

A Guide to China Tendering
and Bidding Law and Practice

最新招标投标 法律实务操作

— 朱中华 著 —

序 言

招标是通过竞价方式选择交易对象并签订合同的方式，招标特别是公开招标方式最大的特点是其公开透明性与竞争性。公开透明也是国际公认的最基本的招标原则，国外有人将公开招标比喻为“鱼缸里的金鱼”，也是说招标程序的公开和透明。招标程序的公开性和透明性是招标程序公正与公平的保证。英国大法官休厄特说，“不仅要主持正义，还要人们明确无误地、毫不怀疑地看到是在主持正义，这一点不仅是重要的，而且是极为重要的。”招标方式的另一个重要特点是竞争性，招标从本质上来说就是一种公开竞争签约的方式。招标方式的竞争性使更多潜在的合格供应商能够公开平等地参与投标竞争，从而使招标人能够更容易地从中找到最优的投标人作为供应商。

自 18 世纪后期招标形式在英国出现以后，其他国家纷纷效仿，并成为许多国家在经济贸易中选择交易对象、签订合同的重要方法。目前，世界各国在政府采购以及大型私人投资项目等经济活动中，广泛采用招标方式。国际组织和国际金融机构投融资建设项目和货物与服务项目供应商的选择中，也是要使用招标方式。1979 年 4 月 12 日联合国制定的《政府采购协议》（Government Procurement Agreement），2011 年 7 月 8 日联合国贸法会修订的《公共采购示范法》均把招标采购作为政府采购的主要形式。《公共采购示范法》第 28 条第 1 款规定，除该法另有规定外，“采购实体应当通过公开招标方式进行采购”。联合国示范法的规定为世界各国建立系统完善的政府采购和招标法律制度起到了非常重要的促进作用。

改革开放后，我国在国家项目、政府采购项目和私营投资项目上逐步采用招标方式选择供应商。1999 年 8 月 30 日，我国颁布了《招标投标法》，该法第 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。”2002年6月29日，我国又颁布了《政府采购法》，该法第26条也规定，“公开招标应作为政府采购的主要采购方式。”《招标投标法》与《政府采购法》颁布实施之后，多数政府采购项目包括重要的工程建设项目必须采用招标方式特别是公开招标方式选定供应商，在国家没有规定必须招标的许多项目中招标人也自愿采取招标方式。因此，招标方式已经成为我国政府采购中货物、服务与工程项目以及绝大多数私人投资的建设工程项目选择供应商的主要方式。在建设工程项目中，绝大多数分包商与供应商也必须采用招标方式选择。2011年12月20日国务院颁布了《招标投标法实施条例》，进一步完善了招标制度，促进了招标制度的推广实施。因此，招标方式也是我国目前经济贸易中最为重要的订约方式之一。

通过招标方式签订合同有其他形式无可比拟的优点，但是也存在程序较为复杂、费时较长、涉及的相关方较多的客观情况，因此在整个招标投标过程中也存在许多方面的风险。要达到顺利选择出最优供应商的目的，应当准确理解并严格执行法律、法规和行政规章等规范性文件的相关规定，同时也要特别注意识别、评估与管理招标过程中每一个环节的风险，包括招标阶段、投标阶段、开标与评标阶段、定标与合同谈判阶段、签约履约阶段等阶段的风险。使用电子招标形式的，还要注意防范电子招标投标形式存在的相应的风险。

招标阶段的风险主要包括：招标项目招标条件不具备的风险，招标方不遵守法律规定的风险，如规避招标、虚假招标、招标形式不合法、排斥或限制潜在投标人、招标文件的内容不合法、擅自终止招标、招标单位人员泄露保密信息等。

投标阶段的风险主要包括：投标人对于招标人了解不清楚、对于招标项目了解不清楚、明知招标人违法仍贸然投标的风险，投标人自身能力不足仍然投标的风险，投标人不遵守法律规定的风险，如串标、围标、以他人名义投标或借用他人资质投标、在投标中弄虚作假、以低于成本的报价投标、投标人的投标保证金不符合要求等风险。

开标与评标阶段的风险主要包括：开标时投标人不足三家的风险，评标标准和方法规定不当的风险，评标人违法引发的风险，委员会组建不符合法律规定、评标中废标无法律和招标文件依据的风险等。

定标与合同谈判阶段的风险主要包括：合同谈判达不成一致的风险，发包人违反法律或招标文件规定的风险，如违法确定中标人、未依法进行中标人公示、未及时发送中标通知书、中标通知书发出后改变中标结果，投标人弃标的风险等。

签约履约阶段的风险主要包括：中标人丧失履约能力，招标人与中标人签订“阴阳合同”，合同约定不清楚风险，合同或工程变更风险，物价上涨风险，履约担保的风险，招标人或中标人违法或违约的风险，如中标人转包或违法分包项目、不按照要求履约等。

同时，在电子招标投标方式中还存在着一些与传统招标方式不同的风险，如电子招标投标系统故障风险、招标人投标人对于投标文件解密失败的风险和电子招标投标当事人与其他人违法违规风险，如电子招标投标系统建设和运营单位违法建设和运营、利用技术手段限制或者排斥潜在投标人、交易平台运营机构违规经营、电子招标投标系统运营机构泄密、电子招标投标系统运营机构协助招标人、投标人串通投标、通过伪造篡改或损毁招标投标信息等弄虚作假行为谋取中标、电子招标投标系统运营机构对于注册登记人的初录信息不依法进行严格验证、行政监督部门及其工作人员不履行职责或非法干涉电子招标投标活动等。

只有准确理解和正确适用招标投标法律的规定、编制和使用好招标文件并依法实施项目招标，才能充分发挥招标方式的优势，防范招标投标当事人风险，使招标投标活动依法、公开、公平、公正地顺利进行，最终选择出最优的投标人中标，维护招标投标的良好秩序与招标投标相关方的切身利益。

本书作者结合自己长期从事招标投标工作的实践经验、最新的招标文件范例、法律纠纷案例和最新颁布的法律规定，试图对于招标投标制度在实践中的具体操作、风险防范、纠纷解决及其制度完善进行较为系统的介绍和阐述，希望能够在这些方面为大家提供一些启发和帮助。本书的特色在于：

一是注重实务操作。本书紧密结合招标投标实践以及实践中最常使用的大量文本范例进行法律分析，有的放矢，能够反映招标投标实践的真实情况，具有很强的操作性，读者可以根据本书的介绍分析对照具体项目的招标文件中的问题，自己找出答案。

二是注重案例分析。书中除了引用最常使用的大量文本范例以外，还对近期招标投标实践中发生的许多真实案例进行详尽剖析与法律分析，然后提出自己的建议，有助于读者通过案例分析形式更为准确深入地理解和正确适用相关法律规定与标准招标文件，也能够使读者对于招标投标实践中容易发生的问题举一反三，引以为戒，事先防范招标投标中的相关风险和问题。

三是注重最新的法律规定。本书根据《招标投标法》、《政府采购法》、国务院

2011年颁布的《招标投标法实施条例》、国家发改委等9部委局2013年3月11日颁布的《关于废止和修改部分招标投标规章和规范性文件的决定》（发改委等9部委局第23号令）、国家发改委会同有关部门制定的系列标准招标文件以及发改委会同工信部等八部委2013年2月4日颁布、自2013年5月1日起施行的《电子招标投标办法》等最新法律规定与标准招标文件撰写，能够反映法律规定与标准招标文件的最新成果。

四是注重第一手经验。本书作者长期从事国内与国际项目招标投标与政府采购法律工作，对于招标投标、政府采购等相关业务具有丰富的实践经验，书中与读者分享的许多经验均来自于作者自己在一线工作实践中真实的经验、体会和思考。

因此，本书是一本主要供从事招标投标实务操作的机构与人员使用的书籍，读者对象为招标人、投标人、招标代理机构、电子招标投标系统经营单位、其他参与方，工程建设部门、政府采购部门、建设工程承包商、货物供应商、服务提供商、项目投资评审机构、招标投标行政监督部门、监察机构和相关单位及其人员，以及其他对招标投标实务操作感兴趣的单位和人员，希望本书能对大家有所启发和帮助。

本书中的范例除特别说明以外均引自发改委等九部委局编制的《标准施工招标资格预审文件（2007年版）》与《标准施工招标文件（2007年版）》，特此表示感谢。由于作者能力所限，不足与错误在所难免，希望读者不吝批评指教。

如有任何问题，请将意见发到如下邮箱：zhuzhonghualaw@163.com。

朱中华

二〇一三年十二月

目 录

序 言	1
第 一 章 招标投标概述	1
第一节 招标投标的概念和特点	1
第二节 招标投标制度的起源与发展	2
第三节 招标投标形式在经济活动中的应用	4
第四节 招标是招标人通过竞价方式订立合同的方式	5
第 二 章 招标投标法律体系与法律适用	7
第一节 《招标投标法》与《实施条例》的立法过程	7
第二节 招标投标法律体系	10
第三节 招标投标法的性质和效力层级	15
第 三 章 招标投标法总论	17
第一节 招标投标法的立法目的与适用范围	17
第二节 《招标投标法》与《政府采购法》的关系	20
第三节 强制招标的范围	21
第四节 公开招标项目的范围	26
第五节 招标投标法的原则	29
第六节 招标投标活动的行政监督管理部门	35
案例 1 行政主管部门是否有权主动监督政府采购 招标投标活动?	36
案例 2 招标人在招标投标活动中聘用投标方人员 的中标是否有效?	40
第 四 章 招标项目的审批	43
第一节 货物与服务招标项目的审批	43

第二节	工程建设招标项目的审批与报建	44
范例 1	建设工程项目报建表	47
案例 1	建设工程项目没有履行审批手续是否影响 合同效力?	48
第五章	招标	58
第一节	招标方式的分类	58
第二节	项目招标条件	62
第三节	招标主体与招标代理机构	63
第四节	发布资格预审公告、招标公告或者投标邀请书	68
范例 1	《资格预审公告》格式	69
范例 2	《招标公告》格式（未进行资格预审）	71
范例 3	《投标邀请书》格式（适用于邀请招标）	72
第五节	资格审查与资格预审	74
第六节	编制招标文件	77
范例 4	《投标人须知前附表》格式	79
范例 5	《合同协议书》格式	83
范例 6	《履约担保》格式	84
范例 7	《工程量清单表》格式	85
范例 8	《计日工表》格式	86
范例 9	《暂估价表》格式	87
范例 10	《投标报价汇总表》格式	88
范例 11	《工程量清单单价分析表》格式	89
第七节	发售招标文件、投标人现场踏勘与招标文件的修改和澄清	90
第八节	利害关系人异议、投标期限与终止招标	92
第九节	在招标过程中禁止招标人实施的违法行为	95
第十节	招标阶段可能导致招标无效或中标无效的情形	98
案例 1	没有达到法定最低投标人数量限额，招标是否有效?	100
案例 2	招标人取消招标是否应当双倍返还保证金?	106
案例 3	招标文件将投标人投标保证金作为让利的 规定是否有效?	112
第六章	投标	115
第一节	投标人应当具备的条件	115
第二节	编制投标文件	118

范例 1	《投标函》格式	120
范例 2	《投标函附录》格式	121
范例 3	《价格指数权重表》格式	122
范例 4	《法定代表人身份证明》格式	122
范例 5	《授权委托书》格式	123
范例 6	《联合体协议书》格式	123
范例 7	《投标保证金保函》格式	124
范例 8	《施工组织设计》格式	125
范例 9	《项目管理机构》格式	128
范例 10	《拟分包项目情况表》格式	130
范例 11	《资格审查资料》格式	131
第三节	提交投标文件与投标保证金	133
第四节	投标文件的修改或撤回	134
第五节	联合体投标	135
第六节	在投标过程中禁止投标人实施的违法行为	136
第七节	无效投标	141
案例 1	投标人借用他人资质投标导致损失如何承担?	143
案例 2	串通投标行为如何认定以及行为人应承担 什么法律责任?	152
第七章	开标	157
第一节	开标时间、地点与参加人	157
第二节	开标程序	159
案例 1	投标人在开标时擅自变更投标代理人投标 是否有效?	162
第八章	评标	166
第一节	评标机构	166
第二节	评标标准、评标方法与评标要求	173
范例 1	评标办法前附表(含评审或评分标准)	173
第三节	评标程序	177
第四节	评标结果	179
第五节	无效评标	183
第九章	中标、签约与履约	185
第一节	中标程序	185

范例 1	《中标通知书》格式	187
范例 2	《中标结果通知书》格式	188
范例 3	《确认通知》格式	188
第二节	签约	194
第三节	履约	196
案例 1	投标人中标后以合同要求过高为由不签订 合同应承担什么法律后果?	204
案例 2	招标人是否应当退还未中标投标人投标 保证金的利息?	211
案例 3	中标人因合同条款与招标人达不成一致 而拒签合同有什么法律后果?	213
第十章	招标投标纠纷解决程序	221
第一节	概述	221
第二节	异议程序	221
第三节	投诉处理程序	224
第四节	行政复议程序与行政诉讼程序	234
第五节	民事诉讼程序	236
案例 1	招标投标合同纠纷案件如何确定管辖法院?	237
案例 2	投诉处理程序是否是提起诉讼的前置程序?	239
第十一章	违反招标投标法的法律责任	245
第一节	违反招标投标法的法律责任概述	245
第二节	招标人违法行为的法律责任	247
第三节	招标代理机构等中介机构及其人员实施违法行为的 法律责任	256
第四节	投标人和中标人违法行为的法律责任	259
第五节	评标人违法行为的法律责任	269
第六节	招标投标相关当事人共同实施或都可能单独实施的 违法行为的法律责任	271
第七节	国家行政监督部门及其人员违法行为的法律责任	278
第八节	法律没有明文规定的可能导致招投标、评标、 中标无效的情形及处理	282
案例 1	一人代理多个投标人参加投标是否属于 串通投标?	283

案例 2 违法串通投标构成犯罪应承担什么法律 责任?	288
第十二章 招标投标信用制度	295
第一节 招标投标信用制度的发展	295
第二节 招标投标信用制度的具体内容	296
案例 1 受过通报批评的投标人是否是合格投标人?	302
第十三章 外国资金项目招标投标例外与世界银行招标投标程序	307
第一节 外国资金项目适用《招标投标法》的例外	307
第二节 世界银行招标投标程序	308
第三节 招标投标协会	310
第十四章 电子招标投标	312
第一节 电子招标投标概述	312
第二节 电子招标投标交易平台	320
第三节 电子招标投标程序	324
第四节 公共服务平台与信息共享	333
第五节 电子招标行政监督平台、行政监督与监察	335
第六节 违反《电子招标投标办法》的法律责任	337
第七节 《电子招标投标办法》的其他规定与《技术规范》	342
附 录 招标投标主要法律与相关规定 (截至 2013 年 12 月)	
◆ 法律	344
中华人民共和国建筑法	344
(2011 年 4 月 22 日)	
中华人民共和国招标投标法	353
(1999 年 8 月 30 日)	
中华人民共和国政府采购法	360
(2002 年 6 月 29 日)	
中华人民共和国电子签名法	369
(2004 年 8 月 28 日)	

◆ 行政法规及文件	373
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	373
(2000年5月3日)	
中华人民共和国招标投标法实施条例	375
(2011年11月20日)	
◆ 司法解释	387
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	387
(2004年10月25日)	
◆ 部门规章	390
房屋建筑和市政基础设施工程施工招标投标管理办法	390
(2001年6月1日)	
评标委员会和评标方法暂行规定	397
(2013年3月11日)	
工程建设项目招标范围和规模标准规定	404
(2000年5月1日)	
工程建设项目施工招标投标办法	406
(2013年3月11日)	
评标专家和评标专家库管理暂行办法	418
(2013年3月11日)	
工程建设项目招标投标活动投诉处理办法	421
(2013年3月11日)	
政府采购货物和服务招标投标管理办法	424
(2004年8月11日)	
电子招标投标办法	435
(2013年2月4日)	
缩略语表	442
参考文献	443

第一章 招标投标概述

第一节 招标投标的概念和特点

一、招标投标的概念

招标，是指招标人为采购货物、工程或服务，向不特定的潜在投标人发布招标公告或者向特定的潜在投标人发出投标邀请书，邀请其进行投标，并根据招标条件和评标标准，选定最适合的中标人作为交易对象，并签署合同的活动。

投标，是与招标相对的概念，是指投标人响应招标人的招标要求，根据招标文件的要求编制投标文件，并将其递交给招标人参加投标竞争的活动。

招标与拍卖在某些方面比较相似，二者的相同之处都是通过竞争的方式来选择交易对象。但是二者也存在着较大的区别。招标是在一定范围内公开货物、工程或服务采购的条件和要求，投标人参加投标，并按照规定程序从中选择最符合招标要求的投标人的行为。拍卖是指以公开竞价的形式，将特定物品或者财产权利转让给最高应价者的买卖方式。二者的最大不同在于，招标是寻找工程、货物或服务的卖家，拍卖是寻找物品或者财产权利的买家。

二、招标投标的特点

通过招标投标选择交易对象的方式具有不同于其他方式的显著特点，这些特点包括竞争性、平等性、公开性、公平性等。

招标的竞争性，是指招标人邀请特定或者不特定的多个潜在投标人共同参与投标，投标人为了中标，必须提出有竞争力的投标条件，实际上，招标的过程也是不同投标人之间相互竞争的过程。

招标的平等性，是指参加投标的投标人处于平等的地位，所有投标人面对的招标条件和评标标准等都是完全相同的，任何投标人都具备优于他人的地位，不能歧视任何投标人，如果招标项目公开招标，所有符合条件的潜在投标人都可以进行投标。

招标活动的公开性，也称为招标活动的透明性，是指招标程序是公开的，招标条件、投标人资格要求、招标文件、评标标准、开标、中标结果与适用于招标的法律等招标的要求也是公开的。公开招标对公众公开，邀请招标在投标人之间公开。公开招标的要在指定媒体公开发布招标公告，对于中标结果要公开，有的还要求进行公示。

招标活动的公平性，是指招标人与投标人、投标人之间都不能事先沟通，招标人应当根据事先公布的评标标准确定中标人，而不能对任何一个投标人超出规定的条件予以照顾和偏袒。同时，一般情况下，为了保证招标活动的公平性，法律或者招标要求会规定，与招标人具有关联关系的人不能参与投标，有关联关系的两个或多个投标人不能共同对同一个项目投标。

第二节 招标投标制度的起源与发展

一、招标投标制度的起源

选择出价低、服务好的卖方作为交易对象是商品交易的本质，因此竞价选择交易对象在商品交易的早期就应当已经存在。但是，竞价交易作为一种系统的法律制度，即招标法律制度，一般认为最早起源于公共部门的采购。政府和公共部门的采购资金主要来源于国家的财政资金即赋税收入。在封建专制国家制度灭亡，西方现代国家制度建立以后，公众和国家议会对于公共费用开支的监督和约束更加强大，这就要求公共部门在采购过程中必须增加公开性和透明度，减少暗箱操作和腐败现象，节省开支，并且应当将政府采购行为制度化和规范化，因此，政府采购和招标制度就应运而生。英国政府在1782年最早设立了专门负责政府和公用部门所需物资采购的国家机构：国家文具公用局（Stationery Office），并建立了相应的制度。此后，许多国家也仿效英国建立相应机构，制定了专门规范政府和公共部门进行政府采购的法律。

随着经济的发展，招标形式成为最为普遍的一种政府采购形式。当然，招标形式不仅在政府采购中使用，也在国际组织、国际金融机构和许多私人采购和私人投资项目中使用。二战结束后特别是冷战结束以来，国际经济贸易数量迅速增加，招标采购作为国际经济贸易中非常常见的交易对象选择方式，适用也更加普遍。在国际经济贸易发展过程中，也逐步形成了一些公认的国际招标规则，对促进国家间的贸易和经济合作发挥了重大作用。1979年4月12日，联合国制定了《政府采购协议》（Government Procurement Agreement，简称“GPA”），1993年7月联合国国际贸

易法委员会通过了《货物、工程和服务采购示范法》，1994年5月又作了修改；2011年7月8日，联合国贸法会通过修订后的《货物、工程和服务采购示范法》，并更名为《公共采购示范法》。联合国示范法均把招标采购作为政府采购的主要方式。《公共采购示范法》第28条第1款规定，“除本法第29条至第31条另有规定外，采购实体应当通过公开招标方式进行采购。”联合国示范法的规定，为世界各国建立系统完善的政府采购和招标法律制度起到了非常重要的示范和促进作用。

二、招标投标制度在我国的发展

据记载^①，我国最早采用招标形式承包工程的是1902年张之洞创办的湖北制革厂。当时，承包工程的五家营造商参加开价比价，结果张同升以1270.1两白银的开价中标，中标后签订承包合同。此后，1918年汉阳铁厂的两项扩建工程也在汉口《新闻报》刊登广告，公开招标。1929年，武汉市采办委员会公布招标规则，规定公有建筑或一次采购物料大于3000元以上者，均须通过招标决定承办厂商。

新中国成立以后，我国采用招标投标方式订立合同始于1980年。国务院在1980年10月颁布了《关于开展和保护社会主义竞争的暂行规定》，提出“对一些适宜于承包的生产建设项目和经营项目，可以试行招标、投标的办法”。此后逐步在一些大型工程项目上采用了招标投标的方式，取得了较好的效果。城乡建设与环境保护部和国家计委等部门陆续制定了建设工程招标投标的行政规章。1994年6月国家计委开始起草《招标投标法》。1999年8月30日，第九届全国人民代表大会常务委员会第十一次会议通过了《中华人民共和国招标投标法》。

与此相关的政府采购制度也开始实施。1996年，我国提出试行政府采购制度。各地方政府纷纷制定了政府采购的地方性法规和地方性部门规章。1999年4月17日，财政部在总结各地经验的基础上制定了《政府采购管理暂行办法》（财预字〔1999〕139号）。1999年4月全国人大财经委员会成立了政府采购法起草组，组织政府采购法的起草工作。2002年6月，九届全国人大常委会第二十八次会议审议通过了《政府采购法》，自2003年1月1日起正式实施。该法规定，公开招标应作为政府采购的主要采购方式。政府采购工程进行招标投标的，适用招标投标法。

根据上述法律的规定，使用政府资金和涉及公共利益的工程、货物和服务采购超过一定范围的，都应当强制使用招标形式。在实践中，在私营投资和外资项目中招标形式也被普遍采用。因此，现在招标投标方式已经成为我国经济建设中选择建设工程、货物和服务承包商或供应商的主要形式。

^① 《招标的起源和发展》，山西招投标网，<http://www.sxbid.com.cn/ShowContent.action?content.contentId=9475>。

www.docsriver.com 定制及广告服务 小飞鱼
更多**广告合作及防失联联系方式**在电脑端打开链接
<http://www.docsriver.com/shop.php?id=3665>



www.docsriver.com 商家 本本书店
内容不排斥 转载、转发、转卖 行为
但请勿去除文件宣传广告页面

若发现去宣传页面转卖行为，后续广告将以上浮于页面形式添加

www.docsriver.com 定制及广告服务 小飞鱼
更多**广告合作及防失联联系方式**在电脑端打开链接
<http://www.docsriver.com/shop.php?id=3665>



第三节 招标投标形式在经济活动中的应用

招标投标形式在我国最开始只是适用于工程建设项目之中。国务院 1980 年 10 月颁布的《关于开展和保护社会主义竞争的暂行规定》，“对一些适宜于承包的生产建设项目和经营项目，可以试行招标、投标的办法”。随后确实有一些工程项目上使用了招标投标的方式选择承包商。但是，目前招标投标的方式已经适用到经济建设的不同领域，主要包括工程建设项目、货物和服务的采购。

一、强制招标

1. 属于政府采购范围的货物或者服务，数额超过规定标准的，应当采用招标投标形式

《政府采购法》规定，公开招标应作为政府采购的主要采购方式。采购人采购货物或者服务应当采用公开招标方式的，其具体数额标准，属于中央预算的政府采购项目，由国务院规定；属于地方预算的政府采购项目，由省、自治区、直辖市人民政府规定；因特殊情况需要采用公开招标以外的采购方式的，应当在采购活动开始前获得设区的市、自治州以上人民政府采购监督管理部门的批准。

符合下列情形之一的货物或者服务，可以依照本法采用邀请招标方式采购：

- (1) 具有特殊性，只能从有限范围的供应商处采购的；
- (2) 采用公开招标方式的费用占政府采购项目总价值的比例过大的。

2. 属于政府采购范围内的工程采购，涉及公共利益、公共安全或者使用国际组织或者外国政府贷款、援助资金的工程项目，达到一定规模标准或者国家规定必须招标的，应当采用招标形式

《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订，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”。

二、自愿招标

自愿采用招标投标形式的工程、货物与服务采购。不属于国家规定强制招标范围的工程、货物与服务项目，招标人也可以根据项目情况，自愿采用招标方式选择承包商和供应商。如果选用招标方式，同样应当遵守《招标投标法》和国家其他关于招标投标的规定。我国《招标投标法》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。”当然，法律法规中那些只针对强制招标项目的规定，不适用于自愿招标。关于这一点，我们后文还要进行专门阐述。

三、招标形式在国际经济活动中的运用

相比其他选择供应商的方式来说，招标程序更为复杂和繁琐。因为在数量庞大的政府采购方式中，最为普遍的方式就是招标，无论是采购工程、货物还是服务。因为招标方式更能体现公开、公平、公正的原则，更能够减少公共采购中的腐败现象，选择合适的投标人。因此，目前，各国政府、国际组织、国际金融组织包括世界银行、亚洲银行、非洲银行等都普遍采用招标方式进行采购。联合国制定了《政府采购协定》（Government Procurement Agreement，简称“GPA”），联合国国际贸易法委员会编制了《货物、工程和服务采购示范法》。欧盟制定了《公共采购指令》，美国、加拿大和墨西哥签署了《北美自由贸易区协定》等地区性协定。上述文件中都把招标作为政府采购的主要形式。因此，招标是国际组织和各国政府采购的主要形式。在国际间私营投资的项目中，招标投标也是一种普遍采用的形式，特别是房建、基础设施、工业建设项目等工程建设项目的建设建设和重要设备材料的采购。

在国际经济活动中适用招标采购形式，应当遵守招标活动所在地有关招标投标的法律规定。有的国际组织如联合国及其各个组织、世界银行、亚洲开发银行、非洲开发银行、欧洲复兴开发银行等也有自己的采购指南与招标投标规定，应当予以遵守。如果违反了该组织的规定，有可能受到他们的处罚，比如列入黑名单，禁止在一定期限内承接该组织投资或贷款的项目。

第四节 招标是招标人通过竞价方式订立合同的方式

一个项目公开招标的运作过程大致如下：招标人首先要在指定媒体上发布招标公告，潜在投标人购买招标文件，投标人编制投标文件，并在投标截止日前递交标书，招标人在开标日开标，招标人组建的评标委员会根据评标标准评标，然后最终决定中标人并发送中标通知书。中标人与招标人进行合同谈判，中标人在规定的时

间内与招标人签署合同，然后履行合同。有的项目在招标之前，还要进行资格预审。一般来说，建设工程项目招标投标和履约的情况要比货物与服务项目更为复杂一些。

从上述项目招标投标的过程可以看出，招标投标的过程就是招标人通过竞价方式选择交易对象即签约对象的过程，也就是合同的订立过程。根据我国《合同法》的规定，当事人订立合同，采取要约承诺方式。要约是希望和他人订立合同的意思表示，该意思表示应当符合下列规定：一是内容具体确定；二是表明经要约人承诺，要约人即受该意思表示约束。要约自到达受要约人时生效。承诺是受要约人同意要约的意思表示。承诺应当以通知的方式作出，但根据交易习惯或者要约表明可以通过行为作出承诺的除外。承诺应当在要约确定的期限内到达要约人。承诺生效时合同成立。自承诺通知到达要约人时承诺生效。承诺不需要通知的，根据交易习惯或者要约的要求作出承诺的行为时生效。承诺的内容应当与要约的内容一致。受要约人对要约的内容作出实质性变更的，为新要约。承诺对要约的内容作出非实质性变更的，除要约人及时表示反对或者要约表明承诺不得对要约的内容作出任何变更的以外，该承诺有效，合同的内容以承诺的内容为准。在正式发出要约之前，当事人可以先发出要约邀请。要约邀请就是希望他人向自己发出要约的意思表示。

根据以上规定可以看出，招标投标是通过竞价方式与交易对象订立合同的一种形式。雇主与承包商进行招标投标或议标的过程就是合同法规定的合同的缔结过程，也就是要约与承诺的过程。在招标投标过程中，招标人发出招标公告或者招标邀请属于要约邀请，投标人的投标文件属于要约，招标人发出的中标函属于承诺。一般来说，中标函送达则合同成立，随后正式签署的书面合同，则是对已经成立的合同的完善和确认。合同成立后，如果当事人一方拒不签署合同或履行合同，则属于违反合同即违约。

第二章 招标投标法律体系与法律适用

目前，关于招标投标活动核心的法律法规是《招标投标法》和《招标投标法实施条例》，因此我们主要介绍一下《招标投标法》和《招标投标法实施条例》的立法过程。

第一节 《招标投标法》与《实施条例》的立法过程

一、《招标投标法》的立法过程

招标投标法是对我国的招标投标活动进行规范的法律。狭义的招标投标法是指《中华人民共和国招标投标法》（简称“《招标投标法》”），广义的招标投标法是指《招标投标法》及其他法律、法规、行政规章等国家有关机构颁布的关于招标投标的规范性文件的总和。目前，我国关于招标投标的法律文件包括《招标投标法》、《招标投标法实施条例》（简称“《实施条例》”），还包括其他法律如《合同法》、《建筑法》、《政府采购法》等法律、行政法规、地方性法规、部门规章、地方政府规章、单行条例等关于招标投标的规定。

新中国的招标投标制度始于20世纪80年代初期。1980年10月17日，国务院颁布《开展和保护社会主义竞争的暂行规定》（现已失效），其第3条规定，“对一些适宜于承包的生产建设项目和经营项目，可以试行招标、投标的办法”。当时，我国开始逐步在利用国外贷款、机电设备进口、建设工程发包、科研课题分配、出口商品配额分配等领域推行招标投标制度。此后，深圳市在深圳国际商业大厦建设项目（1981年7月）、水利电力部在鲁布革引水工程建设项目（1982年7月）等项目中采用了招投标的方式，取得了经济和工期的良好效果。

1983年6月7日，城乡建设环境保护部制定了《建筑安装工程招标投标试行办法》。1984年11月20日，国家计委、建设部制定了《建设工程招标投标暂行规定》，该规章第3条规定，“列入国家、部门和地区计划的建设工程，除某些不适宜招标的特殊工程外，均按本规定进行招标。”

此后一直到《招标投标法》颁布之前，国务院各个部委陆续颁布了有关各类工程及设备采购等招标投标管理办法，如《工程设计招标投标暂行办法》（国家计委、建设部，1985年6月14日）、《铁路工程勘测设计招标实施办法》（铁道部，1985年12月31日）、《申请进口机电设备国内招标暂行办法》（国家经委，1986年7月8日）、《关于化工设备招标、投标的暂行规定》（化工部，1986年9月12日）、《公路工程施工招标投标管理办法》（交通部，1989年8月26日）、《水运工程施工招标投标管理办法》（交通部，1990年3月7日）、《世界银行贷款项目国内竞争性招标采购指南》（财政部，1990年8月17日）、《物资部建设工程设备招标投标管理暂行办法》（物资部，1991年6月13日）、《广播电影电视部关于加强广播电影电视工程设计、施工招标管理工作的规定》（广播电影电视部，1991年9月23日）、《建材工程设计招标管理办法》（国家建材局，1992年7月16日）、《工程建设施工招标投标管理办法》（建设部，1992年12月30日）、《工程建设施工招标投标管理办法》（建设部，1994年12月30日）、《水利工程项目施工招标投标管理规定》（水利部，1995年4月21日）、《铁路客货车辆招标采购暂行管理办法》（铁道部，1995年5月17日）、《电力工程施工招标投标管理规定》（电力部，1995年7月7日）、《铁路机车车辆招标采购暂行管理办法》（铁道部，1995年10月17日）、《建设工程设备招标机构资格管理试行办法》（国内贸易部、机械工业部，1996年7月10日）、《铁路工程建设施工招标投标管理办法》（铁道部，1996年8月2日）、《机电设备招标投标管理办法》（国家经济贸易委员会，1996年11月8日）、《机电设备招标机构资格管理暂行办法和机电设备招标投标管理办法》（国家经贸委，1996年11月8日）、《关于“九五”期间国家技术改造重点项目招标工作的意见》（国家经贸委，1996年12月16日）、《电力工程设备招标投标暂行办法（国内招标投标部分）》（电力工业部，1997年1月22日）、《外商直接投资电力项目设备国际招标采购暂行办法》（电力工业部，1997年2月15日）、《电力工业利用国际金融组织和外国政府贷款项目设备国际竞争性招标暂行办法》（电力部，1997年2月15日）、《电力工程项目大型设备运输招标投标管理办法》（暂行）（电力工业部，1997年6月13日）、《国家基本建设大中型项目实行招标投标的暂行规定》（国家计委，1997年8月18日）、《煤炭工业建设项目招标投标实施办法》（煤炭部，1997年9月5日）、《电力工程设计招标投标管理规定》（电力部，1998年1月12日）、《公路工程施工监理招标投标管理办法》（交通部，1998年12月28日）、《关于进一步推行招标拍卖出让国有土地使用权的通知》（国土资源部，1999年1月27日）、《机电产品国际招标管理办法》（对外贸易经济合作部，1999年3月14日）、《国家技术创新工程项目选点招标管理办法》（国家经贸委，1999年6月21日）、《关于印发〈政府采购招标投标管理暂行办法〉和〈政府采购合同监督暂行办法〉的通知》（财政

部，1999年6月24日）等。

经过多年招投标的实践，实行招投标制度，对于推进投融资体制改革，创造公平竞争的市场环境，提高经济效益，保证工程质量，防止招标投标中的腐败现象，起到了积极的作用。但是，在招标投标活动中也存在一些突出问题^①：

一是推行招标投标的力度不够，不少单位不愿意招标或者规避招标；

二是招标投标程序不统一、不规范，一些项目的招标流于形式；

三是招标投标中的腐败现象比较严重，招标人虚假招标、泄露标底，投标人围标、贿赂投标，中标人中标后擅自转包、分包，行贿受贿、吃回扣、钱权交易等违法犯罪行为时有发生；

四是政企不分，行政部门对招标投标活动的行政干预过多。有的招标人既是管理者，又是经营者；有的国家机关随意改变招标结果，指定中标人；

五是行政监督体制不顺，职责不清。一些地方和部门自定章法，限制和排斥其他部门和其他地区的投标人，有的地方和部门甚至只许本地方、本系统的单位参加投标，限制公平竞争，助长了地方保护主义和部门保护主义。

20世纪90年代初，我国确立市场经济体制之后，国家改革开放进一步深化，经济发展步伐加快，国家加大了投资力度，加快了基础设施建设，拉动国民经济持续增长。在这种形势下，提高资金使用效益，确保工程质量，成为当务之急。在经济领域特别是在基础设施工程建设领域，实行招标投标制度，规范招标投标行为，发挥招标投标的积极作用，非常必要和迫切。因此，招标投标法列入八届全国人大常委会和九届全国人大常委会立法规划一类立法项目。

原国家计委于1994年6月开始起草工作，经过几年工作，数易其稿，草拟了招标投标法（送审稿）。1998年国务院法制办会同国家计委就这部法律涉及的几个重要问题进一步征求了国务院有关部门的意见。在此基础上，形成了《中华人民共和国招标投标法（草案）》（以下简称草案）并于1999年3月17日经国务院第十五次常务会议讨论通过。1999年8月30日，第九届全国人民代表大会常务委员会第十一次会议通过了《中华人民共和国招标投标法》（以下简称《招标投标法》），该法自2000年1月1日起施行。

二、《实施条例》的立法过程

《招标投标法》颁布后，国务院及各部委以及各地方政府为了落实和实施该法律，特别是在工程建设和政府采购领域推行招标投标方式，制定了大量的政府规章和地方规章以及国务院办公厅等制定的少量的行政法规性质的文件。

^① 参见原国家发展计划委员会主任曾培炎《关于〈中华人民共和国招标投标法〉（草案）的说明》。

《招标投标法》颁布实施以后，对规范招标投标市场秩序发挥了重要作用。但是，随着实践不断发展，实行招标的项目特别是工程建设项目越来越多，因此，出现了需要解决的新问题，原来的规定显得过于原则和简单，有的也需要进一步改进。

一是原来的规定过于原则且不够完善。《招标投标法》有些规定显得较为原则，有的缺乏必要规范，不能很好地满足实践发展需要。例如，对资格审查、评标等程序规定得较为原则，对于限制或排斥潜在投标人、围标串标、以他人名义投标等违法行为，缺乏具体认定标准，实际工作中很难查处。针对以上情况，各部门、各地方采取了一些措施，但由于缺乏上位法依据或者受立法效力层次的限制，效果不明显。因此，有必要制定条例，在行政法规层面作出具体规定，进一步增强招标投标制度的可操作性。

二是目前关于招标投标活动的规则不统一。《招标投标法》颁布实施后，为做好本部门、本地区招标投标工作，国务院有关部门和各地方政府陆续出台了招标投标地方性法规、规章和规范性文件，为依法规范招标投标活动提供了制度保障。但由于大多数配套文件在制定过程中缺乏必要的协调，客观上造成了规则不统一，不利于招标投标统一大市场的形成，特别是跨行业的招投标。因此，有必要制定条例，在行政法规层面对招投标配套规则进行整合，促进招投标规则统一。

三是招标投标的监督工作不到位。《招标投标法》对行政监督的规定非常原则，在实践中行政监督缺位、越位与错位的现象同时存在。另外，投诉处理机制不够健全，当事人投诉渠道也不够畅通。

针对上述问题，国务院办公厅发布了《国务院办公厅关于进一步规范招标投标活动的若干意见》（国办发〔2004〕56号，以下简称“国办发〔2004〕56号文件”），明确要求各部门严格按照国务院规定的职责分工，加强和改进招标投标行政监督工作。因此，为落实国办发〔2004〕56号文件要求，切实改变招标投标行政监督不规范的状况，国务院决定制定《实施条例》。2009年9月29日，国务院法制办公室就国家发展改革委报送国务院审议的《中华人民共和国招标投标法实施条例（征求意见稿）》及其说明全文公布，征求社会各界意见。2011年11月30日，国务院第183次常务会议通过了《中华人民共和国招标投标法实施条例》，2011年12月20日对外公布，自2012年2月1日起施行。

第二节 招标投标法律体系

招标投标法在广义上包括有关招标投标的法律、行政法规、行政规章、地方性法规和司法解释等规范性文件，这不同层级和效力的规范性文件构成了完整的招标投标法律体系。

一、全国人大及其常委会颁布的有关招标投标的法律

目前,有关招标投标的法律主要是《招标投标法》。《招标投标法》包括6章68条,7000多字。对于招标投标法的总则,招标、投标、开标、评标和中标以及违反该法的法律责任等进行了明确的规定。

第1章总则,主要规定了《招标投标法》的立法目的、适用范围、强制招标范围、招标投标法的原则与招标投标活动的监督管理部门。

第2章招标,主要规定了招标的条件、招标代理机构、公开招标与邀请招标、招标文件的编制与修改等。

第3章投标,主要规定了投标人条件、投标文件的编制提交与修改撤回、联合体投标、禁止围标、串标和骗标等。

第4章开标、评标和中标,主要规定了开标、评标、中标、流标、中标后签约,以及禁止转让中标项目和违法进行分包等。

第5章法律责任,主要规定了招标人、招标代理机构、投标人、评标人、招标投标活动监督部门和其人员以及其他单位或个人,违反招标投标法所应承担的法律责任。

第6章附则,主要规定了投标人或其他利害关系人的投诉权、可以不进行招标的项目范围、适用《招标投标法》的例外以及本法的施行时间。

当然,其他法律也有有关招标投标的法律规定,如《政府采购法》、《建筑法》《合同法》、《刑法》等。

二、国务院颁布的有关招标投标的行政法规

1. 《实施条例》

《实施条例》分为总则,招标,投标,开标、评标和中标,投诉与处理,法律责任,附则7章85条。《实施条例》与《招标投标法》相比,其他部分进行细化和补充,并扩充了投诉与处理的规定,单列一章。

2. 国务院有关招标投标的其他规范性文件

国务院还颁布了一些其他与招标投标相关的规范性文件,也具有法规的效力,应当予以遵守和执行,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》、《国务院办公厅关于进一步规范招投标活动的若干意见》等。

三、最高人民法院的司法解释

最高人民法院在审判过程中,也可以就相关法律法规的适用颁布相关的司法解释,如最高人民法院《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》等。这些司法解释也是招标投标法律体系的重要组成部分。

四、国务院各部委有关招标投标的行政规章

《招标投标法》颁布后《实施条例》颁布前，国务院各部委又陆续颁布了许多有关招标投标的行政规章，包括《关于印发〈水利水电工程施工合同和招标文件示范文本〉的通知》（水利部、国家电力公司、国家工商总局，2000年2月23日）、《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的意见》（中央机构编制委员会办公室，2000年3月4日）、《工程建设项目招标范围和规模标准规定》（国家计委，2000年5月1日）、《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》（国务院办公厅，2000年5月3日）、《铁路建设工程招标评标委员会评委专家库管理办法》（铁道部，2000年5月12日）、《工程建设项目招标代理机构资格认定办法》（已废止）（建设部，2000年6月30日）、《国家计委关于指定发布依法必须招标项目招标公告的媒介的通知》（国家计委，2000年6月30日）、《招标公告发布暂行办法》（国家计委，2000年7月1日，2013年3月11日修订）、《工程建设项目自行招标试行办法》（国家计委，2000年7月1日，2013年3月11日修订）、《水运工程施工招标投标管理办法》（交通部，2000年9月12日）、《通信建设项目招标投标管理暂行规定》（信息产业部，2000年9月22日）、《建筑工程设计招标投标管理办法》（建设部，2000年10月18日）、《房屋建筑和市政基础设施工程施工招标投标管理办法》（建设部，2001年6月1日）、《建设项目可行性研究报告增加招标内容以及核准招标事项暂行规定》（国家发展计划委员会，2001年6月18日）、《国家计委关于进一步贯彻〈中华人民共和国招标投标法〉的通知》（国家计委，2001年7月27日）、《关于发布〈通信建设项目招标投标管理实施细则〉（试行）的通知》（信息产业部，2001年8月16日）、《公路工程勘察设计招标投标管理办法》（交通部，2001年8月21日）、《关于发布〈公路工程勘察设计招标投标办法〉的通知》（交通部，2001年9月29日）、《水利工程施工招标投标管理规定》（水利部，2001年11月2日）、《工程建设项目招标范围和规模标准规定》（国家计委，2001年11月8日）、《国家重大建设项目招标投标监督暂行办法》（国家计委，2002年1月10日，2013年3月11日修订）、《对工程勘察、设计、施工、监理和招标代理企业资质申报中弄虚作假行为的处理办法》（建设部，2002年2月10日）、《公路工程施工招标投标管理办法》（交通部，2002年6月6日）、《水运工程施工监理招标投标管理办法》（交通部，2002年6月19日）、《关于认真贯彻执行公路工程勘察设计招标投标管理办法的通知》（交通部，2002年6月30日）、《铁路建设工程招标投标实施办法》（铁道部，2002年8月24日）、《水利工程施工重要设备材料采购招标投标管理办法》（水利部，2002年12月25日）、《关于发布〈公路工程勘察设计招标资格预审文件范本〉和〈公路工程勘察设计招标文件范本〉的通知》（交通部，2003年2月21日）、《工程建设项目

目施工招标投标办法》(国家计委、建设部、铁道部、交通部、信息产业部、水利部、民航总局,2003年3月8日,2013年3月11日修订)、《关于发布公路工程施工招标评标委员会工作细则的通知》(交通部,2003年3月11日)、《公路工程施工招标评标委员会评标工作细则》(交通部,2003年3月11日)、《关于铁路大中型建设项目施工招标投标有关问题的通知》(铁道部建设管理司,2003年4月21日)、《水运工程勘察设计招标投标管理办法》(交通部,2003年5月13日)、《工程建设项目勘察设计招标投标办法》(国家发展和改革委员会、建设部、铁道部、交通部、信息产业部,2003年6月12日)、《关于〈公路工程国内招标文件范本〉(2003年版)中有关调价函问题的解释》(交通部公路司,2003年6月26日)、《关于〈公路工程国内招标文件范本〉(2003年版)有关授权书公证事宜的解释》(交通部,2003年8月5日)、《中共中央纪律检查委员会驻建设部纪律检查组关于转发〈关于领导干部利用职权违反规定干预和插手建设工程招标投标、经营性土地使用权出让、房地产开发与经营等市场经济活动,为个人和亲友谋取私利的处理规定〉的通知》(中共中央纪律检查委员会驻建设部纪律检查组,2004年2月19日)、《工程建设项目招标投标活动投诉处理办法》(国家发展和改革委员会,2004年7月6日,2013年3月11日修订)、《水运工程机电设备招标投标管理办法》(交通部,2004年10月29日)、《工程建设项目货物招标投标办法》(国家发展和改革委员会、建设部、铁道部等,2005年1月18日,2013年3月11日修订)、《中央投资项目招标代理机构资格认定管理办法》(国家发展和改革委员会,2005年9月19日)、《关于加强房屋建筑和市政基础设施工程项目施工招标投标行政监督工作的若干意见》(建设部,2005年10月10日)、《关于进一步规范南水北调工程招标投标活动的意见》(国务院南水北调工程建设委员会办公室,2005年11月25日)、《关于印发公路工程施工招标资格预审办法的通知》(交通部,2006年2月16日)、《公路工程施工监理招标投标管理办法》(交通部,2006年5月25日)、《公路工程施工招标投标管理办法》(交通部,2006年6月23日)、《关于印发〈水利工程项目招标投标行政监察暂行规定〉的通知》(水利部,2006年8月14日)、《工程建设项目招标代理机构资格认定办法》(建设部,2007年1月11日)、《关于印发〈招标采购专业技术人员职业水平评价暂行规定〉和〈招标师职业水平考试实施办法〉的通知》(人事部、国家发展和改革委员会,2007年4月30日)、《关于印发〈水利工程施工监理招标文件示范文本〉的通知》(水利部,2007年5月9日)、《关于印发〈工程建设项目招标代理机构资格认定办法实施意见〉的通知》(建设部,2007年9月21日)、《经营性公路建设项目投资人招标投标管理规定》(交通部,2007年9月28日)、《关于公路建设项目货物招标严禁指定材料产地的通知》(交通部,2007年10月22日)、《〈标准施工招标资格预审文件〉和〈标准施工招标文件〉试行规定》(财政部、国家发展和改革委员会等,2007年11月1日,2013年3月11日修订)、《关于

做好标准施工招标资格预审文件和标准施工招标文件贯彻实施工作的通知》（财政部、建设部，2007年12月13日）、《关于印发〈水利工程项目招标投标审计办法〉的通知》（水利部，2007年12月29日）、《关于改革使用国际金融组织或者外国政府贷款公路建设项目施工招标管理制度的通知》（交通部办公厅，2008年2月29日）、《关于印发〈建筑工程方案设计招标投标管理办法〉的通知》（建设部，2008年3月21日）、《国防科技工业固定资产投资项目招标投标管理暂行办法》（国防科学技术工业委员会，2008年3月27日）、《关于印发〈招标投标违法行为记录公告暂行办法〉的通知》（国家发展和改革委员会、工业和信息化部等，2008年6月18日）、《关于进一步加强公路工程施工招标评标管理工作的通知》（交通运输部，2008年8月18日）、《关于印发贯彻落实扩大内需促进经济增长决策部署进一步加强工程建设招标投标监管工作意见的通知》（国家发展和改革委员会、工业和信息化部、住房城乡建设部等，2009年5月26日）、《关于进一步贯彻落实招标投标违法行为记录公告制度的通知》（工业和信息化部、国家发展和改革委员会、住房城乡建设部等，2010年3月29日）、《关于发布〈公路工程标准勘察设计招标资格预审文件〉、〈公路工程标准勘察设计招标文件〉的通知》（交通运输部，2010年12月30日）等。

在《实施条例》颁布后，国务院相关部委又发布了一系列的行政规章，如《关于进一步规范水运工程招标投标活动的若干意见》（交通运输部，2012年2月7日）、《中央投资项目招标代理资格管理办法》（国家发展和改革委员会，2012年3月2日）、《国务院办公厅转发发展改革委法制办监察部关于做好招标投标法实施条例贯彻实施工作意见的通知》（国务院办公厅，2012年4月14日）、《关于进一步加强房屋建筑和市政工程项目招标投标监督管理工作的指导意见》（住房和城乡建设部，2012年4月18日）、《水运工程项目招标投标管理办法》（交通运输部，2012年12月20日）、《电子招标投标办法》（发改委等8部委，2013年2月4日）等。

2013年3月11日，国家发展和改革委员会同工业和信息化部、财政部、住房和城乡建设部、交通运输部、铁道部、水利部、广播电影电视总局、民用航空局等九部委发布第23号令，对发改委发布的，以及发改委和九部委联合发布的有关招标投标的行政规章，根据《实施条例》的内容进行了清理和修改，决定对1件规范性文件予以废止，对11件规章、1件规范性文件的部分条款予以修改，自2013年5月1日起施行。该决定废止的规范性文件为：《关于抓紧做好标准施工招标资格预审文件和标准施工招标文件试点工作的通知》（发改法规〔2008〕938号）。该决定修改的规章和规范性文件为：

1. 《招标公告发布暂行办法》（国家发展计划委员会令第4号）；
2. 《工程建设项目自行招标试行办法》（国家发展计划委员会令第5号）；
3. 《工程建设项目可行性研究报告增加招标内容和核准招标事项暂行规定》（国家发展计划委员会令第9号）；

4. 《评标委员会和评标方法暂行规定》（国家发展计划委员会、国家经济贸易委员会、建设部、铁道部、交通部、信息产业部、水利部令第12号）作出修改；
5. 《国家重大建设项目招标投标监督暂行办法》（国家发展计划委员会令第18号）；
6. 《评标专家和评标专家库管理暂行办法》（国家发展计划委员会令第29号）；
7. 《工程建设项目勘察设计招标投标办法》（国家发展和改革委员会、建设部、铁道部、交通部、信息产业部、水利部、民航总局、广电总局令第2号）；
8. 《工程建设项目施工招标投标办法》（国家发展计划委员会、建设部、铁道部、交通部、信息产业部、水利部、民航总局令第30号）；
9. 《工程建设项目招标投标活动投诉处理办法》（国家发展和改革委员会、建设部、铁道部、交通部、信息产业部、水利部、民航总局令第11号）作出修改；
10. 《工程建设项目货物招标投标办法》（国家发展和改革委员会、建设部、铁道部、交通部、信息产业部、水利部、民航总局令第27号）；
11. 《〈标准施工招标资格预审文件〉和〈标准施工招标文件〉试行规定》（国家发展和改革委员会、财政部、建设部、铁道部交通部、信息产业部、水利部、民航总局、广电总局令第56号）；
12. 《国家发展计划委员会关于指定发布依法必须招标项目招标公告的媒介的通知》（计政策〔2000〕868号）。

五、各省、市、自治区等地方有关招标投标的地方性法规和规章

另外，各省、市、自治区和其下各级地方人大、政府和政府相关部门也都颁布了一些与招标投标相关的地方法规、地方规章和其他规定。但是，这些规定只能在所辖区域内发生效力，并且不能与上位法相抵触。

第三节 招标投标法的性质和效力层级

一、招标投标法的性质

《招标投标法》与《实施条例》从部门法角度讲属于行政法，是规范国家对于招标人、招标代理机构、投标人、中标人、监督管理机关和人员、其他相关单位和人员的招投活动，进行行政管理的法律，并且许多条款具有强制性，违反招标投标法律法规的行为应当受到相应的行政处罚。

尽管《招标投标法》从部门法的角度来看属于行政法，多数条款也属于行政管理性的规定，但是，招标投标也是缔结建设工程、货物或服务采购合同的一种方式，如果违反，当事人不仅要承担行政处罚，也有可能导致招标投标无效或合同无效，

合同当事人也会承担合同不成立、合同无效、缔约过失的经济赔偿等民事责任。《招标投标法》第64条规定，“依法必须进行招标的项目违反本法规定，中标无效的，应当依照本法规定的中标条件从其余投标人中重新确定中标人或者依照本法重新进行招标”。《实施条例》第82条规定，“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和本条例的规定，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的，招标、投标、中标无效，应当依法重新招标或者评标”。最高人民法院颁布的《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》第1条规定，建设工程必须进行招标而未招标或者中标无效的，应当根据《合同法》第52条第（五）项的规定，认定建设工程施工合同无效。因此，《招标投标法》是以行政管理内容为主并包含民事法律内容的行政法。

二、招标投标法的效力层级

有关招标投标的不同级别的规范性文件具有不同等级的法律效力，上位法具有高于下位法的效力，下位法不能违反上位法，否则，应当予以改变或撤销。如果发生不同规范性文件规定不一致或者冲突的地方，应当以效力层级高的为准。根据我国《立法法》的规定，法律的效力高于行政法规、地方性法规、规章；行政法规的效力高于地方性法规、规章；地方性法规的效力高于本级和下级地方政府规章；省、自治区的人民政府制定的规章的效力高于本行政区域内的较大的市的人民政府制定的规章；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；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。

三、招标投标的法律适用

关于招标投标活动的法律适用，是一个较为复杂的问题，因为规范招标投标活动的法律既有行政法，也有民法，甚至刑法。具体适用什么法律应当看招标投标活动涉及的法律关系。对于国家行政机关在管理招标人、投标人、招标代理机构、行政监督机关、中介机构、从事招标的职业人员等的活动时在他们发生行政管理行为时，应当适用行政法，包括《招标投标法》、《政府采购法》、《实施条例》、各部委办发布的行政规章。如果是上述单位或其工作人员在招标投标活动中存在违法行为情节严重，构成犯罪，需要进行侦查、起诉、审判并予以刑事处罚时，则应当是适用刑事法律，如刑事诉讼法、刑法等。如果是发生在招标投标的平等主体之间的民事关系或民事纠纷，比如招标投标是否有效、当事人是否违约、是否应当赔偿等，则应当适用民事法律，如民事诉讼法、合同法、侵权法等予以处理。当然，一个行为可能涉及多个性质的法律关系，需要分别适用不同的法律调整 and 解决。

第三章 招标投标法总论

《招标投标法》与《实施条例》第1章均为关于“总则”的规定，实际上就是关于招标投标法立法和适用的基本原则和一些一般性的规定，主要内容包括《招标投标法》的立法目的、适用范围、强制招标范围、招标投标法的原则与招标投标活动的监督管理部门。下面我们分别进行介绍。

第一节 招标投标法的立法目的与适用范围

一、立法目的

《招标投标法》第1条规定了立法的目的，即“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”。《实施条例》第1条规定，“为了规范招标投标活动，根据《中华人民共和国招标投标法》（以下简称招标投标法），制定本条例。”从以上规定可以看出，招标投标法的立法目的主要包括如下几个方面的内容：

1. 规范招标投标活动

在计划经济时期，由国家有关部门分配项目和建设任务，不需要建立招标投标法，而是由国家计划部门和其他相关部门审批项目，并选择招标项目的承包商或供应商。在市场经济条件下，国家一般不再干预具体项目的运作，项目的承包商或者供应商需要由招标人依法通过市场选定，特别是针对大量的使用政府资金和有关公共安全和公共利益的项目，政府必须制定强制遵守的法律程序，严格进行监管。招标方式是通过竞价形式选择交易对象的一种方式，在政府采购项目、外资项目和民间投资的大型项目中被广泛使用。在这种情况下，必须根据社会经济发展的需要，进行招标投标的立法，改变原来招标投标活动无法、无规则可依的局面。

2. 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

招标投标活动涉及国家利益、社会公共利益、招标投标活动当事人的利益，法律不能仅保护一方或两方的利益，而应当在平衡所有各方利益的基础上，以公平的

www.docsriver.com 定制及广告服务 小飞鱼
更多**广告合作及防失联联系方式**在电脑端打开链接
<http://www.docsriver.com/shop.php?id=3665>



www.docsriver.com 商家 本本书店
内容不排斥 转载、转发、转卖 行为
但请勿去除文件广告宣传页面

若发现去宣传页面转卖行为，后续广告将以上浮于页面形式添加

www.docsriver.com 定制及广告服务 小飞鱼
更多**广告合作及防失联联系方式**在电脑端打开链接
<http://www.docsriver.com/shop.php?id=3665>



原则规定各方的权利和义务，同时保护各方的合理利益，特别是在市场中处于弱势地位者的利益，使各方利益达到均衡，从而有利于招标投标活动的开展，也有利于项目的实施。如果没有法律对各方利益的公平保障，国家利益、社会公共利益或者当事人的利益就可能受到损害，使招标投标体制难以维持并起到应有的作用。因此，招标投标法就是建构平衡招标投标各个参与方利益和社会公共利益的机制。

3. 提高经济效益

招标投标方式是通过竞价选定交易对象的方式，通过招投标的方式可以降低货物、服务价格或和工程造价，缩短不必要的工程建设工期或供货时间，减少中间环节，提高经济效益，这也是建立招标投标法律制度的主要目的之一。

4. 保证项目质量

有比较才有鉴别。招标投标的重要特点就是公开、公平和公正，通过招标投标这一公开透明的方式可以比暗箱操作更能选择出价格较低，并且资质、经验、能力、信誉都比较好的供应商和承包商，避免在选择供应商与承包商时的随意性，避免招标人评标人为了徇私舞弊而选择不合格或者不是更优的供应商或承包商，从而能够更好地保证招标项目的质量。

二、适用范围

招标投标法的适用范围包括招标投标法适用的空间范围和时间范围。

1. 空间范围

《招标投标法》规定，本法适用于在中华人民共和国境内进行的招标投标活动，不管是该项目是强制招标还是自愿招标。如果中国承包商在国外进行招投标活动，承接国际工程项目，则不受本法的管辖，而应当受工程所在地相关法律的管辖。外国企业在中国进行招标投标活动，则应当遵守我国招标投标的法律规定。但是，《招标投标法》在中国境内项目的适用上也有两个例外：

(1) 保密项目、紧急项目和扶贫项目例外。《招标投标法》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。”

(2) 国际组织贷款、外国政府贷款和援助资金项目例外。《招标投标法》第67条规定，“使用国际组织或者外国政府贷款、援助资金的项目进行招标，贷款方、资金提供方对招标投标的具体条件和程序有不同规定的，可以适用其规定，但违背中华人民共和国的社会公共利益的除外。”

2. 时间范围

招标投标法适用的时间范围就是法律的生效和失效时间，该内容在《招标投标法》和《实施条例》的“附则”部分进行了规定。《招标投标法》第68条规定，

本法自2000年1月1日起施行。《实施条例》第85条规定，本条例自2012年2月1日起施行。根据法不溯及既往原则，在此之前发生的招标投标活动，不受上述法律的管辖。但是，应当注意法律的颁布日期和法律的生效实施日期，有时候并不一致，如《招标投标法》于1999年8月30日公布，自2000年1月1日起施行；《实施条例》于2011年12月20日公布，自2012年2月1日起施行。这是因为如果法律改动较大或者新颁布的法律影响较大，立即实施并不合理，应当为司法部门、执法部门和相关单位和人员留出合理的研究学习、培训和熟悉了解的时间。

三、强制招标与自愿招标的法律适用

适用招标方式选择承包商或者供应商的情况可以分为两种：强制招标与自愿招标。强制招标的项目即国家法律法规规定强制使用招标方式选择承包商或者供应商的项目。对于不属于强制招标范围的项目，当事人可以不采用招标方式选择承包商或供应商，也可以自愿选择使用招标方式选择承包商或供应商，后者我们称之为自愿招标。关于强制招标项目范围的界定标准，我们将在下文专门论述。

对于强制招标与自愿招标的法律适用问题来说，强制招标适用招投标法律法规的规定是毫无疑问的，但是对于自愿招标的项目是否也应当适用招投标法律法规的规定呢？

我们认为，对于自愿招标的项目也要适用招投标法律法规的规定。虽然自愿招标是自愿选择使用招标方式，但是一旦选择了使用招标方式，就应当适用相关法律关于招标投标的法律规定。就像我们选择了通过合同形式约定双方权利义务应当适用合同法的规定一样。《招标投标法》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。”本条对于“招标投标活动”的规定，既包括强制招标也包括自愿招标。同时，招标投标是招标人选定承包商或供应商的一种方式，也就是建设方或者采购方选择签署工程建设合同、货物买卖合同与服务合同相对人的方式。对此，在我国合同法也做出了相应的规定。

但是，因为《招标投标法》从主体内容上是一部行政法，许多规定是专门针对强制招标项目的规定或者对招标投标活动进行行政管理的活动，这些规定一般不适用于自愿招标的项目。《招标投标法》中的这些规定主要包括：

1. 关于强制招标的范围的规定，包括《招标投标法》第3条关于强制招标的范围的规定、第12条关于依法必须进行招标的项目招标人自行招标应当办理备案的规定。
2. 关于禁止规避的规定，包括《招标投标法》第4条。
3. 关于不得限制或者歧视潜在投标人的规定，包括《招标投标法》第6条、第20条关于歧视或者排斥潜在供应商的内容。
4. 关于招标投标行政监督管理的规定，包括《招标投标法》第7条。

5. 关于重点项目经审批邀请招标的规定, 包括《招标投标法》第 11 条。

6. 关于公开招标的项目必须在指定的媒介发布招标公告和资格预审公告的规定, 包括《招标投标法》第 16 条。

7. 关于强制招标项目编制投标文件时间的强制性规定, 包括《招标投标法》第 24 条后半部分。

8. 关于评标委员会组成和评标专家资格的规定, 包括《招标投标法》第 37 条第 2 款与第 3 款。

9. 关于招标被否决的法律救济方式, 包括《招标投标法》第 42 条第 2 款。

10. 关于提交招标投标情况报告的规定, 包括《招标投标法》第 47 条。

11. 法律关于违反招标投标行为法律责任的部分规定, 包括《招标投标法》第 49 条关于对于法律规定强制招标的项目不招标或者规避招标的法律责任的规定、第 52 条关于招标人向他人透露招标信息或泄露标底法律责任的规定、第 54 条第 2 款关于投标人以他人名义投标或者骗标的行政责任的规定、第 55 条关于招标人违法与投标就实质问题进行谈判应当承担的法律责任的规定、第 57 条关于所有投标被否决后招标人自行确定中标人应当承担的法律责任的规定、第 64 条关于违反强制招标规定导致中标无效的救济方式的规定。

对于《实施条例》中与《招标投标法》相对应的规定, 也应仅适用于强制招标, 而不适用于自愿招标, 在此不再赘述。

《招标投标法》第 52 条、第 54 条第 2 款、第 55 条等规定, 其违法行为的处罚只适用于强制招标的项目, 但是, 在实践中自愿招标项目中也会发生这些违法行为, 理应受到相应行政和刑事处罚, 并承担相应的民事责任。因此建议法律规定在自愿招标中发生上述行为也应当承担法律责任。

第二节 《招标投标法》与《政府采购法》的关系

《招标投标法》和《政府采购法》的规定各有侧重, 前者是规范我国境内招标投标活动的一般法律, 后者是规范我国政府采购活动的一般法律。但是, 二者又存在相互交叉重叠的地方, 因为《政府采购法》第 26 条规定了政府采购的 6 种方式, 包括公开招标、邀请招标、竞争性谈判、单一来源采购、询价以及国务院政府采购监督管理部门认定的其他采购方式。公开招标为政府采购的主要采购方式。其中两种政府采购方式即公开招标、邀请招标方式都属于招标方式。《政府采购法》第 4 条规定, “政府采购工程进行招标投标的, 适用招标投标法。”那么, 在两个法律对于招标投标活动都有规定, 并且规定不一致的情况下, 到底应当遵守哪一个法律的规定呢?