

在案例与法律规范之间进行来回穿梭地思考，对于我们进一步的学习《招标投标法》，以及更加深刻地理解招标投标规则将具有很大的帮助。

招标投标法

适用与案例评析

THE
TENDERING
AND
BIDDING
OF
LAW

◎林善谋 编著



机械工业出版社
CHINA MACHINE PRESS



在案例与法律规范之间进行来回穿梭地思考，对于我们进一步的学习
《招标投标法》，以及更加深刻地理解招标投标规则将具有很大的帮助。

招标投标法

适用与案例评析

D922.297.5
5

THE
TENDERING
AND
BIDDING
OF
LAW

北方工业大学图书馆



00545280

◎林善谋 编著

 机械工业出版社
CHINA MACHINE PRESS

《中华人民共和国招标投标法》颁布实施以来很少有结合具体问题进行法理性分析的文章,更鲜有针对法条运用案例加以评述的著作。这部法律在实务中的适用问题仍然十分突出,迫切要求将基本停留在招投标知识介绍、法条释义的《招标投标法》研究推向一个新的阶段。鉴于此,本书针对招标投标法中的实务问题,从法理角度,使用大量案例对《招标投标法》及其配套法规适用问题作了深入阐释研究,提出了一些独到的见解,对投标企业、招标单位、法学理论研究者、法律工作者、行政监督部门、投标企业、招标代理机构等都有一定的参考价值。

图书在版编目(CIP)数据

招标投标法适用与案例评析/林善谋编著. —北京:机械工业出版社, 2004.2

ISBN 7-111-14008-7

I. 招… II. 林… III. ①招标投标法—法律适用—中国②招标投标法—案例—分析—中国 IV. D922.297.5

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2004)第 010163 号

机械工业出版社(北京市百万庄大街 22 号 邮政编码 100037)

策划编辑:常淑茶 徐 井

责任编辑:徐 井 版式设计:霍永明 责任校对:程俊巧

责任印制:施 红

北京忠信诚胶印厂印刷·新华书店北京发行所发行

2004 年 3 月第 1 版·第 1 次印刷

1000mm×1400mm B5·10.5 印张·279 千字

0 001—4000 册

定价:29.80 元

凡购本书,如有缺页、倒页、脱页,由本社发行部调换
本社购书热线电话(010)68993821、88379646
封面无防伪标均为盗版

序

《招标投标法》是我国社会主义市场经济法律体系中的一部重要法律，受全国人大常委会、国务院法制办公室委托，原国家计委于1994年6月开始研究、起草。经过五年多的反复研究、论证、审议、修改，该法于1999年8月30日经第九届全国人大常委会第十一次会议审议通过。该法的颁布实施，对推进我国市场化进程，保护国家、社会公共利益、招投标当事人利益，促进投融资体制改革等起到了重要的作用。

自2000年1月1日《招标投标法》实施以来，国家发展改革委积极履行指导和协调全国招投标工作的职能，针对规范招标投标市场秩序问题，开展了大量的工作：抓紧《招标投标法》配套法规的制定，完善招标投标规则，相继牵头制定发布了《工程建设项目招标范围和规模标准规定》、《评标委员会和评标方法暂行规定》、《工程建设项目施工招标投标办法》、《工程建设项目勘察设计招标投标办法》等八部规章。目前国家发展改革委还在牵头抓紧起草其他一系列配套文件、范本，等等。我们相信，这些工作必将促进招标投标市场秩序不断走向规范。

当然我们也看到，当前招标投标活动中仍存在一些突出问题，推行招标投标制度的力度还不够，不愿招标、规避招标现象仍然存在；招标投标不规范，有些项目有招标之名而无招标之实；串通投标、恶意低价竞标、弄虚作假时有发生；招标投标行政监督越位、缺位等问题尚未有效解决，一定程度上影响了规范、统一的招标投标市场秩序的形成。这些问题，亟待通过加强立法、执法等措施加以解决，同时也对招标投标法律制度基础性研究提出了迫切的要求。《招标投标法》通过后，国家

目 录

序

前言

第一部分 招投标理论内涵与实务评析	1
第一章 招投标的内涵与《招标投标法》的调整对象	3
招投标的内涵	4
《招标投标法》的调整对象	12
第二章 强制招标项目的界定	23
强制招标规模标准	24
关系公共利益、公众安全项目的界定	26
国有资金范围的界定	31
国有企业范围的界定	34
可以不进行招标的例外情况	37
第三章 招标方案的确定	49
国家对招标组织计划的监管——核准招标方案	50
发包初步方案——详细的招标工作计划	53
招标组织方式	64
招标方式	68

第二部分 招投标具体制度中的法理与适用评析	75
第四章 招标代理制度	77
招标代理机构的性质	78
招标代理机构资格的认定	79
招标委托代理关系法律分析	81
招标代理机构主要违法行为及其法律责任	82
依法保护招标代理机构的合法权益	84
招标代理中的几个特殊性问题	86
第五章 招标公告发布制度	91
发出招标公告是要约邀请行为	92
强制招标项目的招标公告必须在指定媒介上发布	93
违法发布招标公告的法律责任	93
指定招标公告媒介权限与规范招标公告发布行为	96
第六章 资格审查制度	101
资格审查贯穿于招投标的全过程	102
谁为资格申请材料的真实性负责	103
联合体投标资格的审查	104
集团公司投标中的资格问题	106
不得利用资格预审排斥潜在投标人	108
对延迟的资格申请者的处理	110
对资格证明材料的澄清	110
资格预审时潜在投标人过多的处理	111
实行资格后审的办法	113
第七章 评标制度	115
评标委员会的组建	116
评标由评标委员会负责	118
评标委员会评标纪律	121
关于评标人员受贿行为的定性	123

评标业务要求	125
淡化标底作用	134
经评审的最低投标价法的实际操作	138
第八章 一次性投标规则	141
一次性投标的前提——招标文件内容必须明确、稳定	142
对投标文件修改的限制	144
澄清、说明、补正办法	147
对投标文件偏离、显著差异和保留的处理	151
禁止在确定中标人前对投标文件的实质性内容进行谈判	153
禁止一个投标人投多个标	155
第九章 招投标时限制度	159
招投标中的法定期限	160
国内招投标活动所需要的最短时间	161
招投标花费时间与其他方式交易活动花费时间比较	162
违反法定招标时限的法律责任	163
招投标过程中的不可抗力	164
关于投标有效期	167
法定最短编标时间的计算	169
第三部分 招投标合同实务评析	171
第十章 招投标缔约方式的特殊性及其合同问题	173
招投标过程中要约、承诺的特殊性	174
招投标合同签订、履行的特别要求	179
投标保证金的法律性质	191
招投标合同的解除——兼对招投标合同行政合同性质的探讨	193
第十一章 招投标缔约过失责任与招投标侵权行为	199
招投标中的缔约过失责任	200
招投标中的侵权责任	211

第四部分 招投标法立法建议与行政监督评析	223
第十二章 招标投标法律冲突解决与立法建议	225
主要招投标法律规范性文件	226
《招标投标法》中的强制性规定	227
招投标法律冲突的解决	229
根据《行政许可法》要求清理招投标规范性文件	240
加快招投标配套法规的制定	244
第十三章 招投标行政监督的依法行政	247
依法开展行政监督的迫切性	248
有权实施招投标行政监督的主体	251
招投标中的行政裁决和行政确认	258
招投标中的行政审批	261
招投标中的行政处罚	265
附录 A 《中华人民共和国招标投标法》	271
附录 B 《工程建设项目招标范围和规模标准规定》	283
附录 C 《国务院办公厅印发国务院有关部门实施招标投标活动行政监督的职责分工意见的通知》	287
附录 D 《评标委员会和评标方法暂行规定》	289
附录 E 《工程建设项目施工招标投标办法》	301
本书简称及缩略语	321
参考文献	321

第一部分

招投标理论内涵与实务评析

- 第一章 招投标的内涵与《招标投标法》的调整对象
- 第二章 强制招标项目的界定
- 第三章 招标方案的确定

招投标的内涵与 《招标投标法》的调整对象



导读问题

1. 国有经营性土地采用招投标方式出让的，适用《招标投标法》吗？
2. 招投标活动和拍卖活动都并称为竞标，那么招标与拍卖有什么区别？
3. 《政府采购法》第四条规定，工程建设项目招投标适用《招标投标法》，请问两法间存在何种关系，应如何处理适用问题？
4. 《招标投标法》规定的程序是否偏重于工程建设项目？
5. 《招标投标法》规定了公开招标和邀请招标两种招标方式，否定了议标，请问设计招标中采用概念招标、设计方案竞赛的，算不算《招标投标法》所称的招标？
6. 悬赏活动能运用招标方式吗？
7. 非强制招标项目采用招标方式采购的，即自愿招标活动，如何适用《招标投标法》规定的程序，程序能有所简化和变通吗？
8. 根据《招标投标法》第六十七条规定，使用国际组织或者外国政府贷款、援助资金的项目进行招标的，可以适用贷款方、资金提供方对招标投标的规定。如是国内招投标活动，能否也适用与《招标投标法》不同规定的国际招标规则？
9. 有限资源一般采用招标方式转让，如采用邀请招标方式，是否构成不公平？

招标投标的内涵

当前，招标投标活动已越来越被人们所熟悉。但对招标投标的准确概念，在理论和实务中仍存在一些错误的认识。现在一般认为，招标投标，是在市场经济条件下进行货物、工程和服务采购时，达成交易的一种方式。但这一概念仍不够准确。实务中也常发生将招标当作非招标，将非招标当作招标的现象。比如，将招标与拍卖相混淆，这有可能带来适用法律上的错误。《招标投标法》第五十三条规定，串通投标构成犯罪的，依法追究刑事责任。《刑法》第二百二十三条规定了串通投标罪。而《拍卖法》中并没有规定拍卖中串通行为的刑事责任，只规定了民事责任。这也就是说，根据刑法罪刑法定原则，拍卖中的串通行为只承担民事责任，不承担刑事责任。因此，如把拍卖与招标相混淆，在刑事司法实践中很有可能导致误判。

弄清招标投标的准确内涵尤其需要辨明以下几对概念的区别。

一、招标与招标采购

由于实践中招标更多地被运用在采购活动中，因此人们容易把招标与招标采购等同起来，其实两者之间有区别。区别在于，招标既可用于采购，也可用于售卖。比如，根据我国《城市房地产管理法》等法律、法规，国有经营性土地使用权出让、国有企业产权转让、出口配额分配等等，都可以采取招标方式进行交易。此时的招标人并不是采购人，而是转让人。

实践中有人把招标售卖行为称之为“标卖”。“标卖”行为往往运用于处分有限自然资源分配中，尤其是更多地运用于特许事项的行政许可。

案例一 采用招标和竞卖方式转让污水处理厂经营权案

某污水处理厂按照市政府吸引社会投资政策，采用TOT方式向社会投资者转让经营权。但在转让方式上意见不一，有的认为这是TOT融资

项目，应当采取招标方式；有的则认为这是国有资产转让行为，不是采购活动，应当采用竞价方式。最后达成的妥协意见是，先采用招标方式选择合格的潜在竞买者，然后进行每吨污水处理费竞价，价低者中标。

本案中认为招标只能用于采购的观点不成立。本案采用招标方式比较合适，理由为：一是本案是融资项目，根据《招标投标法》及 2000 年国家计委 3 号令属于强制招标项目，融资工程建设项目的勘察、设计、监理、设备、重要材料采购须依法进行招标。本项目是 TOT 融资方式不存在项目勘察等招标采购问题，但正因如此，项目法人应当采取招标方式产生，才符合政府采购的基本原则，也才符合行政许可法规定的特许事项的要求。二是 BOT 类项目经营期长，合同履行问题复杂，因此此类项目业主的选择，不应过分强调价格竞争，而应更多考虑业主的资信和承担项目的能力，而后者宜采用招标方式进行评价。三是污水处理费采用竞价方式，如没有适当的措施，容易引发恶性竞争和抢标行为，为今后合同履行留下隐患。另外，本案采用的招标加竞卖转让方式是个独创，值得探索，但并不适合本案。

二、招标与拍卖

实践中一般把参加招标和拍卖都称为竞标，把投标和竞买成功都称为中标，这容易导致将招标与拍卖混为一谈。弄清招标与拍卖的区别，除了明确招标可以而拍卖不可以用于采购活动外，最关键的是要区分招标中“标卖”与拍卖的区别。

案例二 磷矿采矿权招标转让案

1998 年 6 月某县矿山公司决定对所属磷矿内部招标。徐某等六人达成协议，由其中两人（以下简称内定中标人）以 30 多万元中标，内定中标人拿出 18 万元分给其他合谋人。此后，徐某等采用威胁等手段迫使其他投标人以低价投标。内定中标人以 42.08 万元投标。开标后，还是出现了徐某等人意料之外的事，最高和次高投标报价并非内定中标人。徐某等立即对最高和次高报价的投标人进行威逼、殴打迫使他们拿回投票（即投标书，作者注）。最后约定中标人如愿中标，并拿出 14 万

元给徐某等。

本案审理过程中在案件定性上产生了两种不同意见。第一种认为徐某等六被告不构成串通投标罪，构成敲诈勒索罪。本案转让中允许竞争者更换和放弃投票，实际上是拍卖，而不是招投标。在拍卖过程中徐某等实施了暴力威胁行为，迫使他人拿出钱财，应定敲诈勒索罪。第二种认为构成串通投标罪。法院采纳了第二种意见，并依法作出宣判。宣判后，被告不服提出上诉。二审维持了原判。

本案定性的前提要弄清招标与拍卖的区别。招标与拍卖到底存在哪些区别呢？至少有以下四个方面：

(1) 运用的交易领域不同。招标既可用于采购也可用于售卖，而拍卖只能用于售卖。

(2) 标的不同。拍卖的标的是物品或者财产性权利。而招标的标的要广泛得多，除了工程、货物外，还包括种类繁多的服务。

(3) 竞价方式不同。招标只能一次报价，不允许多次报价。而拍卖则允许多次报价。此外，投标报价以秘密方式进行，而拍卖中报价则以公开方式进行。

(4) 中标方式不同。招标一般对投标资格有严格的要求，且不以价格高低作为中标的惟一因素，而拍卖则是以价格高低论。招标一般应进行复杂的评标，而拍卖则不需要。比如，国有土地使用权出让，采用拍卖方式和招标方式的中标方式就不同。采取拍卖的，一般是以获取最高出让金为主要目标，谁出价最高谁中标。而采取招标的，除了获取较高出让金外，还要求竞买人必须符合特定的要求。

基于以上分析，可见法院对本案的定性是准确的。①国有资产转让行为可以采取招标方式。②本案投标活动虽存在更换投标等不规范问题，但是按一次投标原则组织招投标，因此本案交易活动性质仍为招标。更换投标，只能认定为招投标中的不规范行为。③被告人实施了相互串通投标报价的行为，且不惜采用暴力威胁手段，情节严重，严重损害了国家、集体及其他投标人的利益。

三、招标采购方式与政府采购方式

由于招标采购方式更多地被运用于政府采购中，导致有人误把政府采购方式等同于招标采购。其实稍加学习《招标投标法》和《政府采购法》，就能明了两者之间的区别。根据《政府采购法》，政府采购方式有多种方式，除了招标采购（包括公开招标和邀请招标）之外，还包括竞争性谈判、单一来源采购、询价，以及国务院政府采购监督管理部门认定的其他采购方式等四种采购方式。这就是说，《政府采购法》规定的政府采购方式包含了《招标投标法》规定的招标采购方式。当然，招标采购是政府采购的最主要方式，而公开招标又是招标采购的主要方式。

值得探讨的是，《政府采购法》规定的询价采购，具有招标一次性报价的特点，归为招标采购比较合适。国际组织招标规则，也是把询价采购当成招标采购。实际上询价采购是公开招标、邀请招标的变种。所谓询价采购，也称货比三家，一般是采购实体向国内外有关供应商（通常不少于三家）发出询价单，让其报价，然后在报价的基础上进行比较并确定中标供应商的一种采购方式。这种方式只适用于采购现货或价值比较小的标准规格的设备，或者小型、简单的土建工程。

还必须说明的是，实务中采购方式的选择，可以同时适用《招标投标法》与《政府采购法》的规定。对于一个具体项目来说，如属于强制招标项目，则依法进行招投标；如果不是，但按《政府采购法》规定应当采用其他非招标方式采购的，则要依其规定。应当强调的是，根据招标投标法可以不招标的项目，不能再适用与招标投标法不一致的有关采购方面的规定，要求其招投标。

四、招标与议标

《招标投标法》通过以前，议标也被认为是招标的一种方式，有的国际组织规定的招标规则也把议标当成招标方式。所谓议标，实际上就是竞争性谈判，不具有招标的性质和特点。我国 20 世纪 80 年代以来开展的招投标活动，很大比例都是议标，其在实践中暴露出诸多严重问题，较易产生不正当竞争和不正当交易行为。因此，《招标投标法》否

定了议标方式，这也是我国立法的一大特色，使招标的内涵更为明确。

（一）招标和议标的区别。

案例三 管理咨询项目招标争议案

某企业招标采购管理咨询服务，在其发出的招标文件中没有说明评标标准和办法，也没有合同主要条款。其中参加投标的一个管理咨询公司（以下简称管理公司）提出招标文件中的不足，但该企业置之不理，在此情况下管理公司还是投了标。随后该企业未经开标，自行组织了评标。过了若干天，管理公司问及何时定标时，该企业却回答，现在已经开始第二轮投标，未接到通知参加第二轮投标，说明没有通过第一轮招标。管理公司异常愤慨，向该企业提出该招标程序违法。而该企业的答复是，不是在搞招标，是搞“招议标”。

从本案案情来看，该企业有虚假招标，借招标名义骗取潜在投标人技术实施方案、侵犯他人知识产权之嫌。招投标活动中不存在“第二轮招标”之说，我国法律不将议标作为招标方式。本案中该企业任意裁剪招投标程序，使招标活动不伦不类，大大影响了投标人的权益，造成了很大的不公平。招标和议标的区别在于：

（1）程序不同。招投标活动程序复杂，而议标对程序没有特别要求。既可以一对一逐个谈判，也可与所有竞争者参加谈判。

（2）竞争方式不同。招标具有采用书面方式、一次性报价、秘密投标等特点，而议标则不具有这些明显的特点。

（3）对谈判的限制不同。议标实则是一种竞争性谈判，谈判当然可运用于采购的全过程。而招标则严格限制谈判。《招标投标法》第四十三条规定：“在确定中标人前，招标人不得与投标人就投标价格进行实质性谈判。”

（二）设计方案竞赛是招标还是议标？

目前国内设计招标中设计方案竞赛运用得比较广泛，此外还出现了概念设计招标的做法，这些做法是不是《招标投标法》所称的招标？

对此问题应具体分析。

设计方案竞赛，指有关单位为获得某项设计方案的使用权或所有权而组织竞赛，对参赛者提交的方案进行比较，选出优胜者的一种程序。设计方案竞赛中一般都设立奖金，对优胜者给予补偿或奖励，并组织评比委员会进行评选。设计方案竞赛，根据是否采用谈判等因素，可分为三种模式：

第一种方式是类似于两阶段招标。在设计竞赛阶段，使用谈判和磋商手段来确定若干个设计方案。然后组织正式投标，主要就设计价格方面进行竞争。此时，从整体上看采购活动仍是招标，但采购活动分为两阶段，第一阶段的设计竞赛明显不属于招标，而是议标行为。

第二种方式是相当于进行两次招标。该种方式与第一种方式区别在于，在设计竞赛中，有明确的评标标准和办法，并不允许谈判和磋商，由评标专家选出若干优胜者，并邀请这些优胜者进入下一步招标。此时两个阶段采购活动都是招标。

第三种方式是概念设计招标。国际上出现了“概念设计”招标，其做法是，采购人考察设计单位的经验后，然后向有实力的设计单位发出邀请招标。被邀请单位在理解项目的基础上提出设计方案的创意或构思草图，不需要提供详细的方案、表现图甚至模型。业主可与符合要求的设计单位就具体设计方案深入下去。否则另外再发出邀请招标。2000年建设部颁布实施了《建筑工程设计招标投标管理办法》（第82号令），该令中也提出了概念设计招标。

概念设计招标的优点在于，投标方不必进行项目的详细设计，避免了大量的人力物力的浪费，也更容易让业主与设计单位取得共识。概念设计招标其实也是一种设计方案竞赛，其与目前国内通常的设计方案竞赛区别在于，对设计方案深度的要求、组织竞赛的方式等方面存在不同。判断概念设计招标是否属于《招标投标法》上所称的招标，关键是看在设计方案选择过程中是否使用了谈判。

案例四 国家大剧院设计方案竞赛案

1998年1月8日中央决定建设国家大剧院，投资25.5亿元，外汇