

《招标投标法》存在的问题及 法律修改

何红锋

国家发展改革委启动《招标投标法》修订工作会

- 按照党中央、国务院关于修订完善招标投标制度的要求，为做好《招标投标法》全面修订工作，2018年1月19日上午，国家发展改革委组织召开招标投标部际协调机制会议暨《招标投标法》修订启动工作会，对修法工作作出统一安排。国家发展改革委副秘书长范恒山主持会议并讲话。

《招标投标法》修改提上日程

- 国家发改委2017年8月29日发布公告，修改后的《招标投标法》和《招标投标法实施条例》向社会公开征求意见。《招标投标法》共有8项内容进行了修改，《招标投标法实施条例》共有2项内容进行了修改。

前面已经开展了一些工作

- 两年前，国家发改委已经委托中国招标投标协会开展修法调研。
- 今年7月，国家发改委科研项目，“完善招标投标法律制度重点问题研究”，由南开大学和国信招标公司分别承担。

一、招标投标中，限制招标人权利与无人负责任的矛盾

《招标投标法》严格限制招标人的权利，把招标人的很大的权利分别给了（或者限制）评标委员会和招标投标监督机构。

限制招标人权利的原因。

评标委员会不承担民事责任

- 最为突出的是评标委员会。
- 评标委员会无法承担责任的原因，组织形态不是法定的民事主体，既不是法人，也不是自然人，也不是法律上的其他组织。
- 关于是不是其他组织，存在争议。
- 我的看法，是否定的。1992年最高人民法院发布了《关于适用〈中华人民共和国民事诉讼法〉若干问题的意见》，其第40条规定：“民事诉讼法第四十九条规定的其他组织是指合法成立、有一定的组织机构和财产，但又不具备法人资格的组织”。

- 许多评标委员会成员，肆无忌惮。
- 总体看：法律意识淡薄，专业水平无法满足评标需要。

监督机构也不承担民事责任

- 如果是严格意义上的监督，不承担民事责任还可以理解。但目前监督机构介入招标投标的程度很深。如抽取评标专家。组建评标委员会的权利本应当属于招标人的，确认中标结果无效等。在这些过程中，不当的行政行为可能给当事人造成损失。

出路

- 我的看法：放权给招标人，实现招标人的权利义务一致。
- 当然，现在还有很多困难，这是个长期的过程。
- 当然，如何更好地监督招标人仍然是一个重要课题。

目前的修改稿

- 现行条例第五十五条 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，招标人应当确定排名第一的中标候选人为中标人。排名第一的中标候选人放弃中标、因不可抗力不能履行合同、不按照招标文件要求提交履约保证金，或者被查实存在影响中标结果的违法行为等情形，不符合中标条件的，招标人可以按照评标委员会提出的中标候选人名单排序依次确定其他中标候选人为中标人，也可以重新招标。

修改方案：将第五十五条修改为：“招标人根据评标委员会提出的书面评标报告和推荐的中标候选人确定中标人。招标人也可以授权评标委员会直接确定中标人，或者在招标文件中规定排名第一的中标候选人为中标人，并明确排名第一的中标候选人不能作为中标人的情形和相关处理规则。“依法必须进行招标的项目，招标人根据评标委员会提出的书面评标报告和推荐的中标候选人自行确定中标人的，应当在向有关行政监督部门提交的招标投标情况书面报告中，说明其确定中标人的理由。”

二、电子招标投标发展给制度建设带来的机遇

- 增加招标投标的竞争性。
- 各种成本的降低。
- 对电子招标投标的鼓励，适应了当下电子技术的发展以及在招标投标领域应用的现状。并且，对于电子招标投标在线提交投标文件的，特别规定了等标期缩短为10天，适应了电子招标投标高效快速的要求。

修改方案

- 招标投标法第五条增加一款，作为第二款：“国家鼓励利用信息网络进行电子招标投标。数据电文形式与纸质形式的招标投标活动具有同等法律效力。”
- 第五条 招标投标活动应当遵循公开、公平、公正和诚实信用的原则。

- 将第二十四条修改为：“招标人应当确定投标人编制投标文件所需要的合理时间；但是，依法必须进行招标的项目，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，最短不得少于二十日，采用电子招标投标在线提交投标文件的，最短不得少于十日。”
- 第二十四条 招标人应当确定投标人编制投标文件所需要的合理时间；但是，依法必须进行招标的项目，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，最短不得少于二十日。

三、加入政策目标

关于招标投标加入政策目标，是非常有价值的。招标人可以在招标文件中合理设置支持技术创新、节能环保等方面的要求和条件。由于《招标投标法》适用于各类资金来源的项目，无法完全达到只适用财政资金的《政府采购法》中政策目标的力度。虽然力度不如《政府采购法》，但毕竟开了一个头。

四、招标投标法是否应该监督合同履行？

- 第四十八条增加一款，作为第四款：“依法必须进行招标的项目，招标人和中标人应当公布合同履行情况。”虽然这是一个有争议的问题，但现实是，合同履行与合同的订立（即招标投标环节）脱节，是招标投标领域的一大弊端。

五、招标“一刀切”的问题

- 招标“一刀切”的现象，一直怨声载道，并且执行得也不好。
- 2015年被广泛报道的，企业家致总理公开信：我想做点事但是很憋屈
- 如果是国家的项目，通过招标公司来进行是合理的，因为可能有人在报价里做手脚出现贪污问题，而我们作为私营企业，我为什么不能指定自己习惯使用的工程队，只要建委认定我指定的工程队和设计图纸取得有相应的资质认可，就一样保证安全了。
- 由招投标公司操作，我们会多浪费几十天时间等待招投标，也会多花几十万。

但在这方面做得不够。主要是：
必须招标的范围不修改，无法实现《国务院办公厅关于促进建筑业持续健康发展的意见》中提出对于招标投标简政放权改革的要求。《国务院办公厅关于促进建筑业持续健康发展的意见》要求，“完善招标投标制度。加快修订《工程建设项目招标范围和规模标准规定》，缩小并严格界定必须进行招标的工程建设项目范围，放宽有关规模标准，防止工程建设项目实行招标“一刀切”。在民间投资的房屋建筑工程中，探索由建设单位自主决定发包方式。”但问题是，如果招标投标法不修改，没有办法做到，民间投资的房屋建筑工程中，由建设单位自主决定发包方式。因为这些工程也会涉及公共安全。

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。

招标采购必须有明确的质量标准

- 在招标采购中，对包括货物、工程和服务在内的招标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。

六、招标投标与审计的关系问题

- 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。”

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。

2010年生效的《天津市审计监督条例》

- 第八条 审计机关对政府投资或者以政府投资为主的建设项目，可以实施全过程跟踪审计。

审计的本质

- 是一种事后监督。

全国人大常委会审查后要求全国清理

- 2015年5月，中国建筑业协会向全国人大常委会法工委寄送了一份《关于申请对规定“以审计结果作为建设工程竣工结算依据”的地方性法规进行立法审查的函》。在函中，中国建筑业协会称，近年来，北京、山东等14个省级人大常委会先后出台了地方性审计条例或监督条例，规定政府投资和以政府投资为主的建设项目，以审计结果作为工程竣工结算依据。

全国人大常委会法工委称，收到中国建筑业协会来函后，他们对有关审计的地方性法规进行了梳理，并依照立法法规定对审查建议提出的问题进行了研究，征求了审计署、国务院法制办、财政部、住建部、国资委、最高法等多家单位的意见，并赴地方进行了调研等。

全国人大常委会法工委在反馈函中称，经研究认为，地方性法规中直接以审计结果作为竣工结算依据和应当在招标文件中载明或者在合同中约定以审计结果作为竣工结算依据的规定，限制了民事权利，超越了地方立法权限，应当予以纠正。

- 2017年6月24日下午，十二届全国人大常委会第二十八次会议举行联组会议，结合审议全国人大常委会执法检查组关于检查产品质量法实施情况的报告进行专题询问。全国人大财经委委员王力就产品购销领域存在的“低价中标”提问，询问将采取哪些措施有效遏制这类现象？国家发改委主任何立峰回应时，详细分析了“低价中标”现象的成因。

- “各方面反映的产品采购低价中标的现象，实际上指的是评标时采用‘经评审的最低投标价法’。这是我国招标投标法规定的一种重要评标方法，也是国际上确定中标人的通行做法。现行招标投标有关法律法规，对于‘经评审的最低投标价法’的适用是有明确规定的”，何立峰说，但是在实践当中，这一评标方法经常被滥用和错误使用，导致出现一系列的问题。

何立峰举例说，“一些企业低于成本价投标，中标以后通过偷工减料降低成本，对施工安全、工程质量留下很大的隐患，也导致了合同纠纷等一系列的问题。比如今年3月陕西西安爆出了‘电缆门’事件，奥凯电缆的中标价严重低于实际成本，为了收回成本，便采用劣质光缆。另一方面，阻碍产业技术创新和转型升级。一些招标项目只关注于价格，忽视了产品质量、性能等一系列的技术指标，导致了一些质量过硬、技术水平比较高的产品被拒之门外，出现了优汰劣胜、劣币驱逐良币的现象，影响了企业创新研发的积极性”。

何立峰分析说，“经评审的最低投标价法”之所以被滥用和错误使用、引发一系列问题，有三方面原因。

其一，招标人没有严格执行评标办法的有关规定。招标投标法第41条规定了两种评标办法，也就是“经评审的最低投标价法”和“综合评估法”，而“综合评估法”需要对投标人各项指标作出综合评价，主观性比较强，存在比较大的自由裁量空间。一些政府部门和国有企业在面对质疑、投诉、检查、审计的时候，往往很难解释清楚为什么中标人就比其他投标人要好，好在哪儿等等。为了规避风险，不管是何种类型的采购项目都“一刀切”采用“经评审的最低投标价法”，并且在评标当中简单把价格作为决定性标准，忽略了法律规定的“满足招标文件的实质性要求”的条件。对于投标价格是不是低于合理成本，既没有去测算，也不要求投标人进行澄清说明。

其二，投标人通过低价中标的收益远远大于他所要承担的风险。一方面，投标人低价中标以后，有的通过弄虚作假、偷工减料降低成本;有的通过设计方案变更等种种理由，要求招标人补签合同、追加投资;有的甚至以延长工期、高价索赔、搞所谓的“半拉子工程”等方式，迫使招标人就范，从而获取他的利益。另一方面，对于中标人的上述违法失信行为，缺乏及时有效的制约和惩处。目前我国还没有建立完善的合同履行和信用评价体系，信用信息不能及时充分共享，“一处受罚、处处受制”的机制还没有完全形成。中标人出现了违法失信行为以后，并不会因此被清出市场，违法成本过低，导致一些中标人基于他的利益考虑不惜违法违规操作。

其三，监督管理不到位。不管采用哪一种评标方法，是不是低价中标，在合同履行中，中标人都存在以次充好的可能性，关键是需要加强质量的监管。一方面，招标人责任没有得到有效落实，如果招标人能够在检查验收当中严把质量关口，投标人是不敢也不会以牺牲产品质量的方式去谋求低价中标的。另一方面，由于行政监督部门的监管力量不足、责任落实不到位等一系列的原因，对工程、产品质量缺乏及时有效的监管，导致一些企业特别是恶意低价中标的企业存在侥幸心理。

何立峰表示，下一步将通过三方面工作，解决上述问题。依法严格限定“经评审的最低投标价法”的适用范围。针对滥用、不当使用“经评审的最低投标价法”的问题，进一步明确和强化各类评价方法的运用；建议修订招标投标法，实施全过程的监管；加强监督执法，落实责任追究。他强调，“严格质量监管，强化落实产品质量终身负责制，明确中标人应当对产品质量负总责。完善社会信用体系，将生产提供劣质产品者纳入失信名单，实行联合惩戒，加大企业违法成本”。

七、反不正当竞争法修改对招标采购低价限制的影响

- 2017年，云服务市场的价格竞争愈演愈烈，低价竞标政务云的事件层出不穷。
- 例子：厦门市信息中心“厦门市政务外网云服务”进行公开招标，预算金额为495万元。
2017年3月17日，中国政府采购网发布的中标公告显示，腾讯云计算（北京）有限责任公司以0.01元报价中标。同日，“上海市电子政务云服务中标公告”显示，该预算金额为1200万元的项目由上海移动+云赛智联、中国电信同时中标，总中标金额甚至出现了0元。

- 2017年全国人大代表的提案：废止经评审的最低价法，采用平均价法评标。
- 西安地铁奥凯电缆事件。
- 人民日报连续五篇评论抨击低价中标问题。

2017年《反不正当竞争法》

- 《中华人民共和国反不正当竞争法》已由中华人民共和国第十二届全国人民代表大会常务委员会第三十次会议于2017年11月4日修订通过，现将修订后的《中华人民共和国反不正当竞争法》公布，自2018年1月1日起施行。
- 修改前的第11条被删除： 第十一条
- 经营者不得以排挤竞争对手为目的，以低于成本的价格销售商品。

《反不正当竞争法》限制低于成本与招标采购不得低于成本的关系

- 《招标投标法》和财政部87号令是基于修改前《反不正当竞争法》作出的规定，是规定普遍适用不得低于成本的。
- 我的看法：《反不正当竞争法》限制低于成本的规定，是招标采购不得低于成本规定的法理根据。

《反不正当竞争法》删除关于不得低于成本的规定，是因为《反垄断法》对低于成本也有限制性的规定。但两个法对于低于成本的竞争性规定的条件不同，《反不正当竞争法》对不得低于成本的规定远远宽于《反垄断法》。《招标投标法》和财政部87号令是基于修改前《反不正当竞争法》作出的规定。但是，在《招标投标法》和87号令修改前，还是要执行这方面的规定。因为《反不正当竞争法》并不是招标采购法的上位法。

《反垄断法》对低于成本的限制：第十七条 禁止具有市场支配地位的经营者从事下列滥用市场支配地位的行为：

（二）没有正当理由，以低于成本的价格销售商品；

未来的立法建议

- 未来应当修改《反垄断法》，扩大对低于成本的限制，应当不仅仅限于滥用市场支配地位，还应当包括谋求市场支配地位。在反垄断历史上，大多数被认定为垄断的低价行为都是为了谋求市场支配地位。

招标采购法律

- 一、删除低于成本的限制性规定，如果出现恶性竞争行为，直接适用《反垄断法》。
- 二、即使保留低于成本的限制性规定，要与《反垄断法》保持一致。
- 但在修法前，仍然要执行现行的低于成本的限制性规定。