

招投标热点法律问题总结（上）

《招标投标法》及其实施条例颁布实施以来，我国形成了较为完善的招投标制度体系，对规范招标投标行为，保障公平竞争，提高招标采购质量效益，预防惩治腐败发挥了积极作用。随着我国经济社会不断发展和改革持续深化，很多企业，特别是国有企业在招投标过程中遇到了各种各样的问题，例如，哪些项目必须招标，哪些必须公开招标，哪些可以邀请招标，哪些招标条件是禁止的，等等。这些问题不断困扰着招投标各方。本文根据有关法律法规，结合相关案例，就实践中的热点问题总结，以供参考。

一、必须招标的项目范围

1、哪些项目必须招标？

根据《招标投标法》，在中国境内进行的下列三类项目必须进行招标：

- （1）大型基础设施、公用事业等关系社会公共利益、公众安全的项目；
- （2）全部或者部分使用国有资金投资或者国家融资的项目；
- （3）使用国际组织或者外国政府贷款、援助资金的项目。

根据2018年6月6日国家发改委发布的《必须招标的基础设施和公用事业项目范围规定》（发改法规规〔2018〕843号，以下简称“843号文”），必须招标的大型基础设施、公用事业等关系社会公共利益、公众安全的项目具体包括：

- （1）能源基础设施项目；
- （2）交通运输基础设施项目；
- （3）通信基础设施项目；
- （4）水利基础设施项目；
- （5）城建项目。

根据2018年3月27日国家发改委发布的《必须招标的工程项目规定》（国家发展和改革委员会令 第16号，以下简称“16号令”），全部或者部分使用国有资金投资或者国家融资的项目包括：

- 使用预算资金200万元人民币以上，并且该资金占投资额10%以上的项目；
- 使用国有企业事业单位资金，并且该资金占控股或者主导地位的项目。

2020年10月19日，国家发改委办公厅发布《关于进一步做好〈必须招标的工程项目规定〉和〈必须招标的基础设施和公用事业项目范围规定〉实施工作的通知》（发改办法规〔2020〕770号，以下简称“770号文”），进一步明确，国有企业事业单位资金“占控股或者主导地位”，参照《公司法》第二百一十六条关于控股股东和实际控制人的理解执行，即主要包括以下三种情形：

- 出资额占有限责任公司资本总额百分之五十以上或者其持有的股份占股份有限公司股本总额百分之五十以上的股东，即绝对控

股；

- 出资额或者持有股份的比例虽然不足百分之五十，但依照其出资额或者持有的股份所享有的表决权足以对股东会、股东大会的决议产生重大影响的股东，即在股权分散的情况下，单一最大股东；
- 国有企业事业单位通过投资关系、协议或者其他安排，能够实际支配项目建设。例如，小股操盘。

项目中国有资金的比例，需要按照项目资金来源中所有国有资金之和计算。即存在多个国有资金的，需要合并计算。

使用国际组织或者外国政府贷款、援助资金的项目包括：

- 使用世界银行、亚洲开发银行等国际组织贷款、援助资金的项目；
- 使用外国政府及其机构贷款、援助资金的项目。

2、哪些事项必须招标？

根据 16 号令，必须招标项目的勘察、设计、施工、监理以及与工程建设有关的重要设备、材料等的采购达到规定标准的必须招标。

这里所说的“工程”，是指建设工程，工程不仅包括建筑物和构筑物的新建，也包括改建、扩建以及相关的装修、拆除、修缮等。

与工程建设有关的设备、材料，是指构成工程不可分割的组成部分，并且为实现工程基本功能所必需的设备、材料等。国家层面没有明确的规定，一些地方做了规定。例如，北京市住建委规定，重要设备包括电梯、配电设备（含电缆）、防火消防设备、锅炉暖通及空调设备、给排水设备、楼宇自动化设备等，

重要材料包括建筑门窗（幕墙）、建筑防水材料、建筑石材、建筑陶瓷、建筑涂料、外墙保温材料等。再例如，深圳市政府规定，重要的设备、材料包括房屋建筑工程中的电梯、中央空调、建筑智能化系统、水电气系统、消防系统、太阳能系统；市政基础设施及轨道交通工程中的各类设备设施；其他构成工程实体的原材料和半成品等。

3、达到什么标准必须招标？

根据 16 号令，达到下列标准之一的，必须招标：

- （1）施工单项合同估算价在 400 万元人民币以上；
- （2）重要设备、材料等货物的采购，单项合同估算价在 200 万元人民币以上；
- （3）勘察、设计、监理等服务的采购，单项合同估算价在 100 万元人民币以上。

没有达到上述标准的，该单项采购不属于必须招标范畴。

同一项目中可以合并进行的勘察、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，合同估算价合计达到上述规定标准的，必须招标。

770 号文明确，发包人对工程以及与工程建设有关的货物、服务全部或者部分实行总承包发包，总承包中勘察、设计、施工以及与工程建设有关的重要设备、材料各部分采购的估算价中，有一项以上达到必须招标标准的，整个总承包发包必须招标。

4、400 万元以下建设工程类项目是否可以直接发包？

根据国家发改委法规司答复，施工、货物、服务采购的单项合同估算价没有达到 16 号令规定规模标准的，该单项采购由采购人依法自主选择采购方式，任何单位和个人不得违法干涉。

5、“施工单项合同估算价在400万元人民币以上”是否包括400万元人民币？

根据国家发改委价格司答复，“400万元人民币以上”包括400万元人民币。

6、法规中没有列举的事项必须招标吗？

- 招标代理、全案策划等服务合同需要招投标吗？
- 销售代理，渠道分销需要招投标吗？
- 办公用品采购必须招标吗？
- 法律顾问服务合同需要招投标吗？

770号文明确规定，依法必须招标的工程建设项目范围和规模标准，应当严格执行《招标投标法》和16号令、843号文规定；对16号令中没有明确列举规定的服务事项、843号文中没有明确列举规定的项目，不得强制要求招标。各地方应当严格执行16号令和843号文规定的范围和规模标准，不得另行制定必须进行招标的范围和规模标准，也不得作出与16号令、843号文和770号文相抵触的规定。

7、分包是否也必须招标？

原则上分包不是必须招标，但《招标投标法实施条例》规定，以暂估价形式包括在总承包范围内的工程、货物、服务属于依法必须进行招标的项目范围并且达到国家规定规模标准的，应当依法进行招标。所谓暂估价，是指总承包招标时不能确定价格，由招标人在招标文件中暂时估定的金额。

住建部、国家发改委发布的《房屋建筑和市政基础设施项目工程总承包管理办法》规定，工程总承包单位可以采用直接发包的方式进行分包，但以暂估价形式包括在总承包范围内的工程、货物、服务分包时，属于依法必须进行招标的项目范围且达到国家规定规模标准的，应当依法招标。

8、战略合作协议约定实际采购时无须通过招

投标程序是否有效？

实践中，有些单位同供应商或合作伙伴签订战略合作协议，约定将来实际采购时无须通过招投标程序，直接签订采购合同。这样的约定是否有效要看采购的事项是否是必须招标的项目，如果是，则未经招投标程序签订的采购合同无效。

9、是否可以不通过招投标续签合同？

通过招投标方式签订的合同，到期后续签是否还需要通过招投标程序，现行法律没有明确规定。全国人大法工委编辑的《招标投标法释义》认为，先签一个小数额的合同，执行完毕后再续签若干次，规避了强制招标，属于《招标投标法》规定的“以其他方式规避招标”。

对于政府采购行为，《政府采购法》规定，“政府采购合同履行中，采购人需追加与合同标的相同的货物、工程或者服务的，在不改变合同其他条款的前提下，可以与供应商协商签订补充合同，但所有补充合同的采购金额不得超过原合同采购金额的百分之十。”但企业采购不属于政府采购，不适用上述规定。

《房屋建筑和市政基础设施工程施工招标投标管理办法(2018修正)》规定，工程有下列情形之一的，经县级以上地方人民政府建设行政主管部门批准，可以不进行施工招标：

(1) 停建或者缓建后恢复建设的单位工程，且承包人没有发生变更的；

(2) 在建工程追加的附属小型工程或者主体加层工程，并且承包人没有发生变更的。

二、必须招标项目与非必须招标项目的区别

《招标投标法》根据必须招标项目和非必须招标项目的不同情况，有区别地进行了规定。有关招投标的规则和程序的强制性规定及法律责任中有关行政处罚的规定，主要适用于法定必须招标的项目。

依法必须招标的项目与非必须招标的项目主要存在以下区别：

1、招标公告发布媒介不同

根据《招标投标法》，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。《招标公告和公示信息发布管理办法》规定，依法必须招标项目的招标公告和公示信息应当在“中国招标投标公共服务平台”或者项目所在地省级电子招标投标公共服务平台发布。省级电子招标投标公共服务平台应当与“中国招标投标公共服务平台”对接，按规定同步交互招标公告和公示信息（“中国招标投标公共服务平台”和项目所在地省级电子招标投标公共服务平台以下统称“法定发布媒介”）。对依法必须招标项目的招标公告和公示信息，法定发布媒介应当与相应的公共资源交易平台实现信息共享。依法必须招标项目的招标公告和公示信息除在法定发布媒介发布外，招标人或其招标代理机构也可以同步在其他媒介公开，并确保内容一致。其他媒介可以全文转载依法必须招标项目的招标公告和公示信息，但不得改变内容，同时必须注明信息来源。

有些地方规定了本地的发布平台，例如，北京市发改委规定，北京市依法必须招标项目的招标公告和公示信息，应当在“北京市公共资源交易服务平台”发布，“北京市公共资源交易服务平台”与“中国招标投标公共服务平台”通过系统对接，同步交互招标公告和公示信息。

非必须招标的项目，可以在任意媒介上发布招标公告。

2、招标文件文本不同

编制依法必须进行招标的项目的资格预审文件和招标文件，应当使用国家发改委等部门制定的标准文本。标准文本主要包括：《标准施工招标资格预审文件》《标准施工招标文件》《标准设计施工总承包招

标文件》《标准设备采购招标文件》《标准材料采购招标文件》《标准勘察招标文件》《标准设计招标文件》《标准监理招标文件》以及有关部门制定的相关行业标准文本。

非必须招标的项目的资格预审文件和招标文件可以使用，也可以不使用标准文本。

3、投标文件准备时间不同

投标人编制投标文件所需要的时间由招标人确定，但是，依法必须进行招标的项目，自招标文件开始发出之日起至投标人提交投标文件截止之日止，最短不得少于二十日。

4、评标委员会组成不同

依法必须进行招标的项目，其评标委员会由招标人的代表和有关技术、经济等方面的专家组成，成员人数为五人以上单数，其中技术、经济等方面的专家不能少于成员总数的三分之二。前述专家应当从事相关领域工作满八年并具有高级职称或者具有同等专业水平，由招标人从国务院或者省、自治区、直辖市人民政府有关部门提供的专家名册或者招标代理机构的专家库内的相关专业的专家名单中确定；一般招标项目可以采取随机抽取方式，特殊招标项目可以由招标人直接确定。

关于非必须招标的项目的评标委员会的组建没有明确规定，仅需参照上述要求。

5、投标被否决后的处理程序不同

依法必须进行招标的项目的所有投标被评标委员会否决的，招标人应当依法重新招标；而非必须招标项目，没有这样的要求。

三、公开招标与邀请招标的区别

公开招标，是指招标人以招标公告的方式邀请不特定的法人或者其他组织投标；邀请招标，是指招标

人以投标邀请书的方式邀请特定的法人或者其他组织投标。

二者存在如下主要区别：

1、适用范围不同

公开招标主要适用于国有资金占控股或者主导地位的依法必须进行招标的项目。

邀请招标主要适用于国家发改委确定的国家重点项目和省、自治区、直辖市政府确定的地方重点项目不适宜公开招标的项目。有下列情形之一的国有资金占控股或者主导地位的依法必须进行招标的项目，可以邀请招标：

(1) 技术复杂、有特殊要求或者受自然环境限制，只有少量潜在投标人可供选择；

(2) 采用公开招标方式的费用占项目合同金额的比例过大。比例是否过大，由有关行政机关作出认定。

2、发布招标信息方式不同

公开招标的招标人采用网站等公众媒体发布公告方式；而邀请招标，招标人以邮寄、电邮、传真等方式发出投标邀请书的方式。

3、潜在投标人范围不同

公开招标邀请不特定的人；邀请招标，招标人应当向三个以上具备承担招标项目的能力、资信良好的特定的法人或者其他组织发出投标邀请书。

四、招标豁免

1、可以豁免招标的情形

根据《招标投标法》及其实施条例，有下列情形之一的，可以不进行招标：

(1) 涉及国家安全、国家秘密、抢险救灾或者属于利用扶贫资金实行以工代赈、需要使用农民工等

特殊情况，不适宜进行招标的项目；

(2) 需要采用不可替代的专利或者专有技术；

(3) 采购人能够自行建设、生产或者提供；

(4) 已通过招标方式选定的特许经营项目投资人能够自行建设、生产或者提供；

(5) 需要向原中标人采购工程、货物或者服务，否则将影响施工或者功能配套要求；

(6) 国家规定的其他特殊情形，例如，停建或者缓建后恢复建设，在建工程追加的附属小型工程或者主体加层工程，且承包人未变。

但是，招标人为适用上述规定弄虚作假的，属于规避招标。

2、招标豁免审批

按照国家有关规定需要履行项目审批、核准手续的依法必须进行招标的项目，豁免招标应当报项目审批、核准部门审批、核准。

实践中，多地监管部门认为无论是审批、核准还是备案的项目，在符合必须招标要求的情况下，豁免招标仍需要原审批、核准或备案机关或项目所在地的发改委确认批准，否则，仍有可能被利害关系方投诉。

五、招标组织形式

招标组织形式主要包括代理招标和自行招标。

1、代理招标

根据《招标投标法》，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。

2017年12月27日《招标投标法》修订，取消了招标代理资格要求。

2、自行招标

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。判断招标人是否具有编制招标文件和组织评标能力,主要是根据招标人是否具有与招标项目规模和复杂程度相适应的技术、经济等方面的专业人员。

六、资格预审与资格后审

1、什么是资格预审与资格后审?

资格预审,是指在招标人出售招标文件或者发出投标邀请书之前对潜在投标人进行的资格审查;资格后审,是指在开标后对投标人进行的资格审查。进行资格预审的,一般不再进行资格后审,但招标文件另有规定的除外。

2、资格预审与资格后审各自适用范围

资格预审一般适用于潜在投标人较多或者大型、技术复杂货物的公开招标,以及需要公开选择潜在投标人的邀请招标。实践中,资格预审是资格审查的主要方式。

资格后审一般适用于潜在投标人数量不多,通用性、标准化的招标项目。

有些地方对资格预审和后审的适用范围作出了规定。例如,根据河北省住建厅的规定,有下列情形之一的,招标人可以实行资格预审,其他项目原则上应实行资格后审:

(1) 基坑深度超过 15 米的超深基坑建筑,或者地质条件和周边环境复杂且基坑深度超过 10 米的深基坑建筑。

(2) 40 层以上或高度 100 米以上的超高层建筑。

(3) 地铁、轻轨等城市轨道交通工程。

(4) 单跨跨度 50 米及以上的大型市政桥梁工程。

(5) 10 万吨/日以上污水处理工程。

(6) 城市地下综合管廊、地下城市道路、地下城市综合防灾工程等地下公共设施。

(7) 工程总承包项目和装配式建筑项目。

(8) 要求采用建筑信息模型(BIM)等新技术、投标文件编制成本较高的项目。

3、资格预审与资格后审各自的优缺点

(1) 资格预审的优点

资格预审通过在招标前对潜在投标人进行筛选,预选出有资格参加投标的人,可以大大减少招标的工作量,有利于提高招标投标的工作效率,降低招标成本。资格预审还可以帮助招标人了解潜在投标人对招标项目的兴趣,以便及时修正招标要求,提高投标人投标的针对性、积极性,扩大竞争。

(2) 资格预审的缺点

资格预审的主要不足是延长了招标过程,增加费用,容易串标。

(3) 资格后审的优点

资格后审减少了预审环节,缩短了招标时间。资格后审使得投标人数量更多,竞争更充分,加大串标难度。

(4) 资格后审的缺点

资格后审的主要不足是投标人过多,增加评标过程的工作量及难度。

4、资格预审合格的投标申请人较多，是否可以通过抽签或摇号等方式选取投标人？

有些地方政府部门，例如，江苏省住建厅，允许通过随机抽签方式从资格预审合格的投标申请人中确定投标人。不过，《工程建设项目勘察设计招标投标办法(2013 修正)》规定，凡是资格预审合格的潜在投标人都应被允许参加投标。招标人不得以抽签、摇号等不合理条件限制或者排斥资格预审合格的潜在投标人参加投标。

《房屋建筑和市政基础设施工程施工招标投标管理办法(2018 修正)》规定，在资格预审合格的投标申请人过多时，可以由招标人从中选择不少于 7 家资格预审合格的投标申请人。关于如何选择，《标准施工招标资格预审文件(2007 年版)》规定，资格预审可以采用有限数量制。审查委员会依据预审文件规定的审查标准和程序，对通过审查的资格预审申请文件进行量化打分，按得分由高到低的顺序确定通过资格预审的申请人。通过资格预审的申请人不超过资格审查办法前附表规定的数量。

李海浮 合伙人 电话：86 10 8553 7983 邮箱地址：lihf@junhe.com
高 阳 律 师 电话：86 10 8519 1773 邮箱地址：gaoyang_yang@junhe.com

本文仅为分享信息之目的提供。本文的任何内容均不构成君合律师事务所的任何法律意见或建议。如您想获得更多讯息，敬请关注君合官方网站“www.junhe.com”或君合微信公众号“君合法律评论”/微信号“JUNHE_LegalUpdates”。

