进行活动的时候是相对限制的，也不适用于“技术”性质的活动。¹⁰⁰当他们从行使官方权力脱离开来的时候，如果该专业继续执行不属于豁免范围的活动，那么该专业就不能扩展到整个行业。¹⁰¹这项豁免已被欧洲法院狭义解释，可能会限制立法和司法权，以及警察权力和高层决策权。¹⁰²

所以，TFEU 特定豁免不仅援引时需要明确，而且要狭义解释，要受到明确的相适性规制，并受到正常的司法程序的审查。¹⁰³即使他们仍然可以脱离于 TFEU 的国防豁免，但是欧盟成员国适用该豁免的理由比起适用 346 条更难。

9.3 国防采购与公共采购指令

9.3.1 公共部门指令的适用性

9.3.1.1 一般原则

当公共采购指令适用于特定采购活动时，对参与者的结果是很重要的，因为他或她必须遵守有关宣传、技术规范、选择、授予和救济的相关规则。

⁹⁸ Craig and De Búrca, EU Law, Text, Cases and Materials, above, p.631.

⁹⁹ Arrowsmith S., The Law of Public and Utilities Procurement, above, p.203, on the basis of Case C-367/89 Richardt, above.

¹⁰⁰ Case 2/74, Reyners v Belgium, [1974] ECR 631, [45]; Case C-3/88 Data Processing, above, [13]; Case C-272/91, Commission v Italy, [1994] ECR I-1409 (Lottomatica), [6]-[13]

¹⁰¹ Case 2/74 Reyners, above, [46]-[55].

¹⁰² Craig and De Búrca, EU Law, Text, Cases and Materials, above, pp.769-771; Arrowsmith, The Law of Public and Utilities Procurement, above, p.215.

¹⁰³ Trybus, European Union Law and Defence Integration, above, p.139.

公共部门指令只适用于缔约当局进行的采购活动，¹⁰⁴这包括国防部长和欧盟成员国的代理机构。¹⁰⁵此外，指令还明确指出适用于国防领域授予的合同，¹⁰⁶只要国防采购指令不适用。¹⁰⁷现在大多数人认为只要豁免不适用，指令就会自动适用。¹⁰⁸但是，一些欧盟成员国一直保持者共有的维修武器装备的站。因此值得指出的是，公共部门指令并不适用于同一缔约当局达成的协议，¹⁰⁹虽然适用于与其他缔约当局或机构达成的协议。¹¹⁰

9.3.1.2 门槛价

公共部门指令仅适用于未超过门槛价的合同价值的合同。¹¹¹较低的门槛价已被用于公共用水和中央政府主管机关授予的服务合同，¹¹²但在国防领域，这个门槛价只适用于“双重用途”的合同。¹¹³

这种区分双重用途是由 **GPA** 规制的，他们的采购遵从协议中较低的门槛价，¹¹⁴而其他一般国防物资免于遵守 **GPA**。¹¹⁵

¹⁰⁴ Directive 2004/18/EC, above, Article 1(2)(a): a public contract, to which the Directive applies, is a contract concluded by a contracting authority.

¹⁰⁵ Listed amongst the central government entities of each EC Member State in Directive 2004/18/EC, above, Annex IV.

¹⁰⁶ Directive 2004/18/EC, above, Article 10.

¹⁰⁷ Directive 2009/81/EC of the European Parliament and of the Council on the coordination of procedures for the award of certain works contracts, supply contracts and service contracts by contracting authorities or entities in the fields of defence and security, and amending Directives 2004/17/EC and 2004/18/EC, OJ 2009 L 216/76, Article 71.

¹⁰⁸ See the position of all the parties as summarised in Case C-337/05, *Commission v Italy (Agusta Helicopters)*, Advocate General's opinion of 10 July 2007: none of them questioned that the Public Supply Directive would apply to defence procurement and developed their arguments only on the basis of exemptions.

¹⁰⁹ Case C-360/96, *Gemeente Arnhem and Gemeente Rheden v BFI Holding B.V.*, [1998] ECR I-6821; Case C-107/98, *Teckal Srl v Comune di Viano and Azienda Gas-Acqua Consorziale (AGAC) di Reggio Emilia*, [1999] ECR I-8121, [49]-[50]; Case C-26/03, *Stadt Halle, RPL Recyclingpark Lochau GmbH v Arbeitsgemeinschaft Thermische Restabfall- und Energieverwertungsanlage TREA Leuna*, [2005] ECR I-1, [48].

¹¹⁰ Case C-107/98 *Teckal*, above; Case C-26/03 *Stadt Halle*, above, [47]; Case C-84/03 *Commission v Spain*, [2005] ECR I-139, [40].

¹¹¹ Directive 2004/18/EC, above, Article 7.

¹¹² Directive 2004/18/EC, above, Article 7(a); The list of central government authorities can be found in Annex IV of the Directive.

¹¹³ Directive 2004/18/EC, above, Annex V.

¹¹⁴ GPA 1994, above, Article I(4) and Appendix I.

9.3.1.3 安全豁免

另外，许多遵从公共部门指令的豁免与具体的国防采购有关。如果其中的豁免条款被援引，缔约当局就不会遵从公共部门指令，即便必须遵守 TFEU 的自由流动原则。而且，该指令的排除清单是详尽的，必须进行限制性解释。¹¹⁶

首先该指令不适用于“被宣布秘密的公共合同，必须依照法律程序采取特别安保措施，基于对成员国公共安全利益的保护”。¹¹⁷

安全分类的概念实际上更为多层次。并不仅分为秘密文件和信息。欧盟和北约达成了四个安全分类：最高机密、机密、秘密和限制性。¹¹⁸每个分类需要特别的安全措施。¹¹⁹

考虑到上述安全分类提供的解释，合同保密的豁免应该是很简单的：要么是合同被归类为需要遵守法律条款的秘密级别，要么不是。可以不适用 TFEU 第 346 条。¹²⁰有人认为，豁免可以将来会涵盖商业秘密，以期保护竞争者。¹²¹

另一方面，安全措施豁免是开放讨论的。欧洲法院在一个案例中明示了采购药品的豁免的相称性标准，¹²²但另一个很少应用的裁决即合同一方享有军事安全证书并且随后的行动符合严格的安全标准的时候适用排除。¹²³这种明显的矛盾只能对其解释，当案件涉及军事安全，欧盟成员国将谨慎决定所需的安全级

¹¹⁵ Trepte P., 'Regulating Procurement: Understanding the Ends and Means of Public Procurement Regulation' (Oxford University Press: 2004), page 33; GPA 1994, above, Article XXIII(1).

¹¹⁶ Case C-3/88 *Data Processing*, above, [23]-[24]; Case C-71/92, *Commission v Spain*, [1993] ECR I-5923, [7]-[18], and especially [10], and [22]; Case C-328/92, *Commission v Spain*, [1994] ECR I-1569, [15].

¹¹⁷ Directive 2004/18/EC, above, Article 14.

¹¹⁸ For more on security classification, refer to Council Decision 2001/264/EC of 19 March 2001 adopting the Council's security regulations, OJ 2001 L 101/1, a amended, especially its Annex, Part II, §II, and Appendix 2.

¹¹⁹ See Council Decision 2001/264/EC, above, Part II, §IV.

¹²⁰ Trybus, *European Union Law and Defence Integration*, above, p.214.

¹²¹ Arrowsmith, *The Law of Public and Utilities Procurement*, above, §6.91.

¹²² Case C-324/93, *The Queen v Secretary of State for Home Department, ex parte Evans Medical Ltd and Macfarlan Smith Ltd*, [1995] ECR I-563, [49]; see Arrowsmith, *The Law of Public and Utilities Procurement*, above, §6.92.

¹²³ Case C-252/01, *Commission v Belgium*, [2003] ECR I-11859.

别。¹²⁴但是，也有可能不同，第一种情况，与第二种情况相反，欧盟成员国不解释为什么援引豁免及采取何种安全措施。¹²⁵如果欧盟成员国希望使用该豁免，则必须解释为什么保密资料不适用于指令。¹²⁶

豁免不能被用来确认超出指令范围的合同授予，¹²⁷例如要求所有投标者在严格的监督下遵从特殊具体的安全措施。

涉及成员国根本利益保护的豁免适用与上文讨论的 TFEU 的豁免，¹²⁸即使似乎它并不完全指公共安全。此项豁免受到欧洲法院的严格解释，¹²⁹但允许欧盟成员避免使用公共部门指令。有人认为，此项豁免可能被用来保存一定的工业战略能力，但必须受到严格的相称性规制。¹³⁰

9.3.1.4 国际豁免原则

第二，指令不适用于由不同监督机构监管的采购程序达成的公共合同，¹³¹这些豁免首先关系到国防采购，因为许多国防领域的国际合约通常是国家间签订的，例如 FMS 与美国政府之间，¹³²以谅解备忘录的形式。¹³³遗憾的是，许多问题还是没有解决，但是清楚的是可以在两种情况下援引：

-- “联合执行和开采工程” 的货物或工程采购。一个民用建筑或建设工程。

134

¹²⁴ Arrowsmith, *The Law of Public and Utilities Procurement*, above, §6.93, on the basis of the AG's opinion.

¹²⁵ As explained in more details in Heuninckx, 'A Note on Case *Commission v Italy*', above, pp.NA191-NA192.

¹²⁶ Case C-337/05 *Agusta Helicopters*, above, [51]; Case C-157/06 *Commission v Italy*, above, [32]-[33].

¹²⁷ Case C-337/05 *Agusta Helicopters*, above, [52]-[53]; see Heuninckx, 'A Note on Case *Commission v Italy*', above; Case C-157/06 *Commission v Italy*, above, [30]-[31].

¹²⁸ Arrowsmith, *The Law of Public and Utilities Procurement*, above, §6.94.

¹²⁹ Case C-3/88 *Data Processing*, [23]-[24]; Case C-324/93, *Evans*, above, [49].

¹³⁰ Trybus, *European Union Law and Defence Integration*, above, p.219-221; Trybus, 'Procurement for the Armed Forces', above, pp.707-708.

¹³¹ Directive 2004/18/EC, above, Article 15.

¹³² USA Defence and Security Cooperation Agency, *Security Assistance Management Manual*, DoD 5105.38-M, 3 October 2003.

¹³³ On MOU, see Aust A., *Modern Treaty Law and Practice* (Cambridge University Press: 2000), p.26 et seq and Appendix G.

¹³⁴ Directive 2004/18/EC, above, Article 1(2)(b).

-- “联合执行和研发项目” 的服务采购。

即使这样的采购包括一些设计服务，豁免也可能不适用，如果其价值小于货物，或只适用于开发合同。¹³⁵鉴于此，此项豁免有相当窄的适用性，判例法的缺乏导致难以对此评估。¹³⁶

相关的国际协议的豁免可能最初指的是 SOFA¹³⁷管制其他国家的军队驻扎，尤其是北约部队。有关国际组织豁免的规则对国防采购至关重要，作为协作国防采购，通常是由国际组织作为参加过的代理人来运作。¹³⁸一些评论家认为豁免应该被理解为适用于所有国际组织和国家，包括欧盟成员国，¹³⁹但有相反观点认为，豁免应该只适用于国际组织，其他的应该适用于指令。¹⁴⁰这种观点从来没有被欧洲法院裁定过。唯一可能的迹象是欧洲法院用的是涉及人工自由流动¹⁴¹和竞争法的国际组织的广义概念，¹⁴²而没有区别欧盟成员国与其他国家。而

¹³⁵ See the rule in Directive 2004/18/EC, above, Article 1(2)(d) §2.

¹³⁶ See further Arrowsmith, *The Law of Public and Utilities Procurement*, above, §6.109.

¹³⁷ Agreement Between the Parties to the North Atlantic Treaty Regarding the Status of Their Forces, London 19 June 1951 (NATO SOFA); Agreement between the Member States of the European Union concerning the status of military and civilian staff seconded to the institutions of the European Union, of the headquarters and forces which may be made available to the European Union in the context of the preparation and execution of the tasks referred to in Article 17(2) of the Treaty on European Union, including exercises, and of the military and civilian staff of the Member States put at the disposal of the European Union to act in this context (EU SOFA), OJ 2003 C 321/02.

¹³⁸ Maulny et.al., *Cooperative Lessons Learned*, above, pp.19-20; See the detailed organisation description in Covington T., Brendley K. and Chenoweth M., ‘A Review of European Arms Collaboration and Prospects for its Expansion under the Independent European Programme Group’, Note N-2638-ACQ (RAND: 1987), pp.30 et.seq.; Creasey, ‘The Options and Prospects for Defence Procurement Collaboration’, above, p.186.

¹³⁹ EU Institute for Security Studies, ‘Contribution to the Consultation ‘Green Paper on Defence Procurement’, Answers and Comments made by the EU ISS Task Force on the establishment of a European Defence Equipment Market’, 15 February 2005, p.9; United Kingdom Permanent Representation to the European Union, ‘UK Government Response to the Commission Green Paper on Defence Procurement’, 15 February 2005, p.7; COM (2004)608 DEF., Groenboek Overheidsopdrachten op Defensiegebied (Reactie Nederland), 2005, p.7; Heuninckx B., ‘Defence Procurement in the EU: Time to Listen to the Wake-up Calls’ (2006) 7(2) BLI 208.

¹⁴⁰ Trybus, ‘Procurement for the Armed Forces’, above, pp.709-711; Georgopoulos, *European Defence Procurement Integration*, above, p.92.

¹⁴¹ Joined Cases 389/87 and 390/87, *GBC Echernach and A. Moritz v Minister van Onderwijs en Wetenschappen*, [1989] ECR 723; Case C-310/91, *Hugo Schmid v Belgian State, represented by the Minister van Sociale Voorzorg*, [1993] ECR I-3011; Case C-411/98, *Angelo Ferlini v Centre hospitalier de Luxembourg*, [2000] ECR I-8081, especially [17].

且，即使没有考虑到国际组织的豁免，普通法院认为公共部门指令的目的是协调国家法律，并不适用于有欧盟设置的机构部门。¹⁴³

9.3.2 新国防安全采购指令

在最近的国防采购争论中，很显然由于国防装备的特殊性，公共部门指令不适合武器、弹药和作战物资采购，当 TFEU346 条不能豁免或不能援引的时候。¹⁴⁴所以，一个特定的国防安全采购指令就此通过。¹⁴⁵

该指令适用于军事装备、工程和物资供应合约。¹⁴⁶当适用的时候，公共部门指令和公共事业指令不适用。¹⁴⁷

军事装备进一步定义为出于军事目的设计和改装，打算为装备、弹药和军事物资使用的。¹⁴⁸这个定义是对 1958 年清单的理解，这种解释是广义的，以军事清单为依据的例子，而且还包括最初设计民用，后来又改装成军用的。¹⁴⁹

¹⁴² Case C-364/92, *SAT Fluggesellschaft mbH v European Organisation for the Safety of Air Navigation (Eurocontrol)*, [1994] ECR I-43; Case C- 113/07 P, *SELEX Sistemi Integrati SpA v Commission and European Organisation for the Safety of Air Navigation (Eurocontrol)*, judgement of 26 March 2009, not yet reported.

¹⁴³ Case T-411/06, *Società generale lavori manutenzioni appalti Srl. (Sogelma) v European Agency for Reconstruction (EAR)*, judgement of 8 October 2008, not yet reported, [115].

¹⁴⁴ ¹⁴⁴ Schmitt, *Defence Procurement in the European Union – The Current Debate*, above, pp.15-16; COM(2005)626, above; Press Release: Public procurement – New Commission initiatives on more open and efficient defence procurement, IP/05/1534, 6 December 2005; Michel and Riviere, *Rapport d'Information sur les nouveaux défis de la construction de l'Europe de la défense*, above, pp.42 et.seq.; Briggs T., 'The New Defence Procurement Directive' (2009) 18(4) PPLR NA129, at NA130; Georgopoulos A., 'The European Commission proposal for the enactment of a Defence Procurement Directive' (2008) 17(3) PPLR NA81.

¹⁴⁵ Directive 2009/81/EC, above.

¹⁴⁶ Directive 2009/81/EC, above, Article 2 – The Directive also applies to 'sensitive equipment' (defined as equipment for security purposes, involving, requiring and/or containing classified information) but this is outside the scope of this chapter; Directive 2009/81/EC, above, Recitals 15 and 16; Briggs, above, NA131.

¹⁴⁷ Directive 2009/81/EC, above, Article 71, amending Article 10 of Directive 2004/18/EC; Briggs, above, NA130.

¹⁴⁸ Directive 2009/81/EC, above, Article 1(6); Briggs, above, NA131.

¹⁴⁹ Directive 2009/81/EC, above, Recital 10; Common Military List of the European Union (equipment covered by the European Union Code of Conduct on Arms Exports), OJ 2006 C 66/1.

首先，该指令的门槛价为€387,000，服务合同¹⁵⁰明显高于公共部门指令，与公共事业指令相同。其次，指令适用的豁免，尽管与公共部门指令大致相同，措辞还是不一样的。¹⁵¹第三，缔约当局可能会或被要求要求中标者转包给第三方一定份额高达 30% 的价值。¹⁵²这种规定是确保降低供应链的流向来对国防和同有益，特别是对中小企业。¹⁵³第四，指令包括一些特殊条款是关于信息安全和货物安全。¹⁵⁴第五，可能是最明显的，合同可能通过严格的限制程序被授予，或一个公布合同谈判程序，某些情况下的竞争对话，活在谈判过程中没有公开。¹⁵⁵第六，框架协议的时间内完成该指令的范围，可能通常不超过七年，与公共部门指令的四年相比较的话。¹⁵⁶第七，经济经营者可能被排除在国防采购合作中，比如当他们打破了关于武器研发和信息安全的的适用的法律。¹⁵⁷最后，指令包括了救济的规范，和救济指令大致相同。¹⁵⁸

有人认为，对于 TFEU347 条豁免的沟通解释会对成员国构成威胁，如果没有正当援引的话，国防采购指令将提供一个“胡萝卜”允许成员国使用更加灵活的程序。¹⁵⁹国防采购指令到 2011 年 8 月必须装变成国家法律，¹⁶⁰还有待观察这个“大棒和胡萝卜”的做法是否成功。

¹⁵⁰ Directive 2009/81/EC, above, Article 8 and Recital 14; Briggs, above, NA132.

¹⁵¹ Directive 2009/81/EC, above, Articles 12 and 13; Briggs, above, NA132-NA133.

¹⁵² Directive 2009/81/EC, above, Articles 21 and 50 to 53.

¹⁵³ Directive 2009/81/EC, above, Recital 40.

¹⁵⁴ Directive 2009/81/EC, above, Articles 22 and 23 respectively; Briggs, above, NA133-NA134.

¹⁵⁵ Directive 2009/81/EC, above, Articles 25 to 28 and Recital 46; Briggs, above, NA135.

¹⁵⁶ Directive 2009/81/EC, above, Article 29 and Directive 2004/18/EC, above, Article 32(2); Briggs, above, NA135.

¹⁵⁷ Directive 2009/81/EC, above, Article 39; Briggs, above, NA134-NA135.

¹⁵⁸ Directive 2009/81/EC, above, Articles 55 to 64.

¹⁵⁹ Georgopoulos A., 'Commission's Communication on the Results of the Consultation Process on European Defence Procurement', 15(4) PPLR NA119, 2006; see also Schmitt, *The European Union and Armaments*, above, pp.55 et.seq., who clearly anticipated the Commission's action plan.

¹⁶⁰ Directive 2009/81/EC, above, Article 72.

9.4 政府间国防采购制度

我们看到上文提到的公共部门指令将普遍用于国防采购各个方面，但不是很适合用于复杂的军事装备的采购，研究表明欧盟超过一半的装备采购，超出了公共部门指令的范围，因为 TFEU346 条的豁免规范。¹⁶¹曾经长期讨论欧洲国防采购代理机构的建立，其将集中采购装备设施。¹⁶²但是，当最重要决定这个问题时，个成员国不希望重复设置国防采购机构的数量，决定建立一个更为广泛的欧洲国防局。¹⁶³

该机构的使命是支持委员会和欧盟各国提高欧洲国防能力的决议。¹⁶⁴为此，其职责能力覆盖军备合作、国防、科研和技术等。¹⁶⁵除了丹麦，所有欧盟成员国都参与了 EDA。¹⁶⁶

其中一个具体行动迅速的被 EDA 所采取一直是政府间自愿采用且没有约束力，旨在提高欧洲国防能力，TFEU346 条可以适用豁免。¹⁶⁷这一制度的参与者

¹⁶¹ European Defence Agency Press Release, 'EU Governments Agree Voluntary Code for Cross-Border Competition in Defence Equipment Market', 21 November 2005; European Defence Agency Press Release, 'EDA Welcomes European Commission Move on Defence Procurement Rules', 6 December 2005.

¹⁶² Declaration (No 31) on Western European Union Annexed to the Final Act of the Maastricht Treaty, OJ 1992 C 191/1, para 5; Cox A., 'The Future of European Defence Policy', above; Hayward, *Towards a European Weapons Procurement Process*, above; Cornu C., 'Fortress Europe – real or virtual?', in Schmitt B. (Ed.), *Between cooperation and competition: the transatlantic defence market*, Chaillot Paper No 44 (Institute for Security Studies: 2001), p.83, citing an initiative dating from 1978.

¹⁶³ Council Joint Action 2004/551/CFSP, above; see also European Convention, Final report of Working Group VIII – Defence, CONV 461/02, 16 December 2002, paras 64 and 65.

¹⁶⁴ Council Joint Action 2004/551/CFSP, above, Article 2.

¹⁶⁵ Council Joint Action 2004/551/CFSP, above, Article 5; see also Unisys study, *Intra-Community Transfers of Defence Products*, February 2005, § 3.2.5; Georgopoulos A., 'The New European Defence Agency: Major Development or Fig Leaf' (2005) 14(2) PPLR 103; Schmitt, *The European Union and Armaments*, above, pp.40 et.seq., actually submitted a blueprint for the work of a European Armaments, Research and Capability Agency (ARCA) that is eerily similar to the current structure and working of the EDA.

¹⁶⁶ Council Joint Action 2004/551/CFSP, above, Recital 21.

¹⁶⁷ See in particular Heuninckx, 'Towards a Coherent European Defence Procurement Regime?', above; Heuninckx B., 'The European Defence Agency Electronic Bulletin Board: A Survey after Two Years' (2009) 18(3) PPLR 43; Georgopoulos A., 'The European Defence Agency's Code of Conduct for Armament Acquisitions: A Case of Paramnesia?' (2006) 15(2) PPLR 55; Georgopoulos A., 'European Defence Agency: The New Code of Best Practice in the Supply Chain' (2006) 15(5) PPLR NA145; European Defence Agency, *A guide to the EDA's new European Defence Equipment Market*, EDA, Brussels, 2007.

被称为 SMS，包括所有的 EDA 参加的成员除去罗马尼亚和挪威。¹⁶⁸这一制度的主要构成是国防采购行为准则，¹⁶⁹其适用于所有一百万元的国防采购机会。

作为行为守则的补充，EDA 通过了供应链中的最佳应用守则。¹⁷⁰包括分包商的选择原则等类似的守则，如最经济有利、最佳实践的选择或通过广告宣传检测分包机会等。¹⁷¹

紧急情况下一个关于供应安全的框架安排也被 EDA 批准，作为另一个补充规则。¹⁷²另外，EDA 决定欧盟成员国将利用欧盟理事会的安全法规，¹⁷³并且同意工业产业安全的最低标准。¹⁷⁴最后，EDA 同意了一个补偿规则，这也是协会制度的组成部分。¹⁷⁵

¹⁶⁸ European Defence Agency press release, 'Bulgaria Joins Code of Conduct for European Defence Equipment Market', 25 April 2008; European Defence Agency press release, 'EDA Agrees on Norway's Participation in Regime on Defence Procurement', 26 May 2008; Letter from the EDA Chairman SGS6/02751 dated 7 March 2006 and acceptance letter from the Norwegian Minister of Defence 2005/00445-5/FD IV 4/LWE dated 7 March 2006.

¹⁶⁹ EDA Steering Board Decision on an Intergovernmental Regime to Encourage Competition in the European Defence Equipment Market, November 21, 2005; European Defence Agency Press Release, 'EU Governments Agree Voluntary Code for Cross-Border Competition in Defence Equipment Market', 21 November 2005; The Code of Conduct on Defence Procurement of the EU Member States Participating in the European Defence Agency, 21 November 2005, found at

<http://www.eda.eu.int/reference/eda/EDA%20-%20Code%20of%20Conduct%20-%20European%20Defence%20Equipment%20Market.htm> accessed on 25 November 2005; For a specific discussion of the Code of Conduct, see: Georgopoulos A., 'The European Defence Agency's Code of Conduct for Armament Acquisitions', above.

¹⁷⁰ EDA Steering Board Decision Approving the Code of Best Practice in the Supply Chain, May 15, 2006; for a discussion of the Code of Best Practices, see Georgopoulos A., 'European Defence Agency: The New Code of Best Practice in the Supply Chain', above.

¹⁷¹ The Code of Best Practice in the Supply Chain Approved by Aerospace and Defence industries Association on 27 April and agreed by the EU Member States Participating In The European Defence Agency, 15 May 2006, found at

<http://www.eda.europa.eu/reference/eda/E.D.A.%20-%20Code%20of%20Best%20Practice%20in%20the%20Supply%20Chain%20-%20European%20Defence%20Equipment%20Market.htm>, accessed on 26 May 2006.

¹⁷² EDA Steering Board Decision on a Framework Arrangement for Security of Supply between Subscribing Member States (sMS) in Circumstance of Operational Urgency, 20 September 2006, <http://www.eda.europa.eu/reference/sbd/sbd-2006-09-0.htm>.

¹⁷³ Council Decision 2001/264/EC, above.

¹⁷⁴ Security of Information Between Subscribing Member States (sMS) – Common Minimum Standards on Industrial Security, 20 September 2006, <http://www.eda.europa.eu/reference/sbd/SoI.pdf>; EDA Steering Board

EDA 政府间机制是靠一个电子公告牌来支撑的，公告的刊登类似于指令里的 TED 数据库。但主承包者也可能发布分包机会。¹⁷⁶接下来几年使该制度生效，政府已经公布了近 200 个合同机会，价值€10 billion。¹⁷⁷

尽管 EDA 政府间机制可以被看作是增加透明度和效率性的机制，但是欧盟成员国援引 TFEU347 条的豁免来保护其本国利益，无论如何同意发布机会和遵守行为规则，似乎是天生的矛盾。¹⁷⁸有人认为，一旦国防采购指令获得批准，EDA 制度就应该被取消。¹⁷⁹

9.5 与第三国的武器贸易

9.5.1 欧盟武器出口的规则

所有上述权利，是否公共采购指令或 EDA 政府间机制自动使用，只适用于欧盟成员国的采购活动。但是，除了欧盟内部的采购监管，后者通过了文件涉及的是与非欧盟成员国的军火交易。¹⁸⁰

尤其是，欧洲理事会通过了对武器出口的行为规则，¹⁸¹同意了定期修订的适用的项目清单。¹⁸²这项规则不具有法律约束力而招致了广泛的批评，¹⁸³尽管

Decision on Security of Information Between Subscribing Member States (sMS), 20 September 2006, <http://www.eda.europa.eu/reference/sbd/sbd-2006-09-1.htm>.

¹⁷⁵ The Code of Conduct on Offsets, 24 October 2008, <http://www.eda.europa.eu/documents.aspx>, accessed April 23 2009; see also Eriksson et.al., *Study on the effects of offsets on the Development of a European Defence Industry and Market*, above.

¹⁷⁶ Accessible at <http://www.eda.europa.eu/ebbweb>; European Defence Agency Press Release, 'Steering Board Agrees Key Measures for Launch of Defence Procurement Code of Conduct in July', 7 April 2006.

¹⁷⁷ European Defence Agency Press Release, 'Spain to Join Code of Conduct for European Defence Equipment Market', 19 June 2007; Heuinckx, 'The European Defence Agency Electronic Bulletin Board', above.

¹⁷⁸ Heuinckx, 'The European Defence Agency Electronic Bulletin Board', above, p.65.

¹⁷⁹ Position taken by a number of French officials at the European Institute of Public Administration (EIPA) conference on European Defence Procurement, Maastricht, the Netherlands, 11 May 2009.

¹⁸⁰ For a detailed overview, see Michel Q., *Arms and Related Items Export Control Regime, The Eternal Quest to Reconcile Foreign Policy and Economic Interests* (University of Liege: 2005); and Michel Q., *The European Union Export Control Regime: Comment of the Legislation Article by Article, Revision 5* (University of Liege : 2006); see also Schmitt B., *A Common European Export Policy for Defence and Dual-Use Items?*, Occasional Paper No 25 (Institute for Security Studies: 2001).

如此仍然是一个可喜的发展。¹⁸⁴这一规则下报告定期公布。¹⁸⁵曾有要用共同军事清单来代替 1958 年清单，但我们看到在国防安全采购指令的讨论中，共同军事清单只是用来解释 1958 年清单。¹⁸⁶

除了关于武器出口的行为规则，安理会通过了一个武器中间商的共同规范，¹⁸⁷它提供了一个框架，欧盟成员国的立法必须履行与第三国的武器贸易，关于控制军事技术援助的联合行动，¹⁸⁸和旨在打击小武器扩散的联合行动。¹⁸⁹后者要定期报告活动，类似武器出口的行为规则。¹⁹⁰

¹⁸¹ Found in Schmitt (Ed.), 'European Armaments Cooperation – Core Documents', above, p.23.

¹⁸² Council Declaration of 13 June 2000, issued on the occasion of the adoption of the common list of military equipment covered by the European Union code of conduct on arms export, OJ 2000 C 191/1; most recently published as the Common Military List of the European Union (equipment covered by the European Union Code of Conduct on Arms Exports), OJ 2006 C 66/1.

¹⁸³ Schmitt B., A Common European Export Policy for Defence and Dual-Use Items?, above, pp.12-15.

¹⁸⁴ See further Schmitt, The European Union and Armaments, above, pp.32-34.

¹⁸⁵ See e.g. Eighth Annual Report According to Operative Provision 8 of the European Union Code of Conduct on Arms Exports, OJ 2006 C 250/1.

¹⁸⁶ European Parliament, Draft Report on the proposal for a directive of the European Parliament and of the Council on the coordination of procedures for the award of certain public works contracts, public supply contracts and public service contracts in the fields of defence and security (COM(2007)0766 – C6-0467/2007 – 2007/0280(COD)), 2007/0280(COD), 3 July 2008, p.6.

¹⁸⁷ Council Common Position 2003/468/CFSP of 23 June 2003 on the Control of Arms Brokering, OJ 2003 L 156/79.

¹⁸⁸ Council Joint Action 2000/0401/CFSP of 22 June 2000 concerning the control of technical assistance related to certain military end uses, OJ 2000 L 159/216.

¹⁸⁹ Council Joint Action 2002/589/CFSP of 12 July 2002 on the European Union's contribution to combating the destabilising accumulation and spread of small arms and light weapons and repealing Joint Action 1999/34/CFSP, OJ 2002 L 191/1.

¹⁹⁰ Third Annual Report on the implementation of the EU Joint Action of 12 July 2002 on the European Union's contribution to combating the destabilising accumulation and spread of small arms and light weapons (2002/589/CFSP), OJ 2003 C 312/1.

9.5.2 欧盟双重用途产品的出口管制

根据 TFEU 的规定，安理会通过了对军民两用产品的出口管制规定。¹⁹¹这一制度是在相互承认出口权的基础之上，包括可以用于军民双用的软件和技术。¹⁹²

相比武器出口的行为准则，双重用途商品的规则具有法律约束力。但是，成员国可以采取特别措施限制双重用途货物出口到非成员国国家，以期防止干扰国家安全关系。¹⁹³该制度之构成了不同国家政策的共同框架，一些人认为，该框架很含糊所以可以有不同解释。¹⁹⁴

9.5.3 国防货物的进口关税豁免

欧盟还采取措施免除从第三国进口国防装备的关税。¹⁹⁵免税货物的清单由欧盟共同关税组织确定，与共同军事清单和 1958 年清单不尽相同。¹⁹⁶豁免只适用于当欧盟成员国基于军事目的使用这些货物。¹⁹⁷

¹⁹¹ Council Regulation (EC) No 1334/2000 of 22 June 2000 setting up a Community regime for the control of exports of dual-use items and technology, OJ 2000 L 159/1, as amended .

¹⁹¹ *Idib.*, Article 2(a).

¹⁹³ Case C-83/94 *Leifer*, above, [30]; Case C-70/94 *Fritz Werner Industrie-Ausrüstungen GmbH v Germany*, [1995] ECR I-3189, [29].

¹⁹⁴ See further Schmitt, *The European Union and Armaments*, above, pp.30-31.

¹⁹⁵ Council regulation (EC) No 150/2003 of 21 January 2003 suspending import duties on certain weapons and military equipment, OJ 2003 L 25/1.

¹⁹⁶ Council regulation (EC) No 150/2003, above, Annex I; see Commission Regulation (EC) No 1832/2002 of 1 August 2002 amending Annex I to Council Regulation (EEC) No 2658/87 on the tariff and statistical nomenclature and the Common Customs Tariff, OJ 2002 L 290/1.

¹⁹⁷ Council regulation (EC) No 150/2003, above, Article 2.

9.6 国内国防物资移转

尽管国防产品转移不是国防采购，但也是一个显然的相关主题。共同体内部的国防物资转移受到国家法律规制，组成了非常复杂的授予系统。¹⁹⁸为了解决这些问题，欧盟最近通过了关于共同体内部的国防物资转移的规则。¹⁹⁹适用这些规则的物资在武器出口共同军事清单中，²⁰⁰这大大增加了两种制度的连贯性。

共同体内部的国防物资转移仍然受到 TFEU 346 条和 36 条的规制。²⁰¹但是，当此项豁免被援引时，缔约会员国可以使用 EDA 的供应安全框架协议。²⁰²

9.7 欧盟国防采购一致性

这一章，我们已经分析了多层次的适用于欧盟国防采购的制度。考虑到相关材料，该领域的各种举措的一致性受到了质疑。²⁰³但是，至少从原则的角度来看，这多方面的制度虽然复杂，但仍可能协调一致。²⁰⁴

¹⁹⁸ COM(2003) 113, above, p.13; European Commission, ‘Consultation Paper on the Intra-Community Circulation of Products for the Defence of Member States’, ENTR/C, 21 March 2006; see also Mölling C., ‘Options for an EU Regime on intra-Community Transfer of Defence Goods’, in Keohane, *Toward a European Defence Market*, above, pp.51-88; Unisys study, *Intra-Community Transfers of Defence Products*, above, §2.

¹⁹⁹ Directive 2009/43/EC of the European Parliament and of the Council of 6 May 2009 simplifying terms and conditions of transfers of defence-related products within the Community OJ 2009 L 146/1.

²⁰⁰ Directive 2009/43/EC, above, Articles 3(1) and 13(1).

²⁰¹ Directive 2009/43/EC, above, Article 1(2).

²⁰² EDA Steering Board Decision on a Framework Arrangement for Security of Supply between Subscribing Member States (sMS) in Circumstance of Operational Urgency, above.

²⁰³ Georgopoulos A., ‘The European Defence Agency’s Code of Conduct for Armament Acquisitions’, above, pp.57 and 62-63; Heuninckx, ‘Towards a Coherent European Defence Procurement Regime?’, above, pp.16-20.

²⁰⁴ See also Schmitt, *Defence Procurement in the European Union – The Current Debate*, above, pp.47 et seq.

第十章 救济与强制执行

10.1 介绍

某法律领域内，有效的法律强制执行对于法律规定的执行有及其重要的意义。欧洲的立法者尽最大努力确保欧盟公共采购法在成员国国家一级得到有效遵守。欧盟委员会早就认识到快速高效的保证公共采购法执行的必要性，在这种理念的引导下，制定了早期所谓的救济指令，即分别适用于传统的公共采购部门和公用事业领域的指令 665/89 和指令 92/13。最近救济指令以 2007/66 号指令进行了新的修改和发展。救济指令允许成员国在更大程度程度上拥有自由裁量权，在欧盟内部国家层面用于执行的法律制度上不同成员国之间存在显著的差别。

在超国家层面上也存在公共采购法的执行。欧洲委员会负责监督各成员国遵守欧盟法律规定的义务。因此，条约第 258 条对欧洲联盟运行的规定（原欧共体条约第 226 条），委员会有权将其认为未能履行条约义务的成员国起诉至欧洲法院（以下简称法院），包括未遵守特定指令的义务。在公共采购领域内的某些情况下，委员会已经使用了这种法律程序。

第 2 节将讨论超国家层面的执行，第 3 节将分析欧盟公共采购法在成员国国家层面的执行。¹

10.2 超国家层面的执行

欧盟委员会受资源所限，每年能够处理的案件数量相当有限。不过，在超国家层面的执行是强制执行体系的重要组成部分。提交给法院的案件通常会对成员国甚至联盟的法律发展产生大影响。²

¹ A couple of works with an in-depth analysis of the issue of enforcement include 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)*, (2nd ed. 2007) chapter 9,. See also 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 with articles in both English and Danish.

² Case C-243/89, *Commission v Denmark* ("Storebaelt") [1993] ECR I-3353 is an example of a case that has influenced the approach in a Member State to a very high degree. After this case the Danish legislator has clearly prioritized the field of public procurement law and taken enforcement in this field much further than what is required from EU public procurement law.

在违法行为发生的情况下，欧洲法院可准予采取临时措施，最近某成员国没有终止违法公共采购法签订的合同，尽管其根据 TFEU 第 260 条（原欧共同体条约的第 228 条）有义务如此。后者的发展是非常重要的，与 2007/66 号救济指令中引入的无效的新救济措施相关。

10.2.1 临时措施

根据 TFEU 第 279 条（原欧共同体条约第 243 条），欧洲法院对于其管辖的案件有权利采取临时措施。对欧洲法院程序的法律规定列明了采取临时措施的条件以及临时措施必须由案件的一方当事人提出申请。在目前情况下，是指依据 TFEU 258 条提起诉讼的案件且向欧盟委员会投诉的招标人并非是欧盟委员会所提起诉讼的当事人。

在公共采购领域，欧洲法院与临时措施有关的案件相对较少。³ 这点与国家层面共采购法的执法模式有明显差别。在国内判例法中，即使临时措施的申请在某些成员国很难获得支持，申请临时措施仍是很常见的。

程序法中规定了采取临时救济的具体条件，这些条件已经被欧洲法院的判例法所发展。第一个条件是，当事方申请临时措施需有一个拥有初步证据的案件。第二个条件是紧迫性，通常⁴意味着申请人必须证明如果不采取临时措施其将遭受严重的无法弥补的损害。只要有违反欧盟法律的威胁且是严重违反欧盟法，通常认为满足了紧迫性条件的要求。这种违法行为还必须是“无法弥补的”，这在采购判例法似乎是在“不可逆转”的意义上适用。⁵欧洲法院在某些采购案件中强调防止违法行为和避免违法成为既成事实的必要性，因此甚至在授予合同已签订的情况下仍会采取临时措施。⁶最后，有一种利益的平衡。如果满足前述两个条件，则采取临时措施，除非缔约当局可以证明如采取临时措施其也将遭受严重的无法弥补的损失。

3 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 ("Storebaelt")* [1993] ECR I-3353 but as Denmark acknowledged the breaches the Commission withdrew the application.

4 This is the usual approach even though the Court of Justice does not always explicitly or consistently assess the condition this way, cf. Peter Trepte, note 1 above, p. 586.

5 Cf. P. Trepte, note 1 above, p. 587.

6 Cf. C-194/88 R, *Commission v Italy (Lottomatica)*, note 3 above.

10.2.2 根据 TFEU 第 258 条对成员国采取强制执行程序

这个程序已经应用于公共采购领域的某些案件中。该程序可以由委员会主动启动，但也可以是个体申诉的结果。其中的一些案件是引人注目的成功例子⁷，但如上所述，委员会由于资源限制每年在公共采购领域提起的诉讼案件数目有限。如果欧洲法院认为，成员国未能履行条约义务下，成员国应采取必要措施以符合法院依照 TFEU 第 260 条做出的判决。

10.2.3 根据 TFEU 第 260 条对成员国采取强制执行程序

如果委员会认为相关成员国没有采取其本应采取的措施，根据特定程序可以将案件诉至欧洲法院，欧洲法院根据 TFEU 第 260 条（原欧共同体条约第 228 条），可以采取一系列措施包括对成员国处以罚金。

这个程序没有在众多情况下被广泛采用，但在 C-503/04 委员会诉德国案⁸中产生了深远的影响。这个案件是对 C-20/01 和 C-28/01 联合案件委员会诉德国⁹中裁决的进一步发展。涉及 30 年服务合同在没有进行公告情况下的授予，委员会认为合同必须终止，而德国最初没有终止合同。该委员会的观点是终止合同的义务源自法院对违发的认定和欧共同体条约第 228 条（现为 TFEU 第 260 条）。按照后者的规定，成员国必须“采取必要措施，履行判决”。

为了推动德国履行其义务，委员会要求法院就其中两个合同判处每天分别 €126,720 和 € 31,680 的罚金直至其履行义务。不出所料，德国发现相关地方当局终止了合同。有趣的是，判处每天 €126.720 罚金的合同，从采取 C-503/04 中的行动到合同终止，耗时超过半年。¹⁰德国则认为问题已经解决，但委员会坚持认为此案在欧洲法院并未结案。由于德国在判决做出前已经终止合同，法院只需要根

⁷ P. Trepte, *Public Procurement in the EU A Practitioner's Guide* (2nd ed., 2007) p. 579 mentions C-243/89, *Commission v Denmark ("Storebaelt")* [1993] ECR I-3353 as an example. Another example is C-503/04, *Commission v. Germany* [2007] ECR I-6153 concerning the duty to set aside a contract concluded in breach of the EU public procurement rules.

⁸ [2007] ECR I-6153

⁹ [2003] ECR I-3609

¹⁰ 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*", *Public Procurement Law Review* 2005 NA 164 (NA 165). The slow termination of this contract was eventually decisive for the admissibility of the action.

据判决的第 20 段考虑其中的一个合同是否违反欧盟法律。¹¹C-503/04 委员会诉德国案，2007 年 7 月 18 日的判决具有里程碑意义。在该案中法院确立了违法欧盟公共采购法的义务会在具体案件中导致了终止相关的公共合同。

然而，读者还需注意的是救济指令在 2007/66 救济指令中的最新修订中的并行发展。根据这一指令，在特定情况下签订的合同比照第 2d 条可能无效。这些情况也包括缔约当局没有根据 2004/18/EC 号指令在欧盟官方公报上对合同通知进行公告而授予合同的情况。这种变化在本章 3.3 节将进行详细地分析。

第一个需要考虑的重要问题是是否将终止合同的义务作为一个主要规则。令人吃惊的是，在 C-503/04，委员会诉德国案中，欧洲法院没有对实施终止合同义务的地位做过多论述，也没有对具体案件中违法公共采购法的特殊性进行列明尽管其是特例。然而，法院强调，如果没有相关合同的终止，作为一个 30 年期的服务合同，比照第 29 段不履行义务的状况将持续数十年。总法务顾问还强调了合同的期限和其关于这种情况下比照序言 78 作出终止合同的决定的比例措施的看法。

一种解释可能性是一旦法院已根据 TFEU 第 258 条确定违反了公共采购法，则应把终止合同作为主要原则。然而，有观点认为这并不是对判决的正确解释。¹²相反，有观点认为判决应更狭义的解释考虑到具体案件中问题的特殊性。案件 C-26/03 Stadt Halle¹³的第 37 段在合同未经公告进行授予的情况因此违反欧盟公共采购法，这涉及到法院看来什么是最严重的违反公共采购法的情况。正如有观点指出¹⁴，如果在这种情况下如果没有终止合同的义务将是一个悖论。这将导致法律保护空白，因为竞争者可能忽略合同因为合同本身会因已被缔结而受到“保护”，同时造没有投标者的情况下获得损害赔偿的可能性几乎为零。必须牢记的是在解读判决时必须把争议合同是特定的长期合同这一事实考虑在内。

然而，法院的简洁提法似乎表明 终止合同的义务不仅限于没有投标者的情况，因此，义务范围更广。除有相反目的，法院一定会考虑到对其进行特定化。据称，会仔细考察每个个别案例中的具体情况以确定是否有终止某一违反欧盟公共采购

¹¹ Germany 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 the expiry of the period prescribed in the reasoned opinion issued under Article 228 EC.

¹² 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.

¹³ [2005] ECR I-1

¹⁴ 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.

法缔结的合同的义务。违反公共采购法将会导致合同终止的义务，并不会成为一个普遍规则。

终止合同的义务是尤为重要的情况是可能进行判断的。很明显，在有如 C-503/04 委员会诉德国中的直接违法授予合同的情况下，通常会导致终止合同的义务。这同样适用于在合同已与本应被排除在外的投标者缔结的情况，例如由于非法国家补贴或因提交标书前的技术对话。在合同已与出价因为不符合招标条件应被拒绝的投标者缔结的情况下，终止合同似乎也是高度相关的。这种情况在实践中出现过，在丹麦竞争者通常认为因为不符合投标条件中标者应该被拒绝。这种违反义务可能导致国内法院或审查机构判决合同无效的决定。对该缔结合同无效的决定、特别应当考虑是否有义务终止合同。¹⁵上述情况是重大违反义务的情况，因为已经或可能影响了对公共合同授予的竞争。

如上所述，假定有必要在每个个案的情况下作出单独评估，违反义务本身不能导致终止合同的义务。¹⁶有些情况在判断是否存在终止合同的义务可能是相关的 a) 违反义务是否足够严重 b) 如果合同不终止对国内市场影响，c) 合同履行的程度和 d) 公共利益和与缔约当局缔约一方的利益。¹⁷

C-503/04 委员会诉德国，对欧盟公共采购法的有效实施是非常重要的步骤，并可能会更符合救济指令的修订和对本章第 3 节所讨论的对救济指令无效情况的修改。管本案阐明了违反公共采购法可能导致终止合同的义务，其仍引发了许多问题和不确定性。

C-503/04 委员会诉德国的判决，涉及到违反公共采购指令，同时众所周知的法院实际上已经在最新的 C-324/98 *Telaustria*¹⁸案和随后的判例法中形成了一个次级公共采购法律体系。欧洲法院在基本法和一般原则¹⁹基础上规定了实施透明度

¹⁵ The dominant view of Danish legal literature has agreed with this with regard to the follow up on the enforcement bodies' annulment of decisions to conclude the contract.

¹⁶ Compare with Joined Cases C-21/03 & 34/03, *Fabricom* [2005] ECR I-1559. It clearly follows from this case that it is mandatory to make a concrete assessment of whether a firm previously engaged in technical dialogue may or shall be excluded from the tender procedure based on this ground and that the firm in question cannot be excluded per se. See further on this S. Treumer, "Technical Dialogue and the Principle of Equal Treatment-Dealing with Conflicts of Interests after *Fabricom*" (2007) 16 P.P.L.R. 99.

¹⁷ 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) P.P.L.R. p. 371, section 4 (pp. 378-382) for an analysis on this.

¹⁸ [2000] ECR I-10745

¹⁹ This has been covered in several works. See A. Brown, "EU Primary Requirements in Practice: Advertising, Procedures and Remedies for Public Contracts Outside the Procurement Directives" (2010) 19 P.P.L.R. 169 and S. Treumer, *op.cit* in note 11 above at pp. 82-84.

原则的义务，由于一般原则内容的不明确性²⁰导致就这个问题引发了许多其他案件。有人可能会问违反次级公共采购法律体系是否也同样意味着终止相关合同的义务。欧洲法院认为这个问题最近在 C-91/08 Wall²¹的关于国家层面的强制执行制度的初步裁决，并澄清就判决中第 65 段而言并不是“在任何情况下”都适用的规则。

10.3 国家层面的执行制度

作为逻辑的起点，按照国家和救济自治的原则，有关违反欧盟法律的救济和程序法被认为是属于国家立法的事项。这种自治受到许多限制，如对等原则和效率原则。根据对等原则，对于违反欧盟法律的实质性和程序性救济条件必须不低于国内同类问题的救济。根据效率原则，救济的条件必须不能使其或很难获得赔偿，比照联合案件 C-6/90 & 9/90, Francovich²² 第 43 段的判决。

正如前面本章介绍中提到的欧洲立法者已在公共采购领域发布了救济指令。救济指令只适用于在其范围内的招标程序。救济指令 89/665 适用于公共部门采购指令范围内的合同，92/13 号救济指令适用于公用事业指令范围内的合同。两个救济指令的程序时相似的，存在的本质区别在本书中并不作为主要问题予以讨论。两个指令都被最新的 2007/66 号指令所修改，做出了一系列重大修改包括第 2d 条的无效性的最新救济。救济指令旨在建立公共采购领域内的最低的权利义务保护。

合同不在指令规制范围内的事实，并不意味着相关投标者的权利不被保护。相反，其权利受到一般原则的保护，例如对等原则和效率原则的保护。以下分析主要集中于由救济指令创立的执行体系。

第一代救济指令产生于 1990 年左右，本质目的是保证缔约机关做出的决定可以尽快受到有效审查并保证国家层面上的对违反公共采购指令的救济。根据救济指令的第 2(1)条，成员国有义务保证有异议的投标者²³可以申请采取临时措施，缔约实体的违法决定宣告无效并获得损害赔偿。

²⁰ This has been covered in several works. See A. Brown, “EU Primary Requirements in Practice: Advertising, Procedures and Remedies for Public Contracts Outside the Procurement Directives” (2010) 19 P.P.L.R. 169 and S. Treumer, *op.cit* in note 11 above at pp. 82-84.

²¹ ECJ judgment of 13 April 2010 (unpublished)

²² [1991] ECR I-5357

²³ Persons having or having had an interest in obtaining a particular contract and who have been or risks being harmed by an alleged infringement, cf. Article 2(3) of the Remedies Directives.

救济指令的最新修改引入了对无效性的救济，灵活的根据无效性救济程序选择的罚金制度，²⁴ 审查的排除时限和复杂的暂停制度。

救济指令的第 2a (2) 条引入了基本的暂停条款，根据该条款规定，合同不能在合同授予决定做出后的根据所采用的通信手段 10 或 15 日内缔结。另一个重要的暂停规定是第 2 条 (3)，成员国应确保缔约当局不能在审查机构已就临时措施或审查申请作出决定之前订立合同。

有些成员国已设立了新的机构负责欧盟公共采购法的执行，尽管这可能会使执行制度更有效，但并没有强制性的。这比之前将案件诉至国内法院有若干优点。投诉委员会通常能够确保快速审查，降低当事人的成本，比典型的法院或法庭更深入的考虑公共采购领域的复杂状况。在后文的讨论中，将考虑与救济有关的若干问题

10.3.1 临时措施

尤其是因为对已成功缔结的公共合同进行质疑是很困难的，故而采取临时措施对确保公共采购法的有效执行是至关重要的。

根据第 2 (1) (a) 条，成员国应确保可以在审查程序中采取临时措施。成员国可以规定，负责审查程序的机构在考虑公共利益的同时可以考虑所有受损方的利益，根据第 2 (5) 条在采取临时措施的消极后果可能超过积极作用时可以不采取临时措施。本条中建议的标准受到了本章第 2.1 节中欧洲法院判例法的极大推动。但是第 2 (5) 条并未确立是否临时措施的判断标准。因此，成员国的立法者有广泛的立法自由裁量权，因此国家立法层面确立的临时措施的标准和程序在很大程度上有所不同。通常情况下是很难获得在国家层面上获得临时救助²⁵，在丹麦获得临时救济的困难程度使人们质疑临时救济的条件要求是否符合效率原则。

2007/66 号救济指令引入了新的在暂停期内的自动中止合同而进行审查的规则。规则出台的背景在序言 12 中阐明：在最低暂停期结束之前不久进行审查不应有剥夺负责审查程序机构采取行动所需的最短时间要求，尤其是对于缔结合同延

²⁴ See Article 2e(1) of the Remedies Directive.

²⁵ A. Brown, "Effectiveness of Remedies at National Level in the Field of Public Procurement", Public Procurement Law Review 1998 p. 89. See also 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.

长暂停期。在救济指令第 2 条（4）中规定审查程序并不自动具有中止相关合同授予程序的效力，除非出现指令第 2 条（3）条和第 1（5）条规定的情况。根据第 2（3）条，成员国应确保缔约当局不能在审查机构已决定采取申请临时措施或进行审查之前签订合同。中止不应在第 2a（2）条和第 2d（4）（5）条规定的停顿期之前结束。此外，根据救济指令第 1（5）条，成员国可要求相关人首先在订约机关内寻求审查。在这种情况下，成员国应确保这种审查申请立即暂停合同的签订。

10.3.2 损害

在 20 世纪 90 年代中期，首次表明²⁶公共采购法执行领域内案例法的突出特点是损害领域缺少成功的案例²⁷。情况现在已有所改变，许多成员国已有成功案例，包括要求利益损失赔偿已获得支持的案例。²⁸

根据救济指令，审查机构必须能够为受到违反法律义务行为损害的个体提供损害赔偿。然而，有关赔偿问题的细节并没有详细规定及其制定对于法律情况的创建影响不大甚至在某些方面会引发怀疑。从指令上看甚至不清楚是否有要求利益损失的可能性，这对于救济指令损害制度的效率是及其关键的。受害的投标者中很大比例认为值得为挽回采购过程中的参与成本而采取行动。尽管在一开始便没有明确规定，但是，通常在理论上和成员国判例法中特定情况下下的投标者可以对违反欧盟公共采购法的行为要求获得利益损失赔偿。

从救济指令的语言表达上，是否对于所有违反欧盟公共采购法或其他适用情况都可以适用损害赔偿的规定是不明确的。救济指令第 2（1）（c）条只表明成员国有义务对受到侵害的个体给予损害赔偿。然而，显然从欧洲法院在 C-275/03 委员会诉葡萄牙²⁹的判决中可见，它违反了救济指令的对被证明的故意或过失行为做

²⁶ 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).

²⁷ 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.

²⁸ See S. Treumer, "Damages for Breach of the EC Public Procurement Rules – Changes in European Regulation and Practice" (2006) P.P.L.R. 159.

²⁹ ECJ judgment of 14 October 2004 (unpublished)

出赔偿的规定。最近的案件 C-314/09 Stadt Graz,³⁰，遵循了前案的规定任何对原则的违反都构成损害赔偿的充分条件，有重要地位。

10.3.3 无效性

对无效的救济是 2007/66 救济指令引入的一个非常重要的救济措施。是特别针对直接违法的合同授予的一项救济。根据第 2d(2) 的规定，某一合同被认定无效的后果应由成员国国内法规定。不过，根据国内法相同的规定，可能导致所有合同义务的被追溯取消或把其限制在仍必须执行的义务内。此外，序言 13 明确指出，无效基本上意味着“当事人合同下的权利和义务应停止强制执行和履行”。

成员国应确保合同是由独立于缔约当局的审查机构认定无效或其无效是上述审查机构在救济指令第 2d(1) 条款规定的包括直接违法授予合同在内的情况下认定的。第 2d(1) 条原则上涉及考虑合同无效的责任。救济指令第 2e(1) 条要求较少，规定审查机构应有权对无效或在某些情况下施加其他制裁。

缔约实体可经救济指令新规定的具体程序避免无效的处罚。第 2d(4) 条规定，成员国应规定第 2d(1) 条直接非法授予合同的情况下的无效。第 2d(1) 条在下述情况下不适用，即缔约当局认为，没有在欧盟官方公报事先发布公告是允许的并按照救济指令第 3a 条规定刊登打算缔约的公告。附加条件是，合同必须没有被公告之日起至少 10 日内缔结。

乍一看，条文似乎很简单。似乎作为缔约实体可以肯定，如果按照第 3a 条所规定的程序处理，则对无效不适用进一步救济措施。然而，在某些成员国，对无效的保护并非绝对，在缔约当局已知或应该知道招标程序是必须的但是甘愿冒险而按照第 3a 条的规定刊登公告的情况下，属于不适用上述规定的例外。

救济指令第 2d(3) 条规定了对无效的另一重要例外。这一例外适用于第 2d(1) 条所涵盖的情况。根据规定，成员国可允许在凡属与公共利益相关的主要原因要求该合同效力维持不变的情况下，审查机构不考虑合同无效。成员国将肯定倾向于在国内法律制度中建立一个案中所要考虑的公共利益必须具有高度的相关性的

³⁰ Judgment of 30 September 2010

法律依据。然而，欧洲立法者限制了把与公共利益相关的经济原因考虑在内的可能性，经济原因仅在无效可能导致极不相称的后果的特殊情况下被考虑在内。进一步明确指出，与合同直接相关的经济利益不应构成与公共利益相关的主要原因，包括，根据 2d (3) 条的规定合同执行中的延迟带来的成本，重新启动采购程序产生的费用，履行合同的主体变化产生的费用和因无效产生的法律义务成本。³¹如果没有明确规定，很可能这些成本会被国内法院和申诉委员会考虑在内。这个例外，因此不会排除一般的无效申请。对于第 2 的 (1) 条所规定例外情况的范围的考虑，实际上是相当困难的。

根据救济指令，成员国还可采用除外的时间限制。第 2f (1) (a) 条对于与第 2d (1) 有关的无效审查允许有 30 天时限，从签订合同之日起或缔约当局对投标人和候选人发布有关订立合同通知之日起计算。救济指令同时也保证了成员国可以规定与根据 2d(1)条无效有关的投诉必须在合同缔结之日起 6 个月内做出。

³¹ This could involve damages to the contracting party losing the contract due to its ineffectiveness.

第十一章 欧盟公共采购法中的社会和环境政策

11.1 社会与环境政策简介

社会和环境政策，自 50 年代初联盟发展之初以来，一直在不同欧盟成员国中发挥着的不同作用。在一些成员国，这些政策在一般的社会管理中起到了重要作用，而在一些其他成员国这些政策的重要性则相差甚远。

在过去的几十年间，对社会和环境政策的采用有被广泛接受的要求。在最近的一份报告，即所谓的“蒙蒂报告”（“Monti Report”）¹中，所做的几个主要建议之一，是通过实施特定的强制要求进行创新，绿色增长和社会包容的公共采购工作。²

在公共采购法中，社会和环境政策多年来的运用不断变化。追本溯源，可以说社会和环境政策，从最初的不引人注意到发展成为公共采购领域的日常重大问题。蒙蒂报告的开头便表明要“利用公共采购实现欧洲的政策目标”，³对欧盟公共采法强烈提出建议，“然而有必要根据不同目标和原因审查公共采购政策。两个问题是争论的核心：是否公共采购政策应进行改革，这种改革是否应导致的公共采购政策更高程度的一体化。委员会做出了一项对 2004 年公共采购指令是全面评估，作为未来改革的基础。这反映了一定的问题。对政策的重新思考似乎是有保证的，首先，为了简化，继续现代化和增强公共采购法。”⁴

然而，不应该忽略了社会和环境问题不仅只是公共采购的一部分，而是在在现代欧洲社会的每个角度体现自身的价值。这表明已对这些问题进行了讨论，并被卷入了如果不是全部也是许多社会政治因素因此，讨论并对与公共采购相关的社会和环境问题做出的努力。

但是，欧盟的发展，从第一个条约（构成了欧洲煤钢共同体，TECSC 的 1951 年条约），经过欧洲共同体条约 TEC（1957 年）到最后的 2009 年 12 月 1 日生效的里斯本条约，后者包括两个条约，欧洲联盟条约，TEU 和欧盟运作模式条约

¹ 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.

² Monti Report at 78.

³ Monti Report at 76.

⁴ *Loc.cit.*

TFEU。因此，除了如“真正的团结”和“共同建立经济发展基础”等的规定外，TECSC 没有包括可能正确地被描述为社会和环境条款。

另一方面，里斯本条约的两个条约，包括一些社会和环境条款。因此，举例来说，在欧洲联盟条约序言中已经指出了欧洲文化，宗教和人文遗产的启发下发展了成员国人权，自由，民主，平等和法治不可侵犯和不可剥夺的权利的普遍价值和法律原则。这也是说，成员国承认其遵守在公民基本社会权利宪章中可见的基本社会权利。人民之间的团结，特别是他们为人民促进经济和社会进步的决心、同时考虑到可持续发展和增强凝聚力和环境保护的原则，以执行相关政策，在其他领域同时取得发展，确保经济一体化的进步，可以进一步被看作是把社会和环境问题纳入到日常政策和生活中的基础。为此，序言，采取了方便人员自由流动的措辞，同时确保安全和人身安全的措辞。TEU 序言的许多措辞在条约条款中都有相关规定，见下文。

欧洲联盟运作模式条约也是一样，也在序言中已经表明了发挥社会和环境政策作用的类似措辞。因此，序言指出为了要例如“确保各国的经济和社会进步”，并“对生活和工作条件的不断改善”。也提到了打算“减少[...]欠发达地区的落后状况。” TFEU 序言的措辞在条约中也有适当规定，见下文。⁵

另一方面，无论是政府采购协定（GPA），还是 1994 年贸易法委员会示范法都明确提到环境因素。⁶

11.2 社会和环境政策所包含的内容

在深入讨论社会和环境政策与公共采购的关系之前，应首先对这一重要问题的各种现象的定义进行区分。在本章中，社会和环境政策是指所有公共采购政策推行的除了经济政策之外的政策。举例说明，某市用某种方式优先采购环保的服务及其他货物的情况。这可能在资格预审阶段进行，要求采购过程中的参与者证明其之前涉及的环境问题以及履行本合同会涉及的材料种类以及对环境的影响。

⁵ See to this *i.a.* Sue Arrowsmith and Peter Kunzlik in Sue Arrowsmith and Peter Kunzlik (Eds.), *Social and Environmental Policies in EC Procurement Law, New Directives and New Directions*, (Cambridge University Press, 2009), 9 ff, and 55; and see for instance in relation to Danish Regulation and Practice, Steen Treumer in Roberto Caranta & Martin Trybus (Eds.), *The Law of Green and Social Procurement in Europe* (Copenhagen 2010), 53 ff.

⁶ See e.g. Roberto Caranta in Roberto Caranta & Martin Trybus (Eds.), *The Law of Green and Social Procurement in Europe* (Copenhagen 2010), 18.

在这里人们会经常谈论有关“绿色采购”或“可持续采购”⁷，但“次级采购”或“次要采购”“次要的考虑”⁸，有时也比较常见。如本文前面的章节所述，鉴于社会和环境政策因素并不总是次要角色，有些学者已经选择使用的“横向”采购⁹的术语。

关于社会政策，可能会想到地方政府或市对区域内失业人员或人士，融合程度较低的地方的外国工人融入情况的重点关注。这些政策可能往往结合其他政策实施，如想建立多民族的劳动力结构或使有幼儿的家庭加入到劳动力计划。但可能有许多其他政策自然会被视为社会和环境政策。例如，公共当局对促进残疾人劳动力就业或某种能源优先采用的情况。当某市会因为趣味性而非本身的功能而倾向于选择某个建筑方案时，也可能被称为社会和环境政策。

11.3 欧盟基本立法中承认社会和环境政策的条款

在本章的介绍中，一直强调，TEU 和 TEFU 的序言中已经多次提及社会和环境政策。¹⁰然而，这更大程度上是一个意向性表达而非有约束力的语言表达。不过，两条约还在条款中包含了社会和环境政策的长长规定。值得注意的是，欧洲法院在其判决中也强调了条约中强调过的原则。出于这个原因，两个条约中的相关措辞是值得研究的。

11.3.1 TEU

在 TEU 的有关条款多次提到社会和环境政策。因此，在第 2 条中，“欧盟建立在对人类尊严，自由，民主，平等，法治和尊重人权，包括属于少数人的权利的尊重的价值观基础之上。这些价值取向对于成员国多元化，不歧视，宽容，正

⁷ See e.g. Roberto Caranta & Martin Trybus (Eds.), *The Law of Green and Social Procurement in Europe* (Copenhagen 2010).

⁸ See e.g. Joel Arnould, *Secondary policies in public procurement: the innovations in the new Directives*. 13 P.P.L.R. 2004, 4, 187-197.

⁹ Sue Arrowsmith and Peter Kunzlik (Eds.), *Social and Environmental Policies in EC Procurement Law, New Directives and New Directions*, (Cambridge University Press, 2009), xvii. See also to this Roberto Caranta in Roberto Caranta & Martin Trybus (Eds.), *The Law of Green and Social Procurement in Europe* (Copenhagen 2010), 17. See also e.g. Rolf H. Weber, *Development promotion as a secondary policy in public procurement*, P.P.P.L 2009, 4, 184-200.

¹⁰ See to this e.g. see Sue Arrowsmith in Sue Arrowsmith and Peter Kunzlik (Eds.), *Social and Environmental Policies in EC Procurement Law, New Directives and New Directions*, (Cambridge University Press, 2009), 147 ff.

义，团结和妇女与男子平等的胜利的社会是共同的”。然后第 3 条第 3 款表明，“这将消除社会排斥和歧视，并促进社会正义和保护，男女平等，代际间的团结和对儿童权利的保护”。第 6 条中表明，“欧盟承认 2000 年 12 月 7 日欧洲联盟基本权利宪章中表明权利，自由和基本原则 [...]上述权利规定与欧盟基本条约具有相同的法律价值”在第 6 条进一步指出：“联盟应把对人权和基本自由的保护加入到欧洲条约。[...]第 9 条称，”在所有活动中，欧盟应遵守其公民平等的原则，谁享受其机构，办事处和实体的同等待遇[...]。”

11.3.2 TFEU

TFEU 来看，第 2 条规定，“欧盟建立在对人类尊严，自由，民主，平等，法治和尊重人权，包括属于少数人的权利的尊重的价值观基础之上。这些价值取向对于成员国多元化，不歧视，宽容，正义，团结和妇女与男子平等的胜利的社会是共同的”。随后的第 3 条的前三段描述，第一段“1 该联盟的宗旨是促进和平，其价值观和其人民的福祉。”第二段表明“联盟应通过外部边界控制，避难，移民和打击犯罪的预防和适当的措施为其公民提供自由、安全和公正的没有内部障碍的人员可以自由流动的区域，”第 3 条第 3 款是说，“联盟应建立内部市场。应当以欧洲可持续的平衡的经济增长和价格稳定，竞争激烈的社会市场经济在充分就业和社会进步为目标，立足发展，以及保护和改善环境质量的高水平。它应推动科技进步。

应反对社会排斥和歧视，并促进社会正义和保护，妇女与男子之间，代际和儿童权利的保护团结平等。

应推动经济，社会和领土凝聚力，各成员国和团结。

应尊重其丰富的文化和语言的多样性，并确保欧洲的文化遗产得到保护和提升。”

在 TEU 第 3 条中第 4 款提到建立经济和货币联盟后，TFEU 在第 3 条第 5 款规定“在与更广泛的世界的关系上，欧盟应坚持并宣传自己的价值观和利益，并有助于保护其公民。应有助于和平，安全，地球，团结可持续发展和各国人民之间的相互尊重，自由和公平贸易，消除贫困和保护人权，特别是儿童的权利，以

及对严格遵守和国际法的发展，其中包括对联合国宪章原则的尊重。” TFEU 有多处与社会和环境政策有关的文本的规定。因此，在 TFEU 第 4 条规定联盟应与成员国分享在经济，社会和领土凝聚力和对环境和消费者保护的能力。在第 9 条说，“在确定和实施其政策和活动时，欧盟应考虑到与高就业水平，保证足够的社会保护，反对社会排斥的斗争促进高层次的教育，培训和人类健康的保护”。

在第 10 条进一步发展，指出“在确定和实施的政策和活动，欧盟应旨在打击性别，种族或人种，宗教或信仰，残疾，年龄或性倾向的歧视”。随后第 11 条指出，“必须把环保要求纳入定义和欧盟的政策和活动执行中，特别要促进可持续发展” TFEU 是第二部分主要与“联盟的不歧视和国民身份”有关，例如第 21 条规定“理事会，按照特别的立法程序办事，可能采取有关社会保障和社会保护的措施”。在 TFEU 处理欧洲联盟各项政策的专门章节，一些特殊的规定都可以找到。因此，在第 107 条在反对国家援助的规定，“具有社会性质的援助，授予个人消费者，但这种援助是没有涉及到有关产品的原产地歧视授予”是与内部市场兼容的。第 114 条第 3 款规定“委员会在其[...]关于健康，安全，环保和消费者保护，将以此为基础的更高保护的提案，同时应特别注意任何科学事实基础上的新发展。在各自的权力内，欧洲议会和理事会也将寻求实现这一目标”。第 4 和第 5 款规定了成员国，如果认为有必要为维护国家关于如需要保护和人类健康，动物或植物的生命，国家拥有的艺术，历史或考古价值，或关于保护环境或工作环境的规定，时将相关条款和制定原因通知委员会的可能性。成员国可能认为有必要就有关保护环境或对特定问题在科学依据的基础上在采取了协调措施后引入新的国家规定。

关于就业，第 145 条规定：“成员国和本联盟[...]努力制定一项协调一致的战略，特别是促进技术精湛，训练有素，适应力强的人才就业和劳动力市场适应经济变化实现欧洲联盟的目标[...]”。标题 X，第 151 至 161 条，是专门规定“社会政策”。因此，第 153 条列举了欧盟支持和补充成员国下述领域内的活动：工作环境，保护工人健康和安改善工作条件，社会保障，工人的社会保障，工人的保护，就业合同被终止，信息和劳动者协商，从劳动市场之外的人的整合，不阻碍男女之间关于劳动市场的工作机会和待遇，社会排斥打击，以及社会保障系统的现代化和妇女平等。根据第 157 条规定，“各成员国应确保男性和女性工人同工同酬或

同等价值的工作原理的应用。”此外，该规定解释说，没有性别歧视的同工同酬是指支付计件工资，在相同的工作，应当计算在相同的度量单位，工作时间，利率的基础上应当支付相同的报酬。

在第 157 条第 4 款，规定为确保在工作生活中男女之间完全平等的做法，平等对待的原则，不得阻止成员国采取措施使其更容易为追求代表性不足的性别职业活动或防止或弥补职业生涯中的弊端。

根据 162 至 166 条，欧洲社会基金管理委员会成立，旨在使工人的就业更容易，以增加在欧盟内部的地域和职业流动性，并帮助他们适应变化，在工业生产系统的改变通过职业培训和再培训方面。

第 165 至 166 条是关于教育，职业培训，青年和体育，主要引导欧盟和成员国之间建立对教学内容和教育系统和文化和语言多样性组织的合作。

第 168 条关于公共健康，规定高水平的人类健康保护，应在定义和实施上保证所有欧盟政策和活动的实施。

消费者保护被规定在第 169 条，第 174 至 178 条是关于经济，社会和领土凝聚力的一章。

联盟关于环境的政策规定在第 191 至 193 条，目的是更高水平的保护和改善环境质量，保护人类健康，谨慎和合理利用自然资源，促进在国际级别处理区域或世界范围的环境问题，以及应对气候变化。

关于能源一章，第 194 条规定为实施欧盟的能源政策，应旨在确保能源市场的运作，确保欧盟能源供应安全，促进能源效率和能源节约和发展新能源和可再生能源。

第 III 篇“与第三国和人道主义援助的合作”第 214 条中处理人道主义援助。

还值得一提的是，欧洲联盟基本权利宪章已为把欧洲联盟的公民和居民的某些政治，社会和经济权利进入欧盟法。因此，包括反对歧视，其中第 21 条是关于“不歧视”，禁止任何诸如性别，种族，肤色，民族或社会出身，遗传特征，语言，宗教或信仰，政治或任何其他见解，一个少数民族，财产，出生，残疾，年龄或性取向的歧视。在条约范围内，不损害其任何具体规定的适用，任何基于国籍的歧视，均应予以禁止。

11.4 欧盟公共采购指令中关于社会或环境政策的条款

11.4.1 简介

作为对欧洲联盟一般政策的具体说明，关于公共采购的指令-2004/18 号指令和 2004/17 号指令是条约基础上形成的是欧盟内部政治发展的必然结果。出于这个原因，当前指令的序言和条款中已引入社会和环境政策。下文将对比较重要的地方进行分析。

11.4.2 2004/18 公共部门指令

2004/18 号公共部门指令在其序言规定，（1）“本指令制定在欧洲法院司法判例基础上，尤其是关于合同授予标准的判例法，其中明确了缔约当局满足公众需要的可能性，包括在环境和/或社会领域，在相关标准是与合同的主要事项相关，而不包含不受限制缔约当局的选择自由，都明确必须遵守其在序言（2）所述的基本原则。”序言（2）中规定，“成员国代表国家，地区或地方当局和其他机构的管辖公共法律实体所授予合同的缔结在成员国缔结，是受条约原则特别是货物自由流动原则，建立自由和自由提供服务的原则并由此产生的原则，例如平等原则，不歧视原则，相互承认的原则，比例原则和透明度原则的约束。然而，对于超过一定价值的公共合同，建议制定基于这些原则的超国家层面授予合同程序的协调，确保对外开放公共采购的竞争。这些协调的条款应该同时与上述规则和原则和条约的其他规则相一致的基础上进行解释。”

逻辑在序言（5）中得到进一步阐述，“根据条约第 6 条的规定，条约第 3 条中的环保要求必须纳入定义及社会政策和活动执行中、，特别是促进可持续发展。因此，本指令明确缔约当局如何可能有助于保护环境和促进可持续发展，同时确保合同的金钱价值最佳。”

在序言（6）中规定，“本指令特别要防止下列措施的滥用：保障公众政策，公众道德，公安，卫生，人类和动物的生命或植物的生命保全强制执行，特别是可持续发展，只要这些措施符合条约相符。”

序言（28）规定，“就业和职业是保障人人享有平等机会促进社会融合的关键要素。在这种情况下，受到保护的工作车间和就业计划的对于实现作出贡献或在劳动力市场残疾人士融入社会的一体化有重大意义。然而，这种车间在正常的竞争条件下可能无法取得合同。因此，规定成员国可保留对受保护的工作车间和就业计划的公共合同授予，这种规定是适当的。”

至于技术规格，序言（29）规定缔约实体在具体合同中定义环境要求的技术规格的可能性。在这种情况下，可以设定的环境特性，如某一特定的生产方式，和/或产品组或服务的对环境的具体影响。序言接着规定，可以但并非必须使用适当生态标签定义的规范，例如欧洲生态标签，（多）国家生态标签或任何其他生态标签规定的要求，如果标签要求的制订是在对信息科学利用的，如政府机构，消费者，制造商，经销商和环境组织利益相关者，可以参与的程序制定，并给兴趣相关方提供了标签相关信息。同时也指出，缔约当局应尽可能考虑到残疾人或者为所有用户无障碍准入的标准。技术规格应表达清楚，让所有投标者知道缔约当局的具体要求。

为了鼓励中型和小型企业在公共采购市场获得合同，序言（32）建议成员国对分包做出规定。

序言（33）涉及合同履行情况，规定，“可以就有利于现场职业培训，特别是应对实现一体化遇到困难，反对失业的斗争或保护环境做出特别规定。例如，可以规定，除例外情况，要求 -合同履行过程中的适用 -招聘长期工作的求职者，或实施失业或年轻人才的培养措施，如若上述规定没有在国家法律中作出规定，则要在实质上符合国际劳工组织（劳工组织）公约的基本规定，并按照国家法律规定多聘请残障人士。”

序言中（34）规定了法律，法规和共同协议，在国家和欧盟层级，在就业条件和劳动安全方面的规定易。这样的法律等在公共合同履行中适用，如果这些规则及其适用符合欧盟法律。此外，指出，在跨国界的情况下，一个成员国的劳动者为执行公共合同的目的在另一成员国提供服务，指令在提供服务的范围内规定东道国必须确保工人的工作条件符合本国法律的最低要求。如果国内法中有规定，不遵守这些义务，可以被认定为是与经营主体的有关的严重的不当行为或罪行，容易导致经营者程序上被排除在公共合同授予之外。

序言（44）规定：“在适当情况下”，工程和/或服务的性质要求在公共合同履行期间适用环境管理措施或计划，则必须要求采取相关措施或计划。环境管理计划，不论是否在欧盟机构内登记，都表明经济经营者有履行合同的技术能力。此外，经济经营者必须实施同等的环境保护措施，作为环境管理登记制度的选择证据。

序言 46）规定合同授予程序。此处，在开始的时候，“（46）合同应根据客观标准基础上，确保透明度，不歧视和平等对待的原则，并保证在有效的竞争基础上进行评标。因此，仅允许两个授予标准是适当的：‘最低价格’和‘经济上最有利’。序言构成了第 53 条的制定背景（见下文）。

序言（46）第四部分规定了平等待遇，但也提到了环境和社会的要求，指出“为了保障平等待遇，合同授予标准应进行比较和客观的评标。如果这些条件得到满足，合同授予的经济和质量标准，如满足环境要求，如在合同中明确约定的那样，可以使缔约当局能够满足公众的需求。在相同条件下，缔约当局可以使用满足社会需求的标准， - 在合同中具体规定 -特别是弱势群体接受/使用的属于该合同对象的商品，工程或服务。

2004/18 号指令本身，也有处理社会和环境政策的各种规定。第 19 条规定“合同的保留”，“成员国可保留合同，如果参与公共合同授予程序的企业是受保护的工厂或属于受保护的就业方案，大部分雇员是残疾人，因为身体的残缺在正常条件下工作 [...]。”并在第四章“技术规格”第 23 条中规定“特定的合同文件和技术规格条款”，第 1 节说：“只要可能，技术规格的定义应考虑到方便残疾或者所有用户无障碍准入的标准。”而在第 3 节说：“在违反国家强制性技术规则的条件下，，应当制定与共同体法律兼容的技术规范：参照的技术规范中定义的[...];（b）在性能或功能的要求方面或;后者可能包括环境特征[...]。该指令第 6 节规定，“凡缔约当局制定性能或功能方面的第 3 款（b）环境要求中提到特点，应尽可能使用的详细规格描述，或者，如果必要，应用欧洲统一的定义或（多）国家生态标签，或任何其他生态标签，其前提如下：

- 这些规范适合界定合同标的货物或服务的特点，
- 标签的要求是在科学信息的基础上制定，

- 生态标签是通过如政府机构，消费者，制造商，经销商和环境组织的所有利益相关者可以参与的程序制定，

- 所有有关各方都可获得。

缔约当局可以表明贴生态标签的产品和服务被推定为符合合同文件中规定的技术规范；必须接受任何其他适当的证明方式，如制造商或认可机构的技术测试档案报告。”

第 26 条涉及“履行合同的条件”，包括“履约的条件尤其应特别是关注社会和环境因素。”

第 27 条涉及到“有关税收，环保，就业保障和工作条件义务的规定”，在第 1 节和第 2 节的第一部分指出，“1 缔约当局应在合约文件中，或由成员国的义务表明候选人或投标者的机构可以获取在成员国已生效的有关税收的义务，环保，就业保护和工作条件规定的相应信息，以提供合同要求的可以在现场开展的工程或者是在合同履行期间提供的服务。”” 2 缔约当局提供第 1 款所要求的资料，应要求投标者或在合同授予程序的候选人，证明他们已经在标书制定中考虑了在进行工程施工的地点或提供服务地的有关就业保障条款和工作条件的义务”。

11.4.3 2004/17 公用事业指令

公用事业指令¹¹在许多方面与公共部门指令规定类似，包括社会和环境政策的规定。基于这个原因，本出只大致做些分析。

公用事业指令与公共部门指令在序言中的规定一样，（1）“本指令制定在欧洲法院司法判例基础上，尤其是关于合同授予标准的判例法，其中明确了缔约当局满足公众需要的可能性，包括在环境和/或社会领域，在相关标准是与合同的主要事项相关，而不包含不受限制缔约当局的选择自由，都明确必须遵守其在序言（9）所述的基本原则。”序言（9）中规定，“平等原则，不歧视原则，相互承认的原则，比例原则和透明度原则的约束。”

¹¹ 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 sectors Official Journal L 134/1.

序言（12）规定，“就业和职业是保障人人享有平等机会促进社会融合的关键要素。在这种情况下，受到保护的工作车间和就业计划的对于实现作出贡献或在劳动力市场残疾人士融入社会的一体化有重大意义。然而，这种车间在正常的竞争条件下可能无法取得合同。因此，规定成员国可保留对受保护的工作车间和就业计划的公共合同授予，这种规定是适当的。”此外，序言（39）规定，“就业和职业是保障人人享有平等机会促进社会融合的关键要素。在这种情况下，受到保护的工作车间和就业计划的对于实现作出贡献或在劳动力市场残疾人士融入社会的一体化有重大意义。然而，这种车间在正常的竞争条件下可能无法取得合同。因此，规定成员国可保留对受保护的工作车间和就业计划的公共合同授予，这种规定是适当的。”此外，序言（42）规定“[..]投标反映了不同的技术解决方案，应该是可能的。因此，应该有制订的功能表现和要求，在或在没有国家标准时参考了欧洲标准，并基于平等原则考虑到了与招标缔约实体有关的安全方面的技术规范条款 [...]”。

在 2004/17 号指令本身，也有许多直接与社会和环境政策相关的规定。只举几个例子就足够了，在第 28 条关于“成员国可以保留将合同授予受保护的工厂或就业计划方案中实体[..]”的可能性。

此外，第 38 条规定“履行合同的条件”，“缔约实体可以设定有关履行合同的条件，但上述条件都必须与共同体法律兼容，并能表现出通知是呼吁指出竞争或表达具体要求的手段。规制履约条件尤其是要关注社会和环境因素[..]”。第 55 条“合同的授予”要求合同授予给“从缔约实体的角度来看最有利的投标”，与合同相关的各种标准尤其是“环境因素”都应包括在内。

在指令附件二十一“关于某些技术规范的定义”规定，‘技术规范’是指在一个产品或服务所要求的特性，“如质量水平，环保性能水平，所要求的设计特性（包括是否方便残疾人士）和合格评定，性能，使用安全的产品[..]”

11.5 与社会和环境政策有关的欧盟判例法

在公共采购发展的历史早期，欧洲法院就一直处理与社会和环境价值有关的问题。在讨论判例法之前，然而，考虑到以下事实是很重要的：在与公共采购有关的两个不同领域社会和环境政策可能很重要。一方面，采购实体可能通过可能的供应商资格来强调社会和

环境政策，同时，另一方面，从一个基本的例子可以看出，采购实体可能通过两方面的做法推动在合同履行阶段促进社会和环境政策。如果采购实体，例如某直辖市，在供应商资格预审上可能倾向于优先考虑那些有使用长期失业人士或残疾人士使用方面有良好纪录的公司。另外的情况下，市政府可能已明确表示考虑环境因素，例如在招标文件规定，环境因素在质量评估中具有比例。

有观点认为¹²，欧洲法院处理社会和环境政策事宜的第一个案例是 1988 年 *Beentjes* 判决¹³。在此案的判决中，欧洲法院的确已经强调绿色或可持续的公共采购可能被各个层次公共采购过程考虑在内。

11.5.1 1988 年 *Beentjes* 判决¹⁴

11.5.1.1 判决

在此案中，荷兰的国内法院要求欧洲法院来处理本案中在公共采购争议最多的几个问题。这些问题主要是关于获得合同的承包方的适格性和长期聘用失业人士的承包方的不适格。

欧洲法院，开始用一种相对宽泛的方式¹⁵回答了问题，指出当时指令¹⁶第 20 条规定由合同授予机关负责根据[第 25 至 28 条]¹⁷规定的经济和财务状况的标准和技术知识或能力标准审查承建商的适格性。这些条款的目的是要确定承包商的金融和经济地位和技术知识或能力标准的参考或证据。此处，欧洲法院引用了“*CEI and Bellini*”判决。¹⁸然而，欧洲法院称，从这些规定可以明确看出，授予合同当局只能在在有关其经济和财务状况和技术知识能力标准¹⁹的基础上审查其适格性。当时有效的 71/305 指令的第 29（1）条有明确规定，称当局授予合约必须立足于最低价格又或者按合同上的各种标准如价格，完成期限，运行成本，盈利能力，

¹² See e.g. *Roberto Caranta* in Roberto Caranta & Martin Trybus (Eds.), *The Law of Green and Social Procurement in Europe* (Copenhagen 2010), p. 19.

¹³ Case C-31/87 *Gebroeders Beentjes BV v State of the Netherlands*, [1988] ECR 4635.

¹⁴ Case C-31/87 *Gebroeders Beentjes BV v State of the Netherlands*, [1988] ECR 4635

¹⁵ Paragraph 17.

¹⁶ Directive 71/305 on public works contracts.

¹⁷ These provisions are in Directive 2004/18 now reformulated and placed in Articles 44-52.

¹⁸ Joined Cases 27-29/86, *S.A. Construction et Entreprises Industrielles (CEI) and others v Soci   Coopérative "Association Intercommunales pour les Autoroutes des Ardennes" and others* ("CEI and Bellini") [1987] ECR 3347.

¹⁹ See below about the wording today in Directive 2004/18.

技术水平²⁰授予给经济最有利的投标者。欧洲法院接着解释²¹说，尽管合同授予当局有第二次选择授予合同标准的权利，选择范围也仅限于在要约确定经济上最有利的标准。法院继续解释道，事实上，只能是例外情况如第 29 条（4）条规定，合同授予可能会在不同性质的标准为基础的框架内做出，其目的是要以“援助”的方式优先考虑某些投标者，前提条件是遵守条约，尤其是与国家援助有关的条款。此外，欧洲法院称，²²指令没设定一个统一详尽的共同体规则体系。在所包含的共同规则的框架内，成员国仍可以自由的在遵守欧共体法律的前提下维持或制定与公共工程合同有关的实质性和程序性规则，尤其是遵守设立自由和提供服务自由的欧共体规定。欧洲法院引用了“CEI and Bellini”案判决²³。为满足指令在公共工程合同领域内实现有效竞争的目标，规范每个合同的标准和条件必须由合同授予当局做出充分的公开。²⁴为实现这一目的，欧洲法院称²⁵指令已经设立了欧盟范围内通用的关于合同授予公告的标准，成员国的合同授予当局必须提供工程相关的充分信息和相关的条件，保证投标者能借以确定合同内存在的利益。同时，与合同有关的附加信息应该在成员国内作为习惯而在合同文件或类似文件中给出。

欧洲法院的这些一般性结论形成了其给荷兰法院的司法意见的背景。

首先欧洲法院所要处理的问题与确定投标者的技术知识和能力评价标准²⁶有关。因此，欧洲法院发现，这是一个在指令特别规定下审查承建商适格性的合法标准。²⁷欧洲法院解释这一问题如下：因为投标者看似不易被合同授予当局接受而对投标者采取排除，在荷兰法中被称为所谓的“统一规则”，根据这项法律规定，“合同应被授予给投标最能被合同授予当局接受的投标者”。这一规定与指令规定的兼容性取决于其在国内法中的解释。如果其目的是赋予当局授予合同方面不受限制的选择投标者的自由，这将是与指令不兼容的²⁸。但在另一方面，如果

²⁰ See now Article 53 of the Directive 2004/18.

²¹ Paragraph 19.

²² Paragraph 20.

²³ Joined Cases 27-29/86, *S.A. Construction et Entreprises Industrielles (CEI) and others v Soci   Coopérative "Association Intercommunales pour les Autoroutes des Ardennes" and others* ("CEI and Bellini") [1987] ECR 3347.

²⁴ Paragraph 21.

²⁵ Paragraph 22.

²⁶ Paragraphs 24 to 27.

²⁷ Articles 20 and 26 of the directive. These provisions are today Articles 44 *ff.* of Directive 2004/18.

²⁸ Article 29 of the then existing directive. See now Directive 2004/18 Article 53.

被视为授予合同当局被给予酌情权，比较不同的投标书，在指令第 29 条（2）²⁹所列出的最有利的客观标准基础上做出选择，则这样的规定将与指令不是不相容的。

那么法院继续直接解决以它不会在雇用长期失业人员为由排除投标者的问题。³⁰法院在这里指出，首先这一条件与以经济金融地位技术知识和能力为基础审查承建商是否适格没有关系，或与指令第 29 条³¹规定的标准也没有关系。根据“**CEI and Bellini**”判决³²，为了要与指令兼容，这一条件必须遵守所有共同体法的有关规定，特别是禁止从该条约中规定的原则下就流动对自由建立和自由提供服务的权利形成障碍。雇佣长期失业的义务，如果明显的，只有有关国家的投标者（即荷兰）可满足这一条件或者其他成员国的投标者满足这一规定确有的困难，可能违反了特别规定了当时条约第 7 条第 2 段禁止国籍歧视的规定³³。但是，应由国内法院在所有案件的情况基础上就是否这种规定构成直接或间接歧视做出判断。欧洲法院并没有到此为止。它接着指出³⁴，即使考虑上述标准本身并不是与指令不相容的，它们必须符合所有指令规定的程序规则，特别是关于公告的规则。因此，有必要解释这些条文，国内法院以确定哪些需求是必须满足的。但是本案中欧洲法院收到的文件看，有关的具体工作经验的标准和最能接受的投标人标准未在合同文件或合同通知书作出规定；这些标准来自荷兰的立法，“统一规则”是通知的一般性的参考。另一方面，长期失业人员的就业要求是在特殊的合同文件作了明确规定，在欧洲共同体官方公报上刊登的公告³⁵中明确提到。至于有关工作开展的具体经验的标准，欧洲法院指出，尽管指令要求缔约当局将指定的有关技术知识和承包能力的标准在合同通知中细化，并没有要求在该通知中将评估适格性的标准细化列明。然而，为了履行欧共体法律中有关通知必须能够使承建方能够判断是否对合同有兴趣，通知必须包含至少部分的具体承办商必须符合什么条件才能被认为是合适的的条件。然而，这样的措辞不能判断，在本案中的条件非适格的条件，而是判断适格性不可分的标准。

²⁹ See now Directive 2004/18 Articles 53.

³⁰ Paragraphs 28 to 36.

³¹ This is now Article 53 in Directive 2004/18.

³² Joined Cases 27-29/86, *S.A. Construction et Entreprises Industrielles (CEI) and others v Soci   Coopérative "Association Intercommunales pour les Autoroutes des Ardennes" and others* ("CEI and Bellini") [1987] ECR 3347.

³³ See now TFEU Article 18.

³⁴ Paragraphs 31-34.

³⁵ Today OJEU.

此外，欧洲法院处理了“最可以接受的报价”的标准。³⁶至于“最可以接受的报价”的标准，欧洲法院指出，即使是这样的标准与在上文所述的指令兼容的，从有效指令第 29 条³⁷的措辞中可见，合同授予当局并没有采取最低价格标准作为授予合同的唯一标准，而是考虑多方面因素将合同授予经济最有利的投标，他们被要求合同通知或合同文件列明这些标准。因此，一般参考国内法的规定不能满足对公告的要求。而欧洲法院继续说³⁸，如对长期失业人员的雇佣状况是一个额外的具体条件的话，也必须在通知中提到，可以使承包商可以知道该标准的存在。

这些不同的因素导致的欧洲法院给予荷兰法院这个问题的答案³⁹：

(i) 要进行的具体工作的经验标准是为确定承建商是否适合的合法技术和知识的能力的标准。如果这种标准是由国家立法对合同通知的规定，则不受指令有关在合同通知书或合同文件公告的具体要求的规定约束；

(ii) “最可接受的投标”的标准，如国家法律所规定的，在下列情况可能与指令兼容：只要其反映了合同授予当局的酌情权，以便能在客观标准的基础上决定经济最有利的投标者，因此不涉及任意选择的因素。根据指令[...], 如果授予合同当局没有考虑最低价格作为合同授予的唯一标准，而考虑了授予经济最有利招标者的各种标准，则必须在合同通知书或合同文件将标准列明；

(iii) 有关雇佣长期失业人员的条件在下列情况下与指令是兼容的：只要其没有对共同体其他成员国的投标者有直接或间接歧视性影响。另外这样的具体情况，必须在合同通知中提到的。

11.5.1.2 对 **Beentjes** 判决的评价

笔者认为，由于 **Beentjes** 判决首先指出经济最有利的投标者可能包括单纯经济因素以外的其他因素，这是很重要的。然而，也有争议认为，**Beentjes** 很难被看作是对可持续公共采购无条件支持的表现，因为对传统自由流动和非歧视的关注是在本判决核心关注的问题。⁴⁰然而，这一观点可能受到质疑。因此，从判决可以明确看出欧洲法院对有关指令的解释对于合同授予当局考虑其他纯粹经济以外

³⁶ Paragraph 35.

³⁷ See now Article 53.

³⁸ Paragraph 36.

³⁹ Paragraph 37.

⁴⁰ R. Caranta in Roberto Caranta & Martin Trybus (Eds.), *The Law of Green and Social Procurement in Europe* (Copenhagen 2010), 20.

的因素给予了充分的肯定。法院的重点是，首先指出公共实体选择金钱以外因素的可能性。法院同时提醒我们来自欧盟规定的自由流动和其他原则，如透明度，与公共采购的次级政策并不矛盾。通过对指令采取严格解释，法院已表示，如果立法者 - 在这里，部长理事会 - 表示了明确的倾向，则法院或其他机构不能做出不同的意思解释。

11.5.2 2000 年 Nord-pas-de-Calais 判决

11.5.2.1 判决

在 Nord-pas-de-calais 判决⁴¹中，欧洲法院的先前的成果有了进一步发展。案件的背景是，欧盟委员会已收到一宗投诉，导致其开始对法国共和国提起诉讼。争议的焦点是一个公共工程的公开招标程序和 Département du Pas-de-Calais 的 Wingles 的一个多用途中学公开招标程序发布的建设工程合约。合同按照 71/305 指令已在欧洲共同体官方公报发表公告。但委员会认为 71/305 指令并没有被遵守。

同时，根据 93/37 指令，Nord-Pas-de-Calais 地区在官方公报上公告了与 Lycées 计划（中学计划）相关的 14 个合同通知。该通知书是关于 10 年内的现代化和维修工程所有合同及有关限制投标邀请的。企业被允许联合参加投标，参与的最低标准也被设定，特别是有关被引用和资格的标准。此外，这些通知还表示，招标将采用不同的授予标准做出，包括技术响应的质量/价格比和服务，完成时限和包括维护在内的更新和就业有关的附加条件。刊登在官方公报上的进一步合同通知是关于较高的环境标准的中学设计和建设的，这需要更高的水平和资质，且应有在法国的建筑执业资格。

随后 President of the Commission PME-Marchés des Constructions Scolaires of the Fédération Régionale du Bâtiment 与 the President of the Fédération Régionale des Travaux Publics and the Nord-Pas-de-Calais Regional Delegate of the Syndicat National du Béton Armé et des Techniques Industrialisées 签署了一项协议，做出详细的安排，使得该区域和地方小型和中型公司，通过签字以联合体的形式，可以投标竞争为建设维护中学的合同，，这样

⁴¹ Case C-225/98, *Commission v France* (“Nord-pas-de-Calais”) [2000] ECR I-7445.

一来，每份被公告的合同分为三个类别。该协议是在法国 *French Moniteur du Bâtiment et des Travaux Publics* 以‘官方文书’一节公布。

经过与法国做一些信件沟通，委员以与就业的附加标准有关的八项诉由将案件起诉至欧洲法院。

对于其后的一项有关反失业运动，委员会声称，法国明确一系列合同通知中设定与地方项目有关的就业标准以抵抗失业，法国当局已侵犯当时有效的 **93/37** 号指令的第 **20** 条。这项规定指出，缔约当局据以授予合同的标准应为 (a) 仅是最低的价格，或 (b) 当授予向经济最有利的投标做出的各种标准例如：价格，完成期限，运行成本，盈利能力或技术特点。⁴²

委员会承认，与就业有关的项目，考虑到据 *Beentjes* 判例原则⁴³可能是履行合同的一个条件，但欧盟委员会指出，在本案中，这种可能性是作为合同通知中的授予标准存在的。根据 **37/93** 指令的第 **30** 条，授予标准必须根据最低价格或经济最有利的投标。

欧洲法院首先注意到的是，在这一诉讼中，委员会声称，法国已违反 **37/93** 号指令的第 **30** 条 (1) 在合同通知中仅仅参照对抗失业运动中的相关标准来作为授予合同的标准是有争议的。根据 **37/93** 指令的第 **30** (1) 条，缔约当局据以授予合同的标准要么是最低价格要么根据不同的合同标准如价格，期限完成，运行成本，盈利能力，技术水平，把合同授予给经济最有利的投标者。

但欧洲法院表明，尽管如此，第 **30** (1) 条没有排除所有缔约当局在与共同体法律相一致的情况下将反失业条件作为公告中列明的标准的可能性，尤其是不能违反设立权利和自由提供服务的流动原则和非歧视原则。⁴⁴此外，即使这种标准本身并不与指令 **37/93** 不兼容，它在适用时也必须与该指令中所有程序规则，尤其是对公告的规定保持一致。⁴⁵它接着指出，合同授予标准与反失业运动的联系必须在合同通知中明确表明，使承包商可以知道其存在。⁴⁶至于委员会的论点，即

⁴² Article 30 (1) of Directive 93/37 was thus similar to the present Directive 2004/18 Article 53.

⁴³ Case 31/87, *Gebroeders Beentjes BV v Netherlands* (“*Beentjes*”) [1998] ECR 4635, paragraphs 28 and 37. See above in the text for this judgment.

⁴⁴ Here referring to Case 31/87, *Gebroeders Beentjes BV v Netherlands* (“*Beentjes*”) [1998] ECR 4635, paragraph 29.

⁴⁵ Here referring to *Beentjes*, paragraph 31.

⁴⁶ Here referring to *Beentjes*, paragraph 36.

Beentjes 判决涉及了合同的履行情况，而不是对合同的授予标准，并未获得欧洲法院的支持，欧洲法院称仅仅通过观察，**Beentjes** 判决⁴⁷清楚表明雇佣长期失业人员是该案中存在的问题即其就业状况被用来作为拒绝投标的基础，因此必然构成了合同授予的标准。在本案中，委员会只批评合同通知中对这一标准作为合同授予标准的引用。委员会并没有说这一与反失业运动有关的标准是不符合欧盟法律的基本原则，特别是不歧视原则的，或者说它没有合同通知发布。在这种情况下，委员会对与反失业运动有关的于额外合同授予标准的诉讼请求被法院拒绝。

11.5.2.2 Nord-pas-de-Calais 判决的评价

而且，这里必须指出的是，欧洲法院正在接受可持续采购原则，提醒大家的仅是同时必须符合欧盟的基本原则如不歧视和透明原则。可以说，不久后的在委员会争论 Nord-pas-de-Calais 案，在 2001 年发表了两个关于把环境⁴⁸和社会⁴⁹因素纳入到公共采购的可能性的沟通意见。

然而，有人认为，本案判决- 像 **Beentjes** 判决一样 – “很难说是促进可持续公共采购”。⁵⁰本文作者在这一点上不持相同的看法。

11.5.3 2001 年 SIAC Construction 判决

11.5.3.1 判决

在 **SIAC Construction** 判决⁵¹中，爱尔兰最高法院向欧洲法院提起了关于当时有效的 71/305/EEC 理事会指令第 29 条⁵²关于公共工程合同授予程序的解释的初步裁决。这个问题已经提出在一间建筑公司 **SIAC Construction** 与梅奥郡议会的争端中被提起。第 29 条的措词是：

“1.当局授予合同的标准应建立在：

- 只是最低的价格或；

⁴⁷ Beentjes, paragraph 14.

⁴⁸ Interpretative communication of the Commission on the Community law applicable to public procurement and the possibilities for integrating environmental considerations into public procurement, [2001] OJ C 333/12.

⁴⁹ Interpretative Communication of the Commission on the Community law applicable to public procurement and the possibilities for integrating social considerations into public procurement, [2001] OJ C 333/27.

⁵⁰ See R. Caranta in Roberto Caranta & Martin Trybus (Eds.), *The Law of Green and Social Procurement in Europe* (Copenhagen 2010), 21.

⁵¹ Case C-19/00, *SIAC Construction* [2001] ECR I-7725.

⁵² Similar to the present Article 53 of Directive 2004/18.

- 或按各种标准如价格，期限完成，运行成本，盈利能力，技术水平授予经济最有利的投标标。

2.在后一种情况，授予合同当局应当在合同文件或合同通知中列明所有打算适用于合同授予的标准，如可能应按照重要性依次递减的顺序列明。”

郡议会在欧盟官方公报上刊登公告，通过公开的程序授予公共工程合同，涉及下水道，雨水排水道，通风渠道，雨水渠，压力管道和供水管道铺设进行招标。这个合同是一个衡量和价值的合同，据此，每个项目的估计数量分别设置在工程量清单。对于这种合同，投标人必须在估计总价率完成工程量清单的项目和数量，通过测量对完成工作的实际数量和估价在投标报价率计算所需支付的价款。

在“授予标准（除价格）”的问题上，合同通知规定：“合同应当被授予给向议会提交投标在成本和技术水平方面被判定是最有利的合格的承建商，且须为环境部部长所批准。”

二十四承包商提交了投标书。SIAC 公司提交的是其中价格最低的一个之一。郡议会任命的咨询工程师在报告中判断从技术优点的角度三个最低的标书报价相同。另一方面，他就 SIAC 提交的标书做出了严重保留，称所用的定价制度大大降低了咨询工程师充分适当管理合同的自由，在他看来，对于议会是经济最有利的。咨询工程师还指出，标题“材料”下，一个暂定数目为 90 000IEP 被列入其中，每个投标者都不得不增加了间接费用和利润百分比，等等。SIAC 100%的缩减了这一总额。顾问工程师认为 SIAC 无权作出这样的缩减。顾问工程师的报告接着指出，SIAC 采用的方法缩小了对清单项目数目的控制，这将以一个这样或那样的方式造成最终测量的不同。更具体地说，SIAC 的零税率项目为 27.5%，而另一个投标者，Mulcair，零税率只有 18%的项目并根据咨询工程师所说就价格衡量了所有主要项目。该顾问工程师报告的结论认为 Mulcair 提交的投标书，是比 SIAC 的“更平衡”，Mulcair 的招标，可能会有更好的经济效益，甚至可能成本较低。因此在其推荐书中，咨询工程师指出，第三个的投标者所提交投标文应已被拒绝，因为其投标纠正后的价格 IEP 115,047.33 比 Mulcair 的更多。他建议，SIAC 提交的投标不应该被接受，理由如下：SIAC 未能在提交投标时确定“竣工时间”，以及 SIAC 的 100%缩减和对 IEP 90 000 暂定金额只允许添加的间接费用利润的百分比等等应视为撤回投标，第三是因为 SIAC 没能对所有项目整体进行报价，使其对工

程量清单的控制即使不是不可能也是很苦难的。基于上述原因，咨询工程师建议 Mulcair 的修正后的投标应被接受和郡议会与 Mulcair 缔结合同，后来合同被完成。

当案件提至交爱尔兰最高法院，它向欧洲法院提出了一个问题，即在合同授予当局按照 71/305 指令第 29（1）和（2）所允许的解释将合同按照专家的专业性意见授予经济最有利的投标者时如何判断。

这给了欧洲法院机会表达投标者在制定投标书和招标书背审核⁵³时都必须处于平等的地位时这些被评选核定。此外，欧洲法院说，对于哪些可以被接受为授予公共工程合同的经济最有利标准，71/305 号指令第 29（1）条没有详尽列明。然而，尽管这一规定给予合同授予当局自由裁量判断的权利，其确定的标准必须仅涉及确定的经济上最有利的投标的目的。⁵⁴此外，合同授予标准对于缔约机关拥有不受限制的自由选择权有影响，授予合同是否与 71/305 指令第 29 条的规定⁵⁵不相容

在此之后，欧洲法院给了国内法院以下的答案：

“1971 年 7 月 26 日 71/305/EEC 理事会指令第 29 条（1）及（2）关于公共工程合同裁决程序的协调[...]必须被解释为允许合同授予当局有权选择合同授予标准将合同授予给经济最有利标的投标者，其中，按照专家的专业意见，该投标很可能是最低的，只要投标者的平等对待得到了保证，即是预示着该过程的透明度和客观性已获得保证，特别是：

- 这个授予标准是在合同通知或合同文件中明确规定的；及
- 专业的意见是在良好的专业实践为基础做出的相关和适当的评估客观因素的评估”。

11.5.3.2 SIAC Construction 判决的评价

虽然这项判决不直接涉及社会和环境政策，它强调了采购部门选择授予标准时在充分尊重欧盟法律的基本原则的前提下的自由裁量的可能性。

⁵³ With reference to Case C-87/94 *Commission v Belgium* [1996] ECR I-2043, paragraph 54.

⁵⁴ With reference to Case 31/87, *Gebroeders Beentjes BV v Netherlands* (“Beentjes”) [1998] ECR 4635, paragraph 19.

⁵⁵ Beentjes, paragraph 26.

11.5.4 2002 年 Concordia Buses 判决

11.5.4.1 判决

Concordia Buses 的判决⁵⁶充分显示出正在审议问题的特殊的重要性。芬兰最高行政法院已经把关于在水，能源，运输和电信部门经营实体采购程序指令⁵⁷和有关公共服务合同授予程序指令⁵⁸的问题提交欧洲法院。这些问题在芬兰和芬兰赫尔辛基市和 HKL-Bussiliikenne 关于赫尔辛基市的商业服务委员会授予 HKL - Bussiliikenne 在市区巴士路线网络的运营合同决定的法律程序提有效性中被提出。

案件的背景是，赫尔辛基市议会已决定引入招标，将整个赫尔辛基市的交通网络招标，第一个被授予航线将开始从 1998 年秋季开始运作。根据第 6 号招标公告，合同应被授予给对整个城市经济最有利的企业。这是根据三类参考标准进行评定：整体运营价格，车队的质量，运营商的质量和环境影响。第一，价格总要求，最有利的投标将得到 86 分和其他投标者的分数将通过使用下列公式计算：分数=最有利投标者年营业额除以相关投标者的年营业额和 86 的乘积。至于，接下来，车辆的质量，投标者在一些数量标准基础上最高增加 10 分。因此，低于四克/千瓦时氮氧化物的排放量的车辆（加 2.5 分/每辆车）或低于 2 克/千瓦时（加 3.5 分/每辆车），与外部噪音水平低于 77 分贝（+加 1 分/每辆）。最后，关于运营商的质量和环境影响方案，各种认证的质量标准和认证的环保项目给予授予加分。赫尔辛基市采购办公室收到八个对于 6 号线的投标，包括 HKL - Bussiliikenne 和 SSwebus Finland Oy Ab ('Swebus', subsequently Stagecoach Finland Oy Ab, then Concordia)。后者的招标包括两个报价，分别为 A 和 B。

商业服务委员会决定选择 HKL - Bussiliikenne 作为 6 号线运营商，因为其投标被评为整体经济最有利的投标。根据参考，Concordia（当时的 Swebus）提交了最低价格的投标，其 A 报价获得 81.44 分，其 B 报价获得 86 分。HKL -

⁵⁶ Case C-513/99, *Concordia Bus Finland Oy Ab v Helsinki Kaupunki and HKL-Bussiliikenne* ("Concordia Buses") [2002] ECR I-7213.

⁵⁷ 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.

⁵⁸ 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.

Bussiliikenne 得到 85.75 分。至于车队， HKL - Bussiliikenne 获得的最高分， 2.94 分， Concordia（当时 Swebus）A 报价获得 0.77 分， B 报价获得 -1.44。 HKL - Bussiliikenne 车队获得 2.94 分，包括低于 2 克/千瓦时的氧化氮的排放量，低于 77 分贝噪音水平。 Concordia（当时的 Swebus）没有获得氮氧化物排放和噪音标准的额外加分。 HKL - Bussiliikenne 和 Concordia 获得其质量和环境认证的最高分。在这种情况下， HKL - Bussiliikenne 获得整体最高分， 92.69。 Concordia（当时 Swebus）排名第二， A 方案获得 86.21 分， B 方案获得 88.56 分。

问题被提交至欧洲法院，法院重新阐述了第二个问题，其中欧洲法院首先回答了国内法院问的关于 92/50 指令的第 36（1）（a）条⁵⁹被解释为对于关于缔约当局将合同授予给经济最有利的投标，它可能考虑到的氮氧化物排放量减少或条款中噪音水平，如果这些物质的排放，噪音水平是或低于某一上限，可能会因为与其他投标者相比较而获得额外分数。

欧洲法院回答 92/50 指令的第 36（1）条类似的问题指出缔约机关可依据包括各种标准授予合同的可能性，如裁决是事实向经济最有利标，包括如，质量，技术水平，审美和功能特点，技术援助，售后服务，交货日期，交货期限或竣工期限或价格在内的各种标准授予合同。随后继续指出缔约机关是否可以根据第 36（1）（a）的规定将生态特点纳入到标准之中以及在何种条件下可以这么做，首先需要注意的是特别是在“例如”的表达，认为这可能是公共合同授予经济最有利投标者标采用的并非穷尽式列举的标准。⁶⁰第二，第 36（1）（a）条不能被解释为缔约当局所使用的以确定经济最有利投标者的授予标准，必然是纯粹的经济性质。也不能排除缔约当局可能会认为非经济因素会影响投标的价值。这一结论也得到了规定，其中明确提到了一个温和的关于授予标准的措辞。此外，欧洲法院接着

⁵⁹ Article 36(1)(a) of Directive 92/50 was very close to the now valid Article 53 of Directive 2004/18 since it was headed “Criteria for the award of contracts” and read: “1. Without prejudice to national laws, regulations or administrative provisions on the remuneration of certain services, the criteria on which the contracting authority shall base the award of contracts may be: (a) where the award is made to the economically most advantageous tender, various criteria relating to the contract: for example, quality, technical merit, aesthetic and functional characteristics, technical assistance and after-sales service, delivery date, delivery period or period of completion, price; or (b) the lowest price only.

2. Where the contract is to be awarded to the economically most advantageous tender, the contracting authority shall state in the contract documents or in the tender notice the award criteria which it intends to apply, where possible in descending order of importance.”

⁶⁰ The 欧洲法院 hereby referred to Case C-19/00, *SIAC Construction* [2001] ECR I-7725, paragraph 35.

提醒，已经注意到需要协调的共同体层级的公共合同授予程序以实现消除障碍，服务和商品的自由流动的目的。⁶¹

这导致欧洲法院得出结论说，在这种客观的角度，和欧共体条约第 130 条的解读，转化为阿姆斯特丹条约的第 6 条规定了对环境保护的要求，必须与共同体法律中的定义、实施政策和活动的进行协调统一，必须得出结论，92/50 指令的第 36 条(1)(a)并未排除在对经济最有利进行评估时使用有关环保标准的可能性。⁶²

但欧洲法院补充说，这并不意味着，任何这种性质的标准都可以由缔约当局考虑在内。因为虽然 92/50 第 36 条(1)(a)留给缔约机关选择授予合同标准的自由，但是只是限定与经济最有利标准相关的因素。⁶³既然与投标的合同主体实现有关，可以适用的授予标准必须与合同的主体事项相一致。欧洲法院继续进行回顾，第一，那为确定经济最有利的投标，缔约当局必须能够评估提交的标书，并在有关定性和定量标准的基础上对相关合同做出决定。此外，欧洲法院说，判例法的裁决似乎也表明了缔约机关在遵守 92/50 指令第 36(1)(a)条规定的基础上有不受限制的选择自由。⁶⁴其次，应该指出的是，以确定经济最有利投标所采用的标准，必须符合 50/92 指令中规定的所有程序规则，尤其是对公告的规定。它接着指出，根据指令第 36(2)条规定，所有这些标准必须在合同文件或招标公告中作出明确规定，使运营商有能力了解其存在和范围。⁶⁵最后，这种标准必须遵守所有共同体法律的基本原则，特别是不歧视的原则，因为来自于设立的权利和自由提供服务的各项规定。⁶⁶

可以得出结论，如果缔约当局决定按照 50/92 指令第 36 条(1)(a)授予合同给经济最有利的投标者，可能需要考虑有关环境的标准，只要是关系到合同的主体事项，不要赋予缔约机关不受限制的自由选择，是在合同通知或合同文件中明确公告了的，并遵守与所有共同体法的基本原则，特别是不歧视原则。⁶⁷

⁶¹ Referring here to, *inter alia*, Case C-19/00, *SIAC Construction* [2001] ECR I-7725, paragraph 32.

⁶² Paragraph 57.

⁶³ With reference to *i.a.* Case 31/87, *Gebroeders Beentjes BV v Netherlands* (“Beentjes”) [1998] ECR 4635, paragraph 19, and Case C-19/00, *SIAC Construction* [2001] ECR I-7725, paragraph 36.

⁶⁴ With reference to *Beentjes*, paragraph 26, and Case C-19/00, *SIAC Construction* [2001] ECR I-7725, paragraph 37.

⁶⁵ Reference concerning public works contracts to *Beentjes*, paragraphs 31 and 36, and Case C-225/98, *Commission v France* (“*Nord-pas-de-Calais*”) [2000] ECR I-7445, paragraph 51.

⁶⁶ With reference to *Beentjes*, paragraph 29, and *Nord-pas-de-Calais*, paragraph 50.

⁶⁷ Paragraph 64.

谈到案件的主要程序中，欧洲法院指出，首先，有关氮氧化物排放量标准和公共汽车的噪音水平，在本案中，这些问题，可被视为与城市公交服务合同有关的主题事项。然后，给符合某些特定的环境要求和客观量化的标准的投标人加额外分数在本案中也不是赋予缔约当局一个不受限制的选择自由。此外，本案中争议的标准明确提到由赫尔辛基市采购办公室在招标公告中进行了公布。最后，就上述标准是否遵守了不歧视原则，特别是是否符合法律程序的问题上，在审查标准下与第三个问题相关的答案涉及的正是这一点。

因此，在上述所有情况，对第二个问题的答案是，50/92 指令第 36 (1) (a) 条被解释为，如在为提供公共城市公共汽车交通服务合同中，缔约当局决定授予经济最有利的投标者合同时，可能需要考虑生态标准，如氮氧化物的排放水平或公共汽车的噪音水平的规定，他们均与合同的主体事项相关，不构成授予缔约机关不受限制的自由选择的权力，都在合同通知或合同文件中明确提及，并遵守所有的欧共体法律，特别是法律的基本原则，如不歧视原则。⁶⁸

The 欧洲法院然后转向第三个问题，从本质上将其诠释为，是否平等对待原则排除了将保护环境如在主要程序问题中作为有关准则进行考虑，因为缔约实体自己的运输公司是在能够提供满足这些标准的车队几个实体之一。

为此欧洲法院指出，遵守平等对待原则的义务是公共采购指令的核心所在，其目的特别是促进在该领域内的有效竞争，且制定这些标准都是为了确保这样的竞争。因此，授予标准，必须遵守不歧视原则，因为要遵守共同体法律中的设立自由和自由提供服务的。⁶⁹在本案中，应当指出，第一，很明显，案件中的授予标准是客观的，不加区分的适用于所有竞争者的。其次，直接关系到车队的标准，是计分制度的组成部分。最后，在这个制度下，可在满足其他标准时获得额外加分，如低地板公共汽车，座位和尖式座椅的数量和巴士的车龄。因此，如果法院认为，在这种事实情况下，订约单位采纳以确定经济最有利的投标条件的投标者数量不多，其中之一是属于缔约实体的，本身并不构成了违反平等对待的原则。在这种情况下，第三个问题的答案是，平等对待的原则并不仅仅是因为缔约实体

⁶⁸ Paragraph 69.

⁶⁹ Referring to Case 31/87, *Gebroeders Beentjes BV v Netherlands* (“Beentjes”) [1998] ECR 4635, paragraph 33.

自己的运输公司是能够提供满足这些标准的车队的企业之一而排除保护环境在主要程序中的适用。

欧洲法院然后转向第一个问题，其中法院发现，国内法院基本上已询问到如果授予公共合同的程序受 93/38 指令规制对第二个和第三个问题的答案会不同。对这一问题，欧洲法院指出，首先，92/50 指令的第 36（1）款（a）条的规定和 93/38 指令第 34（1）（a）的措辞基本一致。其次，1993 年 6 月 14 日 93/36/EEC 理事会指令有关公共合同授予标准的规定（OJ1993 L 199, p54）也与 92/50 指令的第 36（1）款（a）条的规定和 93/38 指令第 34（1）（a）的措辞基本一致。第三，应当指出，作为一个整体，这些指令构成共同体公共合同法的核心，其目的是在各自的领域实现类似的目标。在这种情况下，没有理由对两个属于同一领域的共同体法律并有大致相同的措辞的两个法律规定作出不同的解释。欧洲法院补充说，也应该指出的是，法院已在“Storebaelt”判决⁷⁰中认为有责任遵守平等对待的原则是所有公共采购指令的核心所在。主要程序的文件还没有透露任何东西表明，关于缔约实体授予标准的选择问题，条款的解释应取决于对本案有关合同适用特定的指令。因此，对第一个问题的答案是：如果对于在诉讼中的主要问题的公共合同授予程序受 93/38 指令规制，第二个和第三个问题的答案也不会有所不同。

11.5.4.2 对 *Concordia Buses* 判决的评价

有观点认为，这一判决是朝前的个案。⁷¹不过，值得注意的是，在这种情况下欧洲法院把“合同的主体事项”作为对缔约当局自由选择的限制。欧洲法院从而明确对总法律顾问在本案中提到的问题作出了保留，在处理欧洲法院的判例法适用于目前的问题时，“我的看法是，可以从上述判决中毫无疑问的推断环境标准可以是公共服务合同授予的标准。这一点与 *Beentjes* 案和委员会诉法国案的判决是共同的，即法院认可，允许在合同授予标准中包括目的是服务于公共利益的标准。在 *Beentjes* 判决中有争议的标准是投标者雇佣长期失业人员的义务，而在委

⁷⁰ Case C-243/89, *Commission v Denmark ("Storebaelt")* [1993] ECR I-3353, in paragraph 33.

⁷¹ See on this subject R. Caranta in Roberto Caranta & Martin Trybus (Eds.), *The Law of Green and Social Procurement in Europe* (Copenhagen 2010), 22.

员会诉法国判决中涉及的是反对失业的当地运动”⁷²但是，如上所述，欧洲法院阐述了“但是，这并不意味着任何这种性质的标准，都可由缔约当局考虑在内。[...] 由于招标必然涉及到合同的主体事项，必须遵循收于标准可能必须必须与合同的主体事项相关”。⁷³在接下来的案件中，ENV 和 Wienstrom 判决，标准与合同主体事项的关联性是重要的因素。

11.5.5 2003 年 ENV 和 Wienstrom 判决

11.5.5.1 ENV 和 Wienstrom 判决

在 ENV 和 Wienstrom 判决⁷⁴中，欧洲法院进一步面临着绿色采购的问题。缔约当局是奥地利共和国，案件源自 EVN AG 和 Wienstrom GmbH 提交了招标书的招标程序的公共货物合同授予。

奥地利共和国发布了电力供应合同对的公开招标邀请。即将被授予的合同框架包括为 Kärnten（克恩顿州）域内奥地利联邦共和国的所有行政办公室提供电力供应的个体合同。合同期限从 2002 年 1 月 1 日运行至 2003 年 12 月 31 日。招标邀请是在欧洲共同体官方公报上公布，“授予标准”的标题下是如下规定：“经济最有利的投标按以下标准：根据合同文件所提供的服务对环境的影响。”

缔约当局要求投标必须以奥地利先令（ATS）（奥地利当时的货币）标明价格，价格单位为每千瓦小时（kWh）。这适用于整个申请合同期内，并没有任何修改或调整。供电商必须承诺提供可再生能源生产的电力，受技术限制，并在任何情况下不得故意提供机关核裂变所发电力。不过，供应商没有被要求须提交证明其电力来源的证据。缔约当局有权终止合同，并就违反上述义务做出惩罚性赔偿的权利。

在合同文件中称，缔约当局知道，由于技术原因没有供应商可以保证供应给特定消费者的电力实际上是由可再生能源的生产，但尽管如此，缔约当局仍已决

⁷² Advocate General Mischo, point 91.

⁷³ Paragraphs 58 f. See a commentary to the judgment by Pablo Charro, *Case C-513/99, Concordia Bus Finland Oy Ab v. Helsingin kaupunki and HKL-Bussiliikenne, Judgment of the Full Court of 17 September 2002*, C.M.L.Rev. 40, 179-191, 2003.

⁷⁴ Case C-448/01, *EVN AG and Wienstrom GmbH v Austria* (“EVN”) [2003] ECR I-14527.

定与可以至少年可再生能源生产的电力能保证供应 22.5 千兆瓦小时的投标者缔约，因为联邦办事处年度消费量估计为 22.5 亿千瓦时左右。此外，它指定，投标书如果不包含下列证据将被淘汰：“在过去两年和/或在未来的两年，通过可再生能源，投标者生产或供应和/或将生产或供应，并具有多年提供和/或将要提供给最终消费者，至少每年 22.5 亿千瓦时的电力”。本授予标准为每千瓦时净价，有 55% 的比重，和“能源来自可再生能源生产的”为 45% 的比重。关于后一条授予标准，其称“只有可再生能源生产的能源，超过每年 22.5 亿千瓦时的投标将被考虑”。

共提交了四份标书，2001 年 5 月 10 日开标。Kärntner Elektrizitäts-AG 和 Stadtwerke Klagenfurt AG 公司投标组（“KELAG”）在提交投标文件中出价 0.44 奥地利先令/千瓦时，通过确定电力生产能力和电源结构，他们能够提供可再生能源发电总数额 3,406.2 亿千瓦时。另一家供应商，Energie Oberösterreich 公司，提交了标书，其中出价 0.4191 奥地利先令/千瓦时，年度消费量为超过 100 万亿千瓦时，并在文件中表明，能够提供 1999 年至 2002 年，证明其发电的来自可再生能源的数额，其中年度最高数量为每年 5,280 亿千瓦时。第三个供应商，BEWAG，也提交了标书，其中规定了 0.465 /千瓦时的价格，文件显示，BEWAG 其提供的产品或提供的电力来自可再生能源的，按照所占的比例推断为 449.2 亿千瓦时。

由 EVN AG 和 Wienstrom GmbH 在提交投标文件中出价为 0.52 /千瓦时的价格。这些申请者没有提供的电力供应的能源来源数据，而是仅仅表示，在自己的发电厂中，所生产的发电量来自这种能源的任何具体数字。此外，他们曾与水力发电厂有购电协议，水电厂分属于 Österreichische Elektrizitätswirtschafts 股份有限公司和奥地利的水力发电站等，同时还与最大的可再生能源发电站具有长期的购电协议。在 1999 年和 2000 年，他们排他性的从瑞士购买了水力发电，并将继续如此。来自可再生能源的电力总量数倍于招标邀请中所要求的发电量。

合同授予当局认为，在四个提交的投标书中，最好的是 KELAG 的，该投标获得了两个授予标准的最高分。EVN AG 和 Wienstrom GmbH 则在两个标准中都得分最少。

EVN AG 和 Wienstrom GmbH 认为，在邀请招标的各项规定包括授予标准中有关“可再生能源生产的电力”的要求，是非法的，开始在奥地利的法律制度提起申诉程序。在 Bundesvergabebamt，他们的诉求是整个招标邀请，合同文件的

一系列规定和缔约当局的一些决定无效。这些决定包括，特别是关于特定阶段可再生能源电力来源证明缺失的决定，提供证据证明特定阶段来自可再生能源的发电量证明和授予标准中对每年来自可再生能源的发电量超过 22.5 亿千瓦时的要求和拒绝取消招标邀请的决定。

Bundesvergabeamt 以决定的形式受理了 **VN AG** 和 **Wienstrom GmbH** 的申请，并从合同被授予之日起至决定做出之日期间内禁止合同执行。**VN AG** 和 **Wienstrom GmbH** 进一步提出申请，**Bundesvergabeamt** 作出的临时措施命令，允许缔约当局在合同授予可以被取消的条件下缔结合同，即在 **Bundesvergabeamt** 发现根据申请人的申请该合同授予属于非法的情况下，合同将被取消。此后的框架合同按照上文中所提到的决定由缔约当局授予 **KELAG**。

Bundesvergabeamt 认为，为了解决当前的纠纷，欧盟法律一些条款的解释是必要的。因此，决定搁置法律程序，并就四个问题向欧洲法院申请初步裁定。

只有第一个问题是这里所讨论的主题相关的。欧洲法院表示，从 **Bundesvergabeamt** 的解释可以清楚的看出第一个问题，必须从两方面理解。首先，需要确定共同体对公共采购的立法，特别是第 36/93 指令的第 26 条，排除了缔约当局在判断电力供应的经济最有利投标者时要求电力来自可再生能源发电。第二，如果问题的第一部分是肯定的回答，**Bundesvergabeamt** 要求澄清欧共体法律关于这一标准的正确运用，特别是鉴于本案中的具体标准的措辞。因此，问题的第二部分可以被分解成若干子问题。更具体地说，**Bundesvergabeamt** 不清楚，在给定的情况下这样的标准与欧盟法律的兼容性，（a）至（d）所示，换句话说，鉴于标准（a）占权重 45%；（b）未同时要求允许其在投标中所载资料的准确性得到有效验证，并不一定有助于实现这一目标追求的目标；（c）没有界定确定的供应期，（d）要求投标者说明供给不特定消费者的多少电力来自可再生能源供应，并确定准投标规定的最高数额，供应量仅考虑本合同有关的邀请招标相关事项方面超过了预期消费量的程度。

欧洲法院选择先从 1 号问题的第一部分开始审议。欧洲法院这里指出 93/36 指令第 26 条中的表达“经济最有利投标”缺乏明确性的事实，**Bundesvergabeamt** 首先提问作为一个原则问题，是否法律允许欧共体缔约当局制订不能直接按经济价值衡量的标准判断优势，如有关保护环境的优点。对于这种情况，欧洲法院指

出，已经做出的判决可在本案中作为参考，法院已有就缔约当局是否可以以及在何种条件下可以把生态标准纳入到经济上最有利合同授予标准中的判例不。欧洲法院在此提到其在 *Concordia Buses* 案⁷⁵中，已经涉及到 92/50 指令第 36（1）条的解释判决，但是，正如欧洲法院现在说，93/36 指令第 26（1）（b）的措辞或多或少是一样的，即 *concordia Buses* 判决的第 55 段所说，92/50 指令第 26 条（1）（b）的规定不能被解释为缔约当局所使用的确定经济最有利投标的标准必须是纯粹的经济性质。因此，法院已同意，如果缔约当局决定按照经济最有利标准授予合同，可以考虑生态标准，只要与合同主体事项相关，没赋予缔约机关不受限制的自由选择权，都是在合同通知或合同文件中明确提及的，并遵守所有的共同体法律的基本原则，特别是不歧视原则。

VN AG 和 *Wienstrom GmbH* 诉奥地利案中 1 号问题的第 1 部分可以被回答为，关于公共采购的立法并不排除缔约当局在采取经济最有利标准授予电力供应合同时，规定电力供应将来自可再生能源，这一标准是与合同主体事项相关的，并没有赋予缔约当局不受限制的自由选择权，是在合同文件或合同通知中明确提及的，并与所有的共同体法的基本原则，特别是不歧视原则相一致。⁷⁶

至于 1 号问题第二部分，欧洲法院开始指出（a）奥地利所指法院，*Bundesvergabebamt*，事实上曾表示，即使授予标准与环境有关，如一个适用于在主要程序问题的情况下，不得被看作是与欧共体公共合同授予原则兼容的，认为给予 45% 的比重将导致另一个问题，因为这样一个对合同授予结果有显著影响的标准并不能按照经济价值量化评估，这将引发争议。另一方面，奥地利政府认为授予经济最有利投标者合同，只有在比重会导致缔约当局局不合理的失真判断才属于非法。在这种情况下，“价格”和“电力来自可再生能源生产的”标准之间关系不仅是客观的，此外，优先于纯粹算术上的经济最优的考虑，因为价格所占比重比电力供应来源高 10%。

面对这些争议，欧洲法院首先回顾，根据之前的判例法，缔约当局有权在选择经济上最有利投标者时自行选择合同授予标准，在这种标准选择并不赋予缔约

⁷⁵ Case C-513/99, *Concordia Bus Finland Oy Ab v Helsinki Kaupunki and HKL-Bussiliikenne* (“Concordia Buses”) [2002] ECR I-7213; see above under point 11.5.4.

⁷⁶ Paragraph 34.

当局不受限制的自由选择权的前提下⁷⁷。而这样的标准必须同时欧盟法律规定的的基本原则和程序相一致。⁷⁸据此，只要符合欧盟法律的规定，缔约当局不仅可以自由选择授予合同的标准，但还确定这些标准的比重，但前提是有一个整体加权评价制，以确定经济最有利所适用的标准。欧洲法院接着说，考虑到本案中的授标标准，在主要程序中的合同授予标准，法院已经认为，可再生能源的发电，是有益于保护环境的，有助于减少作为气候变化的主要元凶的温室气体的排放，欧洲联盟及其成员国已承诺减少温室气体的排放。⁷⁹ 欧洲法院此外认为，很明显，特别是 2001/77 号指令序言的 18 和第 1 第 3 条⁸⁰，恰恰是指令的目的，即利用市场力量，促进加大对可再生能源在内部电力市场的比重，根据指令序言 2，这是欧盟高度优先的目标事项。因此，考虑到标准所追求目标的重要性，其 45% 的比重并未对整个合同经济最优投标者授予标准的运用构成障碍。在这种情况下，由于没有证据支持其违反了欧盟法律，因此认为，45% 的权重，在诉讼中的主要问题中作为授予标准并不违反欧盟关于公共采购的立法。

至于第二部分 (b)，欧洲法院重新诠释奥地利 *Bundesvergabeamt* 问题的实质，本质上是欧盟法律条文是否规制合同机关所要求的授予公共合同标准不能在标书所载资料中得到准确有效验证的问题。而且 *Bundesvergabeamt* 也已明朗，在何种程度上这样的授予标准能推动目标的实现。由于没有计划验证多大程度上本授予标准可以提高可再生能源发电能力，有可能本标准的采用整体上对可再生能源发电总量没有影响。

欧洲法院的回答是应回顾投标者公平待遇原则，如法院已多次适用的那样，体现在指令中公共合同授予程序⁸¹，首先，投标者在制定标书和评标时都必须在平等的地位⁸²。这意味着，更具体地说，评标时，裁决必须统一对所有投标人适用客

⁷⁷ The 欧洲法院 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.

⁷⁸ 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] ECR I-7213, paragraphs 62 and 63.

⁷⁹ Here referring to Case C-379/98, *PreussenElektra* [2001] ECR I-2099, paragraph 73.

⁸⁰ Directive 2001/77/EC of the European Parliament and of the Council of 27 September 2001 on the promotion of electricity produced from renewable energy sources in the internal electricity market, OJ L 283, 27.10.2001, p. 33.

⁸¹ Referring in particular to Case C-470/99 *Universale-Bau and Others* [2002] ECR I-11617, paragraph 91, and Case C-315/01 *GAT* [2003] ECR I-6351, paragraph 73.

⁸² With reference to Case C-19/00, *SIAC Construction* [2001] ECR I-7725, paragraph 34; see about this case above point 11.5.3.

观标准。⁸³ 第二，平等待遇原则隐含了透明度义务，以便核查是否已被遵守，这是由对采购程序的公正性审查组成。⁸⁴客观和透明的评估取决于缔约机关，依赖于投标者提供的信息和证据，能够有效地核实投标者是否提交了符合授予标准的标书。因此，显然，如果缔约当局规定的授予标准，表明它不打算也不能验证由投标者提供信息的准确性，则违反了平等待遇原则，因为这样的标准不能确保招标程序的透明度和客观性。关于这个，欧洲法院得出结论即授予标准不能有效验证投标者所提供的信息，则违反欧共体公共采购领域的法律原则。

关于这个问题，**Bundesvergabeamt** 就是否主要程序的授予标准违反欧盟法律表明，尽管目前不必然有助于提高可再生能源的发电能力，需要注意的是是否事实上这样的标准与欧盟公共采购领域的规定不一致⁸⁵，而非只是因为并不一定有助于实现这一目标。

⁸³ Referring to the *SIAC Construction* judgment, paragraph 44.

⁸⁴ With reference to Case C-470/99 *Universale-Bau and Others* [2002] ECR I-11617, paragraphs 91 and 92.

⁸⁵ An error occurs here in the English version of the judgment para 54 by using the expression "cannot be regarded as incompatible". The meaning of the Court was just the opposite, see e.g. the French version *of the judgment*.

关于第二部分要点（c），欧洲法院发现 **Bundesvergabeamt** 曾认为，由于缔约当局省略具体的供应期，该准则的适用于不符合投标者的可比性，这是从透明度原则派生的要求。至于对投标者适格性要求的证明，要求的是招标前的两年和之后的两年，该期间是所要求的发电量的计算必需的。据 **Bundesvergabeamt** 称，即使该条文亦在该授予标准范围内适用，也没有明确的可以被考虑在内的供货周期。相反，在四年期间，可能会供应不同量的电力。甚至可以设想，投标者所提供的电量将依赖于来自可再生能源发电站的建设和其他途径的前提。奥地利政府，然而，解释说，在奥地利，电力市场已经全面自由化，有可能设立贸易公司，其目的是购买和出售电力。有关已于全面自由化大约六个月前发表招标邀请，开始生效，已被迫制定条款，使授予标准能够使市场上已有自己电力生产方式和被授权经营电力交易的公司都能有权在自由化后提交投标参与竞争。因此，使企业可能对其前两个年度或后两个年度可再生能源发电量或购电量做出声明。最后，所有的企业其实只提供招标前两年有关资料，并在每年的数额不同情况下，最好的投标是根据平均数的基础上确定。

欧洲法院遇到的这些争议在其先前的判例法中都有参考。因此说，判例法上看公共合同授予程序在每个阶段都必须遵守平等待遇原则和透明度原则，为潜在投标者提供平等的市场机会。⁸⁶更具体地说，这意味着，授予标准，必须在合同文件或合同的通知中确定，在这种方式下，可以让所有合理的正常勤奋消息灵通的投标者以相同的方式解释标准。⁸⁷因此，在争论中的主要程序的情况案例下，缔约当局忽略投标者必须在标书中表明可再生能源的发电量的期间，如果这些资料的遗漏，会造成投标者因此很难甚至根本无法知道标准的确切范围，从而也无法以同样的方式解释标准，可能造成侵犯平等待遇和透明度原则。这要由奥地利国内法院判定，考虑到所有案件的情况，尽管遗漏，在主要程序的问题上，充分明确的授予标准是满足同等待遇和透明度要求授予公共合同的必要条件。

关于第二部分，要点（d）**Bundesvergabeamt** 解释说，作为诉讼中的主要问题，作为授予标准，投标者提供给非特定消费者的来自可再生能源的电力数量，只有超出了在招标中预期的消费量时供应量才被考虑在内。在迄今为止这一标准

⁸⁶ With reference to Case C-470/99 *Universale-Bau and Others* [2002] ECR I-11617, paragraph 93.

⁸⁷ With reference to Case C-19/00, *SIAC Construction* [2001] ECR I-7725, paragraph 41; see above point 11.5.3.

只涉及投标者能够供电的总额而非专门向奥地利政府的供电量，**Bundesvergabeamt** 不确定这是否与缔约当局的直接经济优势有任何联系。

关于这一点，欧洲法院首先回顾说，早在这一判决⁸⁸就已表示，缔约机关将生态标准作为确定经济最有利授予标准是与合同的主体事项有关的。在目前案例中，然而授予标准并不适用于服务作为合同的标的物，即向缔约当局提供其在投标邀请中规定的预计相应消费需求的电量，而非已经或将供应给其他客户的电量。但正如招标邀请中要求的仅仅是可再生能源的发电量相关的授予标准与合同的主体事项无关。欧洲法院补充称，根据适用的授予标准，投标邀请中规定的是在预期的年度消费量的电力过剩，是决定性的，很可能赋予有较大的生产或供应能力的投标者优势，由于其能够提供比其他投标者数量更多的电力。因此，这一标准可能会对完全能够满足与合同标的物的要求造成不合理的歧视。这样一个对运营商的限制造成参加投标的运营商可能会阻挠开放市场，这本是协调公共货物合同授予程序指令所追求的竞争的客观效果。

欧洲法院最后补充说，即使假设，这一标准是以确保供应的可靠性⁸⁹的必要要求，也应当指出，虽然供应的可靠性能，在原则上，用于确定经济最有利投标者的标准之一，对投标者有能力提供招标邀请所规定的最大电量可能无法合法地获得了授予标准的地位。因此，后面要求投标者说明他们多少电力来自可再生能源供应给非特定消费者，并设定了最高数量，超过了在预期范围内的采购消费量，应被考虑在范围内，本案中适用的授予标准是与欧盟法规对公共采购规定相兼容的。

在所有上述情况下，提交给法院的第一个问题的答案是，欧盟关于公共采购的立法并不排除缔约当局在经济最有利评标的范围内，对于要求电力供应将来自可再生能源生产，设定 45% 比重。尽管事实上，这一标准并不一定有助于实现这一目标，但这是无关的。

另一方面，该法例没有排除这种标准

- 并未同时规定要求标书所载资料的准确性能够得到有效验证，

⁸⁸ *In paragraph 33.*

⁸⁹ *This would be an assumption which it was for the national court to verify.*

- 要求投标者说明他们多少来自可再生能源的电力供应给非特定消费者，并设定了最大数目为准投标规定的最高数额，供应量仅考虑超过了采购方面的预期消费量的部分。⁹⁰

11.5.5.2 对 ENV 和 Wienstrom 判决的评价

通过这一判决，欧洲法院清楚说明，投标中的“绿色”部分与合同的关系是至关重要的，不能仅仅简单的考虑“绿色因素”而忽略与合同的关系（或绿色的履约能力）。此外，欧洲法院表示，每个授予标准不一定必须是纯粹的经济性质。缔约当局也可在用经济最有利标准授予合同决定做出时考虑生态标准。但是，正如法院之前所说要求这些标准必须是与合同的主体事项相关的，并不赋予缔约机关不受限制的自由选择权，且需在合同通知或合同文件中明确提到的，并遵守所有共同体法律的基本原则，特别是不歧视原则。⁹¹

11.6 与社会和环境政策相关的深入思考

11.6.1 简介

有争论认为 2004/18 号指令，尽管事实上宣称⁹²已沿袭了之前欧洲法院的判例法，并没有澄清所有产生的有关公共采购可持续性的相关问题。⁹³同时，被指出，一般采购法必须与要求参与的实体必须适用绿色采购的越来越多的具体的规章制度相结合进行解读。如果考察了公共采购的不同阶段，就变得清晰了，即可持续采购的相关应用在现今变化万千的形势下成为可能的并且有很大的相关性。这将在以下章节进行简述。⁹⁴

⁹⁰ *It was, however, for the national court to determine whether, despite the contracting authority's failure to stipulate a specific supply period, the award criterion was sufficiently clearly formulated to satisfy the requirements of equal treatment.*

⁹¹ See a commentary to the judgment by Martin Dischendorfer, *The Rules on award under the EC procurement Directives and the effect of using unlawful criteria: the ENV case*, 3 P.P.L.R. 2004, 3, NA 74-84.

⁹² See above about the recitals 1 and 12 and 5 and 6.

⁹³ See to this R. Caranta in Roberto Caranta & Martin Trybus (Eds.), *The Law of Green and Social Procurement in Europe (Copenhagen 2010)*, 27.

⁹⁴ The following has partly found inspiration i.a. from the approach taken by R. Caranta in Roberto Caranta & Martin Trybus (Eds.), *The Law of Green and Social Procurement in Europe (Copenhagen 2010)*, 27 ff.

11.6.2 综述

正如已经看到的那样，欧洲法院判决已几乎全部在处理社会和环境政策已经在决定将合同授予谁的阶段到了需要做出清楚判断的时候。。然而，欧洲法院也清楚的认识到了公共采购的其他阶段可能会涉及到相关政策的可能性。因此，在对德国的判决⁹⁵中欧洲法院指出，缔约当局可以在公共合同授予程序的各个阶段考虑环保标准。因此，与环境保护有关的技术原因可以在评标阶段被作为是否将合同授予某一供应商的标准也不是不可能的。但在这种情况下使用的程序必须符合欧洲联盟法律中的基本原则。因此，我们有理由强调，社会和环境政策可能会在各个阶段被考虑在内的事实。

从一开始，第一个问题是是否采购实体在考察被邀请招标的竞争者是否适格时可将社会和环境政策考虑在内。根据 2004/18 号指令第 48（2）（f）条，有关适格性和参与者选择的核查，特别是与选择标准有关的，“技术和/或专业能力”的问题，'经济经营者的技术能力的证据，可以根据以下一个或多个方法根据其工程，供货或服务的使用性质，数量，重要性来判断：“（f）公共工程及公共服务合同，只有在适当的情况下，环境管理措施的指标表明经济运营商将能够履行合同时适用”。此外，第 50 条“环境管理标准”扩展了这一规定，如果缔约当局在第 48 条（2）（f）所指的情况下，要求独立机构发放的注册证书，参照共同体生态管理和审计计划（EMAS 的）或欧洲和国际社会有关环境管理方面通过的法律或有关欧洲或国际标准机构的认证标准为基础的认证标准，证明具有一定的经济运营环境管理标准的履约条件。应当承认其他成员国设立机构的证书具有同等效力。他们也应接受同等的经济运营环境管理措施的其他证据。在指令中就此特别做了说明，社会和环境政策可能在资格预审阶段已经被考虑在内。

在处理绿色采购和其他事项时，该合同的主体事项应是相关的。

除了技术规格，可能包括“绿色”的考虑。

可以从参考上述欧洲法院的判决看出，在指令特别是第 53 条设定的情况下和判决规定的情况下，在雨合同主体事项相关的条件下，授予标准中考虑社会和环境政策是可能的。

⁹⁵ Joined Cases C-20/01 and C-28/01, *Commission v Germany*, [2003] ECR I-3609.

但是，如果这从一开始就是明确透明的，社会和环境政策也可能在合同履行阶段被考虑。因此，必须在合同文件或招标通知中明确提及。此外，必须遵守欧盟法律的基本原则，特别是不歧视和透明原则。此外，他们不得构成赋予缔约当局不受限制的自由选择权。这些将会在下文中作进一步的讨论。

11.6.3 选择阶段

在公共采购过程中选择阶段，指令包括详尽的定性选择申请人名单的选择标准。这必须从 *Beentjes* 判决⁹⁶理解，其中欧洲法院认为合同授予当局只能在有关其经济和财务状况和他们的技术知识和能力标准的基础上审查其适格性。⁹⁷但在此处绿色因素多大程度上被包括在内是一个开放问题。⁹⁸

委员会最近的工作人员社会购买工作文件⁹⁹，概括地说，如下与选择有关：

“考虑潜在合同方履行合同的能力。

在采购指令列明的清单中建立选择标准。

合同合同是否需要社会能力或能力（例如特别技能，训练或足够的设备来处理合同的社会方面）？如果是，包括证明履行合同技术能力的社会标准。

技术能力的评估必须涉及到候选人的履行合同的能力。

凡有关的，考虑要求供应商提供类似合同的业绩记录有关社会标准。考虑投标者排除的可能性，如果指令允许排除的条件得到满足。”¹⁰⁰

11.6.4 合同的主体事项

从实际角度来看，最相关的是发现什么是合同的主体事项。这是对于缔约当局确保其社会和环境政策的应用是与欧盟立法相一致是必要的。最有可能的是必须在起草完成技术规范（见下文）时实现。在委员会将欧共体法律应用于公共采

⁹⁶ Case C-31/87 *Gebroeders Beentjes BV v State of the Netherlands*, [1988] ECR 4635.

⁹⁷ Paragraph 17.

⁹⁸ See Ruth Nielsen, *Udbud af offentlige kontrakter* (4th ed., Copenhagen 2010,), 345.

⁹⁹ Commission Staff Working Document on Buying Social: A Guide to Taking Account of Social Considerations in Public Procurement, Brussels, 19.10.2010, SEC(2010) 1258 final.

¹⁰⁰ Staff Working Document on Buying Social, 40.

购领域和 2004 年指令之前将环境因素纳入到公共采购的可能性解释性意见中，¹⁰¹ 已表示，绿色采购的“主要可能性”是“要在公共采购过程的开始即采用，即在决定合同主体事项时即做出决定。公共采购指令并未对这些决定做出规制，但它们由条约的基本原则如关于商品和服务自由流动，特别是不歧视原则和比例原则所规制。公共采购指令本身为公共采购纳入环境因素提供了不同的可能性，尤其是在定义技术规范，选择标准和合同的授予标准时”。¹⁰²因此，在意见中称“为了提高透明度，指令要求缔约当局在每个合同有关的合同文件中表明技术规格。这些规则的目标是开放公共市场，建立真正的竞争，防止市场为国内特定企业做出保留（即避免歧视）。技术规格包括缔约当局的要求的所有特征，以确保产品或服务能够满足其需要的用途。这些技术规格对合同的主体事项做出了客观的可衡量的细化，因此必须与合同的主体事项相关。”¹⁰³

这种做法可能产生的问题是：合同的主体事项与合同履行条件之间是否有差别，见下文。

然而，在结束对合同主体事项的讨论之前，应该强调的是，人们可能会与生产过程以及上述技术规格的关系一起考虑这一问题。

在第一种情况下，与生产过程的关系，委员会的解释性意见¹⁰⁴ 1.2 项“要求使用特定生产过程的可能性”中指出¹⁰⁵，“在指令中技术规格的定义并没有明确提到生产过程[...]。然而，这不会产生对特定企业保留市场的后果的前提下[...]，特定生产过程的使用可能会被当局所要求，如果这有助于指定产品或服务的性能特点（有形或无形）。生产过程涵盖了与相关产品生产有关的，有助于产品的特征而不必是终端产品中可见的所有要求和方面。这意味着该产品与其他类似产品在其生产或外观上不同（差异是否可见），因为对环境无害的生产过程的使用，例如：有机食品[...]，或“绿色”电力。缔约当局必须注意特定的生产工艺要求是没

¹⁰¹ *Interpretative communication of the Commission on the Community law applicable to public procurement and the possibilities for integrating environmental considerations into public procurement, [2001] OJ C 333/12.*

¹⁰² *Executive Summary, points 6 and 7.*

¹⁰³ *Interpretative communication of the Commission on environmental considerations, point II, 1. See also Roberto Caranta in Roberto Caranta & Martin Trybus (Eds.), The Law of Green and Social Procurement in Europe (Copenhagen 2010), 28.*

¹⁰⁴ *Interpretative communication of the Commission on the Community law applicable to public procurement and the possibilities for integrating environmental considerations into public procurement, [2001] OJ C 333/12.*

¹⁰⁵ *Interpretative communication II, 1.2.*

有歧视性的。¹⁰⁶要求不涉及到生产本身，如企业如何运行的，相反，则不是技术规范，因此无法作出强制性的规定”¹⁰⁷。

11.6.5 技术规格

在第二种情况下，显然，采购主体在起草技术规范时参考社会和环境政策是大有可能的。在这方面，应该记住，2004/18 号指令在序言以及具体条款中已明确扩大了包含这些政策的可能性。

因此，在规范阶段，2004/18 号指令附件 VI 与“特定技术规范定义”中称“技术规范”，在公共工程合同的情况下，是指特定招标文件中包含的整体技术，确定了材料，产品或供应特征，允许材料，产品或货物用必需的特性方式描述的，以满足缔约当局的使用意图。附件接着指出：“这些特性应包括环保性能，对所有要求的设计（包括是否方便残疾人士）和合格评定，性能，安全或尺寸，包括有关质量保证，术语，符号测试和试验方法，包装，标志和标签，生产流程和方法的程序。它们还应当包括有关设计和成本核算，测试，检验和验收条件和方法，为工程或建筑技术及其他技术条件，缔约当局对有关成品和材料或零部件做出的一般或具体的规定”。¹⁰⁸附件 VI 指出，“技术规范”，在公共供应或服务合同的情况下，是指在文件中定义的一个产品或服务的特征如质量水平，环保性能水平，设计服务，所要求的特性所有要求（包括是否方便残疾人士）和合格评定，业绩，产品，安全或尺寸的使用，包括要求有关的产品方面所依据的产品销售，术语，符号，试验和测试方法的名称，包装，标志和标签，使用说明书，生产过程和方法，合格评定程序”。¹⁰⁹

¹⁰⁶ In an explanatory footnote 22 to the Communications's text it is said: "They may not prescribe that green electricity is generated by wind-energy only; indeed, water-energy and solar energy can also be used for the production of green electricity and the technical prescription should therefore be that the green electricity is produced by using renewable energy sources."

¹⁰⁷ In an explanatory footnote 23 the Communication states: "For example, the use of recycled paper in offices, the application of specific waste disposal methods on the contractors premises, the engagement of specific groups of workers (ethnic, handicapped, women)".

¹⁰⁸ Annex VI, 1 (a).

¹⁰⁹ Annex VI, 1 (b).

这与指令序言（29）¹¹⁰的描述一致，指出缔约当局定义给定合同的技术规格中环境要求的可能性。同时在 2004/18 号指令第四章第 23 条也强调说，“规格和合同文件的具体规定”是指，“只要可能，技术规范的定义应考虑采取与残疾人无障碍标准或为所有用户设计的标准”。并进一步说：“在不损害国家强制性技术规范的前提下，只要与共同体法律兼容，技术规范应当：参照[...]中定义的技术规范；（b）或性能或功能方面的要求，后者可包括环境特征[...]。该指令第 6 节规定，“根据上述第 3 段（b）凡缔约当局在性能或功能要求方面设定环境特点，可以使用详细规格，或者，如果必要，做出如欧洲定义或（多）国家生态标签[...]”。

委员会在最近的公共采购社会购买工作文件¹¹¹中，对合同中技术规范的定义要求给以下建议：

“制订清晰和精确的技术规范。确保规格与合同的主体事项有关，反映了所有适当的社会需求和透明和非歧视性的原则。

建立在其他缔约当局‘最佳实践’基础上。使用网络作为获取和传播信息的方式。

使用性能或功能基础的技术规格，鼓励创新和对社会责任的承担。考虑到在生产和加工方法中的社会问题。

如果对产品或服务的实际存在，质量，价格或社会责任的产品或服务不确定，可以要求对社会负责的变通。

酌情考虑保留合同给就业保护的工场或执行就业方案的企业。

确保所有预期成果都包括在内 - 不能在后面的过程添加”。¹¹²

11.6.6 合同授予

按照欧洲法院的判例法，在合同授予过程中采用“绿色”标准是有很多可能性的。这里关注的重点是对“从缔约当局的角度来看经济最有利的投标者”。¹¹³

¹¹⁰ See above.

¹¹¹ Commission Staff Working Document on Buying Social: A Guide to Taking Account of Social Considerations in Public Procurement, Brussels, 19.10.2010, SEC(2010) 1258 final.

¹¹² Commission Staff Working Document on Buying Social, 36 f.

¹¹³ Directive 2004/18, Article 53.

这里，应该只提到，委员会公共采购社会购买工作文件¹¹⁴的评标建议如下：

“建立授予标准：凡选择‘经济最有利’标准的，相关的社会标准可能被作为一个比较基准或作为社会元素引入标准为其一定比重。

社会（经济或环境）的授予标准，必须：

- 与合同的主体事项相关；
- 没有赋予缔约当局不受限制的选择自由；
- 在合同通知和招标文件中明确提及；
- 与欧盟法律（包括 TFEU 的基本原则：透明度，平等相待，不歧视）一致；
- 帮助缔约当局确定货币价值最优的投标，以及
- 与采购指令的有关规定相一致。

考虑投标是否因为投标者违反社会标准而为‘异常低价’”。¹¹⁵

11.6.7 履约条件

在 **Beentjes** 判决¹¹⁶中，欧洲法院列明，“如长期失业人员的就业状况是一个额外的特定条件，因此，必须在通知中列明，使缔约方可以知道其存在。”¹¹⁷有观点认为¹¹⁸，这句话使委员会能够在技术标准和履约条件之间做出区分，正如委员会在其关于公共采购中社会因素的考量可能性的解释性意见¹¹⁹中的方式一样，**Beentjes** 判决也区分了技术规格和合同履行情况。但是，在 **Nord-pas-de-Calais** 判决¹²⁰之后，，现在 2004 年的指令，这个差别可能难以维持。¹²¹

¹¹⁴ Commission Staff Working Document on Buying Social: A Guide to Taking Account of Social Considerations in Public Procurement, Brussels, 19.10.2010, SEC(2010) 1258 final.

¹¹⁵ Staff Working Document on Buying Social, 48.

¹¹⁶ Case 31/87, *Gebroeders Beentjes BV v Netherlands* (“Beentjes”) [1998] ECR 4635.

¹¹⁷ Paragraph 36.

¹¹⁸ See in that direction Roberto Caranta in Roberto Caranta & Martin Trybus (Eds.), *The Law of Green and Social Procurement in Europe* (Copenhagen 2010), 46 with reference to Joel Arnould, *Secondary policies in public procurement: the innovations in the new Directives*. 13 P.P.L.R. 2004, 4, 187-197, 189.

¹¹⁹ Interpretative Communication of the Commission on the Community law applicable to public procurement and the possibilities for integrating social considerations into public procurement, [2001] OJ C 333/27.

¹²⁰ Case C-225/98, *Commission v France* (“Nord-pas-de-Calais”) [2000] ECR I-7445.

¹²¹ For further discussion of this, see especially Joel Arnould, *Secondary policies in public procurement: the innovations in the new Directives*. 13 P.P.L.R. 2004, 4, 187-197.

如上所述，根据 2004/18 号指令序言（44），工程和/或服务的性质可以使得在公共合同的履行中采取环境管理措施或计划的可能性合理化。此外，2004/18 号指令第 50 条推出“环境管理标准”，根据该条规定，如果缔约当局要求独立机构发放的注册证书，参照共同体生态管理和审计计划（EMAS 的）或欧洲和国际社会有关环境管理方面通过的法律或有关欧洲或国际标准机构的认证标准为基础的的有关认证标准，证明具有一定的经济运营环境管理标准的履约条件。应当承认其他成员国设立机构的证书具有同等效力。他们也应接受同等的经济运营环境管理措施的其他证据。在指令中就此特别做了说明，社会和环境政策可能在资格预审阶段已经被考虑在内

至于合同的履行，似乎有没有关于缔约当局这种作出规定的分歧。2004 年之前的指令，并没有规定合同的履行。如上所述，目前的第 26 条涉及“履行合同的条件”，包括：“履行合同的条件可能，尤其关注社会和环境因素的表现”。

在委员会的工作人员社会购买工作文件¹²²上“合同条件，合同管理和合同监督”中指出：

“履行合同条款一般是包括在履行合同所涉及的工人的就业和劳动条件的社会考虑的最适当程序阶段。

确保履行合同条款如下：

- 与合同的履行相关；
- 与实现最佳经济效益相一致；
- 包括在招标文件；及
- 与欧盟法律（包括 TFEU 的基本原则）兼容。

确保与合同条件的规定相符可以进行有效监测。

与供应商的合作，以最大限度地提高性能实现目标和合同条件。

对供应商，承包商和服务提供者的表现保持适当的记录。

¹²² Commission Staff Working Document on Buying Social: A Guide to Taking Account of Social Considerations in Public Procurement, Brussels, 19.10.2010, SEC(2010) 1258 final.

使用方差的条款，随时间变化预计可能需要合同变更，条件是符合采购指令和透明度原则的规定。

在自愿的基础上，持续改善与供应商的合作，保持与市场的发展总体上适应。特别是，与供应商合作，促进所有沿供应链“体面的工作和企业社会责任的原则规定。”¹²³

11.7 结语

可以得出结论，现在社会和环境政策在欧洲公共采购中占据自然的和频繁发生的地位，许多成员国及其公共实体，包括直辖市，越来越多关注这些政策。可以预料的是，这一趋势将在未来进一步发展。

与采购程序的社会和环境政策紧紧相关的次级标准的另一个方面，已经因德国发生的情况受¹²⁴到广泛讨论。德国内政部部长曾建议，联邦政府和德国各州采取措施以防范 L. Ron Hubbard 的技术对心理状态的影响。这是根据科学组织的推论，可以说无非是争取全球领导地位，一旦其获得全球领导地位，试图将其成员放在关键岗位和消除其视为敌人。为回应德国总理的建议，部长级组成了一个工作小组以宣言形式的保护性条款，由参与教育和咨询服务的竞争者和投标人签署。后来它被应用到教育和咨询服务之外的领域。在本质上其措辞表明，公司应该保证没有按照 L. Ron Hubbard 的技术进行管理，也没有在合同关系内使用这种技术或以其他方式传播这一技术，管理也不建议或许可证员工参与与 L. Ron Hubbard 技术有关的课程或研讨会，并在管理中拒绝与 L. Ron Hubbard 技术有关的产业。如果公司违反了这些义务，缔约当局应有权不经通知期限而取消合同，因为这些情况构成的一个重要原因。在行政通知中强调，如果公司拒绝签署这一声明则必须被视为不可靠的。同时，不过，宣言强调，保护条款只应用在咨询和其他服务等与 L. Ron Hubbard 技术有“内在关联”的领域的合同授予。这些表述表明¹²⁵，该宣言实际上涉及两个不同的方面：一方面，该宣言旨在确保招标过程中的参与

¹²³ Staff Working Document on Buying Social, 57.

¹²⁴ See to this Christian Pitschas and Hans-Joachim Priess, *Secondary policy criteria and their compatibility with E.C. and WTO procurement law. The case of the German Scientology Declaration*, P.P.L.R. 2000, 4, 171-195. The description of this problem is mainly based on this article of Christian Pitschas and Hans-Joachim Priess.

¹²⁵ See to this Christian Pitschas and Hans-Joachim Priess, *Secondary policy criteria and their compatibility with E.C. and WTO procurement law. The case of the German Scientology Declaration*, P.P.L.R. 2000, 4, 171-195, 172.

公司的适格性。另一方面，该宣言与所要提供的产品或服务的性质有关。该声明没有提到产品，而只限于咨询和教育服务。因此可以不被认为是产品的技术规范。这是因为宣言中提到的 L. Ron Hubbard 技术是以产品的技术特点以外的方式人类的行为。¹²⁶

有人可能会问，德国的科技声明是否是适格性的标准。这里没有给出解答，不过 Christian Pitschas and Hans-Joachim Priess¹²⁷已经就就为保护民主社会的价值观国家是否有权采取措施抵制科学组织发起了讨论。结论是分析表明，[欧盟]和世贸组织的框架下的公共采购法律并非是采取相关措施的适当区域。

¹²⁶ See op. cit. 174.

¹²⁷ Christian Pitschas and Hans-Joachim Priess, *Secondary policy criteria and their compatibility with E.C. and WTO procurement law. The case of the German Scientology Declaration*, P.P.L.R. 2000, 4, 171-195.