

# 政府采购法和招标投标法协调适用研究

杨 婷

长春理工大学法学院, 吉林 长春

收稿日期: 2023年12月25日; 录用日期: 2024年2月23日; 发布日期: 2024年2月29日

## 摘 要

政府采购作为市场竞争机制与财政支出管理的有机结合是现代市场经济发展的产物。改革开放, 使我国的经济发展模式由计划经济向市场经济转变, 我国的财政政策也随之产生了与时俱进的变化, 比如从重视财政收入管理逐渐向重视财政支出管理转变, 政府采购就是财政支出管理中的一项重要组成部分。80年代初以来, 我国先后在众多领域推行招标投标制度, 并且随着时代发展的需要相继出台了《中华人民共和国招标投标法》和《中华人民共和国政府采购法》, 经过二十多年的改革发展, 我国已经基本建立起了以政府采购法和招标投标法为主体, 以实施条例、部门规章以及众多地方性法规为补充的政府采购法制, 与此同时, 两种法律体系并行所带来的内在冲突和矛盾也日益彰显。

## 关键词

政府采购法, 招标投标法, 冲突, GPA

# Research on the Coordinated Application of the Government Procurement Law and the Tendering and Bidding Law

Ting Yang

Law School of Changchun University of Science and Technology, Changchun Jilin

Received: Dec. 25<sup>th</sup>, 2023; accepted: Feb. 23<sup>rd</sup>, 2024; published: Feb. 29<sup>th</sup>, 2024

## Abstract

Government procurement, as an organic combination of market competition mechanism and fiscal expenditure management, is a product of the development of modern market economy. Reform and opening up have changed China's economic development model from a planned economy to a

文章引用: 杨婷. 政府采购法和招标投标法协调适用研究[J]. 社会科学前沿, 2024, 13(2): 1166-1173.

DOI: 10.12677/ass.2024.132157

market economy, and China's fiscal policy has also undergone changes that keep pace with the times, such as the gradual change from attaching importance to the management of fiscal revenue to attaching importance to the management of fiscal expenditures, and government procurement is an important component of the management of fiscal expenditures. Since the early 80s, China has successively implemented the bidding system in many fields. And with the needs of the development of the times, "Government Procurement Act" and "Tendering and Bidding Law" have been promulgated one after another. After 20 years of reform and development, China has basically established a government procurement legal system with the Government Procurement Law and the Bidding and Bidding Law as the main body, supplemented by implementing regulations, departmental rules, and many local regulations, at the same time, the internal conflicts arising from the parallel operation of the two legal systems have become increasingly prominent.

## Keywords

Government Procurement Act, Tendering and Bidding Law, Conflict, GPA

Copyright © 2024 by author(s) and Hans Publishers Inc.

This work is licensed under the Creative Commons Attribution International License (CC BY 4.0).

<http://creativecommons.org/licenses/by/4.0/>



Open Access

## 1. 引言

我国政府采购经过二十多年的发展，从制度构建到落地实施再到效果显现，都得到了迅速可观的发展。但在实践中，由于两法体系交叉领域存在的差异导致的法律适用冲突也层出不穷，这些问题的存在严重影响了政府采购和招标投标工作的有效开展。此外，我国目前正在积极推进加入 GPA 的谈判进程，可以认为，当前处于两法体系协调融合的重要阶段。政府采购法和招标投标法具有各自的独立性，其本质均属于中国的公共采购法。都以同样的标准规范公共采购行为，但是由于两法各自的独立性使得两个法律体系存在适用范围上的交叉。这些法律规定的差异带来了政府采购实践中一系列弊病，因此本文通过采用文献分析法、规范分析法和比较分析法致力于如何完善我国政府采购法律制度，包括如何协调适用政府采购法和招标投标法。

## 2. “两法”并存的弊端

### 2.1. 现行法律的适用冲突

#### 2.1.1. 适用主体之冲突

根据政府采购法第二条第二款以及政府采购法第十五条规定，政府采购的主体包括国家机关、事业单位和团体组织，国有企业及其控股企业并未纳入政府采购法的调整范围。而根据招标投标法及其实施条例的相关规定可知，招标投标法的主体将国有企业包含在内，其并没有将适用主体限制在国家机关、事业单位和团体组织之间，而是普遍适用于所有进行招标投标的单位。而招标投标法先于政府采购法实施，那么根据新法优于旧法的原则，只要不属于政府采购法规范的调整主体范围，即便使用的是财政性资金，也可以合法地规避政府采购法的适用，其最终必然导致实践中法律适用的混乱。

#### 2.1.2. 适用客体之冲突

根据政府采购法第二条的规定可知，政府采购法将招标的工程项目排除在了政府采购范围外，只有货物、服务类的政府采购适用政府采购法。这无疑造就了法律条文的前后矛盾，实践中也会给采购

当事人造成法律条文理解的困惑。除此之外，对招标投标法第二条进行解读的话，可以理解为，只要采用招标投标方式进行的采购，无论是工程还是货物和服务都适用招标投标法，这使得政府采购法第四条单独将工程招标项目的法律适用列出来失去了意义。此外，关于工程的定义，虽然政府采购法实施条例和招标投标法实施条例已经实现了统一，一系列部门规章也对建设工程项目的招投标规则做了详细的规定，但是在实践中对于单纯的货物或服务或与工程建设有关的货物和服务仍然难以准确区分。

诸如上述所列举的两法在调整对象方面存在的法律交叉适用和冲突，如果在立法层面没有得到有效的解决，那么在政府采购和招标投标实践中将会存在无法解决的困惑和矛盾。

### 2.1.3. 采购方式之冲突

首先，政府采购法中明确规定了公开招标、邀请招标、竞争性谈判、单一来源采购、询价五种采购方式，并且明文规定，公开招标应作为政府采购的主要采购方式。同时，政府采购法第二十八条作了不得规避公开招标的规定。而招标投标法第四条只作了不得规避招标的规定。招标投标法中明确规定了公开招标和邀请招标两种招标方式，但未规定公开招标是其主要的招标方式。虽然两法共同规定了公开招标和邀请招标两种方式，但是其具体规定仍然存在差异。政府采购法第二十七条规定以达到具体数额作为公开招标的标准，招标投标法实施条例第八条规定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，应当公开招标。政府采购法规定采用公开招标以外的采购方式(适用于邀请招标)，应当获得人民政府采购监督管理部门的批准。招标投标法第十一条规定经国务院计划发展部门或者省、自治区、直辖市人民政府批准，可以进行邀请招标。综合两法的规定可知，不仅公开招标的适用前提不一致，并且对采用非公开招标方式的批准部门也存在差异。

其次，对于非招标方式，政府采购法中规定的竞争性谈判和单一来源采购只适用于货物和服务，询价方式只适用于现货采购，《政府采购框架协议采购方式管理暂行办法》也没有将小额零星工程纳入框架协议采购适用范围，只规定技术、服务等标准明确统一，需要多次重复采购的货物和服务，才适用框架协议采购。而招标投标法及其实施条例对于在不招标的情形下采用何种方式确定中标人并没有具体的规定。例如，招标投标法第九条第五款规定的需要向原中标人采购工程、货物或者服务，否则影响施工或者功能配套要求的情形与政府采购法第三十一条第四款规定的情形一致。但是政府采购法所规定的单一来源方式采购只适用于货物与服务，那么在这种情况下的建设工程项目到底适用政府采购法还是招标投标法又是一个新的困惑。此外，政府采购法中规定的竞争性谈判采购方式和单一来源采购方式只适用于货物与服务采购，不适用工程采购，而政府采购法实施条例第二十五条规定，政府采购工程依法不进行招标的，应当依照政府采购法和本条例规定的竞争性谈判或者单一来源采购方式采购。法律法规的不同规定是否构成了法律位阶之间的冲突是一个值得考虑的问题。

### 2.1.4. 监督体制和救济机制之冲突

#### 1) 监管体制之冲突

实践中，两部法律监管主体不一致导致的推诿管辖和竞相管辖问题层出不穷。首先，政府采购监管涉及多个部门。《政府采购法》第十三条明确规定政府采购的监督管理部门是各级人民政府财政部门。但是，根据《招标投标法》第七条和招标投标法实施条例第四条对招标投标活动监督的规定，可以得出招标投标法基本上形成了以发展改革部门综合监督为辅，各个部门分散监督为主的监督管理体制。其次，我国政府采购法律中规定的监管主要针对集中采购以及限额标准以上的采购，这种立法现状导致实践中很多分散采购和未达到限额标准以上的采购出现监管缺位的情况，这容易导致采购机构通过分散对集中采购和限额标准以上的采购来规避政府采购法律的监管<sup>[1]</sup>。最后，两法在管辖交叉地带也存在监管权的交叉。

两法本身存在的监管体系混乱问题,加之没有清晰可操作的部门协作条款,不仅会在监督活动中发生权责不清、互相推诿的情况,导致监管疏漏、监管错位、监管缺位等问题[2],更容易在政府采购实践或者招标投标活动中产生寻租现象。供应商之间的不正当竞争因为没有行之有效的监管体制进行规制不仅会扰乱市场秩序,而且容易导致供应商与采购人(投标人与招标人)之间的不正当经济往来,使价格竞争和质量竞争形同虚设,从而违背政府采购法和招标投标法设立的初衷。

## 2) 救济机制之冲突

根据政府采购法第五十二条规定,其以供应商权益受到损害为提出质疑的前提条件。并且供应商只有先向采购代理机构提出质疑后,才能向同级政府采购监督管理部门投诉,只有投诉无法解决的争端才能依法申请行政复议或者向人民法院提起行政诉讼。实践中,政府采购监督管理部门和采购人往往均属于财政部门,如果是集中采购,那么集中采购机构(政府采购中心)也由各级人民政府的财政部门管理,这严重影响了质疑和投诉受理机构的公正性和独立性。而根据招标投标法第六十五条规定,其不以权益受到损害为异议和投诉前提,并且除了招标投标法实施条例第六十条第二款规定的条款,招标投标法中提出异议和投诉是二选一的关系,异议并不是投诉的前置条件。显然招投标领域的投诉救济门槛低于政府采购领域,更有利于投标人权益的保护。

## 2.2. 阻碍我国政府采购制度与国际规则接轨

### 2.2.1. 分散立法不符合国际政府采购规则

国际上,政府采购制度成熟的国家在政府采购领域都采取的是单一立法模式,即只实施政府采购法而不将招标投标法单独立法,因为招标投标作为政府采购的一种采购方式,应当服从和服务于采购的目标,其应当包含在政府采购法中,而不需要单独立法。当然,也有少数国家采取了分散立法的模式,以埃及为例,埃及国家议会于1998年通过了独立的招标投标法,但其实质是该独立的招标投标法属于政府采购体系下的一个特别规定,看似分散的立法模式其实包含着统一立法的内核,与我国分散立法的模式有着本质的区别。从法律统一性的角度出发,政府采购包括对货物、服务和工程的采购,因此统一适用法律应是其应有之义,将货物、服务与工程割裂开分别适用不同的法律是缺乏正当性的。

习近平主席于2018年博鳌亚洲论坛上做出加快加入GPA进程的重要指示。近年来我国一直积极推进加入GPA的谈判进程。开放政府采购市场顺应了我国构建开放型经济新体制,形成全面开放新格局的时代发展要求。加入GPA能使我国更好地利用国内、国际两个市场,推动促进形成国内、国际双循环的新发展格局。加入GPA,一方面需要通过谈判确定我国政府采购市场的开放范围,另一方面需要我国的政府采购法律能够与GPA规则相适应。如果我国加入GPA后,政府采购法和招标投标法仍然并存,两法之间的法条冲突等一系列问题会让外国供应商无所适从,不仅无法享受到开放政府采购市场的红利,而且还会增加投标成本,降低投标效率,使我国在国际市场竞争中丧失竞争力。

### 2.2.2. 采购主体范围狭窄阻碍我国拓宽政府采购市场

政府采购法将政府采购主体限制在国家机关、事业单位和团体组织之间,而现实中也有许多国有企业与政府联系密切,享受着国家政策支持并利用财政性资金进行采购活动,按照GPA规定和国际通行做法应当将其列入政府采购主体范围,而我国现行的政府采购法并未将国有企业纳入其中。关于国有企业的出价也是当前GPA成员方对我国出价清单的关注焦点,也是影响我国加快加入GPA进程的重要因素。

## 2.3. 削减政府采购政策功能的发挥

立法活动不纯粹是一种法制实践,也是一种带有经济考量意义的国家行为。政府采购法的立法初衷就是要更好发挥政府采购的政策功能,而分散立法人为地将采购方式中的招标方式单独抽出并进行立法,



不仅增加了立法成本，并且分散立法所造成部分内容的不一致或冲突既不能为政府采购行为提供预期，也不能为执法或司法提供明确的判断标准，因此当政府采购法制适用于采购实践案例时无法发挥应有的作用，甚至可能出现法律适用冲突或者规避法律适用的情形，最终使得政府采购立法应有的收益大打折扣，政府采购政策功能也无法有效发挥。

### 3. 协调适用政府采购法和招标投标法的对策建议

#### 3.1. 建立统一的政府采购法

##### 3.1.1. 建立统一的政府采购法的现实需要

建立统一的政府采购法是建设全国统一大市场的迫切需要。2022年7月财政部下发《中华人民共和国政府采购法》(修订草案征求意见稿)(以下简称征求意见稿)其中第一条明确将促进全国统一大市场建设列为政府采购法的立法宗旨和目的，这表明了政府采购制度和规则的统一对建设全国统一大市场具有重要的制度和法律支撑作用。当前我国的社会主义市场经济已经进入了新发展阶段，政府采购规模逐年扩大，政府采购分散立法的模式已经不适应建设全国统一大市场的时代要求，也不能使政府采购的政策功能得到更为有效地发挥。总之，从建设全国统一大市场的宗旨和目的出发，政府采购法制必须实现统一，征求意见稿就很好地贯彻和落实了这一战略要求，其在采购主体、采购范围、采购方式等多个方面进行了修订，特别是将公益性国有企业纳入采购人范围，以及将工程项目采购纳入政府采购调整范围，这些重大改变不仅推动了政府采购法和招标投标法的统一，也进一步推动了全国统一大市场的建设[3]。

为了更好顺应经济全球化的趋势，我国在当前对外开放的新阶段需要加快“走出去”步伐，因此要积极推进我国政府采购制度与国际规则接轨的进程，但是我国政府采购领域分散立法的模式显然与国际通行规则相悖，两法并行成为我国加快加入GPA的一大障碍。现阶段我国正在加快推进加入GPA的谈判进程，我国对WTO的最新出价清单已经大幅扩大了开放范围，表明了加入GPA的决心和诚意，向国际社会展现了我国扩大开放的态度和形象。因此，统一立法是我国加入GPA的前提条件，而加入GPA又为两法合一提供了契机。

##### 3.1.2. 建立统一的政府采购法的优点

首先建立统一的政府采购法将化解原先政府采购法和招标投标法并存所产生的冲突，实现采购对象、法律适用、采购模式、监管体制和救济机制的统一。不仅优化了我国政府采购法律体系，也满足了GPA成员国对法律统一性和可预见性的要求，有利于我国加快加入GPA，开放政府采购市场的同时，扩大竞争，促进国内产业升级，优化营商环境，提高本土企业的国际竞争力，使我国国际市场地位更稳，国际话语权更强，在法治轨道上推进政府采购市场的建设，助推我国成为政府采购国际规则的制定者。

其次，建立统一的政府采购法将更好发挥政府采购的政策功能。目前，随着政府采购实践的深入发展，政府采购的功能已经从单一的节约财政资金、规范管理向体现社会、经济乃至政治目的的多元化目标发展，政府采购已经成为国家战略目标的重要组成部分。如果将占到采购资金近一半份额的工程招标排除在政府采购法的适用范围之外，将我国国有企业基于公共目的开展的采购排除在政府采购法的适用主体之外，那么我国公共采购的政策目的难以得到最大化实现。

##### 3.1.3. 建立统一的政府采购法的限制条件

首先，政府采购法的起草部门是财政部，而招标投标法的起草部门是原国家计划委员会(现改组为国家发展和改革委员会)，起草部门不同，不可避免地就会造成起草部门在关注国家利益和社会公共利益、维护市场经济秩序的同时，考虑部门自身利益，为本部门在采购市场中谋取更多权益，这就导致了采购规则政出多门，看似采购市场有面面俱到的法律进行规范，实则给各部门谋取私利提供了可乘之机，也

为采购实践制造了更多的法律适用困境和挑战。因此，部门利益博弈是建立统一政府采购法的重要制约因素。

其次，有学者认为两法合一后，私主体间的招投标活动则会丧失法律依据。现行的招标投标法不仅规范政府采购领域的招标投标活动，同时也规范民间私主体间的招标投标活动，如果采取统一立法模式，将招标投标法融合到政府采购法制中，会使一般的招投标活动丧失法律依据。肖北庚教授在其著作中就解释了这种担忧的缘由，他解释道，这种担心是计划经济时代下思维惯性在作怪，它的前提是主张任何问题都应当由政府来进行管理，且在依法治国的口号下这种管理要通过法律进行，任何招投标活动都要有相应的法律，就是这种逻辑之必然[4]。王平教授也在其文章中写道，非公有制市场主体的采购行为是受“市场”这只看不见的手的制约和导向，国家没有必要为此专门立法[5]。总之，这种基于“两法合一”的担忧属于是鳃鳃过虑了，实践中，民商事主体在从事招投标行为时往往会借鉴或者选择适用政府采购法中的招投标程序以保证交易的安全性和公正性[6]。

最后，学界主流观点认为招标投标能够保证项目的质量，这一观点主要源于招标投标法的立法宗旨。因此，社会主流观点认为如果废除招标投标法，单独实施政府采购法将无法保证项目质量。显然这种观点过于绝对，在成熟的市场经济体制下，“最低价中标”作为一种国际上通行的评标方式，无论是政府采购还是建设工程招标中均得到了广泛的应用，但是在实际操作中，采购人或者招标人并不是将价格作为唯一的参考因素，而是综合考虑价格、质量、服务等因素进行评估，从而选择合适的供应商和投标人。例如，《政府采购货物和服务招标投标管理办法》第六十条就做了有关明显低价投标的规定。与此同时，我国对政府采购物有所值的研究也在不断深入推进，保证项目质量应该是其应有之义。

## 3.2. 中国加入 GPA 后协调与完善政府采购法和招标投标法的适用

### 3.2.1. 扩大政府采购适用主体

在政府采购主体范围上，为了满足“政府对该实体的采购活动的控制或影响”的定义标准，我国应将部分公益类国有企业纳入到我国政府采购法律调整范围。因为我国的具体国情和社会主义的国家性质，国有企业是我国社会主义经济发展的支柱，以调节国家经济为目标，起着调和国民经济各方面发展的重要作用，因此将所有国有企业采购市场对外开放是不现实的。我们可以先将有限的、提公共产品的在国际市场有竞争力的国有企业纳入政府采购实体范围，而其他国有企业先不做对外开放采购市场的打算。既促进了我国政府采购法律与 GPA 规则的接轨，又保障了本国利益。

我国于 2014 年 12 月向 WTO 提交的第六次出价清单首次将国有企业列入，2019 年 10 月提交的第七次出价清单新增了 16 家国有企业，这份出价是我国加快加入 GPA 谈判进程的重大举措。当下我们应该尽快将国有企业纳入到我国政府采购的实体范围中，加快与 GPA 规则的衔接。政府采购法征求意见稿第二条针对政府采购主体做了新的规定。征求意见稿第十二条对其他采购实体作了明确解读，这意味着，铁路、能源、通讯等公益事业国企采购将纳入到政府采购的范围。

### 3.2.2. 协调两法适用客体

政府采购法和招标投标法均属于采购法的范畴，两者都是涉及公共利益的竞争性交易法。并且两法均明确提出将保护国家利益和社会公共利益、提高采购效率作为立法宗旨，因此从两法的共同属性和立法宗旨来看，将两法的采购客体做一个协调和统一是具有可行性的。现行的政府采购工程以工程招标规模为界，分别适用招标投标法和政府采购法，分别采用招标方式和非招标方式。政府采购实践发展二十年来，在法律适用方面给市场主体以及监督管理造成了极大的困扰。而政府采购法征求意见稿中将政府采购法第四条，“政府采购工程进行招标投标的，适用招标投标法”这一条文删除，说明工程采购也将

全口径纳入政府采购的适用范围，即，只要是以政府为主体进行的工程采购，无论规模大小，一律适用政府采购法，同时，非公有制市场主体的建设工程招标项目以及其他招标投标活动继续适用招标投标法。

### 3.2.3. 协调两法采购方式

政府采购法和招标投标法在采购方式的矛盾点主要集中在工程项目采购方面，因此两法采购方式的协调重点也应该集中在工程项目采购方法的协调上。根据政府采购法对政府采购的定义可知，工程是政府采购法定采购对象，因此政府采购法规定的采购方式应当无例外适用于工程项目采购。政府采购法征求意见稿中关于竞争性谈判和单一来源采购方式已经不再明文规定仅适用于货物或者服务的采购。征求意见稿第六十二条也将询价采购扩展适用至采购金额不大的工程采购。此外，征求意见稿第六十九条对框架协议采购的适用范围也做了突破性修改，即工程也可以采用框架协议采购。

### 3.2.4. 衔接两法采购监督和救济机制

针对政府采购法和招标投标法两法监督管理体系混乱的现状，我国应该对监管体制重新进行调整和规定，将监管权限统一于财政部门，以避免推诿管辖和竞相管辖。完善各部门监管方式，主要依靠预算监督和绩效监督对财政进行监控；灵活实施对分散采购和小额采购的监管，杜绝监管缺位；加强对监管人员的职业道德培训，减少腐败的发生。除了机关内部的监督，也要鼓励采购代理机构和招标代理机构开展跨级别、跨地域的竞争和监督机制，同时发挥社会公众对政府采购和招标投标活动的监督作用，使外部监督成为内部监督的重要补充，共同增强政府采购的透明度和监管的公平公正性。

要统一两法的救济门槛，在质疑程序上对标 GPA 规则，简化质疑救济程序，设立独立的质疑解决机构。GPA 第 20 条质疑程序中规定了，质疑应由法院或对采购结果无利害关系的公正独立的审查机构进行审理，其机构成员在任职期间应不受外部影响。相对于我国财政部门“既当运动员又当裁判员”的现状，这种做法无疑保证了质疑处理结果的公正性。因此，参照 GPA 规定，我国可以将对质疑处理和权利救济的权力从财政部门分离出来，由法院或者设立一个中立的机构专门处理，这样的话既能保证处理结果的公正性，又能预防暗箱操作和腐败行为的发生。

## 4. 结语

我国政府采购实践发展至今已有二十余年历程，政府采购法制体系在日渐丰富完善的同时，政府采购制度也逐渐暴露出难以解决的问题，在适用主体、适用客体、采购方式、监督体制和救济机制等各个方面在具体制度上均存在诸多缺陷，这不仅影响政府采购政策目标的实现，而且阻碍了我国政府采购制度与国际接轨。在经济全球化背景下，世界各国尤其是发达国家对自由贸易区开放水平及标准不断提高，我国的政府采购市场也顺应国际发展潮流逐渐向国际政府采购市场扩大，而我国的政府采购制度已经不适应当前政府采购的发展趋势。目前，我国正在积极推进加入 GPA 的谈判进程，与此同时，我国的政府采购法和招标投标法持续向社会公开征求意见，两法都将面临全面修订，当前阶段正是解决两法冲突与矛盾的最佳契机，在这个阶段我们应该调和政府采购法制的内部矛盾，完善政府采购法制体系，为加快推进统一大市场建设，促进我国政府采购制度与国际接轨，建设更高水平开放型经济新体制提供有力的法制支撑。

## 参考文献

- [1] 许虹晴. 与 GPA 相衔接的政府采购法律完善建议[J]. 中国政府采购, 2020(8): 77-80.
- [2] 李德华, 杨美琪. 《政府采购法》与《招标投标法》并存的困境与融合[J]. 公共财政研究, 2022(1): 5-18.
- [3] 徐健. 修订《政府采购法》推动政府采购市场制度规则的统一[J]. 中国政府采购, 2022(9): 17-19.

- 
- [4] 肖北庚. 论法治进程中的中国政府采购立法模式变迁趋势——从分散立法走向统一立法[J]. 湖南师范大学社会科学学报, 2009, 38(3): 71-76+6.
- [5] 王平. 将《招标投标法》和《政府采购法》两法合一的合理性、必要性[J]. 中国政府采购, 2023(8): 25-27.
- [6] 李玮. 外国政府贷款项下的采购招标法律制度的研究[D]: [硕士学位论文]. 长沙: 湖南师范大学, 2011.