

➡ ZHAOBIAO TOUBIAOFA SHISHI TIAOLI TIAOWEN JIEDU YU ANLI FENXI

招标投标法实施条例 条文解读与案例分析

主 编 何红锋

副主编 李德华 方 媛



中国电力出版社
CHINA ELECTRIC POWER PRESS

➡ ZHAOBIAO TOUBIAOFA SHISHI TIAOLI TIAOWEN JIEDU YU ANLI FENXI

招标投标法实施条例 条文解读与案例分析

主 编 何红锋

副主编 李德华 方 媛



中国电力出版社
CHINA ELECTRIC POWER PRESS

内 容 提 要

全书按照总则、招标、投标、开标、评标、中标、投诉与处理、法律责任、附则的顺序,对《招标投标法实施条例》的条款逐条进行解读。对于重点、难点条款,选取了实践中有代表性的案例进行深入分析。

本书对于从事招标投标监管工作或司法工作的人员有重要的参考价值,也可供建设单位、施工企业、勘察设计单位、监理单位、招标代理机构等单位中从事招标投标业务的人员以及从事招标投标教学的师生参考使用。

图书在版编目(CIP)数据

招标投标法实施条例:条文解读与案例分析 / 何红锋主编. —北京:中国电力出版社, 2015.7
ISBN 978-7-5123-7853-7

I. ①招… II. ①何… III. ①招标投标法—法律解释—中国②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 (2015) 第 123876 号

中国电力出版社出版发行

北京市东城区北京站西街 19 号 100005 <http://www.cepp.sgcc.com.cn>

责任编辑:王晓蕾 联系电话:010-63412610

责任印制:蔺义舟 责任校对:常燕昆

北京市同江印刷厂印刷·各地新华书店经售

2015 年 7 月第 1 版·第 1 次印刷

787mm×1092mm 1/16·18.75 印张·438 千字

定价:56.00 元

敬告读者

本书封底贴有防伪标签,刮开涂层可查询真伪

本书如有印装质量问题,我社发行部负责退换

版权专有 翻印必究



前 言

招标投标是建设工程领域中主要的合同订立方式。招标投标活动的顺利实施是建设市场良好运行的基本保障,不但对招标投标活动当事人有重要的意义,对社会公共利益、公众的生命健康都有重要的意义。《招标投标法实施条例》的颁行,是招标投标立法活动中的重要里程碑事件,对于衔接《招标投标法》与大量部门规章等规范性文件起到了关键作用。《招标投标法实施条例》施行三年来,取得了良好的实施效果,但也出现了不少问题。为便于读者更好地将《招标投标法实施条例》运用到招标投标实际工作中去,我们深入总结经验,撰写了本书。

本书有以下特点:

第一,全书的落脚点在于条款的把握与理解,通过正确分析条款的内容与立法原意,试图消除招标投标活动实践中对条款的不同理解;

第二,在分析中结合实际,在条款分析中尽量辅之以招标实践中的代表性案例;

第三,尽量吸收近年来招标投标理论与实践中的最新成果。

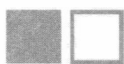
本书的大纲由主编、副主编与中国电力出版社的王晓蕾编辑共同商定,因此要对王晓蕾编辑的劳动致以深深的感谢。本书的作者都对招标投标理论与实践有深刻的理解,都是长期从事招标投标活动的教学、研究、监管、法律服务等工作的人员,大部分作者同时具备工程和法学的复合教育背景。

本书由南开大学何红锋任主编,天津城建大学李德华、广东工业大学方媛任副主编。编写分工如下:第1章:何红锋、李德华;第2章:上海百通项目管理咨询有限公司张志军和天津职业大学付大学;第3章:天津医科大学王伟;第4章、第5章:方媛;第6章:天津唯睿律师事务所陈涛;第7章:李德华。

最后,按照惯例似乎是套话,但同时也是我们的心里话:本书的缺点错误在所难免,欢迎批评指正,欢迎对解读与案例进一步深入讨论。我们的联系方式:he66666@163.com、plide@163.com 或 carolynfy@qq.com。

何红锋、李德华、方媛

2015年6月



目 录

前言

第1章 总则	1
1.1 招标的概念	1
1.2 招标的立法目的	7
1.3 招标的调整范围	10
1.4 强制招标	13
1.5 招标监督体制	18
1.6 招标有形市场	24
1.7 禁止非法干涉	31
第2章 招标	35
2.1 招标内容审核	35
2.2 招标方式	39
2.3 可以不招标情形	44
2.4 自行招标能力	50
2.5 招标代理资格	53
2.6 招标从业人员	56
2.7 招标代理权	60
2.8 招标代理合同	65
2.9 公告与标准文本	70
2.10 文件发售	76
2.11 资格预审申请文件提交时间	82
2.12 资格预审主体及依据	84
2.13 资格预审结果	89
2.14 资格后审	93
2.15 文件的澄清和修改	96
2.16 对文件的异议	100
2.17 文件的合法性	104
2.18 标段划分	108
2.19 投标有效期	112
2.20 投标保证金	116
2.21 标底编制	122
2.22 踏勘现场	125
2.23 总承包招标	128

2.24	两阶段招标	131
2.25	终止招标	134
2.26	不得排斥或限制投标人	137
第3章	投标	144
3.1	投标人参与投标的权利和限制	144
3.1.1	投标活动不受地区或者部门限制	144
3.1.2	投标人投标资格限制	148
3.2	投标文件的撤回与撤销	155
3.3	投标文件的拒收	162
3.4	联合体投标	166
3.5	投标主体变化	171
3.6	投标中的不正当竞争行为	175
3.6.1	禁止投标人相互串通投标	176
3.6.2	投标人相互串通投标的情形	178
3.6.3	禁止招标人与投标人串通投标	183
3.6.4	禁止投标人弄虚作假投标	184
3.7	资格预审申请人应遵守投标人的规定	190
第4章	开标、评标和中标	194
4.1	开标程序和要求	194
4.2	评标委员会的组建	198
4.3	评标程序与要求	207
4.4	评标结果公示与中标	230
4.5	合同的签订	237
第5章	投诉与处理	249
5.1	异议与投诉制度	249
5.2	投诉及其处理制度	254
第6章	法律责任	260
6.1	招标人违法发布公告的法律责任	260
6.2	招标人违反招标程序的责任	262
6.3	中介机构利害冲突责任	264
6.4	招标人违反规定收取保证金的责任	266
6.5	串通投标和以行贿手段谋取中标的责任	267
6.6	投标人虚假投标的责任	269
6.7	出让出租证书的责任	271
6.8	违法组建评标委员会的责任	272
6.9	评标委员会成员违规的责任	273
6.10	评标委员会成员受贿的责任	275
6.11	招标人违法行为的责任	276

6.12	中标人违法订立合同的责任	277
6.13	违法签约的责任	278
6.14	中标人违法分包转包的责任	279
6.15	恶意投诉和违规答复的责任	280
6.16	招标职业资格的专业人员违法行为的责任	281
6.17	招标投标信用制度	282
6.18	行政部门违法行为的责任	283
6.19	国家工作人员干涉招标投标行为的责任	284
6.20	招标、投标、中标无效的处理	286
第7章	附则	288
7.1	行业自律	288
7.1.1	行业协会	288
7.1.2	行业自主与自律	289
7.2	适用例外	291
7.3	施行时间	293

第1章

总 则

1.1 招 标 的 概 念

解读

1. 立法存在的问题

在我国各层级法律中，并无统一而明确的招标概念。《中华人民共和国招标投标法》（以下简称《招标投标法》）未对招标直接作出定义，而仅仅是对法律主体，如招标人、投标人等作出了界定。该法第八条规定：“招标人是依照本法规定提出招标项目、进行招标的法人或者其他组织。”该法第二十五条规定：“投标人是响应招标、参加投标竞争的法人或者其他组织。”此外，《招标投标法》按招标方式将招标分为公开招标和邀请招标，并分别作出了界定。该法第十条规定：“公开招标，是指招标人以招标公告的方式邀请不特定的法人或者其他组织投标。邀请招标，是指招标人以投标邀请书的方式邀请特定的法人或者其他组织投标。”从以上相关子概念中能够看到有一些关于招标定义的因素在内，如“竞争”、“程序”等。据北大法宝所附“《建设工程质量管理条例》释义”给出的非正式法律定义，招标是在市场经济条件下进行大宗货物的采购、工程建设项目的发包与承包以及服务项目的采购与提供时最常采用的一种交易方式。

在其他相关部门的规章或规范性文件中，也从部门的角度给出了相关概念。《机电设备招标投标指南》（1993年3月26日国家经贸委发布）采用描述性定义：“招标是国际上通用的采购方式，是一种规范化的竞争手段。”该定义明确指出了招标的“采购”属性。《机电设备招标投标管理办法 [失效]》（1996年11月8日国家经贸委发布）第十八条，以及《机电设备招标机构资格管理暂行办法和机电设备招标投标管理办法 [失效]》（国家经济贸易委员会令〔1996〕第1号）第十八条均有类似规定：“国内招标是指符合招标文件规定的国内法人或其他组织，单独或联合其他国内外法人或其他组织参加投标，并用人民币结算的招标活动。”此类规章中，出现了联合体投标的可能性。《公路工程勘察设计招标投标管理办法》于2001年8月21日发布，后来被《公路工程勘察设计招标投标管理办法》（交通运输部令〔2013〕第3号）修正，该规章第七条规定：“公路工程勘察设计招标是指招标人按照国家基本建设程序，依据批准的可行性研究报告，对公路工程初步设计、施工图设计通过招标活动选定勘察设计单位。”《水运工程勘察设计招标投标管理办法 [失效]》（2003年5月13日发布）第八条也有类似规定。至此，在勘察设计招标领域，出现了“选择承包人”的表述。铁道部《关于实施施工图招标有关问题的通知》（2010年6月9日发布）规定，铁路大中型建设项目施工图招标是指在审核后施工图以及核备（或批准）

后施工图预算基础上进行的施工招标（简称施工图招标）。该表述突出了在预算基础上竞争，意味着招标是“价格”竞争。财政部关于印发《2011年地方政府自行发债试点办法》的通知（财库〔2011〕141号）第九条规定：“招标是指试点省（市）要求各承销商在规定时间内报送债券投标额及投标利率，按利率从低到高原则确定债券发行利率及各承销商债券中标额的发债机制。”该文件则将招标的范围扩展到了金融领域。

2. 学界关于招标的定义存在不同认识

张莹（2002）认为，所谓招标投标是指采购人事先提出货物、工程或服务的条件和要求，邀请必要数量的投标者参加投标并按照法定或约定程序选择交易对象的一种市场交易行为。^①姜燕玲（2007）认为，招标投标是指在市场经济条件下进行大宗货物的买卖、工程建设项目的发包与承包，以及服务项目的采购与提供，所采用的一种交易方式。^②向强（2005）则进一步将招标的定义理解为，招标投标是指工程、货物或服务的购买人（即招标方）依照一定程序将其采购对象的数量、规格以及交货条件等信息公开，以吸引满足条件的承包商、供应商（即投标方）参与竞争性出价，购买人在此基础上选择合适的承包商、供应商完成购买任务的一种市场交易行为。^③学界与实务界不区分招标与拍卖的情况也较为普遍。例如，马俊认为，招标投标是一种密封拍卖（auction），中国人习惯把销售商品的 auction 叫作拍卖；把发包，为完成一项工程或提供一项服务的 auction 叫作招标。^④

3. 招标概念的分析

对招标投标的概念有不同的表述。首先，在国际上，一般是将招标投标作为一个行为整体来处理的，如世界银行发布的《国际复兴开发银行贷款和国际开发协会信贷采购指南》（“Guidelines for Procurement under IBRD Loans and IDA Credits”）就是如此处理的，该文件中招标和投标使用的都是“Bidding”，如遇必须将这两阶段分开的情况时，仍是将这两阶段视为“Bidding”下的两个阶段，如“招标与投标的时间间隔”称为“Time Interval between Invitation and Submission of Bids”^⑤。亚洲开发银行也有类似的规定^⑥。需要说明的是，在英文中“Bidding”与“Tendering”具有相同的含义。第二种表述方式则是将招标与投标分开进行界定，这是我国学术界主要的表述方式，如“所谓招标，是指招标人购买物资，发包工程或进行其他活动，根据公布的标准和条件，公开或书面邀请投标人前来投标，以便从中择优选定中标人的单方行为”^⑦，“所谓投标，是指符合招标文件规定资格的投标人按照招标文件的要求，提出自己的报价及相应条件的书面回答行为”^⑧。第三种表述方式则是采用列举方式，界定具体的招标方式，但不将招标作直接的概念规定，如我国《招标投标法》的规定，该法第十条规定：“招标分为公开招标和邀请招标。公开

① 张莹. 我国招标投标的理论与实践研究 [D]. 杭州: 浙江大学, 2002: 1.

② 姜燕玲. 地铁项目建设招标投标管理研究 [D]. 天津: 天津大学, 2007: 4.

③ 向强. 政府工程采购的招标投标制度研究 [D]. 成都: 西南财经大学, 2005: 1.

④ 马俊. 拍卖模型及其应用研究 [M]. 北京: 中国财政经济出版社, 2004.

⑤ World Bank. Model Bidding Documents for Projects Financed by World Bank [M]. 1995.

⑥ Asian Development Bank. Sample Bidding Documents Procurement of Civil Work (Second Edition) [M]. 1993.

⑦ 张培田. 招标投标法律指南 [M]. 北京: 中国政法大学出版社, 1992: 1-3.

⑧ 张培田. 招标投标法律指南 [M]. 北京: 中国政法大学出版社, 1992: 1-3.

招标,是指招标人以招标公告的方式邀请不特定的法人或者其他组织投标。邀请招标,是指招标人以投标邀请书的方式邀请特定的法人或者其他组织投标。”考察对招标投标概念的不同表述方式,以及我们日常工作、生活中使用的招标投标概念,第一种表述方式与第二种表述方式的区别在于:第一种表述方式把招标投标看成一种完整的交易行为;而第二种表述方式则分别把招标和投标看成交易行为的“买”和“卖”两个方面。在英语中这一完整的交易行为由“Bidding”来表示,而汉语中目前并无一个表示这一交易行为的词。由于招标在招标投标中处于主动的地位,因此在实际工作中我们有时是使用“招标”一词来代表完整的招标投标过程,如各地方的建设工程招标管理办公室,实际上管理的是招标投标的全过程。但是,这种理解不为我国规范的汉语和立法所认可。权威的汉语词典对招标的解释是“兴建工程或进行大宗商品交易时,公布标准和条件,招人承包或承买叫做招标”^①,投标则被解释为“承包建筑工程或承买大宗商品时,承包人或买主按照招标公告的标准和条件提出价格,填具标单,叫做投标。”^②当然,从法律的角度看,这样的解释不够严谨,但无疑招标与投标被理解为交易行为的两个方面。我国的《招标投标法》也把招标与投标理解为交易行为的两个方面。事实上,招标投标首先是一种完整的交易行为,我们首先应当对招标投标作一个整体的定义(因为目前汉语中尚无一个词来代表完整的招标投标,因此,只能把招标投标理解为一个词),然后再分别对招标和投标进行界定,这样才能对招标投标有一个全面的理解。

笔者认为应当对招标投标作如下的界定:招标投标是在市场经济条件下进行大宗货物的买卖、工程建设项目的发包与承包,以及服务项目的采购与提供时,愿意成为卖方(提供方)者提出自己的条件,采购方选择条件最优者成为卖方(提供方)的一种交易方式。招标与投标是一对相互对应的概念,是一个问题的两个方面。具体地说,招标,是指招标人对货物、工程和服务事先公布采购的条件和要求,以一定的方式邀请不特定或者一定数量的自然人、法人或者其他组织投标,而招标人按照公开规定的程序和条件确定中标人的行为;而投标,则是指投标人响应招标人的要求参加投标竞争的行为。在这种交易方式下,通常是由项目采购(包括货物的购买、工程的发包和服务的采购)的采购方作为招标人,通过发布招标公告或者向一定数量的特定供应商、承包商发出招标邀请等方式发出招标采购信息,提出所需采购项目的性质及其数量、质量、技术要求、交货期、竣工期或提供服务的时间,以及对供应商、承包商的资格要求等招标采购条件,表明将选择最能够满足采购要求的供应商、承包商并与之签订采购合同的意向,由各有意提供采购所需货物、工程或服务项目的供应商、承包商作为投标人,向招标人书面提出自己拟提供的货物、工程或服务的报价及其他响应招标要求的条件,参加投标竞争。经招标人对各投标人的报价及其他条件进行审查比较后,从中择优选定中标者,并与其签订采购合同。招标应当仅限于采购行为。从国际上的情况来看,大多数国家并无独立的《招标投标法》,而是将招标投标的规定放在《中华人民共和国政府采购法》(以下简

① 中国社会科学院语言研究所词典编辑室. 现代汉语小词典(第5版)[S]. 北京:商务印书馆, 2005: 1719.

② 中国社会科学院语言研究所词典编辑室. 现代汉语小词典(第5版)[S]. 北京:商务印书馆, 2005: 1375.

称《政府采购法》)中^①;世界银行和亚洲开发银行也是在其采购指南(Guidelines for Procurement)中规定的采购程序^②。特别是世界银行的采购指南对我国《招标投标法》的立法产生了很大的影响,因此,从国际上看,招标应当限于采购行为。我国的《招标投标法》没有对招标应当限于采购做出规定,但所有的权威解释都将招标限于采购的范围之内。例如:①“在这种交易方式(指招标投标一笔者注)下,通常是由项目采购的采购方作为招标方”^③;②“招标投标是最富有竞争的一种采购方式”^④;③“招标这种择优竞争的采购方式完全符合市场经济的上述要求”^⑤等。需要说明的是,在《招标投标法》出台以前,人们理解(甚至是立法规定)的招标范围很广,不仅可用于采购,也可用于出卖,即所谓的“标卖”,如采用招标方式出让土地使用权(《中华人民共和国城市房地产管理法》第十二条的规定)、以招标方式分配出口商品的配额指标、电视台招标出售广告时间段等。这样的理解给某些交易行为的法律适用带来了困难。并且,这样的立法给后来要明确界定招标应当限于采购的努力变得很困难。例如,2009年9月29日,国务院法制办公室发布的《中华人民共和国招标投标法实施条例(征求意见稿)》第二条规定:“[适用范围]招标投标法第二条所称的招标投标活动,是指采用招标方式采购工程、货物和服务的活动。”^⑥但在2011年12月20日正式发布的《中华人民共和国招标投标法实施条例》(以下简称《条例》)中,这一条被删除。

立法、理论及实务中往往将招标与拍卖混为一谈,其根本原因是两者均具备“价格竞争”的本质。因此,找到两者的内在固有区别,方能准确界定招标的本质。由于在《招标投标法》颁布以前,立法对招标含义界定模糊不清,因此,在实践中更是将对招标的理解扩大化,甚至有时将所有的竞争性交易方式都称为“招标”。事实上,市场经济中的竞争性交易方式主要有招标和拍卖,两者有各自的适用范围和法律规范。全国人大常委会于1996年7月5日通过了《中华人民共和国拍卖法》(以下简称《拍卖法》),自1997年1月1日起实施。因此,必须严格区分两者的含义,并为两者找到各种适用的法律规范。现实生活中已经出现了许多应当区分两者含义的案例。

案例 1-1

郝洪阳等通投标罪^⑦

报载:“2001年4月,铁岭县检察院审查批捕科接到群众举报我省首例涉嫌串通投标罪的犯罪线索后,立即组织专门人员进行初查。经查,犯罪嫌疑人郝洪阳、张国富、

① 赵雷. 中华人民共和国招标投标法通论及适用指南[M]. 北京:中国建材工业出版社,1999:33.

② 赵孝盛. 国际招标实务(英文版)[M]. 上海:上海交通大学出版社,1996:283-312.

③ 卜耀武. 中华人民共和国招标投标法实用问答[M]. 北京:中国建材工业出版社,1999:3.

④ 李荣融. 中华人民共和国招标投标法释义[M]. 北京:中国计划出版社,1999:1.

⑤ 戴桂英,袁炳玉. 中华人民共和国招标投标法知识问答[M]. 北京:企业管理出版社,1999:2.

⑥ 《中华人民共和国招标投标法实施条例(征求意见稿)》[DB/OL]. [2012-03-05]中国风景园林网. <http://www.chla.com.cn/show.php?contentid=72671>.

⑦ 孙超. 我省发生首例涉嫌串通投标案5名犯罪嫌疑人被逮捕[N]. 辽宁日报,2001-05-28(1).

李德江、韩永斌、张玉清于2000年12月27日在铁岭县蔡牛乡王千村石场招标过程中,作为投标一方代表的郝洪阳与另一方投标人张国富、李德江、韩永斌、张玉清互相串通,郝洪阳当场给4人16万元人民币,4人每人分得4万元人民币后退出投标,结果郝洪阳一方在无人竞争的情况下以仅比标底80万多1000元的价格中标,并以此价格和王千村签订了承包王千村石场的合同,致使作为招标人的王千村集体利益遭受严重损失。4月25日,铁岭县人民检察院以涉嫌串通投标罪批准逮捕郝洪阳、张国富、李德江、韩永斌、张玉清。此串通投标案正在进一步审查中。”笔者认为,本案的判决仍然没有分清招标与拍卖的区别。招标与拍卖的区别并不在于交易人对交易方式的命名,在《招标投标法》与《拍卖法》同时生效的今天,两者有着巨大的区别。笔者认为上述案例中的交易方式都是拍卖而非招标。

招标与拍卖的具体区别有以下几点:

第一,招标与拍卖的性质不同。有的学者,如孔祥俊先生,认为两者在性质上大同小异。^①这一观点显然存在认识上的重大误区。招标与拍卖是性质不同的两种交易方式,这是两者最根本的区别。如前所述,招标是一种采购行为,产生于买方市场中。《拍卖法》第三条对拍卖的界定是:“拍卖是指以公开竞价的形式,将特定物品或者财产权利转让给最高应价者的买卖方式。”显然,拍卖委托人是出卖人,即拍卖是一种出卖行为,产生于卖方市场中,即对于某一个将特定物品或者财产权利的拍卖,其前提是有多个潜在的买受人存在。从标的的流转看,拍卖是由委托人向竞买人流转,竞买人支付货币;而招标是由投标人向招标人流转,招标人支付货币。按照这样的性质定位,诸如中央电视台广告招标、土地使用权的招标等都是拍卖而非招标,但这些交易行为都没有对招标与拍卖进行区分,原因有以下两点:

(1) 长期以来人们没有区分招标与拍卖,很多人实际是将两者等同起来的,认为只要是竞争性的交易行为就是招标(或者拍卖),两者的区别仅在于交易量的大小。

(2) 在《招标投标法》和《拍卖法》以前的立法也确实没有注意两者的区别,在涉及对市场交易行为规范的《反不正当竞争法》和《刑法》都对不正当的招标投标行为作出了规定,但没有对不正当的拍卖行为作出规定,而不正当的拍卖行为对市场正常交易行为的破坏作用是同样的,因此,最终都按照不正当招标投标(串通投标)进行了处理。正是因为招标与拍卖的这一区别,招标一般应当价低者得(一般是是评标价衡量),而拍卖应当价高者得。2012年2月,武汉地铁广告招标引起轩然大波,“今年1月12日,武汉地铁运营有限公司公开招标地铁2号线一期站内平面广告媒体代理经营权,但出价最高的深圳报业集团未中标,招标遭到质疑。”^②武汉地铁广告招标,是出让广告经营权,应该是拍卖,本应该是价高者得,也正因为这种交易方式被认为是招标,武汉地铁才敢于将这一经营权交给价低者。如果明确这是拍卖,本不会出现如此明目张胆的舞弊行为。

① 孔祥俊. 反不正当竞争法的适用与完善 [M]. 北京: 法律出版社, 1998: 610-611.

② 胡楠. 招标结果被认定无效 [N]. 武汉晚报, 2012-02-20 (3).

第二, 招标与拍卖的标的不同。拍卖的标的是物品或者财产权利; 而对于招标投标的标的 (即合同的权利义务所指向的对象, 不同于招标投标的“标底”), 世界银行、亚洲开发银行等金融机构都明确规定为货物 (Goods)、工程 (Works) 和服务 (Services), 我国的《招标投标法》虽然没有明确规定, 但权威的解释还是应当包括这三个方面。^① 应当说, 招标的标的范围比拍卖的更大。

第三, 招标与拍卖适用的程序不同。招标与拍卖适用的程序分别由《招标投标法》和《拍卖法》作出了详细的规定, 但最主要的区别在于: 拍卖是将特定物品或者财产权利转让给最高应价者的买卖方式; 而招标虽有不同评标方式, 但主要的方法是以最低报价者中标。这一区别与两者的目的不同有关: 拍卖是为了将同样的物品或者财产权利卖得更高的价格; 而招标则是为了以更低的价格买得同样的货物、工程或者服务。关于评标方法, 《招标投标法》第四十一条规定: “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。” 我们似乎无法从中得出主要的方法是以最低报价者中标的结论。但是, 世界银行、亚洲开发银行等金融机构的评标在一般情况下都要求采用最低评标价中标^②。国家发展计划委员会、国家经济贸易委员会、建设部等七部委于 2001 年 7 月 5 日发布的《评标委员会和评标方法暂行规定》第三十条规定: “经评审的最低投标价法一般适用于具有通用技术、性能标准或者招标人对其技术、性能没有特殊要求的招标项目。” 第三十四条规定: “不宜采用经评审的最低投标价法的招标项目, 一般应当采取综合评估法进行评审。” 综合我们不难得出结论: 招标虽有不同评标方式, 但主要的方法是以最低报价者中标。对于串通拍卖行为, 《拍卖法》第六十五条规定: “违反本法第三十七条的规定, 竞买人之间、竞买人与拍卖人之间恶意串通, 给他人造成损害的, 拍卖无效, 应当依法承担赔偿责任。由工商行政管理部门对参与恶意串通的竞买人处最高应价百分之十以上百分之三十以下的罚款; 对参与恶意串通的拍卖人处百分之十以上百分之五十以下的罚款。”

综上所述, 笔者认为: 拍卖与招标最主要的区别在于前者是出卖而后者是采购。对于拍卖出卖的标的, 有可能是物品, 也可能是财产权利。因此, 目前承包权的招标、广告时间的招标等都是拍卖而非招标, 它们都是出卖行为, 只不过出卖的是财产权利。从竞争性的交易方式看, 它们也符合拍卖的规定: 以公开竞价的形式, 将特定物品或者财产权利转让给最高应价者。对于当事人已经称为拍卖的行为, 适用招标的有关法律规定, 其法律适用不当是显而易见的, 并且已经受到了一些学者的批评^③。但是, 更重要的是在本质上分清两者的区别。即使是要求分清招标与拍卖的学者, 仍然将以竞争性交易方式出卖承包权、市场摊位招租等列为招标^④, 笔者认为这同样属于没有在本质上分清两者的区别。

① 全国人大法工委研究室. 中华人民共和国招标投标法释义 [M]. 北京: 人民法院出版社, 1999: 179.

② 何伯森. 国际工程招标与投标 [M]. 北京: 水利水电出版社, 1994: 130-138.

③ 孔祥俊. 反不正当竞争法的适用与完善 [M]. 北京: 法律出版社, 1998: 610-612.

④ 孔祥俊. 反不正当竞争法的适用与完善 [M]. 北京: 法律出版社, 1998: 620.

1.2 招标的立法目的

条文

第一条 为了规范招标投标活动,根据《中华人民共和国招标投标法》(以下简称招标投标法),制定本条例。

解读

1. 立法目的的含义

立法目的是指立法机关根据实际需要,采用立法技术及其工具,预先设定的规范目标和结果。立法目的既是设定一部法律的起点,也是实施该法律的终点。《条例》的立法目的可以从两方面进行理解:一是《条例》作为下位法,按法律层级关系看,其存在的必要性是直接贯彻落实上位法《招标投标法》的某项立法目的;二是《条例》作为行政法规,具有自身的立法目的的独立性,从行政监督管理的角度主要用于规范招标投标活动。

2. 上位法的立法目的

《招标投标法》第一条规定:“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。”根据该条规定,《招标投标法》的立法目的包括规范招标、投标活动等四个方面。

我国招标投标的立法工作先自零散的部门规章与地方立法开始,至2000年施行的《招标投标法》、2002施行的《政府采购法》,基本确立了招标投标法律体系。2000年以来,随着我国经济不断发展,招标投标领域暴露出大量新的问题。例如:工程、货物与服务的界定不明,各有关部门职责划分存在问题,电子招标方式兴起亟需规范,国家对审批制投资体制的改革要求,对招标监督工作进行调整,公开招标、邀请招标与不招标的范围界定,招标代理机构资质与招标职业资格规范,资格预审的规范,投标保证金的规范,暂估价的设定,两阶段招标的适用与规范,实践中出现大量的以不合理条件限制潜在投标人的情形,投标人主体资格的必要限制,串标行为普遍而严重,评标委员会组建、运行与管理问题,异议与投诉处理问题等。《条例》颁布以前,这些问题主要依靠零散的部门规章或规范性文件解决。难以有效规范招标投标活动,不利于维护市场竞争秩序,有损招标投标市场的健康发展。

3. 《条例》的规范作用

《条例》对招标投标活动的规范作用分为五个方面:

(1) 对招标投标活动的指引作用。主要体现为《条例》对招标投标活动当事人行为的指引作用,包括权利的指引与义务的指引。权利的指引,也称有选择的指引,是指规定权利的规范所具有的作用。权利的指引一般通过授权性规范实现,即法律规定行为人可以这样行为或不这样行为,或要求他人这样行为或不这样行为的可能性。义务的指引,也称确定的指引,是指规定义务的规范所具有的作用。义务的指引一般通过义务性规范实现,即法律规定行为人应当这样行为或不应当这样行为,或根据他人要求这样行为或不这样行为的必要性。

(2) 对招标投标活动的评价作用。是指《条例》作为尺度和标准, 衡量招标投标活动当事人(尤其是对他人的)行为的作用。与国家颁布的招标投标有关政策, 社会普遍遵守的招标投标中的道德义务, 或是招标投标有关国际惯例相比, 《条例》侧重于合法性, 即通过提供重要的、普遍的、具有国家强制力的评价准则, 来判断、衡量他人的招标投标行为是否合法。

(3) 对招标投标活动的教育作用。《条例》设定了大量的违法责任, 如第六十七条对串通投标行为, 设定了中标无效、罚款、取消其1年至2年内参加依法必须进行招标的项目的投标资格、吊销营业执照乃至追究刑事责任等法律责任。这种对违法行为的震慑, 对招标投标活动当事人具有较强的教育作用。根据《条例》第五条, 国家鼓励利用信息网络进行电子招标投标, 其第八十三条规定了加强行业自律和服务, 通过鼓励措施、表彰奖励工作等, 也能从正面对招标投标活动当事人产生较强的示范与激励作用。

(4) 对招标投标活动的预测作用。招标投标是合同订立的一种方式, 在订立过程中, 招标投标活动当事人存在大量的博弈行为。《条例》为双方设定的权利义务, 以及实现该权利义务的的程序, 对当事人具有可确定、可预测的特征。当事人实施某种法律行为前, 可以预先估计到对方的权利义务。例如, 投标人可根据《条例》第三十五条预测到, 若其投标截止后撤销投标文件, 招标人可以不退还投标保证金。当然, 预测不是目的, 决策才是目的。如果投标人预测到撤销投标文件等行为的法律后果, 则会对其下阶段行为进行审慎考虑并理性决策。

(5) 对招标投标活动的强制作用。强制作用可以分为狭义的强制作用与广义的强制作用。《条例》第六十七条规定的串通投标行为, 第六十八条规定的以他人名义投标或者以其他方式弄虚作假骗取中标的行为, 第六十九条规定的出让或者出租资格、资质证书供他人投标的行为, 第七十二条规定的评标委员会成员收受投标人的财物或者其他好处的行为, 第八十条规定的项目审批、核准部门和有关行政监督部门的工作人员徇私舞弊、滥用职权、玩忽职守的行为, 第八十一条规定的国家工作人员利用职务便利, 以直接或者间接、明示或者暗示等任何方式非法干涉招标投标活动的行为, 均可能涉及刑事犯罪, 表现为狭义的对违法犯罪行为的强制作用。广义的强制作用除对违法犯罪行为的体现外, 也包括对民事责任和行政责任的承担。

案例 1-2

招标投标活动当事人的规范

唱标过程中, 投标人 A 没有递交投标保证金, 招标人当场否决 A 的投标, 不进入唱标程序。投标人 B 的投标函上有两个投标报价, 招标人要求其确认了其中一个报价后进行唱标。投标人 C 在投标函上填写的报价, 大写与小写不一致, 招标人查对了其投标文件中工程报价汇总表, 发现投标函上报价的小写数值与投标报价汇总表一致, 于是按照其投标函上的小写数值进行了唱标。评标委员会采用了以下评标程序对投标文件进行了评审和比较: ① 评标委员会成员签到; ② 选举评标委员会的主任委员; ③ 对投标文件的封装进行检查, 确认封装合格后进行拆封。

分析

(1) 案例中, 唱标过程中, 投标人 A 没有递交投标保证金, 招标人当场否决 A 的投

标,不进入唱标程序。招标人的行为存在诸多不规范之处。首先,按照现行招标投标法律体系,招标人一般不介入对投标效力的判定工作中,该项工作的权利通常设定给评标委员会行使。其次,投标人A没有递交投标保证金,不能草率地否决该投标文件。依据《合同法》的效力补正原则、《中华人民共和国民法通则》(以下简称《民法通则》)的主从法律行为关系理论,并参考国际工程招标的经验做法来看,在一定情形下,应当允许未按招标文件规定递交投标担保的投标有效。最后,不进入唱标程序不够规范。在某些情形下,是否对A唱标,可能关系到中标候选人的排序乃至范围。因此,应当严格按照法律规定,凡在招标文件要求提交投标文件的截止时间前收到的所有投标文件,开标时都应当当众予以拆封、宣读。

(2) 投标人B的投标函上有两个投标报价,招标人要求其确认了其中一个报价后进行唱标的行为不规范。投标人B的投标函上有两个投标报价,即投标人具有意思表示不唯一性,要约不明确。按照现行招标投标法律体系,招标人唱标中享有的权利以及履行的义务基本限于如实反映投标人的投标文件主要内容。因此,招标人如实唱标,将投标人的两个投标报价唱出并交由评标委员会处理即可,而无权要求投标人确认其中一个报价。

(3) 投标人C在投标函上填写的报价,大写与小写不一致,招标人查对了其投标文件中工程报价汇总表的行为不规范。查对工程报价汇总表(或计算)属评标范畴,由评标委员会完成较为妥当。招标人发现投标函上报价的小写数值与投标报价汇总表一致,于是按照其投标函上的小写数值进行了唱标的行为不规范。按照严格规范的角度看,招标人可以从以下方面进行规范:① 如实将大写、小写均予以唱标;② 记录投标人报价时,以大写为准;③ 将投标报价大写与小写不一致的情形如实记录在附录或备注中;④ 交由评标委员会处理该情形。

(4) 评标委员会对投标文件的封装进行检查,确认封装合格后进行拆封的行为不规范。按照现行招标投标法律体系,封装检查通常由投标人或者其推选的代表检查,也可以由招标人委托的公证机构检查。

4. 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

按照主体的不同,可以将涉及招标投标活动的全部主体划分为国家、社会与当事人三方。相应地,三方有其各自的利益。国家利益就是满足或能够满足国家以生存发展为基础的各方面需要并且对国家在整体上具有好处的事物。国家利益一般用于与其他国家或组织相比较的场合。社会公共利益是指为国内(含地方)所能享受的符合法律规定的权利和利益。招标投标活动当事人的合法权益是指招标投标活动当事人所能享受的符合法律规定的权利和利益,主要是指法律所规定的民事权利。

无论是规范招标投标活动,还是提高经济效益、保证项目质量等立法目的,落脚点都应归结到人类最终福祉上来。是否实现保护国家利益、社会公共利益和招标投标活动当事人的合法权益,也是其他立法目的是否妥当的衡量标准。《条例》仅仅围绕这一目的,尤其是设置专章——第5章“投诉与处理”,赋予当事人提出异议或投诉的权利,与行政复议、行政诉讼、民事诉讼等制度一起,为有效保障国家利益、社会公共利益和当事人的合法权益提供了重要的法律救济途径。

5. 提高经济效益

招标投标是工程建设交易市场的主要交易方式,决定了能否发挥市场在资源配置中的决定性作用。通过充分的价格竞争机制,使投标人在平等条件下公平竞争,优胜劣汰,从而实现资源的优化配置。应当注意的是,《招标投标法》强调的“提高经济效益”并非是指直接提高投标人的经济效益(否则最高价中标法将成为评标标准与方法),而是指通过招标直接提高招标人的经济效益,进而提高全社会的经济效益。我国的最低价中标法、综合评估法,乃至近些年作为热点的资格预审,均直接追求招标人的利益最大化。

6. 保证项目质量

《招标投标法》的本意是通过公平竞争,遴选出最佳中标人;该中标人能力应当最强,因此能够保证项目质量。但应当辩证地看待这一立法目的。实际上,一部法律只能有一个本质,只能有一个价值取向,只能解决一个主要问题。招标的本质是价格竞争,招标投标法仅能解决规范价格竞争的问题,并不能解决项目质量的问题。因此,招标投标法律体系从本质上看无法保证项目质量。解决工程项目质量问题,在目前我国的法律体系中,是由以《中华人民共和国建筑法》(以下简称《建筑法》)及其《建设工程质量管理条例》、《建设工程安全生产管理条例》为代表的建设法体系解决的。若招标投标法律体系能发挥保证项目质量的主要作用,则以上有关法律的存在价值就大打折扣了。

从项目质量、进度、造价三大控制目标之间的关系可以看出,招标投标法律体系无法保证项目质量。项目质量是国家现行的有关法律、法规、技术标准、设计文件及工程合同中对工程的安全、使用、经济、美观等特性的综合要求。项目进度是指完成工程项目各建设阶段的工作内容所需要的时间。项目造价一般是指进行某项工程建设所花费的全部费用。项目质量、进度、造价三大控制目标相互间存在着密切的辩证关系,彼此之间既统一又独立。项目质量、进度、投资三大控制目标相互统一、相互联系、相互依存,并在一定条件下,相互转化。例如,增加安全文明施工措施费用,增加赶工费用,采取加快进度措施,可以减少安全事故隐患,加快项目建设速度,提前项目投入使用,尽早收回投资,实现项目经济效益。但项目质量、进度、投资三大控制目标之间的关系更多地表现为对立关系,表现为相互作用、相互制约和相互影响。例如,如果建设单位对工程质量有较高的要求,如提高各分部分项工程的优良率,获得地区乃至国家级别的奖项,则需要大幅提高工程造价,或大幅延长工期。若建设单位要赶工期,大幅压缩工期,则需要大幅提高工程造价,甚至违背技术条件或客观规律,危及工程质量。质量低到一定程度,可能会产生不合格现象。招标的本质是价格竞争,天然地具有损害工程质量的动力。因此,招标能做到严守质量底线,不损害工程质量即可。至于达到保证项目质量的目的,招标投标法律体系力不能及,应主要依靠建设法律体系去解决。

1.3 招标的调整范围

条文

第二条 招标投标法第三条所称工程建设项目,是指工程以及与工程建设有关的货