

第五篇

招标投标基础知识

第一章 《中华人民共和国招标投标法》法条释义与适用

第一节 “第一章 总 则 ” 释义与适用

第一条 为了规范招标投标活动，保护国家利益、社会公共利益和招标投标活动当事人的合法权益，提高经济效益，保证项目质量，制定本法。

[释义与适用]

本条是关于招标投标法目的和任务的规定。

我国实行改革开放以来，国民经济和社会事业迅猛发展，经济实力不断增强，彻底改变了落后面貌，从一个落后的农业国进入了工业化迅速发展阶段。随着社会主义市场经济体制的建立，商品经济市场得到空前的发展，市场竞争激烈，尤其近两年出现了买方市场，为招标采购奠定了良好前景。在我国政府和公共领域推行采购招标已经具备经济和体制基础。通过制定招标投标法，规范招标投标活动，有利于促进社会主义市场经济体制的完善、促进公平竞争，有利于提高国有资产使用效益、净化招标投标市场、保障有关当事人的合法权益，具有重要作用。

我国政府及公共采购（包括国有企业）比国际上任何一个国家大的多，应当加强管理，使之成为国民经济发展服务。可以说，目前，我国的招标投标市场仍处于“自由化”状态，没有一部专门法律或行政法规进行规范，只能是头疼医头，脚疼医脚。从中国的实际出发，我们不能坐失良机，要排除各种干扰，抓住机遇，制定和颁布招标投标法及有关规则，将招标投标活动纳入制度化和法制化轨道。

国家通过立法对需要招标投标的主体范围作出规定，要求达到标准的采购活动必须实行招标采购。在我国，政府及公共采购资金主要来源于财政或低息贷款，属公共支出，如不限制采购方式，引入竞争机制，提高招标投标活动的透明度，不可能达到国家

期望的节约公共资金、防止腐败的目的，也不可能更好地保护国家利益和社会公共利益。

一般而言，招标投标作为当事人之间达成协议的一种交易方式，必然包括两方面主体，即招标人和投标人。某些情况下，还可能包括他们的代理人，即招标投标的代理机构。这三者共同构成了招标投标活动的参加人和招标投标法律关系的基本主体。通过制定法律及其规则，对招标投标参加人各方的权利和义务加以明确规范，便可以平衡招标投标各方利益，从而达到更好地维护各方的权益。

政府对国有资产和公共资金是软约束。交易的隐蔽性和无竞争性，容易发生国有资产流失和浪费问题。我国经济活动中的大量事实充分证明了这一点。一个建设项目如果由国家指定某企业进行建设，难免发生浪费和超概算问题。采用招标竞争则不然，对于投标者承接项目时，必然要认真研究投资要求，多方面考察论证，经济上不合理、技术上不可行的方案难以中标建设和投产，从而可以促进投资额可行性和效益。对于招标者可以通过招标竞争优选报价较低的投标者，从而可以节省投资。保护纳税人利益，是深化流通体制改革重点之一。在西方市场经济国家由于政府及公共部门的采购资金主要来源于企业、公民的税款和捐款，所以努力提高采购效益、尽量节省开支是纳税人和捐款人对政府和公共部门提出的必然要求。因此，这些国家普遍在采购领域推行招标制度，通过集中采购，获得最大效益。从我国十几年招标实践来看，这种采购方式对于规范和监督采购者行为、保障国有资金有效使用，提高投资效益等方面起了十分重要的作用。据不完全统计，目前工程建设通过招标的节资率为 15%~20%，建设工期缩短 10%，机电设备节汇率和节资率分别是 10%~15%。另外，目前我国正处在计划经济向市场经济转变过程中，市场机制和法律制度都不完善。一些不法分子乘机扰乱市场秩序，在经济贸易中搞违法活动，行贿受贿；有的搞以权谋私，中饱私囊，结果产生的却是劣质工程和产品，最终损坏的是国家利益和社会公众利益。招标投标是公共采购方式，透明度高，程序规范，可以从制度上克服上述弊端，从根本上提高项目质量。

国民经济和社会发展“九五”计划和 2010 年远景目标纲要，提出要在“九五”末期建立社会主义市场经济体制。从现在起我们的各项经济体制改革，都要围绕建立市场经济体制的目标。我们要建立的社会主义市场经济体制，就是要使经济活动遵循价值规律的要求，通过价格杠杆竞争机制的功能，把资源配置到效益好的环节中去，并给企业以压力和动力，实现优胜劣汰。而招标采购的特点完全符合市场经济的要求，真正体现“公开、公平、公正”的市场竞争机制，因而为市场经济国家普遍采用。统一性、开放性和竞争是市场高效资源的基本条件。商品本身没有地域概念，哪里成本低就往哪里销售。同样招标投标也没有地区、部门观念，公平竞争是招标投标的本质，它要求所有投标

者不论成分如何,企业大小,不分地区、部门,一律平等参加投标竞争。因此,推行招标采购有助于打破部门垄断,地区分割,促进统一市场的形成。

此外,我国正在积极争取加入世界贸易组织,加往后我们将面临如何加入《政府采购协议》的问题。《政府采购协议》的工作小组非常关注我国谈判进程,并曾经要求中国考虑在加入世界贸易组织后加入该协定,中国谈判组没有做出承诺。这主要是考虑到我国尚无政府采购法律和政策,担心国内的政府采购受到外国供应商的冲击,对我国企业是否有能力与外国企业展开竞争,进入国际政府采购市场,没有足够的信心。从国际贸易的发展来看,加入《政府采购协议》至少有以下好处:规范政府采购市场,建立公平、公开、公正的公共市场体系,为企业提供均等的商业机会,为企业改革提供良好的市场环境;提高政府采购的效率,通过竞争提高技术引进的档次,合理利用国家财政资源;开拓国际巨大的国际采购市场,为我国企业走向世界提供条件;强化国内竞争环境,开拓国际合作的新领域,为企业出口创汇创造更多的机会;防止公共采购市场的腐败,保持政府廉洁。因此世界各国都非常关注政府采购市场的开放问题。虽然大多数发展中国家不是《政府采购协议》的成员,但越来越多的国家已经意识到巨大的国际政府采购市场对本国经济的影响,对该协议都备加关注,一些发展中国家加入了观察员的行列,如阿根廷、哥伦比亚等,中国尚未进入这个行列。作为一个观察员国,可以参加该协定组织的各种活动,及时了解世界贸易组织在这方面的动态,研究全球政府采购市场及各国采购政策的情况,这对于调整我国的政府采购政策具有非常重要的意义。因此,我国应当研究申请加入《政府采购协议》的观察员。目前我国还不是世界贸易组织的成员国,加入《政府采购协议》似乎并不十分迫切,但是亚太经合组织(简称 APEC)开放政府采购市场步伐的加快,已经逼迫我国要加紧制定政府采购的政策和法律。其中《招标投标法》就是其中最重要的法律之一。我国是 APEC 的积极参与者,这种参与对我国有着很大的利益。我国目前的对外贸易是与 APEC 成员进行的, APEC 地区是我国出口增长最快的地区。到 1995 年底,流入我国的直接投资达 100 多亿美元,其中 80% 来自亚太地区。在 APEC 各国中,除中国外,各国都有招标采购的行政管理机构和相关的法律法规。因此,在我国,只有制定完善的招标投标方面的法规,建立有序开放招标采购市场,不仅可以进一步吸引外资,而且还能促进 APEC 国家市场的开放,为我国进入国际招标采购市场开辟更广阔的道路。

第二条 在中华人民共和国境内进行招标投标活动,适用本法。

〔释义与适用〕

本条是关于招标投标法地域效力问题的规定。

法律的空间效力是指法律在什么地方有效力和对什么人有效力。各国法律针对不同

的法律部门都有不同的规定，学者也有不同的主张。概括起来主要有：（一）属地原则，即凡是在本国领域内发生的法律行为，一律适用本法；（二）属人原则，即凡是本国人，不管在何地实施该法律行为，都适用本国法；（三）保护原则，即只要是侵害本国国家或者本国公民利益的具有法律意义的行为，都适用于本国法；（四）折中原则，即以属地原则为主，以属人原则和保护原则为补充。依据本法本条对招标投标活动适用地域的规定，该法采用的是属地原则。

（一）国际范围内的招标采购标的

从有关国家和国际组织法律和条约、协议、决定等的规定来看，将招标采购标的分为货物（物资）、工程、和服务，已成为一种通常做法。《政府采购协议》将招标的标的分为产品和服务，服务包括建筑工程；《国际复兴开发银行贷款和国际开发协会信贷采购指南》分为货物和工程（包括其相关服务），而将咨询服务排除在外，专门由《世界银行借款人和世界银行作为执行机构聘请咨询专家指南》进行规范。联合国贸易法委员会《货物、工程和服务采购示范法》明确界定了货物和工程标的的性质，该法规定，“货物”是指各种各样的物品，包括原材料、产品、设备和固态、液态或气态物体和电力；“工程”是指与楼房、结构或建筑物的建造、改建、拆除、修缮或翻新有关的一切工作。但《国际复兴开发银行贷款和国际开发协会信贷指南》对货物的解释则为货物包括商品原材料、机械、设备和工业厂房。关于服务，《示范法》只将其泛泛定义为“除货物或工程以外的任何采购对象”，世界贸易组织《服务贸易总协定》也只对“服务贸易”的几种形式作了界定，而没有对服务本身的性质作出规定。由于对招标标的的性质的认识不统一，因此很难确定标的范围。

（二）我国目前的招标适用范围

由于招标标的涉及的范围广，各国经济和贸易的发展状况各有千秋，因而随着各国现实情况的变化而不断被个性修正。一个共同的发展趋势是，招标的标的范围逐渐扩大，招标标的从过去单一的实物形态项目转向全方位的实物形态和知识形态项目，新产品开发，设备改造，科研课题，勘察设计，科技咨询等知识形态服务项目招标不断拓展。从我国的情况来看，在公物方面，招标的主要是机电设备和机械成套设备；在工程方面，招标标的主要是工程建设和安装；在服务方面，招标标的主要是科研课题，工程监理，承包租赁等。对此，《国家基本建设大中型项目实行招标投标的暂行规定》作了总括性的规定，即：建设项目主体工程的设计，建筑安装，监理和主要设备，材料供应，工程总承包单位及招标代理机构，以及某些条件下建设项目法人的确定，不涉及特定地区和不受资源限制的项目建设地点的选定，项目前期评估咨询单位的确定，都应当通过招标投标进行。

(三) 招标投标的法律适用及其发展

在国际范围的招标中，各国法律都对招标标的的范围特别是服务项目范围，根据其参加的条约、协议规定或互惠、对等原则进行一定的限制，以保护本国投标人的利益。例如，欧盟在加入《政府采购协议》时，承诺适用于协议条款的服务范围是：银行和金融、保险、卫生服务、道路运输、城市运输、海洋运输、内陆水运、港口、机场、旅游、客货运输、宾馆和餐饮、维修、研究和开发、健康、住房等；美国也提出了大致对应的报价单。在此之外的服务，或者谈判双方根据对等原则互不开放的服务，都不对外开放。我国在这方面尽管还未作出明确的例外或保留，但也作了原则性的规定。例如，《国家基本大中型项目实行招标投标的暂行规定》规定，建设项目经批准采取国际招标的，“除按本规定执行外，还应遵从国家有关对外经济贸易的法律、法规”。

1984年5月27日，国务院在《关于开展和保护社会主义竞争的暂行规定》中首次提出，为了改革现行经济管理体制，进一步开展社会主义竞争，“对一些适合承包的生产建设项目和经营项目，可以试行招标投标办法”。1985年间，吉林省吉林市和深圳特区率先试行工程招标投标，并取得了良好的效果。这个尝试在全国起到了示范作用，并揭开了招标投标的新篇章。此后，随着改革开放形势的发展和市场机制的不断完善，我国在基本建设项目、机械成套设备、进口机电设备、科技项目、项目融资、土地承包、城镇土地使用权出让、政府采购等许多政府投资及公共采购领域，都逐步推行了招标投标制度。本法正是根据当前形势，针对我国境内存在的招标投标活动而制定的，凡在我国境内发生的以上招标投标皆适用本法。

当前，我国招标采购主要来自：政府部门、公用事业单位、国有控股企业、集体企业、非国有控股企业、外商投资企业、私营企业等。对前五类实行强制性招标，应以公开竞争性招标方式为主，对采用有限竞争性招标的条件应作出限定。后三类企业可以视为预算外企业，是否招标以及招标方式的选择由其自定，可不作为法律界定的对象。

目前，国家正要颁布实施的“招标投标法”和拟制定的“政府采购法”等相关法律，这些法律均与招标投标密切相关。或可认为，招标投标法制管理是上述两法的重要内容之一。因此相关法律对招标方式的界定，涉及到我国开放政府市场问题。政府采购是招标的重要领域。目前，发展中国家大多都不承诺开放本国政府采购市场，我国也没有承诺对外开放政府采购市场。但是，随着我国加入世界贸易组织进程的加快，我国的政府采购市场迟早都会开放。故而也应考虑中国根据所缔结或参加的国际条约、协定中所作的承诺，给予其他缔约参加方的企业或社会经济组织参与中国境内的投标竞争方面的市场准入。这即体现了国家主权原则，又为我国将来开放国内采购市场保持了很大的灵活性。同时，本法的适用范围也会拓宽，而不仅局限于在我国境内进行的招标投标活

动。

第三条 在中华人民共和国境内进行下列建设工程项目包括项目的勘察、设计、施工、监理以及与工程建设有关的重要设备、材料等的采购，必须进行招标。

(一) 大型基础设施，公用事业等关系社会公共利益，公众安全的项目。

(二) 使用或者部分使用国有资金投资或者国家融资的项目；

(三) 使用国际组织或者外国政府贷款或者国家援助资金的项目。

前款所列项目的具体范围和规模标准，由国务院发展计划部门会同国务院有关部门制订，报国务院批准。

法律或者国务院对必须进行招标的其它项目的范围有规定的，依照其规定。

〔释义与适用〕

本条是关于强制招标制度的规定。

所谓强制招标投标即国家通过立法或行政手段对需要招标采购的主体范围作出规定，要求达到标准的采购活动或项目必须进行招标采购。招标投标是社会主义市场经济下一种较为成熟的、高级的、规范化的交易方式，它所反映的公平、公正、透明性、一次性和组织的科学性、决策的民主性、竞争的充分性、行为的规范性是任何采购方式所不能替代的。形成一种制度，才能更加充分地发挥这种采购方式的外延价值，把强制性招标作为招标投标法制化建设的重要内容之一，是十分必要的。确定强制招标的范围必须遵循三条原则：一是要维护国家财产的完整性，减少浪费；二是应当与国际惯例接轨，按照市场经济国家的通行做法和国际惯例，凡政府采购或投资建设必须以招标方式进行的，则必须进行公开招标。我国加入世界贸易组织以后，与各贸易成员国同处于对等的地位，在强制招标的范围上应当大体贴近，以便我国的企业特别是国有企业尽快适应国际市场环境，加入国际间的竞争。

一、关于强制招标的必要性及其直接作用

在我们国家强制招标的主体是政府及公共采购。政府及公共采购的资金来源主要是财政或低息贷款，属公共支出，如果不限制招标方式，引入竞争机制，提高招标投标的透明度，不可能达到国家期望的节约公共资金、防止腐败的目的。因此国家对某些项目和采购必须强制推行公开招标方式，在广泛范围内开展竞争采购。要建立健全强制招标投标制度，加强对招标采购的监督和管理，必须合理界定强制招标采购的范围。我国政府及公共采购主体涉及的领域多、覆盖面大，不可能也不应该把所有政府及公共采购都纳入强制招标采购范围。借鉴国际经验，我们认为应该从两个方面来考察。一是从工程及采购资金的性质来看，如果工程及采购资金的全部或主要来自财政拨款、享受财政某些优惠政策或来自国家低息贷款或主要由国家偿还贷款的工程项目或采购，应该纳入强

制招标范围。有些项目及采购尽管不是使用财政资金或低息贷款，但该生产建设对经济和社会的影响较大，也应该纳入强制招标范围。二是从项目和采购的规模标准来看，确定招标规模至少要考虑四个因素：第一，经济要合理；第二，要区别不同类型和不同层次（如中央和地方的区别，政府和企业的区别）；第三，要考虑对外开放程度；第四，借鉴国际经验和中国实际相结合。从美国、澳大利亚、日本及欧盟等的通行做法是货物和服务的限额要比工程小得多，工程限额一般为它们的十倍以上；中央政府要比次中央政府（地方政府或公共组织）限额低，而次中央政府又比其他采购主体（国营企业或其他公营单位）限额低。

对于强制性招标的范围界定在国际上可借鉴的经验及其法律规定是充分的。例如，美国《联邦采购法》是一种较为完整的、全面的招标投标制度体系，其 1984 年 10 月 1 日修订本中规定，当预计采购金额超过 50 万美元时，要求采购合同必须公开招标进行。欧共体理事会 1988 年指令（自 1990 年 1 月 1 日起执行）中，物资招标采购金额由原来 1988 年指令规定的 10 万欧洲货币单位（1 欧元）降为 5 万欧元，此金额与世界贸易组织的 5 万欧元特别提款权相一致。欧洲联盟还规定，工程项目和服务采购的强制性招标金额起点为 50 万欧元和 50 万欧元，劳务采购金额为 100 万欧元以上 1 亿欧元。世界贸易组织要求成员国必须遵守招标投标的《政府采购协议》，各成员国无条件地签字接受此协议后，都将本国的招标投标法进行了相应的修改，也就是政府采购金额在 5 万欧元特别提款权以上的采购合同，必须进行国际竞争性招标。另外，国际金融组织均对贷款项目招标有明确的规定。世界银行和国际开发协会规定，一般项目采购，均须进行国际招标。情况特殊时，须经其同意批准。国际农业发展基金组织，也要求贷款项目均使用国际招标形式采购。亚洲开发银行规定，使用贷款采购设备、材料和货物，金额在 100 万美元以上的，土建工程在 50 万美元以上的，均须采用国际招标方式进行。以上是国际上一般情况下的相关法律及规则。鉴于我国国有的投资金额比例远远高于资本主义国家，在这个领域更应该发挥招标的作用，使其普及化。

对于强制招标，社会各界的认识还不尽统一，在此有必要阐明其作用和意义，以利于加

强招标投标的法制化管理。强制性招标的直接作用体现在国家财政、银行等投资部门和建设单位即采购人中：

首先有利于完善投资风险约束和监督机制。建立一种以“优”为资金投向的前提条件，通过资金投向选点招标，把招标介入立项决策之中，完善投资决策机制；建立一种以“忧”为前提的资金投量决策机制，进行项目筹资配给招标，改变有项目就保证有资金的一贯做法；建立一种以“优”为项目实施前提的资金投放机制，要求必须对符合招

标条件的施工发包和物资、设备采购及服务进行招标，强化投资项目管理及透明度和科学性，使得财政、银行的投资管理职能由资金分配环节延伸到资金使用环节。实施全过程的招标约束和监督，优化管理，保证资金投入的即定目标 and 安全性形成良性循环。招标投标制应成为资产质量稳定提高的投资运行机制的重要组成部分。

其次有利于加强和完善项目管理、提高资金使用效率和投资项目的整体收益。招标投标制作用于项目单位，其效果更为显著。通过招标采购，去劣存优，实现目标管理的优质化和采购效益的最大化。项目管理优化，即在市场上寻求优质的勘察、设计、评估和工程货物采购、摆脱对行政主管部门的依附。废弃“长官意志”决策，引入招标投标公开采购，吸引供应单位充分竞争，确保投资项目采购的先进性、合理性、可靠性，避免投资管理中发生徇私舞弊现象，减少中间费用，降低流通成本，获取投资综合收益最大化，提高投资利润率，减少投资风险。

此外，强制性招标投标制的间接作用，反映在国家宏观调控、转换企业经营机制和促进

中国招标投标事业发展上，体现为：在宏观上，有利于国有资产的保值增值，有利于增强采购过程的透明度，防止腐败现象发生，促进廉政建设；有利于政府职能的转移，加强对国有资产的管理；有利于打破地区部门的保护政策和行业垄断，在全国范围和国际市场上建立和疏通渠道与国际市场建立正常的商业伙伴关系。创造开放的市场，全面推进市场经济的建设，有利于协调和促进市场经济体制的建立、健全。强制性招标，改变阻碍充分竞争的狭隘落后观念、落后管理机制，消除干扰市场政党秩序的旧行为模式和垄断等不正当行为、不良风气；强制性招标可以净化市场环境，加速我国市场经济体系的建立。在微观上，有利于企业经营机制的转换，与落实企业经营自主权相统一。

二、本法规定的必须进行招标的项目

我们可以借鉴国际经验，结合我国的实际情况，研究适合我国特点的货物、工程、服务等不同对象的采购限额，作为强制招标的标准。各级政府及公共采购主体符合上述规定范围并达到招标采购限额的，必须参照国家规定实行招标投标。依据该条规定，下列项目必须进行招标：

（一）大型基础设施，公用事业等关系社会公共利益，公众安全的项目。对上列项目实行招标投标，是国家投资计划实施中的一个非常重要的环节，是项目投资概算能否控制得住的一个关键措施。早在 1982 年，国家计委就有关部门联合发布了《建设工程招标投标暂行规定》，此后又发布了《工程设计招标投标暂行办法》（1985 年 远）、《关于加强国家重点建设项目及大型建设项目管理的通知》（1985 年 圆月）等，提出建

设项目的设计、设备采购、施工除有特殊情况不宜招标外（要提前报国家计委备案），都要创造条件实行招标投标；可根据工程的性质、规模、复杂程度及其它客观条件，分别采取公开招标、邀请招标、议标等方式。1989年国家计委在总结实践经验的基础上，为加强重点建设项目的管理，制定并发布了《国家基本建设大中型项目实行招标投标的暂行规定》，提出建设项目主体工程的设计、建筑安装、监理和主要设备、材料供应、工程总承包单位以及招标代理机构，除有特殊情况要求外，都应实行招标投标；并强调在条件允许下，建设项目及其项目法人的确定、不涉及特定地区或不受资源限制的项目建设地点的选定、项目前期评估咨询单位的确定，也应当通过招标投标进行。此外，在国家计委颁发的《关于实行建设项目责任法人责任制的暂行规定》，（1989年 9月）《国家重点建设项目建设管理办法》（1989年 9月）以及有关部门的有关招标投标规定中，也都对建设项目招标投标的有关程序及实体问题作出规定。

目前，国家建设项目招标投标工作已得到大面积推广，并已经取得了显著的经济和社会效益。如三峡、二滩、小浪底工程等重大项目，都是国家投资为主、关系国民经济和社会发展全局的大项目。这些项目采用招标投标对全国固定资产投资的管理和投资效益的提高产生了重大影响。

（二）使用或者部分使用国有资金投资、融资的项目。除了以上国家重点建设项目必须进行招标外，其他建设工程招标、进口机电设备招标与机械成套设备招标、科技项目招标、项目融资、土地承包、城镇土地使用权出让、政府采购等许多政府投资及公共采购领域，凡是涉及到国有资金投资融资的项目，必须进行招标投标。因为以上项目资金主要来源于财政或低息贷款，属公共支出，如果不限制采购方式，引入竞争机制，提高采购的透明度，不可能达到国家期望的节约公共资金、防止腐败的目的。因此，国家必须强制推行公开招标方式，在广泛范围内开展竞争采购。

（三）使用国际组织或者外国政府贷款、援助资金的项目。改革开放以来，我国利用国际金融组织和外国政府贷款规模逐步扩大。目前，我国利用的国际金融组织和外国政府贷款主要有世界银行贷款、亚洲开发银行贷款、日本海外协力基金贷款等。1995年，我国利用国际金融组织贷款余额为 152.2亿美元，利用外国政府贷款余额为 104.4亿美元。按照贷款方的要求，利用这些贷款的项目一般均采用国际或国内竞争性招标（少数特殊情况例外）。我国对这些贷款的窗口管理部门，也根据贷款方的有关规定和要求，相继制定了一些管理性的实施规定，如《世界银行贷款项目国内竞争性招标采购指南》、《世界银行贷款项目机电设备招标采购审查办法》、《关于世界银行贷款项目招标采购采用标准文本的通知》、《关于颁布世界银行和亚洲开发银行贷款项目国际招标代理机构委托指南的通知》等等。这样，在我国形成了比较独特的利用国际金融组织和外国政

府贷款的竞争性招标投标。

利用上述贷款项目的招标投标，总的来说是比较透明的监督措施，如招标文件的审查、资格预审决定的审核、评标的审核等，因而保证了公开、公平和较强的竞争性。

此外，关于以上招标项目的具体范围和规模标准，必须由国务院发展计划部门会同国务院有关部门制订，并报国务院批准。如果涉及到特殊项目的招标投标需要由专门法律或政府行政规章加以规定或者专门法律或政府行政规章规定与招标投标法规定的不一致，则依据特殊法优于普通法原则，适用该专门法律或行政规章。对于国有资产不占控股的股份制企业、合资企业以及民营企业的采购管理，不宜制定强制招标的范围，其自行招标或委托招标，依照招标投标法中制定的程序规则即可。

第四条 任何单位和个人不得将依法必须进行招标的项目化整为零或者以其他任何方式规避招标。

〔释义与适用〕

本条是关于禁止招标规避的法律规定。

规避招标属于规避法律的一种表现方式。规避法律行为是通过实施某种规避行为，达到违法目的。所谓规避招标的行为是指对依照国家法律规定必须进行招标的项目而采取某些规避措施，使其表面上看似合法而事实上与国家法律相违背的规避行为。

（一）招标规避禁止的原因

对公共采购推行强制招标是绝大多数国家采购法律又一个特点。普遍规定，凡政府部门、国有企业以及某些对公共利益影响重大的私人企业进行的采购项目达到规定金额的都必须实行招标。美国和欧盟（包括各国成员）按传统的公共采购部门和公用事业部门的采购将其分为两类：一是将传统的公共采购部门的货物和服务招标限额按中央政府部门的其他公共采购部门划分为两类；一是将公用事业部门的货物和服务招标限额按不同的部门划分为两类。如美国法律规定，中央政府部门的货物或服务采购金额达到 1 万特别提款权的必须实行招标；欧盟法律规定，中央政府部门的货物或服务采购金额达到 1 亿欧元的必须实行招标。我们可以借鉴国际经验，结合我国的实际情况，研究适合我国特点的货物、工程、服务等不同对象的招标限额，作为强制招标的衡量标准。只要项目符合上述规定范围并达到招标采购限额的，必须按照国家规定实行招标投标。

强制招标的一个主要目的是为了鼓励竞争。因为有竞争才能使采购的价格降低，购买的货物的品质提高，交货期缩短。鼓励竞争的方式之一是使所有有能力的潜在的投标方均能参与投标，提出要约。从而实现公开、公平和公正原则。从我国目前情况看来，本应该招标的项目没有进行招标是与当前的腐败现象紧密联系在一起的。政府招标项目

和公共采购的资金大多属公有性质，管理软约束，在交易过程中，如缺乏透明度，容易发生权钱交易、以公谋私等问题。从当前的实际生活中发生的大量事实充分证明这一点。尤其在国内外处于买方市场条件下，一些不法分子乘机大捞一把，不惜以损失国家利益和财产为代价，行贿受贿，中饱私囊。据《工商时报》报道这样一个分析材料：一些地区的建筑工队伍要承包到工程，首先要拿出工程总价的 10% 作为工程介绍费。1995 年，我国全社会固定资产投资规模完成近 1.5 万亿元，其中国有投资 1.1 万亿元。这 1.1 万亿元如果按 10% 计算就是 1100 亿元，就算其中一半是通过正常的程序发包出去的，那么国家投资每年至少流失 550 个亿。这个材料可以说明在工程承包中造成国有资产流失相当严重，再算一笔账，1995 年全社会固定资产投资中国有经济基础的投资为 1100 亿元，其中建筑安装工程为 700 亿元，设备器具购置为 400 多亿元。如果按招标率 30%、平均节资率分别为 10% 计算和平共处 10% 计算，一年流失国有资主就达 110 多亿元。与此同时，也使一些干部走上犯罪道路，有人形容说：“一排排楼房起来了，一批批干部倒下了”。总之，在这方面处理的大案要案是触目惊心的。一般而言，在国家要求必须进行招标投标的项目中串通投标相对而言还比较容易发现，但是如果要规避招标，对法律要求招标的项目采取某些隐蔽措施后，而使成为可不必进行招标投标的项目，这样便不容易被发现，给招标投标的监管带来了一定的难度。例如，假定一个 100 万元以上的项目，按有关规定必须进行招标，有关领导为了规避招标将该项目分为五部分，每一部分项目额度为 20 万元。从表面上看，该种做法并未违背有关强制招标的规定，但事实上却采用化整为零的方式将本应该进行招标的项目没有进行招标，某些领导也从中捞到了好处，助长了腐败现象的滋长。再比如，借口某些工程部分项目的特殊性而将整个主体工程规避招标，然后从中进行暗箱操作，以实现其非法目的。此次招标投标法将该法规定必须进行招标的项目化整为零或以其他方式规避招标的行为明确规定为非法，有助于从根本上堵塞法律漏洞。

（二）规避招标所订立的合同的法律后果

这种规避招标所订立的项目合同为无效合同，因为它属于违反法律、行政法规中强制性规定的合同。违反法律法规的规定包括当事人的订约目的、合同内容和形式违反了法律法规规定。此处所说的法律法规主要包括两类：一是全国人大及其常委会颁布的法律。如当事人之间订立合同，从事诈骗、行贿受贿等触犯刑律的行为；再如违反民法的规定，当事人双方恶意串通，损害第三人的利益。二是由国务院颁布的行政法规。如合同违反了我国税收征管、外汇管理等法规，具有偷税、漏税、逃汇、套汇等内容，应确认无效。值得注意的是，在决定合同效力的时候，并不是所有的“红头文件”都可以作为法律法规，据此判断合同的效力。我国司法实践认为，确认非法合同无效是指“对于

违反法律强制性规定的合同依法确认无效，而不是违反任何法律、法规的任何合同都无效。对于违反非强制性规定的一般行政管理规定的合同，一般并不必然无效。”如果任意扩大法律法规的范围，将各个部门、各个地方所制订的文件均作为确认合同效力法律法规来对待，“势必造成交易中禁例如林，民事活动中处处陷阱，行政干预法力无边，当事人寸步难行的局面。”当事人订立违法合同，主观上大都有违法的故意，即使当事人出于过失而违反了法律，即在订约时根本不知到其所订立的合同条款是法律所禁止的，亦应确认合同无效。如果以当事人不懂法律为由而确认合同有效，则无异于放纵当事人违法，势必会破坏法治原则和法律秩序。当然因立法的变更而使合同非法，则应根据新法是否具有溯及力来认定。一般来说，新颁布的法律没有溯及力，所以，对过去的法律认为有效的合同仍然应确认为有效。对于招标投标合同被确认为无效后，应按照无效合同的有关规定来解决当事人之间民事上的权利义务争议。对于有关人员的责任，构成行政责任的应给予行政处分，构成犯罪的，还应依法追究刑事责任。

第五条 招标投标活动应当遵循公开、公平、公正和诚实信用原则。

〔释义与适用〕

本条是关于在招标投标活动中应当遵循的原则的规定。

招标投标活动是民事主体的一项重要民事法律行为，招标者和投标者在从事该行为过程中必须遵守一定的民事法律原则。依据该条规定，公开、公平、公正和诚实守信原则为招标投标活动所必须遵循的基本原则。

招标投标是市场经济的产物，并随着市场经济的发展而发展，必须遵循市场经济活动的基本原则，同时保证采购公开、经济、有效。世界上许多国家及国际机构普遍确定“公开、公平、公正”为招标投标活动所必须遵循的原则。在我国现阶段，对招标采购进行制度化管理、监督，立法还应强调招标投标的规范化、程序化以及择优、信用等原则。我国此次招标投标法所确定的原则的基本涵义具体如下：

（一）公开原则

公开原则是招标投标规则中的一项重要原则，招标投标的公开原则是指有关招标投标的法律、政策、程序和招标投标活动都要公开。即招标采购前发布公告，公开发售招标文件，公开开标，中标后公布中标结果，使每个投标者拥有同样的信息，同等的竞争机会和获得中标的权利。任何一方不得以不正当的方式取得招标和投标信息上的优势，使采购具有较高透明度。只有在特殊情况下，经相关部门批准，可以采用其他方式采购。依照国际惯例，特殊情况指：①数量不大，使用招标不够规模的采购；②军事需品或涉及安全、保密项目的采购；③紧急情况之下的采购；④已知供应厂商数量极为有限情况下的采购。

透明度或公开性是公共支出管理的一个特征。由于招标机关是在使用公共资金进行招标，因此就对公众产生一种管理责任。透明度高的招标方法和招标程序具有可预测性。投标人可以计算出他们参加投标活动的代价和风险，从而提出最有竞争力的价格。公开原则还有助于防止招标机构及其主管作出随意的或不正当的行为或决定，从而增强潜在的投标人的信心。

在政府招标制度中，公开原则贯穿在整个招标程序中。首先，有关招标的法律和程序要公布于众，并严格按照法律和程序办事。这些法律文件也要便于公众及时获得。其次招标项目和合同的条件要公开刊登广告；资格预审和评价投标的标准要事先公布，并且只能按此标准进行评标，开标；招标活动要作好招标记录，以备公众和检查机构的审查和监督。最后为保证采购透明原则的实现，要接受投标方的质疑和投诉。通过上述环节，将招标活动始终置于公众监督之下。虽然，在政府采购招标投标活动中，由于采购物品的性质，使得招标过程不能公开，但是，招标机构也必须对此作出说明和记录，并需经严格审批和授权。

（二）公平原则

公平原则是各国政府招标规则中的一个重要原则。

政府招标中的公平性首先是指所有参加竞争的投标商机会均等，并受到同等待遇，即使其享有同等的权利和履行相应的义务，不得歧视任何一方。即允许所有有兴趣参加投标的供应商，承包商，服务提供者参加竞争，资格预审所有的投标人都使用同一标准，招标机构向所有投标人提供的信息都有一致，不对国内或者国外投标商进行歧视等。

公平原则是实现招标的另一重要原则。竞争只有建立在公平的基础上才能发挥其作用，有实力和能力提供质优价廉的产品或服务的投标商才能赢得投标的成功，从而促政府招标经济有效目标的实现。

公平性的另一重要表现是，合同的授予要兼顾政府招标社会目标的实现。由于在政府投标的竞争中，小企业，困难企业等处于不利的地位，如果按其实力，他们很难赢得政府招标合同。因此在政府招标制度中制定出一些规则和采取一些措施，使小企业等也能分得政府招标合同的一部分，从而促使社会经济的协调发展。

（三）公正原则

公正原则，是指在招标投标的立法、管理和进行过程中，立法者应制定法律和规则，司法者和管理者按照法律和规则公正地执行法律和规则，对一切被监管者给予公正待遇。

公正原则还体现在对合法行为、违法行为及法律责任的明确界定。它禁止任何人、

任何单位在招标投标活动过程中以其特权或优势获得不公正利益，使对方当事人或国家单位蒙受不公正的损失。例如，在招标投标活动过程中，发标人和个别投标人串通，使其以不正当手段得标；或者投标人互相串通，共同欺诈发标人，以非正常的低价（拍卖类）或者高价（工程类）得标，然后共同分肥。这些都属于不正当竞争范畴的欺诈投标和招标，也是违反公正原则的典型行为。所谓公正，即公平、正义之意。

公平、公开和公正三原则互相补充，互相涵盖。公开原则是公平、公正原则前提和保障，是实现公平、公正原则的必要措施。只有实行公开原则，才有利于招标者和投标者在全面了解情况的基础上作出招标投标的决定，以维护双方的利益，也有利于社会公众的监督，从而实现公平和公正原则。公平、公正原则也正是公开原则所追寻的目标。失去了公平、公正这一价值尺度，任何形式的公开也就失去了它本来应有的意义。

（四）诚实信用原则

诚实信用原则是指民事主体在从事民事活动时，应诚实守信，以善意的方式履行其义务，不得滥用权利及规避法律或合同规定的义务；在招标投标活动中体现为购买者、中标者在依法进行采购和招标投标活动中要有良好的信用。

诚实信用原则要求招标投标活动的双方当事人一是不以欺骗手段从事交易活动，牟取非法利益，侵害他人合法权益；其二是恪守诺言，严格履行合同义务。诚实信用是维持一切经济关系的基础，对于招标投标行为尤其需要重视诚实信用原则。同时，诚实守信要求维持当事人之间的利益以及当事人利益与社会利益之间的平衡。这一原则要求招标投标活动的当事人必须具有诚实、守信、善意的心理状况。也就是说，当事人主观上都应当是诚实的、善意的，并依据诚信的观念行为。只要主观上是善意的，即使因过失未能如实陈述事实真相，也不能认为违反诚信原则。这一原则要求当事人在招标投标活动中应当忠于事实真相，不得欺骗他人，损人利己。当事人订立招标投标合同后应恪守诺言，任何违反合同义务以及违反附随义务的行为，都是对诚信原则的违背。招标投标活动当事人应依善意的方式行使权利和履行义务，不得规避法律和合同规定。

诚实守信原则要求平衡当事人之间的各种利益冲突和矛盾。在招标投标活动过程中招标主体和投标主体因追求各不相同的经济利益常常会产生种种矛盾和冲突，这就需要借助诚信原则来加以平衡。例如，在串通投标时，有关当事人串通抬高或压低标价，都会使另一方或其他当事人利益受损，造成不公平，从而有悖诚信原则。诚实守信原则要求平衡当事人的利益和社会利益之间的冲突和矛盾，即要求招标人和投标人在从事招标投标活动中，要充分尊重他人和社会利益，不得滥用权利，损害国家、集体和第三人的利益。此外，诚信原则要求在招标投标法和招标投标合同缺乏规定或规定不明确时，司法审判人员应依诚实守信、公平的观念来准确解释法律和合同。

诚然，诚信观念实际上道德和伦理的观念，诚实信用原则是对伦理观念的法律确认。但并非说诚信原则只是一项道德原则。诚信原则将道德规范确认未法律规范后，虽不失去伦理道德的内容，但已成为法律上的一项重要原则。在法律上诚信原则属于强制性规范，当事人不得以其协议加以排除和规避。

第六条 依法必须进行招标的项目，其招标投标活动不受地区或部门的限制。任何单位和个人不得违法限制或者排斥本地区、本系统以外的法人或者其他组织参加投标，不得以任何方式非法干涉招标投标活动。

〔释义与适用〕

本条是关于招标投标活动贯彻公开原则、鼓励竞争，禁止行业垄断和权力干预等限制或排斥竞争招标投标的规定。

依据该条规定，依法必须进行招标的项目，其招标投标活动不受地区或部门的限制。任何单位和个人不得违法限制或者排斥本地区、本系统以外的法人或者其他组织参加投标，不得以任何方式非法干涉招标投标活动。此次制定招标投标法的重要目的就是建立公平有序的社会主义市场竞争机制，建立中国特色的统一开放、竞争有序、公平高效的招标投标体制；打破行业垄断和地方封锁，通过竞争择优，促进实现经济效益最佳化，采购决策科学化；改变目前招标投标工作管理混乱，政出多门，缺乏监督管理的落后局面；净化社会环境，遏制和纠正建设和流通领域中的不正当行为，加强廉政建设，保护干部；同时，为了我国贸易体制与国际惯例接轨，促进我国的国际贸易实现规范化，树立良好形象和信誉，加快我国企业走向国际大市场的步伐，促进自身建设。有关行业垄断和行政不正当干预正是此次招标投标立法所要解决的问题。

另外，有关禁止行业垄断和政府不正当干预的法律规范，我国《反不正当竞争法》中已作出有关规定。

（一）《反不正当竞争法》的有关规定禁止行业垄断和权力干预的不正当竞争行为。

行业垄断行为是当前我国特别突出的不正当竞争类型。其原因，是原计划经济体制下，行政权力对企业经济活动的干预本是天经地义的，许多企业政企不分，企业本身拥有指令、独营、计划销售、市场独占的行政权力。由于我国经济体制改革尚未完全到位，市场经济运行模式还刚刚开始建立，一些行政功能并未完全从企业、事业中分离出来，现在这种带有行政性质的市场垄断仍然严重存在。如有些系统随意扩大特种行业和专营行业范围，包揽某类产品的生产权和经营权，以行政手段排挤其他企业和经济组织参与竞争，造成独此一家别无分店的局面。如电信局手机业务；公交公司包揽某些线路某些区间的劳动业务；外贸公司包揽对外经营业务，并利用这种垄断压低厂方利益抬高本单位利润。煤气公司指定用户购买自民的热水器；电信局指定用户购买自己部门的电