

完善政府采购中的供应商权利救济制度

吴静箫

我国《政府采购法》第六章对供应商的质疑与投诉以及申请复议或诉诸司法救济作出了明确规定，为采购供应商的救济提供了法律依据。但在实践中也暴露出民事权利救济和行政权利救济两种救济模式界定含混，指向不明，关于质疑、投诉、行政复议或行政诉讼的程序设计不便捷，行政内部救济机构设置不尽合理，行政权利救济机制中司法审查权限过窄等问题。笔者认为，应当从以下几个方面着手完善供应商权利救济制度。

树立“供应商权利本位”指导思想

遵循供应商权利本位的指导思想，具体来说，是以当事人为主导进行救济，由因认为自己的合法权益受到侵害的供应商的质疑和申诉来启动救济机制，包括质疑、复议乃至诉讼。我国目前的政府采购立法从询问、质疑的提出直至诉讼，较好地体现了当事人主义的要求，但问题的关键在于，依当事人的请求而启动的救济程序太过繁琐、冗长，加上不合理的各项前置条件的限制，大大削弱了供应商获得法律救济的及时性与有效性，长远来看，会影响供应商参与政府采购的积极性以及影响政府采购制度的完善。因此，应缩短救济程序、简化诉讼运转过程，包括探讨如何整合行政内部救济程序、探讨特殊程序在审理政府采购案件时的可行性等。

同时，在“供应商权利本位”思想指导下，应重点关注供应商申诉制度。毕竟，从目前政府采购实践来看，绝大多数的纠纷都在申诉阶段得以结束，真正进入司法程序的政府采购纠纷目前还不多。这也是供应商优先考虑经济利益的理性选择，因此，申诉受理机构的独立地位、机构人员的合理构成、机构能否有效运作，都是值得深入研究的关键问题。例如，传统的行政系统缺乏裁决纠纷的中立性，如何引入司法的中立程序与行政的效率相结合，就成为建立申诉受理机构的关键。为确保申诉受理机构的独立性和公正性，应建立起独立于采购人和采购监管机构的政府采购申诉受理机构，使管理机构与申诉受理机构相分离，彼此间又相互制约，保障纠纷处理的相对公正性。

采购合同缔结之前在选择采购方式、制定采购标准、发布采购信息以及发布采购结果等程序上，供应商更多地是一种被动的参与，也不大可能依靠其个体意志较大地影响或改变采购进程，同时，在采购合同履行过程中采购人也享有相当程度的行政优益权，因此，对供应商来说，在信息的获得、证据的取得以及诉讼地位上都居于明显的弱势，在举证能力上显然比采购人更为孱弱。正是基于这些考虑，美国政府采购中有关救济第三人权力的异议制度就要求联邦赔偿法院、联邦地方法院在审理政府采购合同第三人异议方面，“都为异议者提供广泛的收集和出示证据的途径，异议者可以要求采购机关提供相应文件等方式收集证据。同时，审理机关还可以签署保护令，赋予当事人的辩护律师或者法律顾问以查阅包括中标方的项目建议书在内的一些敏感文件。”这种明显有利于第三人收集证据的做法，值得我们借鉴。因此，为使采购合同的履行真正达到公开、公正、公平，在司法诉讼程序中，作为保护相对人法律权利的最后一道屏障，相关诉讼法律制度有必要在举证责任上作出对供应商倾斜的安排。即使供应商为寻求权利救济启动的是民事诉讼，在举证责任的分配上也不宜一概采用谁主张谁举证，而应针对引起纠纷的政府一方的行为的具体性质进行具体处理，特别是在采购人基于行政优益权单方面变更、解除合同或实施制裁而引发的诉讼时，建议采用举证责任倒置的规则。采购人有义务证明自己的行为公平合法，被剥夺了公平竞争机会从而利益受损或因政府的其他违法行为致使其丧失合同机会的利害关系人，都应有权在诉诸法律时要求采购人就其行政优益权的行使或其他违法行为担负举证的法律义务。

构建多元化的供应商权利救济体系

在现行行政合同法律制度缺位的情况下，为了更有效地发挥对行政权的监控并切实保护合同相对人的合法权益，我国政府采购供应商权利救济制度不妨考虑走多元化救济的路径，通过赋予利害关系人充分切实的诉权，设置不同的诉讼途径。设置多元化救济机制的基本出发点就在于多元

化救济机制便于权利人根据具体情况选择最合适的争议解决机关,同时亦可通过各个救济机制之间的相互竞争促进整个救济体系的完善发展。法律在规定救济程序时,应当允许供应商选择对自己有利的救济程序。

首先,在采购合同缔约前阶段——先合同阶段,政府采购活动主要集中于采购方式的选择和成交供应商的确定等方面。在此阶段,采购人在采购方式的选择、采购程序的设定、供应商的资格审查以及授予合同的标准等各个方面掌握了对采购事项的“话语权”和主导权,处于有权支配众多供应商的法律地位,而供应商更多地是一种被动的参与,对采购事项基本上无法通过自身主动、积极的作为施以实质性的影响。因此,制度规范应以严格采购人的责任为重点,围绕规范政府行为、防止采购人滥用自由裁量权而展开,以程序的方式保障供应商作为相对人的充分信息权、平等协商权和平等竞争权,采购人承担的应是具有行政法意义上的程序义务,即一种公法责任。若仅以民事合同上的缔约过失责任来约束采购人在这一阶段的行为,显然利益的天平将更加倾向于采购人一方。因此,这一阶段的救济主要是针对采购人违反采购程序,损害供应商合法权益的行为,救济模式主要应为公法救济,司法上的行政诉讼程序更加适合这类纠纷的特点,也更有利于这类纠纷的解决。事实上,绝大部分的政府采购纠纷都产生在这个阶段,而这一点正是我国现行《政府采购法》对供应商权利救济制度中亟待完善的内容。所以,我国政府采购合同纠纷应尽早列入行政诉讼受案范围,为供应商提供切实有效的行政诉讼法律救济已刻不容缓,至少应将在采购合同缔约阶段供应商与采购人之间形成的法律纠纷纳入行政诉讼的受案范围。

其次,在采购合同履行阶段——合同阶段,救济主要是针对采购合同的违约行为,可借助私法救济的手段,法律应该赋予供应商以直接向民事法庭寻求私法救济的权利。同时,为监督行政机关特权的合理行使,还应根据纠纷的不同性质和内容作进一步划分。当涉及的纠纷是由于采购人行使行政合同的主导性权利——行政优益权而引发,如采购人行使一定条件下的合同变更与解除权、合同的履行监督权、合同的解释权时,在这种情况下,供应商应可就该项纠纷提起行政诉讼,通过行政法上的司法救济追究采购人的公法责任。例如在进行司法审查时,采购人单方面变更或解除合同时除了应当说明理由、听取对方意见外,还应履行先行告知义务,这就有别于一般民事合同下的解约责任。所以,建议政府采购法为合同履行阶段的供应商同时构建两种救济程序,将行政诉讼与民事诉讼共同作为供应商可供选择的程序,供应商可根据实际情况选择适用。

在承认公共利益优于合同效力、保证公共利益优先满

足的同时,如果不对相对人的经济利益损失进行适当的补偿,政府采购就谈不上公平、公正,因此必须考虑对单方变更或解除合同而给以赢利为目的的私人供应商造成的损失给予必要的补偿。例如,如不变更合同将使公共利益遭受重大损失,以致于不得不以伤害供应商的利益为代价。同时应以列举的方式明确事由内容,不宜以类似“口袋”条款的形式给采购人留下自由裁量的空间。

加强司法外救济制度建设

对于行政法律关系纠纷的救济,我国现行的公法救济有司法救济与司法外救济,这些制度也能应用于作为行政合同的政府采购合同中。事实上,西方各国因政府采购合同引发的纠纷几乎很少诉诸法院,通常是由政府和当事人通过协商或仲裁得以解决。其原因在于,行政合同从产生之初就作为一种特殊的、相对缓和的行政手段而与一般的行政命令、行政裁决相区别,它的产生就是当事双方合意的结果,当纠纷产生时,由于政府采购合同中供应商对效率的强烈追求以及他们面对政府强势和政府采购市场的巨大吸引力而不得不作出商业上的长远考虑,因此也更加注重通过协商、合意等柔性的方式解决与采购人之间产生的纠纷,起到减少讼累、缓解矛盾的作用。

在司法外救济的各种渠道中,我国目前的政府采购供应商权利救济制度偏重于发挥现行行政救济的职能,但是现行的行政体制下行政救济的中立、公正性还不能完全发挥作用。为公平、有效处理纠纷,应当在现行政府采购合同中订立仲裁条款。在完善政府采购法时,不妨考虑借鉴美国的做法,引进行政仲裁的方式。美国对政府合同纠纷的处理,多是通过各级联邦政府机构内部设立的具有一定独立地位的仲裁机关——合同申诉委员会裁决。该申诉委员会专门处理行政主体与相对人之间在采购活动中的申诉或纠纷,其成员由各级行政机关的主要官员组成,但具有独立的法律地位,设有类似法院的正式听证程序,并具有类似法院的权力。与此相类似的还有日本政府的专门负责审查供应商质疑事项的采购审查局,成员多为专门领域的权威,包括科学家、律师等,这为权益受损的供应商提供了一个专业化、高水准的法律救济平台,从一个侧面反映出其供应商权利救济制度的完善。在申诉受理机构向专业化过渡的过程中,确实可以考虑将其最终转化、建设成为专门处理大量的政府采购合同纠纷的行政仲裁机构,但这种设想是否能够最终达成,很大程度上受制于我国未来行政体制改革的方向和行政职能整合、机构设置的完成情况。●

(作者单位:广东省机械进出口股份有限公司)

责任编辑 赵军