

李金升
◎ 著

Legal Practices
Focus on Bid
Invitation and
Bidding



案例评析版

- ▲ 依据最新招投标法律法规
- ▲ 结合典型招投标实战案例
- ▲ 凝练升华理论知识
- ▲ 提供有益实务指导

中国法制出版社
CHINA LEGAL PUBLISHING HOUSE

招标投标重点法律实务 案例评析版

李金升◎著

中国法制出版社

图书在版编目 (CIP) 数据

招标投标重点法律实务：案例评析版/李金升著. —
北京：中国法制出版社，2014. 7
ISBN 978 - 7 - 5093 - 5395 - 0

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 (2014) 第 094483 号



策划编辑 马莉 (15811020764@163.com)

封面设计 李宁

招标投标重点法律实务

ZHAOBIAO TOUBIAO ZHONGDIAN FALÜ SHIWU

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 × 1000 毫米 16

版次/2014 年 7 月第 1 版

印张/18 字数/309 千

2014 年 7 月第 1 次印刷

中国法制出版社出版

书号 ISBN 978 - 7 - 5093 - 5395 - 0

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：66038902

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

近三年，招标投标行业发生了三件大事：

第一件大事：发生在2012年2月1日，《中华人民共和国招标投标法实施条例》正式施行，由此结束了自《中华人民共和国招标投标法》实施12年以来，招标投标法律与地方性法规之间、招标投标法律与国家部门规章之间，因行政法规的缺失而导致的不利局面。从法律效力位阶的层次上，首次形成了完整的法律—行政法规—地方性法规—规章等的层级体系，进一步规范和完善了招标投标的法律制度，深刻影响了招标人、投标人、招标代理机构等的行为。

第二件大事：发生在2013年3月4日，人力资源和社会保障部、国家发展和改革委员会联合下发《关于印发招标师职业资格制度暂行规定和招标师资格考试实施办法的通知》（人社部发〔2013〕19号），通知规定：“从事招标工作的专业技术人员，实行准入类职业资格制度，纳入全国专业技术人员职业资格证书制度统一规划”。一改过去实施的“招标采购专业技术人员职业水平评价制度”。由此，招标师的含金量和重要性大幅上升，对广大的招标代理机构和拟采取自行招标的招标人来说，影响之大，无须细说。

第三件大事：发生在2013年5月1日，国家发展和改革委员会、工业和信息化部、财政部、住房和城乡建设部、交通运输部、铁道部、水利部、国家广播电影电视总局、中国民用航空局等九部委局联合下发的《关于废止和修改部分招标投标规章和规范性文件的决定》（九部委局令第23号）正式施行，根据《中华人民共和国招标投标法实施条例》，对《中华人民共和国招标投标法》实施以来国家发展和改革委员会牵头制定的规章和规范性文件进行了全面清理：决定废止1件规范性文件、修改11件规章和1件规范性文件。

以上三件大事，深刻影响到招标投标活动的各方当事人，也深刻影响到律师的业务状态，在为顾问单位提供招标投标的法律模式设计、法律风险防范、法律纠纷处理、招投标文件以及合同文书的制作与法律审查等当中，均需要找到一个合法的路径，以达致当事人合理的目的。这成为律师，也成为招标投标活动当事人必须慎重考虑的一个方向或问题。正是基于法律规定与实施路径之间的契合需求，以及法律服务工作中遭遇的一个又一个实务问题，经归纳、分类、总结，自2012年始，笔

者历时两年多陆陆续续发表了关于招标投标法律实务的文章 50 余篇，但散见于各期刊、杂志，翻阅不便，特挑选出 45 篇文章，汇集成册，以供参考。

45 篇文章，也是 45 个重点法律实务。本次汇集对大部分文章进行了修改、调整，个别文章甚至是重写，以期符合整体体例安排。根据类型不同，划分成四编：第一编、招标类重点法律实务，13 篇文章，外加 1 篇答记者采访稿；第二编、投标类重点法律实务，也是 13 篇文章；第三编、开标评标中标类重点法律实务，9 篇文章，外加 1 篇答记者采访稿；第四编、综合类重点法律实务，10 篇文章。此种体例、类型安排，目标是希望精准，但却难免削足适履。

45 篇文章，均在前文所述第一件大事发生之后所写，并历经第二件大事、第三件大事。直至今日，笔者从当事人的需求感知，从律师的视角看待，结合作为招标师的感受，在繁忙业务工作之余，也专于理论研究，充分利用碎片化时间笔耕不辍，于是，就有了本书的规模。

但这并不代表本书中的观点，没有任何错误与瑕疵，相反，囿于知识与经验，作者深知错误或偏见难免，也恳请各位读者，在新浪微博@金升律师 或发电子邮件到我的邮箱：545126155@qq.com，多多指导，不甚感激。

李金升律师
二〇一四年四月二日

目 录

第一编 招标类重点法律实务

重点一：“必须招标”建设工程项目的法规详解	1
重点二：法律角度解读“邀请招标”	6
重点三：重新招标的三种法定形态：“应当”、“可以”、“或者”重新招标	12
重点四：依法必须招标的项目但又可以不进行招标的法定条件	19
重点五：工程建设项目自行招标的权利及其限制	24
重点六：工程建设项目招标采用履约保证金的法律风险分析	30
重点七：工程建设项目招标人“终止招标”须慎重	36
重点八：依法必须招标项目与自愿招标项目的法律适用对比	41
重点九：“依法能够自行建设、生产或者提供”而无须招标的法律界定	51
重点十：非强制性招标项目须遵守《招标投标法》吗？	60
重点十一：招标文件的售价谁说了算？	68
重点十二：从招标人角度防范招标代理合同的法律风险	72
重点十三：机电产品国际招标“招标无效”的法律分析	79
附录 1 答记者采访：公开招标费用占合同金额的 20%，可以采用邀请招标吗？	85

第二编 投标类重点法律实务

重点十四：导致“投标无效”和“无效投标文件”的法定原因	88
重点十五：工程建设项目投标被“否决”的法定原因	96
重点十六：工程建设项目“串标”的认定及其法律责任	102
重点十七：投标保证金对工程建设项目招标的法律保障与限制	107
重点十八：工程施工投标保证金可否超过 80 万元？	115
重点十九：限制或排斥工程建设项目公平投标行为的法律风险	120
重点二十：依法不得参加投标的主体	125

重点二十一：拒收投标文件的法律评析	132
重点二十二：投标有效期的法律限制	141
重点二十三：案说最高投标限价的公布时间	147
重点二十四：投标保证金超额，怎么办？	153
重点二十五：同一投标人能否提交两份不同报价的电子投标文件	157
重点二十六：挂靠借用资质情形下串通投标罪主体认定之辩	161

第三编 开标评标中标类重点法律实务

重点二十七：论依法不得参加评标的人员	168
重点二十八：“重新评标”遭遇的“法律难题”及建议	175
重点二十九：中标后“订立背离合同实质性内容的协议”的界定与法律风险 ..	181
重点三十：第一中标候选人，一定是中标人吗？	189
重点三十一：论导致“中标无效”的法定原因	195
重点三十二：中标人漏报暂估价的责任该由谁承担？	201
重点三十三：是取消中标资格，还是取消投标资格？	204
重点三十四：投标人法定代表人是否必须参加开标？	209
重点三十五：可否由招标人的子公司与中标人签订合同？	212
附录2 答记者采访：弄虚作假，只有中标了才能处罚吗？	215

第四编 综合类重点法律实务

重点三十六：招标选择土地一级开发实施单位的法律规制	218
重点三十七：招标与拍卖出让土地使用权的混淆及其法律风险	224
重点三十八：招标人签订 BOT 协议应关注的法律问题	232
重点三十九：招投标活动与资格被强制暂停的法定原因	238
重点四十：招标投标程序的法定时限及违法后果	245
重点四十一：混淆招标人、招标代理机构与评标委员会法定职权的法律风险 ..	252
重点四十二：暂列金额项目是否必须招标投标？	258
重点四十三：处理招标和投标文件中“不一致”的法律分析——以相关法规 规定为视角	262
重点四十四：处理招标和投标文件中“不一致”的法律分析——以招标文件 标准文本为视角	268
重点四十五：工程建设招标项目居间的法律风险防范——从居间人的角度出发 ..	274

第一编 招标类重点法律实务

重点一：“必须招标” 工程建设项目的法规详解

违反必须招标的法律、法规的规定，将对合同的效力等产生严重的影响，同时还会带来其他的法律处罚及相应的法律责任。但是，关于招标投标的法律、法规、规章、地方性法规等规范性文件，浩如烟海，对必须招标的规定，除了在《中华人民共和国招标投标法》、《中华人民共和国招标投标法实施条例》等中有规定外，还在《工程建设项目招标范围和规模标准规定》、《房屋建筑和市政基础设施工程施工招标投标管理办法》、《工程建设项目施工招标投标办法》等中予以了规定，为方便查找、理解、使用，本文对必须招标的相关法规予以归纳、汇总、分析，以期为大家正确适用法律提供帮助，必须招标的做到依法招标，无须招标的也不用浪费时间和精力去招标投标。

一、“必须招标”的时空效力范围

（一）“必须招标”的时间效力范围

所谓“必须招标”的时间效力范围，是指对必须招标有相应规定的法律、法规等的生效时间，从该等法律、法规的生效时间起，人们就得遵守该等法律、法规对必须招标的相关规定。据此，按照生效时间的先后，对必须招标有相应规定的法律、法规、规章等大致罗列如下：

1. 《中华人民共和国招标投标法》：1999年8月30日由中华人民共和国第九届全国人民代表大会常务委员会第十一次会议于1999年8月30日通过，自2000年1月1日起施行。

2. 《工程建设项目招标范围和规模标准规定》：2000年4月4日国务院批准，2000年5月1日国家发展计划委员会发布，自发布之日起施行。

3. 《房屋建筑和市政基础设施工程施工招标投标管理办法》：2001年5月31日经第四十三次中华人民共和国建设部常务会议讨论通过，2001年6月1日发布，

自发布之日起施行。

4. 《工程建设项目施工招标投标办法》：中华人民共和国国家发展计划委员会、建设部、铁道部、交通部、信息产业部、水利部、中国民用航空总局审议通过，2003年3月8日发布，自2003年5月1日起施行。

5. 《中华人民共和国招标投标法实施条例》：2011年11月30日国务院第183次常务会议通过，自2012年2月1日起施行。

6. 《关于废止和修改部分招标投标规章和规范性文件的决定》：中华人民共和国国家发展和改革委员会、工业和信息化部、财政部、住房和城乡建设部、交通运输部、铁道部、水利部、国家广播电影电视总局、中国民用航空局联合发布，自2013年5月1日起施行。

（二）“必须招标”的空间效力范围

所谓“必须招标”的空间效力范围，是指对必须招标有相应规定的法律、法规等，在什么地域范围内有效。比如，美国宪法的空间效力范围就不包含俄罗斯或者中国的领土，中国的宪法空间效力范围也不可能包括美国的领土。而“必须招标”的空间效力范围，从《中华人民共和国招标投标法》第三条的规定可知，是“在中华人民共和国境内”。

但是，在我国台湾地区、香港地区、澳门地区是否也适用“在中华人民共和国境内”的规定呢？以我国香港地区为例，根据《中华人民共和国香港特别行政区基本法》第十八条第二款的规定：“全国性法律除列于本法附件三者外，不在香港特别行政区实施。凡列于本法附件三之法律，由香港特别行政区在当地公布或立法实施。”而《中华人民共和国香港特别行政区基本法》附件三规定为：“下列全国性法律，自一九九七年七月一日起由香港特别行政区在当地公布或立法实施。一、《关于中华人民共和国国都、纪年、国歌、国旗的决议》；二、《关于中华人民共和国国庆日的决议》；三、《中央人民政府公布中华人民共和国国徽的命令》附：国徽图案、说明、使用办法；四、《中华人民共和国政府关于领海的声明》；五、《中华人民共和国国籍法》；六、《中华人民共和国外交特权与豁免条例》。”很显然，该附件三中并没有关于招标投标的法律规定，所以，对必须招标有相应规定的法律、法规，除非是我国香港地区自己所立法律，否则并不适用。

二、“必须招标”的工程建设项目

（一）何为工程建设项目

虽然《中华人民共和国招标投标法》第三条规定了“工程建设项目”六个字，但并没有对“工程建设项目”予以详细的界定和定义，直到2012年开始实施的《中华人民共和国招标投标法实施条例》对此才予以详细解释。

《中华人民共和国招标投标法实施条例》第二条第一款规定：“工程建设项目，

是指工程以及与工程建设有关的货物、服务。”由此可知，工程建设项目不单单只是工程，还包括了货物、服务，即工程建设项目包含三类：第一类，工程；第二类，与工程建设有关的货物；第三类，与工程建设有关的服务。

但是，何为工程？何为与工程建设有关的货物？何为与工程建设有关的服务呢？《中华人民共和国招标投标法实施条例》第二条第二款规定：“工程，是指建设工程，包括建筑物和构筑物的新建、改建、扩建及其相关的装修、拆除、修缮等；与工程建设有关的货物，是指构成工程不可分割的组成部分，且为实现工程基本功能所必需的设备、材料等；与工程建设有关的服务，是指为完成工程所需的勘察、设计、监理等服务”。

（二）哪些工程建设项目必须招标

根据《中华人民共和国招标投标法》第三条的规定，必须进行招标投标的工程建设项目包括三类：1. 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；2. 全部或者部分使用国有资金投资或者国家融资的项目；3. 使用国际组织或者外国政府贷款、援助资金的项目。

同时，与上述三类工程建设项目的勘察、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。

据此，我们可知，如果不是与必须进行招标工程建设项目有关的重要设备、材料等的采购，即使是全部或者部分使用国有资金、使用国际组织或者外国政府贷款或者援助的资金，不是《中华人民共和国招标投标法》强制要求招标的范围；同时，国际组织或者外国政府捐赠或者捐助的资金，也不是《中华人民共和国招标投标法》强制要求招标的范围，国际组织或者外国政府捐赠或者捐助时附带有其他条件的，不在本文分析范围内。

三、“必须招标”工程建设项目的范围

（一）基础设施范围

虽然《中华人民共和国招标投标法》第三条第一款第一项规定了“基础设施”四个字，但并没有对何为“基础设施”予以详细定义，对此，《中华人民共和国招标投标法》第三条第二款授权“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”。据此，国家发展计划委员会（现中华人民共和国国家发展和改革委员会）制订了《工程建设项目招标范围和规模标准规定》，经报国务院于2000年4月4日批准后，国家发展计划委员会于2000年5月1日发布，并自发布之日起开始施行。

《工程建设项目招标范围和规模标准规定》第二条从能源、交通运输、邮电通讯、水利、城市设施等范围对“基础设施”的范围予以了详细规定，具体规定为：“关系社会公共利益、公众安全的基础设施项目的范围包括：（一）煤炭、石油、天

然气、电力、新能源等能源项目；（二）铁路、公路、管道、水运、航空以及其他交通运输业等交通运输项目；（三）邮政、电信枢纽、通信、信息网络等邮电通讯项目；（四）防洪、灌溉、排涝、引（供）水、滩涂治理、水土保持、水利枢纽等水利项目；（五）道路、桥梁、地铁和轻轨交通、污水排放及处理、垃圾处理、地下管道、公共停车场等城市设施项目；（六）生态环境保护项目；（七）其他基础设施项目。”

（二）公用事业范围

虽然《中华人民共和国招标投标法》第三条第一款第一项规定了“公用事业”四个字，但并没有对何为“公用事业”予以详细定义，《工程建设项目招标范围和规模标准规定》第三条从市政工程、科教文卫、旅游、社会福利、商品住宅等范围对“公用事业”的范围予以了详细规定，具体规定为：“关系社会公共利益、公众安全的公用事业项目的范围包括：（一）供水、供电、供气、供热等市政工程项目；（二）科技、教育、文化等项目；（三）体育、旅游等项目；（四）卫生、社会福利等项目；（五）商品住宅，包括经济适用住房；（六）其他公用事业项目。”

（三）国有资金和国家融资范围

《中华人民共和国招标投标法》第三条第一款第二项仍然没有对何为国有资金和国家融资予以详细定义，同样是《工程建设项目招标范围和规模标准规定》第四条和第五条对何为国有资金和国家融资予以了界定。《工程建设项目招标范围和规模标准规定》第四条规定：“使用国有资金投资项目的范围包括：（一）使用各级财政预算资金的项目；（二）使用纳入财政管理的各种政府性专项建设基金的项目；（三）使用国有企业事业单位自有资金，并且国有资产投资者实际拥有控制权的项目。”第五条规定为：“国家融资项目的范围包括：（一）使用国家发行债券所筹资金的项目；（二）使用国家对外借款或者担保所筹资金的项目；（三）使用国家政策性贷款的项目；（四）国家授权投资主体融资的项目；（五）国家特许的融资项目。”

（四）国际组织或者外国政府资金范围

《工程建设项目招标范围和规模标准规定》第六条对何为国际组织或者外国政府资金详细规定为：“使用国际组织或者外国政府资金的项目的范围包括：（一）使用世界银行、亚洲开发银行等国际组织贷款资金的项目；（二）使用外国政府及其机构贷款资金的项目；（三）使用国际组织或者外国政府援助资金的项目。”

四、“必须招标”工程建设项目规模

是否只要属于《中华人民共和国招标投标法》第三条第一款规定的三项范围，以及《工程建设项目招标范围和规模标准规定》第二条、第三条、第四条、第五条、第六条对基础设施、公用事业、国有资金、国家融资、国际组织或者外国政府资金的范围规定，就必须进行招标？答案是否定的。

《中华人民共和国招标投标法》第三条第二款授权“项目的具体范围的规模标准，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。”而国家发展计划委员会制订的，并经国务院批准的《工程建设项目招标范围和规模标准规定》对“项目的规模标准”予以了详细约定。同时，《房屋建筑和市政基础设施工程施工招标投标管理办法》也进行了部分规定。

“必须招标”建设工程项目的规模，《工程建设项目招标范围和规模标准规定》第七条予以了详细规定为：“本规定第二条至第六条规定范围内的各类工程建设项目，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，达到下列标准之一的，必须进行招标：（一）施工单项合同估算价在200万元人民币以上的；（二）重要设备、材料等货物的采购，单项合同估算价在100万元人民币以上的；（三）勘察、设计、监理等服务的采购，单项合同估算价在50万元人民币以上的；（四）单项合同估算价低于第（一）、（二）、（三）项规定的标准，但项目总投资额在3000万元人民币以上的。”

同时，《房屋建筑和市政基础设施工程施工招标投标管理办法》第三条也规定：“房屋建筑和市政基础设施工程（以下简称工程）的施工单项合同估算价在200万元人民币以上，或者项目总投资在3000万元人民币以上的，必须进行招标。”

上述《工程建设项目招标范围和规模标准规定》、《房屋建筑和市政基础设施工程施工招标投标管理办法》均属于在全国范围（台湾、香港、澳门地区除外）内适用的规章，那么，地方政府是否能够制定与之不同的规模标准呢？

《工程建设项目招标范围和规模标准规定》第十条做出了非禁止性的回答：“省、自治区、直辖市人民政府根据实际情况，可以规定本地区必须进行招标的具体范围和规模标准，但不得缩小本规定确定的必须进行招标的范围。”据此，工程建设项目是否必须招标，除了须遵守国家层面的《中华人民共和国招标投标法》、《中华人民共和国招标投标法实施条例》、《工程建设项目招标范围和规模标准规定》、《房屋建筑和市政基础设施工程施工招标投标管理办法》、《工程建设项目施工招标投标办法》等法律、法规、规章外，还得遵守项目当地省、自治区、直辖市人民政府制定的关于必须进行招标规模标准的规定。

（注：本文曾公开发表于《中国招标》2012年第40期，现为修改调整稿）

重点二：法律角度解读“邀请招标”

邀请招标和公开招标是《中华人民共和国招标投标法》规定的两种招标方式，因邀请招标竞争的局限性、容易滋生腐败、易流标^①等缺陷，所以对邀请招标的适用条件进行了严格的限制，但作为统领招标投标行为的《中华人民共和国招标投标法》对邀请招标的法定条件并没有进行详细的规定，反而是很多部门规章进行了并不完全相同的规定，给非专业人士的理解和适用等带来一定的困难，而自2012年2月1日起施行的《中华人民共和国招标投标法实施条例》又对邀请招标的适用条件进行了不同的规定，那么，在规定邀请招标的部分部门规章并没有失效或被修改的情况下，如何衔接适用《中华人民共和国招标投标法》、《中华人民共和国招标投标法实施条例》和部门规章的规定，就成为一个需要仔细考量的问题。

一、法律规定的邀请招标法定条件

对招标投标进行专门规定的法律，只有《中华人民共和国招标投标法》一部法律。

《中华人民共和国招标投标法》第十一条规定：“国务院发展计划部门确定的国家重点项目和省、自治区、直辖市人民政府确定的地方重点项目不适宜公开招标的，经国务院发展计划部门或者省、自治区、直辖市人民政府批准，可以进行邀请招标。”

该条规定有三个核心要素，只要同时满足了这三个核心要素，就可以进行邀请招标。这三个核心要素是：

第一，必须是重点项目，确定该重点项目的主体，要么是国务院发展计划部门（现中华人民共和国国家发展和改革委员会），要么是省、自治区、直辖市人民政府，不可能有区县级人民政府或财政部、交通部等确定的项目；

第二，必须是不适宜公开招标的项目，至于什么是“不适宜公开招标”，《中华人民共和国招标投标法》没有具体规定；

第三，项目必须经过批准，国务院发展计划部门确定的重点项目，就由国务院发展计划部门批准；省、自治区、直辖市人民政府确定的重点项目，就由省、自治区、直辖市人民政府批准。

^① 何兴：“邀请招标在建设工程领域法律适用的思考”，载《建筑经济》2010年第10期。

同时,《中华人民共和国招标投标法》第三条第一款规定:“在中华人民共和国境内进行下列工程建设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)全部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、援助资金的项目。”

那么,结合《中华人民共和国招标投标法》第十一条的规定,只要不是国务院发展计划部门确定的国家重点项目和省、自治区、直辖市人民政府确定的地方重点项目,就不受《中华人民共和国招标投标法》第十一条的约束,即:如果是区县级人民政府或者财政部、交通部等确定的项目,即使是《中华人民共和国招标投标法》第三条第一款规定的三项项目之一,如全部或者部分使用国有资金投资或者国家融资但不是国务院发展计划部门确定的国家重点项目和省、自治区、直辖市人民政府确定的地方重点项目,也不是必须公开招标的,而可采用邀请招标。

二、行政法规规定的邀请招标法定条件

对招标投标进行专门规定的行政法规,只有《中华人民共和国招标投标法实施条例》一部行政法规。

《中华人民共和国招标投标法实施条例》第八条规定:“国有资金占控股或者主导地位的依法必须进行招标的项目,应当公开招标;但有下列情形之一的,可以邀请招标:(一)技术复杂、有特殊要求或者受自然环境限制,只有少量潜在投标人可供选择;(二)采用公开招标方式的费用占项目合同金额的比例过大。有前款第二项所列情形,属于本条例第七条规定的项目,由项目审批、核准部门在审批、核准项目时作出认定;其他项目由招标人申请有关行政监督部门作出认定。”

本文前述提及的问题,在《中华人民共和国招标投标法实施条例》第八条给出了有区别的回答:

首先,《中华人民共和国招标投标法》第三条第一款第二项的规定为“全部或者部分使用国有资金投资或者国家融资的项目”,资金性质分为国有资金和国家融资两种情形,资金规模分为全部或者部分两种情况;

其次,《中华人民共和国招标投标法实施条例》第八条第一款规定为“国有资金占控股或者主导地位的依法必须进行招标的项目”,是在《中华人民共和国招标投标法》第三条第一款规定的必须招标的项目上加上了定语——国有资金占控股或者主导地位,也即如果“全部或者部分使用国有资金投资或者国家融资的项目”是由“国有资金占控股或者主导地位的”,即使不是国务院发展计划部门确定的国家重点项目和省、自治区、直辖市人民政府确定的地方重点项目,如果要进行邀请招标,也必须符合《中华人民共和国招标投标法实施条例》第八条规定的五种法定条件之一。该五种法定条件是:

第一，必须是技术复杂，只有少量潜在投标人可供选择，国有资金占控股或者主导地位的《中华人民共和国招标投标法》第三条第一款规定的必须招标的项目；

第二，必须是有特殊要求，只有少量潜在投标人可供选择，国有资金占控股或者主导地位的《中华人民共和国招标投标法》第三条第一款规定的必须招标的项目；

第三，必须是受自然环境限制，只有少量潜在投标人可供选择，国有资金占控股或者主导地位的《中华人民共和国招标投标法》第三条第一款规定的必须招标的项目；

第四，采用公开招标方式的费用占项目合同金额的比例过大，国有资金占控股或者主导地位的《中华人民共和国招标投标法》第三条第一款规定的必须招标的项目，属于《中华人民共和国招标投标法实施条例》第七条规定的项目，由项目审批、核准部门在审批、核准项目时作出认定；

第五，采用公开招标方式的费用占项目合同金额的比例过大，国有资金占控股或者主导地位的《中华人民共和国招标投标法》第三条第一款规定的必须招标的项目，不属于《中华人民共和国招标投标法实施条例》第七条规定的项目的，由招标人申请有关行政监督部门作出认定。

同时，《中华人民共和国招标投标法实施条例》第七条规定：“按照国家有关规定需要履行项目审批、核准手续的依法必须进行招标的项目，其招标范围、招标方式、招标组织形式应当报项目审批、核准部门审批、核准。项目审批、核准部门应当及时将审批、核准确定的招标范围、招标方式、招标组织形式通报有关行政监督部门。”

三、部门规章规定的邀请招标法定条件

（一）《工程建设项目勘察设计招标投标办法》规定的邀请招标法定条件

由中华人民共和国国家发展和改革委员会、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于2003年6月12日联合发布，自2003年8月1日起施行，并由《关于废止和修改部分招标投标规章和规范性文件的规定》修改的《工程建设项目勘察设计招标投标办法》第十一条规定：“依法必须进行公开招标的项目，在下列情况下可以进行邀请招标：（一）技术复杂、有特殊要求或者受自然环境限制，只有少量潜在投标人可供选择；（二）采用公开招标方式的费用占项目合同金额的比例过大。有前款第二项所列情形，属于按照国家有关规定需要履行项目审批、核准手续的项目，由项目审批、核准部门在审批、核准项目时作出认定；其他项目由招标人申请有关行政监督部门作出认定。招标人采用邀请招标方式的，应保证有三个以上具备承担招标项目勘察设计的能力，并具有相应资质的特定法人或者其他组织参加投标。”该条规定与《中华人民共和国招标投标法实施条例》第八条的规定基本一致。

（二）《工程建设项目施工招标投标办法》规定的邀请招标法定条件

由中华人民共和国国家发展和改革委员会、建设部、铁道部、交通部、信息产业部、水利部、中国民用航空总局于2003年3月8日发布，自2003年5月1日起施行，并由《关于废止和修改部分招标投标规章和规范性文件的决定》修改的《工程建设项目施工招标投标办法》第十一条规定：“依法必须进行公开招标的项目，有下列情形之一的，可以邀请招标：（一）项目技术复杂或有特殊要求，或者受自然地域环境限制，只有少量潜在投标人可供选择；（二）涉及国家安全、国家秘密或者抢险救灾，适宜招标但不宜公开招标；（三）采用公开招标方式的费用占项目合同金额的比例过大。有前款第二项所列情形，属于本办法第十条规定的项目，由项目审批、核准部门在审批、核准项目时作出认定；其他项目由招标人申请有关行政监督部门作出认定。全部使用国有资金投资或者国有资金投资占控股或者主导地位的并需要审批的工程建设项目的邀请招标，应当经项目审批部门批准，但项目审批部门只审批立项的，由有关行政监督部门批准。”该条规定与《中华人民共和国招标投标法实施条例》第八条的规定相比，多了“涉及国家安全、国家秘密或者抢险救灾，适宜招标但不宜公开招标”的规定。

（三）《工程建设项目货物招标投标办法》规定的邀请招标法定条件

由中华人民共和国国家发展和改革委员会、建设部、铁道部、交通部、信息产业部、水利部、中国民用航空总局于2005年1月18日发布，自2005年3月1日起施行，并由《关于废止和修改部分招标投标规章和规范性文件的决定》修改的《工程建设项目货物招标投标办法》第十一条规定：“依法应当公开招标的项目，有下列情形之一的，可以邀请招标：（一）技术复杂、有特殊要求或者受自然环境限制，只有少量潜在投标人可供选择；（二）采用公开招标方式的费用占项目合同金额的比例过大；（三）涉及国家安全、国家秘密或者抢险救灾，适宜招标但不宜公开招标。有前款第二项所列情形，属于按照国家有关规定需要履行项目审批、核准手续的依法必须进行招标的项目，由项目审批、核准部门认定；其他项目由招标人申请有关行政监督部门作出认定。”该条规定与经修改的《工程建设项目施工招标投标办法》第十一条的规定基本一致。

（四）《机电产品国际招标投标实施办法（试行）》规定的邀请招标法定条件

自2014年4月1日起施行的《机电产品国际招标投标实施办法（试行）》第十条规定：“国有资金占控股或者主导地位的依法必须进行机电产品国际招标的项目，应当公开招标；但有下列情形之一的，可以邀请招标：（一）技术复杂、有特殊要求或者受自然环境限制，只有少量潜在投标人可供选择；（二）采用公开招标方式的费用占项目合同金额的比例过大。有前款第二项所列情形，属于本办法第九条第二款规定的项目，招标人应当在招标前向相应的主管部门提交项目审批、核准部门审批、

核准邀请招标方式的文件；其他项目采用邀请招标方式应当由招标人申请相应的主管部门作出认定。”

四、法律、行政法规、部门规章之间的衔接适用

（一）法律、行政法规、部门规章规定的工程建设项目种类的不同

《中华人民共和国招标投标法》只规定了两种项目：1. 国务院发展计划部门确定的国家重点项目；2. 省、自治区、直辖市人民政府确定的地方重点项目。

《中华人民共和国招标投标法实施条例》规定了两大类项目：1. 国有资金控股的依法必须进行招标的项目；2. 国有资金占主导地位的依法必须进行招标的项目；

经过《关于废止和修改部分招标投标规章和规范性文件的决定》修改的前述部门规章规定的项目种类，与《中华人民共和国招标投标法实施条例》的规定基本一致。

（二）法律、行政法规、部门规章规定的邀请招标的法定条件的不同

《中华人民共和国招标投标法》只粗略地规定了“不适宜公开招标”，没有进行具体化规定。

《中华人民共和国招标投标法实施条例》规定了五种法定条件，见前文所述，本处不赘述。

前述部门规章规定的邀请招标的法定条件，在《中华人民共和国招标投标法实施条例》规定的五种法定条件外，增加了三种：第一，必须是涉及国家安全，适宜招标但不宜公开招标；第二，必须是涉及国家秘密，适宜招标但不宜公开招标；第三，必须是涉及抢险救灾，适宜招标但不宜公开招标。

从部门规章与《中华人民共和国招标投标法》和《中华人民共和国招标投标法实施条例》规定的可以邀请招标的法定条件来看，相对于部门规章来说，《中华人民共和国招标投标法实施条例》少了三条，即涉及国家安全、国家秘密、抢险救灾的项目，没有列入《中华人民共和国招标投标法实施条例》中，意味着国家对涉及国家安全、国家秘密、抢险救灾的项目，将不走招标流程，这一规定与《中华人民共和国招标投标法》第六十六条关于涉及国家安全、国家秘密、抢险救灾或者属于利用扶贫资金实行以工代赈、需要使用农民工等特殊情况，不适宜进行招标的项目，按照国家有关规定可以不进行招标的规定是相吻合的。

对于法律、法规规定不宜公开招标的项目，也没有列入可进行邀请招标的《中华人民共和国招标投标法实施条例》规定的法律范畴，这主要还是国家基于从严限制邀请招标的考虑，毕竟法规是一个非常宽泛的概念。按照《立法法》的相关规定，法规指国家机关制定的规范性文件，包括国务院制定的行政法规，省、自治区、直辖市人大及其常委会制定的地方性法规，省、自治区人民政府所在地的市，经国务院批准的较大的市的人大及其常委会制定的地方性法规。而邀请招标审批本身受到