国家发改委关于必须招标项目最新通知的八大国惑

为进一步做好《必须招标的工程项 行性研究)、项目可行性研究报告、项 管理、BIM 等工程管理咨询服务应当采 目规定》(国家发展改革委2018年第16 号令,以下简称"16号令")和《必须 招标的基础设施和公用事业项目范围规 定》(发改法规规〔2018〕843号,以下 简称"843号文")实施工作,国家发 改委办公厅印发了"为了关于进一步做 好《必须招标的工程项目规定》和《必 须招标的基础设施和公用事业项目范围 规定》实施工作的通知"(下简称《通 知》)(发改办法规〔2020〕770号), 要求各地方应当严格执行16号令和843 号文规定的范围和规模标准,不得另行 制定必须进行招标的范围和规模标准, 也不得作出与16号令、843号文和本通知 相抵触的规定,持续深化招标投标领域 "放管服"改革,努力营造良好市场环境。

该《通知》解决了16号令和843号 文规定的范围和规模标准中一些模糊的 边界问题, 但是同时仍有一些问题有待 解决。

困惑一:使用预算资金采购规划、 造价、投资咨询、招标代理、项目管 理、BIM等工程管理咨询服务应当采取 什么方式? 审计部门如何监督?

《通知》指出"依法必须招标的工 程建设项目范围和规模标准,应当严格 执行《招标投标法》第三条和16号令、 843号文规定; 法律、行政法规或者国 务院对必须进行招标的其他项目范围有 规定的,依照其规定。没有法律、行政 法规或者国务院规定依据的,对16号令 第五条第一款第(三)项中没有明确列 举规定的服务事项、843号文第二条中 没有明确列举规定的项目,不得强制要 求招标"

而《通知》中仅把勘察、设计、监 理三项服务的采购纳入必须招标的范 围,除此之外的咨询服务,不管金额多 少,都不进行强制招标,且也没有像本 《通知》"规范规模标准以下工程建设项 目的采购"中明确指出按照政府采购法 律法规规定执行。

按照《通知》坚持的严格文意解释 的规则,使用预算资金采购规划、造 价、投资咨询、招标代理、项目管理、 BIM 等工程管理咨询服务的,不管金额 多少,既不适用《招标投标法》,也不 适用《政府采购法》, 而是由招标人自

根据发改委9号令《工程咨询行业 管理办法》第八条规定"工程咨询服务 范围包括:

(一) 规划咨询: 含总体规划、专 项规划、区域规划及行业规划的编制;

(二)项目咨询:含项目投资机会

目申请报告、资金申请报告的编制,政 府和社会资本合作(PPP)项目咨询等;

CONSTRUCTION TIMES

(三)评估咨询:各级政府及有关 部门委托的对规划、项目建议书、可行 性研究报告、项目申请报告、资金申请 报告、PPP项目实施方案、初步设计的 评估,规划和项目中期评价、后评价, 项目概预决算审查,及其他履行投资管 理职能所需的专业技术服务;

(四)全过程工程咨询:采用多种 服务方式组合, 为项目决策、实施和运 营持续提供局部或整体解决方案以及管 理服务。有关工程设计、工程造价、工 程监理等资格,由国务院有关主管部门 认定"

为什么招标人采购勘察、设计、监 理以外的工程咨询服务没有纳入必须招 标的范围?如果实行资质管理的咨询服 务在必须招标的范围,那么造价服务为 什么没有纳入?

如果说《招标投标法》的立法目的 "为了规范招标投标活动,保护国家 利益、社会公共利益和招标投标活动当 事人的合法权益,提高经济效益,保证 项目质量",那么使用预算资金采购采 购投资咨询、招标代理、勘察、设计、 监理、造价、项目管理等任何咨询服务 都应纳入必须招标的范围。

参照《政府采购法》,使用财政性 资金采购依法制定的集中采购目录以内 的或者采购限额标准以上的任何服务都 应纳人《政府采购法》的范围,难道只 需要提高采购勘察、设计、监理服务的 经济效益,不需要提高采购勘察、设 计、监理服以外咨询服务的经济效益? 同样是资金,"金钱面前人人平等"。

此外,招标人采购勘察、设计、监 理以外的工程咨询服务应当采取什么方 式?如何提高这部门预算资金效率、降 低成本、预防腐败? 审计部门又该如何

最后,《通知》指出"对于16号令 第二条至第四条规定范围内的项目,发 取什么方式? 审计部门如何监督?

如果说使用预算资金采购规划、造 价、投资咨询、招标代理、项目管理、 BIM等工程管理咨询服务还有可能通过 适用《政府采购法》解决,那么使用国 有企业资金采购规划、造价、投资咨 询、招标代理、项目管理、BIM等工程 管理咨询服务应当采取什么方式? 因为 使用国有企业资金采购服务不属于《政 府采购法的调整范围。

国有企业采购勘察、设计、监理, 应遵守《招标投标法》,通知针对"规 范规模标准以下工程建设项目的采购' "国有企业可以结合实际,建立健 全规模标准以下工程建设项目采购制 度,推进采购活动公开透明",但国有 企业采购规划、造价、投资咨询、招标 代理、项目管理、BIM等工程管理咨询 服务怎么办? 审计部门如何监督?

困惑三:使用预算资金采购全过程 工程咨询服务应当采取什么方式? 审计 部门如何监督?

国家发展改革委、住房城乡建设部 关于推进全过程工程咨询服务发展的指 导意见(发改投资规〔2019〕515号) 指出"形成投资咨询、招标代理、勘 察、设计、监理、造价、项目管理等专 业化的咨询服务业态""大力开发和利 用建筑信息模型 (BIM)、大数据、物 联网等现代信息技术和资源,努力提高 信息化管理与应用水平, 为开展全过程 工程咨询业务提供保障。

如果使用预算资金采购"勘察+设 计+监理+投资咨询+招标代理+造价+项 目管理"的全过程工程咨询服务应当采 取什么方式?审计部门如何监督?

的规模标准。"但是没有明确全过程工 程咨询招标的规模标准。采购勘察、设 计、监理属于必须招标的范围, 而采购 投资咨询、招标代理、造价、项目管理 又不属于必须招标的范围,那么同一个 工程项目的全过程工程咨询如何招标?

如果说使用预算资金采购投资咨 询、招标代理、造价、项目管理还可能 适用《政府采购法》,一个全过程工程 咨询项目又该如何拆分适用《招标投标 法》和《政府采购法》?这还能体现全 过程工程咨询的价值? 又该如何操作?

使用预算资金采购"投资咨询+招 代理+造价+项目管理"的全过程工程 咨询服务可能适用《政府采购法》,但 并不符合《通知》的精神,因为《通 知》只是要求"规范规模标准以下工程 建设项目的采购"中明确指出按照政府 采购法律法规规定执行, 而没有规定范 围以外的工程按照政府采购法律法规规

困惑四:使用国有企业资金采购全 过程工程咨询服务应当采取什么方式? 审计部门如何监督?

不考虑投资效益情况下, 如果说使 用预算资金采购投资咨询、招标代理 造价、项目管理, 在理论上还可能拆分 《招标投标法》和《政府采购 法》,尽管不具有操作性,那么使用国 有企业事业单位资金采购"勘察设计+ 监理+监理以外的工程管理"的全过程 工程咨询服务应当采取什么方式? 只有 采购勘察+设计+监理的服务采用《招标 投标法》,而采购投资咨询、招标代 理、造价、项目管理还不能适用《政府 采购法》, 那么, 使用国有企业单位资

建筑法苑

《办法》明确了"关于总承包招标 金采购全过程工程咨询服务就无法进 行,审计部门如何监督呢?

> 如果使用国有企业资金只采购"投 资咨询+招标代理+造价+项目管理"的 全过程工程咨询服务, 也是没有法律依 据,审计部门同样无法监督。

困惑五:采取PPP模式选择社会资 本方应当采取什么方式?

PPP的本质在于公共部门不再是购 **一项工程或者货物,而是按照约定的** 产出标准购买一整套服务。虽然采购 PPP 项目的社会资本方的过程,属于采 购服务内容,而本《通知》仅把采购、 勘察、设计、监理纳入必须招标范围, 按照《通知》要求范围以外的服务"不 得强制要求招标",那就意味着采取PPP 模式选择社会资本方不适用《招标投标 法》,而国家发展改革委2019年6月21 日印发的《关于依法依规加强PPP项目 投资和建设管理的通知》(发改投资规 [2019] 1098号) 提出"公开招标应作 为遴选社会资本的主要方式。不得排 限制民间资本参与PPP项目,消除 隐性壁垒,确保一视同仁、公平竞争。 招标文件的主要内容应与经批准的 PPP 项目实施方案保持一致"。

这两者有冲突吗? 采取PPP模式选 择社会资本方是要统一适用《政府采购 法》吗?

困惑六: 政府投资项目选择代建单 位应采取什么方式?

《国务院关于投资体制改革的决 定》(国发〔2004〕20号)提出对非经 营性政府投资项目加快推行"代建 制",即通过招标等方式,选择专业化 的项目管理单位负责建设实施,严格控 制项目投资、质量和工期,竣工验收后 移交给使用单位。《中共中央、国务院 关于深化投融资体制改革的意见》 (2016年7月5日)提出进一步完善政府 投资项目代理建设制度,鼓励有条件的 政府投资项目通过市场化方式进行运营

虽然通过市场化方式选择代建单位 属于采购工程管理服务,虽然《国务院 关于投资体制改革的决定》(国发 [2004] 20号) 要求"通过招标方式", 但是采购代理建设服务并不属于本《通 知》规定必须招标的范围,按照《通 知》要求范围以外的服务"不得强制要 求招标",那么政府投资项目选择代建 单位应采取什么方式?

困惑七: 限额以下的工程建设项 目,招标人可以自主选择招标方式吗?

《通知》提出"规范规模标准以下 工程建设项目的采购。16号令第二条至 第四条及843号文第二条规定范围的项

目,其施工、货物、服务采购的单项合 同估算价未达到16号令第五条规定规模 标准的,该单项采购由采购人依法自主 选择采购方式,任何单位和个人不得违 法干涉; 其中, 涉及政府采购的, 按照 政府采购法律法规规定执行。国有企业 可以结合实际,建立健全规模标准以下 工程建设项目采购制度,推进采购活动

在实践中,不少招标人为了规避廉 政风险,常常滥用选择招标方式的自主 权,完全忽视招标成本,不管多大的项 目都一味追求采用公开招标方式发包, 造成了固有资金的严重浪费。

国家之所以制定必须招标的规模标 是因为招标采购是有较高成本的,规 模标准以下项目采取招标方式,经济上 是不合算的,是没有效率的,也就是浪费 了国有资金,因此规模标准以下采取招 标方式违反了违反了招标投标法的本 意,不但不应允许,还应当进行问责。

《招标投标法》的核心功能是为了 提高国有资金投资效益,而预防腐败是 第二位的,现在不少招标人颠倒主次, 把预防腐败作为第一位,把提高国有资 金投资效益放在第二位。借招标投标之 名,造成了国有资金更大的浪费。

腐败是违法行为,而浪费国有资金 也同样是违法行为。招标投标的主要任 务是反浪费, 而反腐败是其他法的主要

那么,限额以下的工程建设项目如 果涉及政府采购,招标人可以自主选择 招标方式吗? 限额以下的工程建设项目如果不涉

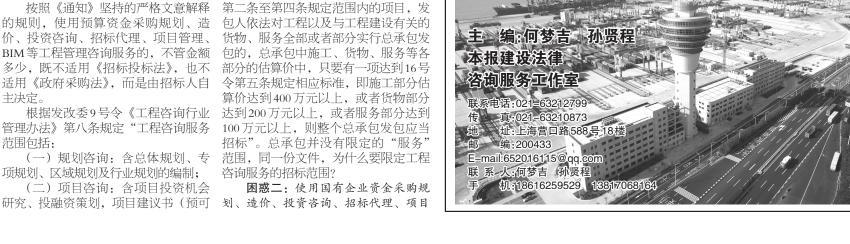
及政府采购,招标人可以自主选择招标 困惑八: 限额以下的工程建设项目

涉及政府采购的,按照政府采购法律法 规规定执行,是否会造混乱?

针对限额以上及限额以下采购的政 府采购工程监管部门不统一是否会带来 的监管漏洞? 即达到规定限额标准采用 招标方式进行采购的政府采购工程监管 职责由各有关行政主管部门负责, 限额 以下的非招标方式进行采购的政府采购 工程监督管理职责由各级人民政府财政 部门负责。

两套监管体制,可能就会导致实践 中出现政府采购工程达到了必须招标的 规模标准应依法必须进行招标的项目采 用"以大化小"或者以其他方式规避招 标,进而躲避有关行政主管部门进行监 管的现象。监管部门不统一,也可能会 存在无人监管的空间。

作者单位:上海市建纬(郑州)律师



单位如何利用变更索赔解决项

一般情况下,工程项目具有工期 从而造成工期违约。 长、金额高、体量大的特点。在项目实 其中最常见也是施工单位最关注的风险 即为项目工期违约风险、项目亏损风险 在出现争议时,又无法拿出充足的证 和项目现金流不足风险。与此同时,在 据证明延误的工期责任在于建设单 项目实施过程中,会因为各种原因项目 位,由此只能自己承担延误的工期。 会出现一系列变更索赔事项,如建设单 建设单位原因导致的工期延误包括: 的付款比例,就会造成项目现金流不 位改变质量标准、修改设计方案出现的 (1) 建设单位提供的开工条件与约定不 足 变更;建设单位延期开工、延期提交图 符;(2)建设单位提供图纸时间滞后; 纸导致的索赔;施工过程中原材料价格 (3)建设单位指定分包、甲供材造成的 上涨导致的索赔等等。变更索赔的出 工期延误;(4)建设单位设计变更造成 现,对于施工单位来说,是解决项目风 险的契机,施工单位应充分利用变更索 赔来解决项目项目风险。本文,笔者浅 要分析施工单位如何利用变更索赔解决

项目风险。

项目常见风险 1. 工期违约风险

项目工期作为项目管理核心,一般 由建设单位在招标时或者合同中直接确 定,施工单位对于工期在合同签订时几 乎没有"议价权",只能接受建设单位 设定的工期。项目工期一般关系到建设 单位的交房时间、预售时间、营业时间 位严格按照工期节点施工并按期竣 等。 工, 若不能按时完成则需要承担较重 的违约责任,有的项目工期违约责任 高达每天数百万元。在工程项目中, 施工单位工期违约的原因一般可以分 为以下几类:

一是合同中工期本身不合理。虽然 《建设工程质量管理条例》(中华人民共 "建设工程发包单位不得迫使承包方以 本)》(GF-2017-0201)通用条款第 扭亏点,从而导致项目亏损。 7.9.1 也明确: "任何情况下,发包人不 期, 当施工单位签订合同时工期就极为 而亏损。 紧张,很难在合同约定的工期内完工,

工期索赔或者协议的方式顺延工期, 的原因主要为以下几点: 工期延长等等。

三是施工单位自身原因造成工期延 误包括:(1)自身实力不足,无法按时 按照合同约定和要求提供满足项目进度 建设的人力、物力、财力;(2)项目管 理松散,对工期不够重视,导致工期违 约; (3) 对项目条件不熟悉或者前期项 目勘查不足导致工期违约;(4)项目亏 损导致,施工单位无力垫资,导致项目 建设进度缓慢等等。

四是其他原因,包括(1)恶劣自 然气候;(2)不可抗力;(3)第三方如 政府部门管理、村民阻挠等原因;(4) 等,因此建设单位一般会要求施工单 意外事件,如火灾或者重大安全事故

2. 项目亏损风险

企业的核心目的在于盈利,施工单 位也不例外, 施工单位承接项目的目的 即在于提升公司营业收入和获取利润。 但因各种原因,项目在施工结束后可能 处于亏损。项目亏损原因一般可以:

一是项目本身投标报价时为了能够 和国国务院令第714号)第十条规定: 承接项目,采用低于项目成本价的报价 方式,即项目在承接时就处于亏损状 低于成本的价格竞标,不得任意压缩合 态,企图在施工过程中通过变更索赔扭 理工期。"《建设工程施工合同(示范文 转项目亏损,但项目实施后,未能找到

二是项目在施工过程中,因各种原 得压缩合理工期。"但是在实践中,对因,如工期延长、自身管理不善、材料 于合理工期并无明确的认定标准。因 价格上涨等原因导致项目成本增加,而 此,建设单位往往利用其招投标及合同 施工单位因为自身原因或者合同约定不 划施工,在出现现场施工进度与施工进 签订时的优势地位,设定不合理的工利,导致由自身承担了增加的成本,从

3. 现金流不足风险

一是项目亏损。在项目亏损的前提 若施工单位无法压低对下游分包分供商

垫资施工。施工项目在合同签订时,建 时报送需要延长的工期,以免因设计变 设单位处于绝对优势地位,往往要求施 工单位垫资施工或者接受极低的过程付 款比例,而在施工过程中,材料采购、 农民工工资支付都需要及时支付,从而 导致现金流不足。

三是施工单位项目过程确权不足, 很多建设单位应该支付的费用未能确 权,导致项目现金流不足,其中较为常 见的即变更索赔费用施工单位迟迟无法 与建设单位达成一致,该部分费用建设 单位在过程中未予支付, 从而导致现金 流不足。

如何利用变更索赔解决风险 1.注重工期索赔

施工单位应充分意识到, 在项目施 工期与项目成本挂钩, 工期延长会极大 增加项目成本,包括但不限于管理费用 增加、机械材料租赁费用增加、因工期 延长导致的材料价格上涨等等一系列费 用,因此,施工单位在项目实施中,要 注重工期索赔, 牢牢抓住中期这条主 线,做好工期索赔不仅可以避免项目工 期违约风险, 还可以通过工期向建设单 位索赔费用,从而为项目扭转亏损或者 扩大盈利。注重工期索赔要做好以下几

编制和工期策划,在开工前与业主就项 目各个工期节点达成一致, 在施工过程 中,严格按照经业主批准的施工进度计 度计划不符时,及时寻找原因,并修正 进度计划。

现金流作为企业的血液,若施工单 的工期延长事项时及时做好工期索赔, 的约定,施工单位在建设单位逾期支付 由;承包人未在前述28天内发出索赔意 二是工期延误本是因建设单位原因 位存在大量现金流不足的项目,对于施 并取得建设单位和监理的认可。施工项 安全文明施工费、因建设单位违约在施 向通知书的,丧失要求追加付款和 施过程中,施工单位会面临各种风险,造成,但施工单位在过程中无法通过工单位来说是致命的,项目现金流不足目一般工期长、过程资料繁多,若施工 单位在过程中未能及时固定证据, 就工 期延长与业主达成一致, 在后期出现争 下,即使建设单位按照合同约定付款, 议时往往无法拿出证据还原当时情形, 进度与实际进度不符时或者项目亏损

从而导致对自身不利。 在测算变更费用时要同时测算变更工 二是项目合同约定付款比例低或者 期,在向建设单位和监理报送费用时同 更导致工期延长未能及时报送, 最终导 致自身承担工期责任。

2.注重合同约定

施工合同作为施工单位履约的依 据,对项目盈利、项目履约具有举足轻 重的作用。但很多施工单位不重视合同 约定,习惯于按照过往项目经验办事, 从而造成自身损失。若施工单位想通过 变更索赔解决项目风险, 要充分利用合 同约定,主要为以下几点:

下列内容: ……(5)根据第19条〔索 19.2条约定:"承包人接受索赔处理结 付。"根据该示范文本可以看出,变更 索赔价款应当与过程进度款同期支付, 根本没有意识到变更索赔价款应该与进 一是要注重开工前的施工进度计划 注重合同中关于变更索赔价款支付的约 定,若变更索赔价款应与进度款一同支 付,那么可以缓解项目现金流,降低或

者解决项目现金流风险。 施工合同中一般约定施工单位在一定情 形下可以停工,比如根据建设工程施工 二是在出现因非施工单位原因导致 合同(示范文本)(GF-2017-0201) 向通知书,并说明发生索赔事件的事

形下施工单位可以停工。施工单位注重 合同中关于停工权利的约定可以在项目 时,寻找合理理由停工,利用建设单位 三是注意在出现设计变更事项时, 急于项目进度和竣工的心理获得与建设 单位谈判的机会,通过与建设单位谈判 设单位的地位一直处于变化状态,在某 解决项目工期、现金流、亏损问题。

三是合同中关于解约权利的约定。 施工单位要善于利用合同中关于解除合 同的约定,在一定情况下通过要求解除 合同从而与建设单位谈判, 要求建设单 位解决项目前期问题。比较常见的为项 目因为材料价格上涨而导致项目亏损, 时施工单位则可以寻找合同相关约定, 看是否有解约的权利。一般来说, 当项 目建设到后期时,建设单位一般不愿意 更换施工单位, 更换施工单位会支付更 一是合同中关于变更索赔价款支付 高的成本,从而同意与施工单位进行谈 的约定。《建设工程施工合同(示范文 判,答应施工单位要求。根据建设工程 为各种原因停工,包括因施工单位原 本)》(GF-2017-0201)通用条款第 施工合同(示范文本)(GF-2017- 因、建设单位原因和第三方原因造成的 10.4.2条第二款约定:"因变更引起的价 0201) 第16.1.3条约定:"除专用合同条 停工。一般来说,建设单位都极为关注 格调整应计入最近一期的进度款中支 款另有约定外,承包人按第16.1.1项 项目工期,项目停工后,建设单位会迫 工过程中,应牢牢抓住工期这条主线,付。"第12.4.2条约定:"除专用合同条 〔发包人违约的情形〕约定暂停施工满 切希望项目复工并赶上预期进度,因 款另有约定外,进度付款申请单应包括 28天后,发包人仍不纠正其违约行为并 致使合同目的不能实现的,或出现第 住建设单位急于推进项目进展的心理, 赔〕应增加和扣减的索赔金额。"第 16.1.1项〔发包人违约的情形〕第(7) 与建设单位进行谈判,从而解决项目风 目约定的违约情况,承包人有权解除合 险。 果的,索赔款项在当期进度款中进行支 同,发包人应承担由此增加的费用,并 支付承包人合理的利润。'

四是合同中关于索赔时限的约定。 度款一起支付,而是等到项目结算时,设单位提出索赔,则丧失索赔的权利, 件发生后28天内, 向监理人递交索赔意 的, 解决项目风险。

工单位通知后一定期限内仍不纠正等情(或)延长工期的权利"。因此,施工单 位应当注重合同中关于索赔时限的约 定,按照合同约定及时提出索赔,避免

逾期失权的情形出现。 3. 掌握索赔时机

在项目施工过程中,施工单位和建 些节点,建设单位对项目有需求或者需 要施工单位配合,此时施工单位提出索 赔建设单位更有可能答应, 因此, 施工 单位要充分抓住这些节点,从而通过索 赔解决自身风险。一般来说,以下节点 对施工单位较为重要:一是项目开工节 点; 二是项目预售节点; 三是项目结构 若项目继续施工则会导致亏损变大,此 封顶;四是项目竣工验收;五是项目竣 工备案; 六是项目交付; 七是春节; 八 是业主领导层变更或者业主实际控制人 变更; 九是施工监理变更等。

4. 充分利用停工

在项目施工过程中,项目很可能因 此,施工单位应充分利用项目停工,抓

5. 适时解除合同

很多施工单位错误地认为, 当项目 合同一旦签订,就必须全部履行而不能 但是笔者在实践中发现,很多施工单位 现在越来越多的施工合同会约定若施工 解除合同,即使项目亏损也需要继续履 单位在出现索赔事项一定时限内未向建行合同。笔者认为,施工单位应纠正这 一观点,对于一些现金流差、项目亏损 一起与结算款支付。因此,施工单位应 即常说的索赔逾期失权条款。根据建设 严重的项目,要学会适时解除合同或者 工程施工合同(示范文本)(GF- 将解除合同作为一种与建设单位谈判的 2017—0201) 第 19.1条"承包人的索 手段,通过以解除合同为要求与建设单 赔"约定:"根据合同约定,承包人认 位谈判。一般来说,更换施工单位对于 为有权得到追加付款和(或)延长工期 建设单位成本较高,建设单位很可能通 二是合同中关于停工权利的约定。 的,应按以下程序向发包人提出索赔: 过同意施工单位部分诉求让施工单位放 (1) 承包人应在知道或应当知道索赔事 弃解除合同,以此即可达到施工单位目

(作者单位: 国浩律师事务所)