

李金升
◎ 著

Legal Practices
Focus on Bid
Invitation and
Bidding 2

2

案例评析版

- ▲ 招投标法律最新变化解读
- ▲ 结合经典案例进行实战指导
- ▲ 分析解决实务问题
- ▲ 防控风险创造机遇

中国法制出版社
CHINA LEGAL PUBLISHING HOUSE

招标投标重点法律实务 2

案例评析版

李金升
◎ 著

Legal Practices
Focus on Bid
Invitation and
Bidding 2

中国法制出版社
CHINA LEGAL PUBLISHING HOUSE

图书在版编目 (CIP) 数据

招标投标重点法律实务. 2 / 李金升著. —北京: 中国法制出版社, 2016. 4

ISBN 978 - 7 - 5093 - 7222 - 7

I. ①招… II. ①李… III. ①招标投标法 - 案例 - 中国
IV. ①D922. 297. 5

中国版本图书馆 CIP 数据核字 (2016) 第 026081 号

策划编辑 胡 艺

责任编辑 吕静云 (lvjingyun0328@sina.com)

封面设计 李 宁

招标投标重点法律实务. 2

ZHAOBIAO TOUBIAO ZHONGDIAN FALÜ SHIWU. 2

著者/李金升

经销/新华书店

印刷/三河市紫恒印装有限公司

开本/710 毫米×1000 毫米 16

版次/2016 年 4 月第 1 版

印张/17.5 字数/287 千

2016 年 4 月第 1 次印刷

中国法制出版社出版

书号 ISBN 978 - 7 - 5093 - 7222 - 7

定价: 58.00 元

北京西单横二条 2 号

邮政编码 100031

网址: <http://www.zgfzs.com>

市场营销部电话: 66033393

值班电话: 66026508

传真: 66031119

编辑部电话: 66053217

邮购部电话: 66033288

(如有印装质量问题, 请与本社编务印务管理部联系调换。电话: 010 - 66032926)

前 言

自从笔者第一本关于招标投标的专著《招标投标重点法律实务：案例评析版》2014年7月在中国法制出版社出版以来，承蒙读者厚爱，2014年11月又加印一次。时隔1年多，进入2016年，招标投标领域又发生了很多新的变化。

新变化之一，是政府和社会资本合作模式（PPP）热对招标投标的重大影响。自2013年11月党的十八届三中全会提出“推进城市建设管理创新。建立透明规范的城市建设投融资机制，允许地方政府通过发债等多种方式拓宽城市建设融资渠道，允许社会资本通过特许经营等方式参与城市基础设施投资和运营，研究建立城市基础设施、住宅政策性金融机构”以来，国家出台了很多关于政府和社会资本合作模式（PPP）的政策文件，尤其是在2014年底，国务院、国家发展和改革委员会、财政部等相继发布了关于PPP模式的众多政策文件，安徽、浙江、四川、河南、江苏等省份相继出台了地方性的PPP模式政策文件，在全国范围内持续掀起PPP热。此种PPP热，对招标代理机构来说，是重大的机遇，是转型的契机，是市场变化的风险，也是对专业知识的挑战。对很多招标代理机构来说，是新东西，需要加紧学习、研究。当然，对很多招标人或投标人来说，也是如此。对此，笔者在2015年以执行主编的身份，在中国法制出版社出版了《政府和社会资本合作模式（PPP）政策法规集成》一书（2015年9月出版，43万余字），以供PPP招标投标所使用，并在政府、公共资源交易中心、行业协会、国有企业、代理机构等举办多次PPP招投标的讲座，并将讲座中的部分内容予以深化，形成部分文章，如《PPP项目招标文件编制中的常见法律风险评析——以C市D片区土地一级开发整治PPP项目招标文件为例》等，收入本书，放在第一章，作为第一个重点。

新变化之二，是招标代理服务费从政府指导价，到部分市场调节价，再到全面放开实行市场调节价的快速变化。标志性的文件是2015年2月11日

国家发展和改革委员会的一纸通知：《国家发展改革委关于进一步放开建设项目专业服务价格的通知》（发改价格〔2015〕299号），该通知彻底放开了招标代理服务收费的市场，实行完全的市场调节价。招标代理服务费全面放开后，对于招标代理机构来说，是机遇？是挑战？还是既不是机遇，也不是挑战，而是风险？对于此问题，在2015年的4月16日和17日，作者应中国土木工程学会建筑市场与招投标研究分会与贵州省建设工程招标投标协会的邀请，参加了“招标代理在经济与法律新常态下如何把握机遇和提高服务竞争力高级研讨班”，在贵州省住房和城乡建设厅4楼会议室为近200家招标代理机构的法定代表人、公司高管等400名左右的人员做了《法律变化下，招标代理的机遇、挑战与风险在哪里？》讲座，讲座内容之一是招标代理服务费全面放开后，招标代理机构的机遇、挑战与风险在哪里？该部分内容引起了招标代理机构的强烈反响，课后笔者根据授课课件，对此问题再进行深入的分析，以成《招标代理费全面放开后招标代理机构的机遇、挑战与风险分析》一文，收入本书，列为“重头戏”，放在书稿的最后一章，作为最后一个重点。

新变化之三，是2014年12月31日，国务院第75次常务会议通过了《政府采购法实施条例》；2015年1月30日，国务院总理李克强签署了中华人民共和国国务院令 第658号，正式颁布了《政府采购法实施条例》；2015年3月1日，《政府采购法实施条例》正式开始实施。而公开招标和邀请招标作为政府采购的法定方式之二，需要各方重点予以关注。除了需要关注《政府采购法实施条例》赋予的权利外，更需要关注的是义务与风险。如：采购人在《政府采购法实施条例》中，有哪些主要法定义务，有哪些主要法律风险？代理机构在《政府采购法实施条例》中，又有哪些主要法定义务与法律风险？甚至可以“八卦”一下，《政府采购法实施条例》，与早三年出台的《招标投标法实施条例》相比，有什么优劣，是“进”还是“退”了？对于该等问题，本书均有所分析，详见《采购人在〈中华人民共和国政府采购法实施条例〉中的主要法定义务与法律风险分析》《代理机构在〈中华人民共和国政府采购法实施条例〉中的主要法定义务与法律风险分析》《相距三年，〈中华人民共和国政府采购法实施条例〉较〈中华人民共和国招标投标法实施条例〉，“进”还是“退”了》等重点。

除了如上重大的三个新变化之外，还有其他很多的变化，比如全国电子招标投标的推行，导致出现一个新问题，电子招标文件，还能不能卖钱？因为

电子招标文件，不存在邮寄成本，也不存在印刷成本，只要能上网的地方，理论上就能下载。比如蓬勃发展的公共资源交易中心，能否行使招标代理的职能，由招标人委托公共资源交易中心代理招标？或者由公共资源交易中心设置一个招标代理机构库，招标人选择招标代理机构时，必须在该库内选择，且必须是抽签等方式随机选择，是否合法？是否可行？比如国务院法制办公室于2014年3月24日将国家发展和改革委员会报请国务院审议的《工程建设项目招标范围和规模标准规定（修订）（送审稿）》及其说明在其官方网站全文公布，征求社会各界意见。该等新变化，不一而足，本书中也有所涉猎和讨论，详见相关各重点。

另外，笔者作为律师，在担任政府、政府职能部门、招标投标行业协会、招标人、投标人、招标代理机构等相关单位法律顾问的情形下，在法律服务工作中，接触到太多招标投标法律实务问题，其中不乏众多很具有典型性的案例，笔者秉承从实务中来，到实务中去的原则，从具体的案例出发，从法律法规的角度，不回避问题，面对问题，提出解决问题的思路，指出招标投标实务中的法律风险以及法律风险的控制措施，以供参考、讨论、指正。如上亿元的工程，招标代理服务报价为人民币1元的典型案例；如两家投标人，法定代表人兼总经理都是同一个人，但董事长不是同一个人，两家投标人能否参加同一个招标项目或同一个标段的投标？招标人迟迟不发中标通知书，又该如何处理？招标公告这么多，有真有假，那又如何辨别假招标，避免上当受骗？没有购买招标文件，可否参加投标等等问题，均相当“精彩”，因为这就是招标投标的实际所反映的部分“景观”。本书来源于招标投标实际，也回归于招标投标实际。囿于作者经验、知识等，本书难免有错漏之处，也恳请读者诸君，不吝赐教，可在我的微信（微信号：jinshenglvshi）中提出或发邮件到我邮箱：545126155@qq.com，多多指导，不胜感激。

李金升律师
2016年2月25日子夜

目 录

第一编 招标类重点法律实务

重点一：PPP 项目招标文件编制中的常见法律风险评析	1
重点二：公开招标在选择 PPP 社会投资人中的首选性分析	9
重点三：互联网时代招标文件售价的法律分析	16
重点四：招标人在招投标中的刑事法律风险分析	22
重点五：以招标选择招标代理机构的法律分析	26
重点六：“比例过大”难判断，“邀请招标”难认定	32
重点七：招标人“规避招标”的法定形态与法律责任	38
重点八：委托公共资源交易中心招标的合法性分析	45
重点九：设立资格预审保证金的合法性分析	48

第二编 投标类重点法律实务

重点十：招标代理机构的法定代表人，当还是不当	53
重点十一：招标人子公司参加投标的法律两难困境	62
重点十二：投标人采取联合体投标的法律风险控制	67
重点十三：“兄弟公司”参加同一招标项目投标的法律分析	74
重点十四：没有购买招标文件就参加投标的法律分析	77
重点十五：个人独资企业参加投标的法律分析	81
重点十六：1 元报价，相煎何急	84
重点十七：股东相同的不同投标人参加同一个招标项目投标的法律风险	89
重点十八：部分领导职位重合的不同投标人参加同一个招标项目投标的 法律分析	92
重点十九：投标人在招投标中的刑事法律风险分析	97
重点二十：招标人向投标人泄露标底将构成串通投标罪	102

重点二十一：事前约定无论谁中标均交由特定投标人施工将构成串通投标罪	106
重点二十二：约定部分投标人放弃投标将构成串通投标罪	112
重点二十三：投标人之间报价呈等差规律性差异将构成串通投标罪	118
重点二十四：内定中标人并排除其他投标人竞标将构成串通投票罪	122
重点二十五：收买通过资格预审的公司要求其按约定报价将构成串通投标罪	129
重点二十六：非投标人的自然人构成串通投标罪的前提条件	132
重点二十七：不同投标人的投标保证金从同一个人账户转出将构成串通 投标罪	138
重点二十八：投标人辨别虚假招标人诈骗的法律途径分析	144

第三编 开标评标中标类重点法律实务

重点二十九：招标人迟迟不发中标通知书的法律处理分析	151
重点三十：资格审查时对未提交组织机构代码证副本原件的法律分析	154
重点三十一：第一中标候选人退出招投标的法律责任分析	160
重点三十二：第二中标候选人提出异议的法律后果分析	165
重点三十三：中标后合同谈判的法律边界	169
重点三十四：定标权归属的法律辨析	173
重点三十五：抽签决定参加投标的资格预审合格者的法律分析	183

第四编 综合类重点法律实务

重点三十六：PPP 项目政府采购方式中“竞争性谈判”与“竞争性磋商” 的区别	188
重点三十七：采购人在《中华人民共和国政府采购法实施条例》中的主 要法定义务与法律风险分析	195
重点三十八：代理机构在《中华人民共和国政府采购法实施条例》中的 主要法定义务与法律风险分析	203
重点三十九：相距三年，《中华人民共和国政府采购法实施条例》较《中 华人民共和国招标投标法实施条例》，“进”还是“退”了	209
重点四十：鲜见政府招标出让国有土地使用权的法律实证分析	217
重点四十一：新政背景下招标出让养老服务设施用地的法律考量	224
重点四十二：股东将招标代理公司资金转入个人帐户的法律风险分析	230
重点四十三：设库随机抽取招标代理机构的法律评析	234

重点四十四：治理招标代理机构“以分公司之名行挂靠之实”的法律思考	239
重点四十五：论导致工程建设项目招标投标不被受理的法定原因	245
重点四十六：工程建设项目“先签合同后招标”的法律后果分析	253
重点四十七：关于《工程建设项目招标范围和规模标准规定（修订）（送审稿）》的修改意见与建议	258
重点四十八：招标代理费全面放开后招标代理机构的机遇、挑战与风险分析	261

第一编 招标类重点法律实务

重点一：PPP 项目招标文件编制中的常见法律风险评析

——以 C 市 D 片区土地一级开发整治 PPP 项目招标文件为例

一、前言：PPP 项目招标文件编制无标准文件可循

（一）政府与社会资本合作模式（PPP）继续为政府所力推

自 2013 年 11 月党的十八届三中全会提出“推进城市建设管理创新。建立透明规范的城市建设投融资机制，允许地方政府通过发债等多种方式拓宽城市建设融资渠道，允许社会资本通过特许经营等方式参与城市基础设施投资和运营，研究建立城市基础设施、住宅政策性金融机构”以来，国家出台了很多关于政府和社会资本合作模式（PPP）的政策文件，尤其是在 2014 年底后，掀起了一股政府和社会资本合作模式（PPP）热。

值得关注的是，国务院总理李克强于 2015 年 5 月 13 日主持召开的国务院常务会议要求，在交通、环保、医疗、养老等领域，推广政府和社会资本合作模式（PPP），以竞争择优选择包括民营和国有企业在内的社会资本，扩大公共产品和服务供给，并依据绩效评价给予合理回报，是转变政府职能、激发市场活力、打造经济新增长点的重要改革举措。

（二）招标为政府与社会资本合作模式（PPP）中伙伴选择的首选或鼓励方式

根据自 2015 年 6 月 1 日起施行的《基础设施和公用事业特许经营管理办法》（国家发展和改革委员会、财政部、住房和城乡建设部等六部委令第 25 号）第十五条的规定：“实施机构根据经审定的特许经营项目实施方案，应当通过招标、竞争性谈判等竞争方式选择特许经营者。特许经营项目建设运营标准和监管要求明确、有关领域市场竞争比较充分的，应当通过招标方式选择特许经营者。”以及《国家发改委关于开展政府和社会资本合作的指导意见》（发改投资〔2014〕2724 号）第五部分“加强政府和社会资本合作项目的规范管理”第三项“伙伴选择”的规定：“实

施方案审查通过后，配合行业管理部门、项目实施机构，按照《招标投标法》、《政府采购法》等法律法规，通过公开招标、邀请招标、竞争性谈判等多种方式，公平择优选择具有相应管理经验、专业能力、融资实力以及信用状况良好的社会资本作为合作伙伴”可以看出，在政府与社会资本合作模式（PPP）项目中，以招标的方式，尤其是以公开招标的方式竞争择优选择社会资本，成为排序在前的首选或鼓励的方式。

（三）政府与社会资本合作模式（PPP）招标文件目前尚无标准文本可循

虽然招标为政府与社会资本合作模式（PPP）项目中合作伙伴选择的首选或鼓励方式，但是，政府与社会资本合作模式（PPP）项目中，其招标文件的编制，因受限于政府与社会资本合作模式（PPP）的选择，并未有类似于国家发展和改革委员会等发布的《标准施工招标资格预审文件》和《标准施工招标文件》等标准的招标文件范本可供使用。政府与社会资本合作模式（PPP）项目中的招标人或招标代理机构，必须结合具体的政府与社会资本合作模式（PPP）项目，编制具体的招标文件或资格预审文件。而在这些招标文件或资格预审文件的编制中，存在着一些常见的法律风险。本文以《C市D片区土地一级开发整治PPP项目招标文件》（以下简称《C市土地一级开发PPP项目招标文件》）为例^①，对该等法律风险分类予以评析，但该等评析仅系作者个人意见，不一定正确，目的是抛砖引玉，仅供参考、批评、指正。

二、时间：PPP项目招标文件编制中的常见法律风险之一

（一）资格预审文件或招标文件发售期的法律风险

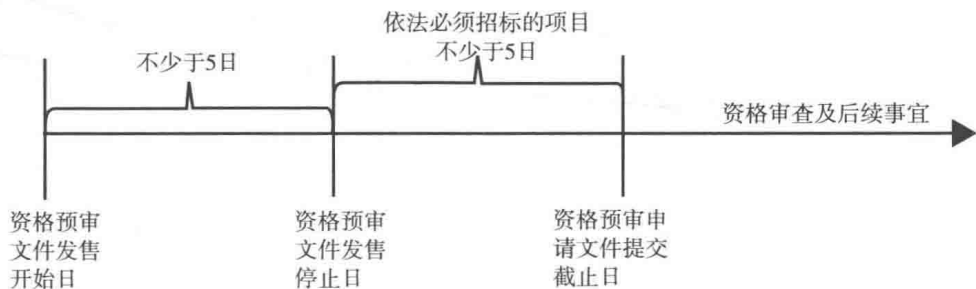
根据《招标投标法实施条例》第十六条的规定：“招标人应当按照资格预审公告、招标公告或者投标邀请书规定的时间、地点发售资格预审文件或者招标文件。资格预审文件或者招标文件的发售期不得少于5日。”但是，在招标人或招标代理机构编制政府与社会资本合作模式（PPP）项目招标文件或资格预审文件时，往往为了提前结束招标投标工作，忽略了法定的招标文件或资格预审文件发售期，往往少于5日。同时值得注意的是，本条针对的是所有的招标项目，不管是依法必须进行招标的项目，还是自愿招标的项目，资格预审文件或者招标文件的发售期均不得少于5日。

（二）资格预审申请文件或招标文件提交期限的法律风险

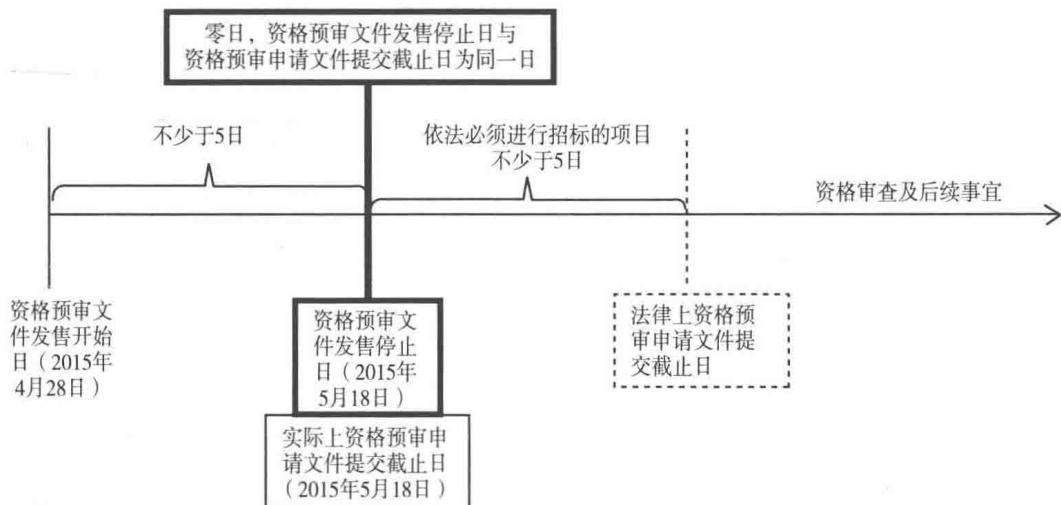
1. 资格预审申请文件提交期限的法律风险。根据《招标投标法实施条例》第十七条的规定：“招标人应当合理确定提交资格预审申请文件的时间。依法必须进行招标的项目提交资格预审申请文件的时间，自资格预审文件停止发售之日起不得少于5

^① 重庆市大渡口区钓鱼嘴南部片区土地一级开发整治PPP项目招标公告 [EB/OL]. http://www.cqgtfw.gov.cn/gkl/td/tdzpggg/201504/t20150428_266291.html. 2015-04-28/2015-05-18.

日。”在《C市土地一级开发PPP项目招标文件》中，其第一章“招标公告”第四条第一款规定：“资格预审资料提交时间：2015年4月28日9时至2015年5月18日12时。”同时，其第五条规定：“招标文件的获取：2015年5月18日12时前，持单位介绍信和本人身份证原件到重庆市土地和矿业权交易中心领取。”因C市D片区土地一级开发整治PPP项目的招标文件与资格预审文件合二为一，没有将资格预审文件从招标文件中独立出来。因此，C市D片区土地一级开发整治PPP项目的资格预审文件的停止发售之日，也等于《C市土地一级开发PPP项目招标文件》的停止发售之日，即2015年5月18日12时为停止发售时间，但C市D片区土地一级开发整治PPP项目的资格预审资料的提交时间并不是“资格预审文件停止发售之日起不得少于5日。”为便于理解，对比图示如下：



图一 法定的资格预审文件发售期及资格预审申请文件提交期



图二 C市D片区土地一级开发整治PPP项目资格预审申请文件提交期

对于政府与社会资本合作模式（PPP）项目，是属于依法必须进行招标的项目，还是属于自愿招标的项目，根据《基础设施和公用事业特许经营管理办法》第十五条的规定，如果该政府与社会资本合作模式（PPP）项目建设运营标准和监管要求明

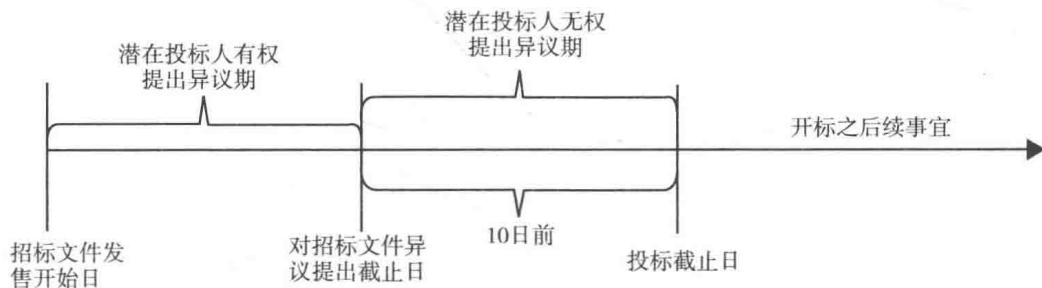
确、有关领域市场竞争比较充分的，应当通过招标方式选择特许经营者。但是，在 C 市 D 片区土地一级开发整治 PPP 项目中，即使该项目不属于依法必须进行招标的项目，招标人也应当给资格预审申请人合理提交资格预审申请文件的时间，而不是为零。如果是零的话，意味着在 2015 年 5 月 18 日上午 10 时购买招标文件的社会资本，仅有两个小时的时间编制并提交资格预审申请文件。而这显然是不合理的。

因此，对于该等政府与社会资本合作模式（PPP）项目，从审慎合规的角度出发，还是建议将提交资格预审申请文件的时间，留足到自资格预审文件停止发售之日起不少于 5 日的期限，从而避免相应的法律风险。

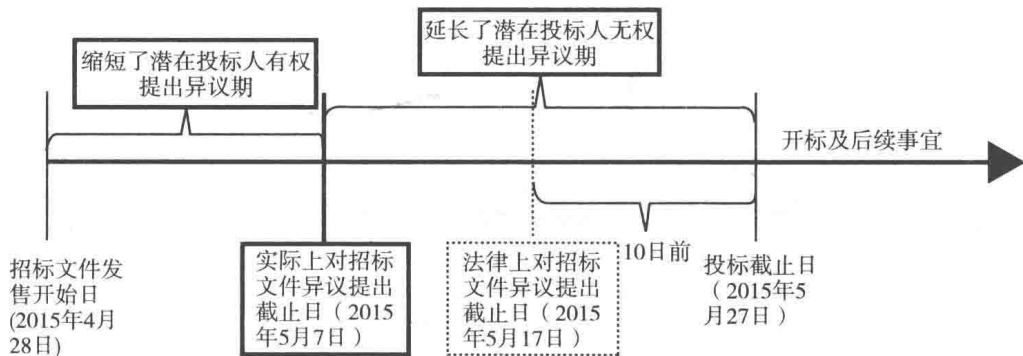
2. 招标文件提交期限的法律风险。根据《招标投标法》第二十四条的规定：“招标人应当确定投标人编制投标文件所需要的合理时间；但是，依法必须进行招标的项目，自招标文件开始发出之日起至投标人提交投标文件截止之日止，最短不得少于二十日。”因此，如果以招标的方式选择政府与社会资本合作模式（PPP）项目的社会资本，建议将招标文件的提交期限，留足至少 20 日。

（三）对资格预审文件或招标文件异议期的法律风险

根据《招标投标法实施条例》第二十二条的规定：“潜在投标人或者其他利害关系人对资格预审文件有异议的，应当在提交资格预审申请文件截止时间 2 日前提出；对招标文件有异议的，应当在投标截止时间 10 日前提出。招标人应当自收到异议之日起 3 日内作出答复；作出答复前，应当暂停招标投标活动。”在《C 市土地一级开发 PPP 项目招标文件》中的第三章“投标人须知”第六条“投标文件的解释、澄清和修改”第一款中规定：“已领取招标文件的潜在投标人对招标文件中的相关内容有异议和疑问的，应在 2015 年 5 月 7 日 17 时前，以书面形式函告 C 市土地和矿业权交易中心。确有必要答复的相关问题，将于 2015 年 5 月 11 日 17 时前在 C 市土地和矿业权交易中心网站上予以公开答疑。”为便于理解，图示对比如下：



图三 法定的对招标文件提出异议期



图四 C市D片区土地一级开发整治PPP项目对招标文件提出异议期

(四) 投标保证金退还期的法律风险

根据《招标投标法实施条例》第五十七条第二款的规定：“招标人最迟应当在书面合同签订后5日内向中标人和未中标的投标人退还投标保证金及银行同期存款利息。”在《C市土地一级开发PPP项目招标文件》中的第三章“投标人须知”第十一条“投标保证金及履约保证金”第一项规定：“发出《中标通知书》后，对未中标的投标人已缴纳的投标保证金，C市土地和矿业权交易中心将在合同签订后5个工作日内办理退还手续，已缴纳的投标保证金不计利息。”因此，对于投标保证金的法律风险，通常表现在两个方面：

一是必须在合同签订后5日内退还，而不是5个工作日。5个工作日有可能等于5日，但也有可能大于5日，但不完全等于5日。

二是退还时，必须将银行同期存款利息也退还，而不能“不计利息”。

三、资格预审：PPP项目招标文件编制中的常见法律风险之二

(一) 资格预审文件与招标文件是否编制为同一份文件

按照《〈标准施工招标资格预审文件〉和〈标准施工招标文件〉暂行规定》（国家发展和改革委员会、财政部、建设部等九部委局令第56号），资格预审文件与招标文件分列，其没有将资格预审文件与招标文件合二为一。当然，如果采取资格后审也是可以的，且是通常的做法，即将其合二为一。但是如果采取资格预审的，一般不合二为一。

但是，在《C市土地一级开发PPP项目招标文件》中，却将资格预审文件与招标文件合二为一。如此做法将导致的结果是：即使没有通过资格预审的潜在投标人，也能够获得招标文件的信息。而在通常的资格预审中，没有通过资格预审的潜在投标人是不一定能够获得招标文件的。因为资格预审文件和招标文件是分列的。

因此，从审慎、合理、提高效率等角度出发，建议将资格预审文件与招标文件分开制作。不要合在一起，除非是采取资格后审的方式。

（二）编制资格预审审查标准和方法中的法律风险

根据《招标投标法实施条例》第十八条第一款的规定：“资格预审应当按照资格预审文件载明的标准和方法进行。”因此，招标人或招标代理机构在编制资格预审文件时，对资格预审审查的标准和方法，必须详细、具体、明确、可操作。如《中华人民共和国标准施工招标资格预审文件（2007年版）》第三章详细列出了资格审查办法前附表、审查方法（是指本次资格预审是采用合格制还是有限数量制等）、审查标准（初步审查的标准与详细审查的标准等）、审查程序、审查结果等。

但是，在《C市土地一级开发PPP项目招标文件》中，其第二章“投标人须知前附表”第十四条“资格审查”以及第三章“投标人须知”第七条“资格预审”，都只规定了资格预审资料、资格预审时间及流程、资格预审专家委员会，没有对审查方法、审查标准等予以详细规定。也即不知道C市D片区土地一级开发整治PPP项目招标资格预审是采取合格制还是采取有限数量制、具体的通过标准是什么等。这容易引起争议，也是现存的法律风险。当然，此种法律风险也有控制之道，招标人或招标代理机构依法对资格预审文件作出澄清或修改即可。

（三）再次或多次资格预审的法律风险

根据《招标投标法实施条例》第十九条的规定：“资格预审结束后，招标人应当及时向资格预审申请人发出资格预审结果通知书。未通过资格预审的申请人不具有投标资格。通过资格预审的申请人少于3个的，应当重新招标。”但是，在《C市土地一级开发PPP项目招标文件》中，没有通过资格预审的，可以在规定的时间内补充、修改相关资料，再次提交资格预审审查。详见其第三章“投标人须知”第七条“资格预审”第二项“资格预审时间及流程”中的第3点和第4点的规定：“3. 资格预审不合格的投标人补充、修改资格预审资料后，在2015年5月25日12时前再次向C市土地和矿业权交易中心（Y街99号）515号房间递交资料进行资格审查。4. 经再次审查合格的，在2015年5月25日17时前C市土地和矿业权交易中心将核发《投标资格确认书》，逾期提交或相关补充资料不符合要求未通过再次资格预审的，视为未取得该项目投标的资格。”

对此，因资格预审申请文件的提交有截止期限，且是密封提交，如果允许第一次资格预审审查不通过的申请人修改、补充文件资料，相当于“悬空”了申请截止期限和密封提交的规定。对此，建议仍采用一次资格预审审查不通过的，不得再次修改、补充申请文件再次提交资格预审。如果有第二次资格预审，是否会存在第三次、第四次资格预审的可能。

四、投标：PPP项目招标文件编制中的常见法律风险之三

（一）投标文件撤回中的法律风险

在投标文件提交截止时间之前，投标人具有修改、补充、撤回其投标文件的法

定权利，对于此种法定权利，招标人或招标代理机构在编制招标文件时，不得予以剥夺。详见《招标投标法》第二十九条的规定：“投标人在招标文件要求提交投标文件的截止时间前，可以补充、修改或者撤回已提交的投标文件，并书面通知招标人。补充、修改的内容为投标文件的组成部分。”

但是，在《C市土地一级开发PPP项目招标文件》中，在其第二章“投标人须知前附表”第十三条“投标文件的递交及截止时间”以及第三章“投标人须知”第八条“投标”第二项“投标人递交的投标文件，应包含以下资料”中均规定：“……上述资料应一并装入投标文件袋中密封，密封文件袋封面必须注明本项目名称C市D片区土地一级开发整治PPP项目及投标单位的名称并加盖公章，在投标截止时间前提交至C市土地和矿业权交易中心（Y街99号）515号房间，由C市土地和矿业权交易中心工作人员登记后投入指定标箱。投标文件投入标箱后不可撤回……”

因此，在编制PPP项目招标文件时，对于投标人修改、补充、撤回其投标文件，需注意其法定权利的保障，否则将引起相应的法律风险。

（二）投标文件接收中的法律风险

在特定条件下，招标人可以拒收投标人的投标文件。对此，《招标投标法》第二十八条第二款规定：“在招标文件要求提交投标文件的截止时间后送达的投标文件，招标人应当拒收。”以及《招标投标法实施条例》第三十六条第一款规定：“未通过资格预审的申请人提交的投标文件，以及逾期送达或者不按照招标文件要求密封的投标文件，招标人应当拒收。”

但是，《C市土地一级开发PPP项目招标文件》中，在其第二章“投标人须知前附表”第十三条“投标文件的递交及截止时间”规定：“……上述资料应一并装入投标文件袋中密封，密封文件袋封面必须注明本项目名称C市D片区土地一级开发整治PPP项目及投标单位的名称并加盖公章，在投标截止时间前提交至C市土地和矿业权交易中心（Y街99号）515号房间，由C市土地和矿业权交易中心工作人员登记后投入指定标箱。投标文件……逾期送达的视为无效投标文件。”以及第十五条“开标及定标”规定：“……标箱开启后，主持人邀请投标人或其推选的代表和重庆市公证处工作人员共同检查标箱内的投标文件，经确认无误后由主持人予以当众拆封。当众拆封后，主持人现场出示拆封文件并确定有效性。有下列情形之一的，为无效投标文件：1. 投标文件未密封的；……”

对此，逾期送达或者不按照招标文件要求密封的投标文件，招标人应当拒收，而不是接收后“视为无效投标文件”或“为无效投标文件”。否则，将构成招标人的重大法律风险。

（三）投标人不足三家时处理的法律风险

如果投标人不足三家的，如何处理才合法？对此，《招标投标法实施条例》第四

十四条第二款规定：“投标人少于3个的，不得开标；招标人应当重新招标。”因此，如果在开标前，发现投标人少于三家的，招标人需要重新招标。

但是，在《C市土地一级开发PPP项目招标文件》中，其第二章“投标人须知前附表”第十五条“开标及定标”规定：“……投标人不足三家的，可继续开标、定标；只有一家投标人投标且投标文件符合招标要求的，招标人可确定该投标人为中标人……”其规定与《招标投标法实施条例》第四十四条的规定不符。招标人与招标代理机构在编制PPP项目招标文件时，不可不查。

五、定标：PPP项目招标文件编制中的常见法律风险之四

（一）中标条件制定中的法律风险

根据《招标投标法》第四十一条的规定：“中标人的投标应当符合下列条件之一：（一）能够最大限度地满足招标文件中规定的各项综合评价标准；（二）能够满足招标文件的实质性要求，并且经评审的投标价格最低；但是投标价格低于成本的除外。”因此，中标人确定的标准有二，要么为综合评价最高；要么经评审的投标价最低。

在《C市土地一级开发PPP项目招标文件》中，其第一章“招标公告”第二条“投资方案”第六项“年化股权投资收益率报价”第1点规定：“本项目采用年化股权投资收益率报价的方式进行招投标，招标人将按年化股权投资收益率最低原则确定中标人。”以及第二章“投标人须知前附表”第十五条“开标及定标”第二项“确定中标人”第1点规定：“招标人按照年化股权投资收益率最低原则确定中标人。”

对于此种中标人确定方式，类似于“能够满足招标文件的实质性要求，并且经评审的投标价格最低；但是投标价格低于成本的除外”的规定，但又有不同，《C市土地一级开发PPP项目招标文件》中的“年化股权投资收益率最低”与“经评审的投标价格最低”不等同，亦即投标价最低的不一定是经评审的投标价格最低。对此，招标人与招标代理机构在编制PPP项目招标文件时，须慎重对待。

（二）投标人投标报价相同时处理的法律风险

对于投标人的报价相同，评标委员会在评审时，须按照《招标投标法》第四十一条的规定以及招标文件的规定进行评审、处理。在《C市土地一级开发PPP项目招标文件》中，其第二章“投标人须知前附表”第十五条“开标及定标”第二项“确定中标人”第2点规定：“有效投标报价中，同时有两个或两个以上投标人的年化股权投资收益率相同且最低的，招标主持人将现场宣读竞价规则，以每次举牌竞价收益率报价的减少额为0.01%的幅度，要求投标报价相同且最低的各投标人在开标大厅当场竞价。招标人将按照竞价后‘投标年化股权投资收益率最低者中标’的原则确定中标人。出现投标报价相同且最低的投标人的法定代表人或授权委托人未