



# 招标投标

第二版

## 法律解读与 风险防范实务

白如银 著

全面梳理吸收司法裁判观点、招投标行业管理创新成果

47 节精准分类 / 60 万字详细阐述 / 195 个专题解读 / 200 个案例精析

助力依法合规开展招标投标活动，有效防控招标采购法律风险

中国法制出版社  
CHINA LEGAL PUBLISHING HOUSE

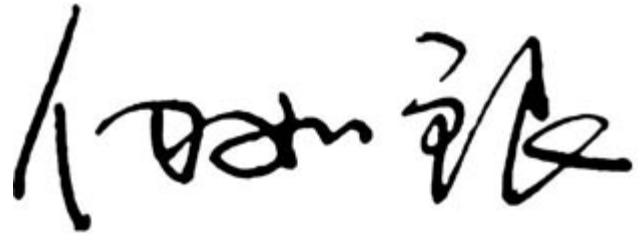
# 再版说明

承蒙读者朋友厚爱，拙著《招标投标法律解读与风险防范实务》一书自2019年3月出版以来，多次加印，在京东、当当、天猫等网店收获“体系完整”“逻辑清晰”“内容翔实”“案例丰富”“实操性强”等好评。大家的认可和接受，也激励我持续关注国家最新立法动态、最新司法观点和最新管理实践，并将它们及时补充进来，使这本书的内容更加实用、更加丰富。

本次修订是基于以下原因：一是法律调整。最主要的是《中华人民共和国民法典》于2021年1月1日起正式实施，《中华人民共和国民法通则》《中华人民共和国合同法》《中华人民共和国民法总则》等法律废止，与其配套的司法解释也发生了大幅调整，如与招标投标活动相关的《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国合同法〉若干问题的解释（一）》《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国合同法〉若干问题的解释（二）》及《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》《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（二）》均已废止，新颁布了《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）》（法释〔2020〕25号）。另外，国务院及相关部委修订了《中华人民共和国招标投标法实施条例》《政府采购信息发布管理办法》等，出台了《优化营商环境条例》《房屋建筑和市政基础设施项目工程总承包管理办法》等，还颁布了一些规范性文件。根据这些立法、政策调整，参照《招标投标法注释书》对本书进行了全面修订。二是读者建议。本书出版后，不少读者就书中内容提出一些好

的意见或建议，也贡献了一些最佳实践案例和经验做法；同时，司法审判出现了新的裁判观点，招投标行业也涌现了一些管理创新成果，借此机会，一并择要吸纳，以便更好地满足不同受众需求。另外，增删了个别案例、修订了个别错误，根据权威裁判和修法趋势也调整了个别观点（如中标合同的成立时点）。

特此说明，并再次感谢读者朋友们对这本书的厚爱。



2022年7月

# 序言

招标投标作为一种通过竞争机制实现资源配置的常用交易方式，其交易过程法律要求严格、规范性强，从招标、投标、开标、评标、定标到签订合同的所有环节，都必须严格按照法律法规和招标文件规定的程序、规则进行操作。此外，招标项目往往涉及公共安全和社会公共利益，牵涉众多的利益相关方，其招标过程和中标结果也广受社会各界关注。

作为招标采购业界的从业人员，在从事招标采购活动中，既要考虑到招标人采购目标和合理需求的实现，又要严格遵循法律法规的规范和要求操作，法律风险始终存在于招标投标活动的全过程，甚至向前延伸到招标方案的策划阶段，向后延展到中标合同的履约阶段。

一直以来，招标采购业界缺少一本全面、系统地分析研究招标投标法律风险的专业书籍。在招标投标实践中，不同主体基于不同考量或出于不同立场，就同一法条存在不同解读、对同类案件处理不同的情况较为普遍。有必要为各方主体提供一本全面、系统、专业的法律实务操作指南，帮助从业人员准确运用相关法律解决实践问题，有效管控招标采购过程中的法律风险。

今年春节过后，本书作者白如银先生对我说，他想写一本关于招标投标法律风险防范方面的专业书籍。对此动议，我深表赞同。尽管对他著书一事早已知晓，但在11月底有幸先一睹其所著的《招标投标法律解读与风险防范实务》一书书稿时，还是大为惊讶：一则惊异于本书篇幅之大、内容之全。全书九章47节共60多万字，分为194个专

项，并融入了200来个案例，涵盖了招标投标基础知识、招投标各阶段的法律实务、异议（质疑）投诉的处理和招标投标法律责任等内容，可谓是招标投标法律风险防范知识的大荟萃。二则惊羨于作者本书对一些专业问题的独到视角。如关于《招标投标法》与《政府采购法》同根同源且立法渐有趋同的判断，关于招标投标活动的公开原则应以“公开为原则，不公开为例外”的诠释，关于“其他组织”和“非法人组织”内涵的解读等，无不溢显出一位专业法律人士对法律条文的熟练掌握和法理的精准把握。三则惊叹于作者长期的坚持、辛勤和努力。白如银先生是我多年的好友，多年来一直笔耕不辍，常有佳作问世。他本职是在一家大型央企从事法律工作，平时工作十分繁忙，家中还有两个年幼的孩子，能在繁杂的工作和生活之余，写出如此精良的专业书籍，实在难能可贵，也令我敬佩不已。

读完书稿，作为一名正在从事招标采购工作，且热爱着这个行业的从业人员，我从中领悟良多，也深信本书能给其他从业人员带来专业知识的启迪和享受。

张志强

2018年12月于上海

- 第一章 招标投标基础知识
  - 第一节 招标投标概述
    - 一、招标投标的起源与发展
    - 二、对“招标投标”概念的理解
    - 三、招标投标的主要特点
    - 四、招标投标的作用
    - 五、招标投标与其他交易方式的区别
  - 第二节 招标投标的基本原则
    - 一、“三公”原则
    - 二、诚实信用原则
  - 第三节 招标投标的主体和客体
    - 一、招标投标主体
    - 二、招标投标客体
  - 第四节 招标的分类
    - 一、强制招标和自愿招标
    - 二、货物招标、工程招标和服务招标
    - 三、公开招标和邀请招标
    - 四、国际招标和国内招标
    - 五、传统招标和电子招标
    - 六、总承包招标和两阶段招标
  - 第五节 招标投标的程序及法律性质
    - 一、要约邀请阶段——招标
    - 二、要约阶段——投标
    - 三、承诺阶段——开标、评标、定标、签订合同
  - 第六节 电子招标投标
    - 一、电子招标投标的概念及意义

- [二、电子招标投标的法律依据](#)
- [三、电子招标投标文件的证据效力](#)
- [四、电子数据文件与纸质文件的效力优先认定](#)
- [五、电子招标投标系统的三大平台](#)
- [六、电子招标投标各环节程序规范](#)
- [第七节 招标投标法律法规体系](#)
  - [一、招标投标法律体系基本框架](#)
  - [二、《招标投标法》的适用范围](#)
  - [三、招标投标法律适用的基本规则](#)
  - [四、《招标投标法》与《政府采购法》如何适用](#)
  - [五、招标投标活动对《民法典》的适用](#)
- [第八节 强制招标制度](#)
  - [一、实行强制招标制度的必要性](#)
  - [二、工程建设项目强制招标的范围](#)
  - [三、准确理解强制招标制度的几个问题](#)
  - [四、强制招标制度的例外](#)
- [第九节 招标投标法律风险概述](#)
  - [一、招标投标风险的表现](#)
  - [二、招标投标主要环节的法律风险](#)
- [第二章 招标阶段法律实务](#)
  - [第一节 招标项目应满足的先决条件](#)
    - [一、项目审批、核准](#)
    - [二、审核招标内容](#)
    - [三、落实项目资金](#)
  - [第二节 招标代理](#)
    - [一、委托招标的优势](#)
    - [二、委托招标的常见问题](#)

- [三、招标代理机构的选择](#)
  - [四、招标代理服务费](#)
  - [五、招标代理机构的执业纪律](#)
- [第三节 招标公告](#)
  - [一、招标公告的编制](#)
  - [二、招标公告的发布](#)
- [第四节 资格审查](#)
  - [一、资格审查方式](#)
  - [二、资格预审](#)
  - [三、资格后审](#)
  - [四、资格审查的标准](#)
- [第五节 招标文件](#)
  - [一、招标文件的编制](#)
  - [二、招标文件的发售](#)
  - [三、招标文件的澄清与修改](#)
  - [四、对招标文件内容的异议](#)
- [第三章 投标阶段法律实务](#)
  - [第一节 投标人的主体资格](#)
    - [一、对投标人资格的限制性法律规定](#)
    - [二、严格控制投标人资格](#)
  - [第二节 投标前期决策](#)
    - [一、投标决策的常见法律风险](#)
    - [二、投标人科学作出投标决策](#)
  - [第三节 投标文件](#)
    - [一、投标文件的编制](#)
    - [二、投标文件的送达](#)
    - [三、投标文件的接收与拒收](#)



- 四、投标文件的补充、修改和撤回
- 第四节 联合体投标
  - 一、对联合体投标的法律分析
  - 二、联合体投标的常见法律问题
  - 三、联合体投标法律风险防范对策
- 第五节 投标担保
  - 一、投标担保制度
  - 二、投标保证金的含义与作用
  - 三、投标保证金的形式与法律性质
  - 四、投标保证金条款的设置
  - 五、投标保证金的金额
  - 六、投标保证金有效期
  - 七、投标保证金的提交与清退
  - 八、年度投标保证金
- 第六节 投标人不足三家时的处理
  - 一、投标人不足三个致招标失败的成因分析
  - 二、投标人不足三个的法律后果
  - 三、防范招标失败风险的对策
- 第七节 串通投标
  - 一、串通投标行为的认定
  - 二、串通投标的法律责任
  - 三、招标人防范投标人串通投标的对策
- 第八节 弄虚作假投标
  - 一、弄虚作假投标的成因及表现形式
  - 二、投标人以他人名义投标
  - 三、资格证明文件造假
  - 四、对于弄虚作假投标行为的法律处理

- 第四章 开标阶段法律实务
  - 第一节 开标活动
    - 一、关于开标的法律规定
    - 二、开标时间、地点
    - 三、开标的主持人与参加人
    - 四、开标程序
    - 五、开标现场异常情况的处理
    - 六、电子开标
  - 第二节 开标现场异议
    - 一、投标人有权对开标提出异议
    - 二、招标人应当场答复异议
    - 三、开标异议是投诉的前置条件
- 第五章 评标阶段法律实务
  - 第一节 评标委员会
    - 一、评标委员会的组建
    - 二、评标委员会成员的调整
    - 三、评标委员会的权利与职责
    - 四、评标委员会的法律承担责任
    - 五、评标委员会的解散
  - 第二节 评标方法和评标标准
    - 一、评标方法
    - 二、评标标准
    - 三、按照招标文件确定的评标方法和评标标准评标
  - 第三节 投标文件的评审
    - 一、招标人提供评标必需的信息
    - 二、评标时间
    - 三、主要评审程序

- [四、评标中对偏差的处理](#)
- [五、投标人讲标、答辩](#)
- [六、电子评标](#)
- [七、对备选投标的评审](#)
- [八、针对两阶段招标的评标工作](#)
- [九、评标过程中发现招标文件错误的处理](#)
- [十、对评标差错的纠正](#)
- [第四节 标底和投标限价](#)
  - [一、标底](#)
  - [二、最高投标限价](#)
- [第五节 评标中的澄清](#)
  - [一、澄清的必要性](#)
  - [二、可以澄清、说明的法定情形](#)
  - [三、澄清、说明不得改变投标文件的实质性内容](#)
  - [四、澄清的程序要求](#)
- [第六节 否决投标](#)
  - [一、否决投标常见法律风险](#)
  - [二、否决投标的时间限制](#)
  - [三、否决投标的条件](#)
  - [四、否决投标的常见情形](#)
  - [五、否决投标的程序](#)
  - [六、处理好否决投标的后续事宜](#)
  - [七、否决所有投标](#)
- [第七节 评标报告](#)
  - [一、评标报告的格式与内容](#)
  - [二、推荐中标候选人](#)
- [第八节 中标候选人公示](#)

- [一、公示中标候选人的必要性](#)
  - [二、中标候选人公示要求](#)
  - [三、评标结果异议](#)
- [第九节 履约能力审查](#)
  - [一、招标人的履约能力审查权](#)
  - [二、履约能力审查的条件](#)
- [第六章 定标阶段法律实务](#)
  - [第一节 定标](#)
    - [一、定标环节的主要法律风险](#)
    - [二、定标主体](#)
    - [三、定标依据](#)
    - [四、定标时间](#)
    - [五、定标前禁止实质性谈判](#)
  - [第二节 中标通知](#)
    - [一、中标通知书的法律性质分析](#)
    - [二、中标通知书的发出主体](#)
    - [三、发出中标通知书的时限](#)
    - [四、中标通知的形式](#)
    - [五、中标结果公示与通知](#)
    - [六、中标通知书内容有误的纠正](#)
- [第七章 合同订立与履行阶段法律实务](#)
  - [第一节 合同谈判](#)
    - [一、禁止招标人和中标人进行实质性谈判](#)
    - [二、变更合同实质性内容的风险及对策](#)
  - [第二节 合同签订](#)
    - [一、签约主体](#)
    - [二、合同的订立时间与形式](#)

- 三、合同的内容
- 四、合同的生效
- 五、拒绝签约
- 第三节 履约保证金
  - 一、招标人可自主约定履约保证金条款
  - 二、中标人拒绝交纳履约保证金将承担不利后果
  - 三、履约保证金的退还
- 第四节 合同的履行
  - 一、招标项目合同履行中常见的法律问题
  - 二、禁止转包
  - 三、严格限制分包
  - 四、合同的变更
  - 五、合同的履行
- 第八章 招标投标中的异议、质疑和投诉
  - 第一节 异议
    - 一、异议的主体
    - 二、异议事项
    - 三、异议时间和答复时间
    - 四、异议是投诉的前置程序
  - 第二节 质疑
    - 一、质疑的主体和答复主体
    - 二、质疑的事项
    - 三、质疑的时间和答复时间
    - 四、质疑的答复结果
    - 五、质疑是投诉的前置程序
  - 第三节 投诉
    - 一、投诉主体

- 二、投诉受理主体
- 三、投诉期限
- 四、投诉的受理条件
- 五、投诉处理法定时限
- 六、投诉的撤回
- 七、禁止虚假、恶意投诉
- 八、投诉处理决定书
- 第九章 招标投标中的法律责任
  - 第一节 招标投标中的民事责任
    - 一、民事责任主体
    - 二、招标投标中的缔约过失责任
    - 三、招标投标中的违约责任
  - 第二节 招标投标中的行政责任
    - 一、责令限期改正
    - 二、罚款
    - 三、暂停项目执行或者暂停资金拨付
    - 四、行政处分
    - 五、没收违法所得
    - 六、其他形式
  - 第三节 招标投标中的刑事责任
    - 一、串通投标罪
    - 二、其他罪名
  - 第四节 招标投标中的违法行为
    - 一、招标人的主要违法行为
    - 二、投标人的主要违法行为
    - 三、中标人的主要违法行为
    - 四、评标委员会成员的主要违法行为

- 五、招标代理机构的主要违法行为
- 六、行政监督部门的主要违法行为
- 第五节 招标投标中的无效行为
  - 一、招标无效
  - 二、投标无效
  - 三、评标无效
  - 四、中标无效

# 第一章 招标投标基础知识

## 第一节 招标投标概述

### 一、招标投标的起源与发展

“凡是有竞争的存在，就有招标投标介入的可能性和必要性。”招标投标作为一种极具竞争性的交易方式，起始于英国，并逐渐为西方发达国家最先在政府采购或公共采购领域所采用。随后，招标的重要性和优越性日益为更多国家和国际组织所认可，它们纷纷通过立法在货物采购、工程承包领域推行招标投标制度，也逐渐推出了一些公认的国际规则，如联合国《政府采购协议》《联合国贸易法委员会货物、工程和服务采购示范法》（后修订更名为《联合国国际贸易法委员会公共采购示范法》）以及《国际复兴开发银行和国际开发协会信贷采购指南》（以下简称《世界银行贷款采购指南》）、《亚洲开发银行贷款采购指南》等。

我国招标投标活动雏形产生于清朝末期，但发展缓慢。中华人民共和国成立初期，实行高度集中的计划经济体制，企业经营活动依靠行政指令，招标投标一度被中止。党的十一届三中全会之后，实行改革开放政策，揭开了招标投标发展历史的新篇章。国家利用国际金融组织和外国政府贷款完成的一些大型项目，按照贷款方要求，采用了国际或国内竞争性招标方式。

1980年10月17日，国务院在《关于开展和保护社会主义竞争的暂行规定》中，首次提出对一些适宜于承包的生产建设项目和经营项目



试行招标投标，自此招标活动从建设工程开始试点，逐步推广到了机电设备进口、科研课题、出口商品配额分配等领域。1985年，国务院成立中国机电设备招标中心，主要城市也建立招标机构，招标投标工作正式被纳入政府职能。

2000年1月1日，《招标投标法》<sup>[1]</sup>正式施行，确立了招标投标基本法律制度，与国际经济接轨，改变了我国国家机关、事业单位、社会组织 and 国有企业的采购方式，推动招标投标制度进入了一个新的发展时期，促进了社会主义市场经济的发展。随后，与之配套的《招标投标法实施条例》及相关部门规章、地方性法规、政府规章及一系列规范性文件纷纷出台，建立了比较完善的招标投标法律体系，以规范我国境内的所有招标投标活动。与此同时，以《政府采购法》为统领的政府采购法律体系也建立了起来，其中，为适应政府采购管理需要，也规定了一些招标投标规则，仅规范政府采购项目。招标投标制度已逐步涉足我国国民经济各个领域，除广泛应用于工程以及与工程有关的设备、材料、勘察、设计、监理外，还扩大到项目选址、融资、咨询、代建，以及教材、药品采购等领域。同时也应用于国有企业产权转让、商业用房出租、特许经营权出让、广告招商、国有土地使用权出让等出售标的情形，<sup>[2]</sup>尤其是对使用政府资金、国有资金和涉及公共利益的工程、货物和服务采购实行强制招标制度，有力地维护了国家利益、社会公共利益和招标投标当事人的合法权益，推动了招标投标制度的规范发展，提高了经济效益，促进了市场经济建设。

## 二、对“招标投标”概念的理解

《招标投标法》对“招标投标”没有明确定义，实践中存在认识上的争议。“招标投标”可以作为一个整体概念来理解，是指招标人利用竞争机制，事先提出货物、工程或服务交易的条件和要求，邀请众多

投标人参加投标，招标人按照规定程序评审，并从中择优选择交易对象的一种成熟、规范和科学的市场交易行为。具体来讲，它是由招标人或招标人委托的招标代理机构通过招标公告或投标邀请书，发布招标信息与要求，在同等条件下邀请潜在的投标人参与竞争，并按照规定的程序和办法，通过对投标竞争者的报价、质量、工期和技术水平等技术、商务或价格因素进行评审比较和综合分析，从中择优选定中标者，并与其签订合同，以达到资源优化配置的目的。

“招标”与“投标”又可以作为一对相互对应的概念，是站在招标人（买方、发包方）或投标人（卖方、承包方）的不同角度赋予“招标投标”的不同称呼。招标是招标人根据自己的需要，发出招标公告或投标邀请书，提出招标项目和条件，邀请若干投标人同时投标，最后由招标人通过对各投标人响应的交易条件及履约能力等因素进行综合比较，确定其中条件最佳的投标人为中标人，并与之订立合同的过程。投标是投标人根据招标文件的要求编制投标文件，响应招标人的要求，递交投标文件参与竞争谋求中标并最终获取招标项目的过程。

### （一）招标作为一种交易行为，既可以是采购行为，也可以是出售行为

招标的本质在于招标人公布标准和交易条件，邀请投标人投标，而投标人按照这些标准和条件，提出报价，供招标人选取和确定中标人。<sup>[3]</sup>招标常用于采购活动，但同时也作为一种出售行为，在商业用房招租、特许经营权出让、广告招商、国有土地使用权出让等情况下广泛应用。招标投标也是政府采购的主要方式，根据《政府采购法》第二条第四款规定，以合同方式有偿取得货物、工程和服务的行为，包括购买、租赁、委托、雇用等，都可以进行招标，这里也并不仅限于采购行为。



更多法律电子书尽在 [docsriver.com](http://docsriver.com) 商家巨力书店

本书主要将招标投标作为一种采购方式来阐述。

## （二）招标投标也可以作为行政许可的手段

实际上，招标投标除是一种市场交易方式外，在行政许可领域也有应用。《行政许可法》第五十三条规定：“实施本法第十二条第二项所列事项的行政许可的，行政机关应当通过招标、拍卖等公平竞争的方式作出决定。但是，法律、行政法规另有规定的，依照其规定。行政机关通过招标、拍卖等方式作出行政许可决定的具体程序，依照有关法律、行政法规的规定。行政机关按照招标、拍卖程序确定中标人、买受人后，应当作出准予行政许可的决定，并依法向中标人、买受人颁发行政许可证件。行政机关违反本条规定，不采用招标、拍卖方式，或者违反招标、拍卖程序，损害申请人合法权益的，申请人可以依法申请行政复议或者提起行政诉讼。”第十二条规定：“下列事项可以设定行政许可：……（二）有限自然资源开发利用、公共资源配置以及直接关系公共利益的特定行业的市场准入等，需要赋予特定权利的事项……”

已经有越来越多的行政管理领域的行政法规、部门规章和规范性文件规定，实施有限自然资源开发利用、公共资源配置以及直接关系公共利益的特定行业的市场准入，需要赋予特定权利的事项（如出租汽车的车辆经营权、增量配电项目的投资运营权、风电项目的投资权）的行政许可事项，行政机关应当参照《招标投标法》规定的程序通过招标等公平竞争的方式作出行政许可决定。<sup>[4]</sup>

采取招标投标方式作出行政许可决定，有利于增强行政机关的行政决定程序的规范性、透明度，建立公平竞争的公共管理秩序，防范