

招投标法律热点问题

《电子招标投标办法》简评

为落实《招标投标法实施条例》第5条的规定，即“国家鼓励利用信息网络进行电子招标投标”的有关要求，推进信息技术在招投标领域的广泛运用，国家发改委、工信部、住建部、商务部等八部委于2013年2月4日联合发布了《电子招标投标办法》（以下简称“《办法》”），并已于2013年5月1日起正式实施。本文拟从以下几个方面简要介绍《办法》所规定的电子招标投标制度：

1. 交易平台的设置主体和最小区域范围

不同于《招标投标法实施条例》有关设区的市级以上地方政府可以根据实际需要建立有形的招标投标交易场所的规定，对于可以设置电子招标投标交易平台的最小区域范围和设置主体，《办法》并未进行明确的限制。

《办法》规定，“依法设立的招标投标交易场所、招标人、招标代理机构以及其他依法设立的法人组织可以按行业、专业类别，建设和运营电子招标投标交易平台。”

2. 系统架构

按照功能定位的不同，《办法》将电子招标投标系统区分为交易平台、公共服务平台和行政监督平台。这三个平台在功能、建设主体、层级设立、运行要求上都有所不同。

交易平台是以数据电文形式完成招标投标交易活动的信息平台，具有竞争性、专业性和个性化服务的特征，按照标准统一、互联互通、公开透明、安全高效的原则，以及市场化、专业化、集约化方向，由《办法》规定的主体建设运营。

公共服务平台通过收集、整合和发布招标项目交易信息以及相关公共信息，满足交易平台之间信息交换、资源共享需要，并为市场主体、监督部门和社会公众提供信息服务，具有综合性和公益性的特征。公共服务平台由设区的市级以上人民政府发展改革部门会同有关部门，按照政府主导、共建共享、公益服务、相对集中的原则推动建立。

行政监督平台是行政监督部门和监察机关履行监督职责的信息平台，由行政监督部门和监察机关结合本单位电子政务建设依法设置。

3. 相关文件的标准化、格式化要求

电子招标投标活动具有程式化的特点，与招标投标活动相关的文件需要通过数据交换系统传输。《办法》第19条规定：“数据电文形式的资格预审公告、招标公告、资格预审文件、招标文件等应当标准化、格式化，并符合有关法律、法规以及国家有关部门颁发的标准文本的要求。”

4. 交易平台应发布的信息

《办法》规定，电子招标投标交易平台应当依法及时发布下列主要信息：

- (a) 招标人名称、地址、联系人及联系方式；
- (b) 招标项目名称、内容范围、规模、资金来源和主要技术要求；
- (c) 招标代理机构名称、资格、项目负责人及联系方式；
- (d) 投标人名称、资质和许可范围、项目负责人；
- (e) 中标人名称、中标金额、签约时间、合同期限；
- (f) 国家规定的公告、公示和技术规范规定公布和交换的其他信息。

同时，《办法》还鼓励招标投标活动当事人通过电子招标投标交易平台公布项目完成质量、期限、结算金额等合同履行情况。

5. 进行电子招标投标活动所应遵循的要求

《办法》规定，进行电子招标投标活动所应遵循的要求主要包括以下几项：

- (a) 招标人或者其委托的招标代理机构，应当在其使用的电子招标投标交易平台注册登记。选择使用除招标人或招标代理机构之外第三方运营的电子招标投标交易平台的，应当与交易平台签订使用合同，明确包括服务内容、服务质量、服务费用等权利和义务，并对服务过程中相关数据电文的知识产权归属、保密责任、存档等依法作出约定；
- (b) 资格预审公告、招标公告或者投标邀请书中应载明潜在投标人访问电子招标投标交易平台的网络地址和方法。依法必须进行公开招标项目的上述相关公告，应当在国家规定的招标公告媒介和电子招标投标交易平台同步发布；
- (c) 投标人应当在电子招标投标交易平台注册登记，如实递交资信基本信息，并经电子招标投标交易平台运营机构验证；
- (d) 投标人应当在投标截止时间前递交并传输完成投标文件。投标截止时间前未完成投标文件传输的，投标人可以撤回投标文件。投标截止时间后递交投标文件的，电子招标投标交易平台应当拒收。电子招标投标交易平台收到投标人递交的投标文件后，应当即时向投标人发出确认回执通知，并妥善保存投标文件；
- (e) 以数据电文形式完成的招投标活动与以纸质形式完成的招标投标活动具有同等法律效力。电子招标投标某些环节需要同时使用纸质文件的，应当在招标文件中明确约定。当纸质文件与数据电文不一致时，除招标文件特别约定外，以数据电文为准；
- (f) 电子开标应当按照招标文件确定的时间，在电子招标投标交易平台上公开进行，所有投标人均应当准时在线参加开标。因投标人原因造成投标文

件未解密的，视为撤销其投标文件；非投标人的原因造成投标文件未解密的，该投标文件视为被撤回；其他投标文件的开标可以继续。投标人有权要求责任方赔偿因此遭受的直接损失。招标投标双方和电子招标投标交易平台运营机构可以通过招标文件约定投标文件解密失败和平台故障时的补救处理方式，按照招标文件规定的补救方式处理的投标文件仍然有效；

(g) 电子招标投标交易平台应当生成开标记录并向社会公众公布，但依法应当保密的招标项目除外；

(h) 电子评标应当在有效监控和保密的环境下在线进行。根据国家规定应当进入依法设立的招标投标交易场所的招标项目，评标委员会成员应当在依法设立的招标投标交易场所登录招标项目所使用的电子招标投标交易平台进行评标；

(i) 依法必须招标项目的中标候选人和中标结果，应当在电子招标投标交易平台进行公示和公布；

(j) 包括资格预审公告、招标公告或投标邀请书、资格预审文件、招标文件及其澄清和修改、资格预审申请文件、投标文件及其澄清和说明、资格审查报告、评标报告、资格预审结果通知书和中标通知书、合同等数据电文应当按照《电子签名法》和招标文件的有关规定进行电子签名。

6. 互联互通和公开共享

为避免分散建设的电子招标投标系统可能造成的信息孤岛和市场分割，《办法》通过其所附的《电子招标投标系统技术规范》统一了技术标准和数据接口要求。这为实现电子招标投标的互联互通提供了制度保障。

其一，《办法》规定电子招标投标系统研发、检测、认证、运营应当符合技术规范的要求；其二，《办法》要求交易平台、公共服务平台执行统一的信息分类和编码标准。其三，《办法》支持不同电子认证服务机构数字证书的兼容互认。最后，《办法》规定公共服务平台与交易平台连接，下一层级的公共服务平台与上一层级的公共服务平台连接，进而形成全国范围互联互通的电子招标投标网络。社会公众、市场主体可以免费登录和注册电子招标投标的公共服务平台获取依法公开的招标投标信息。

7. 安全性保障措施

《办法》规定，电子招标投标交易平台应当依照有关规定和技术规范，经过具备相应资格的专业机构检测和认证机构认证才能验收使用。通过检测和认证的交易平台应当在省级以上电子招标投标公共服务平台公布。电子招标投标交易平台运营机构应当采用可靠的身份识别、权限控制、加密、病毒防范等技术，防范非授权操作，保证交易平台的安全、稳定、可靠。此外，电子招标投标交易平台运营机构应验证初始录入信息的真实性，并确保数据电文不被篡改、不遗漏和可追溯。

8. 对电子招标投标活动的监管

《办法》提出了一些创新的监管方式，主要包括：(a) 通过信息公开加强社会监督。规定社会公众、市场主体免费注册登录和获取依法公开的招标投标信息；(b) 通过信息集成分析提高监管效果。利用公共服务平台的信息整合优势，分析预警和有效防范围标、串标等违法行为；(c) 发挥信用机制奖优惩劣作用。规定公共服务平台和行政监督平台依法发布有关行政许可、行政处理决定、相关市场主体业绩和信用情况，鼓励公布合同履行情况；(d) 明

确在线监管载体和要求。规定监督部门依法设置行政监督平台并公布行政监督的职责权限。交易平台、公共服务平台应当为监督部门依法实施的监督提供通道、交互信息、为监督部门登录使用平台提供必要条件，实现对电子招标投标的在线监管。

9. 潜在问题

与传统的招标投标相比，电子招标投标可能存在以下一些问题：

(a) 适用范围

招标程序、相关文件标准化、格式化的特点使电子招标投标更适合一些边界条件和评审要求相对简单的项目，比如一些以价格为主要决标因素，并且对技术、商务和法律边界条件要求不高的设备采购、土建施工项目。对于一些招标程序和投标方案复杂、需要对投标人各方面的能力进行综合评审的项目，如一些大型基础设施特许经营项目、需多方配合的建设工程总承包项目、复杂设备采购项目等，电子招标投标方式未必完全适合，实际操作存在一定难度，效果也未必理想。

(b) 合同谈判及订立

按照《招标投标法》的规定，招标人和中标人应当在中标通知书发出后 30 日内签订合同。在这个期间，双方将就合同的条款进行谈判。实践中，为避免中标通知书发出后双方难以在法定的期限内就合同条款达成一致，招标文件中通常会规定评标委员会将按照打分的情况向招标人推荐排名靠前的若干中标候选人，由招标人按照排名顺序分别与中标候选人谈判。招标人将向能够与其就合同条款达成一致的中标候选人发送中标通知书。按照电子招标投标的有关要求，招标人在确定中标人并发出中标通知书后，应当通过电子招标投标交易平台，以数据电文形式与中标人签订合同。对于一些合同条款比较简单，不需要进行大量谈判工作就可以签约的项目而言，电子签约具有一定的优势。但是对于一些合同条款相对复杂的项目，如何完成工作量相对比较大的复杂合同的谈判，则是一个有待商榷的问题。

(c) 与现有法规的衔接

在过去 10 多年里，国内各个涉及招标投标管理的部门制定了大量的招标投标部门规章、办法。而为了规范本地区的招标投标活动，地方的立法机关和行政机关也自行出台了不少地方规定。如何与这些法律文件相衔接，是《办法》面临的实际问题。从《办法》的内容来看，似乎更偏重于规定各方如何使用电子系统进行招标投标活动。对于招标投标的基本原则、管理体制、组织方式、具体的操作程序、各方的基本权利义务、违法行为的认定和处罚等，尚需遵循我国《招标投标法》及各部门、各地方立法的有关要求。

结语：

电子招标投标在提高效率、节约资源成本等方面具备传统招标投标方式所不具有的优势。如何运用电子网络平台操作好招标投标活动，使之达到预期效果而又不会被现实中招标投标活动的“潜规则”所利用，是《办法》面临的巨大挑战。一个有生命力的新生事物应该普及和发展，但在这个过程中遇到种种困难也在所难免，防范和从源头堵住招标投标的漏洞是招标投标活动参与方对《办法》的期望。

刘世坚 合伙人 Tel: 8610 8519 1289 Email: liushj@junhe.com

郭琰 律师 Tel: 8610 8519 2494 Email: guoyan_alex@junhe.com