

建立治理政府采购领域商业贿赂的长效机制 PDF转换可能丢失图片或格式，建议阅读原文

https://www.100test.com/kao_ti2020/484/2021_2022__E5_BB_BA_E7_AB_8B_E6_B2_BB_E7_c122_484872.htm 2006年即将过去，但政府采购工程、货物和服务的活动仍将继续，采购过程中的商业贿赂仍然会一如既往地存在。即便在法律制度比较完善的国家和地区，政府采购领域里的商业贿赂现象仍然是人们老生常谈的一个话题。由此可见，我们必须建立健全治理商业贿赂的长效机制。这种机制应该怎样建立？从什么环节下手？重心在什么地方？笔者拟结合我国政府采购的实践和现行的法律制度，着重谈以下十个方面。

一、对采购人应该建立监督机制众所周知，商业贿赂往往集中在权力部门。实施政府采购法律制度之前，我国政府采购货物、工程和服务，都是分散采购，即各采各的，无拘无束。采什么，采多少，向谁采，怎么采，何时采，是否委托，采购人均有权自行决定，他人无权干涉。《政府采购法》实施后，根据法律，我国各级国家机关、事业单位、团体组织均属于采购人，他们所需的且纳入集中采购目录的货物、工程和服务必须委托非以营利为目的的集中采购机构进行统一采购。这是我国法律第一次对采购人先前所拥有的自由采购权力进行限制，法律同时还规定，达到一定限额标准的货物、工程和服务，公开招标是主要的采购方式，从而对采购人随意选择采购方式、选择供应商的权力又进行了限制。虽然立法对采购权力做出一系列的强制性规定，但实践中，法律实施之前的杂乱无序的状态还是普遍存在，采购人各采各采的、任意选择供应商和采购方式的现象有禁无止。分析其原因，无非是权力租

金、商业贿赂活动在作祟。为了使手中的有限权力实现更大的价值，采购人必然会通过各种手段、各样方式进行寻租，与熟悉的社会中介机构、供应商进行“合作”。对此，笔者认为，监督部门应该加强对采购人自由、分散采购的违规现象进行有效监控，立法还须进一步规定，采购人不委托集中采购所应承担的法律责任。

二、对招标公司建立制约机制

笔者查阅了世界上主要国家的政府采购制度，类似我国招标公司这样私利性质的社会中介机构全权代理政府采购的现象几乎不存在。但在我国，专门以营利为目的的招标公司无处不在，生意兴隆，且几乎与各个国家机关、团体组织、事业单位有着千丝万缕的联系。不仅如此，许多招标公司都是由采购人的权力部门创办的，公司的董事长或总经理大多是采购人的亲属或者离退公职人员，承揽所属行业货物、工程和服务的政府采购业务，相互之间共同分享代理费、中标成交费等垄断利润。此外，在代理业务竞争激烈的情况下，采购人为了获得更多的权力租金，招标公司为了寻找更大的利润空间，彼此之间为了源源不断的高额垄断利润，必然会以损害公共资金和国家利益为代价。况且，我国相关法律对这些招标公司与采购人之间的种种“勾兑”又无任何有效的监督制约办法。现行《政府采购法》中的所有监督措施几乎都是针对集中采购机构的。本来应该由非以营利为目的的集中采购机构进行统一采购的货物、工程和服务，采购人却将这些采购对象专门委托社会中介机构代理采购，其中必有利益均沾的问题。对此，笔者认为，监督部门应查明采购人与社会中介机构共谋的原因，与此同时，立法必须建立对社会中介机构的监督制约机制。

三、对招标文件建立定期抽查制度

政

政府采购活动中，招标文件（包括谈判文件、询价文件等）在政府采购过程中通常决定一家供应商的最终命运。实践中，为了共同赚取高额的非非法利益，采购人与招标公司往往会共同形成合谋，在招标文件中设置有利于某一个供应商中标或成交的倾向性条款。一般来说，对某个供应商或者其专业技术不是很了解的话，我们很难从招标文件中发现隐形的对其它供应商构成歧视的条款。此外，现行法律没有考虑到有关部门制定招标文件中的利益冲突问题，实际操作中，编制招标文件的社会中介机构和专业人员很少实施自行回避制度。通常一个采购项目从招标文件编制开始，到接标、开标、评标、定标、结果公示等各个环节，都是由同一家招标公司和同一批业务人员完成。作为社会中介机构，为了持续不断的商业代理机会，必须与采购人处好关系，听从采购人的指挥；同样，为了可靠的利益共同体，采购人也必须借助招标公司来完成招标文件的设计。总的来看，采购人委托招标公司代理的采购项目，其招标文件或多或少都存在一些问题。因此，监督部门应该定期通过专业的执法人员对招标文件进行抽查。

四、对采购方式建立严格的行政审查机制

在政府采购活动中，不同的采购方式决定不同的竞争程度和公开透明情况。我国现行《政府采购法》将公开招标作为政府采购货物、工程和服务的主要方式，如果采购人或其代理机构选择邀请招标、竞争性谈判、询价采购、单一来源等为非主要采购方式的，必须经过主管的财政部门审批。法律实施三年多来，公开招标虽然为采购的主要方式，但其它采购方式在实践中的使用频率远远不低于公开招标这一方式。为什么会出现这种情形？排除选择主要的采购方式，意味着权力主体和中

介机构获取非法利益的可能性机会增大，暗箱操作的程度普遍增高。实际操作过程中，任意选择采购方式或者改变采购方式未曾获得行政许可的现象非常普遍，但受到有关部门查处的却是非常少见。对此，监督机关必须对采购方式建立起严格的行政审查监督机制。与此同时，立法机关必须专门设立章节规定公开招标的操作程序。

五、对评审专家建立健全有效的监督机制 不论是采购货物、工程还是服务，不管通过什么样的方式进行采购，由于立法的缺陷，几乎所有的政府采购活动都离不开评审专家的参与。依照现行法律和有关规定，采购主体不得在评审专家推荐意见之外确定中标或成交供应商。由此可见，评审专家对中标或成交结果所起的作用举足轻重。从近些年的实践来看，人们对评审专家是铺天盖地谴责，可谓怨声载道。原因是评审专家往往是受一方的委托和聘请，收受一方的酬金和贿赂，几乎都不能以独立的身份，站在第三方的立场对采购项目进行客观、公正评审。而现行的招标投标法、政府采购法又没有对评审专家的权力进行有效的限制和制约。法律在赋权专家的同时，必须规定权利主体应承担相应的法律义务。否则，没有监督的权力必然会导致腐败。

六、必须健全采购过程中的回避制度 政府采购中的回避制度，依照现行法律，是指采购人员及其相关人员在政府采购活动中，与供应商有利害关系的，必须主动请求回避或者根据当事人供应商的申请，采购主体依法予以替换，由他人履行职务的一种法律制度。虽然有了明确的法律规范，但几年来的实际执行效果并不乐观。现行法律未能清楚界定需要回避的采购人员。在具体的政府采购过程中，采购项目往往都是由许多工作人员共同来完成的。其中有负责项

目和预算审批的，有制作招标采购文件的，有发布采购信息的，有审核供应商资格和采购文件的，等等。在这些过程中，往往有许多相互联接的环节，知悉采购项目详情的工作人员有很多，法律所规范的“采购人员”是指经手哪些环节的呢？具体又包括哪些人员呢？法律虽然对需要回避的“相关人员”进行了罗列，但这种例举立法一方面没有对概念的内涵进行阐述，另一方面没有穷尽必须回避的人员。况且，法律仅仅从外延上说明“相关人员”。而具体负责操办采购项目，且对采购结果有着重要影响的“采购人员”，《政府采购法》无任何内涵和外延的立法解释。此外，立法机关还非常有必要建立采购主体负责人和主管机关负责人的回避制度。

七、应对行政许可建立健全监督机制 根据现行法律和实践，政府采购活动中的许多事项都需要获得财政监督部门的行政许可，比如，采购预算和采购文件的编制、不同采购方式的选用、采购代理资格的审查、采购方式之间的变更、中标或成交结果的确认，采购合同的备案，等等。采购主体在政府采购程序中的许多环节一般都需要经过各级财政机关的行政许可，但通常情况下，申请的事项都会获得所在地财政部门的行政许可。受理许可的机关很少抱着对法律负责的态度，认真进行许可或者不予以许可的审查，很少从严掌握、监控申请事项。很多许可事项明显有悖于法律规定，但往往也能在行政许可过程中顺利获得通过。由此可见，我们非常有必要对财政部门的行政许可行为建立健全监督审查机制。

八、对采购记录建立健全定期审查制度 采购记录可以全面反映整个政府采购过程的整体面貌。实践中，非常规范的采购记录很少看到，尤其是在社会中介机构招标公司的文档里非常

罕见。一份详细的采购记录能够体现政府采购各个环节的规范化程度和公开透明情况，也能使监督部门查明采购过程中是否存在黑箱操作的现象。因此，原始的采购记录对于主管部门以及未能中标或成交的供应商非常重要。实际操作过程中，采购记录通常是在发生争议后或者有关主管部门来监查时，采购单位事后进行弥补的较多。此外，现在法律没有规定供应商对采购记录享有查阅的权利，这一方面为采购部门躲避供应商的监督提供了方便条件，另一方面，也不利于未能成交或落标供应商寻求权利救济的可能。因此，笔者认为，主管机关应该定期对采购记录进行抽查，与此同时，我国立法机关还须规定未能中标或未能成交的供应商享有查阅采购记录的权利。

九、必须建立健全政府采购专业执法队伍 政府采购业务有较强的专业性，从法律实施三年多来的执法实践来看，一方面，财政部门普遍缺乏政府采购法、招标投标法等专业方面的法律知识；另一方面，也普遍欠缺与政府采购相关的法律知识，如行政处罚法、行政诉讼法等。不仅如此，更为主要的问题是，从中央到地方，我国政府采购的行政执法人员奇缺，与每年持续增长的政府采购规模严重不相称。从执法实践来看，许多政府采购活动，各级财政机关的行政执法部门大多局限于书面审查政府采购争议案件，很少深入采购第一线进行调查取证。虽然采购实践中，采购单位都邀请财政部门的工作人员到现场对采购过程中的某一个环节进行监督，但这往往都是一种形式，并不能达到实际的监督效果。故笔者认为，必须提高执法人员的专业法律素质，大量扩充政府采购行政执法人员，亟待建立一支强有力的行政执法队伍。

十、必须建立有效的供应商权利救济制度 政府

采购法律制度比较完善的国家和地区普遍认为，供应商是政府采购强有力的监督主体。法制化程度越高的政府采购制度，都有健全的保护供应商权利救济的法律制度。实践中，我们通常只看到供应商在政府采购活动中的负面影响，总是将政府采购中的不光彩形象全部归咎于供应商，认为所有行贿、暗箱操作都是供应商引起的，殊不知供应商所起的作用是微不足道的。因为谋取非法利益的中标或成交供应商所占的比例是非常少的，更多的供应商往往只是政府采购中的牺牲品。从现行立法来看，虽然建立了供应商质疑和投诉程序，但限制权利的内容远远多于保护性的条款。例如，将质疑程序作为投诉前的必经程序，这无形中增加了供应商维权的难度。又如，供应商提起质疑或投诉，并不能引起中标或成交结果的中止执行，致使供应商最终还是不能保护自己的权利。故笔者认为，现行立法尚须进一步完善供应商权利保护机制，鼓励更多失利的供应商通过多元的救济途径保护自己的权利。只有赋予更多的供应商享有充分的权利来监督政府采购活动，才会形成政府采购公开透明的竞争机制，从而减少商业贿赂的生存空间。总之，治理政府采购领域商业贿赂是一个系统的长期工程，笔者上述所谈的内容仅仅是蜻蜓点水。如果我们想从根源上解决或减少商业贿赂的现象，必须统一现行的法律制度，取缔《招标投标法》，将其符合政府采购国际惯例的内容纳入到我国《政府采购法》中，与此同时，扩大政府采购法的适用范围，进一步明确政府采购货物、工程和服务的统一主管机关、监督机关、执行机关。与此同时，法律还须明确规定采购人、采购代理机构违法行为所应承担的法律后果，包括民事责任、行政责任、刑事责任等内

容。由于现行的两部法律冲突和矛盾非常严重，对于同一违法事实，依据前后不同两部法律会得出截然不同的结果。比如，政府采购信息披露，依据前一部法律，应该是国家发改委指定的媒体，按照后一部法律则是财政部门指定的媒体。又如，将公开招标变更为邀请招标的采购方式，根据前一部法律，审批机关是国家或地方的发改委，而依据后一部法律则是地方的或中央的财政部门。再如，公开招标的限额标准和适用范围，如果我们依据前后两部法律也会得出不同的结果。类似前述的冲突，还有许许多多，同样的问题，根据前后不同的法律，违法与合法会有不同的判断标准。在法律责任承担方面，依据新旧法律也会得出不同的结果。就商业贿赂而言，依据旧的法律，社会中介机构与采购人共同使用公共权力赚取非法利益，即商业贿赂非常具有隐蔽性，很多时候表面来上看，很难属于商业贿赂，但我们从深层次和法理上来分析，“权力租金”与“商业贿赂”可以直接划上等号，这无形之中给有关部门增加了监督和查处的难度。故笔者认为，要建立纯洁、阳光的政府采购市场，必须清除容易产生商业贿赂的土壤，建立健全统一的政府采购法律制度。

100Test 下载频道开通，各类考试题目直接下载。详细请访问
www.100test.com