



学习目标

1. 了解建筑工程发包与承包的概念；
2. 了解建设工程招标投标的概念及招标投标的程序；
3. 熟悉招标方式、招标投标的范围和开标方式；
4. 掌握建筑工程发包承包的主要规定；
5. 掌握中标的法定条件。



引导案例^①

甲电讯公司因建办公楼与乙建筑承包公司签订了工程总承包合同。其后,经甲同意,乙分别与丙建筑设计院和丁建筑工程公司签订了工程勘察设计合同和工程施工合同,勘察设计合同约定,由丙对甲的办公楼及其附属工程提供设计服务,并按勘察设计合同的约定交付有关的设计文件和资料。施工合同约定:由丁根据丙提供的设计图纸进行施工,工程竣工时依据国家有关验收规定及设计图纸进行质量验收。

合同签订后,丙按时将设计文件和有关资料交付给丁,丁依据设计图纸进行施工。工程竣工后,甲会同有关质量监督部门对工程进行验收,发现工程存在严重质量问题,是由于设计不符合规范所致。

原来丙未对现场进行仔细勘察即自行进行设计,导致设计不合理,给甲带来了重大损失。丙以与甲没有合同关系为由拒绝承担责任,乙又以自己不是设计人为由推卸责任,甲遂以丙为被告向法院起诉。法院受理后,追加乙为共同被告,判决乙与丙对工程建设质量问题承担连带责任。

^① 案例来源:《建设法规教程》中华人民共和国建设部人事教育司和政策法规司组织编写,中国建筑工业出版社 2002 年版,第 125~126 页。

案例解析

本案中,甲是发包人,乙是总承包人,丙和丁是分包人,《建筑法》第29条规定:“建筑工程总承包单位可以将承包工程中的部分工程发包给具有相应资质条件的分包单位;但是除总承包合同中约定的分包外,必须经建设单位认可。施工总承包的,建筑工程主体结构的施工必须由总承包单位自行完成。建筑工程总承包单位按照总承包合同的约定对建设单位负责;分包单位按照分包合同的约定对总承包单位负责。总承包单位和分包单位就分包工程对建设单位承担连带责任。禁止总承包单位将工程分包给不具备相应资质条件的单位。禁止分包单位将其承包的工程再分包。”对工程质量问题,乙作为总承包人应承担责任,而丙和丁也应该依法分别向发包人甲承担责任。总承包人以不是自己勘察设计和建筑安装的理由企图不对发包人承担责任,以及分包人以与发包人没有合同关系为由不向发包人承担责任的理由不成立。

另外,《建筑法》第28条规定:“禁止承包单位将其承包的全部建筑工程转包给他人,禁止承包单位将其承包的全部建筑工程肢解以后以分包的名义分别转包给他人。”

本案中乙作为总承包人不自行施工,而将工程全部转包他人,虽经发包人同意,但违反法律禁止性规定,其与丙和丁所签订的两个分包合同均是无效合同。建设行政主管部门应依照《建筑法》和《建设工程质量管理条例》的有关规定,对其进行行政处罚。

END

第一节 概 述

一、建设工程发包与承包概述

(一) 建设工程发包与承包的概念

建设活动的发包与承包是建设工程承包发包商业活动的不可分割的两个重要方面。

建筑工程的发包,是指建设工程的发包方(建设单位或总承包单位)将建筑工程任务(勘察、设计、施工等)的全部或部分通过招标或其他方式,交付给具有从事建筑活动的法定从业资格的单位完成,并按照约定支付报酬的行为。

建筑工程的承包(也即建筑工程发包的对称),是指具有从事建筑活动的法定从业资格的单位,通过投标等方式,承揽建筑工程任务,并按约定取得报酬的行为。



小贴士

建筑工程的发包单位通常为建筑工程的建设单位,即投资建设该项建筑工程的单

位。另外,建筑工程实行总承包的,总承包单位经建设单位同意,在法律规定的范围内对部分工程项目进行分包的,工程的总承包单位即为分包工程的发包单位。

建筑工程的承包单位(包括对建筑工程实行总承包的单位和承包分包工程的单位),即承揽建筑工程的勘察、设计、施工等业务的单位。

END

(二) 建设工程的发包与承包方式

根据《中华人民共和国建筑法》的有关规定,我国建设工程的发包方式有直接发包和招标发包两种。建设工程的发包应以招标发包为基本方式。

建筑工程直接发包,是指发包方与承包方直接进行协商,以约定工程建设的价格、工期和其他条件的一种交易方式。根据《中华人民共和国招标投标法》(以下简称《招标投标法》)及其相关规定,可以不进行招投标而直接发包的项目如下:

1. 涉及国家安全、国家机密、抢险救灾或者属于利用扶贫资金实行以工代赈、需要使用农民工等特殊情况;
2. 项目总投资额不足 3 000 万元;
3. 施工单项合同估算价不足 200 万元;
4. 重要设备材料等货物采购单项合同估算价不足 100 万元;
5. 施工企业自建自用且在该施工企业资质等级允许业务范围内的工程;
6. 在建工程追加的附属小型工程或主体加层工程,原中标人仍具备承包能力的;
7. 工程项目的施工主要技术要采用特定的专利或专有技术;
8. 建设项目的勘察、设计要采用特定专利或专有技术或其建筑艺术造型有特殊要求;
9. 勘察设计监理等单项合同估算价不足 50 万元。

建筑工程招投标,是指发包方事先标明拟建工程的内容和要求,由意向承包方递交标书,明确其承包工程的价格、工期、质量等条件,再由发包方择优选择某一承包方的交易方式。这是在市场经济条件下常用的一种建设工程项目交易方式。

(三) 建设工程的分包

1. 建设工程分包的概念

建设工程的分包,是指对建筑工程实行总承包的单位,将其总承包工程项目的某一部分或某几部分再发包给其他的承包单位,与其再签订分包合同的行为。此时,总承包合同的承包人即为分包合同下的发包人。

2. 建设工程分包的范围

对一些大中型建筑工程和结构复杂的建筑工程来说,实行总承包与分包相结合的方

式,允许承包方在国家规定的前提下,将自己的总承包工程项目中的部分劳务工程分包给其他承包商,从而起到扬长避短、发挥各自优势、提高工作效率、降低工程造价、保证工程质量等目的。但是,在工程实行分包的过程中,必须严格按照国家的有关规定,不等出现项目转包的情况。

国家对项目分包的限制条件包括:

- (1) 分包工程的承担方必须具有国家承认的相关资质条件;
- (2) 分包的工程必须是总承包合同约定的可以分包的工程,没有约定的必须经建设单位同意;
- (3) 建设工程的主体结构必须由总承包方自行完成,不得分包。

3. 建设工程分包的法律责任

根据《中华人民共和国建筑法》的相关规定,建筑工程总承包单位按照总承包合同的约定对建设单位负责;分包单位按照分包合同的约定对总承包单位负责;总承包单位和分包单位就分包工程对建设单位承担连带责任。



案例 3-1

昆仑饭店因扩建经营场地,筹备在饭店旁建设一座6层写字楼,地下1层是停车场,6楼顶层作空中花园。经过严格考核,昆仑饭店最终确定由华夏市政工程公司承包该工程。华夏市政工程公司征得昆仑饭店同意,将整个工程设计分包给闽发建筑设计院并签订了《建设工程设计合同》,同时,未经昆仑饭店同意,擅自将整个工程施工任务转包给大诚建筑公司。

整个工程竣工验收合格交付使用后1个月,楼顶空中花园对顶层造成严重损害,不断有水渗漏到6层房间内,6层租住客户不断向昆仑饭店提出租金和损失赔偿。

针对上述情况,昆仑饭店要求华夏市政工程公司进行维修,但始终未能从根本上解决问题。后经当地建设工程质量监督部门检测,导致工程渗水的主要原因是工程设计存在严重质量缺陷;另外,施工单位在工程施工中偷工减料也是重要原因之一。面对上述情况,昆仑饭店依法将华夏市政工程公司起诉到法院。

试分析本案中应由谁赔偿昆仑饭店的损失?

案例解析

依据我国现行建筑工程法律法规,建筑工程总承包单位可以将承包工程中的部分工程发包给具有相应资质条件的分包单位,但是,除总承包合同另有约定外,必须经建设单位认可。建筑工程主体结构的施工必须由总承包单位自行完成。建筑工程总承包单位按照约定对建设单位负责;分包单位按照分包合同的约定对总承包单位负责;总承包单

位和分包单位就分包工程对建设单位承担连带责任。建筑工程法律法规禁止承包单位将其承包的全部建筑工程转包给他人。

在本案中,由闽发建筑设计院设计质量导致的责任,华夏市政工程公司作为总承包人要承担首要责任,闽发建筑设计院承担相应的连带责任;针对偷工减料造成的损失,本身华夏市政工程公司的这种转包行为即为违法行为,因此同样要承担首要责任,而大诚建筑公司承担相应的连带责任。

END

二、建设工程招标投标概述

(一)《招标投标法》的产生及发展

《中华人民共和国招标投标法》(以下简称《招标投标法》)由中华人民共和国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》的立法目的在于规范招标投标活动,保护国家利益、社会利益和招标投标活动当事人的合法权益,提高企业经济效益,保证项目质量。

《招标投标法》公布之后,我国陆续颁布了一系列规范招标投标活动的部门规章:

2000年5月1日,国家发展计划委员会发布了《工程建设项目招标范围和规模标准规定》。

2001年7月5日,国家发展计划委员会、国家经济贸易委员会、建设部、铁道部、水利部、中国民用航空总局联合发布的《评标委员会和评标办法暂行规定》开始施行。

2003年5月1日,国家发展计划委员会、建设部、铁道部、交通部、信息产业部、水利部、中国民用航空总局联合发布的《工程建设项目施工招标投标办法》开始施行。

2003年8月1日,国家发展和改革委员会、建设部、铁道部、交通部、信息产业部、水利部、中国民用航空总局联合发布的《工程建设项目勘察设计招标投标办法》开始施行。

2004年10月23日,《机电产品国际招标投标实施办法》开始施行。

2005年3月1日,由国家发展和改革委员会、建设部、铁道部、交通部、信息产业部、水利部、中国民用航空总局联合发布的《工程建设项目货物招标投标办法》开始施行。

2011年11月30日,国务院通过了《中华人民共和国招标投标法实施条例》,该条例自2012年2月1日起开始施行。

（二）招标投标活动的基本原则

《招标投标法》对招标投标活动规定了 4 项基本原则：公开、公平、公正以及诚实信用。

1. 公开原则

公开原则，就是要求招标投标活动具有较高的透明度，实行招标信息公开、招标程序公开、中标结果公开等。首先，要求招标信息公开。根据规定，依法必须进行招标项目的招标公告，应当通过国家制定的报刊、信息网络或者其他媒介发布；其次，要求招标投标过程公开。按照规定，开标时招标人应当邀请所有投标人参加，收到的所有投标文件在开标时都应当当众予以拆封、宣读；最后，要求中标结果公开。中标人确定后，招标人应当在向中标人发出中标通知书的同时，将中标结果通知所有未中标的投标人。

2. 公平原则

公平原则，就是要给予所有投标人以平等竞争的权利，履行同等的义务，招标人不得以任何理由排斥或歧视投标人。

3. 公正原则

公正原则，就是要求投标人在招标投标活动中应当按照统一的标准衡量每一位投标者，评标过程要客观公正，严格按照招标文件规定的标准和规则执行。

4. 诚实信用原则

诚实信用原则，就是要求招标投标活动的当事人应当诚实、信用，要求当事人不得通过自己的活动损害第三人和社会的利益。

（三）招标投标活动的适用范围和规模

1. 工程建设项目必须招标的范围

根据《招标投标法》的相关规定，在中华人民共和国境内进行下列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、材料等采购时，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。

2. 工程建设项目必须招标的规模标准

《工程建设项目招标范围和规模标准规定》规定的上述各类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，达到下列标准之一的，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)规定的标准,但项目总投资额在 3 000 万元人民币以上的。

(四) 招标投标的程序

根据《招标投标法》的规定,一个完整的招标投标活动,必须包括招标、投标、开标、评标、中标和签约 6 个阶段。

1. 招标

招标是指招标人按照国家有关规定履行项目审批手续、落实资金来源后,依法发布招标公告或投标邀请书,编制并发售招标文件等具体环节。投标人资格、评标标准和方法、合同主要条款等各项实质性条件和要求都需要在招标环节予以确定,因此招标阶段对于整个招标投标过程是否科学、合法具有基础性的作用。

2. 投标

投标是指投标人根据招标文件的要求,编制并提交投标文件的活动。投标情况确定了竞争格局,是决定投标人能否中标、招标人能否取得预期效果的关键。

3. 开标

开标是指招标人按照招标文件确定的时间和地点邀请所有投标人到场,公开宣布所有投标人的名称、投标报价以及投标文件等重要内容的活动。该项活动的重点在于公开。

4. 评标

评标是指招标人组建合规的评标委员会,根据招标文件的规定和要求对招标文件进行审查和评判,最终确定中标候选人的活动。评标的过程是否合法、规范、公平、公正对于招标结果具有决定性作用。

5. 中标

中标也称为定标,是指招标人从评标委员会推荐的中标候选人中确定中标人,并向中标人发出中标通知书,并同时 will 中标结果通知所有未中标的投标人的活动。中标既是竞争结果的确定环节,也是发生异议、投诉、举报的环节。

6. 签约

签约是指中标通知书发出后,招标人和中标人按照招标文件和投标文件的规定在一定的时间内订立书面合同的活动。

第二节 建设工程招标

一、建设工程项目招标的条件

工程项目的招标必须满足相应的法律规定才能够进行。根据《招标投标法》的总体规定,项目招标必须满足以下两个条件:1.按照国家规定需要履行项目审批手续的招标项目,应当先履行审批手续,取得批准。2.招标人应当有进行招标项目的相应资金或者资金来源已经落实,并应当在招标文件中如实反映。



小贴士

《招标投标法》中对建设工程项目招标必须具备的条件做了以下规定:

- (1) 招标人已经依法成立;
- (2) 初步设计及概算应当履行审批手续的,已经批准;
- (3) 招标范围、招标方式和招标组织形式等应当履行核准手续的,已经核准;
- (4) 有相应的资金或资金来源已经落实;
- (5) 有招标所需的设计图纸及技术资料。

END

二、建设工程项目招标的方式和组织形式

(一) 招标的方式

1. 根据《招标投标法》的相关规定,招标分为公开招标和邀请招标两种形式

(1) 公开招标

公开招标(又称无限竞争性招标),是指由招标人按照法定程序,在公开出版物上发布招标公告,所有符合条件的供应商或承包商都可以平等参加投标竞争,从中择优选择中标者的招标方式。采取公开招标方式,可以为所有符合投标条件的潜在投标人提供一个平等参与和充分竞争的机会,这样有利于投标人选择最优的中标人。

《招标投标法实施条例》明确规定,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。

(2) 邀请招标

邀请招标(又称有限竞争性招标),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。《招标投标法》规定,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的能力、资信良好的特定法人或者其他组织发出投标邀请书。

根据《工程建设项目施工招标投标办法》第 11 条的规定,国务院发展计划部门确定的国家重点建设项目和各省、自治区、直辖市人民政府确定的地方重点建设项目,以及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工程建设项目,应当公开招标;有下列情形之一的,经批准可以进行邀请招标:

- ① 项目技术复杂或有特殊要求,只有少量几家潜在投标人可供选择的;
- ② 受自然地域环境限制的;
- ③ 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的;
- ④ 拟公开招标的费用与项目的价值相比,不值得的;
- ⑤ 法律、法规规定不宜公开招标的。

邀请招标虽然也能够邀请到有经验和资信可靠的投资者投资,保证履行合同,但是由于限制了竞争范围,可能会失去技术上和报价上有竞争力的投标者。

2. 总承包招标和两阶段招标

根据《招标投标法实施条例》的相关规定,招标人可以依法对工程以及与工程建设有关的货物、服务全部或者部分实行总承包招标。

对技术复杂或者无法精确拟定技术规格的项目,招标人可以分两阶段进行招标。第一阶段,投标人按照招标公告或者投标邀请书的要求提交不带报价的技术建议,招标人根据投标人提交的技术建议确定技术标准和 requirement,编制招标文件。第二阶段,招标人向在第一阶段提交技术建议的投标人提供招标文件,投标人按照招标文件的要求提交包括最终技术方案和投标报价的投标文件。

(二) 招标组织形式

招标组织形式包括自行招标和代理招标两种。

1. 自行招标

根据《招标投标法》第 12 条的有关规定:“招标人具有编制招标文件和组织评标能力的,可以自行办理招标事宜。任何单位和个人不得强制其委托招标代理机构办理招标事宜。”



延伸阅读

《工程建设项目自行招标试行办法》进一步规定了招标人自行招标需要具备的条件:

- (1) 具有项目法人资格;
- (2) 具有与招标项目规模和复杂程度相适应的工程技术、概预算、财务和工程管理等
方面专业技术力量;
- (3) 有从事同类工程建设项目招标的经验;

- (4) 设有专门的招标机构或者拥有 3 名以上专职招标业务人员；
- (5) 熟悉和掌握《招标投标法》及其有关法律法规。

END

2. 代理招标

代理招标是指招标人不具备自行招标能力,或者虽然具有自行招标能力但不愿意自行招标时,委托具有相应资格条件的专业招标代理机构进行招标的活动。《招标投标法》规定:招标代理机构是依法设立、从事招标代理业务并提供相关服务的社会中介组织。招标代理机构与行政机关和其他国家机关不得存在隶属关系或者其他利益关系。

根据《工程建设项目招标代理机构资格认定办法》第 8 条规定,申请工程招标代理机构应当具备以下条件:

- (1) 是依法设立的中介组织,具有独立法人资格;
- (2) 与行政机关和其他国家机关没有行政隶属关系或者其他利益关系;
- (3) 有固定的营业场所和开展招标代理业务所需设施及办公条件;
- (4) 有健全的组织机构和内部管理制度;
- (5) 具有编制招标文件和组织评标的相应专业力量;
- (6) 具有可以作为评标委员会成员人选的技术、经济等方面的专家库;
- (7) 法律、行政法规规定的其他条件。

根据《工程建设项目招标代理机构资格认定办法》的规定,工程招标代理机构资格分为甲级、乙级和暂定级,并规定了相应级别招标代理机构承担工程招标代理业务的工程投资额限额。

三、建设工程项目招标的程序

建设工程招标程序应当包括:招标人办理项目审批手续,发布招标公告或投标邀请书,资格审查、编制并发售招标文件,组织现场考察和召开标前会议。

(一) 招标人项目审批

《招标投标法》规定,招标项目按照国家有关规定需要履行项目审批手续的,首先应该履行审批手续,取得批准。《招标投标实施条例》进一步规定,按照国家有关规定需要履行项目审批、核准手续的必须进行招标的项目,其招标范围、招标方式、招标组织形式应当经核准部门审批。招标人应当有进行招标项目的相关资金或者资金来源已经落实,并应当在招标文件中如实载明。

(二) 发布招标公告或投标邀请书

根据《招标投标法》的相关规定,招标人采用公开招标方式的,应当发布招标公告。招标公告应当载明招标人的名称和地址、招标项目的性质、数量、实施地点和时间以及获