

# 公私合作制中的“项目咨询者”：德国的经验

李以所

(中共中央编译局, 北京 100032)

**[摘要]** 公私合作制项目在招标前,政府一般需要专业咨询公司提供技术帮助和支持。作为“项目咨询者”,这些公司较之其他投标人具有天然的竞争优势,他们参与招标很可能会破坏公平原则,造成竞争扭曲。德国的立法者和欧盟法院对此已做出了有益的尝试,他们认为只是简单将项目咨询者排除在外并不符合法律的理性,而应在保证公平竞争的前提下,使参与项目咨询和规划的企业都有机会进入招标程序,进而实现更加经济高效地完成项目的目的。我国应该借鉴德国的经验,建设和完善 PPP 在中国发展的法律框架及实施细则。

**[关键词]** 公私合作制;PPP;德国;招投标;项目咨询

**[中图分类号]**F299      **[文献标识码]**A      **[文章编号]**2095 - 3410(2013)04 - 0024 - 07

## 一、问题的提出

在复杂项目的招标中,尤其是在公私合作制(Public Private Partnerships,以下简称 PPP)项目的招标过程中,公共采购人经常需要来自外部的专业咨询。同时,那些曾作为公共采购人专业顾问的企业常常有意再次以投标人的身份参与到招标程序中,尽管他们在招标之前就已经发挥了排疑解惑的“军师”作用。还有这样的企业,他们在招标程序的准备阶段,通过制定招标草案或是拟定给付目录或是草拟职责描述等工作已经为采购人提供了服务,而在招标实施阶段,他们却为谋求中标而参与其中。这些企业,在德国的采购法案例和相关文献中一般被称为“项目咨询者(Projektanten)”。

在德国法和欧盟法中,并没有结合实践情况就项目咨询者做出明确的规定<sup>[1]</sup>。项目咨询者的问题之所以进入了研究者的视野,其核心原因在于,项目咨询者参与招标,相比其他的投标人,在招标项目的诸多细节上他至少拥有潜在的信息优势。另外还

存在这种可能性,即招标标的描述将按照他的能力来拟定<sup>①</sup>,或者他通过拟定招标方案故意使可能参与招标的其他企业在竞争中处于不利地位<sup>[2]</sup>。故而这些企业参与招标可能会妨害正当竞争,造成竞争扭曲。很明显,在一个前期很难被具体描述的、复杂的 PPP 项目中,这些企业会因提前介入而首先成为项目的“知情者”,或者项目的标的描述几乎就是为某些企业“量身定制”,这极有可能会形成其他企业无法超越的竞争优势。概括来说,项目咨询者参与招标可能会形成如下的“不公平”:不公平的信息优势,不公平的时间优势,量身定做的标的描述,对采购人的正常评估施加影响。

然而上述问题并不仅仅只局限在直接提前参与的企业中间,部分与项目咨询者有关联的企业或企业集团也可以因项目咨询者的事先介入而间接获得竞争优势。因为这些企业与项目咨询者同属于某个企业集团或两者之间交叉持股,项目咨询者的活动不可避免地就与之产生诸多联系,这些企业也就拥

**[基金项目]** 本文是中共中央编译局社会科学基金项目“德国公私合作制度(PPP)法律框架研究:德国 PPP 促进法及其实施简化法”(项目编号:11B13)的阶段性成果。

**[作者简介]** 李以所(1973 - ),男,河北邢台人,中共中央编译局政治学博士后,国务院发展研究中心民族发展研究所特聘研究员,德国国家行政学院(DHV - Speyer)管理学博士,中共太原市委政研室副主任。主要研究方向:国家与经济、政府与民间的合作伙伴关系。

有了间接的项目咨询者地位<sup>②</sup>。例如某建筑工程公司设立一家享有法人地位的自主经营、自负盈亏的规划设计公司,这是一种很常见的情况。但“项目咨询者难题”也就会因之而出现:规划设计公司在制订项目给付目录时给委托人提供咨询,而建筑公司随后争取相关订单,这时该建筑公司相比其他投标人就拥有绝对的竞争优势。限于篇幅本文将重点讨论关于直接事先参与的企业的情况。但必须强调的是,与项目咨询者相关联可以间接获取竞争优势的企业也是不可忽视的。

原则上说,可能会对平等竞争产生威胁的项目咨询者以投标人身份参与招标是不应该被允许的。但也有例外的情况:在复杂的技术性极强的招标项目中,比如一座现代化医院的建设项目,一般由具有较大规模的企业负责承建,该企业一般设有下属的规划部门。相对于仅从事单一业务的纯粹的规划公司,该企业的规划部门更容易从整个项目的总体和全程的角度来考察和设计相关方案,一般来说,这个方案更切合实际,效率高且成本低。但是为了顺利进入招标程序,该企业不得不放弃参与项目的咨询和规划工作。如何在保证公平竞争的前提下,使参与项目咨询和规划的企业也可以进入项目的招投标,更加高效且经济地完成项目,成为 PPP 项目领域内一个亟待解决的问题。

## 二、在《公私合作制促进法》中的相关规定

伴随经济全球化和欧洲一体化的进程,德国传统意义上的国家的功能和作用也在发生着变化。在国家职能的问题上,除去以往重点讨论的国家与市场的关系之外,关于国家与社会的关系以及相应的政府治理亦开始为政治家和学者们所关注。在上世纪 80 年代,德国学术界提出了“担保国家”理念,并很快在政府治理中得到了贯彻和实践。所谓担保国家是指将公共服务的履行责任和担保责任相分离,政府仅专注于其核心任务,一些公共产品的提供和履行可由私人部门或公私部门合作完成,政府对此承担担保责任<sup>[3]</sup>。德国落实该理念的具体做法之一就是大力推行 PPP。作为一种在全球范围内得到广泛应用和推广的趋势性制度安排,无论是在学术界,还是在行政管理实践中,PPP 都已经成为一个时髦的课题<sup>[4]</sup>,但迄今尚未出现关于 PPP 的权威定

义<sup>[5]</sup>。作为一种依托于新公共管理理论而生的政策工具,PPP 是指在公共部门和私营经济之间的一种基于合约的长期合作,其目的是为了更加高效经济实现公共任务,借此公私部门可以集中各自的优势实现资源互补,并将潜在的风险合理分担<sup>[6]</sup>。

为了促进 PPP 在德国的健康良性发展,以破除相关法律障碍为立法目的《PPP 促进法》<sup>[7]</sup>在 2005 年 9 月出台。德国立法者认为有必要在该法的框架内就项目咨询者的问题制定相关条款。其相应的立法缘由<sup>③</sup>是:“在 PPP 项目中经常会出现项目咨询者的问题,因为公共采购人在招标的准备阶段接受了来自外部的专家团队的指导。另外,公共采购人在 PPP 项目中经常在准备阶段为了尽早确定该项目的市场表现和可行性,参考并借助了事后投标人的专业能力。在很多情况下,PPP 项目都是以潜在投标人的倡议和创造为依据的。”<sup>④</sup>由于已经认识到在这方面立法的必要性并鉴于欧盟法院在“Fabricom”案中的判决,德国立法者在推动 PPP 促进法案时也一并制定了一项新规定,即《公共采购条例》<sup>[8]</sup>第 4 条第 5 款<sup>⑤</sup>:“如果一个投标人或者申请人在招标程序开始前为委托人提供了咨询或者其他帮助,那么委托人需要确保竞争没有通过这个投标人或申请人的参与而受到扭曲。”

据此可以一般性地确定:在企业事先参与的情况下,公共采购人要特别注意竞争性原则和同等待遇原则。这是两个理所当然的原则,具体的立法实践就要在这些原则内给出更详细的具有可操作性的规定。从该条款看德国立法者对公共采购人需要专业的咨询和规划是认可的,在这个新的法律基础上,招标部门自己承担责任的原则还是得到了保留。按照这个观点,公共采购人必须独立地做出在招标程序中所有主要的决定,不允许将其委派给第三方<sup>[9]</sup>。另外,如果专门针对项目咨询者事后参与招标做出规范其行为的规定,那么也就意味着项目咨询者参与招标是被普遍允许的。所以笼统地简单化地将项目咨询者从招标程序中一刀切出去的做法既不现实,也不合理,尽管这种作法在操作上非常简便。不过,接受项目咨询者参与招标程序,也隐含或避免不了这种作法同竞争性和同等待遇等原则之间的紧张关系。

《公共采购条例》第4条第5款的规定暂时只能在供货和服务委托的招标中应用<sup>⑥</sup>。按照该条例第6条第3款,该规定也适用于建筑工程的委托。在自由职业发包的立法中则没有采纳这样的规定,所以在这个领域内第4条第5款还不能直接适用。尽管如此,在欧洲法院的判决出现以后,在该领域内也必须适用类似的标准。故现有的规定对于自由职业领域内的招标工作有比照适用的意义。

根据上述要点,可以进一步推论:德国立法者已经意识到了项目咨询者参与招标程序所存在的竞争扭曲的可能性;但并不允许笼统或简单地将项目咨询者排除在招投标程序之外。

### 三、事先委托和现在委托的界定

德国《公共采购条例》第4条第5款研究的是在采购法中如何对待事先委托的企业。需要与之区分的是采购法中的现在委托,这在《公共采购条例》第16条中有相关规定。照此规定要从招标程序中排除可能“心存偏向的人(Voreingenommenheit)”。所谓心存偏向的人一般是指在同一时间段内既属于委托人阵营,又属于受托人阵营的人<sup>[10]</sup>。

虽然有部分学者认为《公共采购条例》第16条为排除事先委托的企业提供了类推适用的法律依据<sup>⑦</sup>,但这些观点忽略了《公共采购条例》第16条并不是以这样的法律后果为前提的。该规范针对的只是委托人<sup>[11]</sup>,委托人必须防止依法被确定为是心存偏向的人参与招标的决策。此外,第16条重点关心的是委托人在当前借助相关企业的咨询工作,而不是在招标程序过程中,投标人事后的咨询活动<sup>[12]</sup>。故而在事关项目咨询者待遇的问题上,该法条既不可直接也不可类推适用。

概括地说,根据《公共采购条例》第16条,现在委托的事实构成主要是指咨询企业同时参与委托人阵营和受托人阵营的活动,其法律后果是在委托人方面充当的顾问角色被排除,忽视该法条将直接导致招标程序违法。而根据《公共采购条例》第4款第4款,事先委托的事实构成主要是指企业在项目准备阶段为委托人提供咨询后,又试图在招标阶段谋求委托人的采购订单。其法律后果是要针对是否违反了竞争性和同等待遇原则进行审查,对于因之而获取了竞争优势的企业要从招标程序中排除。

### 四、迄今为止对项目咨询者问题的处理

迄今为止德国对在招标程序中如何处理项目咨询者的问题主要有两种观点:一种认为,应各自按照相应的在采购、合同以及发包规则中的内行人规范来调整项目咨询者的问题。另一种则认为,只有《反限制竞争法》<sup>[13]</sup>第97条第2款规定的同等待遇原则方可作为处理项目咨询者问题的唯一标准。

#### (一)内行人规范

德国采购、合同以及发包规则中包括关于内行人参与招标程序的特定规范<sup>⑧</sup>,综其要者如下:在内行人规范直接或类推适用中,项目咨询者很容易被从招标程序中排除<sup>[14]</sup>。对此首先需要从功能意义上界定内行人的概念。因为确定内行人的标准并非一定要以官方承认、履行相关法定程序为取向,更主要的则是要从相关人的行为上衡量其是否符合专业性的活动,该行为在功能上是否发挥了专业性的作用<sup>⑨</sup>。按照这个相对宽泛的解释,企业在招标程序准备阶段的每一项工作都在内行人规范的适用范围之内。从相应的采购、合同以及发包规则中可以得出,内行人不允许直接或间接参与相关的采购活动。从现有的判例看,项目咨询者已经被视为内行人,故而依照内行人规范将项目咨询者从招标程序中强制性排除是合乎逻辑的。这并不取决于是否确实会存在造成部分投标人的信息优势进而扭曲竞争的危<sup>[15]</sup>险。

按照现在多数的判例,招标程序中的每个专业协助都能够表现为内行人规范意义上的活动。按照一般意义上的解释规则这种判断恐怕早就不堪重负了。规范制定者已经把传统意义上的内行人概念作为公平的鉴定人来理解。鉴定意味着是一种客观、普遍有效的评判,其对于第三方来说也可以作为决策的基础。在招标过程中的咨询活动可以产生以公共采购人的需求为取向的专家指导意见,与功能性角度的解释相反,这种咨询可以不用作为内行人的活动来理解。因此,内行人可以被理解为与所有招投标参与者无关的、公正的鉴定人。而如果项目咨询者作为专业顾问有责任和义务维护公共采购人的利益,那么对他就不能适用内行人规范<sup>[16]</sup>。

#### (二)同等待遇原则

按照另一种观点只能遵照《反限制竞争法》第

97 条第 2 款中同等待遇原则的标准来处理项目咨询者问题<sup>[17]</sup>。但项目咨询者何时参与招标才是违反同等待遇原则还是存有争议。从禁止歧视中无论如何也不能推导出本身禁止规则<sup>[18]</sup>。德国学术界的主流观点认为,这并不取决于一个笼统的主观评价,而是取决于在诸多案例细节中可被证实的竞争扭曲<sup>[19]</sup>。

### 五、欧盟法院的判例

在 2005 年的 Fabricom 案件中欧盟法院就探讨了事先委托的问题<sup>[20]</sup>。对此欧盟法院认为:“一个为某项采购做了特定准备工作的人,一方面因为他在相应的采购中得到信息而在制定报价时可能处于有利地位。……另一方面,他可能会处于这种情境之下,即在相应的公共采购的条件下导致利益冲突,并且在自己无意的情况下能对采购做出有益自己的影响,当他自身就是这个采购的投标人时。这样的情况就可能会造成妨碍投标人之间的竞争<sup>[21]</sup>。”

欧盟法院首先描述了一个事先委托的投标人参与招标程序至少会造成潜在的不同等待遇和竞争扭曲。从中欧盟法院得出,事先委托的投标人不能要求像其他投标人一样享受同样方式的对待。关于企业的排除,欧盟法院认为:将项目咨询者笼统地排除已经超越了原本必要的目标,即要保证所有的投标人都要享受同等的公平待遇。其适用可能会导致提供了特定准备工作的人从招标程序中排除,而没有这些人参与招标,对招标人则意味着是一种损失<sup>[22]</sup>。因此从欧盟法院的判例看,在没有能够充分证明某些接受过事先委托的投标人参与投标会违反同等待遇和竞争原则的情况下,就贸然将之排除在外的规则是不被允许的。之前欧盟法院就已经做出判决,仅仅是出于事先委托并不会强制性地导致违反竞争原则的结果<sup>[23]</sup>。

当然,在将来也要注意欧盟法院的这个判例,因为它的结论不是从具有特殊性的欧盟成员国的规则中,而是从普遍的欧盟法规定的法律原则上产生的。《公共采购条例》第 4 条第 5 款的规定与欧盟法院这个判决的精神相吻合,甚至可以作为在事先委托这个难题上的立法实践来理解<sup>⑩</sup>。

### 六、合法对待项目咨询者

观察欧盟法院的判例,怎样对待符合采购法的

事先委托的投标人的报价还是有争论的。但无论如何从现在开始已经被解释清楚的是,根据上述采购、合同以及发包规则中的内行人规范笼统地排除事先委托的企业是不被允许的。但是也有观点认为,通过适用同等待遇和竞争性原则来解决事先委托难题的方案已经在新的判决中被考虑到了。欧盟法院指出,事先委托的企业和投标人要承担证明不存在竞争优势的责任<sup>[24]</sup>。还有一个可被采纳的选项是,在通过利用同等待遇和竞争性原则来解决这个难题时,如果公共采购人提出有根据的怀疑,而投标人没有为此辩护,那么就会比较容易将项目咨询者排除。目前一个亟待进行的工作是,应该利用欧盟法院的判决来拟定在法律上足够安全的行为指南。对此需要将招标程序的各个阶段进行区分,也即当项目咨询者参与采购时,其相应的招标程序有如下重要阶段:项目咨询者在招标准备阶段提供的服务;提交报价之前的招标程序;招标程序和报价评估。

#### (一)在项目咨询者服务框架下的要求

早在招标的准备阶段,即项目咨询者的服务阶段,公共采购人就被要求为了后面的招标程序确定一个与采购法相符的对待项目咨询者的原则方向。这首先需要有一个全面的关于项目咨询者活动的记录<sup>[25]</sup>,只有这样方可确保能够有效抵消可能出现的信息优势。

公共采购人也要始终遵守独立承担责任的原则。在《财务和服务业发包条例》A 部分第 2 条第 3 款中规定,不允许公共采购人通过邀请第三方参加招标而摆脱对该程序应承担的责任。据此,公共采购人即使是邀请了项目咨询者参与组织招标,但项目咨询者也就仅限于提供技术支持,公共采购人要始终承担招标程序的最终责任<sup>[26]</sup>。

在合同处罚的威胁下,项目咨询者还有义务不得将与招标程序有关的信息泄露给第三方<sup>[27]</sup>。在该义务中的第三方可以被理解为关联企业及其员工。很多潜在的咨询者都被要求承担“职业的沉默义务”,从而不泄露所获得信息,否则就会遭到刑法相关条款的制裁<sup>⑪</sup>。而合同处罚只能作为附加的禁止信息传播的措施来看待。不过合同处罚和刑罚威胁一样,它们都不能阻止相关人违反沉默义务。因此公共采购人并不能在这样的协议下高枕无忧而无

所作为。为了知晓为其提供服务的项目咨询者的情况,公共采购人有义务让项目咨询者公开其与招标程序有重大关系的在公司法意义上的信息。但这种要求只在咨询者承担沉默义务框架内才有实施的可能。

只有存在具体的不同等待遇的事实时才可以被视为违反了同等待遇规定。因此,预先要求与项目咨询者相关的企业做出不参与事后招标的声明并无任何操作性。这种预先的、笼统的排除,参照欧盟法院的判例和德国学术界的主流观点是不允许的。另外,该行为也与公共采购人的利益有冲突。一方面,按照《反限制竞争法》第97条第5款,这样的预先排除意味着可能会放弃最经济的报价;另一方面,经常只有事先委托的企业参与采购才能保证真正的竞争,特别是在高科技领域更是如此。在特别复杂的招标项目中,假设只有两个投标人,如果武断地排除了一个,那么真正的竞争也就不复存在了。这种情况下,竞争性原则和同等待遇原则就起了冲突。为了两个原则的平衡,要本着具体问题具体分析灵活性原则来处理。

## (二) 报价提交之前的程序

如果在招标的准备阶段项目咨询者的服务已经结束,那么公共采购人就有义务将项目咨询者在该阶段得到的信息列入招标程序中,因为他要保证所有投标人可以得到同样的信息<sup>[28]</sup>。但他没有义务去调节个别投标人的市场优势和源自投标人领域的不均衡<sup>[29]</sup>。因此,必须积极调查和平衡竞争者在公共采购人方面的一些信息优势<sup>[30]</sup>。另外,这些信息都可以能够被转换为全面、透明的外包合同文件,该文件包括了在准备阶段个别投标人发布的所有信息<sup>[31]</sup>。此外,公共采购人早就被要求在标的描述的基础上起草一个透明的外包合同文件,这份文件须被所有投标人做同样的理解并且保证不能仅与那些项目咨询者有关联的企业才有付诸实施的能力。可以推断,这是为了使公共采购人能够在项目咨询者制定的材料里对投标人进行审核<sup>[32]</sup>。另外,公共采购人也要考虑为外包合同文件的处理提供足够长的期限,这样参与事先委托的投标人就不能因时间优势而取得竞争优势了<sup>[33]</sup>。

## (三) 合法对待事先委托的投标人

在报价阶段,对事先委托的企业提出的报价进行清楚的审核是非常重要的。公共采购人应该始终对事先委托的投标人的报价进行深入审核。如果他确定与事先委托的投标人相关的报价明显优于其他报价,那么进行相应报价解释就变得非常必要了。同时公共采购人也要检查投标人报价的优势地位是否因为事先委托造成的。一般由于事先委托而造成竞争扭曲的可能原因有如下几点:首先在价格方面存在一个有优势的报价<sup>②</sup>;在技术方面存在一个有优势的报价,这个优势明显是以信息作为支撑的,且该信息不是所有的投标人都可以得到的;只有特定的相关企业才能正确地实施由项目咨询者制定的采购要求;由项目咨询者制定的评估矩阵会导致特定的评价结果。

如果公共采购人确定存在上面提到的任何一点或是类似的情况,那么就可以初步判断由于事先委托而导致竞争扭曲的可能性是存在的。这意味着投标人要承担相应的证明责任,去反驳由于事先委托而可能产生的竞争优势并不存在。因为只有事先委托的企业充分了解其报价,才能解释其异常之处;相反,公共采购人并没有把握笃定地去排除这种可能性。如果事先委托的投标人提出一个在价格上占优势的报价,那么这就要被归入由于事先委托而导致的竞争优势之中。比如可以想象的是,项目咨询者传递了其供货商的最低的折扣,但这只有项目咨询者才能解释。出于这个理由,项目咨询者就有责任证明他报价上的优势不是由于事先委托而形成的<sup>[34]</sup>。如果投标人在解释中不能推翻扭曲竞争的质疑,那么公共采购人就必须出于同等待遇和竞争性的原因将其排除。

公共采购人要首先承担查明的义务。如果他在深入审核中将某行为归类为扭曲竞争,那么从这一刻起就是相关投标人的责任了,即将该结论推翻,否则他就要被排除。当然,仅仅是笼统的声明在这里是不足够的。投标人需要拿出有说服力的证据来证明,他是因为其他的条件,而非事先委托而获得报价优势。

深入审核的义务不仅仅局限在公开和非公开的招标程序中。一般的采购法原则在议标程序中也是有效的<sup>[35]</sup>,根据这些准则公共采购人被要求禁止由

于事先委托造成的竞争扭曲。因此,公共采购人要密切注意在谈判中事先委托的企业的竞争优势。如果谈判磋商使得之前其他企业没有的信息显现出来,那么这些信息必须要转呈。在必要的情况下,当因事先委托而造成的竞争优势很明显不能被均衡时,将项目咨询者予以排除是适当的。

## 七、对我国相关法律建设的启示

尽管 PPP 在中国也已经得到了广泛的实践和应用,但我国迄今尚未在法律层面专就 PPP 做出相关规定。与德国 2005 年通过《PPP 促进法》同步,国务院在 2005 年 2 月出台了《关于鼓励支持和引导个体私营等非公有制经济发展的若干意见》,这是新中国成立以来首部以促进非公有制经济发展为主旨的中央政府文件,全文共 36 条,故被简称为“非公 36 条”。该文出台五年后,并未取得预期的效果。于是 2010 年 5 月《国务院关于鼓励和引导民间投资健康发展若干意见》被颁布,也即所谓的“新 36 条”。该意见鼓励和引导民间资本进入基础产业和基础设施、市政公用事业等领域。较之德国的《PPP 促进法》,中国的两个 36 条大都为方向性的原则规定,缺乏相应的实施细则。仅就本文所研讨的问题来说,我国与之密切相关的两部法律是《招标投标法》和《政府采购法》,但在这两部法律中并没有专就 PPP 项目招标和采购做出相应规定。直到 2011 年底国务院通过了《招标投标法实施条例》,该条例第三十四条规定与招标人存在利害关系可能影响招标公正性的法人、其他组织或者个人,不得参加投标。单位负责人为同一人或者存在控股、管理关系的不同单位,不得参加同一标段投标或者未划分标段的同一招标项目投标。违反前两款规定的,相关投标均无效。这条规定较之没有规范已经有了进步,但与德国《PPP 促进法》中的相关条款的精致性相比较,其内容还是稍显粗糙和简单。因为援引此款规定并不能解决本文提出的“项目咨询者”问题。故而进一步建设和完善 PPP 在中国发展的法律框架及其实施细则仍是中国立法者所面临的现实任务。

11, 12, .

② OLG Düsseldorf. Beschluss v. 25. 10. 2005 - Verg 67/05.

④ 有学者曾专门写文章讲述在意大利法律中是如何利用私人部门的创新潜能的。参见 Hermes, Georg & Michel, Jens: Die Nutzung privaten Innovationspotentials bei privatfinanzierten öffentlichen Projekten . Die Verwaltung, Band 38, 2005, 177.

⑤ 该款规定已经被修改添加到相关的发包条例中,但为了行文和研究的方便,本文继续以此款为研究对象。

⑥ 德国 2003 年版《公共采购条例》第 4 条规定的就是供货和服务委托项目的招标工作。

⑦ Die VK Bund; Beschluss v. 05. 07. 2003 - VK 2 - 42/03.

⑧ § 6 VOL/A, § 7 VOB/A, § 6 VOF.

⑨ VK Bund; Beschluss v. 16. 09. 2003 - VK 2 - 70/03.

⑩ 在该法条的立法缘由中曾援引了欧盟法院的这个判例。

⑪ 德国 2002 年版《刑法典》第 203 条, § 203 StGB.

⑫ 按照德国巴登符腾堡州的判例,仅比其他报价低 10% 的报价并不被认为有造成竞争扭曲的可能。参见 VK Baden - Württemberg; Beschluss v. 29. 11. 2002 - 1 VK 62/02.

## 参考文献:

[1] Greeve, Gina. Ausgewählte Fragen zu § 298 StGB seit Einführung durch das Gesetz zur Bekämpfung der Korruption vom 13. 08. 1997. NStZ, 2002, 508.

[2] Heiermann, Wolfgang / Riedl, Richard/ Rusam, Martin/Kuffer, Johann. Handkommentar zur VOB, Teile A und B: Rechtsschutz im Vergabeverfahren. Verlag: Vieweg + Teubner, 2008, 180.

[3] 李以所. 德国“担保国家”理念评介[J]. 国外理论动态, 2012, (07): 26 - 32.

[4] Ziekow & Windoffer. Public Private Partnership als Verfahren[J]. NZBau, 2005, (665).

[5] 李以所. 公私合作伙伴关系 (PPP) 的经济性研究——基于德国经验的分析[J]. 兰州学刊, 2012, (06): 146 - 154.

[6] Bundesministerium für Verkehr Bau - und Wohnungswesen (Hrsg. ). PPP im öffentlichen Hochbau, Bd. I. 2003, 2.

[7] Gesetz zur Beschleunigung der Umsetzung von

## 【注】

① ③ Bundestagsdrucksache ( BT - Drs. ). 15/5668, S.

öffentlich Privaten Partnerschaften und zur Verbesserung gesetzlicher Rahmenbedingungen der öffentlich Privaten Partnerschaften, BGBl. I S. 2676.

[8] Verordnung über die Vergabe öffentlicher Aufträge, VgV, BGBl. I S. 170, BGBl. I S. 1508.

[9] Müller – Wrede, Malte (Hrsg.). Verdingungsordnung für freiberufliche Leistungen (VOF), 2. Auflage, Düsseldorf 2003, § 6, Rn.4; OLG Düsseldorf. Beschluss v. 18. 10. 2000 – Verg 3/00; OLG Naumburg; Beschluss v. 26. 02. 2004 – 1 Verg 17/03, VergabeR 2004, S. 392.

[10] Maurer, Sonja. Das Mitwirkungsverbot gem. § 16 Vergabeverordnung (VgV). Dissertation, Bonn: 2003, 214.

[11] Reidt, Olaf/Stickler, Thomas/Glahs, Heike. Vergaberecht. 2. Auflage, Köln: 2003, § 16 VgV, Rn.3.

[12] Horn, Lutz. Projektantenstaus im VOF – Verfahren? NZBau 2005, 29.

[13] Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen, GWB, BGBl. I S. 2521, 2546.

[14] OLG Düsseldorf; Beschluss v. 16. 10. 2003 – Verg 57/03, VergabeR 2004, S. 237; OLG Celle; Beschluss v. 18. 12. 2003 – 13 Verg 22/03, VergabeR 2004, S. 399; VK Südbayern; Beschluss v. 21. 04. 2004 – 24 – 04/04; VK Bund; Beschluss v. 16. 09. 2003 – VK 2 – 70/03; OLG Jena; Beschluss v. 08. 04. 2003 – 6 Verg 9/02, NZBau 2003, S. 625.

[15] VK Sachsen – Anhalt; Beschluss v. 11. 10. 2004 – 1 VK LVwA 58/04; VK Berlin; Beschluss v. 13. 08. 2004 – B 2 – 34/04; VK Bund; Beschluss v. 16. 09. 2003 – VK 2 – 70/03.

[16] Reuber, Norbert. Anmerkung zu OLG Schleswig, Beschluss v. 16. 04. 2002 – 6 Verg 1/02, VergabR 2002, S. 656; OLG Celle; Beschluss v. 18. 12. 2003 – 13 Verg 22/03, VergabeR 2004, S. 399.

[17] OLG Schleswig; Beschluss v. 04. 05. 2001 – 6 Verg 2/2001; VK Baden – Württemberg; Beschluss v. 28. 10. 2003 – 1 VK 60/03; VK Lüneburg; Beschluss v. 13. 12. 2000 – 203 – VgK – 11/2000; VK Bund. Beschluss v. 17. 07. 2000 – VK 1 – 13/00; OLG Naumburg. Beschluss v. 16. 09. 2002 – 1 Verg 2/02.

[18] Immenga, Ulrich & Mestmäcker, Ernst – Joachim. Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen (GWB) . 3. Auflage, München 2001, § 97, Rn. 47.

[19] Byok, Jan & Jaeger, Wolfgang. Kommentar zum Vergaberecht[M]. 2 Auflage, Frankfurt a. M. : 2005, § 16 VgV,

Rn. 1698.

[20] Reuber, Norbert. Kein allgemeines Bewerbungsverbot wegen Vorbefassung. VergabeR 2005, 273.

[21][22] EuGH: Urteil v. 03. 03. 2005 – Verb. Rs. C – 21/03 und C 34/03 (Fabricom). VergabeR 2005, 324, 325.

[23] EuGH: Urteil v. 25. 01. 2001 – Rs. C – 172/99, NZBau 2001, S. 223.

[24] OLG Düsseldorf; Beschluss v. 25. 10. 2005 – Verg 67/05; EuGH: Urteil v. 03. 03. 2005 – Verb. Rs. C – 21/03 und C 34/03 (Fabricom), VergabeR 2005, S. 324.

[25] VK Bund; Beschluss v. 17. 07. 2000 – VK 1 – 13/00. NZBau 2001, 231.

[26] OLG Naumburg. Urteil v. 26. 10. 2004 – 1 U 30/04. VergabeR 2005, 264.

[27] BGH: Urteil v. 23. 01. 2003 – VII ZR 210/01. NJW 2003, 1805.

[28] EuGH: Urteil v. 12. 12. 2002 – Rs. C – 470/99. ZfBR 2003, 179; EuGH: Urteil v. 04. 12. 2003 – Rs. C – 448/01. NVwZ 2004, 203.

[29] OLG Koblenz; Beschluss v. 05. 09. 2002 – 1 Verg 2/02. VergabeR 2002, 628.

[30] Voppel, Reinhard. Anmerkung zu OLG Jena, Beschluss v. 08. 04. 2003 – 6 Verg 9/02. VergabeR 2003, 581; Byok, Jan & Jaeger, Wolfgang. Kommentar zum Vergaberecht. 2 Auflage, Frankfurt a. M. . 2005, § 16 VgV, Rn. 1699.

[31] OLG Schleswig; Beschluss v. 04. 05. 2001 – 6 Verg 2/2001; OLG Düsseldorf; Beschluss v. 25. 10. 2005 – Verg 67/05.

[32] VK Bund; Beschluss v. 17. 07. 2000 – VK 1 – 13/00. NZBau 2001, 231.

[33] VA Nordrhein – Westfalen; Beschluss v. 08. 05. 1998 – 424 – 84 – 43 – 7/97; Byok, Jan & Jaeger, Wolfgang: Kommentar zum Vergaberecht, 2 Auflage, Frankfurt a. M. 2005, § 16 VgV, Rn. 1699; Fischer & Noch; EzEG – VergabeR, IV 10. 14.

[34] Müller – Wrede, Malte. Die Behandlung von Mischkalkulationen unter besonderer Berücksichtigung der Darlegungs – und Beweislast. NZBau 2006, 73.

[35] VK Bund; Beschluss v. 08. 02. 2005 – VK 1 – 02/05; OLG Düsseldorf; Beschluss v. 18. 06. 2003 – Verg 15/03.

(责任编辑:周 杰)