

# 欧盟贸易政策：从“开放性互惠”到“限制性对等”

——以国际公共采购工具为核心的考察\*

叶斌 张琨

**内容提要：**欧盟贸易政策正在从“开放性互惠”转向“限制性对等”，即在世界贸易组织谈判功能“失灵”和新兴经济体崛起的背景下，欧盟越来越依靠单边限制性立法或措施，撤回原先对第三国事实上或法律上的单方面开放。欧盟不仅通过司法解释来限制将《公共采购指令》适用于未与欧盟缔结采购协定的第三国投标者，而且在立法上打造《国际公共采购条例》这一新工具，授权欧盟委员会对第三国公共采购市场的开放情况进行调查，并以该国缺乏“对等开放”为由限制其投标进入欧盟公共采购市场。国际公共采购工具所具有的谈判杠杆作用，旨在促使中国等国与欧盟在诸边或双边谈判中达成开放承诺。

**关键词：**国际公共采购工具 贸易政策 开放性互惠 限制性对等 欧盟法

2024年4月24日，欧盟委员会对中国医疗器械采购市场启动“国际公共采购工具”（IPI）调查，<sup>①</sup>这是《欧盟关于第三国经济经营者、货物和服务进入联盟公共采购和特许经营市场以及支持就联盟经济经营者、货物和服务进入第三国公共采购和特许经营市场进行谈判的程序的第2022/1031号条例》（即“国际公共采购工具”或“国际采购工具”）<sup>②</sup>自2022年8月生效以来的首项调查。国际公共采购工具授权欧盟委员会

\* 本文为国家社会科学基金重大项目“欧盟涉华经贸规则的转型与应对研究”（项目批准号：23&ZD165）的阶段性成果。

① “Commission Launches First Investigation under EU International Procurement Instrument,” European Commission Press Release, Brussels, 24 April 2024.

② Regulation (EU) 2022/1031 of the European Parliament and of the Council of 23 June 2022 on the Access of Third-Country Economic Operators, Goods and Services to the Union's Public Procurement and Concession Markets and Procedures Supporting Negotiations on Access of Union Economic Operators, Goods and Services to the Public Procurement and Concession Markets of Third Countries (International Procurement Instrument—IPI), OJ L 173/1, 30 June 2022.

调查第三国公共采购市场,并可限制第三国经营者参与欧盟公共采购投标,从而实现所谓“互惠”或“对等”(reciprocity)目标。<sup>①</sup>

然而,欧盟在国际公共采购工具语境中对“互惠”或“对等”的讨论,与世界贸易组织(WTO)多边框架下的“互惠”贸易理念有所区别。国家间经贸关系中的“互惠”或“对等”在一般意义上可区分为“开放性互惠”(open reciprocity)和“限制性对等”(restrictive reciprocity)。在全球化浪潮蓬勃发展时期,欧盟坚持多边主义优先的贸易政策,开放性互惠成为其追求贸易自由化的核心理念之一;而随着欧盟转向重点推进双边与区域合作,其贸易政策也向限制性对等转变。在此背景下,欧盟提出《外资安全审查条例》《外国补贴条例》等多个具有限制性效果的经贸立法,逐步撤回其自《马斯特里赫特条约》以来的单方面市场开放承诺。<sup>②</sup>

从立法倡议的提出时间上看,国际公共采购工具是欧盟基于“限制性对等”的首个单边经贸立法。然而,该条例立法过程漫长,成员国之间曾因立场分歧严重导致“国际公共采购工具提案”两度被搁置;直至2019年,各方才迅速就该立法达成一致意见。<sup>③</sup> 条例案文的规则演变、成员国之间的立场逆转为观察欧盟贸易政策从“开放性互惠”转向“限制性对等”提供了独特的视角。国际公共采购工具立法还引起欧盟在公共采购领域内的频繁规制,限制性对等逐渐成为欧盟在公共采购领域限缩市场开放的正当化事由。

欧盟国际公共采购工具所带来的变化和影响受到学者不同角度的关注。乔安妮·斯科特(Joanne Scott)聚焦欧盟法的域外效力,认为国际公共采购工具通过“领土延伸”发挥域外影响,从而改善欧盟企业在第三国的市场准入。<sup>④</sup> 弗兰克·霍夫迈斯特(Frank Hoffmeister)指出,国际公共采购工具反映了欧盟关于第三国投标的公共采购制度在市场的开放性与互惠性之间的平衡,但有走向保护主义之嫌。<sup>⑤</sup> 卡玛拉·达

<sup>①</sup> Recital 20 of Regulation (EU) 2022/1031. 为与当前学界和实务界的习惯表述保持一致,对于“Reciprocity”一词,本文在其侧重积极含义时译为“互惠”,在其侧重消极含义译为“对等”。

<sup>②</sup> 参见叶斌:《欧盟外资安全审查立法草案及其法律基础的适当性》,载《欧洲研究》,2018年第5期,第25-42页;叶斌:《欧盟〈外国补贴白皮书〉的投资保护问题刍议》,载《国际法研究》,2020年第6期,第70-85页。

<sup>③</sup> 国际公共采购工具立法始于2012年,与欧盟多数立法不超过两年通过相比,其立法程序罕见地耗时逾十年。根据欧洲议会统计,2009年至2014年立法期间,经欧盟普通立法程序(OLP)一读通过的立法平均用时17个月;2014年至2019年为“略少于18个月”;2019年至2024年为20个月。

<sup>④</sup> Joanne Scott, “Extraterritoriality and Territorial Extension in EU Law,” *The American Journal of Comparative Law*, Vol.62, No.1, 2014, pp.87-125.

<sup>⑤</sup> Frank Hoffmeister, “The EU Public Procurement Regime on Third-Country Bidders—Setting the Cursor Between Openness and Reciprocity,” in Harri Kalimo and Max S. Jansson, eds., *EU Economic Law in a Time of Crisis*, Edward Elgar Publishing, 2016, pp.76-88.

瓦尔(Kamala Dawar)强调,国际公共采购工具标志着欧盟转向强制性互惠(force reciprocity),并可能违反其在WTO下的义务。<sup>①</sup>内森·梅尔斯霍克(Nathan Meershoek)则从安全维度出发,认为国际公共采购工具借由对外贸易工具追求欧盟的安全目标,塑造了欧盟委员会在共同商业政策方面的角色转变。<sup>②</sup>在政府采购的国际规制方面,阿里斯·乔治普洛斯(Aris Georgopoulos)、伯纳德·霍克曼(Bernard Hoekman)等学者系统讨论了包括WTO《政府采购协议》、联合国国际贸易法委员会《货物、工程和服务采购示范法》等国际规则对于促进政府采购市场自由化的作用,并评估了各国在实践中的具体表现。<sup>③</sup>

在已有研究的基础上,本文通过对国际公共采购工具立法与实施的考察,分析欧盟贸易政策从“开放性互惠”转向“限制性对等”的曲折而富有启发性的过程,聚焦各方就具体规制变化的讨论,展现欧盟涉华经贸规则转型的趋势与相关特征。文章第一部分论述欧盟贸易政策从“开放性互惠”到“限制性对等”的变化;第二部分以国际公共采购工具立法辩论为例,反映欧盟贸易政策转向过程中的不同声音与立场;第三部分展开对国际公共采购工具规制内容与特征的分析;第四部分讨论在欧盟将限制性对等作为正当化事由的背景下对国际公共采购领域的多重规制;最后部分讨论欧盟贸易政策目标的转变以及国际公共采购工具这一限制性对等工具对中国的影响,并提出应对建议。

## 一 欧盟贸易政策的“限制性对等”及其实现方式

互惠原则是第二次世界大战以来欧盟、美国等发达经济体在多边框架下追求贸易自由化的核心理念之一。在全球化的发展过程中,欧盟受益于开放性互惠带来的经济增长,成为多边贸易体制和市场自由化的拥护者。然而,随着以中国为代表的新兴经济体的崛起以及国际经济格局中各国比较优势的变化,欧盟的贸易政策逐渐从开放性互惠转向限制性对等,并催生欧盟制定“限制性对等”法律工具的需求。

---

<sup>①</sup> Kamala Dawar, “The EU 2022 International Procurement Regulation Enters in to Force Reciprocity,” *Journal of World Trade*, Vol.57, No.1, 2023, pp.139-156.

<sup>②</sup> Nathan Meershoek, “Reciprocity as Security: Reconsidering Third Country Access to European Critical Infrastructure Procurement,” *European Foreign Affairs Review*, Vol.28, Special Issue, 2023, pp.75-94.

<sup>③</sup> Aris Georgopoulos, Bernard Hoekman and Petros C. Mavroidis, eds., *The Internationalization of Government Procurement Regulation*, Oxford University Press, 2017.

### (一) 欧盟贸易政策重心转向与限制性对等诉求

自 2006 年起,欧盟贸易政策经历了从严格的多边主义向有选择的双边主义的转变。<sup>①</sup> 与 WTO 多边框架下的开放性互惠不同,欧盟在区域和双边自由贸易协定的谈判中更多追求严格的限制性对等目标,进而产生通过法律工具对已有的单方面市场开放承诺施加限制的诉求。

#### 1. 关于“互惠”或“对等”的讨论

“互惠”或“对等”这一术语,在国家间的经贸关系上往往指利益或特权的相互和对等让与,<sup>②</sup> 当事方通过授予对方相同或相当的权利、利益,或承担义务来维持待遇平衡。<sup>③</sup> “互惠”或“对等”如同古罗马门神雅努斯(Iānus)的双面,而人们往往从正面使用这一术语,例如,在《关税与贸易总协定》项下,互惠被视为各国进行关税等利益减让谈判的指导原则。<sup>④</sup> 但从另一面来看,互惠或对等也具有消极的内涵,意指反驳、报复以及“以眼还眼、以牙还牙”等行为。<sup>⑤</sup>

在国家间贸易关系中,罗伯特·基欧汉(Robert O. Keohane)将“互惠”定义为价值大致相等的交换,并区分为“具体互惠”(specific reciprocity)和“扩散性互惠”(diffuse reciprocity)。前者指贸易伙伴依据严格的顺序进行的等值交换;后者则基于对其他行为体的善意的强大信心和有力国际制度的保证,在交换中不要求施惠行为的严格顺序和等值。具体互惠的成功可能导向扩散性互惠;而扩散性互惠尝试的失败也可能使行为体退回到严格等价交换的具体互惠。<sup>⑥</sup> 也有学者将“互惠”分为“消极互惠”(passive reciprocity)与“积极互惠”(aggressive reciprocity)。其中,前者指一国停止减少贸易限制,直至其贸易伙伴做出对向行动;后者则指一国以威胁撤回先前的减让、施加新的贸

<sup>①</sup> Boris Rigod, “‘Global Europe’: The EU’s New Trade Policy in Its Legal Context,” *Columbia Journal of European Law*, Vol.18, No.2, 2012, pp.277-306.

<sup>②</sup> See Bryan A. Garner, *Black’s Law Dictionary* (Eleventh Edition), Thomson Reuters, 2019, pp.1523-1524.

<sup>③</sup> 参见王铁崖主编:《中华法学大辞典·国际法卷》,中国检察出版社 1996 年版,第 282 页;Akiko Yanai, “Reciprocity in Trade Liberalization,” Working Paper Series 00/01-No.2, APEC Study Center Institute of Developing Economies, March 2001, p.1.

<sup>④</sup> 参见赵维田:《世贸组织(WTO)的法律制度》,吉林人民出版社 2000 年版,第 57-58、108-111 页;余敏友:《论关贸总协定的历史地位与作用》,载《武大国际法评论》,2003 年第 1 期,第 1-31 页;左海聪:《国际经济法基本问题论纲》,载《法学评论》,2009 年第 1 期,第 48-56 页;韩立余:《论世界贸易组织规则及义务的性质——国家利益是履行世界贸易组织义务的根本指导原则》,载《国际经济法学刊》,2005 年第 4 期,第 26-52 页;廖凡:《构建更加公平的国际贸易体制——对 WTO 互惠原则的再思考》,载《国际贸易》,2007 年第 6 期,第 62-65 页。

<sup>⑤</sup> Arianna Whelan, *Reciprocity in Public International Law*, Cambridge University Press, 2023, p.1.

<sup>⑥</sup> 在这种交换中,每一方的行为都取决于另一方先前行为;交换不一定导向互利(mutually beneficial);交换的发生可能基于自身利益,也可能基于共同的权利和义务;交换价值并不必要相当(comparable)。See Robert O. Keohane, “Reciprocity in International Relations,” *International Organization*, Vol.40, No.1, 1986, pp.1-27.

易限制的方式“撬动”贸易伙伴做出行动,或通过威胁报复保证贸易协定的执行。<sup>①</sup>

综合来看,可在一般意义上将“互惠”或“对等”分为开放性互惠和限制性对等,前者不要求利益交换中的及时和直接对等,行为体在短期内可施惠在先且不求回报,而期待双方在更长期的多次互动中获得更广泛的利益,《关税与贸易总协定》中无条件的最惠国待遇条款<sup>②</sup>所体现的互惠理念就是开放性互惠的典例;后者则要求相对对方单个行为做出具体的、及时的反馈,尤其表现为通过限制性的措施,胁迫第三国开放市场。从其效果来看,“开放性互惠”可以成为实现更加开放的全球市场的工具,而“限制性对等”更易导向保护主义和地区主义。<sup>③</sup>

## 2. 欧盟多边主义优先背景下的开放性互惠

二战后,以欧盟、美国为代表的发达经济体在自由主义的影响下将开放性互惠作为其推动多边合作、追求贸易自由化的核心理念。WTO 多哈回合部长声明明确提出,谈判应充分考虑发展中国家和最不发达国家的特殊需求和利益,包括根据 1994 年《关税与贸易总协定》第 28 条有关关税谈判的 bis 等条款,不要求在减让承诺方面的全面对等(*less than full reciprocity*)。<sup>④</sup>

自 WTO 成立后,欧盟始终将多边贸易体系作为其贸易政策的核心。在多哈回合开始前,欧盟委员会时任贸易委员帕斯卡尔·拉米(Pascal Lamy)更提出“多边主义优先”的策略(后被称为“拉米主义”),称在多哈回合谈判期间,欧盟不参与任何新的区域贸易协定谈判。<sup>⑤</sup>在贸易政策方面,欧盟坚持开放性互惠原则,奉行单方面的市场开放承诺。这一时期,尽管欧盟对其他贸易工具持开放态度,但始终坚持以多边主义为优先。<sup>⑥</sup>

---

<sup>①</sup> 参见 William R. Cline, “‘Reciprocity’: A New Approach to World Trade Policy,” in William R. Cline, ed., *Trade Policy in the 1980s*, Institute for International Economics, 1983, p.152; Michael Trebilcock, Robert Howse and Antonia Eliason, *The Regulation of International Trade* (Fourth Edition), Routledge, 2013, pp.9-11; 左海聪:《国际经济法的理论与实践》,武汉大学出版社 2003 年版,第 47-48 页。

<sup>②</sup> 《关税与贸易总协定》第 1 条规定:“……一缔约国对来自或运往其他国家的产品所给予的利益、优待、特权或豁免,应当立即无条件地给予来自或运往所有其他缔约国的相同产品。”更多分析参见 John H. Jackson, *The World Trading System: Law and Policy of International Economic Relations* (Second Edition), The MIT Press, 1997, pp.157-174。

<sup>③</sup> Geert Wils, “The Concept of Reciprocity in EEC Law: An Exploration into These Realms,” *Common Market Law Review*, Vol.28, No.2, 1991, pp.245-274.

<sup>④</sup> Doha WTO Ministerial 2001: Ministerial Declaration, WT/MIN(01)/DEC/1, 20 November 2001.

<sup>⑤</sup> Andreas Schneider, “The EU-Mercosur Free Trade Agreement: The Implications for Trade in Agriculture,” CEPS Policy Brief, No.107, June 2006, <https://www.ceps.eu/ceps-publications/eu-mercrosur-free-trade-agreement-implications-trade-agriculture/>.

<sup>⑥</sup> Elena Lazarou et al., “The Evolving ‘Doctrine’ of Multilateralism in the 21st Century,” *MERCURY E-paper*, No.3, February 2010.

### 3. 对“互惠”或“对等”的重构

多哈回合后,欧盟转而重点推进双边与区域合作,其贸易政策也从追求开放性互惠转向强调限制性对等。

在 WTO 多哈回合的谈判中,政府采购透明度、投资、竞争议题相继被排除在讨论议程之外。由于主要经济体之间未对“互惠”建立共识,<sup>①</sup>多哈回合的谈判陷入僵局,WTO 作为多边贸易谈判平台的功能受到严重削弱。在这一背景下,欧盟的贸易政策重点转向区域和双边合作。2006 年,欧盟委员会“全球化欧洲:在世界中竞争”通讯文件背离了拉米主义多边优先的原则,提出在坚持多边主义承诺的同时将欧盟贸易政策的重点推向双边合作,加快自由贸易协定的谈判。<sup>②</sup> 时任欧盟委员会贸易委员彼得·曼德尔森(Peter Mandelson)称,关键的政策选择不是在双边协定和多边体系之间,而是在推动全球自由化的雄心勃勃的双边协定,以及回避敏感问题或“开放部分市场同时施加新的限制”式的双边协定之间。<sup>③</sup> 与多边优先背景下的单方面市场开放不同,欧盟在自由贸易协定谈判中,除了与非洲地区的经济伙伴协定外,均采用基于欧盟产业部门收益计算的限制性对等原则。<sup>④</sup>

在限制性对等贸易政策的指导下,欧盟逐步限缩其曾给予贸易伙伴的单方面减让。除了强化贸易防御工具实施<sup>⑤</sup>、提出普惠制改革<sup>⑥</sup>等,欧盟委员会尤其关注公共采购市场的对等开放。欧盟委员会认为,欧盟公共采购市场的单方面开放导致其在与贸易伙伴的国际谈判中缺乏杠杆,无法纠正市场开放间的不平衡,也无法获得有利于欧盟企业的实质性市场准入承诺。<sup>⑦</sup> 为此,欧盟提出限制性的单边立法,一方面提高欧盟公共采购市场准入的门槛,缩小其在公共采购领域的施惠范围;另一方面以单边限制为杠杆,撬动同第三国之间的公共采购谈判。

<sup>①</sup> Adrian van den Hoven, “Bilateralism and Specific Reciprocity in EU Trade Policy: The Inevitable Link,” in David Kleimann, ed., *EU Preferential Trade Agreements: Commerce, Foreign Policy and Development Aspects*, European University Institute, 2013, pp.59-72.

<sup>②</sup> “Global Europe—Competing in the World, A Contribution to the EU’s Growth and Jobs Strategy,” COM (2006) 567 final, Brussels, 4 October 2006.

<sup>③</sup> Peter Mandelson, “Bilateral Agreements in EU Trade Policy,” Speech, 9 October 2006, [https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/en/SPEECH\\_06\\_574](https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/en/SPEECH_06_574).

<sup>④</sup> Adrian van den Hoven, “Bilateralism and Specific Reciprocity in EU Trade Policy: The Inevitable Link,” p.63.

<sup>⑤</sup> “Global Europe—Europe’s Trade Defence Instruments in a Changing Global Economy, A Green Paper for Public Consultation,” COM(2006) 763 final, Brussels, 6 December 2006.

<sup>⑥</sup> Regulation (EU) No 978/2012 of the European Parliament and of the Council of 25 October 2012 Applying a Scheme of Generalised Tariff Preferences and Repealing Council Regulation (EC) No 732/2008, OJ L 303/1, 31 October 2012.

<sup>⑦</sup> “Green Paper on the Modernisation of EU Public Procurement Policy Towards a More Efficient European Procurement Market,” COM(2011) 15 final, Brussels, 27 January 2011.

## (二) 限制性对等的单边工具: 国际公共采购工具

在贸易政策转向的过程中, 公共采购成为欧盟打造限制性对等单边工具的第一个领域。2012年3月21日, 欧盟委员会首次公布“国际公共采购条例提案”(以下简称“2012年提案”),<sup>①</sup>意在弥补《公共采购指令》的不足, 对公共采购施加限制, 撤回其公共采购领域的单方面市场开放; 同时以此为杠杆, 强化欧盟在公共采购国际谈判中的地位, 打开第三国市场。

### 1. 根本原因: 欧盟公共采购国际谈判中的“限制性对等”诉求

欧盟在多边框架下推动政府采购市场自由化的尝试由于多哈回合谈判失败而受阻。在贸易政策重点转向区域和双边合作后, 公共采购成为欧盟自由贸易协定谈判的重要方面。欧盟委员会认为, 欧盟单方面维持最大程度的政府市场开放, 致使其在国际谈判中缺乏足够的杠杆打开第三国市场。<sup>②</sup>

在WTO乌拉圭回合和多哈回合谈判中, 欧盟致力于在多边框架下推动政府采购市场的自由化, 并维持政府采购市场的单方面开放。欧盟委员会认为, 欧盟不仅已对其大部分采购市场做出了广泛承诺; 而且在欧盟未作出市场开放承诺的领域内, 其公共采购市场事实上仍是开放的。<sup>③</sup>然而, 尽管乌拉圭回合的谈判形成《1994年政府采购协议》, 但这一诸边协议成员方有限, 且难以实现“多边化”;<sup>④</sup>多哈回合中有关政府采购透明度的谈判更因“新加坡议题”被排除在多哈回合的讨论议程之外而陷入困境。这使得欧盟在开放性互惠目标下追求国际公共采购市场自由化的尝试停滞不前。

随着贸易政策重点转向区域和双边合作, 欧盟意识到单方面开放联盟公共采购市场削弱了其在自由贸易协定谈判中的议价能力。在2010年“贸易、增长与全球事务”政策文件中, 欧盟委员会提出将新一代的自由贸易协定作为多边机制的补充。<sup>⑤</sup>《欧

---

① “Proposal for a Regulation of the European Parliament and of the Council on the Access of Third-Country Goods and Services to the Union’s Internal Market in Public Procurement and Procedures Supporting Negotiations on Access of Union Goods and Services to the Public Procurement Markets of Third Countries,” 2012/0060 (COD), COM(2012) 124 final, Brussels, 21 March 2012.

② Ibid., p.2.

③ “Commission Staff Working Document; Impact Assessment Accompanying the Document Proposal for a Regulation of the European Parliament and of the Council Establishing Rules on the Access of Third Country Goods and Services to the European Union’s Internal Market in Public Procurement and Procedures Supporting Negotiations on Access of European Union Goods and Services to the Public Procurement Markets of Third Countries,” SWD(2012) 57 final, Brussels, 21 March 2012, p.15.

④ Bernard Hoekman and Petros C. Mavroidis, “The World Trade Organization’s Agreement on Government Procurement: Expanding Disciplines, Declining Membership?” World Bank Policy Research Working Paper, No.WPS1429, 1995.

⑤ “Trade, Growth and World Affairs Trade Policy as a Core Component of the EU’s 2020 Strategy,” COM/2010/0612 final, Brussels, 9 November 2010.

盟—韩国自由贸易协定》签署后,政府采购成为欧盟自由贸易协定谈判的重要内容之一。<sup>①</sup> 欧盟委员会认为,欧盟在国际谈判中维持公共采购市场的最大限度开放,仅针对具体国家施加减损措施,其谈判地位因欧盟市场准入承诺与第三国市场准入限制之间的不对称而遭到削弱。<sup>②</sup> 在与第三国开展扩大政府采购市场准入谈判中,欧盟需要加强谈判地位,以打开第三国市场。<sup>③</sup> 为此,欧盟寻求通过国际公共采购工具,对已有的单方面市场开放承诺施加限制,并确立第三国投标准入的基本原则,申明在公共采购市场开放方面的限制性对等诉求。

## 2. 直接动因:弥补《公共采购指令》的不足

建立在贸易自由化理念基础上的《公共采购指令》维持了单方面市场开放,但在WTO多哈回合谈判受挫之后,欧盟认为,相关指令无法回应其在公共采购领域内的限制性对等诉求。《公共采购指令》的核心是2004年通过的《关于公共工程、货物和服务采购的第2004/18/EC号指令》<sup>④</sup>和《关于水、能源、交通和邮政服务的第2004/17/EC号公用事业指令》<sup>⑤</sup>,旨在协调成员国的公共采购程序。在此时开放性互惠的贸易政策影响下,欧盟《公共采购指令》并未对第三国投标施加过多限制,而仅就其在欧盟的市场准入和待遇做了原则和例外性的规定。

在引入国际公共采购工具前,第三国投标进入欧盟公共采购市场主要受到以下规则的限制:其一,《第2004/18/EC号公共采购指令》第5条(现《第2014/24/EU号公共采购指令》第25条)规定,在欧盟通过WTO《政府采购协议》和其他国际协定作出

<sup>①</sup> Free Trade Agreement Between the European Union and Its Member States, of the One Part, and the Republic of Korea, of the Other Part, OJ L 127/6, 14 May 2011. 在该协定中,欧盟首次在其双边自由贸易协定中纳入“政府采购”章节。该章节规定,欧盟与韩国在WTO《政府采购协议》的基础上推进政府采购市场自由化,并将“涵盖采购”(covered procurement)的范围扩展至公共工程建设—经营—转让合同(BOT项目)和工程特许经营领域。欧盟有意使该协定成为欧盟新一代自由贸易协定的范本,在《欧韩自由贸易协定》后,政府采购成为欧盟对外自由贸易协定谈判的重点之一,参见叶斌:《欧盟贸易协定政策的变化与影响——法律的视角》,载《欧洲研究》,2014年第3期,第104-122页。

<sup>②</sup> SWD(2012) 57 final, pp.14-15.

<sup>③</sup> Ibid., p.4.

<sup>④</sup> 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, OJ L 134/114, 30 April 2004. 该指令现已被欧盟《第2014/24/EU号公共采购指令》取代,参见 Directive 2014/24/EU of the European Parliament and of the Council of 26 February 2014 on Public Procurement and Repealing Directive 2004/18/EC, OJ L 94/65, 28 March 2014.

<sup>⑤</sup> 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, OJ L 134/1, 30 April 2004. 该指令现已被欧盟《第2014/25/EU号公用事业采购指令》取代,参见 Directive 2014/25/EU of the European Parliament and of the Council of 26 February 2014 on Procurement by Entities Operating in the Water, Energy, Transport and Postal Services Sectors and Repealing Directive 2004/17/EC, OJ L 94/243, 28 March 2014.

承诺的范围内,采购方应给予相应第三国投标以国民待遇;其二,《第 2004/17/EC 号公用事业采购指令》第 58 条和第 59 条(现《第 2014/25/EU 号公用事业采购指令》第 85 条和第 86 条)对于来自欧盟缔结的双边或多边国际协定“未涵盖”的第三国投标(“未涵盖”投标)参与水、能源、交通、邮政服务等领域的公共采购活动施加限制。具体而言,对于货物采购,在投标总价值的 50%以上来自未与欧盟缔结多边或双边协定的第三国时,采购方有权拒绝授予合同;在同等条件下,采购方应当优先考虑“未涵盖”第三国货物价值占投标总价值的 50%以下的投标。<sup>①</sup>对于服务采购,欧盟委员会应在第三国未给予同等市场准入机会和待遇的情况下,同第三国展开协商;同时,欧盟委员会可随时就以上情形或在其违背国际劳工法规定时,建议理事会通过一项法案,在一段时间内排除该相关第三国投标参与欧盟服务采购。

欧盟委员会的影响评估文件认为,尽管《第 2004/17/EC 号公用事业采购指令》中存在对第三国投标的限制性规定,但在实践中,既不存在关于如何适用该条款的指导意见,成员国也从未报告实际适用该条款的案例,因此,上述规定并未真正发挥作用。<sup>②</sup>欧盟委员会认为,尽管存在《公用事业采购指令》这种法律上的限制,但欧盟公共采购市场事实上仍是开放的。据其统计,在 2007 年授予非欧盟企业(包括其子公司)的 107 亿欧元公共采购合同中,有三分之一(35 亿欧元)属于“未涵盖”采购。<sup>③</sup>据此,欧盟引入国际公共采购工具来弥补已有规则的不足,通过对国际公共采购施加市场准入限制,撤回其基于开放性互惠的单方面市场开放。

## 二 国际公共采购工具立法辩论:在“开放”与“对等”之间摇摆

尽管各方对采取单边限制性立法强化欧盟在国际谈判中的议价能力这一基本目标达成共识,但在国际公共采购工具立法讨论前期,成员国之间就施加单边限制的方式和程度上存在严重分歧。在欧盟贸易政策从开放性互惠走向限制性对等的过程中,成员国对贸易保护主义风险的担忧导致其就国际公共采购工具提案的讨论始终难以达成共识。2019 年以来,中国因素成为欧盟贸易政策走向限制性对等的催化剂,成员国不仅迅速就国际公共采购工具立法达成一致,更在讨论过程中逐渐呼吁更严格的限制性措施。

<sup>①</sup> 当投标价格相差不超过 3%时,采购方应将其视为同等价格。

<sup>②</sup> SWD(2012) 57 final, p.15.

<sup>③</sup> Ibid., p.2.

### (一) 限制性对等的初步讨论:“2012 年提案”

2012 年 3 月 21 日,欧盟委员会提出“国际公共采购条例提案”。<sup>①</sup> 该提案针对与欧盟之间缺乏“实质性互惠”(substantial reciprocity)<sup>②</sup>的第三国投标,提出“去中心化”审查程序<sup>③</sup>和“中心化”审查程序,赋予成员国采购方和欧盟委员会采取行动的能力。根据该提案的“中心化”程序,欧盟委员会可对第三国公共采购市场展开调查,在调查结果显示缺乏实质性互惠时与第三国展开磋商。若磋商未见效果,欧盟委员会可采取措施限制该第三国投标的准入。此类限制措施包括对该第三国投标施加强制性价格处罚(price penalty),或在一定条件下完全排除来自该第三国的大型投标。

然而,成员国针对委员会“2012 年提案”产生较大分歧。法国、意大利等 10 个国家持赞同态度,而以德国为首,包括英国、荷兰、瑞典在内的 18 个国家表示强烈反对,反对意见集中于提案中涉及的单边限制条款可能导致贸易保护主义风险。尽管德国联邦参议院赞同欧盟委员会的立法初衷,但逐一反对提案的具体措施。它认为,提案拟引入的单边限制措施可能带来贸易保护主义风险,从而招致其他国家的报复;以关闭采购市场作为杠杆,不利于欧盟企业竞争力的提升,还将导致欧盟公共采购价格的上涨;提案将导致采购时间过长,加重欧盟委员会的行政负担。<sup>④</sup> 由于成员国间对“2012 年提案”存在较大分歧,欧盟理事会未能在一读程序中达成一致意见,国际公共采购工具立法陷入长期停滞。

### (二) 反贸易保护主义呼声的催化:“2016 年妥协提案”

尽管成员国之间就“2012 年提案”未达成一致意见,但 2015 年换届后的欧盟委员会仍将国际公共采购工具立法写入其工作计划,<sup>⑤</sup>并于 2016 年 1 月 29 日提出“经修订的国际公共采购工具提案”<sup>⑥</sup>(以下简称“2016 年妥协提案”)。为回应成员国对

<sup>①</sup> COM(2012) 124 final.

<sup>②</sup> 根据该提案,实质性互惠是指第三国的限制性的采购措施导致对欧盟经济经营者、货物和服务严重且反复的歧视。

<sup>③</sup> 根据“去中心化”程序,欧盟成员国采购方可经欧盟委员会批准排除投标价值的 50% 以上来自与欧盟之间缺乏实质性互惠的第三国的投标。由于授予成员国采购方较大权限,该条款在后续的立法讨论中引发了成员国对内部市场分裂的担忧。在 2016 年提案中,该“去中心化”程序被删除。

<sup>④</sup> Bundessenat, “Beschluss des Bundesrates Vorschlag für eine Verordnung des Europäischen Parlaments und des Rates über den Zugang von Waren und Dienstleistungen aus Drittländern zum EU-Binnenmarkt für das öffentliche Beschaffungswesen und über die Verfahren zur Unterstützung von Verhandlungen über den Zugang von Waren und Dienstleistungen der Union zu den öffentlichen Beschaffungsmärkten von Drittländern,” 162/12 (Beschluss), 5 November 2012.

<sup>⑤</sup> “Commission Work Programme 2015: A New Start,” COM/2014/0910 final, Strasbourg, 16 December 2014.

<sup>⑥</sup> “Amended Proposal for a Regulation of the European Parliament and of the Council on the Access of Third-Country Goods and Services to the Union’s Internal Market in Public Procurement and Procedures Supporting Negotiations on Access of Union Goods and Services to the Public Procurement Markets of Third Countries,” 2012/0060 (COD), COM(2016) 34 final, Brussels, 29 January 2016.

“2012年提案”的分歧,“2016年妥协提案”着重限缩了该立法可能带来的市场准入限制,将重点放在借助该立法撬动与第三国之间的谈判方面。

在程序规则方面,“2016年妥协提案”强调调查与磋商程序的作用,为欧盟委员会针对第三国公共采购市场发起调查提供法律依据,侧重推动欧盟与第三国间的磋商与国际谈判。在实体规则方面,欧盟委员会在“2016年妥协提案”中完全取消了国际公共采购工具限制性措施导致“关闭市场”的可能,仅通过对相关第三国投标施加负面的价格杠杆,在投标评估阶段削弱其竞争优势,从而减少其中标的可能性。针对来自第三国的“未涵盖”投标,或合同价值50%以上由“未涵盖”第三国货物和服务构成的投标,该提案将对其施加“价格调整措施”(price adjustment measure),即以合同投标价格为基础对其施加至多20%的负面价格杠杆,以降低该投标的中标可能性。

“2016年妥协提案”为了回应成员国的担忧而限缩国际公共采购工具单边限制措施,仍以实现公共采购领域的限制性对等为目标。尽管“2016年妥协提案”试图摆脱人们对“2012年提案”的贸易保护主义批评,但取消关闭市场的可能性又引来有关条例有效性的质疑。<sup>①</sup>成员国之间就国际公共采购工具难以达成合意,反映了欧盟在贸易政策由开放性互惠转向限制性对等的过程中各方立场与利益的博弈。在“2016年妥协提案”提出后的两年内,国际公共采购工具立法仍未进入欧洲议会和理事会的讨论议程。

### (三) 限制性对等与欧盟对华政策:中国因素成为催化剂

2019年以来,欧盟立法者迅速就国际公共采购工具立法达成共识,并逐渐走向更严格的限制性措施。在立法讨论过程中,如何应对来自中国企业的竞争是欧盟立法者的重点考量。中国因素成为欧盟在公共采购领域内完成从开放性互惠到限制性对等转变的催化剂。

一方面,2019年2月,欧盟委员会否定了西门子与阿尔斯通的合并计划(第M.8677号案),<sup>②</sup>这导致德法以两家公司合并来对抗中国中车的想法破产。欧盟委员会该决定成为促使法德就国际公共采购工具立法达成一致立场的直接原因。此后,德国迅速改变先前反对立场,在“法德关于欧洲21世纪的产业政策的联合声明”文件中转

<sup>①</sup> Marcin Szczepański, “EU Legislation in Progress: EU International Procurement Instrument,” EPRS Briefing, PE 649.403, 24 November 2022.

<sup>②</sup> Summary of Commission Decision of 6 February 2019 Declaring a Concentration to Be Incompatible with the Internal Market and the Functioning of the Eea Agreement (Case M.8677 — Siemens/Alstom), OJ C 300/14, 5 September 2019.

而支持国际公共采购工具立法,并将其视为同中国展开竞争的工具。<sup>①</sup> 2019年3月,“欧中关系战略展望”文件将中国定位为合作伙伴、经济竞争者与制度性对手,提出将国际公共采购工具作为与中国就对等和市场开放进行谈判的有力杠杆。<sup>②</sup> 在“一带一路”建设过程中,中国相继参与匈塞铁路、克罗地亚佩列沙茨大桥、希腊比雷埃夫斯港等具有重要意义的采购项目,引发欧盟对中国在欧参与大型公共采购活动的地缘经济关切。毋庸置疑,以中国为代表的新兴经济体的崛起必然带来中欧之间经贸力量对比的变化,限制性对等的贸易政策也由此成为欧盟维护自身利益的手段。尽管国际公共采购工具最初旨在通过施加单边限制强调市场对等开放,但是在应对以中国为代表的新兴经济体的竞争中,国际公共采购工具逐渐演变为欧盟提高市场准入门槛,甚至关闭市场的单边工具。

### 三 国际公共采购工具的核心内容与特征分析

2019年后,欧盟国际公共采购工具立法进程加快,该条例最终于2022年6月获得通过,并于2022年8月生效。从核心规则来看,条例以欧盟委员会的调查与磋商为前置程序,保留了同第三国之间展开谈判的空间,在磋商未达到效果时,欧盟委员会可采取单边限制性措施(“IPI措施”)。在欧盟限制性对等的贸易政策影响下,已生效条例项下的IPI措施比以往提案更为严格。

#### (一) 适用对象:基于投标者的投标来源地认定

国际公共采购工具提出基于投标者的投标来源地认定规则,在已有的WTO《政府采购协议》和双边协定之外建立以限制性对等为由的审查框架。就一项投标而言,国际公共采购工具适用于与欧盟之间不存在市场准入承诺的第三国投标者的“未涵盖”投标,包括:其一,该投标的来源地国家非WTO《政府采购协议》成员国,且该国家未与欧盟缔结包括公共采购或特许经营市场准入承诺在内的双边协议;其二,尽管投标来源地国家与欧盟之间存在此类国际协议,但采购程序所涉及的具体领域不在欧盟承诺开放市场的范围内。<sup>③</sup>

<sup>①</sup> “A Franco-German Manifesto for A European Industrial Policy Fit for the 21st Century,” Ministry for the Economy and Finance of France, Federal Ministry for Economic Affairs and Energy of Germany, N°1043, Paris, 19 February 2019.

<sup>②</sup> “EU-China—A Strategic Outlook,” Joint Communication, JOIN(2019) 5 final, Strasbourg, 12 March 2019.

<sup>③</sup> Recital 10 of Regulation (EU) 2022/1031.

为此,国际公共采购工具确立了一整套识别投标来源地的原产地确定规则。对于投标者,自然人的来源地应是其拥有国籍或拥有永久居留权的国家;法人的来源地则依据实质性商业活动和支配性影响的判断标准确定,即法人来源地为依据该国法律成立或以其他方式组织,且该法人在其境内从事实质性商业活动的国家;若法人不在其成立的国家境内从事实质性商业活动,则来源地应为因其对该法人的所有权、财务参与或管辖该法人的规则而可能直接或间接对该法人施加支配性影响的一人或多人的来源地。支配性影响包括持有该法人的多数认购资本;控制该法人发行的股份所附的多数投票权;或可以任命该法人的行政、管理或监督机构的半数以上成员。<sup>①</sup>

### (二)前置程序:欧盟委员会调查与磋商机制

对于第三国可能存在的限制性措施或实践,国际公共采购工具首先规定了由欧盟委员会主导的调查与磋商程序。欧盟委员会可在初步评估后启动对第三国公共采购市场的调查,并可邀请第三国提交意见、提供信息、展开协商,以期消除被指称的措施与实践的不利影响或做出补救。

欧盟委员会可主动或依利益相关方、成员国申请展开初步评估,以确定第三国在公共采购领域内的措施和实践是否导致欧盟经济经营者、货物和服务进入市场时存在严重和反复的限制。若欧盟委员会经评估认定存在此类限制,则可发布“关于对第三国公共采购措施与实践的调查”的通知,启动国际公共采购工具的调查与磋商程序。在调查过程中,欧盟委员会不仅将审查相关第三国的公共采购或特许经营市场的法律、规则或其他措施在多大程度上确保了符合国际标准的透明度,以及缺乏透明度可能导致的市场准入限制;还将具体审查实践中第三国采购方是否采取或维持不利于欧盟的限制性做法。调查与磋商程序应在启动后 9 个月内完成,可延长 5 个月;委员会应邀请第三国提交意见、提供信息并展开磋商。在相关第三国采取充分的补救行动改善欧盟经济经营者、货物和服务的准入,或在 6 个月内终止或淘汰限制性措施和实践,包括承诺对欧盟扩大公共采购市场开放范围时,欧盟委员会可决定暂停调查与磋商程序。<sup>②</sup>

### (三)IPI 措施:广泛自由裁量权与严格适用后果

在限制性对等的目标下,国际公共采购工具授权欧盟委员会对“缺乏互惠”的第三国投标准入施加限制。条例规定,若欧盟委员会经过调查与磋商,认定第三国存在

<sup>①</sup> Article 3 of Regulation (EU) 2022/1031.

<sup>②</sup> Article 5 of Regulation (EU) 2022/1031.

限制欧盟投标进入其公共采购市场的措施与实践,可在符合欧盟利益的基础上,以实施性法令形式对该第三国投标采取 IPI 措施。<sup>①</sup> 在适用后果趋于严格的同时,条例通过差异化门槛额、利益衡量与豁免等为 IPI 措施法令规定了灵活的适用条件,为欧盟委员会的自由裁量留下空间。

### 1. 适用条件:差异化门槛额、利益衡量与豁免

根据条例,欧盟委员会将在实施性法令中列明适用 IPI 措施的货物、服务与特许经营行业或部门;具体的采购方、经济经营者以及门槛额;在决定适用分数调整措施时,还应确定分数调整的百分比。IPI 措施法令的有效期为 5 年,可延长一次。<sup>②</sup>

针对 IPI 措施法令的适用,条例通过差异化的门槛额、利益衡量和豁免规则为欧盟委员会的自由裁量留有余地。其一,条例对于不同采购活动规定了差异化的适用门槛额,对于工程采购和特许经营合同,IPI 措施适用于超过 1500 万欧元的采购程序;对于货物和服务采购程序,门槛额为 500 万欧元。其二,IPI 措施的适用以利益衡量为前提,在决定通过实施性法令前,欧盟委员会展开利益评估,确保实施 IPI 措施符合欧盟利益。其三,条例规定了多种豁免规则。一方面,条例排除最不发达国家的适用,欧盟委员会也可决定人口在 5 万人以下的成员国行政单位免于适用条例;另一方面,在具体的采购活动中,若只有应受 IPI 措施调整的投标符合招标要求,或不适用 IPI 措施符合公共利益的压倒性要求时,采购方也可在通知委员会后决定排除 IPI 措施的适用。<sup>③</sup>

尽管条例通过规定差异化门槛额、利益衡量与豁免规则提高 IPI 措施的适用门槛,但国际公共采购工具将对第三国投标参与欧盟大型公共采购活动产生重要影响。据称,国际公共采购工具将覆盖欧盟 17% 的公共采购程序,占欧盟公共采购总价值的 70%。<sup>④</sup>

### 2. 严格适用后果:分数调整机制与排除投标

根据国际公共采购工具,IPI 措施可包括针对所涉第三国投标的分数调整措施和排除投标条款。所谓“分数调整”,即在投标的评审与排名阶段,对受到 IPI 措施调整的投标施加分数杠杆,削减其竞标优势,以达到限制该投标参与欧盟公共采购的目的。委员会可决定对投标施加不超过评审分数 50% 的负面调整杠杆;在价格是授予合同

<sup>①</sup> Article 6 of Regulation (EU) 2022/1031.

<sup>②</sup> Ibid.

<sup>③</sup> Ibid.

<sup>④</sup> Daniel Caspary, “Opinion: International Procurement Instrument—The End of the Waiting Game,” Borderlex, 31 March 2022, <https://borderlex.net/2022/03/31/opinion-international-procurement-instrument-the-end-of-the-waiting-game/>.

的唯一标准时,相关投标可被施加至高 100% 的分数调整杠杆。排除投标条款则意味着在欧盟委员会实施性法令所规定的条件下完全排除来自第三国的投标。<sup>①</sup> 欧盟委员会将根据欧盟经济经营者、货物和服务在进入第三国采购与特许经营市场时所受到损害的程度选择适当且足以补救损害的 IPI 措施。

国际公共采购工具还规定了中标者的额外义务以防止规避。条例要求中标者不得将合同总价值的 50% 以上分包给受 IPI 措施约束的第三国经济经营者,从而确保第三国投标难以规避 IPI 措施带来的限制。对于标的为货物的采购活动,中标者及其分包商需证明提供货物或服务中,原产于受 IPI 措施调整的第三国货物或服务总价不超过合同总价值的 50%。违反义务的中标者需按比例支付合同总价值的 10% 至 30% 的额外费用。<sup>②</sup> 该规则对中标者施加涉及供应链的管控,使相关第三国投标者无法通过参与分包、组成联合体投标等方式规避 IPI 措施的影响。

#### 四 欧盟对国际公共采购的多重规制

在贸易政策转向的过程中,公共采购首当其冲,成为欧盟打造限制性对等单边工具、施加多重规制的重要领域。欧洲法院通过初步裁决限缩《公共采购指令》的属人适用范围,限缩欧盟的施惠空间;《外国补贴条例》以公平竞争为由引入针对公共采购的补贴审查;以《净零工业法》为代表的特定行业制定“购买欧洲货”条款对公共采购施加特定审查。国际公共采购工具与其他法律工具相配合,形成欧盟在公共采购领域内追求限制性对等的法律规则网络,也使第三国投标者面临多重审查的风险。

##### (一)《公共采购指令》:欧洲法院限缩其属人适用范围

国际公共采购工具立法一方面宣示了欧盟委员会在欧盟公共采购市场准入的专属权能;另一方面在欧盟层面正式提出了公共采购领域的限制性对等目标。2019 年 7 月 24 日,欧盟委员会公布“第三国企业进入欧盟采购市场的指南”文件,提出无法保证来自第三国的“未涵盖”投标能够参与欧盟公共采购程序。<sup>③</sup> 这一立场在欧洲法院的司法案例中得到支持。

在“科林公司案”(Kolin)中,欧洲法院在初步裁决中明确指出,来自第三国的“未

<sup>①</sup> Article 6 of Regulation (EU) 2022/1031.

<sup>②</sup> Article 8 of Regulation (EU) 2022/1031.

<sup>③</sup> “Guidance on the Participation of Third Country Bidders and Goods in the EU Procurement Market,” C(2019) 5494 final, Brussels, 24 July 2019.

涵盖”投标不享有国民待遇,不受欧盟《公共采购指令》的保护,成员国采购方可在采购中对其施加不利的条件。<sup>①</sup>在该案中,土耳其竞标者科林公司认为,克罗地亚公共采购方在投标截止日期后邀请另一竞标者(中标者)补充文件的行为违法。克罗地亚高等行政法院请求欧洲法院就该问题所涉及的《欧盟第 2014/25/EU 号公共采购指令》条款作出解释。然而,欧洲法院并未对此做出直接回应,而是转为分析土耳其科林公司作为第三国投标者,是否有权依据欧盟《公共采购指令》提起诉讼。欧洲法院裁决认为,欧盟国际承诺“未涵盖”的第三国投标参与公共采购程序的事项属于欧盟专属权能范围,成员国无权在转化欧盟《公共采购指令》为国内立法时,将其解释为指令可平等地适用于所有第三国投标者。对于来自第三国的“未涵盖”投标,欧盟法尽管未禁止其参与欧盟采购程序,但禁止其援引欧盟《公共采购指令》要求平等待遇,此类投标者参与欧盟公共采购的权利不能得到保证,其投标可被排除在外。

在“中国中车青岛四方公司案”<sup>②</sup>中,阿萨纳西奥斯·兰托斯佐审官(AG Athanasios Rantos)的意见认为,应将欧盟国际承诺“未涵盖”的第三国投标排除在欧盟公共采购指令的属人适用范围之外。该意见还提出,应结合文本、语境和目的论解释三个方面,将欧盟《公共采购指令》所称“经济经营者”解释为来自欧盟的投标者和欧盟国际承诺涵盖的第三国投标者。第三国“未涵盖”投标者将不享有《公共采购指令》所规定的权利,也无权援引平等和非歧视、法律确定性和保护合理期待等欧盟《公共采购指令》规则和一般法律原则进行辩护。<sup>③</sup>该案现正在审理中,尚未公布欧洲法院的最终裁决,但根据“科林案”的裁决结果,欧洲法院将很有可能遵循佐审官的这一立场。

<sup>①</sup> Case C-652/22 *Kolin İnşaat Turizm Sanayi ve Ticaret AŞ v Državna komisija za kontrolu postupaka javne nabave*, Judgment of the Court (Grand Chamber), 22 October 2024. 该案涉及土耳其投标者“科林公司”(Kolin İnşaat Turizm Sanayi ve Ticaret AŞ)与克罗地亚采购方“HŽ公司”(克罗地亚国有企业,主营克罗地亚铁路基础设施的管理、维护和建设等业务)之间的争议。科林公司向克罗地亚公共采购监督委员会申诉被驳回后,又向克罗地亚高等行政法院提起诉讼。克罗地亚高等行政法院请求初步裁决的问题涉及对《第 2014/25/EU 号公共采购指令》的解释,即是否允许采购方考虑投标者在投标截止日期后首次提供的文件,这些文件未包含在原始投标中,并证明了投标者在原始投标中未指明的情况。

<sup>②</sup> Case C-266/22 *CRRC Qingdao Sifang CO LTD and Astra Vagoane Călători SA v Autoritatea pentru Reformă Feroviară and Alstom Feroviaria SpA*. 本案涉及对欧盟公共采购指令适用对象和所涉基本原则的解释。2021年4月5日,罗马尼亚公布“第 25/2021 号政府紧急法令”对其国内政府采购法进行修订,完全排除国际协议“未涵盖”的第三国经营者参与投标的可能。根据上述法案,罗马尼亚铁路改革局于 2021 年 10 月 28 日在采购中排除了中国中车青岛四方公司与罗马尼亚阿斯特拉客车(Astra Vagoane Călători SA)组成的联合体投标,理由是中车青岛四方公司不属于可参与投标适格的“经济经营者”。罗马尼亚布加勒斯特上诉法院(Curtea de Apel București)请求欧洲法院初步裁决的问题涉及欧盟公共采购指令所述平等待遇、透明度以及相称性原则的适用对象,以及法律确定性、保护合理期待等欧盟法一般原则的溯及力等。截至本文完成前,该案仍在处理中。但根据媒体报道,欧洲法院将很可能在遵循佐审官意见的基础上作出裁决。

<sup>③</sup> Conclusions de l'avocat général M. Athanasios Rantos, présentées le 11 mai 2023, Affaire C-266/22.

欧洲法院“科林案”裁决与佐审官“中国中车案”意见体现了保护主义立场。<sup>①</sup> 欧洲法院在“科林案”中所做的明确法律解释,是欧盟在公共采购领域内完成贸易政策从开放性互惠到限制性对等转变的关键节点,势必引发欧盟公共采购规则的重大转变。2024年5月24日,欧盟理事会要求委员会评估是否有必要将修订《公共采购指令》作为欧盟委员会2024—2029年任期内的优先事项;并强调委员会应充分考虑制定有关来自第三国的产品和经济经营者的明确规则的必要性。<sup>②</sup> 随即,欧盟委员会主席冯德莱恩将修订欧盟《公共采购指令》写入“欧盟委员会2024—2029年任期政治指导方针”文件。<sup>③</sup> 在这一背景下,可以预见欧盟公共采购市场准入将进一步收紧,以服务于其限制性对等的贸易政策。

## (二)《外国补贴条例》:以竞争为由引入对公共采购的补贴审查

2024年2月16日,欧盟委员会宣布,依据《外国补贴条例》<sup>④</sup>启动对中国中车青岛四方公司的深入调查,理由是委员会认为有足够的迹象表明中车青岛四方公司接受政府补贴,使其能够在公共采购中提交低于采购方预估成本和竞争者报价的投标。<sup>⑤</sup>

该案是欧盟《外国补贴条例》生效以来欧盟委员会发起的首个深入调查案例。根据《外国补贴条例》,在欧盟内部市场从事经济活动的企业应在参与欧盟高于一定门槛的公共采购活动时,通知采购方在过去三年内接受的“外国补贴”。经采购方转交后,欧盟委员会将启动“两步走”审查,以确定企业是否从扭曲内部市场的外国补贴中受益,以及该企业是否作出充分、有效的补救承诺。否则欧盟委员会将通过“禁止授予合同的决定”,要求采购方在采购中排除投标。启动深入审查后,欧盟委员会将在至多130天内宣布审查结果。最终,欧盟委员会的深入调查因中车青岛四方公司退

---

<sup>①</sup> Albert Sanchez-Graells, “Op-Ed: The Court of Justice Decidedly Jumps on the Procurement Protectionism Bandwagon, Creating Legal Uncertainty Along the Way (C-652/22),” EU Law Live, 25 October 2024, <https://eu-lawlive.com/op-ed-the-court-of-justice-decidedly-jumps-on-the-procurement-protectionism-bandwagon-creating-legal-uncertainty-along-the-way-c%E2%80%91652-22/>.

<sup>②</sup> “Council Conclusions on the European Court of Auditors’ Special Report No.28/2023: Public Procurement in the EU: Less Competition for Contracts Awarded for Works, Goods, and Services in the 10 Years up to 2021—Approved on 24 May 2024,” 10358/24, Brussels, 24 May 2024.

<sup>③</sup> Ursula von der Leyen, “Europe’s Choice—Political Guidelines for the Next European Commission 2024—2029,” Strasbourg, 18 July 2024.

<sup>④</sup> Regulation (EU) 2022/2560 of the European Parliament and of the Council of 14 December 2022 on Foreign Subsidies Distorting the Internal Market, OJ L 330/1, 23 December 2022. 参见叶斌:《欧盟〈外国补贴白皮书〉的投资保护问题刍议》,第70—85页。

<sup>⑤</sup> “Summary Notice Concerning the Initiation of an In-Depth Investigation in Case FSP.100147 Pursuant to Articles 10(3)(d) of Regulation (EU) 2022/2560,” OJ C/2024/1913, 29 February 2024.

出罗马尼亚采购活动而终止。<sup>①</sup>

《外国补贴条例》适用等于或超过 2.5 亿欧元的公共采购活动,并对于在欧盟内部市场从事经济活动的欧盟及第三国企业广泛开展审查,审查范围包括其子公司、控股公司,以及参与投标的主要分包商或供应商。《外国补贴条例》将不影响国际公共采购工具的适用。这意味着,一方面,第三国企业在参与欧盟大型公共采购活动时,将同时受到《外国补贴条例》和国际公共采购工具的双重限制,即使第三国投标不受 IPI 措施带来的准入限制,仍将在竞标过程中面临《外国补贴条例》下的另一轮审查;另一方面,一旦欧盟委员会认定第三国企业受到扭曲内部市场的“外国补贴”,该结果将可能成为委员会依据国际公共采购工具认定该第三国公共采购市场存在限制或歧视性措施的依据,从而触发国际公共采购工具的适用。

### (三)《净零工业法》:特定行业“购买欧洲货”条款

在应对环境议题、推进欧盟绿色转型的过程中,欧盟将公共采购纳入“欧洲绿色协议”工具箱,使环境政策与对外经贸法律规则紧密结合。<sup>②</sup> 在 2024 年 6 月公布的《净零工业法》中,欧盟针对净零技术行业的公共采购活动规定了“购买欧洲货”条款,<sup>③</sup>要求欧盟委员会对第三国投标进行“韧性贡献”(resilience contribution)审查。在来自该第三国的净零技术及其组件占欧盟总供应量的 50% 或存在此类风险时,采购方应确保该第三国供应的净零技术价值不得超过投标所含净零技术总价值的 50%。尽管法案论及该条款将在遵守 WTO《政府采购协议》以及欧盟其他双边协定的前提下实施,但该条款仍被视为“变相的当地成分要求”,<sup>④</sup>并将进一步限制第三国,尤其是欧盟国际协议“未涵盖”的第三国参与欧盟关键净零技术行业领域的公共采购活动。

除《净零工业法》外,冯德莱恩在“欧盟委员会 2024—2029 年任期政治指导方针”文件中提出,将在修订欧盟《公共采购指令》时确保某些战略部门的公共采购优先考

<sup>①</sup> “Statement by Commissioner Breton on Withdrawal by CRRC Qingdao Sifang Locomotive Co., Ltd. from Public Procurement Following the Commission’s Opening of an Investigation under the Foreign Subsidies Regulation,” European Commission, Brussels, 26 March 2024, [https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/en/statement\\_24\\_1729](https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/en/statement_24_1729).

<sup>②</sup> 叶斌、杨昆灏:《绿色转型背景下欧盟法的域外效应——基于对 CBAM 和 CSDDD 提案的考察》,载《欧洲研究》,2023 年第 6 期,第 34-57 页。

<sup>③</sup> Article 25 of Regulation (EU) 2024/1735 of the European Parliament and of the Council of 13 June 2024 on Establishing a Framework of Measures for Strengthening Europe’s Net-Zero Technology Manufacturing Ecosystem and Amending Regulation (EU) 2018/1724, OJ L, 2024/1735, 28 June 2024.

<sup>④</sup> János Allenbach-Amann, “The ‘Buy European’ Clauses in the Net-Zero Industry Act,” Euractiv, 7 March 2023, <https://www.euractiv.com/section/economy-jobs/news/the-buy-european-clauses-in-the-net-zero-industry-act/>.

考虑欧洲产品。<sup>①</sup>这意味着,在强调公共采购领域内的限制性和对等的背景下,欧盟将继续加强特定行业内的“购买欧洲货”条款,进一步限缩第三国参与欧盟公共采购活动的范围。

在欧盟贸易政策从开放性互惠转向限制性和对等的过程中,公共采购成为其施加多重规制的主要领域。除《国际公共采购工具》外,欧洲法院对《公共采购指令》的限制性和对等解释、《外国补贴条例》以公平竞争为由引入的补贴审查、以《净零工业法》为代表的特定行业“购买欧洲货”条款等,使欧盟在公共采购领域建立起基于限制性和对等贸易政策的规则网络。在针对国际公共采购的频繁规制中,限制性和对等成为欧盟施加单边限制以提高市场准入门槛,甚至关闭市场的正当化理由。

## 五 国际公共采购工具对中国的影响与应对

国际公共采购工具通过强调公共采购市场开放的限制性和对等,旨在撬动同第三国的国际谈判,改善欧盟经济经营者、货物和服务在第三国的公共采购市场准入。然而,在欧盟出台“经济安全战略”<sup>②</sup>的背景下,国际公共采购工具更易成为配合欧盟其他经贸立法追求战略优势的工具。

尽管该条例并未明确针对某一第三国,但在其实施的过程中,中国成为主要的适用对象,给中国企业的涉欧经营活动带来法律风险。对此,中国企业应充分认知和研判欧盟公共采购规则调整所带来的法律风险,加强防范与应对;在中欧经贸规则谈判方面,应关注欧盟国际公共采购工具的谈判杠杆作用,加强相关合作机制。

### (一) 国际公共采购工具的谈判杠杆作用与单边化风险

国际公共采购工具旨在通过施加单边限制、发挥谈判杠杆的作用,实现欧盟与第三国在公共采购方面的市场对等开放。然而,在欧盟出台“经济安全战略”的背景下,国际公共采购工具尽管服务于欧盟限制性和对等的贸易政策,但在实施中易被滥用,成为配合其他单边经贸立法追求战略优势的工具。

2023年6月,欧盟委员会出台“经济安全战略”文件,将经济安全风险和“去风险”考量纳入贸易与投资法律规则。尽管该文件并未明确将国际公共采购工具作为

<sup>①</sup> Ursula von der Leyen, “Europe’s Choice—Political Guidelines for the Next European Commission 2024–2029,” pp.11–12.

<sup>②</sup> “European Economic Security Strategy,” Joint Communication, JOIN(2023) 20 final, Brussels, 20 June 2023.

经济安全法律工具,但在欧盟内外经济政策从“效率至上”转为“效率与安全并重”甚至“安全至上”的背景下,<sup>①</sup>国际公共采购工具可能成为欧盟《外国补贴条例》等其他法律的配套工具。2024年4月,欧盟委员会根据国际公共采购工具启动对中国医疗器械采购的调查。结合同月欧盟委员会在《外国补贴条例》下对隆基绿能、上海电气参与罗马尼亚竞标的外国补贴审查进入深入调查阶段、<sup>②</sup>对中国远景能源和明阳智能依据《外国补贴条例》发起调查,<sup>③</sup>以及对同方威视在波兰和荷兰的办事处开展黎明突袭检查<sup>④</sup>来看,国际公共采购工具在中欧经贸关系竞争面加剧时,已然成为配合欧盟其他法律工具对中国企业施加单边限制、服务于欧盟战略利益的法律工具。

2019年以来,欧盟对华定位的转变,以及国际公共采购工具立法中的中国因素的助推,使中国成为国际公共采购工具的主要适用对象。2023年3月,欧盟委员会主席冯德莱恩提出对华“去风险”战略,意图以安全为由降低对中国的经济依赖。<sup>⑤</sup>在这一背景下,欧盟对外经贸规则制定与实施中的涉华因素不断增加。国际公共采购工具在实施过程中针对中国投标的指向性明显。欧盟委员会在“启动国际公共采购工具调查的通知”中直言不讳地指出,该调查将旨在重新平衡欧盟和中国的贸易关系。<sup>⑥</sup>在欧盟“经济安全战略”和对华“去风险”的背景下,限制性对等由于追求国家间相互依赖的严格对称性而成为一项“安全目标”,<sup>⑦</sup>成为欧盟施加单边限制的正当化理由。

## (二) 欧盟公共采购领域的频繁规制给中国涉欧企业带来法律风险

欧盟近年来在公共采购领域的频繁规制,及其面对第三国投标的基本原则的转

<sup>①</sup> 孙彦红:《欧盟经济安全战略及对华影响解析:从“开放性战略自主”到全面“去风险”》,载《俄罗斯东欧中亚研究》,2024年第2期,第21-43页。

<sup>②</sup> “Summary Notice Concerning the Initiation of an In-Depth Investigation in Case FSP. 100151, Pursuant to Articles 10(3)(D) of Regulation (EU) 2022/2560,” OJ C/2024/2830, 22 April 2024.

<sup>③</sup> “Speech by Executive Vice President Vestager on Technology and Politics at the Institute for Advanced Study,” European Commission, 9 April 2024, [https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/en/speech\\_24\\_1927](https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/en/speech_24_1927); “EU Starts Investigation into Chinese Wind Turbines Under New Foreign Subsidies Regulation,” Wind Europe Press Release, 9 April 2024, <https://windeurope.org/newsroom/press-releases/eu-starts-investigation-into-chinese-wind-turbines-under-new-foreign-subsidies-regulation/>.

<sup>④</sup> Finbarr Bermingham, “EU ‘Dawn Raids’ Target Chinese Surveillance Kit Maker Nuctech in Latest Use of Foreign Subsidies Regulation,” SCMP, 23 April 2024, <https://www.scmp.com/news/china/article/3260102/eu-targets-chinese-surveillance-kit-maker-latest-use-foreign-subsidies-regulation>.

<sup>⑤</sup> “Speech by President Von Der Leyen on EU-China Relations to the Mercator Institute for China Studies and the European Policy Centre,” European Commission, 30 March 2023, [https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/%E2%80%8C/speech\\_23\\_2063](https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/%E2%80%8C/speech_23_2063).

<sup>⑥</sup> “Notice of Initiation of an Investigation Pursuant to the International Procurement Instrument Concerning Measures and Practices of the People’s Republic of China in the Public Procurement Market for Medical Devices,” OJ C/2024/2973, 24 April 2024.

<sup>⑦</sup> Nathan Meershoek, “Reciprocity as Security: Reconsidering Third Country Access to European Critical Infrastructure Procurement,” pp.93-94.

变,给中国涉欧企业在欧参与公共采购活动带来法律风险。中国涉欧企业需客观认识欧盟公共采购市场准入的限制性对等诉求,加强对参与欧盟公共采购活动风险与收益的研判,寻求有效的救济措施。

一方面,欧盟在公共采购领域内的频繁规制,是其在贸易政策领域从开放性互惠转向限制性对等的典例。欧盟逐步撤回其单方面的市场开放承诺转而强调对等诉求,使中国企业,尤其是大型国有企业的在欧竞标将面临多重审查,中标难度增大。在欧盟委员会对中国医疗器械采购市场的调查中,若双方难以在为期至多 14 个月的磋商程序中达成一致,欧盟委员会将采取 IPI 措施,通过国际公共采购工具的“分数调整措施”大幅提高中国企业的中标难度;或在大型采购活动中将中国投标直接排除在外。欧盟委员会在《外国补贴条例》下对中国中车、隆基绿能和上海电气发起的外国补贴审查,其结果均以中方企业撤回投标而告终。可以预见,在欧盟公共采购规则调整中,中国企业,尤其是大型国有企业未来在欧参与竞标的难度将大幅增加。其中,中国轨道交通、医疗器械和质量与安全服务领域内的采购或将受到欧盟的重点关注。<sup>①</sup>

另一方面,综合欧洲法院的“科林案”判决和“中国中车案”中的佐审官意见,未来中国企业在欧参与公共采购活动将面临极大的不确定性,难以获得欧盟法律的保护。在“科林案”中,欧洲法院明确表示,来自第三国的“未涵盖”投标将不享有国民待遇,采购方可对其施加不利的条件。在“中国中车案”中,佐审官建议进一步明确欧盟国际协议“未涵盖”的第三国投标者将不享有指令规定的权利,也无权援引平等和非歧视、法律确定性和保护合理期待等《公共采购指令》规则及一般法律原则进行辩护。为此,相关企业需加强对在欧竞标的风险与收益的研判,避免不利影响。

### (三) 加强合作与谈判,化解欧盟国际公共采购工具的单边化影响

从欧盟在国际公共采购工具的立法过程中对中国因素的强调,以及欧盟在公共采购领域对中国频繁发起的调查行动来看,中国已经成为欧盟国际公共采购工具的重点适用对象。当前,中国尚未加入 WTO《政府采购协议》,中欧双方亦不存在包含公共采购市场准入条款的国际协定可供适用。这导致中国投标者在欧公共采购活动缺少法律确定性,面对欧盟以合法贸易规则形式施加的限制措施难以获得有效保护。在经济压力增长时,有关政府采购的国际协议可以发挥“锁定机制”的作用,以维护高效的政

<sup>①</sup> 《欧盟企业在中国建议书 2024/2025》,中国欧盟商会, <https://www.europeanchamber.com.cn/en/publications-position-paper>。

府采购活动。<sup>①</sup> 党的二十届三中全会决定提出:“稳步扩大制度型开放,主动对接国际高标准经贸规则,在政府采购等领域实现规则、规制、管理、标准相通相容”,并且“保障外资企业在政府采购等方面的国民待遇”。<sup>②</sup> 在进一步全面深化改革、推进中国式现代化目标的指引下,中国可以通过谈判,积极寻求在 WTO 框架内与欧盟建立互惠关系。

2023 年 7 月 29 日,中国在“第九次中法高级别经济财金对话联合情况说明”中重申尽快加入 WTO《政府采购协议》的意愿。<sup>③</sup> 目前,中国处于 WTO《政府采购协议》的观察员地位,且已向其提交第七次出价。在该份出价中,中国已在采购主体的中央政府实体清单中纳入军事部门;将次级中央政府实体出价扩大至除自治区外的全部省份;并将铁路、公路、港口、机场、城市交通、供水等领域的 16 家国企和 36 所地方高校作为附件三“其他实体”清单纳入涵盖范围。<sup>④</sup>

在国内立法与国际规则的衔接方面,国务院 2024 年 7 月 4 日公布的《政府采购领域“整顿市场秩序、建设法规体系、促进产业发展”三年行动方案(2024—2026 年)》文件<sup>⑤</sup>指出,将以建立现代化政府采购制度,对标 WTO《政府采购协议》等国际规则的政府采购法律规则为建设方向,有意为本国政府采购规则的国际化 and 政府采购市场有序、逐步开放准备条件。在 2022 年 7 月 9 日财政部公布的第二次《政府采购法修订征求意见稿》中,已建设性地将公益事业央企纳入政府采购主体的范围,并提出支持绿色发展,鼓励电子化采购等与 WTO《政府采购协议》相当的法律规则。若该修订案得以通过,将在很大程度上为中国加入 WTO《政府采购协议》的谈判扫清国内与国际法律规则衔接上的障碍。

## 六 结语

本文以国际公共采购工具为核心,通过对该条例立法进程中的各方立场变化、案

---

<sup>①</sup> Bernard Hoekman, “International Cooperation on Public Procurement Regulation,” in Aris Georgopoulos, Bernard Hoekman and Petros C. Mavroidis, eds., *The Internationalization of Government Procurement Regulation*, p.597.

<sup>②</sup> 《中共中央关于进一步全面深化改革、推进中国式现代化的决定》(2024 年 7 月 18 日中国共产党第二十届中央委员会第三次全体会议通过),新华社,2024 年 7 月 21 日。

<sup>③</sup> 《第九次中法高级别经济财金对话联合情况说明》,商务部国际经济关系司,2023 年 7 月 29 日, [http://www.mof.gov.cn/zhengwuxinxi/caizhengxinwen/202307/t20230729\\_3899209.htm](http://www.mof.gov.cn/zhengwuxinxi/caizhengxinwen/202307/t20230729_3899209.htm)。

<sup>④</sup> 《我国向世界贸易组织提交加入〈政府采购协定〉第 7 份出价清单》,新华社,2019 年 10 月 21 日。

<sup>⑤</sup> 《政府采购领域“整顿市场秩序、建设法规体系、促进产业发展”三年行动方案(2024—2026 年)》,国务院办公厅,国办发[2024]33 号,2024 年 7 月 4 日。

文演进,以及规制内容与特征的分析,阐述欧盟贸易政策从开放性互惠向限制性对等的转变。在全球化蓬勃发展时期,欧盟受益于开放性互惠带来的经济增长,成为多边贸易体制和市场自由化的拥护者。然而,在WTO多哈回合谈判失利后,欧盟贸易政策重点转向双边与区域合作,并催生了通过法律工具对已有的单边市场开放承诺施加限制的需求。在这一背景下,国际公共采购工具立法成为欧盟在公共采购领域内追求限制性对等的典型法律工具。

在国际公共采购工具漫长的立法过程中,欧盟各方一度难以就贸易政策的“开放”与“对等”达成一致,最终在中国因素的催化下形成针对限制性对等的统一立场。在公共采购领域,欧盟的频繁立法规制、司法中对《公共采购指令》的能动主义解释均反映了这一转变的主要趋势。欧盟贸易政策转变的过程尤其伴随着欧盟在国际经济格局中优势地位的日渐下降,以及以中国为代表的新兴经济体的经济实力和综合影响力的上升。二者之间比较优势的变化以及近年来欧盟对华政策的改变,使中国成为国际公共采购工具的主要适用对象。限制性对等成为欧盟限缩市场开放程度、应对中国竞争的正当化事由。

随着中国经济实力的上升,尤其是5G技术、光伏产业等领域内比较优势的提高,欧美等发达国家维护自身竞争优势和本土利益的诉求必然导致其贸易政策转向保守。就欧盟而言,自由主义的传统使其在这一过程中保留了自由贸易的主要特征,但不难预见,未来欧盟将维持限制性对等贸易政策,对贸易施加单边限制。对于中欧双方而言,限制性对等贸易政策仍给中欧经贸往来留有空间,但欧盟营商环境收紧,中国企业在欧经营活动的不确定性增加。面对欧盟贸易政策向限制性对等转变,中国宜通过加强双边、区域和多边(诸边)框架下的合作,减少欧盟贸易工具的单边化风险,避免限制性对等落入“以牙还牙”的循环报复。在欧盟不断“丰富”其规则工具箱的背景下,以国际公共采购工具为代表的欧盟单边经贸立法,尽管发展了密集的审查网络,但仍反映了欧盟的接触和谈判意愿,为双边、区域和多边(诸边)合作的探索留下余地。

(作者简介:叶斌,中国社会科学院欧洲研究所欧盟法研究室主任、副研究员;张琨,中国社会科学院大学国际政治经济学院欧洲系博士研究生。责任编辑:宋晓敏)