



---

**贸易和发展理事会**

贸易和发展委员会

竞争法和竞争政策问题政府间专家组

第十二届会议

2012年7月9日至11日，日内瓦

临时议程项目3(a)

就竞争法和竞争政策的同级审评问题进行磋商和讨论，审查《竞争法范本》，就《原则和规则》的各项规定进行研究

**竞争政策与公共采购****贸发会议秘书处的说明****内容提要**

人们越来越认识到，公共采购能够影响供应，从而影响一系列经济因素。但是，要使各国的采购做到物有所值，使稀缺的公共资源得到良好利用，竞争至关重要。

这份背景文件强调竞争在公共采购中的作用。文中讨论公共采购制度的实质和体制内容，包括扩大潜在投标人圈子、激励竞争行为、打击操纵投标等方面的战略。本文件还旨在发起和鼓励就应用问题、对操纵投标行为的预防、发现和执法等开展进一步讨论，并分享关于切实推动采购市场竞争的政策框架和采购实践的经验教训。

## 目录

	页次
导言 .....	3
一. 设计促进竞争的公共采购体系 .....	4
A. 监管框架内容 .....	4
B. 通过设计公共采购机构框架来确保竞争：集中与分散 的采购系统 .....	7
C. 扩大潜在投标人圈子 .....	8
D. 平衡竞争与公共采购的其它目标 .....	10
二. 预防、发现和惩处操纵投标 .....	11
A. 预防操纵投标 .....	12
B. 发现操纵投标 .....	14
C. 执法——惩处操纵投标 .....	16
三. 结论和供进一步讨论的问题 .....	17
A. 通过公共采购系统和单个招标项目设计来促进竞争 .....	17
B. 利用政策工具使竞争行为成为潜在投标人的最优选择， 换句话说，“如何有效打击操纵投标行为？” .....	18
C. 供进一步讨论的问题 .....	18

## 导言

1. 各国需要为履行公共职能采购商品和服务，如为公立学校和医院采购设备，采购修建道路和其它基础设施服务。鉴于公共资源有限，国家非常需要以尽可能低廉的价格采购满足质量要求的商品和服务。根据这一目标，公共采购程序应促进对公共合同的竞争，以确保最高性价比。
2. 考虑到公共采购的经济重要性，公共合同竞争不仅保护作为采购方的国家的经济利益，而且保护投标者的竞争机会。事实上，有报告指出，公共采购在发展中国家 GDP 中占 25-30%，<sup>1</sup> 在经合组织成员国的 GDP 中约占 15%。因此，公共采购规则确保投标者在可观的经济领域中享有平等机会。
3. 在实践中，公共合同的竞争并非总能达到理想水平，原因可能涉及：(一) 公共采购的监管框架；(二) 市场特点；(三) 合谋投标行为；(四) 其它因素。
4. 此外，公共采购可能还追求其它目标(如绿色采购、可持续采购、社会目标)。因此就产生了如何最好地统一上述目标与公共采购中的竞争要求的问题。
5. 本文系竞争法和竞争政策问题政府间专家组第十二届会议的背景文件，探讨如何在考虑到上述各项内容的同时确保在公共采购中实现人们希望的竞争。在这方面需要强调指出，虽然竞争主管机构负责发现和惩处操纵投标行为，但公共采购程序的设计及其实施一般来说不属竞争主管机构的职权范围。虽然如此，竞争主管机构能够发挥关键性作用，倡导确保相关市场竞争的公共采购规则，并可帮助公共采购部门防止操纵投标。这样看来，竞争主管当局很有必要深入了解各项影响公共采购的竞争问题，而不仅仅是操纵投标行为的惩处问题。
6. 因此，本文件首先讨论如何通过公共采购监管框架确保竞争的问题，这是适合倡导竞争的一个领域。文件接下来集中讨论如何预防、发现和惩处操纵投标行为，这是对公共采购竞争的最严重威胁之一。在这方面，除了倡导竞争外，竞争主管机构的作用还包括与采购主管当局和执法部门合作。
7. 需要指出的是，虽然腐败以及投标者和采购人员合谋行为也会威胁到公共采购中的竞争，但这个问题超出了本文件的讨论范围。<sup>2</sup> 文件不涉及政府采购与公私营伙伴关系的问题。

<sup>1</sup> “可持续公共采购：Rita Roos 代表联合国采购能力发展中心和联合国环境规划署所作的简要说明”，见 [http://www.unpcdc.org/media/390120/spp\\_brief\\_en\\_2012-02-06.pdf](http://www.unpcdc.org/media/390120/spp_brief_en_2012-02-06.pdf)。

<sup>2</sup> 关于公共采购与腐败的问题，可参见：Ensuring integrity and competition in public procurement markets: a dual challenge for good governance by Robert Anderson, William Kovacic and Anna Müller, in *The WTO Regime on Government Procurement: Challenge and Reform*, Cambridge University Press 2011。

## 一. 设计促进竞争的公共采购体系

### A. 监管框架内容

#### 1. 以竞争作为公共采购法的指导原则

8. 在政府采购中，要做到最大限度的物有所值，首先需要有一个建立在竞争原则基础上的监管框架，使公共开支必须遵守竞争采购办法。尽管在今天看来这是显而易见的，但它实际上是近几十年来在发达国家和发展中国家不断进行的全面现代化进程和公共采购体系改革的结果。

#### **2005 年以来俄罗斯的公共采购改革<sup>3</sup>**

俄罗斯公共采购制度改革的结果提供了一个良好的例证，说明监管框架的现代化如何能够提高竞争、减少腐败并带来预算节余。

2005 年，俄罗斯联邦通过第 94-FZ 号“关于为满足国家和市政需要的商品供应、工程和服务招标”法，这是一部关于公共采购的现代法律，并于 2009 年和 2010 年连续作出修订。作为采购法的补充，联邦第 135-FZ 号“保护竞争”法第 11 条明文规定禁止操纵投标行为。此外，自 2009 年对《俄罗斯联邦刑法》第 178 条作出修订外，操纵投标行为可判处最高三年的监禁。

第 94-FZ 号法为俄罗斯联邦所有州和市政采购当局建立了统一的采购体系，对俄罗斯联邦的公共采购普遍引入招标和拍卖程序。通过 2009 和 2010 年的修订还创建了统一的俄罗斯联邦全境的互联网门户，于 2011 年起进行公共采购招标，并实施强制电子化制度。

据估计，俄罗斯通过这项制度改革，在从 2006 年到 2010 年五年时间内产生的预算节余超过 265 亿欧元。此外，每场拍卖的参加者人数显著增加。据报告，2008 年，参加公开采购招标的供应商平均每次有 26 个，完成采购标书的有 9 个。人们认为，政府新的措施改革了许多州和市政当局以前直接进行拍卖竞争的采购做法，增加了企业参与透明和诚实拍卖的可能性。

<sup>3</sup> 资料来源：OECD Global Forum on Competition, Collusion and Corruption in Public Procurement, Contribution from Russia, DAF/COMP/GF/WD(2010)43; Improvement of competition principles in the Public Procurement System in the Russian Federation, Presentation dated 28 October 2011 by Andrey V. Yunak, Federal Antimonopoly Service of the Russian Federation; Procurement Reform in Russia: Implications for the Fight Against Corruption by Dina V. Krylova and Alexander Settles, June 2011。

9. 在欧洲联盟成员国，改革进程动力主要来自欧洲层面通过的立法，<sup>4</sup> 这部法律要求欧盟成员国(对超出特定门槛的采购项目)开放采购市场，遵守基于透明、竞争和健全程序管理原则的采购程序，建立国家审查制度，以便在投标者认为合同发包不公平的情况下迅速和有效地加以纠正。

10. 人们认识到运作良好的公共采购系统对提供发展援助的重要性，因而加强公共采购系统和能力<sup>5</sup> 成为许多发展项目的关键内容，从而在发展中国家触发相关改革。2003 年，通过经合组织发展援助委员会与世界银行的伙伴关系，创立了所谓“采购圆桌”伙伴关系，并迅速吸收了感兴趣的双边捐助组织、多边发展银行、联合国各组织，特别是这些组织受援国的代表。<sup>6</sup> 在该倡议产生的一份基本文件中指出，完善的公共采购系统的首要目标是“在使用公共资金时实现经济和效益，同时遵守不歧视和平等待遇、正当程序、知情和透明等基本原则”。<sup>7</sup> 对于采购办法，要求明确声明以公开和竞争性采购为优先。<sup>8</sup>

11. 在这方面还应当提到 2011 年联合国国际贸易法委员会的“公共采购法律范本”，它为各国改革本国的采购法提供了指导。<sup>9</sup> 范本明确倡导基于竞争原则的采购程序。事实上，范本在前言中将“促进供应商和承包商通过竞争来供应采购目标的”作为公共采购的一项主要目标。

## 2. 公开招标：竞争性采购办法的主要形式

12. 2011 年联合国国际贸易法委员会“公共采购法律范本”还为如何将促进公共合同竞争的目标转化为采购办法的设计提供了指导。尽管范本第 27 条列出了一整套不同的采购办法，但第 28 条第(1)款明确规定公开招标采购为优先：

“除本法第 29 至 31 条另有规定外，采购实体应通过公开招标方式进行采购。”

13. 联合国国际贸易法委员会 2011 年“法律范本”第三章中详细列出了公开招标程序。与此相似，欧盟“关于协调公共工程合同、公共供应合同和公共服务合同投放程序”的第 2004/18 号令<sup>10</sup> 支持以公共招标程序作为主要的采购办法。受

<sup>4</sup> 目前适用的欧盟关于公共采购的指令综览见：[http://ec.europa.eu/internal\\_market/publicprocurement/rules/current/index\\_en.htm](http://ec.europa.eu/internal_market/publicprocurement/rules/current/index_en.htm)。

<sup>5</sup> 联合国采购能力中心是从事这一领域工作的一个联合国专门机构。

<sup>6</sup> “加强国家采购系统：结果和机遇”，第四次援助实效问题高级别论坛，2011 年 11 月 29 日至 12 月 1 日，韩国釜山，见：<http://www.unpcdc.org/media/352128/strengthening-country-procurement-systems-oecd-dac-hlf4-2011.pdf>, page 8。

<sup>7</sup> 发展援助委员会“为确保援助实效统一捐助方做法系列指南和参考”第 3 卷，见 <http://www.oecd.org/dataoecd/12/14/34336126.pdf>, page 59。

<sup>8</sup> 同上，第 61 页。

<sup>9</sup> [http://www.uncitral.org/pdf/english/texts/procurem/ml-procurement-2011/ML\\_Public\\_Procurement\\_A\\_66\\_17\\_E.pdf](http://www.uncitral.org/pdf/english/texts/procurem/ml-procurement-2011/ML_Public_Procurement_A_66_17_E.pdf)。

<sup>10</sup> Available at <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:2004:134:0114:0240:en:PDF>。

支持的办法包括所谓的“公开程序”，即任何感兴趣的经济运营商可提交一份标书，还有所谓的“限制程序”，即任何经济运营商均可要求参加，但只有受招标当局邀请的经济运营商才可投递标书。另外一种被称为“竞争对话”的采购办法则只在特定情况下才允许采用(见指令第 29 条)。

14. 虽然公开招标被认为是实现物有所值的最优采购办法，但人们也担心，公开招标程序的特殊性质，特别是招标所涉及的较大的透明度可能方便投标者相互合谋，从而损害采购程序的结果。为解决这一难题，建议在设计公开招标书时对鼓励和保护竞争给予应有的重视，详见本文第三部分。

### 3. 适用公共采购法律的范围

15. 采购法有时在其适用范围中规定将特定公共实体排除在外，如国有企业，或将出于特殊目的(如军事目标)的采购排除在外。但是，从竞争的角度看，显然最好是不加例外地广泛适用。实践证明，象加纳公共采购法中那样明确提及国有企业的做法，是消除关于适用范围任何怀疑的有用工具。这一条规定：“本法适用于…… (e) 国有企业使用公共资金方面；……”<sup>11</sup>

### 4. 明确禁止操纵投标，作为公共采购法的补充

16. 关于公共采购的监管框架，还要指出，需要明确禁止操纵投标行为，即禁止在公共投标中投标者(潜在投标者)的合谋行为，作为有关公共采购规则的补充。在有竞争法律的国家，操纵投标即使不是被明文作为反竞争行为加以禁止，也属于反竞争协定中一般性禁止规定下的内容。此外，虽然大多数国家不以反竞争协定作为刑事处罚内容，但有几个国家鉴于操纵投标对公共预算的恶劣影响，对其从刑法上作出禁止规定。<sup>12</sup>

### 5. 审查公共采购决定

17. 允许失败的投标人对公共采购决定以及采购程序中的违规行为提出上诉是保护公共采购中竞争的另一个手段。采购实体有动力遵守程序，选择“最佳”报价，以免自己的决定受到失败投标者的质疑，并因上诉程序造成采购工作拖延。例如，如果没有以法律规定的方式宣布公开招标，就有可能导致采购决定被废除，则采购实体有强烈的动力要尊重法律发布要求。鉴于这些要求的目的是促进对公共合同的竞争，上诉和审查程序不仅有益于单个的失败的投标者，而且也是为了确保采购实体遵守政府采购的法律框架，从而保护和激励竞争。因此，2011 年联合国国际贸易法委员会“公共采购法律范本”中包括了关于上诉的一章也就理所应当了(第八章质疑程序)。

<sup>11</sup> 见 2003 年《公共采购法》，第 14 (二)e 部分，见 <http://www.ppbghana.org/documents/Public%20Procurement%20Act%202003%20Act%20663.pdf>。

<sup>12</sup> 关于对竞争法违法行为的处罚概况，见贸发会议背景情况说明，“适当的处罚和补救”，TD/RBP/Conf.7/5，第 4 至 6 页，网址见：[http://www.unctad.org/en/docs/tdrbpconf7d5\\_en.pdf](http://www.unctad.org/en/docs/tdrbpconf7d5_en.pdf)。

18. 在有些国家，竞争机构实际上被赋予审查公共采购决定的职权。例如，在德国，联邦一级有三个专门的公共采购法庭属于联邦卡特尔办公室，但它们在作决定时完全相互独立。此外，各州的合同要由相关州的公共采购法庭加以审查。在瑞典的竞争主管机构下有一个专门的公共采购执法部，下设几个分支机构。德国和瑞典在这方面具有良好的经验，而蒙古的情况则比较复杂。自通过新的《竞争法》后，2010年成立了蒙古竞争和消费者保护署(AFCCP)，除了竞争和消费者保护事务外，还负责审查公共采购决定。虽然新的法律框架赋予该署在多个相互关联领域中的权力，但却并未为其配备额外的人力和资源，从而损害到它的工作和成效。<sup>13</sup>

## B. 通过设计公共采购机构框架来确保竞争：集中与分散的采购系统

19. 建立在竞争原则基础之上的完善的公共采购法律框架是在公共采购中实现物有所值的出发点，但要实现希望达到的结果，这个框架还需要有效和整体的行政管理。在这方面讨论了采用集中还是分散采购系统的问题。

经合组织公共采购工具包中为两种办法列出下列主要论点：<sup>14</sup>

主张集中采购的主要论点：

- 通过提高中央机构的采购能力，包括减少政府开销，更好地实现所采购供应、服务和工程的物有所值(价格和质量)
- 进一步实现采购专业知识的集中，更好地提供培训，更集中地对采购人员进行绩效管理
- 技术要求、采购合同和交易、管理监控和报告更加标准化，从而有助于提高政府业务的透明度

主张分散采购的主要论点：

- 缩小大规模腐败范围，缩小大规模采购出现错误的范围，防止超支
- 使所交付的供应、服务和工程更加符合终端用户要求(包括政府机构和市民)
- 提高中小型企业成功获得政府招标的可能性。

<sup>13</sup> 贸发会议，2012年。《竞争法和竞争政策自愿同行审评：蒙古》(即将推出)。

<sup>14</sup> See [http://www.oecd.org/document/40/0,3746,en\\_21571361\\_44258691\\_44978216\\_1\\_1\\_1\\_1,00.html](http://www.oecd.org/document/40/0,3746,en_21571361_44258691_44978216_1_1_1_1,00.html)。

20. 除上述论点外，集中采购制度加强采购机构对具体市场的了解和知识，有可能使之更有效地发现和打击合谋行为。最近来自德国的一个案例很好地说明了这个方面。<sup>15</sup> 2011年，德国竞争主管机构成功惩处了消防车生产商卡特尔操纵价格和划分市场行为，它们内部为消防车采购搞出 1,000 多份标书。通过匿名举报以及德国北方消防车中央采购实体提供的补充信息，这个卡特尔得以被发觉。<sup>16</sup> 事实上，虽然在德国南部地区，消防车采购由单个市政当局负责，但在德国北部的一个州是中央采购系统。鉴于中央采购实体所采购消防车的数量较大，采购官员对市场总体状况非常了解，从而在消防车生产商自消防车展销会见面后开始定期提价产生怀疑。此外还注意到相互竞争的消防车生产商的工作人员之间存在可疑的交流。这种初步信息和怀疑使得德国竞争主管机构开始一项调查，包括凌晨突击检查，从而证实所怀疑的操纵投标行为的存在，并确认了舞弊的程度和范围。

### C. 扩大潜在投标人圈子

21. 如前所述，公共采购程序的结果在很大程度上取决于公共合同的竞争水平。因此，相关市场上的竞争水平对于实现公共采购的物有所值至关重要。为此需要研究扩大潜在投标人圈子的战略，从而扩大公共合同的竞争。这种战略包括推动全国的投标人参加公共采购程序，为中小企业参加提供方便，实现公共采购市场的自由化。

#### 1. 推动全国的投标人参加

22. 推动全国投标人参加公开招标首先要求在全国发行的媒体中发布招标书。这方面的良好经验是通过一个中央平台，发布招标书，以用户能够通过在一个统一的空间搜索获得相关商业机会，而不必访问省市采购实体各自的发布工具。例如，2011年俄罗斯推出官方采购网址([www.zakupki.gov.ru](http://www.zakupki.gov.ru))，任何人都能看到国家级招标信息以及各区市的政府采购信息(以前地方和市政当局有权在自己的网址上发布相关信息)。<sup>17</sup> 在这方面，有报告称，许多来自远东、西伯利亚、乌拉尔山和北高加索的商人得以进入莫斯科和圣彼得堡的地区采购市场。<sup>18</sup>

<sup>15</sup> 见德国联邦卡特尔办公室 2011 年 2 月 10 日新闻稿：[http://www.bundeskartellamt.de/wEnglisch/download/pdf/Presse/2011/110211\\_PM\\_Feuerwehrfahrzeugenhersteller-E2.pdf](http://www.bundeskartellamt.de/wEnglisch/download/pdf/Presse/2011/110211_PM_Feuerwehrfahrzeugenhersteller-E2.pdf)。

<sup>16</sup> 见 Katharina Krauss 2011 年 10 月 11 日在国际竞争网络 2011 年卡特尔研讨会上的发言“操纵投标问题——宣传、意识、与采购主管当局合作，来自德国的视角”。

<sup>17</sup> See the chapter on Russia by Kamil Karibov and Olga Chaykovskaya in *Getting the Deal Through - Public Procurement 2011*, page 194.

<sup>18</sup> *Procurement Reform in Russia: Implications for the Fight Against Corruption* by Dina V. Krylova and Alexander Settles, June 2011 available at <http://www.cipe.org/publications/fs/pdf/063011.pdf>.



23. 与此相似，在智利，2003年8月开始实施中央采购服务局，<sup>19</sup> 它的职责包括主管网上公共招标平台([www.mercadopublico.cl](http://www.mercadopublico.cl))，目前用户包括 900 多个公共机构和 100,000 多个公司。有证据显示，该系统扩大了中小企业机会，特别是来自大都市以外地区的中小企业机会。<sup>20</sup>

24. 似乎使用标准化电子采购系统能够减轻准备标书的负担，从而有助于扩大公共采购投标人范围。在俄罗斯，通过引入强制性网上拍卖，参加公开投标的范围有了很大提高(见有关 2005 年以来俄罗斯公共采购系统改革的插文)。同样，根据近期在欧盟开展的一项研究，23%的中小企业和大公司都认为电子采购办法带来竞争的增加对它们来说是一个重大问题，但它对采购者和纳税人来说是有益的。<sup>21</sup>

25. 为了扩大公共采购中的参与，电子采购和集中通过互联网发布公开标书似乎是非常有利的做法，但需要考虑到，只有在潜在投标人实际掌握所需的信息技术基础设施和能力时这一点才能成为现实。人们指出，如果不能在引进电子采购等新的采购工具与当地销售商吸收所需变化的能力之间取得平衡，就会将公共采购机会限制在相对少数几家商行身上，从而限制了竞争。<sup>22</sup>

## 2. 便利中小企业参与

26. 小企业甚至有时包括中型企业可能面临的挑战是，自身的能力使之无法参加较大数额的公共招标。2010 年在欧洲联盟开展的一项研究显示，合同规模较大可能是中小企业参与公共采购的最重要的障碍。<sup>23</sup> 因此，便利中小企业参与公共招标的战略也要努力扩大潜在投标人数量，从而激励竞争。在这方面，将大型招标分解被视为帮助中小企业最重要的途径之一。<sup>24</sup> 此外，在中小企业没有能力单独投标的情况下，允许组成投标联合体也为中小企业创造了机会。但是，对于有能力独立参与公开招标的企业不应允许联合投标，因为这会显著降低竞争水平。便利中小企业参与公共采购的其它战略包括简化招标程序，减少行政负担，改进公共采购机会信息的提供和质量。

<sup>19</sup> Dirección Chilecompra [www.chilecompra.cl](http://www.chilecompra.cl)。

<sup>20</sup> Informe MIPE Chilecompra 2006-2007(Spanish), available at: [http://www.chilecompra.cl/index.php?option=com\\_phocadownload&view=category&download=37%3Ainforme-mipe-chilecompra-2006-2007&id=9%3Ainvestigacion-y-estudios&Itemid=154&lang=es](http://www.chilecompra.cl/index.php?option=com_phocadownload&view=category&download=37%3Ainforme-mipe-chilecompra-2006-2007&id=9%3Ainvestigacion-y-estudios&Itemid=154&lang=es)。

<sup>21</sup> Evaluation of SME's access to public procurement markets in the EU, DG Enterprise and Industry, Executive Summary, September 2010, page 9 available at [http://ec.europa.eu/enterprise/policies/sme/business-environment/files/smes\\_access\\_to\\_public\\_procurement\\_final\\_report\\_executive\\_summary\\_2010\\_en.pdf](http://ec.europa.eu/enterprise/policies/sme/business-environment/files/smes_access_to_public_procurement_final_report_executive_summary_2010_en.pdf)。

<sup>22</sup> Public procurement in developing countries: market opportunities through electronic commerce, Wayne A Witting, available at [http://www.unpcdc.org/media/2382/public%20procurement%20in%20developing%20countries%20\(copy\).pdf](http://www.unpcdc.org/media/2382/public%20procurement%20in%20developing%20countries%20(copy).pdf)。

<sup>23</sup> Evaluation of SME's access to public procurement markets in the EU, DG Enterprise and industry, Executive Summary, September 2010, page 5 available at: [http://ec.europa.eu/enterprise/policies/sme/business-environment/files/smes\\_access\\_to\\_public\\_procurement\\_final\\_report\\_executive\\_summary\\_2010\\_en.pdf](http://ec.europa.eu/enterprise/policies/sme/business-environment/files/smes_access_to_public_procurement_final_report_executive_summary_2010_en.pdf)。

<sup>24</sup> 同上。

### 3. 开放采购市场

27. 向外国投标人开放采购市场或特定采购市场是扩大潜在投标人人群的另一项战略。允许和吸引外国投标人参与公共采购可在单边基础上进行，如果一国希望在这方面保留一定程度的自由裁量权的话，也可在多边基础上进行，即加入世贸组织《政府采购协定》。<sup>25</sup> 《政府采购协定》规定成员国有义务将超出特定门槛的公共合同采购程序对协定其它成员国的投标人开放，适用协定第3条中规定的国民待遇和不歧视原则。加入协定为扩大在国内公共采购市场上的外国竞争奠定了基础，同时还为本国公司提供了参加协定其它成员国公共采购的机会。<sup>26</sup>

#### D. 平衡竞争与公共采购的其它目标<sup>27</sup>

28. 鉴于人们愈来愈认识到，公共采购能够决定供应，从而影响到一整套其它因素，公共采购日益被视为一项政策工具，而不仅仅是购买所需商品和服务的工具。扶持创新、促进经济和社会的绿色化，推动经济和社会发展，近来成为公共采购在实现物有所值之外所追求的另外目标。仅举几个例子：欧洲联盟在“绿色公共采购”口号下推动通过公共采购实现更佳的环境，“按照这个程序，公共当局努力购买在整个使用周期中相对于同等基本功能者环境影响较低的商品、服务和工程”。<sup>28</sup> 在瑞士政府的支助下，加纳启动了一个工作组，在各级国家采购中引进可持续公共采购。<sup>29</sup> 在南非，按照《优先采购政策框架法》，公共采购被用来解决种族隔离制度的遗留问题，如扭曲的种族所有权模式，并向以前被排斥在经济之外的人群提供经济机会。据报告，这个框架要求南非在执行优先采购政策时只能通过招标审评标准，这样就排除了其它一切形式的优惠待遇，如预留、资格标准、候选名单阶段的倾斜或返还，<sup>30</sup> 从而提供了投标人可以在价格和社会目标的平衡基础上加以竞争的方式。

<sup>25</sup> 目前有 42 个成员国自愿加入了《政府采购协定》。2011 年 12 月该协定范围显著扩大。

<sup>26</sup> 便利国际一体化的举措也应考虑到对来自其它国家的潜在投标人带来高昂费用的非关税壁垒和措施的影响。

<sup>27</sup> 关于统一政策的相关专题，见贸发会议秘书处的说明，“竞争政策与政府政策相统一的重要性”，网址如下：[http://www.unctad.org/en/docs/ciclpd9\\_en.pdf](http://www.unctad.org/en/docs/ciclpd9_en.pdf)。

<sup>28</sup> Communication from the European Commission to the European Parliament, the Council, the European Economic and Social Committee and the Committee of the Regions “Public Procurement for a better Environment”, COM 2008/400 final, available at: <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=COM:2008:0400:FIN:EN:PDF>。

<sup>29</sup> 见加纳政府采购局 2010 年 1 月 12 日的新闻稿，网址如下：[http://www.ppbghana.org/story\\_detail.asp?story\\_id=79](http://www.ppbghana.org/story_detail.asp?story_id=79)。

<sup>30</sup> South Africa, Country Procurement Assessment Report, Refining the Public Procurement System, Volume 2, February 2003, Report No. 25751-SA by the World Bank, Africa Region, Operational Quality and Knowledge Services, page 39 available at [http://www-wds.worldbank.org/external/default/WDSContentServer/WDSP/IB/2003/05/13/000094946\\_03042504054635/Rendered/PDF/multi0page.pdf](http://www-wds.worldbank.org/external/default/WDSContentServer/WDSP/IB/2003/05/13/000094946_03042504054635/Rendered/PDF/multi0page.pdf)。

29. 南非的例子突出表明，公共采购中除促进竞争之外的其它政策目标有可能与竞争出现冲突，因此需要适当注意如何最好地平衡所追求的各项政策目标的问题。对于绿色采购，所采购商品和服务的技术规范就成为吸引环保产品和服务的重要工具。为了不限制竞争，似乎必须在制定这些规范时允许尽可能多的公司在环保和价格的参数上进行竞争。对于其它政策目标，如发展本地工业，这可通过对本地生产商和供应商的优惠幅度来实现，似乎捍卫竞争的挑战更大，因为这种做法本身就是歧视性的。

## 二. 预防、发现和惩处操纵投标

30. 由于本文件第一部分中所列原因，公开招标是进行公共采购的常用办法。原则上，这种做法允许透明地分配公共合同，同时使国家能够利用竞争性报价来实现对公共资源的良好利用。

31. 令人遗憾的是，公共采购市场并非总是天然竞争的。文化习惯和商业的使用往往导致合谋行为，甚至被作为一种正常经营途径而获得社会的接受。在公共采购市场上，对应部门的最终利益或许与私人客户相比更加遥远，采取合谋做法可以被视为对同行实体或可能的竞争者的“友好”行事方式。打击操纵投标往往意味着文化上的改变。如果操纵投标得到社会的宽容，采购实体可能难以将之作为严重违规行为加以处理。

32. 此外，公共采购者面临一系列复杂的重点和目标，它们相互之间也在争夺关注程度和资源。采购者可能发现违法行为迹象，但有可能缺乏足够的了解或工具加以处理。而且，他们可能发现作出正式投诉并不可行或方便，特别是当他们认为采取行动会造成一种局面，使他们面临无法采购特定商品或服务的风险时。

33. 但是，如果更好地理解操纵投标做法对社会上的影响，就会将制止这种做法作为全世界竞争执法人员的头号工作重点之一。但经验并不统一，包括在采取的解决办法和取得的成果方面。

34. 今天，在一些出版物中列出了若干防范操纵投标的因素，包括竞争论坛以及全世界竞争主管机构推出的一些出版物中。<sup>31</sup> 目前存在的指导材料以及成员国的多种不同经验显示，就防范串通投标的倡议和努力开展实用讨论和交流经验教训的方法最方便。为组织这种讨论，我们建议审查关于预防、发现和惩处操纵投标犯罪的一些见解，然后参照成员国提供的一些国别经验，确定一些关于政策作用和机构协调的主题。

<sup>31</sup> 见国际竞争网络网址上的相关作品目录：<http://www.internationalcompetitionnetwork.org/working-groups/current/cartel/awareness/procurement.aspx>。

## A. 预防操纵投标

35. 关于成功的合谋协议的形成机制，需要考虑三项基本内容：首先，公司需要知道其他潜在投标人是谁。其次，它们需要相互沟通。第三，它们需要达成一个全体参与者认为是最优选择的协议。我们现在据此讨论如何有效防止合谋协议的问题。

### 因素 1.

#### 关于其他潜在投标人是谁的信息

36. 达成合谋协议的第一项要求是竞争者能够确认可能参与一项特定招标(或特定相关市场上的一系列招标)的那些公司。因此，采取措施，使每个投标人保持一定水平的“健康的”不确定性，即对其他哪些人可能参与投标的不确定性，就能降低达成协议的可能性。在极端情况下，如果投标人不知道其他人有谁，他们就没有机会建立联系，因此就排除了合谋投标的可能性。

37. 反之，关于如果潜在投标人的数目很少，产品具有高度的专业性，招标系重复招标，实际投标人的信息披露，供应商限于特定领域，那么关于具体参加人员身份的不确定性就降低。

38. 因此，采购政策应当努力减少投标人了解其它潜在投标人的机会，尽可能便利更多的潜在投标人参加，不作没有必要加以限制的要求，尽可能降低准备标书工作的复杂性。应当明确避免有兴趣的投标人在准备标书期间见面和相互认识的机会。

### 因素 2.

#### 潜在投标人之间的通信

39. 为达成合谋协议，潜在竞争者之间需要针对具体目标相互通信。很难防止竞争者之间的通信，因为通信本身并不是非法的。事实上，行业协会是就若干与公司共同活动和利益有关的合法事项见面和协调的正常途径。

40. 竞争者之间的通信应保持最低水平。采购政府可作出大力限制不当通信的规定。例如，一个办法是要求作出独立投标的正式声明，并说明已经发生的通信。这项工具可以作为一项劝阻方式，并方便在可能违规情况下的惩处，假如声明被证实有假，则可引发额外的法律因素。事实上，如果竞争主管机构证明存在不当通信，那么公司可能会面临严重的法律后果(特别是如果公司签署了独立竞标声明的话)。这个例子说明相互结合的政策如何能够相互加强，从而对通信产生强有力的劝阻作用。如果规定的处罚很严厉，如果竞争主管机构在察觉违规行为时保持高调，那么对不当通信的劝阻作用就比较大。

### 因素 3.

#### 从事合谋协议

41. 如果潜在投标人相互认识，也有不当通信的空间，那么他们就有可能进行合谋的协议。但他们有没有这样做的动力呢？

42. 工业经济学家们长期以来都在讨论会影响合谋可能性的因素。一个简单的原则是，要产生卡特尔并保持一定时间，就需要全体成员都认为自己的最佳选择是加入和遵守这一协议。

43. 因此，政策设计的问题是如何引进激励因素，使个体公司认为达成合谋协议或在合谋协议已经达成的情况下遵守这一协议并不是最优选择。

44. 考虑到这一点，采购主管机构可考虑设计招标进程中的一些经验做法，即在分配合同时使之难以在可能的协议下作出平均的分割。2004 年在智利有一个有意思的案例，是公共卫生机构供氧的公开招标。在本案中，只有四家可能的供应商，标书的设计使得只有其中三家有可能拿到合同。<sup>32</sup> 此外，这三个合同分配并不均衡，一个合同比另外两个大出许多。此次招标为公共卫生体系带来大量结余。四家公司在招标进程中的行为引起一些指控，说以前存在合谋行为，竞争主管当局追查此案，但被最高法院驳回，理由是没有关于明确协议的确凿证据，也没有造成损害(鉴于招标取得圆满成功)。<sup>33</sup>

45. 事实上，公共采购政策和主管当局可以通过很多方面来防止公开招标中的舞弊行为。经合组织 2009 年打击操纵投标行为指南<sup>34</sup> 为这一领域确立了一个里程碑式的指南。该指南包括两份核查清单，分别针对公共采购中操纵投标行为的预防和发现，指南中的原则得到全世界一些采购和竞争主管机构的采用，用以宣传和制定这方面的具体政策。第一份清单包括在设计公开招标时需要考虑的第一系列六项内容：

在设计招标书前了解具体市场特点、现有产品价格。考虑特定市场上合谋的可能性；

- (a) 招标进程的设计要鼓励潜在投标人参与；
- (b) 明确界定要求，防止造成未来合同的可预测性；
- (c) 降低投标人之间通信的机会；
- (d) 考虑遴选标准对当前和今后竞争的影响；
- (e) 提高工作人员对操纵投标事项的意识。<sup>35</sup>

<sup>32</sup> 并未损害到今后的竞争，因为氧气市场上还有其它的大客户，如采矿公司。

<sup>33</sup> 西文原文见：<http://www.tdlc.cl/Portal.Base/Web/VerContenido.aspx?ID=780&GUID=>

<sup>34</sup> 经合组织(2009 年)。“打击公共采购中的操纵投标行为：帮助政府最大化实现物有所值”。

<sup>35</sup> 这一点强调了前面五项。但是，它也对机构察觉合谋行为的能力有重要影响。

46. 预计遵守这项指导能够提高吸引“较多”投标人参与具体招标或特定领域或市场上一系列招标的机会。按照(一)，采购主管当局更有条件按照当前的市场条件设计标书；(二) 直接提醒利用这一知识规定标书，以实现具备资信投标人人数的最大化；(五) 强调一项重要而具有挑战性的内容：考虑今后促进和保持竞争的方式。

47. 另一方面，(三)和(四)涉及行为因素，旨在确保投标行为相互独立(竞争性的)。就上面讨论的三项因素而言(其他潜在投标人是谁、潜在投标人之间的通信、达成合谋协议)，经合组织核查清单上的第(三)点有助于对谁会参加具体投标带来一定的健康的不确定性(因素 1)，第(四)点直接涉及通信问题(因素 2)，第(一)和第(三)点结合起来，可视为涉及引进对公司参与合谋协议的劝阻因素(因素 3)。<sup>36</sup>

48. 处理操纵投标问题费用较高，要求开发机构内部专门知识，还需要与竞争主管机构协调。同样，竞争主管机构需要开发必要的能力和资源，并决定发挥自己的作用。竞争政策也可以通过开发充分和平衡的一套工具来惩处卡特尔，从而改变公司参与合谋协议的动力(见下文)。

## B. 发现操纵投标

49. 如前一分节所述，如果被察觉的可能性很高，就会减少建立沟通和参与申通投标的动力。事实上，预防和发现有着双向的影响。

50. 上面提到的经合组织准则中有第二套核查清单，是用来发现公共采购中的操纵投标行为的。<sup>37</sup> 这份清单旨在推动公共采购代理人员在察觉操纵投标行为中的线索和迹象，重点是：<sup>38</sup>

- (a) 提交标书中的警示迹象和模式；
- (b) 所提交全部文件中的警示迹象；
- (c) 价格上的警示迹象和模式；
- (d) 可疑报表；
- (e) 可疑行为。

<sup>36</sup> 例如，通过仔细地设计招标，使得市场行为人之间很难再分割利益，或者引入其它内容，使得很难安排和保持协议的话，就会是这种情况。

<sup>37</sup> 经合组织(2009年)，同上引。

<sup>38</sup> 经合组织核查清单包括两点(此处未列)：建议如何审慎考虑可能的迹象和证据，而不作为明确无误的违规行为证据；建议采购者在怀疑有操纵投标行为时如何处理。

51. 既然资源总是有限的，因此最好以下述三个领域为基础集中监测这些线索和迹象：

#### 领域 1.

##### 理解实际行为

基于现有资料 and 目前对所涉市场的现有知识，应当注意那些主管当局已经了解到有可能发生合谋行为的市场上。因此重要的是系统地发展这种知识，并不断加以改进。筛查方法可能有助于以客观的方式挑选相关因素。<sup>39</sup>

#### 领域 2.

##### 分析动力

仔细分析公司在特定程序/招标中可能合谋的动力。在这方面，市场特性具有重要的作用。

#### 领域 3.

##### 修订信息管理方式

分析特定招标前、招标中和招标后信息的管理方式及其对投标人行为的可能影响。

52. 采购当局具有基本渠道，可以获得分析这三项因素所需的信息。因此，采购官员需要发展机构内进行初步分析的能力，或为此征求专家意见。竞争主管机构应当对发现重要合谋迹象的案件进行更全面的分析。因此，对采购官员察觉的案件，一经竞争采购当局认为有重要迹象并收集了相关文件，就应当与竞争主管当局讨论或向其转交。这是有效发现的关键一步，说明采购当局和竞争当局之间合作的重要性。

53. 在采购当局和竞争当局之间建立富有成果的协作关系的一项关键内容就是就以下方面达成清楚的共识：哪些迹象应当予以考虑，以何种方式记录涉嫌操纵投标案件，案件移交竞争主管机构后有哪些预期，包括在今后的合作和反馈方面。采购主管当局必须作出大量努力以提交案件，与竞争主管机构之间的误解可能导致失望，从而挫伤了查办和提交新的案件的积极性。另一方面，调查操纵投标案件带来的额外工作量以及可能造成采购程序的中断可能不利于发现和提交案件，因为采购者还有其它的紧急事项和优先工作。这再次说明，作为一项现实问题，需要审查在不同国家针对这些协调问题的解决办法有哪些在实际工作中发挥了作用。

<sup>39</sup> See for instance Harrington(2009) at: [http://www.econ2.jhu.edu/People/Harrington/Harrington\\_SACC\\_9.09.pdf](http://www.econ2.jhu.edu/People/Harrington/Harrington_SACC_9.09.pdf).



### C. 执法——惩处操纵投标

54. 有效执法要求竞争主管机构、公共采购机构和其它惩处部门同意合并它们的权力和资源。例如，亚美尼亚竞争主管机构长期以来与国库公共采购部门建立了富有成果的合作关系，包括组建了两部门采购政策联合工作组。<sup>40</sup> 与此相似，日本公平贸易委员会通过调查和研究会议与各个采购实体接触，促进公共采购中的竞争。相反，在印度尼西亚，竞争主管机构与反腐败特别法庭发展了更密切的关系。<sup>41</sup> 加拿大和巴西等国的竞争体系与公共检察官密切合作，而在其它一些国家，这些关系则引发重大的协调问题。

55. 法律和机构框架都有作用。具体说来，处理公共采购事务需要竞争主管部门与公共采购主管部门相互间有很好的了解和协调，这可能需要几年的联合工作、相互协作和对口培训才能实现。在许多国家，竞争和公共采购主管机构开始建立这种必要的协调，加紧努力确保在公共采购工作中实现竞争。最近的一项突出倡议是经合组织与墨西哥社会保障局(社保局)签署了谅解备忘录，以落实“打击公共采购中的操纵投标行为准则”，这是社保局与墨西哥联邦竞争委员会(竞争委)密切合作达成的。<sup>42</sup>

#### 联合打击墨西哥卫生系统中的操纵投标行为

社保局是墨西哥第三大商品和服务公共采购商，集中了政府采购支出的9%，也是药品和其它医疗制品供应的最大采购商。

2002年，社保局审计办公室通知竞争委，在手术缝线和X光器材及化学品供应方面可能存在串通做法。随后，竞争委进行调查，对三家公司操纵投标行为处以130万美元的罚金。

2006年，在竞争委作了关于操纵投标问题的介绍之后，社保局请其提供关于改进采购工作的建议，允许竞争委访问其数据库。据此，竞争委于2010年惩处了一个供应胰岛素和电解质溶液的卡特尔，对六家制药公司处以1,250万美元的罚金。

通过竞争委和社保局的密切合作，最近经合组织和社保局签署了一份谅解备忘录，以便在竞争委的协助下实施“打击公共采购中的操纵投标行为准则”。这是第一个此类倡议。鉴于社保局工作涉及全体人口的敏感性，预计由此带来的节余和利益会产生重大社会影响。

资料来源：墨西哥提交的材料

<sup>40</sup> 见对亚美尼亚的同行审评，<http://www.unctad.org/Templates/Download.asp?docid=14078&lang=1&intItemID=4163>。

<sup>41</sup> 见对印度尼西亚的同行审评，<http://www.unctad.org/Templates/Download.asp?docid=11641&lang=1&intItemID=4163>。

<sup>42</sup> 墨西哥提交的材料。



56. 事实上，法律和体制方面的发展带来了效力的增强，竞争主管机构惩处操纵投标案件的工作也随时间推移不断加强。例如，2007年11月，瑞士竞争委员会<sup>43</sup>制止了瑞士提契诺州一家柏油公路行业的卡特尔，它由17家公司组成，它们每周见面，决定投标的分配和价格。这家卡特尔损害到私人客户、公共当局和纳税者，但由于这家卡特尔在立法者规定的宽限期前解散，从而使这些公司逃脱了修订后法律规定的处罚。后来，2009年7月，瑞士竞争委员会对伯尔尼的电工们处以总额124万瑞朗的罚款。这个案件是由一名举报人举报的，它是没有参加卡特尔的第三方。有关方面通过突击检查启动调查，各方在从宽处理方案下进行了合作，从而发现，从2006年到2008年，在伯尔尼地区大型电气设备安装项目招标方面存在若干协议。后来，瑞士竞争委员会成功惩处了其它几起案例，特别是在建筑市场和相关行业，将此作为其工作重点之一。

57. 最近一些有意思的案例也表明，全世界对操纵投标案件的惩处数量正在上升。2011年7月，意大利竞争局对Campania地区四家磁共振设备供应商串通投标行为处以总额550万欧元的罚款，理由是，相关公司之间交流敏感信息并达成协议就使得投标者的商业战略不再是相互独立的。<sup>44</sup> 在西班牙，国家竞争机构于2011年10月对46家建筑公司判处4,700万欧元罚款。<sup>45</sup> 在澳大利亚，国家竞争和消费者保护机构于2011年11月对三家建筑公司处以130万澳元罚金，原因是它们从事了建筑业内被称为“陪标”的行为，两名经理也被罚款并被责令支付其公司的法律费用。<sup>46</sup> 在私人采购领域，日本公平贸易委员会于2012年1月向参加汽车线束和相关产品操纵投标阴谋的参与者发出终止和停止订单及支付附加费令，涉及五大汽车制造商。<sup>47</sup>

### 三. 结论和供进一步讨论的问题

58. 总而言之，文件集中讨论两个重要领域，通过实现公共合同竞争最大化来确保公共采购利益：

#### A. 通过公共采购系统和单个招标项目设计来促进竞争

59. 理想的情况是，公共采购者能够获得数量充分的相互竞争的报价。因此重要的是建立一个基于并促进竞争原则的采购系统，在设计标书时要吸引足够广泛

<sup>43</sup> 瑞士提交的材料。

<sup>44</sup> 新闻稿见：<http://www.agcm.it/en/newsroom/press-releases/1963-i729-healthcare-antitrust-over-55-million-in-fines-for-competition-distorting-agreement-among-4-suppliers-of-magnetic-resonance-equipment.html>。

<sup>45</sup> 决定(西班牙文)载于：[http://www.cncompetencia.es/Inicio/GestionDocumental/tabid/76/Default.aspx?EntryId=125677&Command=Core\\_Download&Method=attachment](http://www.cncompetencia.es/Inicio/GestionDocumental/tabid/76/Default.aspx?EntryId=125677&Command=Core_Download&Method=attachment)。

<sup>46</sup> 新闻稿见 <http://www.accc.gov.au/content/index.phtml/itemId/1015335/fromItemId/966100>。

<sup>47</sup> 日本提交的材料。

的潜在供应商投标。在这方面讨论了公共采购系统的实质和机构内容，以及扩大潜在投标人圈子的战略。文件指出，必须消除对参加公共招标的不必要的规定，扩大采购市场边界，便利全国所有感兴趣的公司参与，包括中小企业，并对外开放采购市场。文件讨论了作为现代公共采购方式的电子采购问题，以及平衡竞争与公共采购其它目标的问题，如绿色和可持续采购和发展目标。

60. 竞争主管机构可以发挥重要的作用，就公共采购领域中的竞争问题向机构和公共采购实体提出建议，本文件中已有论述。

## B. 利用政策工具使竞争行为成为潜在投标人的最优选择，换句话说：“如何有效打击操纵投标行为？”

61. 操纵投标是对公共采购市场中竞争的严重威胁。因此，必须利用现有的工具，鼓励竞争行为，打击操纵投标。在这方面，文件重点指出，设计考虑到市场特点及合谋行为可能性的采购程序，可以有力地预防操纵投标。竞争主管机构关于如何减少协议可能性的建议对采购实体非常有用。

62. 竞争政策也可改变参与合谋协议公司的预期收益，即对违规者处以重罚，提高被发现的可能性。竞争主管机构积极执法会使公司的成本大大提高。除了罚款和法律责任外，因操纵投标而受到惩处的公司还必须承担其它甚至更高的费用，如诉讼费、公共形象受损费用，司法程序带来的内部冲突也是公司必须对比守法成本仔细权衡的费用。

63. 每家公司都必须权衡参与和遵守合谋协议的成本和收益。因此，良好的发现工具对公司的这种权衡进程特别重要，采购和竞争主管机构之间的协调与合作也至关重要。此外，如果当局在发现操纵投标案件的能力方面已经产生了信誉，宽大处理项目就能发挥更大的作用，反过来也会加强公司的认知，即操纵投标案件很可能被发现和惩处。

## C. 供进一步讨论的问题

64. 建议竞争法和竞争政策问题政府间专家组 2012 年第十二届会议讨论以下问题：

(a) 竞争主管机构和采购主管机构采取了哪些步骤实现关于具体采购市场知识的系统化？

(b) 对合谋动机的分析是否带来法律辖区内任何具体法律或政策的调整？

(c) 投标进程的透明化是否实际损害了竞争？

(d) 竞争主管机构的哪些倡导行动证实能够更有效地加强公共采购中的竞争？

(e) 在发生操纵投标案件后采用哪些补救办法来加强投标市场上的竞争？列黑名单的做法是否有效威慑串通做法？