



全国建筑市场与招标投标行业 从业人员高级培训班

会议主办单位：中国土木工程学会建筑市场与招标投标研究分会

会议协办单位：吉林省建设工程招标投标协会

2016.8.25 长春

“全国建筑市场与招标投标行业从业人员高级培训班”
---中国土木工程学会建筑市场与招标投标研究分会

“全国建筑市场与招标投标行业从业人员高级培训班”
---中国土木工程学会建筑市场与招标投标研究分会

“全国建筑市场与招标投标行业从业人员高级培训班”
---中国土木工程学会建筑市场与招标投标研究分会

招投标案例分析

何红锋

2016/10/17

案例一：招标的概念

- 武汉地铁腐败案件是招标概念滥用的直接后果
- 2012年2月，武汉地铁广告招标引起轩然大波。1月12日，武汉地铁运营有限公司公开招标地铁2号线一期站内平面广告媒体代理经营权，但出价最高（出价10亿多）的深圳报业集团未中标，中标的是出价最低的广东省广告股份有限公司（出价7亿多元）。这一招标结果遭到质疑，并引发广泛关注。案件被媒体曝光后，市纪委、市监察局通报，该招标活动违反《武汉市户外广告设置管理办法》的有关规定，未履行相关法定报批程序。武汉地铁集团据此认定此次招标结果无效。《长江日报》报道，5月5日，武汉地铁广告招标涉案人邓宏武受贿30万被批捕。

- 《招标投标法》没有对招标的概念进行界定。但立法者、学界普遍认为招标应当是一种采购方式。1999年《招标投标法》颁布后，全国人大法工委、原国家计委（现国家发改委，是招标投标的指导、协调部门）等编写的几本释义、问答的书，均认为招标是一种采购方式。国际上使用的招标概念也均是在采购中：如世界各国的招标程序均是规定在政府采购法中的，对我国招标采购制度产生重要影响的世界银行、亚洲开发银行银行的招标程序也是规定在采购指南中的。

- 2009年9月29日，国务院法制办公室发布的《中华人民共和国招标投标法实施条例（征求意见稿）》第2条规定：“[适用范围]招标投标法第二条所称的招标投标活动，是指采用招标方式采购工程、货物和服务的活动。”但在2011年12月20日正式发布的《招标投标法实施条例》中，这一条被删除。将招标限于一种采购方式没有被《招标投标法实施条例》明确，是因为有些上位法已经确认招标不仅限于采购。

案例二：南京天价路牌采购的法律分析（实际是按照工程招标）

- （一）采购过程及争议介绍
- 为了以更好的城市形象迎接2014年青奥会，南京拟花上亿元更换3万余块新路名牌，平均一块路牌花费3000元。到2011年7月，进行了小范围的试点327块路名牌共花费97.8万元，平均价格为2792元，利润为81.9元。南京市道路路名牌归属城管局市政设施养护处。

■ 这起被网民称为“天价路牌”的事件曝光后，引发社会各界广泛关注，网民普遍对高额造价感到吃惊外，部分市民还对在800米设置10个路牌的“奢侈”行为表示不理解。但南京市城管局市政设施综合养护处处长奚晖向新华社记者表示，更换路名牌是严格按照国家颁布的相关标准进行的，首批327块路名牌的试点也进行了充分的招投标，已是最小可能地压低成本，不存在“天价”的问题，更不会有腐败。

■ 蔡玉高，凌军辉：《一个路牌3000元？！——南京“天价路牌”事件调查》，新华网2011年08月02日，

http://news.xinhuanet.com/local/2011-08/02/c_121758612.htm

(二) 涉及两法关系

- 这两部法都是规范招标投标活动的基本法律。

1.《政府采购法》与《招标投标法》的区别

- 目前两法的实然情况:
- 第一，规范的主体不同
- 第二，规范的行为不同
- 第三，强调的法律责任不同

第一，规范的主体不同

- 《政府采购法》规范的主体是各级国家机关、事业单位和团体组织。《政府采购法》规范的主体主要是政府机关，如果事业单位和团体组织使用财政性资金则也应受该法规范。
- 而《招标投标法》规范的主体则无限制，任何主体在进行货物、工程、服务采购时都可以采用招标投标的方式。依照《招标投标法》的规定，“招标人是依照本法规定提出招标项目、进行招标的法人或者其他组织。”

第二，规范的行为不同

- (1) 行为的性质不同

关于招标的概念，是从民事行为的角度考察的；政府采购则有行使行政权力的方面，关于政府采购合同。

- (2) 行为的范围不同

《政府采购法》只规范国家机关、事业单位和团体组织使用财政性资金的采购行为；而《招标投标法》则规范所有的招标投标行为，包括政府的招标采购行为，也包括投标的销售行为。

《政府采购法》规范的采购行为，也包括采取其他的采购方式，如询价采购、竞争性谈判采购、单一来源采购等。

(3) 行为的运行过程不同

招标行为的起点是发出招标公告（或者投标邀请书），通过投标、评标和中标，授予合同标志着中标过程的结束。而政府采购行为从管理采购计划开始，通过规范采购计划的审批，合同条件的审查，采购方式的确定和采购程序的操作，签署合同，履行合同，最终到采购结果的审查。

第三，强调的法律责任不同：行政、民事

政府采购应当包括工程

《政府采购法》的规定：

第2条：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。

本法所称工程，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。

工程应当包括在政府采购中：

- 第一，虽然大多数国家并不存在并行的《政府采购法》与《招标投标法》，但我国采取了两法并立的立法模式，并不能导致两法内容的互相排斥，否则，货物和服务的采购在《政府采购法》中进行调整也会存在问题；第二，是否纳入政府采购的范围关键要看资金的来源而不是采购的对象；第三，在实践中，政府采购资金的支出中，工程款所占的比重相当高，如果将工程排除在政府采购范围之外，将使政府采购制度的意义大为降低。

2. 我国两法并存理由之否定

- 第一，我国这样的规定在逻辑上存在严重的问题：权利冲突；《招标投标法》第2条与《政府采购法》第4条的冲突。

第二，招标投标能否保证项目质量？

- 第一条 为了规范招标投标活动，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，制定本法。

第三，加入WTO的《GPA》问题

■ 目前推动这一趋势的还有我国加入WTO《政府采购协议》（Agreement Government Procurement-GPA）谈判的压力。《政府采购协议》是WTO的诸边贸易协议（Multilateral Trade Agreements）之一，于1996年1月1日正式生效实施，仅对签字成员国有约束力，许多发达国家先后签署了协议。

我国两法发展趋势

- 方案一，废除《招标投标法》，将《招标投标法》的主要内容作为《政府采购法》的组成部分；方案二，将《招标投标法》作为《政府采购法》的特别法处理，但《招标投标法》的调整范围仅限于财政性投资项目的招标投标。

(二) 招标时的质量问题

- 奚晖解释说：“我们在招标中只能提要求，但不指定品牌。中标商提供的产品质量还是比较高的，因此价格也比较高。”从这一解释看，招标时，招标文件并没用规定刚性的质量要求，甚至没用提出具体的质量要求，因为只有这样才会出现“产品质量还是比较高的，因此价格也比较高”的结果。

招标采购必须有明确的质量标准

- 在政府采购中，对包括货物、工程和服务在内的政府采购对象的特定要求可以笼统地称为技术规格要求。广义上讲，技术规格旨在说明拟购产品或服务的特征，诸如质量、性能、体积、符号、术语、包装、标志及标签、生产工艺与方法以及与采购实体规定的合格评定程序有关的要求，其中，最重要的技术规格是对质量的要求。对不同的采购对象可以从多个不同的方面来进行描述。

- “招标人应当根据招标项目的特点和需要编制招标文件，招标文件应载明招标项目中每个标段或标包的各项使用要求、技术标准、技术参数等各项技术要求”。在招标文件中，不提出质量要求是不能想象的。袁柄玉主编：《招标采购法律法规与政策》，中国计划出版社2009年版，第49页。

- 如果采购人或者代理机构确实不知道应该采购什么样质量标准的对象，应该通过咨询专业人士或者机构，明确采购的质量标准。也可以采用两阶段招标程序，先确定技术规格，《工程建设项目货物招标投标办法》第31条规定的方法可以参考：

- “对无法精确拟定其技术规格的货物，招标人可以采用两阶段招标程序。在第一阶段，招标人可以首先要求潜在投标人提交技术建议，详细阐明货物的技术规格、质量和其它特性。招标人可以与投标人就其建议的内容进行协商和讨论，达成一个统一的技术规格后编制招标文件。在第二阶段，招标人应当向第一阶段提交了技术建议的投标人提供包含统一技术规格的正式招标文件，投标人根据正式招标文件的要求提交包括价格在内的最后投标文件。”

招标采购的质量要求应当是刚性的

- 值得讨论的问题是，采购时能否规定最低的质量要求，在评标时鼓励投标人在这个最低要求之上提高质量要求？笔者的观点是否定的。这种鼓励投标人提高质量标准的具体操作方法是：在采用最低评标价法时，对投标人提高的质量标准扣减评标价；在采用综合评分法时，对投标人提高的质量标准加分。于是，就有可能出现“产品质量还是比较高的，因此价格也比较高”的结果。

- 在使用财政性资金的采购中，应当尽量节约资金，质量、功能等应当以够用为原则。中央财经大学徐焕东教授曾撰文指出：“在政府采购事业中，最大的节约就是符合必要功能要求；最大的浪费是偏离了“必要功能”这个重心，采购了“多余功能”和“不必要功能””。徐焕东：《忽视功能是最大浪费》，《中国财经报》2005年9月7日第3版。

笔者非常赞成这一观点。如，政府采购汽车时，能否提出最低要求，然后鼓励供应商提高标准呢？答案当然是否定的，否则就属于超标采购了。有的人可能会认为汽车是一个特例，对于其他的采购、尤其是工程采购，应当鼓励提高质量标准。其实，在质量标准方面的要求上，汽车代表了政府采购中一种普遍的要求。即使是工程采购，也不应该鼓励提高标准。著名经济学家茅于轼曾经发表过如下观点：“廉租房应该是没有厕所的，只有公共厕所，这样的房子有钱人才不喜欢。”

张志超，刘敬：《茅于轼：廉租房不设厕所可防富人购买》，中国地产网，

<http://house.china.com.cn/Specialreport/view/36681.htm>

■ 这一观点受到了网民的强烈抨击。其实，这一观点确实符合政府采购的基本理念，因为中国目前有很多人连“胶囊公寓”都租不起，北京的“胶囊公寓”每间面积不到两平方米，当然不可能有厕所。在这样的情况下，政府显然首先应当解决希望住进“胶囊公寓”人群的住房问题，此时，提高建设标准就意味着减少房屋的建设量。而在大量无房可住的公民面前，政府应该最大限度地解决低要求的住房问题，提高建设标准就意味着要减少解决住房的数量。

中国新闻网：《组图：“胶囊公寓”现身北京 面积不到两平米》，2010年04月02日，
<http://news.qq.com/a/20100402/000364.htm>

- 按照《政府采购货物和服务招标投标管理办法》的规定，有性价比法这一评标方法。按照这一方法评标，有可能出现“产品质量还是比较高的，因此价格也比较高”的结果。

但需要说明的是，在《招标投标法》这一体系下，以及除财政部外的其他部委的规定中，并没有这一评标方法。笔者对这一评标方法是持批评态度的。因为这一评标方法使用的前提是性能（质量）要求是不明确的，至少是不刚性的。如前所述，这是不符合招标制度的基本要求的。举个极端的例子，当采购人准备去买一辆汽车时，他可能买回一辆夏利，也可能买回一辆宝马，因为夏利和宝马的性价比可能是相近的。这样的结果对于花纳税人的钱的采购活动，是十分荒唐的。即使是世界首富去买车，也不可能出现这样的结果。

需要说明的是，在国务院法制办公布的《政府采购法实施条例（征求意见稿）》中，已经删除了这一评标方法。

(四) 关于最终结算价的问题

- 有关招投标的法律文件大多侧重工程建设（包括）领域，除了原国家计委2000年发布的《工程建设项目招标范围和规模标准规定》外，各地政府也对工程建招标范围和规模标准进行了细化。但对于金额较大的服务采购招标，目前缺乏法律法规或者相关文件。奚晖还解释说：“因为是试点，在合同当中做了一个额外的约定，要求有第三方审计，最终决算价以第三方审计为准。”他“估计还会有所下降”。
- 宁成贤 孔小平：《南京城管局称花1亿换路牌系误读 尚未做出预算》，2011年8月1日，扬子晚报网，http://www.yangtse.com/news/ms/201108/t20110801_821297.html

2012年《上海市审计条例》

- 第13条（建设项目审计）第3款规定：政府投资和以政府投资为主的建设项目，按照国家和本市规定应当经审计机关审计的，建设单位或者代建单位应当在招标文件以及与施工单位签订的合同中明确以审计结果作为工程竣工结算的依据。审计机关的审计涉及工程价款的，以招标投标文件和合同关于工程价款及调整的约定作为审计的基础。”

2012年《北京市审计条例》

- 第二十三条 政府投资和以政府投资为主的建设项目，建设单位应当与承接项目的单位或者个人在合同中约定，建设项目纳入审计项目计划的，双方应当配合、接受审计，审计结论作为双方工程结算的依据；依法进行招标的，招标人应当在招标文件中载明上述内容。

最高人民法院司法解释

- 最高人民法院在2001年4月2日以（2001）民一他字第2号函答复河南省高级人民法院《关于建设工程承包合同案件中双方当事人已确定的工程价款与审计部门审计的工程决算价款不一致时如何运用法律问题的电话答复意见》，其中指出：“审计是国家对建设单位的一种行政监督，不影响建设单位与承建单位的合同效力。建设工程承包合同案件应以当事人的约定作为法院判决的依据。只有在合同明确约定以审计结论作为结算依据或者合同约定不明确、合同约定无效的情况下，才能将审计结论作为判决的依据。”

■ 按照这样的解释，虽然有投标报价，也就是目前订立的合同价，但将来结算时并不依据投标报价。按照《招标投标法》的规定，双方应当按照招标文件和中标人的投标文件订立合同，当然也要按照合同订立的价格进行结算和决算。否则，按照招标确定的合同价没有任何意义。

- 首先，这对其他投标人是一种不公平。如果投标人知道其报价最终与结算、决算无关，肯定会按照最能够中标的条件报价，根本不必考虑自己的成本。如果这样，价格在本次招标中就成为没有任何意义的内容，这在招标中是不可想象的，因为已经没有必要进行报价了。

- 其次，如果投标报价没有约束力了，将来的决算价既存在下降的可能，也存在上升的可能。但有一点是肯定的，中标人将肯定盈利，不会亏损。在建设工程合同管理理论中，能够确保承包商不亏的合同被称为成本加酬金合同，这类合同只适用于风险特别大、特别紧急的项目，如抢险救灾项目。

审计的本质

■ 是一种事后监督。

“全国建筑市场与招标投标行业从业人员高级培训班”
---中国土木工程学会建筑市场与招标投标研究分会

“全国建筑市场与招标投标行业从业人员高级培训班”
---中国土木工程学会建筑市场与招标投标研究分会

“全国建筑市场与招标投标行业从业人员高级培训班”
---中国土木工程学会建筑市场与招标投标研究分会

“全国建筑市场与招标投标行业从业人员高级培训班”
---中国土木工程学会建筑市场与招标投标研究分会

- 首先，这对其他投标人是一种不公平。如果投标人知道其报价最终与结算、决算无关，肯定会按照最能够中标的条件报价，根本不必考虑自己的成本。如果这样，价格在本次招标中就成为没有任何意义的内容，这在招标中是不可想象的，因为已经没有必要进行报价了。

- 其次，如果投标报价没有约束力了，将来的决算价既存在下降的可能，也存在上升的可能。但有一点是肯定的，中标人将肯定盈利，不会亏损。在建设工程合同管理理论中，能够确保承包商不亏的合同被称为成本加酬金合同，这类合同只适用于风险特别大、特别紧急的项目，如抢险救灾项目。

案例三：海河开启桥工程 招标 纠纷

- 背景：2006年11月26日，海河开启桥工程于塘沽区建委七楼会议室进行公开招标过程中的开标评标阶段。2006年11月28日，评标委员会最终确定上海远东国际桥梁建设有限公司为预中标单位，并于2006年12月4日进行网上公示。

投诉

- 公示期间2006年12月5日，中铁十四局集团第三工程有限公司向塘沽区监察局递交了投诉材料，以商务标评标标准和方法与招标文件不符为由质疑上海远东国际桥梁建设有限公司作为预中标单位之评标结果，并要求对评标结果进行重新评标。

纪检监察介入

- 2006年12月7日，塘沽区监察局、塘沽区招投标交易中心、塘沽区建委招标科下发《关于成立海河下游开启桥招投标临时联合调查组的意见》，对此次招投标投诉成立临时调查组。
- 2006年12月7日，联合调查组向天津海河下游开发有限公司（以下简称“下游公司”）进行了询问。

书面答复或申辩意见

- 2006年12月7日，塘沽区建委招标科向下游公司下发《天津市塘沽区建设管理委员会受理建设工程项目招标投标投诉通知书》，要求该公司对投诉疑问做出书面答复或申辩意见。
- 2006年12月8日，下游公司向塘沽区建委招标科做出《关于天津市塘沽区建设管理委员会投诉通知书（编号2006-001）的答复》。
- 2006年12月12日，天津市建设工程招标公司向塘沽区建委招标科做出《关于滨海新区滨海新区中心商业区响螺湾片区-海河开启桥工程招标中商务标计算有关问题的说明》。

塘沽区监察局的要求

- 2006年12月12日，塘沽区监察局做出（2006）塘监建字第4号监察建议书—《关于滨海新区滨海新区中心商业区响锣湾片区天津开启桥投标情况的建议》，建议塘沽区建委对招标文件中的评分标准进行规范操作。
- 2006年12月14日，塘沽区建委招标科向下游公司下发《通知》，要求下游公司对商务标进行复会。

评标委员会复会

- 2006年12月21日21:30分至22日1:30分，针对海河开启桥工程商务标评标标准问题，评标委员会组织了复会程序，确认第一次评标结果无效，并重新对商务标部分进行评标。
- 2006年12月22日，塘沽区建委招标科向各有关单位下发《通知》，表示评标委员会已复会重新确认，评标结果见中标公告。

中标单位

- 2006年12月25日，塘沽区建委招标科发出《天津市建设施工公开招标中标结果公示》，宣布中标单位为中铁十四局。

上海远东行政复议

- 2006年12月27日上午，上海远东向塘沽区监察局提出申请行政复议，2006年12月28日上午，向区监察局要求撤回行政复议申请书。
- 2007年12月27日上海远东向天津市建委提出行政复议。