

最低价中标的法律分析

■ 朱奖怀¹, 林 涛², 张 崑³

(1. 厦门建设与管理局, 厦门 361003; 2. 福建知圆律师事务所, 厦门 361003;
3. 厦门大学法学院经济法专业, 厦门 361005)

[摘要] 厦门市颁布的《厦门市建设工程最低投标价中标实施办法》与《厦门市建设与管理局关于进一步完善建设工程最低投标价中标办法的若干规定的通知》引起了社会各界的广泛关注, 评论也褒贬不一。笔者尝试以法律角度对这一规范性文件予以评述, 从国内法及他们自身的角度分析, 得出现阶段所实施的厦门市最低价中标办法是对我国各项法制的违背, 必须对其予以改进, 代之以合理的最低价中标法律制度, 并引入国外的工法制度。

[关键词] 最低价中标办法; 低成本竞价; 合理最低价; 企业成本定额; 工法

[中图分类号] F407.9 **[文献标识码]** B **[文章编号]** 1002-851X(2005)02-0086-05

2003年及2004年4月, 厦门市分别颁布了《厦门市建设工程最低投标价中标实施办法》(以下简称厦门最低价中标办法)及《厦门市建设与管理局关于进一步完善建设工程最低投标价中标办法的若干规定的通知》(以下简称《通知》), 成为全国首创的为最低价专门订立规范性文件的城市。笔者尝试从这两个政策性文件与我国现行法律是否冲突及实施它们引起的社会后果的角度进行一些浅显分析, 进而提出改进意见。

1 厦门最低价中标办法及《通知》的不完善导致与多项法律的冲突

1993年颁布的《反不正当竞争法》第11条规定了凡是以低于成本销售商品的行为均属于不正当竞争行

为, 随即在1997年颁布的《价格法》中再次重申了这一原则: 经营者不得为了排挤竞争对手以低于成本的价格倾销; 从而在国家的宏观调控和微观规制两个方面约束了商品卖方的低成本销售行为。建筑行业作为市场机制的组成部分当然也不能例外, 更何况建筑产品具有与公共安全密切相关的特性。作为建筑大法之一的《招标投标法》更是在引入最低价中标方式的同时坚定地奉行着这一原则, 该法首先在第33条中规定了投标人不得以低于成本的报价竞标, 随后又在第41条规定的最低价中标方式中附加了一个例外条款, 即投标价格低于成本的除外; 也就是说, 《招标投标法》中规定的可以采取的合法的招标投标方式非绝对的最低价中标, 而是有条件的最低价中标, 这一条件就是不低于

成本的合理低价, 凡低于成本的投标者既无投标权也无中标权, 也因此, 部分学者称之为不低于成本价的合理低价中标。同时由于评标认定工作通常是由于专门的评标委员会进行的, 因此又称为经评审的合理低价中标, 但不低于成本价。反观厦门的经评审最低价中标法, 可以发现所有文件或者未对合理性的标准予以认定或者认定标准不符合实际, 最低价中标办法未对竞标报价底线予以规定, 从而肯定了低于合理价甚至是成本价的竞标报价行为; 即使是最新的《通知》也未体现出合理的认定标准, 在其第二部分第四点的商务标详细评审要求中, 只是规定了评标委员会参考标底或者工程预报价和市造价站最近期发布的最低控制线标准, 对投标人所有资料进行分析和评审, 审

查是否合理,但实质上,这一规定隐含了相当程度的不确定性,主观随意性太大,极易以表面合法的形式掩盖实质违法的行为。这五种情况可以归为两类,即不可竞争费用与可竞争费用。前者出现降低费用且拒绝澄清补正的,后者出现报价低于最低控制线标准且无相应材料证明的,《通知》均视为低于成本价。但最低控制线标准的认定原则是什么并没有明确的说明,在相关辅助文件中也只是粗略地说明最低控制线标准是投标单位与市场平均行情价的相对百分比线,但具体的百分比数目未予以明确,事实上这个百分比根本就是很难确定的,最低控制线标准本身是否科学合理、是否公平、是否符合市场经济规律缺乏应有的监督和市场的调整,最低控制线标准所确定的某分项工程造价或某项主材价格低于市场实际价格时缺乏有效的救济途径,所以最低控制线标准也就很难认定是恰当的,以此作为认定投标人报价是否低于成本就不具有可行性;退一步讲,即使其是可行的,对于低成本报价中投标人而言,照样可以杜撰出各种天花乱坠的“理由”和“资料”,为其低于最低控制线的报价寻找托词,由于缺乏客观评断标准,就很容易使实质上低于成本的报价中标;而对于符合标准的投标人,由于可能受报价之外的其他因素影响,如:经验、资本、诚信、技术等,对于其自身而言,同样可能是低成本报价,但仅仅由于其符合报价标准,而有了中标的可能性。这两种状况明显是《通知》中许可的,而以上三部法却是绝对禁止的,究竟应当谁服从谁?这涉及到法的效力等级问题。

我国的国内制定法分属不同层次,法律效力和地位也各不相同,形成了一个金字塔式的结构,从高到底依次为:宪法为第一等级;法律为第二等级;行政法规与军事法规为第三等级;地方性法规、民族自治地方的自治条例和单行条例、经济特区的规范性文件为第四等级。宪法的效力和地位是最高的,中央一级的法律、法规高于地方性法规,法律高于行政规章。处于低层次的立法必须与高效力的立法相一致,不能与之冲突,否则即为无效立法,必须修改或废除。在这些立法之外,国家还赋予了各省、自治区、直辖市、经济特区地方政府的下属部门在各自权限范围内制定规范性文件的权利,但前提是不能与以上所有的立法相违背。《价格法》、《反不正当竞争法》、《招标投标法》三项立法均属于第二层次,而厦门最低价中标办法及《通知》是由厦门市建设与管理局制定颁布的,同时厦门又属于经济特区,所以其自然应当属于规范性文件的范围之内,也就是说,厦门最低价中标办法的立法内容必须与前三部法律保持一致,不能冲突。然而摆在眼前的事实却恰恰是二者相互冲突,因此,笔者不得不遗憾地认为厦门最低价中标办法及《通知》的规定是违法的。

2 最低价中标办法及《通知》形成的恶性竞争违反了《反不正当竞争法》

由于最低价中标办法对投标者除了资质和实质性条件的审核外,最低价就是唯一的考虑问题,且标价无下限,即使是低于成本也有可

能中标;而《通知》中的合理性认定标准的不完善,也使得实质上低于成本的投标有了中标的可能,这就在无形之中为建设市场的正常运营增设了障碍。首先,两个政策性文件的规定易使劣胜优汰的恶性竞争局面形成并合法化。一些实力较差、管理混乱,甚至不符合工程基本要求的施工企业和个人,由于在实力上远逊于优质的企业,于是在“无工程肯定会死、有工程也许会死”等的困境驱使下,更加促使其以低报价作为中标的唯一筹码,通过挂靠适格资质的企业,不切实际地编制低成本理由,从而最终冒险以绝对的低成本价格如愿以偿地承揽到本身无能力承担的工程,因此,两个政策性文件对这些企业来说,无疑是“在瞌睡时免费赠送的一个枕头”,为其冒险行为提供了极大的激励机制;而对于一些想参与公平竞争、投报合理低价的企业尤其是一些一向经营稳健、施工质量过硬、有信誉的施工企业,则恰恰因为该法而无法实现自己的愿望,常常名落孙山,无缘中标,这种劣胜优汰的恶性竞争局面严重影响了建筑施工企业的正常运营,更给整个建设市场带来了危机!其次,竞争不足也是最低价中标办法容易引起的后果。要使最低价中标的评标方式充分发挥其优势,真正达到帕雷托最优的效果,一个关键和主要的条件就是建设市场中充分竞争局面的形成。因为招投标的本质就是竞争,只有投标单位足够多,竞争足够充分,才能显示出建设工程在市场中的真正价格,否则,同样极易引起联合串标、围标,从而哄

抬报价,“低价不低”,招标单位的利益同样受到损害。串标、围标这一在最低价中标中最被经常使用的手段,同时也会导致无实力的企业和个人顺利以低于成本价的价格中标,而优质企业在难以想象的惊人低价面前望而却步,被迫退出招投标进程的后果,从单纯投标人数字表面上看,实施厦门最低价中标办法和《通知》以后,投标企业的绝对数量明显增加了,而实质上这只是买标行为所引起的虚假繁荣现象。在招投标过程中,由于投标人之间实施相互买标卖标行为,常常使多个投标人代表的是一个或几个少数投标人,在这多个投标人中,无论哪个中标,最终都是他们共同的买标人中标,从而在实质上减少了投标人的相对数量,规避了相互间的有效竞争,竞争不足的现象就在这层层面纱中暴露出来。

无论是劣胜优汰还是竞争不足,最低价中标办法及《通知》所引起的这种现象均是我国《反不正当竞争法》所严厉禁止的,也即二者的规定又是与我国现行法律相冲突的,基于前面所述及的法学基础理论,二者是违法的。

3 从最新的《通知》本身而言,仍缺乏适用于实践的合理规范

《通知》与最低价中标办法相比,具有一定的进步性。它将评审过程和内容更加细化,但或许其太专注于报价的具体数字,从而对其他内容的认定规定明显的缺乏,尤其是合理性的认定上。首先,厦门市将推行的整个

最低价中标制度定名为经评审最低投标价中标法,从而就在定名上容易给人以误解;评审委员会评审的内容仅为报价,只要是评审出最低的报价就是一定会中标的,而不考虑其他因素,也不论这个报价是否合理、现实、具有可行性。其次,从《通知》的具体内容看,合理的认定内容单一,该文件第二部分第四小节中的商务标详细评审要求中规定了对各投标人的投标报价的所有资料进行分析、评审,审查其单价构成和水平是否合理,随后就是对投报的价格与列举的几项内容进行对比,似乎只需对报价的数字进行认定,只要其符合这几项列举的内容就可以认定报价是合理的报价。其实如果仔细分析一下,即可推断出这一规定遗漏了一些隐含的因素,而这些因素足以影响整个建设工程的顺利实施,是必须放在合理性的认定内容之中的。而《通知》中对这些因素的疏忽无疑是给整个合理低价中标制造了瑕疵。这些因素包括以往的经验、诚信、资本、技术、资金等多项非价格因素的内容。事实上,虽然我们实施的是合理低价中标制度,但并不意味着绝对性的只考虑报价这一价格因素,而是同样要综合价格与非价格标准,只是考虑的侧重点不同,基本上价格因素占有60%,非价格因素占有40%。即使是这40%的非价格因素,如果一旦评审不当,也会影响报价的合理性,甚至会使整个合理低价中标制度功归于溃。拿经验来说,假定投标人报价是合理的(以《通知》认定的标准来看),但如果其没有运用先进技术进行了成功建造的经验,或者其虽有成功经验但已是

一定年限以前的经验了,则这个报价对其自身来说显然存在合理性的质疑,很可能是其难以负担的,如果该投标人凭借该报价中标,标后工程建设将会引起一系列难以想象的后果;诚信因素也同样重要,如果投标人一向信誉差、常常违背合同约定、不诚实守信,则一旦其在报价上被认定合理而中标后,将很可能轻易违背合同约定,或者在出现危机时得不到他方援助,以至问题越来越大,最终同样导致一系列社会后果的产生;资本和技术因素就更不用多说了。

也许有人会认为这些因素产生的不良影响可以通过标后工程管理来予以避免,这种观点似乎等同于纸上谈兵,仅可以放在书面或者口头谈论,却难以在实践中取得成果。因为企业是以营利为目的的,任何单位和个人承接工程都是为了赚取利润,他们不可能从家里拿钱帮助业主搞建设,他们中标后,首先要考虑的是营利,即使以再低的价格中标的项目,都有赢利的问题,因此,以次充好、偷工减料的现象就会自然产生。且现阶段,我国正在由计划经济向市场经济转型,市场经济法制不够健全、社会诚信尚待完善、企业抵御风险能力亟待加强、索赔制度需要建立,建筑市场需要整顿和规范,加上政府职能的转变和机构的压缩,执法与监督的人员不足等原因,也给工程标后管理与监督增加了难度。所以,靠所谓的加强标后管理来克服因最低价中标引发的种种弊端是不现实的。也正因为如此,必须将其可能引发的问题在其爆发前及时消灭、制止,而将其加入合理

性评审的范围就是一个良策,显然《通知》缺乏这一良策。

因此,从我国目前的法制角度出发,最低价中标办法及其随后的《通知》不仅违背了国内法律,其自身也存在不完善之处。所以实施最低价中标不符合我国的国情,相应的最低价中标办法及《通知》也就是与我国目前的法制相左的。

4 实施厦门最低价中标办法引起的社会后果

厦门最低价中标办法及《通知》的实施不仅在理论上是对各项法律制度的违背,更会在实践中引起重大的社会后果,使得整个建筑市场潜伏着泡沫经济的危机。表面上看,中标价比工程预算控制价降低幅度很大,据统计,厦门最低价中标实施办法实施两个月内,工程预算控制价34049.78万元,总中标价为25925.77万元,降低工程造价8124.01万元,中标价比工程预算控制价平均降低23.86%,然而这真是建筑市场良性发展的繁荣景象吗?其实不然,事实上,由于最低价中标者并非优资质的企业,大多是无资质的个人(通过挂靠),低成本投标价是其法宝,然而,低成本就意味着资金的不充分,而其本身并无任何资本,于是为了使已中标工程的资金到位,他们不得不拆东墙补西墙,通过同样低成本标价承揽到下一个工程,用后一中标工程的资金填补前一工程的资金漏洞,而对于后一工程的资金则再通过承揽另一个甚至更多工程来弥补,如此不断地恶性循环进行低价中标,进而就在无形之中为其自身埋下了“地雷”,随着时间的推移,这样的“地

雷”的数量和爆发力会越来越大,总有一天,这些隐蔽的“地雷”会因不堪重负而爆发,到那时,“灾区”将不仅仅是中标者个人,而是会产生多米诺效应,迅速波及多个领域,引发多重问题,小到工程质量、期限的难以保证,大到银行等金融机构资金的被迫动用以履行保证责任、被挂靠企业被拖下水承担法律后果继而可能致使自身资不抵债,而建筑行业劳资之间的工资发放纠纷更是层出不穷,整个社会为此而将动荡不安!很明显,虽然厦门市目前建筑招投标市场的发展呈现出繁荣的景象,但这种景象是虚假的,潜伏着巨大的危机,是泡沫经济在建筑市场中的一种体现,我们必须借用慧眼把这种纷扰现象看个真真切切,尽快将其弊端消灭于摇篮之中,本着治标要治本的原则,最主要也是最先需要“动手术”的地方就是改进这一制度的法律依据——厦门最低价中标办法及《通知》,而目标就是已有法律依据的合理最低价中标办法。

5 制定合理最低价中标办法的建议

《招投标办法》第41条赋予了合理最低价中标办法的制定依据,并且在实践中合理最低价也是得到多方呼吁和认可的,同时有制定实施厦门最低价中标办法的经验教训做积累,加之厦门市海湾性城市建设的如火如荼,如今制定厦门合理最低价中标办法具备了天时、地利和人和,因此现在的关键就是怎样就能体现出合理中标价,笔者尝试对合理低价的确认方式提出如下意见:借鉴国外先进经验,改进现有评

标委员会的评标方式,代之以要求投标企业提交企业成本定额及附随的工法,并作为评标依据。同时,合理最低价中标办法结合建立有效的投标人诚信体系,把投标人的诚信度作为评标依据之一。

目前在最低价评标方式的实施中,由评标委员会评标选定最低价中标者的评标方式存在严重不足。厦门最低价中标办法第10条只笼统地规定了评标委员会应对投标人的报价进行详细分析论证,而对于论证依据则没有明确的规定,市造价站发布的最低控制线也仅仅是依据典型性工程和市场行情确定。明显的,评标委员会评标时对什么是合理的最低价并没有一个统一的认定标准。对于评标委员会而言,这种过于膨胀的自由裁量权极易滋生腐化的土壤,由于没有标准,更不用说标准不透明了,因此为了实施厦门最低价中标办法,评标委员会只能从唯一的手段——报价上予以认定,谁的报价低谁就是最合理的,致使合理最低价的招投标方式演变成实质上的简单最低价中标方式,最终导致通过实施这一规范性文件达到能够确定报价最合理的投标人的初衷落空;而对于恶意最低价投标人来说,除了采用贿赂手段来利用无认定标准这一缺陷外,买标、代他人投标的方式也是其达到目的的重要手段,由于卖标、代为投标仅仅是为了衬托真正投标人,所以他们的报价明显高于真正投标人的报价,由于缺乏认定标准,评标委员会很难区分各投标人的报价的合理性,于是报价最低的真正投标人就很可能轻而易举地承揽到工程项目。综合这两种

情况,殊途同归,必然会导致同一种结果,即笔者前面述及的严重的社会后果,使整个评标方法功亏一篑。因此,在制定厦门合理最低价中标办法时必须注意不能重蹈覆辙!

建立投标人的诚信体系,从投标人的资质信誉和履约能力两方面入手,设定科学有效的评判尺度,严格资格预审制度,防止资格预审流于形式,特别是针对投标人在本地区按照最低价中标法中标的工程履约情况。在最低价中标法的评标过程中,把投标人的诚信度作为评标的一个重要部分,把没有诚信的投标人直接拒之于竞争者行列之外,把工程交给真正有诚信的合理最低价中标者。

在认定合理低价的评标方式上,我们不妨借鉴一下国外的成功经验。引入企业成本定额及相应的工法两项制度。所谓企业成本定额,是该企业施工每一分项目工程所耗费的各项成本额;而所谓工法是指“以工程为对象、以工艺为核心、运用系统工程的原理,把先进技术和科学管理结合起来,经过工程实践形成的综合配套的施工方法”。(参见《江苏省建筑业施工工法管理办法》)它是与企业成本定额相配套的,二者相互对应。由于先进的工法对应的是企业成本的降低、效率的提高,能够在各项制度中真正体现出企业的实力与价值,正符合合理最低价中标办法中的评标要求,所以完全可以拿来引用,弥补厦门最低价中标办法缺乏评标标准的缺陷,由评标委员会以此作为依据进行评标,能够很容易地识破低于成本的报价或非合理的报价,实现最低价中标的本来面

目。具体引入方式如下:

首先、作为一项建筑市场宏观监管的措施,强制性要求各登记注册的建筑企业在未进入投标区域之前,制作本企业的企业成本定额及相应的工法,并向建设行政主管部门报送。不仅如此,在企业运行方式、效率等方面发生变动,影响成本定额及工法的准确性时,企业负有立即更新企业成本定额和工法的义务,保证二者能随时体现企业的最新动态。此外为了加强建筑企业之间的有效竞争,强化企业提高自身效率的激励机制,增强社会各界的广泛监督,还应当使企业成本定额和工法公开化、透明化。具体做法可以使要求企业定期公布本企业成本定额及工法,也可以是由建设行政主管部门集中公布。

其次、在进入招标区域后,建筑企业不用再专门向招标单位送达本企业的企业成本定额和工法,只需按照法定或招标公告要求送达相应的投标文件即可。其后的工作由评标委员会进行,评标委员会从建筑行政主管部门查询所有投标人的企业成本定额和工法,以各自的成本定额和工法作为评标的依据,综合分析,凡是报价低于该企业成本定额及相应工法的,无论其报价多低,均一概认定为非合理低价;只有报价等于或高于该企业成本定额及工法的,才能认定为合理报价,从中选出最低的一个报价,即可作为最终认定的合理最低价中标者,并予以公布,当然了,也许会出现有些投标人没有本企业成本定额及工法的情况,这时可以将国家定额作为其企业的成本定额,评断其报价是否合理。事实上,由于国家定额

一般会高于部分企业成本定额,所以将国家定额作为该企业成本定额几乎相当于已经将其排除出了中标的可能性之外。由于各企业的企业成本定额及工法具有透明性,即使是作为竞标对手的投标人也可以查询到相互的企业成本定额及工法,这就在很大程度上减少了投标者之间的买标、代他人投标的不正当行为,杜绝了招投标者之间的暗箱操作,维护了评标的权威性,真正确保了合理最低价的有效评选。

总之,制定实施企业成本定额和相应工法并以此作为评断合理最低价投标行为的依据的招投标方式能有效避免现行厦门最低价中标办法及《通知》引起的社会后果,构架出整体最低价中标的实施环境,达到令招投标双方满意的“双赢”效果! ▲

[主要参考文献]

[1] 厦门市建设与管理局.《厦门市建设工程最低投标价中标实施办法》,2003.

[2] 厦门市建设与管理局.《厦门市建设与管理局关于进一步完善建设工程最低投标价中标办法的若干规定的通知》,2004.4.

[3]徐国英,伊雅秋.浅谈工程招投标最低价中标法[J].中国城市轨道交通网 <http://www.ccmetro.com/Read-News.asp?ID=7088> 2004-05-12.

[4]最低价中标——现实与趋势[J].安全文化网 <http://www.anquan.com.cn> 2003-10-18.

[5]孙贤程.最低价中标 走在半梦半醒间[J].中国武汉建设网. <http://www.cnwhjs.com/bbs/link.asp?id=821>, 2004-05-12.