

黄强光 / 著

JIANSHE GONGCHENG
HETONG JIUFEN
SIFA QIANYAN WENTI XIJIE

建设工程合同纠纷 司法前沿问题析解



法律出版社
LAW PRESS · CHINA

黄强光 / 著

JIAN SHE GONG CHENG

HETONG JIU FEN

SIFA QIANYAN WENTI XIJIE

建设工程合同纠纷 司法前沿问题析解



法律出版社
LAW PRESS·CHINA

法律门
Access To



| www.falvm.com.cn

图书在版编目(CIP)数据

建设工程合同纠纷司法前沿问题析解 / 黄强光著.

—北京:法律出版社,2010.8

ISBN 978-7-5118-1106-6

I. ①建… II. ①黄… III. ①建筑工程—经济合同—
经济纠纷—案例—分析—中国 IV. ①D923.65

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2010)第 157131 号

© 法律出版社·中国

责任编辑/杨克

装帧设计/段非

出版/法律出版社

编辑统筹/法律出版社

总发行/中国法律图书有限公司

经销/新华书店

印刷/固安华明印刷厂

责任印制/张宇东

开本/787×960毫米 1/16

印张/24.25 字数/365千

版本/2010年8月第1版

印次/2010年8月第1次印刷

法律出版社/北京市丰台区莲花池西里7号(100073)

电子邮件/info@lawpress.com.cn

销售热线/010-63939792/9779

网址/www.lawpress.com.cn

咨询电话/010-63939796

中国法律图书有限公司/北京市丰台区莲花池西里7号(100073)

全国各地中法图分、子公司电话:

第一法律书店/010-63939781/9782

西安分公司/029-85388843

重庆公司/023-65382816/2908

上海公司/021-62071010/1636

北京分公司/010-62534456

深圳公司/0755-83072995

书号:ISBN 978-7-5118-1106-6

定价:52.00元

(如有缺页或倒装,中国法律图书有限公司负责退换)

目录

CONTENTS

第一章 招标投标纠纷	1
问题一：合法产生中标人后一方拒绝签订合同应如何承担民事责任	
责任	1
问题二：是否可经由建设行政主管部门批准而不需通过招标确定	
承包人	7
问题三：建设行政主管部门是否有权认定中标结果无效	11
问题四：报价低于成本中标是否有效	14
问题五：中标人在签订合同前称有“漏项”可否要求招标人增补	
价款	18
第二章 建设工程合同效力纠纷	21
问题一：在哪些情况下建设工程合同无效	21
问题二：当事人就同一工程订立实质性内容不一致但均未备案的	
施工合同应如何认定合同的效力	29
问题三：“阴阳合同”问题	31
问题四：施工合同生效后发包人是否可以随时解除合同	36
第三章 工程价款结算纠纷	41
问题一：情势变更是否为请求调整合同价款的理由	41
问题二：合同无效工程价款应如何结算	48
问题三：重大误解或显失公平与合同价款的调整	56

问题四：合同约定价与行政审计结论不一致时国家建设项目的 工程造价应如何确定	61
问题五：工程欠款利息应如何计算	67
问题六：合同约定的工期奖是否应予给付	71
问题七：发包人拖欠工程款承包人能否拒绝交付工程	74
问题八：竣工结算审查期限应如何确定	77
问题九：合作开发房地产框架下工程款债务应如何承担	80
第四章 施工工期纠纷	87
问题一：合理工期与逾期竣工	87
问题二：合同无效承包人应否支付逾期竣工的“违约金”	91
问题三：工期顺延是否须经发包方或监理工程师签认	93
问题四：发包人迟延支付工程进度款工期应如何顺延	98
问题五：工程竣工日期应如何认定	103
第五章 工程质量纠纷	108
问题一：如何认定建设工程质量是否合格	108
问题二：建设单位工程质量管理的民事法律责任	117
问题三：施工单位工程质量管理的民事法律责任	127
问题四：勘察设计单位工程质量管理的民事法律责任	135
问题五：监理单位工程质量管理的民事法律责任	142
问题六：总包单位对分包单位或承包人对实际施工人是否享有 质量抗辩权	152
第六章 诉讼时效	157
问题一：工程价款的付款期限没有约定或约定不明诉讼时效期间 应从何时起算	157
问题二：建设工程合同无效诉讼时效期间应从何时起算	162

问题三：工程造价未确定承包人行使付款请求权的诉讼时效期间 应如何计算	168
问题四：建设工程质量索赔的诉讼时效期间应如何计算	179
问题五：逾期竣工索赔的诉讼时效问题	188
问题六：承包人请求合同约定的审价机构审核工程造价诉讼时 效是否中断	193

第七章 工程价款优先受偿权

问题一：工程价款优先受偿权的性质	198
问题二：工程价款优先受偿权成立的条件	200
问题三：合同无效承包人是否享有优先权	202
问题四：工程价款优先受偿权的权利主体	203
问题五：行使工程价款优先受偿权的先决条件	204
问题六：优先受偿权的行使期限	209
问题七：行使优先受偿权的方式	210
问题八：哪些费用可优先受偿	212
问题九：工程价款优先权与其他优先权的冲突	215
问题十：《合同法》施行前订立的合同工程价款是否享有优先 受偿权	221
问题十一：关于完善工程价款优先受偿权制度的思考	224

第八章 施工联营、分包、内部承包、转包、挂靠

问题一：工程施工联营	227
问题二：工程施工分包	235
问题三：工程施工内部承包	251
问题四：工程施工转包	259
问题五：工程施工挂靠	264

第九章 工程总承包、项目管理、项目代建	276
问题一：工程总承包	276
问题二：工程项目管理	286
问题三：工程项目代建	292
第十章 建设工程合同纠纷中的司法鉴定	303
问题一：法院是否应主动依职权进行司法鉴定	303
问题二：如何认定鉴定机构和鉴定人员具有相关的鉴定资格	307
问题三：鉴定机构依法应当如何选定	310
问题四：移送实施司法鉴定前应注意的几个问题	313
问题五：当事人对工程质量鉴定结论不服请求重新进行鉴定的 应否准许	316
问题六：一方当事人自行委托鉴定机构作出的鉴定结论的证据 效力	319
问题七：鉴定费用应如何确定	322
附录：常用法律法规及相关司法解释	326
附录一：《中华人民共和国合同法》(节选)	326
附录二：《中华人民共和国建筑法》	328
附录三：《建设工程质量管理条例》	341
附录四：《最高人民法院关于建设工程价款优先受偿权问题的 批复》	354
附录五：《最高人民法院关于审理建设工程施工合同纠纷案件适用法律问题的解释》	355
附录六：《最高人民法院关于民事诉讼证据的若干规定》	359
感恩·责任·宽容	374

第一章 招标投标纠纷

问题一：合法产生中标人后一方拒绝签订合同应如何承担民事责任

一、问题的提出

《招标投标法》第46条规定：“招标人与中标人应当自中标通知书发出之日起三十日内，按照招标文件和中标人的投标文件订立书面合同。招标人和中标人不得再行订立背离合同实质性内容的其他协议。”第59条规定：“招标人与中标人不按照招标文件和中标人的投标文件订立合同的，或者招标人、中标人订立背离合同实质性内容的协议的，责令改正；可以处中标项目金额千分之五以上千分之十以下的罚款。”据此，经招标投标程序依法产生中标人后，一方拒绝签订合同而应承担的行政法律责任，是明确的。但拒绝签订合同者应如何向对方承担民事法律责任，该法及其他法律、法规和司法解释均无明确的规定，给处理日渐增多的此类纠纷带来了困难。

二、主要争议观点

对于依法产生中标人后一方拒绝签订合同应如何承担民事法律责任的问题，大体上有如下两种不同的观点：

第一种观点认为，依法产生中标人后一方拒签合同的，应向对方承担缔

约过失责任。^①其主要理由是,根据《招标投标法》第46条的规定,订立建设工程合同应当以书面形式进行,该条是对合同生效要件的规定,即中标通知书虽然已经发出,但此时尚未订立书面合同,故合同虽已成立但未生效,不具有法律约束力。^②

第二种观点认为,依法产生中标人后一方拒签合同的,应向对方承担违约责任。^③其主要理由是,定标(产生中标人)标志着招标投标程序的结束,就其法律性质而言,定标属于承诺,即招标人(发包人)同意建设工程施工任务由中标人(承包人)承揽。至此,通过招标投标程序,承包人与发包人已就签订建设工程施工合同的基本内容和条件分别提出了要约与作出了承诺,意思表示一致,合同已经依法成立,具有法律约束力。^④

依民法理论,合同的成立不等于合同已经生效,只有依法成立的合同才生效并具有法律约束力。通俗地讲,只要当事人就合同的各个条款达成一致意见,合同就已经成立,但如果该合同因为内容违反法律和行政法规的禁止性规定或者公序良俗,或者订立合同的形式不符合法律和行政法规的强制性规定,或者订立合同的程序违反法律和行政法规的强制性规定的,都会导致合同无效。自然,无效的合同并不具有法律约束力。

认定经招投标程序依法产生中标人后一方拒绝签订合同应承担的民事法律责任应为缔约过失责任还是违约责任,关键是要看依招投标程序依法产生中标人(即定标结果产生)后,招标人与投标人之间是否已经依法建立了具有约束力的工程承包合同关系:如果在双方之间未依法建立具有约束力的工程承包合同关系,拒签合同应承担缔约过失责任;如果在双方之间已经依法建立具有约束力的工程承包合同关系,则拒签合同应承担违约责任。

① 所谓缔约过失责任,是指在合同订立的过程中,一方当事人因违背诚实信用原则的行为给对方当事人造成损失而应承担的民事赔偿责任(参见《合同法》第42条)。

② 参见杨育林主编:《房地产案件审判要旨与判案评析》,人民法院出版社2004年版,第28页。

③ 所谓违约责任,是指合同依法订立后,一方当事人因存在违反合同的行为而应向对方承担的责任(参见《合同法》第107条)。

④ 参见黄强光编著:《建设工程合同》,法律出版社1999年版,第32页。

应注意到,在建设工程项目依法必须通过招标选定施工单位的情况下,并非所有经过了招标投标程序产生的定标结果都受法律保护,而可能会因为当事人在招投标活动中的一些严重违法行为而使定标结果依法归于无效;只有在形式和内容上都符合法律规定的招投标活动所产生的定标结果,才受法律保护。例如,招标代理机构违法泄露应当保密的与招投标活动有关的情况和资料的,或者与招标人、投标人串通损害国家利益、社会公共利益或者他人合法权益的,依《招标投标法》第50条的规定,在这种情况下产生的中标结果即为无效。在定标结果无效的情况下,合同不得签订及履行,不存在“拒签”的问题,招标投标当事人因为招标失败而产生的索赔,适用缔约过失的有关法律规定。

那么,在定标结果系依法产生的情形下,招标人与投标人之间是否已经依法建立了具有约束力的工程承包合同关系?

不论是持缔约过失责任论者还是持违约责任论者,都认为招标投标活动实质上是一项缔约活动,投标的性质属于法律上的要约,中标属于法律上的承诺。双方的主要分歧在于定标的意义。

有观点认为,依《招标投标法》第45、46条的规定,定标结果只是订立合同的依据,“建设工程合同应当采用书面方式来订立,不采用书面形式订立的建设工程合同不能有效成立”;^①既然《招标投标法》第46条要求招标人与中标人应以招标文件和投标文件为基础订立书面合同,这本身就说明建设工程合同尚有待订立,故拒签合同虽然违反招标投标法的有关规定,但不能因此就认定行为人应承担违反建设工程合同的责任。

三、分析意见

笔者认为,依法产生定标结果后一方拒绝签订合同的,应承担违约责任。

(一)依民法原理,经要约与承诺,当事人意思表示一致,合同即告成立。

^① 参见江平主编:《中华人民共和国合同法精解》,中国政法大学出版社1999年版,第207页。

在法律上,招标投标活动中的招标邀请为要约邀请,投标为要约,定标则为承诺,故定标意味着招标人与中标人已就订立建设工程合同的主要条件提出了要约与作出了承诺,意思表示一致,此时合同已经成立,并且,只要经招标投标所产生的定标结果不属于中标无效的情形,合同就是依法成立的。

有学者认为,“自中标通知书发出时,合同已经成立但未生效”。^① 需要讨论的问题是,合同成立是否须以发出中标通知书为前提?笔者认为,《合同法》第25条和第26条规定,承诺通知到达要约人时生效,承诺生效时合同成立。故只要能证明承诺通知已经到达要约人,合同即告成立。中标通知书之法律性质乃承诺的载体,但准确地说,中标通知书只是能够证明承诺已经到达要约人的证据之一而已,但并非唯一的证据。在招标投标活动中,定标(开标)的过程依法必须是公开的,大量的其他证据也能足以证明承诺已经到达要约人,如开标时的现场录音、录像资料,或公证机关对开标过程所出具的公证证明,或与会监管机关所提供的会议记录等。因此,即使没有中标通知书,但如果有其他证据能够充分证明承诺通知已经到达要约人的,应认定合同已得以成立。

《招标投标法》等法律法规对招标投标活动的主体、招标投标文件的内容以及招标投标的程序均有严格规定,也明确了中标无效的几种情形。因此,只要经招投标所产生的定标结果不属于中标无效的情形,应认定合同是依法成立的。而依法成立的合同自成立时生效并对当事人具有法律约束力,并无疑问。

(二)《招标投标法》第45条和第46条明确规定,中标人确定后,招标人应当向中标人发出中标通知书,中标通知书对招标人和中标人具有法律效力,招标人和中标人不得再行订立背离合同实质性内容的其他协议。那么,其所谓“法律效力”应如何理解呢?对该规定进行分析有助于探讨本部分内容主要争议问题。

^① 参见杨育林主编:《房地产案件审判要旨与判案评析》,人民法院出版社2004年版,第28页。

参与招标投标活动的主体,有招标人、投标人和依法行使监督权的行政机关。后者与前两者是管理和被管理的行政法律关系,双方在行政法律关系当中的权利和义务受行政法的调整。招标人和投标人在招标投标活动中的法律关系是平等主体间的民事法律关系,他们参与建设工程招标投标活动的唯一目的就是在明确发承包的主要条件的前提下选定建设工程的适格承包人,因此,上述规定所指的“法律效力”,只能理解为定标后投标人不能改变要约、招标人不能改变承诺。由此亦可证,此时在招标人和中标人之间,建设工程合同已经依法成立,约束力乃有效合同固有之义,倘若经定标仍未能使合同已经依法成立,又如何能够对招标人和中标人具有法律约束力呢?显然,缔约过失责任论无法合理地解释为何中标人确定(即定标)后招标人应当向中标人发出中标通知书,也无法解释中标通知书为何对双方都具有法律效力,更无法解释为何双方不得再行订立背离合同实质性内容的其他协议等一系列问题。

(三)不同意笔者之观点者可能仍有疑问:如果依法产生定标结果后合同已经依法成立并具有约束力,那么,《招标投标法》第46条和《合同法》第270条为何还规定招标人与中标人应当订立书面合同?岂非多此一举?笔者认为,该规定的目的在于要求发承包人进一步完善合同内容,但更主要的是为加强工程建设行政管理之需:一方面,由于工程建设一般而言有投资大、涉及面广、履约期限较长等特点,招标文件和投标文件虽然明确了建设工程发承包的主要条件亦即明确了建设工程合同的主要内容,但并未完全包括所有应予约定的细节问题,招标人和中标人在招标投标文件的基础上再行订立书面合同是必要的,能使双方的权利和义务更加详尽,更有利于履约。另一方面,我国历来十分注意建立和规范工程建设管理秩序,政府在工程建设领域对民事行为的干预十分强大。对于发包人和承包人应如何订立工程施工合同的问题,原建设部和国家工商行政管理局早在1991年3月就专门制定了《建设工程施工合同示范文本》,而全国地方各级建设行政主管部门普遍要求发包人和承包人按照该示范文本签订合同并据此审核发放施工许可手续。此外,政府从早年向建设单位收取建设投资调节税、报建费,

到近年来向建设单位收取劳动保险费、向施工单位收取农民工工资保证金等,亦无不以报备的格式化施工合同为重要依据。由此可见,招标文件与投标文件虽然已经确定了合同的主要内容,但仍需以此为基础并根据示范文本再行签订书面合同,这样一种分两个阶段但前后合同主要内容相同的重复缔约模式是由法律和现行行政管理体制所设定的,并非当事人的合意安排,当事人并没有选择的余地。

假定法律和现行行政管理体制没有上述要求,发包人和承包人也不再根据招标文件与投标文件按照该示范文本再行签订合同,双方的法律关系又如何呢?依据《合同法》第11条的规定,只要符合“可以有形地表现所载内容”的各种形式的合同,均属书面合同。就日常所见缔约方式而言,当事人的权利义务之约定的确多见于同一文件,尽管招标文件和投标文件的内容虽未见于同一文件,但在形式上无疑是符合本条规定的,换句话说,即使招标人与中标人不再另行订立书面合同,双方所持有的招标文件和投标文件本身就是有形地表现工程施工合同主要内容的载体,即双方的书面合同事实上已经存在。因此,不能因为法律和现行行政管理体制有这种安排而认为合同尚未依法成立。

(四)依法产生中标人后拒签合同的一方应承担违约责任,也是由招标投标制度的严肃性所决定的。可以预见,如果依法产生中标人后拒签合同的一方无须承担违约责任,则招标人就可以无数次地推翻招标结果,中标人也可以无数次地提出新的要约,招标投标制度也就没有建立的必要了。

四、拒签合同应如何承担违约责任

在司法实践中,在上述两种不同观点主导下作出的裁判,将会对当事人的实体利益产生重大影响,这也是理论争议的现实意义之所在。依据缔约过失责任论作出的裁判,拒签合同的一方仅应赔偿对方因招标(或投标)而产生的费用。具体来讲,招标人拒签合同的,仅应向中标人赔偿包括人工费、资料费、差旅费等因参加投标活动而发生的费用;中标人拒签合同的,应向招标人赔偿因组织招标而发生的费用。但如上所述,拒签合同的一方仅应承担缔约过失责任的观点,难以成立。

笔者认为,拒签合同的一方应承担的主要违约责任分别是:

(一)招标人拒签合同的,应当赔偿中标人通过履行承包合同可取得的利润。《合同法》第113条规定:“当事人一方不履行合同义务或者履行合同义务不符合约定,给对方造成损失的,损失赔偿额应当相当于因违约所造成的损失,包括合同履行后可以获得的利益,但不得超过违反合同一方订立合同时预见到或者应当预见到的因违反合同可能造成的损失。”中标人通过履行承包合同可取得的利润,可以参照《建筑工程施工发包与承包计价管理办法》(2001年11月5日,建设部令第107号发布)的有关规定进行确认。招投标实务中,无论是施工图预算、招标标底还是投标报价,均由成本(直接费、间接费)、利润和税金构成,而成本(直接费、间接费)和利润是以在招投标阶段已有的工程定额和市场价格信息为计算依据的,换言之,拒签合同的招标人对其拒签合同可能给中标人造成的损失,在签订合同时应当是能预见到的。

(二)中标人拒签合同的,除应向招标人赔偿重新确定承包商所发生的费用外,如果由于中标人的拒签行为导致工程建设成本增加,应由其承担该增加部分的费用。招标与拍卖的法律性质十分相似,中标人拒签合同与拍卖成交后买受人反悔同质。对于买受人反悔应如何承担违约责任,《拍卖法》的第39条规定可供借鉴:“买受人应当按照约定支付拍卖标的的价款,未按照约定支付价款的,应当承担违约责任,或者由拍卖人征得委托人的同意,将拍卖标的再行拍卖。拍卖标的再行拍卖的,原买受人应当支付第一次拍卖中本人及委托人应当支付的佣金。再行拍卖的价款低于原拍卖价款的,原买受人应当补足差额。”

问题二:是否可经由建设行政主管部门批准而不需通过招标确定承包人

一、问题的提出

有的地方政府为了吸引外来投资,而下文规定非公投资项目可免于施

工招标而由投资人决定施工人。在司法实践中,经由当地建设行政主管部门批准没有经过招标程序即确定了承包人的,当事人对此一般都不对合同效力提出异议,或有的虽对合同效力提出异议,但法院往往以已经建设行政主管部门批准且合同已经履行完毕为由,认定该合同合法有效。

那么,是否经由建设行政主管部门批准后,不需招标便能确定建设工程承包人?

二、分析意见

在通常情况下,工程建设项目应通过招标投标的方式发包。这是工程建设的一项基本原则,目的在于体现公开、公平、公正,合理节约投资,提高投资效能,保护国家利益、社会公共利益和招投标活动各当事人的合法权益。当然,由于进行招标投标需要遵循一定程序,决定了进行招标投标的项目需要历经一定的时间才能确定施工单位,进而才能开始建设,很可能会影响某些工程项目的建成及投产时间。此外,有的项目的性质十分特殊且不宜公布于众。因此,在特殊情况下,法律也允许有所例外。

从缔约的角度来看,招标投标是签订工程承发包合同的法定程序,也是判断合同是否合法有效的依据——最高人民法院《关于审理建设工程施工合同纠纷案件适用法律问题的解释》第1条就明确规定,建设工程必须进行招标而未招标的,合同无效。

地方各级人民政府或其建设行政主管部门决定具体工程建设项目是否进行招标,系具体行政行为,应当具有法律依据。《招标投标法》规定了依法必须进行招标的项目,并授权国务院发展计划部门会同国务院有关部门进一步制定其具体范围和规模标准,报国务院批准后执行;并未赋予国务院任何部门或地方各级人民政府或其建设行政主管部门批准依法必须进行招标的项目可免于招标的权力。《工程建设项目招标范围和规模标准规定》第10条更进一步明确规定,“省、自治区、直辖市人民政府根据实际情况,可以规定本地区必须进行招标的具体范围和规模标准,但不得缩小本规定确定的必须进行招标的范围”。

显而易见,对于依法必须进行招标的项目,根据地方各级人民政府或其建设行政主管部门的批准而免予招标的,其施工合同不能因此而合法化。

(一) 必须进行招标的项目

根据《招标投标法》以及经国务院批复同意的原国家计委《工程建设项目招标范围和规模标准规定》,下列项目的勘察、设计、施工、监理以及与工程建设有关的重要设备、材料等的采购,必须进行招标:

1. 大型基础设施、公用事业等关系社会公共利益、公众安全的项目。包括:(1)煤炭、石油、天然气、电力、新能源等能源项目;铁路、公路、管道、水运、航空以及其他交通运输业等交通运输项目;邮政、电信枢纽、通信、信息网络等邮电通讯项目;防洪、灌溉、排涝、引(供)水、滩涂治理、水土保持、水利枢纽等水利项目;道路、桥梁、地铁和轻轨交通、污水排放及处理、垃圾处理、地下管道、公共停车场等城市设施项目;生态环境保护项目;其他基础设施项目。(2)供水、供电、供气、供热等市政工程项目;科技、教育、文化等项目;体育、旅游等项目;卫生、社会福利等项目;商品住宅,包括经济适用住房;其他公用事业项目。

2. 全部或者部分使用国有资金投资或者国家融资的项目。包括:(1)使用各级财政预算资金的项目;使用纳入财政管理的各种政府性专项建设基金的项目;使用国有企业事业单位自有资金,并且国有资产投资者实际拥有控制权的项目。(2)使用国家发行债券所筹资金的项目;使用国家对外借款或者担保所筹资金的项目;使用国家政策性贷款的项目;国家授权投资主体融资的项目;国家特许的融资项目。

3. 使用国际组织或者外国政府贷款、援助资金的项目。包括:使用世界银行、亚洲开发银行等国际组织贷款资金的项目;使用外国政府及其机构贷款资金的项目;使用国际组织或者外国政府援助资金的项目。

4. 上列第2、3项范围内的各类工程建设项目。包括项目的勘察、设计、施工、监理以及与工程建设有关的重要设备、材料等的采购,达到下列标准之一的,也必须进行招标:(1)施工单项合同估算价在200万元人民币以上的;(2)重要设备、材料等货物的采购,单项合同估算价在100万元人民币以

上的;(3)勘察、设计、监理等服务的采购,单项合同估算价在 50 万元人民币以上的;(4)单项合同估算价低于第(1)、(2)、(3)项规定的标准,但项目总投资额在 3000 万元人民币以上的。

(二)可以不进行招标的项目

根据《工程建设项目招标范围和规模标准规定》,建设项目的勘察、设计采用特定专利或者专有技术的,或者其建筑艺术造型有特殊要求的,经项目主管部门批准,可以不进行招标。

原建设部《房屋建筑和市政基础设施工程施工招标投标管理办法》(以下简称《办法》)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,不适宜进行施工招标的工程,按照国家有关规定可以不进行施工招标。该《办法》同时规定,停建或缓建后恢复建设的单位工程,承包人未发生变更的,或施工企业自建自用的工程,且该施工企业资质等级符合工程要求的,或在建工程追加的附属小型工程或者主体加层工程,且承包人未发生变更的,经县级及以上地方人民政府建设行政主管部门批准,也可以不进行施工招标。

(三)关于招标的方式

招标包括公开招标和邀请招标。公开招标是指招标人以招标公告的方式邀请不特定的法人或者其他组织投标。邀请招标是指招标人以投标邀请书的方式邀请特定的法人或者其他组织投标。

根据《工程建设项目招标范围和规模标准规定》(以下简称《规定》),对于依法必须进行招标的项目,其全部使用国有资金投资或者国有资金投资占控股或者主导地位的,应当采取公开招标的方式。但也有例外,《招标投标法》规定,国务院发展计划部门确定的国家重点项目和省、自治区、直辖市人民政府确定的地方重点项目不适宜公开招标的,经国务院发展计划部门或省、自治区、直辖市人民政府批准,可以进行邀请招标。

除规定全部使用国有资金投资或者国有资金投资占控股或者主导地位的项目应当采取公开招标的方式外,对于依法必须进行招标的其他项目,该《规定》并未明确应采取何种招标方式,一般认为,这些项目可以实行邀请