

# 对修订后的《政府采购货物和服务招标投标管理办法》的分析与评估

赵勇

修订后的《政府采购货物和服务招标投标管理办法》(简称“87号令”)是自《政府采购货物和服务招标投标管理办法》(简称“18号令”)2004年9月11日起施行至今的首次修改。在正式颁布实施之前,财政部委托国际关系学院公共市场与政府采购研究所组成课题组对于87号令的立法质量和特色以及实施效果进行分析和预估,提出完善和改进意见,进而更好地实现提高政府采购资金的使用效益,维护国家利益和社会公共利益,保护政府采购当事人的合法权益,促进廉政建设的目标。从立法程序的角度看,这种做法在财政部制定部门规章的历史上尚属首次。

## 立法质量分析

### (一)立法形式分析

对于87号令立法体例的质量分析工作,主要从宏观和微观两个层面展开:

在宏观方面,分析87号令在整个政府采购法律体系中的位置。18号令颁布实施十余年来,执行政府采购法律法规的规章制度所处的社会环境发生了巨大的变化,特别是其上位法《政府采购法实施条例》(以下简称“《条例》”)于2015年3月1日起施行,使得对于18号令的修订有了非常现实而急迫的需求。87号令的颁布实施,有助于与近年来快速发展的政府采购市场相契合,也使操作规



范更加具体、细化和明确。87号令不仅有助于完善政府采购法律体系,也为地方政府部门出台相关规范提供了依据。因此,87号令的宏观定位清晰、合理。

在微观方面,分析87号令在章节、条文内容上的安排和设计。87号令共有七章、八十八条。从结构上考察:“总则”共八条,主要规定立法目的和依据、适用范围、招标方式和条件、适用原则等;“招标”共二十一条,主要从采购人和采购代理机构方面规定招标活动应当遵循的原则和要求;“投标”共九条,主要从投标人方面规定投标人参与招标活动应

当遵循的原则和要求;“开标、评标”共二十八条,主要规定了开标、评标活动时应当遵守的原则和要求,以及出现特殊情况时的处理方式;“中标和合同”共九条,主要规定了采购人和采购代理机构确定中标人、公布中标公告、发出中标通知书以及与中标人签订合同等相关事项;“法律责任”共六条,主要规定了采购活动中各方所应承担的责任以及出现违法违规情况时的处罚措施;“附则”共六条,主要规定了不适用本87号令的特殊采购活动以及87号令中相关术语的释义等。87号令总体结构完整,各部分

之间顺序安排符合逻辑和立法习惯，具有完备的法律形式。其结构遵循了从“总则”到“分则”再到“附则”的立法体例安排，总则提纲挈领，设置科学合理。第二章到第六章的分则紧密围绕政府采购主体以及招标投标活动顺序来设计。各章之间逻辑结构清楚，顺序安排妥当，调整对象全面，条文衔接顺畅。附则对于未尽事宜进行了补充完善。87号令的规定十分详尽，包含了政府采购货物和服务招标投标中各方主体及其参与招标投标活动的全流程，而且对法律责任的规定采取了集中的立法模式，单独设章，有利于突出87号令的强制性和权威性，各方当事人权利与义务设置较为均衡，有利于增强各方当事人的守法意识。

### （二）立法内容分析

在实体权利(力)、义务的合法性方面，87号令一方面修改了18号令与《条

例》等上位法中关于招标采购程序、评标方法、交易规则、信息公开等不一致的规定；另一方面，作为配套的部门规章，还对《条例》的相关规定进行了细化，填补了制度空白。87号令贯彻了上位法的立法目标和原则，并对其进行了补充和延伸，设置的法律没有超越立法权限。87号令充分尊重政府采购市场各方主体的平等地位，将采购人、采购代理机构、供应商、评审专家等当事主体在采购活动各环节的不同诉求进行了平衡与协调，对权利义务的配置遵循了权利义务对统一的基本原则，形成了完备的权利体系。87号令在明确采购主体的权利的同时，也对各方主体应履行的义务进行了合理配置。比如，在招标环节中对于采购人或采购代理机构进行市场调查的规定、不得设定最低限价的规定、对于样品的规定，在投标环节中对于投

标人分包的规定、投标保证金的规定，在开标评标环节中对于评标委员会责任义务的规定，以及在中标和合同环节中对于当事人签订合同和履约管理的规定等。同时，87号令还明确了政府采购行政监督部门的职责，使市场主体的权利义务得到了保障。87号令对违反实体义务的各种情形设定了完备的法律责任。

在实体权利(力)、义务的合理性方面，87号令考虑到了与同位法规定的一致性。对《政府采购促进中小企业发展暂行办法》《政府采购非招标采购方式管理办法》《政府采购信息公告管理办法》《政府采购供应商投诉处理办法》及《政府采购评审专家管理办法》等部门规章进行吸收借鉴，避免了冲突和争议。此外，87号令的内容兼具针对性和前瞻性：其中的招标制度、投标制度、开标评标制度、中标制度、合同制度、责任



追究制度以及市场诚信体系等内容,对政府采购货物和服务招标投标管理作出了详尽明确的规定;其中建设市场诚信体系的规定具有前瞻性。总体而言,87号令中的各项制度能充分尊重政府采购市场规律,与经济发展相适应并符合调整对象的发展趋势。

在程序权利、义务合法性方面,87号令中强化了采购人对采购需求的管理以及加强了履约验收的义务,改善了政府采购中长期存在的重程序、轻结果的倾向以及灵活性不足的问题。87号令赋予省、自治区和直辖市人民政府根据实际情况确定适用于本行政区域内公开招标数额标准的权力,体现了简政放权的效率原则。综合来看,87号令在立法目标和原则方面符合上位法的规定,所涉及的程序制度与《政府采购法》、《条例》等上位法有效衔接,创新性的内容也未超出部门规章的立法权限,具有合法性。一个政府采购项目需要经过前期立项审批、发布招标公告、投标、开标、评标、中标、签订合同及履行等一系列程序。87号令明确了各重要节点的参与主体、履行期间、履行方式以及法律责任,各主体程序权利义务较为完整。87号令为程序性义务设置了明确的法律责任。以投标保证金为例,87号令中规定,采购人或者采购代理机构有权向投标人收取投标保证金,但应当自中标通知书发出之日起5个工作日内退还未中标人的投标保证金,逾期退还投标保证金的,除应当退还投标保证金本金外,还应当按中国人民银行同期贷款基准利率上浮20%后的利率支付孳息,但因投标人自身原因导致无法及时退还的除外。此处修改后的规定既反映出采购人或者采购代理机构程序规定的责任与程序义务的相对应,也反映出责任追究与义务违反的相对应。由此可以看出,87号令建立了比较完善的程序责任追究体系。

在程序权利、义务的合理性方面,

通过对相关条款的分析可以发现,在上位法的基础上,87号令更加充分地体现了公开、透明、开放的原则。比如,87号令细化了中标结果公告的内容,明确了中标公告期限,要求同时公告书面推荐方式下所有被推荐供应商的名单和推荐理由;规定在公告中标结果的同时,应当告知未通过资格审查的投标人其未通过的原因,采用综合评分法评审的,还应当告知未中标人其评审得分与排序。87号令还规定投标人不能证明其报价合理性的,评标委员会应当将其作为无效投标处理,同时也规定了评标委员会及其成员的禁止行为。

### 立法特色评估

#### (一)权利(力)与责任匹配

成熟市场经济的标志之一就是各市场主体需要为自己的行为承担责任。在政府采购制度设计中,让有利益、有动机的相关当事人承担相应的职责,不仅能够降低执行制度的成本,而且能够让相关当事人在追求自身利益的同时,实现公共利益。

87号令用了大量的篇幅对采购人和采购代理机构的责任义务进行了补充和完善,一方面实现了采购人和采购代理机构的权责匹配,另一方面也维护了供应商的正当权利,把供应商作为维护制度运行的重要当事人,让供应商在维护自身利益的同时,实现制度公正。

87号令落实了采购人在资格预审和组织评标工作中的主体责任,进一步强化了采购人在落实政府采购政策、采购需求管理、信息公开等方面的主体责任,主要包括编制采购需求、资格审查、对开标评标活动进行全程录音录像、不得擅自终止招投标活动或者影响公平竞争等。与此同时,87号令增加了对采购人、采购代理机构设置投标人资格要求的限制,细化了中标结果公告的内容,明确了中标公告期限,要求同时公告书

面推荐方式下所有被推荐供应商的名单和推荐理由,以及对于落选供应商的告知义务等。

除了加强对采购人和采购代理机构的主体责任之外,87号令还根据权责对等和简政放权的原则,规定了保障采购人权利(力)实现的措施,从而提高采购人的积极性,包括允许采购人在邀请招标方式中推荐供应商、负责投标人的资格审查、特殊的采购项目经主管预算单位同意后可以自行选定评审专家等。

在评审专家的权责方面,87号令要求在评标过程中,不得去掉报价中的最高报价和最低报价,同时也赋予评标委员会在出现畸高、畸低评分时修改评标结果的权利,还详细列明了评审专家的禁止性行为。这些规定较好地平衡了评审专家的权利和责任。

对于供应商拒绝履行合同义务的或擅自将政府采购合同分包的行为;对于评审专家私自接触投标人、接受投标人与投标文件不一致的澄清或说明、对主观评审因素协商评分等违反评标纪律的行为;对于作为监管方的财政部门监管人员违法违纪的行为,87号令都作出了处理规定。这些规定,既促进了有效竞争,又通过信息的公开透明保障了公平公正,实现了相关当事人的权责统一。

赋予最关注自身权益的当事人以适当的权利,是成本最低、效果最好的保证政府采购制度顺利运行的手段。从这方面来看,87号令充分体现了权利(力)与责任的匹配。

#### (二)降低交易成本

交易成本在招标采购中表现为搜寻成本、谈判成本、决策成本、缔约成本、实施成本、监督成本、控制成本、矫正成本等。好的政府采购制度设计应当能够有效降低上述成本。

首先,87号令要求资格预审文件应当免费提供,规定获取招标文件或者资格预审文件的潜在投标人不足3家的,

可以顺延提供期限规定,规定采购人、采购代理机构一般不得要求投标人提供样品。这些规定可以降低合同双方的搜寻成本。87号令强化了采购需求的管理。合理确定采购需求不仅能保证政府采购公共性目的的实现,而且有利于帮助采购人充分了解市场情况和供应商信息,从而大大降低采购中的谈判成本、决策成本、实施成本等交易成本。87号令规定采购人应当进行市场调查,根据调查情况科学合理地确定采购需求,并进行价格测算;规定采购需求应当包括的主要内容;规定采购人经市场调查和成本测算后,可以在预算内合理设定最高限价;明确了采购人未按规定编制采购需求的法律责任等。

其次,87号令进一步规范和完善了招标采购程序,包括补充了招标公告、资格预审公告、招标文件、资格预审文件的内容;增加了提供招标文件、资格预审文件的期限,以及投标有效期的规定等。87号令在编制招标文件时对于不允许偏离的实质性要求和条件,采购人应当在招标文件中规定,并以醒目的方式标明,减少了评标、公告期间可能发生争议的可能。在开标评标环节中,87号令明确了采购人、采购代理机构在组织评标工作中的职责和评标委员会的构成及职责;规范了综合评分法的评审因素及分值设置要求;规定了采购人可以自行选定相应专业领域的评审专家的情况;细化了评标报告的具体内容。同时,在保障采购活动合法进行的前提下,针对存在轻微违法行为且可以改正的情形,如分值汇总计算错误、个别评标委员会成员独立评标受到非法干预等情形,允许在采购活动进行中予以纠正。这些规定一方面完善了招标采购程序,另一方面大大提高了采购的效率,有利于降低采购中的决策成本、实施成本和矫正成本。

第三,87号令还增强了邀请招标方

式的灵活性。针对实践中存在的邀请招标采购周期长、使用率低的问题,87号令规定了三种产生符合资格条件供应商的方式,即发布资格预审公告征集、从省级以上财政部门建立的供应商库中选取和采购人书面推荐三种方式,再从中随机抽取3家以上供应商。同时为保证竞争的公平性和充分性,对书面推荐和随机抽取作出了严格规定。邀请招标采购方式的完善,有利于采购人在法律允许范围内加强实际操作过程中的灵活性,降低采购成本。

第四,87号令还加强了政府采购货物和服务的履约验收管理,通过强化采购结果的管理,减少违规操作的空间,保障采购的质量。在这方面,87号令进一步明确政府采购合同应当具备的内容;规定采购人可以邀请参加本项目的其他投标人或者第三方机构参与验收;要求采购人加强对中标人的履约管理,在供应商出现违约行为时,应当及时处理并依法追究供应商的违约责任等。这些规定一方面促进了信息的公开透明,另一方面通过引入外部监督的方式(其他投标人或者第三方机构)大大降低了监督成本,提高了监督效果,有利于构建全方位的立体监督体系。

### (三)构建诚信体系

如何避免逆向选择和道德风险一直是采购人面临的难题。在计划经济时代,对于供应商的评价和资格准入是由政府通过资质管理来实现的。而在市场经济中,需要对政府采购各方当事人的行为及后果进行记录,形成诚信档案,以便政府部门、交易双方及社会公众参阅。

在避免逆向选择方面,87号令加强了对政府采购货物和服务市场活动的规范,加大了对违背诚信原则行为的打击力度,将有力地促进政府采购货物和服务市场诚信制度的完善发展。87号令中既有对政府采购市场当事人所应遵循诚信原则的规定,又不乏对相关当事人权

利责任的规定。如评标委员会认为投标人的不合理报价有可能导致投标人无法诚信履约情形的处理办法,以及“法律责任”一章中对各种违法违规、违背诚信原则的行为具体的处罚措施。这些条款将为提高违法成本、建设政府采购诚信体系、构建“良币驱逐劣币”的交易秩序、保障政府采购活动的可持续发展提供制度保障。

在降低道德风险方面,构建诚信体系还在于当事人明确合同的内容以及自觉履行合同义务,大力发扬契约精神,促进政府采购市场的良性循环。87号令将18号令中规定招标文件中应包括的内容之一从“合同主要条款”修改为“拟签订的合同文本”,并明确规定所签订的政府采购合同不得对招标文件确定的事项和中标人投标文件作出实质性修改,采购人也不得向中标人提出任何不合理的要求作为签订合同的条件;要求合同双方依法履约;明确合同履行管理的要求以及对违约的惩戒办法;规范政府采购双方当事人订立合同时履行的程序,包括签订书面合同、履约担保、合同备案及争议的解决等,是诚实信用原则的具体体现。对违约等行为予以法律制裁,一方面确立了合同的合法性、权威性,另一方面可防止双方当事人隐匿行为,签订黑白合同损害他人或国家利益。

构建政府采购市场诚信制度是健全社会诚信制度的重要组成部分,通过加强对政府采购市场活动的监管,加大对违背诚信原则行为的打击力度,同时营造诚信的政府采购市场环境,将有力地促进政府采购市场诚信制度的完善发展。□

【本文为财政部条法司《〈政府采购货物和服务招标投标管理办法〉(修订草案)分析评估》研究项目的部分成果】

(作者单位:国际关系学院公共市场与政府采购研究所)

责任编辑 张小莉