

杨汉平 / 著

〔原理分析 规则阐释〕

〔实务解疑 操作指南〕

政府采购法律制度 理论与实务



西苑出版社

政府采购法律制度理论与实务

杨汉平 著

西苑出版社

图书在版编目(CIP)数据

政府采购法律制度理论与实务/杨汉平著.

—北京:西苑出版社,2002.6

ISBN 7-80108-639-2

I. 政… II. 杨… III. 政府采购法—

法律解释—中国 IV. D922.205

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2002)第 048302 号

政府采购法律制度理论与实务

著 者 杨汉平

出 版 人 杨宪生

出版发行 西苑出版社

通讯地址 北京市海淀区阜石路 15 号 邮政编码 100039

电话 68214971 传真 68247120

网 址 www.xycbs.com E-mail aaa@xycbs.com

印 刷 北京兴达印刷有限公司

经 销 全国新华书店

总 发 行 中国法律图书公司

开 本 850 毫米×1168 毫米 1/32 印张 8.625

字 数 220 千

2002 年 6 月第 1 版 2002 年 6 月第 1 次印刷

书 号 ISBN 7-80108-639-2/D·112

定价:16.00 元

(凡西苑版图书有缺漏页、残破等质量问题本社负责调换)

序

全国人大财经委办公室主任
《政府采购法》起草工作小组组长 巨家仁

政府采购的立法工作,是中国政府采购制度一项最基本、最重要的建设,受到了各有关方面的关注。

根据九届全国人大常委会立法规划,全国人大财经委于1999年4月成立了政府采购法起草组,在全国人大常委会委员、全国人大财经委副主任委员姚振炎和全国人大常委会委员迟海滨、全国人大常委会预算工委副主任张光瑞等同志的领导下,会同财政部、国家计委、外经贸部、国家经贸委、国务院机关事务管理局等部门,请有关专家学者参加,开始起草政府采购法。起草组在广收集资料、到部分省市调研、出国考察、多次召开国际国内研讨会的基础上,完成了政府采购法的起草工作。草案经全国人大财经委审议通过后,于2001年10月提交全国人大常委会审议。审议期间,全国人大常委会法制工作委员会为修改完善草案作了大量卓有成效的工作。2002年6月,《政府采购法》经九届全国人大常委会第二十八次会议审议通过,将于2003年1月1日起施行。

政府采购法是关系到各级国家机关有效行使职能、加强财政支出管理、更好的发挥财政在国民经济发展的宏观调控作用、抑制腐败的重要法律。起草工作组在充分调查研究、广泛吸纳各方面意见的基础上,在起草过程中注意把握了以下几点:一是充分体现公开、公平、公正、透明和物有所值的原则;二是坚持集中采购与分散采购相

结合,根据各地政府采购的实际情况研究集中采购机构的设置;三是注意发挥主管部门的管理、监督职能和其他相关部门的监督作用,在招投标的监督方面尊重国务院有关部门现有的职责分工;四是明确公开招标是政府采购的主要方式,同时规定在特定情况下可以选择其他采购方式;五是注意保护供应商的权益,当其权益受到伤害时,赋予他们质疑、投诉、提起行政复议和行政诉讼的权利;六是体现政府采购的一些政策性取向,包括适度保护国内产业,保护环境,扶持不发达地区和少数民族地区以及中小企业;七是注意与招标投标法、合同法等法律的衔接。以上一些原则和精神,在政府采购法的有关条款中有所体现。

本书以我国《政府采购法》为基本内容,总结我国近几年来政府采购的实际经验,结合国际政府采购法律制度,对我国政府采购法律制度进行了全面的阐述。政府采购法律制度在我国是一项新制度,对它进行系统的理论与阐述是非常必要的,有助于我们理解一些具体制度设计的合理性,从而正确理解法律的本意。本书作者是一位在法律方面很有造诣的中青年学者,担任政府采购法起草组顾问,参加了《政府采购法》的一系列立法调研活动,多次参加国际国内政府采购法研讨会,并发表相关学术论文,对一些问题进行了深入的探讨,提出了自己独到的见解,这些在本书中都有所反映。本书无论对于理论工作者,还是实际工作部门的同志,都有一定的参考价值,值得一读。

2002年仲夏于北京

内 容 提 要

政府采购(Government Procurement),也称公共采购,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集中采购目录以内,采购限额标准以上的货物、工程和服务的行为。政府采购法是调整政府采购法律关系,规范政府采购行为的法律制度。政府采购法是经济法学重要的组成部分,并以其社会本位性、宏观调控性和兼具实体法和程序法的特性成为国家协调经济运行的重要法律制度。本书运用法理学、法历史学、经济分析等研究手段,通过世界各国和地区政府采购法律制度的比较研究,对建立和完善我国政府采购法律制度进行了探讨。本书主要包括:

第一,政府采购的概念和特点、政府采购制度的起源等问题。政府采购同私人采购相比,具有政府采购主体的特定性和资金来源的公共性、政府采购的非赢利性、政府采购的公开性、政府采购对象的广泛性和政府采购的政策性等特点。政府采购制度最早起源于英国,随后在世界各国和地区得到发展。WTO的《政府采购协议》和联合国国际贸易法委员会通过的《贸易法委员会货物、工程和服务采购示范法》及配套文件《贸易法委员会货物、工程和服务采购示范法立法指南》是政府采购领域重要的国际条约,不仅使政府采购制度日臻完善,而且促进了政府采购市场由国内市场、区域市场向世界市场开放。

第二,对政府采购法的基本理论问题进行了研究,包括政府采购法的基本原则、特征和政府采购法适用主体和对象等内容。作者认为,政府采购法具有社会本位性、宏观调控性和兼具实体法和程序法

等特性,是经济法的重要组成部分。政府采购不仅应当遵循《政府采购法》规定的公开透明原则、公平竞争原则、公正原则和诚实信用原则,还应当遵循有效竞争、效率原则和效益原则。本书还对《政府采购法》规定的适用范围,即“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”进行了深入分析和探讨。

第三,对采购模式的选择进行了研究。采购模式也就是采购的组织方式。采购实体在组织采购时,既可以将其采购活动完全集中化,即该实体的所有采购都由一个统一的采购中心进行,也可以将采购职能分散化,即该实体的每个子部门各自有权采购其所需物资或服务。这种集中或分散的采购活动组织方式就是采购学上的采购模式。因此,采购模式基本上可以分为两类:集中采购模式和分散采购模式。我国《政府采购法》规定,政府采购实行集中采购和分散采购相结合。集中采购的范围由省级以上人民政府公布的集中采购目录确定。属于中央预算的政府采购目录,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目录,其集中采购目录由省、自治区、直辖市人民政府或者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。国家机关、事业单位和团体组织采购纳入集中采购目录的政府采购项目,必须委托集中采购机构代理采购;采购未纳入集中采购目录的政府采购项目,可以自行采购,也可以委托集中采购机构在委托的范围内代理采购。可见,我国政府采购制度采取了集中采购和分散采购相结合的模式。

第四,政府采购的市场准入法律问题研究,集中对供应商的资格标准、供应商资格瑕疵以及供应商资格预审程序进行了研究。《政府采购法》中对供应商资格标准作了规定,但对供应商资格的瑕疵未作规定,作者认为,对供应商资格的瑕疵规定是供应商资格认证中的重要内容,应在政府采购立法中有所体现。此外,关于资格预审程序,《政府采购法》的规定也是需要加强和完善的。

第五,对招标性政府采购方法进行了研究。招标性政府采购方法包括公开招标和邀请招标,本书对招标性政府采购的招标公告、招标文件、招标资料的发送和信息的传播、等标期、招投标的通讯方式和投标的递交以及评标和决标的法律问题进行了研究。

第六,对非招标性政府采购方法进行了研究。虽然公开招标通常具有进行竞争邀请、投标一次性、按事先规定的选择标准将合同授予最佳投标商、不允许同投标商进行谈判等特点,被普遍认为是最能体现现代民主竞争精神,最有效地促进竞争、实现采购效率的采购方法。但在一些情况下,由于采购对象的性质、采购情势的要求,公开招标并不是实现政府采购的经济目标的最佳方法。因此,采用非招标性政府采购方法更能实现采购意图。非招标性政府采购包括竞争性谈判、询价采购、单一来源采购和两阶段招标,本书对上述非招标性政府采购的适用条件和程序进行了研究。

第七,对服务采购和 BOT 采购对服务采购的范围、服务采购方法和程序、服务采购评标和定标的标准以及 BOT 采购的概念和程序进行了研究。

第八,对政府采购合同的性质、主体和客体、政府采购合同的内容、政府采购合同的监督管理进行了研究。作者认为,政府采购合同是一种特殊的民事合同。对政府采购合同的内容,作者集中对技术规格进行了探讨,作者认为,从我国现行法规看,我国政府采购中没有将技术规格的编制和确定作为重要事项对待,使政府采购的目标和原则难以实现,并造成供应商或承包商投标成本的增加,以及供应商或承包商之间的不公平竞争。因此,在政府采购立法中应注意对技术规格的确定。

第九,对政府采购救济机制进行了研究,作者认为,质疑与投诉是供应商与采购实体以及政府有关部门在政府采购活动中发生争议而寻求合法解决的机制,通过对联合国《贸易法委员会货物、工程和服务采购示范法》规定的介绍,对构建我国政府采购的救济机制进行了研究。

第十,对政府采购的监督检查进行了研究。作者认为,政府采购监督管理部门是法律规定的专司政府采购管理工作的政府机构。我国《政府采购法》规定军事采购法规由中央军事委员会另行制定。因此,我国《政府采购法》规定的政府采购监督管理部门实际上专司民用品的采购管理工作。我国《政府采购法》进一步明确了政府采购的主管机关为各级人民政府财政部门,并对采购人、采购代理机构的法律责任;供应商的法律责任;政府采购监督管理部门及其工作人员的法律责任进行了分析。

第十一,研究了 WTO《政府采购协议》与我国的对策。经过长期的讨价还价,东京回合多边贸易谈判于 1979 年 4 月 12 日在日内瓦签订了《政府采购协议》。《协议》规定基于国家安全全面采购的必要物品,或是根据维持公共秩序、卫生防疫上的需要而采取的限制措施可以例外,可以不适用于《协议》的要求。要求各国放弃对本国供应者及产品的价格优惠,并对政府采购合同的投标与开标程序作出详细规定,以确保政府的各种规章制度不被用来偏袒和保护本国厂商及本国产品,而对外国供应者及其产品实行差别待遇。《协议》规定凡政府采购的价值达到或超过 15 万特别提款权,其采购的法律、规则、程序和措施,应无条件地向其他缔约国的产品和供应者提供优惠待遇。此种优惠待遇不得低于向国内和任何第三国的产品和供应者所提供的待遇。采购所规定的技术要求,应是性能方面的,而不是设计方面的,并应以国际标准,或公认的国家标准为依据,不得借此给国际贸易设置障碍。为确保供应商在一个平等的水平上进行公平竞争,应采取招标的程序进行。地方政府公共机构以及与政府有关的机构所采购的物品,作为《协议》以后的努力目标。该《协议》于 1981 年 1 月 1 日起对届时已接受或加入该《协议》的各国政府开始生效。东京回合《政府采购协议》是在政府采购领域首次达成的有关各缔约国权利义务的法律框架,为政府采购在法律、规则、程序和措施方面设立了统一的国际标准。1987 年,《协议》的缔约方对 1979 年《协议》做了修改,修改后的《协议》于 1988 年 2 月 14 日生效。1993 年 12

月,缔约国在乌拉圭回合上就新《协议》达成基本意向。新《协议》增加了很多内容,比如基于对等的原则将《协议》范围扩大至服务合同等。新《协议》由一个序言、24 项条款、4 项附录和一个原文注释组成。新《协议》在 1994 年 4 月经《协议》参加国签字后于 1996 年 1 月 1 日生效。我国政府加入世界贸易组织的过程中,没有承诺加入《政府采购协议》。但是长远来看,由于我国政府奉行对外开放和利用外资政策和参与全球化过程,所以我国加入政府采购贸易自由化的全球性安排中是一个重要的发展目标。我国要实现最终加入 GPA 的目标,就应当进行准备,在以下面创造必要的条件:(1)利用国内政府采购提高和培养本国企业的经济竞争力。(2)先行接受政府采购的区域性自由化。(3)进行政府采购的竞争性立法。

总结全文,作者认为,我国现行的政府采购法律制度还很不完善,《政府采购法》的规定也存在欠缺,因此,为适应国际经济一体化以及我国加入 WTO 的需要,科学构建我国的政府采购法律制度,包括政府采购法适用的政府采购主体、基本原则、政府采购方法和程序以及政府采购救济机制等内容是一项紧迫的任务。

目 录

第一章 导 论	(1)
一、政府采购的概念和特点	(1)
二、政府采购与公共财政	(2)
三、政府采购制度的起源和发展	(5)
四、各国和地区政府采购制度简介	(8)
五、政府采购立法的重要性	(14)
第二章 政府采购法的基本原则、特征和适用范围	(26)
一、政府采购法的基本原则	(26)
二、政府采购法的特征	(30)
三、政府采购法的适用范围	(34)
第三章 采购模式	(41)
一、采购模式的概念及分类	(41)
二、集中采购模式	(42)
三、分散采购模式	(48)
四、混合采购模式	(50)
第四章 供应商及中介机构	(52)
一、供应商资格标准的有关法律规定	(53)
二、供应商资格瑕疵的法律规定	(57)
三、我国供应商资格标准法律规定评析	(64)
四、供应商资格预审程序	(65)
五、我国有关供应商资格预审程序规定评析	(68)

六、政府招标采购中的中介机构	(68)
第五章 招标性政府采购方法	(81)
一、招标政府采购方法概述	(81)
二、招标采购公告	(86)
三、招标文件	(91)
四、招标资料的发送和信息的传播	(97)
五、等标期	(99)
六、招投标文件的通讯方式和投标文件的递交	(102)
七、评标和决标的有关法律问题	(107)
第六章 非招标性政府采购	(112)
一、竞争性谈判采购	(112)
二、询价采购	(119)
三、单一来源采购	(122)
四、两阶段招标	(128)
第七章 服务采购和 BOT 采购	(134)
一、服务采购的范围	(135)
二、服务采购方法和程序的法律规定	(138)
三、服务采购评标和定标的标准	(145)
四、BOT 采购	(147)
第八章 政府采购合同	(152)
一、政府采购合同的性质	(152)
二、政府采购合同的主体和客体	(156)
三、政府采购合同的内容——对技术规格法律问题 的研究	(160)
四、政府采购合同履行中的特殊法律问题	(168)
五、政府采购合同的监督管理	(172)
第九章 政府采购救济机制	(174)
一、政府采购救济机制概述	(174)
二、WTO《政府采购协议》规定	(175)

三、联合国《贸易法委员会货物、工程和服务采购示范法》的规定	(175)
四、我国政府采购救济制度的构建	(178)
第十章 政府采购的监督检查	(181)
一、政府采购监督管理部门	(181)
二、政府采购的监督检查	(186)
三、政府采购的法律责任	(187)
第十一章 WTO《政府采购协议》与我国的对策	(196)
一、WTO《政府采购协议》的产生	(196)
二、《政府采购协议》的基本内容	(197)
三、我国加入 WTO《政府采购协议》的对策	(202)
附录一 中华人民共和国政府采购法	(206)
附录二 WTO《政府采购协议》	(222)
主要参考书目	(250)

第一章 导 论

一、政府采购的概念和特点

政府采购(Government Procurement),也称公共采购,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。^①为了规范政府采购行为,提高政府采购资金的使用效益,维护国家利益和社会公共利益,保护政府采购当事人的合法权益,促进廉政建设,2002年6月29日我国通过了《政府采购法》。

政府采购与私人采购相比较,共同之处表现在:第一,政府采购和私人采购从本质上讲都是一种商品交易活动,采购主体均以消费者的身份出现;第二,政府采购和私人采购均是通过订立合同而实现其采购目的。另一方面,由于政府采购的特殊性,与私人采购又有相当大的区别,主要表现在:

第一,政府采购主体的特定性和资金来源的公共性。政府采购主体一般为各级政府及其所属机构,政府采购资金主要来源于政府财政拨款,即由纳税人的税款所形成的公共资金。

第二,政府采购的非赢利性。政府采购的目的不是为了赢利,而是为了实现政府职能和公共利益。

第三,政府采购的公开性。政府采购的有关法律和程序都是公开的,采购过程也是完全公开的,有关采购活动都要作出公开记录,

^① 楼继伟主编:《政府采购》,经济科学出版社1998年12月1版,第1页。

所有的采购信息都要公开。

第四,政府采购对象的广泛性。政府采购对象范围十分广泛,为了便于管理和统计,国际上通行的做法是按其性质将采购内容分为三大类:货物、工程和服务。货物是指各种各样的物品,包括原料、产品、设备、器具等;工程是指在地面上下新建、扩建、改建、修建、拆除、修缮或翻新构造物与其所属设备及改造自然环境的行为,包括建造房屋、兴修水利、改造环境、交通设施、铺设下水道等建筑项目;服务是指除货物和工程以外的任何采购,包括专业服务、技术服务、资讯服务、营运管理、维修、培训、劳力等。根据我国《政府采购法》第2条的规定,货物是指各种形态和种类的物品,包括原材料、设备、产品等;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。服务,是指除货物和工程以外的其他政府采购对象。

第五,政府采购的政策性。政府采购是以实现公共政策为主要出发点。政府采购从计划的制定到合同的履行,都要体现政府的政策,实现政府某一时期的工作目标。同时,一国政府也可以利用政府采购作为保护本国产品和企业的手段。如美国1988年《购买美国产品法》明确规定,无论法律的其它规定,并且除非有关部门或独立机关的负责人断定其不符合美国的公共利益或其成本不合理,否则,基于公共使用的目的,只能采购在美国采掘或生产的未制成的物品、材料或供应品;所采购的已制成的物品、材料或供应品,只能是实质上全部由在美国国内采掘、生产或制造的物品、材料或供应品制成,并且应在美国国内制造。

二、政府采购与公共财政

(一)公共财政的概念和职能

1. 公共财政的概念

公共财政(public finance)是政府在市场经济条件下提供公共品和公共服务的分配活动与分配关系。一般情况下也将公共财政的领域称其为公共服务领域,即政府应为全社会提供高效、优质的公共品

和公共服务。公共财政应从组织政府收入、安排政府支出、提供公共品、校正市场失灵出发,履行其配置社会资源、调节收入分配和稳定宏观经济等职能。公共财政基本制度是一个包括对公共财政基本职能界定、公共财政收入制度、公共财政支出制度与公共财政分税制财政体制规范化为构建内容的制度体系。^① 公共财政是当代经济学的核心科目之一,它的重要性首先源自于现代政府收支活动在国民经济中所起的举足轻重的作用。为确保市场机制的有效运行,纠正市场机制本身难以克服的缺陷——市场失灵,以实现资源的合理配置、收入公平分配、以及宏观经济的稳定,政府通过财政手段对国民经济的干预也是至关重要的。比如,19世纪末的美国苛捐杂税多,贪污腐败盛行,社会矛盾异常尖锐,使当时美国的资本主义发展面临巨大的挑战。美国在1880年——1920年间进行了一系列重大的制度建设,包括建立了以规范和简化税收制度以及实行现代预算管理制度为核心的公共财政制度。也就是这个看似不起眼的公共财政制度,对美国后来的政治、经济、社会发展产生了巨大的保障和推动作用,规范了政府与企业 and 个人的分配关系,提高了管理效率,遏制了腐败势头,改善了政府和民众的关系。有人认为,如果没有公共财政制度的铺垫,就不会有后来的“罗斯福新政”及成效,甚至没有美国今天这样的发展。我国1994年进行的财税体制改革和近几年进行的预算管理制度改革以及税费改革等公共财政改革,为建立现代企业制度,促进社会主义市场经济健康发展,壮大国家财政实力等也发挥了重要作用,初步显示出公共财政的巨大政治、经济和社会意义。^②

2. 公共财政的经济职能

收入分配是公共财政经济职能中的基本职能。其含义一是公共财政收入的范围主要包括税收收入、罚没收入、国有资产经营收益、

① <http://www.zfcg.net.cn/xingquandian/0822zfcg.htm>“政府采购制度与公共财政”。

② 李岚清:“新形势下的积极财政政策和公共财政改革”,《经济日报》2002年4月1日。

基金收入、捐赠收入、公债收入等;二是公共财政支出的范围主要包括以下层次:(1)市场失灵的领域。按照古典经济学的观点,市场失灵的领域是指国家安全、社会秩序、法律、公共工程、公共设施、公共服务等。这些领域是市场机制本身无法解决的问题,也是社会发展必须保证的部门;(2)市场解决不好的领域。凯恩斯主义时代,随着对市场经济研究的深入,发现了一些新的公共领域,如经济的外部性、垄断、分配不公、经济波动、信息不完全等。这些问题是市场经济发展中客观存在而且是市场本身解决不好的问题,也是政府必须介入的领域;(3)基础产业和基础设施领域。能源开发、原材料工业、铁道、航空、电讯等产业属资本密集型行业,在我国由于市场发育程序低,私人资本往往是难以涉足的,需要由政府投资经营,这些是由于经济发展水平所导致的市场失效领域。^①

3. 政府采购制度与公共财政

政府采购是财政实施宏观调控的重要手段。由于政府采购的数量、品种和频率,影响着财政支出的总量和结构,反映一定时期的财政政策,政府采购制度能够通过一定的政策对经济运行进行反周期调节。在实施扩张性财政政策时,政策工具的运用主要是减税和扩大政府支出。体现在支出上,便是在经济周期的萧条阶段,经济增长速度下降时,政府可以扩大支出,包括增加公共工程支出、政府购买性支出和政府转移性支出等,以增加居民的消费和促进企业扩大投资,提高社会总需求水平。反之,如需对增长过快的经济进行降温,政府则可以通过紧缩性财政政策缩减其支出规模。政府的购买性支出政策作为一项相机抉择的财政措施之一,具有收效大、时滞短的特点,政府购买性支出发生任何较大的变化,由于其乘数作用,都会引起社会的生产和分配在总量和结构方面产生相当大的反应,从而起到调控宏观经济的作用。

此外,推行政府采购制度是保护民族产业、壮大民族经济、培植

^① <http://www.teda.gov.cn/chinese/bbs/tedalt-6.htm>“市场经济呼唤公共财政”。