

# 卷首篇

## 试论我国招投标制度中公权力对私权利的规制

——纪念《招标法》实施十五周年

《中华人民共和国招标投标法》（以下简称《招标法》）既涉及公法范畴，也涉及私法范畴，包含两重法律关系。众所周知，公权力没有授权即禁止，私权利没有禁止即自由。

招标投标活动中的公权力和私权利，通过法律制度和国家标准实现。中国招标投标协会副会长李小林指出：法律制度主要针对原则、唯一、稳定、管理和定性的行为事项，技术规范主要针对细节、多样、可变、技术和定量的行为事项，二者具有不可替代、互为补充的调整控制作用，唯有相互结合，才能有效规范招标投标市场行为。<sup>1</sup>

招标投标活动涉及经济学、管理学、工学技术和法学等领域。在经济学领域分为公共经济学和市场经济学；在管理学领域分为公共管理学和工商管理学；在工学技术领域分为国家强制技术标准和推荐性、示范性标准及其具体技术条件；在法学领域主要涉及经济法和民法。上述领域的前者属于一般公权力范畴，后者一般属于私权利范畴。

在法学领域，依据罗马法关于公法和私法的划分原则，认为国家公务的法律为公法；认为个人利益的法律为私法。所谓“公法”，其本质是以国家权力为核心的法律机制，行使国家行政权、审判权等；“公法”和“权力（Power）”相对应。<sup>2</sup>所谓“私法”，则是在市场经济中保护当事人权利的法律，保护公民法人的合法权益，如市场经济中的各种买卖关系、借贷关系等。“私法”和“权利（Right）”相对应。<sup>3</sup>

1995年，王家福先生在给中央领导同志讲法制课时就明确指出“对于任何法规，若不究明其属于公法或属于私法，就不可能了解其内容和意义，就不可能正确地理解和适用”。

中国政法大学终身教授江平先生指出：“招投标制度的核心还是‘契约自由与市场管制’的关系问题，亦即公法与私法的关系问题。”<sup>4</sup>

众所周知，我国的公共采购由招标投标法和政府采购法予以规范。我国招标制度公权力和私权利的关系可以用图 0.1 予以总结概括。

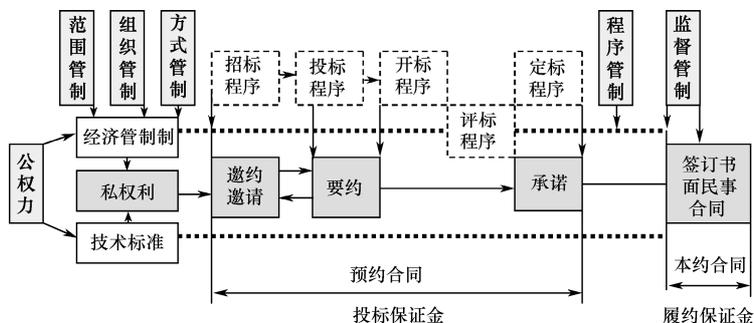


图 0.1 招标制度中公权力对私权利规制的示意图

1 李小林. 创新完善招标投标体制的思考. 宏观经济管理. 2009 年 09 期

2 谢晖. 权力缺席与权力失约——当代中国的公法漏洞及其极济. 来源. 求是学刊. 2001 年 01 期

3 龙卫球. 公法和私法的关系. 全国人大常委会办公厅研究资料. 第 17 期, 2004

4 陈川生. 招标投标法律法规解读评析——评标专家指南. (第二版). 北京: 电子工业出版社, 2012

# 一、招标投标法律关系中的公权力规制

## (一) 公权法律制度主要体现于经济管制

公权力的法律管制表现为招标准备阶段的范围管制、组织管制、方式管制；招标过程中的程序管制和招标投标活动全过程的监督管理等 5 种经济范畴的管制。

### 1. 招标范围规模的管制

强制招标是招标投标制度的核心内容之一，也是最能体现其立法目的之条款之一。依法必须招标，是指法律规定符合某些类型和资金来源范围的采购项目，达到一定数额规模的必须通过招标进行，否则采购单位和相关人员要承担法律责任。

《招标投标法》第三条规定了达到一定规模的工程建设项目和法律或者国务院对必须进行招标的其他项目的范围有规定的，应当强制招标。

范围管制还包括了应当强制招标和可以不招标的例外规定。

### 2. 招标组织的管制

所谓组织管制是对依法必须招标的项目招标人自行招标的管制，因为采购人不同采购结果可能不同。

根据招标投标法第 12 条的规定，招标文件不得要求或者标明特定的生产供应者，以及含有倾向或者排斥潜在投标的其他内容。

### 3. 招标方式的管制

我国招标制度中法定的招标方式只有公开招标和邀请招标两种方式，政府采购法规定在此基础上增加了竞争性谈判、单一来源谈判、询价和其他方式。其中公开招标应当是主要采购方式。所以对招标方式做适当的管制是由于采购方式不同将影响采购的结果。

方式管制包括两类法定应当公开招标的规定，一是国家和省确定的重点项目，二是国有资金占控股或主导地位的依法必须招标的项目。除此之外的招标采购方式的选择，属于招标人的私权利，法律同时规定了应当公开招标符合特定条件时可以邀请招标的条件。

上述范围管制、组织管制和方式管制如果属于依法需要审批、核准的项目在项目审批或核准时一并决定，其余需要有关主管部门认定或管理，自为公权的行使。<sup>5</sup>

### 4. 招标程序的管制

程序管制表现在招标、投标、开标、评标和中标（定标）阶段的程序，以及对招投标结果和投诉管制<sup>6</sup>。《招标投标法》关于程序的管制重点即对依法必须招标项目的程序管制<sup>7</sup>。该法有 12 个条文，而《招标投标法实施条例》（以下简称《条例》）有 15 个条文针对“依法必须进行招标的项目”，其中，有 3 条针对国有资金控股或者占主导地位的依法必须招标的项目的强制性条款。强制性条款采用“不得”“必须”等法律用语，排除了当事人个人的自由意思，但法律也照顾了非强制招标项目的不同情况，做了区别性的规定。

《招标投标法》第二条规定：“在中华人民共和国境内进行招标投标活动，适用本法。”该法对招标投标活动的管理分为 3 个层次：

一是招标投标活动；

二是依法必须进行招标的项目；

三是国有资金控股或者占主导地位的依法必须招标的项目。

5 赵德兵. 我国招标投标制度存在的问题与完善. 安徽大学学报. 2007 年硕士论文

6 钟思银. 建筑工程招标投标程序探析. 科技创新与应用. 2012 年 13 期

7 宋子军. 招标投标的关键是规范招标投标程序. 煤炭工程. 2004 年第 5 期

《招标法》中仅针对“依法必须招标的项目”做出规定的条款有：

(1) 不得化整为零和规避招标。(第4条)

(2) 不受地区或部门限制，任何人不得违法限制或排斥本地区或系统外投标，不得非法干涉招标投标活动。(第6条)

(3) 招标人自行招标应向有关行政监督部门备案。(第12条)

(4) 招标公告应当通过国家指定媒体发布，且公告的内容法定。(第16条)

(5) 招标人确定投标人编制投标文件的时间不少于20日。(第24条)

(6) 评标委员会成员的结构、人数和专家比例、专家资格、聘请方式法定。(第37条)

(7) 评标委员会依法否决所有投标的，招标人应当重新招标。(第42条)

(8) 招标人确定中标人之日起十五日内向有关行政监督部门书面报告。(第47条)

(9) 招标人有泄密行为给予行政处罚或承担刑事责任，影响中标的中标无效。(第52条)

(10) 投标人以非法手段中标的，中标无效并承担相应民事和刑事责任。(第54条)

(11) 招标人和投标人谈判中违反法律规定承担行政责任。(第55条)

(12) 招标人违法确定中标人的中标无效并承担相应行政责任。(第57条)

《条例》针对“依法必须招标的项目”的条款有：

(1) 招标(预审)公告应在国家指定媒介发布并使用国家标准文本。(第15条)

(2) 提交资格申请的时间不得少于5日。(第17条)

(3) 重新资格审查或招标应修改招标文本后重新审查或招标。(第23条)

(4) 招标人不得利用划分标段规避招标。(第24条)

(5) 除法律规定外，专家应当从专家库抽取，招标人不得非法更换。(第46条)

(6) 招标人应当依法公示中标候选人。(第54条)

即对于发布资格预审公告(公告)、使用标准文本、资格预审提交时间、文件修改后重新招标、专家确定、公示等环节的强制规定仅针对“依法必须进行招标的项目”。

对于一般招标投标活动上述规定可参照执行；对于国有资金依法必须招标的项目有关法规对于招标方式、资格审查和确定中标人3个环节作出更严格的规定。

## 5. 招标监督的管制

招标监督的管制的表现为行政监督、社会监督(当事人监督)和司法监督的综合法律调整。法律规定了招标投标活动中行政监督部门的权力清单。公权力的行使方式包括：服务、管理和监督三方面。<sup>8</sup>

其中，服务和管理职能包括：

(1) 指定发布招标公告的媒介。(《招标法》第16条)

(2) 组建综合评标专家库。(《招标法》第37条第3款、《条例》第45条第2款)

(3) 组织有关部门编制标准文本。(《条例》第15条)

(4) 对于法定需要审批、核准项目依法审批、核准招标内容。(《招标法》第9条和《条例》第7条)

(5) 对于法定需要备案项目接受自行招标备案。(《招标法》第12条第3款)

(6) 接受依法必须进行招标项目招标情况报告。(《招标法》第47条)

(7) 对招标代理机构进行资格管理。(《招标法》第14条和条例第11条)

(8) 对取得招标职业资格的专业人员管理。(《条例》第12条)

其中，监督职能包括：

(1) 受理投诉。(《招标法》第65条)

8 姜明安. 论公法与政治文明. 法商研究. 2003年03期

(2) 对评标活动进行监督。(《条例》第46条第4款)

(3) 对招投标过程中泄露保密资料、泄露标底、串通招标、虚假投标、歧视排斥投标等违法活动进行监督执法和监督检查。(《招标法》第7条、国办发[2000]34号)文)

(4) 依据《招标法》第49~64条“对违法当事人处罚”。

(5) 依据《条例》第63~82条“对违法当事人处罚”。

其中, 监督方式包括:

(1) 受理并处理投诉是有关行政部门对招标投标违法行为进行监督的重要职能, 条例和有关部门规章对投诉受理程序、处理和监督措施有明确规定。

(2) 《条例》第六章“法律责任”中第79条规定: “国家建立招标投标信用制度。有关行政监督部门应当依法公告对招标人、招标代理机构、投标人、评标委员会成员等当事人违法行为的行政处理决定。”即法律明确“透明化”是法定的监督手段。

(3) 按照《国家重大建设项目稽察办法》规定, 部门可以组织国家重大建设项目稽察特派员, 采取经常性稽察和专项性稽察方式对重大项目建设过程中的招标投标活动依照法定程序和方式定期进行监督检查。

(4) 招标投标活动的其他监督方式, 主要是专项或日常检查和监督。

在管理和监督中, 有关项目审批行政部门对应当审核项目中的招标范围、招标方式、招标组织形式的审批、核准属于行政管理的范畴, 是对市场秩序的规范。审批部门对审批事项落实的检查属于监督行为。

有关行政监督部门接受招标人招标投标情况的书面报告属于行政管理程序的组成部分, 接收后备案留存; 行政监督部门认为需要或处理投诉对照该书面报告进行检查, 属于监督行为。

## (二) 强制性技术规范的公权力属性<sup>9</sup>

技术规范一般分为强制性、推荐性和示范性3种类型, 公权力的管制通过各行业的强制性技术标准予以体现。<sup>10</sup>

如在工程建设领域的工程量清单计价规范(GB50500—2013)规定了3.1.1等15项条款为强制性规定, 必须强制执行。这15项规定是如下所示。

“(1) 3.1.1 全部使用国有资金投资或国有资金投资为主的工程建设项目, 必须采用工程量清单计价。

(2) 3.1.4 工程量清单应采用综合单价计价。

(3) 3.1.5 措施项目中的安全文明施工费必须按国家或省级、行业建设主管部门的规定计算, 不得作为竞争性费用。

(4) 3.1.6 规费和税金必须按国家或省级、行业建设主管部门的规定计算, 不得作为竞争性费用。

(5) 3.4.1 建设工程发承包, 必须在招标文件、合同中明确计价中的风险内容及其范围, 不得采用无限风险、所有风险或类似语句规定计价中的风险内容及范围。

(6) 4.1.2 招标工程量清单必须作为招标文件的组成部分, 其准确性和完整性应由招标人负责。

(7) 4.2.1 分部分项工程项目清单必须载明项目编码、项目名称、项目特征、计量单位和工程量。

(8) 4.2.2 分部分项工程项目清单必须根据相关工程现行国家计量规范规定的项目编码、项目名称、项目特征、计量单位和工程量计算规则进行编制。

(9) 4.3.1 措施项目清单必须根据相关工程现行国家计量规范的规定编制。

(10) 5.1.1 国有资金投资的建设工程招标, 招标人必须编制招标控制价。

9 钟瑞栋. 民法中的强制性规范(下)——兼论公法与私法“接轨”的立法途径与规范配置技术. 法律科学. 2009

10 申利静. 技术标准及其法律性质初探. 法制与社会. 2012年24期

(11) 6.1.3 投标报价不得低于工程成本。

(12) 6.1.4 投标人必须按招标工程量清单填报价格。项目编码、项目名称、项目特征、计量单位、工程量必须与招标工程量清单一致。

(13) 8.1.1 工程量必须按照相关工程现行国家计量规范规定的工程量计算规则计算。

(14) 8.2.1 工程量必须以承包人完成合同工程应予计量的工程量确定。

(15) 11.1.1 工程完工后，发承包双方必须在合同约定时间内办理工程竣工结算”。

上述 15 项强制规定，除了 3.1.4 款采用“应”，6.1.3 款采用“不得”外，其余 13 条均采用“必须”对强制内容予以规范，体现了公权力最严格的约束要求，故而要求行政强制“法定原则”<sup>11</sup>

由于招标采购活动的技术属性，在涉及招标采购的各个行业都有大量的技术规范，如公路建设涉及的技术规范有 700 章，并作为标准招标文件的组成部分，其中的强制性规定都体现了公权力对招标投标活动相对人的约束，合同和其抵触的内容应当服从强制性规范。<sup>12</sup>

## 二、招投标过程中私权法律关系

### (一) 私法中的权利保护

《招标法》的私法规范表现在了对当事人合法民事权利的保护<sup>13</sup>，其赋予招标人主要有以下 10 项权利：

1. 自主选择招标代理机构作为咨询代理（第 12 条）；
2. 启动招标程序发布资格预审公告或招标公告提出邀约邀请（第 16 条）；
3. 招标人可以对潜在投标人进行资格审查，国家对投标人资格条件有规定的除外（第 18 条）；
4. 编制招标文件包括评标办法的选择或控制价的制定（第 19 条）；
5. 可以组织投标人踏勘项目现场（第 21 条）；
6. 招标人可以设置标底（第 22 条）；
7. 主持开标会议（第 35 条）；
8. 依法组建评标委员会（第 37 条）；
9. 依据评标委员会评标报告和推荐的中标候选人确定中标人（第 40 条）；
10. 发中标通知书做出承诺（第 45 条）。

《条例》补充了招标人终止招标和在法定条件下对中标候选人进行履约能力审查的权利，有关部门规章对终止招标的权利作出限制：在不可抗力的情况下，招标人可以终止招标。

法律赋予招标人上述权利，体现了《招标法》私法的本质内涵，保障了招标人作为平等民事主体应当享有的合法权益<sup>14</sup>，保障了招标人作为项目法人在工程建设项目中的中心地位，同其承担的法人责任相适应。本着权利义务对等的原则，法律也规定了招标人的 20 项义务。

在招标投标活动中经济管制加契约自由是其缔约合同的特点，其合同形式表现为签订预约合同和本约合同两个阶段<sup>15</sup>，投标保证金和履约保证金分别是两个合同形式的担保。<sup>16</sup>

招标文件属于要约邀请，行业内无异议。但是对资格预审文件的法律属性认定有不同意见。有学者认为，资格申请文件没有价格，不能属于要约，由此推断资格预审文件也不是要约邀请。作

11 中国制定行政强制法,规范行政强制约束公权力. 中国新闻网. 2011.06.30

12 孙鹏. 论违反强制性规定之效力——兼析《中华人民共和国合同法》第 52 条第 5 项的理解和适用. 法商研究. 2006 年第 5 期

13 杨正明, 李桂模. 私法方法在司法实践中的运用. 法治论坛. 2007 年 4 期

14 高子正. 零敲碎打地侃“定标权”(一)特稿. 中国国际招标网/中国招标采购社区, 2010.08.02

15 王利明. 预约合同若干问题研究. 中国民商法律, www.civillaw.com.cn.2014.05.14

16 翼云峰. 浅议建设工程合同履约保证金. 太原仲裁委员会官网, 2010.7.1

者认为,从资格预审制度设计考量,招标是选择交易对象及其方案的采购方式。资格预审主要选合同主体”的适格性,在此基础上,通过招标选择合同内容的最优方案,属于同一性质过程的两个阶段,即希望潜在的合格投标人发出对采购项目的邀约。因此,资格审查文件从实质上看属于招标文件的一部分;资格预审公告和资格预审文件都是对本约合同第一阶段的要约邀请;同理,资格审查申请书同样属于要约,该要约的特殊性在于由于其约定属无名准入合同。因此,资格申请书即使没有价格也应视为要约的重要组成部分。而资格审查合格通知书则属于承诺,从而构成了投标预约合同。

该类经过资格预审的招标项目,由两个法律效力不同的预约合同和一个本约合同共同构成招标投标合同关系<sup>17</sup>。这种合同在一些特定行业还可能属于不同性质的合同。如在土地使用权转让的招标过程中,经过资格预审程序发出资格审查合格通知书,表示磋商型的预约合同成立并生效;经过招标程序发出中标通知书表示缔约型的预约合同成立并生效,且该两项预约合同属于民事合同。相对于本合同,发出中标通知书表示本合同成立但未生效;经过国土资源部门审核并作为合同一方签订书面合同,本合同才生效且合同性质属于行政合同。<sup>18</sup>

招标投标活动私权利的表现形式和过程包括:制定招标方案、编制招标文件、执行招标程序、完成中标合同。私权利的约束范畴:在公权力的约束和保护下,契约自由、意思自治。

## （二）技术规范的私权利

推荐性、示范性技术规范和一般技术条件体现着私权行使的任意性<sup>19</sup>。如在工程建设领域的工程量清单计价规范(GB50500—2013)中除了强制性规范外还有推荐性和示范性的条款供招标人选用,如关于合同价款的调整,2013清单标准列举了15项可能发生调整的因素,由双方依照合同的约定进行;又例如,工程的设计图纸在符合国家标准和技术规范的前提下充分体现了设计师的智慧。对于建筑大师而言,每一幢建筑都可能是一件凝固的精美艺术品,这些设计成果不但显然属于私权利,而且还有受到法律保护的知识产权。建设工程监理合同(示范文本)规定,监理人对其编制的文本拥有著作权<sup>20</sup>

# 三、公权力和私权利的交织与约束

## （一）公权力和私权利的交织

在招标投标程序管制中,公权力和私权利有时交织在一起。如在投标截止和开标程序,确定投标截止时间是招标人的私权利,开标程序属于公权力的规定。法律规定,开标在投标截止的同一时间和地点进行。又例如,评标制度的设计体现了公权力和私权利的两重法律关系的交织。<sup>21</sup>

有学者指出:<sup>22</sup>“评标专家组成评标委员会,开展评标活动,可以理解成一种代理行为:评标专家们以自己的专业知识与技能来评标,为实现招标人利益最大化,选出最佳的投标人这一招标目的服务;同时,评标专家是独立地为意思表示,评标的结果——出具评标报告、推荐中标候选人这

17 董巧婷,李永锋.工程招投标与合同法律关系分析.石家庄铁道学院学报.2007年2期

18 张志军.政府采购合同应自中标通知书发出时成立.政府采购信息报.2011.12.1

19 李建华,许中缘.论私法自治与我国民法典——兼评〈中华人民共和国民法(草案)〉第4条的规定.法制与社会发展.2003年03期

20 住房和城乡建设部,国家工商行政管理总局.2012.3.2关于印发《建设工程监理合同(示范文本)》的通知.建市[2012]46号

21 赵勇,李汉文.经济转型背景下评标委员会制度研究.招标采购管理.2013年11期

22 罗娅,何红锋.南开大学硕士研究生论文.评标委员会研究.2008年

样的法律效果直接归属于招标人。评标专家与招标人在这个层面上构成了实质的代理关系。”笔者完全同意其做出的这种代理关系的判断，同时，笔者愿意补充修正的是，这种代理不是来自招标人的任意委托，而是国家法律规定，其代理权源于法律规定而授权。

评标委员会的评审结论构成招标人选择交易对象的法定基础，依据条例规定，在国有资金占控股或主导地位的依法必须招标的项目中，评标委员会的评审意见一般构成招标人的承诺——应当第一名中标，更凸显出这种代理关系的存在。这种制度设计属于公权力范畴；而评标专家个人和招标人的关系则属于射幸合同关系，射幸合同属于私权利范畴。评标制度设计是国家公权力通过程序对其行使“私法”活动的予以限制，以防止其以权谋私、输送利益和减少决策失误。

目前，我们对评标中的私权利重视不够，评标制度的问题也较多。深圳市工程交易中心采取评定分离的方法从制度上进行了创新，使评标制度成为一种由招标人主导的技术商务咨询活动，应当更符合立法宗旨的实现。

## （二）公权力与私权利间的相互管制与制约

### 1. 公权力的滥用也会产生管制腐败。

在经济管制类法律的司法活动中，我国主要通过行政部门执法来实现<sup>23</sup>。一般颁布一部法律即需要明确一个行政监督部门，但是《招标法》却是个例外。由于招标投标活动涉及的部门、领域极其广泛，所以形成目前“九龙治水”的监督格局。虽然，《条例》尽可能对目前监管存在的问题作了尽可能详细的针对性规定，但是，兼有公法和私法性质的招标投标活动出现的问题法律规范难以穷尽。部门协调有时不能保证妥协的意见能否保证国家和公众利益的最大化。为此，超越部门利益，将招标投标活动的管理和监督分离的统一的行政监督部门的执法可能有利于对招标投标活动的监督管理。

除了“三峡工程”等特大型项目兼有国家宏观经济领域的布局外，绝大多数工程建设项目大都属于微观经济范畴。对于微观经济领域的法律法规最主要的作用是维持市场公平秩序，而不应造成更多的干预，不能用计划经济的思维解决市场存在的问题<sup>24</sup>。目前，招标投标市场出现了许多不尽人意的地方<sup>25</sup>，有关招投标的法律法规多达上千部，但是“法出而奸生、令下而诈起”，在招标投标领域政府规范市场的法令越多，人们违法的数量也越多；政府打击违法的措施越多，人们违法的手段也越高明。这不能不引起我们的深思。

作者认为，公权力本身具有自我扩张的本能属性<sup>26</sup>，管制腐败是造成上述现象的重要原因。

在招投标领域，各级政府出台的违反上位法的大量规范性文件 and 实际做法，非法设置行政许可事项、剥夺招标投标当事人依法享有的权利、插手干预正常的招标投标活动、巧立名目向市场主体大肆收费等种种做法是政府最大的失信行为。招标走过场的行为普遍存在，有的地方、部门甚至在“逼良为娼”后再进行“扫黄打非”行动，对市场主体进行各种检查处罚甚至勾结当事人为其围标串标披上合法外衣；造成民愤积怨不断上升，普遍对招标投标市场秩序规范丧失信心。多年的实践已经证明：招标投标领域政府权力越强化问题越多，这种恶性循环越演越烈，难以遏制。行政权力对招标投标的干预，即对资源配置及微观经济活动的干预，造成寻租基础扩大，并导致腐败蔓延。各级政府在发挥公共资源交易中心积极作用的同时更应注意对其可能产生的违法行为依法纠正。

23 《国务院办公厅关于贯彻落实全面推进依法行政实施纲要的实施意见》国办发[2004]24号

24 梅继霞. 政府错位与地方政府职能重塑. 江西行政学院学报. 1999.02 期

25 王亚军. 读我国招投标市场中存在的问题. 基建优化. 2004 年 04 期

26 朱四倍. 抑制权力自我扩张本性体现公意. 新浪财经, 2006 年 9 月 21 日

## 2. 私权利的约束靠信用制度的建立

招标投标制度建立在项目法人责任制的基础上<sup>27</sup>，因此法律赋予招标人 10 项重要的权利。由于招标投标活动的经济属性不可避免地滋生腐败；技术属性容易掩盖腐败，管理属性会造成管控腐败的漏洞，法律属性会产生管制腐败。在这种综合属性的活动中，招标人如果行为不端正，这 10 项权利任何一项权利的运用都可以衍生出许许多多防不胜防的违法行为。因此，在完善的监督体制下，招标人的自律是规范招标投标市场的重要保证，其中建立完善的信用制度是约束招标投标当事人最重要的监督手段<sup>28</sup>。目前，在一些地方违法的成本很低，守法的人总吃亏，这样守法的人也会违法<sup>29</sup>。如果我们建立了完善的信用制度，违法的人一处违法，处处受罚，成本极大，那么市场的规范就指日可待了。采用电子招标投标制度是实现信用制度建设的有效途径，当然，电商推广的动力主要还是它的经济性。

综合上述，从公法的视角考量，《招标法》属于经济法部门的一部特别法；从私法的视角考量，《招标法》属于民商法部门的一部特别法。江平先生指出，凡是涉及公共利益的问题，任何一种办法都不可能是十全十美的，但有程序规定终究比没有程序规定要好得多。目前，该法在我国经济建设中发挥着重要作用，无疑对私权利的保护是防止公权力滥用的最后一道防线；而私权利只有在公法确认与保护之下才可能真正得以实现。

山西省机械设备成套局原总工程师、教授级高工 陈川生  
中国政法大学国土资源法治研究院副院长 民商经济法教授、博士生导师 李显冬

2014 年 8 月 1 日

---

27 秦丽辉，李传军. 契约治理与项目法人负责制. 长春工程学院学报（社会科学版）. 2003 年 02 期

28 李茂林. 浅谈工程建设招标投标中存在的问题及解决对策. 海河水利. 2002 年 03 期

29 商海失信，违法成本太低. 法制日报. 一法制网 2013 年 10 月 27 日

程序法是经济决策科学化、民主化的最大保障。一部完善的程序法可以使一项重要的决策失误率降到最小处，也可以使经济管理完善化，使产生腐败的漏洞降到最少处。

中国政法大学终身教授 江 平

# 第 1 章

## 《中华人民共和国招标投标法》的法律渊源

学习、研究《中华人民共和国招标投标法》（简称《招标法》）的法律渊源和相关法律体系是在招标投标活动中有关当事人主张权利的法律依据和行使请求权的规范基础。

### 一、《招标法》的法律渊源和相关法律法规体系

#### （一）我国《招标法》的法律渊源

1. 宪法：中国革命的先行者孙中山先生指出，所谓宪法就是国家构成法，亦即公民权利的保障书。宪法主要有两大使命，一是保障人民的权利，二是规范公仆的权力，是一个国家的根本法，具有最高法律效力，是其他立法工作的根据。

为保障人民的知情权、监督权，有些国家在宪法条文中对招标有明确规定，如秘鲁宪法规定“用公款签订合同以及购置和转让财产必须通过招标进行”。其他诸如墨西哥、洪都拉斯、萨尔瓦多等国的宪法中也有关于招标的条款。

2. 基本法律和普通法律：在我国指由全国人民代表大会制定的《民法》《刑法》等基本法律和全国人民代表大会常务委员会制定的其他法律和一般法律，如《招标法》《采购法》等。

3. 行政法规：国务院根据宪法和法律，制定行政法规。行政法规由总理签署国务院命令予以公布，如《建设工程质量管理条例》《招标投标法实施条例》等。

4. 地方性法规、自治条例和单行条例：省、自治区、直辖市的人民代表大会及其常务委员会根据本行政区域的具体情况和实际需要，在不同宪法、法律、行政法规相抵触的前提下，可制定地方性法规。省、自治区、直辖市的人民代表大会制定的地方性法规由大会主席团发布公告予以发布。

《招标法》颁布后，全国绝大多数省、市、自治区人大常委会都颁布了规范招标投标的地方性法规。

5. 部门规章：由部门首长签署命令予以公布。地方政府规章由省长或者自治区主席、直辖市市长签署命令予以公布。

6. 规范性文件：是各级政府及其所属部门和派出机关在其职权范围内，依据法律、法规和规章制定的具有普遍约束力的具体规定，如《国务院办公厅印发国务院有关部门实施招标投标活动行政监督的职责分工意见的通知》（国办发[2000]34号）。

#### （二）我国法律法规的效力等级

1. 宪法具有最高的法律效力，一切基本法律、一般法律、行政法规、地方性法规、自治条例和单行条例、规章都不得同宪法相抵触。

2. 基本法律、普通法律的效力高于行政法规、地方性法规、规章。
3. 行政法规的效力高于地方性法规、规章。
4. 地方性法规的效力高于本级和下级地方政府规章。

上述4条表述了宪法、法律、行政法规、地方性法规4个层次的纵向法律效力等级原则。

5. 部门规章之间、部门规章与地方政府规章之间具有同等效力，在各自的权限范围内施行。

本条表述了同阶规章的效力平等和在各自权限范围内有效的适用原则，部门联合发布的规章在所有联合的部门权限内有效。

6. 同一机关制定的法律、行政法规、地方性法规、自治条例和单行条例、规章，特别规定与一般规定不一致的，适用特别规定；新的规定与旧的规定不一致的，适用新的规定。

本条表述了法律、法规对于同一事项“一般”服从“特别”“旧”的服从“新”的横向效力层级和时间序列效力层级。

7. 法律、行政法规、地方性法规、自治条例和单行条例、规章不溯及既往，但为了更好地保护公民、法人和其他组织的权利和利益而做出的特别规定除外。

本条规定了法律、法规不溯及既往的原则规定。

8. 法律之间对同一事项的新的一般规定与旧的特别规定不一致，不能确定如何适用时，由全国人民代表大会常务委员会裁决。

9. 行政法规之间对同一事项的新的一般规定与旧的特别规定不一致，不能确定如何适用时，由国务院裁决。

10. 同一机关制定的新的一般规定与旧的特别规定不一致时，由制定机关裁决。

上述三条表述了同阶法规在正常适用规则不一致时的裁决权限。

11. 地方性法规与部门规章之间对同一事项的规定不一致，不能确定如何适用时，由国务院提出意见，国务院认为应当适用地方性法规的，应当决定在该地方适用地方性法规的规定；认为应当适用部门规章的，应当提请全国人民代表大会常务委员会裁决。

12. 部门规章之间、部门规章与地方政府规章之间对同一事项的规定不一致时，由国务院裁决。根据授权制定的法规与法律规定不一致，不能确定如何适用时，由全国人民代表大会常务委员会裁决。

上述两条表述了地方性法规、规章之间不一致的特殊情况时法律适用的处理办法和裁决权限。

### （三）我国招标投标法律法规体系的建立和完善

#### 1. 我国的招标投标法律法规体系

招标投标法律体系是由有关法律、法规、规章及规范性文件构成跨部门的法律规范系统。

总结我国招标投标活动近20年的经验，1999年8月30日全国人民代表大会常务委员会正式通过并公布了《中华人民共和国招标投标法》（以下简称招标法）并于2000年1月1日正式实施。2000年3月4日，根据该法第7条的规定，国务院以（国办发[2000]34号）文颁发了《关于国务院有关部门实施招标投标活动行政监督的职责分工意见》。据此，从2000年5月1日至同年8月7日，原国家计委连续颁发了3号、4号、5号、6号令对招标的范围和规模，招标公告、自行招标和重大项目稽查等事项做出了规定。2000年7月5日，原国家计委、建设部等七部委颁布了12号令《评标委员会和评标方法暂行规定》，2003年4月1日国家发改委发布了29号令《评标专家和评标专家库管理暂行办法》等，以此作为基础部门规章。此外，建设部、原外经贸部、原经贸委、交通部、铁道部、水利部、原信息产业部和中国民用航空局等国务院有关部委陆续发布了部门规章及其实施细则，作为行业部门规章，并不断修订完善。与此同时，各省、自治区、直辖市人大常委会分别颁布了招标投标的地方性法规。这样，《招标法》和各省、市、自治区地方法规、部门基础规章、行业规章、规范性文件四部分构成了我国相对完整的招投标法律法规体系。

2011年10月30日，国务院颁布了《招标投标法实施条例》（以下简称《条例》），标志着招标投标法律法规制度建设进入一个新阶段。条例颁布后相应的部门规章、标准文件都依法做了必要的调整和修改。

## 2. 国家有关法规赋予行政监督部门依法行政的权力清单

(1) 在招标投标活动中，法律赋予政府有关部门对招标投标活动的行政管理的职能主要是：

- ① 指定发布招标公告的媒介，《招标法》第16条。
- ② 组建综合评标专家库，《招标法》第37条第三款、条例第45条第二款。
- ③ 组织有关部门编制标准文本，条例第15条。
- ④ 对于法定需要审批、核准项目依法审批、核准招标内容，《招标法》第9条和条例第7条。
- ⑤ 对于法定需要备案项目接受自行招标备案，《招标法》第12条第三款。
- ⑥ 接受依法必须进行招标项目招标情况报告，《招标法》第47条。
- ⑦ 对招标代理机构进行资格管理，《招标法》第14条和条例第11条。
- ⑧ 对取得招标职业资格的专业人员管理，《条例》第12条。

(2) 法律赋予政府有关部门对招标投标活动监督的职能是：

- ① 受理投诉，《招标法》第65条。
- ② 对评标活动进行监督，条例第46条第四款。
- ③ 对招投标过程中泄露保密资料、泄露标底、串通招标、虚假投标、歧视排斥投标等违法活动进行监督执法和监督检查，《招标法》第7条、国办发[2000]34号文。
- ④ 依据《招标法》第49~64条对违法当事人处罚。
- ⑤ 依据《条例》第63~82条对违法当事人处罚。

(3) 在招标投标活动中法律赋予政府有关部门法定的监督方式有：

① 受理并处理投诉是有关行政部门对招标投标违法行为进行监督的重要职能，条例和有关部门规章对投诉受理程序、处理和监督措施有明确规定。

② 《条例》第六章法律责任中第79条规定：“国家建立招标投标信用制度。有关行政监督部门应当依法公告对招标人、招标代理机构、投标人、评标委员会成员等当事人违法行为的行政处理决定。”即法律明确“透明化”是法定的监督手段。

③ 按照《国家重大建设项目稽察办法》规定，发展改革部门可以组织国家重大建设项目稽察特派员，采取经常性稽察和专项性稽察方式对重大建设项目建设过程中的招标投标活动依照法定程序和方式定期进行监督检查。

(4) 招标投标活动的其他监督方式

由于我国没有对招标投标活动监督程序、方式进行立法，实践中，除了法定监督方式外，常用的监督手段有以下几种。

**现场监督：**是指政府有关部门工作人员在开标、评标的现场行使监督权，及时发现并制止有关违法行为。现场监督也可以通过网上监督来实现，即政府有关部门利用网络技术对招标投标活动实施监督管理。如商务部就是通过“中国国际招标网”对机电产品国际招标投标活动实施过程监督的，机电产品国际招标的主要程序都需要在“中国国际招标网”上进行。

**监督检查：**是行政机关行使行政监督权最常见的方式。在招标投标活动中，各级政府行政机关对招标投标活动实施行政监督时，一般采用专项检查、重点抽查、调查等方式，依法授权可以调取和查阅有关文件，调查和核实招标投标活动是否存在违法行为。

如有关项目审批行政部门对应当审核项目中的招标范围、招标方式、招标组织形式的审批、核准属于行政管理的范畴，是对市场秩序的规范。审批部门对审批事项落实的检查属于监督行为。

有关行政监督部门接受招标人招标投标情况的书面报告，属于行政管理程序的组成部分，接收

后备案留存；行政监督部门认为需要或处理投诉对照该书面报告进行检查属于监督行为。

法律对招标投标活动监督的内容有明确的规定，但对监督程序、方式的规定过于原则宽泛。如对上述招标内容审批、核准执行情况的检查，是依据投诉发现问题进行检查，还是依据项目规模决定检查，还是依据项目数量抽查，都没有规定，随意性很大。有些地方监督方式的权利“无限”，想什么时候监督就监督，想管什么就管什么；监督的方式除了旁站就是检查，执法本身又缺乏监督。在很多地方，招投标活动这种本来在法律监督下的市场交易行为在实际运行中加入了过多的政府行为，设租、寻租行为时有发生，权力滥用和不作为并存。所谓设租具体表现为行政干预、虚假招标、规避招标、排斥潜在投标人、串通投标等；所谓寻租表现为串通投标、围标、贿标等。设租、寻租的过程不仅反映了市场行为的扭曲，还反映了政府行为的失灵和扭曲，“看得见的脚”踩住了“看不见的手”，如果任其发展，将严重破坏经济的发展、政治体制的稳定及市场化改革的进程。

## 二、《招标法》的法律特征

### （一）《招标法》的法律属性

我国的《招标法》既涉及公法范畴，也涉及私法范畴，具有两重法律关系。

1995年，王家福先生在给中央领导同志讲法制课时就明确指出“对于任何法规，若不究明其属于公法或属于私法，就不可能了解其内容和意义，就不可能正确地理解和适用”。

《招标法》第1条规定了该法的立法宗旨：“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。”这种以社会（公共）利益为本位，站在社会本位的高度追求对国家、经济和社会的平衡协调属于经济法的范畴。经济法是任意性规范与强行性规范的统一体，经济法价值理念的基础，在于公私法在深层次上的相互渗透和交融，主要属于“公法”范畴。但也有学者认为经济法属于在公法和私法之外的一个独立的第三领域，即社会法。

另外，《招标法》对招标投标活动规范的目的就是通过一种特殊的缔约形式签订一个民事合同，民事合同属于私法范畴。由于招标投标活动的责任范围应当包括缔约合同和履行合同两个阶段。这种在订立合同中所形成的各种社会关系无疑属于商品交换，所以《招标法》也属于民商法范畴，是民商法的一个特别法。

《招标法》程序性规范具有的“公法”内涵和行政法、刑法等公法规范一同完成了对招标投标市场经济管制的目的功能。不言而喻，《招标法》也应当设置相应的民法、行政法、刑法等实体性责任条款。

《招标法》规定了招标、投标、开标、评标和中标（定标）各阶段的程序性规则，其核心是其要约和承诺在公开的条件下以公正的态度和诚信的原则通过法定程序选择最公平的结果。换言之，是通过法定程序“帮助”招标人减少决策失误；通过政府监管，“监督”相关人，保证程序公正，结果公平，减少腐败漏洞。该法还规定了法律适用范围、公共采购强制招标范围、招标投标活动中当事人违法违规处罚等实体性规定。

江平先生指出，“招投标制度的核心还是‘契约自由与市场管制’的关系问题，亦即公法与私法的关系问题。”《招标法》表现的两重法律关系体现了我国现行经济管理体制和调控手段的基本特点。在规范经济秩序中，用经济学家的观点看有两只手，一是市场这只无形的手，二是国家这只有形的手；从法学家的观点看，市场这只手在法律上表现为民法，民法就是私法；国家这只手在法律上表现为经济法，经济法主要属于公法。简单地说，《招标法》就是竞争性合同订立加经济管制。

## （二）开展招标投标活动应遵循的基本原则

《招标投标法》在总则第5条中明确规定：“招标投标活动应当遵循公开、公平、公正和诚实信用的原则。”在招标投标活动中，这些原则可以理解为：

公开——开放透明、充分竞争，在招标中其目的是要最大限度地寻求全部交易机会的存在，降低交易成本、监督成本，保证交易结果的公平。

公平——采购过程和内容机会均等、公平的核心是平等。

公正——程序规范、公道客观，表示优化的竞争结果。对政府和当事人还有道德要求的含义。

诚实信用——善意真诚、童叟无欺，诚实信用最早出于《法国民法法典》1134条规定：“契约应当以善意履行”，我国学者将善意解释为诚实信用，晋商称为大树的根。

1998年我国新《合同法》的第1章第6条规定：“当事人在行使权力，履行义务时应当遵循诚实信用原则，不得有欺诈行为。”

诚实信用原则和合同自由原则的结合是现代私法的一个标志，在私法中具有重要价值。

在招标投标活动中，公开是主要客观条件，公正是主观愿望条件，诚实信用是贯穿活动始终的精髓，公平表示活动的结果。

《招标投标法》规定的程序和责任处处体现了公开、公平、公正和诚实信用原则，深刻理解公开、公平、公正和诚实信用原则的核心内涵，有助于我们把握和遵循《招标投标法》及相关法规的规定，做好招标投标工作。

## （三）开展招标投标活动的当事人应当接受监督

招标投标活动体现了公法和私法两重法律关系，作为公法的外在体现，招标投标活动应当接受有关行政监督部门的监督。

《招标投标法》第7条规定：“招标投标活动及其当事人应当接受依法实施的监督。有关行政监督部门依法对招标投标活动实施监督，依法查处招标投标活动中的违法行为。对招标投标活动的行政监督及有关部门的具体职权划分，由国务院规定。”

总结《招标投标法》执法经验，本着立足现状、解决问题、创新建制的原则，条例在行政法规层次对招标投标法的执法监督做出分工。

《招标投标法实施条例》（以下简称《条例》）第4条规定：“国务院发展改革部门指导和协调全国招标投标工作，对国家重大建设项目的工程招标投标活动实施监督检查。国务院工业和信息化、住房城乡建设、交通运输、铁道、水利、商务等部门，按照规定的职责分工对有关招标投标活动实施监督。”

县级以上地方人民政府发展改革部门指导和协调本行政区域的招标投标工作。县级以上地方人民政府有关部门按照规定的职责分工，对招标投标活动实施监督，依法查处招标投标活动中的违法行为。县级以上地方人民政府对其所属部门有关招标投标活动的监督职责分工另有规定的，从其规定。

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。

监察机关依法对与招标投标活动有关的监察对象实施监察。”

该《条例》第2款中关于对县级以上地方人民政府执法监督分工的规定，为今后地方政府在经济体制改革中创造条件，逐步建立统一的执法监督部门留下释法空间。

### 三、《招标投标法》的核心内容和法律责任

《招标投标法》第1章第3条规定了依法必须招标的制度及其范围，这是该部法律的核心内容之一，也是最能体现立法目的的条款之一。

依法必须招标，是指法律规定符合某些类型和资金来源范围的采购项目，达到一定数额规模的必须通过招标进行，否则采购单位和相关人员要承担法律责任。

依据本条款，在各省、市、区根据地方特点，国家有关部门根据行业需要陆续颁布的地方性法规和部门规章中，对此都做了进一步的具体规定。

#### （一）《招标投标法》规定招标范围、规模的内容

通常，招投标活动涉及三个方面：工程建设项目、物资采购领域、竞争性服务领域，如维修服务定点等。

《招标投标法》依法必须招标的范围着重于“工程建设项目”。

《招标投标法》第3条规定：“在中华人民共和国境内进行下列工程建设项目包括项目的勘察、设计、施工、监理，以及与工程建设有关的重要设备、材料等的采购，必须进行招标：

- （一）大型基础设施、公用事业等关系社会公共利益、公众安全的项目；
- （二）全部或者部分使用国有资金投资或者国家融资的项目；
- （三）使用国际组织或者外国政府贷款、援助资金的项目。

前款所列项目的具体范围和规模标准，由国务院发展计划部门会同国务院有关部门制定、报国务院批准。法律或者国务院对必须进行招标的其他项目的范围有规定的，依照其规定。”

《条例》第2条对工程及工程建设项目做了具体界定：“招标投标法第三条所称的工程建设项目，是指工程以及与工程有关的货物和服务。

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、扩建以及相关的装修、拆除、修缮等；所称与工程有关的货物，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必需的设备、材料等；所称与工程有关的服务，是指为完成工程所需的勘察、设计、监理等服务。”

依据《招标投标法》授权和国务院分工，原国家计委于2000年5月1日颁布《工程建设项目招标范围和规模标准》（2000年3号令）。2018年3月28日，国家发展和改革委员会经国务院批准，颁布了《必须招标的工程项目规定》（16号令）对《招标投标法》第3条第3项内容做了解释性规定。

强制招标的范围从两个方面予以规制：一是关系到社会公共利益、公众安全的大型基础设施公用事业的工程项目应当界定其中的范围；二是全部或部分使用国有资金投资或融资的工程和使用外国政府和其他组织贷款或援助的工程应当解释其内容。

1、关于资金来源 16号令第2条规定：

“全部或者部分使用国有资金投资或者国家融资的项目包括：

- （一）使用预算资金 200 万元人民币以上，并且该资金占投资额 10% 以上的项目；
- （二）使用国有企业事业单位资金，并且该资金占控股或者主导地位的项目。”

上述法条第一款的“预算资金”指预算法规定的下列预算：

- （1）一般公共预算；
- （2）政府性基金预算；
- （3）国有资本经营预算；

(4) 社会保险基金预算资金。

第 2 条第 2 款的额度和比例要求应当同时具备。例如，若项目 3000 万元预算资金中 250 万元不属于强制招标范围；其中，所谓“资金占控股或者主导地位”指依照《公司法》第 216 条第二项规定，“控股股东，是指其出资额占有限责任公司资本总额 50% 以上或者其持有的股份占股份有限公司股本总额 50% 以上的股东；出资额或者持有股份的比例虽然不足 50%，但依其出资额或者持有的股份所享有的表决权已足以对股东会、股东大会的决议产生重大影响的股东。”

资金来源 16 号令第三条“使用国际组织或者外国政府贷款、援助资金的项目包括：

(一) 使用世界银行、亚洲开发银行等国际组织贷款、援助资金的项目；

(二) 使用外国政府及其机构贷款、援助资金的项目。”

由于使用上述资金的工程项目一般由国家财政担保，因此也视为国有资金。

## 2、大型基础设施和公用事业工程的范围

16 号令第 4 条规定：“不属于本规定第二条、第三条规定情形的大型基础设施、公用事业等关系社会公共利益、公众安全的项目，必须招标的具体范围由国务院发展改革部门会同国务院有关部门按照确有必要、严格限定的原则制订，报国务院批准。”

在上述范围内 16 号令第 5 条规定了规模标准：

“本规定第 2 条至第 4 条规定范围内的项目，其勘察、设计、施工、监理，以及与工程建设有关的重要设备、材料等的采购达到下列标准之一的，必须招标：

(一) 施工单项合同估算价在 400 万元人民币以上；

(二) 重要设备、材料等货物的采购，单项合同估算价在 200 万元人民币以上；

(三) 勘察、设计、监理等服务的采购，单项合同估算价在 100 万元人民币以上。

同一项目中可以合并进行的勘察、设计、施工、监理，以及与工程建设有关的重要设备、材料等的采购，合同估算价合计达到前款规定标准的，必须招标。”

确定必须招标工程范围内的项目还须界定其规模，无论资金来源界定的范围还是项目性质界定基础设施公用事业工程的范围，在范围内单项合同的估算价达到上述规模属于必须招标的项目。

第 5 条第 2 款中的“可以合并”是施工货物和服务同类项内的合并，有三层意思，

一是应当合并的不能肢解，如墙体和地面；二是可以合并也可以不合并如地基处理和上层建筑项目，判断可以合并的标准是合并有利于合同的履行、保证质量且有利于竞争；三是不能合并的项目不合并，如货物合同电梯和门窗一般不能合并为一个合同。

“合计”指依照施工、货物和服务三个类别的单项合同内采购总额合计超过规模的必须招标，如公路项目中，勘察设计往往一个合同，勘察设计合计的单项合同中达到 100 万应必须招标。

“估算价”指不同阶段的估算价：在初步设计应当以概算为估算价；施工阶段招标以预算为估算价。

2018 年 6 月 6 日，国家发展改革委关于印发《必须招标的基础设施和公用事业项目范围规定》的通知（发改法规规〔2018〕843 号）规定，

“第一条为明确必须招标的大型基础设施和公用事业项目范围，根据《中华人民共和国招标投标法》和《必须招标的工程项目规定》，制定本规定。

第二条不属于《必须招标的工程项目规定》第二条、第三条规定情形的大型基础设施、公用事业等关系社会公共利益、公众安全的项目，必须招标的具体范围包括：

(一) 煤炭、石油、天然气、电力、新能源等能源基础设施项目；

(二) 铁路、公路、管道、水运，以及公共航空和 A1 级通用机场等交通运输基础设施项目；

(三) 电信枢纽、通信信息网络等通信基础设施项目；

(四) 防洪、灌溉、排涝、引(供)水等水利基础设施项目；

(五)城市轨道交通等城建项目。

第3条本规定自2018年6月6日起施行”。

同原3号令相比，基础设施项目取消了邮政、滩涂治理、水土保持、水利枢纽、道路、桥梁、污水排放及处理、垃圾处理、地下管线、公共停车场、生态环境保护及其他项目。

原公共事业项目的市政工程、科教文化、体育卫生、卫生福利、商品住宅六条全部取消。

即非国有资金投资的上述项目均不属于强制招标项目。上述领域多属于PPP项目，该类项目社会合作方不用强制招标有了法律依据。

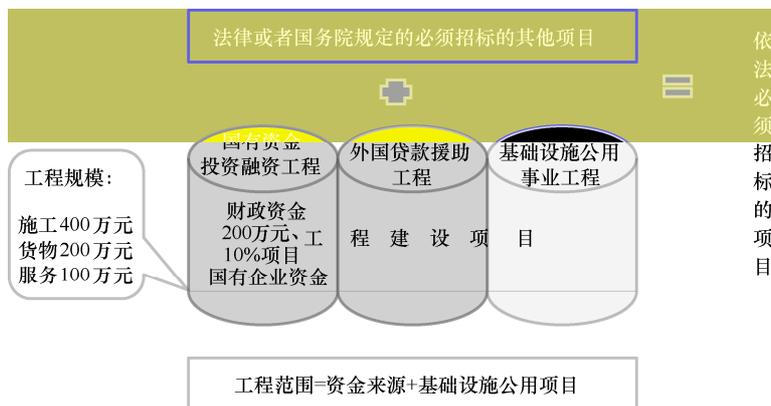


图 1-1 必须招标的范围和规模

## (二) 对不同层次招标投标活动区别管理的规定

### 1. 《招标法》对不同层次招标投标活动区别管理的规定

《招标法》第2条规定：“在中华人民共和国境内进行招标投标活动，适用本法。”该法对招标投标活动的监督管理分为三个层次：

- 一是招标投标活动；
- 二是依法必须进行招标的项目；
- 三是国有资金控股或者占主导地位的依法必须招标的项目。

《招标法》在法条设计中有12条，《条例》有15条针对“依法必须进行招标的项目”，其中有3条针对国有资金控股或者占主导地位的依法必须招标的项目的强制性条款。所谓强制性条款就是采用“不得”、“必须”等法条用语，强制性规定不允许当事人有个人意思表示，但法律也照顾了非强制招标项目的不同情况，做了区别规定。

《招标法》中仅针对“依法必须招标的项目”做出的专属规定如下。

1. 第4条：“任何单位和个人不得将依法必须进行招标的项目化整为零或者以其他任何方式规避招标。”

2. 第6条：“依法必须进行招标的项目，其招标投标活动不受地区或者部门的限制。任何单位和个人不得违法限制或者排斥本地区、本系统以外的法人或者其他组织参加投标，不得以任何方式非法干涉招标投标活动。”

3. 第12条：“……依法必须进行招标的项目，招标人自行办理招标事宜的，应当向有关行政监督部门备案。”

4. 第16条：“招标人采用公开招标方式的，应当发布招标公告。依法必须进行招标的项目的招标公告，应当通过国家指定的报刊、信息网络或者其他媒介发布。招标公告应当载明招标人的名称和地址、招标项目的性质、数量、实施地点和时间，以及获取招标文件的办法等事项。”

5. 第 24 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 20 日。”

6. 第 37 条：“评标由招标人依法组建的评标委员会负责。依法必须进行招标的项目，其评标委员会由招标人的代表和有关技术、经济等方面的专家组成，成员人数为五人以上单数，其中技术、经济等方面的专家不得少于成员总数的三分之二……”

7. 第 42 条：“评标委员会经评审，认为所有投标都不符合招标文件要求的，可以否决所有投标。依法必须进行招标的项目的所有投标被否决的，招标人应当依照本法重新招标。”

8. 第 47 条：“依法必须进行招标的项目，招标人应当自确定中标人之日起十五日内，向有关行政监督部门提交招标投标情况的书面报告。”

9. 第 52 条：“依法必须进行招标的项目的招标人向他人透露已获取招标文件的潜在投标人的名称、数量或者可能影响公平竞争的有关招标投标的其他情况的，或者泄露标底的，给予警告……”

10. 第 54 条：“投标人以他人名义投标或者以其他方式弄虚作假，骗取中标的，中标无效，给招标人造成损失的，依法承担赔偿责任；构成犯罪的，依法追究刑事责任。

依法必须进行招标的项目的投标人有前款所列行为尚未构成犯罪的……”

11. 第 55 条：“依法必须进行招标的项目，招标人违反本法规定，与投标人就投标价格、投标方案等实质性内容进行谈判的，给予警告，对单位直接负责的主管人员和其他直接责任人员依法给予处分。”

12. 第 57 条：“招标人在评标委员会依法推荐的中标候选人以外确定中标人的，依法必须进行招标的项目在所有投标被评标委员会否决后自行确定中标人的……”

《条例》针对“依法必须招标的项目”的条款有：

1. 第 15 条：“……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……”

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。”

2. 第 17 条：“……依法必须进行招标的项目提交资格预审申请文件的时间，自资格预审文件停止发售之日起不得少于 5 日。”

3. 第 23 条：“……依法必须进行招标的项目的招标人应当在修改资格预审文件或者招标文件后重新招标。”

4. 第 24 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。”

5. 第 46 条：“除招标投标法第三十七条第三款规定的特殊招标项目外，依法必须进行招标的项目，其评标委员会的专家成员应当从评标专家库内相关专业的专家名单中以随机抽取方式确定……”

依法必须进行招标的项目的招标人非因招标投标法和本条例规定的事由，不得更换依法确定的评标委员会成员……”

6. 第 54 条：“依法必须进行招标的项目，招标人应当自收到评标报告之日起 3 日内公示中标候选人，公示期不得少于 3 日。”

即对于发布资格预审公告（公告）、使用标准文本、资格预审提交时间、文件修改后重新招标、专家确定、公示等环节的强制规定仅针对“依法必须进行招标的项目”。

《条例》中对依法必须招标的项目相应法律责任的条款有：

1. 第 63 条：“依法必须进行招标的项目的招标人未按规定发布资格预审公告或者招标公

告，构成规避招标的，依照招标投标法第 49 条的规定处罚。”

2. 第 68 条：“投标人以他人名义投标或者以其他方式弄虚作假骗取中标的，中标无效；构成犯罪的，依法追究刑事责任；尚不构成犯罪的，依照招标投标法第 54 条的规定处罚。依法必须进行招标的项目的投标人未中标的，对单位的罚款金额按照招标项目合同金额依照招标投标法规定的比例计算。”

3. 第 70 条：“依法必须进行招标的项目的招标人未按规定组建评标委员会，或者确定、更换评标委员会成员违反招标投标法和本条例规定的，由有关行政监督部门责令改正，可以处 10 万元以下的罚款，对单位直接负责的主管人员和其他直接责任人员依法给予处分；违法确定或者更换的评标委员会成员做出的评审结论无效，依法重新进行评审。”

4. 第 73 条：“依法必须进行招标的项目的招标人有下列情形之一的，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；给他人造成损失的，依法承担赔偿责任；对单位直接负责的主管人员和其他直接责任人员依法给予处分：

- （一）无正当理由不发出中标通知书；
- （二）不按照规定确定中标人；
- （三）中标通知书发出后无正当理由改变中标结果；
- （四）无正当理由不与中标人订立合同；
- （五）在订立合同时向中标人提出附加条件。”

5. 第 74 条：“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。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……”

《条例》针对“国有资金占控股或者主导地位的依法必须招标的项目”的条款如下。

1. 第 8 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。”

2. 第 18 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，招标人应当组建资格审查委员会审查资格预审申请文件。资格审查委员会及其成员应当遵守招标投标法和本条例有关评标委员会及其成员的规定。”

3. 第 55 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。”

可以看出，法律重点对“依法必招标的项目”进行管理和规范，在《条例》中进一步对使用国有资金的“依法必须招标项目”重点管理，该类项目的重点管理表现在选用招标形式，组织资格预审和确定中标人三个环节。对于其他招标投标活动在不违法的前提下由市场规范。即对于除此之外的招标投标活动，上述条款可参照执行。对于企业正常生产经营活动原材料、个别设备等物资采购不属于《招标法》规定强制招标的范围。国家发改委等七部委 27 号令（货物招标）第 61 条规定：“不属于工程建设项目，但属于固定资产投资的货物招标投标活动，参照本办法执行。”如参照《招标法》第 24 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。”即不需要至少不得少于 20 日，只要合理的时间即可。只有对于“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 20 日”。对于第一层次的招标项目只要规定合理的时间即可，但考虑到出售招标文本的法定时间，最少不得少于 5 日。这样，企业在正常生产活动中既可以通过招标采购这种方式保证采购标的的质量和工期（交货期），又可节约资金，同时避免了

由于强制招标程序繁杂、时间过长的弊端。

应当指出的是，上述法律责任条款中的针对性是指由于不履行上述行为权利，当然也没有相应法律责任，而不是说法律允许投标人可以弄虚作假、骗取中标等。相反，自愿招标项目应当遵守平等、自愿、公平、诚实等民事活动原则和《招标法》的其他强制性规定，违背这些原则和规定便会产生不公平。

此外，《招标法》第3条第3款规定：“法律或者国务院对必须进行招标的其他项目的范围有规定的，依照其规定。”目前，有关规定主要有：商务部关于在有关项目中原产地可能在国（境）外的机电产品招标、国家卫生健康委员会关于医疗药品招标采购，国土资源部关于土地经营权转让招标，科技部关于科研项目招标，国资委、财政部关于企业国有产权转让的招标，原建设部关于物业、特许经营招标，交通部关于经营性公路建设项目投资人招标，客运班线经营权招标等。这些也属于依法必须进行招标的范围。

## 2. 依法必须招标的项目可以不招标的情形

依据《条例》第9条的规定：“除招标投标法第66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。”

解读（一）：专利和专有技术的主要区别有以下几点。

1. 专利属于工业产权，专有技术不属于工业产权，是没有取得专利权的技术知识，是具有实用性的动态技术。

2. 专利是经过审查批准的新颖性、创造性水平比较高的先进技术，专有技术不一定是发明创造，但必须是成熟的、行之有效的。

3. 专利的内容是公开的，专有技术的内容是保密的，是一种以保密性为条件的事实上的独占权。

4. 专利的有效性受时间和地域的限制，专有技术没有这种限制。

需要使用专利或者专有技术的项目是否适宜招标，关键要看所需要的专利或者专有技术是否具有唯一不可替代性。

解读（二）：正确把握此项可以不进行招标的情形应当注意以下3个要点。

1. 在主体方面，仅限于采购人自身是项目投资法人或负责项目组织实施的主体依法能够并自己要求自行建设、生产或者提供，其中，不包括采购人的子公司、投资股东，以及具有管理或利害关系的其他单位。

2. 在资格方面，采购人根据有关法律法规和规定，自身具有项目建设、生产或者提供所需要的资格能力，并必须遵守相关法律法规及其监督管理规定。其中，采购人不能同时承担按照有关规定必须由不同主体承担的工作。

3. 在用途方面，采购人依法能够自行建设、生产或者提供的项目，不论项目的资金来源，不限于自己使用，包括自己经营或出售的项目。

解读（三）：此类项目可以不进行招标，主要掌握以下两个条件。

1. 特许经营项目投资人必须是通过招标投标确定的；

2. 项目中标的投资人（不是投资人组建的项目法人，这是与上述第二项限定采购人的主要区别）必须具备法律法规规定和项目所需要的资格能力条件。

注意：投资人和采购人的区别。

投资人可以是一个独立的法人，但往往可能是由若干独立法人组成的财团。该财团可以是法人，也可以是协作性的经营联合体即不具备独立法人资格的合伙人，属于《民法通则》规定的“其他组织”。投资人和采购人不同，投资人从项目资金来源属性考量，只要出资就是投资人，投资人不一定参与项目管理，但项目利益同其有关；采购人从采购主体考量，直接对项目负责，承担项目法人责任。

财政部（财金[2016]90号文）对该条做了解释：在PPP项目中，“已经依据政府采购法选定社会合作方的，合作方依法能够建设、生产或提供服务的，可适用《招标投标法》第九条第三项不再招标”。

这里“投资人”改为“社会合作方”，“招标方式”改为“政府采购法选定的方式”，“特许经营项目”扩展为“PPP项目”。

解读（四）：本项规定了原中标合同可以不进行招标而继续追加的情形，执行中应当正确把握以下4个方面。

1. 原项目是通过招标确定了中标人，因客观原因必须向原中标人追加采购工程、货物或者服务。
2. 原项目合同没有通过招标确定承包人或供应商的，应视具体情况区别对待。
3. 如果不向项目原中标人追加采购，必将影响项目施工或者功能配套要求。
4. 原项目中标人必须具有继续履行合同的能力。如果是原中标人破产、违约、涉案等造成终止或无法继续履行合同的，应按规定重新组织招标选择原有合同和新增内容的中标人。

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。

《招标法》第66条规定：“涉及国家安全、国家秘密、抢险救灾或者属于利用扶贫资金实行以工代赈、需要使用农民工等特殊情况，不适宜进行招标的项目，按照国家有关规定可以不进行招标。”

注意：以工代赈资金建设内容包括：县乡村公路、农田水利、人畜饮水、基本农田、草场建设、小流域治理，以及根据国家需要安排的其他工程。但是技术复杂、投资规模大的工程如桥梁、隧道可以通过招标选择施工单位，并以组织所在地农民参加劳务支付报酬为招标条件。

### （三）《招标法》强制招标范围的特点

《招标法》按照公共采购的项目性质和资金来源界定公共采购的强制招标范围，是以规范招标投标程序为主要目标，以工程建设项目为主要规范对象的公共采购法规。同西方国家的公共采购法相比，它具有以下特点。

#### 1. 采购主体的全面性

我国的《招标法》规范的招标采购主体不仅包括中央和地方政府部门，而且包括事业单位、团体组织和企业。由于我国国有企业为数众多，不能像西方政府采购法那样将法律调整的招标采购企业仅限于公用事业企业。

#### 2. 采购对象的系统性

招标采购的对象是工程建设项目，既包括货物，也包括工程（即施工）和服务。而不是西方国家公共采购主要是货物采购。

#### 3. 采购资金的多样性

我国招标采购的资金既有财政预算内资金，又有财政预算外资金；既有政府投资资金，又有企业事业单位自有资金；既有国内资金，又有国外资金。这些资金在性质上都属于建设性支出，用于固定资产投资活动。这与西方国家公共采购仅限于政府财政性资金也不同。

### （四）《招标法》规定招标范围、规模的缘由

我国在起草《招标法》时，为了使该法与西方国家的政府采购法或公共采购法逐步接轨，曾考