

对“必须采用招标方式确定招标代理”合法性的探究

文 / 江苏省国际招标公司 顾建钧

近一段时间以来,各地相继出台了一些地方性法规、规章,针对一些具体的项目,要求招标人必须采用招标方式确定招标代理。在我国现有法律中,《中华人民共和国招标投标法》、《中华人民共和国政府采购法》(以下简称《招标投标法》、《政府采购法》)是两部涉及到招标采购的重要法律。虽然各界人士对于这两部法律之间存在的一些缺陷、冲突和矛盾不乏微词,但是作为全国人民代表大会审议通过的法律,其地位是平等的,在所有涉及到招标采购的法律、行政法规、地方性法规、规章中,是具有最高效力的两部法律。

本文以A市人民政府于2006年7月8日颁布、2006年9月1日开始实施的《A市政府投

资项目招投标监督管理办法》(以下简称为《A市管理办法》)为例,从这两部法律出发,对“必须采用招标方式确定招标代理”这一规定的合法性进行讨论探究,并对依法必须采用招标方式确定招标代理的适用范围进行了分析。

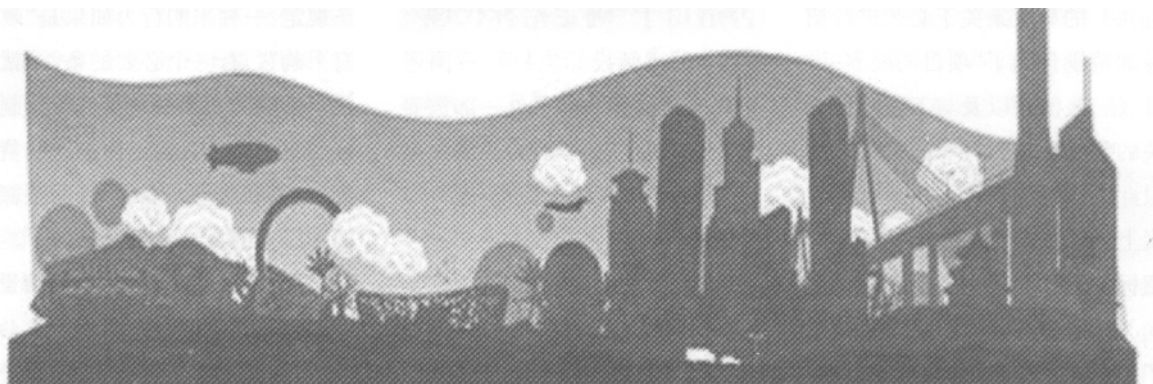
一、《A市管理办法》对“招标方式确定招标代理”的规定

《A市管理办法》的第一条就提出其制定的依据是包括《招标投标法》和所属省的招标投标条例;规定了其适用范围为在其行政区域内“以各类财政性资金、政府专项资金(基金)、政府统一借贷资金以及其他国有资金为主投入建设的项目”的招投标活动及

其监督管理;并且规定了“招标人采取委托代理招标的,招标项目的单项合同估算价达到30万元人民币以上的,或者单项合同估算价低于招标标准但项目投资总额在2000万元人民币以上的,应当采用招标方式确定招标代理机构。达不到上述标准的,应当采用比选、询价以及其他竞争方式择优选定招标代理机构”。

二、《招标投标法》对“确定招标代理”没有任何限制

在招标活动中,采购人委托招标代理机构办理招标事宜的行为实质就是“采购人以委托代理合同的方式有偿的取得与招标代理业务相关的服务”,这里将这种行为简称为“确定招标代理”。



《招标投标法》的第十二条明确规定“招标人有权自行选择招标代理机构，委托其办理招标事宜。任何单位和个人不得以任何方式为招标人指定招标代理机构”；没有对招标人、招标项目、自行选择的方式提出任何附加条件。招标人可以有权自行选择招标代理机构，其选择方式也应由其自己决定。那么，选择方式当然可以是直接确定，也可以是比选、询价或者其他竞争方式，或者也可以是招标。但是必须强调，招标方式的选择并不是必须的。这些方式是否被选用，或者选用哪种方式，都属于《招标投标法》赋予招标人的权利。

《招标投标法》的第三条规定了必须进行招标的项目范围，国家发展计划委员会发布的《工程建设项目招标范围和规模标准规定》和商务部发布的《机电产品国际招标投标实施办法》也各自针对此条规定对项目的具体范围和规模标准进行了详细的界定，但是这些规定和各地配套制定的实施细则都并未涉及确定招标代理的方式。

当前，一些人士认为《招标投标法》的第三条关于必须进行招标的范围包括了“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”，便以此为依据推论认为“从某种意义上中介服务机构服务等已纳入招标范围”，是完全没有依据的。

所以说，《招标投标法》赋予了招标人自行选择招标代理机构



的权利，没有对如何“确定招标代理”做出任何的限制，当然也就无从谈起规定“必须通过招标方式确定招标代理机构”。单纯从《招标投标法》出发，《A市管理办法》中关于“应当采用招标方式确定招标代理机构”的规定的合法性得不到支持。

三、《政府采购法》是否适用于“确定招标代理”

继《招标投标法》后，我国还出台了采购领域的另外一部重要法律——《政府采购法》。该法是否对如何“确定招标代理”进行了规定呢？

《政府采购法》第二条规定了“在中华人民共和国境内进行的政府采购适用本法。本法所称政

府采购，是指各级国家机关、事业单位和团体组织，使用财政性资金采购依法制定的集中采购目录以内的或者采购限额标准以上的货物、工程和服务的行为。政府集中采购目录和采购限额标准依照本法规定的权限制定。本法所称采购，是指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。”根据这条规定，一种采购行为如果是“政府采购”，有一个必要的条件，就是其采购的对象必须是“依法制定的集中采购目录以内的”的货物、工程和服务或者是“采购限额标准以上的货物、工程和服务”。

《政府采购法》第二条继续说明“货物，是指各种形态和种类的物品，包括原材料、燃料、设备、产

品等。本法所称工程,是指建设工程,包括建筑物和构筑物的新建、改建、扩建、装修、拆除、修缮等。本法所称服务,是指除货物和工程以外的其他政府采购对象”。

招标代理是依法设立、从事招标代理业务并提供相关服务的社会中介组织,无论是针对货物、工程还是服务类的采购对象,招标代理均可提供与招标代理业务相关的服务。采购人可以通过有偿委托的方式从招标代理处获得与招标代理业务相关的服务。根据这样的分析,可以认定招标代理业务并不属于“货物”和“工程”类,应归到“服务”类。

因为目前各级政府制定的“政府集中采购目录和采购限额标准”都没有将“招标代理服务”列入到“政府集中采购目录”中,所以“确定招标代理”要被归类到“政府采购”的一个必要条件就简化成了“招标代理服务”的合同估算金额达到相应的“采购限额标准”。

在确定招标代理过程中,如果签订招标委托代理合同的采购人(通常也称作“招标人”或“委托人”)为各级国家机关、事业单位和团体组织,支付给招标代理的招标代理服务费的来源为财政性资金,并且招标委托代理合同估算金额达到相应的“采购限额标准”时,这种招标代理合同的确定便同时符合《政府采购法》中对于政府采购的定义:

1. 采购人为各级国家机关、事业单位和团体组织;

2. 招标代理服务费的资金来源为财政性资金;

3. 招标代理业务作为服务,也是一种采购对象;

4. 招标委托代理合同金额达到依法制定的采购限额标准。

这种“确定招标代理”便成为一种政府采购行为,《政府采购法》对其适用。

四、《政府采购法》适用的“确定招标代理”何时才必须通过招标确定

我们这里必须强调的是,即便“确定招标代理”成为一种政府采购行为,也不能就认为其必须通过招标方式才能确定。

在《政府采购法》第二十六条、二十七条分别规定了“政府采购采用以下方式:(一)公开招标;(二)邀请招标;(三)竞争性谈判;(四)单一来源采购;(五)询价;(六)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、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。”

所以说,只有在“政府采购行为”的“确定招标代理”的招标委

托代理合同估算金额达到对应级别的“政府集中采购目录和采购限额标准”中规定的应该采用公开招标方式的具体数额标准,采购人才必须采用公开招标方式采购招标代理服务。

归纳起来,采用公开招标方式确定招标代理的项目包括:

1. 采购人为各级国家机关、事业单位和团体组织;

2. 招标代理服务费的资金来源为财政性资金;

3. 招标代理合同估算金额达到依法制定的采购限额标准;

4. 招标代理合同估算金额达到依法制定的应该采用公开招标方式的具体数额标准。

以上条件均为应当通过招标方式确定招标代理的必要条件,缺一不可。只有针对具备以上条件的项目,采用招标方式确定招标代理的规定才具有合法性。

如果一个项目并不具备以上四个必要条件,无论是《招标投标法》还是《政府采购法》,都没有条款对于招标代理的确定方式有任何限制。在这种情况下,招标人可以采用直接确定的方式,也可以比价、询价、比优或者其他方式。当然,在招标人自觉自愿的情况下,也可以采用招标的方式,而不应受到任何单位或者个人的指定。

五、《A市管理办法》存在的问题

根据以上的分析,对照《A市管理办法》,可以发现其关于“必须采用招标方式确定招标代理”

的规定在以下几个方面存在着违反《招标投标法》、《政府采购法》精神的内容:

1. 扩大了必须采用招标方式确定招标代理的项目采购人的范围。

按照以上的分析,“采购人为各级国家机关、事业单位和团体组织”是应当通过招标确定招标代理的项目的必要条件。而《A市管理办法》只对项目的资金来源进行了限制,却不对项目采购人的范围加以限制,实际上是剥夺了“各级国家机关、事业单位和团体组织”以外的招标人自主选择招标代理的权利。

2. 扩大了应当采用招标方式确定招标代理的项目资金来源的范围。

“招标代理服务费的资金来源为财政性资金”也是应当通过招标确定招标代理的项目的必要条件。而《A市管理办法》却将其扩大到所有的政府投资项目,包括各类财政性资金、政府专项资金(基金)、政府统一借贷资金以及其他国有资金为主投入建设的项目。而当前,对于国有资金为主投入建设的项目,已经全面推行项目法人负责制,由项目法人对项目的策划、资金筹措、建设实施、生产经营、偿还债务和资产的保值增值实行全过程负责。此类项目法人也不属于“国家机关、事业单位和团体组织”,对于这样的项目也要求通过招标方式确定招标代理,无疑是对于项目法人自

主确定招标代理权利的剥夺。

3. 降低了应当采用招标方式确定招标代理的招标代理合同的估算金额标准。

招标代理合同估算金额必须达到依法制定的采购限额标准,并且同时达到应该采用公开招标方式的具体数额标准。达到前一个标准是招标代理合同可以归类到政府采购范围的必要条件,达到后一个标准是招标代理应当采用招标方式确定的必要条件。

《A市2008年政府集中采购目录及标准》中“政府采购限额标准”规定“集中采购目录以外的政府采购项目限额标准为:市级货物类或服务类项目,单项或批量采购金额达到50万元以上……”,“政府采购公开招标数额标准”规定“货物类或服务类项目,单项或批量采购金额达到50万元以上”。而《A市管理办法》中规定的“应当采用招标方式确定招标代理机构”的项目,其招标委托代理合同的估算金额远不能达到以上两个标准。这种项目并不具备“必须采用招标方式确定招标代理”的必要条件。

《A市管理办法》这种降低必须采用招标方式确定招标代理的招标委托代理合同的估算金额标准的做法,实质上肆意扩大了必须采用方式确定招标代理项目规模范围。

六、结论

按照《中华人民共和国立法

法》(以下简称《立法法》)第七十九条的规定,“法律的效力高于行政法规、地方性法规、规章”,第八十七条也规定了:“法律、行政法规、地方性法规、自治条例和单行条例、规章中出现‘下位法违反上位法规定的’,应由有关机关依照《立法法》规定的权限予以改变或者撤销。”

包括《A市管理办法》在内的各种地方性法规、规章中关于通过招标方式确定招标代理的规定,应该将所适用的项目范围限于本文第四部分所讨论的范围。只有在这种特定情况下,要求招标人必须采用招标方式确定招标代理的规定才具有合法性;对于这个范围的任意一点的扩大,其实质是对于两部法律赋予的招标人权利的肆意剥夺,构成“下位法违反上位法规定的”行为,并不具有合法性,应予以改变或者撤销。

各级政府在制定各级地方性法规、规章时,要按照胡锦涛同志在党的十七大报告中提出的“坚持依法治国基本方略,树立社会主义法治理念,实现国家各项工作法治化,保障公民合法权益”、“加快行政管理体制改革,建设服务型政府”的要求,克服地方、部门利益,真正做到依法制定、保证质量,才能将“有法可依、有法必依、依法治国、依法行政”落到实处,才能为社会主义事业的全面协调和可持续发展保驾护航。

