

ZHENGFU CAIGOUFA XIANGJIE

政府采购法详解

何红锋 主编

知识产权出版社

政府采购法详解

主 编：何红锋

副主编：庞 标

撰稿人：何红锋 赵 军

孙东晓 汤 炆

刘中流 焦洪宝

李德华

知识产权出版社

图书在版编目(CIP)数据

政府采购法详解 / 何红锋主编. —北京: 知识产权出版社, 2002. 7

ISBN 7-80011-715-4

I. 政… II. 何… III. 政府采购法—注释—中国
IV. D922.205

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2002)第 048832

本书的所有版权受到保护, 未经出版者书面许可, 任何人不得以任何方式和方法复制抄袭本书的任何部分, 违者皆须承担全部民事责任及刑事责任。

政府采购法详解

何红锋 主编

责任编辑: 黄清明 文铁刚 责任校对: 韩秀天

装帧设计: 段维东 责任出版: 杨宝林

知识产权出版社出版、发行

(北京市海淀区蓟门桥西土城路 6 号 邮编: 100088)

<http://www.cnipr.com>

(010)62026893 (010)82086765 转 8252

知识产权出版社电子制印中心印刷

新华书店经销

2002 年 7 月第一版 2002 年 7 月第一次印刷

850mm×1168mm 1/32 印张: 11.125 字数: 289 千字

印 数: 1~4000 册

ISBN 7-80011-715-4 / D·081

定价: 20.00 元

如有印装质量问题, 本社负责调换。

内 容 提 要

本书完成于《政府采购法》刚刚通过之际。在概述了政府采购法后,逐一详细解释、研究了政府采购当事人、采购方式、采购程序、采购合同、采购争议的解决机制,政府采购的监督、检查、法律责任,以及我国与世界贸易组织《政府采购协议》相关的问题。

本书可以作为《政府采购法》教学、培训的教材,可以作为涉及政府采购的人员学习之用,也可以作为政府采购研究人员的参考用书。

前 言

2002年6月29日,第九届全国人民代表大会常务委员会第二十八次会议通过了《中华人民共和国政府采购法》,自2003年1月1日起施行。这是一部规范政府采购行为的重要法律。现代社会中,政府采购的金额十分巨大,已经成为影响国际和本国经济发展的重要因素。政府采购的范围也很宽泛,包括货物、工程、服务。但是,政府采购的行为必须有严格的法律约束。因为政府采购支付的是财政性资金。本国的法人、公民、其他组织都有平等地获得商业机会的权利,政府采购行为必须接受严格的监督。我国自1996年开始政府采购的试点工作后,政府采购的范围迅速扩大,资金快速增加。在这种情况下,《政府采购法》的颁布是十分必要的。同时,该法的颁布对于促进政府采购的快速健康发展也是十分必要的,因为,规范的政府采购行为能够有效地提高政府资金的使用效率,能够有效地遏止贪污腐败现象,能够有效地提高政府宏观调控功能。

《政府采购法》颁布后,还需要做的工作是法律的普及、学习和研究。尤其对于从事政府采购工作的机构和人员,以及希望成为政府采购供应商的机构和人员。为此,南开大学法政学院和长缨律师事务所的教师、律师和研究生们编写了本书。这些作者,有的长期从事政府采购和招标投标的教学、研究,有的则有丰富的政府采购方面的司法经验,有的对国际政府采购制度有一定的研究。该书可以作为《政府采购法》教学、培训的教材,可以作为涉及政府采购的人员学习之用,也可以作为政府采购研究人员的参考用书。

该书由何红锋担任主编,庞标为副主编。各章作者分别为:第一章:何红锋,第二章:赵军,第三章、第四章:何红锋、孙东晓,第五章:

汤炆、李德华,第六章:刘中流,第七章:赵军、焦洪宝,第八章:焦洪宝、赵军,第九章:焦洪宝。南开大学法政学院的陈耀东副教授对本书的体例和内容提出了许多见地颇深的建议。

该书在编写、出版过程中,得到了许多单位及相关同志的支持和帮助。特别是《中国政府采购》杂志社、建设部法规司、天津理工学院等单位及有关同志,在此表示特别感谢。

当然,由于目前尚处《政府采购法》颁布之初,相关研究尚不够深入,也限于我们的水平,难免会有缺点错误,欢迎读者指正。

何红锋

2002年6月30日

目 录

第一章 概述

- 第一节 政府采购的概念、产生和发展 (1)
- 第二节 政府采购的模式、作用和原则..... (10)
- 第三节 政府采购法与相关法律的关系 (18)

第二章 政府采购当事人

- 第一节 概述 (26)
- 第二节 采购人 (32)
- 第三节 供应商 (38)
- 第四节 采购代理机构 (42)

第三章 政府采购方式

- 第一节 概述 (51)
- 第二节 公开招标 (67)
- 第三节 邀请招标 (70)
- 第四节 其他采购方式 (71)

第四章 政府采购程序

- 第一节 概述 (82)
- 第二节 政府采购计划 (87)
- 第三节 招标采购程序 (97)
- 第四节 其他采购方式程序..... (126)
- 第五节 政府采购验收、资金支付及文件管理 (134)

第五章 政府采购合同

- 第一节 概述..... (141)
- 第二节 政府采购合同的订立..... (154)

第三节	政府采购合同的履行·····	(164)
第四节	政府采购合同的变更、中止或者终止·····	(179)
第五节	关于政府采购合同性质的探讨·····	(186)
第六章	政府采购争议的解决机制	
第一节	政府采购争议的行政解决机制·····	(196)
第二节	政府采购争议的民事解决机制·····	(204)
第七章	监督检查	
第一节	政府采购活动的业务性监督检查·····	(212)
第二节	有关部门的监督和社会监督·····	(221)
第八章	法律责任	
第一节	概述·····	(233)
第二节	适用采购方式不当行为的法律责任·····	(239)
第三节	违反政府采购程序行为的法律责任·····	(244)
第四节	损害公平竞争行为的法律责任·····	(250)
第五节	履行采购合同不当的法律责任·····	(259)
第六节	妨害监督管理活动行为的法律责任·····	(265)
第九章	世界贸易组织《政府采购协议》	
第一节	概述·····	(269)
第二节	《政府采购协议》的主要内容·····	(276)
第三节	我国与《政府采购协议》相关的几个问题·····	(289)
附录一	中华人民共和国政府采购法 ·····	(302)
附录二	世界贸易组织《政府采购协议》 ·····	(317)
参考文献	·····	(345)

第一章 概 述

第一节 政府采购的概念、产生和发展

一、政府采购的概念

(一) 政府采购的界定

政府采购(Government Procurement)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。界定政府采购,最大的争议在于是否应当将所有的使用财政性资金的购买行为都列入。有人认为应当将所有的使用财政性资金的购买行为都列入政府采购的范围,如“政府采购是指各级国家机关和实行预算管理的政党组织、社会团体、事业单位,使用财政性资金在政府的统一管理和监督下获取货物、工程和服务的行为。”^①也有人认为,政府采购“一般是指行政主体为了公共财产的供给,从民间购入货物、工程和服务的行为”。^②这两个界定的共同点在于:不论数额大小,只要是使用财政性资金的购买行为一律界定为政府采购。这实际上是广义的政府采购,但我国政府采购管理部门一直以来采用的不是这一界定,如正式的统计资料认为,我国 1998 年全国政府采购规模为 31 亿元,1999 年为 130 亿元,2000 年为 328 亿元,^③显然,这里的政府采

① 孟春主编:《政府采购理论与实践》,经济科学出版社 2001 年出版,第 3 页。

② 王亚星著:《政府采购制度创新》,中国时代经济出版社 2002 年出版,第 3 页。

③ 张通:《全面推进和深化政府采购制度改革》,《中国政府采购》2001 年第 1 期。

购不是指所有的使用财政性资金的购买行为。我国《招标投标法》界定的“政府采购”是一种狭义的政府采购行为。实际上,列入这一采购范围的财政性资金必须具备下列两个条件中的一个。

1. 必须是采购限额以上的采购行为

至于限额的大小,目前国家尚没有制定统一的标准,但有些地方已经制定了限额标准。如《安徽省省级政府采购管理实施细则》第15条规定:“凡列入省级政府采购目录,单位价值在5万元(含5万元)以上的商品或接受等值服务以及单位价值在5万元以下,但当年需批量购买且累计价值超过10万元的同类商品或接受等值服务,或者价值在50万元以上的工程项目建设,适用集中采购。”第19条规定:“凡列入省级政府采购目录,单位价值在1万元(含1万元)以上、5万元以下的商品或接受等值服务以及单位价值在1万元以下,但当年需批量购买且累计价值超过5万元(含5万元)的同类商品或接受等值服务,或者价值在50万元以下的工程项目建设,适用询价采购。”^① 国际上也存在着类似的理解。如世界贸易组织《政府采购协议》第1条第4款规定:“本协议适用于合同价值不少于附录1规定限额的任何采购。”欧盟有关政府采购的指令^②也是要求合同金额达到一定数额才必须遵守指令的规定,如公共工程合同、公共特许

① 孟春主编:《政府采购理论与实践》,经济科学出版社2001年出版,第350页。

② 欧盟关于政府采购的指令有6个,是由欧共体成员理事会与欧洲议会合作通过的协议:(1)《关于协调有关对公共供应合同和公共工程合同的授予及审查程序的法律、规则和行政条款的指令》(欧盟理事会第89/665/EEC号指令,简称公共救济指令);(2)《关于协调有关水、能源、交通运输和电信部门的采购程序,执行共同体规则的法律、规则和行政条款的指令》(欧盟理事会第92/13/EEC号指令,简称公共事业救济指令);(3)《关于协调授予公共服务合同的程序的指令》(欧盟理事会第92/50/EEC号指令,简称服务指令);(4)《关于协调授予公共供应合同的程序的指令》(欧盟理事会第93/36/EEC号指令,简称供应指令);(5)《关于协调授予公共工程合同的程序的指令》(欧盟理事会第93/37/EEC号指令,简称工程指令);(6)《关于协调有关水、能源、交通运输和电信部门采购程序的指令》(欧盟理事会第93/38/EEC号指令,简称公共事业指令)。

工程限额是 50 万欧洲货币单位(ECU)。^①

2. 必须是集中的采购行为

应当说广义的政府采购实际上是与政府同步产生的,只要有政府机构,就会有政府采购行为。“我国政府采购工作试点始于 1996 年,1998 年试点范围迅速扩大,2000 年政府采购工作已在全国铺开,初步形成了政府采购制度框架。”^② 这里所说的“政府采购”不是一种广义的政府采购,它实际指的是我国的政府集中采购行为。

(二)政府采购的特点

按照采购主体的不同,采购分为政府采购与非政府采购。非政府采购也可称为私人采购,其采购资金来源于采购人自己,自然人、一般情况下的法人和其他组织的采购行为都属于非政府采购行为。而政府采购具有以下特点。

1. 采购资金是财政性资金

政府采购的首要特点是采购资金是财政性资金。我国的财政性资金包括财政预算内资金和预算外资金。按照我国《预算法》的规定,预算收入(即预算内资金)包括:(1)税收收入;(2)依照规定应当上缴的国有资产收益;(3)专项收入;(4)其他收入。^③ 但我国的财政性资金不仅仅是预算内资金,还包括预算外资金。只要采购资金使用的是财政性资金,就有可能是政府采购。

2. 采购人的特定性

在政府采购中,采购人是特定的,并不是任何民事主体都可以成为政府采购的采购人。政府采购的采购人包括集中采购人和分散采购人。集中采购的采购机构必须经过批准才能成立。分散采购的采购人虽然是使用人,但也必须经过批准才能进行采购,并且只限于使

① 孟春主编:《政府采购理论与实践》,经济科学出版社 2001 年出版,第 205 页。

② 张通:《全面推进和深化政府采购制度改革》,《中国政府采购》2001 年第 1 期。

③ 《预算法》第 19 条。

用财政性资金的国家机关、事业单位和团体组织。

3. 采购程序的法定性

对于一般的民事交易行为,国家的干预是非常有限的,主要是当事人的真实意思表示一致即可。但国家对政府采购的干预监督则非常详细,这主要表现为《政府采购法》明确、详细地规定了政府采购的程序、步骤,采购人和供应商都应当严格按照法定的程序进行采购和供应。

(三) 政府采购的对象

1. 货物

货物是指各种形态和种类的物品,包括原材料、燃料、设备、产品等。它有一定的物质形态、占有一定空间、具有一定价值和使用价值。货物从不同的角度有不同的分类:生活资料和生产资料;种类物和特定物;原物和孳息物;动产和不动产等。作为货物的不动产与工程不同,是指已经成为成品的建筑产品。政府采购制度起源于货物采购,时至今日,货物采购仍是最主要的政府采购对象。其表现有以下两点:第一,在市场经济国家中,政府采购的对象主要是货物;第二,即使政府采购的是工程,其中也含有大量的货物,因为,材料设备的采购能够占到工程造价的 60% 左右。

2. 工程

工程是指建设工程,包括建筑物和构筑物的新建、改建、扩建、装修、拆除、修缮等。其含义为“土木建筑或其他生产、制造部门用比较大而复杂的设备来进行的工作,如土木工程、机械工程、化学工程等”^①,因此,建设领域中所指工程^② 仅指施工工程和安装工程两类工

① 中国社会科学院语言研究所词典编辑室编:《现代汉语小词典》,商务印书馆 1994 年出版,第 179 页。

② 这里所称“工程”不包括被广义化的“工程”,如“希望工程”、“‘五个一’工程”等。由于我国存在的部门分割,对于装饰装修是否属于工程,国家建设部和轻工总会存在争议,因为这涉及如何确定主管部门的问题,最后的结果是各管一块,以是否涉及主体变动为界。

程,而以施工工程为主^①。在我国,工程建设的支出在政府采购总支出中所占的比重非常大,我国的招标投标实践中,也是以工程招标执行得最为普遍。

对于工程采购是否应当列为政府采购的对象,在立法过程中有过较大的争论。反对将工程列入《政府采购法》调整范围的理由是,“这部分内容(指工程的政府采购——笔者注)《招标投标法》已作规定,而且对于这类采购活动的监管与货物和服务项目采购的监管体制有较大区别。”^②但在立法过程中,支持将工程列入《政府采购法》调整范围的观点占多数,全国人大常委会审议该法时一些委员发言也支持这一观点。^③我们也赞成将工程列入《政府采购法》调整范围,原因在于:第一,虽然大多数国家并不存在并行的《政府采购法》与《招标投标法》,但我国采取了两法并立的立法模式,并不会导致两法内容的互相排斥,否则,货物和服务的采购在《政府采购法》中进行调整也会存在问题;第二,是否纳入政府采购的范围关键要看资金的来源而不是采购的对象;第三,在实践中,政府采购资金的支出上,工程款所占的比重相当高,如果将工程排除在政府采购范围之外,将使政府采购制度的意义大为降低。

3. 服务

服务是指除货物和工程以外的其他政府采购对象。服务在汉语中的含义为“为集体(或别人的)利益或为某种事业而工作”。^④但是,不同国家、不同的国际机构对服务的理解有很大的差别。世界银

① 国家建设部和国家工商行政管理局发布的《建设工程施工合同(示范文本)》就包括了设备安装在内。

② 朱少平:《关于政府采购立法几个问题的探讨》,《中国政府采购》2001年第4期。

③ 黄景莉:《全国人大常委会分组审议〈政府采购法(草案)〉(发言摘要)》,《中国政府采购》2001年第5期。

④ 中国社会科学院语言研究所词典编辑室编:《现代汉语小词典》,商务印书馆1994年出版,第159页。

行和亚洲开发银行将咨询(包括设计、监理)列入服务范围,而我国《招标投标法》则将勘察、设计、监理规定为工程建设项目的招标范围。我们认为,勘察、设计、监理确实与作为建设工程采购的主要部分——施工采购有许多不同之处,列入服务类更为合适。国家财政部 2000 年发布的《政府采购品目分类表》将服务类采购内容概括为:(1)印刷、出版;(2)专业咨询、工程监理、工程设计;(3)信息技术、信息管理软件的开发设计;(4)维修,包括一般设备、专用设备、建筑物的维修以及其他维修;(5)保险;(6)租赁,包括办公用房、宿舍用房、仓库、设备和机械的租赁以及其他租赁;(7)交通工具的维护保障,包括车辆保险、车辆加油、车辆维修;(8)会议,包括大型会议、一般会议;(9)培训,包括国内培训、国外培训;(10)物业管理;(11)其他服务。

二、政府采购的产生

政府采购制度产生于最早完成资产阶级革命的英国。1782 年,英国政府首先设立文具公用局,作为专门负责政府部门所需办公用品采购的机构,该局在设立之初就规定了招标投标的程序。该局以后发展为物资供应部,专门采购政府各部门所需物资。政府采购制度产生初期,就明确了政府采购公开性、公平性的原则,最主要的体现是要求采购规模达到一定程度后必须通过招标投标的方式进行。因此,政府采购与招标投标在产生之初就存在着密切的关系。

招标投标作为一种交易方式,与商品经济的产生和发展有密切的联系。在早期的商品经济时期,个别买主为了获得更多的利润,在开展某项购买业务时,有时会有意识地邀请多个卖主与他接触,借以选出供货价格和质量比较理想的成交对象,这可以说是招标投标的萌芽。招标投标可以说是对这样的交易方式进行规范的结果。比较规范的招标活动首次出现于较大规模的投资项目或大宗物品的购买活动中。一方面是由于只有较大规模的投资商或买主才愿意采用招标这种比普通交易更为规范而严密的方式,另一方面是由于只有在

那些较大规模的投资项目或大宗货品交易中,才会使招标方感到采用招标方式节省成本和建设费用。

19 世纪上半叶属于自由资本主义的上升时期,机器大规模生产的应用从生产方式上为买方经济创造了供给条件,同时,社会专业化分工协作的发展也达到了前所未有的发达程度。这一时期成为现代成熟而独立的招标方式正式产生和发展的历史起点。从历史上看,各国的招标投标制度往往都起始于政府采购。其原因有以下两点:一是政府采购的规模比较大,并且政府也有能力将政府各部门分散的采购集中起来;二是政府的采购需要给供应商平等的竞争机会,政府的采购也需要监督,招标投标制度能够较好地实现这一目的。因此,法治国家一般都要求通过招标的方式进行政府采购,也往往是在政府采购制度中规定招标投标的程序。

三、政府采购的发展

自英国建立政府采购制度后,其他国家纷纷效仿。美国联邦政府的政府采购历史可以追溯到 1792 年。当时有关政府采购的第一个立法确定了政府采购责任人为美国联邦政府的财政部长。1861 年,美国国会制定了一项法案,要求每一项采购至少要有三个投标人。1868 年,美国国会通过立法确立公开开标和公开授予合同的程序。

自第二次世界大战以来,政府采购制度的影响力不断扩大。先是西方发达国家纷纷建立了政府采购制度,近二三十年来,发展中国家也日益重视建立政府采购制度。特别是作为政府采购主要方式的招标采购,被越来越多的国家所采用,甚至一些国际组织在采购中也往往要求采用招标投标方式。

从政府采购的实际执行看,政府采购的金额十分巨大,已经成为影响本国经济发展的重要因素。在美国,1997 年联邦政府采购额达 1900 亿美元(不含工资支出),占当年 GDP 的比重约为 3%,加上地方政府采购额,约为 5%。联邦政府从事政府采购的人员达 45000

人。新加坡 1995 年政府采购支出占 GDP 的比重约为 13%。英国 1997 年政府采购额为 3000 亿英镑,占全部财政支出的 24%,占 GDP 的比重为 12%。绝大多数国家的政府采购支出占本国当年 GDP 的比重一般在 10% 左右,占年度财政支出的比重一般在 30% 以上。^①

在国际贸易中,政府采购也占有重要的地位。最具代表性的是世界贸易组织的《政府采购协议》。世界贸易组织的《政府采购协议》是加入世界贸易组织的国家和地区需要签署的诸边协议之一(虽然不是必须加入的)。我国在与欧盟谈判时,欧盟就提出了应开放我国政府采购市场的要求。1996 年,我国政府向亚太经济合作组织提交的单边行动计划明确提出,中国政府最迟于 2020 年开放政府采购市场。联合国贸易法委员会(简称贸法会)在 1986 年第十九届会议上决定对政府采购问题进行统一规范。在 1993 年第二十六届会议上通过了《贸易法委员会货物和工程采购示范法》及其《立法指南》,作为各国和地区评价和更新其政府采购法及惯例时参考的范本,对尚未建立政府采购法的国家和地区,则作为拟定政府采购立法时的参照范本。鉴于服务的采购与货物和工程的采购有所不同,在 1993 年的范本中没有包括服务采购,而只拟定了货物和工程采购的示范立法规定。由于服务采购既是国家贸易中的一个重要领域,也是各国政府采购的内容之一,因此,有必要进行规范。贸法会在 1994 年第二十七届会议上讨论了对货物和工程采购示范法规定的补充和修改问题,并将服务采购纳入其中,随后通过了《贸易法委员会货物、工程和服务采购示范法》(简称《示范法》),并同时通过了《示范法》的配套文件——《立法指南》,但并没有废止先前的示范法文本。

① 张通(财政部国库司副司长):《提高认识,加快我国政府采购制度建设步伐》,2000 年 10 月 27 日在财政部国库司与部干部教育中心联合举办的政府采购培训研讨班上的讲话。

四、我国政府采购的沿革

由于我国的商品经济一直没有得到很好地发展,而政府采购实际是成熟商品经济中的一种交易方式,因此,政府采购在我国的起步较晚。有人认为它是改革开放的产物,^①则有失公允。据史料记载,我国最早采用招商比价(招标投标)方式承包工程的是1902年张之洞创办的湖北制革厂。五家营造商参加开价比价,结果张同升以1270.1两白银的开价中标,并签订了以质量保证、施工工期、付款办法为主要内容的承包合同。^②这是目前可查的我国的最早的以招标投标方式进行的政府采购。嗣后,1918年汉阳铁厂的两项扩建工程曾在汉口《新闻报》上刊登广告,公开招标。到1929年,当时的武汉市采办委员会曾公布招标规则,规定公有建筑或一次采购物料大于3000元以上者,均须通过招标决定承办厂商。^③应当说,在清末和民国时期,并没有形成全国性的政府采购制度。

解放后到改革开放,由于商品经济都基本被窒息,政府采购制度也不可能建立起来。

1992年,我国明确了发展市场经济的战略决策。随着市场经济的发展和完善,政府采购制度的建设逐渐提上了议事日程。1996年,我国的政府采购工作试点在上海展开。这是我国政府采购制度化建设的起始点。1998年试点范围迅速扩大,2000年政府采购工作在全国铺开。经过几年的制度化建设,我国的政府采购体制基本已经建立起来了。

1998年,国务院根据建立政府采购制度需要和国际惯例接轨,明确财政部为政府采购的主管部门,履行拟定和执行政府采购政策

① 国家计委政策法规司、国务院法制办财政金融法制司编著:《中华人民共和国招标投标法释义》,中国计划出版社1999年出版,第1页。

② 《中华人民共和国招标投标法》起草小组、国家发展计划委员会政策法规司编写:《中华人民共和国招标投标法全书》,中国检察出版社1999年出版,第118页。

③ 参见:<http://www.xjbidding.gov.cn>。