

论政府采购与招标投标的区别

——对财政部政府采购指导性案例10号的探讨

陈星寰

新疆财经大学法学院, 新疆 乌鲁木齐

收稿日期: 2024年5月23日; 录用日期: 2024年6月4日; 发布日期: 2024年7月17日

摘要

《政府采购法》与《招标投标法》均为全国人大常委会制定的、规范政府购买货物或服务的法律, 但二者在规范主体、规范内容、规范内涵、实施程序等方面存在区别。通过对财政部政府采购第10号指导性案例进行分析, 明确招标投标不同于政府采购, 本案应适用政府采购法的有关规定。

关键词

货物采购, 适用法律错误, 采购活动违法

On the Difference between Government Procurement and Bidding and Bidding

—A Discussion on Government Procurement Guiding Case No. 10 of the Ministry of Finance

Xinghuan Chen

School of Law, Xinjiang University of Finance & Economics, Urumqi Xinjiang

Received: May 23rd, 2024; accepted: Jun. 4th, 2024; published: Jul. 17th, 2024

Abstract

The Government Procurement Law and the Tendering and Bidding Law are both laws formulated by the Standing Committee of the National People's Congress to regulate the purchase of goods or services by the government. However, there are differences between the two in terms of regulatory subjects, regulatory content, regulatory connotations, and implementation procedures. By analyzing the Guiding Case No. 10 of the Ministry of Finance on Government Procurement, it is clari-

ified that bidding and tendering are different from government procurement, and the relevant provisions of the Government Procurement Law should be applied in this case.

Keywords

Procurement of Goods, Applicable Legal Errors, Illegal Procurement Activities

Copyright © 2024 by author(s) and Hans Publishers Inc.

This work is licensed under the Creative Commons Attribution International License (CC BY 4.0).

<http://creativecommons.org/licenses/by/4.0/>



Open Access

1. 引言

本案例来自财政部发布的第 10 号政府采购指导性案例。“用好的法律来促进发展，用好的管理来保证”是落实十八届四中全会提出的一项重大决策，也是推进政府采购标准化进程的重大措施。《政府采购法》实施至今，已初步形成了以法律、法规为主，部门规章为辅的法律制度，但《政府采购法》与《招标投标法》在实践中还存在关系界定不清的问题。明确二者关系，对规范政府购买货物及服务活动具有重大意义。

2. 案情简介

买方 C 于 04 年 10 月 29 日委托代理公司 A 对某系统采购工程进行公开招标。B 公司参加了这次招标。在二零零四年十二月一日，代理公司 A 发出了竞标通知书。B 公司对此不满意，在 2004 年 12 月 21 日又将此问题提交给了财政部。B 公司辩称：1. B 公司所标的产品属于同类产品中的佼佼者，但在没有理由的情况下以最低价中标。2. 评书中无明确评价标准。3. 招标公告中成员名单和法律规定不符。4. 投标文件中的“不需要维护，不需要更换泵管、管道和气瓶”，认为为排他条款。5. 中标单位在其它工程招标时，对同类产品的标价低于该招标价。

对此，中介公司 A 回复：B 公司投标的部分项目的技术参数与投标文件不符。该工程属于 XX 系统工程，应当按照《招标投标法》等有关法律法规进行编制。经核实，该工程经费是根据《招标投标法》规定由发改委组织的基建投资。《招标投标法》与《政府采购法》两个实施细则都还没有出台，而且在执行过程中也有一些相互重叠的地方。比如，在涉及到国家重点工程的物资采购时，究竟应该适用哪一种法律，目前尚无定论。对此，财政部在收到投诉后，参照《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职责分工意见的通知》，明确了重点建设项目由发改委负责，并按招标投标法进行，由此交发改委处理。同时 b 起诉财政部。

二零零六年八月，法院做出一审判决，认为本案属于大宗货物采购，而 B 公司的申诉则是由于其在招投标过程中对招标代理的不公平行为，因此根据《政府采购法》的相关规定，应由财政部对其进行监管。财政部在 06 年 12 月上诉，二审法院予以支持。根据裁定，该投诉已由财政部审理。

B 公司不服，再次向法院申请复议。最终，法庭做出了判决，驳回了 B 公司的全部诉讼请求。一、投诉 1. B 公司所购买的产品与招标文件中所列内容不符。关于其他投诉事项，也依法对其不予受理。根据《政府采购供应商投诉处理办法》第十九条第三款之规定，认定本次采购为违法行为。

财政部认为：关于投诉 1，本项目投标书的主要条款中写明，所投产品应当“无需维修，无需更换泵管、管道和气瓶”，而 B 公司所投的产品为蠕动泵，泵管、管道及气瓶均需定期更换，人员培训中也

包括了蠕动泵的安装与更换，与招标文件的实质要求相矛盾。对于第2、3、4、5项投诉，本案是关于政府采购材料，应依照《中华人民共和国政府采购法》及18号《政府采购货物和服务招标投标管理办法》等相关法律法规规定的程序进行采购。但是，建设项目是以《中华人民共和国招标投标法》为基础进行的，没有违反《中华人民共和国政府采购法》第五十二条、第六十四条的规定，故不能认定为无效合同。鉴于项目已经完成，根据《政府采购供应商投诉处理办法》第十九条第三款的规定，本项目被认为是违法的。

3. 本案涉及政府采购法理论和实务问题

(一) 政府采购与招标投标的区别

第一，规范主体不同。《政府采购法》将其规定为各级国家机关、事业单位以及其他社会组织[1]。《招标投标法》对招标人不作任何限定，其适用对象是全国范围内的任何主体，包括民营企业和其他非法人机构。第二，规范内容不同。《政府采购法》规范的内容主要有：招标，竞争性谈判，单一招标等。《招标投标法》则是对招投标活动进行规制的法律，是由招标人通过发布招标文件或者邀请文件公开招标的一种交易模式，行为过程上具有较大的长期性和复杂性。第三，规范内涵不同。“招标”分为公开招标与邀请招标两种形式，《招标投标法》仅限于招投标活动，而对招投标以外的其它活动和行政行为，则要遵守《政府采购法》的有关规定，以免与政府采购程序发生抵触。“政府采购”是指政府对政府购买活动进行管理和实施的一种形式，其含义更为广泛，既包含了政府采购行为本身，也包含了对政府采购活动进行规制的政府采购体系[2]。从政府采购的行为来看，政府采购的主体、资金的性质和客体的选择等方面；《政府采购法》是一部以多种法律为主要内容的法律制度。在我国现行的政府采购制度下，采取了一种方式，并对这种方式进行了规定，当然，也应对“招标”作为一种采购手段加以规制。“政府采购”和“招标”之间存在着一种包含关系，而非对等关系[3]。第四，实施程序不同。招标的过程从制定投标文件开始，到决定供应商结束，从制定采购预算到付款结束。而“招投标”法仅能对招标文件编制至中标后这一全过程进行规制，无法对其他政府采购过程中的其他环节进行规制。由此可见，招标仅仅是“政府采购”过程中的一个环节，即包含了“招标”过程。第五，适用内容不同。《政府采购法》在制定招标文件、确定评标方法、等方面都与招标投标法有较大差异。在政府采购领域，对以招标为手段的政府采购项目和与之有关的商品和劳务，实行招标投标法及其实施条例。政府采购项目以及非招标采购项目的货物和服务，以及与项目施工无关的，应当按照《政府采购法》及其实施条例以及《政府采购货物和服务招标投标管理办法》的有关规定执行。

(二) 本案适用法律错误

招标投标法，政府采购法并存于我国，二者相互冲突，造成了适用上的困境。由于招标投标法和政府采购法的不同，导致了不同的司法判决。当前，我国政府采购过程中，还面临着招标人自主裁量权、招标人资格审核、评标与评审人员权利、对供应商提出的质疑与申诉等问题。由于《招标投标法》、《政府采购法》等相关的实施细则尚未出台，因此，在实施过程中，有些条款存在交叉，例如，关于国家重点建设项目的材料采购，具体应适用哪个法规，目前尚无定论。在本案中，财政部根据政府采购法等有关法律、法规规定，确定了该工程的采购模式和流程。《中华人民共和国政府采购法》第2条、64条是有关法律的规定。《中华人民共和国政府采购法》第十一条规定，本条例规定，凡在中华人民共和国范围内实施的政府采购，一律依照本法执行。本条例所称的政府采购，是指各级国家机关、事业单位和社会团体在法律规定的集中采购目录内的商品、服务和劳务的活动。《中华人民共和国政府采购法》第64条，采购人应当依照本法规定的方法、步骤，依法开展采购活动。未经批准的，未经批准的，不得擅自决定由谁负责。

按照前述规定，财政部认定本工程属于政府采购，应当适用《政府采购法》，而本案又适用招标投标法，依据《政府采购供应商投诉处理办法》第十九条，“已履行的政府采购合同，因其存在违法行为，给采购人或者投诉人造成损失的，由相关责任人承担赔偿责任”，所以决定该采购活动违法。

4. 关于本案的理论分析

法的统一性是法治理念的核心，也是实现法治的根本所在。但是，不同层次的规范文件冲突是每个国家都存在的现象。《招标投标法》和《政府采购法》都是由全国人大常委会制定的法律，因此，在立法上，一般将“程序法”和“实体法”区分开来，并不存在矛盾。但在实际操作中，却会发现，新出台的政府采购法也未能跳出法律冲突的枷锁。“两法”的同时存在，虽然有着不同的历史背景和起点，但是由于两者的调整目标高度重合，特别是随着我国政府对公共权力的限制，“两法”之间的重叠和冲突也越来越突出。“两法”中关于建筑装饰工程招投标的法律适用问题，由于招标方式的类型与具体内容、采购程序、投诉与申诉等方面存在较大差异，使理论与实践中的司法实践产生了不少困惑。“两法”的同时存在导致了法律适用上的困境，其主要表现为适用的范围。监管主体等的不同。由于其适用范围界定模糊，造成监察机构职权重叠、重叠。

第一，“两法”在立法上对行政行为进行了规范。根据《政府采购法》第二条第二款和第十五条的规定，我国《行政许可法》没有将国家和其他市场主体的采购包括在内；《招标投标法》第三条第一款明确指出，对于不具备《政府采购法》规定条件的投标人，即便是动用了财政资金，也不得进行招标投标活动。《招标投标法》第八条未将招标人作为特定的调整对象，而是将招标人的范围扩大到招标投标人的范围。

第二，就采购标的而言，“两法”所规定的针对采购对象的范围存在较大差别。首先，尽管《招标投标法》的主体条款中明确规定了“建设项目及其相关产品和劳务”购买客体，但其包含的第2项内容也可应用于与工程无关的商品或劳务。而《政府采购法》则是在《招标投标法》出台后，又与发改委等相关部门进行了协调，将《招标投标法》的第2、4条明确地纳入到了法律中，并将工程及相关产品和服务排除在了法律的适用范围之内^[4]。从文义上看，我国《政府采购法》关于建设项目招投标的相关规定存在着冲突，但是，从立法宗旨上讲，《政府采购法》第4条的规定是为了“两法”做好衔接，明确了《招标投标法》中涉及招标方式的一切事项，其全部程序、法律责任以及监督和救济机制都应当按照《政府采购法》来进行，这样，就可以避免《政府采购法》对招标过程中出现的违法行为进行调整。其次，《政府采购法》中对招标方式进行了明确的规定，但是对于招标的具体操作却是比较宽泛的，致使以招投标方式购买非工程项目的商品或劳务时，只能依靠随后出台的部门法规予以解决。但是，《招标投标法》第2条规定了一切招标投标活动，从文义来看，《招标投标法》同样适用于非工程项目的招标投标行为。

第三，理论诠释上的疑难，由于《招标投标法》中明确规定了政府采购项目，从《立法法》的规定来看，《招标投标法》在一定程度上可以被视为《政府采购法》的专用法。在“两法”之间存在矛盾的情况下，《招标投标法》的适用应以《立法法》第83条的规定为准。在遵循“新法律重于旧法”的前提下，应当采用政府采购法。但是，将“两法”之间的关系粗略等同于一般和普通，新和旧，都很难处理好“两法”中存在的诸多矛盾，仅凭《立法法》对冲突解决条款的解释和适用，就可以简单地将两者之间的矛盾推给全国人大常委会来处理，也不太现实。

第四，监管机制不健全。招标投标法实施了以发改委为辅助，以分散监督为主要内容的监管体系^[5]。招标活动由行政监管部门负责由于各个部门所属的行业特性不同，各地的习俗惯例也存在着很大的差异。实践中，需要不同部门、不同区域两个维度，按照不同的项目建设特征，在各自的权限范围内实施监管，

缺少一个统一的监管部门来对其实施全方位的监管，很可能会出现地方保护主义。鉴于政府采购的立法起点是资金的属性，而不包括工程招标，因此，作为对财政资金的编制和实施进行监督的财政部门，自然也就成了《政府采购法》中明确规定的监管机构。其它相关部门和金融机构的职能也比较明确，没有太多的争议。但是，在某些敏感地区，因应用范围的重叠和重叠，仍然有工程货物服务由此产生了规制权力归属不明的问题[6]。“两法”实施后，其主要特征是：监督任务与要求各有侧重、监督主体重叠、责任交叉、招投标各环节被分散监管等。

第五，救济机制差异化大。我国现行法律规定中关于诉讼请求权的规定有很大差别，并且对诉讼请求权的前置条件也不尽相同。政府采购法中规定，供应商以利益受损为先决条件。招标投标法对异议的适用以招标人或利益相关方是否认为招标行为违法，而与其权益是否受损无关。但是，与政府采购相比，招投标行为具有更多的公平性。政府采购法规范是对财政资金进行规制，对其进行更为严密的救济，符合其自身的特点。

综上所述，本案中的政府采购活动应当适用政府采购法的相关内容，如此才能确保法制统一。

参考文献

- [1] 贾丽颖. 我国政府采购、招标投标机制的改革创新研究[J]. 现代商贸工业, 2023, 44(11): 26-28.
- [2] 何红锋. 《政府采购法》与《招标投标法》的关系[J]. 中国政府采购, 2002(9): 14-16.
- [3] 严宇琳. 《政府采购法》与《招标投标法》融合研究[J]. 中国物流与采购, 2023(8): 118-120.
- [4] 戴建标. 国家招标采购制度体系改革的探讨[J]. 建筑经济, 2018, 39(8): 10-13.
- [5] 陈鹏. 财政部首批 10 个政府采购指导性案例的实践指导作用[J]. 中国政府采购, 2018(3): 65-68.
- [6] 王德. 加快建设全国统一政府采购市场的对策建议[J]. 中国行政管理, 2024(4): 151-154.