

《建设工程施工合同（示范文本）》 法律详解及案例

王霁虹 等编著



- ◆ 本条主旨
- ◆ 条文释义
- ◆ 特别提示
- ◆ 相关法律法规
- ◆ 案例及点评

 赠光盘

《建设工程施工合同(示范文本)》 法律详解及案例

王霁虹 等编著

辽宁科学技术出版社
沈阳

图书在版编目 (CIP) 数据

《建设工程施工合同 (示范文本)》法律详解及案例 /
王霁虹等编著. —沈阳: 辽宁科学技术出版社, 2009. 10
(建设工程合同范本法律详解及案例系列)
ISBN 978 - 7 - 5381 - 6129 - 8

I. 建… II. 王… III. ①建筑工程—工程施工—经济合
同—范文—中国②建筑工程—工程施工—经济合同—法
律解释—中国③建筑工程—工程施工—经济合同—案例—
中国 IV. D923. 6

中国版本图书馆 CIP 数据核字 (2009) 第 172559 号

出版发行: 辽宁科学技术出版社

(地址: 沈阳市和平区十一纬路 29 号 邮编: 110003)

印刷者: 北京机工印刷厂

经销者: 各地新华书店

幅面尺寸: 185mm × 260mm

印 张: 26

字 数: 600 千字

出版时间: 2009 年 10 月第 1 版

印刷时间: 2009 年 10 月第 1 次印刷

策划编辑: 张礼庆

责任编辑: 牛坤 高楠

封面设计: 博雅思企划

版式设计: 博雅思企划 高楠

责任校对: 侯立萍

书 号: ISBN 978 - 7 - 5381 - 6129 - 8

定 价: 49.00 元 (赠光盘)

联系电话: 010 - 88386575

邮购热线: 010 - 88384660

E-mail: lnkjc@126.com

http://www.book-age.com

本书网址: www.lnkj.cn/uri.sh/6129

前 言

《韩非子·喻老》言：“千丈之堤，以蝼蚁之穴溃；百尺之室，以突隙之烟焚。”这是对于小问题酿成大灾祸的论断，对现代经济建设而言，其实质意义在于提示我们要高度重视风险和风险的化解。

在工程建设领域，不同的建设项目往往都具有投资大、周期长、建设参与者多元化、利益冲突等相同的特点，甚至在一些引入外方参与设计、造价咨询、管理等的项目中，建设参与者之间存在的文化差异、理念的不同也会出现摩擦或者导致矛盾，这些因素综合在一起直接决定了工程建设本身的复杂性及其高风险性。工程建设的复杂性无法避免，如何实现勘察设计、发包承包、施工建造、建筑材料供给、工程监理、工程验收等事项相互联结，又相互制衡，降低或者规避工程建设的高风险，就成了业主或者其他工程建设参与者必须要认真对待的问题，其中，法律风险的防范和化解更是重中之重。

从经济角度看，对于业主（或称建设单位、发包人）而言，法律风险通常表现在因工程标的物的质量无法达到合格标准或者工程不能及时投入使用以及标的物的意外灭失或者毁损等方面；对于承包人（或称施工单位）而言，法律风险通常表现在不能及时、足额得到有关工程款，以及因质量不符合约定或者不能按时交付工程而被业主提出巨额索赔等，这些法律风险都是当事各方所无法回避的问题。

但是，就目前国内建设工程领域的情况看，人们通常把注意力和精力放在纠纷发生后的解决阶段，而较少在工程项目的初始阶段花大力气去设定有关当事各方在不同条件下的权利、义务，从而预估法律风险、化解法律风险。甚至有些工程参与者在工程初始阶段基于某种考虑，对事关法律风险的原则问题不分大小处处妥协、让步，寄希望于对方将来不会伤了“和气”，不会向自己主张权利，结果却往往事与愿违。业主在工程承发包过程中规避招标、

虚假招标、明投暗定、不按照法定程序开标、评标和定标；投标人串通投标、以弄虚作假和其他不正当手段骗取中标、在中标后擅自转包和违法分包；业主压工期、压价等现象较为普遍；施工单位违法转包、违法分包、违约分包、挂靠现象经常存在，凡此种种，都隐藏着大量的民事及行政方面的法律风险。

诚然，工程参与者全面的预估法律风险、设定法律文件，并不能保证“万事大吉”，但是，轻视法律风险的防范或者怠慢法律文件的设定，却一定不会是“万事大吉”的。最初的粗放与最后的撞墙存在着必然的因果关系。先小人、后君子，亲兄弟、明算账，这里隐含着程序方面的合理的战略选择。笔者认为，控制业主或者承包人的工程建设法律风险，最核心的问题是签订针对性强、条款具有可操作性的、权利义务相对平衡的建设工程施工合同（此处广义理解为施工总承包合同及各类分包合同、采购合同等）。

原建设部、国家工商行政管理局于1999年印发了修订后的《建设工程施工合同（示范文本）》（以下称《施工合同范本》），该文本的法律依据是《中华人民共和国建筑法》（以下称《建筑法》）、《中华人民共和国合同法》（以下称《合同法》）等，是在总结在此之前施工合同示范文本的推行经验以及借鉴国际上一些通行的施工合同文本的基础上修订的，内容由协议书、通用条款、专用条款三部分组成，适用于各类公用建筑、民用住宅、工业厂房、交通设施及线路管道的施工和设备安装。

本书通过对建设工程施工合同逐条进行剖析，对每条的含义、内容进行解读，并结合多位在工程领域提供服务的专业律师法律实践经验，在叙述中穿插有关案例，以求更好地对条款进行说明、对问题进行阐述，笔者真诚地希望本书对涉及工程领域的各方参与者有所借鉴和帮助。

需要说明的是，本书作者水平毕竟有限，希望本书的理论深度和对实践的应用价值能够得到读者的认可。若本书有不当或者不周之处，欢迎读者提出宝贵的意见或建议。

目 录

前言

| | |
|---------------------------------------|-----|
| 第一章 概 论 | 1 |
| 第一节 调整建设工程施工合同关系的基本法律及相关规定 | 1 |
| 第二节 目前建设工程有关法律、法规、规章、标准的冲突和适用原则 | 4 |
| 第三节 签订建设工程施工合同前的有关程序性规则 | 8 |
| 第四节 建设工程风险控制 | 17 |
| 第五节 建设工程施工合同第一部分——协议书 | 20 |
| 第六节 关于《标准施工招标文件（2007年版）》 | 27 |
| 第七节 关于本书中一些基本概念的定义 | 28 |
| 第二章 建设工程施工合同条款解读与分析 | 29 |
| 第一节 词语定义及合同文件 | 29 |
| 1 词语定义 | 29 |
| 2 合同文件及解释顺序 | 45 |
| 3 语言文字和适用法律、标准及规范 | 55 |
| 4 图纸 | 58 |
| 第二节 双方一般权利和义务 | 67 |
| 5 工程师 | 67 |
| 6 工程师的委派和指令 | 79 |
| 7 项目经理 | 84 |
| 8 发包人工作 | 94 |
| 9 承包人工作 | 103 |
| 第三节 施工组织设计和工期 | 107 |
| 10 进度计划 | 107 |
| 11 开工及延期开工 | 113 |
| 12 暂停施工 | 121 |
| 13 工期延误 | 130 |
| 14 工程竣工 | 141 |
| 第四节 质量与检验 | 153 |
| 15 工程质量 | 153 |
| 16 检查和返工 | 165 |

| | | |
|--------------|------------|-----|
| 17 | 隐蔽工程和中间验收 | 174 |
| 18 | 重新检验 | 177 |
| 19 | 工程试车 | 178 |
| 第五节 安全施工 | | 181 |
| 20 | 安全施工与检查 | 181 |
| 21 | 安全防护 | 189 |
| 22 | 事故处理 | 195 |
| 第六节 合同价款与支付 | | 203 |
| 23 | 合同价款及调整 | 203 |
| 24 | 工程预付款 | 217 |
| 25 | 工程量的确认 | 220 |
| 26 | 工程款（进度款）支付 | 231 |
| 第七节 材料设备供应 | | 242 |
| 27 | 发包人供应材料设备 | 242 |
| 28 | 承包人采购材料设备 | 246 |
| 第八节 工程变更 | | 249 |
| 29 | 工程设计变更 | 249 |
| 30 | 其他变更 | 259 |
| 31 | 确定变更价款 | 267 |
| 第九节 竣工验收与结算 | | 279 |
| 32 | 竣工验收 | 279 |
| 33 | 竣工结算 | 286 |
| 34 | 质量保修 | 297 |
| 第十节 违约、索赔和争议 | | 309 |
| 35 | 违约 | 309 |
| 36 | 索赔 | 319 |
| 37 | 争议 | 326 |
| 第十一节 其他 | | 332 |
| 38 | 工程分包 | 332 |
| 39 | 不可抗力 | 340 |
| 40 | 保险 | 350 |
| 41 | 担保 | 356 |
| 42 | 专利技术及特殊工艺 | 368 |
| 43 | 文物和地下障碍物 | 374 |
| 44 | 合同解除 | 376 |
| 45 | 合同生效与终止 | 383 |
| 46 | 合同份数 | 388 |
| 47 | 补充条款 | 390 |

第一章 概 论

从20世纪80年代以来，结合工程建设领域发展的客观实际情况，我国陆续出台和调整了建设工程施工合同关系的法律、法规，不断改善了工程建设领域的法律环境。

第一节 调整建设工程施工合同关系的基本法律及相关规定

目前，调整建设工程施工合同关系的基本法律以及与工程建设密切相关的其他规定有：

1. 《合同法》

我国现行的《合同法》又被称为统一合同法，包括总则和分则两部分，共23章、428条，它于1999年3月15日第九届全国人民代表大会第二次会议通过，并自同年10月1日起实施。它是以过去的《经济合同法》、《涉外经济合同法》、《技术合同法》为基础，根据我国社会主义市场经济法律调整的需要，在广泛借鉴国际先进合同立法经验的基础上制定的。《合同法》是调整民事主体之间的以商品交换为核心的民事财产流转关系、规范民事主体合同行为的法律，合同行为既包括民事主体订立合同的行为，也包括民事主体履行合同的行为。民事主体的合同行为除了要遵守《合同法》的规定外，还要遵循《民法通则》及其他民事法律、法规及司法解释的相关规范。《合同法》的总则部分与分则的第十六章和第十五章的内容与工程建设的关系十分紧密。

2. 《建筑法》

我国现行的《建筑法》共8章、85条，由第八届全国人民代表大会常务委员会第二十八次会议于1997年11月1日通过，自1998年3月1日起施行。

《建筑法》是我国制定的第一部规范建筑活动的法律，也是一部重要的产业立法，它以适应社会主义市场经济体制的要求和确立保障建筑业健康发展的秩序为方向，其立法指导原则包括立法的宗旨在于促进发展、合理确定《建筑法》的适用范围、坚持以保证建筑工程的质量和安全为立法的重点、扶持建筑业走向更高的水平、建筑业依法实行统一监督管理等，重点规定了：施工企业、勘察单位、设计单位和工程监理单位应当具备的资质条件；资质条件由法律规定，即以统一的标准去衡量企业或单位的资金状况、人员素质、技术装备、建筑业绩、管理水平等方面的能力，综合评价，达到一定标准的方可进入建筑市场，承接工程；划分资质等级，即具有较强经济实力、较高技术水平、良好信誉、较强管理能力的企业或单位，承接有较高要求的建筑工程项目；专业技术人员执业资格，即专业技术人员在执业资格证书许可的范围内从事建筑活动；努力排除扰乱资质等级制度的行

为，即对建筑工程公开招标、直接发包、联合承包、禁止转包等作了规定；以及发包的规则、承包的规则、施工许可制度、建筑工程质量管理、建筑工程监理、建筑安全生产管理等。

3. 《招标投标法》

我国现行的《招标投标法》共6章、68条，由第九届全国人民代表大会常务委员会第十一次会议于1999年8月30日通过，自2000年1月1日起施行。

《招标投标法》以招标投标活动中的关系为调整对象。凡在我国境内进行的招标投标活动，不论是属于该法第3条规定的法定强制招标项目，还是属于由当事人自愿采用招标方式进行采购的项目，其招标投标活动均适用此法。此法的立法目的有：规范招标投标活动、保护国家利益、保护社会公共利益、保护招标投标活动当事人的合法权益、提高经济效益、提高项目质量等。《招标投标法》的重要意义主要体现在：《招标投标法》的制定使招标投标活动以法律为保障，实行规范化的运作；制定《招标投标法》将保证众多的市场主体有机会进入招标项目的竞争行列，并在竞争中遵循公开、公平、公正的原则，实现公平竞争的目的；《招标投标法》的制定，对促进社会经济的发展有很强的现实意义；《招标投标法》的制定为招标投标活动提供了有利的法律环境，同时也为经济领域的这项改革提供了法律保障。

4. 《物权法》

我国现行的《物权法》共19章、247条，由第十届全国人民代表大会第五次会议于2007年3月16日通过，自2007年10月1日起施行。

物权是指权利人依法对特定的物享有直接支配和排他的权利，包括所有权、用益物权和担保物权，《物权法》是调整因不动产和动产的归属和利用而产生的民事关系的法律。《物权法》中所规定的共有权、相邻权、地役权、征地拆迁补偿等内容已经对工程建设的诸多方面产生了方向性的调整。

5. 《土地管理法》（2004年修正）

我国现行的《土地管理法》共8章、86条，自1999年1月1日起施行，经过两次修正。

6. 《城乡规划法》

我国现行的《城乡规划法》共7章、70条，由第十届全国人民代表大会常务委员会第三十次会议于2007年10月28日通过，自2008年1月1日起施行。

7. 《环境保护法》

我国现行的《环境保护法》共6章、47条，由第七届全国人民代表大会常务委员会第十一次会议于1989年12月26日通过，自1989年12月26日施行。

8. 《城市房地产管理法》（2007年修正）

我国现行的《城市房地产管理法》共7章、73条，自1995年1月1日施行，根据

2007年8月30日第十届全国人民代表大会常务委员会第二十九次会议《关于修改〈中华人民共和国城市房地产管理法〉的决定》修正。

9. 《政府采购法》

我国现行的《政府采购法》共9章、88条，由第九届全国人民代表大会常务委员会第二十八次会议于2002年6月29日通过，自2003年1月1日起施行。政府采购法主要规范的采购主体包括公共部门，即政府机构、公用事业单位等。目前《政府采购法》尚没有将企业等市场主体的采购行为纳入政府采购范围。

10. 《建设工程质量管理条例》

我国现行的《建设工程质量管理条例》共9章、82条，于2000年1月10日由国务院第25次常务会议通过，自2000年1月30日起施行。

11. 《安全生产法》

我国现行的《安全生产法》共7章、97条，由第九届全国人民代表大会常务委员会第二十八次会议于2002年6月29日通过，自2002年11月1日起施行。

12. 《工程建设项目招标范围和规模标准规定》

我国现行的《工程建设项目招标范围和规模标准规定》共12条，于2000年4月4日经国务院批准，由国家发展计划委员会（现更名为国家发展和改革委员会）于2000年5月1日发布并施行。

13. 《工程建设项目施工招标投标办法》

我国现行的《工程建设项目施工招标投标办法》共6章、92条，根据《招标投标法》和国务院有关部门的职责分工，原国家计委、原建设部、铁道部、原交通部、原信息产业部、水利部、民航总局审议通过的《工程建设项目施工招标投标办法》，自2003年5月1日起施行。

14. 《建设工程安全生产管理条例》

我国现行的《建设工程安全生产管理条例》共8章、71条，于2003年11月12日由国务院第28次常务会议通过，自2004年2月1日起施行。

15. 《最高人民法院关于审理建设工程合同纠纷案件的暂行意见》

《最高人民法院关于审理建设工程合同纠纷案件的暂行意见》共30条，是由最高人民法院为了维护、规范建设工程市场经济秩序，正确审理建设工程合同纠纷案件，根据《合同法》、《建筑法》的有关规定，结合审判实际经验制定的，自2002年8月5日起施行。该意见部分内容已经被其后的司法解释所替代或修改。

16. 《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》

《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》共28条，是由最高人民法院根据《民法通则》、《合同法》、《招标投标法》、《民事诉讼法》等法律规定，结合民事审判实际，就审理建设工程施工合同纠纷案件适用法律的问题制定的，自

2005年1月1日起施行。该司法解释对于司法实践（诉讼或者商事仲裁）有重大指导意义。

17. 《最高人民法院关于建设工程价款优先受偿权问题的批复》

《最高人民法院关于建设工程价款优先受偿权问题的批复》于2002年6月11日由最高人民法院审判委员会第1225次会议通过，自2002年6月27日起施行。该解释明确了优先受偿权和抵押权、其他债权以及承包人与买受人（消费者）之间的“优先”顺序和建设工程承包人行使优先权的具体期限等。

第二节 目前建设工程有关法律、法规、规章、标准的冲突和适用原则

在工程建设的项目前期准备阶段，项目所涉及的法律、法规、规章主要有：

- (1) 《土地管理法》；
- (2) 《城乡规划法》；
- (3) 《环境保护法》；
- (4) 《海洋环境保护法（1999年修订）》；
- (5) 《城市房地产管理法》；
- (6) 《城市房屋拆迁管理条例》；
- (7) 《城市房地产开发经营管理条例》；
- (8) 《建设项目用地预审管理办法》；
- (9) 《建设用地审查报批管理办法》；
- (10) 各地方政府部门制定的城市房屋拆迁管理规定；
- (11) 各地方政府部门制定的环境保护规定等。

在工程建设的招标投标阶段，项目所涉及的法律、法规、规章主要有：

- (1) 《招标投标法》；
- (2) 《合同法》；
- (3) 《政府采购法》；
- (4) 《评标委员会和评标办法暂行规定》；
- (5) 《工程建设项目招标范围和规模标准规定》；
- (6) 《工程建设项目自行招标试行办法》；
- (7) 《工程建设项目施工招标投标办法》；
- (8) 《工程建设项目货物招标投标办法》；
- (9) 《工程建设项目勘察设计招标投标办法》；
- (10) 《机电产品国际招标投标实施办法》；
- (11) 各地方政府或行业主管部门制定的招标投标管理办法等。

在工程建设的工程建造阶段，项目所涉及的法律、法规、规章主要有：

- (1) 《建筑法》；
- (2) 《安全生产法》；
- (3) 《建设工程质量管理条例》；
- (4) 《建设工程勘察设计管理条例》；
- (5) 《建设工程安全生产管理条例》；
- (6) 《建设工程监理范围和规模标准规定》；
- (7) 《房屋建筑和市政基础设施工程施工图设计文件审查管理办法》；
- (8) 《建筑工程施工许可管理办法》；
- (9) 《房屋建筑和市政基础设施工程施工分包管理办法》；
- (10) 《房屋建筑工程和市政基础设施工程竣工验收备案管理暂行办法》；
- (11) 各地方政府主管部分颁布的有关工程施工的规定等。

以上各阶段列明的法律、法规、规章和标准并未穷尽全部，根据各工程建设项目的种类、类型的不同，项目所涉及的法律、法规、规章和标准会存在一定程度的增加或者减少，并且以上各阶段列明的法律、法规、规章和标准在其他阶段仍存在被适用的可能。

1. 关于法律、法规、规章和标准之间存在的冲突

法律、法规、规章之间存在的冲突广义地理解可以包括相互矛盾、界定不清、措辞不准确，等等。冲突有些是政治、经济变革造成的，有些是规范自己的缺陷或者相互之间缺少衔接造成的。

笔者在为业主等提供工程建设项目全过程法律服务的过程中，曾经遇到较多的法律、法规、规章和标准之间的冲突问题，现举几个简单的例子：

- (1) 《招标投标法》与《政府采购法》之间的几点冲突。

其一，主管机关或者部门规定不同。

《政府采购法》中规定财政部门是政府采购货物、工程和服务的主管机关，根据该法规定，排除适用的工程只有建筑物与构筑物的新建、改建、扩建、装修、拆除、修缮，其他的工程采购均应适用《政府采购法》。但是，根据《招标投标法》和国家发改委牵头与原建设部、铁道部、原交通部、原信息产业部、水利部、民航总局共同颁布的《工程建设项目施工招标投标办法》的规定，《招标投标法》和规章适用的招标范围包括能源项目，交通运输项目，水利项目，城市设施项目，生态环境保护项目，市政工程项目，科技教育文化等项目，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专项建设基金的项目，有关规定却没有明确与《政府采购法》中财政部门作为主管机关问题如何衔接。

其二，公开招标数额标准发生冲突。

《政府采购法》第二十七条规定：“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。这就意味着，采购涉及的公开招标数额标准在各省、自治区、直辖市可能存在不一致的情况，实际上有些还存在较大的差异。然而，早在《政府采购法》出台之前，国家发改委就制定了适用于全国的《工程建设项目招标范围和规模标准》，该标准不仅规定各类工程建设项目，还包括服务和货物的采购，规定达到以下标准必须进行招标：①施工单价合同估算价在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；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。上述法律和规章等规定在同时有效的情况下，冲突是明显的和客观存在的。

其三，非公开招标的审批机关发生冲突。

根据《政府采购法》的规定，货物、工程和服务除了公开招标，还可以邀请招标、竞争性谈判、询价等非公开的方式进行招标。非公开招标的审批机关是财政部门。但是，根据《招标投标法》第十一条的规定：“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者省、自治区、直辖市人民政府批准，可以进行邀请招标。”非公开招标的审批机关是国家发改委或者省、自治区、直辖市人民政府。上述两部法律作为国家现行有效的基本法律，矛盾、冲突是明显的。

(2)《建设工程质量管理条例》的具体规定与政府职能部门实践操作之间的冲突。

《建设工程质量管理条例》于2000年1月30日施行，其中第四十九条规定：“建设单位应当自建设工程竣工验收合格之日起15日内，将建设工程竣工验收报告和规划、公安消防、环保等部门出具的认可文件或者准许使用文件报建设行政主管部门或者其他有关部门备案。”这一规定，将此前各省市一直沿用的由建设行政主管部门进行的工程质量竣工验收“核定”制度废止，改为“备案”验收制度，这可以说是一种体制上的创新。但是，该条例第十一条规定：“建设单位应当将施工图设计文件报县级以上人民政府建设行政主管部门或者其他有关部门审查。施工图设计文件未经审查批准的，不得使用。”建设单位应当在施工图设计文件使用前报相关部门审查，而从该条例颁布时间到开始施行时，很多地方建设行政主管部门都没有及时设置施工图设计文件的审查机构，形成众多行政相对人有法不能依的尴尬局面。例如直到2001年9月1日，北京市范围内都没有设置施工图设计文件的审查机构，导致此期间大量已经备案的工程都欠缺施工图设计文件的审查。因此，从严格的意义上说，这些已经交付使用的工程的“备案”都是存在法律瑕疵的，这种有法而不能依所表现出来的法律“冲突”不在少数。

法律、法规、规章和标准存在的冲突，比如：在货物、工程和服务三大类采购对象的界定范围内，对于公开招标或邀请招标等采购方式的适用前提和条件，对于公共采购的主

管机关和执行机关以及监督机关，公共采购合同的法律适用，同一侵权行为的法律救济，同一违法行为的法律责任等方面存在的法律冲突，常在工程建设实践中造成业主们或者其他工程参与方左右为难。

2. 关于法律、法规、规章和标准的适用原则

(1) 上位法优于下位法原则是解决法律规范冲突的首要规则。

它是指不同级别和层次的法律规范之间，如果较低层次的法律规范同较高层次的法律规范相抵触，应该坚决维护宪法和法律的最高权威，优先适用较高层次的规范。宪法具有最高的法律效力，一切法律、行政法规、地方性法规、自治条例和单行条例、规章都不得同宪法相抵触。法律的效力高于行政法规、地方性法规、规章。行政法规的效力高于地方性法规、规章。地方性法规的效力高于本级和下级地方政府规章。省、自治区的人民政府制定的规章的效力高于本行政区域内的较大的市的人民政府制定的规章。

(2) 地方性法规与行政法规冲突的解决办法。

从法律效力层级上看，行政法规的层级高于地方性法规。但是根据《立法法》的规定，地方性法规在除了《立法法》第八条规定的事项外，其他事项国家尚未制定法律或者行政法规的，省、自治区、直辖市和较大的市根据本地方的具体情况和实际需要，可以先制定地方性法规。在国家制定的法律或者行政法规生效后，地方性法规同法律或者行政法规相抵触的规定无效，制定机关应当及时予以修改或者废止。当制定机关没有及时予以修改或者废止时，两者发生冲突，人民法院应当根据《立法法》的规定进行裁量。

(3) 地方性法规与国务院各部委规章不一致的解决办法。

在没有更高层次规范（法律、行政法规）作出规定或者高层次规范比较笼统，这就需要提请有权解释的最高行政机关或最高权力机关作出裁决或解释。人民法院依此裁定或解释进行法律审查。《立法法》规定，地方性法规与部门规章之间对同一事项的规定不一致，不能确定如何适用时，由国务院提出意见，国务院认为应当适用地方性法规的，应当决定在该地方适用地方性法规的规定；认为应当适用部门规章的，应当提请全国人民代表大会常务委员会裁决。

(4) 地方政府规章与部委规章之间以及国务院部委规章之间发生冲突的解决办法。

《行政诉讼法》规定，人民法院认为地方人民政府制定、发布的规章与国务院部委制定、发布的规章不一致的，以及国务院部委制定、发布的规章不一致的，由最高人民法院送请国务院作出解释或者裁决。在送请解释期间，暂时中止案件的审理，待作出解释或裁决后，再继续审理。《立法法》也规定，如果同一机关制定的新的一般规定与旧的特别规定不一致时，由制定机关裁决。部门规章之间、部门规章与地方政府规章之间对同一事项的规章不一致时，由国务院裁决。

3. 关于工程建设标准及其冲突和解决

工程建设标准有国家标准、行业标准和地方标准。国家标准和行业标准都包括强制

性标准和推荐性标准两部分。省、自治区、直辖市标准化行政主管部门制定的工业产品的安全、卫生要求的地方标准，在本行政区域内是强制性标准。

（1）工程建设强制性标准

工程建设强制性标准是由国务院建设行政主管部门会同国务院有关行政主管部门确定的，直接涉及工程质量、安全、卫生及环境保护等方面的工程建设标准强制性条文。这些强制性条文的内容是工程建设现行国家和行业标准中直接涉及人民生命财产安全、人身健康、环境保护和其他公众利益，同时考虑了提高经济效益和社会效益等方面的要求。因此，为了保证建设工程质量，保障人民的生命、财产安全，维护社会公共利益，国家加强了工程建设强制性标准实施监督的管理工作，并制定了《实施工程建设强制性标准监督规定》，所有的工程建设强制性标准都必须严格执行。原建设部发布了《工程建设强制性条文》（房屋建筑部分），其所有条文都必须严格执行，它是建设工程各方执行工程建设强制性标准和政府对执行情况实施监督的依据。

（2）工程建设标准的适用问题

根据《标准化法》第十四条：“强制性标准，必须执行。不符合强制性标准的产品，禁止生产、销售和进口。推荐性标准，国家鼓励企业自愿采用。”第十五条：“企业对有国家标准或者行业标准的产品，可以向国务院标准化行政主管部门或者国务院标准化行政主管部门授权的部门申请产品质量认证。认证合格的，由认证部门授予认证证书，准许在产品或者其包装上使用规定的认证标志。已经取得认证证书的产品不符合国家标准或者行业标准的，以及产品未经认证或者认证不合格的，不得使用认证标志出厂销售。”再结合《标准化法实施条例》第十三条：“对没有国家标准而又需要在全国某个行业范围内统一的技术要求，可以制定行业标准（含标准样品的制作）。制定行业标准的项目由国务院有关行政主管部门确定。”第十五条：“对没有国家标准和行业标准而又需要在省、自治区、直辖市范围内统一的工业产品的安全、卫生要求，可以制定地方标准。”不论工程建设单位是否约定有关标准，国家标准中的强制性标准必须执行，不允许低于这些强制性标准。对于没有国家标准而只有行业标准的，行业标准中的强制性标准也必须执行。对于没有国家标准和行业标准的地方标准，其在本行政区域内是强制性标准。地方标准在相应的国家标准或行业标准实施后，自行废止。对于推荐性标准，国家鼓励企业自愿采用。

第三节 签订建设工程施工合同前的有关程序性规则

招标与投标作为一种程序性的要求，也是建设工程发包和承包的主要方式和方法。根据《建筑法》的规定，建设工程依法实行招标发包，对不适于招标发包的保密工程、特殊工程可以直接发包。《建筑市场管理规定》指出：凡具备招标条件的建设项目，必须按照有关规定进行招标。通过招投标，建设单位和承包单位进入市场，公平交易、公平竞争，有利于控制建设工期，确保工程质量，提高投资效益。

必须进行招标的建设工程未对外进行公开招标的将导致合同无效的结果，以下案件充分说明关于招标的重要性：

广东省某公用事业工程未对外进行公开招标，发包人与承包人签订了建设工程施工合同后，双方对工期延误责任和损失数额、材料市场价格上涨的价差、利息损失、预期利润等发生争议诉至法院。

广东省人民代表大会常务委员会颁布实施的《广东省实施〈中华人民共和国招标投标法〉办法》第九条规定：建设工程投资超过 100 万元的，属于《招标投标法》第三条的规定必须进行招标的建设工程。

《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》第一条规定：建设工程施工合同具有下列情形之一的，应当根据《合同法》第五十二条第（五）项的规定，认定无效：

- （一）承包人未取得建筑施工企业资质或者超越资质等级的；
- （二）没有资质的实际施工人借用有资质的建筑施工企业名义的；
- （三）建设工程必须进行招标而未招标或者中标无效的。

《合同法》第五十八条规定：合同无效或者被撤销后，因该合同取得的财产，应当予以返还；不能返还或者没有必要返还的，应当折价补偿。有过错的一方应当赔偿对方因此所受到的损失；双方都有过错的，应当各自承担相应的责任。

法院根据上述规定认为：双方当事人之间签订的合同无效，依据《合同法》第五十八条的规定，合同无效后因该合同取得的财产，应当予以返还；不能返还或者没有必要返还的，应当折价补偿。有过错的一方应当赔偿对方因此所受到的损失；双方都有过错的，应当各自承担相应的责任。由此，法院判定双方当事人对合同的无效均有过错，对合同无效所造成的损失各自负担的处理结果，即双方在案件中主张的诸如：赔偿工期延误或者窝工的损失、为履行合同准备的工程材料市场价格下跌的损失、利息损失、预期利润等请求，法院均不予支持。

建设工程的招投标活动，应当依照有关法律的规定公开、公平、公正进行。建设工程招投标活动通常包括以下步骤：投标资格预审→招标→投标→开标→评标→定标。

1. 资格预审

招标人可以根据招标项目本身的要求，在招标公告或者投标邀请书中，要求潜在投标人提供有关资质证明的文件和业绩情况，并对潜在投标人进行资格审查，即进行资格预审。

资格预审是国际惯例，它是指在招标开始之前或者开始之初，由招标人或工程招标代理机构对投标申请人进行资质条件、业绩、信誉、技术、装备、资金、财务状况等诸多方面的情况进行资格审查，经认定合格的投标申请人（潜在投标人）才可以参加投标。实践证明，对于大型工程特别是涉及国际招标项目，对投标者的资格预审是非常必要的，通

过资格预审，可以增加对投标人资信的了解、减少多余投标人从而减少成本，以利于及时修改招标条款，保证招标活动的低成本、高效率、高质量。

资格预审一般包括以下几个步骤：

(1) 资格预审通知。实行资格预审时资格预审通知应当与招标公告或招标邀请书同时发出。资格预审通告一般包括以下内容：

- 1) 资金的来源、资金用于投资项目的名称和合同的名称；
- 2) 对申请预审人的要求，主要是投标人应具备以往类似经验以及在设备、人员及资金方面完成工作的能力；
- 3) 业主的名称和邀请投标人对工程建设项目完成的工作，包括工程概述和所需劳务、材料、设备和主要工程量清单；
- 4) 获取进一步信息和资格预审文件的办公室名称和地址、负责人姓名、购买资格预审文件的时间和价格；
- 5) 资格预审申请递交的截止日期、地址和负责人姓名；
- 6) 向所有参加资格预审的投标人公布资格预审合格的投标人名单（有时也称为“短名单”）的时间。

(2) 发布资格预审文件。

(3) 分析资格预审资料，挑选符合预审要求的申请人。在资格预审合格的投标人过多时，可以由招标人从中选择不少于7家资格预审合格的投标申请人。

(4) 发出资格预审合格通知书，并告知获取招标文件的时间、地点和方法，并同时向资格预审不合格的投标申请人告知资格预审结果。

相关法律法规：

《招标投标法》第十八条规定：招标人可以根据招标项目本身的要求，在招标公告或者投标邀请书中，要求潜在投标人提供有关资质证明文件和业绩情况，并对潜在投标人进行资格审查；国家对投标人的资格条件有规定的，依照其规定。

招标人不得以不合理的条件限制或者排斥潜在投标人，不得对潜在投标人实行歧视待遇。

2. 关于招标、投标的有关规定

招标是整个招标投标过程的一个重要环节，是对投标、评标、定标有直接影响环节，所以在《招标投标法》中对这个环节确立了一系列明确的规范。要求在招标中有严格的程序、较高的透明度、严谨的行为规则，以求有效地调整在招标中形成的社会经济关系。在这一部分涉及以下几个重要问题：

(1) 招标人

这是指有条件依法进行招标的法人或者其他组织，是否可以成为招标人基本条件有三项：