



政府采购系列丛书

法治

的

谷辽海 著

政府采购

群众出版社

政府采购系列丛书

法治下的政府采购

谷辽海 著

群众出版社
2005年·北京

图书在版编目(CIP)数据

法治下的政府采购/谷辽海著. - 北京: 群众出版社,
2005. 12

ISBN 7-5014-3614-2

I. 法... II. 谷... III. 政府采购法 - 研究 - 中国
IV. D922.204

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2005)第 138740 号

法治下的政府采购

著 者: 谷辽海

责任编辑: 徐志达

封面设计: 晓 章

出版发行: 群众出版社 电话: (010) 67633344 转

地 址: 北京市丰台区方庄芳星园三区 15 号楼

邮 编: 100078

网 址: www.qzcbbs.com

信 箱: qzs@qzcbbs.com

印 刷: 北京时事印刷厂

经 销: 新华书店

开 本: 880 × 1230 毫米 32 开本

字 数: 260 千字

印 张: 9.875

版 次: 2005 年 12 月第 1 版 2005 年 12 月第 1 次印刷

书 号: ISBN 7-5014-3614-2/D · 1700

定 价: 26.00 元

群众版图书, 版权所有, 侵权必究。

群众版图书, 印装错误随时退换。

序 言

上个世纪 90 年代初,正是南方房地产高潮时期。初生牛犊不怕虎,我只身来到了中国改革开放的最前沿城市深圳、海南等经济特区,考察当地法律服务市场最新的业务领域。热气腾腾的城市建设、全新的特区政策、超前的思维模式,气象万千的环境深深地吸引了我。最后,我决定留在海南创业。记得那时,我们从事的房地产法律事务已经开始接触到招标投标业务,经济特区有《国有土地使用权出让招标投标办法》。尽管如此,相关的招标投标行政规章当时还是非常匮乏。记得那一年司法部专门出台了《招标投标公证程序细则》,但一直没有颁发律师从事招标投标服务的行为规范。实践中,我们代理的招标投标非诉讼业务,基本上都是参照香港地区的习惯作法。直到 1998 年 1 月 14 日,司法部颁发了《关于律师从事基本建设大中型项目招标投标法律业务的通知》。从此,我利用余暇全面学习研究招标投标方面的法律知识,以适应市场经济发展需要。没多久,《中华人民共和国招标投标法》诞生了,两年后,《中华人民共和国政府采购法》又出台了。

十几年来,由于受国家权威部门和著名专家学者的影响,加之,在实际工作中刚开始我们阅读的大多又是国内的招标投标教材,因而与国内的许多实务工作者一样,我也一直以为招标投标与

政府采购分别归属于两个不同的学科领域,分别归属于两个不同的行业主管;但更多的时候,还是认为招标投标的内容中包括了政府采购,政府采购只占据招标投标的一小部分。我的这种错误认识一直持续到1998年10月。当我看到《深圳经济特区政府采购条例》,学习了条例所载内容,又研究阅读了国际上的政府采购制度之后才恍然大悟!政府采购包涵了招标投标,招标投标是政府采购的核心内容,是国家政府采购制度的组成部分。两者之间的关系是“母亲”与“儿子”之间的关系、类似于“宪法”与“刑法”、“刑事诉讼法”之间的关系。这种关系在国外也是公认的,招标投标是政府采购的重要制度,是在一个国家的政府采购制度统率下有序进行的。2000年8月,当我承办全国第一例供应商状告国家农业部“全国无规定动物疫病区建设项目”政府采购民事侵权诉讼案时,对于政府采购和招标投标之间的“母子”关系,我有了更进一步的认识。这时,我们国家正在酝酿起草政府采购法。这部法律颁布后,虽然国外的学者也曾对我国招标投标法和政府采购法所存在的关系提出过质疑,但国内各大权威媒体还是铺天盖地,众口铄金,一片叫好!一些专家教授也怦然相应,纷纷出书撰文,论证两部法律的区别和调整范围,与此同时高度赞誉评点政府采购法的出台。此时,我想,一个人单枪匹马去冲刺,提出不同意见将是逆历史潮流。

自两部法律先后出台后,五年来,我们相关的法律业务一直是有增无减。同样,两部法律在实施过程中所出现的漏洞也日渐显现,相互之间的打架和冲突也是持续不断,与日俱增。根据十几年的招标投标法律实践,政府采购法实施的第一年,我开始撰写政府采购系列丛书(群众出版社已于2004年12月、2005年4月公开出版发行了作者撰写的《中国政府采购案例评析》第一卷和第二卷,近70万字),在研究分析100多起政府采购招标投标案件时,针对两部法律的冲突,依照我国《立法法》关于新法与旧法之间关系的法律规定,我尽最大努力来阐述和剖析这些案件,但还是感觉

战战兢兢,顾此失彼,有些力不从心。为了避免遭遇专家教授的异议,以案说法时,我基本上还是参照了国家财政部对政府采购法的解释,援引了较为权威学者的说法。然而,许多憋在心中的话又不得不说不。为此,从2005年1月开始,针对两部法律在实践中所存在的系列问题,我开始在《法制日报》、《国际商报》、《检察日报》、《人民法院报》、《经济日报政府采购周刊》、《经济·政府采购》、《律师与法制》杂志等国内各大报刊上先后公开发表了五十余篇针对两部法律在实践中的冲突有关问题的文章。在这些文章中,我从不同角度反反复复说明《招标投标法》、《政府采购法》均属于中国的公共采购法,都是从同一个角度规范公共采购行为的,均强调公共采购必须强制竞争,必须公开透明和公平竞争,应该节俭和效率,所采购的对象物有所值。由于两部法律同时存在,且大部分内容雷同,只是表述不一样,如果不合并,不走向统一,相互之间的打架和矛盾是无法解决的。最终受到伤害的是国家利益、公共利益和广大弱势群体供应商的合法权益,而得到利益的只是极少数权力主体和以营利为目的的中介招标采购代理机构。因此,我首先在2005年5月20日的《中国经济时报》上大胆地提出并强烈地呼吁,必须取消招标投标法,将其内容纳入到政府采购法中。我的系列文章陆续见诸媒体后,国内各大相关的权威网站几乎都原文转载了。海内外的众多学者也纷纷给我来信来电,表示赞同。许多读者给我发来电子邮件,对我的观点和意见表示支持,原天津市国际招标有限公司的资深专家高子正先生说:他从事招标投标代理业务近二十年,前后搜集了2000多篇招标投标和政府采购方面的文章,但还是第一次看到国内第一个人提出来要将两部法律合并、统一。他既往的迷惑从我的系列文章中获得了释解。广大读者的热情和支持给了我莫大的慰藉!

2005年4月初,《中国经济时报》地区版编辑部主任王彧女士看到我所发表的系列文章后,主动向我约稿。为此,我比照WTO的《政府采购协议》、联合国国际贸易法委员会的《货物、工程和服

务采购示范法》以及世界上其他国家和地区比较成功的政府采购国际规则,在我国的法律体系和法律框架之下,针对我国现行的政府采购法各个具体章节或条文的缺陷或缺位,以及与招标投标法所存在的冲突和矛盾,结合政府采购的国际惯例和国内国际的政府采购实践,一个问题一个问题逐一地进行撰写,每周向他们报社供稿。截止今日,《中国经济时报》已经公开发表了由我撰写的二十多篇有关我国政府采购法所存在的系列问题的论文。这些文章分别从政府采购的历史演变、政府采购进入国际法制化轨道、我国政府采购从试点到立法、政府采购法适用范围及其缺陷、政府采购模式的缺陷、政府采购回避制度的缺陷、政府采购公开招标的缺位、信息披露制度的冲突、政府采购监管缺位、政府采购当事人界定不清、供应商资格审查制度的缺陷、政府采购招标方式的冲突、政府采购保证金制度的缺失、政府采购招标文件的缺位、政府采购邀请招标中的黑箱操作、政府采购开标程序的缺失、竞争性谈判制度的黑洞、政府采购评审专家制度的缺失、政府采购评标方法的缺位等方方面面,从头到尾、由表及里逐一进行了系统论述。由于受报纸版面的限制,每篇文章约 2000 至 3000 字,作者试图将抽象的法理,实践中的问题,结合具体的个案,通过通俗易懂的语言,传达给广大的读者。我在《中国经济时报》的这一组系列文章陆续发表后,更引起我国各省市的政府采购中心、招标公司、广大的供应商和采购人、各级政府采购主管部门以及相关院校师生的广泛关注,纷纷来电来函要求将这些文章结集出版,要求征订。为满足读者的要求,我将 2005 年 1 月至今陆陆续续发表的文章经过筛选,从中挑选了三十余篇,连同近几个月完成的二十篇文章,按照政府采购内在逻辑联系重新进行了编排,取其书名为《法治下的政府采购》。由于我在《中国经济时报》所发表的系列文章是遵循我国政府采购法章节顺序撰写的,故将这一组稿件安排在本书的前半部分,余下的为最近几个月撰写的和在其他报刊零零碎碎所发表的稿件,也是按照我国政府采购法的章节顺序进行编排,作为本书

的后半部分。为了方便广大读者在国际互联网进行查阅,我在大部分文章中都注明了来源、发表时间和报刊的互联网址。本书尚存一大遗憾的是,由于作者的律师业务和时间关系,同时也考虑到《中国经济时报》第一时间的发表权利,对于我国《政府采购法》、《招标投标法》中还存在的十几个热点问题、尚未在时报上发表的论文,恕不能列入本书这次的出版计划,只能留待 2006 年初的出版方案中。

《法治下的政府采购》一书几乎涵盖了我国《政府采购法》、《招标投标法》主要章节内容,几乎分析了现行法律所存在的主要冲突和矛盾,同时也全面介绍了 WTO《政府采购协议》、联合国国际贸易法委员会的《货物、工程和服务采购示范法》的相关内容。通读全书,不仅对于我国公共采购制度的历史和现状会有一个全新的认识,对于世界上政府采购的国际规则也会有全面的了解。此书对于广大的供应商怎么样避免失利,如何在激烈的政府采购市场竞争中援引法律取胜,如何正确适用法律更好地保护自己的合法权益,会有相当大的帮助;对于各地的政府采购主体如何根据法律冲突避免遭遇质疑和投诉,怎么样灵活运用法律向行政主体提供相关的抗辩证据,如何依法保护自己的合法权益,怎么样根据法律有效地应对供应商的质疑和投诉,会有一些收获;对于各级政府采购主管部门和政府采购监督部门如何充分地发挥各自的行政管理监督职能,怎么样有效地依法行政,如何避免不利的诉讼结果,会有一些启示;对于各级司法机关怎样发现、挖掘公共采购市场中的“权力租金”,如何查处、打击贪官污吏会有相当大的帮助;对于国家立法机关今后如何修改、完善我国现行法律制度,怎么样构建未来法治下的公共采购制度,将会获得很大的启迪。

在《法治下的政府采购》一书写作过程中,作者参考了国内外相关学科前辈和时贤撰著的大量专著、工具书和教材,本书的大部分文章在撰写过程中得到了《中国经济时报》地区版编辑部主任王曦女士、北京现代沃尔经贸有限责任公司王建军、张明先生的鼎

力相襄。在此,一并致谢!由于作者学理不深、学养不足,本书中肯定会有不妥和错讹之处,衷心希望学界同仁和广大读者批评指正。

谷辽海

2005年9月16日于北京

前 言

政府采购制度最初源于一个国家的财政支出管理,到了上个世纪 80 年代,世界上许多的国家和地区为实现公共政策和社会公共利益,使用国家财政资金或者为了国家的公共采购政策,通过各种法定方式获得的货物、工程、服务的行为,都称之为政府采购,又称之为公共采购,其发展经历了一个漫长的历史过程。本书前 3 篇文章是概述政府采购制度从国际到国内的发展历程,从最初的政府办公用品的采购,到现代的工程、货物和服务的采购,从一个国家的财政支出政策开始,到后来形成的世界贸易组织的政府采购制度,最后这一制度又引入到中国,及其在我国的发展情形。本书第 4 篇《政府采购中的多与少》是今年初给《人民法院报》写的专稿,综述了我国近几年政府采购情况,所存在的几大问题。《政府采购法的适用范围及其缺陷》,作者结合国际惯例和我国台湾地区的政府采购法律制度,指出现行立法对政府采购客体“工程”的界定所存在的矛盾和实践中的障碍。这也是作者第一次公开提出建议取消我国现行的招标投标法,将其相关内容并入到我国政府采购法中。因为招标投标制度是隶属于国家政府采购制度之下的,不能与国家的政府采购制度平起平坐,不能够在同一位阶设立两部具有同样法律效力的行为规范,只能将招标投标作为行政法规的形式确定为政府采购制度的组成部分。从这篇文章开始,到

本书的第39篇《政府采购投诉处理决定亟须规范》，主要是根据我国《政府采购法》第一章至第九章的排列秩序展开论述的。在每一个主题下，作者大部分的文章均结合世界上最具权威的两个政府采购国际规则即WTO《政府采购协议》和联合国国际贸易法委员会《货物、工程和服务采购示范法》，指出我国现行的两部法律在移植国际规则中所存在的缺陷、冲突和矛盾，以及给实际工作所带来的困惑，最后提出一些建议和意见。在这些文章中，作者根据论题的需要，通过以案说法的形式，引证实际案例，对所要表达的主题进行释疑。

本书第1篇到第32篇《政府采购合同变更制度的冲突》，是作者在《中国经济时报》上每周撰写的“法治下的政府采购”系列连载文章。这些论文针对我国政府采购法每个章节及其条款中所存在的主要问题逐一展开分析和阐述，文章与文章之间有一定的连贯性和内在联系，尤其是针对我国政府采购法政府采购方式和政府采购程序两个章节中所谈的问题。所以，读者如果按照文章先后顺序阅读，对于作者所谈的制度和问题会有全面的理解，尤其是对两个著名国际政府采购规则中的主要内容会有全面的了解。本书《我国政府采购授标制度的缺陷》至《不履行政府采购合同该当何责》，共8篇文章，主要是根据我国《政府采购法》第五章政府采购合同的内容来写的，结合招标投标法的相关内容，作者指出两部法律所存在的“两难”问题，并依照我国《合同法》的有关规定，提出两部法律所存在的无法解决的难题，作者鲜明地否定了“政府采购合同”为“民事合同”的说法，建议对我国的“政府采购合同”重新进行定位，与此同时，取消我国的招标投标法，在政府采购法中设立专门的招标投标程序、政府采购合同等章节。值得一提的是，《中国经济时报》发表作者前述的系列文章，所抛出的问题都没怎么删除，对制度的批评均非常尖锐，国内相关的权威媒体也一直在跟着连载。

本书《政府采购中如何保护供应商利益》是今年4月初发表在《法制日报》上的一篇文章，指出我国政府采购中的供应商在现

行法律制度面前的无奈,从这一篇开始,到《听证程序不能在行政执法中缺位》,这一系列论文主要是根据我国《政府采购法》、《招标投标法》质疑和投诉、法律责任等章节中的内容,结合政府采购实践,剖析实际工作中所存在的问题,阐述了我国现行的政府采购供应商救济制度的缺陷,以及政府采购行政执法所存在的主要问题。

在国外,现代意义上的政府采购,已经不仅仅局限于采购对象的资金是否来源于国家财政,是否属于公共资金,而更多的是考虑到国家公共政策和公共管理目标的实现,以及对国家资源、公共安全、公众利益进行有效保护和维护,故世界上大多数国家的政府采购制度又称之为公共采购制度。为此,本书根据国际上的公共采购制度,结合我国的实际情况,呼吁将公用事业、国家资源、公共安全、城市基础设施、药品集中采购、政府特许权经营等公共采购的内容纳入到我们国家政府采购制度下执行。针对这些敏感性的话题,作者将今年先后撰写的《“代建制”不能避免“权力租金”》、《政府特许经营在政府采购中的缺位》、《我国特许经营须纳入政府采购体系》、《药品集中采购亟须进入政府采购体系》、《工程招标采购中的“黑白合同”》等案例分析及其所具有普遍意义的热点问题,且在我国境内具有争议的问题的文章也收入到了本书中。作者相信,权力之争、利益冲突等制度建设方面的问题随着我国加入 WTO《政府采购协定》,都会迎刃而解。符合国际规则的现代化的国家政府采购制度已经在向我们走近。

谷辽海

2005 年国庆节于北京

目 录

政府采购的历史演变	(1)
政府采购进入国际法制轨道	(4)
我国政府采购由试点到立法	(7)
政府采购中的多与少	(10)
政府采购法的适用范围及其缺陷	(15)
政府采购模式尚存缺陷	(19)
政府采购“国货”的法律缺位	(22)
政府采购回避制度的缺陷	(29)
政府采购信息披露制度存在冲突	(32)
政府采购的监管缺位	(35)
政府采购公开招标的缺位	(38)
政府采购当事人界定不清	(41)
政府采购价格目标的冲突	(44)
供应商资格审查制度流于形式	(48)
政府采购保证金制度的缺陷	(51)
政府采购招标方式的冲突	(54)
政府采购邀请招标谨防黑箱操作	(58)
政府采购招标文件亟须规范	(61)
政府采购开标程序缺失	(65)
政府采购评审专家制度的缺陷	(68)
定标应以投标价格作为主要考量	(72)
政府采购废标制度的缺陷	(75)

竞争性谈判制度所存在的“黑洞”	(79)
单一来源采购监督机制的缺位	(83)
政府采购询价采购程序的缺陷	(88)
政府采购合同验收制度的缺陷	(92)
政府采购授标制度的缺陷	(96)
无效政府采购合同适用法律的冲突	(104)
政府采购合同撤销制度的冲突	(109)
政府采购合同违约责任的冲突	(114)
政府采购合同解除制度的缺失	(119)
政府采购合同变更制度的冲突	(123)
拒签政府采购合同的法律责任	(128)
不履行政府采购合同该当何责	(136)
政府采购中如何保护供应商利益	(138)
政府采购质疑程序的缺陷	(142)
政府采购救济时效制度的缺陷	(148)
政府采购救济机制中的前置程序	(157)
政府采购投诉处理决定亟须规范	(161)
政府采购活动中的证据保全	(167)
公务车采购中监督机制不能缺位	(170)
“代建制”不能避免“权力租金”	(172)
浅谈我国军队政府采购	(177)
政府特许经营在政府采购中的缺位	(189)
特许经营须纳入政府采购体系	(202)
药品集中采购亟须进入政府采购体系	(214)
工程招标采购中的“黑白合同”	(226)
试析政府采购公务车遭遇处罚	(243)
听证程序不能在行政执法中缺位	(247)
网上政府采购公务车亟待规范	(253)
政府采购行政处罚: 游走在违法的边缘	(257)
民族品牌: 公务车采购中的法律缺位	(262)
全国首例政府采购民事侵权案剖析	(266)
政府采购合同撤销案剖析	(289)
后 记	(294)

政府采购的历史演变

为了开展日常政务活动或为公众提供公共服务,世界各国政府利用公共资金获取货物、工程或服务的行为,我们称之为政府采购(Government Procurement),也称公共采购(Public Procurement)。政府采购不仅仅是指具体的采购过程,还包括采购政策、采购方式、采购程序、监督机制、救济途径等采购规范的总称,是一种对公共采购进行规范管理的制度。

这一制度最早形成于18世纪末和19世纪初的西方国家。

英国是最早开展政府采购活动的国家之一。1782年,英国政府设立了国家文具公用局,负责政府部门办公用品的采购,该局后来发展为物资供应部,专门负责政府各职能部门所需物资的采购。其目的是为了满足不同政府日常职能的需要,提高政府资金使用效率。政府部门和其他公共机构采购商品和服务都必须做到“物有所值”,也就是采购的物品总成本和质量都必须满足使用者的要求。为实现这一要求,就要通过供应商之间的竞争,以最合理的价格采购自己需要的商品和服务。政府鼓励采购方消除不利于小公司参与竞争的障碍,但并不意味着歧视大公司。自从1973年英国加入欧洲经济共同体(现为欧盟)之后,政府采购就受到日益增多的各种法律条款的限制。现在,英国政府采购制度已完全走向法制化,除了政府采购一些判例之外,英国的成文法律、法规也相当完善,主要有:《英国公共工程合同规则》(1991年)、《英国公共设施供应的公用事业工程合同规则》(1993年)、《英国公共服务合约法规》(1994年)、《公共供应合同管理条例》(1995年)。

美国也是世界上实行政府采购制度较早的国家之一,至今已

有 200 多年的历史。它起源于自由市场经济时期,完善发展于现代市场经济。1783 年美国宣布独立,政府采购起初是在国防部门进行,实行直接的自由采购,其后美国政府采购逐步立法,1861 年国会制定了一项法案,要求每一项采购至少要有 3 个投标人;1868 年国会立法,确立公开招标和公开授予合同的程序。这个阶段的民用大宗物资采购都是由政府各个部门和行政机构分散采购,其特点是分散、重复、浪费和效率低。随着政府采购制度的发展,政府采购与国家经济目标的关系逐步为人们所认识,并作为经济发展的一种手段来认识政府采购。1933 年美国国会通过了《购买美国产品法》,这部法律的出台使得政府采购的作用发生了变化,充分发挥了政府采购的宏观调控作用,使美国经济得到了复苏。

从 1949 年开始,美国有关部门对政府采购状况进行了数年调查后,指出了美国政府分散采购存在着五大弊端:一是缺乏统一有效的采购组织,采购效率低;二是政府采购价格高于私营采购价格;三是多重采购,物资浪费;四是采购人员过剩,素质低;五是无法进行有效的监督和评价,同时提出了规范和统一采购行为的建议报告。据此报告,1949 年美国国会通过了《联邦财产与行政服务法案》,赋予美国联邦总务署为联邦政府的绝大多数民用部门组织集中采购的权力,统一了政府采购政策和方法,从而确立了美国政府集中采购的管理体制。制定颁布了《政府采购条例》,有效地组织了美国联邦政府的货物、工程和服务的全面采购。但是仍有些部门可根据特殊需要进行自行采购。

从 1991 年开始,美国渐渐完善政府采购体制和规则,实行集中采购和分散采购相结合的采购模式,但政府采购程序的繁琐和效率低也常常受到批评。因此,美国 1994 年颁布了《联邦采购合理化法案》、1996 年颁布了《克林格—科享法案》等。美国政府采购的范围很广,即各级政府为了开展日常政务活动或为公众提供公共服务的需要,按照法定的方式、方法和程序,利用国家财政性资金和政府借款,从市场上为政府部门或所属公共部门购买商品、工程及服务的行为,都属于政府采购的范畴。采购金额在

2500 美元以内的实行分散采购,采购金额在 2500 美元以上的实行集中采购。美国政府采购无论用什么样的采购方式,也无论多大的采购金额,都必须按照一定的步骤和程序进行。

法国也是世界上实行政府采购制度较早的国家之一,可以追溯到它的公共征收和公共征调制度。19 世纪期间,由于法国进行运河、道路、铁路等重要工程建设,大量进行公共征收,依据法国法律公共征收是政府为了公共利益目的,按法定的形式和实行公平补偿原则,以强制形式采购私人不动产。上个世纪 60 年代,法国出现的公共行政合同,是完整意义上的政府采购合同,采购主体、招标采购方式、采购程序等方面与政府采购完全一致,采购对象包括货物、工程与服务。

现代意义上的政府采购制度是市场经济发展的产物。由于国际贸易的发展,世界上发达国家和地区的政府采购规模越来越大,每年政府采购金额达数千亿美元,占国际贸易总额的 10% 以上。伴随着国际贸易一体化的进程,形成了国际政府采购制度。到目前,大约有 38 个国家和地区参加了世界贸易组织的政府采购协议,覆盖了主要发达国家和地区。

本文来源:《中国经济时报》

<http://www.cet.com.cn>

发表时间:2005 年 4 月 22 日