

中国软科学研究丛书

“十一五”国家重点图书出版规划项目

丛书主编：张来武

串通投标法律控制机制研究

王玉辉 等著



科学出版社
www.sciencep.com

中国软科学研究丛书

丛书主编：张来武

“十一五”国家重点图书出版规划项目
国家软科学研究计划资助出版项目

串通投标法律控制机制研究

王玉辉 等著

科学出版社
北京

内 容 简 介

本书在反垄断法和招标投标法的双重视角下,以反垄断规制制度和招标投标预防制度双重保障机制构建为重点,对串通投标的防控机制展开系统研究。本书共分三编十章。第一编为学理编,阐明串通投标的行为界定、类型、成因、危害等基本理论问题。第二编为境外制度编,分析美国、欧盟、日本串通投标防控机制的特色和趋势。第三编为我国制度构建编,在分析我国串通投标防控机制现状、存在问题的基础上,提出我国串通投标防控机制构建的路径和措施。

本书着力体现串通投标防控机制的前沿理论与最新成果,适合法律、经济领域的研究人员、高校教师、学生阅读;适合从事招投标、政府采购活动的企事业单位,以及反垄断和招投标执法的工作人员阅读;也适合对串通投标感兴趣的社会各界人士阅读。

图书在版编目(CIP)数据

串通投标法律控制机制研究/王玉辉等著. —北京:科学出版社, 2017.7

(中国软科学研究丛书)

ISBN 978-7-03-053715-7

I. 串… II. 王… III. 投标-反垄断法-研究-中国 IV. ①D922.294.4

中国版本图书馆CIP数据核字(2017)第138023号

丛书策划:林 鹏 胡升华 侯俊琳

责任编辑:石 卉 乔艳茹/责任校对:高明虎

责任印制:张欣秀/封面设计:黄华斌 陈 敬

科学出版社出版

北京东黄城根北街16号

邮政编码:100717

<http://www.sciencep.com>

北京京华虎彩印刷有限公司 印刷

科学出版社发行 各地新华书店经销

*

2017年7月第一版 开本:720×1000 B5

2017年7月第一次印刷 印张:15

字数:298 000

定价:85.00元

(如有印装质量问题,我社负责调换)

“中国软科学研究丛书”编委会

主 编 张来武

副主编 李朝晨 王 元 胥和平 林 鹏

委 员 (按姓氏笔画排列)

于景元 马俊如 王玉民 王奋宇

孔德涌 刘琦岩 孙玉明 杨起全

金吾伦 赵志耘

编辑工作组组长 刘琦岩

副组长 王奋宇 胡升华

成 员 王晓松 李 津 侯俊琳 常玉峰

总序

PREFACE

软科学是综合运用现代各学科理论、方法，研究政治、经济、科技及社会发展中的各种复杂问题，为决策科学化、民主化服务的科学。软科学研究是以实现决策科学化和管理现代化为宗旨，以推动经济、科技、社会的持续协调发展为目标，针对决策和管理实践中提出的复杂性、系统性课题，综合运用自然科学、社会科学和工程技术的多门类多学科知识，运用定性和定量相结合的系统分析和论证手段，进行的一种跨学科、多层次的科研活动。

1986年7月，全国软科学研究工作座谈会首次在北京召开，开启了我国软科学勃兴的动力阀门。从此，中国软科学积极参与到改革开放和现代化建设的大潮之中。为加强对软科学研究的指导，国家于1988年和1994年分别成立国家软科学指导委员会和中国软科学研究会。随后，国家软科学研究计划正式启动，对软科学事业的稳定发展发挥了重要的作用。

20多年来，我国软科学事业发展紧紧围绕重大决策问题，开展了多学科、多领域、多层次的研究工作，取得了一大批优秀成果。京九铁路、三峡工程、南水北调、青藏铁路乃至国家中长期科学和技术发展规划战略研究，软科学都功不可没。从总体上看，我国软科学研究已经进入各级政府的决策中，成为决策和政策制定的重要依据，发挥了战略性、前瞻性的作用，为解决经济社会发展的重大决策问题做出了重要贡献，为科学把握宏观形

势、明确发展战略方向发挥了重要作用。

20多年来,我国软科学事业凝聚优秀人才,形成了一支具有一定实力、知识结构较为合理、学科体系比较完整的优秀研究队伍。据不完全统计,目前我国已有软科学研究机构2000多家,研究人员近4万人,每年开展软科学研究项目1万多项。

为了进一步发挥国家软科学研究计划在我国软科学事业发展中的导向作用,促进软科学研究成果的推广应用,科学技术部决定从2007年起,在国家软科学研究计划框架下启动软科学优秀研究成果出版资助工作,形成“中国软科学研究丛书”。

“中国软科学研究丛书”因其具有良好的学术价值和社会价值,已被列入国家新闻出版总署“‘十一五’国家重点图书出版规划项目”。我希望并相信,丛书的出版对软科学研究优秀成果的推广应用将起到很大的推动作用,对提升软科学研究的社会影响力、促进软科学事业的蓬勃发展意义重大。



2008年12月

前言

PREFACE

招投标制度是一种公平自由竞争的市场交易制度。我国自20世纪80年代初引入该项制度以来,已经在工程建设、政府采购等各个领域广泛运用和推广。在招投标制度中,招标人通过投标人之间竞争性的投标活动,择优选择招标项目的合同缔结方。该项制度充分发挥了市场竞争机制的作用,优化了市场的资源配置功能,促进了技术进步,提高了社会经济效率。但是,在招投标制度中,一旦通过限制自由竞争来谋取超额垄断利润的串通行为介入其中,就会从根本上改变招投标制度的本质。串通行为不但严重地侵害了相关市场主体的合法利益,还严重扭曲了招投标市场的竞争机制,破坏了招投标领域中公平自由的竞争秩序,危害甚大。

串通投标,是招投标过程中经营者之间一种特殊形式的共谋行为,属于反垄断法所规制的危害严重的垄断协议行为。在串通投标中,经营者通过事先协商预进行的招投标事项,交换招投标活动的相关信息,预定中标人、预定中标价格或者分配招投标市场等。串通投标一般体现为投标人之间的补充投标、抑制投标、补偿投标等横向串通,以及招标人与投标人之间的擅自开标与换标、对不同投标人实行差别待遇、设置障碍等纵向串通两大类型。在招投标制度中,由于世界各国多采取最低价的评标方法,所以,在实践中,串通投标多体现为经营者之间就投标价格进行通谋,预定中标价格。在多数情况下,串通

投标呈现出价格垄断协议行为的特点。该种情形下,串通投标行为严重破坏了招投标市场的竞争机制,使采取招投标制度所确定的商品买卖或工程建设等经营活动的实际价格高于正常价格,使市场价格形成机制受到破坏。在政府采购领域,串通投标行为还会导致社会成本增加、社会财富浪费严重等后果。

为此,各国为了有效规制招投标领域中的串通投标行为,保障招投标竞争机制发挥作用,均从反垄断法和招投标法(政府采购法)两大方面对串通投标行为进行有效的控制。其中,反垄断法侧重调整的是经营者之间的限制竞争行为,通过将串通投标行为认定为垄断协议行为,对串通投标行为予以严厉的事后规制。招投标法则调整的是招投标活动过程,通过对招投标行为进行规范和保障,以事前防范串通投标行为的发生。尽管反垄断法和招投标法两者调整的侧重点有所不同,但是,两者潜在的目标是一致的,均致力于确保采取招投标制度采购商品或工程建设中,经营者的经营活动不得违背竞争机制,破坏竞争秩序。竞争规则用来保障招投标活动的有效实施,招投标规则用来促进竞争政策的实现。两者相互依托,缺一不可,共同保障一个国家或地区招投标领域中竞争机制的最终实现。

本书在反垄断法和招投标法的双重视角下,以实现串通投标行为有效控制为目的,以串通投标的反垄断法规制制度和招投标法预防制度双重保障机制构建为重点,对串通投标的防控机制展开系统研究。本书共分三编十章。第一编为学理编,通过对我国招投标制度发展进程的梳理、串通投标行为的界定、成因及危害分析、横向串通与纵向串通的类型化研究等,阐明串通投标的基本理论问题。第二编为境外制度编,通过对美国、欧盟、日本等国家或地区串通投标防控机制中典型制度的研究,指明境外串通投标防控机制的特色和趋势。第三编为我国制度构建编。该编在系统分析我国串通投标防控机制的现状、存在的问题的基础上,从竞争法规制制度和招投标法预防制度两大方面提出了我国串通投标防控机制构建的路径和具体措施。

本书由王玉辉老师、武晋伟老师和吴林生老师三人共同完成,本书中有关串通投标刑事责任方面的成果,由吴林生老师创作完成,其他部分成果由王玉辉老师和武晋伟老师完成。在本书写作中,杨妮娜、

吕慧娜、郭创拓、苗沛霖、张雅、崔萍、张艳茹、姚宜彤、高家坤等同学进行了大量的文献收集、整理、翻译工作，在此致以谢意。衷心地感谢科学出版社的大力支持及石卉、乔艳茹两位编辑的悉心、认真工作，感谢本书中所引用的每一篇文献资料的作者。由于串通投标行为法律控制机制中的很多问题尚处于探讨之中，以及本书作者学识及能力所限，本书疏漏在所难免，诚请各位同仁及读者批评指正。

作者

2017年3月

目 录

CONTENTS

◆ 总序（张来武）

◆ 前言

第一编 学 理 编

◆ 第一章 招投标制度概述 3

第一节 我国招投标制度的发展演进 3

第二节 我国政府采购制度的发展演进 5

第三节 招投标制度的作用 7

◆ 第二章 串通投标行为的界定 11

第一节 串通投标的内涵界定 11

第二节 串通投标的构成要件 16

第三节 串通投标与一般性垄断协议的区别 23

◆ 第三章 串通投标的成因及危害 27

第一节 串通投标的形成原因 27

第二节 便于串通投标形成、维持的因素 29

第三节 串通投标的危害性 31

◆ 第四章 串通投标的表现形式一：投标人之间的横向串通 36

第一节 投标人之间串通投标的界定 36

第二节 横向串通的主要类型 37

第三节 中标预定人的决定方法 41

第四节 横向串通的认定	42
◆ 第五章 串通投标表现形式二：招标人与投标人之间的纵向串通	44
第一节 纵向串通的界定	44
第二节 纵向串通的主要类型	48

第二编 境外制度编

◆ 第六章 美国串通投标规制制度	55
第一节 美国规制串通投标的主要法律	55
第二节 串通投标行为的认定及规制原则	58
第三节 美国串通投标的防范措施	60
第四节 串通投标的法律责任	63
◆ 第七章 欧盟串通投标规制制度	72
第一节 欧盟规制串通投标的主要法律	72
第二节 串通投标的违法性判定条件	74
第三节 欧盟串通投标的防范措施	78
第四节 串通投标的法律责任	80
◆ 第八章 日本串通投标法律规制制度	88
第一节 日本规制串通投标的主要法律	88
第二节 串通投标的定性、主要类型及规制原则	92
第三节 串通投标行为的预防措施	96
第四节 串通投标行为的法律责任	101

第三编 我国制度构建编

◆ 第九章 我国串通投标的规制现状及问题	115
第一节 《反垄断法》的规制	115
第二节 招标投标法的规制	120
第三节 政府采购法的规制	126
第四节 反不正当竞争法对串通投标的规制	130
第五节 其他法律、法规、规章对串通投标的规制	133
第六节 我国串通投标法律规制的问题点	135

◆ 第十章 我国串通投标法律规制制度的完善	144
第一节 明确界定串通投标的性质及构成要件	144
第二节 健全串通投标的行政制裁	146
第三节 强化串通投标的刑事责任	159
第四节 完善串通投标的民事责任	196
第五节 完善招投标制度	207
◆ 附录 《政府采购中经营者及行业协会活动的反垄断法指南》	213

第一编 学理编

第一节 我国招标投标制度的发展演进

招标投标制度是市场经济中的经营者在进行工程项目建设、大宗货物采购中，邀请众多经营者进行竞争性的投标活动然后按照规定的程序选择合同交易对象的一种竞争性的合同缔结方式。该项制度遵循公开、公平、公正、诚实信用的原则，通过竞争性的投标活动择优选择合同缔结当事人，极大地提高了资源配置效率，被世界各国广泛采用和推广。

在我国，最早使用招标方式的是 1902 年张之洞开办的湖北制革厂，通过比价方式从五家营造商中选择缔约合同人。1978 年，我国实行改革开放后，招标投标制度在我国正式起步。具体来看，招标投标制度在我国大致经历了三个阶段，即探索与建立阶段、发展与规范阶段和完善与推广阶段。

一 招标投标制度的探索与建立阶段

1980 年 10 月 17 日，国务院颁布《关于开展和保护社会主义竞争的暂行规定》，提出：“逐步改革现行的经济管理体制，积极地开展竞争，保护竞争的顺利进行。”“对一些适于承包的生产建设项目和经营项目，可以试行招标投标的办法。”随后，深圳于 1981 年率先试行工程招标投标制度，招标投标制度开始在我国推广运用。1983 年 6 月，我国颁布了第一部规范招标投标的规范性文件《建筑安装工程招标投标试行办法》。但是，该办法并未规定工程项目必须采取招标投标方式，所以该文件在我国并未取得实质性成效。1984 年 9 月，国务院颁布《关于改革建筑业和基本建设管理体制若干问题的暂行规定》。同年 11 月，国家计划委员会和城乡建设环境保护部联合制定《建设工程招标投标暂行规定》，明确规定了建设工程必须采用招标投标方式，这就初步建立起我国招标投标制度的法律框架。

二 招标投标制度的发展与规范阶段

1990~20 世纪末，随着招标投标制度在我国的广泛应用，我国开始加强对招

招标投标活动的监管,相继出台了一系列法律规范性文件,规范经营者之间的招标投标行为。在这一时期,我国的招标投标法律体系初步形成。

1992年12月30日,建设部颁布《工程建设施工招标投标管理办法》;1997年11月1日,全国人大常委会通过《建筑法》,建设工程招标投标制度步入法制轨道。1998年8月6日,建设部发布《关于进一步加强工程招标投标管理的规定》;随后,我国部分地区制定《建筑市场管理条例》《工程建设招标投标管理办法》等相关地方规章。我国初步建立起以“公平、公正、公开、诚实守信”和“优化、竞争”为原则的招标投标法律体系。

1995年起,全国各地陆续设立建设工程交易中心,将管理和服务有效地集于一体,形成以招标投标为先导、政府相关职能部门相协作的“一站式”管理和“一条龙”服务的监督管理体系^①。随后,全国县级以上单位成立了相关的监督管理机构,初步形成了招标投标监督管理体系。

三 招标投标制度的完善与推广阶段

1999年8月30日全国人大常委会通过了《中华人民共和国招标投标法》(简称《招标投标法》),并于2000年1月1日起正式实施。该法律的颁布,标志着我国招标投标领域法律制度体系的正式确立,招标投标制度日趋完善。

为了规范招标投标活动,国务院及其各部委、地方人民政府也相继出台了相应配套的部门规章、地方性法规及具体实施办法。2002年,为建立公平、公正的土地市场,国土资源部发布《招标拍卖挂牌出让国有土地使用权规定》,要求自2002年7月1日起,商业、旅游、娱乐和商品住宅等经营性用地一律采取招标投标、拍卖或挂牌方式出让。2003年,国家发展和改革委员会(简称国家发改委)、建设部、铁道部、交通部、信息产业部、水利部、中国民用航空总局、国家广播电影电视总局八部委联合颁布实施《工程建设项目勘察设计招标投标办法》;2013年进行修改,进一步规范工程建设项目勘察设计招标投标活动,提高经济效益,保证工程质量。2006年,建设部颁布由建设部第114次常务会议讨论通过的《工程建设项目招标代理机构资格认定办法》,并于2007年3月1日起正式施行。该办法加强了对工程建设项目招标代理机构的资格管理,进一步维护了工程建设项目招标投标活动当事人的合法权益。另外,地方政府也相继颁布地方性法规或规章,如2001年12月,北京市人民政府制定《北京市工程建设项目招标范围和规模标准的规定》,进一步规范招标投标活动。

2011年11月30日,为了细化《招标投标法》的实施,国务院第183次常

^① 杨洋:《建设工程招标投标的发展及趋势》,《建筑经济》,2000年第10期,第35-36页。

务会议审议通过了《中华人民共和国招标投标法实施条例》(简称《招标投标法实施条例》),自2012年2月1日起正式施行。2017年3月1日,根据国务院令 第676号《国务院关于修改和废止部分行政法规的规定》对该部条例进行了第一次修订。该条例进一步明确了公开招投标的范围,规范了投标人的资质审查,明确了《招标投标法》中未明确的各类违法行为情形,详细规定了属于串通投标行为的具体情形。同时,该条例还加大了招投标过程中违法行为人的法律责任,改变了《招标投标法》在一些领域“有规定无处罚”的状况。该条例的颁布施行,统一了招投标规则,增强了招投标制度的可操作性,从源头上抑制了串通投标等违法招投标行为,规范了竞争有序的招投标大市场,营造了公开、公平、自由的竞争环境。自此,我国招标投标法律制度体系全面建立。

第二节 我国政府采购制度的发展演进

政府采购制度始于美国。1761年,美国率先制定《联邦政府采购法》(*Federal Acquisition Regulation*)。1981年,世界贸易组织(WTO)颁布《政府采购协议》(*Agreement on Government Procurement*)。随后,各地区或国家纷纷制定规范本地区政府采购的法律制度。1933年,美国制定《购买美国产品法》(*Buy American Act*, BAA); 1989~1993年,欧洲联盟(简称欧盟)相继颁布了6个“欧盟采购指令”^①; 1991年,日本颁发“关于新时期招标合同制度的要求书”; 2000年10月和2001年3月,日本国土交通省分别颁布《关于促进公共工事招标及合同适正化的法律案》和作为其操作指南的《招标合同适正化指南》。

与国外政府采购制度具有200多年的历史相比,我国的政府采购制度起步较晚,但是发展迅速。具体来看,我国的政府采购制度发展历程大致可以分为两个阶段:探索阶段和成熟阶段。

一 探索阶段: 20世纪90年代初至2003年

20世纪90年代初,我国提出建立政府采购制度。1994年,我国进行财税

^① 1989年颁布《关于协调有关对公共供应品合同和公共工程合同授予审查程序的法律、规则和行政条款的指令》(简称《公共救济指令》),1992年颁布《关于协调授予公共服务合同程序的指令》(简称《服务指令》)和《关于协调有关水、能源、交通运输和电信部门采购程序执行共同体规则的法律、规则和行政条款的指令》(简称《公用事业救济指令》),1993年颁布《关于协调授予公共供应品合同的程序的指令》(简称《供应指令》)、《关于协调授予公共工程合同的程序的指令》(简称《工程指令》)和《关于协调有关水、能源、交通运输和电信部门采购程序的指令》(简称《公共事业指令》)。上述六部“指令”构成了欧盟范围内的政府采购制度,规定了欧盟招标采购的主要规则。