

# 试论我国招标组织形式的立法完善

王书娟

(福建省政法管理干部学院 福建 福州 350007)

[摘要]对于招标组织形式,《招标投标法》和《政府采购法》均有所涉及,本文在对现行立法缺陷作深入分析的基础上,提出了完善我国招标组织形式的具体对策。

[关键词]招标组织形式;立法规定;存在问题;完善

## 一、招标组织形式的现行立法规定

### (一)《招标投标法》有关招标组织形式的规定

根据《招标投标法》的规定,招标组织形式包括自行招标和委托招标。

#### 1.自行招标

自行招标,即由招标人自己组织招标投标活动。《招标投标法》第12条规定,招标人具有编制招标文件和组织评标能力的,可以自行办理招标事宜。任何单位和个人不得强制其委托招标代理机构办理招标事宜。这表明:(1)有能力的招标人拥有自行组织招标活动的权利;(2)招标人具有自行招标能力的判断标准是它是否具有编制招标文件和组织评标能力。

#### 2.委托招标

委托招标,即委托招标代理机构开展招标投标活动。《招标投标法》第13条对于招标代理机构的性质作了界定,明确招标代理机构是依法设立、从事招标代理业务并提供相关服务的社会中介组织。《招标投标法》之所以对招标代理机构的性质作如此明确的规定,主要是考虑我国存在着“一些招标代理机构的性质和地位不清楚、政企不分、行为不规范”的问题<sup>①</sup>。《招标投标法》的这一规定,明确了招标代理机构的性质既不是一级行政机关,也不是从事生产经营的企业,而是以其招标代理专长向招标人提供采购代理服务的独立中介机构。招标代理机构既可以是有限责任公司也可以是其他组织。

对于招标代理机构的资格条件,《招标投标法》第3条规定:“(一)有从事招标代理业务的营业场所和相应资金;(二)有能够编制招标文件和组织评标的相应专业力量;(三)有符合本法第37条第3款规定条件、可以作为评标委员会成员人选的技术、经济等方面的专家库。”

在资格认定方面,《招标投标法》规定:“从事工程建设题目招标代理业务的招标代理机构,其资格由国务院或者省、自治区、直辖市人民政府的建设行政主管部门认定。具体办法由国务院建设行政主管部门会同国务院有关部门制定。从事其他招标代理业务的招标代理机构,其资格认定的主管部门由国务院规定。”

### (二)《政府采购法》有关采购组织形式的规定

招标,尤其是公开招标是政府采购的主要方式,因此,《政府采购法》中有关政府采购组织的规定当然适用于政府采购货物、服务和工程的招标投标。《政府采购法》第18条第1款规定:“采购人采购纳入集中采购目录的政府采购项目,必须委托集中采购机构代理采购;采购未纳入集中采购目录的政府采购

项目,可以自行采购,也可以委托集中采购机构在委托的范围内代理采购。”根据这一规定,政府采购的组织形式应当包括集中采购机构代理采购、自行采购、委托采购3种形式。

#### 1.集中采购机构代理采购

根据《政府采购法》第18条第1款规定,采购人采购纳入集中采购目录的政府采购项目,必须委托集中采购机构代理采购;采购未纳入集中采购目录的政府采购项目,可以委托集中采购代理机构办理。

就集中采购机构的性质而言,它是采购代理机构,根据采购人的委托办理采购事宜,但又不同于一般的采购代理机构,属于非营利事业法人。从设置主体来看,根据《政府采购法》第16条的规定,集中采购代理机构由设区的市、自治州以上人民政府设置。2003年6月,经国家人事部、财政部和中编办批准,中央国家机关政府采购中心列入依照公务员制度管理的范围。这就意味着,虽然属于事业单位,但其基本管理制度与国家公务员并无原则性区别。

但是,应当注意的是,广义的集中采购还应当包括部门集中采购。对此问题,《政府采购法》第18条第2款规定:“纳入集中采购目录属于通用的政府采购项目的,应当委托集中采购机构代理采购;属于本部门、本系统有特殊要求的项目,应当实行部门集中采购。”这一制度主要是借鉴美国等西方国家经验,例如,美国既设立联邦事务服务总局这一集中采购机构,同时又对一些采购业务量较大的部门,如能源部、农业部、商业部、内务部、司法部、财政部、退伍军人事务部、田纳西峡谷管理局等,允许其采取部门集中采购的办法。但是,从目前《政府采购法》具体实施情况,对于此部分项目又可由部门自行决定采取自行采购、委托集中采购代理采购或者委托采购代理机构采购三种模式,严格意义来说,这与立法时的初衷不合。

#### 2.自行采购和委托采购

自行采购,即由采购人自行办理采购事宜。根据《政府采购法》的规定,自行采购主要适用于本单位有特殊要求的项目,且在采购前须经省级以上人民政府批准。

委托采购,即委托中介性质的采购代理机构办理采购事宜。《政府采购法》没有明确何种情形下可以委托采购代理机构。但由于列入集中采购目录的项目,均须由集中采购机构代理采购,结合《政府采购法》第2条第2款“政府采购是指……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。”的规定,委托采购应当仅适用于集中采购目录以外,但是采购限额标准以上的货物、工程和服务采

购。对于此类项目《政府采购法》明确规定采购人有权自行选择采购代理机构,任何单位和个人不得以任何方式为采购人指定采购代理机构。

对于采购代理机构资格认定《政府采购法》规定由相关部门组织实施。

## 二、目前招标组织形式方面存在的主要问题

(一)《招标投标法》与《政府采购法》有关招标组织形式的规定相互矛盾

自行招标方面。《招标投标法》规定的条件相对宽松,管理模式采取备案制,并强调“招标人具有编制招标文件和组织评标能力的,可以自行办理招标事宜。任何单位和个人不得强制其委托招标代理机构办理招标事宜。”而《政府采购法》规定,自行采购仅适用于本单位有特殊要求的项目,且在采购前须经省级以上人民政府批准。

委托招标方面。《招标投标法》强调招标人选择招标代理机构的自主权,并要求“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。”《政府采购法》则明确,采购人采购纳入集中采购目录的政府采购项目,必须委托集中采购机构代理采购。

此外,《招标投标法》规定,招标代理机构应当是依法设立、从事招标代理业务并提供相关服务的社会中介组织,其与行政机关和其他国家机关不得存在隶属关系或者其他利益关系。《政府采购法》却规定:“集中采购机构为采购代理机构。设区的市、自治州以上人民政府根据本级政府采购项目组织集中采购的需要设立集中采购机构。集中采购机构是非营利事业法人”。

目前,政府采购项目采取招标方式的,就如何理解两部法律上述规定之间的关系及适用法律问题,理论界、实务界均有极大争议。

### (二)自行招标条件设置不合理

对于自行招标,《招标投标法》仅有“具有编制招标文件和组织评标能力的”的原则规定。原国家计委颁布的《工程建设项目自行招标试行办法》对此问题作了明确规定,要求招标人须具有:(1)具有项目法人资格(或者法人资格);(2)具有与招标项目规模和复杂程度相适应的工程技术、概预算、财务和工程管理等方面专业技术力量;(3)有从事同类工程建设项目招标的经验;(4)设有专门的招标机构或者拥有3名以上专职招标业务人员;(5)熟悉和掌握《招标投标法》及有关法规规章。但是,该办法至少存在以下问题:一是,其所列标准除第1项外,在具体判断时均缺乏客观的尺度;二是,其中第3项“须有从事同类工程建设项目招标的经验的要求”,意味着在该办法实施前未曾自行招标的招标人,由于没有积累经验的机会,将永远丧失自行招标的可能性;三是,该办法仅适用于“经国家计委审批(含经国家计委初审后报国务院审批)的工程建设项目的自行招标活动”,使得绝大多数强制招标项目自行招标仍无相应认定标准。

### (三)招标代理机构资格多头管理与管理真空局面并存

工程建设项目的委托招标,目前存在三种社会中介组织:一是,建设部以《招标投标法》为依据,颁布了《工程建设项目招标代理机构资格认定办法》(建设部第79号令),要求从事工程

建设项目的勘察、设计、施工、监理以及与工程建设直接相关的主要设备、材料采购的,必须取得工程建设项目招标代理机构资格;二是,国家发展改革委以国务院《关于投资体制改革的决定》中“加强政府投资项目的中介服务管理,对招标代理等中介机构实行资质管理”的要求为依据,颁布了《中央投资项目招标代理机构资格认定管理办法》(国家发改委36号令),要求“全部或部分使用中央预算内投资资金(含国债)、专项建设基金、国家主权外债资金和其他中央财政性投资资金的固定资产投资项目”,从事项目业主招标、专业化项目管理单位招标、政府投资规划编制单位招标,以及中央投资项目的勘察、可行性研究、设计、设备、材料、施工、监理、保险等方面的招标代理业务的,必须持有该资质证书;三是财政部以《政府采购法》为依据,发布了《政府采购代理机构资格认定办法》(财政部第31号令),要求“代理政府采购事宜的机构,必须依法取得财政部或者省级人民政府财政部门认定的政府采购代理机构资格。”

国家三部委的管理办法在资格认定上存在诸多交叉地带:

(1)从事使用中央投资(含国债)的工程建设项目招标代理业务的,必须同时拥有工程建设项目招标代理单位资格和中央投资项目招标代理资质,若是国家机关、事业单位和团体组织作为建设单位的项目,还须拥有政府采购代理资格。(2)从事国家机关、事业单位和团体组织使用财政性资金投资的工程建设项目招标代理的,必须同时拥有工程建设项目招标代理单位资格和政府采购代理资格。

但同时,即使是“三证鼎立”,在实际管理时还还存在一些真空地点:(1)中央投资以外的其它工程建设项目的项目业主招标、专业化项目管理单位招标、政府投资规划编制单位招标、可行性研究、保险等方面的招标代理。(2)国有企业进行的货物和服务采购、事业单位使用自有资金进行的货物和服务采购的招标代理。

### (四)招标代理机构资格认定的条件设置不合理

招标代理机构资格条件方面,《招标投标法》将具有符合规定条件的评标专家库作为必备条件之一。但是,根据《评标专家和评标专家库管理暂行办法》(原国家计委第29号令)的规定,每个招标代理机构均须有500人以上的评标专家组成的评标专家库。目前全国招标行业有各类招标机构5000余家,仅满足该条件就意味着该省必须有250万名以上从事相关专业领域,工作满8年并具有高级职称或同等专业水平的评标专家可供选择,这明显不切合实际情况。实际上,由于目前政府投资项目强制使用省级以上部门组建的专家库,招标代理机构的专家库即使组建,发挥作用的空间也十分有限。因此,大多数招标代理机构所谓的专家库其实无非是为了顺利办理到资格证书而临时拼凑而成的名单罢了。

此外,无论是建设部的《工程建设项目招标代理机构资格认定办法》,还是国家发展改革委的《中央投资项目招标代理机构资质认定办法》,均设置了远远高于《招标投标法》的资金及经验条件,除了在一定条件下会造成对招标代理服务市场的进入壁垒外,其自身的合法性也令人质疑。

### (五)一些代理机构缺乏独立性和诚信意识

招标代理机构是依法设立的从事招标代理业务并提供相



关服务的社会中介组织,按相应法律、法规要求,其应是独立的第三方。但是由于其业务来源于招标人的委托,在目前招标代理机构数量众多、市场竞争激烈的情况下,为承揽到业务,往往不得不听命于招标人,甚至对一些招标人的不正当要求,不但自觉抵制,还为其违规操作提供种种便利,出谋献策。此外,一部分招标代理机构不是靠自身熟悉相关法律、法规、人才和为被代理人提供廉洁、优质、高效服务等优势,而是靠与招标人的关系好坏,靠有关监督部门的行政调控来开展工作;有的招标代理机构暗中设置一些不合理条款或陷阱,帮助与其有不正当关系的投标人中标,侵害招标人和其他投标人的合法权益。

#### (六)政府投资项目招标代理机构的选择缺乏限制性规定

现行的《招标投标法》强调招标人选择代理机构的自主权,一般项目也应该切实保障招标人的选择权。但是,对于强制招标,尤其是政府投资项目而言,该规定值得商榷。招标人选择招标代理的行为也是一种服务采购行为,政府投资项目的这种服务采购也应符合政府采购的竞争原则。这也是一种国际通行作法。如《世界银行和亚洲开发银行贷款项目国际招标代理机构委托指南》规定,对于世界银行和亚洲开发银行贷款项目中国际招标采购需要委托代理机构代理采购的,项目业主都需要在委托招标机构活动中引进竞争机制,开展公平竞争,增强委托工作的透明度,确保委托工作公正、客观、有效地进行。该《指南》具体规定了邀请招标机构参与竞争,评定合格的招标代理机构的原则、标准和程序等有关内容。遗憾的是《招标投标法》并没有对招标项目委托招标代理机构的问题做出规定。

### 三、完善现行招标组织形式的若干对策

#### (一)改革政府投资项目招标代理机构选择办法,协调解决法律之间冲突

招标代理机构的执业水平和诚信度,直接关系到招标活动的成败。鉴于此,针对我国招标代理机构现状,有必要借鉴国际组织和有关国家的做法,改革政府投资项目招标代理机构的选择办法,以下提出两种思路:

一种思路是将政府投资的工程建设项目纳入集中采购范围,可以考虑借鉴美国、加拿大、韩国等国家做法,采取委托集中采购机构代理采购方式,即:政府投资的工程建设项目,达到规定规模和标准的,委托政府设立的事业单位性质的集中采购机构代理采购,该方式便于集中监管,节约采购成本、提高采购效率,同时有效解决委托中介机构性质的代理机构存在的道德、诚信等方面的风险。<sup>①</sup>

另一种思路是仍将政府投资的工程建设项目委托中介性质的招标代理机构组织招标,但借鉴世界银行和亚洲开发银行的做法,在委托过程中引入比选等竞争机制。实际上,国内的四川等地早在2003年就开展了国有投资项目招标代理机构的比选工作,出台了《四川省国家投资工程建设项目招标代理机构比选文件》等配套措施,此后河北、广东、江苏等地也纷纷出台当地的政府投资项目招标代理机构竞争规则。《福建省招标投标条例》将这一要求上升为立法,明确规定:“属于依法必须进行招标的政府投资项目的招标人的,应当通过比选等公平竞争方式确定招标代理机构。”同时,明确违反该规定的相应法律责任。

确定采取何种思路后,应当考虑对《招标投标法》和《政府采购法》的相关表述予以修改完善,以免在具体实施时由于法律之间的不协调而引发争议。

#### (二)实行招标师资格认证,修改对自行招标和招标代理机构不合理的条件设置

招标作为一种中介服务行为,整个招标活动的规范和专业主要取决于组织招标的专业技术人员的能力和水平。从欧美等国此方面情况来看,这些国家均将招标代理作为工程咨询业的服务内容之一,对执业人员管理极为严格,从事此项工作的人员均须具有执业资格注册证书。

我国目前对招标代理实行的是单位资格认定制度,人员方面仅对总人数和专业职称(中级以上)有所要求。招标代理机构以单位名义承接业务、开展活动,招标文件不须编制人员签字盖章。在这种管理模式,拼凑人员成立招标代理机构,之后出租、出借牌子的现象十分普遍。因此,有必要借鉴目前律师、注册会计师等行业的管理经验,转变管理模式,实行招标师资格认证,并逐步以人员资格管理取代目前的单位资格管理,要求在所编制的招标公告、招标文件中加盖招标师执业证书,并由其承担相应责任。

招标师制度建立后,应当修改和完善《招标投标法》中有关自行招标、招标代理机构资格认定等方面的条件,具体有:一、以招标人是否有招标师作为项目能否自行招标的认定条件;二、删除有关招标代理机构须具备评标专家库的条件;三、以是否拥有一定人数的招标师作为招标代理机构是否具有相应专业技术力量的判断标准;四、取消有关招标代理机构资金等方面的特别要求,此方面事项只须符合《公司法》规定即可。

#### (三)实行对招标代理机构资格互认,加强行业自律管理

目前建设部、国家发展改革委、财政部等各行政主管部门从自身职能角度实施管理,颁发代理资格证书,且都有相应法律或者国务院行政决定作为依据,似乎无可厚非。但是,从管理相对人的角度来看,仅从事一类事务却要办理多种资质证书,不合理地增加了其负担,损害其合法权益。因此,有必要着手建立资格证书的互认制度。

在招标代理机构管理方面,应当根据转变政府职能的要求,发挥招标投标行业协会在此方面的作用,由其抓紧建立以执业质量监控为中心、以职业标准和制度的设立为基本前提、以后续教育培训为服务内容、以执业质量检查为手段的行业自律管理体系,实行行业自律管理。

#### [注释]

从《招标投标法》强调招标代理机构是独立的社会中介组织,到《政府采购法》明确规定设立事业单位性质的集中采购代理机构,似乎表明我国政府已经从改革开放初期一味的“放权让利”到改革中期的“有所为有所不为”的思想脉络。当然,这一进程掺杂着行政权争夺、制衡、妥协等一系列复杂原因。

《国务院办公厅关于印发中央预算单位2006年政府集中采购目录及标准的通知》(国办发[2006]14号)规定:“二、部门集中采购项目,以下项目原则上应当实行部门集中采购。部门集中采购由部门自行组织,可以委托集中采购机构或采购代理机构采购。(一)货物类。

……(二)工程类。……(三)服务类。

例如,福建省人民政府办公厅发布的《关于设定省级政府集中采购公开招标数额标准和省级政府采购限额标准的通知》(闽政办[2005]32号)规定:对省级政府集中采购目录外的货物设定政府采购限额标准,即单项或批量采购金额达到50万元以上(含50万元)的货物,由部门、单位组织采购,委托集中采购机构或有资质的其他采购代理机构进行公开招标。

但是《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》(国办发[2000]34号)要求:“项目审批部门在审批必须进行招标的项目可行性研究报告时,核准项目的招标方式(委托招标或自行招标)以及国家出资项目的招标范围(发包初步方案)。”表明工程建设项目招标,招标方式的管理方式改为事前核准。

从立法原意来看,《政府采购法》的规定意在加强对政府采购项目的管理。就招标组织形式而言,《政府采购法》与《招标投标法》属于特别法与一般法的关系,按照“特别法优于一般法”的法律适用原则,应适用《政府采购法》的规定。但是,《政府采购法》第4条同时规定“政府采购工程进行招标投标的,适用招标投标法”。其结果造成政府采购货物和服务管理方面的规定明显严于工程类采购。但就采购项目对社会公共利益的影响来看,工程类项目通常要比货物和服务类影响更大,这种规定的合理性令人质疑。

《评标专家和评标专家库管理暂行办法》第8条:评标专家库应当具备下列条件:(一)具有符合本办法第七条规定条件的评标专家,专家总数不得少于500人;(二)有满足评标需要的专业分类;(三)有满足异地抽取、随机抽取评标专家需要的必要设施和条件;(四)有负责日常维护管理的专门机构和人员。

见中国机电设备招标中心:建立注册招标师执业资格制度的建议 <http://cache.baidu.com/c?word=%D5%D0%B1%EA%3B%CA%A6&url=http%3A//www%2Ecn%2Egov%2Ecn/hygl/zbszd/jlzd%2Ehtml&p=c33ede5985cc42a408e2927a7f009e&user=baidu>

《评标专家和评标专家库管理暂行办法》第5条:政府投资项目的评标专家,必须从政府有关部门组建的评标专家库中抽取。

《工程建设项目招标代理机构资格管理办法》第9条规定:申请乙级工程招标代理机构资格,除具备该办法规定的共同条件外,还应当具备下列条件:(一)近3年内代理中标金额1000万元以上的工程不少于10个,或者代理招标的工程累计中标金额在3亿元以上;(二)具有工程建设类执业注册资格或者中级以上专业技术职称的专职人员

不少于10人,其中具有造价工程师执业资格人员不少于2人;(三)法定代表人、技术经济负责人、财会人员为本单位专职人员,其中技术经济负责人具有高级职称或者相应执业注册资格并有7年以上从事工程管理的经验;(四)注册资金不少于50万元。乙级工程招标代理机构只能承担工程投资额(不含征地费、大市政配套费与拆迁补偿费)3000万元以下的招标代理业务。

《中央投资项目招标代理机构资质认定办法》第10条规定:申请乙级招标代理机构资格的机构,除具备本办法第八条规定条件外,还应具备以下条件:(一)注册资金不少于300万元人民币;(二)招标从业人员不少于30人;(三)招标从业人员中,具备中级及中级以上职称的技术人员不少于60%;(四)评标专家库专家人数在500人以上;(五)开展招标代理业务3年以上;(六)近3年从事过的招标代理项目个数在100个以上,中标金额累计在15亿元人民币以上。

在美国,各部门办公用房的新建、扩建、改建及装修维护等实行集中采购,由联邦事务服务总局代为采购。在加拿大,由公共工程和政府服务部作为联邦的政府集中采购机构,其主要业务领域包括:建筑和工程咨询服务、建筑和维修、货物和服务。在韩国,中央政府各部门及所属单位,采购价值在30亿韩元(约合250万美元)以上的工程项目和价值5000万韩元(约合4.1万美元)以上的货物和服务项目,地方政府采购价值在100亿韩元(约合830万美元)以上的工程项目和价值在5000万韩元以上的货物和服务项目,都必须由采购厅集中采购。

①采取这一模式的,“管采分离”即监管部门与集中采购机构分设应是一条基本原则。从目前实际情况来看,该原则执行的并不十分到位,例如福建省的漳州、宁德等市的采购办与采购中心还同属于财政部门管理,存在“管采合一”的现象。

## [参考文献]

[1]曾培炎.关于《中华人民共和国招标投标法(草案)》的说明.1999-3-27.

[作者简介]王书娟(1974—),女,辽宁凌源人,福建省政法管理干部学院行政法教研室副主任,讲师,硕士,研究方向:宪法与行政法。

[上接第22页]

议并督促加强对律师的管理,防止和及时惩戒律师的违法违规行为,发现触犯刑法构成犯罪的,要及时移送有关部门依法追究刑事责任。

依法保障律师的执业权利,充分发挥律师在诉讼活动中的作用,是诉讼民主和司法文明的重要标志,是社会主义司法制度的基本要求,符合社会主义法治建设的发展方向<sup>⑧</sup>。在当前的新形势下,我们要深刻认识到律师制度与建设司法文明的关系,深刻理解律师法修订对推进司法文明的重要意义,切实转变执法观念,依法保障律师的执业权利,建立完善有关检察工作制度和机制,进一步提高检察工作水平和办案质量,为维护社会公平正义,保障法制统一,全面建设小康社会做出新的更大的贡献。

## [参考文献]

[1]赵凯.论我国司法文明建设.湖北经济学院学报(社会科学版).2006,3(1).

[2]刘武俊.小康社会与法治文明.中国经济时报,2003-4-7.

[3]陈建军.论司法文明.云梦学刊,2004,(4).

[4]陈默.法治国情与律师责任.广州律师,2008,(4)卷首语.

[5]孟子·离娄上.

[6]王波.天高鹏展翼 路远马扬蹄.广州律师,2008-6.14.

[7][8]张耕.依法保障律师执业权利 进一步提高检察工作水平.2008年4月29日在全国检察机关贯彻修订后律师法电视电话会议上的讲话。

[作者简介]秦杏艳(1956—),广东广州人,广州市花都区人民检察院副检察长,研究方向:刑法、刑事诉讼法;刘少夫(1975—),广东广州人,广州市花都区人民检察院助理检察员,研究方向:刑法、刑事诉讼法。