

企业合规莫忘招投标 避免踩雷“串通投标”

近日，最高人民检察院回顾 2022 年刑事检察领域的热点事件，发布了“2022 年度十大刑事检察热词”，“企业合规”名列“热词”之中。为推动企业合规改革深入开展，最高人民检察院已经于 2021 年 6 月 3 日、2021 年 12 月 15 日和 2022 年 8 月 10 日连续发布了三批“涉案企业合规典型案例”。我们注意到，三批企业合规典型案例中均出现了“串通投标”案件。由于招投标活动是企业经营中最常见的活动之一，其对企业合规的重要性也不言而喻。为此，我们特通过此文，梳理招投标过程中典型的“串通投标”行为和风险防范，为企业在招投标领域的合规提供一些指引。

一、串通投标行为在实践中的表现

实践中，“围标”可能是最为常见的串通投标行为，即在投标人之间串通投标。例如，一家投标人找其他企业帮忙“陪标”，有的是告知其他投标人一些条件如报价不要低于多少等“注意事项”后，由其他投标人自行去投标；有的甚至是由一家投标人“代劳”，替其他投标人制作投标文件、参与投标过程等，其他投标人只是借名，以此确保这一家投标人可以中标。最高人民检察院发布的第二批企业合规典型案例中的山东沂南县 Y 公司、姚某明等人串通投标案，第三批典型案例中的福建省三明市 X 公司、杨某某、王某某串通投标案，就都类似上述“围标”的情况。

有时，参与围标的其他投标人也并非出于自愿。例如，最高检发布企业合规改革试点典型案例新泰

市 J 公司等建筑企业串通投标系列案件中，案涉企业受到要挟，被胁迫出借企业资质、参与围标。

另一种常见情况是投标人与招标人串通，例如招标人为投标人量身打造招标要求，或招标人已经事先内定好了供应商，招标人安排其他几个投标人前来“陪标”，甚至有招标人授意其内定的投标人去找人“陪标”。这种招标人与投标人串通，以及其他投标人帮忙“陪标”，对内定投标人的中标起到了直接作用，属于典型的串通投标行为。

当然，能够取得招标人的“内定”或授意，或者在围标中确保一方中标，往往还伴随着行受贿行为和其他违法行为（如干涉、影响评标委员会等）。国家监察委员会、最高人民检察院首次联合发布 5 起行贿犯罪典型案例之一的山东薛某某行贿、串通投标案就属于这种情况。被告人通过行贿当地财政局官员，协调评审专家修改分数，并伙同其他投标人串通投标，取得中标，严重损害国家及其他投标人利益，最终被以串通投标罪和行贿罪判处有期徒刑和罚金。

现实中的串通投标行为千差万别，表现形式各异，不胜枚举，还有很多行为具有较强隐蔽性，如果不是被举报，可能很难被发觉。前文举例的情形属于典型案例，十分常见。但往往就是由于过于常见，很多企业容易放松警惕，一不小心就因此落得违法犯罪的下场，悔之晚矣。下文将进一步介绍与之相关的法律规定，为企业提供一些指引。

二、关于串通投标的法律规定

1、行政法下的串通投标行为

《中华人民共和国招标投标法》(2017年修正,下称“《招标投标法》”)第三十二条第一、二款规定:“投标人不得相互串通投标报价,不得排挤其他投标人的公平竞争,损害招标人或者其他投标人的合法权益。投标人不得与招标人串通投标,损害国家利益、社会公共利益或者他人的合法权益。”《中华人民共和国招标投标法实施条例》(2019年修订,下称“《招标投标法实施条例》”)第三十九条和第四十条分别规定了投标人之间串通投标的五种行为和被视为投标人串通投标的六种行为,第四十一条则规定了六种属于招标人与投标人串通投标的行为。《招标投标法》还禁止评标委员会成员私下接触投标人,禁止招标代理机构与招标人、投标人串通损害国家利益、社会公共利益或者他人合法权益。根据前述规定,《招标投标法》禁止的串通行为包括投标人之间串通、投标人与招标人串通、投标人与招标代理串通、投标人与评委串通。

此外,《中华人民共和国政府采购法》(2014年修正)第二十五条第一款也规定,“政府采购当事人不得相互串通损害国家利益、社会公共利益和其他当事人的合法权益;不得以任何手段排斥其他供应商参与竞争。”可见,串通行为不仅在招标投标采购方式中被禁止,政府采购中其他采购方式如竞争性谈判、询价同样禁止串通行为,以维护竞争者的公平竞争权。

正是由于串通投标行为的隐蔽性,除了《招标投标法实施条例》第四十条列举的视为投标人之间串通的情形外,还有很多行政法规也都规定了哪些情形会被视为构成串通投标,例如从投标文件的细节入手,推导出背后的串通投标行为。例如《政府采购货物和服务招标投标管理办法》中规定的视为投标人串通投标的情形。又如多地住建部门发布过建

设工程的招投标领域内对串通投标行为的认定和处理办法,对如何认定串通投标有很多细致的规定,常见的有投标文件由同一单位或个人编制、出自同一台电脑,同一个IP地址下载招标文件或上传投标文件,投标报价呈现规律性差异,投标文件错误雷同、格式相同,投标保证金从同一账户转出。

2、刑法下的串通投标行为

《刑法》第二百二十三条第一款规定,“投标人相互串通投标报价,损害招标人或者其他投标人利益,情节严重的,处三年以下有期徒刑或者拘役,并处或者单处罚金。”第二款规定,“投标人与招标人串通投标,损害国家、集体、公民的合法利益的,依照前款的规定处罚。”

《刑法》第二百三十一条规定,“单位犯本节第二百二十一条至第二百三十条规定之罪的,对单位判处罚金,并对其直接负责的主管人员和其他直接责任人员,依照本节各该条的规定处罚。”

由此可见,投标人、招标人,包括个人和单位,都可能构成串通投标罪的主体。

最高人民检察院、公安部《关于公安机关管辖的刑事案件立案追诉标准的规定(二)》(2022修订)(下称“《立案追诉标准规定(二)》”)第六十八条规定了本罪的立案追诉标准:“(串通投标案(刑法第二百二十三条))投标人相互串通投标报价,或者投标人与招标人串通投标,涉嫌下列情形之一的,应予立案追诉:

- (一) 损害招标人、投标人或者国家、集体、公民的合法权益,造成直接经济损失数额在五十万元以上的;
- (二) 违法所得数额在二十万元以上的;
- (三) 中标项目金额在四百万元以上的;
- (四) 采取威胁、欺骗或者贿赂等非法手段的;

(五) 虽未达到上述数额标准, 但二年内因串通投标受过二次以上行政处罚, 又串通投标的;

(六) 其他情节严重的情形。”

以上刑事法律对串通投标罪的规定, 了解法律规定也可使企业警钟长鸣——串通投标的法律后果绝非儿戏。

三、“串通投标”的后果及风险防范

若串通投标行为已经构成犯罪, 则应依法追究刑事责任。虽然我们从最高人民检察院发布企业合规典型案例时看到处理串通投标案件的一些提示中注意到, 检察机关对于串通投标刑事案件是坚持打击和保护并重, 对于串通投标的提意者、组织者、主要受益者以及职业陪标人、专业居间介绍者, 依法从严惩处; 对于没有犯罪前科、被动参与陪标、收取少量好处且具有从轻、减轻情节的, 可依法作不起诉处理, 而是向通过向行政主管部门提出加强招投标监管、开展以案释法警示教育的检察建议和对被不起诉人予以行政处罚的检察意见处理。但是, 企业并不能因此掉以轻心, 认为如果只是帮忙陪标或被动参与围标就会作不起诉处理。而且, 即使没有触犯刑法, 串通投标还有严重的行政责任和可能的民事责任。

串通投标在行政法下的法律后果包括中标无效及相应的行政处罚: 处中标项目金额千分之五以上千分之十以下的罚款, 对单位直接负责的主管人员和其他直接责任人员处单位罚款数额百分之五以上百分之十以下的罚款; 有违法所得的, 并处没收违法所得; 情节严重的, 取消其一年至二年内参

加依法必须进行招标的项目的投标资格并予以公告, 直至由工商行政管理机关吊销营业执照。如果投标文件有相应规定的, 则投标保证金无法退还。

此外, 刑事处罚不一定可以代替行政处罚, 行政机关对涉嫌犯罪的串通投标行政案件可移送司法机关, 但不一定完全代替行政处理。行政机关对违法行为的法定监管职责并不限于将案件被移送刑事司法机关, 行政机关往往还会依法履行全面调查和监管职责, 依法对违法行为作出行政处理。由于刑法未覆盖人身罚和财产罚之外的其他行政处罚种类, 行刑衔接过程不一定当然“一事不再罚”。换言之, 即使串通投标的案件移送司法机关, 其可能会同时面临行政处罚, 以确保行政违法行为得到全部纠正。

同时, 串通投标还会引发民事法律责任。若串通投标构成“行为人与相对人恶意串通, 损害他人合法权益的”, 将导致中标合同无效, 出现合同无效的法律后果, 如返还财产、折价补偿、赔偿损失等。

近年来, 随着企业合规管理被提升到国家战略层面, 企业合规已经成为各种类型的企业关注的重点。合规涉及到企业经营的方方面面, 早已不限于反腐败、反贿赂。企业持续发展如同在雷区前行, 合规指引就如同探雷器一样提前挂好警示牌, 防止“踩雷”。既然最高人民检察院连续发布的第三批“涉案企业合规典型案例”中都出现了串通投标案, 企业千万不要忽视在合规体系建设中对于招投标领域的合规管理和内控机制。

胡楠 合伙人 电话: 86-10 8553 7618 邮箱地址: hun@junhe.com

尹箫 合伙人 电话: 86-21 2208 6342 邮箱地址: yinx@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”。

