

招标投标热点法律问题总结（下）

一、禁止歧视、限制、排斥投标人

招标人可以要求潜在投标人提供有关资质证明文件和业绩情况，并对潜在投标人进行资格审查，但是，招标人不得以不合理的条件限制或者排斥潜在投标人，不得对潜在投标人实行歧视待遇。

1、哪些情形属于不合理限制、歧视和排斥投标人？

根据《招标投标法实施条例》，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：

（1）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；

（2）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；

例如，宜宾市某道路改善提升工程招标文件规定，投标人提供“施工安全事故预防和应急处理管理员”资格并附全国职业资格考试认证查询截图（www.zgks.org）的加2分，具有“省级及以上安全生产管理部门颁发的工程施工安全风险管控和隐患排查治理培训合格证”并附查询截图（www.scaqxh.com）加2分。宜宾市翠屏区交通运输局对招标人作出处罚¹，处罚理由是违反《招标投标法》及其实施条例，以及《四川省公路工程项目

招标投标管理实施细则》，设定的技术、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。

（3）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；

（4）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；

（5）限定或者指定特定的专利、商标、品牌、原产地或者供应商；

（6）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，例如，必须是国企；

（7）以其他不合理条件限制、排斥潜在投标人或者投标人。

2019年国家发展改革委办公厅、工信部办公厅、住建部办公厅等联印发《工程项目招投标领域营商环境专项整治工作方案》，列举了一些歧视、限制、排斥潜在投标人的情形，包括：

（1）设定企业股东背景、年平均承接项目数量或者金额、从业人员、纳税额、营业场所面积等规模条件；设置超过项目实际需要的企业注册资本、资产总额、净资产规模、营业收入、利润、授信额度等财

¹ 见宜宾市翠屏区交通运输局2020年8月26日作出的2020-翠交建招-002号《处罚决定书》。

务指标；

（2）将政府部门、行业协会商会或者其他机构对投标人作出的荣誉奖励和慈善公益证明等作为投标条件、中标条件；

（3）要求投标人在本地注册设立子公司、分公司、分支机构，在本地拥有一定办公面积，在本地缴纳社会保险等；

（4）在开标环节要求投标人的法定代表人必须到场，不接受经授权委托的投标人代表到场；

（5）明示或暗示评标专家对不同所有制投标人采取不同的评标标准、实施不客观公正评价；

（6）限定投标保证金、履约保证金只能以现金形式提交，或者不按规定或者合同约定返还保证金；

（7）简单以注册人员、业绩数量等规模条件或者特定行政区域的业绩奖项评价企业的信用等级，或者设置对不同所有制企业构成歧视的信用评价指标。

《工程建设项目施工招标投标办法（2013）》规定，招标文件中规定的各项技术标准均不得要求或标明某一特定的专利、商标、名称、设计、原产地或生产供应者，不得含有倾向或者排斥潜在投标人的其他内容。如果必须引用某一生产供应者的技术标准才能准确或清楚地说明拟招标项目的技术标准的，应当在参照后面加上“或相当于”的字样。

地方层面也有规定，例如，杭州市政府规定，招标人有下列行为之一的，属于以其他不合理条件限制、排斥潜在投标人或者投标人：

（1）提高资质等级，缩小资质类别范围，同时设置总承包资质和专业承包资质要求；

（2）资格条件要求2个以上资质但不允许联合体投标；

（3）在招标文件中设置的投标人或者项目负责人资格条件高于工程规模要求或与招标项目内容不相符的；

（4）在招标文件中设置推荐性试点名录作为准入条件或加分条件的；

（5）将不同总承包资质类别的施工总承包工程捆绑招标并在合格条件中设置两个施工总承包资质的；

（6）采用抽签、摇号等方式进行资格审查或者限制投标人数量的。

2、法律后果

根据《招标投标法》，招标人以不合理的条件限制或者排斥潜在投标人的，对潜在投标人实行歧视待遇的，责令改正，可以处一万元以上五万元以下的罚款。

二、招投标中的回避制度

为了保证招标的公正，防止利益输送，损害招标人和投标人的利益，《招标投标法》及其实施条例规定了回避制度。下面列举了实践中常见的需要回避的情形。

1、母公司招标，子公司能否投标？或者，子公司招标，母公司能否投标？

根据《招标投标法实施条例》第三十四条第一款，与招标人存在利害关系可能影响招标公正性的法人、其他组织或者个人，不得参加投标。违反上述规定的，投标无效。国家发改委法规司认为，本条没有一概禁止与招标人存在利害关系法人、其他组织或者个人参与投标，构成本条情形需要同时满足“存在利害关系”和“可能影响招标公正性”两个条件。即使投标人与招标人存在某种“利害关系”，但如果招投标活动依法进行、程序规范，该“利害关系”并不影响其公正

性的，就可以参加投标。

不过，我们认为，母公司对子公司存在控股或实际控制关系，有可能被认为存在“存在利害关系”和“可能影响招标公正性”，这种情况下，母公司或子公司不宜参加投标。

2、招标人隶属于母公司一级子公司，投标人属于母公司另一级子公司（建筑单位）的二级子公司，能否参与投标？

就上述问题，住建部答复称，在招标人与投标人属于一家公司控股的情况下，并未禁止投标人参与投标，但依据《招标投标法实施条例》第三十四条第一款的规定，如果投标人与招标人存在利害关系可能影响招标公正性的，则不得参加投标。

3、多个关联公司能否一起投标？

根据《招标投标法实施条例》第三十四条第二款，单位负责人为同一人或者存在控股、管理关系的不同单位，不得参加同一标段投标或者未划分标段的同一招标项目投标，否则，投标无效。因此，存在单位负责人为同一人或者控股、管理关系的关联公司不能一起投标。

关于《招标投标法实施条例》第三十四条第二款中的“控股关系”，最高人民法院在《海口爱之泉家政服务有限、海南医学院第一附属医院第三人撤销之诉再审审查与审判监督民事裁定书》中认为，应理解为参加同一招标项目投标的一单位为另一单位的控股股东。关于“控股股东”应根据《中华人民共和国公司法》第二百一十六条第二项²确定。

4、参与过前期工作的机构，能否参与投标？

根据《招标投标法实施条例》，接受委托编制标

底的中介机构不得参加受托编制标底项目的投标，也不得为该项目的投标人编制投标文件或者提供咨询。招标代理机构不得在所代理的招标项目中投标或者代理投标，也不得为所代理的招标项目的投标人提供咨询。

根据《工程建设项目施工招标投标办法（2013）》，为招标项目的前期准备或者监理工作提供设计、咨询服务的任何法人及其任何附属机构（单位），都没有资格参加该招标项目的投标。

5、投标人跟招标代理有关联关系，能否参与投标？

法律对此没有明确规定。该投标单位是否可以参加投标，取决于招标项目的属性以及招标文件的具体规定。如果该项目属于必须招标的项目，则该投标单位不能参加投标；其他招标项目，如果招标文件没有特别规定，则该投标单位可以参加投标。

必须招标的工程项目，招标人应当使用标准招标文件，这些标准招标文件的“投标人须知”里往往规定，“投标人不得与本招标项目的招标代理机构存在控股或参股关系”因此，如果投标单位与招标代理机构存在控股或参股关系，不能参加投标。

三、禁止串通投标

《招标投标法》及其实施条例严禁串通投标。实践中，串通投标表现为投标人之间的串通投标和招标人与投标人之间的串通投标。

1、投标人之间的串通投标

投标人之间的串通投标主要体现为下列情形：

（1）投标人之间协商投标报价等投标文件的实质性内容；

² 《中华人民共和国公司法》第二百一十六条第二项规定，“控股股东，是指其出资额占有限责任公司资本总额百分之五十以上或者其持有的

股份占股份有限公司股本总额百分之五十以上的股东；出资额或者持有股份的比例虽然不足百分之五十，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。”

(2) 投标人之间约定中标人；

(3) 投标人之间约定部分投标人放弃投标或者中标；

(4) 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；

(5) 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。

具有下列情形的，视为串通投标：

- 不同投标人的投标文件由同一单位或者个人编制；
- 不同投标人委托同一单位或者个人办理投标事宜；
- 不同投标人的投标文件载明的项目管理成员为同一人；
- 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；
- 不同投标人的投标文件相互混装；
- 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。

2、招标人与投标人之间的串通投标

招标人与投标人之间的串通投标主要体现为：

(1) 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；

(2) 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；

(3) 招标人明示或者暗示投标人压低或者抬高投标报价；

(4) 招标人授意投标人撤换、修改投标文件；

(5) 招标人明示或者暗示投标人为特定投标人中标提供方便；

(6) 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。

3、法律后果

根据《招标投标法》，投标人相互串通投标或者与招标人串通投标的，中标无效，处以罚款，没收违法所得等处罚。

四、文件澄清

1、招标人对招标文件的澄清

招标人可以对已发出的资格预审文件或者招标文件进行必要的澄清或者修改。澄清或者修改的内容可能影响资格预审申请文件或者投标文件编制的，招标人应当在提交资格预审申请文件截止时间至少 3 日前，或者投标截止时间至少 15 日前，以书面形式通知所有获取资格预审文件或者招标文件的潜在投标人；不足 3 日或者 15 日的，招标人应当顺延提交资格预审申请文件或者投标文件的截止时间。

2、投标人对投标文件的澄清

投标人不能主动对投标文件进行澄清。评标委员会不得接受投标人主动提出的澄清、说明。投标文件中有含义不明确的内容、明显文字或者计算错误，评标委员会认为需要投标人作出必要澄清、说明的，应当书面通知该投标人。投标人的澄清、说明应当采用书面形式，并且不能超出投标文件的范围或者改变投标文件的实质性内容。

五、中标后合同签订

1、不得订立背离合同实质性内容的合同

招标人和中标人不得订立背离合同实质性内容的协议。“实质性内容”主要包括合同的标的、价款、

质量、履行期限等。这些实质性内容应当与招标文件和中标人的投标文件的内容一致。

招标人和中标人不按照招标文件和中标人的投标文件订立合同，合同的主要条款与招标文件、中标人的投标文件的内容不一致，或者招标人、中标人订立背离合同实质性内容的协议的，将可能受到罚款等处罚。

2、应当在中标通知书后三十日签订书面合同

《招标投标法》规定，招标人和中标人应当自中标通知书发出之日起三十日内，按照招标文件和中标人的投标文件订立书面合同。否则，可能受到行政处罚。

除了行政处罚外，招标人拒绝与投标人订立书面合同的，还可能需要承担民事责任。例如，在四川省成都市中级人民法院终审的一个案例³里，被告向原告发出《中标通知书》后，被告以原告提供的总监理工程师无法满足建委备案要求为由拒绝和原告订立合同。原告起诉要求被告承担赔偿责任。法院认为，虽然总监理工程师在案外其他项目挂证备案，但本案中被告未能提交充分证据证明客观上总监理工程师的上班时间无法满足招标文件要求的5日。因此，被告以此为由拒绝签订正式合同没有事实和法律依据，不予支持。被告违反其在中标通知书中作出的意思表示，没有和原告签订书面合同，属于在合同成立前的缔约过程中，因单方违反诚实信用原则导致合同未成立，应当向原告承担缔约过失责任。因被告的过错导致未签订书面合同，造成原告损失支出的投标保证金4万元和招标代理费2万5千元，属于因被告过错造成原告的实际损失，被告应予以赔偿。

再例如，在广东省佛山市中级人民法院终审的一

个案例⁴里，原告参与被告关于某大厦幕墙工程设计及施工项目招标，中标并收到《中标通知书》，但此后被告拒绝签订合同。法院认为，由于合同未成立，仍处于缔约阶段，因此，被告承担的是缔约过失责任。缔约过失责任是一方因违反先合同义务而造成对方信赖利益损失而应承担的民事赔偿责任。在承担缔约过失责任的情况下，应以信赖利益损失为限进行赔偿。信赖利益损失是指一方因信赖合同的成立和有效，但由于合同不成立和无效的结果所蒙受的不利益。虽然原告在诉讼中未能提交与信赖利益损失相关的单据、凭证等证据证明其所造成的损失，但考虑到原告在收到中标通知书后为订立和履行合同作出一定的准备符合一般商业交易常理，并且被告直到本案诉讼前一直也没有向原告发出不签合同的正式书面通知，合同未能签订确实给原告造成一定的客观损失，参照《招标投标法实施条例》关于“招标人无正当理由不与中标人订立合同，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”的规定，综合本案案情、当事人的过错程度等因素，根据公平原则和诚实信用原则予以衡量，法院酌定被告应向原告赔偿中标金额的10%的损失。

3、能否在确定中标人后，签订合同前同中标人进行谈判？

不可以。根据《招标投标法》，招标人和中标人应当自中标通知书发出之日起三十日内，按照招标文件和中标人的投标文件订立书面合同。招标人和中标人不得再行订立背离合同实质性内容的其他协议。

《招标投标法实施条例》规定，招标人和投标人签订的合同的标的、价款、质量、履行期限等主要条款应当与招标文件和中标人的投标文件的内容一致。招标人和中标人不得再行订立背离合同实质性内容的其

³ 见四川省成都市中级人民法院关于合谊实业有限公司、四川亿科项目管理有限公司建设工程合同纠纷二审民事判决书（[2020]川01民终12616号）。

⁴ 广东省佛山市中级人民法院关于广东广铝幕墙有限公司与佛山市宏敞投资管理有限公司缔约过失责任纠纷二审民事判决书（[2015]佛中法民二终字第124号）。

他协议。

4、中标后，签订合同前能否要求中标人降价或附加条件？

不可以。如前所述，招标人和中标人签订的合同的价款等主要条款应当与招标文件和中标人的投标文件的内容一致。招标人和中标人不得再行订立背离合同实质性内容的其他协议。

《工程建设项目货物招标投标办法》规定，招标人不得向中标人提出压低报价、增加配件或者售后服务量以及其他超出招标文件规定的违背中标人意愿的要求，以此作为发出中标通知书和签订合同的条件。

《评标委员会和评标方法暂行规定(2013 修正)》规定，招标人在订立合同时向中标人提出附加条件的，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。

如因招标人提出附加条件导致未能签订合同的，招标人可能需要赔偿投标人的损失。例如，在浙江省杭州市中级人民法院终审的一个案例⁵里，被告向原告发出的中标通知书中要求原告“按照审定的中标内容和条件，落实设计方案优化，并与被告接洽签订工程设计承发包合同，如限期不能完成设计方案的优化，被告将另行确定中标单位，由此造成的一切后果及损失由原告负责”。收到中标通知书后，原告对投标的设计方案多次进行修改，并提交给被告。之后双方未签订书面设计合同，被告也没有将方案设计向规划部门送审、报批，并另行委托第三方进行方案设计。原告起诉到法院，请求判令被告支付原告建筑方案设计费 126 万元。法院认为，被告作为招标人，在中标通

知书中向投标人施加了附加条件，该条件由被告单方设置，就招投标文件内容进行了实质性变更，将本应在合同签订之后中标单位应履行的合同义务放到合同签订之前，导致双方权利义务不对等，违反公平原则，该条件无效。法院结合原告商务标报价并参照行业惯例、《工程勘察设计收费标准》的规定酌定原告方案设计工作量占 20%，设计费经核算约 84 万元。再考虑双方缔约过失程度，最后法院酌定被告承担该费用的 70%即 59 万。

5、先签订合同后招投标，中标合同与先签的合同不一致，以哪个合同为准？

二个合同都有可能被认定为无效。例如，在最高人民法院二审的一个案例⁶里，原告和被告在招投标之前先签订了一份《施工合同》，约定工程由原告承包，并约定由被告负责招投标，原告配合等。签订合同之后，原告开始施工。之后，被告招标，原告投标并中标，双方又签了一份《施工合同》。法院认为，招投标之前被告与原告已就投标价格、投标方案等实质性内容进行谈判，达成合意，双方之间招投标属于明招暗定，影响中标结果，中标无效。原《施工合同》未中标，后签的《施工合同》中标无效，均应当认定无效。

不过，如果当事人在招投标前虽然进行了谈判并达成合作意向，但未就建设工程施工合同主要条款达成一致，该谈判的行为未影响中标结果的，双方签订的建设工程施工合同有效。例如，在最高法院二审的另一个案例⁷里，原告和被告在招投标前进行了谈判并达成合作意向，签订了《建筑施工合作框架协议书》。该协议书中没有约定投标方案等内容，也没有载明开工时

⁵ 浙江省杭州市中级人民法院关于浙江佳境规划建筑设计研究院有限公司与杭州娃哈哈宏盛食品饮料营销有限公司建设工程设计合同纠纷二审民事判决书（[2016]浙 01 民终 1400 号）。

⁶ 最高人民法院关于广东中煤地瑞丰建设集团有限公司等与陕西宏兴投资开发有限公司建设工程施工合同纠纷案二审判决书（[2018]最高法民终 33 号）。

⁷ 最高人民法院关于新疆华诚安居房地产开发有限公司与中国铁建大桥工程局集团有限公司建设工程施工合同纠纷案二审判决书（[2019]最高法民终 347 号）。

间，合同条款中还存在大量不确定的约定，如关于施工内容，双方约定“具体规划指标与建设内容以政府相关部门最终的批复文件为准”，关于合同概算，双方约定“项目建筑施工总概算约人民币叁亿元，具体概算数值待规划文件，设计方案确定后双方另行约定”。《建筑施工合作框架协议书》签订后，双方按照《招标投标法》的规定，履行了招投标相关手续。法院认为，双方在招投标前进行了谈判并达成合作意向，但未就建设工程施工合同主要条款达成一致，该谈判的行为未影响中标结果，双方签订的建设施工合同有效。

6、中标合同与中标后另行签订的合同不一致以哪个为准？

根据《最高人民法院关于审理建设工程施工合同纠纷案件适用法律问题的解释(一)》，招标人和中标人另行签订的建设工程施工合同约定的工程范围、建设工期、工程质量、工程价款等实质性内容，与中标合同不一致，一方当事人请求按照中标合同确定权利义务的，人民法院应予支持。

7、签订的合同与招标文件、投标文件、中标通知书等不一致的，以哪个为准？

根据 2021 年 1 月 1 日实施的《最高人民法院关于审理建设工程施工合同纠纷案件适用法律问题的解释(一)》，当事人签订的建设工程施工合同与招标文件、投标文件、中标通知书载明的工程范围、建设工期、工程质量、工程价款不一致的，应以招标文件、投标文件、中标通知书为准，作为结算工程价款的依据。

例如，在江西省九江市中级人民法院一审的一个案例⁸里，被告发布的招标文件规定，本工程采用工程量清单计价，采用招标控制价报价。原告在投标文

件中承诺，对招标文件及相关材料中的内容与条款全部响应，但双方实际签订的施工合同约定，依据政府部门发布的江西省费用定额和估价表，结合市场信息价，确定工程造价，并在经审计部门审定的工程造价基础上让利 5%。法院认为，工程价款是建设工程合同的实质性内容。双方签订的施工合同约定的工程价款计价方式，因背离招投标文件的实质性内容而无效，招投标双方应当以招投标文件确认的工程量清单计价作为工程造价结算依据。

六、常见问题

1、非在工商局注册的法人机构，例如，虚拟的区域管理中心，不是在工商局注册的实体，能否作为招标人？

不能，因为根据《招标投标法》，招标人需是法人或者其他组织。此外，根据《工程建设项目施工招标投标办法（2013 修订）》，依法必须招标的工程建设项目，进行施工招标应当具备的条件之一是招标人已经依法成立。

2、通过打擦边球的形式规避《招标投标法》的规定，实践中是否会被投诉、举报及处罚？

需要看如何打擦边球，即需要看具体的做法。擦边球的做法如果属于“以不合理的条件限制、排斥潜在投标人或者投标人”，则可能被处罚。例如，在“张家界安顺出租车有限公司与张家界市道路运输管理局出租汽车经营权出让招标纠纷”一案中，张家界市中级人民法院认为，在城市出租汽车经营权出让招标公告的评分办法中规定“注册资本达到 500 万元及以上的计 5 分；达到 100 万元及以上低于 500 万元的计 2 分；低于 100 万元的不计分”、“投标人或其控股公司参与永定城区出租汽车新能源建设的计 15 分；

⁸ 江西省九江市中级人民法院关于颜细流、徐永青等与九江市浔阳区金鸡坡街道办事处等建设工程施工合同纠纷一审民事判决书（[2017]赣 04 民初 43 号）。

没有参加的不计分”，属于“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”的情形。《招标投标法实施条例》规定，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，属于以不合理条件限制、排斥潜在投标人或者投标人。

不过，在招标文件中推荐品牌不构成限制、排斥投标人。例如，在安徽省滁州市中级人民法院终审的一个案例⁹里，法院认为，在招标文件中推荐设备品牌不构成对《招标投标法》的违反，理由是“涉案交易文件虽就电梯推荐了六种品牌及对应生产厂家，但并没有限定仅这六种，只是以这六种品牌电梯所含技术要求供潜在投标人或者投标人参考，可见，招标人对其他电梯品牌并没有排斥倾向”。

另外，在北京市东城区人民法院一审的一个案例¹⁰里，《招标文件》规定：“招标文件的技术规格中指出的工艺、材料和设备的标准以及参照的品牌或型号仅起说明作用，并没有任何限制性。投标人在投标中可以选用替代标准、品牌或型号，但这些替代要实质上满足或超过招标文件的要求”，法院因此认为，《招标文件》在技术规格中规定的特定技术不具有限制性和排斥性。

3、可否对优秀供应商、战略供应商进行倾斜？

《招标投标法》规定，招标文件不得含有倾向的内容。通常而言，战略合作供应商或此前的优秀供应商是与拟招标项目的合同履行无关的条件，将其作为加分项是限制竞争的一种手段，构成《招标投标法》所禁止的行为。

4、企业自主招标流程中，时间节点如何合理设

置？

根据《招标投标法实施条例》，招标人应当按照招标公告或者投标邀请书规定的时间发售招标文件；招标文件的发售期不得少于5日。关于投标人提交文件的时间，《招标投标法》仅对依法必须招标的项目作出了不少于20日的规定；对于自主招标活动，投标人提交文件的时间符合“合理”标准即可。

在判断相关期限是否“合理”时，应考虑未来是否可能对招标文件进行修改或澄清。《招标投标法》规定，招标人对已发出的招标文件进行必要的澄清或者修改的，应当在招标文件要求提交投标文件截止时间至少十五日前，以书面形式通知所有招标文件收受人。因此，如果未来可能需要对招标文件进行修改或澄清的，自修改或澄清之日起，至少应当留足15日的通知期限。

5、投标人或通过资格预审的申请人少于三个，是否必须重新招标？

需要重新招标。《招标投标法》规定，投标人少于三个的，招标人应当重新招标。《招标投标法实施条例》规定，投标人少于3个的，不得开标；招标人应当重新招标。通过资格预审的申请人少于3个的，应当重新招标。

6、如果重新招标还是少于三人，是否可不再招标？

《工程建设项目施工招标投标办法（2013）》规定，重新招标后投标人仍少于三个的，属于必须审批、核准的工程建设项目，报经原审批、核准部门审批、核准后可以不再进行招标；其他工程建设项目，招标人可自行决定不再进行招标。

⁹ 安徽省滁州市中级人民法院关于滁州神通特种设备技术服务有限公司诉滁州市琅琊区住房和城乡建设交通局案二审行政判决书（[2020]皖11行终94号）。

¹⁰ 北京市东城区人民法院关于北京智程景颐科技有限公司与北京现代汽车有限公司等串通投标不正当竞争纠纷案一审判决书（[2013]东民初字第14132号）。

7、招标人能否指定分包？

不可以。《工程建设项目施工招标投标办法（2013）》规定，招标人不得直接指定分包人。《房屋建筑和市政基础设施工程施工分包管理办法》也规定，建设单位不得直接指定分包工程承包人。任何单位和个人不得对依法实施的分包活动进行干预。

8、招标人是否可以指定建材品牌或供应商？

不可以。《招标投标法》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人的其他内容。《建筑法》规定，按照合同约定，建筑材料、建筑构配件和设备由工程承包单位采购的，发包单位不得指定承包单位购入用于工程的建筑材料、建筑构配件和设备或者指定生产厂、供应商。《工程建设项目施工招标投标办法》规定，招标文件中规定的各项技术标准均不得要求或标明某一特定的专利、商标、名称、设计、原产地或生产供应者。如果必须引用某一生产供应者的技术标准才能准确或清楚地说明拟招标项目的技术标准时，则应当在参照后面加上“或相当于”的字样。

不过，根据前面介绍的案例，招标人推荐品牌，但不限定只能购买推荐的品种是允许的。

9、招标人能否披露参加投标的单位名称和数量？

不可以。《招标投标法》规定，招标人不得向他人透露已获取招标文件的潜在投标人的名称、数量。

10、联合体成员能否以自己名义单独投标或者参加其他联合体投标？

不可以。根据《招标投标法》，联合体各方在同一招标项目中以自己名义单独投标或者参加其他联合体投标的，相关投标均无效。

11、投标过程中联合体的成员能否增减或

变更？

不可以。根据《招标投标法实施条例》，招标人接受联合体投标并进行资格预审的，联合体应当在提交资格预审申请文件前组成。资格预审后联合体增减、更换成员的，其投标无效。

12、投标保证金的最高金额是否有限制？

根据《招标投标法实施条例》，投标保证金不得超过招标项目估算价的2%。此外，《工程建设项目货物招标投标办法（2013）》规定，投标保证金不得超过项目估算价的2%，且最高不得超过八十万元人民币。

13、同一投标人提交两个以上不同的投标文件或者投标报价怎么办？

根据《招标投标法》，同一投标人提交两个以上不同的投标文件或者投标报价，评标委员会应当否决其投标，但招标文件要求提交备选投标的除外。

14、投标文件中报价可以空白吗？

不可以。《招标投标法》规定，投标文件应当对招标文件提出的实质性要求和条件作出响应。《招标投标法实施条例》，投标文件没有对招标文件的实质性要求和条件作出响应的，评标委员会应当否决其投标。投标价格是招投标的关键要素，投标人的投标文件不应将投标价格留白。

15、投标文件大写金额与小写金额、总价与单价、中文与外文不一致，如何处理？

根据《评标委员会和评标方法暂行规定(2013修正)》，投标文件中的大写金额和小写金额不一致的，以大写金额为准；总价金额与单价金额不一致的，以单价金额为准，但单价金额小数点有明显错误的除外；对不同文字文本投标文件的解释发生异议的，以中文文本为准。

16、能否以接近标底的程度作为中标条件或以超出浮动范围作为否决条件？

不可以。根据《招标投标法实施条例》，标底只能作为评标的参考，不得以投标报价是否接近标底作为中标条件，也不得以投标报价超过标底上下浮动范围作为否决投标的条件。

17、能否设定最高投标限价和最低投标限价？

根据《招标投标法实施条例》，招标人可以设定最高投标限价，但不能规定最低投标限价。

18、能否在评标委员会提出的中标候选人之外确定中标人？

不可以。根据《招标投标法》，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，中标无效。还可能面临罚款等处罚。

19、是否必须按照评标委员会提出的中标候选人顺序确定中标人？

根据《招标投标法实施条例》，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。

《招标投标法》修订征求意见稿允许不选择排名第一的中标候选人。

20、排名第一的中标候选人存在问题，是否必须选择排名第二的中标候选人？

根据《招标投标法实施条例》，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，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。

21、招标人让不具备条件的投标人中标存在哪些风险？

如果招标人与投标人存在串通投标的行为并让不完全符合招标要求的投标人中标的，有可能被认定为串通投标，导致中标无效，招标人有可能被处罚。

存在以下情形的，中标可能被认定为无效：

（1）中标人没有最大限度地满足要求；

（2）中标人没有满足实质性要求或能够满足实质性要求但投标价格不是最低或投标价格低于成本。

《招标投标法》没有要求中标人必须完全符合招标文件的要求，因此，如果招标投标程序中不存在违规行为的，让不完全符合招标要求的投标人中标不存在明显法律风险，但前提是中标人最大限度地满足要求或能够满足实质性要求且投标价格最低但不低于成本。

22、招标人能否否决所有投标？

根据《招标投标法》，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。

23、招标人能否在招标开始后终止招标？

《工程建设项目施工招标投标办法（2013）》规定，招标人在发布[招标公告](#)、发出投标邀请书后或者售出招标文件或[资格预审](#)文件后不得擅自终止招标。终止招标的，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。给潜在投标人或者投标人造成损失的，应当赔偿损失。《工程建设项目货物招标投标办法（2013）》也有类似规定。

24、在确定中标人前，招标人能否与投标人进行谈判？

不可以。根据《招标投标法》，在确定中标人前，招标人不得与投标人就投标价格、投标方案等实质性内容进行谈判。

《招标投标法》修订征求意见稿允许在不影响公平的前提下，招标人可以与投标人就投标方案的实施细节进行谈判，但不允许就实质性内容进行谈判。

25、不能在投标有效期内完成评标和定标如何处理？

《评标委员会和评标方法暂行规定(2013 修正)》：不能在投标有效期内完成评标和定标的，招标人应当通知所有投标人延长投标有效期。拒绝延长投标有效期的投标人有权收回投标保证金。同意延长投标有效期的投标人应当相应延长其投标担保的有效期，但不得修改投标文件的实质性内容。因延长投标有效期造成投标人损失的，招标人应当给予补偿，但因为不可抗力需延长投标有效期的除外。

招标文件应当载明投标有效期。投标有效期从提交投标文件截止日起计算。

《工程建设项目货物招标投标办法》规定，依法必须进行招标的项目同意延长投标有效期的投标人少于三个的，招标人在分析招标失败的原因并采取相应措施后，应当重新招标。

26、企业自主招标中，是否可设立固定的评审委员？

自主招标主要是针对非必须招标的项目。《招标投标法》及其实施条例对自主招标的评标委员会的组建原则没有规定，但《评标委员会和评标方法暂行规定》明确了依法必须招标项目以外的评标活动，参照该规定执行。该规定要求评标委员会由招标人或其委托的招标代理机构熟悉相关业务的代表，以及有关技

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；评标委员会的专家成员应当从依法组建的专家库内的相关专家名单中确定；评标专家，可以采取随机抽取或者直接确定的方式；一般项目，可以采取随机抽取的方式；技术复杂、专业性强或者国家有特殊要求的招标项目，采取随机抽取方式确定的专家难以保证胜任的，可以由招标人直接确定。因此，即使是自主招标，仍应参照上述规定组建评标委员会。

27、肢解发包存在哪些法律风险？

肢解发包是指将单位工程肢解发包给不同的承包单位。单位工程是指具备独立施工条件并能形成独立使用功能的建筑物或构筑物，单位工程由分部、分项工程构成；分部工程包括地基与基础、主体结构、建筑装饰装修、屋面、建筑给排水及供暖、通风与空调、建筑电气、智能建筑、节能建筑、电梯工程等。

肢解发包面临被行政处罚的风险，行政处罚主要为责令改正和罚款。此外，有些法院（包括最高法院）认定肢解发包的合同无效。

28、同一个项目划分为多个标段，由多家总包单位承包，而多个标段联合招标一家精装修分包单位，精装修分包合同由业主、多个总包单位和一家分包单位共同签订是否合法？

将同一项目划分为多个标段选聘多家总包单位是否合法取决于这些标段是否属于单位工程。如果各个标段均属于单独的单位工程，则每个标段可选聘不同的总包单位，但如果这些标段的建筑存在共用地基、电气设备等情况，导致各个标段不具备单独施工的条件，则划分为不同标段发包构成肢解发包，属于违法发包。例如，住建部在 2015 年公布的一个典型案例¹¹里认定，将拥有同一基础的若干栋楼，发包给若干

¹¹ 住建部关于 2015 年工程质量治理两年行动违法违规典型案例的通报（四）。

家施工单位属于肢解发包。

精装修分包合同由业主、总包及分包共同签署合同是否合法取决于业主是否存在指定分包的情形。国

家及地方层面均不允许业主指定分包，包括不得以与总承包单位、分包单位签订“三方协议”的方式变相指定分包单位。杭州等地更是将签署三方协议且业主直接向分包单位付款的行为定义为肢解发包。

李海浮	合伙人	电话：86 10 8553 7983	邮箱地址：lihf@junhe.com
李霞	律师	电话：86 10 8553 7945	邮箱地址：lixia@junhe.com
李博雅	律师	电话：86 10 8519 1712	邮箱地址：liboya@junhe.com
何安琪	律师	电话：86 10 8519 1737	邮箱地址：heaq@junhe.com
李天元	律师	电话：86 755 29395232	邮箱地址：litianyuan@junhe.com

本文仅为分享信息之目的提供。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”或君合微信公众号“君合法律评论”/微信号“JUNHE_LegalUpdates”。

