# 政府采购供应商的权利救济

来源：网络 作者：夜色微凉 更新时间：2024-04-27

*\" [摘要]政府采购行为在法律形式上大都采用合同形式。由于采购人的“强势”行政权力，政府采购合同供应商的合法权益极易受到侵害。文章拟以政府采购合同为切入点，通过探讨政府采购合同的救济渠道与途径，指出政府采购法的若干缺失，希望对理论与实务有所...*

\" [摘要]政府采购行为在法律形式上大都采用合同形式。由于采购人的“强势”行政权力，政府采购合同供应商的合法权益极易受到侵害。文章拟以政府采购合同为切入点，通过探讨政府采购合同的救济渠道与途径，指出政府采购法的若干缺失，希望对理论与实务有所裨益。

[关键词]政府采购合同；民事诉讼；质疑与投诉；仲裁

在《中华人民共和国政府采购法》中，其立法宗旨的表述，除了“规范政府采购行为，提高政府采购资金的使用效益，维护国家利益和社会公共利益，促进廉政建设”外，“保护政府采购当事人的合法权益”无疑也是政府采购法的立法宗旨之一。笔者以为，政府采购当事人的合法利益保护的实现，是前述其他目标实现的基础和落脚点。反言之，不能保护政府采购供应商合法权益的政府采购法，就如无源之水，必然不能实现其立法宗旨。基于此认识，我国财政部颁布了《政府采购供应商投诉处理办法》等法律文件，各地方也先后颁布相应的法律法规。但是，实务领域内的诸多争议的存在，说明政府采购法在保护供应商的合法权益方面，尚存不足，有继续探讨的必要。

救济模式之一：民事诉讼

政府采购合同是指政府部门、政府机构或其他直接或间接受政府控制的任何单位，为了实现政府职能和社会公共利益，以消费者身份使用公款而签订的获得货物、服务、工程等的合同[1].政府采购是围绕采购合同展开的，其救济也必然基于合同而展开，合同也是当事人双方履行权利义务、受损方寻求救济的依据。那么，政府采购的合同的性质究竟是什么，就成了政府采购供应商合法权益救济的前提问题。

就政府采购合同的性质，历来存在着争议，学界主要有三种观点：“民事说”、“行政说”与“混合说”。“混合说”因不具有代表性，暂不讨论。持行政说者的主要理由之一是，政府采购合同主体特殊、采购目的具有公益性。并列举了英、法、美、日等国的立法实践和学者学说为证，强调政府采购合同不应该是民事合同[2].理由之二是，政府采购合同中采购人拥有行政特权，双方权利义务配置不对等，如可单方变更、解除合同，有连续权、控制权监督权，甚至有制裁权。其理论依据是行政优先性理论[3].理由之三是，在政府采购合同中，双方当事人的自愿原则受到了限制，并不完全遵守民事合同的自愿原则，其例如采购人不能自由选择供应商，不能自主决定交易方式（采购方式）[4].其实，除了上述限制外，政府采购合同存在还包括合同形式的限制、合同主体的限制、合同必备条款的限制、合同备案的限制、纠纷解决机制的限制。

政府采购合同性质之争，反映了不同的价值取向，即个人利益与公共利益发生冲突时，以何者为先的问题。仔细探究起来，笔者认为，上述种种理由，并未影响政府采购合同的民事合同属性。或者说，其民事合同的一般性大于其特殊性，政府采购合同与一般民事合同的这些区别，并没有导致政府采购合同丧失民事合同的基本属性。试分述之。

其一，政府采购合同主体的特殊、资金来源的特定、采购目的的公益性，并不妨碍政府采购合同本质是交易关系的合意这一根本特征。另外，世界各国和地区关于政府采购合同的定位，是采取了不同的做法，“行政说”和“民事说”都能在立法成例找到佐证。如法国、澳门将政府采购合同定位为行政合同。政府采购合同定位为民事合同的，如英美等国。另如德国于1991年1月1日生效的最新《公共采购更新法》。该法已被纳入《反限制竞争法》中，作为第四章，原《预算法》中有关公共采购的规定失效。这就表明，政府采购合同从行政合同转变成了民事合同[5].笔者以为，政府采购合同的定位，与各国法律传统、法律运行机制和现实情况有关，在中国，行政权力本就膨胀，如果将政府采购合同定位为行政合同，再赋予采购人这样那样的权力，政府采购合同的订立和履行过程中会出现更多问题，供应商的合法权益更难以保障。

其二，就现有立法例来说，《政府采购法》第四十三条和第五十条明确规定，“政府采购合同适用合同法。采购人和供应商之间的权利和义务，应当按照平等、自愿的原则以合同方式约定”，“政府采购合同的双方当事人不得擅自变更、中止或者终止合同”。并无采购人单方解除、变更合同的权力，更无庸说采购人有所谓的“连续权、控制权、监督权、制裁权”。该说之误是将《政府采购法》中违反政府采购合同的行政责任当作了采购人的行政权力。

其三，关于自愿原则受限制说，笔者认为，政府采购制度之目标就在将政府采购活动强制推进市场竞争且充分竞争，而不是为了保护行政特权和行政优势，其意思自由受到限制是政府采购法的预设前提，如果让采购人自己在市场上随意选择采购方式和供应商，就根本违背了政府采购制度的设立目的。

基于此，全国人大财政经济委员会副主任委员姚振炎在《关于（草案）的说明》中明确表示，“草案根据政府采购活动的行为特征，对政府采购合同作了规定。政府采购本身是一种市场交易行为，在采购合同订立过程中，不涉及行政权权力的行使，购销双方的法律地位是平等的。因此，政府采购合同一般应作为民事合同”[6].

故此，澄清了政府采购合同的性质问题，其救济模式就能确定。那就是，政府采购合同的最根本的救济模式不是行政合同的救济模式行政诉讼程序，而是民事合同的救济模式———民事诉讼程序，自不待言。

民事诉讼的救济模式已运作成熟，不必赘言。在这里唯一需要提及的问题是，有关学者一再强调的“公益目的”和“行政优先性”可否作为采购人的违约抗辩理由。《政府采购法》第五十条规定：“政府采购合同的双方当事人不得擅自变更、中止或者终止合同。政府采购合同继续履行将损害国家利益和社会公共利益的，双方当事人应当变更、中止或者终止合同。有过错的一方应当承担赔偿责任，双方都有过错的，各自承担相应的责任”。就此看来，“国家利益和社会公共利益”可以作为解除合同的理由，但不能作为免责的事由。而所谓的“行政优先性”或“行政优益权”[7]不能成为政府采购合同的解除理由，更不能成为免责事由。经查阅《合同法》条文，其立法的意趣大致相同，并无例外的规定。

救济模式之二：质疑与投诉

由于政府采购人拥有强大的行政权力，在政府采购合同的签订与履行过程中，供应商的合法权益极易受到侵害。基于此情况，各国和各国际组织关于政府采购的规则中都有相应的行政性救济规定。中国《政府采购法》也做了这样的程序设计。笔者认为，就因为采购人具有强大的行政权力，政府采购立法才设置了区别一般民事合同的行政性救济渠道———质疑和投诉。“异议与申诉制度，可以说是整部政府采购法的精髓所在，对于厂商而言，政府采购法甚多条文对厂商权益的保障，都必须依赖异议与申诉制度给予维护；在厂商受到不公平或不正当的待遇时，若不能提供有效的救济方式，将使整个采购制度的目的，沦为空谈”[8]，同时，在政府采购的招投标和其他竞争性缔约程序阶段，常因供应商的投标资格、材料规格、投标保证金等事项发生争议。由于政府采购是政府的民事行为，不是具体行政行为，因此，供应商不能对投标争议提起行政复议或者行政诉讼。且由于供应商与采购人之间没有任何形成任何契约关系，缺乏追究对方违约的基础，在招投标等竞争性订立合同程序中，供应商也很难以缔约过失为理由，请求法院保护其合法权益。因此，为给供应商一个救济途径和政府采购工作的顺利进行，也应该有一个客观、公正的机构处理供应商的投诉。另外，质疑与投诉制度也是政府行政控制的有效方\" 式，不仅有利于实现政府采购目标，也是符合国际惯例的。

为民事合同特别设定行政救济模式，也许只有政府采购合同这一例，是值得赞许的。但是，该救济模式尚有许多不尽人意之处，有待完善。

在质疑与投诉程序中，质疑与投诉本质上并不相同。就本质而言，质疑是两平等主体间的沟通与协调过程，与普通民事交往中的协商、异议方式并无多大的差异。而投诉程序却是借助行政机关这样的第三者，以行政机关的行政权力为后盾，进行的行政司法程序。因此，就质疑程序而言，除了考虑效率问题外，范围、方式、时限等问题并不需要太精密的制度设计。从我国《政府采购法》立法情况看，使用了四个条文，大致规定了质疑的范围、方式、答复时限、答复范围等内容，并无太大问题。

而对投诉这样的行政司法程序，我国《政府采购法》却仅仅使用了四个条文。其中，直接关于如何审议、处理投诉问题的条文也仅有两条，未免显得粗疏、简单，存在着较多问题。

首先，裁判问题。“任何人不得成为审理自己案件的法官”是正当程序原则之一的朴素表达。《政府采购法》第六十条规定，“采购代理机构与行政机关不得存在隶属关系或者其他利益关系”。可现实情况是，采购代理机构与行政机关（主要指政府采购监督管理部门即财政部门）往往有着千丝万缕的联系，影响着投诉的最终效果。过去，采购代理机构由政府采购监督管理部门直接隶属，形成了“老子接受投诉儿子、审理儿子”的尴尬情形，其公正性可想而知。现在，虽然采购代理机构与政府采购监督管理部门被要求脱离隶属关系，但“集中采购机构为采购代理机构。设区的市、自治州以上人民政府根据本级政府采购项目组织集中采购的需要设立集中采购机构”，“集中采购机构是非营利事业法人”（《政府采购法》第16条）。政府采购代理机构并没有进入市场，也没有真正的中介组织化，采购代理机构与政府采购监督管理部门二者之间关系仍然暧昧，其保护供应商合法权益的立法初衷就难以保证。另外，政府采购监督管理部门作为一行政机关，并无专门机构和专门人员审议供应商的投诉，难以保证采购监督的独立性、权威性。因此，就裁判问题，笔者的建议是，一、让采购代理机构尽快市场化、中介组织化。二、政府采购监督管理部门尽快专门化、独立化。在现有的情况下，此处所指的专门与独立并非要求另设行政机关，而是在原财政部门内组织专业人员、设立专门机构①。

其次，投诉和投诉人范围问题。我国《政府采购法》五十二条和《政府采购供应商投诉处理办法》第七条都规定，供应商在“认为采购文件、采购过程和中标、成交结果使自己的权益受到损害的”条件下，才能向政府采购监督管理部门进行投诉，也存在着问题。其一，政府采购过程复杂，环节众多，不仅有法条列举的这几个环节，在其他环节以其他方式也有损害供应商的合法权益的可能，如《政府采购法》七十一条、七十二条和七十三条规定的诸多违法情形。这些情形不仅应该纳入政府采购部门主动监督检查的范围，也应纳入供应商投诉的范围，使政府采购行为处于供应商严格的监视之下。通过供应商的“监督”与“执法”，不仅可以降低行政机关的执法成本，也可以有效救济其合法权益。其二，政府采购行为不仅是采购人单位的事情，还是一项公共性的活动，必须对社会和国家负责。因此，投诉的主体不应仅限于供应商，还应包括社会公众。通过社会公众的“监督”与“执法”，在直接保护社会公共利益的同时，也“间接”救济了供应商的合法权益。所以，从供应商合法权益救济的角度出发，应当扩大投诉的范围和投诉人的范围。

再其次，质疑、投诉程序的效率问题。我国《政府采购法》五十五条和《政府采购供应商投诉处理办法》第七条都规定，只有在“质疑答复不满意”或“未在规定期限内作出答复的”，才可以投诉，将质疑程序变成了投诉的前置程序。笔者认为如此规定尚欠妥当，也无必要。如前所述，质疑程序本是合同当事人之间的沟通与协调方式，本无严格的程序可言，其效果也不确定。“采购实体自身的审查，对于供应商的救济来说本身意义不大，因为一个寄生于体制内的监督程序，是无法根本性的起到体制监督作用的，寄希望于自查自纠是体制软弱的表现”[9].因此，以一不严格的程序甚至不是程序的程序作为投诉这样的行政司法程序前置程序，逻辑上不通，情理上不合，更主要的是，也违背了效率原则。笔者认为，质疑作为一沟通与协调方式，尽可以加以鼓励，以利于纠纷的解决，从而救济供应商的合法权益。但是，也应允许供应商有不采取这种方式救济自己权利的权利，迅速进入投诉这样一个行政司法程序。WTO《政府采购协议》第七条第5款关于“磋商”的规定是，“应力求在不太长的时间内结束此项磋商”。政府采购一般数额巨大，有着极强的时效性，及时而有效的制度设计也是对供应商合法权益的救济。因此，笔者建议，取消投诉的前置程序规定，通过简化程序，提高救济效率。

救济模式之三：仲裁

与前两种模式并列的，是通过仲裁程序救济来救济政府采购合同供应商的合法权益。《仲裁法》第二条规定，“平等主体的公民、法人和其他组织之间发生的合同纠纷或其他财产纠纷，可以仲裁”，根据前述内容，政府采购合同本质上仍属民事合同，采取仲裁方式来救济权利是可能的，应无疑义。但是，1994年《仲裁法》颁布后，我国已经设立了160多家仲裁委员会，但目前受理的政府采购案件数量不多。以北京仲裁委员会为例，目前尚未受理一起政府采购纠纷案件[10].这种情形的出现，是值得深思的。笔者认为，通过仲裁方式来救济供应商的合法权益，不仅是可行的，还是必要的。

同民事诉讼和投诉相比，仲裁方式更具有优势。

首先，仲裁能充分体现平等、自由、独立等优势。从仲裁的历史发展、功能、价值观、制度体系、操作等来看，仲裁的本质属性是民间自治性，表现为当事人的平等、自由和仲裁员的独立，这些，对处于“弱势”一方的供应商是有利的。其一，意思自治原则是仲裁法最基本的原则，被公认为是仲裁的基石。依照《仲裁法》规定，是否采取仲裁方式，由什么仲裁委员会仲裁，仲裁员是谁，都由当事人双方平等自由地来决定。只要当事人的决定不违反强行法、公序良俗、诚信原则，仲裁庭、仲裁员就应该尊重当事人的意思，供应商的意思自由空间是极大的。其二，仲裁独立。仲裁独立包括仲裁委员会的独立、仲裁庭或仲裁员的独立以及仲裁协会主导的行业自律管理体制，其核心是仲裁活动依法独立进行，除法院有权依法监督外，不受任何机关、团体和个人的干涉。另外，仲裁机构独立于行政机关外，靠自身的运作维持生存，无法依赖政府财政，公正办案是仲裁赢得社会信任、争取案源的前提，是仲裁赖以生存和发展的保证。违反制度的仲裁员将被取消办案资格，甚至被追究法律责任。在某些法律不完善之处，仲裁员还可根据公平合理原则和自己的良知及道德标准定案，最大限度地保护当事人权益。因此，在司法独立尚不能彻底贯彻的实际情况下，仲裁法民间自治法属性所蕴涵的意思自治和独立，对供应商回避采购人具有行政权力这样的“强势”而言，是有着现实意义的。

其次，仲裁能够体现公正、效益、双赢等优势。仲裁的公正、效益和当事人双赢，既是仲裁的特点和优势，也是仲裁追求的价值目标。一般认为，仲裁相对于诉讼，有如下优势：其一，利于保密，这源于仲裁的不公开审理。对案件不公开审理、裁决是仲裁的原则，也是国际习惯做法。而诉讼则以公开审理为原则，即使案件涉及国家机密、个人隐私、商业秘密不公开审理，但判\" 决也是公开的。仲裁的这一特性有利于当事人保护自己的商业秘密和经营秘密，也有利于当事人在小范围内平和地解决争议，并为日后继续合作留下可能性。其二，机制相对灵活。仲裁的灵活性包括程序灵活和法律适用灵活，仲裁不像诉讼那样要严格遵守程序法，如果当事人同意，仲裁可以避免许多繁琐的程序，这在临时仲裁中更是如此。另外，在所谓的友好仲裁中，根据当事人的协议授权，仲裁庭可以参照国际商事惯例或仅公平诚信原则对实体问题作出裁决，而不必遵循和适用严格的法律规则，以避免和矫正个案中的不公与偏差。其三，专业权威。政府采购合同常常涉及复杂的法律、经贸和技术等问题，需要复合型知识的裁决者。相比较而言，法官是一个仅擅长于法律，不熟悉经贸技术等问题的群体，而政府采购监督管理部门负责处理投诉的官员，不仅不熟悉法律，也不熟悉相关知识。因此，在仲裁中，当事人可以选择、指定来自各行各业的专家作为审理案件的仲裁员，这在认定案件的事实上有明显的优势，能作出比较权威、公信力较高的裁决，也有利于争议得到公平合理的解决。其四，经济快捷，成本低廉。仲裁所具有的自主性、专业性、灵活性等特性会使这种救济模式费用低、速度快。

另外，一裁终局的特征也较诉讼中两审终审的程序规定，时间、精力等成本投入较小。另外，当事人双赢也是仲裁所追求的价值目标。由于仲裁的不公开性和灵活的机制，导致仲裁员的思维模式、作风和仲裁庭的气氛与法官、法庭应该有所不同。通过避免在法庭中对抗做法，双方可以在并不那么严肃呆板的环境中最终解决问题，符合了供应商“和气生财”和采购人“耻讼”的心理，降低了政府采购合同供应商救济合法权益的“感情成本”。

因为仲裁的上述优势，应该鼓励供应商在政府采购合同中约定以仲裁方式解决纠纷，并约定仲裁机构。鉴于目前仲裁机构受理案件较少，实务经验缺乏的实际情况，笔者建议，可以政府采购行业协会为依托建立仲裁委员会分支机构，或者设立具有法人资格的政府采购合同纠纷仲裁委员会，为政府采购合同供应商提供一条切实可行的权益救济渠道。

[注 释]

①关于处理质疑和申诉的机构设置。政府采购协议。要求设立一个独立的机构；有的国家将这类机构设在财政部门，如新加坡、韩国等；有的国家如英国等由法院负责；有的国家或地区另设独立机构，如澳大利亚的联邦政府调查委员会，日本的政府采购审查委员会，香港的申诉管理委员会；有的国家由负责管理贸易申诉的行政法庭来负责，如加拿大的国际贸易仲裁法庭；美国的会计总长办公室和服务管理总局合同上诉委员会，美国的法院也可以受理。新加坡根据其1997年《政府采购法案》专门设立了一个政府采购裁决法庭，负责违反法案规定的投标争议。仲裁法庭拥有相当于高等法庭的权力，可以传召专家或其他证人供证。对投标不满的供应商可向该仲裁法庭投诉。参见王全兴、管斌政府采购制度研究http://.

[参考文献]

[2]苏 红。对我国政府采购合同的几点思考[J].行政与法，202\_，（7）。

[3]刘惠荣，高亨超，宋 婷。对我国政府采购合同行政性的法学思考[J].甘肃行政学院学报，202\_，（2）。

[4]袁 炜，刘亚梅。政府采购合同的行政法研究[J].云南大学学报，202\_，（5）。

[5]王全兴，管 斌。政府采购制度研究[EB/OL].http://.cn.202\_—03—14.

[6]中国人大网。http://www.npc.gov.cn/zgrdw/common/.202\_—10—11.

[7]朱启鹤。浅析政府采购合同的法律属性[J].昭乌达蒙族师专学报，202\_，（6）。

[8]罗昌发。政府采购与政府采购论析[M].台湾：元照出版公司，202\_.

[9]肖北庚。国际组织政府采购规则比较研究[M].北京：中国方正出版社，202\_.

本DOCX文档由 www.zciku.com/中词库网 生成，海量范文文档任你选，，为你的工作锦上添花,祝你一臂之力！