

平等保护视角下投标保证金制度体系化重建

周清林

摘要:《招标投标法》未对投标保证金制度进行规定。行政法规、行政规章等虽有涉及,但并未贯彻平等理念。民法平等原则要求,法律应当一视同仁对待招标人与投标人。以平等原则检视投标保证金制度,需要对其予以体系化重建。首先,需要将投标保证金重新界定为民事担保且为定金担保,定金罚则不但适用于投标人,也应当适用于招标人。其次,应基于立约定金视角重建投标保证金的不退还制度。只有因投标人过失导致招标投标合同不成立情形出现时,招标人才可以不退还投标保证金。最后,需要全面审视且重建投标保证金退还制度。法律应以确保投标人应有利益为基础,从退还条件、时间、主体与范围上重新构建投标保证金的退还制度。

关键词:投标保证金;平等;定金罚则;退还制度

中图分类号: D913 **文献标识码:** A **文章编号:** 1003-0751(2025)07-0060-10

平等对待各市场主体,既是当今优化营商环境的核心理念,也是民法的基本原则之一。平等并非空头口号,而是需要落实的具体举措。如何将平等理念贯彻于微观制度,是检验营商环境是否得到优化的关键因素,也是实质正义的末端展现。从投标保证金制度这一微观领域而言,其立法理念与制度构建几乎都未运行在平等理念的基础上。在招投标盛行的当下,有必要以平等理念检视这一具体领域,对其予以体系化重建,以期对未来《中华人民共和国招标投标法》(以下简称《招标投标法》)的修订有所裨益。

2000年生效的《招标投标法》未规定投标保证金。第一次规定投标保证金的是2003年颁布的《工程建设项目勘察设计招标投标办法》(八部委2号令)。该办法在第24条、第25条、第44条和第46条规定了投标保证金^①。2003年颁布的《工程建设项目施工招标投标办法》(七部委30号令)、2005年颁布的《工程建设项目货物招标投标办法》也对投标保证金予以了规定。2012年生效的《中华人民共和国招标投标法实施条例》(以下简称《招标投标法

实施条例》)通过多个条文对投标保证金进行了详细规范,不过2017年修订的《招标投标法》仍然未对此进行任何规定。由于立法层面未曾明确,理论界和实务界对投标保证金制度有诸多无法统合的理解。理论上,关于投标保证金,我们面临如下三个难以解决的问题:投标保证金是行政管理手段还是民事担保?如果是民事担保,其担保的主债权是什么?若为民事担保,投标保证金是质押担保、定金担保还是其他担保?实务上,也面临如下难题:投标人串通投标、弄虚作假或者贿赂评审人员时,招标人可否收缴投标保证金?招标人导致合同不能成立时该如何承担赔偿责任?行政法规规定的撤销投标或者中标后不签订书面合同等是否无条件构成投标保证金的不予退还情形?正因为投标保证金制度面临如此之多的问题,所以需要我们对其进行全面审视,回溯理论源头,对其进行制度重建。

一、投标保证金的重新定性

投标保证金作为一种民事担保,似乎毋庸置疑。

收稿日期:2025-03-10

作者简介:周清林,男,西南政法大学民商法学院教授(重庆 401120)。

国家发改委法规司等编著的《中华人民共和国招标投标法实施条例释义》一书表明,投标保证金是在合同缔结过程中为有效约束投标人行为而对招标人权利进行的担保^②。然而,由于法律规范的措辞与表达,投标保证金容易被认为是一种行政处罚措施。

1. 投标保证金的行政处罚幻象

《招标投标法实施条例》第35条第二款规定:投标截止后投标人撤销投标文件的,招标人可以不退还投标保证金。第74条规定:中标人无正当理由不与招标人订立合同,在签订合同时向招标人提出附加条件,或者不按照招标文件要求提交履约保证金的,取消其中标资格,投标保证金不予退还。尤其是第74条,其本身即是作为行政处罚进行的规定。2016年颁布的《贵州省招标投标条例》第43条更是明确,只要投标人提供虚假材料和行贿谋取中标等,则投标保证金不予退还^③。以此给理论与实务界形成了一个印象,即投标保证金为约束投标人诚信投标的行政处罚措施。

理论上,投标保证金的实质是为了避免因投标人失信行为给招标人造成损失,其目的是维护招标投标关系稳定有序^[1]。换言之,投标保证金的目的在于防止投标人失信行为给招标人带来损失,不是为了担保招标人将来出现的损失。既然如此,无论招标人是否因投标人的失信行为导致损失,只要投标人有失信行为,从预防损失角度即可以收缴其投标保证金。这并非民事思维。对民法而言,没有损失,一般则无须承担损害赔偿责任。即使投标人有严重的失信行为,只要没有给招标人带来任何损失,招标人就不能请求投标人承担任何民事责任。此时对投标保证金的收缴,不可能是一种民事责任承担,而只能是一种行政处罚。学者直言,政府采购中不予退还保证金的行为属于行政行为,符合行政处罚行为的法律规定^[2]。可见,投标保证金在理论上有逸出民事担保的风险,会被认为是一种行政处罚。

实务上,行政机构与一些法院也认同或者不否定投标保证金所具有的行政行为性质。“平顶山市第一人民医院、范某房屋租赁合同纠纷案”里,一审法院即认为投标保证金是对投标人投标行为的约束^④。既然投标保证金是为了让投标人诚信投标,行政机构就有权力介入予以监督和处罚。“江苏盈通建设科技发展有限公司、安庆市公共资源交易监督管理局、安庆市人民政府其他行政管理案”表现更为典型。该案先由负有监督职责的安庆公管局作出行政决定不退还投标保证金,行政复议后维持,一

审法院认为行政决定基本合法仍然予以维持,二审法院才认定不退还投标保证金不是行政处罚,只是对民事责任承担的一种方式^⑤。《甘肃省房屋建筑和市政基础设施工程完善招标投标担保制度进一步降低招标投标交易成本实施细则》(发改法规〔2023〕27号)第1条明确规定,依法必须招标的政府投资项目全面停止收取投标保证金。招标人不得要求或变相要求投标人递交任何形式的投标保证金。评标委员会不得以未递交投标保证金为由否决投标。显然,行政机构并未真正将投标保证金作为一种民事担保,而是作为一种行政处罚措施,否则其无权对民事担保发出指令。

可见,投标保证金本身的性质即具有争议。探讨投标保证金制度,首先便需要厘定其性质。

2. 投标保证金的民事担保定性

理论界与实务界之所以容易将投标保证金作为一种行政处罚手段,在于投标保证金与不诚信投标行为相联系。一般情况下,由于投标人出现了不诚信投标行为,才导致招标人不退还投标保证金。这一因果关系,导致了行政处罚联想,即为了避免或者防止不诚信投标,行政机构通过不退还投标保证金予以处罚。易言之,不退还投标保证金就是为了预防与惩罚不诚信投标行为,是对不诚信投标行为的行政处罚。只要出现了不诚信投标行为,行政机构即可以通过不退还投标保证金予以惩罚^[3]。其实,不退还投标保证金虽然与不诚信投标有关,但与行政处罚毫无关系。根据《行政处罚法》第2条、第4条和第74条规定,行政处罚必然是由行政机关依据法律、法规、规章规定并由行政机关依照法定的程序,对违反行政管理秩序的公民、法人或者其他组织,以减损权益或者增加义务的方式予以惩戒的行为。罚款、没收的违法所得或者没收非法财物拍卖的款项,必须全部上缴国库,任何行政机关或者个人不得以任何形式截留、私分或者变相私分。从投标保证金的不退还来看,行政机构可以对投标人作出不诚信投标行为的认定,但没有任何法律、法规和规章授权行政机构可以作出不退还投标保证金的行政处罚,更没有任何规定授权行政机构可以收取投标保证金。即使行政机构作出了行政决定不退还投标保证金,依据的也只能是招投标文件或者投标人的诚信承诺书,且不退还的投标保证金不能上交国库,而是全部归于招标人。可见,尽管投标人有违反招投标秩序的不诚信投标行为,但不予退还保证金不属于行政处罚^[4],招投标行政监督部门无权作出

“不予退还投标保证金”的决定^[5]。既然不属于行政处罚,一些地方政府发布红头文件禁止招标人或者采购人收取投标保证金,也构成对民事权利的限制,不具有合法性^⑥。

不具有行政处罚性质的投标保证金,一般仅被当作民事担保制度^[6]。有学者认为,投标保证金是一种特殊的质押担保^[7]。其实不然。作为民事担保的投标保证金,必须遵守担保的一般特征。从债的基本分类出发,担保为从债,是对主债权的保障。作为从债,担保之债本身不能独立存在,需要依从于主债。对于典型的担保如抵押担保和保证担保而言,担保的从属性显而易见,因为这些担保都以发生主债为前提。但就投标保证金来说,它不具备典型担保的一般特征,因为投标保证金交纳时主债并未发生。这是否意味着投标保证金可以作为一种不具有从属性的担保制度而存在?这正是其无法区别于行政处罚的原因。

倘若投标保证金只是对不诚信投标行为的担保,亦即担保投标行为的诚信性,一旦发现投标人有不诚信投标行为即发生担保责任,更易被认定为对不诚信行为的惩罚而非担保。投标保证金既然为一种担保,则应当遵守担保的从属性要求。易言之,投标保证金并非对诚信投标行为的担保,不是以此保障自己投标行为的诚信性,否则愿受惩罚,而是对因自己不诚信投标行为可能给招标人带来的损害进行担保。从民法上言之,该担保为投标人可能出现的缔约过失责任予以担保。倘若投标人的不诚信行为导致招投标程序无法进行或者招标人无法通过招投标程序签订合同,则为投标人因其过错导致合同不能成立而给招标人带来损失,符合缔约过失责任特点。此时,招标人可以请求投标人承担缔约过失责任,享有对投标人基于缔约过失责任而来的债权。投标保证金正是为这种债权而进行的担保。如《工程建设项目施工招标投标办法》第 81 条和《工程建设项目货物招标投标办法》第 58 条第二款规定:“……给招标人的损失超过投标保证金数额的,中标人应当对超过部分予以赔偿;没有提交投标保证金的,应当对招标人的损失承担赔偿责任。这些规定表明,投标保证金担保责任的承担,必然以对招标人造成损失为前提。由此,投标保证金担保就是对缔约过失责任的担保,以届时能产生缔约过失责任为条件^[8]。

3. 投标保证金应当为一种定金担保

投标保证金作为一种民事担保已为《招标投标

法实施条例》所规定,其合法性与担保性毋庸置疑。但是否可以归入典型担保,值得讨论。国家发改委法规司等编著的《中华人民共和国招标投标法实施条例释义》认为,以现金形式提交的投标保证金不属于定金而属于质押,以银行保函或专业担保公司的保证担保的为保证担保。之所以不能归入定金担保,在于相关的行政法规与规章以及地方条例都没有明确投标保证金的定金罚则,因而无法通过法律确定其定金性质。根据原《担保法司法解释》第 118 条规定^⑦,不能从名称上推定其具有定金性质^⑧。显然,该观点是尽量将投标保证金这一担保方式纳入典型担保中,若为现金则归入质押担保,否则为保证担保。该观点可以理解。因为在该书编写时担保适用的是 1995 年生效的《担保法》,此时尚未具备开放式的担保体系,也就是尚未以功能主义将担保划分为典型担保和非典型担保。在一个只有五种担保方式的担保体系里,根据投标保证金的基本性质,要么归入质押担保,要么归入保证担保。不过,这一传统的认证在如今的担保体系下无法自洽。

传统的担保不但是一个封闭的担保体系,而且是一个完全按照主从债原理构建的担保制度体系。以质押担保或者保证担保为例。质押担保和保证担保的发生以主合同有效产生的债权为前提。《民法典》第 388 条规定,担保合同是主债权债务合同的从合同。主债权债务合同无效的,担保合同无效,债务人、担保人、债权人有过错的,应当根据其过错各自承担相应的民事责任。《民法典》第 682 条对保证担保也作了类似规定^⑨。可见,对于质押担保和保证担保这类典型担保而言,其从债的特点非常明显,必须从属于主债且以主债合同有效为前提。显然,典型物权式担保与保证担保并不能涵盖投标保证金,因为投标保证金担保设立的目的在于按照招标投标方式订立合同,此时合同必定尚未成立,更谈不上生效。据此而论,将投标保证金归入其中任何一种担保方式,无论是质押担保还是保证担保都不合适,缺乏前提。

投标保证金作为一种担保方式,一直游离于我国担保制度体系之外。这既可能基于传统担保制度体系的封闭性所限,也可能是因为以往的定性出现偏离。之所以未将投标保证金定性为定金,是从当时的司法解释规定出发进行的解释。倘若将视角调整到投标保证金应有的功能角度,也许我们可以重新发现投标保证金的性质。

投标保证金是招标人在招标文件里决定是否采

用的一种担保方式,其担保目的在于通过招投标订立合同。亦即,投标保证金的制度目的在于担保招投标合同的有效订立。倘若投标人未能诚信投标导致招投标合同不能有效订立,则投标人需要向招标人承担缔约过失责任。此时,投标保证金可以作为招标人对投标人缔约过失债权而来的担保。显然,投标保证金是为了让主合同能得到有效成立而设立的担保,完全不同于为担保主合同有效后所生债权的担保(包括非典型担保)。无论从典型担保还是非典型担保来看,只有定金担保中的立约定金可与之相比。由于我国民法典主要将定金作为一种违约损害赔偿的约定方式予以规定,并未将其首先看作一种担保方式,所以只在违约责任部分规定了立约定金这一类型^[9]。其实,定金除立约定金外,还有立约定金、成约定金和解约定金形式^[10]。所谓立约定金,是指当事人约定以给付定金作为订立主合同的一种担保^[11]。根据立约定金的罚则,给付定金一方拒绝订立合同或因其过错导致主合同不能成立或生效的,收受定金一方可以不予退还;收受定金一方拒绝订立合同或者因其过错导致主合同不能成立或生效的,给付定金一方可以要求收受定金一方双倍返还^[12]。从投标保证金的目的看,其与立约定金如出一辙,即是为了确保主合同的有效成立。

既然可以归入传统的制度,为何我们却一再拒绝?这需要从法律对投标保证金的规范入手。《招标投标法实施条例》第73条规定,招标人无正当理由不发出中标通知书、不按照规定确定中标人、中标通知书发出后无正当理由改变中标结果、无正当理由不与中标人订立合同以及在订立合同时向中标人提出附加条件,在接受行政处罚的同时,给他人造成损失的,依法承担赔偿责任。第74条则规定中标人无正当理由不与招标人订立合同等,在接受行政处罚后对其投标保证金不予退还。《房屋建筑和市政基础设施工程施工招标投标管理办法》(2019年修正)第46条第二款和第三款规定,中标人不与招标人订立合同的,投标保证金不予退还并取消其中标资格,给招标人造成的损失超过投标保证金数额的,应当对超过部分予以赔偿;没有提交投标保证金的,应当对招标人的损失承担赔偿责任。招标人无正当理由不与中标人签订合同,给中标人造成损失的,招标人应当给予赔偿。招标人与投标人看上去被平等对待了,但实际上并非如此。一旦因为投标人过错导致招投标合同不能成立,招标人即可以收缴价值不菲的投标保证金;若因招标人原因不能与投标人

订立合同时,则一般不能得到价值相当的弥补。在“勐海绿金农业有限责任公司与泸水三农扶贫开发有限公司、怒江恒楷工程咨询有限公司预约合同纠纷案”里,因招标人过错导致合同不能成立,招标人只是无息退还投标保证金^⑩。“平顶山市第一人民医院、范许柯房屋租赁合同纠纷案”同样认定,虽然招标人过错导致招投标合同不能成立,但由于招标文件未明确约定定金性质,所以不能适用定金罚则双倍返还而只能返还缴纳的投标保证金^⑪。在“监利新天地房地产开发有限公司与广东亚太西奥电梯有限公司合同纠纷案”里,一审法院认为如果仅仅是退还投标保证金而不是双倍返还的话,则明显违背了权利义务对等的原则,因此认定为定金。二审法院则认为,将投标保证金认定为定金于法无据^⑫。可见,在司法实务中,只要没有明确约定为定金性质,大多数裁判并不认为招标人原因导致合同不能成立会给投标人带来损失,更不会认为可以适用投标保证金双倍返还。但法律毕竟规定了招标人造成投标人损失需要赔偿,因此也给司法实务带来了不一样的裁判。如“华泰建设工程有限公司、赣州开发区建设投资(集团)有限公司建设工程施工合同纠纷案”。该案认为中标通知书发出后招投标合同成立,招标人不按照合同履行需要承担违约责任,按照违约责任赔偿履行利益与可得利益^⑬。

由上,之所以立法与司法实务不能按照立约定金理解投标保证金,其实还是为了尽量保障招标人利益^⑭。这一理念并未彻底贯彻平等保护原则^⑮。从民法角度,招标人与投标人都可能导致合同不能成立,因而也应当平等地承担同样导致合同不能成立的缔约过失责任。一般而言,因一方缔约过失导致合同不能成立对双方造成的损失都应当相等,这也是立约定金罚则适用的原理。若此,在没有特别情况下,因一方缔约过失导致合同不能成立的损害也大致相当,其对另一方享有的损害赔偿债权也大致相同。此时,如果投标人过错导致招投标合同不能成立,招标人通过不退还投标保证金弥补损失,那招标人过错导致合同不能成立则应当双倍返还才比较公平。如“湖南省建筑工程集团总公司与九江市林科所、九江市建院监理公司、九江市招标投标办公室招标投标纠纷案”所判:“在合同的缔约过程中招标人与投标人地位是平等的,缔约活动是自由的,主要应以民法来调整双方之间的权利义务关系。按照投标人与招标人平等地位的理解,投标保证金于特定情况下的惩罚性质应对等适用于双方,故此投标保

证金具有定金的特征。投标人于招标人违反招标文件和法律、行政法规的规定时,有权利要求招标人双倍返还投标保证金”^⑩。有地方条例也基于公平原则明确承认了投标保证金的定金性质^⑪。当然,如果投标保证金与发生的损失不相匹配,此时也可以按照违约金规则予以调整^[13]。

基于此,投标保证金在目的上与立约定金完全重合,完全可以认定为立约定金,无须再为此设立新型的非典型担保模式。作为一种立约定金,当然能适用定金罚则。投标人不诚信投标导致招标投标合同不能成立,招标人收缴其投标保证金;反之,则双倍返还投标保证金。如果招标人事先通过招标文件免除自己双倍返还责任,则该条款应该认定为《民法典》第 497 条第二项内容,认定该格式条款无效。

二、投标保证金不退还制度检视与重建

《招标投标法实施条例》第 35 条第二款和第 74 条规定,投标人撤销投标、中标人无正当理由不与招标人订立合同、签订合同时向招标人提出附加条件或者不按照招标文件要求提交履约保证金的,投标保证金不予退还。《工程建设项目施工招标投标办法》第 81 条规定了中标人放弃中标项目这一投标保证金不予退还情形。《政府采购货物和服务招标投标管理办法》第 75 条规定,将中标项目转让给他人、在投标文件中未说明且未经采购招标机构同意将中标项目分包给他人或拒绝履行合同义务也会导致投标保证金不予退还。《贵州省招标投标条例》第 43 条还规定了投标文件提供虚假材料与投标人行贿企图谋取中标这些不退还情形。如此众多的不退还情形,是否都能反映投标保证金本身的缔约过失责任担保功能?下文将分三个部分予以讨论。

1. 投标人撤销投标与投标保证金不退还

投标期间截止后投标行为生效,发生针对投标人的要约拘束力。从一般的合同订立而言,要约生效后即进入承诺人的承诺期间,等待承诺人的承诺。尽管《民法典》第 476 条规定要约一般情况下可以撤销,但在要约人明示要约不可撤销或者受要约人有理由认为要约不可撤销且为履行合同做了合理准备工作的,要约并不得撤销。一旦要约人撤销了要约,承诺人便不能承诺,将无法导致合同成立。此时,承诺人可以要求要约人承担缔约过失责任。然而,民法典合同编的合同订立一般并非竞争性缔约,而是限于特定双方当事人之间。只要要约人撤销,

承诺人将无法成立合同。但招投标程序则不同。

招投标程序作为一种缔结合同的竞争性程序,对招标投标合同的订立有特殊的规定。投标行为生效后,即使投标人不撤销投标,只要不符合开标条件,招标人也不得开标,无法缔结合同。《招标投标法实施条例》第 44 条第一款规定,投标人少于 3 个的,不得开标,招标人应当重新招标。以此,如果投标人投标行为生效后发现投标人少于 3 个,此时招标人具备开标可能,招投标程序即告终止。倘若这一情况下投标人撤销投标,难道也允许招标人收缴投标保证金?此时招标人对投标保证金的收取意义何在?如果依照前述投标保证金的缔约过失责任担保功能,显然此时并不具备,因为招投标程序终止后合同不可能得以订立,且合同不能订立的原因并非双方的过错造成,不构成缔约过失责任。假若此时还可以收缴投标保证金,那收缴的目的只有一个,就是对投标人撤销行为的惩罚。这一惩罚并非民事责任承担,只能是一种行政处罚。若此,招标人具备行政处罚主体资格吗?答案不言自明。基于此,笔者以为,应当严守投标保证金的缔约过失责任担保功能。除非有证据证明投标人撤销投标导致了最终无法按照招投标程序缔结合同,否则不能以投标人撤销投标本身即认定需要承担担保责任。

2. 投标人不诚信与投标保证金不退还

虽然《招标投标法实施条例》仅规定了四种收取投标保证金的情形,未对其他投标人不诚信的行为与投标保证金的收取挂钩,但地方条例(如《贵州省招标投标条例》第 43 条)与司法实务却基本上认定,只要投标人提供虚假投标文件、串标围标或者向评标委员行贿等,也可以收缴其投标保证金。“天津巨益建设工程有限公司、天津一汽丰田汽车有限公司招标投标买卖合同纠纷案”里,法院认为,招标文件规定串通投标不退还投标保证金且投标人进行了响应,应当按照招投标双方合意不退还投标保证金^⑫。“业兴实业集团有限公司与重庆市黔江区公共资源综合交易中心黔江区舟白初级中学学校合同纠纷案”里,法院认为,招标文件规定围标串标的投标保证金不予退还的,一经查实构成围标串标,即不予退还投标保证金。其原因有二:第一,符合当事人意思。投标人在投标阶段可以选择是否接受招标文件的规定,一经投标并缴纳相应的保证金,该规定对投标人即产生约束力。投标人在投标过程中违约或使用不正当手段,就应承担相应的法律责任。第二,围标的行为严重扰乱了正常的招投标工作秩序,有违

规行为的投标单位依法应当承担相应的法律责任。招标人不退还保证金实际上是对违反诚实信用原则的投标单位的惩罚,这样才能促使投标人严格遵守招标工作秩序^⑩。从法院的判决理由看,投标人的不诚信行为之所以会导致投标保证金的不退还,主要还是维护招投标秩序,对不诚信行为予以惩罚之故。问题是,投标保证金作为一种普通的民事担保,只是对招标人缔约过失债权的担保,并非一种对诚信行为进行的行政处罚。如果不能证成招标人因为投标人的不诚信行为导致合同不能成立而享有缔约过失责任债权,即使投标人有再多的不诚信行为,招标人也无权收取投标保证金。显然,法院在判决上不能带来民法原理上的说服力。正因为此,有学者对此提出了激烈批评^[14]。实务中也有案例表达了不同看法。在“中煤新集能源股份有限公司、中煤招标有限责任公司等招标投标买卖合同纠纷案”里,法院认为,“从基础法理分析,即便能够认定一帆公司与其他投标人存在串标,其行为实质也应归属于缔约过程中对诚信原则的背离,属于违反先合同义务,依法应承担缔约过失损害赔偿责任。该责任的承担需由招标人提供证据佐证具体损失构成及其因果关系”^⑪。可见,能否在招标文件里规定进而通过投标人响应来确定不退还投标保证金情形,理论上与实务上都有很大争议。这需要深入探讨。

根据《招标投标法实施条例》第51条规定,投标人有串通投标、弄虚作假、行贿等违法行为等情形的,评标委员会应当否决其投标。《评标委员会和评标方法暂行规定》第20条还增加了挂靠投标的否决投标情形。依照《评标委员会和评标方法暂行规定》第27条规定,因有效投标不足三个使得投标明显缺乏竞争的,评标委员会可以否决全部投标。看来,如果因为投标人的不诚信行为导致投标被否决进而致使否决全部投标,则投标人的不诚信行为产生了招标人合同不能订立的后果,投标人需要为此承担缔约过失责任。但招投标程序与一般的合同订立不同。倘若投标人虽有不诚信行为如提供虚假材料或者行贿评标委员等,但进入开标阶段的投标人仅为其一人或者少于3人,此时无论其是否提供虚假材料都不能开标,招标人也不能因此订立合同。此时,其虽有不诚信行为,但该不诚信行为并非导致招投标合同不能成立的原因。投标人并不因此而需要向招标人承担缔约过失责任。可见,投标人的不诚信行为不一定会导致合同不能成立,不一定会给其招致缔约过失责任。由于投标保证金是一种民事

担保,它只是对招标人信赖利益损害赔偿债权的担保,前提必须是投标人需要承担缔约过失责任。在缔约过失责任不构成条件下,招标人并无对投标人的债权,投标保证金担保不成立。假若没有招标人对投标人的债权而仍然收取投标保证金,则收取行为并非投标人承担担保责任,而只是对投标人不诚信行为的惩罚,只是一种行政处罚措施。由于没有法律将投标保证金的收取作为一种行政处罚措施,通过依据招投标文件由招标人收取并不合乎行政处罚规定。

由上所述,我们不能因为法律没有规定而一概否定,也不能因为招投标文件有规定而一概肯定。招标人能否收取投标保证金,关键在于投标人是否承担担保责任。如果招标人有证据证明招投标合同之所以不能成立,原因在于投标人的不诚信行为,则投标人需要为此向招标人承担缔约过失责任,此时招标人对投标人享有损害赔偿债权。此时收取投标保证金具有合理性^⑫。但若招标人无法证明投标人的缔约过失责任,则招标人无权收取投标保证金。不过,这些都是在没有约定或者约定不明的情况下适用。如果招投标文件对此有规定,招标人是否可以根据合意而适用?笔者以为不能。招标文件为招标人拟定的文件,因而可以认定为格式条款。由于投标人必须实质性响应招标文件内容,因而投标人实际上只能以这些内容为投标文件内容。实践中,招标人往往都会假手拟定招标文件的权利,在文件里写入大量不退还投标保证金的情形^⑬。招投标双方虽然就此达成了一致,但可以根据《民法典》第497条第二项,将其认定为“加重对方责任”而否定该格式条款的效力。

3. 投标人中标后不良行为与投标保证金不退还

《招标投标法实施条例》第74条规定,中标人无正当理由不与招标人订立合同,在签订合同时向招标人提出附加条件,或者不按照招标文件要求提交履约保证金的,取消其中标资格,投标保证金不予退还。《政府采购货物和服务招标投标管理办法》第75条规定,中标人转包或违法分包中标项目以及不履行合同义务的,也可以收缴投标保证金。这些情形可分为三类:第一类为中标人违约。中标人转包或者违法分包中标项目或者拒绝履行合同义务,属于对合同义务违反的违约行为。第二类为不提交履约保证金。第三类为其他行为,即中标人不签署合同与提出附加条件。这些不退还投标保证金的情形因有行政法规与规章的明文规定,成为了常识,未

见反对或质疑的声音。上述情形误解了投标保证金的功能,不应该成为不退还投标保证金的情形。

《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国民事诉讼法〉合同编通则若干问题的解释》第4条第一款规定,中标通知书发出且到达后招投标文件已经成立,一般情况下即生效。此时,作为合同订立的招投标程序即终结,作为要约的投标行为与发出中标通知书的承诺行为都因为合同的成立而告终止。既然投标行为本身不再生效,自然不能再对投标人产生要约约束力。由于投标保证金有效期与投标有效期一致,在投标行为失效后投标保证金有效期也终止,投标人不再为此承担担保责任。可见,作为对投标人缔约过失责任的担保,投标保证金在合同成立后因其担保目的已经实现,自身不再发生担保功能,招标人无权收取其投标保证金。

以此,第一类情形不再属于缔约阶段的担保,而为合同履行担保问题,应当为履约保证金的覆盖范围。显然,要求投标保证金为违约债权予以担保,不符合投标保证金的担保目的。另外,《招标投标法》第60条规定,中标人不履行与招标人订立的合同的,履约保证金不予退还。据此,一旦中标人不履行合同,招标人岂不既可以收取投标保证金又可以收取履约保证金?显然是不合理的。第二类情形也与投标保证金功能无关。履约保证金的提交,以合同有效成立为前提,是对合同履行的担保。投标保证金设立的目的不是为了让中标人如何履行合同,而只是为了合同的有效成立。因此,投标保证金与履约保证金的提交毫无关系。由于以现金形式支付的履约保证金性质上为质押担保^{②3},只要未将资金存入债权人设立的保证金账户,则不能设立履约保证金这一质押担保,不发生质押担保效果。如此,招标人可以在招标文件中约定投标保证金的转化,即投标人中标后投标保证金即转为履约保证金。至于第三类情形则更是与投标保证金无关。中标人不签署合同书,不影响合同的有效成立,不能成为收缴投标保证金的理由。中标人提出附加条件,招标人完全可以拒绝,与招投标合同的有效成立无涉。以上表明,投标人中标后的不良行为与投标保证金不退还之间并无关系,招标人不能以此收缴投标保证金。

三、投标保证金退还制度检视与重建

1. 退还条件与时间

投标保证金是对投标行为的担保,其担保期间

为投标行为有效期间。因此,投标行为未生效或者投标行为失效者,投标保证金都需要退还。符合此条件的有三类情形。第一类为投标行为未生效。倘若投标行为尚未生效即撤回,则投标保证金的担保效力不发生,招标人应当退还投标保证金。《政府采购货物和服务招标投标管理办法》第38条第一款与《水运工程建设项目招标投标管理办法》(2021年修正)第40条第一款都作出了规定。第二类为招标人未承诺导致投标行为失效。如果投标行为生效后非因投标人不诚信行为导致招投标程序终结,如招标人终止招标与投标人未中标等,此时投标行为因为未被承诺而失效,投标保证金不再承担担保功能,招标人应当退还投标保证金。第三类为投标人中标。若投标人中标且收到招标人中标通知书,此时投标保证金担保目的已经顺利实现,不再需要为成立合同进行担保,投标保证金也必须予以退还。至于《招标投标法实施条例》第31条第二款规定的“招标人应当在书面合同签订后”退还,该规定并不合理。前文已述,招投标合同成立于中标通知书到达于中标人而非书面合同签订时。作为担保招投标合同成立的投标保证金,招投标合同一成立,投标保证金自无存在的必要。建议从投标保证金的担保目的出发,废止该规定。

招标人需要退还投标保证金的,在退还时间上并无统一规定。如果是因为投标人撤回投标而需要退还,《政府采购货物和服务招标投标管理办法》第38条第一款规定采购人自收到投标人书面撤回通知之日起5个工作日内退还,而《水运工程建设项目招标投标管理办法》(2021年修正)第40条第一款则规定“5日内”退还。显然,两者对于退还时间有差异。“5个工作日内”与“5日内”并不相同。“5个工作日”长于或等于“5日”,时长不一定一致。从目前的立法体系看,涉及政府采购的适用的是“5个工作日”^{②4},涉及非政府采购的招投标都适用“5日内”^{②5}。从统一规范角度,建议采用“5个工作日”标准。倘若因为招标人终止招标的,《招标投标法实施条例》第31条只是规定应当及时退还,并未具体规定时长。

针对中标候选人以外的其他投标人,法律规范都规定招标人最迟应当在中标通知书发出后5日内退还。但对于中标人和其他中标候选人,则是在与中标人签订书面合同后5日内退还^{②6}。其实,从投标保证金担保目的出发,应当对中标人、中标候选人以及其他投标人一视同仁,在中标通知书发出后成

立合同时,投标保证金即无存在的必要,都应当在中标通知书发出后5日内退还。

另外,从目前的司法案例看,“5日内”退还并非效力型强制性规定,法院一般会按照招标文件确定的期限决定退还时间。招标文件对此并无定式,主要是根据招标人单方意思决定,一般为30个工作日,当然也有不同的规定。如“盛隆电气集团有限公司与家乐福(中国)管理咨询服务有限公司预约合同纠纷案”里,招标文件规定将在中标通知后30个工作日内将投标保证金无息退还,法院认可了招标文件的效力^{②7}。“江苏省建筑工程集团有限公司与上海奥山实业有限公司等招标投标买卖合同纠纷案”中的招标文件更是将返还期限定为45个工作日内,法院依然照此判决^{②8}。“广州旺流物流有限公司、佛山市云米电器科技有限公司合同纠纷案”较短,为10个工作日^{②9}。“湖北全信建设集团有限公司与中农储(沙洋)市场建设开发有限公司合同纠纷案”最短,按照规范设定为5个日历日^{③0}。可见,招标文件一般都会超出法律规定的5日内退还规定,不但将日期定为工作日而非日历日,而且将日期大大延长。笔者以为,应当严格规范投标保证金的退还时间。招标人利用拟定招标文件的权利,超出法律规范制定出免除自己一段时间内的退还责任,属于不公平的格式条款,应当认定为无效。

2. 退还主体

一般情况下,投标保证金由招标人收取,也由招标人退还。但招标文件规定由招标代理机构收取投标保证金的,则需要区分情况。如果招标文件仅规定由招标代理机构收取投标保证金,未明确由其退还的,则招标人负有退还义务。倘若招标文件明确既由招标代理机构收取也由其退还,在投标人对此响应后发生针对招投标双方以及招标代理机构的约束力。此时,招标人并无退还义务,投标人只能请求招标代理机构退还,招标代理机构不得拒绝^{③1}。

招标人或其招标代理机构退还投标保证金时,一般应当如《公路工程项目招标投标管理办法》第57条第二款之规定,退还至投标人的基本账户。如果投标人投标保证金并非从投标人基本账户转出,此时招标人不必退还至转出投标保证金的账户,而是退还给投标人。实际转出投标保证金的个人或者单位,无权请求招标人返还投标保证金^{③2}。原因在于,并非投标人的其他个人,并不与招标人处于招投标关系中,其对招标人的投标保证金请求权缺乏基础关系支撑。

3. 退还范围

《招标投标法实施条例》第57条第二款规定,招标人最迟应当在书面合同签订后5日内向中标人和未中标的投标人退还投标保证金及银行同期存款利息。《公路工程项目招标投标管理办法》第57条第二款更是将存款利息定为“银行同期活期存款利息”。可见,根据上述法律规范,即使5日内返还,也需要返还投标保证金与同期存款利息。若逾期,则需要承担逾期利息。不过,由于上述规范未明确其效力型强制性,实务中常被招标文件修改。从司法案例看,招标文件不但会改变返还日期,将5个日历日延长至30个工作日甚至更长,也会在招标文件里明确返还为无息返还。法院都会按照招标文件的规定,判决在招标文件确定的日期内无息返还,超出确定日期才判决招标人承担利息。如“广州融创空港城投房地产开发有限公司、深圳市鑫明光建筑科技有限公司招标投标买卖合同纠纷案”明确,招标文件“招标人与中标人签订合同后30个工作日内,向未中标的投标人退还投标保证金,但不计利息”的约定有效,超出30个工作日才需要返还资金占用利息^{③3}。笔者不赞同审判机关的做法。投标人如果从其基本账户转出投标保证金进入招标人或其招标代理机构账户,该笔保证金并不发生所有权转移,只是交由招标人或其代理机构控制以担保招投标合同的订立。招标人或其代理机构并不能使用、收益和处分这笔资金,无权对其存入银行产生的孳息享有所有权。这也是上述法律规范要求返还本金及其利息的原理所在。既然如此,招标人能否利用拟定招标文件条款的权利,剥夺本属于投标人的孳息所有权?笔者以为不能。招标文件条款属于格式条款,排除投标人在一定时间内的孳息所有权属于《民法典》第497条第三项的“提供格式条款一方排除对方主要权利”情形,应当认定为无效格式条款。无论招标文件如何规定,投标人对于投标保证金不但可以要求返还本金,还可以要求返还同期存款利息。

如果是因为招标人原因导致招投标合同无法成立,如评标委员会不正当地否决投标、中标后招标人无正当理由不发出中标通知书等,则招标人需要为此对投标人承担缔约过失责任。《房屋建筑和市政基础设施工程施工招标投标管理办法》(2019年修正)第46条第三款规定,招标人无正当理由不与中标人签订合同,给中标人造成损失的,招标人应当给予赔偿。基于公平原则,实务中也有法院判决招标

人双倍返还投标保证金^③。由于笔者赞同投标保证金的定金性质,因此主张适用定金罚则而双倍返还。如果投标人有证据证明双倍返还仍然不足以弥补损失的,可以根据《民法典》第588条第二款规定:定金不足以弥补一方违约造成的损失,对方可以请求赔偿超过定金数额的损失。

结 语

投标保证金制度攸关招投标双方利益。基于平等理念,应当将投标保证金制度作为一种民事担保,将其定性为定金担保。按照定金罚则,不但可以收缴投标人缴纳的投标保证金,也可以要求招标人双倍返还。作为一种立约定金,投标保证金制度目的在于担保招投标合同的成立。只有投标人的过失导致招投标合同不能成立时,定金罚则才可以适用于投标人,不能随意扩大投标保证金的担保范围,将其改变为履约保证金甚至违约定金。在退还制度上,需要一视同仁对待招标人与投标人,应当对招标人利用拟定招标文件的权利排除或限制投标人返还投标保证金权利的条款进行无效认定,明确在确定期限内返还且返还范围应当包括利息。

注释

①需要说明的是,由于本文涉及大量的法条,如果一一罗列,将使得内容过于臃肿。因此,下文除非涉及特别重要的法条,一般不对此列明。②参见国家发展和改革委员会法规司、国务院法制办公室财金司、监察部执法检查司编著:《中华人民共和国招标投标法实施条例释义》,中国计划出版社2012年版,第66页。③《贵州省招标投标条例》第43条规定,有下列情形之一的,投标保证金不予退还:(一)投标截止后投标人撤销投标文件的;(二)中标人在签订合同时向招标人提出附加条件的,或者拒绝提交履约保证金或者履约保函的,或者自愿放弃中标的,或者在招标文件规定时间内不签订合同的;(三)投标文件中提供虚假材料的;(四)投标人行贿企图谋取中标的;(五)法律、法规规定的其他情形。④参见河南省平顶山市卫东区人民法院(2021)豫0403民初5114号民事判决书。⑤一审和二审裁判文书分别参见安徽省桐城市人民法院(2020)皖0881行初4号行政判决书和安徽省安庆市中级人民法院(2020)皖08行终147号行政判决书。⑥文章没有作者,是一篇问答式的由张松伟回答的短文。参见《地方政府禁止收取投标保证金,招标人如何维权》,《中国招标》2022年第5期。⑦原《担保法司法解释》第118条:当事人交付留置金、担保金、保证金、订约金、押金或者订金等,但没有约定定金性质的,当事人主张定金权利的,人民法院不予支持。⑧该书认为,现钞、银行汇票、银行电汇、支票等属于广义的现金。参见国家发展和改革委员会法规司、国务院法制办公室财金司、监察部执法检查司编著:《中华人民共和国招标投标法实施条例释义》,中国计划出版社2012年版,第66—67页。⑨《民法典》第682条规定,保证合同是主债权债务合同的从合同。主债权债务合同无效的,保证合同无效,

但是法律另有规定的除外。保证合同被确认无效后,债务人、保证人、债权人有过错的,应当根据其过错各自承担相应的民事责任。⑩法院不适用定金罚则的裁判理由是:首先,招标文件中没有约定“定金”或出现“定金”字样;其次,从《招标文件》第二章投标人须知注明“投标保证金的退还:若成功采购,贵公司的保证金在采购合同签订后五个工作日内无息退还;若采购失败,保证金在发出废标公告期满后五个工作日内全额无息退还”的内容看,本案的投标保证金并不具有定金性质。虽然《招标文件》条款19.6约定投标保证金不予退还的情形,并不能因此视为当事人约定了定金罚则中“双倍返还”的适用情形。参见云南省怒江傈僳族自治州中级人民法院(2022)云33民终484号民事判决书。⑪参见河南省平顶山市中级人民法院(2022)豫04民终453号民事判决书。⑫一审和二审判决书分别参见湖北省监利县人民法院(2015)鄂监利民初字第01682号民事判决书和湖北省荆州市中级人民法院(2015)鄂荆州中民三终字第00274号民事判决书。⑬参见江西省高级人民法院(2017)赣民终325号民事判决书。⑭有学者也指出,从行政责任角度看,对不订立合同的中标人的处罚力度大于招标人,不公平。参见何学源:《法院如何认定中标通知书发出拒签合同的法律责任》,《中国招标》2022年第11期。⑮其实,在招投标立法里,可以读出招标人与投标人之间的不平等信息。如只要求投标人缴纳投标保证金与履约保证金,并不要求招标人进行相应的缴纳。以至于有些地方条例都直接对此予以规定。参见《青海省实施〈中华人民共和国招标投标法〉办法》(2022年第三次修正)第16条:招标文件要求中标人提交履约保证金的,也应当同时向中标人提供工程款支付担保。⑯参见江西省九江市中级人民法院(2004)九中民一初字第09号民事判决书。⑰参见《湖南省实施〈中华人民共和国招标投标法〉办法》(2014年第三次修正)第24条第二款:招标人拒绝签订合同的,应当向中标人双倍返还保证金。《深圳经济特区建设工程施工招标投标条例(2019年修正)》第60条:招标人有下列情形之一的,应当双倍返还投标人的投标保证金,造成损失的,还应当承担赔偿责任:(一)招标文件发出后,无正当理由中止招标;(二)确定中标人后拒绝与其签订工程承包合同。⑱天津市第三中级人民法院(2021)津03民终4037号民事判决书。⑲重庆市第四中级人民法院(2019)渝04民终579号民事判决书与重庆市高级人民法院(2019)渝民申3008号民事裁定书。⑳参见安徽省淮南市中级人民法院(2022)皖04民终1067号民事判决书。㉑如在“富顺县盛丰房屋租赁有限公司与自贡普天建筑有限公司保证合同纠纷案”中,招标文件规定了投标人弄虚作假将被没收投标保证金,同时规定委托代理人在递交投标文件时,应携带委托代理人连续6个月在该投标人单位的养老保险缴纳凭证原件。后发现该证明文件造假。招标人请求没收投标人投标保证金,法院未支持招标人诉讼请求。因为,《招标投标法实施条例》第42条第二款第三项对人员证明的弄虚作假限定为“提供虚假的项目负责人或者主要技术人员简历、劳动关系证明”。本案中委托代理人养老保险凭证造假,不属于可以被没收投标保证金的弄虚作假行为,因而不能以此被没收投标保证金。参见四川省自贡市中级人民法院(2017)川03民终1083号民事判决书。㉒如在“云南建投第二安装工程有限公司与昆明宝华房地产开发有限公司、昆明建卓企业管理有限公司合同纠纷案”里,招标文件即规定:下列任何情况发生时,投标保证金将被没收:投标人回复投标确认函同意投标后,在截标时间前未提交或撤回投标文件,但未在截标时间前书面通知投标人的;投标有效期内撤回投标的;投标人在投标响应文件中提供虚假材料的;投标人在收到中标通知书后无故反价或弃标的;投标人无正当理由拒不同意按

招标文件规定对报价错误计算进行修正的;中标人无正当理由未在招标文件规定时间内按招标文件内容签订合同的,在签订合同时提出附加条件的(因不可抗力或谈判文件、约谈记录双方认可的情形除外);投标人在投标过程中以任何形式进行围标串标的。参见云南省昆明市西山区人民法院(2023)云0112民初2724号民事判决书。②案例可以参看最高人民法院(2018)最高法民再76号民事判决书。最高人民法院第二巡回法庭2021年第18次法官会议纪要指出,履约保证金具有保证金质押性质。辽宁省锦州市中级人民法院(2022)07民终2450号民事判决书对该会议纪要进行了引用。④参见《政府采购法实施条例》第33条第2款与《政府采购非招标采购方式管理办法》第20条。⑤《招标投标法实施条例》第35条、第57条第二款、《工程建设项目勘察设计招标投标办法》第44条、《工程建设项目货物招标投标办法》第52条、《工程建设项目施工招标投标办法》第63条、《评标委员会和评标方法暂行规定》第52条与《公路工程建设项目招标投标管理办法》第57条第二款。⑥《招标投标法实施条例》第57条第二款、《工程建设项目施工招标投标办法》第63条与《公路工程建设项目招标投标管理办法》第57条第二款。⑦法院判决:“原告依照被告招标要求向被告缴纳投标保证金,后原告未就该项目中标,被告应按招标文件的约定在30个工作日内退还投标保证金。现被告未按约退还投标保证金,构成违约,应承担相应的违约责任。原告要求被告退还投标保证金20,000元并支付利息损失,有相应的事实和法律依据,本院予以支持”。参见上海市浦东新区人民法院(2023)沪0115民初64109号民事判决书。⑧上海市奉贤区人民法院(2023)沪0120民初9527号民事判决书。⑨广东省佛山市顺德区人民法院(2023)粤0606民初11735号民事判决书。⑩湖北省沙洋县人民法院(2023)鄂0822民初584号民事判决书。⑪“大理市第十二建筑工程有限责任公司、云南康邦房地产开发有限公司建设工程施工合同纠纷案”与“北京市京发招标有限公司与中冶天工集团有限公司合同纠纷案”对此进行了明确,参见云南省高级人民法院(2019)云民终1077号民事判决书与北京市第二中级人民法院(2017)京02民终11222号民事判决书。⑫“蒋红、义县隆源石材有限公司等合同纠纷案”对此有明确的阐述,参见辽宁省沈阳市中级人民法院(2023)辽01民终5087号民事判决书。⑬广东省广

州市中级人民法院(2023)粤01民终17853号民事判决书。⑭江西省九江市中级人民法院(2004)九中民一初字第09号民事判决书。

参考文献

- [1]白如银,王晗.投标保证金的退还主体与逾期退还责任[J].中国招标,2023(7):30-33.
- [2]陈又新.政府采购中不予退还投标保证金行为的法律性质探讨[J].法律适用,2019(10):53-60.
- [3]梁晋.与投标保证金相关的问题[J].中国招标,2015(45):22-24.
- [4]蔡银.“不予退还投标保证金”不属于行政处罚[J].中国招标,2022(5):22-26.
- [5]张敏恒.从采购人角度看不宜禁止收取投标保证金[J].中国招标,2020(5):44-45.
- [6]王利群.论投标保证金和履约保证金的法律性质[J].中国政府采购,2009(8):73-75.
- [7]张松伟.如何合理规定投标保证金不予退还的情形[J].中国招标,2022(4):51-53.
- [8]卢海强.关于优化完善投标保证金制度的思考[J].招标采购管理,2023(3):46-47.
- [9]杨立新.定金类型识别与定金规则的具体适用:《民法典合同编通则司法解释》第67条和第68条解读[J].求是学刊,2024(3):103-114.
- [10]朱广新,谢鸿飞.民法典评注:合同编通则(第2册)[M].北京:中国法制出版社,2020:422-424.
- [11]黄薇.中华人民共和国民法典合同编释义[M].北京:法律出版社,2020:294.
- [12]谢鸿飞.定金责任的惩罚性及其合理控制[J].法学,2023(3):83-98.
- [13]易江鹏.论过高违约定金的司法规制:以对损失的填补为中心[J].南大法学,2025(1):154-173.
- [14]毛林繁.投标保证金的法理与实践偏离辨析[J].中国招标,2019(33):42-48.

Systematic Reconstruction of Bid Security Deposit System from the Perspective of Equal Protection

Zhou Qinglin

Abstract: *The Tendering and Bidding Law* does not provide regulations on the system of bid bond. Although administrative regulations and rules are involved, the concept of equality has not been implemented. The principle of equality in civil law requires that the law should treat both the tenderer and the bidder equally. To examine the bid bond system based on the principle of equality, it is necessary to systematically rebuild it. Firstly, it is necessary to redefine the bid security as a civil guarantee and a deposit guarantee. The penalty for deposit should not only apply to bidders, but also to the tenderer. Secondly, a non-refundable system for bid security should be reconstructed based on the perspective of contractual fees. Only when the bidding contract is not established due to the fault of the bidder, the tenderer may not refund the bid security deposit. Finally, it is necessary to comprehensively review and rebuild the system for refunding bid security deposits. The law should be based on ensuring the interests of bidders, and reconstruct the refund system of bid security from the conditions, time, subject, and scope of refund.

Key words: bid security deposit; equality; penalty for deposit; refund system

责任编辑:卫 懿