

建设工程·房地产法律实务丛书

建设工程 非诉法律实务

风险防范与典型案例

王乾應 编著

实务操作与典型案例相结合，帮助企业防范和控制法律风险
律师、建筑房地产业相关人员必备，解决施工企业面临的难题

中国法制出版社
CHINA LEGAL PUBLISHING HOUSE

建设工程·房地产法律实务丛书

建设工程 非诉法律实务

风险防范与典型案例

王乾應 编著

实务操作与典型案例相结合，帮助企业防范和控制法律风险
律师、建筑房地产业相关人员必备，解决施工企业面临的难题

中国法制出版社
CHINA LEGAL PUBLISHING HOUSE

图书在版编目 (CIP) 数据

建设工程非诉法律实务：风险防范与典型案例 / 王乾應著. —北京：中国法制出版社，2014. 1

(建设工程·房地产法律实务丛书)

ISBN 978 - 7 - 5093 - 4954 - 0

I. ①建… II. ①王… 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 (2013) 第 272670 号

策划编辑：冯雨春 (fyc790901@163.com)

责任编辑：谢雯

封面设计：周黎明

建设工程非诉法律实务 - 风险防范与典型案例

JIAN SHE GONG CHENG FEI SU FA LU SHI WU - FENG XIAN FANG FAN YU DIAN XING AN LI

著者/王乾應

经销/新华书店

印刷/三河市紫恒印装有限公司

开本/710 × 1000 毫米 16

版次/2014 年 1 月第 1 版

印张/18.75 字数/252 千

2014 年 1 月第 1 次印刷

中国法制出版社出版

书号 ISBN 978 - 7 - 5093 - 4954 - 0

定价：52.00 元

北京西单横二条 2 号 邮政编码 100031

网址：<http://www.zgfs.com>

市场营销部电话：66033296

传真：66031119

编辑部电话：66010493

邮购部电话：66033288

目 录

Contents

第一章 工程建设项目招标投标	1
第一节 招标投标的一般规定	1
一、招标投标概述	1
二、建设工程项目的概念	2
三、限制招标投标的认定	2
四、招标	3
五、投标	11
六、典型案例	17
七、招标投标风险分析及控制	24
八、核心法条	28
第二节 投标管理	31
一、仔细研读招标文件	31
二、勘查和询问	32
三、投标文件的审查	32
四、中标通知书的效力	33
五、典型案例	35
六、招投标管理风险分析及控制	41
七、核心法条	43
第二章 建设工程施工合同的签订	47
第一节 施工合同主体	47
一、发包人的主体资格	47
二、发包人资信审查	48
三、发包人的资质分类	48

四、承包人的主体资格	51
五、承包人资质等级要求规定	51
六、建筑业企业资质	52
七、典型案例	55
八、施工合同主体风险分析及控制	58
九、核心法条	64
第二节 无效合同	66
一、合同签约主体不适格	66
二、合同签约的前提条件无效	68
三、合同签订行为违法	70
四、合同无效的其他情形	72
五、合同无效的法律后果	73
六、我国建设项目施工合同文本	74
七、典型案例	74
八、无效合同风险分析与控制	80
九、核心法条	82
第三节 挂靠施工	84
一、挂靠的概念、特征及法律后果	84
二、挂靠认定	86
三、挂靠与内部承包	87
四、挂靠与转包	88
五、挂靠亏损	89
六、典型案例	90
七、挂靠风险分析与控制	96
八、核心法条	99
第三章 黑白合同	104
第一节 黑白合同的概述	104
一、黑白合同的概念及界定	104
二、施工合同变更的有效要件	105
三、“黑合同”是否属于无效合同	106

四、黑白合同的效力	107
五、各地法院对黑白合同的认定与结算	108
六、典型案例	111
七、黑白合同风险分析及控制	114
八、核心法条	116
第二节 《建设工程施工合同解释》第 21 条的运用	117
一、《建设工程施工合同解释》第 21 条的规定	117
二、适用范围	118
三、适用前提	118
四、适用实质性条件	119
五、典型案例	119
六、《建设工程施工合同解释》第 21 条风险分析及控制	123
七、核心法条	124
第四章 工 期	126
第一节 开工日期	126
一、开工日期的定义	126
二、开工日期的认定	127
三、典型案例	128
四、开工日期风险分析及控制	138
第二节 竣工日期	138
一、完工日期、约定的竣工日期、实际竣工日期的概念及区别	138
二、实际竣工日期的确定	139
三、典型案例	144
四、竣工日期风险分析及控制	158
五、核心法条	160
第三节 工期延误	161
一、工期延误与工期顺延概念	161
二、工期延误与工期顺延的关系	161
三、工期顺延的情形	162
四、工期延误举证责任分配	162

五、关键线路与非关键线路	163
六、典型案例	165
七、工期相关风险分析及控制	173
八、核心法条	174
第五章 工程签证与索赔	176
第一节 工程签证	176
一、工程签证的概念及特征	176
二、工程签证概念的由来	177
三、工程签证的构成要件	177
四、应当签证的常见情形	179
五、签证与索赔的关系	180
六、典型案例	181
七、工程签证风险及控制	190
八、核心法条	191
第二节 工程索赔	193
一、工程索赔的概念及特征	193
二、工程索赔的依据	195
三、工程索赔的分类	198
四、索赔成立要件	199
五、工程索赔程序	200
六、索赔报告	211
七、索赔文件的编制	212
八、索赔费用组成	213
九、典型案例	213
十、工程索赔风险及控制	217
十一、核心法条	219
第六章 工程造价与结算	221
第一节 工程造价	221
一、工程造价的概念	221

二、工程造价的构成	222
三、建设工程项目在各阶段的造价表现形式	222
四、建筑安装工程费用项目组成	223
五、工程造价计价的基本原理	231
六、工程造价计价模式	232
七、工程价款的计价方式与确定形式	234
八、影响工程造价的情形	236
九、总包管理费与总包配合费	238
十、工程造价鉴定	238
十一、典型案例	251
十二、工程造价风险与控制	253
十三、核心法条	254
第二节 工程价款结算	256
一、竣工决算的概念及作用	256
二、建设工程竣工结算程序	256
三、如何运用按“送审价”认定工程价款	259
四、施工企业适用以“送审价”为准结算工程价款的操作要点	261
五、国家对工程建设项目审计与工程结算的关系	263
六、典型案例	265
七、工程价款结算风险分析与控制	273
八、核心法条	275
附录：司法解释、请示答复	277
一、司法解释	
1. 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	277
(2004 年 10 月 25 日)	
2. 最高人民法院关于建设工程价款优先受偿权问题的批复	281
(2002 年 6 月 20 日)	
二、请示答复	
1. 最高人民法院关于如何理解和适用《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》第二十条
的复函 282
(2006 年 4 月 25 日)
2. 最高人民法院关于建设工程承包合同案件中双方当事人已确
认的工程决算价款与审计部门审计的工程决算价款不一致时
如何适用法律问题的电话答复意见 282
(2001 年 4 月 2 日)
3. 最高人民法院关于常州证券有限责任公司与常州星港幕墙装
饰有限公司工程款纠纷案的复函 283
(2001 年 4 月 24 日)
4. 最高人民法院经济审判庭关于建筑工程承包合同纠纷中工期
问题的电话答复 286
(1988 年 9 月 17 日)
5. 最高人民法院关于云南省昆明官房建筑经营公司与昆明柏联
房地产开发有限公司建筑工程承包合同纠纷一案的复函 288
(2000 年 10 月 10 日)
6. 最高人民法院关于装饰装修工程款是否享有合同法第二百八
十六条规定的优先受偿权的函复 291
(2004 年 12 月 8 日)
7. 最高人民法院经济审判庭关于国营黄羊河农场与榆中县第二
建筑工程公司签订的两份建筑工程承包合同的效力认定问题
的复函 291
(1992 年 1 月 13 日)
8. 最高人民法院关于给承包单位介绍工程索要信息费如何处理
问题的复函 292
(1990 年 11 月 19 日)

第一章 工程建设项目招标投标

第一节 招标投标的一般规定

一、招标投标概述

招标投标源于政府采购，是商品经济高度发展的产物。国务院曾在《关于开展和保护社会主义竞争的暂行规定》中提出：“对一些适应承包的生产建设项目和经营项目，可以试行招标投标的办法。”这是我国招标投标制度形式的里程碑。随着我国市场经济的发展，国家不仅在建设工程项目的勘察、设计、施工、监理以及与工程建设有关的重要设备、材料等的采购实行招投标制度，而且在机电设备、政府采购、国外贷款、科技项目等方面也推行招投标的方式采购。此外，因工程建设项目关系社会公共利益、公众安全，国务院于2011年11月30日第183次常务会议通过，2012年2月1日起施行的《中华人民共和国招标投标法实施条例》（以下简称《招标投标法实施条例》）对工程建设项目招投标作了比较详尽的规定。

所谓招标投标，是指招标人对拟定招标项目事先发布招标公告或以投标邀请书的方式，公开或邀请潜在投标人参与竞标，以便从中择优选定中标人的一种经济活动。

所谓工程建设项目招标，是指招标人在发包工程建设项目之前，应满足相应的招标条件以及依照法定的程序，以公开招标或者邀请招标的方式，鼓励潜在的投标人依据招标文件及其他相关规定参与竞标，通过一系列招投标活动，从中择优选定中标人的一种经济活动。

所谓工程建设项目投标，是指具备相应资格、承担招标项目能力的法人或其他组织，根据招标文件的规定及要求，在指定期限内投递标书，以中标为目的的经济活动。

二、工程建设项目的概念

什么是工程建设项目？工程建设项目，是指工程以及与工程建设有关的货物、服务。这里所说的工程是指建设工程，包括建筑物和构筑物的新建、改建、扩建及其相关的装修、拆除、修缮等。建筑物是指人工建造的、固定在土地上，其空间用于居住、生产、经营或存放物品及进行其他社会活动的设施，如住宅、写字楼、车间、仓库等。构筑物是指人工建造的、固定在土地上、建筑物以外的某些设施，如道路、桥梁、隧道、堤坝等；所称与工程建设有关的货物，是指构成工程不可分割的组成部分，且为实现工程基本功能所必需的设备、材料等；所称与工程建设有关的服务，是指为完成工程所需的勘察、设计、监理等服务。

三、限制招标投标的认定

建设工程招标投标活动应当遵循公开、公平、公正和诚实信用原则，任何单位和个人不得违法限制或者排斥本地区、本系统以外的法人或者其他组织参加投标，不得以任何方式非法干涉招标投标活动。但政府或有关部门限制或者排斥本地区、本系统以外的法人或者其他组织参加投标在实际中是常见的，比如《贵州省省外勘察设计施工监理企业入黔管理规定》第28条规定：“省外施工、监理企业未按本规定办理有关备案手续在黔承包建设工程项目的，住房城乡建设行政主管部门不得办理有关质量监督、安全监督、施工许可等手续，劳保统筹机构不得办结劳保费手续。”第32条规定：“省外施工、监理企业有下列情况之一的，省级住房城乡建设行政主管部门不受理该企业单项项目备案申请。已办理相关手续的，予以撤销。（一）未按本规定办理《贵州省省外施工监理企业分支机构备案证》，在黔参加建设工程项目投标活动及承包建设工程项目的；（二）建设工程项目监理收费低于国家规定标准的。”因此，在贵州建筑市场投标，如果是本地区以外的企业就需要入黔备案，否则就没有投标资格。这样的规定是违法的，是招投标法所不允许的。

国务院办公厅在《国务院办公厅关于进一步规范招投标活动的若干意见》中强调：“招投标制度必须保持统一和协调。各地区、各部门要加快招投标规章和规范性文件的清理工作，修改或废止与《招标投标法》和《行政许可法》相抵触的规定和要求，并向社会公布。坚决纠正行业垄断和地区封锁行为，不得

制定限制性条件阻碍或者排斥其他地区、其他系统投标人进入本地区、本系统市场；取消非法的投标许可、资质验证、注册登记等手续；禁止以获得本地区、本系统奖项等歧视性要求作为评标加分条件或者中标条件；不得要挟、暗示投标人在中标后分包部分工程给本地区、本系统的承包商、供货商。鼓励推行合理低价中标和无标底招标。”

怎样来认定属于以不合理条件限制、排斥潜在投标人或者投标人？

对此，《招标投标法实施条例》第32条规定：“招标人不得以不合理的条件限制、排斥潜在投标人或者投标人。招标人有下列行为之一的，属于以不合理条件限制、排斥潜在投标人或者投标人：（一）就同一招标项目向潜在投标人或者投标人提供有差别的项目信息；（二）设定的资格、技术、商务条件与招标项目的具体特点和实际需要不相适应或者与合同履行无关；（三）依法必须进行招标的项目以特定行政区域或者特定行业的业绩、奖项作为加分条件或者中标条件；（四）对潜在投标人或者投标人采取不同的资格审查或者评标标准；（五）限定或者指定特定的专利、商标、品牌、原产地或者供应商；（六）依法必须进行招标的项目非法限定潜在投标人或者投标人的所有制形式或者组织形式；（七）以其他不合理条件限制、排斥潜在投标人或者投标人。”

四、招标

（一）建设工程招标人的概念

在对招标活动进行分析之前，首先了解建设工程招标人的概念，所谓建设工程招标人是指依据招标投标法提出工程招标项目、进行招标的法人或者其他组织。这就意味个人的招标行为排除在建设工程招标之外，因为个人不具备开发建设项目的主体资格。

（二）招标与直接发包、续标

建设单位对建设工程的发包一般有两种方式，即招标和直接发包。招标是指招标人向不特定或邀请特定的法人或者其他组织参与投标，从中选择一特定的对象作为中标人的一种方式。直接发包是指建设单位将建设工程直接委托具有相应资质等级的法人或者其他组织施工，实践中一般是发包给具备相应资质等级的施工企业承包。

在实践中，特别是在建筑领域还有一种采购方式即续标，其实质是在项目发生变更或中标项目结束后的新项目中，原招标人不再采用招标的方式而是直

接与原中标人签订合同的行为。^① 续标是建筑行业的习惯说法，其产生根源于：建设单位的有些工程是连续开发的项目，需要分期建设；或许是因建设单位的前期工程，施工单位已经中标，从工程项目管理以及建设工程质量保证等方面考虑。但是，如是必须招投标文件的建设工程项目，必须分期进行招投标，不能直接续标。直接发包和续标都不具有公开性、竞争性、择优性，不属于我国《招标投标法》规定的招标方式，因此，如果属于必须招标的建设工程项目采用直接发包或续标的方式签订建设工程施工合同，将导致合同无效的法律后果。

（三）招标的方式

招标分为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。招标人采用公开招标方式的，应当发布招标公告，招标公告应当通过国家指定的报刊、信息网络或者其他媒介发布，招标公告的发布应当充分公开，任何单位和个人不得非法限制招标公告的发布地点和发布范围。

邀请招标，是指招标人以投标邀请的方式邀请特定的法人或者其他组织投标。招标人采用邀请招标方式的应当向三个以上具备承担招标项目能力、资信良好的、特定的法人或者其他组织发出投标邀请书。

招标公告（投标邀请书）应当至少载明的内容：（1）招标人的名称和地址；（2）招标工程的内容、规模、资金来源；（3）招标项目的实施地点和工期；（4）获取招标文件或者资格预审文件的地点和时间；（5）对招标文件或者资格预审文件收取的费用；（6）对投标人的资质等级的要求。另外，投标邀请书还应当载明邀请的投标人名称。

（四）招标文件通常包括的内容

1. 建设工程施工招标文件通常应包括的内容

根据原国家计委第30号令《工程建设项目施工招标投标办法》第24条的规定，招标人根据施工招标项目的特点和需要编制招标文件。

招标文件一般包括下列内容。

- （1）招标公告或投标邀请书。
- （2）投标人须知。
- （3）合同主要条款。

^① 参见阳光时代律师事务所编著：《工程建设项目招标投标法律实务问题解答与案例评析》，中国建筑工业出版社2012年版，第24页。

- (4) 投标文件格式。
- (5) 采用工程量清单招标的，应当提供工程量清单。
- (6) 技术条款。
- (7) 设计图纸。
- (8) 评标标准和方法。
- (9) 投标辅助材料。

招标人应当在招标文件中规定实质性要求和条件，并用醒目的方式标明。

2. 勘察设计招标文件通常应包括的内容

根据国家发改委等八部委第2号令《工程建设项目勘察设计招标投标办法》第15条的规定，招标人应当根据招标项目的特点和需要编制招标文件。勘察设计的招标文件应当包括下列内容：(1) 投标须知；(2) 投标文件格式及主要合同条款；(3) 项目说明书，包括资金来源情况；(4) 勘察设计范围，对勘察设计进度、阶段和深度要求；(5) 勘察设计基础资料；(6) 勘察设计费用支付方式，对未中标人是否给予补偿及补偿标准；(7) 投标报价要求；(8) 对投标人资格审查的标准；(9) 评标标准和方法；(10) 投标有效期。投标有效期，从提交投标文件截止日起计算。对招标文件的收费应仅限于补偿印刷、邮寄的成本支出，招标人不得通过出售招标文件谋取利益。

3. 货物招标文件通常应包括的内容

根据国家发改委等七部委第27号令《工程建设项目货物招标投标办法》第21条的规定，招标文件一般包括下列内容：

- (1) 招标公告或者投标邀请书。
- (2) 投标人须知。
- (3) 投标文件格式。
- (4) 技术规格、参数及其他要求。
- (5) 评标标准和方法。
- (6) 合同主要条款。

招标人应当在招标文件中规定实质性要求和条件，说明不满足其中任何一项实质性要求和条件的投标将被拒绝，并用醒目的方式标明；没有标明的要求和条件在评标时不得作为实质性要求和条件。对于非实质性要求和条件，应规定允许偏差的最大范围、最高项数，以及对这些偏差进行调整的方法。

国家对招标货物的技术、标准、质量等有规定的，招标人应当按照其规定

在招标文件中提出相应要求。

（五）必须招标的范围

根据我国招标投标法的规定，必须进行招标的工程项目有：

- （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。

上述三类必须招标的情形不仅指建设工程项目的施工招标，而且也包括项目的勘察、设计、监理以及与工程建设有关的重要设备、材料等的采购。在必须招标的工程建设项目中，如单项合同估算价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。

从上述规定可以看出，必须招标的工程建设项目如同时满足两个条件，可以不招标：第一，单项合同估算价达不到以上招标标准；第二，项目总投资额在 3000 万元人民币以下的。

对于前述必须进行招标的工程建设项目规定都是一些原则性的，实践中不便于操作，为此，国家计委三号令《工程建设项目招标范围和规模标准规定》对此作出了细化规定以便更加具有操作性。

1. 关系社会公共利益、公众安全的基础设施项目的范围包括：

- （1）煤炭、石油、天然气、电力、新能源等能源项目。
- （2）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。
- （3）邮政、电信枢纽、通信、信息网络等邮电通讯项目。
- （4）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。
- （5）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。

(6) 生态环境保护项目。

(7) 其他基础设施项目。

2. 关系社会公共利益、公众安全的公用事业项目的范围包括：

(1) 供水、供电、供气、供热等市政工程项目。

(2) 科技、教育、文化等项目。

(3) 体育、旅游等项目。

(4) 卫生、社会福利等项目。

(5) 商品住宅，包括经济适用住房。

(6) 其他公用事业项目。

这里要特别注意，商品住宅工程系依法必须招标工程。但在现实中，有许多商品住宅建设工程项目已经开工，甚至有的已经建设完成之后，发包人才办理规划许可、招投标、施工许可等前期必经手续。补办招标及中标等相关手续后，承发包双方再次订立建设工程施工合同并履行备案手续，由此形成前后两份施工合同，这两份合同是否有效？双方经过虚假招投标、中标后，尽管签订了建设工程施工合同，但因违反相关规定，均应认定为无效合同。另外，对于公共利益、公众安全的公用事业项目的理解不要过于宽泛，应该严格按照相关规定认定，否则就会导致诸如五星级写字楼、大型酒店、大型的购物中心等归结为涉及公共安全的项目。

3. 使用国有资金投资项目的范围包括：

(1) 使用各级财政预算资金的项目。

(2) 使用纳入财政管理的各种政府性专项建设基金的项目。

(3) 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。

4. 国家融资项目的范围包括：

(1) 使用国家发行债券所筹资金的项目。

(2) 使用国家对外借款或者担保所筹资金的项目。

(3) 使用国家政策性贷款的项目。

(4) 国家授权投资主体融资的项目。

(5) 国家特许的融资项目。

5. 使用国际组织或者外国政府资金的项目的范围包括：

(1) 使用世界银行、亚洲开发银行等国际组织贷款资金的项目。

- (2) 使用外国政府及其机构贷款资金的项目。
- (3) 使用国际组织或者外国政府援助资金的项目。

(六) 邀请招标

考虑到实际情况对依法必须进行公开招标的项目作出一些例外性的规定。

1. 依法必须进行招标的项目，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必须进行公开招标，但有下列情形之一的，可以邀请招标。

(1) 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。

(2) 采用公开招标方式费用占项目合同金额的比例过大。

笔者在为其顾问单位提供法律服务中遇到过这样一种情况：2011年5月，贵州某集团公司对其所属的“新硫磺库扩建土建工程”进行招标，贵州某建设工程施工公司进行投标并中标，后双方签订施工合同，并在合同中约定了工期、施工承包范围、合同价款总包干价4200万元等相关内容。在合同履行过程中，因发包人所在地政府拿出一笔资金对当地建设扶助，发包人为了能得到地方政府的扶助金，于是在2012年4月再次招标，这次招标范围是在原有已经发包施工项目（新硫磺库扩建土建工程）的基础上增加了一部分，也就是这次招标的建设工程中有一部分是重合的。此后，贵州某建设工程施工公司再次投标，经过相应的招投标程序再次中标（实际上参与投标的多家单位均由中标人联系落实，就连投标文件也是由其修改、审查确定的），后双方又签订了一份合同价款为8730万的施工合同。这就涉及两份施工合同的效力问题。

我们来分析一下，首先，发包人与承包人都是国有企业，按照招投标法及相关规定，应当进行招标，发包人也进行了招标；其次，我们暂且不谈双方存在串通招投标，从表面上看，第二次招标没有什么不妥的，因为涉及必须招标的项目并且发包人也履行了招投标程序。看似合法其实不然，这就像是“重婚”，第二次招标中包含第一次已经招投标的重合部分就是“重婚”，因此第二次招标重合部分涉及中标无效的法律后果，双方应当以第一次招投标并签订的施工合同为准。综合第二次的整个招投标过程，第二次招投标签订的施工合同是无效的，因为中标无效，必然导致该施工合同无效。

2. 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