

论政府采购中的废标、投标无效与否决投标

张幸临

(东北财经大学,大连 116025)

内容提要:在政府招标采购过程中出现投标文件不符招标文件要求、作出实质响应的供应商不足三家等情况时是应废标、认定投标无效还是否决投标,实践中困惑颇多,急需厘清相关概念及其异同。政府采购法及其配套法规中规定了“废标”和“投标无效”;而目前的招标投标法及其配套法规中对“废标”、“投标无效”和“否决”投标做出了规定。这三个术语在适用情形、针对对象、决定主体、法律后果及基本涵义五方面有异有同,影响了对这些术语及相关规定的准确理解和正确使用。建议修法时在两套规则中统一使用“废标”和“否决”投标两个术语,明确其涵义,明确规定废标权由招标采购人行使,明确规定监管部门在特定情形下有权直接废标以及完善“否决”投标规定。

关键词:政府采购 招投标 废标 投标无效 否决投标

中图分类号:F812.45 **文献标识码:**A **文章编号:**1672-9544(2020)12-0014-11

一、引言

招投标是政府采购最常用的采购方式,在我国政府采购中占据主导地位。如财政部最近发布的2019年全国政府采购简要情况中显示,当年采用公开招投方式进行的政府采购占比达78.3%。然而,在招标采购实践中时常会出现投标人不具备招标文件中所要求的资格条件、投标文件不符合招标文件要求、对招标文件作实质响应的供应商不足三家、某些或所有投标人的报价均超采购预算等情况。出现这些情况时,是应当废标、认定投标人投标无效还是否决投标?是评标委员会还是招标采购人有权

作出决定?废标、投标无效或否决投标后有什么法律后果、如何处理采购项目?因为相关法律法规中使用术语不一致,同一术语在不同法律法规中的涵义不同,加之相关规定不够清晰,准确回答上述问题并非易事,政府采购从业人员和有关专家学者常有不同答案。笔者将在下文中梳理、分析相关法律法规规定,对政府采购中的废标、投标无效与否决投标加以辨析。

众所周知,因我国1999年和2002年先后通过了《招标投标法》和《政府采购法》两部法律规制通过招投标方式进行的政府采购活动,我国的政府采购活动受前述“两法”为基础形成的两套法律

[收稿日期]2020-07-20

[作者简介]张幸临,法学院副教授、博士,研究方向为政府采购法。

[基金项目]本报告为2020年度辽宁省财政科研项目“强化采购人主体责任完善政府采购需求管理研究”(20B007)的研究成果之一。

规则的规制。针对前文提及的招标采购中出现的情况,《政府采购法》及其配套法规中规定了“废标”和“投标无效”;而《招标投标法》及其配套法规中规定了“废标”、“投标无效”和“否决”投标。下文详析。

二、《政府采购法》及其配套法规中的“废标”和“投标无效”

(一)《政府采购法》及相关部门规章中的“废标”规定

《政府采购法》中关于废标的规定主要体现在第36条中。其第1款规定了招标采购中应予废标的情形,包括:符合专业条件的供应商或对招标文件作了实质响应的供应商不足三家;出现了影响采购公正的违法、违规行为;投标人的报价均超过了采购预算,采购人不能支付;以及因重大变故采购任务取消。第2款明确要求“废标后,采购人应当将废标理由通知所有投标人。”此外,第37条对废标后如何继续进行采购活动作出了规定,明确了除采购任务取消外,应重新组织招标。

由上可见,第36条第1款明确了应予废标的四种法定情形。需强调的是,若出现这四种情形之一,应拒绝“所有”投标,不论投标人或其投标文件有无问题,而不仅仅是拒绝某一个或者几个有问题的投标人(如参与串通投标的投标供应商)的投标,因此已完成的招投标活动要全部“作废”。也就是说,上述规定中“废标”的“废”应理解为“作废”^①,“标”指的是“已完成的招标和投标活动”;“废标”的涵义是“将已完成的招投标活动作废”。

还需注意的是,第1款并未明确行使废标权的主体。但是,如上所示,第2款明确要求“采购人”将废标理由通知所有投标人。可否据此认为

有权行使废标权的是采购人?《政府采购法》起草小组在解释第36条时明确指出:“这一条文的实质是赋予采购人出于经济、社会公共利益或政治理由而放弃采购的权利。”^②可见,立法者的本意是由“采购人”行使废标权,以使其可在发生了不能预见且不能控制的情形以及影响采购公正的违法违规行为时能拒绝所有投标、放弃采购。然而,2004年财政部发布的《政府采购货物和服务招标投标管理办法》(以下简称为“18号令”)第57条在细化《政府采购法》第36条时却规定,有该条第1款后三项规定情形之一的,“招标采购单位”应当予以废标并将废标理由通知所有投标供应商。该条规定缩小了采购人的废标权,因前述规定意味着,当招标采购中出现了影响采购公正的违法违规行为、所有投标人的报价都超采购预算导致采购人不能支付、或者采购任务因重大变故而取消这三种情形之一时,招标采购单位有权决定废标;但当出现第1款中规定的第一种情形,即符合专业条件的供应商或对招标文件作出实质响应的供应商不足三家时,废标权不在招标采购人手中。那么,这种情况下,谁有权作出废标决定?“18号令”第43条规定投标截止时间结束后参加投标的供应商不足三家的,除非采购任务已取消,招标采购单位应当报告财政部门,由“财政部门”按照以下原则处理:“……(二)招标文件存在不合理条款的,招标公告时间及程序不符合规定的,应予废标,并责成招标采购单位依法重新招标。在评标期间,出现符合专业条件的供应商或者对招标文件作出实质响应的供应商不足三家情形的,可以比照前款规定执行。”这意味着,评标后发现符合专业条件的供应商或对招标文件作出了实质响应的供应商不足三家时,有权决定废标的是“财政部门”。但需注意的是,2017年财政部对18号令进行了修订,并公布施行了《政府采购货物和服务招标投标管理办法》(以下简称“87号令”)。修订“18

①白如银.招标投标焦点难点探析[M].北京:中国电力出版社,2018:249.

②政府采购法起草小组.政府采购法实用手册[M].北京:中国财政经济出版社,2002:100.

号令”时,已删除了“废标”规定。一是删除了前述第 57 条;二是对前述第 43 条做了较大修订,不仅删除了招标文件存在不合理条款、招标公告时间及程序不符合规定时,“应予废标”四个字,而且还删除了要求招标采购单位向“财政部门”报告由后者做出处理、确定废标的规定,而是改为,出现前述情况时,由采购人或采购代理机构改正后依法重新招标。这意味着《政府采购法》第 36 条规定的四种情形下的废标权仍都属于招标采购人。至于废标后采购项目如何处理,按照《政府采购法》第 37 条和“87 号令”第 43 条规定,除非采购任务取消,招标采购人应重新组织招标;如需采用其他方式,招标采购人应在采购活动开始前先向财政部门报批,获批后方可采用其他采购方式进行采购。

(二)《政府采购法实施条例》及“87 号令”中的“投标无效”规定

《政府采购法》第 22 条对供应商参与政府采购的资格条件做出了规定(如要求他们必须具有独立承担民事责任的能力、有良好的纳税和社保资金缴纳记录、参加采购活动前三年内在经营活动中无重大违法记录等),依此规定,如开标后发现投标供应商不具备前述某一条件,其投标无效,但《政府采购法》中没有条款就“投标无效”做出规定。2014 年底出台的《政府采购法实施条例》虽未进一步补充、细化上位法中的“废标”规定,但就“投标无效”做出了规定。此后修改通过的“87”号令中也删除了原“18 号令”中的“废标”规定,同时保留、修改、补充了关于“投标无效”的规定。下文详析。

1.《政府采购法实施条例》中的“投标无效”规定

《政府采购法实施条例》中明确规定了“投标无效”的是第 33 条,依其规定,如投标人未能按照

招标文件的要求提交投标保证金,“投标无效”。此外,《政府采购法实施条例》第 18 条规定单位负责人为同一人或存在直接控股管理关系的不同供应商,不得参加同一合同项下的政府采购活动;除单一来源采购项目外,为采购项目提供整体设计、规范编制或者项目管理、监理、检测等服务的供应商,不得再参加该采购项目的其他采购活动。这意味着在招标采购项目中,如果有关供应商违反前述规定参与特定政府采购项目的投标,“有关投标均无效”^①。

2.“87 号令”中的“投标无效”规定

由上可见,《政府采购法实施条例》中规定的“投标无效”情形很少,也未明确由谁认定“投标无效”。“87 号令”中补充规定了法定投标无效的多种情形,并明确了由“评标委员会”负责认定“投标无效”。下文详述。

“87 号令”在第 63 条中首先明确规定了投标人投标无效的五种具体情形,包括:未按招标文件的规定提交投标保证金;投标文件未按招标文件要求签署、盖章;不具备招标文件中规定的资格要求;报价超过招标文件中规定的预算金额或最高限价;以及投标文件中含有采购人不能接受的附加条件。这意味着,如投标人的投标存在前述情形之一,其投标无效。此外,该条最后还有一项兜底规定,即存在“法律、法规和招标文件规定的其他无效情形”的,投标人的投标亦无效。除第 63 条外,“87 号令”第 31 条、36 和 37 条以及第 59 条也规定了“投标无效”的情形。

按照“87 号令”第 31 条规定,采用最低评标价法的招标采购项目,提供相同品牌产品的不同投标人参加同一合同项下投标,未被确定参加评标的投标人的投标属于无效投标。第 36 条要求投标人遵循公平竞争原则,不得恶意串通、妨碍其他投标人的竞争行为、损害采购人或其他投标人的合法权益;并明确规定“在评标过程中发现投标人有上述

^①岳小川.《政府采购货物和服务招标投标管理办法》解读—18 号令和 87 号令差异对比[M]. 北京:经济科学出版社,2018: 155.

情形的,评标委员会应当认定其投标无效。”此外,第37条还明确了有“不同投标人的投标文件由同一单位或者个人编制”等六种情形,可视为投标人串通投标,其投标同样无效。依照这两条规定,如评标委员会在评标过程中发现投标人有串标等违反公平竞争原则的不正当竞争行为,应当认定其所提交的投标无效。依照第59条规定在投标人的投标报价文件中出现前后不一致错误时(如大小写金额不一样),如其不确认修正后的报价,则投标无效。

除上述“投标无效”规定外,“87号令”第60条还规定了应将投标人的投标“作为无效投标处理”的情形:提交了可能影响产品质量或不能诚信履约的异常低价投标的投标人若不能证明自己的报价具有合理性,“评标委员会应当将其作为无效投标处理。”

3.《政府采购法实施条例》及“87号令”中“投标无效”规定的特点

不同于《政府采购法》中的“废标”意在将已完成的招投标活动作废,上述“投标无效”针对的是某个或某些有问题的投标人的投标,否定的是某个或某些有问题的投标的有效性,而非否定所有投标和否定已完成的招投标活动的效力;有权认定“投标无效”的是评标委员会,而非招标采购人。再有,投标被认定无效或作为无效投标处理后,其投标文件不再被进一步评审,投标人失去了中标资格;而相关项目的招标采购活动不受影响,继续进行。

三、《招标投标法》及其配套法规中的“废标”、“投标无效”和“否决”投标规定

(一)《招标投标法》配套部门规章中的“废标”规定

《招标投标法》及其《招标投标法实施条例》中

均未使用“废标”一词,但发改委等有关部委联合发布的几个配套部门规章中曾明确使用“废标”一词,并做出了相关规定。例如,在2003年发布的《工程建设项目施工招标投标办法》和《工程建设项目勘察设计招标投标办法》、2001年发布的《评标委员会和评标方法暂行规定》(以下简称“七部委12号令”)和2005年发布的《工程建设项目货物招标投标办法》(以下简称“七部委27号令”)中,都有“废标”规定。“七部委27号令”第41条即是一个典型例子。该条第1款规定,投标文件有“无单位盖章并无法定代表人或法定代表人授权的代理人签字或盖章”、“投标人名称或组织结构与资格预审时不一致且未提供有效证明”或“未按招标文件要求提交投标保证金”等九种情形之一的,“由评标委员会初审后按废标处理”。不同于《政府采购法》及其相关部门规章中的“废标”,此处的“废标”意指“不合格的投标”^①,“废”字是个形容词而非动词;评标委员会对投标作废标处理意指剔除那些不合格投标,不对其做进一步评审。该条第2款进一步规定,“评标委员会对所有投标作废标处理的,或者评标委员会对一部分投标作废标处理后其他有效投标不足三个使得投标明显缺乏竞争,决定否决全部投标的,招标人应当重新招标。”也就是说,如所有投标都被当做废标剔除了或剩下的合格投标不足三个,评标委员会有权否决全部投标,此时会产生与《政府采购法》中的“废标”同样的后果,即已完成的招投标活动全部作废,招标采购人需重新招标。

但需注意的是,为贯彻实施2011年底发布的《招标投标法实施条例》,发改委会同有关部门于2013年3月发布了《关于废止和修改部分招标投标规章和规范性文件的决定》,将前述部门规章中的“废标”规定全都修改为“否决”投标了。例如,“七部委27号令”第41条第2款中的“由评标委

^①钱忠宝,关于“废标”与“否决投标”[J]. 招标与投标,2014(1): 20.

员会初审后按废标处理”已改为“评标委员会应当否决其投标”。也就是说,《招标投标法实施条例》开始实施后,《招标投标法》的配套部门规章中不再使用“废标”一词。

(二)《招标投标法实施条例》中的“投标无效”规定

《招标投标法》中只对“中标无效”做出了规定,并无“投标无效”规定,其《招标投标法实施条例》出台时增补了“投标无效”规定,在第34、37、38和81条中规定了“投标无效”的几种情形。其一,与招标人存在利害关系可能影响招标公正性的法人、其他组织或个人违法参加投标;其二,单位负责人为同一人或存在控股、管理关系的不同单位,违法参加同一标段投标或未划分标段的同一招标项目的投标;其三,资格预审后联合体增减、更换成员后进行投标;其四,联合体各方在同一招标项目中以自己名义单独投标或同时参加其他联合体的投标;其五,投标人发生合并等重大变化致其不再具备规定资格条件或其投标影响招标公正性;其六,依法必须进行招标的项目的招标投标活动违反《招标投标法》及其《招标投标法实施条例》规定,对中标结果造成实质性影响且不能采取补救措施予以纠正。

由上可见,此处的“投标无效”与《政府采购法实施条例》及“87号令”中的“投标无效”涵义一致,都是针对某个或某些有问题的投标人的投标,否定某个或某些有问题的投标的有效性。不同的是,上述条款中未明确由评标委员会认定“投标无效”;但发改委法规司在对《招标投标法实施条例》第38和34条进行解释时指出,由“评标委员会”复核确认重大变化可能影响资格条件和公正性的投标无效,否

决存在利益冲突的投标^①。投标被确认无效后,亦只会影响到相关投标人,会使其失去参与后续招标投标活动的资格;但相关项目的政府采购活动不受影响,继续进行。

(三)《招标投标法》及其配套法规中的“否决”投标规定

《招标投标法》第42条第1款规定“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”;第2款针对依法必须进行招标的项目进一步规定,所有投标被否决的,招标人应当依照该法重新招标。显然,该条是关于“评标委员会”可以“否决”所有投标以及投标被否决后招标人应如何处理的规定。该条强调的是评标委员会有权否定“所有”投标,前提条件是其认为“所有”投标都不符合招标文件的要求(常见的“所有”投标文件都不符合招标文件要求的情况包括:“最低评标价大大超过标底或合同估价,招标人无力接受投标;所有投标人在实质上均未响应投标文件的要求;投标人过少,没有达到预期的竞争性。”^②)对于第42条的“否决”投标规定,有法条释义解释为“将所有投标都作为废标处理”^③。也就是说,将所有投标都作为“不合格投标”处理。其结果是招标投标活动无法再进行下去,已完成的招标投标活动只能作废;上述第2款明确要求包括政府招标采购工程项目在内的依法必须进行招标的项目的招标人在“所有投标被否决的”情况下,依法重新招标,也意味着已完成的招标投标活动应全部“作废”。

上述第42条虽规定评标委员会可否决所有“不符合招标文件要求的”的投标,但未明确哪些投标属于“不符合招标文件的”投标,《招标投标法实施条例》第51条补充明确了评标委员会应当否决投标的七种具体情形,包括:投标文件未经投标单位盖章和单位负责人签字;投标联合体未提交共同投标协议;投标人不符国家或招标文件规定的资格条件;同一投标人提交两个以上不同投标文件

①国家发展和改革委员会法规司等. 中华人民共和国招标投标法实施条例释义[M]. 北京:中国计划出版社, 2012: 93和101.

②中华人民共和国招标投标法释义(全国人大常委会法工委版), <http://zgzbcbg.cn/view.asp?nid=805>.

③同上注。

或投标报价(但招标文件要求提交备选投标的除外);投标报价低于成本或高于招标文件设定的最高投标限价;投标文件未对招标文件的实质性要求和条件作出响应;投标人有串标、弄虚作假、行贿等违法行为。对于该条规定的“否决”投标,发改委法规司等做出的解释是“指在评标过程中,投标文件具有本条规定的情形,或者没有对招标文件提出的实质性要求和条件作出响应,评标委员会作出对其投标文件,不再予以进一步评审,投标人失去中标资格的决定。”^①从该条规定和上述解释中均可看出,此处的“否决”投标针对的是某个或某些有问题的投标人的投标,否决的是某个或某些有问题的投标文件;有权否决这些投标的是评标委员会。

如上所述,为贯彻实施《招标投标法实施条例》,发改委等有关部门2013年修改了以前发布的一些规范招投标活动的部门规章中的规定,将原来的“废标”规定全部修改为“否决”投标规定。现以规定评标委员会和评标方法的“七部委12号令”为例,介绍、分析部门规章中的“否决”投标规定。“七部委12号令”在第20-23条中规定了评标过程中评标委员会应当否决投标的四种情形,包括:发现投标人以他人名义投标、串通投标、以行贿手段谋取中标或者以其他弄虚作假方式投标;发现投标人的报价明显低于其他投标报价或明显低于标底,且不能合理说明或不能提供相关证明材料,因而被认定为以低于成本报价竞标;发现投标人资格条件不符合国家有关规定和招标文件要求或拒不按要求对投标文件进行澄清、说明或者补正;发现投标人的投标文件未对招标文件提出的所有实质性要求和条件作出响应。第25条中进一步明确了投标文件未能对招标文件做出实质性响应的具体情况,包括未按招标文件要求提交投标担保或所提供的投标

担保有瑕疵;投标文件无投标人授权代表签字和加盖公章;投标文件载明的招标项目完成期限超过招标文件规定的期限;明显不符合技术规格、技术标准的要求;投标文件载明的货物包装方式、检验标准和方法等不符合招标文件的要求;投标文件附有招标人不能接受的条件;不符合招标文件中规定的其他实质性要求。可见,“七部委12号令”进一步补充、细化了评标委员会有权否决投标的具体情形;依上述规定,评标委员会有权否决有前述情形(如未提交投标保证金的)的某个或某些投标人的投标。此外,“七部委12号令”第27条还明确了评标委员会否决不合格投标后,如因有效投标不足三个使得投标明显缺乏竞争,可以否决“全部”投标。

需注意的是,《招标投标法》及其配套法规中的“否决”投标规定虽然明确了“评标委员会”有权在哪些情况下否决某个投标人的投标或者否决全部投标,而且否决全部投标后会导致已完成的招投标活动作废,但并未明确谁有权作废已完成的招投标活动。然而,可推导出是招标人,而非评标委员会,有权在所有投标都被否决的情况下将已完成的招投标活动作废然后依法重新招标,因为评标委员会只负责具体评标事务,无权评判、否定包括招标等在内的其他已完成的招投标活动。可见,此处的“否决”投标与《政府采购法》第36条使用的“废标”一词涵义完全不同。发改委法规司等在解释《招标投标法实施条例》时亦强调,第51条使用“否决”投标而非“废标”,一是因为《招标投标法》中使用了“否决”投标而非“废标”,二是为避免与《政府采购法》规定的“废标”概念相混淆^②。“否决”投标后的法律后果取决于是否所有投标均被否决了,如是,会导致招标人将已完成的招投标活动作废后依法重新招标;如不是,被否决投标的投标人投标文件不再被评审、投标人失去中标机会,但相关项目的招投标活动继续进行。

^①国家发展和改革委员会法规司等. 中华人民共和国招标投标法实施条例释义[M]. 北京:中国计划出版社, 2012: 128.

^②同上注。

表 1 “废标”、“投标无效”和“否决”投标之间的异同分析

内容	《政府采购法》及其配套法规		《招标投标法》及其配套法规	
	废标	投标无效	投标无效	否决投标
适用情形	<p>1. 符合专业条件的供应商或对招标文件作实质响应的供应商不足三家；</p> <p>2. 出现了影响采购公正的违法、违规行为；</p> <p>3. 投标人报价均超采购预算，采购人不能支付；</p> <p>4. 因重大变故，采购任务取消。</p>	<p>1. 投标文件未按招标文件要求签署、盖章；</p> <p>2. 投标人不具备《政府采购法》或招标文件中规定的资格条件；</p> <p>3. 报价超预算金额或最高限价；</p> <p>4. 异常低价投标且投标人不能证明其报价的合理性；</p> <p>5. 投标人有恶意串通、妨碍其他投标人的不正当竞争行为；</p> <p>6. 投标人未按规定提交投标保证金；</p> <p>7. 投标文件中含有采购人不能接受的附加条件；</p> <p>8. 投标报价文件中出现前后不一致错误时，投标人不确认修正后的报价；</p> <p>9. 采用最低评标价法的招标采购项目，提供相同品牌产品的不同投标人参加同一合同项下投标，未被确定参加评标的投标人的投标；</p> <p>10. 单位负责人为同一人或存在直接控股管理关系的不同供应商，违规参加同一合同项下的招标采购活动；</p> <p>11. 为采购项目提供整体设计、规范编制或项目管理、监理、检测等服务的供应商，违规参加该采购项目的其他采购活动（除非是单一来源采购项目）。</p>	<p>1. 投标人与招标人存在可能影响招标公正性的利害关系；</p> <p>2. 单位负责人为同一人或存在控股、管理关系的不同单位，违规参加同一标段投标或未分标段的同一招标项目的投标；</p> <p>3. 资格预审后联合体增减、更换成员后进行投标；</p> <p>4. 联合体各方在同一招标项目中以自己名义单独投标或同时参加其他联合体的投标；</p> <p>5. 投标人发生重大变化导致不再具备规定资格条件或其投标影响招标公正性；</p> <p>6. 依法必须进行招标项目的招标投标活动违反招标投标法及其实施条例规定，对中标结果造成实质性影响且不能采取补救措施予以纠正。</p>	<p>1. 投标文件未经投标单位盖章和单位负责人签字；</p> <p>2. 投标人不符合国家或招标文件规定的资格条件；</p> <p>3. 投标报价高于招标文件设定的最高投标限价；</p> <p>4. 被认定以低于成本报价竞标；</p> <p>5. 投标人有串标、弄虚作假、行贿等违法行为；</p> <p>6. 投标文件未对招标文件的实质性要求和条件作出响应（如未按规定提交投标保证金、附有招标人不能接受的条件等等）；</p> <p>7. 投标人拒不按要求对投标文件进行澄清、说明或者修正；</p> <p>8. 同一投标人提交两个以上不同的投标文件或投标报价；</p> <p>9. 投标联合体未提交共同投标协议；</p> <p>10. 评审后认为所有投标均不符合招标文件要求。</p>
针对对象	所有投标(不论是否有问题)及已完成的招标投标活动。	某个或某些有问题的投标。	某个或某些有问题的投标。	针对某个、某些有问题的投标,或包括无问题投标在内的所有投标（在否决不合格投标后有效投标不足三个时）。
决定主体	招标采购人	评标委员会	评标委员会	评标委员会
法律后果	已进行的招标投标活动全部“作废”；招标采购人需重新招标。	无效投标文件不再被继续评审,投标人失去中标资格;相关项目的招标采购活动不受影响,继续进行。	无效投标文件不再被继续评审,投标人失去中标资格;相关项目的招标投标活动不受影响,继续进行。	<p>1. 如只否决了某个或某些有问题的投标,相关投标文件不再被进一步评审,投标人失去中标资格,但相关项目的招标投标活动不受影响,继续进行。</p> <p>2. 所有投标均有问题被否决或否决不合格投标后有效投标不足三个时,会导致已进行的招标采购活动作废,招标人需重新招标。</p>
基本涵义	将已完成的招标投标活动作废。	否定某个或某些有问题的投标的有效性。	否定某个或某些有问题的投标的有效性。	否定某个或某些有问题的投标的有效性,或者否定包括无问题投标在内的所有投标的有效性。

四、“废标”、“投标无效”和“否决”投标之比较

鉴于《招标投标法》及其配套法规中已不再使用“废标”一词,下文仅将其仍使用的“投标无效”和“否决”投标与《政府采购法》及其配套法规中使用的“投标无效”和“废标”进行比较分析。表1显示了“废标”、“投标无效”和“否决”投标在适用情形、针对对象、决定主体、法律后果以及基本涵义五方面的异同之处。

基于上表,可做如下归纳:

第一,《政府采购法》及相关部门规章中规定的“废标”的适用情形与“投标无效”和“否决”投标不同,针对的是“所有”投标,不论有无问题,是由“招标采购人”,而非评标委员会,将已完成的招标采购活动全部“作废”。

第二,不同于“废标”,《政府采购法》配套法规中规定的“投标无效”针对的是某个或某些有问题的投标,是由“评标委员会”否定这些有问题的投标,此后,被认定无效的投标文件不再被进一步评审但不影响招标采购活动的继续进行。

第三,《政府采购法》配套法规中规定的“投标无效”与《招标投标法实施条例》中使用的“投标无效”同义,但两者的适用情形不完全相同。

第四,《政府采购法》配套法规中“投标无效”的适用情形与《招标投标法》及其配套法规中的“否决”投标的适用情形既有相同也有不同之处,两者的主要区别是前者不涉及否定“所有”投标因而不影响招标采购活动继续进行,而后者既涉及否定某个或某些有问题的投标也涉及否定“所有”投标(包括没有问题的投标)因此会导致已完成的招投标活动全部作废。

第五,《招标投标法实施条例》中的“投标无效”主要适用于投标人违法违规投标之情况,而《招标投标法》及其配套法规中的“否决”投标既适用于投标人违法违规投标也适用于投标文件有问题之情

形;而且,前者只针对某个或某些有问题的投标人的投标,不会影响招投标活动的继续进行,而后者可能否决包括无问题投标在内的“所有”投标,会导致已完成的招投标活动全部作废。

五、术语不同、规定不一的主要原因和后果

(一)主要原因

针对相同或类似情况,两套规则中使用了不同术语,做出了不完全一致的规定,笔者认为,主要原因有二:

一是相关部门之间协调不够。在我国,《招标投标法》及其配套法规由发改委主导制定,而《政府采购法》及其配套法规由财政部主导制定。虽然近年来这两个部门在主导、制定或修改涉及招投标的行政法规、部门规章及规范性文件时在一定程度上注意了相互协调(如晚于《招标投标法实施条例》出台的《政府采购法实施条例》通过直接采用前者对“工程”所做的定义,统一了“两法”对“工程”的界定,由此明确了受《招标投标法》规制的政府招标采购工程项目包括建设工程本身以及与工程建设有关的货物和服务),但总体看部门间的协调仍然不够,尤其是在制定下位法时相关部门往往只考虑与自己主导制定的上位法保持一致。如上所见,针对所有投标均有问题或符合要求的有效投标不足三个的情况,两套规则中分别使用了“废标”和“否决”投标两个不同术语;虽然两套规则中都有“投标无效”规定,但适用情形又有诸多不同,导致同一术语的有关规定出现差异。

二是立法技术比较粗糙。“两法”及其配套法规中均存在不少立法瑕疵。首先,不论是在“两法”中还是其实施条例中都未对前述术语进行定义、做出解释。其次,一些条款规定不够完整、准确、严谨,甚至与上位法或其他条款规定有冲突。例如,《政府采购法》第36条规定了哪些情形下应予“废标”,但并

未同时明确由谁废标;《政府采购法实施条例》第18条做出了两款禁止性规定,即单位负责人为同一人或存在直接控股管理关系的不同供应商,不得参加同一合同项下的政府采购活动;除单一来源采购项目外,为采购项目提供整体设计、规范编制或者项目管理、监理、检测等服务的供应商,不得再参加该采购项目的其他采购活动,但该条未进一步明确“违反前两款规定的,相关投标均无效”。再如,《招标投标法》第42条虽然规定评标委员会可以否决所有“不符合招标文件要求的”的投标,但该法中却未明确哪些投标属于“不符合招标文件的”投标;《招标投标法实施条例》第51条补充规定了应否决投标的七种具体情形,将“投标文件未经投标单位盖章和单位负责人签字”和“投标文件没有对招标文件的实质性要求和条件作出响应”并列为两种不同情形,意味着前者不属于后者情形,但“七部委12号令”第25条却规定投标文件有未签字和盖章情形的“为未能对招标文件作出实质性响应”,部门规章中的规定与上位法明显不一致;《招标投标法实施条例》第34条规定单位负责人为同一人或存在控股管理关系的不同单位,参加同一标段或未划分标段的同一招标项目的,“投标无效”,而这两种情况均属于第51条中规定的“投标人不符合国家或者招标文件规定的资格条件”之情形,依第51条规定,应由评标委员会“否决”投标。

(二)主要后果

针对相同或类似情况使用不同术语、相关规定又不尽一致导致的主要后果如下:

一是不利于准确理解、适用相关术语及相关规定。对前述术语的涵义及其相互之间的区别联系的准确理解,即便是专家学者也颇感不易,对

一般政府采购从业人员而言恐怕更为困难。将《政府采购法》中的“废标”和《招标投标法》配套部门规章中曾使用的“废标”完全等同、将前一立法配套法规中使用的“投标无效”与后一立法及其配套法规中使用的“否决”投标完全等同、将“否决”投标与“废标”等同,混淆“投标无效”与“否决”投标的适用条件等并不少见。无法准确理解前述术语及相关规定,必然会影响到这些规定在实践中的正确适用和有效实施;如果招标采购人的有关业务人员不能准确理解前述术语及相关规定,必然会对采购人承担主体责任产生不良影响。

二是会导致同样情况下做出不同处理。如果在投标竞争政府采购货物或服务合同时出现投标文件未按要求签署和盖章、投标报价超预算金额或最高限价、投标文件中含有招标采购人不能接受的附加条件、投标人不具备规定资格条件、异常低价投标以及投标人有串通投标等违法行为情况时,按照前述采购项目应适用的《政府采购法实施条例》及“87号令”中的规定,评标委员会应认定“投标无效”;而如前述情形发生在政府招标采购工程项目中,需适用《招标投标法》及其配套法规规定,而依照后者,评标委员会应当做出的是“否决”投标决定。

六、修法建议

因为“两法”及其配套法规中存在包括前述问题在内的诸多问题,近年来不少专家学者呼吁统一“两法”、修法,目前看来短期内统一“两法”希望渺茫,因为发改委和财政部又已分别开始修订“两法”及其配套法规工作。发改委再次先行一步,于2019年12月3日发布了《中华人民共和国招标投标法(修订草案公开征求意见稿)》,其中第48条系对原第42条“否决”投标规定的修订^①;财政部也已将修

^①修订体现为如下两点:一是规定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,“应当”(原为“可以”)否决所有投标;二是细化了依法必须进行招标的项目的所有投标被否决后招标人重新招标的规定。

订《政府采购法》及《政府采购法实施条例》和“87号令”列入2020年的立法工作安排中。笔者认为,即便是分别修法,也应加强协调,以解决因两套规则有异带来的各种问题。针对本文探讨的问题,笔者提出以下修法建议:

(一)统一使用“废标”和“否决”投标两个术语

《政府采购法》及其配套法规中规定了“废标”和“投标无效”,而《招标投标法》及其配套法规中规定了“投标无效”和“否决”投标,笔者建议在两套规则中统一使用“废标”和“否决”投标两个术语,不再使用“投标无效”一词。具体而言,“废标”一词用于作废已完成的招投标活动,“否决”投标用于否定有问题的投标的有效性;修订《招标投标法》时,应参照《政府采购法》第36条规定废标的适用情形;“两法”及其配套法规中的“投标无效”规定均改为“否决”投标。笔者提出这些建议主要基于以下考虑:其一,“否决”投标针对的是有问题的投标,而“废标”既可能是因所有投标都有问题也可能与投标是否有问题无涉(如因重大变化导致采购任务取消),所以,“否决”投标无法涵盖“废标”的适用情形,二者宜分别规定;其二,二者分别规定、适用于不同情形,容易区分,方便适用;其三,“投标无效”和“否决”投标是一个问题的两个方面(即投标人的投标有问题因而无效力、否定和拒绝前述有问题的投标),只用一个术语足矣,而且适用情形等有关规定可更简洁、清晰;其四,“否决”(reject)投标一词在国际上广泛使用,例如联合国国际贸易法委员会2011年修订的《公共采购示范法》中即是用的“否决”投标一词^①,而非“投标作废”。

^①《公共采购示范法》第43条第2款规定“有下列情形的,采购实体应当否决投标书:(a)递交投标书的供应商或承包商不合格;(b)递交投标书的供应商或承包商不接受根据本法第16条对计算错误作出的纠正;(c)投标书不具响应性;(d)本法第20条或第21条中述及的情形。”

(二)明确“废标”和“否决”投标的涵义

如上所述,目前的两套规则中均未对“废标”和“否决”投标做出解释。笔者认为,修法时应改进立法技术,立法应更为精细化以提高立法质量。具体而言,为便于理解掌握和正确适用“废标”和“否决”投标,修法时不应一味囿于法律的原有样态;可考虑在“两法”中增加“定义条款”,对包括“废标”和“否决”投标在内的术语做出界定、解释。一些立法比较发达国家的立法中通常都有“定义”条款;WTO《政府采购协议》修订时也新增了专门的“定义”条款。通过增列定义条款对立法中的术语加以明确解释显然有助于人们对有关法条的理解与适用。如不能增补“定义”条款,至少也应在“两法”的实施条例中对前述术语做出解释。例如,可将“废标”解释为“当招标采购中出现非招标采购人不能预见并控制的情形以及影响采购公正的违法、违规行为,致使招标采购过程无法继续进行时,招标采购人拒绝所有投标、将已进行的招标采购活动作废的行为”;将“否决”投标解释为“评标委员会否定、拒绝在招投标过程中有违法行为的投标人的投标文件或者不符合相关法律法规规定或招标文件规定的投标文件的行为。”

(三)明确规定废标权由招标采购人行使

如前所述,《政府采购法》第36条虽规定了哪些情况下“应予废标”,但未明确规定由谁废标,只能从该条第2款规定中推导出采购人具有废标权。建议修法时加上主语直接规定为“采购人应予废标”以明确废标权由招标采购人行使。明确采购人的废标权,从宏观方面看有利于强化招标采购人的主体责任,可促使他们慎重用权、尽责担责,有利于深化政府采购制度改革,可加快采购主体职责清晰的现代政府采购制度的形成和发展;从微观方面看有利于针对相关招标采购项目迅速做出废标决定,采购任务被取消时可尽快结束招标采购活动,其他

情况下可重新组织招标推动相关项目的招标采购工作尽快完成。当然,在明确赋予招标采购人废标权的同时,还应有一定措施防范他们不正当行使废标权,动辄废标影响采购效率,除要求其向投标人说明废标理由、发布废标公告外,还需进一步明确废标的法定情形。例如,《政府采购法》第36条规定了废标的四种法定情形,最后一种是“因重大变故,采购任务取消”,但何谓“重大变故”,至今仍无解释;建议修订《政府采购法实施条例》时增补对“重大变故”的解释。

(四) 明确规定监管部门在特定情形下有权直接废标

在明确招标采购人享有废标权的同时,还需考虑到其可能因各种原因应当废标而不予废标。例如,按照《政府采购法》第36条规定,如招标采购中“出现影响采购公正的违法、违规行为”采购人应予废标,但前述违法行为可能是招标采购人工作人员所为或其与供应商或评标专家一起所为(如收受贿赂、与供应商串通投标等),这种情况下就可能出现采购人应予废标而不废标的情况。此时,应由政府采购监管部门作出废标决定。然而,《政府采购法》中虽明确规定了监管部门对政府采购活动监督检查的主要内容之一即是采购程序的执行情况,但并未明确规定监管部门有权废标,导致实践中对监管部门是否有权直接废标产生不同理解。在“大连曦然实业发展有限公司诉被告大连市财政局、被告大连市人民政府行政监督纠纷”一案^①中,大连市财政局在处理政府采购投诉中发现该项目对招标文件作出实质响应的供应商不足三家,遂依《政府采购法》第36条规定直接作出了废标决定,综合得分排名第一的原告认为大连市财政局不具有作出废标处

理决定的职权,亦无废标的事实依据,其越权做出的废标决定应予撤销;针对财政局有无废标权这一案件焦点问题,法院认为,“在招标采购单位应予废标而未废标的情况下,作为监督招标采购单位的有权机关,财政部门直接作出废标处理决定,属于其对政府采购活动履行监督管理职责的必要内容。”^②再有,在处理投诉、举报时如监管部门认定有可导致废标的“影响采购公正的违法、违规行为”,由其直接废标更有效率,有助于快速终止有问题的招标采购活动、重新招标。笔者建议修法时明确规定,政府采购监管部门在采购人应予废标但未废标和处理投诉、举报认定招标采购中出现了影响采购公正的违法、违规行为时有权直接作出废标决定,而非责令招标采购人废标。

(五) 完善“否决”投标规定

在上文建议删除“投标无效”规定的基础上,笔者建议将两套规则中现有的“投标无效”适用情形与“否决”投标的适用情形进行整合、修订,以完善“否决”投标规定。

参考文献:

- [1] 白如银.招标投标焦点难点探析[M].北京:中国电力出版社,2018.
- [2] 政府采购法起草小组.政府采购法实用手册[M].北京:中国财政经济出版社,2002.
- [3] 岳小川.《政府采购货物和服务招标投标管理办法》解读—18号令和87号令差异对比[M].北京:经济科学出版社,2018.
- [4] 钱忠宝.关于“废标”与“否决投标”[J].招标与投标,2014(1):20.
- [5] 国家发展和改革委员会法规司等.中华人民共和国招标投标法实施条例释义[M].北京:中国计划出版社,2012.
- [6] 中华人民共和国招标投标法释义(全国人大常委会法工委版)[EB/OL].<http://zgzbeg.cn/view.asp?nid=805>.

【责任编辑 孟宪民】

^①大连经济技术开发区人民法院行政判决书(2017)辽0291行初47号。

^②辽宁省大连市中级人民法院行政判决书(2017)辽02行终588号。