

政府采购法(修订草案征求意见稿)工程项目相关条文新旧变化对比

□魏志强 杨柳

2020年12月4日,为贯彻落实《深化政府采购制度改革方案》有关要求,完善政府采购法律制度,财政部研究起草了《中华人民共和国政府采购法(修订草案征求意见稿)》(以下简称:征求意见稿)并向社会公开征求意见。此次《征求意见稿》相较现行的2014年修正版,内容共分为十章,由88条增至146条,除总则和附则外,分章对政府采购参加人、政府采购政策、政府采购需求管理、政府采购方式与程序、政府采购合同、争议处理、监督检查、法律责任作了规定。本文将特别针对工程项目相关的修订,以表格的形式直观展现条文对比,并对修订部分作出简要解读。其中,《征求意见稿》粗体加下划线的文字部分是有区别的修订。

《中华人民共和国政府采购法(2014修正)》	《中华人民共和国政府采购法(2020)修订草案征求意见稿》
<p>第二条 在中华人民共和国境内进行的政府采购适用本法。本法所称政府采购,是指各级国家机关、事业单位和团体组织,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货物、工程和服务的行为。政府采购实行集中采购和分散采购相结合。集中采购目录由国务院确定并公布,限额标准由国务院规定。本法所称采购,是指以合同方式有偿取得货物、工程和服务的行为,包括购买、租赁、委托、承包、经营等方式。本法所称货物,是指各种形态和种类的物品,包括原材料、燃料、设备、产品等。本法所称工程,是指建设工程,包括建筑物和构筑物的新建、改建、扩建、修缮、装饰等。本法所称服务,是指除货物和工程以外的其他政府采购对象。</p>	<p>第二条 【适用范围和定义】在中华人民共和国境内进行的政府采购适用本法。本法所称政府采购,是指各级国家机关、事业单位、团体组织和非营利组织使用财政性资金,以合同方式有偿取得货物、工程和服务的行为,包括购买、租赁、委托、承包、经营等方式。本法所称货物,是指各种形态和种类的物品,包括原材料、燃料、设备、产品等。本法所称工程,是指建设工程,包括建筑物和构筑物的新建、改建、扩建、修缮、装饰等。本法所称服务,是指除货物和工程以外的其他政府采购对象。</p>

征求意见稿第二条删除了现行法中第二条“有偿”、“雇佣”,吸收了最新的实践经验,为政府与社会资本合作及国有企业使用公共资源进行公益性采购提供法律依据,解决长期法律适用的分歧。此次《征求意见稿》明显扩大政府采购法的主体并拓展了包括工程采购在内的适用范围,为未来加入《政府采购协议》(GPA)铺垫。

第七条	第六条
<p>政府集中采购目录和分散采购相结合。集中采购目录由国务院以上人民政府公布的集中采购目录确定。属于中央预算的政府采购项目,其集中采购目录由国务院确定并公布;属于地方预算的政府采购项目,其集中采购目录由省、自治区、直辖市人民政府或者其授权的机构确定并公布。</p>	<p>第六条 【政府采购模式及集中采购范围的确定】政府采购实行集中采购和分散采购相结合。集中采购目录由国务院以上人民政府公布的集中采购目录确定。属于中央预算的政府采购项目,其集中采购目录由国务院确定并公布;属于地方预算的政府采购项目,其集中采购目录由省、自治区、直辖市人民政府或者其授权的机构确定并公布。</p>

征求意见稿取消之前由省级以上人民政府确定公布集中采购目录,改由国务院统一制定集中采购目录,同时政府购买实行限额标准管理制度,限额标准为国务院确定公布,不再区分中央预算与地方预算。政府采购标准将从各地不一变成全国统一标准,这与工程项目的强制招标范围和规模标准统一由国务院批准的集中管理模式相契合,跨省竞争将更加公平公正

正、公开透明。

第二十一条	第十八条
<p>供应商是向采购人提供货物、工程或者服务的法人、其他组织或者自然人。</p>	<p>第十八条 【供应商】供应商是指参加政府采购活动的、有意愿向采购人提供货物、工程或者服务的法人、非法人组织或者自然人。</p>

潜在的供应商亦为供应商,工程项目供应商的解释将被扩大。其实,从细微的文字修订到章节大幅修改,此次《征求意见稿》的修订明显感受到供应商资格条件得到简化,而政府采购主体地位、适用范围、政策功能、需求管理、采购方式和程序、合同制度、法律责任等方面得到极大的完善与发展,具体而实际的条文使得政府采购的操作性、适用性、指导性显著加强。

第十七条	第二十三条
<p>集中采购机构进行政府采购活动,应当符合采购价格低于市场平均价格、采购效率更高、采购质量优良和服务良好的要求。</p>	<p>第二十三条 【集中采购机构的工作要求】集中采购机构进行政府采购活动,应当符合采购价格低于市场平均价格,采购效率高,采购质量优良和服务良好的要求。</p>

征求意见稿增加了批量集中采购的方式,除非有特殊要求,工程项目也可适用,遵循讲求绩效原则,大大提高采购效益。

第四十条
<p>第四十条 【内部控制管理】采购人应当建立健全货物、工程和服务采购的内部控制制度,加强采购计划审核,提高内部控制管理水平。</p>

内部控制管理属于第四章“政府采购需求管理”(全新增加章节,共9条),是政府采购的核心所在,贯穿始终,此次明确并细化了对采购人内部需求管理的法律依据,着重加强政府采购需求管理。而对于政府发包的工程项目,承包方的成本控制、施工进度、工程质量、管理水平等各方面要求显著提高,或导致施工行业迎来新一轮洗牌。

第二十七条	第四十四条
<p>采购人采购货物或者服务应当采用公开招标方式的,其具体数额标准,属于中央预算的政府采购项目,由国务院规定;属于地方预算的政府采购项目,由省、自治区、直辖市人民政府规定;因特殊情况需要采用公开招标以外的采购方式的,应当在采购活动开始前获得设区的市、自治州以上人民政府采购监督管理部门的批准。</p>	<p>第四十四条 【竞争性谈判和询价】竞争性谈判、询价采购是指采购人采用下列方式进行采购: (一)竞争性谈判,是指采购人邀请符合下列条件的供应商参加谈判,采购人当场确定成交供应商; (二)询价采购,是指采购人向符合下列条件的供应商发出询价单,采购人当场确定成交供应商。</p>

从竞争的角度将采购分为公开竞争和有限竞争,征求意见稿规定了三类有限竞争并明确了受基础设施限制,只能从有限

范围的供应商处采购的工程项目,是可以采用有限竞争的三种适用情形之一。

第二十二条	第七十五条
<p>采购的货物规格、标准统一、现货货源充足且价格变化幅度小的政府采购项目,可以依照本法采用询价方式采购。</p>	<p>第七十五条 【询价的适用情形】符合下列情形之一的,可以采用询价方式采购: (一)采购需求明确; (二)采购标的为规格、标准统一的货物、工程和服务; (三)采购的货物、工程和服务。</p>

征求意见稿规定了简单的工程可以采用询价的方式采购,同样遵循讲求绩效的原则,提高了采购效益。

第三十一条	第八十一条
<p>符合下列情形之一的货物或者服务,可以依照本法采用单一来源方式采购: (一)只能从唯一供应商处采购的; (二)发生了不可预见的紧急情况不能从其他供应商处采购的; (三)必须保证原有采购项目一致性或者服务配套的要求,需要继续从原供应商处采购,且添购资金总额不超过原合同采购金额百分之十的。</p>	<p>第八十一条 【单一来源的适用情形】符合下列情形之一的,可以采用单一来源方式采购: (一)只能从唯一供应商处采购的; (二)发生了不可预见的紧急情况不能从其他供应商处采购的; (三)需要委托特定领域具有领先地位的机构或者自行开展服务; (四)采购标的技术复杂或者具有特殊性,只能从有限范围的供应商处采购; (五)必须保证原有采购项目一致性或者服务配套的要求,需要继续从原供应商处采购,且添购资金总额不超过原合同采购金额百分之十的。</p>

征求意见稿规定了影响施工或者功能配套要求需要向原供应商采购的工程,可以适用单一来源采购,但在采购活动开展前获得同级政府采购监督管理部门的批准。单一来源的适用情形的规定使得在供应商较少的情况下,如供应商少于3家,政府采购仍然可以顺利进行。

征求意见稿鼓励根据合同的标的和绩效目的采用多样化的合同定价方式,除了工程项目常见的按照固定总价或者固定单价签订合同,付款与合同履行进度挂钩及成本补偿之外,创新性提出了“绩效激励”定价,按照质量、满意度或者资金节约率等支付合同价款。同时规定了政府与社会资本合作合同的具体内容。

征求意见稿增加履约验收的专门章节,明确工程项目应当由采购人委托国家认可的质量检测机构检验,是工程项目的验收工作必不可少的环节,修正了过去只重程序、而轻责任的做,对严格政府采购合同履约管理意义重大。作者单位:北京市中伦律师事务所

第九十四条	第九十五条
<p>【合同定价方式】政府采购合同根据合同的标的和绩效目标,可以采取以下合同定价方式: (一)固定价格。对于采购成本可以准确估算的情形,合同当事人可以直接约定总价或者固定单价签订合同,付款与合同履行进度挂钩; (二)成本补偿。对于履约过程中因存在不确定性而无法准确估算采购成本的情形,合同当事人可以按固定成本加上供应履约过程中产生的可列入成本确定合同价格,但不得超过合同规定的最高限价; (三)绩效激励。对于技术创新、节约资源和提前交付能够更好地实现经济社会效益的情形,合同当事人可以按合同价格的一定比例与供应商履约行为挂钩,依据供应履约的货物、工程和服务质量、满意度或者资金节约率等支付合同价款。</p>	<p>第九十五条 【政府和社会资本合作合同】政府和社会资本合作合同应当由政府授权的项目实施机构与社会资本方或其设立的项目公司签订。合同的主要内容包括合作范围与服务内容、当事人双方的承诺与保证、交付与考核标准、绩效指标、对价与支付、补贴、运营及维护标准、政府提供支持以及便利、公共利益与普惠服务义务、防止垄断的限制、信息披露机制、临时接管、直接介入、终止及补偿等。</p>

第九十一条 【分类验收】采购人应当对供应商履约的验收,通用的货物和服务由采购人组建本单位验收人员自行验收。工程项目、大型或者复杂的货物和服务项目,应当邀请国家认可的质量检测机构参加验收工作。验收人员应当在验收书上签字,并承担相应的法律责任。

主 编:何梦吉
 本报建设法律
 咨询服务工作室
 联系电话:021-63212799
 传 真:021-63210873
 地 址:上海营口路588号18楼
 邮 编:200433
 E-mail:652016115@qq.com
 联系人:何梦吉
 手 机:18616259529

建筑法苑

新版《建设工程项目总承包合同(示范文本)》中影响发承包双方权利义务的重要变化(下)

□韩如波 郑冠红

(上接2020年12月31日第三版)
 11.参照FIDIC合同条件引入了“工程师”角色,并完善工程师参与项目实施过程中商定确定程序。新版合同[第3条 发承包人的管理]很大程度上参照了FIDIC黄皮书合同条件第3条“雇主的”管理”。不同FIDIC合同条件下发承包人对工程管理的存在差异,FIDIC黄皮书中,雇主的管理体系为雇主任命的工程师的管理,而在FIDIC银皮书合同条件中,因承包人承担着交付符合雇主主要性能标准的最终成果,雇主的管理主要通过“雇主代表”来实现,且雇主不过多的介入日常工作管理。考虑到国内工程管理中建设单位对工程质量管理的首要责任、项目负责人的终身责任制,以及法律规定的监理制度,因此新版合同在2011版合同[第2条 发承包]中“监理人”条款基础上,借鉴了FIDIC银皮书和黄皮书中[第3条 雇主的]管理思路,并在当下建筑业改革推进全过程咨询的制度下,形成了目前新版合同中的[第3条 发承包的管理]。在具体的管理方式上,体现为“发承包代表”“发承包人员”和“工程师”的管理。其中最值得一提的是,新版合同中并未沿用2011版合同示范文本中的“监理人”角色,而是通过[3.3工程师]“根据国家相关法律法规规定,如本合同工程属于强制监理项目的,由工程师履行法定的监理相关职责”的约定,将“工程师”与监理制度相关联,这是国家推行咨询行业整合升级发展全过程工程咨询理念的重要体现,也是与住建部施工合同示范文本、九部委标准设计施工招标文件中合同文本相比的重大突破。

新版合同明确工程师是发承包任命授权的独立专业的第三方,根据自己的专业技能和判断进行工作,并按照合同约定进行商定、确定、发承包双方超出合同约定的期限未对争议达成一致,工程师按照合同约定审慎做出公正的确定,并将确定结果通知合同当事人,除非发承包一方在28天内对工程师的确定有异议并作出异议通知的,工程师的确定应被视为对合同双方具有约束力。这一商定确定的工作机制,有利于专业第三方参与并化解发承包双方的履约争议,提高了发承包双方争议解决的效率,降低了争议解决成本。

但是实施层面,因目前强制监理制度继续存在,主管机关监督管理角度“监理人”仍占据重要席位,且新版合同同时约定“根据国家相关法律法规规定,如本合同工程属于强制监理项目的,由工程师履行法定的监理相关职责

责,但发承包人另行授权第三方进行监理的除外”,如果发承包同时委托了监理单位的情况下,发承包代表、工程师、监理人之间的职责权限如何划分将会非常复杂,当前的“工程师”是否能够适应本土化需求,还有待市场进一步验证。

12.完善设计文件的审查机制,约定发承包人的审查期限及逾期审查视为认可的结果,同时如果发承包人或第三方的审查意见构成变更的,应适用变更的程序。工程总承包项目实施过程中,发承包人对设计图纸等重要文件进行审查确认,以免承包商交付成果与发承包人要求存在较大偏差。2011版合同在[5.3设计阶段审查]中对设计审查会议的召开、设计文件的提交、发承包人的审查义务做了相关约定,但实际实施过程中存在承包商报送的设计文件与发承包人要求在偏差,或者发承包一方拖延审查承包商文件从而影响工程按约实施的情形。新版合同在[5.2承包商文件审查]中完善了承包商在报送文件时应设计文件与合同约定有偏离的内容进行说明,发承包人对承包商文件审查期不超过21天,如果合同约定的审查期满,发承包人没有做出审查结论也没有提出异议的,视为承包商文件已获发承包人同意。同时该条款进一步明确如果发承包人的意见构成变更的,或者政府有关部门或第三方审查单位的审查意见,需要修改《发承包要求》的,承包商可以按变更程序处理。这样进一步规范了承包商设计文件的审查,防止发承包及审查部门随意借审查承包商设计文件之机提出超出招标文件、发承包要求、合同约定等要求,而迫使承包商接受且不予变更处理的情形。

13.基于工程总承包模式特征统筹项目整体工期安排,不再分别约定设计期限、施工工期和相应的进度计划,强调发承包人均不得任意压缩工期。工程总承包项目包含设计、采购、施工三项主要工作内容,从工期管理角度,2011版合同示范文本协议书第三章“主要工期”分别约定了设计工期、施工工期、工程竣工日期,并在[第4条 进度计划、延误和暂停]中,分别约定了设计进度计划、采购进度计划、施工进度计划的编制和审查工作,但对业主而言,工程总承包模式的一大优势是通过设计施工融合提高建设效率、按期交付工程成果,发承包一方负有在合同约定的期限内统筹协调完成设计、采购、施工全部工作内容的责任义务,且在国家和各地政策鼓励工程总承包项目阶段

出图阶段办理施工许可手续的情况下,设计、采购、施工工作相互融合交叉并行,割裂的约定项目的设计、采购、施工并不利于总体工期的管理和建设效率提高。因此新版合同协议书第二章“合同工期”仅区分了开工日期和开始现场施工日期,在[第8条 工期和进度]中,要求承包商报送包括设计、承包人文件提交、采购、制造、检验、运达现场、施工、安装、试验的各个阶段的预期时间以及设计和施工组织方案说明的项目整体进度计划,不再过于强调设计、采购、施工某一单项进度。同时基于《房屋建筑和市政基础设施项目工程总承包管理办法》对于禁止发承包人在任意压缩合理工期的规定,新版合同在[第2条发承包]2.1条 遵守法律]中明确发承包不得以任何理由,要求承包商在工程实施过程中违反法律、行政法规以及建设工程质量、安全、环保标准,任意压缩合理工期或者降低工程质量。

14.不再直接约定工程变更的情形和范围,而通过发承包人行使变更权、接受承包人的合理化建议发出变更指示等程序要件,界定是否构成变更,对发承包双方的现场管理能力提出更高的要求。如上文提到的合同价格调整条款,总价形式下,变更与合同价格的调整通常构成影响合同总价的两个重要因素,2011版合同[13.2变更范围]中列举了设计变更范围、采购变更范围、施工变更范围,但这样的规定实践中即因变更范围过大导致发承包难以实现控制总价的目的,又存在变更无法准确界定导致双方履约过程中发生争议,也与工程总承包采用总价形式的初衷有偏差,因此2011版合同在实际适用时,通常会在专用条款中约定排除专用条款对于变更范围的约定,另行在专用条款中约定发承包人行使变更权、接受承包人的合理化建议发出变更指示,承包商提出合理化建议的,应当经过发承包人审查批准并由工程师发出变更指示。也即在新版合同下,不再列举和强调变更的情形和范围,更看重变更的程序要件,也提示发承包双方在适用新合同履约时,更应当重视书面变更指令的发出,承包商应有针对性的加强并提升适应新版合同要求的变更管理能力,项目上配置专岗负责变更和索赔工作,结合合同约定及发承包要求、履约过程中发承包人的指令等,及时确认变更程

序,对于发承包人不确认构成变更的,应及时收集资料和证据,转为索赔程序处理。

15.进度款支付中,要求人工费单独申请并按月支付,为农民工足额按时获得工资提供保障。2020年5月1日起施行的《保障农民工工资支付条例》规定:“农民工有按时足额获得工资的权利”,“人工费用拨付周期不得超过1个月”,对此,新版合同[14.3.1工程进度付款申请]从约定角度完善了发承包双方之间对于人工费的支付周期、申请和审批流程等,将行政法规的规定转化为发承包双方的约定,当事人可在专用条款中进一步细化约定并明确承担违约责任,这对于解决困扰建筑业多年的拖欠农民工工资问题,将起到积极、有效的作用。同时,承包商也应积极结合新版合同的此项约定,相应在外包合同中进行规范,有效解决农民工工资拖欠问题,积极保护农民工利益。

16.理顺了竣工验收相关条款的顺序,细化竣工试验、竣工验收条件、程序和退场要求。国家合同示范文本的条款通常沿着工程建设生命周期时间线进行排序,在工程进入到完工和竣工阶段,一般按照“竣工试验—竣工验收—工程接收—竣工后试验”执行,在竣工验收合格之日起开始起算缺陷责任期和工程质量保修期,2011版合同中的条款顺序为[“第8条 竣工试验”]-[第9条 工程接收]-[第10条 竣工后试验]-[第11条 质量保修责任]-[第12条 竣工验收]”,在一定程度上打乱了工程建设验收阶段的次序,容易引起市场主体的误解,新版合同理顺了竣工验收阶段的条款顺序,并增加了[10.5 竣工退场的约定,要求承包商按约撤离人员、设备、剩余材料、遗留物品,进行地表还原并承担相应费用,保障发承包人接收使用工程的权利。这里要特别提醒的是新版合同通过竣工验收和退场环节的约定更加强了建筑活动对生态环境保护,这也与十九大报告提出的“坚持人与自然和谐共生。必须树立和践行绿水青山就是金山银山的理念,坚持节约资源和保护环境的基本国策”和《民法典》“避免浪费资源、污染环境和破坏生态”的基本原则相符合。

17.明确承包商有权采用质量保证金的形式提供质保金且不得同时要求提供履约担保和质保金,厘清了工程保修责任和缺陷责任,细化了缺陷责任期内的缺陷调查、缺陷责任承担、缺陷修复程序等,有利于发承包双方解决工程质量缺陷争议。为了释放建筑业沉淀资金为企业减负、激发建筑市场活力,国家多次发文清理建筑业各类保证金,推行保函等担保手段替代现金。《国务院办公厅关于清理规范工程建设领域保证金的通知》(国办发[2016]49号)规定:“农民工工资支付保障”第四条“在工程项目竣工前,已经缴纳履约保证金的,建设单位不得同时预留工程质量保证金。”《建设工程质量保证金管理办法》(建质[2017]138号)第六条“在工程项目竣工前,已经缴纳履约保证金的,发承包不得同时预留工程质量保证金。采用工程质量保证金担保、工程质量保险等其他保证方式的,发承包不得再预留保证金。”《建设工程质量保证金管理办法》(建质[2017]138号)第五条规定:“银行保函替代预留保证金。”在此背景下,新版合同[14.6 质量保证金]明确在工程项目竣工前,承包商已经提供履约担保的,发承包不得同时要求承包商提供质量保证金,同时强调除非合同另有约定,质保金原则上采用工程质量担保的方式提交,且不论承包商以何种方式提供质量保证金,累计金额均不得高于工程价款结算总额的3%。此外,考虑实践中较容易混淆缺陷责任期和质保保修期的概念,新版合同[11.1 工程保修的原则]中明确约定“缺陷责任期届满,承包商仍应按合同约定的工程各部位保修年限承担保修义务”,并在[11.2 缺陷责任期中,约定了缺陷责任原因的调查、缺陷责任期内的违约责任主体和修复费用承担,发承包人的缺陷通知义务、缺陷修复及未能修复的处理方案,为发承包双方解决缺陷责任争议提供有益指引和借鉴。

18.不可抗力的停工损失改为双方合理分担。在当下新冠肺炎疫情的持续影响下,不可抗力条款愈来愈多的受到市场主体的关注。回顾2020年初疫情情况不可力引发的索赔,其中争议较大的在于承包商停工损失如何分担,2011版合同[17.2 不可抗力的后果]虽然约定为承包商承担,实际履行中发生较大的争议,尤其是人工工资费用部分,如由承包商自行承担,则与各地政策文件规定要求建设单位给予相应补偿的规定存在差异,也不利于社会稳定。《房屋建筑与市政基础设施项目工程总承包管理办法》强调发承包双方“合理分担风险”,对此,新版合同中[17.4 不可抗力后果的承担]约定“由此

导致承包商停工的费用损失由发承包人和承包商合理分担,停工期间必须支付的现场必要的工人工资由发承包承担”,在不可抗力发生时更好地保障农民工权利,同时引导发承包双方共同抵御不可抗力的风险。

19.增加设计责任险、货物保险等,通过保险手段增强项目抗风险能力。工程总承包模式相对传统施工总承包模式,承包商承担更大的风险,除了发承包双方的合同风险分配,承包商加强项目管理等降低风险外,毫无疑问购买相应保险是一项非常有效有益的抗风险措施。《房屋建筑和市政基础设施项目工程总承包管理办法》第十五条第三款规定:“鼓励建设单位和工程总承包单位运用保险手段增强防范风险能力。”2011版合同在[第15条 保险]中仅提到了工程一切险和第三方责任险的投保要求,但是在工程总承包模式下,项目还面设计、设备运输供应的风险,新版合同[第18条 保险]增加了设计责任险、货物保险,并完善了法律法规强制要求的工伤和意外伤害保险,并细化了保险期间、保险凭证、未按约定投保的补救措施等,引导发承包双方通过保险手段增强抗风险能力。

20.引入FIDIC争议评审机制,多元化解决争议,降低争议解决成本。基于国内法律对争议解决方式的规范和发承包双方解决争议的习惯,2011版合同在双方不能调解的情况下,主要是采取诉讼或仲裁方式解决争议,但诉讼或仲裁一定程度上也增加了当事人解决争议的时间成本和经济成本,且随着国内企业从事海外项目,越来越感觉到当发生争议事项时,选择有专业知识和能力的第三方进行调解、协商、商定解决争议往往更高效成本更低。新版合同中在传统的仲裁或法院诉讼的争议解决方式下,借鉴FIDIC国际惯例引入了争议评审机制,在[20.3 争议评审]中约定了争议评审小组的确定、争议评审的程序、争议评审员的报酬分担、争议小组的决定、争议小组决定对合同当事人的约束力等。争议评审机制作为FIDIC合同条件中广泛推行的争议解决机制,已在国内2013和2017版施工总承包合同示范文本中引入并实施,通过工程总承包合同示范文本再次完善细化争议评审制度,未来也可以为工程总承包市场主体高效率解决工程履约争议提供有效补充,提高国内企业走出去从事国际工程的竞争能力和风险管理能力。