

建设工程 法律操作实务

上海市建纬律师事务所◇主编

JIAN SHE GONG CHENG FA LV CAO ZUO SHI WU

- ◆ 建设工程承发包模式法律实务
- ◆ 建设工程转包与分包法律实务
- ◆ 建设工程质量问题及保险法律实务
- ◆ 建设工程价款及结算法律实务
- ◆ 建设工程刑事责任法律实务
- ◆ 建设工程招标投标法律实务
- ◆ 建设工程项目管理法律实务
- ◆ 建设工程签证与索赔法律实务
- ◆ 建设工程争端解决法律实务
- ◆ 建设工程示范文本法律实务



法律出版社
LAW PRESS·CHINA

建设工程 法律操作实务

上海市建纬律师事务所◇主编

JIANSHE GONGCHENG FALV CAOZUO SHIWU



法律出版社
LAW PRESS·CHINA

图书在版编目(CIP)数据

建设工程法律操作实务 / 上海市建纬律师事务所主
编. —北京:法律出版社, 2012. 12
ISBN 978 - 7 - 5118 - 4264 - 0

I. ①建… II. ①上… III. ①建筑法—基本知识—中
国 IV. ①D922. 297

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2012)第 273764 号

建设工程法律操作实务
主编 上海市建纬律师事务所

编辑统筹 法律应用出版分社
策划编辑 何海刚
责任编辑 何海刚
装帧设计 汪奇峰

© 法律出版社·中国

出版 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 北京北苑印刷有限责任公司
责任印制 陶 松

开本 787 毫米×1092 毫米 1/16
印张 40.5
字数 1016 千
版本 2013 年 1 月第 1 版
印次 2013 年 1 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 - 4264 - 0

定价:89.00 元

(如有缺页或倒装,中国法律图书有限公司负责退换)

序

团结大厦是怎样建成的？

我与朱树英律师的关系可以互相用一个成语来表述：有求必应。于是，无论是我在律师界还是已经离开律师界，只要是我邀请他参加的讲座或会议，他肯定是有请必到；只要是他安排给我的任务，我必然是有令必听，坚决照办。

于是，老朱安排我为本书写序，我就必须完成任务并乐意为之。尽管我不懂建筑工程法律实务，但我了解朱树英律师及其一手打造的建纬所，我也清楚他与他的建纬团队在全国律师界的影响力，我更清楚朱树英律师在全国律师界的专业号召力。

毫无疑问，这是一部极具可操作性、也具专业性、更具指导性的实务之作。本书从建设工程的承包与发包开始，介绍如何招标与投标，是否转包与分包，怎样进行工程项目管理，能否规避工程质量风险，然后是如何进行工程价款及结算，怎样进行工程签证与索赔，最后则是怎样解决工程争端，如何确定刑事责任。可以说，如此通俗而细腻、细腻而专业、专业而对路的操作指引，对青年律师如何从事建设工程法律实务一定非常管用，对中小城市律师如何提升建设工程法律实务肯定非常实用，对其他民商法律实务律师同行如何丰富并完善自己的专业能力必然非常好用。

16年前，时任《中国律师》总编辑的我安排记者田冰川专程采访了朱树英及上海建纬律师事务所。采访任务完成后，记者写出了一篇题为“建设一座团结大厦”的文章。文章对朱树英律师乃至整个建纬团队进行了一番全景式描写与乐观化展望。

转眼之间，建纬律师事务所已经迎来了自己的20岁生日，建纬律师这座团结大厦矗立在上海滩也已经20个春秋了。不仅如此，作为中国境内首家以建筑工程、房地产和城市基础设施建设法律服务为主的专业律师事务所，建纬律师事务所也已经走出了上海滩，在落脚长三角的核心苏州与杭州及珠三角的主力深圳之外，首先北上走到了北京，然后西行横跨了昆明、武汉、长沙等城市。现在这些城市不仅分别设有建纬的分所，而且还拥有属于建纬团队的丰富而广泛的客户资源。

建纬律师事务所之所以有今天这样的规模品牌与专业品牌，建纬这座团结大厦之所以能够愈加稳固，背后一定有其独特而实用的奇妙原因。

在我看来，大致具有以下三个奇妙之处：一是有一个有担当、有胸怀、有眼光的核心带头人。显然，这个人就是朱树英。对律师界略有了解的人都知道，上海滩素有著名的“三朱律师”之说。此话说的是，三位姓朱的律师驰骋上海滩20余年，有业绩、有影响、有品牌。不仅如此，他们还以各自的声望与口碑享誉业内圈外。年龄最小的是朱洪超律师，上海市联合律师事务所主任。曾任上海市律师协会会长，1995年任全国律师协会副会长（全国律协常务理事会上迄今唯一的“四朝元老”）。知名度最高的是朱树英律师，上海建纬律师事务所主任。现任全国律协民事业务委员会主任，连续两届的上海市政协常委。说起朱树英，许多人都知道，他是一位在建筑房地

产业务方面的专家型律师、领军型人才、攻坚型专家。最年长的是朱妙春律师,原上海天宏律师事务所主任。

从行业影响来看,无疑要首推朱洪超律师;从专业品牌来看,则必然要提朱树英与朱妙春律师。但是,相比朱妙春律师来说,朱树英律师更具专业号召力与影响力。尤其是,朱树英律师背后的团队与规模,令朱妙春律师艳羡不已。

当然,朱树英律师背后的团队也不是一天就能建成的。据我了解,20年来,朱树英律师为建纬这座团结大厦的构建可以说是费尽了心血、贡献了智慧、展示了胸怀。反过来说,如果没有朱树英这位核心带头人,建纬这座团结大厦能否如此成型稳固是不可想象的。

二是有一个叫得响、说得透、做得好、可持续的核心专业。20年来,建纬团队以自己“超前、务实、至诚、优质”的独特所训作为服务理念,结合建筑房地产法律服务的专业特点,通过对相关法律的深入研究和广泛的法律服务实践,不但在中国城市建设的法律服务领域创立了知名品牌,而且通过自己的律师在上海、北京、深圳、苏州等城市建设高速发展地区乃至中国各地承办的一大批案情复杂、标的巨大且具有标本意义的诉讼案件和非诉讼案件,积累了丰富的专业法律服务经验,在中国法律界和建筑房地产业内产生了重大影响。据介绍,建纬所曾为上海浦东机场、中央电视台、国家博物馆、上海申通地铁、天津地铁、深圳地铁等诸多国家及地方重点工程项目提供法律服务。基于法律服务的关联特性,现在他们的法律服务还逐渐渗透和延伸到了与建筑房地产专业相关的金融、保险、公司、知识产权和环境保护领域,形成了较为完善的专业法律服务体系。

三是有一批志同道合、同心同德的合伙人。建纬团队能够发展到今天这样的规模,除了上海的创始合伙人,来自北京、深圳、苏州、杭州、武汉、长沙、昆明等地的加盟合伙人,同样做出了不可或缺的贡献。建纬团队的发展正好也演绎了管理学者总结概括的发展思路:凡人做事,商人做市,高人做势。无论是战略布局还是专业进退,建纬团队可以说是一个典型的高手。

从今年开始,国内许多大所将陆续迎来自己的建所20周年生日。建纬团队将自己的研究心得与业务经验汇编成书,应当说是一种最有意义的纪念。文字是历史最好的见证,正如12年前我与吴明德先生一起向朱树英律师建议创办所刊一样,今天我们同样要为建纬的新作大声叫好。因为能够传播并分享经验,一定是一种可持续、可发扬光大的幸福传递。

序文至此,我想起了2010年我给朱树英律师写的嵌字贺卡:奔走在大厦的构建之中,游刃于法律的经纬之间。在我看来,建纬这座团结大厦究竟是怎样建成的,建纬又是如何为一座座大厦的建成而贡献怎样的专业技巧与法律智慧,本书将告诉你一个明确的答案。

中国法学会《民主与法制》社总编辑



于党的十八大胜利闭幕之时

目 录

CONTENTS

■一、建设工程承包模式法律实务

关于 BT 项目招标模式的法律分析	(3)
以 BT 模式进行开发区基础设施建设的法律问题	(9)
港口建设中 BOT 模式应用	(15)
城市轨道交通 BOT 模式	(20)
用 TOT 模式解决国有资金项目经营权转让主体利益平衡问题	(25)
EPC 模式的基本原则和实践中存在的法律问题	(29)
EPC 模式中几个主要法律问题	(34)
设计施工总承包若干疑难法律问题及其对策	(39)
我国港口建设与 PPP 模式	(43)
从政府采购角度分析政府投资项目代建制的有关问题	(49)
政府投资建设项目代建制度初探	(56)
工业园区工业厂房定向建造的模式及法律问题	(62)
地铁项目建设采用工程总承包方式应注意的问题	(64)
建设工程联合总承包过程中的问题及其法律思考	(69)
工程总承包联合体各成员方的合同法律关系及常见争议简析 ——对一起境外联合工程总承包案例引发的若干法律问题的剖析	(76)

■二、建设工程招标投标法律实务

《招标投标法》若干问题最新解读	(85)
《招标投标法实施条例》中的制度创新	(92)
《招标投标法实施条例》中关于重新招标的法律分析	(98)
关于《招标投标法实施条例》规定的异议制度的法律分析	(101)
建设工程招投标常见法律问题剖析	(105)
《政府采购法》与《招标投标法》的关系	(109)
政府工程采购相关问题探析	(114)
为政府工程签订合同过程中解决中标单位投标瑕疵的建议	(118)
关于招标代理机构收费指导价的法律分析	(124)

关于串通招投标行为界定及法律后果的分析	(128)
投标保证金的法律性质分析	(132)
关于《招标投标实施条例》中因利害关系人对投标人的限制法律探讨	(135)
评标委员会的性质和法律责任的探讨	(138)
评标委员会的相关法律问题分析	(141)
关于如何界定中标合同实质性内容的法律探讨	(143)
招标投标活动与黑白合同规制的法律分析	(146)
中标通知书发出后书面合同签订前建设工程合同是否成立的问题	(152)
中标通知书法律性质分析	(156)

■三、建设工程转包与分包法律实务

建设工程劳务分包及常见纠纷与预防	(163)
建设工程劳务分包的常见风险与防范	(166)
建设工程违法劳务分包的“死穴”	(171)
“浙江模式”	
——内部承包合同模式下的转包和挂靠	(174)
建筑业挂靠有关法律问题探讨	(178)
建筑领域挂靠涉及的法律关系及其责任探讨	(185)
承包人如何正确把握和行使解除权	(193)
违法分包行为和实际施工人法律地位问题	(197)
建设工程中非法转包的认定及法律处理原则	(200)
由一则案例引起的对最高人民法院《关于建设工程施工合同纠纷案件适用 法律问题的解释》中有关非法转包、违法分包等条款内容的思考	(209)

■四、建设工程项目管理法律实务

工程事故的不同“面相”及“面向”	
——公、私法中关于工程事故责任的区别及规制重点	(221)
如何通过合同条款控制项目经理(部)的越权行为	(228)
承包商在 EPC 合同履行中的工期风险分析	(231)
工程总承包模式下的工程监理	(235)
EPC 合同条件下承包商的风险防范	(240)
加强工程总承包合同管理应当注意的十个法律问题	(246)
海外 EPC 项目的风险管理	(252)
从一则处罚通报看监理安全行政责任	(257)
建设工程施工合同履行中的主要法律风险与防范	(260)
透过案例看施工单位聘请专业律师提高合同履行管理的可行性和重要性	(267)
工程总承包体系中分包工程竣工时间的确定	
——评天津市某工厂项目工程总承包中土建分包纠纷案件	(271)

某施工企业运用合同管理依法维权的典型经验说明	(274)
------------------------------	-------

■五、建设工程质量问题及保险法律实务

EPC 合同履行中的质量风险分析	(281)
现行工程质量法律体系中的缺陷	(286)
总包商与分包商在工程质量管理中的连带法律责任分析	
——从一则案例谈起	(291)
担保公司在建设工程质量安全管理中的法律价值	(295)
建设工程质量保修金返还期限约定之完善	(299)
是缺陷整改,还是结构破坏?	
——一例建设工程质量缺陷整改鉴定引发的质疑	(302)
确保工程质量 避免合同纠纷	(310)
建设工程施工合同各方主体对工程质量依法应承担的相应责任	
——一起高达 1897 万元的工程质量索赔案	(313)
工程保险投保的法律问题	(321)
新保险法对建设工程所涉保险合同的影响	(326)
结合发生在上海的两起重大地下工程事故进行的大型市政工程建设中的保险	
法律问题	(333)
重大基础设施工程投保容易理赔难应引起有关部门重视	(349)
启用担保之王 抗御垫资风险	
——垫资开禁对工程担保提出的新课题及其相应对策	(352)

■六、建设工程签证与索赔法律实务

无签证亦可追加价款	
——兼谈示范文本签证与索赔关系	(357)
签证时效是天上掉下的馅饼	
——兼谈示范文本中的索赔时效和签证时效	(360)
建设单位在签证过程中的造价控制	(363)
建设工程的特点与工程签证种类的关系	(368)
示范文本索赔条款探析	(371)
工程索赔时效问题探析	(381)
隐蔽工程验收记录可以作为建设工程索赔的依据	(384)
施工企业的工程索赔	(387)
建设工程索赔的证据实务	(391)
建设工程合同中工程量清单漏项少算的索赔应对	(397)
建设单位进行工期反索赔的实务操作技巧	(401)
面对天价质量反索赔,律师如何使施工企业化险为夷?	
——从一起典型索赔案例看律师应对业主质量反索赔的策略	(405)

价格索赔成功源于施工合同与勘察合同之辩 ——我对一起建设工程合同纠纷案件性质的分析	(409)
--	-------

■七、建设工程价款及结算法律实务

工程造价咨询单位在结算审价中民事责任的分析(上篇——归责理论研讨篇)	(415)
工程造价咨询单位在结算审价中民事责任的分析(下篇——诉讼实务研讨篇)	(420)
国家建设工程审计与工程结算的关系	(426)
建设工程价款优先受偿权的法律适用问题	(430)
承包人、工程师、发包人,谁的确认可作结算依据 ——某工程施工合同解除后价款结算纠纷案	(435)
加强进度款结算、避免工程款拖欠	(439)
从一起造价争议看固定总价合同的特点、风险及防范	(443)
EPC 合同条件下承包商的造价应对对策	(448)

■八、建设工程争端解决法律实务

国有资金项目公益诉讼制度初探	(455)
替代性纠纷解决机制(ADR)在建设工程领域的适用	(461)
建筑工程司法鉴定制度缺陷简论 从两次流拍到成功拍卖	(466)
——从一桩执行案看执行代理工作	(472)
对于鉴定人资质审查质证的几个问题	(474)
工程造价案件现有司法鉴定模式存在的问题及其对策	(476)
从司法实践看工程造价审价鉴定应遵循的基本原则	(481)
毗邻建筑物不受侵害权不得滥用	(486)
律师在办理建设工程合同纠纷案件中需要澄清的几个法律问题	(489)
合同相对性与仲裁选择在建设工程领域的纠结及解决思路	(494)
从一起仲裁案谈施工合同仲裁条款的效力 ——兼谈所谓低价中标合同的效力	(497)

■九、建设工程刑事责任法律实务

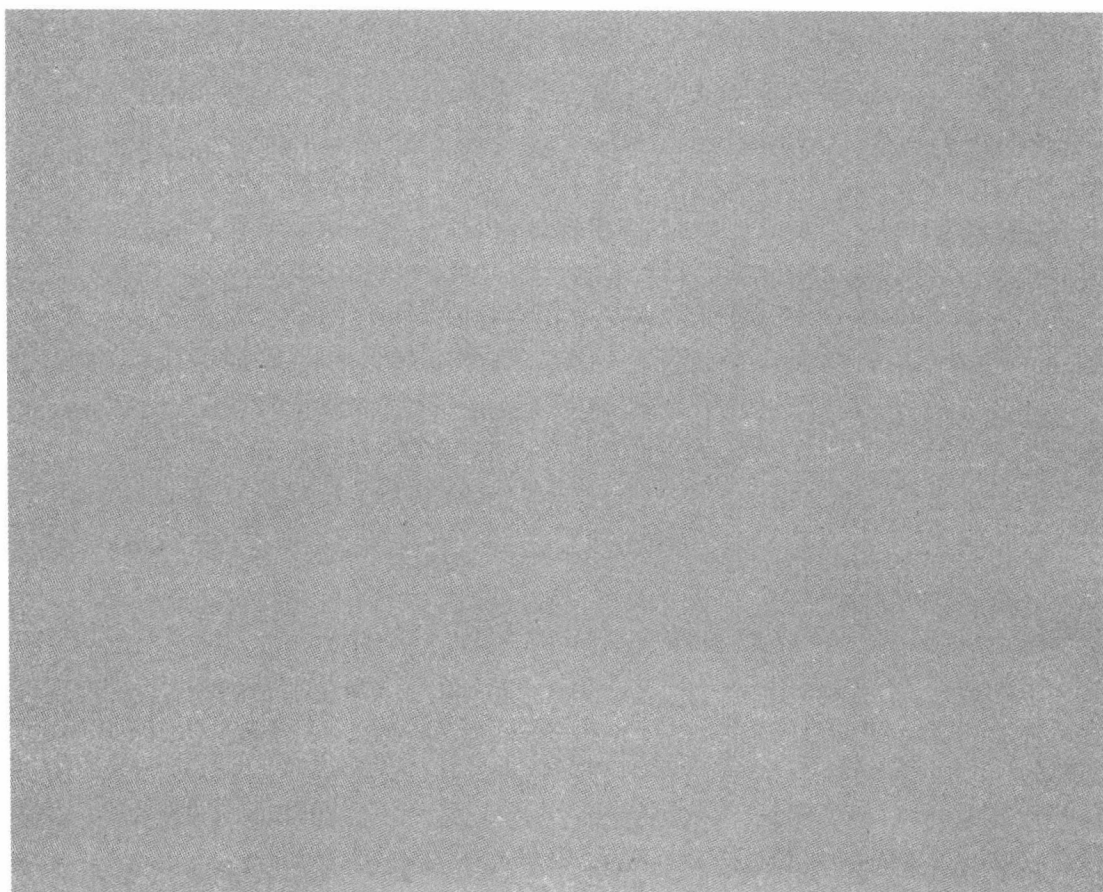
我国《刑法》有关建设工程安全的罪名解读	(505)
潜藏于高危险地铁施工中的高风险刑事责任	(512)
从合肥的评标专家窝案看工程招投标领域的刑事责任	(520)
“串通投标罪”的犯罪构成及罪与非罪的区别	(527)
有关“串通投标罪”构成要件的若干问题	(531)
重大劳动安全事故的罪与非罪分析	(536)
从“央视大火案”看工程安全生产中的刑事责任	(539)

工程建设领域职务犯罪的现状及成因分析	(542)
特种设备使用的刑事风险	(546)
合同诈骗罪分析	(553)

■ 十、建设工程示范文本法律实务

关于《建设工程施工合同(示范文本)》与《标准施工招标文件》的异同	(561)
在总价合同的螺蛳壳里做追加价款的道场	
——兼谈示范文本关于总价合同的规定	(566)
《建设工程施工合同(示范文本)》第6版修订稿中知识产权条款的合理性	(569)
通过合同实现公法目的的尝试	
——评《建设工程施工合同(示范文本)》修订稿中若干“公法条款”	(574)
解读九部委《标准施工招标文件》新特点及合同管理的九大程序	(582)
《标准施工招标文件》与《建设工程施工合同(示范文本)》对比表	(592)
标准施工合同与水利水电施工合同条款对比分析	(600)
标准施工合同发包人解除合同条款比较与解读	(605)
标准施工合同计量支付条款解读	(610)
建设工程施工合同(99示范文本)与FIDIC施工合同条件的比较	(614)
从FIDIC文本及其争议评审约定在国内发生的案件看争议评审应注意的法律	
问题	(618)
关于《建设工程施工合同(示范文本)》修订稿“一般约定”的逐条评析	(624)

一、建设工程承发包模式 法律实务



关于BT 项目招标模式的法律分析

■深圳分所 蓝新宏 熊 婷

【摘要】 BT 模式作为一种新型融资建设模式被越来越多的工程项目所采用,目前国内关于 BT 模式建设管理方面暂无统一的法律、法规,而 BT 项目中回购人确定投资人的工作是 BT 模式具体实施的重要工作,本文拟就 BT 模式建设项目招标过程中有关问题结合国内招标投标方面法律、法规做相关法律分析。

【关键词】 BT 模式 回购人 投资人 招标

当前,我国经济快速发展,对基础设施和公用事业项目产生了很大的需求,仅依靠政府投资无法满足要求,越来越多的建设项目需依靠社会资本,BT 模式作为一种新型融资建设模式被越来越多的工程项目所采用。据不完全统计,自 2008 年以来,全国各地有一百多个基础设施项目或公用事业项目采用 BT 模式建设,涉及市政公路、轨道交通、桥梁、医院、学校、水利设施等基础设施或公用事业建设的多个领域。

一、BT 模式简述

目前国内所称的 BT 模式即建设—移交模式,BT 是 Build Transfer 的缩写,是指由政府或其授权单位作为项目回购人,经过招标或其他程序选择拟建基础设施或公用事业项目的项目投资人,双方通过 BT 投融资建设合同约定投资人具体负责项目的投融资、建设等工作,并按合同约定时间和质量向回购人移交 BT 项目,回购人按合同约定向投资人支付项目回购款项的一种项目融资建设模式。

在 BT 模式建设项目中,政府或其授权单位,即与投资人签订 BT 投融资建设合同并按该合同约定支付回购款的一方称为项目回购人,有的 BT 项目中也称为项目发起人;而回购人通过招标或其他程序选择的,并与其签订 BT 投融资建设合同、要求其承担项目的资金筹措、建设、管理等责任的一方称为项目投资人;项目投资人为了筹集项目建设资金、建设和管理 BT 项目而在项目所在地设立的公司称为 BT 项目公司。

目前,BT 模式在具体项目中的实际运作存在较大差别,即使在同一省市内同时实施的不同 BT 项目,其实际运作方式也不相同,但根据 BT 项目实际运作中项目投资人本身或其关联主体是否承担项目工程施工工作这一重要特征,大致可以将 BT 模式的具体运作分为以下两类:(1)单一投融资型 BT 模式,指回购人通过公开招标或其他方式选定 BT 项目的投资人,由投资人组建项目公司,负责项目投融资、建设等工作。在项目建设过程中,投资人或项目公司通过法定程序选择施工单位以及材料设备供应商等具体负责项目施工或其他建设工作,投资人自身或聘请项目管理单位来管理项目建设工作。(2)投融资+施工型 BT 模式,是指回购人通过公开招标的方式选定投资人,由投资人组建项目公司,负责项目投融资、项目管理和施工等工作。在

该模式下,投资人具备融资能力和相应的项目管理能力以及符合项目建设需要的施工资质,因此项目工程的施工工作直接由投资人自身或关联单位承担,无须进行二次招标。

二、BT 项目中项目投资人招标确定过程中有关问题的法律分析

(一) BT 项目投标人的确定是否必须招标

政府确定 BT 项目投资人的过程属于政府采购行为,《政府采购法》中规定的三种采购类别分别为工程、货物和服务,现实中对政府确定 BT 项目投资人的过程究竟属于上述三种采购类别中的哪一种存在争议,支持三类别的观点都存在。但笔者认为,无论属于哪种类别,BT 项目投标人的确定都必须招标。具体分析如下:

如果为工程采购,根据《政府采购法》第 4 条的规定,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 3 条规定,在中华人民共和国境内进行下列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,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;(2)全部或者部分使用国有资金投资或者国家融资的项目;(3)使用国际组织或者外国政府贷款、援助资金的项目。根据以上规定,大型基础设施、公用事业等关系社会公共利益、公众安全的项目建设应纳入招标范围。所谓基础设施,是指为国民经济生产过程提供的基本条件,可分为生产性基础设施和社会性基础设施,前者指直接为国民经济生产过程提供的设施,后者指间接为国民经济生产过程的设施。基础设施通常包括能源、交通运输、邮电通信、水利、城市设施、环境与资源保护设施等。所谓公用事业,是指为适应生产和生活需要而提供的具有公共用途的服务,如供水、供电、供热、供气、科技、教育、文化、体育、卫生、社会福利。目前国内采用 BT 模式建设的道路、桥梁、广场等重点基础设施和市政工程项目属于《招标投标法》所规范的项目建设范畴,且 BT 项目所涉及的投资额度一般都达上千万元甚至上亿元,从上述分析来看,BT 项目中投资人的确定应通过招标方式确定。

如果为货物或服务采购,根据《政府采购法》第 27 条的规定,采购人采购货物或者服务应当采用公开招标方式的,其具体数额标准,属于中央预算的政府采购项目,由国务院规定;属于地方预算的政府采购项目,由省、自治区、直辖市人民政府规定;因特殊情况需要采用公开招标以外的采购方式的,应当在采购活动开始前获得设区的市、自治州以上人民政府采购监督管理部门的批准。BT 项目所涉及的投资额度一般都达上千万元甚至上亿元,远超过各级政府规定的限额,因此 BT 项目中投资人的确定也应通过招标方式。

(二) BT 项目招标模式的法律分析

1. 单一投融资型 BT 模式下招标有关问题的法律分析

根据 BT 模式具体运作方式的不同,BT 项目中投资人的招标具体方式也不相同。在单一投融资型 BT 模式中,将投资人招标与工程招标分开进行,即二次招标。此时回购人具体采用何种招标方式确定投资人并无统一的操作规定。根据《招标投标法》的规定,招标方式包括公开招标和邀请招标两种方式,两者在发布信息方式、选择范围、公开程度、时间和费用等各个方面都不同。由于两者是国际上使用最为广泛的招标方式,各有其特点,一些国家规定招标人可以选择适用两者中的任一种方式。比如,欧盟有关公共采购的法律中规定,如果采购金额超过法定界限,必须使用招标形式的,项目法人有权自由选择公开招标或邀请招标,实践中邀请招标的方式往往得到较多的采用。依据《招标投标法》的规定,国务院发改委确定的国家重点项目和省一级地方政府确定的地方重点项目不适宜公开招标的,经相关部门批准,可以进行邀请招标。新颁

布的《招标投标法实施条例》第8条明确规定,国有资金占控股或者主导地位依法必须招标项目仅在“技术复杂、有特殊要求或者受自然环境限制,只有少量潜在投标人可供选择”和“采用公开招标方式的费用占项目合同金额的比例过大”两种情形,且对于第二种适用邀请招标的情形应经政府相关部门批准。若BT项目为国家或地方的重点项目或国有资金占控股或者主导地位的依法必须招标的项目时,依上述规定一般应采用公开招标形式进行招标,若因项目本身原因无法公开招标或采用公开招标不符合经济合理性要求的,经批准可以采用邀请招标的方式。鉴于BT模式的具体操作方式不一样,对于投资人的要求也不太一致,为保证项目招标的公平、公正、公开,一般情况下应采用公开招标方式。

单一投融资型BT模式下工程招标与一般建设模式下工程的招标一样,需适用《招标投标法》的有关规定。若单一投融资型BT模式下项目投资人具备项目施工资质,则该情形下是否可依据《招标投标法实施条例》第9条的有关规定不进行施工招标?目前国内业界在上述问题上存在较大争议:有人认为,回购人在招标确定投资人过程中,并未对投资人施工方面资质进行严格要求,若因投资人具备项目施工资质而不进行施工招标存在规避招标嫌疑。有人认为,BT模式作为BOT模式的衍生形式,可以直接适用《招标投标法实施条例》第9条规定的不招标情形的第三种,即“已通过招标方式选定的特许经营项目投资人依法能够自行建设、生产或者提供”。因现有法律、法规中并未明确BT模式建设项目属于特许经营项目,故笔者认为不能直接适用该条的规定。由于目前对于“特许经营”一词在《招标投标法》及相关法律中无相关法律解释,而国家计委、电力部、交通部《关于试办外商投资特许权项目审批管理有关问题的通知》中明确外商投资特许权项目为外商建设—运营—移交的基础设施项目,建设部《市政公用事业特许经营管理办法》中规定市政公用事业特许经营指政府按照有关法律、法规规定通过市场竞争机制选择市政公用事业投资者或者经营者,明确其在一定期限和范围内经营某项市政公用事业产品或者提供某项服务的制度。从上述规定可知,特许经营项目为BOT模式建设项目或政府公用事业特许经营项目,一般涉及“经营”环节,虽然BT模式的具体实施同BOT模式和政府公用事业特许经营项目一样需经过政府有关部门的批准,但BT模式项目中并不涉及经营环节,与《招标投标法实施条例》所述“特许经营项目”有差异。笔者认为,该BT模式下施工单位不招标的情形可考虑参考《招标投标法实施条例》第9条规定的第二种情形。《招标投标法实施条例》第9条规定,“采购人依法能够自行建设、生产或者提供”的,可以不进行招标。因此,需分析在单一投融资型BT模式建设项目的建设阶段由谁招标确定施工单位,即明确《招标投标法实施条例》第9条中规定的“采购人”。所谓“采购人”,主要指以合同方式有偿取得货物、工程和服务的活动中接受货物、工程或服务的一方。在一般建设项目中,依据《建筑法》第21条的规定,建筑工程招标的开标、评标、定标由建设单位依法组织实施,并接受有关行政主管部门的监督。结合上述规定可知,建设单位为一般建设项目中的“采购人”。对于何为建设单位,《建筑法》以及相关法律法规并没有作出界定。在全国人大常委会法制工作委员会编写的《中华人民共和国建筑法释义》中明确《建筑法》的建设单位是指投资进行该项工程建设的任何单位或者个人。但在BT模式建设项目中,“建设单位”该如何界定,目前并无法律、法规进行明确规定。回购人承担项目建设完成后的回购工作,为项目的最终使用人或移交回购之后的项目所有权人,从这个方面来看,回购人符合上述释义中“投资”工程建设的表述。然而,在BT模式建设过程中,回购人一般通过BT投融资建设合同将项目投融资、建设管理方面的部分职责转移给项目投资人或项目公司承担,此阶段投资人或项目公司从表现形式上符合“建设单位”的定义。因此,在BT模式下,“建设单位”并非绝对的,回购人和投资人都承担着部分建设单位职责,而BT项目建设过程中

的施工、勘察设计、监理等单位的选择确定工作也是通过 BT 投融资建设合同约定具体由谁负责。因此, BT 模式建设项目中, 施工、勘察设计、监理等采购活动中的“采购人”为回购人还是投资人须依据 BT 投融资建设合同的约定。在单一投融资型 BT 模式下, 按照 BT 投融资建设合同的约定一般由项目投资人承担项目的投融资、施工、建设管理等工作, 若投资人本身具备 BT 项目工程的施工资质, 此情形下, 投资人已具备自行建设能力, 可考虑依据《招标投标法实施条例》第 9 条规定的“采购人依法能够自行建设、生产或者提供”而不进行招标。鉴于目前法律、法规中并未明确“采购人依法能够自行建设、生产或者提供”的具体情形, 建议回购人拟采用单一投融资型 BT 模式时将有关招标方面的内容在 BT 融资建设方案中明确。

2. 施工型 BT 模式下招标有关问题的法律分析

在施工型 BT 模式下, 投资人确定的过程也同时是工程施工单位确定的过程, 即 BT 项目投资人招标和施工招标一同进行。在该 BT 模式建设项目投资人招标过程中, 需注意的是, 该 BT 模式下投资人招标与一般建设工程项目中施工招标在招标条件方面有较大差异: 在施工型 BT 模式建设项目中, 按照 BT 投融资建设合同的约定一般由项目投资人承担项目的投融资、施工、建设管理等工作, 因此招标人在招标过程中, 除了要求项目投资人符合项目工程的施工资质外, 还应要求投标人具备良好的融资能力和项目管理能力, 即招标确定的项目投资人可能是由建筑施工企业和拥有财务融资能力的企业组成的联合体或者是拥有融资能力的建筑施工企业。而在一般建设工程项目中, 施工招标一般就投标人的施工资质进行要求。该 BT 模式下投资人确定过程中应遵守《招标投标法》及其相关法律的规定, 考虑到施工型 BT 模式下投资人招标与一般建设工程项目中施工招标的差异性, 招标人在设置投标人资格条件时还可适当参考国内关于 BOT 项目投资人方面的法规、规章以及实际操作经验。鉴于施工型 BT 模式下 BT 项目投资人招标和施工招标一同进行的招标操作实践与现有施工招标的差异, 建议招标人在 BT 融资建设方案中就投标人资格条件、招标具备条件等内容向政府有关行政主管部门申请审批, 以确保该 BT 模式下投资人招标工作能顺利进行。

(三) BT 项目公开招标场所方面的有关法律分析

在国内, 建设工程项目的公开招标可通过建设工程交易中心或政府采购的有关交易场所进行。

建设工程交易中心即有形建筑市场, 是经政府主管部门批准, 为建设工程交易活动提供服务的场所。根据建设部、国家计委、监察部《关于健全和规范有形建筑市场的若干意见》(国办发〔2002〕21 号) 的规定, 现阶段, 对于全部使用国有资金投资, 以及国有资金投资占控股或者主导地位的房屋建筑工程项目和市政工程项目, 必须通过有形建筑市场, 依法公开招标。特大型和大型市政工程项目采用国际招标的, 按照《招标投标法》关于公开招标的规定办理。其他应公开招标的工程建设项目也可进入有形建筑市场招标、发包。根据该规定, 一般有形建筑市场是由建设行政主管部门设立的, 隶属于建设行政主管部门, 所以, 在很多地方进入有形建筑市场进行交易活动的项目范围仅限于建设行政主管部门职责范围内管理的房屋建筑工程和市政基础设施工程, 而对于由各专业部门行使市场管理职能的交通、水利、铁路、信息产业等专业工程项目进场进行交易活动的并不多。例如, 北京市建设委员会《关于加强有形建筑市场管理的若干规定》中规定: “水利、交通、铁道、民航、信息产业等行业工程项目的招标投标活动可在本行业设立的有形建筑市场进行。但工程项目中在本市行政区域内的各类房屋建筑及其附属设施的建造和与其配套的线路、管道、设备的安装项目和市政工程项目的招标投标活动均应到中心市场进行。”依据《政府采购法》的有关规定, 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、工程和服务的行为都应进行政府采购,应通过政府采购的有关交易场所进行。从《政府采购法》的有关规定来看,运用政府采购交易场所进行采购的项目有着严格的准入条件,一方面要求是使用财政性资金且在依法制定的集中采购目录以内的或者采购限额以上的货物、工程、服务,另一方面要求是各级国家机关、事业单位和团体组织。

综上可知,建设工程交易中心和政府采购交易场所两者在适用范围方面有着各自的特点:从资金来源方面来看,建设工程交易中心要求是全部使用国有资金投资,以及国有资金投资占控股或者主导地位的投资项目,而政府采购方面的交易场所要求是财政性资金投资项目,根据我国目前的财政管理体制,国有资金以及国有资金投资占控股或主导地位的资金范畴大于财政性资金的范畴;从投资项目对象来看,建设工程交易中心一般为房屋建筑工程项目和市政工程项目,而水利、交通、信息产业、供电、环境保护、消防等行业和产业项目并没有必须进场交易的限制性规定,政府采购交易场所的准入项目一般为依法制定的集中采购目录以内的或者采购限额以上的货物、工程、服务,并没有对行业进行限制;从适用主体来看,建设工程交易中心对入场交易主体方面准入相对宽松,政府采购交易场所必须是各级政府机关、事业单位和团体组织,而使用财政性资金的国有企业并没有在其适用范围内。

国内一般项目的招投标活动可以通过建设工程交易中心或政府采购的交易场所进行,但目前国内对于 BT 项目的公开招标场所没有统一的规定,而已制定的地方性规范文件中规定的 BT 项目招投标实务中对此存在不同观点:

第一种观点认为,BT 项目的招标投标活动仍应通过建设工程交易中心平台进行。例如,《中山市政府投资项目 BT 融资管理暂行办法》第 14 条规定,BT 融资项目招标投标活动应在中山市建设工程交易中心内进行。此外,六盘水市、泰州市、福安市的有关规定也是要求在市建设工程交易中心或市有形建筑市场交易中心进行。由于 BT 项目主要工作内容是围绕项目工程进行的,应严格适用《招标投标法》的有关规定,而《政府采购法》的适用主体是我国境内的各级国家机关、事业单位和团体组织,项目回购人一般是政府出资设立的进行城市基础设施建设的国有企业,不属于《政府采购法》的适用范围。根据《招标投标法》第 3 条的规定,全部或者部分使用国有资金投资或者国家融资的项目应严格按照招标程序进行,所以应通过建设工程交易中心进行。

第二种观点认为,BT 项目的招投标活动应通过政府采购的交易场所进行。持这种观点的主要有安徽省宁国市,其在《宁国市基础设施工程“BT”建设模式管理暂行办法》第 8 条规定,“BT”建设项目由市政府招标采购中心实行公开招投标。从 BT 项目的实践来看,像珠海市横琴新区市政基础设施建设 BT 项目招标是通过政府采购中心进行的。持这种观点的主要理由有:第一,BT 项目招标是通过法定公开程序选择适格投资人来负责项目的投融资、工程建设以及管理工作,像 BT 项目中的投融资工作应属于金融服务,与《招标投标法》中建设工程相关的服务是有很大区别的,不应将 BT 项目的招标归类为建设工程的招标;第二,BT 建设项目最终都是用财政资金或相关资金来回购,按照现行《政府采购法》的要求应将其纳入政府采购的范畴,也符合《政府采购法》规范政府采购行为、提高政府采购资金使用效益的立法目的;第三,虽然项目回购人有的是企业法人,但回购人是经政府授权来负责 BT 项目有关事宜的,且从项目最终归属来看,政府是项目最终的永久性业主,理应符合《政府采购法》的适用范围。

由于《政府采购法》规定的适用范围有其特定性,且与《招标投标法》的适用存在不一致之处,回购人在招标过程中可依据 BT 项目中回购人的性质以及回购资金的性质等具体情况确定