

www.hustpas.com

政府采购 案例评析

Case Analysis of the
Governmental Procurement

主编 何红锋

CASE ANALYSIS OF THE
GOVERNMENTAL PROCUREMENT

CASE ANALYSIS OF THE
GOVERNMENTAL PROCUREMENT

 华中科技大学出版社
中国·武汉

政府采购案例评析

主 编 何红锋

副主编 焦洪宝

华中科技大学出版社

中国·武汉

图书在版编目(CIP)数据

政府采购案例评析/何红锋 主编.
—武汉:华中科技大学出版社,2008.7
ISBN 978-7-5609-4652-8

I. 政… II. 何… III. 政府采购-案例分析 IV. F810-45

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2008)第 089633 号

政府采购案例评析

何红锋 主编

责任编辑:翟永梅
责任校对:黄万松

封面设计:张 璐
责任监印:张正林

出版发行:华中科技大学出版社(中国·武汉) 武昌喻家山 邮编:430074
销售电话:(022)60266190 60266199(兼传真)
网 址:www.hustpas.com

录 排:河北香泉技术开发有限公司
印 刷:北京佳信达艺术印刷有限公司

开本:889 mm×1194 mm 1/16
版次:2008 年 7 月第 1 版
ISBN 978-7-5609-4652-8/F·397

印张:13.25
印次:2008 年 7 月第 1 次印刷

字数:306 千字
定价:48.00 元

(本书若有印装质量问题,请向出版社发行部调换)

编写委员会

何红锋	焦洪宝	陈知麟	邓露茸	高浩博
贾 帅	李宝悦	李东光	李德华	李晓宁
李英杰	刘 冰	刘 俊	刘 祺	罗 娅
马俊达	孙东晓	田长慧	王亚坤	王 伟
王 稳	王 璇	徐宝升	杨猛宗	原兵兵

内 容 提 要

本书以《政府采购法》所确立的各项政府采购法律制度规范为基本脉络,全面收集提炼并深入评析了数十个典型政府采购案例,集中反映了当前政府采购实践中围绕法律适用出现的争议、纠纷和问题。

在编写体例上,每章均有纠纷综述及具体案例评析,提出了解决或避免各类纠纷发生的方法或防范措施。考虑到我国政府采购市场对外开放的趋势及政府采购法正日趋完善的状况,本书介绍了有关 WTO《政府采购协议》的案例和国外政府采购案例。

本书适合政府采购管理者、从业人员、参与政府采购的商务人士阅读,亦可为政府采购法的学习和研究者提供参考与借鉴。

前 言

政府采购市场与政府采购制度的影响正在随着政府采购额的扩大而不断深入。从节约财政支出到推进廉政建设,从采购国货支持国内产业发展到完善政府采购制度迎接开放市场的挑战,自2003年1月1日起《政府采购法》实施五年多以来,政府采购领域的动态与法律实践受到了越来越多的关注;所有能够供应货物、工程或服务的市场经营者,在关注2007年里约有4000亿采购需求量的潜在客户们是如何签下一张一张订单的;以提供税收方式成为政府采购支出主要最终支付者的普通公众,在关注财政性资金是如何被一笔一笔花出去的;而作为采购人的国家机关、事业单位或团体组织,在关注他们所进行的政府采购项目对于政府采购制度的要求是如何一步一步落实的。从某种角度来说,只要他(她)愿意,几乎所有人都会在政府采购活动中扮演一个角色,而这些潜在角色在直接参与政府采购时,需要共同遵循政府采购所特有的法律规则。

从学习了解到熟知掌握政府采购规则的捷径,是观摩这些规则在实践中是如何被运用的,而本书为有意深入体会政府采购规则的政府采购管理者、从业人员、参与政府采购竞争的各类供应商乃至对政府采购规则感兴趣的学习、研究者提供了很好的素材。本书结合《政府采购法》实施以来的政府采购法律制度的实践与最新发展,从全国各地开展的政府采购的各个环节精心挖掘整理了48个典型的政府采购案例。全书参照《政府采购法》体例共分9章,每一章均将涉及相关法律规定可能出现的各种纠纷加以综述,进行法律性质界定及防范处理要点提示,之后引入实际发生纠纷或争议的案例。每个案例都分为案情摘要、处理结果和分析评论三个部分,虽然案例材料本身可能长短不一、角度各异,但相关分析评论均力求做到观点明确、有说服力,在适当之处亦会不揣陋见阐述编者的观点。通过这些案例介绍及理论分析,以全面总结政府采购法律实践经验,并结合理论与现行法律规定进行分析评述,澄清政府采购法律规则理解与适用的误区,辨析制度规定的设立宗旨与操作要点,并为完善我国政府采购法律制度提出建议和意见。

参加本书编写的人员,有的是多年以来从事招投标和政府采购研究的国内知名专家,有的是在高校开展政府采购教学与研究颇有成就的年青学者,有的是担任政府采购中心法律顾问并参与多起政府采购纠纷处理的执业律师,有的是在政府采购中心有过实习实践经历的硕士研究生,其中多位编者还是财政部门聘任的政府采购评审专家。书中所选取的案例,有些是在国内外颇有影响曾被诸多媒体跟踪报道的,有些是编者亲身经历的,也有些是编者在进行政府采购培训或研究中使用过的。可以说,本书既包含了编者多年在政府采购实践过程中所积累的对政府采购的独特认识,又汇集了诸多有关对政府采购法律规则研究探讨的前沿观点。本书能够为我国政府采购管理水平的提高及政府采购规则的进一步完善提供新的思路和借鉴,同时对于政府采购从业人员和相关人员也是一本有价值的教材和参考书,可作为高等院校法学、财政学、公共管理等相关专业的学生学习使用,也可供广大政府采购从业人员以及政府

采购理论研究、政府采购管理人员、参与政府采购的人士阅读。

另外需要说明的是,由于当前我国有关政府采购纠纷处理的司法实践不够活跃,且考虑到我国正在进行 WTO《政府采购协议》谈判的情况,本书在编写过程中特意选取了国际上有关《政府采购协议》适用中的争端处理案例和法院判决的美国政府采购案例,以希望对我国政府采购领域的司法实践与制度完善提供借鉴。

本书的编写出版,需要感谢给我们提供案例素材和解决问题思路的同志们,包括在财政部及地方各级人民政府从事政府采购监督的同志们、全国各地集中采购机构的工作人员、政府采购专家及从事政府采购报道与研究媒体的记者。特别是以下同志:天津市财政局采购办的栗庆林主任、金彩娟,与他们的讨论让我们从监管者的角度思考问题;天津市政府采购中心的陈燕平主任、夏有奇副主任,与他们讨论大量的案例(也包括参与处理的大量纠纷)让我们看到了政府采购中各种缤纷的色彩,也让我们体会到政府采购集中采购机构的甘苦与工作人员的敬业;《中国政府采购》杂志社的编辑们,尤其是王晓光总编辑对案例研究的期望和支持,可以说是本书成稿的直接动力;《政府采购信息报》的编辑们长期与我们对具体案例的讨论给本书提供了丰富的素材;谷辽海律师对政府采购案例的长期研究以及对政府采购提供专业的法律服务,让我们看到政府采购制度的完善还有漫长的路要走。在本书编写过程中,我们参考了大量国内外的相关书刊和网络资料,除了书后列出的参考文献外,还有一些未能列出,在此一并表示感谢。由于时间仓促,作者水平和经验有限,加上由于政府采购的立法和实践都在不断发展,新的政府采购案例在不断充实,政府采购的法律规则也在不断完善,本书难免有错漏之处,敬请同行专家及各位读者批评指正,同时非常期待与您对本书所涉及的政府采购法律问题共同进行探讨。联系方式,电子邮箱:he-project@163.com。

何红锋 焦洪宝

2008年4月

目 录

第一章 总则案例评析	(1)
综述	(1)
案例 1 政府采购监管职责纠纷案	(5)
案例 2 法院选择拍卖人适用邀请招标案	(11)
案例 3 限定注册资金排斥中小企业案	(13)
案例 4 采购中央空调系统设备拒绝国货案	(16)
案例 5 校服采购是否应当纳入政府采购范围	(18)
案例 6 采购人指定品牌导致与政府采购效益冲突案	(22)
案例 7 变相指定品牌纠纷案	(26)
第二章 政府采购当事人案例评析	(31)
综述	(31)
案例 1 北京市朝阳区撤销集中采购机构案	(36)
案例 2 供应商不给员工上社会保险不能中标案	(40)
第三章 政府采购方式案例评析	(43)
综述	(43)
案例 1 简化养护维修金使用程序案	(49)
第四章 政府采购程序案例评析	(52)
综述	(52)
案例 1 政府采购超预算成交案	(60)
案例 2 对政府采购中低于成本报价处理案	(62)
案例 3 未达限额标准而采取公开招标的中标结果是否有效	(65)
案例 4 第一候选人放弃中标案	(67)
案例 5 召开开标前答疑会是否影响招标公正性	(70)
案例 6 采购人改变候选中标供应商顺序案	(73)
案例 7 采购人强迫中标人降价案	(76)
案例 8 政府采购招标文件解释权争议案	(79)
案例 9 供应商对采购需求具有倾向性提出质疑的处理案	(84)
案例 10 政府采购采用平均价格计算法评判投标报价有失公平案	(87)
案例 11 竞争性谈判程序质疑案	(89)
案例 12 竞争性谈判中专家应当回避而未回避案	(92)
案例 13 开标时间与投标截止时间不一致纠纷案	(95)

案例 14 专家分别评审供应商案	(97)
案例 15 专家专业水平不高引发纠纷案	(100)
第五章 政府采购合同案例评析	(103)
综述	(103)
案例 1 政府采购“跟标”案	(109)
案例 2 擅自撤标纠纷案	(111)
案例 3 政府投资工程结算审计纠纷案	(114)
案例 4 政府采购合同撤销权纠纷案	(120)
案例 5 政府投资重点高速公路工程违法分包案	(124)
第六章 质疑与投诉案例评析	(128)
综述	(128)
案例 1 政府采购未书面答复质疑案	(133)
案例 2 政府采购质疑答复未告知投诉权案	(135)
案例 3 采购中心以质疑超过法定时间为由不予受理质疑案	(137)
案例 4 投诉书未递交给正确主体致投诉未予以处理案	(141)
案例 5 未依法受理投诉及处理投诉事项案	(142)
第七章 监督检查案例评析	(145)
综述	(145)
案例 1 农民诉财政局超预算买车公益诉讼案	(149)
案例 2 政府采购中心受到各有关部门监督案	(154)
第八章 法律责任案例评析	(157)
综述	(157)
案例 1 由于招标人过错导致废标的责任承担案	(163)
案例 2 土方回填工程招标采购供应商“串标”被罚案	(167)
案例 3 政府采购工作人员接受贿赂被处罚案	(170)
案例 4 尚未履行的采购合同被撤销能否索赔案	(172)
第九章 WTO《政府采购协议》及国外政府采购案例评析	(175)
综述	(175)
案例 1 增值税不纳入政府采购合同价值案	(178)
案例 2 韩国影响政府采购措施案	(180)
案例 3 采购停车收费表系统违反《政府采购协议》案	(183)
案例 4 与《政府采购协议》例外条款有关的“联想安全门”案	(185)
案例 5 州际岩制品股份有限公司诉美国政府案	(188)
案例 6 克拉克建设股份有限公司诉费德里克·派纳等人案	(191)
案例 7 爱莫瑞国际航空公司诉美国政府和联邦快递有限公司案	(195)
参考文献	(199)

第一章 总则案例评析

综 述

《政府采购法》的第一章是总则。该章规定的内容包括：立法宗旨、适用范围、政府采购的概念、原则、模式、政策目标等内容。本章内容是政府采购概括性的条文，严格地讲，政府采购中发生的各种纠纷都能够在这一章中找到相应的根据。但直接涉及本章相关规定的纠纷，主要包括政府采购法的适用纠纷、涉及政府采购原则的纠纷、政府采购模式纠纷、涉及政府采购政策目标的纠纷、政府采购回避纠纷等几类。

一、政府采购法的适用纠纷

《政府采购法》第2条规定了该法的适用范围：地域范围为中华人民共和国境内；适用的主体包括各级国家机关、事业单位和团体组织；采购资金来源限于财政性资金；采购的对象包括货物、工程和服务，且要求属于依法制定的集中采购目录以内的或者采购限额标准以上的。但相关操作在实践中仍然存在大量纠纷。

首先，对采购主体有不同的理解。虽然从《政府采购法》的立法看，已经明确“采购人不包括国有企业，主要是考虑到企业是生产经营性单位，其购买行为在某种意义上属于生产行为（为制造某产品而购买，非消费性的），其资金来源多元化，企业作为市场主体应当按照市场规律自主经营，所以，不论从理论上还是实际操作上都不宜将企业纳入政府采购范围”^①。但是，实践中的复杂性在于，我国许多国有企业承担着公共采购的职能，如许多市政工程，使用的是财政资金，许多人将这类采购理解为政府采购。笔者认为，解决此类分歧的关键在于：应当严格区分政府采购与企业采购，当政府以公共采购为目的，将财政性资金交给某一企业时，实际是在进行一项服务（采购项目管理）的采购，这个过程应当属于政府采购。目前，许多地方实施的建设项目“代建制”即属于此类采购。一旦公共采购项目已经交给某一企业后，企业为了该项目再进行的采购则属于企业采购。

在实践中，涉及财政性资金的争议是政府采购法适用范围争议中最多的。其主要表现如下。

（1）有些采购项目使用的是所谓“拼盘资金”，既有财政性资金，也有非财政性资金，对此类采购是否应当适用政府采购法，存在不同的理解。对这一问题应当明确，只要有财政性资金，不论比重大小，一律应当适用政府采购法。原因在于，所有财政性资金的使用都应当严格依法，而非财政性资金的使用更多地由资金所有人决定，因此，《政府采购法》中财政性资金的

^① 肖捷：《中华人民共和国政府采购法辅导读本》，14～15页，北京，经济科学出版社，2002。

含义是“全部或部分用财政性资金进行采购的”^①。

(2) 关于财政性资金的含义。许多人认为,如果采购资金是本单位“挣”的,就不应当列入政府采购。这是对财政性资金的误解。财政性资金包括财政预算资金和预算外资金。预算外资金是指政府批准的各类收费或基金等。事业单位、社会团体所谓“挣”的钱往往属于预算外资金,因此,也应当纳入政府采购,如学校的学费收入、非营利性医院的收费等,都可以纳入预算外资金。

关于工程建设是否应当纳入政府采购,这是涉及《政府采购法》与《招标投标法》关系,以及监管体制的大问题。目前的实际情况是:虽然《政府采购法》第2条规定了政府采购包括工程,但该法第4条规定:“政府采购工程进行招标投标的,适用招标投标法。”该条规定成为许多人认为工程应当排除在政府采购外的依据,认为只有货物和服务的政府采购适用《政府采购法》。这本身就是一个矛盾。为理顺这一矛盾,笔者认为两法发展趋势应当为:方案一,废除《招标投标法》,将《招标投标法》的主要内容作为《政府采购法》的组成部分;方案二,将《招标投标法》作为《政府采购法》的特别法处理,但《招标投标法》的调整范围仅限于财政性投资项目的招标投标。

二、涉及政府采购原则的纠纷

政府采购应当遵循公开透明原则、公平竞争原则、公正原则和诚实信用原则。政府采购中的大量纠纷都涉及这几项原则。

(一) 涉及公开透明原则的纠纷

在涉及公开透明原则的纠纷中,大多数是因为公开透明的程度不够而导致的。在此特别需要提出的是,招标采购的项目,必须在招标文件中公开评标标准和评标方法,这既是供应商供应货物、服务、工程争取中标的依据,也是采购人公平、公正对待供应商的基础。有些采购项目,直到开标、甚至是评标后才宣布评标标准和评标方法,这会让供应商无所适从,因为供应商要根据评标标准和评标方法确定投标的策略。例如,计算机的招标采购,如果评标标准只是确定一个配置的刚性要求,则供应商没有必要在这个刚性的基础上提高配置;如果评标标准在刚性配置的基础上鼓励提高配置,供应商则会在权衡自己提高配置成本的基础上作出是否提高配置参加投标的决策。近一两年在招标文件中不公开评标标准和评标方法的情况大为减少,但在评标中改变评标标准和随意增加评标考虑的因素的情况则有所增加。如笔者接受咨询的一些政府采购纠纷,有些是采购人开始评标后发现评标标准有缺陷或者是迫于领导的压力,临时改变评标标准;有些是在评标中随意增加评标考虑的因素而导致按照原评标标准应当中标的供应商落标。这些做法都违背了政府采购中的公开原则。如果评标开始后发现评标标准有缺陷或者不足,正确的做法是宣布废标,然后在修改评标标准的基础上重新招标采购。

但是,有些纠纷是由于过分公开导致的。信息的公开是有相对性的,政府采购中的有些信息不但不能公开,反而要严格保密。除了涉及商业秘密的政府采购信息可以不公开外,还有下列政府采购信息应当保密。

^① 肖捷:《中华人民共和国政府采购法辅导读本》,15页,北京,经济科学出版社,2002。

(1) 通过资格预审的供应商名单。招标采购的目的在于通过提高竞争程度鼓励供应商完全按照自己能够接受的最低条件进行投标,如果公开了通过资格预审的供应商名单,由于同行的了解,供应商可以根据对手情况有针对性地制定投标策略,甚至为围标提供了方便。因此,在政府采购实践中有些地方公开通过资格预审的供应商名单极为不妥。

(2) 采购人对于设有标底的采购项目,应当做好标底的保密工作。在政府采购实践中,对标底保密的意义是众所周知的,需要改进的是如何做好保密工作。

(3) 评标委员会成员的名单在中标结果确定前应当保密,评标过程应当保密。这是采购招标中通行的做法,我国《招标投标法》第37条、第38条有明确的规定。世界银行《采购指南》第2.46条规定:“公开开标之后直至对中标商宣布授予合同之前,与投标的检查、澄清、以及评标和授标建议有关的情况均不得向投标人或其他与该程序无关的人员透露。”^①在政府采购实践中有些地方在评标前公开评标委员会成员的名单,这给供应商对评标委员会成员进行“攻关”提供了条件。也有些地方对评标过程进行“现场直播”,便于供应商进行监督。这么做的动机应当说是好的,但效果可能适得其反,因为这将给评标委员会成员在评标过程中造成巨大的压力,很难客观公正地进行评标。

(二) 涉及公平竞争和公正原则的纠纷

严格地讲,公平竞争原则和公正原则是不同的,前者强调的是供应商之间的竞争关系;后者强调的是采购人在采购评审过程中,应当公正对待供应商。但在实践中,两者的表现很难严格区分。在实践中产生纠纷的原因主要是对供应商设定歧视性条件、采购的技术标准有倾向性、采购指定品牌、采购评审时不够公正、采购人与供应商串通、供应商之间串通。这些做法都违反了《政府采购法》的规定,解决这些纠纷的方法是严格执行《政府采购法》,纠正这些错误。特别需要提出的是,采购人与供应商串通、供应商之间串通,有可能构成刑事犯罪。

但是,公正原则也是相对的,即使是在评标中。有些纠纷是由于当事人过分追求绝对公平公正引起的。导致政府采购评标中公正的相对性的主要原因在于政府采购还要实现自己的政策目标。对于此类纠纷的解决,需要供应商能够从更高的角度理解政府采购的公平和公正。站在更高的角度看,政府采购的政策目标是为了实现更高级的公正。从这一角度说,政府采购的政策目标与公正性是统一的。

三、政府采购模式纠纷

我国《政府采购法》在立法之初就确立了集中采购与分散采购相结合模式,是指一部分采购由政府集中采购部门统一负责,其他采购则由使用单位自行采购的模式。对于这一模式在立法过程中一直没有异议,但对于集中的程度、如何集中则一直有诸多的争论意见^②。从国际上看,有的国家是根据采购的数额确定是否进行集中采购,如设置采购门槛,超过门槛部分由

① 中华人民共和国财政部:《国际复兴开发银行贷款和国际开发协会信贷采购指南(1996年校译本)》,21页,北京,清华大学出版社,1997。

② 《(无署名)《政府采购法(草案)》一审意见综述》,载《中国政府采购》,2001(6、7);《(无署名)《政府采购法(草案)》二审意见综述》,载《中国政府采购》,2002(2)。

一个部门统一采购,低于门槛部分由需求部门自行采购^①。也有的国家是根据采购物品的性质、数量和采购政策综合确定^②。我国《政府采购法》倾向于后一确定方法。但这一做法导致了集中采购与分散采购划分的不确定性,从而引发纠纷。但此类纠纷主要发生在采购人、采购代理机构与采购监督机构之间,采购人、采购代理机构与采购监督机构对集中采购的项目有不同的理解。

就目前的管理体制而言,集中采购和分散采购范围的划分,由省级以上人民政府颁布的集中采购目录确定。属于中央预算的政府采购项目,其集中采购目录由国务院确定并公布;属于地方预算的政府采购项目,由省、自治区、直辖市人民政府或者其授权的机构确定并公布。纳入集中采购目录的政府采购项目,应当实行集中采购。目前,国务院、各省、自治区、直辖市人民政府或者其授权的机构都是每年发布一次集中采购目录,这导致了不同地区、同一地区的不同年份,集中采购目录的采购项目不同,这不符合法制同一性和指导性原则,将来应当由国家统一发布具有稳定性的集中采购目录。

四、涉及政府采购政策目标的纠纷

在涉及政府采购政策目标的纠纷中,首要的原因在于政府采购的政策目标导致了公平的相对性。但是,采购中的政策目标是国际通行的做法。从国际上看,为了实现政策目标在评标时,对不同类型的供应商设定不同的评标标准是正常的。如世界银行《采购指南》在“国内优惠”^③中规定:“在比较借款国制造的货物和国外制造的货物的投标时,可给予在借款国国内制造的货物一定幅度的优惠;对于人均国民生产总值低于规定限额的会员国的土建工程,在比较其合格的国内承包人的投标和国外承包人的投标时,可给予其国内承包人一定幅度的优惠。”^④我国《政府采购法》只对政策目标作了原则性的规定,没有规定具体的措施,但笔者认为这并不妨碍采购人在政府采购中为了实现这些政策目标,而针对不同类型的供应商设定不同的评标标准。因为即使有了具体的规定,也不可能达到为了所有具体政策目标直接可以在规定中查出具体定量操作的程度。比如,对于环境保护的政策目标,由于不同的采购项目为了实现环境保护而提高的成本千差万别,因此不可能制定统一的优惠标准。因此,评标委员会有权把破坏环境资源、不利于环境资源保护的供应商淘汰出局,有权在同等条件下,优先选择有利于环境资源保护、履行社会责任和尊重社会政策的企业作为中标人。如前所述,对于此类纠纷的解决,需要供应商能够从更高的角度理解政府采购的公平和公正。

执行政策目标不够严格,也会导致纠纷的产生。在这方面最典型的莫过于不严格执行政府采购的国货原则,甚至因此发生了多起被媒体广为报道的“政府采购拒绝国货”事件。如2006年11月16日,合肥市政府采购中心网站发布的《合肥市国土资源局综合楼中央空调系统设备招标公告》明确要求,螺杆式冷水机组和空调离心泵的整机须为“欧美日原装进口”。

① 王亚星:《政府采购制度创新》,53页,北京,中国时代经济出版社,2002。

② 孟春:《政府采购理论与实践》,23页,北京,经济科学出版社,2001。

③ 由于世界银行是发展银行,负有推动发展中国家发展的目标,而借款国往往是发展中国家,因此,扶持借款国供应商中标可以说是世界银行的政策目标。

④ 中华人民共和国财政部:《国际复兴开发银行贷款和国际开发协会信贷采购指南(1996年校译本)》,22页,北京,清华大学出版社,1997页。

2007年1月举行的江西省高等级公路管理局路面设备招标,涉及政府采购约3 000万元,其招标的技术规格规定:国外知名生产厂家原装产品或在国内投资组装。这些采购活动不但没有执行采购国货的政策,反而拒绝国货,当然违反了《政府采购法》。出现这些纠纷的原因,部分是由于执行这些政策目标缺乏具体的可操作的规定。目前,这些政策目标的具体操作程序正在完善中,如2007年12月27日财政部发布《自主创新产品政府首购和订购管理办法》《政府采购进口产品管理办法》两个管理办法,对采购国货的原则进行了具体规定。2007年12月28日,财政部部长谢旭人代表我国政府,签署了中国加入WTO《政府采购协议》(GPA)申请书。当日,我国常驻WTO代表团将申请书和中国加入GPA初步出价清单递交WTO秘书处,标志着我国正式启动加入WTO《政府采购协议》谈判。将来我国一旦加入GPA,GPA成员国也将参与我国的政府采购,那时候,关于政策目标的纠纷将不限于我国供应商。

五、政府采购中的回避纠纷

《政府采购法》第12条规定:“在政府采购活动中,采购人员及相关人员与供应商有利害关系的,必须回避。供应商认为采购人员及相关人员与其他供应商有利害关系的,可以申请其回避。前款所称相关人员,包括招标采购中评标委员会的组成人员,竞争性谈判采购中谈判小组的组成人员,询价采购中询价小组的组成人员等。”目前实践中产生纠纷较多的恰恰是由于“相关人员”(主要是招标采购中评标委员会的组成人员)。由于招标采购中评标委员会的组成人员在评标前是保密的,因此在理论上此类纠纷不可能出现在评标前。如果在中标供应商尚未确定时发现评标委员会成员有应当回避的情况,则应当撤换应当回避的人员,重新组成评标委员会,重新评标;如果中标、成交供应商已经确定但采购合同尚未履行的,撤销合同,从合格的中标、成交候选人中另行确定中标、成交供应商;采购合同已经履行的,给采购人、供应商造成损失的,由责任人承担赔偿责任。

(何红锋)

案例1 政府采购监管职责纠纷案

【案情摘要】

2003年“非典”之后,国家决定采购114亿元医疗救治项目,对我国薄弱的公共卫生救治体系进行规划和建设。采购人中华人民共和国国家发展和改革委员会(以下简称国家发改委)、卫生部分别委托社会中介机构进行代理。2004年10月29日、2004年11月19日先后开标合计586台的血气分析仪采购项目中,北京现代沃尔经贸有限责任公司(以下简称“现代沃尔公司”)在两次投标报价中均为最低,却都落标。该公司认为招标过程存在“暗箱操作”,先向采购人、招标公司提出质疑,未果。2004年12月21日,又向财政部提出投诉,但财政部在法定30天时间内未能作出处理决定,也没有给予答复,现代沃尔公司以“财政部的不作为”为由提起行政诉讼,将财政部告上了法庭,认为财政部未履行对政府招标采购行为的监管职责,未对其投诉予以处理和答复。2005年3月28日北京市第一中级人民法院受理了该案件。财政部认为,一审法院认定事实错误。现代沃尔公司投诉的项目,是国家医疗救治体系项目的一个组

成部分,属于国家重大建设项目。对此类项目招标投标活动的投诉,依照《招标投标法》《关于国务院有关部门实施招标投标活动行政监督的职责分工的意见》和《国家重大建设项目招标投标监督暂行办法》的明确规定,应由国家发改委受理并作出处理决定,并非属于财政部的监督管理权限范围。

【处理结果】

2006年12月8日,北京市第一中级人民法院作出一审判决:财政部应对投诉予以处理和答复。2006年12月22日,财政部向北京市高级人民法院提出上诉,要求撤销一审判决。至今为止,二审尚未判决。

【分析评论】

本案争议的采购项目中,采购人是国家发改委、卫生部,是国家机关,符合《政府采购法》对采购主体的规定,使用的资金是财政性资金。因此,属于政府采购项目。笔者同意现代沃尔公司的观点,认为财政部应当是该项目的监管部门。《政府采购法》第13条规定:“各级人民政府财政部门是负责政府采购监督管理的部门,依法履行对政府采购活动的监督管理职责。各级人民政府其他有关部门依法履行与政府采购活动有关的监督管理职责。”

本案争议的实质在于《政府采购法》与《招标投标法》的关系问题。笔者认为两法合一才能彻底解决此类纠纷。我国1999年颁布了《招标投标法》,2002年颁布了《政府采购法》。两法并存给我国的招标投标、政府采购的操作带来了很多问题,如法律的适用问题、监督部门的分工问题等。《政府采购法》第2条规定:“本法所称政府采购,是指各级国家机关、事业单位和团体组织,使用财政性资金采购依法制定的集中采购目录以内的或者采购限额标准以上的货物、工程和服务的行为。”无疑,政府采购应当包括工程采购。但《政府采购法》第4条规定:“政府采购工程进行招标投标的,适用招标投标法。”第4条的规定成为许多人认为工程应当排除在政府采购外的依据,认为只有货物和服务的政府采购适用《政府采购法》。但是,《招标投标法》第2条规定:“在中华人民共和国境内进行招标投标活动,适用本法。”这条规定使得《政府采购法》第4条的规定没有了意义,因为不论是工程还是货物、服务的政府采购,只要是招标采购,都应当适用《招标投标法》。这种立法的冲突不解决,招标投标、政府采购的操作问题便不可能解决。

一、招标投标立法模式考察

世界各国招标投标法的立法模式有两种。一种是单独立法,即颁布独立的招标投标法;另一种则是在政府采购法中规定招标投标制度。

采用单独立法的国家很少,主要是埃及和科威特,颁布有《公共招标法》,都是只规范政府的招标项目。以埃及的《公共招标法》为例,1998年第89号法令(新的招标法)的实施取代了关于进行经济发展计划的1962年第147号法令和1983年第9号法令(旧的招标法)。新的招标法对于同埃及政府部门达成的所有供货、服务和建设合同均有效。通常,政府合同的订立必须通过公开招标或经过政府和承包商之间公开谈判。很明显,如果从内容上看,埃及的《公共招标法》就是政府采购法,其采购方式虽然以公开招标为主,但不限于公开招标,采购人限于政府部门。

大多数国家在招标投标法的立法上不是采取独立立法的模式,而是在政府采购法中规定招标投标制度。这种立法模式的基本理念是:对于采购行为,国家和公众需要监督、干预的是政府采购行为,因为这时采购人花的是国家和公众的钱;对于非政府采购行为(私人采购),国家和公众没有必要干预,采购人有权自由支配他们的资金,在正常的情况下,他们会尽量合理地使用他们的资金。

采用这一立法模式的,美国有《联邦采购法》、瑞士有《联邦国家购买法》、韩国有《政府作为采购合同一方当事人的法令》等,这些国家的政府采购法都详细规定了招标的程序。有些国际组织,如世界银行和亚洲开发银行,也是在他们编制的采购指南中规定严格的招标程序。世界贸易组织(WTO)的《政府采购协议》要求一般情况下应当通过招标进行政府采购^①。联合国《贸易法委员会货物、工程和服务采购示范法立法指南》要求在一般情况下以招标方式进行采购^②。

二、我国两法并存理由之否定

我国目前主流的观点认为,招标投标能够保证招标项目的质量。《招标投标法》第1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。”国家立法机构对招标投标能够提高项目质量作了如下解释:“在工程项目和货物等的采购中,实行招标投标制度,依照法定的招标投标,通过竞争,选择技术强、信誉好、质量保障体系可靠的投标人中标,对于保证采购项目的质量是十分重要的。从实践中看,一些本应进行招标采购的项目不进行招标或者不按规定的规则和程序进行招投标,是导致其发生严重质量事故的一项重要原因。”^③在这种思想指导下,《招标投标法》规定的必须招标的项目远远超出政府采购的项目范围:“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)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。”由于建设项目的特殊性,可以说,所有的建设项目都与社会公共利益、公众安全有关,仔细研读《建设工程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),笔者认为只有两类项目被排除在必须招标的建设项目之外:一类是非商品住宅,另一类是使用国有资金投资、国家融资或者使用国际组织、外国政府贷款、援助资金的项目以外的厂房建设项目。这样一来,我国的招标投标行为就无法只用《政府采购法》进行规制,这是我国《招标投标法》与《政府采购法》并存的基础。

但这种两法并存的理由在逻辑上和理论上是站不住脚的。

(1) 我国这样的规定在逻辑上存在严重的问题:一方面,有些项目的采购当事人可以选择不招标;另一方面,一旦选择招标,则“在中华人民共和国境内进行招标投标活动,适用本法”

① 朱建元、金林:《政府采购的招标与投标》,478~487页,北京,人民法院出版社,2000。

② 联合国《贸易法委员会货物、工程和服务采购示范法立法指南》在“导言”的第14条中作出了明确的要求。

③ 全国人大常委会法制工作委员会经济法室:《中华人民共和国招标投标法实用问答》,9页,北京,中国建材工业出版社,1999。

(《招标投标法》第2条)。从民法理论讲,招标作为一种采购方式,当事人有采用与否的权利时,当然也有选择具体操作的权利。对于不是必须招标的项目,当事人如何招标实质是如何签订合同,在程序上当事人只要约定了具体的步骤(或者一方提出步骤,另一方接受的),不会损害其他人的利益,法律没有干预的理由。因为采用招标与否的权利明显大于在招标中如何具体操作的权利,当事人有是否采用招标的大权利,却没有如何操作的小权利,这在逻辑上是不能成立的。逻辑上的另一个严重问题是《招标投标法》第2条与《政府采购法》第4条的冲突。如前所述,按照《招标投标法》第2条规定,在我国境内进行的所有招标投标活动,都要适用《招标投标法》,当然也包括政府采购工程的招标。这样,《政府采购法》第4条的规定就没有实际意义了。但是,问题是如果仅仅是为了重复《招标投标法》的规定,则应当同时列明政府采购货物、服务也要适用《招标投标法》。但《政府采购法》第4条只规定政府采购工程进行招标投标的,适用《招标投标法》,无疑会让人理解货物和服务的政府采购不应适用《招标投标法》,这样,又与《招标投标法》第2条的规定冲突。

(2)更为严重的问题是,招标投标能否保证项目质量?招标投标这种采购方式无疑能够增加投标人的竞争性,但需要解决的问题是,投标人在投标中竞争的内容是什么?是否是通过竞争,选择技术强、信誉好、质量保障体系可靠的投标人中标?结论是否定的。技术强、信誉好、质量保障体系可靠,这应当是投标人的基本要求,应当是在资格预审中就解决的问题,技术不强、信誉不好、质量保障体系不可靠的投标人不能参加投标竞争。有些人可能会说,技术、信誉、质量保障体系有一个程度问题,即使都符合资格预审要求,通过投标竞争能够选择更强、更好、更可靠的投标人。招标人如果有这种想法,可能是对自己设定的资格预审条件没有信心,这可以通过提高资格预审条件选择更强、更好、更可靠的投标人。如果抱着如下想法,则不符合大部分项目招标的原则,虽然符合资格预审条件的投标人也可以完成工程项目,但如果选择技术更强、信誉更好、质量保障体系更可靠的投标人中标,则质量也更高。因为招标的目标是实现经济性,使采购的项目“物有所值”,这要求在一般情况下采购项目的质量要求应当是刚性的,而不是越高越好。举例而言:采购计算机,首先应当确定计算机的用途,根据用途确定采购计算机的配置,在配置明确的情况下进行招标;采购汽车,首先要明确汽车的用途,根据用途确定汽车的采购标准。建设项目也一样,一般情况下,有了明确的质量标准后,在评标中提高质量要求的投标不应当受到鼓励。招标的项目大多数应当像廉租房,在明确了质量标准后进行招标,并且不宜鼓励超出标准提高质量,一旦廉租房的质量超出一般商品房的质量,无论是从社会公平角度看,还是从政府资金使用看,都是不公平的。当然,笔者也不否定在个别情况下,需要鼓励质量越高越好,但这应当限于在使用要求、工程要求不明确的项目,这种情况应该有严格的限制,尤其是使用财政资金的情况更应当严格控制,因为这种情况将无法严格控制财政资金的使用。

(3)一旦通过招标投标签订合同后,项目质量应当通过合同履行来确保。合同应当对质量有明确的规定,我们不能指望出现这样的情况:通过投标竞争选择技术更强、信誉更好、质量保障体系更可靠的投标人后,他们完成的工程质量会高于合同的约定,这不符合投标人的基本