

《政府采购法实施条例》

条文理解与案例适用

◎ 顾问 江 平

◎ 审定 陈川生

◎ 编著 李显冬 魏 昕



ZHENGFU CAIGOUFA SHISHI TIAOLI
TIAOWEN LIJIE YU ANLI SHIYONG



中国工信出版集团



电子工业出版社
PUBLISHING HOUSE OF ELECTRONICS INDUSTRY
<http://www.phei.com.cn>

《政府采购法实施条例》 条文理解与案例适用

顾问 江 平

审定 陈川生

编著 李显冬 魏 昕

電子工業出版社

Publishing House of Electronics Industry

北京 • BEIJING

内 容 简 介

《中华人民共和国政府采购法实施条例》于2015年3月1日起施行,本书以条例内容为主要框架,以条文释义为主要内容,加之精选的案例与法理分析,构成了本书的主要写作思路和篇章结构,因此本书主要分为三个部分:条文释义、案例、法理分析。本书的写作角度是理论与实践相结合,本书的最大特点是对每一条法规内容配一个相关案例,通过对条文的理论解释和对案例的法理分析,加深读者对法条的理解和掌握,帮助解决实际工作中的难题,具有很强的实践意义和应用价值。

未经许可,不得以任何方式复制或抄袭本书之部分或全部内容。
版权所有,侵权必究。

图书在版编目(CIP)数据

《政府采购法实施条例》条文理解与案例适用/李显冬,魏昕编著. —北京:电子工业出版社,2016.2
ISBN 978-7-121-28021-4

I. ①政… II. ①李… ②魏… III. ①政府采购法—法律解释—中国②政府采购法—案例—中国 IV. ①D922.205
中国版本图书馆 CIP 数据核字(2016)第 003123 号

策划编辑:陈晓莉

责任编辑:陈晓莉

印 刷:三河市鑫金马印装有限公司

装 订:三河市鑫金马印装有限公司

出版发行:电子工业出版社

北京市海淀区万寿路 173 信箱 邮编 100036

开 本:787×1 092 1/16 印张:16.25 字数:436 千字

版 次:2016 年 2 月第 1 版

印 次:2016 年 2 月第 1 次印刷

定 价:59.00 元

凡所购买电子工业出版社图书有缺损问题,请向购买书店调换。若书店售缺,请与本社发行部联系,联系及邮购电话:(010) 88254888。

质量投诉请发邮件至 zltz@phei.com.cn, 盗版侵权举报请发邮件至 dbqq@phei.com.cn。

服务热线:(010) 88258888。

序

十八届四中全会强调依法治国，给我们提出了一个很深刻的命题，就是怎么样依照法律的精神和法治的思想来治国。所以各个方面都应当提“法治压倒一切”，强调依法治国。自然，一个国家要做到依法治国，很重要的一个原则就是得有序运行。如此，在依法治国的语境下，如何理解有序，就涉及了两个不同的层面：

首先，依法治国当然要有规则来指导国家的运行。

因为有序的最重要基础就是规则的指导，如果压根不存在规范运行的规则，怎么能叫做有序呢？

其次，权力的运行要有序。

如果权力运行不能做到有序进行，比如法院的司法权力运行无序，公安机关的运转无程序可依或者不遵守程序，那么怎么能够说国家处于有序状态呢？同理，政府的采购工作也只有在规则的指导下有序进行，这样才能叫做依法治国。

无疑，如何处理私权和公权两者之间的关系自然就在依法治国理念中居于非常重要的地位。当然私权的行使要考虑到群众的利益，不能随意被剥夺，也不能被非法予以限制；而公权则不同，凡事都要考虑到其行使的范围。十八届四中全会特别提到了“法无授权即不可”，这当然是就公权而言的。我们现在特别强调公权与私权两者之间的不同，强调公权绝对应受到限制！就是因为其没有授权就应该被禁止；至于私权则凡是法律没有禁止的就都是自由的。

从依法治国的根本精神来看，私权是基础，公权是管理的工具。把私权视为我们依法治国的基础来对待，很有好处，能够解决许多方面的矛盾和问题。故而公权才应当严格加以限制，没有权力清单，没有授权，权力即不能随便行使。也正是由于公权力最容易被滥用，因而才使对公权力的限制成为依法治国最重要的一个环节，这是公权的本质特征之一。

这也是我们强调依法治国，首先就得要有法律规范中的应有之意。然而我们现在的立法无疑是有很多问题的，而且都还不那么明确。比如说，现在大家都讲网上规则。那么，针对互联网犯罪，到底什么叫犯罪？什么叫不犯罪？据我所了解，现在互联网并没有一个正式的刑法上的规定，最多是“两高”，即最高法院、最高检察院的司法解释，但光靠司法解释能够作为一个治罪的标准吗？这个问题是需要我们很好地思考的！而就互联网犯罪而言，现在“两高”的司法解释主要涉及了造谣。但造谣到底怎么来下定义呢？什么才叫严重的造谣呢？所以怎么来区别这其中究竟哪个是有罪的，哪个是无罪的，就缺少明确的规范了。以此为例我只是说，我

们的立法还存在很多不明确的地方，需要我们不断予以完善。

《中华人民共和国政府采购法实施条例》作为一部行政法规，无疑是对《政府采购法》中不明确的地方做出的相应补充规定，以便使有关立法更加完善。这一条例中涉及了私权与公权力之间的关系问题，涉及对公权力的限制问题。要规范政府权力的运行，是对国家依法治国之法治理念的一种响应。

显冬作为我的学生与他自己的学生魏昕的这本书，从这样一种理论与实践相结合的视角，通过对法规条文理论诠释，特别是具体案例的生动说明，无疑可以给政府采购实践工作提供一个很好的“有法依法，没有法律依习惯，没有习惯依法理”依法进行政府采购的参照范本。

是为序！



2015年11月26日

跋

《中华人民共和国政府采购法实施条例》(以下简称《条例》)于2015年3月1日起施行。《条例》的出台千呼万唤、步履蹒跚,距离其上位法《政府采购法》颁布实施长达12年之久,足见公共采购法律关系之复杂。公共采购的实质,包括招标方式采购,就是在公权管制下签订一个民事合同。民事合同就是一种民事法律关系,讲民事法律关系则离不开讲案例。

我一直以为,案例的梳理特别是经济法的案例,并非只是罗列案例、阐释法条,其实它是一项复杂艰巨的任务。其缘由是公共采购不仅涉及法学,还涉及管理学、经济学等多门学科。即使是单纯的法学案例也需要依据作者对法条的理解,精心对搜集的案例归纳裁剪,使其同法条浑为一体,方便读者对法条学的理解,记得住、用得上。

本书对法条的梳理以公权和私权的关系为主线研究其法律关系,包括行为或事实的主体、客体和内容。首先,逐一对法律条文内容进行高度概括,总结出其主旨含义,利于读者准确把握本条的立法意图和全部法律关系;其次,对法律条文原文引用部分,用较为明显的字体进行标示,利于读者方便查找;最后,在本书的最后会列举出一系列的参考网站,利于读者及时更新、查找有关采购信息。这种写作方式不仅在理论上透析了法条背后的含义,而且也提高了法条在实践中运用的正确性。所以,本书的体例是由法律条文、条文释义、经典案例、法理分析这四部分构成的。

本书是2013年法制出版社出版的由我主编、江平先生作序、陈川生先生审定的《〈中华人民共和国招标投标法实施条例〉条文理解与案例适用》的姊妹篇,也是我和我的学生魏昕同学合作的成果。

在本书完成后,作者再次请到法学界的泰斗级学者江平先生为本书作序。在撰写过程中,我的好友山西省机械设备成套局原总工程师、北京建筑大学兼职教授陈川生先生对全书做了最后审定,包括对法条的注释的修改并提供其最新论文供作者引用参考。中北大学理学院的朱晋华高级工程师和江西科技师范大学的陈杼晖老师为本书案例的收集和解读也做了一定的工作。此外,作者在撰写本书过程中参考的一系列著作文献、专业书籍、官方网站、新闻网站等,虽不能一一列举,但在此一并表示感谢!对书中的缺点错误亦请广大读者批评指正。

李显冬

2015年12月1日

目 录

第一章 总则	1
第一条 立法依据	1
一、《政府采购法》的法律特征	1
二、制定条例的合法性和必要性	2
三、《政府采购法实施条例》的特点	2
第二条 财政性资金和服务的解释、说明	7
一、对“财政性资金”定义的必要性	7
二、对“财政性资金”概念范畴进行界定	8
三、关于非财政资金	9
第三条 集中采购目录	9
一、集中采购目录界定的必要性	10
二、集中采购目录的基本内容	10
三、两类集中采购目录的适用条件	10
第四条 集中采购和分散采购	11
一、集中采购、分散采购和混合采购	12
二、集中采购机构和采购代理机构	13
第五条 制定集中采购目录和采购限额标准的授权	14
一、制定集中采购目录	14
二、采购限额标准	15
第六条 政府采购的社会政策目标	16
一、财政部门是落实国家政府采购政策的职能部门	16
二、财政部制定政府采购政策的依据	17
三、实现政府采购政策的具体措施	18
第七条 政府采购工程的法律适用	21
一、政府采购工程的法律适用	21
二、政府采购工程的法律适用的实践	23
第八条 政府采购项目信息公开	27
一、体现公正透明的原则	27
二、政府采购项目信息发布的行政监督主体	27
三、政府采购项目信息发布的渠道	27
第九条 政府采购回避制度	28
一、建立政府采购回避制度	29
二、政府采购中应回避事实的认定	29
三、供应商申请回避的权利和申请程序	30
第十条 政府采购的电子化发展	31
一、推动政府采购活动电子化的必要性	32
二、实现政府采购电子化的途径	32

三、政府采购电子交易平台建设的规划	33
四、依据规划稳步推进政府采购电子化的进程	33
参考文献	35

第二章 政府采购当事人	36
第十一条 采购人的义务	36
一、采购人的范畴界定	36
二、对采购人义务规定的必要性	37
三、采购人承担义务的原则	37
四、具体措施和目标	37
五、科学合理地确定采购需求	38
六、禁止采购人所为的行为	38
第十二条 采购代理机构的补充规定	40
一、集中采购机构	41
二、集中采购机构以外的采购代理机构	41
第十三条 采购代理机构的业务要求	42
一、采购代理机构应当具备的软件和硬件条件	42
二、提高招标代理服务专业化的环节	43
三、确定招标代理的工作边界	44
第十四条 采购代理机构及其工作人员不得为之条款	46
一、采购代理机构及其工作人员不应为条款之必要性	46
二、采购代理机构及其工作人员不应为之行为	46
第十五条 采购文件编制	50
一、采购人、采购代理机构编制采购文件的依据	50
二、确定采购需求的约束条件	51
三、公共服务项目确定需求的途径	51
第十六条 委托代理协议	53
一、签订委托代理协议的必要性	54
二、委托代理协议包含的具体事项	54
三、委托代理机构的义务	54
第十七条 供应商资格条件材料	57
一、供应商需提供参加政府采购活动资格条件的证明材料的必要性	57
二、供应商参加政府采购活动需要的证明材料	58
第十八条 对供应商的限制	60
一、存在关联关系的供应商不得参加同一合同项下的政府采购活动	61
二、为采购项目提供过服务的供应商不得再参加该项目的其他采购活动	61
第十九条 明确重大违法记录的范围和解除	62
一、重大违法记录之内涵	62
二、重大违法记录之外延	63
三、供应商禁止参加政府采购活动的解除条件	64
第二十条 对供应商实行差别待遇或歧视待遇的具体情形	65
一、项目信息的有差别提供	65
二、设定条件与采购项目特点的关系	65

三、对特定行政区域或特定行业的业绩、奖项的考虑	66
四、对供应商采取不同的资格审查或者评审标准	66
五、限定或者指定特定的专利、商标、品牌或者供应商	67
六、非法限定供应商的所有制形式、组织形式或者所在地	67
七、以其他不合理条件限制或者排斥潜在供应商	67
第二十一条 关于供应商资格预审的规定	68
一、依法发布资格预审公告	68
二、不再对供应商进行资格审查的规定	69
三、供应商的通知义务	69
四、提交资格预审申请文件的时间	69
第二十二条 联合体要求	71
一、允许以联合体形式参与政府采购活动的必要性	71
二、联合体资格等级的认定	71
三、以联合体形式参加政府采购活动的限制性规定	72
参考文献	73
第三章 政府采购方式	74
第二十三条 采用公开招标以外采购方式的法定情形	74
一、在政府采购中公开招标是主要采购方式	74
二、公开招标采购数额标准的确定	75
三、采用公开招标以外采购方式的法定情形	75
四、变更采购方式的审批机关	75
五、采购方式变更的材料	75
第二十四条 批量集中采购	76
一、实施批量集中采购制度的必要性	76
二、批量集中采购是政府集中采购制度的具体体现	77
三、实行批量集中采购的法定和例外情形	77
四、其他文件的相关规定	77
第二十五条 依法不进行招标的政府采购工程的采购方式	78
一、依法不进行招标的政府采购工程的范围	78
二、政府采购工程依法不进行招标可以选择的采购方式	79
第二十六条 适用竞争性谈判的两种情形的具体解释	80
一、竞争性谈判方式	81
二、采用招标所需时间不能满足用户紧急需要的	81
三、不能事先计算出政府采购价格总额的	82
第二十七条 对单一来源采购方式中规定的解释和补充	84
一、单一来源采购方式	84
二、只能从唯一供应商处采购	84
三、公共服务项目具有特殊要求	85
第二十八条 对化整为零方式规避公开招标行为的界定	86
一、通过化整为零进行采购是规避公开招标的表现形式	86
二、认定化整为零规避公开招标方式的要件和例外情形	87
参考文献	88

第四章 政府采购程序	89
第二十九条 政府采购实施计划	89
一、政府采购实施计划及计划的编制	89
二、建立政府采购实施计划备案制度的必要性	91
第三十条 政府采购项目预算	92
一、公开采购项目预算金额的必要性	93
二、招标采购文件的作用	93
三、公开采购项目预算金额	94
第三十一条 招标文件提供期限、澄清和修改	96
一、招标文件的提供期限	96
二、对已发出的政府招标文件进行澄清或修改的要求	97
第三十二条 招标文件	98
一、采用标准招标文件缘由	98
二、标准招标文件的构成及其法定的具体内容	99
第三十三条 招标、竞争性谈判、询价的保证金	102
一、投标保证金的作用	102
二、投标保证金的担保性质	103
三、投标保证金的数额限定以及提交形式	103
四、退还供应商投标保证金的时间要求	104
五、竞争性谈判或者询价采购提交保证金的同样适用	104
六、关于投标保证金的法律责任	105
第三十四条 评标方法	106
一、政府采购的评标方法法定	106
二、最低评标价法的定义和适用条件	106
三、综合评分法的定义和适用条件	107
四、招标文件约定的标准是评审依据	107
第三十五条 需求不确定的竞争性谈判程序	109
一、非招标方式确定采购需求的特点	109
二、本条款的适用条件	109
三、确定采购需求的主体和程序	110
四、最终报价	110
第三十六条 询价中的合同条款	113
一、询价采购方式的应用范围	113
二、询价采购中合同条款的确定	113
三、询价过程中合同条款不能调整	114
第三十七条 质量和服务相等的含义	115
一、质量和服务相等的解释	115
二、采购文件规定的实质性要求	115
第三十八条 唯一供应商的公示	118
一、公示信息的两个条件	118
二、从唯一供应商处政府采购需在媒体公示的内容	118
三、公示信息的载体	118
四、公示期	119

五、未达到公开招标数额标准且符合只能从唯一供应商处采购的处理方式	119
第三十九条 评审专家的产生	120
一、政府采购活动中评审专家的来源和聘请方式	120
二、政府采购评审专家库	121
三、评审专家的资格条件	121
四、政府采购评审专家的例外规定	122
第四十条 评审专家一般要求	124
一、遵守评审纪律、保密义务	125
二、对违法行为报告的义务	125
三、对非法干预报告的义务	126
第四十一条 对评标委员会等评审组织成员的要求	127
一、评审原则即客观、公正、审慎	127
二、专家评审的方法	127
第四十二条 评审中采购人、采购代理机构的禁止行为	129
一、采购人、采购代理机构的解释与说明义务	129
二、不得带有倾向性或者误导性	130
第四十三条 中标、成交的确定和公告	131
一、提交评审报告	131
二、确定中标、成交供应商的程序	132
三、中标、成交公告的具体内容	133
第四十四条 重新评审、改变评审结果的禁止性规定	134
一、不得违法重新评审	134
二、政府采购评审不得随意改变结果	135
三、可以重新评审的除外条款	135
第四十五条 验收	140
一、履约验收的必要性	141
二、出具验收书	141
三、验收结果向社会公告	141
第四十六条 电子档案	142
参考文献	143
第五章 政府采购合同	145
第四十七条 合同标准文本	145
一、制订合同标准文本的必要性	145
二、政府采购合同标准文本的法律特征	146
三、制定政府采购合同的政府职能部门	146
四、合同的必备条款和示范文本	146
第四十八条 履约保证金	147
一、提交履约保证金的必要性	147
二、履约保证金的性质	148
三、履约保证金的形式和数额	148
第四十九条 供应商拒签合同	149
一、中标、成交通知书的法律效力	149

二、供应商拒绝签订采购合同的处理程序	150
第五十条 政府采购合同须公开	151
一、政府采购合同公开的必要性	151
二、公告合同的当事人	152
三、公告媒体	153
四、公告政府采购合同的例外规定	153
第五十一条 采购资金支付	157
一、采购人及时支付采购资金是其基本合同义务	157
二、资金支付程序	158
参考文献	160
第六章 质疑与投诉	161
第五十二条 询问和质疑答复	161
一、询问程序	161
二、答复询问、质疑的责任主体	161
三、超出授权范围的询问或质疑	161
四、评审专家有配合答复询问、质疑的义务	162
第五十三条 质疑时效期间的起算	163
一、设定质疑期限限制的必要性	164
二、对政府采购提出质疑的时间	164
三、关于质疑期间的计算问题	165
第五十四条 暂停签订或暂停履行合同	166
一、暂停签订或中止履行合同	166
二、暂停签订或中止履行合同规定的必要性	166
三、暂停签订合同、中止履行合同的义务主体是采购人	167
第五十五条 对供应商提出质疑、投诉的要求	168
一、立法目的	168
二、质疑、投诉必须有明确的请求和相关证明材料	169
三、投诉事项不得超过已质疑事项的范围	170
第五十六条 对投诉事项的调查	171
一、财政部门对投诉事项的处理方式	171
二、相关人员配合调查的义务	172
第五十七条 特定情形的投诉处理	173
一、财政部门应当予以驳回投诉申请的情形	173
二、撤回投诉申请	174
第五十八条 投诉处理期限计算与处理决定公告	176
一、期限的计算	176
二、投诉事项处理决定的公告	176
参考文献	178
第七章 监督检查	179
第五十九条 政府采购项目的采购标准	179
一、政府采购项目的采购标准	179
二、采购标准具体内容	179

第六十条 财政部门对集中采购机构的考核事项	184
一、财政部门对集中采购机构进行考核的必要性	184
二、财政部门对集中采购机构的考核事项	184
三、制订考核计划	186
四、建立重要情况报告制度	186
第六十一条 采购人与采购代理机构之间的相互监督	187
一、采购人和采购代理机构	187
二、采购人对采购代理机构的“监督”	187
三、采购代理机构对采购人的“监督”	188
第六十二条 政府采购评审专家库管理与评审专家职责履行情况的记录	189
一、对评审专家库实行动态管理	189
二、记录和报告制度	190
第六十三条 政府采购信用信息平台	191
一、政府采购监督管理体制	192
二、对政府采购活动相对人的管理监督	192
三、对供应商、采购代理机构、评审专家不良行为的监督管理	192
第六十四条 财政部门的监督检查权	194
一、法律对财政部门监督检查的授权	194
二、执法对象相应的义务	194
第六十五条 政府有关部门监督、通报制度	196
一、建立通报制度的必要性	196
二、审计机关的监督	196
三、监察机关的监督	196
四、有关部门的监督	197
参考文献	198
第八章 法律责任	199
第六十六条 明确规定的应予罚款的具体数量限额	199
一、明确罚款具体数额的必要性	199
二、明确具体的罚款数	199
三、财政部门的行政处罚裁量权	200
第六十七条 采购人违法采购的法律责任	201
一、采购人不当行为的表现形式	202
二、政府采购执法主体及其处罚方式	205
第六十八条 采购人、采购代理机构违法采购的法律责任	207
一、需承担法律责任的政府采购行为的表现形式	208
二、政府采购法律责任的类型	210
第六十九条 集中采购机构违法行为的法律责任	212
一、政府采购违法行为的表现形式	213
二、政府采购执法主体及其处罚规定	213
第七十条 采购人员不依法回避的法律责任	215
一、采购人员与供应商有利害关系的应当回避	215
二、政府采购回避的义务和程序	215

三、法律责任	216
第七十一条 采购人、采购代理机构违法行为处理办法	217
一、对《政府采购法》第七十三条第一项的补充	217
二、对《政府采购法》第七十三条第二项的补充	218
三、重申了《政府采购法》第七十三条第三项的规定	218
四、兜底条款	218
第七十二条 供应商违法行为的法律责任	219
一、供应商违法行为之法律责任的补充规定	220
二、供应商违法行为的表现形式	220
三、供应商违法行为的法律责任	222
四、供应商违法行为的法律后果	222
第七十三条 投标人恶意不实投诉的法律责任	225
一、非法投诉的表现形式	225
二、恶意不实投诉的执法主体及其处罚	226
第七十四条 恶意串通的法律责任	227
一、恶意串通的 7 种情形	228
二、政府采购活动中违法行为的法律责任	229
第七十五条 政府采购评审专家违法行为的法律责任	232
一、违法法定评审程序的法律责任	232
二、应当回避而未回避的法律责任	232
三、收受贿赂或者获取其他不正当利益的法律责任	233
四、政府采购评审专家有上述违法行为的法律后果	233
第七十六条 政府采购当事人的民事责任	235
第七十七条 财政部门的法律责任	236
一、财政部门在政府采购中行政违法行为的表现形式	237
二、财政部门在政府采购中的法律责任	237
参考文献	238
第九章 附则	240
第七十八条 有关财政管理实行省直接管理的县级人民政府的特别规定	240
一、县级人民政府行使批准变更采购方式职权的前提	240
二、县级人民政府行使批准变更采购方式的授权	240
第七十九条 《政府采购实施条例》的施行时间	242
一、自法律公布之日起生效	242
二、到达期限为生效时间	243
三、公布后经过一定时间生效	243
参考文献	245

第一章 总 则

第一条 立法依据

第一条 根据《中华人民共和国政府采购法》(以下简称《政府采购法》),制定本条例。

【条文释义】

一、《政府采购法》的法律特征

政府采购属于公共采购范畴,2010年10月,商务部组织的《公共采购立法与争议机制解决研究》课题组认为:“我国的公共采购,是指国家各级政府机关、其他直接或间接接受政府控制的企业、事业单位和团体组织,为实现公众服务职能,或为满足社会公共利益或公众安全的需要,在市场上取得货物、工程和服务的活动。”由于多种原因,我国的公共采购由《中华人民共和国招标投标法》(以下简称《招标投标法》)和《政府采购法》两部法律规范构成。

政府采购起源于18世纪中期的西方市场经济国家。美国在1761年颁布了《联邦采购法》,对政府采购的形式、程序等进行详细规定,对政府采购行为加以约束,并为州和地方政府广为采用。目前,《政府采购法》调整的范围属于西方国家传统的政府采购,所谓传统的政府采购将其界定为中央政府(以后范围又扩大到地方政府和公益事业单位)所进行的货物、服务的采购。20世纪70年代以来,随着政府采购在世界范围内的广泛采用,其国际化的倾向日益明显。因此,关贸组织于1979年将政府采购纳入到贸易投资自由化谈判领域之内,并制定了《政府采购协议》(简称GPA),而后经过多轮修改,于1994年形成目前版本,即1994版。1994版规定,参加方在协议生效后3年内,继续就协议文本和扩大出价开展新一轮谈判。根据该规定,参加方开展了历时近15年的谈判。2011年12月1日的WTO部长级会议通过了GPA新文本,各方也就新一轮出价达成一致。2012年3月30日,WTO政府采购委员会召开正式会议,一并颁布了GPA新文本(也称2012版)和各方新一轮出价。

显然,对于传统的政府采购而言,其采购方式必然是多样性的,政府采购活动中有关行政部门的权利、义务和责任分工也必须是明确的。因此,《政府采购法》首先是一部行政实体法。其次,相对于《招标投标法》规范的招标采购程序而言,《政府采购法》又属于调整政府采购过程中有关招标投标内容的特别法。这里的所谓特别法是指《招标投标法》以外关于招标投标活动的某些特别法律规定。

1995年王家福先生在给中央领导同志讲法制课时明确指出:“对于任何法规,若不究明其属于公法或属于私法,就不可能了解其内容和意义,就不可能正确地理解和适用”。

我国的《政府采购法》(2003年起开始实施)第二条第二款明确指出了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。政府采购不单指具体的采购过程,也包括采购政策、采购程序及采购管理等,是一种对公共采购进行管理的制度,是一种政府行为。政府部门在满足自身需要和提供公共服务的交易中体现了法人的属性,从而被称之为公法人;而事业单位、社会团体在交易过程中被称之为公益法人,公益法人属于私法人范畴,但由于其采购使用

国有资金,所以加强对所谓公法人或公益法人的采购管理已是世界各国普遍的惯例。

政府采购作为公权力机关依法定程序做出意思表示,自是一种公法行为。因此,《政府采购法》无疑是一部具有公法法律规范的法律文件。但政府的公行为并非是可以无限延伸的,公法人与私法人实现商品所有权变动的法律行为就是地道的合同行为,其内容须受私法规制。《政府采购法》第四十三条规定:“政府采购合同适用合同法。采购人和供应商之间的权利和义务,应当按照平等、自愿的原则以合同方式约定。”该条规定明确了政府采购的私权性质。而《政府采购法》及其《条例》的立法目的就是要将政府的采购行为限制在“笼子里”,防止公权力的滥用,以维持社会、经济秩序的稳定。

由此可见,《政府采购法》兼具调整公法和私法的双重法律关系,但是同《招标投标法》相比,由于其采购主体的特定性和使用资金公共性,其公权的管制更加严格,被行政法学者视为特别行政法,而被经济法学者视为调整政府采购的一部特别法。

二、制定条例的合法性和必要性

依据《立法法》第五十六条的规定:“国务院根据宪法和法律,制定行政法规。行政法规可以就下列事项做出规定:(一)为执行法律的规定需要制定行政法规的事项;(二)宪法第八十九条规定的国务院行政管理职权的事项。应当由全国人民代表大会及其常务委员会制定法律的事项,国务院根据全国人民代表大会及其常务委员会的授权决定先制定的行政法规,经过实践检验,制定法律的条件成熟时,国务院应当及时提请全国人民代表大会及其常务委员会制定法律。”

《政府采购法》自2003年1月1日实施以来,对规范政府采购行为、提高政府采购资金的使用效益、促进政府廉政建设发挥了重要作用。法规实施10多年来,政府采购的实践日益充分,并且随着政府采购改革的深入推进,政府采购的总规模从2002年的1009亿元上升到2013年的16381亿元。同时,政府采购活动中存在的“天价采购”、“质量不高”、“效率低下”等问题引起了社会的广泛关注和政府采购制度的深深质疑,因此,有必要制定、出台配套实施的行政法规,细化法律相关规定,充实、完善政府采购制度。

制定出台《中华人民共和国政府采购法实施条例》(以下简称《条例》),自然将进一步促进政府采购的规范化、法制化,构建规范透明、公平竞争、监督到位、严格问责的政府采购工作机制。

三、《政府采购法实施条例》的特点

《条例》的出台顺应了经济社会发展和深化政府采购制度改革的客观需要,对《政府采购法》进行细化、补充、完善、创新,体现了政府简政放权的改革思路,体现了政府采购法制建设中的重大立法进步。主要表现在以下三个方面。

(一)《条例》体现了政府改革开放简政放权的总体思路

1.《条例》以“问题导向”为基点来统一法制

自2003年《政府采购法》颁布以来,随着我国政府采购规模的逐年扩大并取得显著成绩的同时,实践中的矛盾与问题也日渐凸显。在政府采购操作过程中,各类采购因地区、项目、时间、需求各异,全国情况复杂,法律又没有赋予各地方或部门因地制宜制定详细规则的权力,导致采购部门和代理机构对法律、操作程序解释各不相同。

与此同时,国家科学治理体系远未形成,整个社会管理生态环境不佳,许多新兴矛盾无法

经由政府采购主管部门一家协调处理,倒逼政府采购主管部门以“头痛医头、脚痛医脚”的方式,通过制定各种相关规章,完成其臂长所及的所谓分内之事。于是出现了有关政府采购“办法”与“规章”林立、政府采购领域诟病同步增长的局面。因此,以“问题”为导向的行政法规的出台就成为当前政府采购领域关注的焦点。

不管法理学对法的本质问题存在多么大的争议,但在“法是国家意志的体现”这一命题上,是没有异词的。法律是体现国家意志的,《条例》遵循国家继续把简政放权、放管结合作为改革重头戏的执政理念,通过《条例》对法律进行解释、细化、补充、完善,体现国家全面深化改革的积极思维。

《条例》有针对性地对实践中亟须解决的问题制定了有效的对策,如政府采购中建设工程项目的法律适用、财政性资金的解读、招标代理机构的管理、政府采购程序规则的细化、评标专家的管理、补充完善行政监督等。

统一法制是对政府采购领域和所有相关部门的整体治理,并从根源上为整体地、彻底地解决政府公共采购存在的问题创造一个坚实的法制基础和环境。

2. 以“结果导向”体现政策目标

《政府采购法》的立法宗旨有三个重要的目标:一是,要正确处理经济活动中公平和效率的关系;二是,有助于实现国家的经济和社会发展政策目标;三是,促进廉政建设。其中后两条可归纳为社会责任,即政府采购的目标包括公平、效率和责任三个范畴,体现了政府采购目标的多元化,鉴于三个目标的维度不同,甚至产生悖论,因此,在政府采购中正确处理三者的关系尤为重要。政府采购在以制度因素促进资金节约、物有所值的基础上,采取以批量、集中采购为主的采购形式,具有特定的政策调节功能。《条例》通过一系列具体和尽量细化的规则、规定,完善制定了采购需求标准、预留采购份额、价格评审优惠、优先采购等采购措施,有望更好地实现节约资源、保护环境、促进中小企业发展等目标。

依据《立法法释义》第五十六条规定:“行政法规可以就下列事项做出规定:(一)为执行法律的规定需要制定行政法规的事项;(二)宪法第八十九条规定的国务院行政管理职权的事项。”其中,行政法规可以为执行法律的规定需要制定行政法规的事项,行政法规可以设定除限制人身自由以外的行政处罚。这是因为,根据《立法法》第八条的规定,限制人身自由只能通过制定法律加以规定。(政府部门规章和规范性文件除了例外规定,一般不可以创设新的行政处罚)。

因此,《条例》在法律责任方面单独设立一章,并做出了12条规定,这将极大地改善政府采购法的执行力和约束力,提高政府采购法律秩序的保障水平。维护政府采购法律秩序是政府采购法的重要内容,同时把促进廉政建设落到实处。

3. 以信息披露为手段规范市场

针对政府采购中的法人主体属于公法人或公益法人的这一属性,发达国家大都以信息披露为主要手段对公共采购实施监督。多年的实践证明,对于采购这种微观经济活动的管制靠行政监督往往成本很高但效果不甚了了,发挥社会监督的重要作用才是有效可靠的途径。

借鉴国外经验,《条例》通过信息披露,即全过程信息公开实现阳光采购。这种公开包括:一是采购信息公开;二是采购方式、评审方式和标准等公开;三是中标和成交结果等公开;四是采购合同公开;五是投诉处理结果公开。