

中国法制出版社

建筑房地产实务指导丛书

建筑商

之

孙子兵法

III

主编 / 林锡海 曹红光 郦煜超



法律出版社 | LAW PRESS

顾 问：胡忠义 陶慧泉 朱圣传
主 编：林鲁海 曹红光 郇煜超
副主编：顾龙祥 王龙兴 应旭升 胡玉芳 王志强
盖春香 李 胜 杨小明 张 涛 蒋 辉
廖 行 王思安 裴德伟 熊百祥 张伶俐
朱文雷 朱鹤州 吴卫忠

撰写人：邹高铃 卢蓉蓉 王骥江 邵 莉 李 浩
沈佩勇 蒋成嘉 张培锋 吴圣斌 张锋平
陈会军 许华娣 史全佩 成 奕 傅宝善
张朝晖 王 盼 黄建宏 桂留芬 周朝阳
徐 进 王乾应 岳 翼 朱 林 葛永华
陈思远 范云平 赵伟华 杨凤英 穆占鹏
殷华理 贾庆坤 路 扬 顾全丁 方 斌

特别说明

本著作作为北京市盈科律师事务所丛书之一，由北京市盈科律师事务所组织编写

秉持“工匠精神”， 打造“建房”领域的专精队伍

(代 序)

孟子曰：“源泉混混，不舍昼夜，盈科而后进，放乎四海”，“盈科”二字正是渊源于此，这也是盈科人十几年间不断积极进取和快速稳定发展的写照。

自2001年成立以来，盈科律师事务所遵循规模化、专业化、品牌化、国际化的方针，建立了遍布全球的法律服务网络。发展至今天，盈科所在中国大陆地区拥有51家分所，执业律师超过6500名，盈科全球法律服务联盟已覆盖美国、巴西、墨西哥、英国、意大利、匈牙利、波兰、比利时等53个国家的113个国际城市，多次被英国法律杂志(The Lawyer)、亚洲法律杂志(ALB)评选为亚太地区规模最大律师事务所。

律师的核心竞争力是专业，这要求我们每一位盈科人都要践行“工匠精神”，在自己的法律服务领域精耕细作。建设工程与房地产法律业务作为关系到国计民生的一项法律服务，一直是盈科专业化建设的重点法律服务领域之一，盈科在该领域的服务曾经荣获钱伯斯(Chambers)、Legal 500的多次推荐，并有多名律师上榜。2018年7月11日，盈科律师事务所建设工程与房地产业务运管中心正式成立，标志着盈科在已成立的40个专业委员会以及6个法律服务中心基础上，在“建房”法律服务专业化建设道路上的又一个里程碑。该中心旨在充分践行“工匠精神”，立足全国，在盈科各分所所在地举办各类培训、研讨，以进一步提升盈科建筑房地产法律服务领域律师的专业水平及实务能力，并通过交流、探讨来提炼出具有盈科特色的专业法律服务技术，打造一支一流的建筑与房地产法律服务团队。

应当说，盈科人一直在追寻并践行着法律人的“工匠精神”，那是我们对法律事业的一份执着，对公平正义的一份坚守，对律师工作的一份责任。当前，律

师业的发展已经步入了专业团队和服务生态的竞争时代,盈科仍然不遗余力地在寻求改进、在不断自我突破,力求在专业化、品牌化上做到进一步深化。正所谓“百尺竿头,更进一步”,盈科秉承诚信、开放、包容、共享的理念,坚持不断引入专业化的一流团队,与各方强强联手,共同打造资源平台,力图创造更多合作共赢的局面。

我与林籍海律师的相识就是在这样的背景下,我们两人在律师服务专业化、品牌化以及共享、共赢的思想上有着一致的共识,因此,双方的合作自然就水到渠成。2018年7月,盈科律师事务所正式引进了林籍海律师的浙江沪鑫律师事务所团队、曹红光律师的浙江金元律师事务所团队等在建设工程与房地产领域具有专业水准的一流律师团队,并成立了盈科律师事务所建设工程与房地产法律服务运管中心。

本书系盈科律师事务所建设工程与房地产法律服务运管中心集合盈科律师事务所建筑工程法律专业律师之全力,以多年的丰富的司法实践经验,结合专业理论知识,对《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若干问题的解释二》进行了系统详尽的解读,并提出了若干专业建议。

我相信,这本书不仅能够提高盈科所在建设工程与房地产法律服务领域的专业水平和服务质量,也一定能够为建筑业以及整个建设工程与房地产法律服务行业的发展尽一份绵薄之力。

盈科律师事务所全球董事会主席 梅向荣

2019年1月6日

前 言

改革开放以来,建筑业一直在国民经济中起着至关重要的作用,目前已经成为国民经济的支柱产业之一。同时,人们的生活和工作都离不开住房,建筑业的发展也关系着千家万户的生命和财产安全,乃是百年大计。因此,只有牢牢把握好建设工程领域中的法律关系,建立健全法律体系,树立正确的司法导向,才能为建筑业的健康发展、可持续发展提供优质高效的法律服务。

众所周知,建设工程中的法律关系与一般的法律关系不同,具有极强的特殊性和实务性:

特殊性在于,建设工程合同不仅涉及《合同法》,还涉及《招标投标法》《建筑法》,要想把握好建设工程领域的法律实务,必须要厘清一个关系,即契约自由与契约正义的关系。诚然,合同的基本原则是契约自由,但建设工程合同却还受到《招标投标法》中对“黑白合同”的认定及处理、《建筑法》中对资质和资格的管理等诸多强制性规定的限制,往往不能单纯地以契约自由论之,究其原因,这是因为建设工程合同通常还涉及公共安全、公共利益,而这些公共安全、公众利益就以契约正义的形式对契约自由进行干预和限制,故而,绝对不能抛开建设工程的特殊性去空谈契约自由。

实务性在于,建设工程合同作为有名合同,虽然首先要受到《合同法》的限制,但因建设工程领域实务性极强,涉及造价、质量、工期等专业问题,往往不能简单地套用《合同法》中的一般规定,而应当将合同法理论跟建设工程的实践结合起来。如何解决建设工程中的法律问题,是一门艺术,不仅要有理论作为支撑,而且更在于实践的积累。

鉴于建设工程合同的特殊性和实务性,最高人民法院于2004年9月29日出台了《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》,使当时的许多疑难问题迎刃而解,不但在当时起到了关键的指导作用,直至今日,许多规则仍然行之有效。然而,随着工程量清单报价的全面推行、招标投标法实施细则的实施、招标

投标范围的改革、资质管理的淡化、PPP 和 EPC 模式的大量推行、建设工程施工合同示范文本 2013 版和 2017 版的修改以及十八届三中全会的召开(市场在发展中将起决定性作用),建设工程领域新的热点、难点问题不断涌现,原来的司法解释已经难以完全满足法律实务中新的需要。2004 年以来,各地法院亦在处理建设工程领域新问题的过程中,形成了许多具有实践意义的指导意见、会议纪要、问题答复,但在很多问题上却并未达成统一的意见,甚至出现了许多截然相反的做法和观点。

基于此,为了满足建设工程合同纠纷实务中的新需求,亦为了统一各地法院的实务做法,最高人民法院于 2012 年开始起草《关于审理建设工程施工合同纠纷案件适用法律若干问题的解释(二)》,数易其稿,并于 2019 年 1 月 3 日正式出台,自 2019 年 2 月 1 日起施行。可以说,这部司法解释乃是当下的重中之重,其出台后必将对建筑行业的发展产生重大的影响。针对司法解释二的出台,盈科所着手编著本书《建筑商之孙子兵法Ⅲ》。

本书最大的亮点就是将法律、理论和实践三者相结合,并融会贯通。同时,将国外法律、理论、判例和国内法律、理论、案例相结合,把《合同法》《招标投标法》《建筑法》等法律与“违约者不得益”等法学理论全部融合在一起,创立了盈科招标投标理论。同时,用盈科招标投标理论破解和解读《建设工程司法解释二》中关于招标投标理论的条文(第 1、9、10、11 条)。可以说,本书是以法律体系作为论证基础,以法律理论作为支撑指引,以实践案例作为检验标准的。

同时,本书的撰稿者一直以来密切关注着司法解释二的起草动态,并深入探究了每一稿的修订变化及其背后的法理、实务原因,对司法解释二意见稿的完善提出了许多真知灼见。以此为基础,本书充分利用了盈科所遍布全国各地的分所中专门从事建房领域法律服务的执业律师们扎实的理论功底和丰富的实务经验,并邀请到审判实务一线的法官对本书的内容进行指导和修改,最终汇聚成集体的智慧结晶,方才成就了本书的出版。

本所之所以要编著此书,一愿此书成为建筑企业日常风险防范之法律常备读本,为建筑行业的健康发展添砖加瓦;二愿此书成为建设工程领域专业律师之进阶参考读本,为建设工程领域法律服务专业水平的提高贡献绵薄之力;三愿此书中的新见解及新观点能为司法解释之进一步完善提供新的思路 and 方向;四愿此书成为律师及其他法律工作者从事建设工程诉讼实务中撰写代理词的重要参考(不论原被告),所有的困惑都能在书中找到答案。

更值得一提的是,本书由盈科所建房运管中心主任林饴海律师亲力亲为完成

编著。林主任于2005年1月撰写的由法律出版社出版的第一本著作《〈建设工程施工合同司法解释〉操作指南》，此乃建筑商之孙子兵法之一；之后，林主任又于2012年2月负责主编由北京大学出版社出版的第二本著作《建筑工程法律实务——建筑企业的风险防范与效益创造》，此乃建筑商之孙子兵法之二；而本次林主任主编的《建筑商之孙子兵法Ⅲ》，乃是建筑商之孙子兵法之三。

最后，要衷心地感谢在本书写作、修改过程中为本书的正式定稿提供过大力支持和无私帮助的教授学者、各院法官、律师同仁，是大家的共同努力，才使本书得以顺利出版。同时，由于时间仓促，本书难免有疏漏和不当之处，敬请广大同行和读者不吝赐教、批评指正。

北京市盈科律师事务所

2019年1月6日

缩略语表

一、本书中,法律、法规等规范性文件名称一律使用简称,如《中华人民共和国合同法》,简称为《合同法》。

二、其他规范性文件简称如下:

序号	文件全称	文件简称	文号
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》	《建设工程司法解释一》	法释[2004]14号
2	《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(二)》	《建设工程司法解释二》	法释[2018]20号
3	《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国合同法〉若干问题的解释(一)》	《合同法司法解释一》	法释[1999]19号
4	《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国合同法〉若干问题的解释(二)》	《合同法司法解释二》	法释[2009]5号
5	《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国民事诉讼法〉的解释》	《民事诉讼法解释》	法释[2015]5号
6	《最高人民法院关于民事诉讼证据的若干规定》	《民诉证据规定》	法释[2001]33号
7	《最高人民法院关于建设工程价款优先受偿权问题的批复》	《优先受偿权批复》	法释[2002]16号
8	《最高人民法院关于审理城镇房屋租赁合同纠纷案件适用法律若干问题的解释》	《城镇房屋租赁合同司法解释》	法释[2009]11号

目 录

专题一 | 招标投标 / 1

一、“黑白合同”的概念及产生原因 / 5

二、“黑白合同”理论的发展历程 / 9

三、“黑白合同”效力的认定 / 13

结语 / 73

专题二 | 实际施工人制度 / 75

一、实际施工人权利保护制度设立背景、目的及主要争议 / 78

二、《建设工程司法解释一》第26条第2款到《建设工程司法解释二》的变化 / 80

三、争议问题分析及裁判规则梳理 / 84

结语 / 127

专题三 | 工程造价结算与鉴定 / 130

一、工程造价鉴定 / 135

二、造价鉴定的内容 / 137

三、诉前单方委托咨询意见的定性 / 148

四、举证责任的分配 / 149

五、造价鉴定范围 / 153

六、鉴定材料 / 161

七、鉴定范围和鉴定依据 / 165

八、二审程序中的司法鉴定的启动 / 168

结语 / 172

专题四 | 工期与索赔 / 173

- 一、工期 / 176
- 二、开工日期与竣工日期 / 184
- 三、工期索赔 / 200
- 四、工期延误中的举证责任 / 221
- 五、为承包人提供涉及工期索赔的非诉讼服务的相关成功案例 / 227
- 结语 / 236

专题五 | 建设工程质量和质量司法鉴定 / 238

- 一、建设工程质量概述及标准 / 242
- 二、工程竣工前的质量问题 / 249
- 三、工程竣工验收合格或者未经验收发包人擅自使用后的质量问题 / 288
- 四、建设工程质量司法鉴定 / 309
- 五、律师为建筑商提供工程质量的诉讼及非诉讼法律服务 / 316
- 结语 / 328

专题六 | 建设工程合同无效的处理原则 / 331

- 一、其他国家和地区关于合同无效的处理规定 / 334
- 二、我国大陆现行法中合同无效的通常后果及处理 / 339
- 三、建设工程合同无效的处理 / 346
- 结语 / 387

专题七 | 建设工程价款优先受偿权 / 389

- 一、建设工程价款优先受偿权的基本理论 / 395
- 二、优先受偿权的行使主体 / 399
- 三、优先受偿的范围 / 426
- 四、优先受偿权的客体——是否包括土地使用权 / 439
- 五、优先受偿权的行使条件 / 442
- 六、优先受偿权的行使方式 / 458

七、优先受偿权的保护期间 / 464

八、优先受偿权放弃的效力 / 480

九、优先受偿权与其他权利的顺位 / 486

附录一 | 《建设工程司法解释二》完善建议 / 493

附录二 | 法律法规、指导意见 / 504

专题一

招标投标

本专题共涉及《建设工程司法解释二》四个条文,即第1条、第9条、第10条,条文释义如下:

第一条 招标人和中标人另行签订的建设工程施工合同约定的工程范围、建设工期、工程质量、工程价款等实质性内容,与中标合同不一致,一方当事人请求按照中标合同确定权利义务的,人民法院应予支持。

招标人和中标人在中标合同之外就明显高于市场价格购买承建房产、无偿建设住房配套设施、让利、向建设单位捐赠财物等另行签订合同,变相降低工程价款,一方当事人以该合同背离中标合同实质性内容为由请求确认无效的,人民法院应予支持。

【释义】

本条是关于建设工程施工合同实质性内容的规定,即什么是建设工程施工合同的实质性内容。本条是对《建设工程司法解释一》第21条“当事人就同一建设工程另行订立的建设工程施工合同与经过备案的中标合同实质性内容不一致的,应当以备案的中标合同作为结算工程价款的根据”的补充,其法律依据是《招标投标法》第46条“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。”

招标投标是在公开、公平、公正原则下,在高度透明、激烈竞争、政府监管部门对招标投标的全过程监管的情况下确立中标人的,且招标人和投标人应严格按照招标文件、投标文件和中标通知书签订中标合同,如果允许当事人随意变更

中标合同的实质性内容,那么整个招标投标过程将沦为形式,既损害了良好的招标投标市场秩序,又损害了其他未中标的第三人的合法权益。因此,我国《招标投标法》第46条、《建设工程司法解释一》第21条以及《建设工程司法解释二》第1条均对此种情形进行了明令禁止,即建设工程领域中通常所称的“黑白合同”,又称“阴阳合同”,即招标人和中标人另行签订的施工合同,如果其实质性内容与中标合同不一致的,那么应当按照中标合同来确定当事人的权利和义务。

本条对于何为实质性内容进行了列举式的规定,包括工程范围、建设工期、工程质量、工程价款四大要素。本条在列举了上述四个要素之后,用了“等实质性内容”的字眼。那么,对于上述四大要素之外的合同内容,是否被绝对排除在“实质性内容”之外,在后续实践中将存在较大争议,如对于工程价款的支付方式、争议解决方式、违约责任等要素是否属于施工合同的实质性内容等,均需要进一步通过司法实践的检验,或许最高人民法院在后续的司法解释或指导案例中将予以答复和解决。其中对于工程价款的支付方式的争议最大,笔者下文将进行详细阐述。

在实践中,招标人和中标人为了规避《招标投标法》第46条和《建设工程司法解释一》第21条的规定,并不直接采用签订与中标合同实质性内容不一致的其他施工合同的形式,而是采取了签订其他让中标人对招标人进行让利、赠予财物、高价购买承建房产、无偿承建部分工程等合同的方式,最终达到降低中标人承包工程价款的目的。《建设工程司法解释一》第21条对此种情况并没有进行规定,故《建设工程司法解释二》对此种情况进行了补充规定,明确否定了此类合同的效力,且在司法实践中其他相似的备忘录、承诺书、会议纪要等同样也都是无效的。

此外,从《建设工程司法解释二》的条文演变可以看出,在《建设工程司法解释二》(征求意见稿)第一、二、三、四稿以及送审稿中,对于“备案合同”、“建设工程施工合同”或“中标合同”的表述皆有,但是在《建设工程司法解释二》正式稿中则摒弃了“备案合同”的表述,而是直接表述为“建设工程施工合同”或“中标合同”。这主要是源于住房城乡建设部于2018年9月28日发布的《关于修改〈房屋建筑和市政基础设施工程施工招标投标管理办法〉的决定》,其中第5条明确:“删去第四十七条第一款中的‘订立书面合同后7日内,中标人应当将合同

送工程所在地的县级以上地方人民政府建设行政主管部门备案”。换言之，自2018年9月28日起，我国正式废除了中标合同的备案制度。但笔者在此需要重点提醒注意的是，中标合同备案制的取消不代表我国“黑白合同”（又称“阴阳合同”）现象的消失，对于何为“黑白合同”、“黑白合同”产生的原因以及“黑白合同”的立法本意等，笔者在正文中将详细阐述。

1. 前提条件

本条适用的前提条件有二：其一是经过政府招标投标管理部门（包括但不限于招标投标管理办公室、重大项目管理办公室）监管下的公开招标和邀请招标，且招标投标合法有效；自行发包和当事人议标的情形均不适用本条规定。其二是招标人和投标人签订的中标合同合法有效。

2. 适用范围

本条适用范围包括两种情况：一种情况为必须招标的建设工程经过合法有效的招标投标的；另一种情况为不属于必须招标的建设工程经过合法有效的招标投标的。此两种情况下的建设工程，均应当适用本条规定。

第九条 发包人将依法不属于必须招标的建设工程进行招标后，与承包人另行订立的建设工程施工合同背离中标合同的实质性内容，当事人请求以中标合同作为结算建设工程价款依据的，人民法院应予支持，但发包人与承包人因客观情况发生了在招标投标时难以预见的变化而另行订立建设工程施工合同的除外。

【释义】

本条是关于非必须招标的建设工程项目经过招标投标时工程价款如何结算的规定。非必须招标的建设工程项目，经过政府招标投标管理部门监管下的招标投标程序并签订了中标合同的情况下，招标人也不得与中标人签订背离中标合同实质性内容不一致的其他施工合同，否则也应按照中标合同来结算工程价款，即根据《建设工程司法解释一》第21条和《建设工程司法解释二》第1条的规定执行。

但本条同时也规定了，若客观情况发生了招标投标时难以预见的变化的，则不受此限制。招标投标时的客观情况已经发生了重大变化时，若不允许当事人变更合同内容，则对当事人非常不公平，且招标人和中标人在此种情况下变更合同约定并没有侵害其他投标人的合法权益，也不会侵害国家的合法权益。举例而言，中标合同约定工程价款的结算原则为综合单价闭口，在招标投标和

签订中标合同时的钢材价格为 3500 元/吨,在合同履行过程中钢材价格上涨至 5000 元/吨,此种情况就属于客观情况发生重大变化,笔者将在下文详细阐述。

1. 前提条件

本条适用的前提条件与《建设工程司法解释二》第 1 条相同,应当有两个前提条件:其一是经过政府招标投标管理部门监管下的公开招标和邀请招标,且招标投标合法有效;其二是招标人和投标人签订的中标合同合法有效。

2. 适用范围

本条适用范围为不属于必须招标的建设工程经过合法有效的招标投标的。

3. 法律依据

《招标投标法》

第二条 在中华人民共和国境内进行招标投标活动,适用本法。

第四十六条 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。

第十条 当事人签订的建设工程施工合同与招标文件、投标文件、中标通知书载明的工程范围、建设工期、工程质量、工程价款不一致,一方当事人请求将招标文件、投标文件、中标通知书作为结算工程价款的依据的,人民法院应予支持。

【释义】

本条规定了当事人签订的施工合同的实质性内容与招标文件、投标文件、中标通知书不一致时,当事人可以请求以招标文件、投标文件和中标通知书作为结算工程价款的依据。本条的法律依据也是《招标投标法》第 46 条的规定。《招标投标法》第 46 条实际上包含两层含义:第一层含义是中标合同应当依据招标文件、投标文件、中标通知书的实质性内容签订;第二层含义是中标合同签订后,不得再背离中标合同实质性内容签订其他协议。本条规定的就是《招标投标法》第 46 条的第一层含义,《建设工程司法解释二》第 1 条规定的就是第二层含义。究其本质,主要还是为了保障良好的招标投标市场秩序,和其他未中标人的第三人的合法权益,防止虚假招标投标行为的发生。

1. 前提条件

本条适用的前提条件与《建设工程司法解释二》第 1 条相同,应当有两个前提条件:其一是经过政府招标投标管理部门监管下的公开招标和邀请招标,且招

招标投标合法有效;其二是招标人和投标人签订的中标合同合法有效。

2. 适用范围

本条适用范围也与《建设工程司法解释二》第1条相同,包括两种情况:一种情况为必须招标的建设工程经过合法有效的招标投标的;另一种情况为不属于必须招标的建设工程经过合法有效的招标投标的。

一、“黑白合同”的概念及产生原因

(一)“黑白合同”的概念

建设工程领域中的“黑白合同”,又称“阴阳合同”,它是指经过招标投标的建设工程施工合同中当事人就同一建设工程签订的两份或两份以上实质性内容不一致的合同,通常把经过招标投标的中标合同称为“白合同”,把实际履行的施工合同、补充协议等称为“黑合同”。

此处所称的招标投标是指受《招标投标法》约束的招标投标行为,而非指当事人私下组织的招标投标行为;根据《招标投标法》第10条的规定,“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;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”。私下自行组织的招标投标(包括私下公开招标或私下邀请招标)订立建设工程施工合同的,无论采用何种所谓的招标投标形式,虽然其有类似于招标投标的程序,但由于不需要经过政府行政管理部门的监督管理,不能做到《招标投标法》第5条规定的公开、公平、公正的基本原则,故不能适用《招标投标法》,自然也就不适用《招标投标法》第46条、《建设工程司法解释一》第21条和《建设工程司法解释二》第1条,这和国外私人投资项目中采用的招标投标相类似,即也不存在“黑白合同”一说。

“白合同”和“黑合同”最大的特征就是在工期、质量、价款等实质性内容方面存在差异。从最高人民法院司法解释和各地法院的审判指导意见来看,实践中对于工期、质量、价款属于建设工程施工合同的实质性内容不存在任何争议,但是对于工程价款的支付方式是否属于实质性内容则存在较大争议,笔者在下文将详细阐述。

(二)“黑白合同”的产生原因

建设工程“黑白合同”的产生有着深刻的社会原因、法律原因等,追根溯源还是

国家公权力的介入与私权利冲突以及行政监管严重缺位导致的结果。

1. 社会原因

目前建筑市场竞争激烈、僧多粥少,竞争秩序很混乱,拖欠工程款、农民工工资的现象十分突出。为了加大规范和整顿建筑市场的力度,许多地方人民政府不仅对《招标投标法》中规定的必须招标的工程项目进行严格管理,而且对于《招标投标法》中未规定必须招标的工程项目也以行政命令规定必须招标投标。如《四川省工程建设项目招标投标管理若干规定》第10条规定“关系社会公共利益、公众安全的公用事业项目的范围包括:……(五)工业建筑、办公建筑、公共建筑、商品住宅(包括经济适用住房)”,将工业建筑、办公建筑也列入必须招标的项目范围;《北京市工程建设项目招标范围和规模标准规定》第4条规定“关系社会公共利益、公众安全的公用事业项目的范围包括:……(五)住宅、酒店、公寓、写字楼等项目”,将酒店、公寓、写字楼项目也列入必须招标的项目范围。

虽然《招标投标法》第41条确立了最优标中标的原则,即综合分最高和合理低价中标原则,但由于综合分最高的中标办法在实际操作过程中存在一定的降价空间,发包人必然想方设法节省开支、降低成本,追求自身利益最大化,而建筑市场供过于求的关系又决定了许多建筑商不得不在中标价之下承揽建设工程项目。综观整个“黑白合同”现象,就不难发现“黑白合同”的情形多发生在民营投资的项目中,追根溯源还是由我国建筑市场环境导致的。民营投资项目中,发包人作为民营企业,其投资建设项目最根本的原因是创造更多更高的经济效益,此种情况下,发包人在签订建设工程施工合同时就会尽可能地将项目的建安成本压缩至最低。

如前所述,根据我国相关法律法规的规定,公开招标的效力与邀请招标的效力是一样的,民营投资的项目极少会采取公开招标的形式,一般都采取邀请招标的形式进行。邀请招标,是指招标人根据项目的特征和要求,有选择性地向建筑商发出投标邀请书,邀请他们参加投标活动,后经过评标从中选定中标单位的一种方式。在公开招标的模式下,只要满足招标人要求的所有单位都可以参与投标活动,但是在邀请招标的模式下,只有收到招标人的投标邀请书的建筑商才可以参加投标活动。因此,在邀请招标的模式下,招标人更容易掌控整个招标投标过程。

通常情况下,发包人为了达到控制成本的目的,往往会私下联系数个建筑商,就项目的承发包事宜进行洽商、比价,并最终确定一个双方均可以接受且价格偏低的施工合同。之后,发包人往往会要求建筑商找几家“陪标单位”在该项目后续的招标投标程序中“走过场”,最终由发包人和建筑商再根据“中标结果”签订施工合

同并进行备案,这也是我们常说的“明标暗定”现象。但是,在该项目后续的招标投标过程中,由于政府部门会进行监督和管理,尤其是对工程造价部分进行监管,避免出现不合理的低价竞争,以确保后续工程的质量和安全。经过该招标投标程序确定的中标价格,往往高于发包人和建筑商事先签订的施工合同确定的价格,这就是政府对于工程价款的监管与民营投资项目发包人压低价格的冲突,“黑白合同”自然而然就产生了。实践中,很大一部分“黑白合同”均是这样产生的。

2. 法律原因

建设工程施工合同作为《合同法》规定的一类有名合同,必须严格遵守《合同法》的相关规定。但由于建设工程是一类特殊的商品,建设工程的质量涉及千家万户人的财产和生命安全,涉及社会公共安全、公众利益,并且为了防止国有资产流失,国家格外注重对建筑业的监督管理。《招标投标法》《建筑法》等一系列建筑领域的法律法规均对该类民事合同进行了强制干预,故建设工程施工合同中既包含民事法律关系,又包含行政法律关系;既有私人利益,又涉及公众的财产和生命安全的公共利益。简言之,《招标投标法》保障的“社会公共利益”“防止国有资产流失”与《合同法》保障的“当事人意思自治”产生冲突。

在《建设工程司法解释一》出台之前,一般都是中标合同价格高,而私下签订的“黑合同”价格低。但是在《建设工程司法解释一》出台之后,发包人组织律师、法务的力量重点破解《建设工程司法解释一》第21条“黑白合同”的规定,由此也导致实践中出现了一批中标合同价格低于实际履行的“黑合同”价格的情况。

3. 行政监管缺位原因

如前所述,《招标投标法》及相应配套法律文件对于必须招标项目的范围以及招标投标流程均规定得非常明确、细致,但“黑白合同”的现象仍然层出不穷。究其另一方面原因也不难发现,我国对于必须招标项目的行政监管均集中在招标投标和签订中标合同阶段,但对于双方当事人合同履行阶段和最终的结算阶段的监管则处于严重缺位的状态。而且,即使必须招标的项目出现了“黑白合同”的现象,且被政府相关监管部门发现,政府相关监管部门一般对此也并不会采取处罚措施。换言之,当事人违背了《招标投标法》的相关规定,但却无须为此付出任何代价,某种程度上也是助长了这一不良现象的肆意增长。从招标投标的实践来看,出现“黑白合同”还有一部分原因是政府相关行政主管部门在事中、事后对该现象严重缺少监管。

(三)“黑白合同”的表现形式

1.“黑合同”签订在中标之前

由于建设工程项目的不确定性因素很多,市场信息的不对称性使招标人难以对投标人的经验及技术、履约能力有准确的判断,给招标人带来了诸多风险。为了规避招标投标带来的施工者选择的不确定风险,不少招标人想方设法控制招标投标的结果,具体表现为:在招标之前与潜在的投标人进行实质性内容的谈判,要求对工程取费、工期、付款条件、垫资等作出承诺;有的事先已经选定建筑商,并签署了涵盖工程取费、工期、付款条件、垫资等内容的协议书;有的甚至在实行招标投标之前建筑商就已经实际进场施工了。在已经设定投标条件或圈定中标人后,发包人再按照政府部门的监管要求实行招标投标程序,并签订中标合同。

在这些行为之下,招标人在招标投标之前与建筑商签订的协议书或建筑商出具的承诺书,与中标后签订的中标合同在实质性内容方面基本都存在较大差异,于是就形成了一“黑”一“白”,实质上是规避了建设工程招标投标程序。但是能否仅根据在中标之前签订了协议书、承诺书等行为就一律认定该招标投标程序属于虚假招标投标以及是否必然导致中标合同无效,笔者将在后续详细论述。

2.“白合同”与“黑合同”同时签订

实践中还存在一种情况,发包人发出中标通知书之后,在与中标人签订正式的中标合同之前,发包人觉得中标的价格过高,要求中标人作出让利,此时中标人为了承建该项目,不得不作出让步,因此就会出现招标人和中标人在签订备案的“白合同”当天又另行签订一份“黑合同”。

3.“黑合同”签订在中标之后

大部分的“黑合同”是签订在中标之前的,但有的“黑合同”也会签订在中标之后。发包人和中标人根据招标投标文件、中标通知书签订了一份中标合同,事后双方又协商对中标合同的实质性内容进行更改,并签订了实际履行的施工合同或补充协议。

实践中,“黑合同”签订在中标之后主要也可以分为以下三种情况:(1)发包人和建筑商在签订中标合同之前已经有明确的口头或书面的约定,中标合同不作为双方实际履行的依据,后双方在中标合同签订之后另行签订了实际履行的“黑合同”,实践中大多数都是此类情形;(2)在合同履行过程中,发包人利用自身的优势地位要求建筑商与其另行签订价格明显低于中标合同的“黑合同”;(3)在合同履行

过程中,建筑商利用自己的优势地位要求增加费用,即要求发包人与其签订价格明显高于中标合同的“黑合同”(此种情况比较少)。

二、“黑白合同”理论的发展历程

“黑白合同”这一建设工程领域特有的现象,是伴随着我国建筑行业引入招标投标程序而出现,最早源于民间约定俗成的习惯性叫法。“黑白合同”一词最早出现于正式文件是在2003年10月27日全国人大常委会副委员长李铁映向全国人大常委会第五次会议所作的《全国人大常委会执法检查组关于检查〈中华人民共和国建筑法〉实施情况的报告》中,该报告提出:“各地反映,建设单位与投标单位或招标代理机构串通,搞虚假招标,明标暗定,签订‘黑白合同’的问题相当突出。所谓‘黑白合同’,就是建设单位在工程招标投标过程中,除了公开签订的合同外,又私下与中标单位签订合同,强迫中标单位垫资带资承包、压低工程款等。‘黑合同’违反了《招标投标法》、《合同法》和《建筑法》的相关规定,极易造成建筑工程质量隐患,既损害施工方的利益,最终也损害建设方的利益。”

我国最早将“黑白合同”理论体现到部门规章中是1992年12月30日原建设部颁布的《工程建设施工招标投标管理办法》(已失效)第37条,该条规定:“中标通知书发出30天内,中标单位应与建设单位依据招标文件、投标书等签订工程承包合同。”该条款仅规定了中标单位与建设单位应根据招标投标文件签订合同,但并未作进一步细化和详细的规定,在实践中缺乏可操作性。之后,随着全国范围内建筑业的蓬勃发展,施工合同的表现形式日益复杂,原有规定已明显滞后于建筑业的发展,“黑白合同”现象更是层出不穷,各地渐渐开始把“黑白合同”问题规定在地方性法规、政策性文件中。例如,1996年12月30日颁布实施的《上海市建设工程承包管理办法》第27条规定:“实行招标发包的建设工程,其承包合同的主要条款内容应当与招标文件、投标标书和中标通知书的主要内容相一致。”1997年12月1日实施的《上海市建筑市场管理条例》第34条第3款规定:“实行招标发包的建设工程,其承包合同的主要条款内容应当与招标文件、投标标书和中标通知书的主要内容相一致。”

在各地对“黑白合同”问题探索的基础上,我国在法律层面上对“黑白合同”问题作出了明确规定,2000年1月1日开始施行的《招标投标法》第46条第1款明确规定:“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。”2005年1月1日开始实施的《建设工程司法解释一》第21条更是对“黑白合同”的结算问题作了明确规定：“当事人就同一建设工程另行订立的建设工程施工合同与经过备案的中标合同实质性内容不一致的，应当以备案的中标合同作为结算工程价款的根据。”

但是，《建设工程司法解释一》实施以后的实践效果并不理想，有相当一部分的法院对于如何适用该司法解释第21条存在争议。甚至到目前为止，有的法官还认为，因为“黑合同”是双方真实意思的表示，“白合同”不是双方真实意思的表示，所以“白合同”是无效的，应以“黑合同”为准来结算工程价款，这让《建设工程司法解释一》第21条的规定成为一纸空文。

最高人民法院为了解决上述问题，于2011年6月在杭州召开了全国民事审判工作会议，形成了《全国民事审判工作会议纪要（2011）》，对“黑白合同”问题再一次予以明确。同时，根据各地实践中出现的不同情况，结合《合同法》的相关规定，在《全国民事审判工作会议纪要（2011）》第23条第2款对“黑白合同”的结算原则进行了限制，即：建设工程开工后，因设计变更、建设工程规划指标调整、主要建筑材料价格异常变动等客观原因，发包人与承包人变更有关工程范围、建设工期、工程质量、工程造价等约定，不适用《招标投标法》第46条的规定。

总体而言，“黑白合同”理论的发展大致可以分为以下六个阶段：

（一）1999年10月1日之前，即《合同法》施行之前，“黑合同”一律被认定为无效

在这一阶段，国家对合同效力的认定比较严格，无效合同情形泛滥。此时认定合同无效的法律依据为《经济合同法》第7条第1款的规定：“下列经济合同为无效：一、违反法律和行政法规的合同；二、采取欺诈、胁迫等手段所签订的合同；三、代理人超越代理权限签订的合同或以被代理人的名义同自己或者同自己所代理的其他人签订的合同；四、违反国家利益或社会公共利益的经济合同。”

由此可以看出，《经济合同法》判定合同无效的标准过低，并且无效合同的情形太过宽泛，合同从订立到完成整个过程中若有一个环节有违法现象，整个合同行为就会被认定为无效。因此，这一时期的“黑合同”一律被认定无效。

（二）1999年10月1日至2000年1月1日期间，即《合同法》施行至《招标投标法》施行期间，这一时期属于空档期

1999年我国颁布实施了《合同法》，《合同法》的实施是对合同效力认定价值取

向的转折点。《合同法》对导致合同无效的情形规定得较为严格,第52条规定:“有下列情形之一的,合同无效:(一)一方以欺诈、胁迫的手段订立合同,损害国家利益;(二)恶意串通,损害国家、集体或者第三人利益;(三)以合法形式掩盖非法目的;(四)损害社会公共利益;(五)违反法律、行政法规的强制性规定。”

根据《合同法》的上述规定,除了前四项的情形导致合同无效外,只有在违反法律、行政法规效力性的强制性规定的情况下合同才会被认定为无效。但是,在《招标投标法》实施前,“黑合同”是否属于违背了法律法规效力性的强制性规定尚无定论,各地法院对于“黑合同”的效力认定以及“黑白合同”的结算问题处于一个相当混乱的状态。

(三)2000年10月1日至2005年1月1日期间,即《招标投标法》实施至《建设工程司法解释一》实施期间

在这一阶段,《招标投标法》明确要求承包合同的主要条款内容应当与招标文件、投标标书和中标通知书的主要内容相一致。但是对于实践中出现的“黑白合同”效力如何认定没有明确、可操作性的规定,各地法院有不同的倾向。所以该阶段是各地法院对于“黑白合同”理论的探索研究阶段,有以备案的“白合同”为准结算工程价款的案例,也有以实际履行的“黑合同”为准结算工程价款的案例。

(四)2005年1月1日至2011年期间,即《建设工程司法解释一》发布至《全国民事审判工作会议纪要(2011)》出台期间

《建设工程司法解释一》第21条是最高人民法院对“黑白合同”的结算问题通过司法解释进行明确和统一的规定,但是,实践中争议还是很大,有的法官仍以“黑合同”为准来结算,如浙江的法院,在《建设工程司法解释一》至《全国民事审判工作会议纪要(2011)》期间,都还是以“黑合同”为准来结算工程价款,而不是以“白合同”为准。直至《全国民事审判工作会议纪要(2011)》出台,此种情况才慢慢有所改善。

(五)2011年即《全国民事审判工作会议纪要(2011)》出台至《建设工程司法解释二》出台期间

《建设工程司法解释一》虽然确立了以备案的中标合同为准的结算原则,但是以下争议问题尚没有解决:(1)《招标投标法》第46条的规定是否属于效力性的强制性规定?(2)当事人未按照招标投标文件签订合同时如何处理?(3)虚假招标投标、中标无效、中标合同无效的情况下如何结算工程价款?(4)非强制招标项目经

过了招标投标程序的情况下,如何结算工程价款?

出现这种现象主要由以下两个原因造成:(1)司法解释的滞后性。最高人民法院自2002年3月起开始司法解释的起草工作,于2004年9月29日经最高人民法院审判委员会第1327次会议通过。在此期间,我国开始推行与国际接轨的清单报价,并于2003年7月1日起施行《建设工程工程量清单计价规范标准》(原建设部令第110号),各地在2004年以后陆续开始推行清单报价。从当时实践来看,大多数民营企业还不适应清单报价,仍然以定额作为计价原则和计价方法。在适用初期,工程量清单报价问题还不突出,但随着工程量清单报价制度的大力推行与实施,投标报价中的工程价款结算原则与中标合同中的工程价款结算原则不一致的情况屡见不鲜,但在司法解释的起草过程中尚未发现这个问题,故《建设工程司法解释一》中并没有对此加以规定。(2)建设工程诉讼的特殊性。一般而言,建设工程施工合同纠纷案件的诉讼周期比较长,工程周期一般都需要二年到五年的时间,工程完工后,即便发包人和建筑商产生争议,提起诉讼往往要在一年以后,所以建设工程施工合同纠纷案件的矛盾需要相当长一段时间才能反映到审判实践中。此外,实践中法官对“黑白合同”的效力问题有不同的理解,即使是在最高人民法院的司法解释出台以后,不少法官仍坚持自己的观点,加上实践中又出现了大量的疑难、复杂问题,使得“黑白合同”问题的处理更加棘手。

正是基于上述原因,在《建设工程司法解释一》出台以后,各地法院根据其对于《招标投标法》及该司法解释等的不同理解,并结合当地的实际情况陆续发布了审理建设工程施工合同纠纷的指导意见,但各地法院的指导意见就同一法律问题的认定也不尽相同,这就导致同案不同判的现象在实践中层出不穷。此外,我国法官的基础法律教育、培训中并没有涵盖《建筑法》《招标投标法》《招标投标法实施条例》等内容,且法官们对于招标投标实务的了解也是少之又少,这是很多法官无法理解“黑白合同”本意的缘由,也是导致各法官对“黑白合同”理解出现严重偏差的主要原因之一。

(六)《建设工程司法解释二》出台以后

《建设工程司法解释二》出台之后,对于《建设工程司法解释一》遗留的“黑白合同”的争议问题解决了一部分,但仍有部分争议问题未能妥善解决。目前,建设工程施工合同领域出现了一批主流观点:在中标有效、中标合同有效的情况下,以中标合同作为结算工程价款的依据;在多份合同无效的情况下,以实际履行的“黑合

同”作为结算工程价款的依据。《建设工程司法解释二》对此也持相同观点,但笔者持保留态度,后续将进行详细阐述。

三、“黑白合同”效力的认定

原先“黑白合同”只有一种情况,即不区分合同效力,合同有效或无效对工程结算没有影响,即以中标并已备案的合同来结算工程价款。现在有了新的变化:在中标有效且合同有效的前提下,根据《建设工程司法解释一》第21条和《建设工程司法解释二》第1条的规定结算工程价款,即以中标并已备案的合同来结算工程价款;在合同无效的前提下,按照《建设工程司法解释二》第11条来结算工程价款。

(一)强制招标项目中标有效、中标合同有效,工程价款的结算原则

《建设工程司法解释一》

第21条 当事人就同一建设工程另行订立的建设工程施工合同与经过备案的中标合同实质性内容不一致的,应当以备案的中标合同作为结算工程价款的根据。

《建设工程司法解释二》:

第1条 招标人和中标人另行签订的建设工程施工合同约定的工程范围、建设工期、工程质量、工程价款等实质性内容,与中标合同不一致,一方当事人请求按照中标合同确定权利义务的,人民法院应予支持。

招标人和中标人在中标合同之外就明显高于市场价格购买承建房产、无偿建设住房配套设施、让利、向建设单位捐赠财物等另行签订合同,变相降低工程价款,一方当事人以该合同背离中标合同实质性内容为由请求确认无效的,人民法院应予支持。

以上两条规定确立了以中标合同(即“白合同”)为结算工程价款依据的原则,但是司法实践中各地做法不一,这主要是因为《建设工程司法解释一》第21条和《建设工程司法解释二》第1条有严格的适用范围和前提条件。

《建设工程司法解释一》第21条和《建设工程司法解释二》第1条的法律依据是《招标投标法》第46条,即:“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。”

1.《建设工程司法解释一》第21条和《建设工程司法解释二》第1条的适用范围:一是必须招标的建设工程经过合法有效的招标投标的;二是不属于必须招标的建设工程经过合法有效的招标投标的。

所谓强制招标工程,是指根据法律或行政法规规定必须通过招标投标形式签署施工合同的建设工程。实践中争议较大的是强制招标的项目范围如何确定,各地法院对此认识并不统一。

强制招标的项目范围是一个动态的发展过程:

《招标投标法》

第三条第一款 在中华人民共和国境内进行下列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,必须进行招标:

- (一) 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;
- (二) 全部或者部分使用国有资金投资或者国家融资的项目;
- (三) 使用国际组织或者外国政府贷款、援助资金的项目。

至于如何界定上述规定中各种项目的范围,《招标投标法》第3条第2款也进行了规定:“前款所列项目的具体范围和规模标准,由国务院发展计划部门会同国务院有关部门制订,报国务院批准”,即《招标投标法》授权国务院发展计划部门会同国务院有关部门制定必须招标投标的具体范围和规模标准。

2000年5月1日开始施行的《工程建设项目招标范围和规模标准规定》对关系社会公共利益、公众安全的基础设施项目的范围,关系社会公共利益、公众安全的公用事业项目的范围,使用国有资金投资项目的范围,国家融资项目的范围,使用国际组织或者外国政府资金的项目范围进行了细化规定,强制招标项目的范围非常广,其中最突出的就是“商品住宅”项目被列入了强制招标项目的范围内。

但是,《工程建设项目招标范围和规模标准规定》第10条规定:“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”,该规定将必须进行招标的具体范围和规模标准的制定标准,又一次授权给了各省、自治区、直辖市的人民政府,这也是导致我国各地必须招标的范围和规模存在较大差异、做法也不尽相同的主要原因。

《四川省工程建设项目招标投标管理若干规定》第10条规定:“关系社会公共利益、公众安全的公用事业项目的范围包括:……(五)工业建筑、办公建筑、公共建筑、商品住宅(包括经济适用住房)”,将“工业建筑、办公建筑”增加列入了必须招标的项目范围;《北京市工程建设项目招标范围和规模标准规定》第4条规定:“关系社会公共利益、公众安全的公用事业项目的范围包括:……(五)住宅、酒店、公寓、

写字楼等项目”，将“酒店、公寓、写字楼项目”也列入了必须招标的项目范围；而《江苏省工程建设项目招标范围和规模标准规定》第4条规定：“关系社会公共利益、公众安全的公用事业项目的范围包括：……（三）新闻出版、广播电视项目；（四）经济适用房、职工集资房”，将“新闻出版、广播电视项目”列为必须招标的项目范围，但是将住宅进行了限缩性的归单顶，规定“经济适用房”和“职工集资房”属于必须招标的范围，将普通商品住宅从必须招标的项目范围中剔除。

单从《工程建设项目招标范围和规模标准规定》第10条而言，该条规定各省、自治区、直辖市的人民政府可以根据当地的实际情况制定本地区必须招标的范围和规模，但是不得缩小《工程建设项目招标范围和规模标准规定》的规定，北京市和四川省的规定均扩大了《工程建设项目招标范围和规模标准规定》规定的必须招标的项目范围，但是江苏省则是缩小了该规定的必须招标的项目范围，江苏省的该规定是明显违背《工程建设项目招标范围和规模标准规定》的，应属无效。

但是，根据《立法法》第12条的规定：“被授权机关应当严格按照授权决定行使被授予的权力。被授权机关不得将被授予的权力转授给其他机关。”《招标投标法》第3条将必须招标的项目范围和规模标准授权国务院发展计划部门会同国务院有关部门制订，国家发展计划委员会根据《招标投标法》的授权制定了必须招标的项目范围和规模标准之后，其无权再授权各省、自治区、直辖市政府来另行制定各地必须招标的项目范围和规模。因此，国家发展计划委员会的转授权行为无效，即《工程建设项目招标范围和规模标准规定》第10条的规定是不合法的，各地政府也无权就必须招标的项目范围和规模进行规定，其制定的规定均无效。

2014年7月1日《住房城乡建设部关于推进建筑业发展和改革的若干意见》（建市〔2014〕92号）第1条第5项规定：改革招标投标监管方式。调整非国有资金投资项目发包方式，试行非国有资金投资项目建设单位自主决定是否进行招标发包，是否进入有形市场开展工程交易活动，并由建设单位对选择的设计、施工等单位承担相应的责任。建设单位应当依法将工程发包给具有相应资质的承包单位，依法办理施工许可、质量安全监督等手续，确保工程建设实施活动规范有序。各地要重点加强国有资金投资项目招标投标监管，严格控制招标人设置明显高于招标项目实际需要和脱离市场实际的不合理条件，严禁以各种形式排斥或限制潜在投标人投标。要加快推进电子招标投标，进一步完善专家评标制度，加大社会监督力度，健全中标候选人公示制度，促进招标投标活动公开透明。鼓励有条件的地区探索开展标后评估。勘察、设计、监理等工程服务的招标，不得以费用作为唯一的中标

条件。

2017年2月24日《国务院办公厅关于促进建筑业持续健康发展的意见》(国办发[2017]19号)第2条第2项规定:完善招标投标制度。加快修订《工程建设项目招标范围和规模标准规定》,缩小并严格界定必须进行招标的工程建设项目范围,放宽有关规模标准,防止工程建设项目实行招标“一刀切”。在民间投资的房屋建筑工程中,探索由建设单位自主决定发包方式。将依法必须招标的工程建设项目纳入统一的公共资源交易平台,遵循公平、公正、公开和诚信的原则,规范招标投标行为。进一步简化招标投标程序,尽快实现招标投标交易全过程电子化,推行网上异地评标。对依法通过竞争性谈判或单一来源方式确定供应商的政府采购工程建设项目,符合相应条件的应当颁发施工许可证。

从上述两份文件的颁布就可以看出,关于民营投资的建设项目是否列入强制招标范围这一问题的风向已经慢慢开始转变,即政府开始鼓励和倡导由发包人自行决定民营投资项目的发包形式,而非“一刀切”列入强制招标范围。

2018年6月1日,国家发展和改革委员会颁布施行的《必须招标的工程项目规定》(“发改委16号令”),废止了《工程建设项目招标范围和规模标准规定》,对于强制招标项目的范围进行了调整,主要如下:

第二条 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:

(一)使用预算资金200万元人民币以上,并且该资金占投资额10%以上的项目;

(二)使用国有企业事业单位资金,并且该资金占控股或者主导地位的项目。

第三条 使用国际组织或者外国政府贷款、援助资金的项目包括:

(一)使用世界银行、亚洲开发银行等国际组织贷款、援助资金的项目;

(二)使用外国政府及其机构贷款、援助资金的项目。

第四条 不属于本规定第二条、第三条规定情形的大型基础设施、公用事业等关系社会公共利益、公众安全的项目,必须招标的具体范围由国务院发展改革部门会同国务院有关部门按照确有必要、严格限定的原则制订,报国务院批准。

第五条 本规定第二条至第四条规定范围内的项目,其勘察、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,必须招标:

(一)施工单项合同估算价在400万元人民币以上;

(二)重要设备、材料等货物的采购,单项合同估算价在200万元人民币以上;

(三)勘察、设计、监理等服务的采购,单项合同估算价在100万元人民币以上。

同一项目中可以合并进行的勘察、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,合同估算价合计达到前款规定标准的,必须招标。

2018年6月6日国家发展和改革委员会施行的《必须招标的基础设施和公用事业项目范围规定》对必须招标的“大型基础设施、公用事业等关系社会公共利益、公共安全的项目”进行了规定:

第二条 不属于《必须招标的工程项目规定》第二条、第三条规定情形的大型基础设施、公用事业等关系社会公共利益、公共安全的项目,必须招标的具体范围包括:

(一)煤炭、石油、天然气、电力、新能源等能源基础设施项目;

(二)铁路、公路、管道、水运,以及公共航空和A1级通用机场等交通运输基础设施项目;

(三)电信枢纽、通信信息网络等通信基础设施项目;

(四)防洪、灌溉、排涝、引(供)水等水利基础设施项目;

(五)城市轨道交通等城建项目。

目前最大的变化就是民营投资的科技、教育、文化、体育、旅游、卫生、社会福利、商品住宅项目均不再属于强制招标的范围。

2.《建设工程司法解释一》第21条和《建设工程司法解释二》第1条适用的前提条件之一:招标投标有效,包括公开招标和邀请招标

(1)哪些项目必须进行公开招标?

《房屋建筑和市政基础设施工程施工招标投标管理办法》

第九条第二款 依法必须进行施工招标的工程,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,应当公开招标,但经国家计委或者省、自治区、直辖市人民政府依法批准可以进行邀请招标的重点建设项目除外;其他工程可以实行邀请招标。

《招标投标法》

第十一条 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。

《招标投标法实施条例》

第八条 国有资金占控股或者主导地位的依法必须进行招标的项目,应当公开招标;但有下列情形之一的,可以邀请招标:

(一)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;

(二)采用公开招标方式的费用占项目合同金额的比例过大。

有前款第二项所列情形,属于本条例第七条规定的项目,由项目审批、核准部门在审批、核准项目时作出认定;其他项目由招标人申请有关行政监督部门作出认定。

《工程建设项目施工招标投标办法》

第十一条 依法必须进行公开招标的项目,有下列情形之一的,可以邀请招标:

(一)项目技术复杂或有特殊要求,或者受自然地域环境限制,只有少量潜在投标人可供选择;

(二)涉及国家安全、国家秘密或者抢险救灾,适宜招标但不宜公开招标;

(三)采用公开招标方式的费用占项目合同金额的比例过大。

有前款第二项所列情形,属于本办法第十条规定的项目,由项目审批、核准部门在审批、核准项目时作出认定;其他项目由招标人申请有关行政监督部门作出认定。

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并需要审批的工程建设项目邀请招标,应当经项目审批部门批准,但项目审批部门只审批立项的,由有关行政监督部门批准。

根据《招标投标法》《招标投标法实施条例》《工程建设项目施工招标投标办法》的上述规定,国家重点项目,省、自治区、直辖市的地方重点项目,国有资金占控股或主导地位的依法必须招标的项目,一般情况下均应进行公开招标,上述规定的特殊情形除外。

如何认定国有资金占控股或主导地位?从《公司法》的角度来说,控股包括绝对控股和相对控股。绝对控股是指持有某一公司50%以上(不含本数)股权的股东;相对控股,则是指一个公司股东较多,股权也相对分散,其中某一股东持有的股权虽不足50%,但高于其他所有股东分别持有的股权,且其持有的表决权足以影响股东会决议,该股东对于该公司而言就是相对控股。同样地,国有资金占控股或主导地位,也包括绝对控股地位和相对控股地位。

(2)公开招标与邀请招标的法律效力问题,以及应当公开招标的项目实际进行了邀请招标的法律后果

《招标投标法》第10条规定:“招标分为公开招标和邀请招标。”公开招标和邀

请招标同属法定的招标形式,是法律允许的两种不同的招标形式,因此,当事人就相关项目组织招标投标,只要未违反法律法规的相关规定,不论采取的是公开招标还是邀请招标,其法律效力是一样的。

那么,应当公开招标的项目实际进行了邀请招标并签订的合同效力如何认定?

《招标投标法实施条例》

第六十四条 招标人有下列情形之一的,由有关行政监督部门责令改正,可以处10万元以下的罚款:

(一)依法应当公开招标而采用邀请招标;

……

招标人有前款第一项、第三项、第四项所列行为之一的,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。

第八十条 国家工作人员利用职务便利,以直接或者间接、明示或者暗示等任何方式非法干涉招标投标活动,有下列情形之一的,依法给予记过或者记大过处分;情节严重的,依法给予降级或者撤职处分;情节特别严重的,依法给予开除处分;构成犯罪的,依法追究刑事责任:

(一)要求对依法必须进行招标的项目不招标,或者要求对依法应当公开招标的项目不公开招标;

……

《工程建设项目施工招标投标办法》

第七十三条第二款、第三款 招标人有下列情形之一的,由有关行政监督部门责令改正,可以处10万元以下的罚款:

(一)依法应当公开招标而采用邀请招标;

……

招标人有前款第一项、第三项、第四项所列行为之一的,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。

从《招标投标法》的规定可以看出,公开招标与邀请招标最大的区别在于:公开招标是针对不特定的主体,且主要是为了防止国有资产的流失,而邀请招标是针对招标人发出投标邀请函的特定主体。国家、地方重点项目以及国有资金占控股或主导地位的依法必须招标的项目,法律规定其应当采取公开招标的形式,其立法本意是为了确保这些项目在选择中标人时范围更广,更能够选择出“最优标”,以及为了防止“暗箱操作”的违法事件的发生,确保国家、地方重点项目以及国有资金占控