

文章编号:1006-7329(2003)04-0081-05

关于在《招标投标法》中完善 资格预审公告的建议*

洪红, 廖奇云, 曹小琳

(重庆大学 建设管理与房地产学院, 重庆 400045)

摘要:招标投标活动在国外已有200多年历史,在我国推行虽然仅有20来年,但已经走上法制轨道。《中华人民共和国招标投标法》的制定颁布和实施,是我国经济生活的重要里程碑。本文就《招标投标法》颁布以来,实际操作中业主在发布资格预审公告时通过缩小受众范围和缩短公告期的手段,达到排斥潜在投标人目的的不正常现象,试图从行政监督、立法、法律救济等诸方面进行原因分析,并对完善《招标投标法》中相应条款提出具体的建议,以保证招标投标活动的顺利实施。

关键词:招标投标;资格预审公告;完善;建议

中图分类号:D922.297

文献标识码:A

Proposals for Perfecting Notice Inviting to Pre-qualify in Tendering Law

HONG Hong, LIAO Qi-yun, CAO Xiao-lin

(College of Construction Management and Real Estate, Chongqing University, 400045, P.R.China)

Abstract: Although there are only 20 years since the implementation of tendering and bidding in China, its history is short in comparison with that in international society, which has more than 200 years' history, the regulation system concerning tendering and bidding has been established. The issue and enforcement of the "People's Republic of China, Tendering and Bidding Law" is a milestone in China's socialist market economy. There have been some small flaws in the law. In terms of the notice inviting to pre-qualify that client should issue in accordance with the law, the author discovered some problems in implementation. The authors investigated and found out the causes from the aspects of supervision, legislation and law rescue and put forward proposals to perfect relevant terms in the law.

Keywords: tendering and bidding, notice inviting to pre-qualify, perfecting, proposals

《中华人民共和国招标投标法》(以下简称《招标投标法》),于2000年1月1日开始正式实施,它是我国第一部全面系统地规范招标投标活动、调整在招标投标过程中产生的各种关系的法律。它以公开、公平、公正和诚实信用为基本原则,通过规定必须进行招标投标的工程建设项目范围和规模标准,来保护国家利益、社会公共利益和招标投标活动当事人的合法权益,提高经济效益,保证项目质量。《招标投标法》是社会主义市场经济法律体系中非常重要的一部法律,是整个招标投标领域的基本法,一切有关招标投标的法规、规章和规范性文件都必须与它一致。它的制定、颁布

* 收稿日期:2003-05-28

作者简介:洪红(1963-),女,重庆人,讲师,博士生,主要从事工程建设项目管理研究。

和实施,是我国公共采购市场的管理走上法制化的重要里程碑,其重大意义是不言而喻的。但在《招标投标法》颁布实施以来,规避工程和采购招标投标、以不合理的条件限制或者排斥潜在投标人、对投标人采取歧视待遇等情况,屡屡现诸报端。本文提及并予讨论的现象是其中较常见的一种,即:通过缩小资格预审公告的受众范围和缩短自公告发布到资格预审文件提交的截止日期的时间的手段,达到排斥潜在投标人目的。本文试图揭示产生上述现象的内在原因,并从行政监督、立法、法律救济等诸方面提出相应对策建议,完善《招标投标法》,以杜绝类似事件的发生。

1 背景资料

案例一:这是2001年2月17日,在某市商报刊登的某高速公路项目土建工程施工招标资格预审通告的一部分:

“三、现邀请国内具有独立法人资格且具有高速公路施工资质、资信,并经工程所在市交通委员会资信登记的,有山岭区高速公路同类工程施工经验、业绩及信誉良好的施工企业参加投标报名及资格预审。

四、投标申请单位需持单位正式介绍信、法人委托授权书、经办人身份证、资质证书、营业执照(副本原件)等来我公司购买资格预审文件。

五、申报时间:发布资审公告之日(2001年2月16日)起至2001年2月18日止,上午9:00—11:30,下午3:00—5:00。”

案例二:这是2001年2月21日,某市商报登载的某高架车站结构及区间桥梁工程招标公告的一部分:

“四、招标方式:公开招标。

五、对投标单位要求:具有一级资质等级(含桥梁和建筑),取得ISO9000质量认证并有类似工程施工业绩。市外企业必须和市内一级企业联合投标(其中一家应有桥梁资质)。

六、时间:2月21日至23日发售资格预审书,售价每份300元。”

在“中国采购与招标网”(www.chinabidding.gov.cn)上找到了这一工程的标讯,加入日期2001年2月22日。因为该网站的招标公告栏目是收费的,所以无法知道该招标公告的具体内容。

2 发现的问题

上述招标投标资格预审公告中存在下列明显的问题:

1) 资格预审公告发布的媒体与招投项目要求的受众范围明显不对称

《招标投标法》第十六条规定:“招标人采用公开招标方式的,应当发布招标公告。依法必须进行招标的项目的招标公告,应当通过国家指定的报刊、信息网络或者其他媒介发布。”而以《招标投标法》为法律依据的国家发展计划委员会发布的《招标公告发布暂行办法》第九条规定:“招标人或其委托的招标代理机构应至少在一家指定的媒体发布招标公告”,国家发展计划委员会以第4号令规定的指定媒体为:《中国日报》、《中国经济导报》、《中国建设报》和《中国采购与招标网》(www.chinabidding.com.cn)。

案例中的工程,是面向全国招标,而登载资格预审通告的只是当地的一家商报,并非在法律与行政规章规定的全国范围内发行量较大、覆盖面较广的报刊上发布。许多有资格的愿意参加投标竞争的承包商因为不知道招标项目的有关条件和要求而不能够报名。

2) 资格预审自公告发布到文件提交截止日期过短,招标人难逃嫌疑

《招标投标法》第十八条规定:“招标人可以根据招标项目本身的要求,在招标公告或者投标邀请书中,要求潜在投标人提供有关资质证明文件和业绩情况,并对潜在投标人进行资格审查;国家

对投标人的资格条件有规定的,依照其规定。招标人不得以不合理的条件限制或者排斥潜在投标人,不得对潜在投标人实行歧视待遇。”

案例中的施工企业资格预审自公告发布到文件提交的时间均为3d,其中案例一有两天为非工作日。如此紧凑的时间安排,本地企业准备时间犹嫌仓促,外地企业如何能够在规定的时间内完成资格预审文件的编制与送达?

招标人通过缩短资格预审公告期的方式,最大限度地钻法律空子,与缩小资格预审公告发布的受众范围一样,均达成了最大限度地排斥不愿意看到的潜在投标人参与竞标的可能性的目的。上述行为是否构成“以不合理的条件限制或者排斥潜在投标人”和“对潜在投标人实行歧视待遇”呢?

3 原因分析

通过缩小资格预审公告发布的受众范围和缩短资格预审自公告日至文件提交截止日之间的期限、限制和排斥潜在投标人参与竞标的可能性这一现象,产生的原因是多方面的。主要原因当数业主素质低下;其次,立法滞后于司法实践,确实也给业主提供了可乘之机;而缺乏明确的质询机制和有力的法律救济机制,使得被侵权者忍气吞声,造成举报少、具有一定隐蔽性,而为恶者肆无忌惮。

3.1 业主素质低下

出于经济利益(部门利益、小集团利益、甚至是个人利益)的驱使,业主通过各种合法、非法的方式规避招标、以各种不合理的条件限制或排斥潜在投标人参与投标、明招暗定等情况,层出不穷。在建设工程市场中三个独立平等的法律主体——业主、承包商和监理之间,实际地位的不平等是客观存在的事实。业主凭借其投资主体的优势,肆意操纵招标投标过程,是建设市场招标投标中出现问题最多的主体。

非法缩小招标公告(如果资格预审公告发布规定等同于招标公告的话)的发布范围,是一种意图操纵招标投标过程向有利于业主暗定承包商发展的主观故意行为。

缩短资格预审自公告发布日至文件提交日的期限,是以不合理条件限制或排斥潜在投标人的主观故意行为。虽然案例一三天中的两天为非工作日,可能源于工作失误。而且,业主的上述行为,甚至可能是经过法律研讨后确认属于风险很小的一种有预谋的恶意行为。

3.2 立法缺乏前瞻性而落后于司法实践的需要

在建设市场的招标投标实践中,资格审查是非常关键的步骤之一,因而《招标投标法》第十八条对资格审查问题作出了明确的程序性规定。但在招标投标实践中,资格审查常常采用两种方法中的一种:资格后审或资格预审。对于采用资格后审方式的,资格审查的条件和要求在招标公告中已经有明确的自内容到程序的规范。而对于实行资格预审方式的,资格预审是否必须发布公告、资格预审公告的时间要求是否等同于招标公告,《招标投标法》和《招标公告发布暂行办法》中均未作明确的表述。

因此,资格预审公告发布的媒体、资格预审的期限,成为现行法律规定的真空地带。虽然业主的资格预审公告对潜在投标人存在客观上的不公平,似乎业主并没有违反国家现行法律、行政规章的强制性规定。潜在投标人的任何异议、投诉和诉讼,看来于法无据,业主也就最大限度地打了法律的擦边球。这也是业主敢于率意而为的法律前提。

3.3 缺乏明确的质询机制和有力的法律救济机制

潜在投标人对于业主的行为存有异议,该去向谁质询?《招标投标法》第六十五条规定:“投标人和其他利害关系人认为招投标活动不符合本法有关规定的,有权向招标人提出异议或者依法向有关行政监督部门投诉”。既然作为潜在投标人已经被招标人排斥在投标人之外,通过向招标人投诉而进入投标人范围的可能性有几许?应该说最大的可能是向行政监督部门投诉。投诉将涉及到实际工作中的下列难题:

1) 谁是权威的行政监督部门

大家知道,我国投资管理实行分级管理制度,并且条块分割。从条上来说,主管机关有:建设系统、交通系统、水利系统、铁路系统,法律上并未规定在整体上处理投诉的权威行政监督部门,每个潜在投标人也隶属于其中的一个系统,对于跨系统的行政监督部门也缺乏深入的了解,因而在打算投诉时也觉得无所适从。

2) 行政监督部门的办事效率

潜在投标人投诉的最直接的利益驱动,在于能否作为潜在投标人参加本工程的资格预审。行政监督部门办事效率不高,监督部门查处此类投诉的积极性不高,得出结论时要么时过境迁,要么在考虑既成事实的情况下官官相护,也使得许多潜在投标人在考虑是否投诉时望而却步。利益的驱动是永恒的。缺乏有力的法律救济体制的保证,是各种招标违法行为不被举报和投诉的客观原因。对于“不在指定的媒体上发布招标公告”、“招标公告中有关获取招标文件的时间和办法的规定明显不合理”、“招标公告中以不合理的条件限制或排斥潜在投标人”的违法行为,《招标公告发布暂行办法》规定适用《招标投标法》第五十一条规定的处罚:责令改正,可以处一万元以上五万元以下的罚款。值得注意的是,法律没有规定改正的时限。因而不存在对投诉人实质上的法律救济。

即使能援引“责令改正”条款,也还涉及到法律的适用问题。

《招标投标法》是以《民法通则》、《合同法》、《产品质量法》和《反不正当竞争法》为基础的经济法律。所以,在法院判决/裁定或行政监督部门作出行政处罚之前,潜在投标人或其他利害关系人的任何异议都不影响招标投标活动的继续进行。这一点明显不同于《行政诉讼法》的案件受理及处理程序。投诉的任何有利结果一旦超出必要的时限,对投诉而言,只具有法理上的意义而不会给投诉人带来任何实际的利益。

考虑到中标单位的确定需报请招标投标管理机构的批准,我们因而也可以认定招标投标行为是政府的行政执法行为的话,以法律规定的行政监督部门为相对人的诉讼,将以《行政诉讼法》为依据,一旦立案,行政执法行为将依法中止,保持原状,以等待法院的判决结果。这就为投诉人进入资格预审提供了机会。

总之,如果没有有力的法律救济体制和透明的质询机制的配合,对利害关系人而言,投诉行为可能未见其利,先受其害。兼之承包商的弱势地位,投诉自然慎之又慎。

4 完善资格预审公告的相关建议

针对原因分析,本文建议采取如下措施,完善招标投标资格预审公告的发布管理,以保证《招标投标法》的顺利实施:

4.1 加强政府对招标投标活动的全过程监督

业主素质低下是目前建设市场存在的主要问题之一。加强对招标人或招标委托代理人的资格审查,使项目法人真正具备投资管理的必须素质,这既是规范建设市场的需要,也是使投资人真正达到投资预期目标的需要。

对招标人的资格审查,应引用对招标委托代理人相同的条件。将符合自行招标条件自行组织招标的备案制改为审批制。不满足该条件的,必须委托有资格的招标代理机构进行招标。

实行资格预审的招标投标工程,行政监督部门应指令招标人发布专门的资格预审公告,并将资格预审公告作为招标公告的一个重要组成部分,按照招标公告同等要求,以从源头上杜绝通过资格预审程序以不合理的条件限制或排斥潜在投标人的事件发生。

4.2 建立透明的质询制度

建立透明的质询机制,有利于调动潜在投标人和其他利害关系人对招标投标过程出现的违法行为进行投诉的积极性,从而保证《招标投标法》在实施过程中日臻成熟,建设市场更加规范有序。

建立透明的质询机制的关键在于:

1) 明确统一的质询机构并拓宽投诉的受理渠道

按照现行规定,建设部为国务院建设行政主管部门,交通、铁路、水利、能源各专业部分工管理本系统有关建设问题。如果明确各级建设行政主管部门作为法定的对招标投标行为依法进行监督管理的权威部门,并由其一口对外,统一接受潜在投标人或其他利害关系人的投诉;或者在现行的政府法制办公室职能中增设专门招标投标监督管理办公室,统一受理涉及招标投标活动的一切异议、投诉、行政复议事宜,将使质询机制更透明、更完善。

招标投标过程中的异议、投诉,无论属于民事行为,还是属于行政行为,都应该允许利害关系人直接向有管辖权的人民法院提起诉讼。如果能按照《行政诉讼法》的规定进行诉讼时,法律将能够更有效、更便捷地保护当事人的合法权益。

2) 应明确规定异议或投诉受理人处理异议或投诉的效率

法律或行政规章应该明确规定异议或投诉的受理人,在规定的时限内处理完其受理的异议或投诉,以实际保护异议人或投诉人的合法权益。

本文认为:异议或投诉的处理时限,不应超过招标文件获得的最后期限。异议人或投诉人的意见被接受并在招标文件获得截止日期前得到答复,则既不影响异议人或投诉人正常参与本项目的投标,业主也不会因异议或投诉的处理耽误招标投标活动的进程,这对双方都是有利的。

4.3 运用法律救济手段保证异议人的合法权益

异议人或投诉人表达异议的根本利益在于争取投标机会。因此,法律上应建立明确的救济制度来保障异议人的合法权益。

招标人应按照行政监督部门发出的已经生效的行政决议或人民法院的判决书或裁定书的要求,重新发布资格预审公告,或补充发布资格预审公告、延长资格预审时间。由此造成的一切经济的、法律的责任,均由招标人自行承担。

综合上述分析,本文建议对《招标投标法》作如下修改:

第十二条第2款改为:

招标人符合本法第十三条第2款第(二)、(三)规定的条件的,可以自行办理招标事宜第十二条第3款改为:

依法必须进行招标的项目,招标人自行办理招标事宜的,应经过有关行政监督部门批准。

第十八条在原有两款的基础上,增加第3款:

招标人采用资格预审方式的,应该发布资格预审公告。资格预审公告是招标公告的必要组成部分,招标公告的发布程序、范围和时限的要求,同样适用于资格预审公告。

第五十一条的处罚部分变更为:

责令改正,并处一万元以上五万元以下的罚款。

第六十五条第2款增加:

也可以依法向人民法院提起诉讼。

参考文献:

- [1] 《中华人民共和国招标投标法》释义[M].北京:中国计划出版社,1999.
- [2] 国家发展计划委员会.招标公告发布暂行办法[Z].
- [3] 曹新宇,朱宏量.招标投标活动的质疑与救济[J].建筑经济,2000,(5):28-30.
- [4] 周元楼.工程招投标的科学管理[J].建筑经济,2002,(10):36-38.