

## 招标投标法律热点问题

### 《中华人民共和国招标投标法（修订草案公开征求意见稿）》简评

国家发展改革委本月初公开发布了《中华人民共和国招标投标法（修订草案公开征求意见稿）》（以下称“《征求意见稿》”）和《起草说明》。《中华人民共和国招标投标法》（以下称“《招标投标法》”）是组成我国现行法律体系的一部重要法律，也是整个招标投标领域的基本法。自该法颁布实施以后，对规范招投标活动，推动建设健全公开、公平、竞争的市场环境发挥了重要作用，然而，在实施过程中也产生了一些问题。本次立法修订是近年来对《招标投标法》的一次重大修订，可以预期在其正式颁布后将会对未来招投标活动产生重大深远影响。基于此，现就《征求意见稿》中涉及有关修改重点内容予以介绍及简评如下。

#### 一、《征求意见稿》本次修订的主要特点

《招标投标法》于1999年8月30日颁布，2000年1月1日正式实施，直至2017年方才进行初次修订。初次修订仅涉及第十三条、第十四条及第五十条共三个条款，主要内容涉及招标代理机构有关条款<sup>1</sup>。

与2017年的初次修订相比，本次《征求意见稿》

有以下特点：

一是涉及修改的条款多，范围广。《征求意见稿》对现行《招标投标法》修改58条，增加28条，删除2条，仅有8条维持不变，可谓是一次重大修订。

二是对现行《招标投标法》中的一些核心条款进行了重大修改，例如必须招标项目、异常低价投标的认定、定标程序等。

三是有关修订内容结合实际，坚持以问题导向，同时关注处理好政府与市场的关系，体现了与时俱进的精神。

#### 二、《征求意见稿》中修改的重点内容

##### （一）有关“必须招标”项目的调整

对于“必须招标”项目，现行《招标投标法》规定了三种情形即：“（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”。《征求意见稿》删除了原条款中第（一）项内容，增加规定“采取政府和社会资本合作模式的工程建设项目，达到规定规模标准的，选择社会资本方必须进行招标”。

此外，对工程建设项目包括的内容在原有“项目的勘察、设计、施工、监理”的基础上，还增加了“造价”，并强调工程建设项目要“达到规定规模标准的”才属于“必须招标”项目。（《征求意见稿》第三条）

以上重大修改对后续认定“必须招标”项目的

<sup>1</sup> 第十二届全国人民代表大会常务委员会第三十一次会议决定：

一、对《中华人民共和国招标投标法》作出修改

（一）删去第十三条第二款第三项（删除条款内容为“招标代理机构应当具备下列条件：……（三）有符合本法第三十七条第三款规定条件、可以作为评标委员会成员人选的技术、经济等方面的专家库”。）

（二）删去第十四条第一款（删除条款内容为“从事工程建设项目招标代理业务的招标代理机构，其资格由国务院或者省、自治区、直辖市人民政府的建设行政主管部门认定。具体办法由国务院建设行政主管部门会同国务院有关部门制定。从事其他招标代理业务的招标代理机构，其资格认定的主管部门由国务院规定”。）

（三）将第五十条第一款中的“情节严重的，暂停直至取消招标代理资格”修改为“情节严重的，禁止其一年至二年内代理依法必须进行招标的项目并予以公告，直至由工商行政管理机关吊销营业执照”。

范围会产生直接影响。

## （二）对“异常低价”投标的认定与处理

《征求意见稿》将现行《招标投标法》第三十三条规定的“投标人不得以低于成本的报价竞标”修改为“投标人不得以可能影响合同履行的异常低价竞标”。同时规定，“评标委员会发现投标人的报价为异常低价且可能影响合同履行的投标时，应当要求投标人澄清或说明；如投标人无法说明其报价合理性的，应当否决其投标”（《征求意见稿》第三十九条、第四十五条）。

该修改内容也是本次修订的一大亮点。如何避免低质低价中标一直是困扰招投标实务的一大难题。现行《招标投标法》确定了“低于成本”这一标准，但在实践中，由于很多情况下市场上并不存在客观、统一的“成本”，因此，对于不同的投标人而言，其报价是否真正低于“成本”较为难以把握和认定。对此，《评标委员会和评标办法暂行规定》（2001年7月颁布，2013年4月修订，以下称“**12号令**”）第二十一条确定了一个解决机制，即投标人的报价明显低于其他投标报价或者在设有标底时明显低于标底，投标人需进行澄清或说明，不能合理说明或者不能提供相关证明材料的，由评标委员会认定该投标人以低于成本报价竞标，其投标应作废标处理。这种由评标委员会进行个案认定，同时在程序上赋予投标人陈述、说明的权利的方式，在实践中被认为是一种行之有效的解决方案，可以较为有效地遏制低价竞标。《征求意见稿》对“异常低价”投标的认定与处理，显然是参照并吸取了12号令中规定的有关做法与经验。

近年来，在对国际公共采购规则（如联合国《公共采购示范法》等）进行修订的过程中，也均对“异常低价投标”予以规范，由此可见，目前《征求意见稿》采用的表述方式与修订内容亦与有关国际趋势保持一致。

## （三）对定标程序的修改

现行《招标投标法》第四十条规定，“评标委员会完成评标后，应当向招标人提出书面评标报告，

并推荐合格的中标候选人。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。”可见，评标与定标两者密不可分，评标至为关键，在实际操作中，评标委员会提出的中标候选人通常会被招标人确定为中标人。从程序上看，招标人在定标环节的作用有限。

《征求意见稿》对此进行了修改，“评标委员会完成评标后，应当向招标人提出书面评标报告，并推荐不超过三个合格的中标候选人，除招标文件明确要求排序的外，推荐中标候选人不标明排序，招标人应当按照招标文件中的定标方法，结合对中标候选人合同履行能力和风险进行复核的情况，自收到评标报告之日起二十日内自主确定中标人。定标方法应当科学、规范、透明”。（《征求意见稿》第四十七条）。

修改后条款使评标与定标成为两个相对独立的阶段，评标圈定中标候选人的一定范围，但对最终结果并不产生决定性影响。最终定标的决定权由招标人掌握，招标人较之此前对于中标人的确定拥有更大的自主权及决定权。

相应的，《征求意见稿》其他一些条款也进一步突显了招标人对招投标程序的主体责任，包括直接明确招标人对招标过程和招标结果承担主体责任，赋予招标人对代理机构选择以及招标文件编制的自主性等（《征求意见稿》第十条、第十四条、第十六条、第二十一条等）。

## （四）与一些特殊招标组织形式进行衔接

主要包括：

1、 电子招标：《征求意见稿》规定，除特殊情形外，依法必须招标的项目应当采用电子招标投标方式（《征求意见稿》第七条）。但对于何为“特殊情形”，并未详细规定。预计会在对2013年5月1日实施的《电子招标投标办法》进行相应修订时一并予以明确。

2、 集中招标：集中采购在《中华人民共和国政府采购法》中已有涉及，招投标本身亦是政府采

购的主要方式之一，但现行《招标投标法》对集中招标并未提及。本次《征求意见稿》规定，招标人可以依法对一定时期内的重复性采购项目或者不同实施主体的同类采购项目进行集中资格审查或集中招标（《征求意见稿》第二十四条）。该规定从招投标法律的角度确定了集中招标模式并实现与其他相关法律之间的对接，当然有关具体内容也仍待后续进一步规范。

3、工程总承包招标：工程总承包是近年来国家倡导的一种模式，早在2012年2月1日实施的《中华人民共和国招标投标法实施条例》（以下简称“《招标投标法实施条例》”）中已明确允许“工程以及与工程建设有关的货物、服务全部或者部分实行总承包招标”<sup>2</sup>。本次《征求意见稿》进一步明确，“招标人可以依法对工程建设项目的设计、施工以及货物采购全部或部分实行总承包招标”，这是首次在招标投标法层面与工程总承包制度进行衔接（《征求意见稿》第二十三条）。

4、两阶段招标：两阶段招标制度自《招标投标法实施条例》出台以来就一直存在，在实践中亦广泛使用，本次《征求意见稿》第二十五条首次以法律形式予以确定。

## （五）其他

除上述内容外，《征求意见稿》还对必须招标项目的招标文件的公示时间予以缩减<sup>3</sup>，进一步加强招投标过程中的信息公开（如对于必须招标项目，需对“招标计划”进行公开<sup>4</sup>），在放宽了投标人提供担保形式的限制的同时也增加了招标人的对等义务（要求中标人提供履约担保的，需对合同价款支付提供履约担保），完善了特殊情况下如所有投标被否决以及重新招标后投标人少于三个或所有

投标再次被否决时的处理方式，新增了评标方法的一些规定，对终止招标进行规范，对异议与投诉处理专设一章（第六章）予以规定，等等。

## 三、《征求意见稿》中值得商榷的条款

### 1、对“必须招标”项目范围的调整

依据修改后的条款，是否必须招标主要的衡量标准取决于资金的性质与来源，如果不涉及使用国有资金投资、国家融资、使用国际组织或外国政府贷款、援助资金，或虽然使用该等资金但未达到规定规模标准的，则不属于必须招标的项目。该修改是否妥当值得商榷。例如，对于一些城市基础设施和市政公用事业特许经营项目<sup>5</sup>，项目工程建设会关乎社会公共利益或公共安全，但可能因完全实现“使用者付费”，无需使用前述特定资金而被排除在必须招标的范围之外，在该情况下产生的采购过程中暗箱操作的风险应如何防范、涉及的公共安全与公共利益如何得以保障等问题不容忽视。

此外，与现行《招标投标法》相对应，2018年国家发展改革委刚刚颁布了《必须招标的工程项目规定》（国家发改委2018年第16号令）和《必须招标的基础设施和公用事业项目范围规定》（发改法规规〔2018〕843号），后者正是专门针对本次《征求意见稿》删除的“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”的细化规定。如采用本次《征求意见稿》的修改条款，此前的规定也面临上位法缺失问题。

对新增的“采取政府和社会资本合作模式的工程建设项目，达到规定规模标准的，选择社会资本方必须进行招标”这一要求，我们理解，选择投资人与选择工程建设施工方本身是两个不同层面的问题，将两者混为一谈，既缺乏明确立法依据也不尽合理，建议就此问题留待政府和社会资本合作模式具体立法中予以规定。

### 2、定标程序修改后如何保持招投标程序的公平与公正

<sup>5</sup> 《征求意见稿》虽对政府和社会资本合作模式中有关工程建设项目招标做了要求，但对该模式存在不同理解，例如是否包括特许经营就有很大的争执，而目前从法律、行政法规层面尚未有明确定论。

<sup>2</sup> 《中华人民共和国招标投标法实施条例》（2012）第二十九条 招标人可以依法对工程以及与工程建设有关的货物、服务全部或者部分实行总承包招标。

<sup>3</sup> 《征求意见稿》第二十八条，对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，最短不得少于十五日；其中，属于采购标准通用设备、材料的，或者施工技术简单、工期较短、季节性强的小型工程的，最短不得少于十日。

<sup>4</sup> 《征求意见稿》第十一条新增了“招标计划”制度，鼓励招标人发布未来一定时期内的拟招标项目信息，供潜在投标人知悉和进行招标准备；并且，要求对于“必须招标的项目（除应急、抢险等紧急用途外），应当编制招标计划，于首次招标公告发布至少十日前进行公告”。

如前所述,《征求意见稿》将评标与定标加以区分,一定程度上有利于增强招标人的自主性,但在实际操作中,也可能会面临一些问题。例如,定标是由招标人决定,但具体应该是哪些人员?是否如同评标委员会一样,需要设立一个定标委员会?此外,具体有哪些定标方法?定标与评标是否存在不同的评价因素?招标人将如何进行定标,三选一时是否也要打分?《征求意见稿》对这些问题未做进一步规定,估计立法本意是留待招标人根据具体项目情况予以确定。但在本次《征求意见稿》对于定标方法仅有原则性的要求,缺乏必要规范和基本要求,同时实践中也缺乏可供参照的操作惯例的情况下,如何避免招标人凭借主观好恶,量身定制有关定标方法,随意确定中标人,会是个很大的问题,并且该问题关乎招投标程序旨在达到的公开、公平、公正和诚实信用的基本原则和价值取向如何得以实现。试想如果程序的公正无法实现或得到保障,实体的公正更无从谈起,在该情况下,很可能导致招标完全流于形式,走过场。

### 3、 招标人提供履约担保对一些政府投资项目可能存在客观障碍

《征求意见稿》第十八条规定,招标人要求中标人缴纳履约担保的,需向中标人提供合同价款支付担保。这一要求可能会导致政府投资项目的招投标面临重大障碍。例如,对于政府采购工程项目,要求中标人提供履约担保本是一种惯常操作模式,但依据本次《征求意见稿》修订后的条款,在该情况下,政府方也需要对等提供付款担保,如采用现金方式,可能会导致财政资金被长期占用,进一步加剧资金压力,对那些原本资金就紧张的地方政府雪上加霜;而采取其他担保方式又受到担保法相关规定的限制<sup>6</sup>。这可能导致大量政府项目因无法提供支付担保而无法要求中标人提供履约担保,甚至影

<sup>6</sup> 《中华人民共和国担保法》第八条规定:“国家机关不得为保证人,但经国务院批准为使用外国政府或者国际经济组织贷款进行转贷的除外。”《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国担保法〉若干问题的解释》(法释[2000]44号)第三条规定:国家机关和以公益为目的的事业单位、社会团体违反法律规定提供担保的,担保合同无效。因此给债权人造成损失的,应当根据担保法第五条第二款的规定处理。《财政部关于进一步规范和加强行政事业单位国有资产管理的指导意见》(财资[2015]90号)规定,“除法律另有规定外,各级行政单位不得利用国有资产对外担保……”。

响公开招标。当然,目前一些政府项目在实际履约过程中,也的确出现了一些问题亟待解决,对此,需采取加强预算管理等多种方式予以实现,例如坚持先有预算、再有采购,避免政府违规举债,同时将项目中标后政府的支付义务纳入预算管理,为实际履约提供保障。因此,建议充分考虑有关客观情况对现有条款予以调整,例如针对不同的主体,做出不同的具体要求等。

### 4、 有关条款的配套保障机制建立问题

《征求意见稿》第四十一条规定,“实行电子开标的,所有投标人应当在线参加”。但如果投标人实际未能在线参加,是否会影响开标,《征求意见稿》中并未明确。而如果缺乏对该条款的保障机制,将导致有关要求流于形式。另外,对于依法必须招标项目中评标委员会的专家来源,《征求意见稿》第四十三条修改为“从国务院有关部门或者省、自治区、直辖市人民政府组建或者确定的综合评标专家库或者行业评标专家库名单中确定”,删除了原条款中“招标代理机构的专家库”。修改的初衷或许是为提升评标质量,加强对专家的规范化管理,但在操作层面,该规定将导致可供选择专家范围的缩紧,故有必要对目前国家及省、自治区、直辖市政府有关专家库的人员数量、专业结构等能否满足全国各地招投标项目的要求做进一步评估。如不能满足需求,则应提前加强专家库的建设与管理或采取过渡模式,否则实务中可能会因存在有关人员瓶颈导致正常招投标程序难以正常推进。

《征求意见稿》一些条款,如第五十八条、第五十九条规定对于依法必须进行招标的项目,有关合同履行过程中项目重大变动、合同重大变更、合同中止和解除、违约行为处理结果、竣工验收等在内的合同履行情况信息都需要在国家规定的媒介公开,并且行政监督部门应建立合同履行情况评价机制等要求,如果缺乏配套机制或未提供必要保障,则可能难以完全实现和落实。

### 5、 有关投标人少于三个时的处理方式

现行《招标投标法》第二十八条未对这种情形是否发生于依法必须招标项目进行区分,而是一律



规定为“投标人少于三个的，招标人应当依照本法重新招标。”《征求意见稿》第三十四条将其修改为“投标人少于三个的，对于依法必须进行招标的项目，不得开标，招标人应当分析招标失败的原因，采取对招标文件设定的投标人资格条件等进行修改或者其他合理、充分措施后，依照本法重新招标。重新招标后，投标人仍少于三个的，可以再次重新招标，也可以开标、评标，或者依法以其他方式从现有投标人中确定中标人，并向有关行政监督部门备案。”

修改后的条款并未明确对“不属于依法必须进行招标的项目”，在人数不足三个的情形下，究竟应当如何处理。并且该条款对于属于依法必须招标的项目，投标人仍不足三个的，重新招标次数并没有限制，理论上可以多次，由此可能导致时间的拖延。此外，该规定与《征求意见稿》第四十八条的规定也存在不一致，依据第四十八条，在重新招标后，投标人仍少于三个时，并未规定可以再次重新招标<sup>7</sup>。

#### 四、《招标投标法》修改的立法发展趋势

从本次《征求意见稿》的有关修订内容，我们体会到以下立法发展趋势：

一是有关法律条款的修改越来越务实。《招标投标法》是程序法，在本次修订中，对此前一些在招投标法规、规章或规范性文件中规定且在实践中取得良好效果的做法，在《征求意见稿》中上升至法律层面明确予以规定。

二是宏观立法层面上，更为注重与其他现行相关法律的衔接。例如，与《招标投标法》相关的，

还涉及政府采购，政府与社会资本合作等其他相关领域的法律法规。因此，有关修订拟在立法层面对有关内容予以呼应，并尽力保持整体的一致性，避免矛盾。

三是微观具体条款适用层面，更为注重区分不同项目，从而使招投标法在适用中具有更大的灵活性。《招标投标法》适用于“在中华人民共和国境内进行招标投标活动”，因此，即使对于并非依法必须招标的项目，如采用招投标方式，也仍需适用该法有关规定。现行《招标投标法》（共64条）中仅有十余个条款提及“依法必须招标项目”，并对其做出专门规定，且主要集中在第五章法律责任条款，由此可见，无论项目是必须招标项目还是并非必须招标项目，适用的条款内容基本保持一致，主要是在确定法律责任时，注意对两类项目加以区分。但《征求意见稿》（共94条）中共有约三十个条款中都提及“依法必须招投标项目”，且内容遍布各章节。这就意味着，在整个招投标程序的各个环节，都可以根据不同项目，适用不同的规定和要求，程序规定上更为合理。

我们理解，本次立法修订，既是希望对影响招投标活动正常开展的一些沉痾顽疾予以对症下药，另一方面也是立足于新形势，希望通过利用新技术，建立新制度，进一步提升招投标质量，在实现公平的同时，提高效率。目前《征求意见稿》中有关修订内容，总体而言，有助于实现前述目的，但也有部分条款尚待斟酌商榷，期待正式稿颁布时，一些不尽合理的条款都得以完善改进，对此，我们将拭目以待。

袁家楠 合伙人 电话：86 10 8519 1228 邮箱地址：yuanjn@junhe.com  
陈艳梅 律师 电话：86 755 2587 6650 邮箱地址：chenym@junhe.com  
罗策 律师 电话：86 10 8540 8625 邮箱地址：luoc@junhe.com

本文的任何内容均不构成君合律师事务所的任何法律意见或建议。如您想获得更多讯息，敬请关注君合官方网站“[www.junhe.com](http://www.junhe.com)”或君合微信公众号“君合法律评论”/微信号“JUNHE\_LegalUpdates”。



7. 《征求意见稿》第四十八条 依法必须进行招标的项目的所有投标被否决的，招标人应当分析招标失败的原因，必要时采取对招标文件设定的投标人资格条件等进行修改或者其他相应措施后，依照本法重新招标。重新招标后，投标人少于三个的，可以开标、评标，或者依法以其他方式从现有投标人中确定中标人，并向有关行政监督部门备案；所有投标再次被否决的，可以不再进行招标，并向有关行政监督部门备案。