

完善我国政府采购法之探讨

程亚萍, 胡伟

(华中师范大学, 湖北 武汉 430079)

摘 要:完善的政府采购法有利于保障政府采购当事人的合法利益、预防和遏止违法行为, 加强市场监管等。但目前我国《政府采购法》存在适用范围狭窄, 供应商的市场准入制度疏漏, 政府采购方式疏落, 政府采购监督制度粗疏, 国内产业保护乏力等问题, 需要以扩大适用范围, 进一步明确建构供应商的市场准入制度, 增强对政府采购方式的规范, 健全政府采购监督制度, 强化对国内产业的保护来完善《政府采购法》。

关 键 词: 政府采购; 政府采购法; 监督制度

中图分类号: D922.1

文献标识码: A

文章编号: 1007-8207(2005)08-0071-04

《中华人民共和国政府采购法》以下简称《政府采购法》)自2003年1月1日施行以来,对于规范政府采购行为,提高政府采购资金的使用效益,维护国家利益和社会公共利益,保护政府采购当事人的合法权益,保障政府采购市场健康有序地发展起到了非常重要的作用。然而,由于我国《政府采购法》有诸多缺漏,致使《政府采购法》未能充分有效地发挥保护政府采购当事人合法权益,遏阻违法行为、规范政府采购市场发展的功能与目的,我国政府采购市场的完善也因此缺乏一套自我发展、自我改良的机制。可以肯定地认为,当前完善我国《政府采购法》已经到了刻不容缓的地步。

一、我国现行政府采购法的缺陷

(一) 政府采购法适用范围失之狭窄。我国现行《政府采购法》虽然厘定了其适用范围,但与世界其他国家和地区所确定的适用范围相比,显得狭窄。如我国台湾地区对政府采购适用之主体规定为:一是政府机关,包括台湾地区政府以及县、乡政府。二是公立学校即台湾地区政府出资兴建的学校和县、乡两级政府出资兴建的学校。三是公营事业即台湾地区、县、乡政府投资或控制的公司和企业、以及县、乡政府与台湾地区政府合营的公司和企业。四是接受机关补助办理采购,其补助金额占采购金额半数以上,且补助金额在公告金额以上的营利性社团法人(其中包括私营企业)、公益性社团法人、财团法人,以及非法人民间团体。由此可见,我国台湾地区“政府采购法”主张将采购所适用的资金的公共性与采购主体从事活动的非竞争性和公共性结合起来,并按照采购资金公共性为主,兼顾从事活动的非竞争性以及公共性这样一个原则来确定政府采购的事实主体,即只要是使用公共资金的组织就可能成为政府采购主体,而无论其形式上是否为公共机构。因此,对政府采购的主体应作广义理解,而不应仅限于政府部门抑或公营事业及社会团体。而我国的现行《政府采购法》对适用之主体采取了总括式规定,即为各级国家机关、事业单位和社会团体。很显然,我国主张将采购主体公共性、采购所适用的资金的公共性与从事活动的非竞争性结合起来,并按照采购主体的公共性采购

资金公共性及从事活动的非竞争性三者并举这一原则来确定政府采购的事实主体,而将国有企业尤其是公用事业排除在适用范围之外,这种做法,无疑缩小了《政府采购法》的适用范围。在我国与WTO成员国对等开放政府采购市场时,很难获得扩大国际贸易份额及增进我国供应商出口机会的益处。

(二) 供应商的市场准入制度失之疏漏。在政府采购中,能否让供应商在同一起点上开展竞争,完全取决于供应商市场准入制度。令人遗憾的是,我国在《政府采购法》中未构建完善的供应商的市场准入制度。其一,关于供应商的资格标准的规定。为了提高政府采购的效率,世界各国普遍建立了供应商的资格认证制度。但该项制度必须基于客观的规则和标准,必须使感兴趣的供应商在其需要时能及时得到这些规则和标准,并能保证持续使用。我国《政府采购法》第二十二条对供应商的资格标准作出了规定,但不够完善。总的说来,过于原则,操作性不强,这势必给供应商的资格认定带来困难。其二,关于供应商资格预审程序的规定。供应商或承包商是否有能力履行采购合同或其投标是否真实,直接关系到采购能否顺利进行和达到采购目的。因此,对供应商或承包商资格进行审查是非常必要的。资格预审程序实际上是对所有投标人的一次“粗筛”,目的是为了在采购过程的早期剔除资格条件不适合履行合同的供应商。我国虽然在《政府采购法》中作出了规定,但规定的过于简单,只对资格预审的内容作出了规定,没有规定资格预审公告发布的时间、发布渠道、接受供应商请求截止时间等内容,以致实际操作性不强。其三,关于供应商资格瑕疵的规定。供应商是政府采购活动中重要的主体之一,其资格应始终是合法有效的,容不得半点虚假,否则会造成政府采购市场的混乱。因此,许多国家、地区以及国际经济组织的政府采购法中均对供应商资格瑕疵作出了规定,如WTO《政府采购协议》中规定:采购实体在任何时候发现某一供应商或承包商所提交的其资格的资料为虚假资料,即应取消供应商或承包商的资格;采购实体在任何时候发现某一供应商或承包商所提交的其资格的资料在实质性方面失实或不完整,即可取消供

收稿日期: 2005-03-20

作者简介:程亚萍(1975—),女,湖北黄冈人,华中师范大学法律系讲师,法学硕士,主要从事经济法学和国际经济法学的教学与研究;胡伟(1967—),男,湖北孝感人,华中师范大学法律系副教授,主要从事经济法学和劳动法学的教学与研究。

应商或承包商的资格,对供应商资格瑕疵如果采购实体提出要求,供应商或承包商未能迅速矫正弊端,可取消供应商或承包商的资格。但我国在《政府采购法》中未对供应商资格瑕疵作出规定。

(三) 政府采购方式规范失之疏落。政府采购方式是政府采购的主体在进行采购时所使用的的方法和依据的程序。^[1] 但由于公共资金的花费需承担管理责任,所以在政府采购和商业采购实践中形成了截然不同的采购方法或程序。^{[2][9]} 如美国在政府采购法中规定了许多采购方法,但各种采购方法各具特点,互相补充,相得益彰,适应了不同的采购要求和采购情势。其一,密封投标,也可称为公开招标。该方法是美国传统的采购方法,其适用的条件为:一是时间容许密封投标的招标,投标和评标;二是合同授予的判定基础为价格或其他与价格有关的因素;三是没有必要与投标人进行有关他们的投标的商谈;四是按合同的估计,会收到一个以上的密封投标。^[3] 往往在大额采购(采购金额超过25000美元,但合同中不规定订货数量的采购除外)中适用。其二,协商采购,也可称为谈判采购方法。其适用条件为:一是如果适用密封投标条件不具备,订约官员可要求竞争报价;二是由于地方差别,例如法律、法规和贸易结合的差别。^[4] 该方法仍在大额采购中适用。其三,单一来源采购。当采用单一来源采购时,需要写出书面说明,即必须包括有关政府寻找可能的替代供应商的努力的信息、以及适合于完全公开竞争程序的技术规格无法确定的理由说明。其四,询价采购。该方法只有在采购金额在2500-25000美元之间时才适用,适用时,各级政府机构均可以采取“货比三家”式程序,使合同签订各方展开激烈的商业竞争,最后才决定订货。其五,征求建议书。征求建议书是一种比较新的采购方法,八十年代才在美国的政府采购法中确立。要求采购主体与少数的供应商或承包商接洽,征求提出建议,再与他们谈判有无可能对其建议书的实质内容作出更改,再从中要求提出“最佳和最后建议”。^[5] 而我国在《政府采购法》中规定了公开招标、邀请招标、竞争性谈判、询价、单一来源等采购方式。且对公开招标方式的适用条件规定得最为宽泛即除采用邀请招标、竞争性谈判、询价、单一来源等采购方式外,且达到国务院及省级人民政府规定的限额标准以上的,均应实行公开招标方式。从总体上来看,我国在《政府采购法》中对政府采购方式的规定比较薄弱,存在的主要问题是:第一,并没有对各种方式的配合适用做出规定。如就公开招标而言,《政府采购法》确立了其优先适用的地位,并且对公开招标以外的采购方式做出了规定。但未就公开招标与其他方式配合适用作出规定。第二,对某些采购方式的适用条件规定得过于苛刻。如单一来源方式。第三,已有的规定不明确或不严密。如对采用公开招标以外的采购方式的批准,以什么方式提出申请则没有做出规定。第四,对某些采购方式的程序规定过于简单。如单一来源方式。

(四) 政府采购监督制度失之粗疏。虽然现行《政府采购法》对政府采购监督制度有专章的规定,但不可否认,主要存在以下不足:其一,确定的监督范围狭窄。《政府采购法》只限于对政府采购法律法规和政策的执

行情况;采购范围、采购方式和采购程序的执行情况;政府采购人员的职业素质和专业技能等内容的监督,而对政府采购之前计划的编制,政府采购合同的履行情况等未能实施监督,没有实现对政府采购的“立体”的监督,给政府采购监督留下死角,造成了监督乏力。其二,缺乏可操作性。尽管现行的政府采购法规定了监督的范围及主要措施,但由于缺乏具体的程序规定和可行的监督标准,政府采购监督工作实质上无法有效进行。这是因为:第一,政府采购监督程序是政府采购监督的载体,是连接政府采购监督机关和社会现实的桥梁和纽带。离开了政府采购监督程序,政府采购监督将寸步难行。第二,政府采购监督标准是政府采购监督的准绳和尺度。如果缺少标准,政府采购监督工作的质量将无法得到保证。其三,政府采购监管机关的监督权限规定得太窄。由于政府采购毕竟所涉金额庞大,必然造成监督具有一定的复杂性,客观上要求确定政府采购监管机关更大的监管权限去处理违法事务,这是有效实施政府采购监督制度的前提和保证。尽管我国政府采购监管机关享有一定的监督权,但仔细分析,就会发现仅确定如此大的监督权限不足以履行职能,从而使政府采购监督难以到位。

(五) 国内产业保护失之乏力。目前,许多国家对国内政府采购市场的保护政策并非因加入WTO《政府采购协议》而彻底放弃,在不同程度上存在甚至强化了产业保护措施,把对本国政府采购市场的保护作为一项政策目标,即就是国家开放了政府采购市场,但将之与保护国内产业和市场相结合,优先保护国内工业,以充分发挥政府采购对经济增长的推动作用。各国均通过其政府采购立法对其政府采购市场进行保护。如韩国按照WTO《政府采购协议》的要求规定适用于政府采购的采购实体和范围的同时,对有关的政府采购提出了保留,即对这些采购申请豁免。包括:为转售目的或直接用于货物或服务生产的货物或服务采购;根据《预算和会计法》、《地方财政法》、《政府投资管理法》等法律进行的单一来源采购,包括专门针对中小企业的采购;根据《粮食管理法》、《农、水产品市场和价格稳定法》和《畜牧法》进行的农、水产品和畜牧采购;根据《航空航天发展促进法》进行的卫星采购;国防部进行的涉及国家安全和国防目的的采购;除已承诺开放的服务以外的所有其他服务。^{[6][172]} 由此可见,韩国形成了国内产业保护网。我国虽然未加入WTO《政府采购协议》,但对外开放政府采购市场是不争的事实,理应对国内产业进行保护,这也符合国际惯例。在《政府采购法》中对国内产业保护也有一定的制度设计,如第九条规定,政府采购应当有助于促进中小企业发展;第十条规定,政府采购应当采购本国货物、工程和服务。但规定相当原则,措施非常单薄,远远没有形成保护国内产业的网络,当然不能使我国企业从对外开放政府采购市场中获得合理的利益。

二、完善我国政府采购法的构想

针对我国《政府采购法》存在的上述缺陷,笔者认为,应当作出如下完善:

(一) 扩大《政府采购法》的适用范围。“采购之根本目标在于确定所需要材料的来源,并在需要的时候以

尽可能经济的方式按可接受的质量标准获得这些商品。¹⁷¹因此,促进政府采购的经济有效性是各国政府采购法所确立的首要目标。那采购资金来源的公共性无疑是确定政府采购法适用主体的一个首要和根本的标准。但这是一个扩张性的标准,在立法实践中有可能扩大政府采购法适用主体的范畴,因而还需确立其他标准。另外一个标准就是竞争性标准。因为随着公司化或私有化进程以及世界经济和竞争的全球化,原来政府采购法的一些主体正在发生变化,其中一些实体在一定程度上参与了商业性或竞争性的活动,而一旦这些实体从事的活动具有竞争性,那么其业绩则可以通过市场来检验。如果政府要对其进行补贴或管制,则可能会造成竞争扭曲。因此,竞争性应该是确定政府采购法适用主体的另一个重要标准。此标准不仅可以确定处于不断变革中的国有企业的主体地位,而且在这些企业从事竞争性活动时,也可以依据这一标准将其排除适用,从而保证公平的竞争环境。但随着现代政府管理改革和采购理念的现代化又使得第三个标准显得越来越必要。在现代政府改革中,政府大量地利用私人融资的方法来完成一些传统上由政府完成的活动。就这些活动的性质而言,它们仍然具有公共性质。¹⁷²因此,反映在政府采购法中,就是以采购活动的公益性标准来确定一些私营企业的政府采购法主体地位。由此可见,我国在《政府采购法》中,应将采购所适用的资金的公共性与采购主体从事活动的非竞争性以及公共性结合起来,并按照采购资金公共性为主,兼顾采购主体从事活动的非竞争性以及公共性这样一个原则来确定政府采购的事实主体采购,也就是使用公共资金的组织就可能成为政府采购主体,而无论其形式上是否为公共机构。这无疑扩大了《政府采购法》适用范围。

(二)进一步明确建构供应商的市场准入制度。首先,完善供应商的资格标准。供应商资格认证制度虽然能够确保供应的稳定与信用,但由于供应商设定资格的结果必将对贸易产生一定的限制作用,如不加以规范,政府采购的原则和目标将无从实现。因此,在《政府采购法》中应完善供应商资格标准。具体而言,就是使供应商的资格标准具体化。例如补充以下标准:凡是存在下列情况的供应商均不得参与竞标:已经或即将面临破产;违反职业道德;犯有严重的渎职罪;尚未支付社会保险金或税款;在提供的信息中有严重的虚假陈述。但必须坚持不歧视与国民待遇原则,且设定的供应商资格标准,不得当限制竞争,并以供应商具有履行契约所必须的能力为限。其次,完善供应商资格预审程序的规定。由于资格预审程序缩减了采购实体须予评审和比较的投标书、建议书和报盘的数目,从而减少了招标人的管理、评标以及其他方面的费用,能吸引力量雄厚的供应商或承包商前来投标。同时通过资格预审,招标人能够了解潜在的投标人对项目的投标兴趣有多大,如果潜在的投标人的投标兴趣大大低于招标人的预料,那么招标人可以检查并修改招标条款,以便吸引更多的招标人,扩大竞争。也因预先淘汰一部分对采购项目显然不具备投标竞争力的投标人,可以使不合格的投标人

节约准备投标的费用。因此,在《政府采购法》中应予以完善。具体而言,就是明确规定资格预审公告发布的时间、发布渠道、接受供应商请求截止时间等内容。如规定在报纸上刊登资格预审通告或资格预审邀请书,从刊登资格预审通告或可以获得资格预审文件的最后日期到申请截止日期之间应有60天时间,至少不得少于45天等。最后,对供应商资格瑕疵的规定。笔者认为,对供应商资格瑕疵作出规定是供应商资格认证中的重要内容,应借鉴WTO《政府采购协议》中的规定,在我国《政府采购法》中作出规定。

(三)增强对政府采购方式的规范。首先,形成完善的政府采购方式体系。一个完善的政府采购法中所包含的采购方式实际上是一个完整的体系。在这个体系中,各种采购方式是有机结合,互相补充,相得益彰。因此,我国应对《政府采购法》中各种采购方式的适用条件进行必要梳理与调整,形成相互融洽与配合的关系。如对公开招标设计其他采购方式予以补充的适用条件。因为尽管公开招标具有公开发布采购需求,并且也正好符合政府采购公开、公正和竞争的基本原则的特点,但并非完美无瑕。这种采购方式突出的适用条件为:第一,是否明显存在适当的竞争;第二,需要对技术规格和其它的技术说明进行适当的说明;第三,采购的时间要求。如果采购时间紧迫,则这种方法不能适用;第四,要求以价格为基础作出授予合同决策。因此,需要其他采购方式予以补充。其次,必须就采购方式适用条件做出明确合理的规定,以指导和要求采购人在政府采购中根据特定的采购要求和市场条件选择适用特定的采购方式。否则采购人就可能不能选择适当的采购方式,甚至还会为采购人规避公开招标提供条件,使他们采用其“偏爱”的方式,从而为政府采购中的腐败和不正当交易留下了很大的空间和机会。采购方式的适用问题,其核心是保证公开招标方式的尽可能适用。只有在公开招标方式不能适用,符合法定的条件时,才能适用其他方式。如果规定的适用条件不严密或过于苛刻,均可能损害整个政府采购制度的完整性。目前主要对某些采购方式的适用条件进行修订,使其符合现实采购条件。如对单一来源方式适用条件予以扩大,增加招标失败、研究、实验或开发合同、重复合同以及设计竞赛等情形。另外对采购人就适用公开招标以外采购方式报批的方式做出规定。最后,必须对采购程序做出详尽合理的规定。从一定的意义上讲,采购方式与采购程序是密不可分的,互为表里的。选择了特定的采购方式,也就意味着选择了特定的采购程序。但在政府采购法的实态上,却并非尽然。比如,如果政府采购法指明了采购所采用的方式,但对在采用此方式时应该遵循的程序没有详尽合理的规定,则采购方式的适用也将有其名无其实。所以采购程序乃是政府采购法中有关采购方式的进一步深化,并且较之采购方式的适用更加重要。故我国应借鉴国际上政府采购立法与实践的经验对采购程序做出详尽合理的规定,尤其是单一来源采购的程序。

(四)健全政府采购监督制度。首先,扩大监督的范

围。监督范围的扩大不应是盲目的,应满足以下条件:第一,特定性。必须是由政府采购监督对象所实施的行为。非政府采购监督的对象,如公民实施的行为不能纳入政府采购监督的范围。第二,公共管理性。政府采购监督范围中的内容是一种职责行为,是一国政府部门及政府机构或其他直接或间接接受政府控制的企事业单位,为实现政府职能和公共利益而作出的非私人行为。^{[9] (p171)}第三,法律性。政府采购监督范围中的内容将产生法律后果。政府采购监督对象的行为应该是一种法律行为,它或是应履行法定义务,或约定义务,或变更法律关系。不能产生法律后果的行为,如资料性行为、纯技术性行为等不属于政府采购监督的范围。只有满足上述条件,才能有的放矢地将政府采购之前计划的编制,政府采购合同的履行情况等内容纳入监督的范围,避免监督的范围无限扩大,而使监督因其不集中更为乏力。其次,规定政府采购监督标准及程序。监督标准是监督主体进行监督活动所依据的标准尺度。就本质而言,监督标准是一种认识,是精神对物质,意识对存在的一种反映,是监督主体与监督的对象和内容之间的现实联系。离开了标准,监督主体将难以正确履行监督的职责。因此,确定监督标准要坚持主观性与客观性统一的原则,尤其要体现政府采购参与各主体的意思和利益,体现政府采购发展的规律和要求。目前还应考虑到政府采购政策因素。而政府采购监督程序是为了适应政府采购监督的需要而产生的一种新程序规范。与普通诉讼程序有所不同。在规定的应体现出自身特点。其主要内容为:第一,受理程序。受理程序可能因以下几种情况而产生:其一,采购机关的交付;其二,各采购实体和供应商的提起;其三,因争议而提起。第二,听证程序。由于争议事关重大,因而监督主体作出裁决之前,应该充分听取有关当事人意见。听证制度就是依法由有关当事人在财政部门进行陈述辩论,以保证监督在了解有关当事人的观点、看法或目的、意图的制度。首先,在审议违法争议时,必须举行听证会;其次,监督主体应在听证会前至少一周将听证会的日期、地点以及听证的内容通知当事人。收到参加听证会通知的有关当事人必须按时到会听证,否则将受到法律的处罚。再次,除非涉及敏感的问题,听证会一般应公开举行,并应提前一周左右的时间,将听证会的地点和内容刊登在某些主要报刊上。最后,赋予政府采购主管机关更多的监督权。尽管政府采购主管机关享有对政府采购的监督检查权、对集中采购机构的考核权及对投诉的处理权等权力。这些是财政部门积极开展工作的重要保证。但是上述权力尚不足以保证监督工作的有序进行。笔者建议,为了保证有效履行职能,必须具备以下权力:一是特别调查权。特别调查权是财政部门作出决定的关键性的权力。目前各级财政部门了解情况

的方式一般是看材料,听下级汇报和检查。这些方式对于查清事实是大有裨益的。但上述形式也有不足之处,如不易暴露问题,展开问题和深入问题;也不易弄清问题,更不能做到公正、准确、及时地解决问题。因此,应该赋予特别调查权。财政部门在审查争议时,有权调阅相关文件和材料,在一般情况下,有关行政机关、社会组织和个人均有义务提供。二是事前审查权。事前审查权是采购人在采购计划通过之前或之后的法定时间内将计划送交财政部门,由其进行合法性审查的权力。事前审查的内容主要是采购项目是否合法,选择采购方式是否合法等。

(五) 强化对国内产业的保护。可以预料,随着我国政府采购市场对外的进一步开放,国内企业面临着前所未有的国际竞争压力。不利的竞争地位还会加强,严重威胁其生存和发展。保护民族工业,支持国有企业的发展将成为一个突出问题。为了有效解决此问题,我国应在《政府采购法》中增加保护的措施,还可做如下规定:第一,规定政府采购的本地含量,即规定国际采购中本地产品和劳动的含量。这是世界各国较为通用的做法。如美国《购买美国产品法》规定,所进行的国际采购至少购买50%美国国内原材料和产品。此项条款的作用在于保证国外进口产品中我国劳动力和原材料的含量,从而间接的促进了我国劳动力和原材料的出口,保证了国内工业的发展。第二,给予本国企业以优惠,即在国际招标中允许国内投标人报较高的价格。如美国《购买美国产品法》规定,给予国内投标商10%—30%的价格优惠。我国在进行政府采购过程中,也可在同等条件下,给予国内产品以适当的价格优惠,使我国企业有更多的机会得到更多的资金来充实、发展和壮大自己,从而起到保护国内工业的作用。第三,在某些领域限制或禁止国外企业的进入。本国市场的对外开放是有限度的,以美国为代表的西方发达市场经济国家在涉及国家安全的产品上,往往也未开放其国内市场。因此,我国可以用国家安全、保护环境及外汇平衡等的正当理由,禁止或限制外国供应商进入本国政府采购市场的某些领域,最大限度地购买本国产品,已实现保护国内工业的目的。

【参考文献】

- [1][5] 曹富国. 政府采购方法的选择、适用与程序设计[J]. 中国法学, 2000(4)
- [2][9] 曹富国, 何景成. 政府采购管理国际规范实务[M]. 北京: 企业管理出版社, 1998.
- [3] 联邦采购条例: 第6.401(a)部分[Z].
- [4] 联邦采购条例: 第6.401(b)部分[Z].
- [6] 朱建元. 全林. 政府采购的招标与投标[M]. 北京: 人民法院出版社, 2000.
- [7] 王小能. 政府采购法律制度初探[J]. 法学研究, 2000(1)
- [8] 曹富国. 政府采购法主体之比较研究——兼谈我国政府采购法主体之立法对策[J]. 法律科学, 2000(1)

(责任编辑:徐虹)

Perfecting the purchasing law of our government

Cheng Ya-ping, He Wei

Abstract: Perfecting government purchase law is in favor of ensuring lawful benefit of government purchasing person concerned, preventing illegal action and enhancing market administration. Although China's government purchase law has made great progress, there remains some basic defects in it. This article put forward solutions to relent problems.

Key Words: Government procurement; Government procurement law; Supervisor system