

《招标投标法》与 《政府采购法》的适 用性比较

何红锋

2018年博鳌亚洲论坛 带来两法的冲撞

- 2018年4月10日，习近平主席在博鳌亚洲论坛2018年年会开幕式上的主旨演讲中提出：在扩大开放方面，我国将采取四大重大举措。在介绍第四项重大举措“主动扩大进口”时，指出：我国要“加快加入世界贸易组织《政府采购协定》（英文缩写为GPA，以下简称GPA）进程”。

加入GPA难点在哪里？

- 我国自2007年12月正式提交了加入GPA的申请，经过多轮谈判，我国已经提交了六份开放政府采购市场的清单，但仍没有获得GPA成员的认可。我国加入GPA的谈判已经超过10年，谈判的难点有哪些？

最主要的是两法的冲突

- 最主要的问题是，政府采购范围理解差异带来的困难。加入GPA谈判的主要内容，是申请方与成员方政府采购市场相互开放的程度。但我国与GPA主要成员方对政府采购范围的理解存在重大不同，主要表现为两个方面：国有企业的采购算不算政府采购；工程采购是否纳入政府采购统计口径。

我国的国有企业采购没有纳入《政府采购法》，而GPA成员方很多是将国有企业的采购纳入政府采购的。由于我国的国有企业在整个经济中的比重很高，远高于GPA一般的成员方，因此，与成员方同时将国有企业的采购纳入政府采购，我国有《政府采购法》的障碍，也有我国有不公平感觉的原因，这也是我国在前五轮出价中一直没有把国有企业的采购纳入出价清单的主要原因。直到最近的一次出价——第六轮出价，我国才首次将国有企业的采购列入出价清单。但在纳入国有企业的范围方面，还不能让GPA成员方满意。工程采购是否纳入政府采购统计口径则是另外一个障碍。我国的法律体系，目前是《政府采购法》与《招标投标法》并存。虽然《政府采购法》规定政府采购对象包括工程，但同时规定，“政府采购工程进行招标投标的，适用招标投标法。”（《政府采购法》第4条）由于我国大多数工程是通过招标采购的，因此，即使是通过财政资金采购的工程，也不计入政府采购的范围。

2011年，中国欧盟商会曾发布题为《中国的公共采购：欧盟企业在中国参与公共采购合同竞标经验》的研究报告，认为中国政府采购规模估计高达7万亿元人民币(合1.072万亿美元)，约占当年中国GDP总量的20%。财政部数据显示，2011年中国政府采购规模为1.13万亿元人民币，由此看出，财政部统计的我国政府采购规模，与国外一般理解的政府采购规模，相差近7倍。外方普遍认为财政部公布的数据，不能反映我国政府采购的真实规模。

制度差异还导致了我国目前《政府采购法》、《招标投标法》两个法律体系衔接的困难，由于有不同的主管部门，基于两个法律体系进行加入GPA谈判，增加了协调的困难。两个法律体系在规定、具体做法上，都有很大的不同，存在着需要协调一致对外进行谈判的困难。目前，我国的两个法律体系与GPA的要求还存在一定的差距。以投诉制度为例：如果加入国有企业的采购，目前，国有企业的非工程采购项目还没有建立起投诉制度，而GPA要求建立覆盖所有采购范围的投诉制度；我国的政府采购投诉以质疑为前置条件，招标投标法则以异议为投诉的前置条件，而GPA则不允许给投诉制度设置前置条件。

在实践中两法的冲突

- 工程招标到底适用哪个法律？
- 政府采购是否可以排除工程？
- 《政府采购法》的规定有工程。
- 举例：国务院办公厅2016年12月21日发布的《中央预算单位2017—2018年政府集中采购目录及标准》：

二、工程类		
限额内工程	京内单位	指投资预算在120万元以上的建设工程，适用招标投标法的建设工程项目除外
装修工程	京内单位	指投资预算在120万元以上，与建筑物、构筑物新建、改建、扩建无关的装修工程
拆除工程	京内单位	指投资预算在120万元以上，与建筑物、构筑物新建、改建、扩建无关的拆除工程
修缮工程	京内单位	指投资预算在120万元以上，与建筑物、构筑物新建、改建、扩建无关的修缮工程

山东省省级2018年度政府集中采购

采购

- B
- 工程
- B01
- 建筑物施工，仅限定点采购。
- B02
- 构筑物施工，仅限定点采购。
- B03
- 装饰装修工程，仅限定点采购。等等
- 结论：很少有政府采购集中采购目录中没有工程的。
- 冲撞：列入集中采购目录的工程是否招标？如果招标，适用《招标投标法》，财政部门是否监管？

招标改为非招标方式时的冲突

- 财政资金投资的建设项目，采用招标方式进行采购，适用《政府采购法》，招标失败，改为非招标方式进行采购，是否适用《政府采购法》？

两法冲突：PPP项目

- PPP项目应当适用《政府采购法》还是《招标投标法》？
- 第二十一届APEC财长会联合声明（北京，2014年）
- 考虑到APEC区域巨大的基础设施需求和公共部门有限的财政资源，PPP提供了一个新的、有别于传统政府采购模式发展基础设施的可行模式。

基础设施与公共服务能否很好 加以区分？

- 传统基础设施领域PPP项目由国家发展改革委牵头负责，公共服务领域PPP项目由财政部牵头。
- 这是PPP条例的基础。《基础设施和公共服务领域政府和社会资本合作条例（征求意见稿）》

冲突的根源

- 财政扩权：
- 1994年《预算法》：第四条 中央政府预算（以下简称中央预算）由中央各部门（含直属单位，下同）的预算组成。
- 中央预算包括地方向中央上解的收入数额和中央对地方返还或者给予补助的数额。
- 2014年《预算法》：增加一条，作为第五条：“预算包括一般公共预算、政府性基金预算、国有资本经营预算、社会保险基金预算。”

在现行立法条件下如何确定两法适用性

- 主要标准：建设项目是否列入政府集中采购目录。列入，适用《政府采购法》，没有列入，适用《招标投标法》。
- 背后的因素：建设项目是否需要由建设行政主管部门监管。

对财政部办公厅《关于提请对政府采购工程项目的法律适用及申领施工许可证问题进行立法解释的函》

按照招标投标法实施条例第二条的规定，建筑物和构筑物的新建、改建、扩建及其相关的装修、拆除、修缮属于依法必须进行招标的项目。据此，与建筑物和构筑物的新建、改建、扩建无关的单独的装修、拆除、修缮不属于依法必须进行招标的项目。政府采购此类项目时，应当按照政府采购法实施条例第二十五条的规定，采用竞争性谈判或者单一来源方式进行采购。依法通过竞争性谈判或者单一来源方式确定供应商的政府采购建设工程项目，符合建筑法规定的申请领取施工许可证条件的，应当颁发施工许可证，不应当以未进入有形市场进行招标为由拒绝颁发施工许可证。

国务院法制办2015年8月3日

现实中的问题

- 1.工程包括哪些？
- 工程的概念
- 条例第二条 招标投标法第三条所称工程建设项目，是指工程以及与工程建设有关的货物、服务。
前款所称工程，是指建设工程，包括建筑物和构筑物的新建、改建、扩建及其相关的装修、拆除、修缮等；所称与工程建设有关的货物，是指构成工程不可分割的组成部分，且为实现工程基本功能所必需的设
备、材料等；所称与工程建设有关的服务，是指为完成工程所需的勘察、设计、监理等服务。

- 造价咨询等为完成工程的相关服务，是否属于与工程建设有关的服务？
- 我的看法，应当属于。

材料设备问题

- 是指构成工程不可分割的组成部分。
- 关于家具、设备问题，因此需要看具体情况。

装修、拆除、修缮等

- 要分成两种情况
- 是否与建筑物和构筑物的新建、改建、扩建相关

未来应当如何解决两法的冲撞

- 1.两法并立的根源。
- 2.两法应当走向合一。