我国工程监理人的法律地位与权责研究

□陈杰　于文菊

自1988年实施建设工程监理制度以来，工程监理对我国工程建设管理专业化发展发挥了重要的积极作用。目前，我国《民法典》《建筑法》《建设工程质量管理条例》以及《建设工程安全生产管理条例》等法律法规对工程监理的基本含义和主要内容进行了规定，但长期以来关于监理人的法律地位和权责问题却广受争议，特别是当监理人实施的具体行为成为建设工程施工合同纠纷的争议焦点时，如何界定监理人的权限，如何认定监理行为的效力、法律后果及责任承担，一直是理论界和实践中的难点问题。特别是近年来国家鼓励推行全过程工程咨询，监理人的法律地位与权责研究对准确定义和理解这一新概念亦具有一定的积极意义。基于此，本文将结合我国现行法律规定、相关合同范本以及典型实务案例，对我国工程监理人的法律地位与权责问题进行研究，以期为解决相关纠纷提供些许思路。

监理人的法律地位

根据《民法典》第七百九十六条的规定，建设工程实行监理的，发包人应当与监理人采用书面形式订立委托监理合同。即根据这一规定，监理人似乎可以定义为“发包人的受托人”；但，根据《建筑法》第三十二条的规定，建筑工程监理应当依照法律、行政法规及有关的技术标准、设计文件和建筑工程承包合同，对承包单位在施工质量、建设工期和建设资金使用等方面，代表建设单位实施监督。即根据这一规定，监理人似乎又可以定义为“发包人的代理人”；然而，根据《建筑法》第三十四条第二款的规定，工程监理单位应当根据建设单位的委托，客观、公正地执行监理任务。即根据这一规定，监理人似乎又具备相对于发包人和承包人的一定独立性，发挥着“独立第三方”的作用。那么，监理人究竟处于怎样的法律地位呢？

1.监理人是发包人的“受托人”还是“代理人”？

根据《民法典》第七百九十六条和《建筑法》第三十一条的规定，发包人与监理人基于委托监理合同形成委托合同关系，这一法律定性已经十分明确，但发包人与监理人之间是否构成代理关系，则存在较大争议。在探讨这一问题前，有必要对“委托”与“代理”予以区分：

从“委托”与“代理”的法律规定来看，纵观各国法制史，最初仅有关于“委托”的相关规定，直到1900年《德国民法典》将产生代理的基础关系扩展为委托授权和法律规定，开始将“委托”与“代理”作为不同的内容予以规定，其后多个国家将“委托”与“代理”的概念予以区分，“委托行为”与“代理行为”也逐渐开始由不同的法律条文予以规范。根据我国《民法典》的规定，“代理”列于总则编第七章，其中第一百六十二条规定，“代理人在代理权限内，以被代理人名义实施的民事法律行为，对被代理人发生效力。”而“委托”则规定在典型合同分编第二十三章中，其中第九百一十九条规定，“委托合同是委托人和受托人约定，由受托人处理委托人事务的合同。”第九百二十条规定，“委托人可以特别委托受托人处理一项或者数项事务，也可以概括委托受托人处理一切事务。”

基于法理学分析及具体的法律规定，我们可以看出“委托”与“代理”在本质上是存在区别的：“委托”是一方授权另一方为了他人的利益而为一定行为，以委托合同关系为基础，不仅包括法律行为，也包括事实行为，具有全面性；而“代理”是代理人以被代理人名义实施的民事法律行为，以委托代理合同或法律规定为基础，一般有明确的代理权限，限于具体的法律事务，代理行为对被代理人发生效力。

因此，基于“委托”与“代理”的本质不同，我们认为，发包人与监理人之间是委托关系而非代理关系，主要理由是：

第一、监理行为不仅指向具体的法律行为，而是监理人按照发包人的指示处理委托事务，包括对建设工程的质量、造价和工期进行控制和协调的概括行为；

第二、监理人并不是以发包人的名义实施法律行为，虽然《建筑法》规定监理人代表发包人实施监督，但并未规定监理人要以发包人的名义进行监督，反而要求代理人执行监理任务应当客观、公正；

第三、监理行为具有一定的独立性，并非仅以发包人的明确授权为限，特别是当发包人的指示与监理人基于法律规定和监理规范作出的选择相冲突时，监理人享有独立履行职责的权利，这与代理的一般特征并不相符。

综上所述，虽然“监理”与“代理”具有一定的相似性，但从本质上来看，监理人与发包人之间形成的是委托合同关系而不是代理关系，监理人是发包人的“受托人”而不是“代理人”。

2.监理人是否是相对于发包人和承包人的“独立第三方”？

首先，监理人对发包人的“独立性”是相对的。虽然《建筑法》第三十四条规定，工程监理单位应当客观、公正地执行监理任务，该规定强调当发、承包双方发生争议时，监理人应当秉持客观和公正的态度对事实和法律问题进行证明。但事实上，由于监理人依据其与发包人签订的委托监理合同，在发包人的委托授权范围内处理事务，并基于委托监理合同的约定从发包人处获得监理费用，在此情况下要求监理人与发包人的绝对独立性，与现实不符。因此，基于委托监理合同和法律规定的特殊性，监理人对发包人的独立性是相对的。其次，监理人对承包人的“独立性”是绝对的。一方面，监理人和承包人之间不存在合同法律关系；另一方面，《建筑法》第三十四条明确规定，“工程监理单位应当根据建设单位的委托，客观、公正地执行监理任务。工程监理单位与被监理工程的承包单位以及建筑材料、建筑构配件和设备供应单位不得有隶属关系或者其他利害关系。”因此，监理人执行监理任务，对承包人进行监督，其相对于承包人具有绝对的“独立性”。综上所述，关于监理人的法律地位，我们认为：发包人与监理人之间形成的是委托合同关系而不是代理关系，其之间具有相对的独立性；监理人与承包人之间不存在合同关系，但基于发包人对监理人的委托以及相关的规定，其之间形成的是监督与被监督的关系，具有绝对的独立性。

监理人的权责

基于监理人法律地位的特殊性，监理人的权责因此具有一定的复杂性。虽然，现有规定未对监理的权责进行明确界定，但基于长期以来的发展，已在委托监理合同中形成了具有一定共性的“实践规则”，这些“实践规则”一方面是监理法律理论的具体呈现，另一方面也为监理法律理论发展提供了实践基础。本部分，我们以较为常用的《建设工程施工合同（示范文本）》（GF-2017-0201）（以下称《17版施工合同》）和《建设工程监理合同（示范文本）》（GF-2012-0202）（以下称“《12版监理合同》”）为依托，通过其中关于监理人权责的具体约定，对监理人的“权限”和“责任”进行分析与探讨。

1.监理人的权限

经检索，《17版施工合同》中共有348处出现“监理”一词，《12版监理合同》中共有127处出现“监理人”一词，其中关于监理人权限的约定除了集中在监理人的权利义务部分，还散见于合同的不同条款中。虽然，针对不同的事项，监理人享有的权限也不尽相同，但归纳起来，大致可以分为以下三类：

第一、监理人有权直接实施的行为。如，《17版施工合同》通用条款第5.3.2条约定，“经监理人检查确认质量符合隐蔽要求，并在验收记录上签字后，承包人才能进行覆盖。”第8.3.2条约定，“承包人进行永久设备、材料的制造和生产的，应符合相关质量标准，并向监理人提交材料的样本以及有关资料，并应在使用该材料或工程设备之前获得监理人同意。”第8.5.1条约定，“监理人有权拒绝承包人提供的不合格材料或工程设备，并要求承包人立即进行更换。”

第二、监理人实施具体行为需经发包人同意或由发包人指示。如，《17版施工合同》通用条款第7.8.3条约定，“监理人认为有必要时，并经发包人批准后，可向承包人作出暂停施工的指示，承包人应按监理人指示暂停施工。”《12版监理合同》通用条款第2.3.3条约定，“监理人可根据工程进展和工作需要调整项目监理机构人员。监理人更换总监理工程师时，应提前7天向委托人书面报告，经委托人同意后方可更换；监理人更换项目监理机构其他监理人员，应以相当资格与能力的人员替换，并通知委托人。”

第三、监理人无权实施的行为。如，《17版施工合同》通用条款第4.1条约定，“监理人无权修改合同，且无权减轻或免除合同约定的承包人的任何责任与义务。”第6.1.1条约定，“承包人有权拒绝发包人及监理人强令承包人违章作业、冒险施工的任何指示。”《12版监理合同》通用条款第8.5条约定，“监理人及其工作人员不得从与实施工程有关的第三方处获得任何经济利益。”

除了从合同约定的角度探讨监理人的权限外，实践中对监理签字的效力认定也与监理权限密切相关。虽然，目前实践中对监理签证效力的认定标准尚不统一，但亦形成了一定的规则。如，《北京市高级人民法院关于审理建设工程施工合同纠纷案件若干疑难问题的解答》第十条规定，“工程监理人员在签证文件上签字确认的效力如何认定？工程监理人员在监理过程中签字确认的签证文件，涉及工程量、工期及工程质量等事实的，原则上对发包人具有约束力，涉及工程价款洽商变更等经济决策的，原则上对发包人不具有约束力，但施工合同对监理人员的授权另有约定的除外。”再如，最高人民法院（2019）最高法民申3557号案裁判要旨：根据《施工合同》的相关约定，监理工程师有权在合同约定的范围内代表发包人对案涉工程的工程量进行计量确认，但是承包人提交的与新增工程量有关的《工程量签证表》上监理工程师的签字时间明显晚于发、承包双方签署《完工结算汇总表》的时间，在发包人不予认可且承包人未能就监理工程师签字时间晚于工程结算时间作出实质性合理解释，以及未能提交其他证据证明《工程量签证表》所涉工程量真实性的情形下，对监理工程师签认的新增工程量不予确认。

经归纳和总结：对于监理人有权直接实施的行为，主要涉及工程建设中的工程量、工期、工程质量等“事实问题”的确认，这与监理人基于委托监理合同和法律规定，通过自身专业知识对工程执行监督职责是一致的；而对于监理人需经发包人同意或由发包人指示才能实施的行为，主要涉及工程的进度控制、造价控制等可能对发、承包双方履约产生影响的“决策事项”；而对于监理人无权实施的行为，主要涉及改变施工合同中发、承包双方权利义务的事项以及违反法律规定的事项。

2.监理人的责任

监理人的不同行为可能产生不同的法律后果，对应不同的法律责任，包括行政责任、刑事责任和民事责任。相比较于行政责任和刑事责任，监理人特殊的法律地位对其民事责任的承担影响最大，主要原因是，监理人虽然并不是建设工程施工合同的主体，但其基于委托监理合同和相关法律规定，亦对工程质量、造价和工期的管控承担义务，有义务必然有责任，那么监理人该承担何种责任，其与发包人、承包人对工程质量、造价和工期承担的民事责任又有何不同？

首先，从监理人需承担的民事责任来看，《建筑法》第三十五条第一款规定，“工程监理单位不按照委托监理合同的约定履行监理义务，对应当监督检查的项目不检查或者不按照规定检查，给建设单位造成损失的，应当承担相应的赔偿责任。”《12版监理合同》通用条款第4.1　条约定，“监理人未履行本合同义务的，应承担相应的责任。”“因监理人违反本合同约定给委托人造成损失的，监理人应当赔偿委托人损失。监理人承担部分赔偿责任的，其承担赔偿金额由双方协商确定。”即，无论是法律规定还是合同约定，均将监理人承担赔偿责任的范围界定为“不按照委托监理合同的约定履行监理义务”。

其次，从监理人责任与发、承包方责任的关系来看，一方面，监理人的民事责任不对发、承包人应承担的责任产生影响。如《17版施工合同》通用条款第1.6.4条约定，“监理人的审查并不减轻或免除承包人根据合同约定应当承担的责任。”第4.3条约定，“监理人对承包人的任何工作、工程或其采用的材料和工程设备未在约定的或合理期限内提出意见的，视为批准，但不免除或减轻承包人对该工作、工程、材料、工程设备等应承担的责任和义务。”另一方面，因发、承包人原因产生的责任不对监理人应承担的责任产生影响。如《12版监理合同》第4.3条约定，“因非监理人的原因，且监理人无过错，发生工程质量事故、安全事故、工期延误等造成的损失，监理人不承担赔偿责任。”

基于上述分析我们认为：《17版施工合同》和《12版监理合同》中关于监理人权责的具体规定，与监理人的法律地位是完全一致的。无论是监理人的“权限”还是“责任”，都应当在发包人与监理人形成的委托合同关系、监理人与承包人之间形成的监督与被监督关系之下进行考虑。换言之，除了法律法规、工程建设标准、建设工程监理规范等相关规定和标准要求外，对于监理人的“权责”认定应以委托监理合同下监理人的权利义务为限，对于仅在施工合同项下约定的、仅影响发、承包人权利义务的事项，监理人不享有直接的权利，相应地，也不承担非因其原因产生的责任。

工程监理与全过程工程咨询

2017年2月，国务院办公厅在《关于促进建筑业持续健康发展的意见》(国办发[2017]19号)中提出，鼓励投资咨询、勘察、设计、监理、招标代理、造价等企业采取联合经营、并购重组等方式发展全过程工程咨询。同年7月，住房城乡建设部在《关于促进工程监理行业转型升级创新发展的意见》（建市[2017]145号）中提出，逐步形成以市场化为基础、国际化为方向、信息化为支撑的工程监理服务市场体系，培育一批智力密集型、技术复合型、管理集约型的大型工程建设咨询服务企业。除国家层面的相关规定，山东、湖南、福建、四川等多省市亦先后出台了具体的地方规定，提出积极探索全过程工程咨询委托方式，包括委托内容、委托程序以及委托服务费的计取等。2018年2月，广东省住房和城乡建设厅发布《关于贯彻落实<住房城乡建设部关于促进工程监理行业转型升级创新发展的意见>的实施意见》提出，鼓励以政府购买社会服务的方式，委托监理企业协助质量安全监管机构对工程项目进行工程质量安全监督。同时提出推行工程质量保险制度，保险机构可委托监理企业开展施工过程中风险分析评估、质量安全检查等工作。

通过上述规定，我们似乎可以看出以下信号：首先，工程监理的范围正由“传统的施工阶段”向“投资咨询、勘察、设计、施工等”全过程延伸；其次，新概念以“全过程工程咨询”而非“全过程工程监理”进行定义，反映了传统工程监理行业向新型工程咨询行业转型的趋势；最后，全过程工程咨询单位以接受委托的方式提供专业的工程咨询服务，其委托主体可能会突破发包人单一主体这一传统模式，进一步突显了监理人“第三方咨询”的特征。

基于上述分析我们认为，由于我国的监理制度并非市场化发展的产物，而是通过借鉴国际咨询工程师项目管理模式建立起来的具有中国特色的制度设计，从国家强制全面推行工程监理制度，到取消强制监理的规定，再到如今推行全过程工程咨询，监理人以接受委托的方式与工程建设其他主体形成委托合同关系的法律地位愈加明晰，同时，其在委托合同约定的权限范围内通过专业知识和专业能力提供工程咨询服务的法律特征也愈加明确。

结语

建设监理制度的初衷是通过专业化、社会化和科学化的管理模式提高发包人对工程建设的管理实效，通过独立第三方的监督机制，约束承发包双方的违约行为，但长期以来，由于我国工程建设的实际情况，监理制度并不完善，监理人的法律定位、监理的行为效力以及责任承担并不明确。本文根据法律规定和实践规则的分析，对监理人的法律地位和权责进行了探讨，并结合目前全过程工程咨询的推行情况，建议应明确监理人作为独立的“第三方咨询服务主体”的地位，通过构建多元化的委托方式，在监理人与其他主体建立的委托合同法律关系的基础上，正确认定监理行为的效力和法律后果承担，促进监理人权、责的平衡发展，进而更好地实现监理制度以及全过程工程咨询制度对建设工程行业发展的积极作用。

作者单位：北京大成律师事务所

建筑法苑

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

论《民法典》无效格式条款规则对施工招标文件实质内容的司法规制（上）

——以不同的视角对解决工程价款纠纷的新认识

□生青杰　李冠军

新颁布的《民法典》对《中华人民共和国合同法》以及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）关于格式条款的规定作出了修订，继承了《合同法》关于格式条款的定义以及解释规则，但对格式条款无效的标准进行了细化和深化。本文将根据《民法典》无效格式条款规则，结合人民法院的部分案例分析对施工招标文件实质内容的司法规制。

施工招标文件的实质性条款具备单方制定和不可协商特性的，属格式条款

1.施工招标文件中的实质性条款属于合同文件。

《民法典》第四百七十一条规定“当事人订立合同，可以采取要约、承诺方式或者其他方式”，该条是从《合同法》第十三条“当事人订立合同，采取要约、承诺方式”修改而来。根本变化在于不再认为订立合同，只有采取要约、承诺一种方式，必须套用要约和承诺规则，也可以采取其他方式订立，而招标投标就是其他方式之一。

在原来《合同法》要约和承诺方式的语境下，多数认为招标文件属于要约邀请，虽然《合同法》第十五条仅明确规定招标公告属于要约邀请。既然认为招标文件属于要约邀请，那就不是合同文件，《建设工程施工合同（示范文本）》（GF-2017-0201）“1.5合同文件的优先顺序”中就没有把招标文件归入合同文件。《建设工程工程量清单计价规范》7.1.1条规定：“招标文件与中标人投标文件不一致的地方，以投标文件为准”，其理由是在工程招投标及建设工程合同签订过程中，招标文件应视为要约邀请，投标文件为要约，中标通知书为承诺。因此，在签订建设工程合同时，若招标文件与中标人的投标文件有不一致的地方，应以投标文件为准。

而在《民法典》实施后，则不必一律套用要约和承诺规则，把招标文件机械划入要约邀请。实际上招标文件也不应划入邀约邀请，根据《招标投标法实施条例》第五十一条规定“投标文件没有对招标文件的实质性要求和条件作出响应”，评标委员会应当否决其投标，要约邀请自然没有这样的法律效力。

此外，新公布的《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（一）》第二十二条规定“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”。

综上，招标文件载明的工程范围、建设工期、工程质量、工程价款这些实质性内容属于合同文件，就要受到《民法典》的规制。

2.施工招标文件中的实质性内容具备单方制定和不可协商特性的，属于合同文件中的格式条款。

合同文件有格式条款和非格式条款。合同文件中的格式条款应受到《民法典》格式条款规则的特别规制。

《民法典》第四百九十六条规定“格式条款是当事人为了重复使用而预先拟定，并在订立合同时未与对方协商的条款”。

格式条款有三大特点，其一，制定格式条款的目的是为了重复使用；其二，单方制定；其三，不可协商。

当事人制定格式条款的目的是为了重复使用，但不一定能实现，有各种限制，比如施工招标文件的实质性内容就不能和其他合同条款一样完全重复使用，因为建设工程产业属性属于项目经营，一次性的，不具备完全重复性特点，但不能把工程合同排除在格式条款之外。

因此，格式条款的本质特征是单方制定和不可协商。格式条款最主要的特征在于“单方制定、不可协商。格式条款的使用者预先将自己的意志表达于文字，与之缔结合同的对方当事人并不参与合同条款的制定，也没有及进行协商的余地，因而只能对之表示全部接受或不接受”。

招标文件的实质性内容是由招标人单方制定，投标文件必须对招标文件的实质性要求和条件作出响应，不可协商，否则否决投标。

因此，招标文件的实质性内容符合格式条款的本质特征，具备单方制定和不可协商的特性，应受《民法典》格式条款的规制。

3.招标文件中实质性内容的范围。

新公布的《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（一）》第二条规定“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。”

在最高院“黄国盛、林心勇与江西通威公路建设集团有限公司、泉州泉三高速公路有限责任公司建设工程分包合同纠纷案”（2013民一终字第93号）中，最高院认为支付工程款，应当理解为“合同约定的工程款计价体系”，也就是并非某一单一条款。

因此，工程价款内容就应包含价款的组成、计价方式、计价依据、计价范围、风险责任、支付条件、支付期限、支付方式、付款违约责任、价款或费用索赔程序的条款。

结合《招标投标法实施条例》第五十一条规定，只要属于招标文件涉及工程范围、建设工期、工程质量、工程价款等实质性内容，具备单方制定和不可协商的特性，都应属于格式条款，都应受到《民法典》格式条款的规制。

4.有关格式条款的讨论。

（1）《建设工程施工合同》（示范文本）“通用条款”。

《建设工程施工合同（示范文本）》（GF—2017—0201）（以下简称《示范文本》）。说明部分第一条第（二）款通用合同条款是合同当事人根据《中华人民共和国建筑法》《中华人民共和国合同法》等法律法规的规定，就工程建设的实施及相关事项，对合同当事人的权利义务作出的原则性约定。

《建设工程施工合同》（示范文本）的作用：一是便于反复使用，避免重复的起草，二是提示合同签订人应关注的重要合同事项，避免在合同签订时遗漏重大事项，三是合同结构体系完善，权利义务分配具体明确，有利于引导建筑市场健康有序发展，四是注重对发包人、承包人市场行为的引导、规范合理平衡发包人和承包人的权利义务，五是与现行法律、法规、规章和政策相衔接，以保证其合法性；六是从事工程建设相关人员的行业语言，便于他们之间沟通交流，从而形成工程惯例。《示范文本》说明部分第二条《示范文本》的性质为非强制性使用文本。

江苏中南建筑产业集团有限责任公司、潜江市兴城投资开发有限公司建设工程施工合同纠纷二审案(2019最高法民终1996号)，最高人民法院认为：中南建筑公司与兴城公司、领导小组办公室系通过招标投标方式签订建设工程施工合同。上述合同并非兴城公司或者领导小组办公室为了重复使用而预先拟定且在订立时未与中南建筑公司协商的合同。

福安市京典房地产有限公司、中建海峡建设发展有限公司建设工程施工合同纠纷再审案(2019最高法民再110号)中，最高人民法院认为：通用合同条款作为格式条款，不是合同双方事先通过谈判，协商一致后确定的条款。

也就是说这最高院两份判决是矛盾的，第一份判决否认通用合同条款属于格式条款，第二份判决又称通用合同条款作为格式条款。山西高院（2015）晋民终字第495号民事判决也把招标文件中的《建设工程施工合同》（示范文本）“通用条款"认定属于格式条款。

我认为通用合同条款不属于格式条款，通用合同条款是国家住建部门与原国家工商管理总局根据公平的原则联合制定的，通用合同条款既非招标人单方制定，又非不可更改，不具备格式条款的特征，即使招标人事先明确采用示范文本通用合同条款订立合同，又就通用合同条款内容不予协商变更，也不应认定格式条款。

（2）专用合同条款。

“福安市京典房地产有限公司、中建海峡建设发展有限公司建设工程施工合同纠纷再审案”(2019最高法民再110号)中，最高人民法院认为：“通用合同条款作为格式条款，不是合同双方事先通过谈判，协商一致后确定的条款。建设工程施工合同中的专用合同条款是订约双方根据各方需要，针对合同项下工程项目的具体事项，经过谈判协商而作出的相应约定，系订约双方协商一致的结果……根据《中华人民共和国合同法》第四十一条规定，格式条款和非格式条款不一致的，应当采用非格式条款。就本案而言，通用合同条款确定了发包人对承包人结算资料的审查时限，同时也确定了发包人逾期未提交审查意见的法律后果（即视为认可承包人提交的竣工结算文件）；专用合同条款仅约定发包人对承包人结算资料的审查时限，而未约定发包人逾期未提交审查意见的法律后果……”

本案中，最高院认为通用合同条款作为格式条款，而专用合同条款属于非格式条款，这也是值得商榷的。专用合同条款满足了单方制定、不可协商的特征，又是施工合同实质性内容的，应作为格式条款。

（3）按照标准文本编制招标文件的实质性内容。

《招标投标法实施条例》第十五条第四款规定：“编制依法必须进行招标的项目的资格预审文件和招标文件，应当使用国务院发展改革部门会同有关行政监督部门制定的标准文本。”

2011年发改委发布《关于印发简明标准施工招标文件和标准设计施工总承包招标文件的通知》（发改法规[2011]3018号），通知指出：“《标准文件》中的投标人须知（投标人须知前附表和其他附表除外）、评标办法（评标办法前附表除外）、通用合同条款，应当不加修改地引用。”“招标人或者招标代理机构可根据招标项目的具体特点和实际需要，在专用合同条款中对《标准文件》中的通用合同条款进行补充、细化和修改，但不得违反法律、行政法规的强制性规定，以及平等、自愿、公平和诚实信用原则，否则相关内容无效。”

编制依法必须进行招标的项目按照国家标准文本编制的招标文件，由于不具有单方制定的特征，不属于格式条款，但如果没有按照标准文本编制，或者修改标准文本内容，或者在“专用合同条款”中对《标准文件》中的“通用合同条款”进行补充、细化和修改，满足单方制定、不可协商特征的。涉及到工程范围、建设工期、工程质量、工程价款等实质性内容，应属于格式条款。

作者单位：上海市建纬（郑州）律师事务所