

我国建设工程招标投标法律监管的困境与对策

◆熊宇

(四川师范大学法学院, 四川 成都 610066)

【摘要】建设工程招标投标制度,是构建市场经济中公平公正竞争机制的法律制度。我国主管部门作为投资主体的建设工程所占比重较大,建设工程招标投标领域违规、腐败现象较为突出,更需要加强建设工程招标投标法律监管,以确保建设工程招标投标制度顺利运行。但现行的建设工程招标投标法律监管制度,从适用的背景、立法层面、监管主体层面都存在不足,亟待采取完善监管立法,设立独立、权威、专业的监管机构等对策,予以健全完善。

【关键词】建设工程;招标投标制度;法律监管;公平竞争

建设工程招标投标是指建设单位通过法定程序,对在我国境内进行的工程建设项目的勘察、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,发布招标公告或以投标邀请的形式,邀请潜在投标人前来竞争,并按照相应程序选出最优投标人并与其签订中标合同,由其完成相应工程项目建设任务的法律行为。维护公平公正的市场经济竞争秩序,是建设工程招标投标的价值基础。基于建设工程投资金额往往较大,竞争激烈,如果仅凭市场机制的调整,远远不能够保障公平公正的竞争秩序,必须借助于主管部门的法律监管职能。主管部门的监管,指在市场经济条件下,其根据实际情况,为了直接或间接实现某些公共政策目标而采取对部分经济主体行为进行规范和制约的过程。主管部门的监管在市场行为中有重要的作用和地位,其目标都是保障市场经济健康稳定地增长,保障市场的公平竞争。在建设工程招标投标领域,主管部门的法律监管是保障建设工程健康稳定地推进,保障建设工程市场公平竞争的有力保障。

一、建设工程招标投标法律监管的本土化困境

建设工程招标投标是产生于国外的一种竞争性的工程发包方式,我国自20世纪80年代开始,在工程建设领域引入了招标投标机制。并于2000年制定了《招标投标法》,正式确定了工程招标投标制度的法律地位。建设工程招标投标制度具有三大价值:一是成本控制,二是质量保障,三是规范竞争。在国外,由于投资的主体主要是社会资本,招标投标制度的三大价值表现得尤为突出。但是在我国,投资的主体主要是各级部门、主管部门的平台公司以及各种国有企业。从所有制形式的角度来讲,都是属于全民所有,但难以确定一个明确的受益主体。因此,建设工程招标投标的经办人和直接责任人,就代表了全民所有。其中就有极少一部分人,会把自己的利益和国家利益混同起来,在追求工程招标投标制度的三大传统价值基础之上,还加上了自己利益最大化的价值。而这种价值的实现,只能够通过操纵招标投标的运

行,促使自己的利害关系人中标,才能够达到目的。这就使得建设工程招标投标领域不同程度地出现了一些违法乱纪的行为,也容易滋生腐败。这种建设工程招标投标本土化的困境,也使得法律监管的难度加大,直接影响了法律监管的有序运行。

二、建设工程招标投标法律监管的立法困境

建设工程招标投标法律监管的立法困境,首先表现为法律之间存在冲突。我国采用的是将《政府采购法》和《招标投标法》分别立法的方式。而在其他国家,比如,日本没有将政府采购法和招标投标法分别立法,而是将二者合二为一,因而,日本的招标投标制度也是源于其政府采购法。在此与我国相区别,只有我国采用了招标投标与政府采购分别立法的模式。鉴于我国建设工程招标投标领域,主管部门直接投资的比重较大,投资资金都是属于财政开支,也当然属于主管部门采购的范畴。对此,我国专门出台了《政府采购法》对其予以法律监管。尽管《政府采购法》对建设工程招标投标明文规定,应当适用《招标投标法》的规定。但是不容置疑的是,主管部门投资兴建的工程项目,应当属于其采购的范畴。基于此,建设工程招标投标法律监管的执法依据就包括上述两部法律。但这两部法律的协调性很不理想,最直接的就是对于建设工程招标投标适用的范围规定都不一样。《招标投标法》将“工程建设项目”定义为项目的勘察、设计、施工、监理以及与工程建设有关的重要设备、材料等;而《政府采购法》将“工程”定义为建设工程,包括建筑物和构筑物的新建、改建、扩建、装修、拆除、修缮等。两相对比,《招标投标法》规定的建设工程的范围不仅包括建筑物和构筑物新建、改建等内容,还包括勘察设计、施工监理以及与工程建设相关的重要设备和材料,其招标投标适用的范围要远远大于《政府采购法》规定的范围。而《政府采购法》又将与工程建设有关的设备材料的采购纳入其调整的范畴,这就导致立法之间在适用范围上发生了冲



突。尽管《政府采购法实施条例》最终还是向《招标投标法》的规定靠拢,但从法律层面上看其冲突并没有得到有效的解决。

其次表现为立法内容缺乏科学性和可操作性。《招标投标法》第37条允许招标人代表进入评标委员会,而实际情况表明,招标人代表可能会在一定程度上影响评标结果,妨碍评标的公平和效率原则。尽管我国在各个地区都设立了专门的招投标评标专家库,但是落实到每一个建设工程招投标项目中,选取哪些专家库里的专家却是由招标代理机构来予以主导的。而招标代理机构作为受托人,其每一个代理行为均应当体现作为委托人的招标人的意志。也就是说,对于评标专家的选择,招标人具有较大的话语权。如果在评标委员会评标的过程中,作为招标人代表所发出的指示或者暗示没有得到评标专家的有效领会,那么在下次招投标项目里面,评标专家可能就会丧失参与的机会。因此,招标人代表一旦进入评标委员会,几乎就可以主导整个评标结果。所以《招标投标法》第37条所做的这条规定,从立法层面就产生了漏洞,直接影响到整个招投标程序的公正性。另外,《招标投标法》和实施条例都没有规定由哪个机构宣布中标无效,反而是由住建部的规章规定由住建部门认定招标无效,其科学性和可操作性值得商榷。

最后表现为法律和规章之间也存在冲突。《招标投标法》第16条规定:“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”。而在其他的法律法规中,例如,《房屋建筑和市政基础设施工程施工招标投标管理办法》第14条规定:“依法必须进行施工公开招标的工程项目,应当在国家或者地方指定的报刊、信息网络或者其他媒介上发布招标公告,并同时在中国工程建设和建筑业信息网上发布招标公告”。在这里,规章的规定和法律的规定就存在明显的抵触。法律规定,招标公告的发布只能通过我国指定的报刊信息网络或者其他媒体发布。而规章扩大性地规定了地方也可以指定招标公告发布的报刊、信息网络或者其他媒体,同时,还规定在中国工程建设和建筑业信息网上,也可以发布招标公告。从我国立法的位阶来看,法律的效力远远高于规章,但现在规章规定的内容已经和法律相抵触了,而且规章的规定还具有较强的可操作性,在实践中更能够得到招投标人的认可和实施。这样一来,就无异于默认了和上位法相抵触的规章仍然具有法律效力,这几乎等于通过规章来架空法律的实施,这与法制统一和依法行政的基本原则是相矛盾的。

三、建设工程招投标法律监管的主体困境

首先表现为建设工程招投标法律监管的主体多头管理,职责不清。《招标投标法》第7条规定:“有关行政监督部门依法对招标投标活动实施监督,依法查处招标投标活动中的

违法行为。对招标投标活动的行政监督及有关部门的具体职权划分,由国务院规定”。可见在《招标投标法》中,并没有明确规定建设工程招投标法律监管的监督主体。《招标投标法实施条例》第4条规定:国务院发展改革部门指导和协调全国招标投标工作,对国家重大建设项目的工程招标投标活动实施监督检查。国务院工业和信息化、住房城乡建设、交通运输、铁道、水利、商务等部门,按照规定的职责分工对有关招标投标活动实施监督。由此可见,我国立法对于建设工程招投标的法律监管主体实施的是多头管理的模式,按照各个工作部门的职能分工,对于属于本职能管辖范围内的建设工程招投标行为,均有直接监督管理的权力。由于建设工程招投标的管理是一项相当专业的工作,在实践中,各个职能管理部门并不必然具有从事该项管理的专业工作人员,甚至在有的部门中,并没有设定专门的建设工程招投标管理的机构,这就直接导致建设工程招投标缺乏专业有效的法律监管主体,从而影响整个招投标制度的正常监督管理。

其次表现为建设工程招投标的法律监管主体和招标人的身份混同,既当运动员又当裁判员。比如,在有的基础设施和河道治理工程中,地方的住建管理部门既是招标人,同时也是该项工程招投标的法律监管机构。一旦招标人在招标过程中有违规行为,或者招标人和投标人发生了争议,按照惯常的招投标监管来看,就可以向招投标法律监管机构投诉。但此时招投标法律监管机构就是招标人,自己怎么可能做自己的法官,这是违反自然公正原则的。本来招标人和投标人属于平等的法律关系,但在这种背景下,招标人拥有行政监管权力,双方的地位绝对不可能平等,投标人处于弱势的一方,权利一旦被侵害,往往找不到有效的救济途径,致使招投标制度的公平公正性受到损害。

四、完善建设工程招投标法律监管的对策

首先是完善建设工程招投标法律监管的立法。建筑工程招投标的法律依据,应当是一个系统的法律体系,包括相关的法律、行政法规、地方性法规、规章以及规范性文件法律文件。从法律层面上就应当梳理清楚《政府采购法》和《招标投标法》的法律关系,建设工程招投标制度对法律监管应当由《招标投标法》来做出系统性的规定。然后通过相关的行政法规、地方性法规和规章来贯彻落实。在这个过程中,一定要清理和上位法相抵触的行政规范性文件,鉴于行政规范性文件在建设工程招投标监管中所起的作用越来越大,对其与上位法相抵触内容的清理显得越来越重要。这个工作应当通过加强各级机关规范性文件的管理,贯彻落实备案审查制度。把规范性文件从制定到实施到失效的整个过程,都纳入主管部门监管的权力范围中来,从而改变建设工程招投标监管中适用范围广泛的规范性文件,没有系统性

权力监督的现状。

其次是要设立专业权威的建设工程招标投标法律监管的主体。现行的建设工程招标投标法律监管的多头模式,直接导致监管的专业性、权威性不足,职能分工交叉冲突的现象突出,监管主体怠于行使监管职责的现象比较严重。为此,应当在各级相关工作部门里设立一个专门的建设工程招标投标法律监管机构。鉴于我国建设工程招标投标中,不同程度地存在行业主管部门本身就是招标机构的现象,拟设立的建设工程招标投标法律监管部门应具有较高的权威性、独立性和专业性。如果仅仅是设在发改委或者住建部门以及其他的职能管理部门里面,仍然避免不了既是运动员又是裁判员的矛盾局面。而且对于其他同属于主管部门的招标人,也难以有力地行使监管权力。因此,建议建设工程招标投标监管机构应当直接隶属于各级职能部门的办公厅或者办公室,唯有如此,才能够具有超越于各个职能部门的权威性,独立公正地行使建设工程招标投标法律监管的职能。

最后是要建立专业权威的纠纷解决机制。建设工程招标投标领域存在多重法律关系,同时也存在各种纠纷,解决纠纷有很多方式,包括行政复议、行政诉讼和民事诉讼等。建筑工程招标投标领域出现的纠纷具有多重属性,从产生纠纷的主体而言具有多重性,既包括监管机构和招投标主体之间的纠纷,还包括招标主体和投标主体之间的纠纷,甚至还存在招标代理机构与招投标主体之间的纠纷。从产生纠纷的法律属性而言,也具有多重性,包括民事法律关系纠纷和行

政法律关系纠纷。但贯穿在各种纠纷中有一条主线,那就是建设工程招标投标所特有的专业性的认定。由于建设工程招标投标是建立在建设工程的勘察施工设计验收等各个环节基础之上的,要解决其中的纠纷,必须要具备非常深厚的建设工程专业素养,而这无论是对于行政复议机关而言,还是对司法机关而言,都相对比较欠缺。因此,有必要仿照专业的行政裁决机构,如商标评审委员会和专利复审委员会的设置,建立专门的建设工程招标投标纠纷裁决机关。从行业主管部门、司法行政机关、专业律师和高等科研院所中,选拔出既具有建设工程专业背景,又具有专门法律教育背景的专业人士,建立专业权威的工程招标投标纠纷解决机制。这样既能保证建设工程招标投标纠纷解决的公正性,也能够确保纠纷解决机制所具有的专业性、科学性和权威性。

参考文献:

- [1]蔡王俊.我国招投标法律制度研究[D].沈阳:沈阳工业大学,2016.
- [2]林乃善.招投标监管行为分析[J].经济与管理,2011,25(01): 13-19.
- [3]王英姿.建设工程招标投标法律制度研究[D].大连:东北财经大学,2020.

作者简介:

熊宇(1968—),男,汉族,重庆人,硕士,副教授,研究方向:行政法学。

