
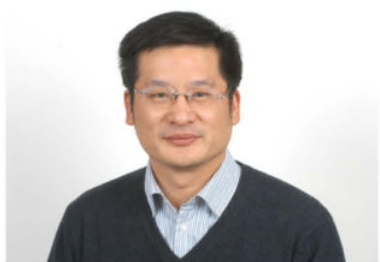


# 招 标 投 标

与政府采购制度研究

赵雷◎著

 印刷工业出版社



赵雷，男，法学博士，中国人民大学理论经济学流动站博士后。长期就职于全国人大常委会法制工作委员会从事经济立法工作，主要研究领域包括政府采购和招标投标、企业破产、反垄断、国有资产管理、行政决策与管理等行业领域的法律和经济制度。先后参加了建筑、招标投标、反垄断、破产，以及国有资产管理、产品质量、药品管理、港口交通、节能环保、安全生产、审计、邮政、统计等行业领域的立法近30部。兼任中国法学会、上海社科院法学所等机构的研究员，中国法学会比较法研究会、中国法律语言研究会等学会的常务理事、理事等。

#### 主要著作：

专著、主编《政府采购中串通投标的反垄断研究》《招标投标法通论与实用指南》《企业国有资产法讲话》《中国利用外资法律理论与实务》等著作数十部。编著《公检法应用法律实务全书》《证据全书》等大型图书。

# 招 标 投 标

## 与政府采购制度研究

赵 雷◎ 著

## 图书在版编目 (CIP) 编目

招标投标与政府采购制度研究/赵雷著. —北京:印刷工业出版社,2011.1  
ISBN 978-7-5142-0041-6

I.招… II.赵… III. ①招标投标法—研究—中国②政府采购法—研究—中国 IV. D922.297.4②D922.204

中国版本图书馆CIP数据核字(2010)第244100号

## 招标投标与政府采购制度研究

编 著: 赵 雷

责任编辑: 王 彦

执行编辑: 宋国静

责任印制: 张利君

责任设计: 张 羽

出版发行: 印刷工业出版社(北京市翠微路2号 邮编: 100036)

网 址: [www.keyin.cn](http://www.keyin.cn) [www.pprint.cn](http://www.pprint.cn)

网 店: [//shop36885379.taobao.com](http://shop36885379.taobao.com)

经 销: 各地新华书店

印 刷: 北京奇良海德印刷有限公司

开 本: 850mm×1168mm 1/32

字 数: 360千字

印 张: 13.5

印 次: 2011年1月第1版 2011年1月第1次印刷

定 价: 49.00元

I S B N: 978-7-5142-0041-6

◆ 如发现印装质量问题请与我社发行部联系。 发行部电话: 010-88275707。

## 作者简介

**赵雷** 男，1974年出生，安徽人。毕业于中国政法大学经济法系，武汉大学法学博士、中国人民大学理论经济学流动站博士后。长期以来一直就职于全国人大常委会法制工作委员会从事经济立法工作，先后参加建筑法、招标投标法、产品质量法、专利法、药品管理法、港口法、环境影响评价法、公路法、安全生产法、职业病防治法、大气污染防治法、水污染防治法、节约能源法、电子签名法、破产法、审计法、反垄断法、企业国有资产法、邮政法、统计法、石油天然气管道保护法等多部法律的立法工作。兼任中国法学会食品安全法治研究中心研究员、上海社科院法学所港澳研究中心研究员、中国法学会比较法研究会理事、中国法律语言研究会常务理事、北京市破产法学会常务理事、上海公司法专业委员会副秘书长。

**主要研究领域：**政府采购和招标投标、企业破产、反垄断、国有资产管理、行政决策与管理等法律和经济制度。

**主要著作：**《招标投标与政府采购制度研究》（独著）、《政府采购中申通投标的反垄断研究》（独著）、《产品质量法最新条文解释》（独著）、《招标投标法通论与实用指南》（独著）、《新婚姻法公民读本》（独著）、《破产法讲话》（独著）、《企业国

有资产法讲话》（独著）、《中国利用外资法律理论与实务》（主编）、《建筑法实用问答》（主编）、《合同法导读》（主编）、《证券法导读》（主编）、《税收征收管理法新条文解释》（主编）、《新企业破产法讲读》（主编）、《招标投标系列教材·招标投标概论》（著者）、《电子签名法讲话》（第一著者）等数十部，并参与《公检法应用法律实务全书》《证据全书》《合同法全书》等大型图书的编著工作。在核心期刊、报纸上发表各类文章数十篇，如《保护合法预期是行政法治的要求》《钱尼案开启美法院应否尊重行政裁量之争》《论破产法的主体适用范围》《招标投标法适用问题的思考》等。参加和组织中国—欧盟法律和司法合作项目“国家对市场经济的法律控制”、“信息社会的法律规制”，中日法律合作项目“企业法、经济法——反垄断法”，以及“能源法律制度”、“科技市场社团立法”、“创业促进工程研究”等国家和部级课题的研究工作。

讲座：应邀做建筑法、产品质量法、招标投标法、安全生产法、药品管理法、破产法、合同法、反垄断法和其他专题法律讲座 200 多场，听众包括国家机关工作人员、律师、企业事业单位人员等。

# 招标投标法 实施状况的思考

## （代序）

第九届全国人民代表大会常务委员会第十一次会议于1999年8月30日通过了《中华人民共和国招标投标法》。该法自2000年1月1日起实施。这部法律的颁布与实施，对于规范招标投标活动，保护国家利益、社会公共利益和招标投标活动当事人的合法权益，提高经济效益，保证项目质量，具有重要的意义。招标投标法实施10多年来，取得了成效，但在实践中也还存在不少问题。今年“十一”假期，我接触了招标投标监管部门、勘察设计单位、施工企业的部分人员，还有一些包工头、农民工，并在网上搜集了一些资料，现简报如下：

### 一、招标投标法制建设取得的成效

招标投标法实施10多年来，为了更好地贯彻这部法律，相关规定纷纷出台，如《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》《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》《房屋建筑和市政基础设施工程施工招标投标管理办法》等。但是，也有一些地方性法规、规章和规范性文件与招标投标法不一致甚至相矛盾，在一定程度上造成了招标投标管理秩序的混乱。从2002年10月开始，为维护招标投标法制的统一，由国家发展和改革委员会、国务

院法制办牵头，组织各地区、各部门对招标投标地方性法规、规章和规范性文件进行清理，并于2004年7月6日公布了清理结果。此次列入清理范围的地方性法规、规章和规范性文件共1726件，涉及31个省、自治区、直辖市和国务院17个有关部门。其中，已经废止和修改235件（废止233件，修改2件），拟废止和修改984件（废止564件，修改420件），保留507件。此后，这方面的立、改、废工作一直没有停止。招标投标法律规范体系的建设取得了积极的成果。

招标投标法实施10多年来，由于各方面比较重视宣传、贯彻工作，使社会各界提高了对招标投标制度的认识水平，建设单位、施工企业、招标代理机构等市场经济活动主体依法招标投标的意识不断增强。各监督管理部门依法行政、依法监督的观念得到强化。

招标投标法实施10多年来，对于鼓励竞争，打破地区封锁和行业保护，促进生产要素在不同地区、部门、企业之间自由流动和组合，为招标人选择符合要求的供货商和服务商提供机会，维护公平竞争的市场经济秩序，促进全国统一市场的形成发挥了积极作用；对于深化投资体制改革，提高国有资产使用效益，提高投资决策的科学化和民主化水平，也具有重要意义。

招标投标法实施10多年来，还在以下几个方面取得了积极成效：一是公开招标项目的比例明显提高。据有关方面统计，近年来，工程建设领域施工采用公开招标的项目已占80%以上。依法进行的公开招标使不规范的招标行为和腐败现象得到一定程度的遏制。二是招标项目的范围不断扩大，已由工程施工领域逐步扩大到设备、设计、监理、工程承包、项目业主、公共服务、科研课题分配等多个领域。三是实行招标的项目不同程度地节省了投资。比如建设项目通过招标一般能够节省投资10~15%，从而降低了成本，提高了项目的经济效益。四是国内的招标代理行业有很大的发展。招标代理机构的数量由最初的几家发展到几千家，仅工程建设领域每年承担的招标金额超过万亿元，为国家和建设单位节约的资金超过千

亿元，推动了我国招标投标事业的发展，保证了建设项目的质量。

## 二、存在的问题

招标投标法实施 10 多年来，我国招标投标市场总体发展趋势是好的，招标投标活动日趋普及，招标投标领域不断扩大，已经成为经济生活的重要内容。但是，招标投标活动中仍然存在一些不容忽视的问题，妨碍了招标投标法的实施，扰乱了市场经济秩序，滋生了腐败现象。这些问题主要表现在以下几个方面：

1. 行业垄断和地区封锁现象仍然存在，阻碍全国统一市场的形成。有的地方和行业出台的具体管理规定和细则明显违背招标投标法的规定，如实行变相的企业注册、许可证、资质验证制度；在资信和业绩上进行不合理的限制，如以获得本地区、本系统奖项等歧视性要求作为评标加分或者中标条件；收取名目繁多的费用，增加外地、外行业的企业的投标成本；等等。尽管通过废止和修改有关规范性文件，一定程度上解决了地区封锁、行业保护、违法增设审批环节、超越法定权限、违法设立招标投标程序性规定等问题，净化了招标投标法制环境，但还要加快对层次比较低的规范性文件尤其是一些地方、行业的“土政策”、“红头文件”、“行业惯例”的检查和清理。

2. 行政干预仍有发生。招标投标法明确规定：“任何单位和个人不得以任何方式干涉招标投标活动。”招标投标法实施以来，领导干部公然、直接干预招标投标活动的现象明显减少，如不再“打招呼”、“递条子”，但变相干预招标投标活动的现象仍然存在，如当面交待或者暗示，由中介人出面，为投标单位暗中做工作。

3. 建设单位规避招标的情形依然存在。招标投标法和有关规定对法定强制招标的项目范围有明确规定。但一些工程项目的建设单位和主管部门为了自身利益，经常采取种种借口规避招标。主要表现为：（1）以时间紧迫为借口规避招标。这类工程多为“献礼工程”、“形象工程”等指令性项目。（2）以集体决策为幌子规

避招标。一些项目以行政会议、党内会议或联席会议的形式确定施工单位。（3）钻法律法规空子规避招标。一些单位想尽办法为一些工程项目戴上抢险工程、安保工程、外商投资工程的帽子，以规避招标。（4）通过肢解工程来规避招标。采取化整为零，隐瞒工程量，只报主体部分，不报配套及其他专业项目，以骗取议标报批。

4. 招标投标程序运作形式上貌似合法，实则在整个过程中采用多种手段弄虚作假，大肆行贿。例如，一些政府投资工程在招投标阶段搞暗箱操作，剥夺了潜在投标人公平竞争的机会，成为一些腐败分子的权利寻租沃土。目前工程招投标中违规操作已经蔓延到招投标活动的各个环节，且单个环节行为较难认定为违法违规。建筑市场经过多次整顿取得了一定成效，但违规行为从公开到隐蔽，从个别人“一锤定音”到整个招投标过程不正当的“系列操作”，看似在程序上合法而实质上渗透着腐败。

有些属于招标投标法规定的强制性招标项目，虽然进入了招标投标的程序，但在实际运作中走过场，弄虚作假。如有的项目单位在招标前与拟投标的企业私下接触，先从中选定中标企业，然后由内定的中标企业再串通其他投标企业为其陪标，这种现象相当普遍。有的参与投标的几家企业属于关联企业，彼此存在投资关系或者其他利益关系，对于中标的项目实际上是利益均沾。有的项目单位为了把工程发包给自己选中的企业，在招标文件中设立一些其他企业难以跨越的门坎，使招标条件有利于某一投标人。有的项目单位为了让内定的投标单位中标，暗中向其泄露标底，使该投标单位的报价接近标底或复合标底而中标。再如，有的建设单位将评委信息透露给自己选定的施工单位，暗示其“做工作”，对评委大肆行贿。

5. 评标委员会的作用有待进一步强化。招标投标法从法律上界定了评标专家委员会的地位，减少了项目业主对项目定标的直接干预。然而，在实际运作中评标委员会并没有很好实现其预定功能。主要原因是：（1）按照招标投标法对评标专家资格的界定，只有在大、中城市才有条件建立具有一定容量的评标专家库，符合条件的评标专家

在数量上显得不足；（2）评标专家来自社会各行各业，在评标活动中，存在跨行业、跨领域的情况，不能切实保障评标的专业性、科学性；

（3）评标专家工作具有特殊性，现行法律对其承担的责任规定得不具体，主要依靠评标专家自身的道德约束；（4）现在招标项目众多，项目规模专业差异很大。对大部分项目而言，代理机构从压缩招标成本考虑，评标时间仅仅几个小时，在这么短时间内要求评标专家拿出高质量评标成果显然不现实，往往仅是履行法律上的程序，充当“橡皮图章”。

6. 中标后将项目转包或者违法分包。招标投标法第四十八条规定：“中标人不得向他人转让中标项目，也不得将中标项目肢解后分别向他人转让。中标人按照合同约定或者经招标人同意，可以将中标项目的部分非主体、非关键性工作分包给他人完成。接受分包的人应当具备相应的资格条件，并不得再次分包。”实践中，仍有一些中标人将其承包的中标项目压价倒手转让给他人，从中谋取不正当利益。从工程建设领域来看，中标人转让中标项目形成“层层转包、层层扒皮”的现象，最后实际用于工程建设的费用减少，导致偷工减料；一些建设工程转包后由不具备相应资质条件的包工队承揽，留下严重的工程质量隐患，甚至造成重大质量事故。

### 三、几点思考

1. 法律实施是一个实践问题，对此要注意防止两种倾向：一种倾向是盲目乐观，即使承认问题的存在，也看做是改革开放过程中的必然现象，对问题的严重性估计不足；另一种倾向是过于悲观，认为法律实施的问题已经积重难返，我国法制建设已经没有出路。要转变某些对我国目前法律实施中的问题、成因、趋势和治理对策的不正确认识，应该实事求是地估价所取得的成绩，同时承认现存问题的严重性，认真分析其产生的原因，并通过长期的、坚持不懈的努力逐步加以解决。招标投标法实施中未能解决的问题或者出现

的新问题，有的不仅仅是这一部法律的问题，而是与其他法律的实施状况，乃至整个社会法制状况相关联的。一部法律的实施状况要依赖于宏观法制环境的优化，政法体制的理顺，执法队伍的自身建设等多方面条件。

2. 招标投标法确立了我国招标投标的基本法律规范，招标投标法与关于招标投标的其他专门规定构成了我国招标投标法律规范体系的主要内容。例如，政府采购法就有关于招标投标内容的规定，一些法律、规章和其他规定也有这方面的内容，这些规定都属于招标投标法律规范的组成部分。招标投标法律规范体系建设是一项长期的任务。长期以来，招标投标工作者习惯于凭经验技巧办事，普遍存在重实践、轻理论的现象。而我国理论界尤其是法学界对于招标投标理论包括政府采购理论的研究还比较少，应进一步加强。其中的首要问题是要研究处理好招标投标法和政府采购法之间的关系问题。我国招标投标法和政府采购法分别单独立法，是具有中国特色的立法体例，体现了立法的阶段性特点。关于招标投标法和政府采购法两法之间的关系，有许多看法。我认为，从立法技术上看，两法之间的区别可以做以下基本理解。

(1) 立法目的不同。招标投标法是为了规范市场竞争秩序，主要是明确招标投标的具体程序以及相关要求，保证依照该法必须进行招标的采购活动能够公开、公平、公正地进行。政府采购法通过对采购的政策性和技术性规定，有利于加强支出管理，实现资源的合理有效配置；有利于充分发挥财政政策的宏观调控作用，并与其他有关政策结合起来使政府的有关目标得以贯彻；在我国加入双边或者多边政府采购协议后，对外国供应商进入我国政府采购市场及其行为做出规范。

(2) 采购主体不一致。政府采购的主体包括国家机关及使用财政资金的事业单位、社会团体。而招标投标采购主体除上述主体外，还包括各类企业；一句话，任何主体在中华人民共和国境内进行招标投标活动，都适用招标投标法。

（3）采购方式不一致。政府采购方式既包括公开招标采购方式，还包括询价采购、单一来源采购、竞争性谈判采购等方式。而招标投标法只规定了招标投标方式。

当然，除上述区别外，招标投标法和政府采购法在其他方面如采购资金的来源上也可以做进一步的区分，在此不再赘述。

招标投标法和政府采购法适用上也有关联性。从立法技术上考虑，招标投标法已经对招标投标的程序做了详尽的规定，政府采购法不应再对招标投标的有关程序进行重复规定，其重点应当侧重于招标以外的其他采购方式以及其他有关内容的规定。政府采购的有关招标投标活动应当适用招标投标法。实际上两法也是这样处理的。

（1）政府采购法第四条规定：“政府采购工程进行招标投标的，适用招标投标法。”政府采购的对象包括货物、工程和服务。对政府采购工程进行招标投标的，这一条规定直接适用招标投标法。如上分析，实际上这一规定并没有解决问题。

（2）对政府采购货物或者服务采用招标投标方式的，怎么适用法律，政府采购法有关条文明确了应当适用的规定。例如，以下这些规定与招标投标法的规定相比，具有明显的对应性：一是采购人采购货物或者服务应当采用公开招标方式的，其具体数额标准，属于中央预算的政府采购项目，由国务院规定；属于地方预算的政府采购项目，由省、自治区、直辖市人民政府规定；因特殊情况需要采用公开招标以外的采购方式的，应当在采购活动开始前获得设区的市、自治州以上人民政府采购监督管理部门的批准。（第二十七条）二是采购人不得将应当以公开招标方式采购的货物或者服务化整为零或者以其他任何方式规避公开招标采购。（第二十八条）三是符合下列情况之一的货物或者服务依照政府采购法采用邀请招标方式采购，即具有特殊性，只能从有限的供应商处采购的；采用公开招标的方式的费用占政府采购项目总价值的比例过大的。

（第二十九条）四是货物或者服务采取邀请招标方式采购的，采购人应当从符合相应资格条件的供应商中，通过随机方式选择三家以

上的供应商，并向其发出投标邀请书。（第三十四条）五是货物和服务项目采用招标方式采购的，自招标文件开始发出之日起至投标人提交投标文件截止之日止，不得少于二十日。（第三十五条）六是在招标采购中，出现下列情形之一的，应予废标，即符合专业条件的供应商或者对招标文件做实质响应的供应商不足三家的；出现影响采购公正的违法、违规行为的；投标人的报价均超过了采购预算，采购人不能支付的；因重大变故，采购任务取消的。废标后，采购人应当将废标理由通知所有投标人。（第三十六条）七是废标后，除采购任务取消情形外，应当重新组织招标；需要采取其他方式采购的，应当在采购活动开始前获得设区的市、自治州以上人民政府采购监督管理部门或者政府有关部门批准。（第三十七条）本书将招标投标和政府采购制度结合起来研究，并将有争议的有关问题罗列，这正是力图解决好两法关系的学术努力。

3. 国务院办公厅于2004年发布的《关于进一步规范招标投标活动的若干意见》是一部具有重要意义的规范性文件，提出了解决招标投标法实施中仍然存在的问题的措施，其中关于依法实施管理，完善招标投标行政监督机制的内容尤其需要强调。有关行政监督部门应当严格按照招标投标法和国务院规定的职责分工，各司其职，密切配合，加强管理，改进招标投标行政监督工作。

# 目 录

第一编 招标投标法通论 .....	1
第一章 总 则 .....	5
第一节 招标投标法的立法目的和效力范围 .....	5
第二节 必须进行招标的范围 .....	13
第三节 招标投标活动应当遵循的原则及其行政监管 .....	19
第二章 招标方式及招标代理 .....	25
第一节 国外的招标方式 .....	25
第二节 招标投标法关于招标方式的规定 .....	33
第三节 招标人和招标代理机构 .....	36

第三章 招标程序 .....	49
第一节 招标公告与投标邀请书 .....	49
第二节 资格预审 .....	57
第三节 编制和发售招标文件 .....	63
第四章 投 标 .....	83
第一节 投标资格和投标前的准备 .....	83
第二节 投标定价和项目资金的筹集 .....	92
第三节 编制和送达投标文件 .....	96
第四节 联合体共同投标 .....	105
第五节 招标投标法规定的投标人不得从事的行为 .....	109
第五章 开标、评标和中标 .....	115
第一节 开标 .....	115
第二节 评标 .....	120
第三节 中标 .....	137
第六章 违反招标投标法的法律责任 .....	149
第一节 法律责任概述 .....	149
第二节 违反招标投标法的行政责任 .....	152

第三节 违反招标投标法的民事责任 .....	172
第四节 违反招标投标法的刑事责任 .....	178
第二编 政府采购法释论 .....	187
第一章 总则 .....	191
第二章 政府采购当事人 .....	225
第三章 政府采购方式 .....	251
第四章 政府采购程序 .....	267
第五章 政府采购合同 .....	287
第六章 质疑与投诉 .....	315
第七章 监督检查 .....	333
第八章 法律责任 .....	353
第九章 附则 .....	375
附 录 .....	381
中华人民共和国招标投标法 .....	383
中华人民共和国政府采购法 .....	397
后 记 .....	413