**《招标投标法实施条例》立法分析**

南开大学 何红锋

一、《招标投标法实施条例》制定背景、特点、目的和意义

（一）背景

1.《招标投标法》颁布实施遇到问题。

2.**预防和惩治腐败。**工程建设领域突出问题专项治理。2009年8月，中共中央办公厅、国务院办公厅印发了《关于开展工程建设领域突出问题专项治理工作的意见》

（二）特点

第一，《实施条例》总结吸收招投标实践中的成熟做法，增强了可操作性。

《实施条例》不仅对《招标投标法》中一些重要概念和原则性规定进行了明确和细化，如明确了建设工程的定义和范围界定、细化了招投标工作的监督主体和职责分工、补充规定了可以不进行招标的5种法定情形、建立招标职业资格制度等，而且对招标投标的具体程序和环节进行了明确和细化，使招投标过程中各环节的时间节点更加清晰，条件和要求更加严格和具体，缩小了招标人、招标代理机构、评标家等不同主体在操作过程中的自由裁量空间。

第二，《实施条例》突显了直面招投标违法行为的针对性

针对当前建设工程招投标领域招标人规避招标、限制和排斥投标人、搞“明招暗定”的虚假招标、少数领导干部利用权力干预招投标、当事人相互串通围标串标等突出问题，《实施条例》细化并补充完善了许多了关于预防和惩治腐败、维护招投标公开、公平、公正性的规定。

第三，《实施条例》在制度设计上进一步显现了科学性

。《实施条例》展现了开放的心态，在制度设计上做到了兼收并蓄。《实施条例》多处借鉴了政府采购的一些先进制度，借鉴《政府采购法》建立了中标结果公示制度；在邀请招标和不招标的适用情形上借鉴了《政府采购法》关于邀请招标和单一来源采购的相关规定。

（三）目的和意义

一些依法必须招标的项目规避招标或者搞“明招暗定”的虚假招标，有的领导干部利用权力插手干预招标投标活动，搞权钱交易，使工程建设和其他公共采购领域成为腐败现象易发、多发的重灾区；一些招标投标活动当事人相互串通，围标串标，严重扰乱招标投标活动正常秩序，破坏公平竞争。招标投标活动中存在的突出问题，明显违反法律、法规已有的规定，同时也有相关制度需进一步完善的问题。

认真总结招标投标法实施以来的实践经验，制定出台配套行政法规，将法律规定进一步具体化，增强可操作性，并针对新情况、新问题充实完善有关规定，进一步筑牢工程建设和其他公共采购领域预防和惩治腐败的制度屏障，维护招标投标活动的正常秩序，是必要的。制定出台《条例》，是落实中央部署、推动工程建设领域反腐败长效机制建设的一项重要任务，是解决招标投标领域突出问题、促进公平竞争、预防和惩治腐败的一项重要举措。

二、 《招标投标法实施条例》的适用范围

《条例》与《政府采购法》、《招标投标法》的衔接

《条例》第4条：财政部门依法对实行招标投标的政府采购工程建设项目的预算执行情况和政府采购政策执行情况实施监督。

三、关于招标范围

**第三条**　依法必须进行招标的工程建设项目的具体范围和规模标准，由国务院发展改革部门会同国务院有关部门制订，报国务院批准后公布施行。

原征求意见稿第四条：“依法必须进行招标的工程建设项目的具体范围和规模标准，由国务院发展改革部门会同国务院有关部门制订并根据实际需要进行调整，报国务院批准后执行。省、自治区、直辖市人民政府根据实际情况，可以规定本行政区域内必须进行招标的具体范围和规模标准，但不得缩小国务院确定的必须进行招标的范围，不得提高国务院确定的规模标准，也不得授权下级人民政府自行确定必须进行招标的范围和规模标准。”

四、交易市场和交易形式

**第五条**　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。  
    国家鼓励利用信息网络进行电子招标投标。

五、关于招标方式的选择

**谁有权决定？**

**第七条**　按照国家有关规定需要履行项目审批、核准手续的依法必须进行招标的项目，其招标范围、招标方式、招标组织形式应当报项目审批、核准部门审批、核准。项目审批、核准部门应当及时将审批、核准确定的招标范围、招标方式、招标组织形式通报有关行政监督部门。

国有资金占控股或者主导地位的依法必须进行招标的项目

**第八条**　国有资金占控股或者主导地位的依法必须进行招标的项目，应当公开招标；但有下列情形之一的，可以邀请招标：  
    （一）技术复杂、有特殊要求或者受自然环境限制，只有少量潜在投标人可供选择；  
    （二）采用公开招标方式的费用占项目合同金额的比例过大。  
    有前款第二项所列情形，属于本条例第七条规定的项目，由项目审批、核准部门在审批、核准项目时作出认定；其他项目由招标人申请有关行政监督部门作出认定。

可以不进行招标的情形

**第九条**　除招标投标法第六十六条规定的可以不进行招标的特殊情况外，有下列情形之一的，可以不进行招标：  
    （一）需要采用不可替代的专利或者专有技术；  
    （二）采购人依法能够自行建设、生产或者提供；  
    （三）已通过招标方式选定的特许经营项目投资人依法能够自行建设、生产或者提供；  
    （四）需要向原中标人采购工程、货物或者服务，否则将影响施工或者功能配套要求；  
    （五）国家规定的其他特殊情形。  
    招标人为适用前款规定弄虚作假的，属于招标投标法第四条规定的规避招标。

六、关于招标师

**第十二条**　招标代理机构应当拥有一定数量的取得招标职业资格的专业人员。取得招标职业资格的具体办法由国务院人力资源社会保障部门会同国务院发展改革部门制定。

七、资格预审

**第十五条**　公开招标的项目，应当依照招标投标法和本条例的规定发布招标公告、编制招标文件。  
    招标人采用资格预审办法对潜在投标人进行资格审查的，应当发布资格预审公告、编制资格预审文件。  
    依法必须进行招标的项目的资格预审公告和招标公告，应当在国务院发展改革部门依法指定的媒介发布。在不同媒介发布的同一招标项目的资格预审公告或者招标公告的内容应当一致。指定媒介发布依法必须进行招标的项目的境内资格预审公告、招标公告，不得收取费用。  
    编制依法必须进行招标的项目的资格预审文件和招标文件，应当使用国务院发展改革部门会同有关行政监督部门制定的标准文本。

八、资格预审文件或者招标文件的发售

**第十六条**　招标人应当按照资格预审公告、招标公告或者投标邀请书规定的时间、地点发售资格预审文件或者招标文件。资格预审文件或者招标文件的发售期不得少于5日。  
    招标人发售资格预审文件、招标文件收取的费用应当限于补偿印刷、邮寄的成本支出，不得以营利为目的。

如果终止招标

**第三十一条**　招标人终止招标的，应当及时发布公告，或者以书面形式通知被邀请的或者已经获取资格预审文件、招标文件的潜在投标人。已经发售资格预审文件、招标文件或者已经收取投标保证金的，招标人应当及时退还所收取的资格预审文件、招标文件的费用，以及所收取的投标保证金及银行同期存款利息。

九、关于招标项目划分标段

**第二十四条**　招标人对招标项目划分标段的，应当遵守招标投标法的有关规定，不得利用划分标段限制或者排斥潜在投标人。依法必须进行招标的项目的招标人不得利用划分标段规避招标。

十、投标有效期

**第二十五条**　招标人应当在招标文件中载明投标有效期。投标有效期从提交投标文件的截止之日起算。

十一、投标保证金

**第二十六条**　招标人在招标文件中要求投标人提交投标保证金的，投标保证金不得超过招标项目估算价的2%。投标保证金有效期应当与投标有效期一致。  
    依法必须进行招标的项目的境内投标单位，以现金或者支票形式提交的投标保证金应当从其基本账户转出。  
    招标人不得挪用投标保证金。

以前的规定应当统一，甚至“施工”，规定，是超出投标有效期30天；“货物”，规定，投标保证金有效期应当与投标有效期一致。

退还投标保证金

57条规定：“招标人最迟应当在书面合同签订后5日内向中标人和未中标的投标人退还投标保证金及银行同期存款利息。”

投标保证金不予退还

投标人在投标阶段存在违反承诺行为，招标人按照招标文件的规定不予退还其投标保证金，以维护自身利益的行为。按照《招标投标法实施条例》的规定：投标截止后投标人撤销投标文件的，招标人可以不退还投标保证金；中标人无正当理由不与招标人订立合同，在签订合同时向招标人提出附加条件，或者不按照招标文件要求提交履约保证金的，取消其中标资格，投标保证金不予退还。

十二、关于成本和最低报价

27条：招标人设有最高投标限价的，应当在招标文件中明确最高投标限价或者最高投标限价的计算方法。招标人不得规定最低投标限价。

关于成本

**第五十一条**　有下列情形之一的，评标委员会应当否决其投标：  
      
    （五）投标报价低于成本或者高于招标文件设定的最高投标限价；

关于成本问题

朱树英的《第九届21世纪中国建筑企业家论坛回放依现有法律规定应废止建设工程最低价中标》（《建造时报》2009.10.26），孙贤程的两篇文章《60余家特企老总呼吁“叫停”最低价中标》（《建造时报》2009.12.7）和《直面最低价中标七大问题》（《建造时报》2009.12.3）。

反对低价的观点

朱树英律师，在演讲中主要提了三个问题：（1）最近国内两次重大工程事故与最低价中标的关系，认为上海闵行莲花河畔倒楼事故和杭州地铁一号线湘湖站跨塌事故，可以确认最低价中标就是事故发生深层次的原因；（2）最低价中标的由来以及相关的法律问题，认为这里说的最低价中标指的是我国法律规定的低于成本的报价，我国目前法律的规定恰恰是禁止低于成本价即最低价中标；（3）政府加强监管，推进立法修改，切实预防最低价中标。《直面最低价中标七大问题》则提出：问题一：简单、绝对的最低价中标违反立法宗旨；问题二：低于成本价竞争是违法行为；问题三：法规应该定义什么是“低于成本”；问题四：低成本竞争对行业发展负面影响巨大；问题五：低价中标导致安全质量事故频发；问题六：低价中标导致市场的混乱和市场诚信度；问题七：低价中标导致实际上没有节约投资。

“最低价中标”的含义

立法和相关的部门规章没有规定“最低价中标”。《招标投标法》第41条规定：“中标人的投标应当符合下列条件之一：　（1）能够最大限度地满足招标文件中规定的各项综合评价标准；（2）能够满足招标文件的实质性要求，并且经评审的投标价格最低；但是投标价格低于成本的除外。”国家计委、国家经贸委、建设部、铁道部、交通部、信息产业部、水利部联合发布的《评标委员会和评标方法暂行规定》（这是工程招标评标主要的依据）规定的是“经评审的最低投标价法”，建设部发布的《房屋建筑和市政基础设施工程施工招标投标管理办法》也规定的是“经评审的最低投标价法”，商务部规定的《机电产品国际招标项目评标方法》规定的是“最低评标价法”，财政部发布的《政府采购货物和服务招标投标管理办法》规定的也是“最低评标价法”。如果把“最低价中标”理解为“最低价中标指的是我国法律规定的低于成本的报价”，确实是违反法律的，没有哪个规定，认为招标应当采取这一评标方法，我也不相信有哪个招标人会规定这样的招标方法，如果有，也是如何打击的问题，不需要从制度上去“废止”，因为从来就没有这样的制度。因此，我只能理解上述几篇文章说的“最低价中标”指的是“经评审的最低投标价法”和“最低评标价法”。也只有这样的评标方法才是国际惯例。

其次，关于投标人的成本问题

以我参加相关的立法和讨论的经历，我不认为国家和有关部门不想规定成本，而是没有界定成本的有效方法。需要说明的是，朱律师在演讲中说的“在法律已作合理低价中标强制性规定的同时，法律没有规定什么是低于成本的报价？什么是成本？低于成本的报价到底是指低于企业的成本，还是低于行业的平均成本的报价？”不符合实际情况，《评标委员会和评标方法暂行规定》已经规定，成本是指企业个别成本。

这样规定合理

这样的规定是合理的，如果是行业的平均成本，对于市场经济而言是不可思议的。因为，在市场经济条件下，先进的企业，正是通过其率先采用先进的技术和严格的管理，使自己的成本低于行业的平均成本，不断降低商品价格，来获取较高的市场占有率，进而淘汰落后的企业。也正因为有这样的市场机制，才能使我们使用的手机，在短短的十年间，从几万快钱降到几百快钱。一旦明确投标人的成本是个别成本，带来的巨大问题是，政府部门或者招标人规定一个价格底线，认定低于这个价格就是低于成本，显然就不合理了。因为恰恰是率先采用先进的技术和严格的管理的企业（这是市场应当鼓励的企业），其成本可能是低于这个底线的。所以，现在的问题，是能否提出一个界定成本的有效方法。

第三，如何看待“经评审的最低投标价法”和“最低评标价法”招标下的恶性价格竞争

首先，如果工程质量和工期能够得到保障，低价一定是招标人愿意订立的价格。当然，低于成本违法，这是毫无疑问的。但审查成本不是招标人的义务，而是权利。为什么不是义务，我们可以有个非常简单的例子，消费者去购买商品时是否有评估成本的义务？答案当然是否定的。

如何处理

我也不认为低于成本报价的投标人可以成为主张提高合同价格的原告，因为依照《反不正当竞争法》的理论,低于成本的报价,报价者是这一不正当行为的获益方, 而《民事诉讼法》的基本原则是获益方,尤其是不法获益方不应当成为民事诉讼的原告。但是，我也承认，“经评审的最低投标价法”和“最低评标价法”招标下的恶性价格竞争，在实践中带来了诸多问题。这些问题，归根到底是由于投标人的不诚信引起的，因为投标人在报低价的同时，是承诺按照要求履行合同的。而我国现有法律体制对这种不诚信缺乏有效的制约机制。

十三、得以不合理的条件限制、排斥潜在投标人或者投标人

**第三十二条**　招标人不得以不合理的条件限制、排斥潜在投标人或者投标人。  
    招标人有下列行为之一的，属于以不合理条件限制、排斥潜在投标人或者投标人：  
    （一）就同一招标项目向潜在投标人或者投标人提供有差别的项目信息；  
    （二）设定的资格、技术、商务条件与招标项目的具体特点和实际需要不相适应或者与合同履行无关；  
    （三）依法必须进行招标的项目以特定行政区域或者特定行业的业绩、奖项作为加分条件或者中标条件；  
    （四）对潜在投标人或者投标人采取不同的资格审查或者评标标准；  
    （五）限定或者指定特定的专利、商标、品牌、原产地或者供应商；  
    （六）依法必须进行招标的项目非法限定潜在投标人或者投标人的所有制形式或者组织形式；  
    （七）以其他不合理条件限制、排斥潜在投标人或者投标人。

十四、提交的投标文件

**第三十六条**　未通过资格预审的申请人提交的投标文件，以及逾期送达或者不按照招标文件要求密封的投标文件，招标人应当拒收。  
    招标人应当如实记载投标文件的送达时间和密封情况，并存档备查。

十五、串通投标

**第三十九条**　禁止投标人相互串通投标。  
    有下列情形之一的，属于投标人相互串通投标：  
    （一）投标人之间协商投标报价等投标文件的实质性内容；  
    （二）投标人之间约定中标人；  
    （三）投标人之间约定部分投标人放弃投标或者中标；  
    （四）属于同一集团、协会、商会等组织成员的投标人按照该组织要求协同投标；  
    （五）投标人之间为谋取中标或者排斥特定投标人而采取的其他联合行动。

**第四十条**　有下列情形之一的，视为投标人相互串通投标：  
    （一）不同投标人的投标文件由同一单位或者个人编制；  
    （二）不同投标人委托同一单位或者个人办理投标事宜；  
    （三）不同投标人的投标文件载明的项目管理成员为同一人；  
    （四）不同投标人的投标文件异常一致或者投标报价呈规律性差异；  
    （五）不同投标人的投标文件相互混装；  
    （六）不同投标人的投标保证金从同一单位或者个人的账户转出。

**第四十一条**　禁止招标人与投标人串通投标。  
   有下列情形之一的，属于招标人与投标人串通投标：  
    （一）招标人在开标前开启投标文件并将有关信息泄露给其他投标人;  
    （二）招标人直接或者间接向投标人泄露标底、评标委员会成员等信息；  
    （三）招标人明示或者暗示投标人压低或者抬高投标报价；  
    （四）招标人授意投标人撤换、修改投标文件；  
    （五）招标人明示或者暗示投标人为特定投标人中标提供方便；  
    （六）招标人与投标人为谋求特定投标人中标而采取的其他串通行为。

十六、履约保证金

**第五十八条**　招标文件要求中标人提交履约保证金的，中标人应当按照招标文件的要求提交。履约保证金不得超过中标合同金额的10%。

《招标投标法实施条例》第74条规定，中标人不按照招标文件要求提交履约保证金的，取消其中标资格，投标保证金不予退还。对依法必须进行招标的项目的中标人，由有关行政监督部门责令改正，可以处中标项目金额10‰以下的罚款。

十七、异议

在招标投标活动中有权提出异议的是投标人、潜在投标人或者其他利害关系人。被异议人是招标人。

可以进行招标投标异议的内容主要包括三个方面：资格预审文件、开标、评标结果。