

政府采购履约验收的同业监督机制:机理及适用

汪迎兵 毕金平

(安徽大学法学院,合肥 230601)

摘要:“邀请参加政府采购项目的其他供应商”参与验收是近年来中央及地方政府规范履约验收管理的重要对策,其核心要义在于引入同业监督机制。其他供应商的专业性及同业监督机制突出保障履约验收公正性的制度价值,有益于矫正现行验收方式的逻辑偏失。当前同业监督机制存在定位模糊、范围不清、程序缺少、激励不足等问题,在明确同业监督机制生成逻辑的基础上,以现有政府采购制度为基础构建系统化的实施机制,方能实现同业监督机制的治理现代化转向。

关键词:政府采购;履约验收;同业监督;框架协议;竞争秩序

中图分类号:D922.1

文献标志码:A

文章编号:1001-862X(2020)02-0126-008

DOI:10.16064/j.cnki.cn34-1003/g0.2020.02.044

引言

《政府采购法》自2003年施行以来,在节约财政支出、强化宏观调控及推行反腐倡廉等方面发挥了重要功能。政府采购制度已发展为含绿色采购、电子采购、公共资源交易等内容的现代财政制度的有机组成部分。以采购合同签订时间为节点,政府采购可划分为合同订立前阶段和履约验收阶段,其中,后者直接关系到政府采购项目的最终成效,是确保采购质量、进行采购评价、建构全阶段管理的关键部分,是“客观评价集中采购工作质量优劣的最直接依据”^[1]。然而,现有法律制度对履约验收阶段规制不足,实践中亦存在诸多履约验收问题,导致采购质量下降和国有资产流失。为解决上述问题,2016年以来,中央及地方政府颁布诸多政策文件将“邀请参加政府采购项目的其他供应商”参与验收作为规范履约验收管理的重要对策予以推广,这一对策的本质在于引入同业监督机制,以强化政府采购履约验收管理。然而,当前政府采购制度并未明确同业监督

机制的法理准据、运行逻辑及实践程式,尚待结合《政府采购法》的基本原理进行深入检视。

一、政府采购中的履约验收危机

2018年,我国政府采购规模达35861.4亿元,较上年增长11.7%,占全国财政支出和GDP的比重分别为10.5%和4%。^①随着全面深化改革的推进,政府采购制度在强化财政支出管理中的作用和地位日益突出,为保障国家机关政务活动、满足公共服务需求做出了应有贡献。同时,该制度在资源配置、节能环保、中小企业发展等方面亦发挥重要的公共政策功能。政府采购规模经济效益及公共政策功能发挥均需要在履约验收阶段实现,但当前我国政府采购履约验收问题广泛存在。履约问题主要表现为更改合同标的、降低标准、延期履行合同、配套服务不足等,验收问题主要表现为验收程序混乱、手续不完备、验收方式不科学等。

履约验收机制及监督机制经过十余年改革仍不健全。其一,履约验收缺少相应行为规范。我

本刊网址·在线杂志:www.jhlt.net.cn

作者简介:汪迎兵(1980—),安徽望江人,安徽大学法学院博士生,主要研究方向:法理学;毕金平(1975—),安徽肥东人,安徽大学法学院教授、博士生导师,主要研究方向:经济法。

国政府采购制度规定由采购人或采购代理机构对中标供应商组织履约验收,但并未详细规定采购人或采购代理机构在履约验收阶段的行为规范,如验收标准、程序、争议处理等,使履约验收行为的合法性和正当性难以被准确评价。其二,实质监督机制不健全。政府采购监督机制可概括为内部监督和外部监督,内部监督如审计监督、财政监督等,外部监督主要有媒体监督、社会监督、竞争供应商监督等。我国政府采购监督机制整体侧重于内部监督和事后监督,法律确定的监督范围较狭窄,履约验收阶段缺乏法律的刚性约束,外部监督力量薄弱。其三,履约验收活动与监督机制相脱节。采购人或采购代理机构、中标供应商与监督部门之间存在信息不对称、契约不完备、监督机会主义等问题,尚未构建顺畅的沟通机制,现有监督机制难以介入政府采购履约验收活动。其四,地方政府出台的履约验收规定不一致。履约验收阶段相关规定远少于合同订立前阶段,多散见于规章及规范性文件之中,使现有监督机制的积极监督功能弱化,不利于统一执法。

二、履约验收中同业监督机制的引入及其问题检视

近年来,“邀请参加政府采购项目的其他供应商”参与验收成为规范履约验收行为的重要措施,体现了政府采购领域治理模式的创新,具有现实意义。同时,该措施的主体结构、适用方式决定了其产生、运行和发展必然面临分歧和挑战,特别是在我国较为封闭的履约验收制度中,极易受采购人或采购代理机构主观意识的形塑,并难以摆脱外在客观环境的约束。

(一) 履约验收中同业监督机制的引入

鉴于履约验收问题的严重性,中央及地方政府出台了诸多强化履约验收管理的政策措施,其中,“邀请参加政府采购项目的其他供应商”参与验收是其主要措施之一。中央层面出台的规范性文件有《财政部关于进一步加强政府采购需求和履约验收管理的指导意见》(财库[2016]205号)、《政府采购货物和服务招标投标管理办法》(2017年修订)(以下简称《管理办法》)等。^①地方政府制定的规范性文件亦充分肯定其他供应商参与的必要性,如《安徽省政府采购管理办法》(2016)、《辽宁省政府采购履约验收管理办法》(2017)、《杭州

市政府采购履约验收暂行办法》(2019)等。^②从该机制在制度规范中的定位及具体实践来看,“邀请参加政府采购项目的其他供应商”参与验收的本质在于引入同业监督机制,以实现更为公正合理的履约验收管理。同业监督是指在同一相关市场内的经营者通过各种措施,监督其他经营者经营活动的行为。同业监督的核心内涵在于:相关主体从事相同或类似经营活动;实施监督行为,即监视、督促或管理。在现代化市场体系中,同业监督表现形式多样,既有通过媒体公开、发函警示等进行自主监督,也有通过参与国家管理机制等进行监督。

“社会治理模式的创新是政府与民间逐渐走向良性互动的双赢选择”^③,同业监督机制为政府采购制度提供了新的制度工具。在微观层面,同业监督机制为实现专业化和提升公平性注入新动力。“追踪技术不足是造成验收及监管不力的客观障碍”^④,“同业”供应商了解合同履行的投入、收益及行业标准等内部信息,其专业性有利于科学、有效地“监督”。同业监督是经营者积极行使竞争权利的表现^⑤,在存在市场利益或激励措施时,专业化很大程度上强化政府履约验收管理的公平性。

在中观层面,同业监督的参与式治理模式,有利于政府采购监督机制的完善。履约验收问题是合同双方不同的行为结果,治理路径有所差异。履约问题主要为中标供应商的合同履行活动不合法(如串通、行贿)或不规范(如延迟交付、高配低供),验收问题主要为采购人或采购代理机构对于履约活动疏于验收或非法串通验收。前者着力点在于监督权的行使,责任机制的约束是治理后者的主要维度,同业监督机制通过创新制度载体及表达渠道,实现对前者和后者的协同治理。

在宏观层面,同业监督机制有利于进一步保障社会公共利益。与私人采购制度相比,政府采购制度的主要特点在于公共管理性,按照契约政府理论,政府在分配和使用财政资金时履行的是公共托管人的角色,与私人或公司法人的资金不同,需确保财政资金的有效利用,最终保障社会公共利益。合理的政府采购制度既要实现合同订立前阶段的公平竞争,亦要保障履约验收阶段的绩效最优(Value for Money),“绩效最优强调公开透明和市场竞争”^⑥,要求中标供应商提供的货物、工程或服务与合同内容一致,契合合同订立

前阶段的竞争结果。基于公正原则,履约验收中任何违约、变更或串通等行为都会破坏合同订立前阶段公平竞争的结果,损害社会公共利益。同业监督机制增加监督主体及监督方式,在根本上保障社会公共利益。具言之,同业监督机制是强化对中标供应商履约行为管理及改善采购人或采购代理机构验收状况的理想因素,是确保中标供应商及时全面履行采购合同的促进机制。

(二) 履约验收中引入同业监督机制的问题检视

实际操作中,同业监督机制在履约验收中往往流于形式,存在其他供应商被动参与、难以参与等困境。^[5]我国《政府采购法》《政府采购法实施条例》等构建的政府采购制度并未明确同业监督机制的具体内容,如何使其他供应商有效参与履约验收,让同业监督机制真正裨益于政府采购制度仍存在较大的认知偏差及实践困境。

1. 同业监督机制的制度定位问题

结合《政府采购法》和中央及地方政府文件对其他供应商的定位来看,采购人或采购代理机构是验收管理的直接主体,其他供应商在验收管理中属于可酌情参与的间接主体,其验收意见多定位为参考资料。从而导致同业监督机制难以保证其独立性及其一贯性。其一,引入同业监督机制的重要原因在于专业性、灵活性和有效性的考量,如果定位为提供参考资料的间接主体,则与社会监督无本质区别,加之信息不对称、缺少法定机制等因素,其他供应商难以实现真正监督。其二,其他供应商的参与可能会带来法律责任的不当忽略或过度延伸。同业监督机制在一定程度上保证了验收过程与结果导向及时挂钩,但过于夸大同业监督效能,则可能出现其他供应商替代直接责任主体行使权力、履行职能的情形,这种“权力僭越”会引发采购权力制衡功能的紊乱,既不能合理保障合同履行,亦未能保障社会公共利益的实现,直接责任主体可能以此规避法律责任。其三,中央及地方政府文件之规定显然偏于保守化,而这种保守化使同业监督难以发挥实质监督价值。其他供应商参与验收的费用来源是采购人或采购代理机构,其他供应商可能会主动迎合采购人或采购代理机构的需求,从而在形式上发展为采购人或采购代理机构“购买”验收意见,难以朝政府与市场相结合的现代治理方向转变。“例如一些

供应商在政府采购项目中,虽然目前利益受到了损害,但为了在采购市场上取得未来的预期利益,不敢也不愿对采购单位和采购代理机构的违法行为质疑或提起诉讼,致使其监督权利落空。”^[6]

2. 同业监督机制的适用范围问题

政府采购的方式多样、内容丰富,其他供应商是否或能否参与所有采购方式或采购内容的项目需要予以明确,同业监督机制的制度定位及作用发挥依其适用范围而有所差异。同业监督机制的适用范围问题主要包括两个方面:一是政府采购方式层面,公开、邀请招标、谈判、单一来源等方式在政府采购制度中内容不一,要求也有较大差异,参与的供应商数量也迥然不同,同业监督机制需予以明确。二是供应商主体层面,政府采购项目的投标供应商因采购方式、内容等有所差异,但多数情况下供应商数量较多,投标供应商的资质水平亦满足基本项目要求,其他供应商作为同业监督机制的主体,必然存在主体选择问题,选择方式的公平与否决定了同业监督的实际效果。申言之,履约验收阶段中同业监督机制适用范围的不明确性,使得其他供应商参与履约验收管理的效果将大打折扣,同业监督促进采购公正、效率的价值亦难以实现。

3. 同业监督机制的适用程序问题

现行政策文件并未对同业监督机制的程序作出规定,完全依采购人或采购代理机构自由裁量,自由裁量能满足其适用的灵活性要求,亦可能倾覆其原有宗旨或功能。就我国政府采购制度而言,同业监督机制的程序缺失主要会引起三方面问题:一是采购人或采购代理机构不知道如何操作,进而影响到验收工作的有效落实;二是其他供应商参与验收工作时,因缺乏有效的外化流程使得其在被质疑或者问责过程中无法进行有效“脱责”证明;三是在没有操作流程的框架约束下,其他供应商可能基于特定的利益保护而使得同业监督工作流于形式。实践表明,就作为责任主体的采购人或采购代理机构而言,启动验收可能并非源于其维护公平竞争结果的功能定位及理念使然,实则往往可归因于行政责任、政绩声誉和回应政府政策等目的,缺失明确实施程序,则同业监督机制仅仅停留于外部形式。

4. 同业监督机制的促进措施问题

从实际利益和约束的角度分析,基于履约验收监督本身的复杂性、敏感性及考核中的困难,

没有相应的促进措施尤其是激励措施,同业监督在现有制度框架内将难以运行。在现有制度中,基于行政效率及经济成本,如果采购人或采购代理机构怠于验收,财政等部门全程监督采购人或采购代理机构验收的成本太高,难以作为常态化、制度化的监督方式,全程监督只能作为临时性强化监督或对重大采购项目验收的监督方式。在法理层面,如果财政等部门全程对采购人或采购代理机构进行验收监督,其主动性与政府采购制度设定的部门权限和补充性内在原理存在方向性悖离。管理学理论与管理实践显示,人具有趋利避害的本性,既加以制约,又加以激励,才能提高效率。^[7]同业监督机制的构建应当充分尊重科学规律,配套性地采取合理促进措施,使其他供应商在验收中积极履责,及时纠正中标供应商的履约问题。一方面,同业监督的“首要目的是获得交易机会”^[8],交易机会(或经济利益)是发挥供应商监督效能的基本激励因素,以利于其发挥竞争性、专业性及效率性优势。另一方面,相应的处罚措施是约束其他供应商参与验收的底线约束,保障同业监督机制应当具备的信赖利益。

5. 同业监督机制可能引发市场竞争失序问题

引入同业监督机制在于充分利用市场竞争机制的原理,使政府采购合同履行呈现鲜明市场导向特征,其积极影响较为明显,整体上维护了社会公共利益。但是,将“同业”供应商纳入合同履行管理过程,可能会影响“同业”市场的竞争秩序。当同业监督缺少合理机制,可能的影响包括削弱市场竞争、扭曲市场竞争秩序等。例如,在缺少合理监督机制时,中标供应商和其他供应商借此串通投标或达成垄断协议;其他供应商利用参与验收获得的中标供应商相关信息,损害中标供应商市场声誉或泄露商业秘密;其他供应商对中标供应商不合理或报复性评价等。这就要求通过合理的机制构建,来平衡其对市场竞争的积极影响和消极影响,将对市场竞争的影响作为同业竞争机制合理性的重要评判。

三、履约验收中引入同业监督机制的生成逻辑

现有政策规范引入同业监督机制,却未对其进行理论探源,使其难以成为日益健全、有创造性的理论话语。实质上,在履约验收阶段引入同

业监督机制具有重要的命题意义、程序价值和效率价值,亦有利于提高履约验收行为的合法性,在价值与方法上补正了传统政府采购逻辑缺憾。

(一) 正当性:同业监督机制的逻辑起点

履约验收中引入同业监督机制,其正当性的基础源于合作治理理论,合作治理理论认为市场主体参与社会治理是为了实现从公共管理向公私合作治理的转变。合作治理理论的出发点是资源交换和共享。^[9]在特定经济社会领域,公共管理者缺乏必要专业性知识、信息等资源,通过制定标准、程序等引入市场主体,市场主体可以扮演公共管理角色。正如德国行政法学家阿斯曼教授所言:“只有利害相关人共同承担责任并共同参与,在个人自由与社会需求之间,才能有平衡的关系。”^[10]同业监督将社会性治理资源从外部市场引入政府采购制度,其他供应商参与验收解决行政治理与外部需求不匹配的问题。同业监督契合现代化治理体系,具有适用上的正当性,表明政府采购制度向体系化、合理性及完整性归位的命题意义:其一,同业监督机制通过其他供应商的参与,将现代意义上的公正理念引入具体的、动态的履约验收过程,突破现有惯性思维和验收方式,为更具竞争性和专业性的主体提供了有效参与途径。其二,现行采购人或采购代理机构缺乏验收动力和专业验收能力的问题得以改善,验收方式更加合理。其三,法律解释的层面上明确了其他供应商的参与权并非限于合同订立前阶段,其参与全程监督是我国政府采购制度的应有之意,包括合同订立前阶段和履约验收阶段。

(二) 规范性:同业监督机制的行为依据

《政府采购法》构建的履约验收制度,采购人或采购代理机构参与中标供应商履约活动的时间点一般在合同履行结束以后,这与我国重实质正义的社会正义观有关,即根据结果的正义性质和程度对合同履行状况加以审查,履约过程或履约程序本身往往不是履约验收制度的对象。现有履约验收制度的不足可以抽取两点要素:甄别和过程。例如,很多履约问题在合同履行完毕后难以发现和纠正,尤其是建筑物、构筑物、大型机械设备等采购项目,验收结果往往不尽如人意。“法律维护的正义是一种弱势逻辑,这种弱势逻辑必须从制度上加以完善,从程序上得以保证。”^[11]此种层面上,实施同业监督机制应当具备甄别机

制和“发现过程”,实现行为的规范性。其一,同业监督机制能使其他供应商深度参与履约验收活动,而参与的过程本身是一项程序价值,从法律程序发展的历史看,参与有利于“得到‘优化的’、理性选择的结果”^[12]。其二,基于社会公共利益的考量,同业监督机制能增强履约验收中程序正义的实现,亦能发挥其他供应商参与的监督价值,产生特有的“过程利益”(Procedural Benefits)^[5]。其三,同业监督机制有利于保障公共权力落实,程序所具备的稳定性和可预测性规则有利于纠正验收问题,使政府采购制度中的权力规定在程序化规范中得以实现。因此,同业监督机制的运行应当实现从事后监督向全程监督转变,这既是程序正义的必然要求,也是程序正义的一种体现,顺应了法治社会中程序正义发展趋势。

(三)效率性:同业监督机制的价值目标

法经济学视角下,法律机制的效率包括法律机制对外部环境的影响和法律机制本身的效率两个方面。科学合理的同业监督机制,既要求体现在外部环境影响下监督的及时性,以利于保障合同及时履行及项目进度,亦要求体现节约程序资源的效率性。其一,监督的及时性。监督的及时性包括采购人或采购代理机构对中标供应商履约行为监督的及时性和财政等部门对采购人或采购代理机构验收行为监督的及时性,以减少中标供应商履约不当及采购人或采购代理机构验收不完善的法律责任风险。这亦表明,在我国政府采购制度缺乏精细验收标准的情况下,验收的意义不在于符合项目验收的形式标准,而在于合同履行是否符合政府采购项目开展的现实意义和实际需求。验收的过程始于“验”,落脚于“履约”,结果于“收”,关键在于“验”。同业监督机制通过其他供应商参与监督,及时提出履约验收中发现问题,配合相应的激励机制,充分避免现有制度缺陷。相较于现有监督机制,监督的时间点进一步贴近履约验收过程,因而更具效率性。其二,节约程序资源。合同订立前阶段供应商之间竞争激烈,依据采购评估方法得出的分值往往差距不大,即中标供应商分数可能只略高于其他供应商。事实上,其他供应商对采购项目有着详细了解并做过深入研究,并拥有必要的专业技能来实施采购项目。当前政府采购制度中,其他供应商在采购合同签订后基本远离采购项目,该制

度设计未充分利用合同订立前阶段所汇集的供应商的竞争性和专业性价值,不利于节约程序资源。因此,其他供应商参与履约验收是对合同订立前阶段程序资源的延续,能及时发现履约验收问题,减少后期监督资源的投入及浪费。

(四)有效性:同业监督机制的内在要求

政府与社会良性互动的动力在于双方的资源依赖关系。^[13]合作治理具有增强政府专业性及合法性的特征,同业监督机制亦是如此,进而改变政府采购制度的治理结构,丰富公共事务的交互方式和社会认同。这种改变源自同业监督机制的有效性,具体表现为:其一,同业监督机制不仅仅针对采购人或采购代理机构的验收结果,亦非局限于现有社会监督的法律内容,同业监督机制使其他供应商参与政府采购项目的多个环节,立足于程序发展的细节来实现公正性,“因为只有公正的基础上进行竞争才能促进最大程度的竞争”^[14]。此种意义上,同业监督机制应当有利于确保采购合同的实现,这正是符合《政府采购法》中公开透明原则、公平竞争原则和公正原则的理想结果。其二,可以限制或排除履约验收阶段中中标供应商以履行采购合同的专有性为名对《政府采购法》的公平竞争原则及采购监督机制的曲解或排除,在此层面上明确了履约验收监督亦是政府采购监督的主要内容,确保采购合同实现的是立法的根本目的。其三,政府采购活动的合法性首先在于各个环节所体现出的合法性,其他供应商参与履约验收就是确保具体采购环节中的合法性,而非停滞于合同订立前阶段,具有不以局部替代整体、结论代替程序的正当性价值,“不会带来在实施保护政策时所产生的寻租和政府失灵等问题”^[15]。其四,实现对政府采购履约验收中非法行为的及时纠正,防止正义迟到,并避免中标供应商履约不当导致采购项目的重新开展,造成制度资源及物质资源浪费。从这种意义而言,当前履约验收阶段缺少及时纠错机制,其实是残缺的。

四、履约验收中引入同业监督机制的程式构建

“事实上,经真正博弈而不是依博弈为标榜的政府采购法制定当会创设具有可接受性和可行性的实施空间。”^[16]契合财政制度现代化需求,最为根本的是将同业监督机制塑造成为优化履约验收

管理,保障社会公共利益,实现政府采购治理体系和治理能力现代化的体制机制。因此,履约验收中引入同业监督机制亟待进行合理的程式构建,并围绕正当程序和实质正义的内在原理予以展开。

(一)明晰履约验收中同业监督机制的制度定位

德国学者耶林指出:“法律是根据人们欲实现某些可欲的结果的意志而有意识地制定的……每条法律规则的产生都源于一种目的,即一种实际的动机。”^[17]尽管立法者赋予采购人或采购代理机构验收及财政、审计等部门监督权限以确保采购合同及时合理履约并纠正不当履约验收行为,但面对履约验收问题急需转变思维模式。只寄托于财政、审计等部门的合理监督,并不能使政府采购法制效力发挥理想的确定状态,履约验收问题的解决需要政府采购制度体系化的通盘设计和全局考量。在《政府采购法》明确采购人或采购代理机构责任主体的情况下,同业监督机制应当定位为政府采购制度的内部组成机制,是履约验收管理机制的组成部分,职能在于履约监督及验收协助,并非对于验收及监督权限的替代执行。从这个意义上讲,同业监督机制主要针对的是政府采购合约履约一方的中标供应商。同业监督机制之所以有存在的必要,根本源于现有法律规范所构建的政府采购制度的不完善,实质上是履约验收管理的补充。

(二)确定履约验收中同业监督机制的基本原则

“基本原则是整体法律活动的指导思想和出发点”^[18],引入同业监督机制应遵循比例原则和协作原则。比例原则包含适当性原则、必要性原则和狭义比例原则三个方面。基于适当性原则,同业监督机制应当能够或有助于实现履约验收目的,即保障采购合同合理履行并及时验收,以确保采购项目实现为根本;依据必要性原则,未中标供应商参与应当避免对履约验收活动的干扰,尤其避免汲此实施不正当竞争行为,并与现有制度相协调,以实现效益的最大化;遵循狭义比例原则,采购人或采购代理机构应当对同业监督机制可能产生的负面效果进行综合考虑和全面权衡,未中标供应商遵守政府采购相关法律规定,恪守不滥用权利的范围边界,确保同业监督机制的正当性及功能发挥。协作原则主要体现在其他供应商参与履约验收活动时应当与采购人

或采购代理机构、监督部门进行充分的沟通与磋商,以协作的方式参与活动,包括积极参与和消极参与两个方面,当采购人或采购代理机构积极组织验收及中标供应商合理履行合同时,其他供应商的参与应当尊重履约验收活动对效率价值的追求,不能随意干预、阻碍验收程序的进行。中标供应商履约不当,采购人或采购代理机构验收不规范,是其他供应商参与履约验收的重点,但也只能以履约监督和验收协助的协作方式参与,杜绝权利的越位与肆意。

(三)厘清履约验收中同业监督机制的程序规则

1. 同业监督机制中确定其他供应商参与的方式。“框架协议”(Framework Agreement)为履约验收阶段提供了适于公正原则基础之上加强监督管理的重要途径。基于投标供应商之间的竞争关系,采购人或采购代理机构在采购项目发布之初提出框架协议,使投标供应商知悉其参与履约验收的可能,政府采购合同签订之时,通过框架协议来确定部分(或一个)未中标供应商参与履约验收活动的机制安排。参与履约验收活动的其他供应商是合同订立前阶段供应商排序的第二顺位或后续顺位的供应商。即通过两个步骤,第一步通过现有合同订立前阶段的程序将中标供应商和参与履约验收的未中标供应商聚集于一个框架协议之内,第二步采购人或采购代理机构与中标供应商和参与履约验收的未中标供应商分别签订合同。可以认为,“框架协议给政府采购者获得需求集合的最‘直观’好处,即激烈竞争,有效利用了供应商的专业化和知识共享,最大限度地减少成本和缩短过程”^[19]。

2. 同业监督机制适用的政府采购项目范围。政府采购方式包括公开招标、邀请招标、竞争性谈判、单一来源采购、询价及国务院政府采购监督管理部门认定的其他采购方式。为保障验收的公正性及避免供应商之间相互串通,同业监督机制只适用于供应商数量在三个或三个以上的政府采购方式,因此,履约验收阶段引入同业监督机制适用的政府采购方式可以为公开招标、邀请招标、竞争性谈判三种情形。当然,依据《政法采购法》第41条规定“应当邀请国家认可的质量检测机构参加验收工作”的大型或者复杂政府采购项目履约验收阶段可以不适用同业监督机制。

3. 同业监督机制的协议内容。适当的框架协议设计一方面可以调和需求聚合与流程优化之间的权衡,另一方面可以加强自主性、灵活性和配置效率。采购人或采购代理机构与其他供应商签订的合同应当规定如下内容:(1)其他供应商在履约验收活动中的权利及其保障;(2)其他供应商参与履约验收活动的方式及提供履约监督和验收协助的义务;(3)参与履约验收的时间安排;(4)其他供应商具体的报酬或奖励标准,例如必要的劳务、纳入政府采购诚信考核体系等,“即建立畅通的以供应商为主体的质疑监督程序,在政府采购法律中增加确保供应商商业机会的规定”^[20]。

4. 其他供应商参与的时间节点。即同业监督机制启动的时间节点,基于其他供应商监督的及时性和同业监督机制的补充性之平衡考量,恪守比例原则与协作原则,依据政府采购品目分类目录,程序启动可区分以下三类情形:第一,针对中标供应商提供的可直接交付使用的品目,如办公消耗用品、医药品、图书等,其他供应商参与的时间节点为交付之时,这种情况下其他供应商只参与验收活动。第二,针对中标供应商提供的服务类品目,时间节点为中标供应商开始履约采购合同之时,随着采购合同履行及时参与采购监督及验收协助,可作为该类项目的优先或首要监督手段。第三,针对工程类采购项目,时间节点可以为中标供应商开始履行采购合同之时,或者将采购项目划分为多个阶段,时间节点为各个阶段结束之时,分阶段验收亦能及时发现和纠正问题。实践中有杭州市建立的三个阶段“供应商履约评价体系”。^[6]

5. 其他供应商参与履约验收的程度。其他供应商参与履约验收必然存在“全程参与”与“结果参与”之分歧。如上文所述,全程参与受信息限制及成本较高等因素而难以成为一种常态机制,这种方式亦可能被其他供应商滥用而影响合同及时履行;结果参与并不是指在整个合同履行结束后参与验收,而是依据具体验收标准对中标供应商履约的每一个具体实施环节为对象进行履约监督。因此,结果参与是比较适宜的履约验收方式,体现同业监督机制对现有履约验收制度的补充性价值,并不会带来不当利用之弊端。

(四)强化履约验收阶段中引入同业监督机制的效力保障

“建立一套可以预期自己行为后果的制度,

是社会存在和延续的基础。”^[21]当前,其他供应商在履约验收阶段中开展履约监督和验收协助,主要采用评估建议的方式。法理上,建议的权利效力并不具有法律强制力,未中标供应商处于协助验收地位,最终依赖采购人或采购代理机构、监督部门的监督机制来消除政府采购履约验收问题。一般意义,评估建议被定位为柔性监督,并不具备制裁的功能与启动追责程序的效力,中标供应商、采购人或采购代理机构可能对未中标供应商的评估建议放任不理,造成同业监督机制的“虚置”。因此,同业监督机制应当要求采购人或采购代理机构对于其他供应商的评估建议进行登记并及时检验,中标供应商应当及时回应、详细说明并对问题进行整改。引入同业监督机制的同时应当构建其他供应商与财政部门间的信息交换机制,其他供应商应将发现的问题在财政部门进行备案,中标供应商、采购人或采购代理机构对问题的处理状况作为履约评价、采购绩效评估和考核等重要指标,而非现有规定之“作为验收书的参考资料”,以消除“形式主义”的困境。

结 语

妥当的定位及在此基础上的逻辑构建,构成法律制度和法治体系的基础。同业监督机制的引入彰显了对我国政府采购制度中贯彻公正原则的理念矫正。正如有学者所言,“公共采购应当被视为一个起于预算终于评估的管理链条”^[22]。引入同业监督机制肇始于我国积极完善政府采购监督机制之动机,根源于财政制度现代化之要求,亦可以克服采购人或采购代理机构验收所固有的验收盲点、验收不力等缺陷。因此,在履约验收阶段收集和處理信息等专业化资源使其他供应商可以与采购者合作,成为中标供应商遵守采购合同最有效的“主管”。同业监督机制亦使其他供应商的竞争性特性真正得以延展,实现政府采购领域的治理体系和治理能力现代化。

注释:

(1)数据来源于财政部发布的2018年政府采购数据统计。

(2)《财政部关于进一步加强政府采购需求和履约验收管理的指导意见》(财库〔2016〕205号)指出,

“从2017年开始,财政部将委托社会力量开展对政府采购透明度的第三方评估”;《政府采购货物和服务招标投标管理办法》(2017年修订)第74条规定:“采购人可以邀请参加本项目的其他投标人或者第三方机构参与验收。参与验收的投标人或者第三方机构的意见作为验收书的参考资料一并存档。”

- (3)《安徽省政府采购管理办法》第29条规定:“采购人可以邀请参加本项目采购活动的未中标(成交)供应商参与验收。”《辽宁省政府采购履约验收管理办法》第21条规定:“采购人或者委托的采购代理机构可以邀请参加本项目的其他供应商或第三方专业机构参与验收。”《杭州市政府采购履约验收暂行办法》第14条:“采购人或其委托的采购代理机构成立验收小组,可以邀请参加项目采购活动的其他供应商参与对供应商的履约验收。公共服务项目,应当邀请服务对象参与验收并出具意见。”
- (4)参见国务院发展研究中心“完善政府采购制度体系与运行机制研究”课题组:《政府采购“绩效最优”原则及借鉴》,载于《中国政府采购报》2014年11月7日第4版。
- (5)过程利益(Procedural Benefits)是指人们从过程自身之中享受到的独立于具体结果的收益。参见[美]迈克尔·D·贝勒斯:《程序正义——向个人的分配》,邓海平译,高等教育出版社2005年版,第157页。
- (6)杭州市建立的“供应商履约评价体系”分为三个阶段:(1)合同签订至项目基本建设完成,过中期验收,即初验阶段,主要包括供应商的采购准备、需求调研、备货验货、进场实施、进入试运行等;(2)项目试运行至完成全部所投标项任务,通过最终验收,即终验阶段。主要包括系统完善、设备调优、运行纠错、需求修改、应用培训等;(3)经终验合格,正式交付使用,进入维护期,即维护阶段。主要包括日常维护、巡检服务、电话支持、现场服务等。参见杨立伟:《把好政府采购最后的验收关口》,载于《中国政府采购》2013年第8期。

参考文献:

[1]李森善.政府采购项目验收问题及治理对策[J].中国政府采购,2011,(1):38-39.

[2]马金芳.社会组织多元社会治理中的自治与法治[J].法学,2014,(11):87-94.

[3]李德华,陈维琳.政府采购合同履约追溯体系的构建[J].中国政府采购,2019,(2):40-42.

[4]王博,于连超.同业监督及其竞争法规制[J].政法

论丛,2017,(3):100-107.

[5]宋军.让“邀请其他投标人参与验收”落地[N].中国政府采购报.2018-5-18(4).

[6]江合宁,谢拓.论我国政府采购监督主体及其权力(利)配置[J].甘肃社会科学,2009,(4):105-108.

[7]罗豪才,宋功德.现代行政法学与制约、激励机制[J].中国法学,2000,(3):78-89.

[8]王博,于连超.同业监督及其竞争法规制[J].政法论丛,2017,(3):100-107.

[9]敬义嘉.从购买服务到合作治理——政社合作的形态与发展[J].中国行政管理,2014,(7):54-59.

[10][德]Eberhard Schmidt-Assmann.行政法总论作为秩序理念:行政法体系建构的基础与任务[M].林明锵,译.台北:元照出版有限公司,2009:129.

[11]刘文忠.“实体正义”和“程序正义”的一种后现代主义视角[J].河北法学,2005,(5):86-91.

[12]王锡锌.论法律程序的内在价值[J].政治与法律,2000,(3):19-23.

[13]汪锦军.合作治理的构建:政府与社会良性互动的生成机制[J].政治学研究,2015,(4):98-105.

[14]朱明阳.试论政府采购中的供应商权利保障[J].成都行政学院学报(哲学社会科学版),2006,(4):6-8.

[15]阮平南,龚洁.政府采购中保护政策与竞争政策的经济学分析[J].商业研究,2006,(3):4-7.

[16]肖北庚.我国政府采购法制之根本症结及其改造[J].环球法律评论,2010,(3):17,30-38.

[17][美]博登海默.法理学:法律哲学与法律方法[M].邓正来,译.北京:中国政法大学出版社,1999:109.

[18]刘大洪.论经济法上的市场优先原则:内涵与适用[J].法商研究,2017,(2):82-90.

[19]Gabriella M.Racca, Roberto Cavallo Perin, Gian Luigi Albano. The Safeguard of Competition in the Execution Phase of Public Procurement: Framework Agreements as Flexible Competitive Tools [C]. The Seminar on “The New Public Law in a Global (Dis) Order: A Perspective from Italy”, New York, September 19-20, 2010.

[20]杨玉梅.论我国政府采购监督机制的完善[J].经济问题探索,2006,(4):153-156.

[21]周尚君.地方法治试验的动力机制与制度前景[J].中国法学,2014,(2):50-64.

[22][美]A·普雷姆詹德.公共支出管理[M].王卫星,等,译.北京:中国金融出版社,1995:7.

(责任编辑 吴楠)