

工 程

焦点 举要

冯松林 著

工程

焦点举要

冯松林
著

★ 冯松林著 非虚构类



九州出版社 | 全国百佳图书出版单位

图书在版编目 (CIP) 数据

工程焦点举要 / 冯松林著. — 北京 : 九州出版社,
2017.9

ISBN 978-7-5108-6001-0

I. ①工… II. ①冯… III. ①建筑法—研究—中国
IV. ①D922.297.4

中国版本图书馆CIP数据核字(2017)第243324号

工程焦点举要

作 者 冯松林 著
出版发行 九州出版社
地 址 北京市西城区阜外大街甲 35 号 (100037)
发行电话 (010)68992190/3/5/6
网 址 www.jiuzhoupress.com
电子信箱 jiuzhou@jiuzhoupress.com
印 刷 南京三和彩色印刷有限公司
开 本 787 毫米 × 1092 毫米 16 开
印 张 24.75
字 数 400 千字
版 次 2018 年 1 月第 1 版
印 次 2018 年 1 月第 1 次印刷
书 号 ISBN 978-7-5108-6001-0
定 价 68.00 元

★版权所有 侵权必究★

致读者

本书出版适逢中国推进“一带一路”国际项目合作与特许经营项目合作建设期间。作者总结多年来参与社会事业项目、基础设施项目、特许经营项目工程建设中发生的一些要点、焦点中的问题，潜心研究，试图从法律、规章层面为工程参建各方探讨在项目立项、国际招标、勘探、设计、工程承包、施工、竣工交付过程中存在的焦点法律问题，提出解决问题的方法、措施和手段。

结合特许经营项目法律服务实践，就工程争议问题，从诉讼与非诉讼两个方面提出解决问题的办法、措施与路径，旨在维护建设工程各方合法权益，控制法律风险，保证工程建设质量、降低工程建设成本，促使项目建设全过程在法制与规范的范围以内运作，实现工程建设目的。

社会在飞速发展，工程法律、法规的立、废、改随之发生；工程建设中新的焦点与要点问题也不断发生；与时俱进、研究解决新问题是我們共同关心的事。

由于本人水平有限，时间仓促，书中误、漏之处难免、敬请各位专家不吝赐教。

2018年1月1日

目 录

第一章

PPP 竞争性谈判与风险管控 / 002

标书瑕疵归责 / 009

巅峰对决 / 014

对外工程设计招标中的知识产权保护 / 018

建设工程项目无标底招标 / 023

外企对华工程设计风险防范 / 028

统一招投标法规 / 034

投标人业绩认定 / 040

招标代理人权益保护的几个问题 / 044

招标代理中的授权委托 / 048

第二章

奥林匹克项目工程法律保障 / 054

代建风险管控 / 066

改进重大建设项目中的纪检监察 / 072

高速公路路产损害案件快速处理 / 078

中国高速公路交通运输行政执法体制改革 / 092

大剧院建设工程法律保障 / 104

新编 FIDIC 合同条件应用中的几个实践性问题 / 114

第三章

PPP 项目工程常见犯罪预防 / 130

PPP 项目运作中的法律保障与风险防范 / 135

城市开发特许经营 / 145

市政公用 PPP 项目法律风险防控 / 151

中国特色镇 PPP 运作 / 155

PPP 运作中几个实践性问题 / 161

“一带一路” 特许民营项目运作中的实践性问题 / 169

工程承包方式选择与禁止 / 176

第四章 案例

招标文件 / 212

第一部分 招标公告 / 213

第二部分 合作方社会资本须知 / 216

第一分册 投标文件综述 / 255

第二分册 建设与运营方案 / 261

第三分册 财务方案与法律方案 / 263

第三部分 采购实质性条款 / 274

第四部分 投资合作协议 / 279

第五部分 PPP 项目特许经营协议 / 292

第六部分 运营服务协议 / 361

第七部分 评标方法与评标标准 / 386

第八部分 项目资料库 / 389

声明 / 390

PPP竞争性谈判与风险管控

特许经营（PPP）项目试点工作在我国逐步推开；国家、各省市挑选的首批入库试点项目正进入实施阶段。特许项目的政府职能部门（提出机构、实施机构）、招标代理人、评估机构、投标人、律师、会计师中介机构参与特许项目及特许经营者的招标与竞争性谈判工作。笔者在参与了安徽蚌埠、京津冀唐山、江苏盱眙县、南京市浦口地区特许经营（PPP）项目法律保障的实践，就竞争性谈判在项目招标中的应用和风险管控谈谈几点看法，错漏之处敬请同仁指正。

一、竞争性谈判被频繁使用的背景、原因、风险

在组织试点特许经营项目招标过程中有的部门主张以竞争性谈判方式为主、弱化公开招标；有的想用竞争性谈判方式代替公开招标；有的地区在特许经营项目招标中直接、频繁使用竞争性谈判方式，使用的频率高于公开招标。究其原因是多方面的，主要有以下几种：

一是标书制作问题形成流标所致：标书中招标人对投标人资格条件中的业绩要求苛刻限制潜在投标人投标；业主不提供或不完全提供项目建设运营的配套设施，如特许项目用地的拆迁，公路、燃气自来水、电力等设施配套等；特许经营合同中对特许经营期限与项目产品价格失衡，投资人投入与回报不成比例，在特许期间难以收回投资成本；特许经营期满后业主要求项目公司名下资产无偿全部交回不予补偿；政府对项目公司运营的行政干预权力过大等，导致特许经营项目及特许经营者的公开招标流标；二是招标人开标前早已内定中标人、特许项目易标给合作的关联企业，招标活动只是形式；三是在特许项目实施方案后招标标书中载入排外或限制

性条款，限制辖区以外的潜在投标人投标、将辖区以外的潜在投标人排斥在外；四是作为招标人的当地政府的政府债务重、履行特许经营协议的能力差、诚信度低、当地法制环境差；五是设立的特许经营项目公司股权比失衡，政府授权签约的国资公司及其指定的在项目公司中持股公司所持股权与社会资本股权比例不合理，违反公司法同股同权的一般性规定、股权结构失衡；六是特许项目的政策性补贴未能依法返还给特许项目公司，被政府授权参与项目公司股东会的关联一方占有，并以此作为在项目公司出资注册资金等，凡此种种不一一列举。上述情况的出现是导致特许项目招标发生流标的原因。

政府是特许项目立项、组织实施方、是特许经营权的授予方、是项目财政补贴的拨付方，在组织、实施特许经营项目中占据主导权和控制权，相对于民营资本的特许经营者而言，对于项目的实施方式的选择处于强势地位。由于上述种种原因，实施机构即招标人习惯用“竞争性谈判”确定特许项目与经营者显得比较自然、顺手。

从某种意义上讲，单一使用竞争性谈判方式确定特许经营者就等于确定了特许经营项目，绕开了《政府采购法》和《招标投标法》的法律监督，也是民营资本进入特许项目运作的瓶颈。

违反法律规定单纯采用竞争性谈判方式确定特许项目或经营者可能会产生一系列风险：一是妨碍《招标投标法》、《政府采购法》、《基础设施和公用事业特许经营管理办法》及相关规章的正确实施；二是限制潜在投标人投标，违反公开、公平、公正原则；三是易产生权钱交易的腐败温床；四是可能形成新一轮国有资产流失；五是影响我国特许经营项目试点项目顺利进行。对此，司法机关、政府相关职能部门应当高度重视。

二、特许经营 PPP 项目依法应当公开招标

国务院、国家发改委、财政部等相关文件对特许项目试点工作中的文件要求公开招标。我国招标投标法、条例、办法等对特许经营项目及特许经营者对竞争性谈判的方式也做出了明确的规定：

关于 PPP 项目特许经营者的选择：

《基础设施和公用事业特许经营管理办法》第十五条规定：实施机构根据审定的特许经营项目实施方案，应当通过招标、竞争性谈判等竞争方式选择经营者。特许经营项目建设运营标准化和监管要求明确，有关领域市场竞争比较充分的，应当通过招标方式选择特许经营者。《办法》明确规定市场竞争比较充分的，应当通过招标方式选择特许经营者。

关于 PPP 基础设施和社会公用事业项目的公开招标：

《招标投标法》第三条强制性规定：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；全部或部分使用国有资金或且国家融资的项目；使用国际组织或外国政府贷款、援助资金的项目“必须进行招标”；该法还规定“任何单位和个人不得将依法必须进行招标的项目化整为零或者以其他任何方式规避招标”。“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”。《建筑法》第二十三条规定：政府及其所属部门不得滥用行政权力，限定发包单位将招标发包的建筑工程发包给指定的承包单位的规定。上述强制性规范规定是 PPP 项目公开招标的法律依据。

关于 PPP 项目邀请招标：

《招标投标法》第十七条对邀请招标“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招标邀请书”。《招标投标法实施条例》第八条对邀请招标规定：技术复杂、有特殊要求或者受自然环境限制，只能少量潜在投标人可供选择；采用公开招标方式的费用占项目合同金额的比重多大。

关于 PPP 项目不招标：

《招标投标法实施条例》第九条规定：需要采用不可替代的专利或专有技术；采购人依法能自行建设、生产或者提供；已通过招标方式选定的特许经营项目投资人依法能自行建设，生产或者提供；需要向原中标人采购；国家规定的其他特殊情形。

《政府采购法》第二条规定了政府采购的货物、工程、服务适用本法。该法第三十条规定采用竞争性谈判采购的情形：招标后没有供应商投标或者没有合格的或者重新招标未能成立的；技术复杂或者性质特殊；不能确定详细规格或者具体要求的；采用招标所需时间不能满足用户紧急需要的；不能事先计算出价格总额的。

法律与规章清晰规定政府采购和项目交易的法律依据。PPP 特许项目、经营者

应当主要以竞标方式择优选择，竞争性谈判作为选择的辅助方式。

对 PPP 项目特许经营者应当依据项目实施方案通过招标确定；只有在项目建设运营标准监管要求不明确、市场竞争不充分的情况下，通过竞争性谈判选择特许经营者。

政府及其实施机构在确定特许项目、特许经营者时应当在实施方案、招标文件中依据法律、规章、条例的规定做出选择；政府实施机构选择标准应当依据法律与项目具体实际做出选择；所以在制作 PPP 项目实施方案、招标文件，应当依据法律和规章的规定对特许经营者、特许项目做出依法公开招标或依法选择适用竞争性谈判方式。

三、竞争性谈判在 PPP 项目中正确应用

如上所述，《基础设施和公用事业特许经营管理办法》第十五条规定了竞争性谈判方式的适用条件，但具体项目提出机构提出特许项目实施方案，实施方案内容包括：项目名称、实施机构、建设规模、投资总额、进度、提供公共产品或服务标准；投资回报、价格及其测算；可行性分析；特许经营协议框架、经营期限；特许经营者应具备的条件、选择特许经营的方式；政府承诺与保障；特许期满资产处置方式；其他等。

项目提出部门综合其他部门意见报经政府审定后实施。实施机构在授权范围内据实施方案，通过招标或竞争性谈判选择特许经营者。

《招标投标法实施条例》第九条规定项目可以不招标的五种情况。其中第三款规定：对已经通过招标确定特许项目投资人、自行建设、生产或者提供的可以不招标。PPP 特许经营项目，已经依法公开招标确定投资人的项目可以不招标。

采用竞争性谈判或招标选择特许经营者根据《办法》第十七条应当满足以下条件：

- 1、项目实施机构应当公平选择具有相应管理经验、专业能力、融资实力及信用状况良好的法人或其他组织作为特许经营者；
- 2、鼓励金融机构与其共同制定投融资方案；
- 3、特许经营者选择应当符合内外资准入的法律、行政法规规定；
- 4、依法选定的特许经营者应当向社会公示。

《政府采购法》第二十二条对供应商（经营者）提出了合格的六个条件。

《招标投标法》第四十一条对中标人（经营者）提出了具体的合格条件。

项目特许经营协议的订立应当解决下列存在问题：一是霸王条款过分强势导致不欢而散；二是标书制作准备不足，特许经营协议条款中有的国有资产管理部门对特许项目周期成本、融资方式、成本；公共服务或产品价格、质量等经济条款缺乏标准精确的评估和测算，对国有资产流失构成威胁；政府承诺不到位；三是执行机构未能准确掌握法律与行政规定，不会制作标书；有的执行机构直接要求合作伙伴自行制作特许经营项目招标文件，自行制作特许经营协议条款，实施机构只是代表政府在协议上签字盖章而已。

用竞争性谈判确定的特许经营者及特许经营项目的程序应当符合《政府采购法》、《招标投标法》、《合同法》及《基础设施和公用事业特许经营管理办法》的规定。

四、竞争性谈判方式适用过程中的风险管控

依法确定以竞争性谈判方式取得的特许经营权的特许经营者，应主动配合政府实施机构，将特许项目实施方案、特许经营者选择、特许经营协议及变更、终止、项目建设运营、产品与服务的标准，监测分析与绩效评价，财务报表及时向社会公开，接受社会监督；项目公司应当及时向社会公开会计数据，财务核算；接受财务审计接受社会监督与实施机构的建议。

政府负责 PPP 项目的职能部门，实施机构除依法实施监督外，应实施组织各类培训班，运用典型引路，指导 PPP 及特许经营项目试点工作正确实施；职能机构对于特许经营者、特许项目的招投标活动依法实施监管，维护法律和规章的正确实施，及时处理招标投标投诉，维护招标投标市场秩序。

招投标协会适时组织学习交流，评比特许项目优秀论文，通过学术交流、经验座谈研究实际工作中存在的问题和改进措施；规范标书制作与代理，发挥法律专家，财务专家在招标代理及竞争性谈判中的作用，促进竞争性谈判在特许项目和特许经营者竞争中的正确适用。

各级人民政府财政部门根据《政府采购法》第十三条规定为招投标活动实施监

督，依法查处招投标活动中的违法行为。

各级人民政府招投标管理办公室在招投标活动中是最主要的监管单位，依法行使监管权力，强化对 PPP 项目招投标全过程监督，认真处理投诉案件，维护招投标市场秩序，保证 PPP 项目招投标活动公平公开公正的进行。

规范特许项目的成本核算、产品价格的审核，集中对 PPP 项目审批、统一对资产评估、项目公司产品价格审核、确认；针对基础设施、公用事业项目的不同特点制定统一但有区别的 PPP 项目的实施方案、招标文件、合同文件等规范材料。

人民检察院依法实施监察查处，打击各类行贿、受贿、玩忽职守等职务犯罪案件；查处国有资产流失、合同失误造成重大损失的刑事犯罪，维护各方合法权益。

五、特许经营的立法思考

2015年6月1日施行的《基础设施和公用事业特许经营管理办法》即《办法》，其中多次使用“探索”字样的表述，有别于“必须”、“禁止”、“应当”等强制性规范应有的用词，应当适时调整；对于“有关领域市场竞争比较充分的”，缺乏具体解释、规定与量化标准，不利于项目操作；第十五条关于根据特许经营项目实施方案“应当通过招标、竞争性”谈判选择特许经营者，对于哪一种情况适用竞争性谈判、哪一种情况适用招标规定不明，不利于操作。《办法》只是六部委的规章，其效力不应当高于《政府采购法》、《招标投标法》。有权部门应适时发布解释。

加快制定《特许经营许可法》。在西方国家通过制定《行政许可法》及相关规定实施特许项目已有上百年历史，如英吉利海峡，巴拿马运河等。我国从第一个 BOT 项目沙角 B 电厂项目试点至今时间较短，“中国梦”建设速度的加快、政府债务压力的减轻强烈呼唤特许经营加快立法，我国各地区特许经营项目的多样性、特许经营者的多元化、特许经营形式多样性需要加快制定《特许经营许可法》；“一带一路”及投资中国政府特许项目主体多元化呼唤涉外性法规法条尽快出台；制定权利义务更为明晰的强制性法律规范《特许经营法》显得更为迫切。

法学专家、学者在参与立法和对《办法》的修订工作中应当发挥主导性作用。

参考文献

- 1、《中华人民共和国招标投标法》
- 2、《中华人民共和国招标投标条例》
- 3、《中华人民共和国政府采购法》
- 4、冯松林：《PPP 项目运作中的法律保障》
- 5、《基础设施和公用事业特许经营管理办法》
- 6、国家发改委、财政部颁布的相关规章

标书瑕疵归责

在我国货物、工程、服务招标中，常因标书瑕疵引发纠纷，笔者参与办理的配电箱招标中就发生此类纠纷。

案情简介：2015年5月，江苏某医院（业主）就医疗大楼配电箱招标通过建设单位以招标名义发布配电箱招标公告：投标人必须提供生产产品通过国家三C认证具有IP30证书；在10月份发售的《招标文件》规定：“投标人在编制投标文件时应按照新情况更新或补充其在资格预审时提供的资料，以证实其各项资格条件能满足资格预审文件和文件”，标书第五章载明：“供货商的投标文件与技术规定有差异时，应填写技术偏离表，若被发现有重要偏离，则该投标文件可能被拒绝”；标书对配电箱技术要求载明：“室内箱柜防护等级IP40，室外防护等级IP65”，“配电箱板厚 $\geq 2\text{mm}$ ……进线位置设置接线铜排”并提供样品，但未列入评分之内。

投标人经资格审查具有生产IP30的3C证书；其在《投标文件》中表示在生产过程中满足安全防护等达到IP40、IP65；送样配电柜技术条件板厚为1.2mm，无进线接线铜排。

评委经初次评审认为该投标人为第一中标候选人，业主认为该投标人不符合招标文件要求，向省招标办管理部门提出复议申请，经复议维持，业主向招标办申请并批准召开专家会议对评委的评审结果听取专家意见，经省招标办批准最终做出终止招标和另行招标决定。

该中标人不服，认为标书存在瑕疵，招标人不发中标通知书存在过错，诉至法院主张赔偿经济损失245万元（在审理中）。

本案争议焦点：标书存在瑕疵该中标人无生产配电箱IP40资质的3C证书；样

品的技术条件不符合招标要求；标书瑕疵重新招标是否构成侵权；标书瑕疵是否承担民事赔偿责任；未发中标通知书是否构成合同效力。

如何看待本案呢？

一、准确区分标书瑕疵与缔约过失之间的界限，由过错一方承担相应责任。

本文所称标书瑕疵是指招标人及其委托的招标代理人在招标活动中（招标公告发布、招标文件制作）违反真实、准确、完整的原则，影响投标人投标，依法应当受到行政处罚的行为。

国家发改委 2000 年 7 月 1 日发布的《招标公告发布暂行办法》即 4 号令第 6 条明确规定“招标人或其委托的招标代理机构应当保证招标公告内容的真实、准确和完整”；第十三条规定：“指定媒介发布的招标公告的内容与招标人或代理机构的招标公告文本不一致，并造成不良影响的，应当及时纠正，重新发布。”

本案，招标公告资格预审规定投标人达到 IP30 的三 C 标准，但招投文件的安全防护等级又要求必须达到 IP40/IP65，即投标人必须具备 IP40 的三 C 证书方为资格合格但又未在标书中列明，评委评标所依据的仍然是公告中所载明的 IP30 的三 C 资格标准，由于招标公告与《招标文件》中生产配电柜的资质条件不一致，标书中没有明确投标人必须具备 IP40 的三 C 证书，瑕疵客观存在，过失在招标代理人。

我国《合同法》第四十二条将所谓缔约过失规定在一是订假立合同而已进行磋商；二是故意隐瞒与签约有关的重要事实或提供虚假情况；三是违背诚信原则。构成之一者为缔约过失。

本案适用招标瑕疵的定义及构成要件，不适用缔约过失的定义及构成要件。

标书瑕疵与缔约过失的区别，在于：招标瑕疵仅为招标过失；而缔约过失一方为违反诚信原则，隐瞒事实提供虚假情况主观上存在故意与过错。

关于责任承担：就招标瑕疵而言，据《招标投标法实施条例》第 64 条第四款“接受应当拒收的招标文件”规定，对投标人生产配电柜资质不具备生产 IP40 安全等级的三 C 证书，未提供技术偏差表，按应规定拒绝投标文件，违反该 64 规定“对单位直接负责的主管人员和其他直接责任人员依法给予处分”，就本案应对招标代理人予以行政处罚为妥。

就缔约过失而言，由于招标人主观存在故意形成过错应据投标人因招标人过错

所造成的实际损失为限。依据《合同法》第42条承担缔约过失的民事责任赔偿责任。

综上，标书瑕疵过失应由行政部门依法处罚，使用行政处罚相关规定；缔约过失给对方造成损失的则按《合同法》相关规定处理。

二、区分评标公告中的中标人与中标通知书中的中标人法律概念的界限，把握立法原意，维护合法权益。

《招标投标法》第41条规定了，中标人条件为：能最大限度地满足招标文件中规定的各项综合评价标准；能满足招标文件的实质性要求，并且经评审的投标价格最低；但投标价格低于成本价除外。第45条规定，中标人确定后，招标人应当向中标人发出中标通知书，并同时将在中标结果通知所有未中标的投标人。

中标人是指符合《招标投标法》第41条规定的投标人。不符合该规定的应当以废标处理，取消中标人资格。投标人转为中标人的前提是符合41条规定，投标人是在投标活动中发生的，中标人是评标后发生的，合同当事人是在中标通知书发出、合同成立后发生的。

评委评标形成的中标人虽经公示，在未接到中标通知书之前，并未对所招之标形成法律上的权利义务关系。

经业主或业主授权委托招标代理人发出中标通知书中的中标人实际上是合同一方当事人，其法律依据是《招标投标法》第45条第二款规定：“中标通知书对招标人和中标人具有法律效力。”一方违反应当依法承担法律责任。

所以，我国新版《建设工程施工合同》(GF-2013-0201)第一部分即合同协议书第六条关于合同文件构成第一款将中标通知书列为合同文件构成的首要条件，《招标投标法》第46条规定“招标人和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”，即使未签约，笔者认为中标通知书一经发出，合同即已成立。

在本案中，由于业主与招标代理人鉴于投标人的资质不适格，未对标书中实质性要求和条件做出响应，未发出中标通知书，故投标与招标（业主）双方不构成合同关系，未形成法律上的权利义务关系。中标公示不能代替中标通知书；公示公告