**认真贯彻实施《条例》**

**进一步规范招标投标活动**

中国土木工程学会建筑市场与招标投标研究分会 顾问 年福礼

《中华人民共和国招标投标法实施条例》（以下简称《条例》）已经2011年11月30日国务院第183次常务会议通过，自2012年2月1日起施行。为了能够使“分会”的广大理事单位、会员单位准确理解和正确执行《条例》，分会举办了这次师资培训班。下面我就做好《条例》的贯彻实施工作讲几点意见，对部分条款谈点个人见解，供大家参考。

一、深刻认识贯彻实施《条例》的重要意义

我国的招标投标制度是随着经济体制改革不断深入逐步建立起来的，是发展社会主义市场经济的一项重要制度。《招标投标法》自2000年1月1日起施行以来，对于规范招标投标活动，保护国家和社会公共利益，维护招标投标当事人的合法权益，提高经济效益和项目质量，发挥了重要作用。随着社会主义市场经济的快速发展，招标承包、招标采购方式也得到了广泛应用。与此同时，招标投标活动也出现了一些亟待解决的突出问题。比如：一些依法必须公开招标的项目，搞邀请招标，甚至规避招标或者搞“明招暗定”的虚假招标；一些招标投标活动当事人相互串通投标，严重破坏了公平竞争，扰乱了招标投标活动正常秩序；中标人不履行合同，转包、违法分包，严重影响工程质量和安全；有的领导干部违反规定，插手干预招投标活动，搞权钱交易。据有关部门统计，仅2009年7月至2011年11月期间，全国共受理工程建设领域违纪违法问题举报4.23万件，查实2.02万件，给予党纪政纪处分15109人，移送司法机关处理7891人。上述突出问题，明显违反了法律、法规已有的规定。同时，也有行政主管部门监管不力，相关制度亟需进一步完善的问题。因此，在认真总结《招标投标法》实施经验的基础上，针对在实践中出现的新情况、新问题，充实完善相关规定，制定出台配套的行政法规，将招标投标的法律规定进一步具体化，增强可操作性，筑牢工程建设领域预防和惩治腐败的制度屏障，维护招标投标活动正常秩序，就显得十分迫切和必要。

总之，做好《条例》的贯彻实施工作，对于规范招标投标市场交易行为，优质高效地搞好工程建设；对于遏制工程建设领域腐败现象滋生蔓延，都具有十分重要意义。因此，我们要从完善社会主义市场经济体制的高度，采取切实有效措施，将《条例》的各项规定扎扎实实地落到实处。

二、认真学习《条例》，不断提高从事招投标工作人员的业务素质和执法能力

“分会”按照有关行政主管部门关于“招标投标协会等行业组织要立足服务，组织开展会员单位的培训”的要求，举办师资培训班，目的就是要大家在学习贯彻实施《条例》中，发挥引领示范作用，在组织本地区、本行业、本单位有关人员学习中，务必准确理解和解读《条例》各项条款，只有这样才能确保正确地执行《条例》。

据了解，有的单位把《条例》的学习纳入干部的考核内容；有的单位在学习《条例》后，还将进行考试。这些做法应当推广。总之，我们要将《条例》的学习作为增强执行《条例》的自觉性、提高招投标队伍业务素质的一项基础性工作抓紧，抓好。与此同时，还要积极配合行政主管部门，搞好对评标专家的培训。评标专家在全面学习《条例》的基础上，要重点学习《条例》有关评标纪律和评标程序等方面的规定，以增强评标专家的责任感和公平、公正评标的自觉性。

三、积极协助、配合行政主管部门清理与招投标有关的规定

按照国务院有关部门的要求，清理的范围是：国务院各部门、地方性法规和政府规章、各级人民政府及其有关部门制定的规范性文件，凡涉及到招标投标的，都要纳入清理范围。

清理的内容：按照《立法法》的相关规定，凡是超越权限的规定；下位法违反上位法的规定；规章之间对同一事项的规定不一致的，都是清理的内容。对清理的结果要分别处理：有关规章的个别条款存在上述情形的，应当修改；主要内容违反《条例》的规定，应当予以废止；有关规定已经超过适用期的，应当宣布失效；对于不存在前述情形的法规、规章和规范性文件予以保留。在清理期间，凡是没有宣布废止、没有出台新的规定之前，仍要执行原有规定。

关于改变或者撤销法规的权限，《立法法》第八十八条规定：国务院有权改变或者撤销不适当的部门规章和地方政府规章；省、自治区、直辖市的人民代表大会有权改变或者撤销它的常务委员会制定的不适当的地方性法规；地方人大常委会有权撤销本级政府制定的不适当的规章。

在清理过程中，我们要协助行政主管部门，通过召开座谈会、研讨会，就清理结果以及需要修改的内容和废止及失效的文件，广泛听取招投标市场各方主体、有关专家学者、研究机构以及行业组织的意见。这些意见既要反映给负责清理的部门，也要以适当的形式反馈给提出意见的单位或者个人，告知意见的办理情况。

清理法规文件不是目的，健全完善配套的招投标法规，规范招投标活动行为，才是我们追求的目标。为了巩固清理成果，维护招投标政策法规的统一，避免政出多门，首先，要建立招投标政策规定的会商机制。其次，《条例》实施后起草制定的有关法规、规章和规范性文件，要严格遵守上位法。第三，据了解，各级政府的法制工作机构，将要加大招标投标地方性法规、规章和规范性文件备案审查力度，对违反上位法或者相互矛盾的内容坚决予以纠正。

四、完善功能，规范运行，促进有形建筑市场健康发展

《条例》第五条规定“设区的市级以上地方人民政府可以根据实际需要，建立统一规范的招标投标交易场所，为招标投标活动提供服务。招标投标交易场所不得与行政监督部门存在隶属关系，不得以营利为目的。”这条规定与国办发【2002】21号文“关于健全和规范有形建筑市场若干意见”的实质内容是一致的。《条例》第五条中的“招标投标交易场所”，就是21号文件中的“有形建筑市场”。这就是说，《条例》解决了“有形建筑市场”、“建设工程交易中心”的功能定位问题。

《条例》第五条第一款的规定具体包括五个方面的内容：一是规定设区的市可以设立招标投标交易场所，没有规定县设立；二是建立统一规范的交易场所，是指设区的市只建立一个统一规范的交易场所；三是给招标投标交易场所的功能定位为为招标投标活动提供服务；四是交易场所不得与行政监督部门存在隶属关系；五是交易场所不得以营利为目的。怎样理解“不得以营利为目的”。经查阅有关文件对这句话并没有判断标准。从字面上讲，“营利”与“盈利”是有不同含义的。“盈利”是指企业单位的利润，或称获得利润。而“营利”是指谋求利润。具体讲，包含这样三个含义：一是不能以实现利润或追求利润最大化为目标；二是经营收入不得分配利润；三是收费只能以弥补成本略有盈余为准。

有形建筑市场经过十多年的建设和发展，基本实现了房屋建筑和市政基础设施工程的交易行为由无形到有形、由隐蔽到公开、由分散到集中、由无序到有序的转变，不仅为招标投标活动提供了优质、高效、全方位的服务，而且为政府主管部门实施监督和管理提供了条件，在规范招标投标活动，从源头上预防工程建设领域腐败行为等方面，发挥了重要作用，受到党中央、国务院的充分肯定。早在2002年3月，国务院办公厅就转发了原建设部、国家计委、监察部《关于健全和规范有形建筑市场若干意見》；自今年2月1日起施行的《招标投标法实施条例》，又十分明确地将招标投标交易场所的功能定位为为招标投标提供服务。因此，有形建筑市场要继续秉承服务的理念，首先，要进一步完善服务场所设施，为招标投标活动提供方便、快捷、全方位的服务；其次，要进一步加快建设工程交易信息平台的建设，为招标投标活动提供全过程的动态监管条件；第三，要进一步拓展服务功能，为总包、分包双方依法开展的经营活动和电子化招标投标提供优良的服务。

五、大力推进电子化招标投标，营造高效透明的招投标市场竞争环境

《条例》第五条第二款规定，“国家鼓励利用信息网络进行电子招标投标。”随着信息化特别是互联网的快速发展，在招投标中利用信息化技术和网络技术，已成为招投标各方主体的共识。据有关部门统计，目前约有57%的政府招标部门提供了招标文件网上下载，30%的省市实现了网上招标。实践证明，电子招投标有利于解决当前招标投标过程中存在的突出问题，对于营造高效透明的市场竞争环境，促进招投标的公平、公正，提高效率，节约资源、降低招投标成本，最大限度地减少发生腐败行为的机会，都具有十分重要的作用。据有关部门不完全统计，采用电子招投标后，投标人的交易成本可减少50%—80%。不仅大幅度降低了成本，而且参与竞争的机会也在增多。由于招标项目竞争性扩大，招标人也从中受益，据一些招标人反映，采用电子招投标后，突破了地域空间的约束，参与竞争的投标人增多，投标价格也普遍降低10%—20%。

综上所述，我国电子化招标投标工作已初见成效，但仍然处于探索阶段，存在的一些突出问题亟待解决。一是低水平，重复建设严重，相关行业、各省市开发的电子招投标系统平台缺乏联通、标准流程不统一。二是各部门、各地区电子招标系统的信息没有实现共享。三是由于行业与地区之间的招投标管理政策差异较大，甚至相互冲突，缺乏统一、协调制度。四是全过程电子化招投标还存在信息安全和身份识别等问题。为此，我们要深入研究国内外电子招投标的现状和发展趋势，结合我国建设工程招投标的实际和实践经验，制定电子化招标投标办法及其相关的技术规范。在这方面，北京、浙江、湖南、广东、河南、四川等地都在推行电子化招投标的同时，制定或正在制定规范电子招投标的政策办法。北京市于去年10月发布了《北京市建设工程电子化招标投标实施细则（试行）》。国务院有关部委于去年共同起草了《电子招标投标办法（征求意见稿）》及其附件《电子招标投标系统技术规范（征求意见稿）》。我们要协助主管部门收集整理对这两个征求意见稿的意见和建议，经过修改、补充、完善，争取尽快颁布《办法》及《技术规范》，以解决电子化招投标在发展中出现的问题。

以上是全国电子化招投标的发展概况。从住房城乡建设系统看，自2006年以来，部分直辖市、计划单列市和中心城市的有形建筑市场、建设工程交易中心，在政府主管部门的领导和支持下，认真落实科学发展观，针对招标投标活动中出现的突出问题，利用先进的信息化技术和网络技术，科学策划，大胆实践，研发创建了突破招投标旧有模式，全面提升信息化水平的阳光、透明、绿色的建设工程电子化招投标网络平台。

在几年来的实践中，涌现出了许多推行电子化招标投标的好经验、好作法，诸如北京市建设工程发包承包交易中心的“‘7’头并进，创建绿色招投标新环境”的经验；南京市建设工程交易中心研发建立“e路阳光”建设工程网上交易平台的经验；深圳市建设工程交易服务中心的建立多城市之间的建设工程异地远程评标网络系统的经验，等等。还有更多的经验，需要我们去总结。我们坚信，随着这些经验的推广，必将促进住房城乡建设系统建设工程电子化招标投标工作有一个长足的进步和发展。

六、进一步加强对合同签订和履行的监督管理

招标投标是以订立合同为目的的民事活动。建设工程招标投标的目的同样是为了签订工程交易合同，招标文件和中标文件的实质性内容就是合同的主要条款。当前，工程建设中存在的质量安全、恶意压价、合同纠纷频发等问题，都与建设工程合同的签订、履行和监管有关。比如，在建筑市场竞争异常激烈的情况下，一些招标人利用自身的优势地位，对中标人提出种种苛刻要求 ，而中标人为了取得施工工程项目，也只好接受招标人提出的条件，同意在备案合同 之外，再签订所谓的“黑合同”。更有甚者，有的招标人与中标人相互串通，搞权钱交易，严重损害国家利益、社会公共利益或者他人的合法权益。为了禁止上述行为，《条例》第57条规定：“招标人和中标人应当依照招标投标法和本条例的规定签订书面合同，合同的标的、价款、质量、履行期限等主要条款应当与招标文件和中标人的投标文件的内容一致。招标人和中标人不得再行订立背离合同实质性内容的其他协议。”

最高人民法院于2009年7月，在有关进一步做好房地产纠纷案件审判工作的指导意見中，要求“依照《招标投标法》和最高人民法院《关于审理建设工程施工合同纠纷案件适用法律问题的解释》（以下称司法解释）的规定，准确把握“黑白合同”的认定标准，依法维护中标合同的实质性内容”。

下面，先对“黑白合同”问题，谈几点看法：

一是要正确认定“黑白合同”的界限。“黑白合同”只发生在同一合同标的的同一建设项目、在招投标确定中标人后，招标人与中标人签订了不同的合同，其实质性内容及履行方式存在明显差异，以及有没有完成备案手续。这里需要注意的是，如果建设项目发生了设计变更，致使合同实质性内容如造价、工期等也发生了变化，这种情况不属于黑合同，而是合同的变更，关健要看是否有变更合同的法定事由。

二是“黑白合同”违反了《招标投标法》第46条、《条例》第57条強制性规定，违者的法律责任按《招标投标法》第59条、《条例》第75条的规定，承担“由有关行政监督部门责令改正，可以处中标项目金额千分之五以上千分之十以下的罚款”的责任。

三是“黑合同”与“白合同”的法律后果不同。当前，在一般情况下，合同双方实际履行的是“黑合同”，“白合同”只是用来备案（必须要有签章俱全的《中标通知书》）。但是，一旦发生合同纠纷，法院要依法维护中标合同的实质性内容，在工程价款结算的根据上，如果“黑合同”与“白合同”的实质性内容不一致时，以“白合同”为准，这势必会给一方造成损失。

四是合同变更后，应当及时备案。前面说过，中标合同签订后，如果出现了变更合同的法定事由（如设计变更等），双方协商一致后可以变更合同。但是合同变更的内容，应当及时到原合同备案部门备案，如果不备案，变更后的合同就不能成为结算的依据。

以上我们对招标人与中标人违反《招标投标法》的有关规定，签订“黑白合同”的认定、界限、法律后果，以及应承担的法律责任进行了简要的讲解。接下来，再讲讲因违法招投标导致建设工程施工合同无效的问题。上述“司法解释”第一条规定：建设工程施工合同具有下列情形之一的，应当根据《合同法》第52条笫（五）项的规定（即违反法律、行政法规的强制性规定），认定无效：（一）承包人未取得建筑施工企业资质或者超越资质等级的；（二）没有资质的实际施工人，借用有资质的建筑施工企业名义的；（三）建设工程必须进行招标而未招标或者中标无效的。这就是因违反《招标投标法》的强制性规定导致建设工程施工合同无效的两种情形，具体条款是《招标投标法》的笫3条和六种中标无效的条款，即第50、52、53、54、55和57条。另外，有的必須公开招标的工程，先开工后补办招标及中标手续后，承发包双方再签订施工合同，因为这样的合同违反了法律禁止性规定，也应确认为无效。因此，必须注意两点：一是绝不能规避法律、行政法规对必须公开招标的强制性规定，否则双方签订的合同将被认定为无效。二是招标人、投标人都要切实防止出现中标无效的情形，一旦中标无效，就要从其余中标侯选人中重新确定中标人或者重新招标，这样不仅浪费时间和金钱，而且还要根据《合同法》的规定承担合同无效的法律后果。

下面我想就合同的履行讲点意见。当前，在合同的签订上，“黑白合同”在建设工程施工合同的司法实践中普遍存在。在合同的履行上，当事人不按照合同的约定履行义务更为严重。比如，随意更换合同约定的项目经理（建造师）、转包、违法分包、任意进行合同变更、拖欠工程款、拖延竣工结算等，给建设工程的质量安全埋下了严重隐患，扰乱了建筑市场秩序，损害了国家利益和社会公共利益，以及当事人的合法权益。为此，《招标投标法》第48条、《条例》第59条规定：“中标人应当按照合同约定履行义务，完成中标项目。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。”第二款还规定：“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”。为了执行上述规定，建议各地住房和城乡建设主管部门建立和完善相关管理部门之间的联动机制，相互配合，加强对依法必须招标的工程建设项目的合同履行的监督管理。

首先要从建设工程交易中心的信息数据库中，检索依法必须招标的工程施工合同备案情况，然后以备案的施工合同（含中标通知书）为依据，核查中标人是否将中标项目转让给他人，是否按照合同的约定将非主体、非关键性工作分包给他人完成。接受分包工程的人是否具备相应的资格条件，分包人是否再次分包？这是关系到工程质量安全的关键所在，必须落到实处，特别要核查实际施工人是否具备相应的资格条件。另外，对招标人能否按照合同的约定支付工程款，如期进行竣工结算等同样要落实。通过“两场联动”，对于违法、违规和违约行为，要按《条例》第76条的规定予以查处。并记入相应责任单位和责任人的信用档案，向社会公布。

七、进一步加大行政监督执法力度

《招标投标法实施条例》的颁布实施，标志着规范招标投标活动的法规体系已基本建立。我们要以此为契机，积极营造认真学习《条例》、自觉执行《条例》的氛围，切实把《条例》的各项规定落到实处。

《条例》对招投标活动当事人：招标人、招标代理机构、投标人、评标委员会成员，以及行政监督部门、国家工作人员的行为做了法律规定，并对违法违规行为做了细化与界定，这就为依法认定和查处违纪违法行为提供了更加明确的执法依据。

当前要针对工程建设领域突出问题，以依法必须招标的项目为主，重点检查：招标人规避招标、或者搞“明招暗定”的虚假招标；招投标当事人相互串通，围标串标；评标委员会成员不客观公正评标，受授他人好处；中标人不严格履行合同、转包和违法分包等违法违规行为。关于如何界定转包和违法分包行为，应当以国务院279号令《建设工程质量管理条例》第78条的规定为依据。转包，“是指承包单位（中标人）承包建设工程后，不履行合同约定的责任和义务，将其承包的全部建设工程转给他人或者将其承包的建设工程肢解以后以分包的名义分别转给其他单位承包的行为”。违法分包，“是指下列行为：（一）总承包单位（中标人）将建设工程分包给不具备相应资质条件的单位；（二）建设工程总承包合同中未有约定，又未经建设单位（招标人）认可，承包单位（中标人）将其承包的部分建设工程交由其他单位完成的；（三）施工总承包单位将建设工程主体结构的施工分包给其他单位的；（四）分包单位将其承包的建设工程再分包的。”上述违法违规行为一经认定，坚决依法查处，保持对各类违法违规行为的高压态势和“零容忍”。

为了使“诚信者受益，失信者惩戒”的机制在招标投标活动中得以体现，有关行政监管部门按照《条例》和国务院相关部门联合颁发的《招标投标违法行为记录公告暂行办法》的规定，依法公告对招标人、招标代理机构、 投标人、评标委员会成员等当事人违法违规行为的行政处理决定，以充分发挥社会公众对市场主体行为的监督作用，促进招投标活动规范运作。

总之，贯彻实施《条例》，既要着力解决当前招投标领域存在的突出问题，更要着眼招投标市场的长远健康发展。我们要将《条例》的贯彻实施与工程建设领域突出问题专项治理结合起来，与维护招投标市场正常秩序结合起来。在各级住房和城乡建设主管部门的领导下，通过大家的共同努力，务求在防治招投标领域各类违法违规行为上见到成效，在构建有利于招投标市场健康发展的体制机制上见到成效，在解决招投标领域突出问题、促进公平竞争、预防和惩治腐败上见到成效。