

政府采购制度研究

王周欢 著

RESEARCH ON
GOVERNMENT PROCUREMENT
SYSTEM

上海人民出版社



政府采购制度研究

王周欢 著

RESEARCH ON
GOVERNMENT PROCUREMENT
SYSTEM

上海人民出版社

图书在版编目(CIP)数据

政府采购制度研究/王周欢著. —上海:上海人

民出版社, 2019

ISBN 978-7-208-15839-9

I. ①政… II. ①王… III. ①政府采购制度-研究-
中国 IV. ①F812.2

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2019)第 080796 号

责任编辑 冯 静

封面设计 一本好书

总 策 划 何 彬

政府采购制度研究

王周欢 著

出 版 上海人民出版社
(200001 上海福建中路 193 号)
发 行 上海人民出版社发行中心
印 刷 上海商务联西印刷有限公司
开 本 890×1240 1/32
印 张 8.5
插 页 2
字 数 191,000
版 次 2019 年 6 月第 1 版
印 次 2019 年 6 月第 1 次印刷
ISBN 978-7-208-15839-9/D·3407
定 价 42.00 元

自序

2001年11月,我应聘至上海市政府采购中心,离开了执教十六年的高校,开始了政府采购工作的职业生涯,当时我国《政府采购法》正在起草之中。记得我到采购中心上班的第一件事就是代理采购中心出庭应诉,涉诉案件是供应商认为中标结果损害其合法权益而向法院提起民事诉讼请求赔偿,当时政府采购争议处理尚未有相关法律依据。于是,作为法律人的我开始关注政府采购救济制度的思考与研究,并于2003年初于《中国政府采购杂志》发表《政府采购救济机制初探》一文,此后进一步研究了各主要市场经济国家以及WTO《政府采购协定》(GPA)有关政府采购救济制度,形成《政府采购救济机制比较研究》一文,完整地比较了各主要市场经济国家的政府采购救济制度,为建立我国政府采购救济制度提出立法建议。我从研究政府采购救济制度入手,开始对政府采购法律制度的全面研究。2008年1月,我调任至上海市财政局,从事政府采购监督管理工作,思考和研究的方向更多侧重于政府采购的制度建设和监督管理。

自2003年1月实施《政府采购法》至今,我国政府采购的法律制度建设历经十五年,已经形成完善的政府采购法律、法规和

规章构成的政府采购法律体系。2003 年夏,财政部与国务院法制办公室组成《政府采购法实施条例》起草小组,我有幸作为起草小组成员参与政府采购的立法。《政府采购法实施条例》于 2015 年 2 月颁布并于 3 月实施,起草与修订工作历经十二年之久,可见立法过程之艰难,该条例既要与上位法保持一致,同时也要将政府采购的实践经验提升为法律,还要与《招标投标法》及其实施条例相衔接。参与立法的过程是我对政府采购法律制度认识加深与思考深入的过程。虽然我国政府采购已经形成了完备的法律体系,但依然面临全球化与电子化的趋势,政府采购的改革任重道远。我国在加入 WTO 时曾承诺将尽快启动加入《政府采购协定》谈判,2007 年 12 月,我国向 WTO 提交加入《政府采购协定》申请书和初步出价清单,正式启动加入《政府采购协定》的谈判,履行入世承诺。加入《政府采购协定》谈判除出价外,还要调整国内政府采购政策法律,我国政府采购法律制度将面临重大的调整。

本书是我从事政府采购十几年来对政府采购制度建设的思考与研究的积累,研究的范围涉及政府采购救济制度、政府采购合同、政府采购代理机构、国外政府采购制度、政府采购法律的理解与适用和 WTO《政府采购协定》等方面。大多数文章已在报刊、杂志上发表。其中有关 WTO《政府采购协定》的研究尚未发表。将这些内容结集出版是对我关于政府采购制度研究的总结,依其时序,从一个侧面可以看出我国政府采购法律制度建设从初创到完善的历程,也清晰可见我国政府采购实践过程与时俱进的诸多创新之举。我国正加快加入《政府采购协定》谈判的进程,本书有关《政府采购协定》的研究,对我国调整和完善政府采购政策法律有较多建议。本书的出版,可供进一步研究政府采购制度参考。

本书的出版得到上海嘉澜达律师事务所何国平律师的支持，其多年致力于政府采购法律实务的探讨，并促成本书的出版，在此深表谢忱。

是为序。

2018年7月夏于上海

王周欢

目 录

自序	1
政府采购救济机制比较研究	1
完善我国政府采购的救济制度的思考	21
政府采购合同的性质及其法律适用	30
我国政府采购合同管理存在的问题与对策	41
集中采购机构的性质与法律地位	52
《招标投标法实施条例》的理解与适用	60
《政府采购法实施条例》的理解与适用	82
《政府采购货物和服务招标投标管理办法》的 理解与适用	91
《政府采购质疑和投诉办法》的理解与适用	102
我国政府采购法律与《政府采购协定》的比较研究	118

PPP 背景下应对《政府采购协定》谈判 188

国有企业如何应对加入 WTO《政府采购协定》 200

美国政府采购制度及其对我国的启示 205

意大利公共采购制度及其借鉴 226

自由贸易协定中的政府采购

——以美韩自由贸易协定为例的分析 245

政府采购救济机制比较研究

我国《政府采购法》第6章规定了政府采购供应商的质疑和投诉程序,为建立中国特色的政府采购救济机制提供了法律依据。政府采购的救济机制是确保政府采购顺利进行的制度保障。WTO《政府采购协定》(Agreement on Government Procurement, GPA)和各国政府采购法都规定了政府采购的救济程序。为贯彻实施《政府采购法》,建立和完善政府采购的救济制度,我们对《政府采购协定》和各国(地区)政府采购法关于政府采购救济制度进行比较研究,并探讨如何贯彻实施《政府采购法》,建立政府采购救济机制。

一、《政府采购协定》

《政府采购协定》关于救济程序之规定,在1979年东京回合签署的《政府采购协定》中仅于第6条第6款中规定了缔约方应设立程序,以听证及审查在采购活动的各阶段中所发生的申诉案件,确保尽可能公平、迅速地解决供应商与采购机关之间关于政府采购所发生的纠纷。至于救济程序的具体内容,则未作任何具

体的规定,而是由各缔约方自行决定。与东京回合相比,乌拉圭回合《政府采购协定》则对政府采购国内救济机制作出了较为详细的规定,其在第20条“质疑程序”(Challenge Procedures)中将救济程序分为磋商(Consultations)与质疑(Challenge)两种,并对质疑的主体、质疑的客体、质疑的形式、质疑的期限、质疑审查的程序及质疑审查决定的效力等事项规定了具体的要求。

(一) 磋商

《政府采购协定》要求当缔约方在供应商对一项采购违反本协定情况而提出质疑时,鼓励该供应商与采购实体进行磋商以寻求解决其质疑,采购实体对供应商的质疑应当给予公正和及时的考虑。但磋商并非质疑的必经程序,且磋商应当以不损害在质疑制度下获得纠正措施的方式进行。

(二) 质疑程序

依据《政府采购协定》第20条第2款之规定,要求缔约方提供非歧视、及时、透明和有效的程序,以使供应商对其拥有或曾经拥有利益的采购的过程中产生的被指控违反本协定的情况提出质疑。协定第20条第2款至第8款规定了缔约方在设置质疑程序时应遵循的原则性要求。

1. 质疑程序应遵循的原则

根据《政府采购协定》的规定,在质疑程序中,应当遵循非歧视原则(non-discriminatory)、及时原则(timely)、透明度原则(transparent)以及有效原则(effective)。非歧视原则,指质疑程序中,采购机关对于同样来自缔约方的供应商应一视同仁。及时原则,一是指质疑程序在正常情况下应及时完成,以保护商业利益和所涉及的其他利益^①;二是指质疑程序中应有“暂时的果断措

^① 参见《政府采购协定》第20条第8款之规定。

施”(rapid interim measures),以纠正违反《政府采购协定》的行为。透明度原则,在《政府采购协定》前言中即有提到关于政府采购的法律、规章、程序及做法应具有透明度。在第20条又规定:每一参加方应书面形式规定其质疑程序并使其可普遍获得;协定涵盖采购过程的所有方面有关的文件应保留3年;在提出意见或作出决定前得听取参加人的意见;参加人应可参加所有程序且所有程序可公开进行。^①有效性原则,包括质疑案件审理中或完成后,受理质疑的机关应有权纠正采购机关的违法决定,以纠正违反《政府采购协定》的行为和保持商业机会;以及质疑案件完成审理后,如采购机关确有违反《政府采购协定》行为的,应予以纠正或对所受损失或损害予以赔偿,但此类赔偿可限于为准备投标书或抗诉所需的费用。^②

2. 质疑的期限

《政府采购协定》规定供应商应在规定的时间开始质疑程序,并通知采购实体。协定规定的质疑期限不得少于10天,该期限从供应商知道或者合理地应已知道该质疑时起算。

3. 质疑案件的审理机构

《政府采购协定》规定质疑案件应由法院或与采购结果无关的独立公正的审议机构进行审理,协定规定了质疑案件的司法审查或审议机构依法定程序独立审查的原则。^③协定规定的审查的机构和程序包括:

第一,由法院审理。

第二,由对采购结果无利害关系的公正独立的审查机构进行审理,其机构成员在任职期间应不受外部影响,且该机构应接受

① 参见《政府采购协定》第20条第3、4款及第6款第2—4项之规定。

② 参见《政府采购协定》第20条第7款第1项和第3项之规定。

③ 参见《政府采购协定》第20条第6款之规定。

司法审查。

第三,不受司法审查,但其程序必须有下列规定:

- (a) 在作出一份评价或一项决议前,能听取参加人陈述其词;
- (b) 参加人可被代表和陪同;
- (c) 参加人应可参加所有程序;
- (d) 审议过程可公开进行;
- (e) 应书面就作出评价和决议的依据进行说明;
- (f) 证人可以出席;
- (g) 向审议机构透露文件。

(三) 评价

《政府采购协定》质疑程序的特征在于,要求参加方建立独立的质疑机构。根据《政府采购协定》的质疑程序,供应商在认为采购实体违反规则时,可直接向采购实体提出申诉,所以,《政府采购协定》要求参加方必须建立“非歧视、及时、透明度和有效”的程序和独立的质疑机构,或直接向法院起诉。这些程序必须允许质疑机构采取快速的临时性措施,如果有必要可以暂停采购程序等,而且必须对违反协定的行为进行改正,或为造成的损失、损害提供补偿。《政府采购协定》的质疑程序完全脱离了 WTO 的争端解决程序,但参加方如果认为另一参加方未能履行协定的义务,就应当适用 WTO 的争端解决程序。

二、美国的政府采购救济机制

美国政府采购分为联邦政府采购和地方政府采购。联邦政府采购制度的主要立法包括《合同竞争法》(Competition in Contracting Act, CICA)和《联邦采购规则》(Federal Acquisition Reg-

ulation, FAR)以及《购买美国产品法》(Buy American Act, BAA)等一系列规范联邦政府采购行为的法律、法规。另外,各州还根据自己的实际情况,颁布相应的法规。政府采购制度建立在法制的基础上。从而使政府采购活动有法可依。美国政府采购法中规定了复杂的争议解决机制。

美国政府采购争议,按照其发生的阶段不同而划分为“合同授予争议”(Contract Award Dispute)与“合同履行争议”(Contract Dispute)两种。前者指未取得采购合同的供应商,因认为采购机关的采购过程有瑕疵,而向政府主管机关提出异议。后者指在采购合同签订以后,就合同的履行事宜而与采购机关发生争议。无论哪种争议,均可分别依照行政争议程序及司法诉讼程序加以救济。

(一) 合同授予争议的解决机制

美国政府采购法对于合同形成过程中所生的争议称为“合同授予争议”,其对于合同授予争议的处理,可以向采购机关、联邦会计总署(General Accounting Office, GAO)或联邦赔偿法院(U. S. Claims Court)提起。供应商对于合同授予争议可以选择依《联邦采购规则》第 33 部分的规定向采购机关或联邦会计总署提起异议,或依司法诉讼程序向联邦诉讼法庭起诉。因而,美国政府采购中的“合同授予争议”不仅可以通过向行政机关提出异议来解决,也可以依据司法途径寻求救济。但在实践中,由于司法程序比较复杂,而且诉讼旷日持久,因而,一般情况下,在发生争议时,供应商通常会首先选择向行政机关提起。

美国政府采购救济机构最具权威的是联邦会计总署,联邦会计总署成立于 1921 年,直接向国会负责。联邦会计总署受理供应商的投诉具有独立性,以及高效、快速和低成本三个特征。联邦会计总署处理争议所依据的法律主要是 1984 年《缔约中竞争

法》。联邦会计总署主要受理政府采购两个阶段的投诉,一是在采购准备阶段对采购文件、供应商资格、技术规格等提出的异议;二是在中标人已确定,授予合同阶段,对评标和中标结果投诉。联邦会计总署不受理在合同履行阶段的投诉。联邦会计总署受理投诉后,要求采购人在 30 日内向联邦会计总署提供所有的采购文件,申诉的供应商可以查阅有关文件,但涉及不能向公众公开的文件,供应商的代理律师可以查阅。联邦会计总署在作出判断前,可以举行听证会,各参与人平等参加。在联邦会计总署作出裁定中止采购程序,联邦会计总署的裁定对采购人和供应商都有约束力,必须得到执行。联邦会计总署由 28 名律师组成,都是资深的政府采购法律专家,属于政府公务员。联邦会计总署每年受理 1 100 多件的政府采购投诉。联邦会计总署的独立、高效和权威,在美国政府采购救济机制中起了非常重要的作用。

(二) 合同履行争议的解决机制

规范合同履行争议的依据主要是 1978 年《合同争议法》(Contract Dispute Act of 1978),该法规定,关于合同之争议,可以分为合同官裁定、向公共合同申诉委员会申诉和向法院起诉。

《合同争议法》对于合同争议由合同当事人提出,由“合同官”(Contracting Officer)作出初步裁决。对于该裁决,采购机关必须服从,但供应商有权提出异议。

供应商如果不服合同官的裁决,或合同官逾期未予裁决,可以在法定期间内选择向缔约机关公共合同申诉委员会(Agency Board of Contract Appeals)申诉,或向联邦赔偿法院提起诉讼。如供应商选择向缔约机关公共合同申诉委员会申诉,应于收到合同官裁决书之日起 90 日内提起,而且,依据《合同争议法》的规定,申诉委员会应尽可能地利用非正式、便捷及经济的方法解决争议;如供应商选择向联邦赔偿法院提起诉讼,应于收到合同官

裁决书之日起 12 个月内提起,其程序依据联邦民事诉讼程序规则(Federal Rules of Civil Procedure)进行。

供应商如对申诉委员会的决定或法院的判决不服,可向联邦区巡回上诉法院(U.S. Court of Appeals for the Federal Circuit)上诉,该上诉程序为法律审,联邦区巡回上诉法院对于申诉委员会的决定,除有重大错误或欠缺实体证据外,不得变更其决定;对于联邦赔偿法院的判决,当其“显然错误”时,联邦区巡回上诉法院可否认其判决。

(三) 评价

美国政府采购救济制度的特征在于:按照政府采购发生的阶段不同划分为“合同授予争议”与“合同履行争议”两种,不同的争议适用不同的救济程序,合同授予争议可以向采购机关、联邦会计总署或联邦赔偿法院提起投诉或诉讼;合同履行争议适用《合同争议法》,可以由合同官裁定、向公共合同申诉委员会申诉和向法院起诉。在投诉机构设置上,联邦会计总署是以其独立性和权威性构成美国政府采购救济机制的主要特征。

三、欧洲共同体政府采购救济制度

欧洲共同体政府采购之规范性文件是以各种指令的方式表现,目前,共有四个基本指令和两个救济指令:针对政府的机构有四个指令(统称《公共指令》),(1)欧盟理事会第 92/50/EEC 号指令《关于协调授予公共服务合同的程序的指令》(简称《服务指令》);(2)欧盟理事会第 93/36/EEC 号指令《关于协调授予公共供应品合同的程序的指令》(简称《供应指令》);(3)欧盟理事会第 93/37/EEC 号指令《关于协调授予公共工程合同的程序的指令》

(简称《工程指令》);(4)欧盟理事会第 89/665/EEC 号指令《关于协调有关对公共供应品合同和公共工程合同授予及审查程序的法律、法规和行政条款的指令》(简称《公共救济指令》)。针对公用事业公司的指令有两个,统称《公用事业指令》:(1)欧盟理事会第 93/38/EEC 号指令《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》(简称《公用事业指令》);(2)欧盟理事会第 92/13/EEC 号指令《关于协调水、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》(简称《公用事业救济指令》)^①,欧共体关于政府采购救济程序有专门的指令。

(一) 行政救济程序

《公共救济指令》和《公用事业救济指令》是针对采购机关进行商品、公共工程或服务采购过程中发生的争议所提供的救济机制,包括行政和司法程序的救济。无论是行政程序还是司法程序,均可分为欧共体层次的救济和成员国层次的救济。

1. 欧共体层次的救济

欧共体层次的救济途径,主要是依据《罗马条约》中关于欧共体委员会命令改正制度^②,及《公用事业救济指令》的磋商制度进行。若欧共体委员会认为成员国或其采购机构确有违反采购指令的行为,欧共体委员会有权要求成员国改正。欧共体委员会是依职权发动的,无需供应商的申诉。如供应商认为其权益因成员国或采购机关违反采购指令而受到损害,可以向隶属于欧共体委员会的工业和内部市场理事会(Directorate-General for Internal Market & Industrial Affaires)申诉,或就近向设在成员国的欧洲

① 参见曹富国、何景成编:《政府采购管理国际规范与实务》,企业管理出版社 1998 年版,第 96—97 页。

② 《罗马条约》第 169 条之规定。

信息服务中心(Euro-Info Center)提出,再由该中心转达,促使欧共体委员行使其职权,但这并不能停止采购程序的继续进行。

欧共体委员会在有证据确信成员国违背《罗马条约》时,它将向该成员国发出正式信函,要求其在一定期限内进行答复。如果成员国在规定的日期内没有补正,同时主张其并未违背共同体法,则欧共体委员会将提出附理由的意见书,限成员国在一定期限内改正。如果成员国仍不改正,欧共体委员会有权将该案件提交欧洲法院,并可同时申请欧洲法院发出强制令(injunction)。^①这时,成员国可以通知委员会其违背法令之情事已改正;或如尚未改正,应说明其理由;或告知程序已经停止。

欧共同体在《公用事业救济指令》中就共同体的救济途径中设立了磋商程序,使对于取得采购合同有利害关系,而因采购机关违背采购指令或因实施指令的国内法而受到损害的当事人,有权向欧共体委员会或采购机关的国内主管机关申请进行磋商。如果是向采购机关国内主管机关提起申请的,该主管机关应尽快将该申请转交欧共体委员会。欧共体委员会接受申请后,可就调停人人选提出建议,由调停人为双方达成协议,并向欧共体委员会报告调停结果。

2. 成员国层次的救济

欧共同体成员国依据《公共救济指令》和《公用事业救济指令》的规范要求制定各自的政府采购救济程序,因此各成员国的救济程序各具特色。

依《公共救济指令》和《公用事业救济指令》的规定,各成员国应确保任何对于取得政府采购合同的利害关系方,因采购机关违

^① 第 89/665/EEC 号指令第 3 条第 3—5 款;《公用事业救济指令》第 8 条第 3—5 款。