

联合体投标的常见合规风险及预防

文 / 孙建荣

通过进行分级评价、采取相适应的管控措施、履行公司合规审批决策等程序，决定是否与联合体合作伙伴开展合作。需要注意的是所有该高风险信号和分级评价指标都需要结合单位实际情况制定。

近年来，建筑企业在国内外承揽项目过程中，为满足业绩、资质或提升竞争力需要，通常选择以联合体方式承揽项目。联合体各方的法人独立地位决定一方对另一方行为控制力有限，而联合体作为一个整体对外又须承担连带责任。联合体一方如何防范因另一方的违规行为而给自己带来的合规风险，便成了争相讨论的重点。

国内对联合体投标文件作假的处罚措施

相关法律规定。《中华人民共和国招标投标法》（以下简称《招标投标法》）、《中华人民共和国政府采购法》（以下简称《政府采购法》）均对联合体进行了明确定义。即两个以上法人或者其他组织组成一个联合体，以一个投标人的身份共同投标，共同向招标人/采购人承担连带责任。

《中华人民共和国招标投标法实施条例》第四十二条规定，投标人有下列情形之一的，属于投标人以其他方式弄虚作假的行为：（一）使用伪造、变造的许可证件；（二）提供虚假的财务状况或者业绩；（三）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；（四）提供虚假的信用状况；（五）其他弄虚作假的行为。同时条例第六十八条规定了相应的处罚措施。

《政府采购法》第七十七条规定“供应商有下列情形之一的，处以采购金额千分之五以上千分之十以下的罚款，列入不良行为记录名单，在一至三年内禁止参加政府采购活动，有违法所得的，并处没收违法所得，情节严重的，由工商行政管理机关吊销营业

执照；构成犯罪的，依法追究刑事责任：（一）提供虚假材料谋取中标、成交的；同时供应商有前款第（一）至（五）项情形之一的，中标、成交无效”。

综合上述法律法规进行分析，目前在《招投标法》和《政府采购法》中，只单纯列举了投标文件中相关信息造假的情形和相应处罚措施，明确了联合体参与投标时被视为一个投标主体，联合体各方应向业主承担连带责任。但未明确当联合体作为投标主体时违法违规行认定为的具体规则和相关处罚规定，这就导致了实践中对该问题的争议。

实践中相关做法。目前实践中对该问题观点不一，操作不一，总结而言，有“共同处罚”“分别处罚”“共同处罚+区分担责”三种观点。“共同处罚说”认为应将多个违法行为人视为一个违法主体，进行定性并处罚。“分别处罚说”认为需对多个违法行为人分别进行定性和处罚。“共同处罚+区分担责说”认为应将多个违法行为人视为一个违法主体进行定性，但区分具体情形担责。目前从各地法院的的现有判决来看，多支持“共同处罚说”。

如浙江省杭州市中级人民法院

（2019）浙01行初3号案中，武汉A公司因没有相关生产资质，故与武汉B公司组成联合体，以这种方式参与投标。B公司在投标文件中提供虚假业绩材料，被当地行政机构认定为以其他方式弄虚作假，骗取中标行为，要给予A、B公司相应的行政处罚。该案的核心争议在于A公司作为联合体牵头人，未实际参与投标文件的编制，是否应一并予以处罚。就该问题，杭州市中级人民法院认为，组成联合体投标意味着成员单位以同一投标主体的身份参与招投标。各成员既通过组成联合体之方式享有相关权益，就应承担成员的相应义务，互相督促依法依规参加招投标活动，联合体牵头方A公司更是负有审慎行为之义务。法院认为A公司通过与B公司组成联合体的方式，弥补了自身生产资质不足，作为联合体牵头方将B公司的虚假业绩证明材料予以递交，并在材料上加盖了本公司印章，在客观上对违法行为发生发挥了助推作用。作为未尽审慎职责的联合体牵头方A公司和直接实施违法行为的B公司并处以行政处罚，并无不当之处。从该案例中可以看出，国内目前实践较为支持“共同处罚说”。在这里，还需提示注意，根据我国《招投

标法》联合体各方均应当具备承担招标项目的相应能力，由同一专业的单位组成的联合体，按照资质等级较低的单位确定资质等级。

国际工程项目联合体一方投标文件造假的处罚措施研究

相关政策研究。具体到国际工程项目中，联合体双方共同参与投标，如其中一方投标文件造假，是“一并处罚”还是“单独处罚造假方”，主要看该国法律法规、业主招标文件的相关规定。因各国法律规定不同，处罚措施也不尽相同，对于此本文不再赘述。本文主要研究较有共性的内容，即多边开发银行融资项目中，如联合体一方投标文件造假的处罚政策和措施。

以世界银行规则为例，如联合体一方业绩造假，则该行为将被认定为“欺诈”行为。根据《国际复兴开发银行贷款和国际开发协会信贷采购指南》（Guidelines: Procurement of Goods, Works, and Non-Consulting Services Under IBRD Loans and IDA Credits & Grants by World Bank Borrowers）规定，“欺诈行为”指“包括虚假陈述在内的明知或放任地误导，或者企图误导其他主体，以获得财产或其它利益或者以避免责任承担的具体作为或不作为”。从定义来看，欺诈行为主要包含三个构成要件，一是投标人进行了不实陈述。这种不实陈述包括主动提供虚假信息，也包括未披露应当披露的信息。二是投标人在主观层面上包括故意或放任两种主观心态。三是投标人的目的是获取利益或规避责任。联合体一方为中标而对投标文件进行造假，即属于典型的欺诈行为。对于该欺诈行为的认定，主要由世行廉政局（INT）承担举证责任。



《世行欺诈和腐败行为注意手册》(Fraud and Corruption Awareness Handbook)中提到了世行欺诈行为关注的重点包括“不符合合同条款、虚假陈述、虚假票据、滥用合同修改和变更权”。其中“虚假陈述”是典型欺诈行为,是重要的危险信号之一。世行侧重于通过比较投标人陈述、支持性文件等与项目现场情况是否一致、是否缺乏对相关陈述的支持性文件、投标人陈述与对投标人的背景调查结果是否一致等方面,综合判断投标人是否存在虚假陈述。

如存在虚假陈述,则将按照2011版《世行制裁指南》(World Bank Group Sanctioning Guidelines)(以下简称《指南》)给予一定的制裁措施,该《指南》中同时列举了加重制裁和减轻制裁的考量因素。但该《指南》中也并未明确组成联合体投标,一方投标文件造假时对双方如何处罚的具体规定。

相关制裁案例研究。检索目前相关世行制裁案例,世行制裁委员会通常考虑全部情节和所有可能加重和减轻的因素,以确定适当的制裁。世行制裁委员会认为选择制裁措施不是一种机械性的决定,而是根据每个案件的具体事实和情况进行“个案分析”,类似于“分别处罚”。

如在Sanctions Board Decision No. 134 (Sanctions Case No. 620)案例中,A、B公司组成联合体参与投标越南某基础设施建设项目,B公司作为联合体牵头方,负责主要标书制作。B公司在提交投标文件中,对公司两名关键人员的履历、工作经验作假。INT认为A、B公司涉嫌欺诈行为。A公司辩称其在联合体中仅占部分比例,对联合体不享有控制、管理责任,且自身并未实际参与到欺诈行为过程中,不应被认定为实施了欺诈行为。INT认为A公司被认定为欺

诈,主要基于以下三点理由:一是A公司已经授权B公司作为联合体牵头方,在递交投标文件等活动中代表A公司。二是A公司并未采取相关措施验证该招标文件的真实性。三是A公司已经批准提交该含有虚假信息的招标文件。因此A公司应对该欺诈行为承担责任。

在具体责任分担和处罚上,世行制裁委员会综合考虑了A、B公司所有的加重、减轻制裁的因素。

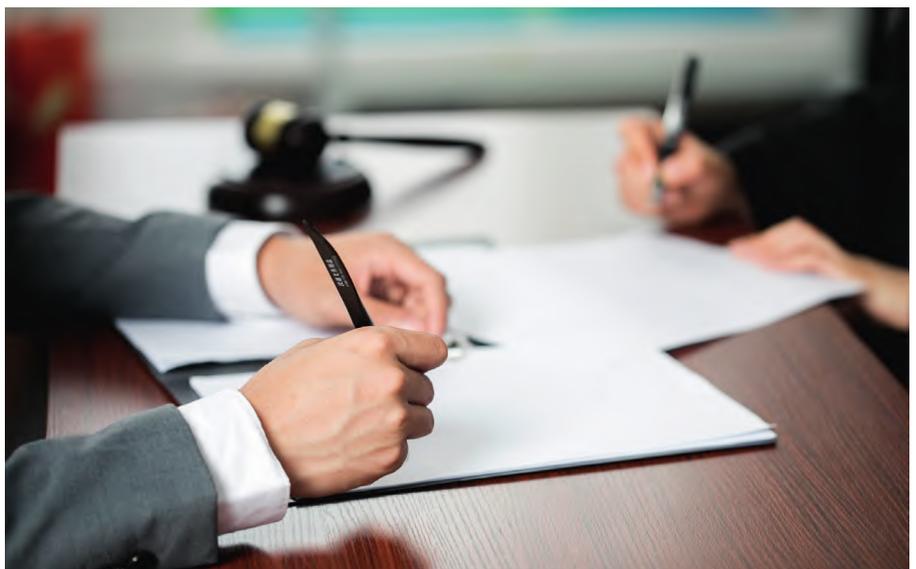
首先对于B公司,其加重制裁情节如下:一是作为联合体牵头方,对欺诈行为起到关键作用。二是B公司在投标文件中多次重复虚假陈述。三是B公司的高层管理人员实际参与到欺诈行为过程中。四是B公司在以前的世行项目中也出现过类似虚假陈述。B公司的减轻制裁情节为该欺诈行为发生时间较为久远。综合所有因素,世行制裁委员会认定B公司欺诈行为成立,给予其6年的禁止投标期制裁措施。

对于A公司,在加重制裁情节方

面,世行制裁委员会认为A公司除“欺诈行为”外,还存在“妨碍行为”,妨碍INT行使检查和审计权,在INT的调查过程中故意隐瞒证据材料。在减轻制裁情节方面,INT主要考虑到距离“欺诈行为”已过去7年,距离“妨碍指控”已过去3年时间。综合考量上述所有因素,给予A公司6年的禁止投标期制裁措施。从上述案例中可以看出,世行是否制裁联合体双方,是根据每个案件的具体事实和情况进行“个案分析”。

组成联合体投标的预防措施

通过对国内和国际相关联合体投标的处罚措施研究,笔者认为,联合体一方投标文件造假时,另一方是无法独善其身的,只是处罚措施有轻重之分,当然也不排除联合体一方合规制度执行良好,符合多边银行减轻处罚的多个因素,从而不被处罚的情形。在组成联合体参与投标过程中,联合体应尽量维护



自身合法权益，尤其是做好投标合规相关工作。

选择合适的联合体合作伙伴。1.确定禁止合作的高风险信号和分级评价指标。公司在组成联合体投标项目时，应选择合适的联合体合作伙伴，并对联合体合作伙伴开展尽职调查。公司需设定联合体合作伙伴可能存在不合规行为的警示信息，即高风险信号和分级评价指标，当尽调过程中出现高风险信号时，则拒绝与联合体合作伙伴开展合作，如未出现高风险信号，则对联合体合作伙伴开展分级评价，最终选择合适的联合体合作伙伴。高风险信号包括但不限于联合体合作伙伴可能存在腐败、欺诈、串通、胁迫、妨碍等多边开发银行可制裁的不合规行为，违反我国或项目所在国法律、法规，违反公司或其他合规制度要求的行为。除上述高风险信号外，还需对联合体可能出现的其他风险信号加以关注，如是否为新设立的公司、是否存在公司经验或人员不足的情形、是否使用咨询或代理参与该项目、合作收付款账户是否涉及离岸账户、是否与招标人或公司人员存在利益冲突或利益关联等情况。通过进行分级评价、采取相适应的管控措施、履行公司合规审批决策等程序，决定是否与联合体合作伙伴开展合作。需要注意的是所有该高风险信号和分级评价指标都需要结合单位实际情况制定。

2.对联合体合作伙伴开展尽调。制定完成高风险信号和分级评价指标后，公司应对联合体开展合规尽调工作。公司尽职调查的内容包括联合体登记的基本信息；联合体的资质、业绩、人员、公共信誉、业务现状等；联合体的履约能力；联合体的诉讼记录；联合体的管理层；联合体与公司是否存在利益冲突或潜在利益冲突；联合体是否被列入有

关国家、国际组织的制裁名单等，以及公司认为重要的需尽调的内容。

3.选择适合的联合体合作伙伴。完成尽职调查后，如未出现高风险信号和分级评价指标，则可与该联合体开展合作。如出现高风险信号，则禁止合作。如出现不同的分级评价指标，则在采取相对的管控措施和方法，履行相应的审批手续后，可继续开展合作。

审慎签订联合体协议。在选择好合适的联合体合作伙伴后，联合体双方需签订正式的联合体协议。联合体协议是确定双方权利义务、发生争议时最基本的合同依据。公司要审慎签订联合体协议，联合体双方虽对外承担连带责任，但在协议中可约定双方对内的具体责任分担问题，尤其是因一方原因导致另一方受牵连承担责任时，内部责任如何分担、如何进行追偿需划分清楚。

同时可要求联合体合作伙伴签署相应的合规申明、诚信合规协议等，即要求合作伙伴遵守所在国法律法规，依法合规，诚信履约。

实施中做好投标文件真实性审查工作。在签订完成联合体协议后，联合体双方按照协议内容开展合作。首先，按照业主要求，组织编制标书，进行投标，并保证投标文件的真实性、准确性及完整性，是确保联合体中标并防范合规风险的基础，因此要做好投标文件审查工作，尤其是重点关注公司资质、业绩、主要人员履历、设备等信息的真实、准确及完整性。

其次，可要求联合体合作伙伴签署投标文件真实性承诺书或者相应协议，承诺的内容主要包括三点，一是投标过程中严格遵循招投标等有关法律法规、国际条约、监管规定、行业准则、公司章程及规章制度，严格禁止腐败、欺诈、串谋、胁迫及妨碍行为；二是保证

编制的投标文件中的所有信息是真实和准确的，并对投标文件信息负责。三是若违反承诺，将有权解除联合体协议，并承担相应的法律责任。

再次，可要求联合体合作伙伴提供投标文件有关信息的支持性文件，并可通过国家、行业协会、企业等第三方平台进行验证，必要时还可要求，第三方提供证明材料，如业主、供应商、制造商等第三方出具的有关业绩、设备等证明材料。

履行好联合体牵头方的管理义务。

作为联合体牵头方，对外代表整个联合体，对整个联合体负有领导管理职责，因此在联合体合作实施项目过程中，要履行相应的义务，包括对投标文件的审慎审查义务，即使投标文件是由非联合体牵头方提供。对非牵头方的管理义务，要求其在整个实施过程中，遵守法律法规、监管规定等。

做好证据留存、保管工作。在与联合体合作的过程中，要做好相关证据材料的留存、保管工作，尤其是在编制标书的过程中的沟通文件、双方签字确认的会议纪要等文件，防止双方事后发生纠纷后，无证据材料支撑。

妥善处理风险和相关追责工作。如联合体双方在合作过程中，受到国内行政机关或国际组织等质询、调查，联合体双方要妥善处理，做好相关解释说明工作，并提供相应的证据资料，以争取减轻或免于处罚。如联合体一方因另一方违法违规行为而牵连处罚，可通过联合体协议等合同文件，向另一方进行追责。

作者单位：中国铁建股份有限公司

◎本栏目主持人：靳明伟