

我国紧急采购的法治化:经验与建议

张小平

【摘要】紧急采购是国家治理能力建设的重要组成部分。紧急采购与常规采购的核心区别在于是否突破采购的计划性。在财政责任的约束下,采购主体需要为采购行为寻找合法性,由此逐步形成了紧急采购的一些惯例,包括授权启动、合理价格、多元采购、事后监督等。完善我国紧急采购立法,一方面要总结这些良好实践经验,另一方面应当深入探讨紧急采购授权启动的范围和程序、灵活购买机制的构建、紧急采购的事权划分、紧急采购的监督救济,以及紧急采购与供给侧管理之间的关系等问题。应在总结我国经验并借鉴其他国家立法经验的基础上,采取硬法和软法相结合的模式,尽快完善我国紧急采购立法。

【关键词】紧急采购;政府采购;新冠疫情防控;灵活采购机制;软法

【作者简介】张小平,中央财经大学法学院副教授。

【原文出处】《财经法学》(京),2020.3.49~65

【基金项目】本文为国家社科基金项目“公共资源竞争性分配规则研究”(19BFX050)的阶段性成果。

一、引言

在自然灾害和大规模流行性传染病等突发事件中,政府承担着维持社会秩序和组织救灾应对的重要职责。在此类事件中,政府在秩序行政方面会拥有更大的权限,同时在给付行政方面要承担超过平常时期的职责。无论是秩序行政职能还是给付行政职能,其正常履行均需要经由采购渠道获得的货物、工程和服务做支撑。

2020年初,新冠肺炎疫情暴发,感染人数在短时间内大幅度上升,口罩、消毒液、防护服等防疫物资出现巨大缺口,引发社会广泛关注。在突如其来的疫情面前,一方面,社会各界筹集大量物资,以捐赠的方式解燃眉之急;另一方面,各级政府进行了大规模、大批量的超常规紧急物资采购,弥补物资缺口,并通过以火神山医院、雷神山医院和多家方舱医院为主要内容的紧急工程采购迅速扩张收治能力,全面落实中央关于“应收尽收”的救治方针,成为扭转疫情防控形势的关键一步。在防控疫情的过程中,

紧急采购发挥了重要的支持作用,同时也暴露出诸多问题。2月3日,习近平总书记在中央政治局常委会会议研究应对新型冠状病毒肺炎疫情工作时的讲话中指出:“这次疫情暴露出重点卫生防疫物资(如防护服等)储备严重不足,在其他储备方面还可能存在类似问题。”2月14日,习近平总书记在中央全面深化改革委员会第十二次会议上指出,要“建立国家统一的应急物资采购供应体系”,这是国家应急管理体系建设的重要内容。

紧急采购制度在国家治理体系和治理能力建设发挥着重要作用,是广义政府采购的一部分。政府采购制度设计的基本思路,是通过公开和竞争性的程序,保证公共资金的使用效益,赋予公共资金的使用以合法性。与一般意义上的政府采购相比,紧急采购有两个突出的特点:首先是时间上的矛盾性。紧急采购活动关系国家安全和人民生命财产安全,采购时间紧迫,采购程序要求紧凑简单,对采购对象的质量要求更高。其次是采购方法多变与采购

行为规范化的矛盾。紧急采购由于时间紧迫,采购部门会根据采购时限的要求有选择地利用相应的采购模式,过于强调采购活动的规范性,可能导致采购模式僵化,采购活动迟滞。以本次新冠肺炎疫情为例,截至3月4日,各级财政已安排疫情防控资金1104.8亿元。^①这些资金除了支付患者治疗费用、为医疗人员发放专门津贴以外,相当大一部分被用于紧急采购。在如何权衡效率与规范化之间的紧张关系上,存在着不同的观点。有的研究者认为,紧急采购的首要目标是“满足紧急采购需求”,并不强调竞争,或者说在紧急采购需求下往往并不存在竞争空间,提高效益、廉政建设等其他目的均处于次要地位。^②但也有观点认为,即使在疫情之下,也不代表着采购可以无序和随意,具体操作还应当有较为规范的方式、流程和相应的监管,既要高效便捷,也要落实公开、公平、公正的原则。^③本文尝试从对采购法的体系性理解出发,对我国紧急采购制度的现状进行分析,并就构建体现绩效财政和透明财政理念、裨益于国家整体治理能力提升的紧急采购制度提出建议和展望。

二、我国紧急采购制度的法律框架

(一)我国紧急采购的基本法律规定

《政府采购法》第2条规定:“……本法所称政府采购,是指各级国家机关、事业单位和团体组织,使用财政性资金采购依法制定的集中采购目录以内的或者采购限额标准以上的货物、工程和服务的行为。……”《政府采购法》所定义的“政府采购”,特指集中采购目录以内或限额以上,一般情况下通过竞争性方式进行的采购。在发生严重灾害和其他不可抗力事件时,如果仍然按照《政府采购法》所要求的方式和程序进行采购,将无法满足实际需要。因此,《政府采购法》第85条规定:“对因严重自然灾害和其他不可抗力事件所实施的紧急采购和涉及国家安全和秘密的采购,不适用本法。”这是紧急采购制度在法律上的基本依据。《政府采购法》第4条规定:“政府采购工程进行招标投标的,适用招标投标法。”《招标投标法》第66条规定:“涉及国家安全、国家秘密、抢

险救灾或者属于利用扶贫资金实行以工代赈、需要使用农民工等特殊情况,不适宜进行招标的项目,按照国家有关规定可以不进行招标。”此处的“抢险救灾”,也可以视为一种紧急采购。

(二)对紧急采购条款适用的正确理解

《政府采购法》第30条规定可以使用竞争性谈判的条件之一是,“采用招投标所需时间不能满足用户紧急需要的”;第31条规定可以使用单一来源采购的条件之一是,“发生了不可预见的紧急情况不能从其他供应商处采购的”。这两个条款中“紧急”与“紧急采购”中的“紧急”字面表述相同,但有根本的差异。第30条中的“紧急”产生的原因是“采用招投标所需时间不能满足用户紧急需要”,第31条中的“紧急”是“发生了不可预见的紧急情况而不能从其他供应商处采购”,而第85条中的“紧急”则是“严重自然灾害和其他不可抗力事件”所导致的。换言之,第30条、第31条中的紧急,只是出现了工作中一般的不可控状态,为保证采购任务的顺利进行,转而采用竞争程度较低的采购方式;而第85条中的“紧急采购”,即真正意义上的“紧急采购”,其所针对的应是不能预见、不能避免、不能克服的严重事态,其法律后果是排除《政府采购法》的适用。

区分第30条、第31条和第85条的关键,在于其与《政府采购法》第33条的关系。该条规定:“负有编制部门预算职责的部门在编制下一财政年度部门预算时,应当将财政年度政府采购的项目及资金预算列出,报本级财政部门汇总。……”结合此条,可以做这样的理解:即第30条、第31条所称的“紧急情况”和第85条所称的“紧急采购”之间的关键区别,在于采购的“计划性”,即该项采购是否列入采购计划。第30条、第31条所称的“紧急情况”,实际是在采购计划之内发生的“紧急”,而第85条的“紧急采购”,是超出采购计划原先预估情形的“紧急”,这是两者的核心差别。

(三)紧急采购条款的适用程序

从采购程序上讲,第30条、第31条中提及的“紧急情况”,和第85条中的“紧急采购”,处理方法亦不

相同。在第30条、第31条中的紧急情况下,采购主体因紧急而要求使用竞争程度相对较低的采购程序,按财政部《政府采购非招标采购方式管理办法》相关规定,需要经主管预算单位同意后,向设区的市、自治州以上的人民政府财政部门申请批准。其中单一来源采购在批准前还要进行不少于5个工作日的公示。^④就《政府采购法》第85条规定的“紧急采购”而言,《政府采购法》本身没有规定这一条的适用程序。从实践来看,一般是由中央或省一级财政部门确认紧急状态的存在,并授权启动“紧急采购”程序。

三、我国紧急采购的实践探索

如前所述,《政府采购法》第85条的核心内容,是在发生紧急采购的情况下,不适用《政府采购法》规定的方式和程序。但紧急采购怎样实施,法律、行政法规及部门规章等均未做明确规定。而政府资金的使用,要按照《预算法》的规定,进行“全覆盖式”的审计监督。^⑤审计评价的内容,包括经济活动的真实性、合法性、效益性。审计评价的依据,是有关财政收支、财务收支的法律、法规,以及国家有关政策、标准、项目目标等方面的规定。^⑥自《政府采购法》于2003年1月施行以来,我国先后有过2003年“非典”疫情、2008年汶川地震、2010年玉树地震以及2020年新冠疫情等多次紧急采购的实践。在这些紧急采购的实践中,在法律、行政法规、部门规章、地方法规、地方政府规章等对于紧急采购实施未做出具体规定的情况下,为了解决资金使用的合法性问题,强化内部控制,财政部下发过一些通知,甘肃、辽宁、山东、天津等地出台过一些地方的规范性文件,初步形成了一些惯例,一定程度上填补了《政府采购法》对相关问题未做详细规定的缺陷。

(一)“紧急采购”的授权

2008年5月,财政部发布《关于加强汶川地震救灾采购管理的紧急通知》,确认“在汶川地震灾害应急救援和灾后恢复重建工作中,涉及灾民紧急救治、安置、防疫和临时性救助的采购活动可以作为紧急采购项目,在保证采购货物、工程和服务质量的前提

下,由采购单位自行以合理的价格向一个或多个供应商直接购买”^⑦。本次新冠疫情暴发后,财政部发布《关于疫情防控采购便利化的通知》,指出“各级国家机关、事业单位和团体组织……使用财政性资金采购疫情防控相关货物、工程和服务的,应以满足疫情防控工作为首要目标,建立采购‘绿色通道’,可不执行政府采购法规定的方式和程序,采购进口物资无须审批”^⑧。发改委也发布相关文件,明确“对于疫情防控急需的应急医疗设施、隔离设施等建设项目,符合《招标投标法》第六十六条规定的,可不进行招标,由业主采用非招标方式采购或在招标时斟酌缩短有关时限要求”^⑨。除上述中央层面的授权外,也有省一级的授权。例如2010年,江西省财政厅授权全省各国家机关、事业单位及团体组织使用财政性资金采购抗洪救灾物资的,可以按紧急采购方式处理。^⑩在一些省份,紧急采购的授权权限甚至放到了县级以上人民政府。^⑪

(二)合理价格原则

2008年财政部发布的《关于加强汶川地震救灾采购管理的紧急通知》中在授权紧急采购的同时,要求采购单位以“合理的价格”开展采购。尽管“合理价格”是一个开放的概念,但是各地在落实紧急采购的过程中,不断探索和创造体现合理价格原则的方法。在甘肃省的规范性文件中,要求“严控价格,就近采购”^⑫。辽宁省的相关文件中,要求“省直部门实施紧急采购,要采取与一个或者多个供应商谈判以及价格比较的方法,在保证物资质量和交付时间的前提下,以合理的价格直接购买”^⑬。四川绵阳四〇四医院在本次新冠疫情紧急采购中,在采购口罩、防护服、护目镜、防护面罩等医疗物资时,将供货单价与医院前期进货价进行对比,若高于前期进货价,则要求供货商提供其进价等价格资料以核实是否随意涨价。^⑭

(三)采购实施方法的多样性

常规的政府采购组织方式分为集中采购和分散采购两种。《政府采购法实施条例》第4条中明确了两者的分工范围:集中采购限于采购人将列入集中采

购目录的项目委托集中采购机构代理采购,或者进行部门采购的行为;而分散采购则是指采购人对采购限额标准以上的未列入集中采购目录的项目自行采购,或者委托采购代理机构的行为。无论是集中采购还是分散采购,均统一适用《政府采购法》规定的采购方式(如公开招标、邀请招标、竞争性谈判、单一来源采购、询价等)。近年来,随着“放管服”改革的推进,各省分散采购限额有不断提高的趋势。在分散采购限额以下的采购不是《政府采购法》意义上的采购,目前没有较为明确的规定。实践当中,各采购单位的做法主要有三种:一是参照政府采购程序实施,采用的主要方式有询价、竞争性谈判、竞争性磋商、单一来源;二是对一些办公物品耗材,采用就近货比三家采购的做法;三是定点或协议采购。^⑤

紧急采购尽管不受《政府采购法》的约束,但是从内部控制的角度出发,各省市现有的紧急采购相关规定都在一定程度上模仿或者改造原有的常规采购组织方式和采购程序。有些虽然仿照分散采购,但坚持事前审批。例如《甘肃省应急项目政府采购管理暂行办法》第9条规定:“应急采购实行以自行采购为主的组织形式。采购人需紧急采购的,应写出书面报告,经同级人民政府应急管理部门或相关主管部门签署意见并经财政部门同意后方可自行组织采购。对确属特别紧急,来不及逐级报告的项目,相关部门可先行采购,事后备案。财政部门收到采购人报送的紧急采购计划,应立即审核并给出答复。”《辽宁省省直部门应对突发事件物资采购管理暂行办法》第7条则规定,省直部门要在实施紧急采购前就采购项目相关事宜通报省财政部门政府采购管理办公室。这一规定体现出更大的灵活性。

从目前来看,紧急采购方式主要体现两个原则:一是效率原则,如上例中提到的,财政部门在收到上报的紧急采购计划后必须立即审核;又如,天津市在“非典”疫情防控采购中,制定实施了“现场报价、现场论证、现场验货、现场谈判、现场采购”等5项现场采购措施。^⑥二是内部牵制原则和经济责任原则,如财政部《关于加强汶川地震救灾采购管理的紧急通

知》第4条指出:“采购单位应当指派专人负责采购活动,并落实采购人员工作岗位责任制。……紧急采购项目的采购应当由两名以上采购人员组织实施。采购人员及供应商必须在发票等购买凭据上背书签字。”第5条规定:“……所采购货物、工程和服务的种类和数量出现问题的,应当由采购单位及其采购人员承担相应责任。所采购货物、工程和服务的质量出现问题的,应当由供应商承担相应责任;涉及采购单位及其采购人员的,依法从严追究责任。”在甘肃、辽宁等地的规范性文件中,也有类似规定。

近年来,由于对党内纪律和行政监察的重视,出现了纪检监察人员全过程参与应急采购的做法。例如,四川省财政厅在2013年4月22日发布的《关于加强“4.20”芦山7.0级地震救灾紧急采购管理的通知》,要求紧急采购项目的采购应当由二人以上采购人员和本部门纪检监察人员组织实施。

(四)注重事后审计监督和社会监督

因为紧急采购具有突破“采购计划性”的特点,所以难以进行事前控制;又因为紧急采购在操作上具有分散自主采购和突出效率性的特点,所以只能有非常有限的事中控制。监督的重点,在于事后的审计监督和社会监督。

财政部在《关于加强汶川地震救灾采购管理的紧急通知》中提出两项要求:一是妥善保管紧急采购项目文件和凭据,以备财政、审计、监察等部门监察;二是任何单位和个人发现采购单位及采购人员存在徇私舞弊等违法违规行为的,应及时向同级财政部门或有关部门举报。甘肃、辽宁两省的相关文件中,也有类似规定。财政部在《关于疫情防控采购便利化的通知》中也指出,“各采购单位应当加强疫情防控采购项目采购文件和凭据的管理,留存备查”,同时就举报问题,做了与汶川地震期间相同的规定。在甘肃、辽宁等地的规范性文件中,还有公布紧急采购结果、接受社会监督的规定。^⑦这些都是值得肯定的做法。

由上可见,尽管我国在紧急采购方面没有详细的法律规定,亦无专门的规章,但是在采购的具体过

程中,出于责任财政、绩效财政和透明财政的要求,为满足内部控制的需要,通过部委和地方的规范性文件,逐步形成了紧急采购的基本框架,总结、稳定了一些行之有效的做法。在紧急采购法治化的进程中,这些做法具有非常重要的价值。这些在非法律渊源的规范性文件乃至非规范性文件中所体现的内容,是“法的半成品和预备库,或未然的法和可能的法”^⑧。这些实践中探索总结的规则,是未来紧急采购法治化的重要素材。

四、完善我国紧急采购制度的建议

我国紧急采购制度仍然有一些基本的结构性缺陷,亟待完善。

(一)把握紧急采购的核心特征,完善紧急采购的启动程序

紧急采购与常规采购的核心区别在于突破“采购计划性”,由此使紧急采购获得了不适用《政府采购法》的特殊豁免,至少体现在两个方面:一是紧急采购可以免于发布采购公告;二是紧急采购可以免于适用竞争性的采购程序,或者在适用竞争性较低的程序时免于审批手续。

在政府采购中,“采购计划性”是一种具有多重意涵的制度。采购主体的年度采购计划要在预算中编列,并经过批准,体现预算约束的要求,解决过去随意采购、监督缺乏依据、不能形成规模采购效益等问题。这一要求体现在《政府采购法》第6条中。采购主体同时应对外发布采购计划,从而使潜在的供应商有充分的时间计划和准备投标事宜,提高参与度和竞争力。目前我国《政府采购法》对此未做要求,《政府采购法实施条例》第8条仅要求在指定媒体上发布采购项目信息。世界贸易组织的《政府采购协定》(Government Procurement Agreement, GPA)第8.4条规定:“鼓励采购实体以附录3中列明的适当纸质或者电子媒体,尽早发布每一财政年度内有关未来采购计划的公告……计划采购公告应该包括采购标的和意向采购公告的计划刊登时间。”^⑨我国正在谈判加入世界贸易组织《政府采购协定》,并正在筹划为谈判进行国内法律调整。考虑到中国政府采购

管理的已有水平,以及中国国内政府采购市场的受关注程度,未来国内法律调整很可能将这一建议性的要求转化为义务性的规定。由此可见,“采购计划性”是整个政府采购制度核心和关键的制度,是提高采购资金使用效益、展开后续竞争性采购程序的基础。

紧急采购之所以特殊,是因为紧急情势突破了这种预先的计划性,从而使得后续竞争性采购程序的展开失去基础,这是整个紧急采购制度赖以存在的正当性前提。由此出发,有下列几个问题需要注意。

一是因严重自然灾害和其他不可抗力事件所实施的紧急采购具有特殊性。这与因发生不可预见的紧急情况不能从其他供应商处采购而实施的单一来源采购,以及因招标所需时间不能满足用户需要而进行的竞争性谈判,有着本质的区别。在实务中,确实存在混淆这两者区别的做法。例如《深圳市政府应急项目政府采购管理规定》中,将应急项目界定为包括:已列入年度计划,完工、交付使用时间与计划批复时间间隔不超过6个月,且按正常程序采用招标所需时间不能满足用户紧急需要的项目;因自然灾害、突发公共事件需紧急采购的项目;未列入年度计划、因发生不可预见的急需或者突发事件,不宜采取招标方式,且临时追加并需要紧急采购的政府重点项目。^⑩这种处理方法,混淆了《政府采购法》第30条、第31条、第85条以及《预算法实施条例》中对预算用途调整的相关规定,统一采用集中审批方式管理,使上述不同法条的立法目的存在落空的可能,殊为不妥。

二是判定启动紧急采购的标准。《政府采购法》第85条使用了“因严重自然灾害和其他不可抗力事件”的措辞,但未做进一步阐述。特别是我国自《政府采购法》实施以来,紧急采购的实践次数有限,尚不足以建立类型化的具体标准。可以借鉴法国2019年新颁布的《公共采购法典》所提出的认定重大紧急情况的三项标准,即:事件的不可预测性、与现有程序性时限规定的不可调和性、该事件与紧急情况之

间的因果关联性,使紧急采购适用条件的认定标准具体化,客观化。^②

三是完善启动紧急采购的程序。我国实践中已经形成了财政主管部门授权启动应急采购的做法,但有两个问题值得进一步探讨:其一,是否应当在相关法律法规中对授权进行分级管理,即:发生于一省之内的紧急采购由省级乃至更低层级财政部门授权启动;具有跨省影响的紧急采购由财政部授权启动。其二,政府临时成立的应急协调指挥机构是否可以启动应急采购授权。^③《突发事件应对法》将各种处置权限保留给了“履行统一领导职责的人民政府”;而《突发公共卫生事件应急条例》第33条、第34条规定了突发事件应急处理指挥部的权限,其中不包括启动紧急采购的权限。^④因此,从行政合法性原则的要求出发,较为妥当的做法应当是由突发事件应急处理指挥部确认紧急事态的存在,而由财政部门依法定职权启动紧急采购。

四是要关注采购活动紧迫性的变化,及时做出调整。应急采购大体可以划分为立即响应、灾害救助和灾后重建三个阶段,各自对应着不同的紧急程度。^⑤当“采购计划性”得以恢复的时候,应终止紧急采购状态,恢复正常采购秩序。2008年汶川地震中,财政部对紧急采购的授权范围为“在汶川地震救灾应急救援和灾后恢复重建工作中,涉及灾民紧急救治、安置、防疫和临时性救助的采购活动”,但是在重灾区什邡市,在大地震100多天之后的8月29日,什邡市国土局还是以紧急采购的方式购买了移动硬盘。因此,紧急采购的授权,既要强调采购目的的相关性,还要说明“采购计划性”恢复之后,紧急采购的授权何时终止。过于笼统的授权容易留下一些操作上的模糊空间,影响正常的采购秩序。以本次新冠肺炎疫情防控采购为例,财政部《关于疫情防控采购便利化的通知》仅授权使用财政性资金采购疫情防控相关货物、工程和服务的,可以开启“绿色通道”,不执行《政府采购法》规定的方式和程序,很多省份的财政厅都进行了原文转发。随着全国生产生活秩序的恢复,特别是疫情防控相关物资产能的恢复,在疫情

响应终止之日,应当停止疫情采购便利化中的相关紧急采购授权,恢复为常规的采购程序。

(二)完善各种简化采购程序,使紧急采购有章可循

《政府采购法》规定了各种竞争程度不同的采购程序,但分散采购限额以下的采购,则由各单位自行组织,缺乏具体规定。紧急采购事出突然,但仍需要有章可循。制度本身的惯性,以及责任财政、透明财政对紧急采购的制约,使得紧急采购在具体实施过程中,仍然有着模仿或类推其他采购程序的倾向。《政府采购法》只对集中采购和限额以上的分散采购有程序规定,从而使紧急采购要么仍然向正规采购方式靠拢,要么陷入无规定可依循的状态。根本原因在于目前对于采购方式的制度设计未能形成一个连续的光谱,使紧急采购在借鉴常规采购经验时出现空白区域。从世界范围来看,各个国家和地区解决紧急采购程序的思路主要有三种:援用和扩展事先设定的简化灵活程序;以加急方式使用常规程序;具有弹性的合同安排。

1. 援用和扩展事先设定的简化灵活程序

以美国为例,美国联邦政府采购法的立法思路,经历了一个变化的过程。以1984年《合同竞争法》(The Competition in Contract Act)和《联邦采购条例》(Federal Acquisition Regulation, FAR)为标志,确立了采购活动中“充分、公开竞争”的原则,要求联邦采购机构在采购活动中通过充分、公开的竞争后才能签订合同。但是,这种充分、公开的竞争要求遵循严格负责的采购程序,会影响到采购效率、增加行政管理成本,影响中小企业参与政府采购的积极性。^⑥完全公开竞争程序实施10年后,由于实践中发现这一原则过于严苛,使采购程序过于复杂,降低了采购效率,1994年,美国出台《联邦采购简化法案》(The Federal Acquisition and Streamlining Act),确立了简化采购原则,大幅度简化联邦采购程序,推出了一系列具有灵活性的措施。^⑦在美国的紧急采购程序中,可以援引的灵活性措施分为两部分:一部分是常规的灵活性措施,另一部分是专门针对紧急状态的灵活措

施。其中前一个部分主要规定在FAR第18部分的第一个子部分,后一部分的灵活措施规定在FAR第18部分的第二个子部分。

在第一个子部分中规定的一般灵活性措施包括:使用FAR第13部分中规定的简易采购程序,不受FAR第6部分竞争要求的约束,以及资格预审来源之间竞争的约束;在不超出建议采购程序限额的情况下,合同官在特定情况下可以进行单一来源采购;特定情况下可以进行部门间采购(即利用另外一个部门的合同进行采购或者在采购时获得另外一个部门的帮助);对于重复性的需求可以使用“多项授予合同”(类似于“框架协议”)或交付订单合同;以单一来源方式或竞争方式与经济落后地区小企业、退伍残疾军人开办的小企业等快速签约;在特定情况下口头进行招标;运用商业物品采购程序购买非商业物品(主要指服务);免交投标保证金;采购机构有权创新和做出合理的业务判断,使用法律没有明确承认的做法。^⑤在第二个子部分中,规定在紧急情况下,额外可以使用的灵活性措施,包括:免于在中央合同官注册系统(CCR)中登记,可以不使用电子支付系统等。除此之外,紧急情况分为紧急行动,国防或遭受特定攻击后的恢复重建,以及具有国家影响的重大事件、宣布紧急状态、宣布发生重大灾害三种。在这三种紧急情况下,可以使用的灵活性措施包括提高小额采购、简化采购的限额,扩大简化采购程序的运用范围,运用国防优先分配系统进行经济动员等。^⑥

2020年3月13日,美国总统特朗普宣布新型冠状病毒肺炎暴发构成“国家紧急状态”。^⑦这一行为触发了FAR第18部分第二子部分的适用条件。以美国能源部为例,在特朗普发布上述文告后,对紧急采购所适用的灵活性措施做出如下决策:(1)提高小额采购的限额,美国国内进行的采购提高到2万美元,在国外进行的采购提高到3万美元;(2)提高简化采购程序的限额,美国国内进行的采购提高到75万美元,在国外进行的采购提高到150万美元;特定商业物品简化采购程序的限额提高到1300万美元;(3)FAR18.2

部分中的额外灵活性措施仅适用于应对本紧急事态,不得在其他采购中援用;(4)其他法律中规定的各种限额保持不变。^⑧

2. 以加急方式使用常规采购程序

以英国为例,新冠疫情暴发后,英国的内阁办公室于2020年3月就应对疫情的采购政策发布通告,对紧急采购的适用范围、生效时间、背景情况以及可能使用的各种紧急采购手段进行了汇总阐述。其中提到,除了一些紧急情况下使用的特殊采购程序外,还可以依照英国《公共合同法规》(Public Contract Regulation 2015)的相关规定,以加速的方式使用常规采购程序,包括开放程序、限制程序和竞争性谈判程序:(1)就开放程序而言,英国《公共合同法规》规定的接受投标的最短期限为自合同通知发布起35日,在紧急情况下可以缩减为15日;(2)就限制程序而言,英国《公共合同法规》规定的接受投标的最短期限为自合同通知发布起30日,在紧急情况下可以缩减为自合同通知发布起15日或自邀请投标通知发出起10日;(3)就竞争性谈判程序而言,英国《公共合同法规》规定的接受参加要求的最短时间为自合同通知发布起或自预通知确认之日起30日,在紧急情况下可以缩减为自合同通知发布起15日或自邀请投标通知发出起10日。

《公共合同法规》中没有明确规定此种紧急情况是否一定是不可预见或无法归因于采购方,但是采购方在欧盟官方公报(OJEU)上发布通知的时候应写明以加急方式使用常规采购程序的正当理由,例如:“新冠肺炎暴发引发对某物品的紧急需求,采购方没有充分的时间遵守标准的采购程序时间表。采购方认为,这显然构成一种紧急事态。因此,采购方将在本次采购中加急使用《公共合同法规》中规定的开放程序/限制程序/竞争性谈判程序。”^⑨

3. 具有弹性的合同安排

以我国台湾地区为例,在发生紧急事件时,其“采购法”规定紧急采购可以利用的采购方式有特殊紧急采购和利用既有契约采购两种。其特殊紧急采购规定在“采购法”第105条,内容与《政府采购法》第

85条规定相类似,即发生战争、自然灾害、防疫或财政经济上的重大变故,及人民生命、身体、健康、财产遭遇紧急危难,需紧急处置之采购事项,不适用“本法”招标、决标之规定。所谓利用既有契约采购,包括如下一些内容:(1)一般招标契约,订有开口合约者,依照原契约单价,直接向承包商采购相关事项。本方式为利用正常开口合约执行立即性采购,在原来契约下无须增加任何采购行为,即可达成紧急采购目的。(2)一般招标契约,订有扩充条款者,依契约扩充范围、条件直接向承包商采购相关事项。本方式使用前提为在原招标公告及招标文件中说明扩充的期间、金额或数量。此种采购行为不需要另行公开招标,但仍然需要进行议价操作。如果超出原契约范围,需要得到有关机关批准。(3)一般契约,无开口合约机制,亦无扩充条款者,可依照原契约工项及单价,径行办理契约变更。在实务中,大多会预留采购单位与承揽厂商可依原工项、单价之扩充机制。但这种做法需要得到采购方行政首长或其授权人员同意办理契约变更,并进行议价程序。

利用既有契约采购的优点是迅速且较有保障,缺点是在重大紧急事态中,承包商的供给能力可能无法满足短期内巨大的需求,故仍需借助特殊紧急采购机制。^⑤

上述分别以美国、英国和我国台湾地区为例,讨论了紧急采购方式的三种思路。事实上,较为典型的国家和地区的紧急采购制度,大体上都是这三种思路不同程度的混合运用。就我国而言,《政府采购法》的规制范围在于集采目录之内、分散采购限额以上,并且立法的取向,着重在于规范政府采购行为,强调竞争,特别是强调招投标程序的运用,对灵活机制尚未有足够的制度供给。^⑥未来可以考虑从规范限额以下采购出发,设计一些指导性的灵活机制,在紧急采购中通过直接提高限额的方式借用或类推使用。在我国紧急采购的实务中,也已经出现了加急适用常规采购程序的实践。例如,今年2月,青海省农业农村厅在紧急采购农村牧区防控新型冠状病毒感染的肺炎疫情防护物资及重大动物疫病防控物资

的过程中,采用了公开招标的方式,但由于时间紧迫,不再对各投标供应商进行资格条件审查,而是由各供应商提供承诺函,同时将提交投标文件的截止日期缩减为自公告发布起4日。^⑦我国现行《政府采购法》的重点在合同授予上,合同管理尚未得到足够的重视,虽然初步引入了框架协议,^⑧但复杂合同结构的制度及相关实践仍有待发展和积累。

(三)紧急采购的事权划分

本次疫情暴发,适逢春节假期,大量生产销售企业放假,许多公共服务处于低位运行状态。抗疫一线各类物资一度告急,多次出现所谓“紧平衡”的说法,直至后期才随着各地支援物资的陆续抵达及生产企业的复工逐步缓解。由此引出一个值得探讨的问题:紧急采购究竟是分散为宜还是集中为宜。

在这个问题上,存在两种不同的倾向。财政部《关于疫情防控采购便利化》的通知中体现的是对各采购单位的充分授权,有分散化管理的倾向。与此同时,面对物资紧张的局面,也有专家主张应急防护物资应由国家统一无偿配给。^⑨从现有法律规定的角度看,《突发事件应对法》第32条提出的是分级管理的体制,《传染病防治法》对这个问题只有原则规定,难以落地,《国家医药储备管理办法》中规定的是中央和省两级管理体制。^⑩对于分散和集中的利弊,不能做抽象的理解,必须放到具体的制度语境中,以问题为导向,方能有合理的答案。

首先,在应急管理中,政府采购不是提供相关物资的唯一方法。除紧急采购外,动用国家储备也是提供应急物资的重要手段。正确理解“国家统一的应急物资采购供应体系”的提法,不能将关注点仅放在紧急采购上。物资储备制度从其功能定位及优化储备规模的角度而言,以集中统一为宜,重要战略物资的储备和使用应该划归于中央事权,或以中央事权为主。而紧急采购制度应与预算分级管理制度联系在一起,以分散为宜。这两者之间的有机配合,能充分保障救灾物资需求,提高资金使用效益。

其次,在发生突发事件的情况下,中央政府往往需要支持地方政府的救灾工作。但是支持以实物形

态进行,还是以转移支付等资金形态进行,需要根据具体情况做出判断。如果以实物形态进行支持,则采购主体为中央政府部门;如果以资金方式进行支持,则采购主体为地方有关部门。在汶川地震中,中央成立抗震救灾总指挥部,在指挥部下,由民政部牵头,发改委、商务部、财政部等部委组成群众生活组,办公室设在民政部救济救灾司,下设应急救援、物资保障、灾情信息、救灾援助、后勤保障五个小组。为保证灾区群众生活安全问题,民政部将全部近15万顶储备帐篷陆续运往灾区。与此同时,民政部会同财政部联合召开紧急物资采购工作会议,启动紧急物资采购工作,在一个多月内又采购90万顶帐篷送至灾区。^⑧在青海玉树地震中,食品、棉被、帐篷等也由中央各相关部委、中国红十字会、非受灾省份及青海省共同采购。^⑨

从两次地震救灾的实践看,很难将发生于某一地区的突发事件的紧急采购完全地界定为中央事权或是地方事权。从采购主体的需求管理和采购活动的响应速度而言,应急采购应以地方采购、分散采购为原则,以中央采购(以及中央储备动用)为补充。中央介入的标准,应当是“地方采购能力与采购任务的匹配性”,即地方的采购能力是否足以完成紧急采购任务。如果认定紧急采购任务没有超出地方采购能力,则紧急采购依原有预算管理分级机制进行,中央在必要时通过转移支付或其他渠道予以资金支持;^⑩如果认定地方的采购能力较弱,或因突发事件本身受到影响,或事态严峻程度超乎寻常,不足以完成紧急采购任务,特别是在紧急响应阶段、在关键物资上能力与任务之间差距过大的话,则应由中央政府介入,由中央相关部委作为采购主体,进行紧急采购,以实物形态支持突发事件应对工作。

(四)紧急采购中的救济与监督

《政府采购法》第六章规定了“质疑和投诉”,这是政府采购供应商的重要救济机制,也是政府采购监督管理部门行使主管监督职责的重要机制。按照该法第85条的规定,紧急采购不适用该法。从文义解释的角度看,这也意味着紧急采购的供应商无法

就采购活动向采购人提出质疑,向政府采购监督管理部门提出投诉。

2020年3月26日,中国疾病预防控制中心(CDC)在中国政府采购网发布《中国疾病预防控制中心及中国疾病预防控制中心病毒病预防控制研究所高通量基因测序仪采购项目应急采购谈判(采购编号:0701-204160120171)》,使用财政资金500万元采购高通量基因测序仪,邀请合格供应商参加应急采购谈判。招标文件发售时间仅为3日,采购结果公示期仅为1日,由此可以推知,尽管公告中所使用的措辞为“应急采购谈判”,但实际是加速使用竞争性谈判程序的紧急采购。2020年4月2日,中国疾病预防控制中心在中国政府采购网发布公告,宣布推荐成交候选人为北京微未来科技有限公司,提供的产品为美国Illumina公司的便携式高通量基因测序仪。^⑪

2020年4月3日,华大基因旗下华大智造在其网站公开发布《程序不正义,结果无意义——致中国疾控中心的一封公开质疑信》。^⑫信中提出三点质疑意见:第一,技术需求部分的描述具有单一指向性和排他性,存在“定向招标”之嫌;第二,成交价高出市场价格近一倍(以同品目产品2019年在中国市场的成交价做对比);第三,公示期只有1天,少于竞争性谈判要求的3天,而当前中国疫情已经得到了有效的控制。

4月4日,中国疾病预防控制中心在官网发布声明,称此次采购是依据财政部有关文件进行的紧急采购,具体答复工作由代理方中技国际招标有限公司负责。同日,中国疾病预防控制中心在官网转载了《中技国际招标有限公司关于华大智造的声明》,称“本项目采购文件、采购过程及采购结果公平、公正,完全符合相关法律法规规定,质疑问题不成立”。此外,又称“深圳华大智造科技有限公司于2020年4月3日向我司提交了本项目成交结果的书面质疑函,针对书面质疑函和上述质疑信中所述问题,我司已按照《政府采购质疑和投诉办法》(财政部94号令)关于质疑处理的相关规定,书面逐条答复深圳华大智造科技有限公司”^⑬。

本次质疑是紧急采购制度推行以来,首个进入公众视野的紧急采购纠纷,利益相关方提出了很强烈理由的质疑意见,采购方及其代理方尽管回复简略甚至武断,但并不敢主张紧急采购不受《政府采购法》第六章的约束,可以不予回复。这一案件至少给我们以下启示:第一,采购结果的公开对于紧急采购的监督非常重要,在质疑和投诉机制可能无法适用的情况下,需要由社会监督来限制和制约可能产生的滥用紧急采购的情形;第二,同样是为了限制可能产生的滥用紧急采购的情形,要确立合理价格原则在紧急采购中的指导作用,并确立采购方对异常成交价格说明的义务;第三,从本案的典型性来考虑,对《政府采购法》第85条的文义解释理解,即紧急采购是否使用质疑和投诉机制,有必要重新进行审视,至少在一定金额以上的紧急采购中,有必要保留常规采购中的质疑和投诉制度。

(五)紧急采购中的供给侧管理

政府采购背后所潜藏的理念,是通过市场手段来取代政府直接提供公共产品,因此,其制度设计的基本前提是市场有充分的供给,并且通过在合格供应商之间组织竞争来确保公共资金使用“物有所值”。紧急采购的特点是:首先在于效率要求和竞争程序充分展开之间的冲突,因此必须在采购程序上做出各种灵活性的安排;其次,在突发事件发生的时候,市场供给有可能不是处于充裕状态,而是短期内处于紧张乃至短缺的状态。常规采购一般只考虑需求侧的问题,紧急采购则有可能需要考虑供给侧的问题,考虑供应商的培育、支持和管理的问題。

本此疫情防控紧急采购的一个突出特点,就是原有采购秩序被打破,出现各地抢购甚至截留防疫物资的情况。疫情防控的关键期正值春节假期,工厂开工率低,市场上防疫物资不足,尤其是医用防护口罩、医用外科口罩、防护服、护目镜、面屏、手套、靴套、消毒液、测温仪等关键物资,“采购市场由买方市场完全转变为卖方市场。政府采购市场呈现紧急与短缺并存的现象”^④。实际上,早在汶川地震之后,我国研究者就注意到了平时采购与紧急采购物资的品

种、数量都有很大差异,平时建立的供货关系难以适应紧急采购的需要。在应对汶川地震的紧急采购过程中,就曾出现了寻找供应商难、质量控制难、价格协商难和货款支付滞后等问题。^⑤因此,与常规采购不同的是,紧急采购要想发挥预期的作用,必须在一定程度上包含对供给侧管理的内容。以美国为例,《联邦采购法规》(FAR)第18部分关于紧急采购的规定中,在专利使用、运用联邦设施进行生产所需缴纳的租金方面,对供应商有支持措施。此外,FAR第11部分还建立了国防优先分配系统(Defense Priorities and Allocation Systems, DPAS),以便支持已批准的国防、应急准备和能源计划,在国家紧急情况时促进工业动员。^⑥

DPAS的实施与美国的《国防生产法》有直接联系。3月18日,美国总统特朗普签署命令,援引该法,要求美国企业优先生产与疫情防控有关的医疗物资,并对销售进行管制。^⑦依据该法,总统有权要求个人(包括企业和公司)优先考虑并接受必要的物资和服务合同;有权运用包括贷款、贷款担保、直接购买和购买承诺、在私人设施中直接安装和购买设备等措施来刺激国内产业部门扩大产能,增加关键物资和商品的供给;有权与私营部门缔结自愿协议;有权暂停威胁国家安全的外国公司并购活动;有权征召经验丰富、能力卓越的人士组成管理团队,为国防产业服务。如果参众两院联合通过决议批准,总统还可以进行工资和价格管制。^⑧

在本次疫情防控中,国务院应对新型冠状病毒感染的肺炎疫情联防联控机制物资保障组(以下简称“保障组”)也在供给侧管理方面出台了相关政策。2020年1月29日,保障组印发《关于疫情期间防护服生产使用有关问题的通知》(工信明电[2020]7号),指出在医用防护服不足的情况下,可以在隔离留观病区、隔离病区使用紧急医用物资防护服,并对紧急医用物资防护服实行定点生产制度。为了刺激企业尽快扩张产能,满足防护用品需求,2月7日,国家发改委、财政部、工信部联合印发《关于发挥政府储备作用支持应对疫情紧缺物资增产增供的通知》

(发改运行[2020]184号),对医用防护服、N95医用级防护口罩、医用外科口罩、医用一次性使用口罩、生产医用防护服和医用口罩等重要原材料、医用护目镜/防护面屏/负压防护头罩、医用隔离衣、新型冠状病毒核酸检测试剂盒、全自动红外体温检测仪、经卫生健康和药监部门依程序确认有效的药品和疫苗10类产品实行政府兜底收储,收储物资由国家统一管理、统一调拨,并且完善重点支持企业名录,给予相关支持政策。2月6日,财政部和国家税务总局发布《关于支持新型冠状病毒感染的肺炎疫情防控有关税收政策的公告》(财政部税务总局公告2020年第8号),对疫情防控重点保障物资生产企业为扩大产能新购置的相关设备,允许一次性计入当期成本费用在企业所得税中税前扣除,此类企业可以按月向主管税务机关申请全额退还增值税增量留抵税额。对纳税人运输疫情防控重点保障物资取得的收入,免征增值税。2月18日,发改委办公厅向财政部、国家税务总局提供《疫情防控重点保障物资清单》(发改办财金[2020]145号),作为执行上述税收优惠政策的依据。与此同时,联防联控机制建立了国家重点医疗物资保障调度平台,主要用于收集、统计、分析、监控、调度各类物资的产能、产量、库存以及运输等情况,用信息化手段提升医疗物资的保障有效性和时效性。^⑨通过上述一系列措施,实现了重点医疗物资从“严重短缺”到“紧平衡”到“当日平衡、来日有望、后日有备”再到“充分供应”的快速跃升。

从本次疫情防控的上述政策措施也可以看出,特殊情况下的紧急采购具有大范围、大规模、大批量的特点,会在短期内改变市场供求格局。仅仅在需求侧进行制度构建无法满足采购需求,无法实现紧急采购的预期目的,无法解决采购秩序混乱乃至非理性抢购等问题。本次疫情防控实践也为紧急采购中央和地方事权划分总结了宝贵的经验:紧急采购按照预算分级管理和突发事件应急属地管理原则,属于地方事权;通过宏观调控促进产能扩张、保障供给为中央事权。这样一种事权的划分方式和政策调控方式,标志着我国紧急采购制度的进一步

成熟。

五、结语

紧急采购法治化的时机已经成熟。在疫情结束之后,尽快出台我国紧急采购立法,完善相关配套制度,补齐制度短板,已经成为社会各界的共识。再加上对包括新冠疫情防控紧急采购在内的多次紧急采购的实践经验的总结,以及对国外相关立法的研究和借鉴,制定《紧急采购条例》或部门规章的时机已经基本成熟。

紧急采购立法的基本组成部分,应当包括紧急采购的授权启动机制,紧急采购的合理价格原则,紧急采购的组织实施,紧急采购的监督救济,紧急采购与物资储备、产能管理之间的衔接等。紧急采购需经授权方可启动,授权应进行分级管理,并明确授权的事项范围及时间范围。紧急采购中必须贯彻合理价格原则,建立对异常价格的说明义务。紧急采购的灵活性机制可以通过多种方式实现。紧急采购应当注重审计监督和社会监督。紧急采购在管理上宜分散进行,战略物资储备和产能管理宜以集中方式进行。

紧急采购是与常规采购相对的概念。一方面,紧急采购与常规采购由于在“采购计划性”上的差别,而在制度设计上有所不同;另一方面,紧急采购的完善程度,离不开常规采购所能提供的制度资源。我国现行采购法在立法结构上偏重于合同授予、灵活性机制不足、对限额以下的分散采购缺乏规定等结构性缺陷,限制了紧急采购立法发展。所以紧急采购立法的完善,和我国《政府采购法》本身的结构性改革,有着密切的关系。或者说,《政府采购法》本身的改革,是紧急采购制度完善的前提条件。一般政府采购均兼有实施某些社会政策的功能,例如通过优先采购某些企业的产品促进中小企业发展、促进节能环保、促进性别平等。紧急采购是否要豁免这方面的义务,是一个政策抉择的问题。在紧急采购分级管理的情况下,可以考虑紧急程度较低的采购仍然负有此类义务,而紧急程度较高的采购则可以豁免此类义务。

每一次突发事件的采购需求都有特殊性,因此在基本的法律规范之外,需要具有个性化的弹性指导。也就是说,紧急采购应当采取硬法和软法相结合的模式,在《紧急采购条例》或其他规范性文件之外,针对每一次大型的突发事件,出台相应的政策指南。在本次新冠疫情防控采购中,新西兰政府发布了一份《紧急采购指南》,向采购机关解释了在采购法上与紧急采购有关的法律规则,并且就采购决策的考虑因素、灵活使用采购程序、实施采购活动的关键因素、确保可以追责等提出了详细的指导意见。例如,该《紧急采购指南》提出,在实施采购活动时,应考虑以下关键因素:(1)要确定当前的情况属于“紧急事态”,从而使运用灵活采购方法具有正当性;(2)优先实施对本机构而言最为迫切或最能保证业务连续性的采购活动;(3)要从接地气(on the ground)的角度考虑操作环境和条件;(4)了解其他政府机构或非政府机构正在做什么,在可能的情况下进行合作采购;(5)对于供应商也要尽到合理注意义务,采取妥善措施不要让他们蒙受不必要的风险。在“确保可追责”部分,该《紧急采购指南》指出:(1)要保留记录,清晰记录采购过程以及关于紧急状态本身的说明;(2)要妥善处理利益冲突问题;(3)要注意紧急采购中价格虚高、欺诈、行贿和腐败等问题,采取措施加以预防;(4)可以使用现有的采购组织,也可以建立一个临时的应急响应机构,来管理紧急采购;(5)尽管紧急采购可以免于事先公告,但是超过一定限额的合同授予事后要在政府电子投标系统中予以公告,并标明该项采购属于紧急采购。^⑤

硬法具有刚性、确定性、普适性、单方性、强制性、权力性等特点;软法具有柔性、回应性、灵活性、协商性、互动性、共时性、亲和性等特点。应当“立足于法治发展的现实需要,结合软法与硬法自身长短属性,按照法律调整的边际效益原理,在不同领域、不同层面、不同阶段上理性界分软法与硬法的调整对象,以便构建起一种体系完整、结构匀称、功能齐全、富有实效”的法律体系。^⑥未来中国的紧急采购立法,也需遵循这一规律。

注释:

①参见王桦宇:《把钱用在最需要的地方:疫情防控中的法治财税保障》,载 https://www.thepaper.cn/newsDetail_forward_6488057,最后访问时间:2020年3月22日。

②参见李德华、李帅:《论应急公共采购的内涵——以新冠病毒疫情防治为例》,载《中国政府采购》2020年第2期。

③参见刘亚利:《针对疫情,应建怎样的紧急物资采购保障体系?》,载《政府采购信息报》2020年2月24日,第2版。

④参见《政府采购非招标采购方式管理办法》(财政部第74号令)第4条、第38条。

⑤参见《预算法》第89条。

⑥参见《国家审计准则》第6条、《审计法实施条例》第5条。

⑦《关于加强汶川地震救灾采购管理的紧急通知》(财库[2008]43号)。

⑧《关于疫情防控采购便利化的通知》(财办库[2020]23号)。

⑨《关于积极应对疫情创新做好招投标工作保障经济平稳运行的通知》(发改电[2020]第170号)。

⑩参见《江西省财政厅关于抗洪救灾物资实行紧急采购的通知》(赣财购[2010]18号)。

⑪例如,《吉林省自然灾害救助办法》第20条规定:“储备的自然灾害救助物资不能满足自然灾害应急救助和灾后恢复重建中涉及紧急抢救、紧急转移安置和临时性救助需要的,受灾地区县级以上人民政府民政部门经本级人民政府同意,可以组织自然灾害救助物资紧急采购。”

⑫《甘肃省应急项目政府采购管理暂行办法》第6条。

⑬《辽宁省省直部门应对突发事件物资采购管理暂行办法》(辽财采[2008]745号)第4条。

⑭参见朱勇:《疫情防控形势下医院紧急采购的探索和思考》,载《中国政府采购》2020年第2期。

⑮参见蒋守华:《应急采购等“非政府采购项目”》,载《中国政府采购报》2020年2月18日,第4版。

⑯参见《紧急采购管理迈向制度化》,载《中国招标》2013年第19期。

⑰参见《甘肃省应急项目政府采购管理暂行办法》第13条、《辽宁省省直部门应对突发事件物资采购管理暂行办法》第7条第2款。

⑱周旺生:《法的渊源与法的形式界分》,载《法制与社会发展》2005年第4期,第128页。

⑲ Revised Agreement on Government Procurement, Art. 8.

4, available at https://www.wto.org/english/docs_e/legal_e/rev-gpr-94_01_e.htm, last visited on Mar. 27, 2020.

⑩参见《深圳市政府应急项目政府采购管理规定》(深府办[2007]9号)第1条。

⑪参见王澍、杨蔚林:《当变则变,尽快完善我国紧急状态下的政府采购制度》,载《中国政府采购》2020年第2期。

⑫例如,2010年青海玉树地震后,由青海省政府成立青海省玉树抗震救灾指挥部,再由青海省玉树抗震救灾指挥部成立救灾物资集中采购工作协调小组,又由采购工作协调小组发布《关于玉树抗震救灾物资紧急采购有关事宜通知》(青政采办[2010]1号)。

⑬参见《突发公共卫生事件应急条例》第33条、第34条第1款规定。

⑭See Ministry of Business, Innovation and Employment, New Zealand Government, Quick Guide to Emergency Procurement, available at <https://www.procurement.govt.nz/assets/procurement-property/documents/guide-emergencyprocurement.pdf>, last visited on Mar. 27, 2020.

⑮参见张幸临:《美国联邦政府采购法律体系介评》,载《中国政府采购》2019年第10期。

⑯参见刘磊:《完全竞争与简化采购相辅相成》,载《中国政府采购报》2013年1月22日,第4版;宋雅琴:《美国联邦采购改革述评——新公共管理模式的适用与反思》,载《中国政府采购》2007年第5期。

⑰See Office of Federal Procurement Policy, Emergency Acquisitions Guide, available at https://obamawhitehouse.archives.gov/sites/default/files/omb/assets/procurement_guides/emergency_acquisitions_guide.pdf, last visited on Mar. 28, 2020.

⑱See Federal Acquisition Act, Part 18 “Emergency Acquisitions”, available at <https://www.acquisition.gov/content/part-18-emergency-acquisitions>, last visited on Mar. 28, 2020.

⑲See Proclamation on Declaring a National Emergency Concerning the Novel Coronavirus Disease (COVID-19) Outbreak, available at <https://www.whitehouse.gov/presidential-actions/proclamation-declaring-national-emergency-concerningnovel-coronavirus-disease-covid-19-outbreak/>, last visited on Mar. 28, 2020.

⑳See PF 2020-19 Emergency Acquisition Flexibilities for Coronavirus Disease 2019 (COVID-19), available at <https://www.energy.gov/management/downloads/pf-2020-19-emergency-acquisition-flexibilities-coronavirus-disease-2019-covid>, last vis-

ited on Mar. 28, 2020.

㉑Procurement Policy Note- Responding to COVID-19, available at https://assets.publishing.service.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment_data/file/873521/PPN_01-20_-_Responding_to_COVID19.v5_1_.pdf, last visited on Mar. 29, 2020.

㉒参见李纲、魏铃芳、王隆昌:《两岸紧急采购制度之比较分析》,载《西南政法大学学报》2011年第5期。

㉓参见王周欢:《构建全过程政府采购管理的法律制度:问题与对策》,载《中国政府采购》2020年第1期。

㉔参见《青海省农业农村厅关于紧急采购农村牧区防控新型冠状病毒感染的肺炎疫情防护物资及重大动物疫病防控应急物资的公告》,载 http://nynct.qinghai.gov.cn/Html/2020_02_03/230537_244780_2020_02_03_276793.html, 最后访问时间:2020年3月28日。需要指出的是,财政部《关于疫情防控采购便利化的通知》以及青海省财政厅的转发文件中,仅对新冠肺炎疫情防控采购开启了绿色通道,而未对农村动物疫病防控授权进行应急采购。本次采购的总金额为148.5万元。青海省2019-2020年度省级分散采购的限额标准为50万元。如果本次采购中涉及新冠肺炎疫情防控的部分超过98.5万元,则本次合并采购加急使用公开招标程序可以视为合规。

㉕例如,《财政部关于加强中央预算单位批量集中采购管理有关事项的通知》(财库[2014]120号)中提到了框架协议,但其使用范围非常有限。

㉖参见《法大校长马怀德:应急防护物资应由国家统一无偿配给》,载 http://k.sina.com.cn/article_1655444627_62ac149302000zbkf.html?from=local, 最后访问时间:2020年3月29日。

㉗参见《突发事件应对法》第32条、《传染病防治法》第63条、《国家医药储备管理办法》第2条和第25条规定。

㉘参见刘瑾:《救灾帐篷紧急采购进行时》,载《中国政府采购》2008年第6期。

㉙参见《民政部:目前玉树地震灾区已收到棉帐篷5.6万顶》,载 http://www.gov.cn/jrzq/2010-04/23/content_1590992.htm, 最后访问时间:2020年3月29日。

㉚例如在本次新冠疫情防控工作中,国家发改委紧急下达中央预算内投资3亿元补助火神山和雷神山医院建设,而工程采购具体由武汉市政府负责实施。

㉛参见《中国疾病预防控制中心及中国疾病预防控制中心病毒病预防控制所高通量近因测序仪采购项目应急采购谈判(采购编号:0701-204160120171)》,载 <http://www.ccgp.gov.cn/>

cggg/zygg/qtgg/202003/t20200326_14071812.htm, 最后访问时间:2020年4月3日;《中国疾病预防控制中心高通量基因测序仪采购项目成交公告》,载 http://www.ccgp.gov.cn/cggg/zygg/cjgg/202004/t20200402_14102296.htm, 最后访问时间:2020年4月3日。

④《程序不正义,结果无意义——致中国疾控中心的一封信》,载 <https://www.mgitech.cn/news/250>, 最后访问时间:2020年4月3日。

⑤中国疾病预防控制中心:《声明》,载 http://www.chinaecdc.cn/yw_9324/202004/t20200404_215800.html, 最后访问时间:2020年4月4日;《中技国际招标有限公司关于华大智造的声明》,载 <http://www.chinaite.com.cn/387-1042-14156.aspx>, 最后访问时间:2020年4月4日。

⑥谢焱:《紧急采购应以问题导向精准施策》,载《中国政府采购报》2020年2月11日,第4版。

⑦参见刘凯峰:《面对重大突发事件的政府应急保障模式研究》,载《经济体制改革》2009年第5期。

⑧See Federal Acquisition Act, Art. 18. 120, Art 18. 126, available at <https://www.acquisition.gov/content/part-18-emergency-acquisitions>, last visited on Mar. 29, 2020; Federal Acquisition Act, Art. 11. 601-604, available at <https://www.acquisition.gov/content/part-11>.

gov/content/part-11-describing-agency-needs#i1113975, last visited on Mar. 29, 2020.

⑨See Executive Order on Prioritizing and Allocating Health and Medical Resources to Respond to the Spread of Covid-19, available at <https://www.whitehouse.gov/presidential-actions/executive-order-prioritizing-allocating-health-medicalresources-respond-spread-covid-19/>, last visited on Mar. 29, 2020.

⑩See Congressional Research Service, The Defense Production Act DPA and COVID-19: Key Authorities and Policy Considerations, available at <https://crsreports.congress.gov/product/pdf/IN/IN11231>, last visited on Mar. 29, 2020.

⑪疫情防控国家重点医疗物资保障调度平台的网址为 <http://www.miit.gov.cn/n973401/n7674704/index.html>。

⑫See Ministry of Business, Innovation and Employment, New Zealand Government, COVID-19-Emergency Procurement Guidance, available at <https://www.procurement.govt.nz/about-us/news/covid-19-emergency-procurement-guidance/>, last visited on Mar. 29, 2020.

⑬参见罗豪才、宋功德:《认真对待软法——公域软法的一般理论及其中国实践》,载罗豪才等:《软法与公共治理》,北京大学出版社2006年版,第63页。

Legalization of Emergency Procurement System in China: Experiences and Suggestions

Zhang Xiaoping

Abstract: Emergency procurement is an important component of national governance capacitybuilding. The key difference between emergency procurement and normal procurement is whether it is within the intention and scope of procurement plans. Under the constraint of financial accountability, in order to justify the procurement, procurement entities has gradually formed some usual practices in terms of emergency procurement, such as the authorization of emergency procurement, the principle of reasonable price, the diversified procurement method, and the expost supervision, etc. To improve the laws of emergency procurement in China, it is necessary to summarize these good practices, and probe in depth into some relevant issues, including the scope and procedures of the authorization, the establishment of flexible procurement mechanisms, the division of administrative powers between the central and the local governments in this regard, the remedy and supervision during acquisition, and the interaction between emergency procurement and supply side management. It is the right time to complete the task. Based on summarizing our own experiences and drawing lessons from other jurisdictions, we should improve the legislation concerning the emergency procurement as quick as possible by covering the main content discussed above and combining hard law and soft law.

Key words: emergency procurement; government procurement; containing COVID-19; flexible procurement mechanism; soft law