

CITY DEVELOPMENT
LAW FIRM



建纬

季刊 2022/01
NO-03

基础设施与建设工程 法律评论

INFRASTRUCTURE AND CONSTRUCTION
ENGINEERING LAW REVIEW

蓝新宏 主编

建纬(深圳)律师事务所 出品



主 编：蓝新宏

副 主 编：章德奎、彭丹、熊婷

编 委 会：缪金华、王垚、程静、陈泳仪、符馨予

撰 稿：陈泳仪、符馨予、周乐、杨思涵、吴梦阙

责任编辑：缪金华、黄丹云

设 计：武娇

声明：

1. 本刊所载观点、数据系建纬(深圳)律师事务所原创,如需转载,请与我们联系。
2. 本刊所载观点、数据仅供参考使用,不代表任何正式法律意见。
3. 如对本刊所涉内容有任何意见或者建议,欢迎探讨交流。

建纬品牌

建纬律师事务所成立于 1992 年，是中国大陆首批以地产、工程和金融法律服务为主的专业律师事务所。建纬（深圳）律师事务所成立于 2003 年，是建纬华南发展战略的重要部署。建纬在全国 17 个主要城市设有办公室，能够为客户提供多地协同法律服务。

建纬深圳成立至今，始终秉承“守正创新、精进专业、和衷共济、共享价值”的价值观，以全链条、精细化专业服务，成为专业化律所的标杆和典范。凭借其卓越的专业表现，多次荣膺国内外多项殊荣，包括：“全国优秀律师事务所”、“司法部部级文明律师事务所”、钱伯斯法律评级机构“房地产领域、建设工程领域领先律师事务所”、亚洲法律概况建设工程&房地产领域“杰出律所”等。

建纬深圳一直致力于践行社会责任，通过积极参与立法、制定行业标准、出版学术专著、进行专题研发、举办学术研讨会、组织建纬公开课等等方式，以专业成果回馈社会。

专业团队

建纬大湾区建设工程业务中心，拥有一支兼具工程背景的卓越律师服务团队，擅长运用成熟的商业思维，打通建设工程全过程每一环节，协助客户从容应对建设工程领域纷繁复杂的难题与挑战。从项目建设准备，到竣工结算收尾，从前端中端风险防控，到后端争议解决，建设工程业务中心长期坚持工程法律服务产品的研发，已累计服务全国 100 多个建设工程项目，在客户权益保障、商业势能提升之路不断扩大建纬品牌影响力。

建纬大湾区基础设施业务中心，专注于基础设施全过程及专项法律服务，承办了 70 多个的重大基础设施项目，服务项目总投资额超过 11508 亿，开发面积超过 30 万亩。依托建纬在地产、工程和不动产金融领域的领先地位，中心了解基础设施行业全链条，通过既往项目积累了丰富的经验，同时对 FIDIC 等国际经验的中国化有着深刻理解。中心始终全力以赴，致力于促成客户商业目标。客户托付的每一个项目，都是我们视若珍宝的代表作，是建纬事业的重要组成部分。

建纬大湾区 PPP 业务中心由多位基础设施投资领域专长的律师组成，由高级合伙人蓝新宏律师牵头，各位律师均具备法律、经济、工程等多方面的复合理论和知识。已为数十个基础设施投资项目提供法律服务，在政府方规范性文件编制、PPP 项目前期准备、招标投标、建设及融资等方面均有丰富实操经验，能够为政府方或社会资本方提供 PPP 全流程、全方位的法律服务。

专业领域

建设工程、基础设施、PPP、城市更新、投资并购、争议解决、房地产综合业务、不动产金融

主编介绍

蓝新宏律师，建纬（深圳）律师事务所高级合伙人，土木工程学士、法学硕士、注册结构工程师。

蓝新宏律师曾多年从事建设工程技术工作，熟悉建筑设计、施工全过程的各个环节，积累了丰富的工程实践经验。从事律师工作以来，蓝新宏律师长期致力于城市基础设施、建设工程及 PPP 法律事务的研究和实践，是建筑法律界少有的既懂技术、又懂法律的复合型律师，先后办理了大量建设工程、PPP、房地产领域的诉讼及非诉讼法律事务，具有丰富的建设工程法律服务经验。

蓝新宏律师的专业水平获得了客户、司法行政主管部门的认可，荣获“深圳市司法行政系统法律服务先进个人”称号，多年被中国《建筑时报》与美国《工程新闻纪录》（ENR）评选为“最值得推荐的中国工程法律 60 位专业律师”。

社会职务

- ❖ 中国国际经济贸易仲裁委员会仲裁员
- ❖ 华南国际经济贸易仲裁委员会调解专家
- ❖ 中国人民大学律师学院兼职教授
- ❖ 中国建筑学会建筑经济分会工程法律专业委员会委员
- ❖ 广东律师专家库房地产与建设工程法律事务律师专家
- ❖ 第十届广东省律师协会房地产法律专业委员会秘书长
- ❖ 深圳市住房和建设局法律顾问专家库专家
- ❖ 深圳市建筑业协会法律咨询委员会专家
- ❖ 第十届深圳市律师协会 PPP 法律专家委员会副主任

目录

法规政策概览	1
2021 年第四季度建设工程政策概览	1
工程总承包观察	10
工程总承包联合体各方是否需要就联合体成员签订的分包合同承担连带责任?	10
以案说法	14
法院支持对不调差合同进行调差, 确定应予调差金额所采用的调差方法	14
发承包双方达成结算协议后能否再主张违约金或索赔?	23
由于项目公司原因导致建设期延误的责任承担	30
深度观察	35
房企频繁暴雷, 一次性建设单位如何应对施工单位及其他参建单位涉及相关房企的债务而经营恶化的风险	35
PPP 项目收购法律尽职调查要注意哪些事项?	41
实务问答	47
1. 总承包资质能否承揽专业分包工程?	47
2. 施工企业破产后, 实际施工人是否仍有权直接要求发包人承担工程价款支付责任?	47
3. 工程质量保证金预留比例超过 3% 的约定是否有效?	48

2021 年第四季度建设工程政策概览

本栏目对 2021 年 10 月-12 月期间建设工程领域新政进行汇编整理，从工程总承包、工程造价与计价、房建市政类、PPP 项目四大板块对本期新政进行简要介绍。

一、工程总承包新政

本季度黑龙江省、河北省、青海省、四川省、广东省、广西壮族自治区、杭州市、珠海市、苏州市、台州市等省市出台了与工程总承包相关的政策或通知。

部分省市对工程总承包招标投标活动进行了规范。黑龙江省为推进工程建设组织形式变革，从工程总承包的模式、主要规范对象、招标文件主要内容、投标人资格、评标办法主要内容、招标文件合同条款应明确风险分担的具体 7 项内容等方面对其区域内的工程总承包项目招标投标活动进行了规范。青海省、四川省、广东省也在其出台的规范文件中强调要加强对工程总承包招标投标活动的管理。

不少省市出台了房建市政项目工程总承包管理办法，对其区域范围内的工程总承包项目活动进行统一管理与指导。河北省为推进工程建设组织方式改革、促进工程项目各阶段融合、提高工程建设质量及效益，从工程总承包的模式选择、项目发包、单位选择、承包与分包、单位资质、各方主体的责任、项目过程管理、违法处罚等方面对其工程总承包项目进行规范。珠海市同样就其工程总承包管理实施办法的印发向社会公开征求意见。

此外个别省市也出台了相关文件，要求进一步加强对工程总承包项目的规范、管理和监督。青海省为解决在试点项目上反应出的设计和施工融合不够、招投标环节不够规范、企业总承包能力不够强、合同计价纠纷等问题，从强化项目支撑、培育工程总承包单位与管理人才、明确项目发包阶段与质量安全责任、规范招投标活动、加强合同价格/承包分包/全过程工程款支付/信用/联合体承包管理、优化项目监管手续和风险防范机制、加强组织实施等角度进一步规范工程总承包。四川省为解决实践中存在的发包时前期工作深度不够、合同管理和履行不规范、部分基本建设程序缺失或倒置、推进调度机制有待加强等问题，从项目决策审批及监管、单位资质、招标投标等方面着手，提出指导合同及计量计价、加强转包

和违法分包监管、明细部门工作职责等措施。广东省从有序推进、规范发承包、完善招投标、推行过程结算、加强实施管理和风险管理、推动技术创新、培育骨干力量、加大支持力度、落实监督管理等方面提出十条推进工程总承包进一步发展的措施并向社会公开征求意见。苏州市从工程总承包项目的服务费计取、装饰工程取费、措施费用计取等方面对工程总承包相关费用进行了规范。

部分省市也出台了工程总承包合同示范文本。杭州市编制了合同专用条款示范文本向社会公开征求意见。台州市也编制了合同示范文本专用条款，要求全部使用国有资金或以国有资金投资为主的工程总承包建设工程，应按照该范本的相关条款签署工程施工合同。

具体政策文件如下：

1. [黑龙江省房屋建筑和市政基础设施项目工程总承包招标投标管理办法（试行）](#)
2. [黑龙江省房屋建筑和市政基础设施项目工程总承包招标投标管理办法政策解读](#)
3. [关于印发《河北省房屋建筑和市政基础设施项目工程总承包管理办法》的通知](#)
4. [青海省住房和城乡建设厅关于规范房屋建筑和市政基础设施项目工程总承包管理的通知](#)
5. [四川省住房和城乡建设厅等部门关于进一步加强全省房屋建筑和市政基础设施工程总承包监督管理的通知](#)
6. [解读《关于进一步加强房屋建筑和市政基础设施工程总承包监督管理的通知》](#)
7. [广东省住房和城乡建设厅、广东省发展和改革委员会关于公开征求《规范发展房屋建筑和市政基础设施项目工程总承包的十条措施》意见的公告（11.12）](#)
8. [珠海市发展和改革局关于《珠海市政府投资项目工程总承包管理实施办法》（征求意见稿）征求意见的公告](#)
9. [关于公开征求《杭州市房屋建筑和市政基础设施工程总承包项目合同专用条件（示范文本）》意见的通知](#)
10. [苏州市住房和城乡建设局关于明确建设工程总承包服务费等费用计取要求的通知](#)
11. [台州市住房和城乡建设局关于印发《建设项目工程总承包合同（GF-2020-0216）专用条件台州示范文本》的通知](#)

二、工程造价与计价

2021年12月2日住房和城乡建设部标准定额司就《建筑工程施工发包与承包计价管理办法》（修订征求意见稿）（以下简称《征求意见稿》）向社会公开征求意见。随着工程造价市场化改革以及行政审批制度改革的推进，2014年修订的《建筑工程施工发包与承包计价管理办法》（以下简称“原办法”）部分条款已经不能适应当下建筑工程发包承包计价管理的需要，为促进建筑业高质量发展，住房和城乡建设部标准定额司在原办法的基础上进行了修订：

1. 《征求意见稿》明确了各级住房和城乡建设主管部门在建筑工程发包承包计价活动中的职责。住房和城乡建设部负责统筹管理与制定全国统一的工程计量和计价规则，省级住房和城乡建设主管部门负责提供相关公共服务，县级以上住房和城乡建设主管部门负责监督管理区域内发包承包计价工作。

2. 为了解决原办法施行时各方市场主体在工程发包承包计价活动中强烈反应的计价依据难以满足市场需求的问题，《征求意见稿》明确了建筑工程发包承包计价依据的组成内容。

3. 为贯彻落实国务院“放管服”改革要求，《征求意见稿》取消了最高投标限价及其成果文件需报工程所在地县级以上住房和城乡建设主管部门备案和竣工结算文件需报工程所在地县级以上住房和城乡建设主管部门备案两项制度，同时取消了对工程造价咨询企业的资质要求，力求减轻企业负担，降低企业制度性经营成本。

4. 《征求意见稿》实现了从“政府定额”向“市场信息”的转变，充分发挥市场作用，促进价格良性竞争。《征求意见稿》不再要求当事人约定工程造价机构价格信息调整时合同价款调整方法，明确了最高投标限价按市场价格编制，推行清单计量、市场询价、自主报价、竞争定价的计价方式，鼓励各方市场主体加强工程造价数据积累，积极运用信息化技术为概算预算编制提供依据。

5. 《征求意见稿》加强了对评标委员会的约束，规定评标委员会应当就其投标报价低于工程成本的判断提出合理的依据和理由。

6. 《征求意见稿》增加了工期的条款，明确施工工期应当合理确定、不得任

意压缩合理工期；建设单位调整工期的，应当承担由此增加的费用。

7.《征求意见稿》为促进工程及时竣工结算，要求全面推行工程过程结算和支付。《征求意见稿》规定了开展过程结算的基本流程和时限要求，提出发包承包双方应明确约定过程结算期限，没有约定的可认定为 28 日；经双方签署确认的过程结算文件将作为竣工结算文件，并且各方都不得以未完成政府审计为延期结算的理由。

8.《征求意见稿》取消了对工程造价咨询企业的资质要求，增加了工程造价咨询企业、编制人、审核人也需要分别承担相应责任的规定，实现了从“管资质”到“管人”的转变。

9.《征求意见稿》修改了发包承包双方应当在合同中约定调整合同价款方法的法定情形，原办法中的工程造价管理机构发布价格调整信息、经批准变更设计、发包方更改经审定批准的施工组织设计等不再属于法定情形。在总结近年来工程发包承包计价活动规律的基础上，《征求意见稿》新增了省级以上住房和城乡建设主管部门相关计价规定变化、人工/材料/机械价格发生超出合同风险范围的变动、发包方批准工程变更、工程索赔事件等几种对合同价款影响较大、引起纠纷较多的情形。

为配合《征求意见稿》的施行，推进清单计量的计价方式，住房和城乡建设部标准定额司就《建设工程工程量清单计价标准（征求意见稿）》公开向社会征求意见。

此外，不少省市也就工程造价与计价出台了相关规定。陕西省针对其疫情防控期间工程造价计价相关事项进行了规定；山东省出台相关规范对其工程造价改革工作做出进一步明确；四川省颁布相关文件对建设工程合同中价格风险约定和价格调整进行了指导；辽宁省为加强其建设工程造价信息管理，指导发承包双方及相关市场主体合理确定工程造价，出台了相关规范；海南省和云南省为解决施工企业结算难、农民工讨薪难等问题，深化建筑市场管理改革，也发布了相关文件对过程结算进行指导。此外，青海省、厦门市、佛山市和中山市等省市也出台了相关文件对其建设工程造价与计价行为进行指导和管理。

具体政策文件如下：

1. 住房和城乡建设部标准定额司关于征求《建筑工程施工发包与承包计价管理办法》（修订征求意见稿）意见的函
2. 住房和城乡建设部标准定额司关于征求《建设工程工程量清单计价标准》（征求意见稿）意见的函
3. 陕西省住房和城乡建设厅关于新冠肺炎疫情防控期间建设工程造价计价有关事项的通知
4. 山东省住房和城乡建设厅、山东省发展和改革委员会、山东省财政厅关于印发山东省工程造价改革实施方案的通知
5. 云南省住房和城乡建设厅关于进一步推行建设工程施工过程结算的通知
6. 四川省住房和城乡建设厅关于建设工程合同中价格风险约定和价格调整的指导意见
7. 辽宁省住房和城乡建设厅关于印发《辽宁省建设工程造价信息管理办法》的通知
8. 《辽宁省建设工程造价信息管理办法》解读
9. 海南省住房和城乡建设厅、海南省交通运输厅、海南省水务厅等关于印发《海南省工程建设领域施工过程结算管理暂行办法》的通知
10. 青海省住房和城乡建设厅、青海省财政厅、青海省发展和改革委员会关于在房屋建筑和市政基础设施工程中推行施工过程结算的实施意见
11. 佛山市住房和城乡建设局关于印发工程造价改革试点项目最高投标限价编制方法的通知
12. 中山市住房和城乡建设局关于优化建设工程最高投标限价备案工作的通知
13. 厦门市建设局关于征求《厦门市工程造价咨询企业招标计价行为信用评价办法（征求意见稿）》意见的通知

三、房建市政类

本季度的房建市政类新规主要涉及工程项目绿色发展、农民工工资支付、安全文明施工、建设工程消防设计审查验收、招标投标、建设工程施工过程结算、工程质量潜在缺陷保险、工程质量与安全、工程项目管理与监督、建设工程不良行为等与建筑业相关的内容。

各地政府始终高度关注工程质量安全问题，在本季度从国家到地方都出台了防范安全事故、管控工程质量风险、安全生产管理、工程质量检查与监督等相关的法律法规。另外，为响应国家绿色可持续发展的号召，各地政府积极出台工程项目绿色发展的意见与方案。为进一步完善工程质量风险保障机制，不少省市也出台相关文件对工程质量潜在缺陷保险管理进行规制和优化。为进一步推进工程建设项目招标投标活动改革创新，适应新的发展形式，部分省市也出台和更新了招投标文件/管理办法。

农民工工资的支付与担保在本季度依旧是各地政府高度关注的问题。人社部出台《拖欠农民工工资失信联合惩戒对象名单管理暂行办法》，明确了列入失信惩戒名单情形、惩戒措施、信用修复条件与程序等内容，有力的对拖欠农民工工资的问题进行整治。各地政府也相继出台相关文件以规范农民工工资支付行为，推动在全社会形成诚信有序、良性发展的用工环境。

具体政策文件如下：

1. 住房和城乡建设部办公厅关于印发危险性较大的分部分项工程专项施工方案编制指南的通知
2. 住房和城乡建设部、应急管理部关于加强超高层建筑规划建设管理的通知
3. 中共中央办公厅、国务院办公厅印发《关于推动城乡建设绿色发展的意见》
4. 住房和城乡建设部办公厅关于印发城市轨道交通工程基坑、隧道施工坍塌防范导则的通知
5. 拖欠农民工工资失信联合惩戒对象名单管理暂行办法
6. 广东省住房和城乡建设厅、广东省人民防空办公室关于印发结建式人防工程质量监督工作指引的通知

7. [广东省住房和城乡建设厅关于印发《广东省历史建筑 and 传统风貌建筑保护利用工作指引（试行）》的通知](#)
8. [关于印发《广东省绿色建筑创建行动实施方案（2021-2023）》的通知](#)
9. [广州市住房和城乡建设局关于征集我市典型建筑案例的通知](#)
10. [广州市住房和城乡建设局关于明确房屋建筑和市政基础设施工程竣工联合验收过程中消防专项办理程序的通知](#)
11. [广州市住房和城乡建设局关于印发《广州市地下管线开挖及会签管理系统使用手册》的通知](#)
12. [广州市住房和城乡建设局关于修订《广州市建设工程消防设计审查、验收、备案与抽查办事指南》的通知](#)
13. [广州市住房和城乡建设局、广州市地方金融监督管理局、广州市规划和自然资源局关于明确住宅工程质量潜在缺陷保险管理有关事项的补充通知](#)
14. [广州市住房和城乡建设局关于做好企业诚信档案信息库数据迁移相关准备工作的通知](#)
15. [广州市住房和城乡建设局关于印发广州市既有建筑改造利用消防设计审查验收试点工作方案的通知](#)
16. [广州市住房和城乡建设局关于进一步征集广州市建设领域工人工资支付分账业务银行的通知](#)
17. [关于印发《东莞市绿色建筑设计要点》《东莞市绿色建筑施工图设计审查要点》《东莞市绿色建筑监管技术要点》的通知](#)
18. [东莞市住房和城乡建设局关于加强建筑工程质量风险分级管控的通知](#)
19. [关于试行《东莞市住房和城乡建设局房建市政工程评定分离操作导则》的通知](#)
20. [关于印发《东莞市住房和城乡建设局建设工程施工过程结算管理办法》的通知](#)
21. [东莞市住房和城乡建设局关于公开征求《东莞市建设工程招标投标管理办法（征求意见稿）》意见的通知](#)
22. [东莞市住房和城乡建设局关于印发《“防事故、压事故”建筑施工安全生产执法工作方案》的通知](#)
23. [关于印发《东莞市建筑工程质量安全风险分级检查标准》的通知](#)
24. [关于加强建筑施工安全风险分级管控的通知](#)
25. [关于印发《东莞市政府投资保障性住宅工程质量潜在缺陷保险试点方案》的通知](#)
26. [关于开展全市建设工程监理企业质量安全生产管理履职专项检查的通知](#)

27. 东莞市住房和城乡建设局关于加强装配式建筑项目监督管理工作的通知
28. 东莞市住房和城乡建设局关于公开征求新增东莞市建设工程企业（施工企业）不良行为记分标准意见的通知
29. 关于增加和调整《东莞市建设工程不良行为记分标准》和《东莞市建设工程良好行为记分标准》的通知
30. 关于使用新《珠海市工程建设项目工程咨询招标文件标准文本》的通知
31. 关于进一步加强对房屋建筑项目燃气工程承发包管理的通知
32. 关于印发《2021年下半年珠海市建设工程质量专项治理监督执法大检查暨墙体材料专项检查工作方案》的通知
33. 关于印发《珠海市工程建设项目主要审批（服务）事项清单》（2021版）的通知
34. 关于修订《珠海市工程建设项目招标文件标准文本》的通知
35. 珠海市住房和城乡建设局关于印发《珠海市园林绿化建设工程质量安全监督管理办法》的通知
36. 珠海市住房和城乡建设局、珠海市人力资源和社会保障局关于再次更新具备开展房屋建筑和市政基础设施工程建设领域工资支付专户业务的商业银行名录的通知
37. 关于进一步加强对房屋建筑项目燃气工程承发包管理的通知
38. 关于印发《惠州市工程建设项目“水电气”外线并联审批告知承诺制实施方案（试行）》的通知
39. 佛山市住房和城乡建设局关于进一步加强绿色建筑管理工作的通知
40. 佛山市住房和城乡建设局关于进一步加强在建工程质量安全监管的通知
41. 肇庆市建设工程施工安全监督站关于开展建筑工人施工现场生产生活环境品质提升行动的通知
42. 关于修订《中山市住房和城乡建设局关于修订建设工程项目施工现场管理人员组成的通知》等文件的通知
43. 关于发布《中山市建设工程造价指数（2019-2020）》的通知
44. 关于开展中山市房屋市政工程建设领域（工程招投标专项）整治工作的通知
45. 关于开展房屋建筑和市政基础设施工程勘察设计责任保险工作的通知

四、PPP 项目

本季度国家层面及地方层面出台的与 PPP 相关的政策文件较少。为促进政府采购公平竞争，财政部发布在政府采购活动中落实平等对待内外资企业有关政策的通知，明确应保障内外资企业平等参与政府采购，平等对待内外资企业，平等维护内外资企业的合法权益。此外，国务院出台鼓励和支持社会资本参与生态保护修复的意见，鼓励社会资本通过自主投资、与政府合作或公益参与等模式参与生态保护修复项目的投资、设计、修复、修复开展生态产品开发等活动。该意见还列明了鼓励社会资本参与的六大重点领域，促进社会关心支持生态保护修复建设。

具体政策文件如下：

1. 关于在政府采购活动中落实平等对待内外资企业有关政策的通知
2. 国务院办公厅关于鼓励和支持社会资本参与生态保护修复的意见
3. 广东省财政厅关于广东省 2021 年第六批 PPP 项目入库审核情况的通知

工程总承包联合体各方是否需要就联合体成员签订的分包合同承担连带责任？

一、工程总承包联合体连带责任的主要规定

《建筑法》第二十七条第一款规定：“大型建筑工程或者结构复杂的建筑工程，可以由两个以上的承包单位联合共同承包。共同承包的各方对承包合同的履行承担连带责任。”《招标投标法》第三十一条规定：“两个以上法人或者其他组织可以组成一个联合体，以一个投标人的身份共同投标。……联合体中标的，联合体各方应当共同与招标人签订合同，就中标项目向招标人承担连带责任……”

《房屋建筑和市政基础设施项目工程总承包管理办法》第十条第二款规定：“联合体各方应当共同与建设单位签订工程总承包合同，就工程总承包项目承担连带责任。”以上是法律及规章层面对于工程承包联合体责任的主要规定，核心内容是联合体各方就承包合同的履行向发包人承担连带责任，并未规定联合体各方是否需要就分包合同的履行向分包单位承担连带责任。

二、工程总承包联合体是否需对联合体成员单方签订的分包合同承担连带责任的分析

关于工程总承包联合体是否需对联合体成员单方签订的分包合同承担连带责任，在审判实践中由于工程总承包方面的司法判例较少，所以以施工总承包的案例作为参考，目前存在两种截然不同的观点：

观点一：联合体各方无需就联合体成员签订的分包合同承担连带责任。

观点一的依据在于，《民法典》第一百七十八条第三款规定：“连带责任，由法律规定或者当事人约定。”法律并未规定联合体成员需就分包合同向分包单位承担连带责任；从合同约定的角度，其他联合体成员并非分包合同签订主体，要求承担连带责任突破了“合同相对性”原则。在以下两个司法判例中，法院意见与该观点是一致的。

案例一（2017）京01民再88号：泸州三建公司和广东珠江公司组成的施工联合体作为承包人与发包人签订了施工总承包合同。之后泸州三建公司与李勋华

签订《内部承包协议》，将其施工范围内部分工程发包给李勋华。后与李勋华因结算争议诉诸法院，一审、二审法院均以李勋华与广东珠江公司未签订合同为由驳回了李勋华要求广东珠江公司承担连带责任的请求。再审法院认为“关于李勋华申诉所称的广东珠江公司应承担连带责任的问题，因广东珠江公司并未与李勋华签订任何合同，故李勋华主张广东珠江公司承担连带责任的申诉理由缺乏依据，本院不予采信。”

案例二(2016)鄂 09 民终 1114 号：法院认为“深圳安芯公司、合肥未来公司、中国移动大悟公司自愿订立《联合体协议书》。联合体成员共同与大悟县公安局签订合同书，并就中标项目向大悟县公安局负连带责任和各自的法律责任。深圳安芯公司将大悟县天网工程中心机房改造项目发包给振源公司施工，发包人是深圳安芯公司，不包括合肥未来公司、中国移动大悟公司，且合肥未来公司、中国移动大悟公司亦未在该合同上签字盖章，应当认为其不是合同的当事人，《大悟县天网工程中心机房改造工程施工合同》与深圳安芯公司、合肥未来公司、中国移动大悟公司根据《联合体协议书》约定与大悟县政府签订的天网工程总包合同无关。”

观点二：联合体各方需要就联合体成员签订的分包合同承担连带责任。

观点二的主要依据包括：（1）联合体成员因所承包工程而产生的债务承担主体为联合体，但联合体不具有独立法人地位与独立承担民事责任能力。从联合体性质看，属于“合伙型联营”，根据原《民法通则》的规定，联营各方依照法律的规定或者协议的约定负连带责任的，承担连带责任。既然联合体协议中约定向发包人承担连带责任，则应认定联合体成员向外承担责任的方式即为连带责任，不论是向发包人还是分包人；（2）联合体因分包合同的履行而受益，联合体成员承担连带责任符合权责一致原则；（3）根据规定，合作开发房地产中，对于合作一方对外签订的建设工程施工合同，合作各方需承担连带责任。联合体中标后对外分包，与该性质相同，也应适用该规定。在以下两个司法判例中，法院均持该观点。

案例一（2017）甘民申 597 号：甘肃省高院再审认为：“依据合同相对性原则，《工程合同》约束的是合同的双方，即南京利郎公司与江苏源汇公司。在共

同组成的联合体工程施工行为中，主体难以绝对独立。南京利郎公司系‘利郎龙源’联合体的牵头人、具体施工人，南京利郎公司因中标施工工程产生的债务承担主体为‘利郎龙源’联合体，但‘利郎龙源’联合体并不具备法人的主体身份，其没有独立承担民事责任的行为能力。依据《中华人民共和国民法通则》第五十二条规定，并参照南京龙源公司与南京利郎公司签订《联合体协议书》中对招标人承担连带责任的约定，南京龙源公司与南京利郎公司对其组成联合体后中标并具体施工工程中产生的债务，应当由联合体‘利郎龙源’组成成员各方共同承担。”

案例二：（2017）苏 02 民终 3470 号无锡中院二审认为：“本案中，本院认定中城建公司应对中商福润公司返还保证金承担连带责任，理由如下：首先，根据‘合伙型联营’的性质，既然协议约定了对外承担连带责任，即表示联营各方确定了对外承担责任的方式为连带责任，而不能理解为有选择性的对某一方承担连带责任。涉案工程由联合体中标后，中城建公司并未实际施工，而是交由其他单位施工。天宇公司作为涉案工程的劳务分包人，其也是联合体的相对方，联合体也应依据联合体协议确定承担责任方式履行。其次，涉案工程为 BT 项目，根据联合体协议的约定，中商福润公司是负责融资工作，其向天宇公司收取保证金既是按行业规定由天宇公司提供资金担保，又具有前期融资的性质，即使是在联合体成立之前收取的 1000 万元，因现有证据已可以明确是针对涉案工程，也具有同样的性质，该款项的受益方即为联合体。中城建公司对天宇公司作为实际的劳务分包人予以确认，其作为联合体的一方，负责施工总承包工作，应当对中商福润公司与劳务分包方之间的约定情况及保证金收取情况也系明知且认可的。因此，中城建公司对返还保证金承担连带责任符合权责一致的原则。最后，根据相关规定，合作开发房地产合同中一方当事人作为发包人与承包人签订建设工程施工合同，合作各方当事人应对欠付承包人的工程款承担连带责任。该项规定的目的是为了防止合作体利用合作各方当事人履行能力的差异而逃避债务，损害承包人利益。本案是联合体中标后将劳务分包，与之性质相同，也应当适用该项规定。因此，一审法院认定由中城建公司与中商福润公司共同返还保证金并无不当。中城建公司实际承担返还责任后可与联合体成员中商福润公司进行内部结算。”

笔者支持第一种观点，理由如下：

1. 《民法典》明确规定连带责任由法律规定或当事人约定。原《民法通则》规定联营各方依照法律的规定或者协议的约定负连带责任的，承担连带责任。应当理解，连带责任要么基于法律规定，要么基于协议约定。工程总承包联合体无论是作为“合伙型联营”还是其他非法人性质主体，均无法律规定联合体各方对联合体成员签署分包合同的连带责任，故对于联合体各方对联合体成员签署分包合同连带责任的认定应当尊重当事人的合意，以联合体协议为准。联合体各方有权在联合协议中约定向何方承担何种责任，只要这种约定不违反法律、行政法规的强制性规定，该约定就是有效的，应当被尊重。尤其是当事人合意作为判断联合体向外承担何种责任的唯一依据时，应当以当事人约定为准，而不能随意作扩大解释，突破合同相对性，在约定之外强加责任。

2. 从工程总承包实践的角度，工程总承包联合体通常包括勘察单位、设计单位、施工单位等，勘察、设计单位在总承包合同中除作为牵头人外，一般也只是负责勘察、设计工作，收取的费用相对较少，但是基于《建筑法》的规定需要向发包人就工程总承包合同承担连带责任，已经存在责任风险过重的问题，如再对施工单位向外签订的劳务分包合同、专业分包合同承担连带责任，实际上增加了更多不可控风险，有违公平，且易损伤勘察、设计单位以联合体形式参加工程总承包的积极性，实际上为工程总承包发承包方式的多样化探索设置了障碍，不利于行业发展。

法院支持对不调差合同进行调差后，确定应予调差金额所采用的调差方法

在司法实践中，虽然合同约定了人工、材料价格不因市场价格波动而调整，但如果施工期内人工材料价格出大幅上涨，被法院认定为属于情势变更或者是因发包人原因导致延期开工或工期延误期间出现的上涨情况，部分法院会支持承包人关于人工、材料价格调差的主张。但是，由于合同明确约定不调整人工或材料价格，合同中自然也没有约定相应的调差方法。在此情形下，支持调差的法院将如何确定应予调差的具体金额？经检索相关案例，法院在确定应予调差金额时所采用的调差方法主要有以下几种：一是参考主管部门发布的指导文件进行调差；二是参考承包人提供的采购合同等材料进行调差；三是对约定不予调差的材料，参考合同中已有约定的其他价格调差方法进行调差；四是参考鉴定机构作出的鉴定意见法院酌情确定调差金额。

❖ 关联法规

《中华人民共和国民法典》

第五百一十条 合同生效后，当事人就质量、价款或者报酬、履行地点等内容没有约定或者约定不明确的，可以协议补充；不能达成补充协议的，按照合同相关条款或者交易习惯确定。

📌 精选案例

【裁判要旨】参考主管部门发布的指导文件进行调差。

华能白城风力发电有限公司与吉林东煤建筑基础工程公司建设工程施工合同纠纷

最高人民法院

(2019)最高法民申 3386 号

【案情简介】

华能公司与东煤公司于2011年4月签订《华能通榆新华1B风电场(49.5MW)工程风机与箱变基础施工合同》和《华能通榆新华1C风电场(49.5MW)工程风机与箱变基础施工合同》，约定由东煤公司进行案涉工程项目的施工，合同执行固定总价，计划2011年5月20日开工，2011年9月20日竣工。由于华能公司建设风电场所需审批文件尚未办理完成，导致工程未能如期开工，实际开工日期为2011年9月。东煤公司主张在此期间内，吉林当地水泥价格发生大幅增长，要求华能公司承担水泥调差款。法院认为，华能公司违约导致工程延期开工，是东煤公司施工成本增加的原因，东煤公司主张的水泥调差款在性质上属于华能公司上述违约行为所造成的损失，华能公司应予以赔偿。

【裁判观点】

东煤公司主张工程施工中水泥价格上涨由当事人以签证增加工程量形式体现，水泥调差款共计应为1389825元。二审法院认为，吉林省住房和城乡建设厅2011年12月1日下发的《关于2011年度吉林省建设工程结算有关规定的通知》（吉建造[2011]18号）第二条规定：“由于今年水泥市场价格上涨幅度较大，比2010年同期涨幅超过50%，发、承包双方在招投标和签订合同过程中无法预测。发、承包双方合同中对水泥价格未明确风险范围和超出风险范围未明确调整办法的，工程结算时可以按工程投标期信息价格为基数，水泥结算差价10%以内部分由承包人承担，超过10%以上部分由发包人承担，签订补充协议协商解决”。从监理单位盖章确认的工程量变更签证单、工程量确认单和预算表体现的数据看，东煤公司主张的数额并未超过上述文件规定应由发包人承担的范围，因此华能公司应给付东煤公司工程款1389825元。最高院在再审中也认为，上述政府文件对于水泥价格上涨成本的负担提出了指导性意见，虽提出双方签订补充协议协商解决，但对于双方无法就水泥调差问题达成一致意见诉至法院的，二审法院参考政府文件中确定的水泥调差款负担比例认定双方责任，并无不当。东煤公司主张的水泥调差金额在该政府文件确定的发包人应承担的差价比例范围之内，二审法院予以支持并无不当。

【裁判要旨】 参考承包人提供的采购合同等材料进行调差。

云南光远建筑有限公司与德宏明瑞达新龙房地产开发有限公司建设工程施工合同纠纷

最高人民法院

(2019)最高法民申 5826 号

【案情简介】

2010 年，光远公司经招投标，分别中标了明瑞达公司开发的德宏州中等职业学校、德宏州职业学院教师住宅一标段、教师住宅二标段、教师住宅三标段的工程。之后，光远公司与明瑞达公司先后签订了三份《建设工程施工合同》，均采用固定价格。双方后又签订《补充协议》，约定计价模式按照云建标[2003]668 号文《云南省建筑工程消耗量定额》、《云南省建设工程造价计价依据》、《云南省建设工程计价规则》、《云南省建筑装饰装修工程消耗量定额》、《云南省安装工程消耗量定额》、《云南省建设工程措施项目计价办法》、《云南省施工机械台班费用计价办法》及云南省住房和城乡建设厅相关配套文件的规定计算，材料价格以同期云南德宏州材料价格信息指导价为准。

【裁判观点】

关于商品砼价格调差的问题，光远公司认为应当按照同期材料价格信息并按照鉴定意见方案三中对商品砼的价格的推算方法（即商品砼价格按倒置估算法计算的商品砼价格施工期间平均价执行）确认材料价格。二审法院认为，双方在《补充协议》中约定“材料价格按照云南省价格信息德宏州同期价格信息计价”，而同期材料价格信息中并没有商品砼的价格，光远公司下属各处与明瑞达公司分别签订材料定价单，对主要材料价格进行了确认，由于光远公司对各处负责人的身份未提出异议，而光远公司下属各处实际参与了施工，且各工程处确认材料价格均一致，一审法院将光远公司各工程处负责人确认的材料价格视为代表光远公司作出，并据此作为确认材料价格的依据，并无不当。最高院也再审中也认为，光远公司各工程处负责人与新龙公司分别签订材料定价单对主材价格进行了确认，

且各工程处确认的材料价格一致，各工程处负责人前述行为属于职务行为，对光远公司具有法律约束力，故材料价格应按双方签字认可的价格计算。

【裁判要旨】对约定不予调差的材料，参考合同中已有约定的其他价格调差方法进行调差。

万年县清华城房地产有限公司、城开建设集团有限公司建设工程施工合同纠纷

最高人民法院

(2020)最高法民申 1540 号

【案情简介】

2015 年，清华城公司实际控制人蔡阳厚、城开公司总裁赵卫汉等人召开了清华城西苑工程承发包合同主要条款敲定会议并签订《备忘录》，议定本工程施工合同由城开公司与清华城公司签订，施工合同中的材料调差规则为施工当期市场采购价经双方询价确认，所有主材的价格（上饶市官方信息价）超过或低于市场价的±5%则按市场价进行调差，反之不调整。之后城开公司与清华城公司正式签订《建设工程施工合同》，明确约定该合同内容与《备忘录》相抵触或矛盾时，以《备忘录》为准。在一审审理过程中，城开公司申请就其承建的工程造价进行鉴定，鉴定机构出具鉴定意见如下：经鉴定，由城开公司承建的工程基础造价为 35,305,567.99 元。

【裁判观点】

二审法院认为，对主材价格计价依据，《备忘录》约定以上饶市官方信息价为基础，如上饶市官方信息价超过或低于经双方询价确认的市场价的±5%，则按双方确认的市场价进行调整。在施工过程中，城开公司向清华城公司提供了询价报价，但清华城公司拒不确认。在此情况下，由于没有双方确认的市场价，且不可归责于城开公司，按照《备忘录》约定应当以上饶市官方信息价为计价依据。

鉴定机构明确在没有双方确认的市场采购价的情况下，采纳同期江西省造价信息价中上饶市建设工程常用材料信息价格汇总表中价格为计价依据，符合当事人的约定。从双方约定的内容看，《备忘录》以及《建设工程施工合同》只对主材（钢筋、水泥、砖、砂、石）约定了上饶市官方信息价与双方确认的市场询价进行调差，对非主材没有限定。经查，鉴定意见的所含《价差汇总表》中，对主材价格以及非主材价格依据定额价与市场价进行了调整，既有增加的内容如水、电、汽油、柴油等，也有调低的内容如钢筋、钢板、碎石等，鉴定机构适用上饶市官方信息价并无错误，清华城公司的主张没有事实、法律依据。再审法院也认为，鉴定机构采用同期江西省造价信息价中上饶市建设工程常用材料信息价格汇总表中价格确定案涉工程材料价格，既符合本案情况，也与主材价格参照同期江西省造价信息价执行的惯常做法一致。

【裁判要旨】参考鉴定机构作出的鉴定意见酌情确定调差金额。

武汉第四建设集团有限公司与武汉市后湖发展区物业有限公司建设工程施工合同纠纷

最高人民法院

（2018）最高法民再 166 号

【案情简介】

2009年12月1日，后湖公司（甲方）与四建公司（乙方）签订《嘉锦苑小区工程建筑施工补充合同（执行合同）》（以下简称执行合同），四建公司承建“嘉锦苑”1#、2#住宅楼及商业楼（3号楼）项目，1#、2#住宅楼采用固定总价合同，合同价款为3350万元，商业楼（3号楼）工程按照住宅楼清单的综合单价、标准及计价方式据实结算（相应的材料如钢材价格均不作调整）。除设计变更、工程变更外，合同工期内合同价款均不得调整（包括因招标工程量清单与实际施工图纸的差异引起的量差、以及乙方投标少报、漏报、错报项目）。2010年2月4日，招标代理机构和后湖公司针对嘉锦苑工程向四建公司发出《中标通知书》。2010年2月6日，双方又签订一份《湖北省建设工程施工合同（备案合同）》，约定工

程为“嘉锦苑”1#、2#住宅楼及商业楼、配套用房。合同采用固定总价合同，包括施工期间市场价格波动和国家政策性调整等一切风险系数。2011年4月8日，四建公司向后湖公司发出《工作联系函》，载明：“1、3#楼商业楼价款的结算。除钢材、水泥、商品砼、加气混凝土砖等主材按施工当期《武汉建设工程价格信息》计取材料预算价以外，其他均按原施工合同执行（人工费增涨幅度较高，加之需要日夜抢工，请予以考虑）”。2011年11月20日，后湖公司项目经理周健在《关于建设工程竣工结算材料价格调整的指导性意见》鄂建[2011]145号材料上签署“在2011年12月15日前完成并取得竣工备案证的前提下，3号楼主材、人工价格等事宜，我司将结合施工实际情况，参考该相关文件规定，待竣工结算时给予综合考虑并协商处理”。双方因涉案工程结算事宜协商未果，四建公司提起诉讼。审理中，后湖公司和四建公司确认嘉锦苑1#、2#楼按2009年12月1日执行合同约定标准进行结算。

2018年6月10日，武汉长城工程造价咨询有限责任公司出具《嘉锦苑3#楼工程造价两种计算方式的比较》，载明本案两种工程造价计算方式系指按定额据实计价（依据国家定额或施工期《武汉市建筑工程价格信息》加权平均价结算）和按照合同约定计价（按照合同约定的综合单价结算）。两种计算方式导致工程造价存在六项差额内容，分别为：人工费差额43.78万元，材料费差额665.24万元，机械费差额10.98万元，安装费差额20.5262万元，措施费差额4.82万元，间接费差额60万元，以上共计差额为805.3466万元。其中材料费中主材部分差额共计629.62万元，主要包括钢筋、混凝土、水泥和加气块四项内容。

【裁判观点】

关于调差的数额，根据鉴定机构的回复意见，四建公司与后湖公司各自作出的差异计算方式都有一定的合理性，但考虑到后湖公司所主张的合同工期内外分阶段项目及数量界定准确性未经双方当事人认可，四建公司主张实际造价确实远高于合同约定结算方式造价，又考虑到双方当事人对案涉两份建设工程施工合同被认定为无效均有过错，本院依法酌定对差异造价数额673.4万元（629.62+43.78）的80%（包含鄂建[2011]145号材料中规定的由承包人承担的

5%变化幅度以内的材料价格)予以调整。

四川圣河正基建设工程有限公司、魏艳建设工程分包合同纠纷

四川省高级人民法院

(2020)川民申 4464 号

【案情简介】

雅安市铜头引水工程干渠施工 I 标段经招投标由水利电力公司中标承建。2013 年 2 月,水利电力公司与水投公司签订《雅安市铜头引水工程干渠施工 I 标段施工合同协议书》。2013 年 4 月,水利电力公司与圣河公司签订《雅安铜头引水一标段劳务承包合同书》。2013 年 11 月,圣河公司(甲方)与魏艳(乙方)签订《建设工程劳务合同》,约定按照固定单价方式进行承包,合同单价包含人工费、材料费、机械费、生产生活临时设施修建及完工拆除、施工排水等,乙方已查勘过施工现场,乙方已充分考虑本工程因气候季节、工序协调、地质因素、停电等因素导致的施工停滞、窝工、物价涨跌因素等可能发生的所有风险,风险费用已含在合同单价中,甲方不再承担由于任何风险引起的费用。法院经审理认为,魏艳系自然人,不具备相应的建筑资质,故双方签订的《建设工程劳务合同》无效。结合 2013 年芦山“4.20 地震”灾后恢复重建工作全面展开过程中,部分材料供应紧张,价格上涨的客观事实,魏艳施工过程中因被拆迁人阻工导致工程延期,必然会导致人工费用增加,参照雅安市最低工资标准每年进行调整的客观实际,上述因素已超出合同约定的正常、合理的风险预期,理应对该正常、合理的人工和材料调差的费用予以补偿。

【裁判观点】

关于人工与材料调差费用的承担问题,经一审法院委托鉴定,鉴定机构的鉴定意见为关于政策性调整材料、人工费用涉及差异金额 4776524.65 元。二审法院与再审法院均认为,人工及材料调差费用金额巨大,如果仅以合同约定为风险包干价为由,对人工与材料调差完全不予考虑,既不符合本案查明的事实,也不符合约定,亦不符合权利义务相一致以及公平的原则。鉴于人工与材料调差的相

关材料系魏艳提供，根据本案实际，本院结合本案双方约定和已查明的事实，酌情认定圣河公司应支付魏艳的人员与材料调差费用为 1000000 元。

【实务简评】

从上述司法案例可以看出，当法院突破合同约定支持对人工或材料价格进行调差后，法院需要解决的下一个问题就是确定应予调差的具体数额。在司法实践中，部分法院会参考当地住建部门发布的指导文件确定调差金额。基于近期建筑材料价格出现大幅上涨的情况，各地住建部门已经陆续发布相关调整人工或材料价格的指导文件。例如，内蒙古自治区住房和城乡建设厅 2021 年 5 月 27 日发布的《关于做好建设工程材料价格风险管控的通知》（内建标〔2021〕93 号）中就要求“采用固定价格（固定单价、固定总价）合同的工程，对于合同中采用无限风险、所有风险等表述内容对材料价格风险进行明确约定的，……按工程项目所在地建设行政主管部门发布的建筑材料市场信息价与招标时基期价格相比，重新协商约定合同价款调整方法”。住建部门发布的指导文件在工程建设行业具有一定的普遍约束力。最高院在（2019）最高法民申 3386 号案中就认为，住建部门发布的行业指导性文件，不能直接作为人民法院审理案件的法律依据，但可以作为人民法院审理案件的参考。

由于承包人通常是主张材料调差的一方，需要对应予调差的金额进行举证。承包人提供的采购合同等证据可以直接反映承包人所支出的材料采购成本，能够在一定程度上证明承包人所主张的调差金额的合理性。因此，承包人的采购合同也是法院确定调差金额的依据之一。除此以外，如果合同中已经约定了某种材料的调差方法，当合同约定不予调差的人工或材料价格也被认定也需要调差时，参考合同中已有的调差方式进行处理，也较为符合当事人原意。如果发承包双方对调差金额无法协商一致，由鉴定机构进行鉴定也是部分法院采取的方式之一，法院再根据案件审理情况，参考鉴定机构作出的鉴定意见，酌情确定调差金额。

【专业建议】

面对人工、材料价格的大幅上涨，发包人与承包人可以就是否调差、调差方

式及调差金额进行协商。在约定不调差合同中，如发承包人双方协商一致确定进行调差的，在确定调差金额时，发承包人双方可以参考当地住建部门发布的相关指导文件调整；同时，承包人在提出调差申请时，也可以附上劳务分包合同及采购合同等材料，以进一步证明其自身因人工、材料价格上涨而增加的施工成本，证明调差金额的合理性，从而使得调差金额更容易被发承包人双方所接受。

发承包双方达成结算协议后能否再主张违约金或索 赔？

工程竣工验收合格后，发承包双方可能会达成结算协议，实践中存在部分结算协议并未明确约定最终结算价款是否包含工期或质量违约金、停窝工索赔等其他费用的情形。目前法律法规对于“结算协议是否具有终局性”并无明确规定，地方法院的指导意见观点不一，对于发承包双方是否可以主张结算协议以外的违约金或索赔等权利，各地司法实践存在较大争议，法院判决结果亦大相径庭。

❖ 关联法规

（一）部门规章/部门规范性文件、国家标准

1. 《建设工程价款结算暂行办法》（财建〔2004〕369号）

第十四条规定，工程完工后，双方应按照约定的合同价款及合同价款调整内容以及索赔事项，进行工程竣工结算。

2. 《建筑工程施工发包与承包计价管理办法》（中华人民共和国住房和城乡建设部令第16号）

第十九条规定，工程竣工结算文件经发承包双方签字确认的，应当作为工程决算的依据，未经对方同意，另一方不得就已生效的竣工结算文件委托工程造价咨询企业重复审核。发包方应当按照竣工结算文件及时支付竣工结算款。

3. 《建设工程工程量清单计价规范》（GB50500-2013）

第9.13.6条：发承包双方在按合同约定办理了竣工结算后，应被认为承包人已无权再提出竣工结算前所发生的任何索赔。承包人在提交的最终结清申请中，只限于提出竣工结算后的索赔，提出索赔的期限自发承包双方最终结清时终止。

【解读】

《建设工程价款结算暂行办法》规定了竣工结算应包括索赔事项；《建筑工程施工发包与承包计价管理办法》规定了发承包双方签字确认的工程竣工结算文

件应当作为工程决算的依据。但上述办法分别为部门规范性文件、部门规章，效力层级较低，亦无法由此得出竣工结算不包含索赔事项从而发/承包方即丧失索赔权利”的结论。

《建设工程工程量清单计价规范》第 9.13.6 条明确规定，竣工结算后，承包人无权再提出竣工结算前所发生的任何索赔。但该条并非强制性条文，不具有强制执行力。

（二）地方人民法院指导性意见

1. 《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》（京高法发〔2012〕245号）

第 24 条：当事人就工程款结算达成一致后又主张索赔的，如何处理？

结算协议生效后，承包人依据协议要求支付工程款，发包人因承包人原因导致工程存在质量问题或逾期竣工为由，要求拒付、减付工程款或赔偿损失的，不予支持，但结算协议另有约定的除外。当事人签订结算协议不影响承包人依据约定或法律、行政法规规定承担质量保修责任。

结算协议生效后，承包人因发包人原因导致工程延期为由，要求赔偿停工、窝工等损失的，不予支持，但结算协议另有约定的除外。

2. 《广东省高级人民法院关于审理建设工程施工合同纠纷案件若干问题的意见》（粤高法发〔2006〕37号）

第（四）条规定，没有证据证明当事人已同意不计算结算前的违约金和垫资款利息，一方当事人在结算完毕后再主张结算前的违约金和垫资款利息的，可予支持。

【解读】

北京市与广东省高院的指导意见并不一致。北京市高院的指导意见认为结算协议具有默认的终局性：除非结算协议中明示索赔事项另有约定，否则发/承包方再主张结算前的违约金、索赔等权利的，法院原则上将不予支持；而广东省高院的指导意见认为结算协议只有在当事人明示的情况下才具有终局性：除非有证

据证明当事人达成不再计算结算前的违约金、垫资款利息的协议，否则当事人对此再主张权利的，法院可予以支持。

精选案例

发承包方达成结算协议后再主张结算前的违约金、索赔等权利的，既存在予以支持的法院判决，也存在不予支持法院判决。

（一）法院予以支持的情形

杜兆光、广东富盛润丰精密制造科技有限公司建设工程施工合同纠纷案

广东省江门市中级人民法院

（2017）粤07民终2086号

【案情简介】

富盛公司作为发包人、杜兆光作为承包人签订了三份《建设工程施工合同（固定价款）》，后双方陆续签订《广东富盛润丰精密制造科技有限公司建设工程最终结算协议书》《杜兆光在富盛润丰全部工程最终结算明细》《结算协议书》对已完工程进行结算。因双方就违约金等问题产生纠纷，富盛公司向一审法院提起诉讼，请求杜兆光赔偿违约金。一审法院作出富盛公司有权向杜兆光主张承担该损失赔偿责任判决后，杜兆光不服提起上诉请求改判，认为《最终结算书》和《结算协议》已对施工工程进行全面结算，双方“不存其他遗留款项问题，不存在本协议未约定的其他未收款”，即双方保修条款仍然生效外，不存在其他纠纷和争议和工期延误索赔。

【裁判观点】

一审法院认为，本案结算中未涉及杜兆光逾期竣工造成损失的内容，富盛公司并没有放弃追究杜兆光逾期竣工的责任，杜兆光在约定的施工期间未完成工程竣工验收义务，未能如期交付承建的工程给富盛公司使用，客观上给富盛公司造成逾期交付工程使用的损失，杜兆光对造成该损失负有过错责任，富盛公司有权向杜兆光主张承担该损失赔偿责任。

二审法院认为,该《最终结算协议书》是对涉案三项工程总体工程量的结算,协议中列明各项工程项目及结算价格,协议内容均是工程项目,双方并明确没有对逾期竣工违约责任进行约定,结合协议书上下文义也无法得出富盛公司有放弃追偿逾期竣工违约责任的意思表示。综上,本院认定杜兆光应向富盛公司赔偿逾期竣工造成的损失,一审判决对此认定正确,本院予以确认。

(二) 法院不予支持的情形

1. 发承包双方在结算时明确约定放弃主张其他费用或索赔的权利

内蒙古新加多房地产开发有限公司、中建城市建设发展有限公司建设工程施工合同纠纷案
最高人民法院
(2017)最高法民终 883 号

【案情简介】

新加多公司作为发包方与中建公司作为承包方签订了《美百纳国际社区一期别墅区工程施工合同》等三个合同。双方因违约、合同解除等问题产生纠纷,中建公司向一审法院起诉,提出要求新加多公司支付欠付工程款、逾期付款利息、违约金等多项诉讼请求,新加多公司亦提出反诉请求。一审过程中,双方进行了结算工作,订立结算协议明确:“……结算金额为含税金额,且为中建公司完成本工程应获得的全部和最终的结算总额,亦是双方结算争议事项的最终解决。本结算协议签订后,双方承诺放弃对彼此其他任何形式的费用请求或索赔”。一审判决后,双方皆提起上诉。

【裁判观点】

一审法院认为,双方确认上述三个合同的结算金额为 99801600 元,包括但不限于以下内容:已完工程造价、剩余材料、合同约定的预期利润、资金利息、违约金、停工索赔等一切与本项目相关的所有费用,故新加多公司抗辩主张在此结算基础之上,再扣除农民工工资保障金、招标代理费等费用、中建公司主张可得利润及逾期利息均不予支持。

二审法院认为，双方承诺放弃对彼此其他任何形式的费用请求或索赔。从合同文义和目的来看，**结算协议是有关施工合同解除后为解决双方纠纷而订立，是对有关纠纷的一揽子解决。“放弃对彼此其他任何形式的费用请求或索赔”的表述，明确表明了这一结算金额是各方磋商、互谅的最终结果，不应再有任何扣减。**新加多公司关于扣减有关费用的主张缺乏事实依据，本院不予支持。

2. 发承包双方在结算时未明确保留主张其他费用或索赔的权利

五指山兆通房地产开发有限公司、海南金盛建筑工程有限公司建设工程施工合同纠纷案

最高人民法院
(2017)最高法民再 97 号

【案情简介】

兆通公司将位于翡翠经典 1-4 号楼项目工程发包给金盛公司总承包施工，双方已签订《工程结算书》。因双方就工程款等事宜发生纠纷，金盛公司向一审法院提出要求兆通公司支付工程款及逾期付款利息等诉讼请求。兆通公司也提出请求金盛公司支付逾期竣工违约金、工期延误违约金、未提交竣工材料等反诉请求。

【裁判观点】

再审法院认为，建设工程施工合同当事人在进行工程竣工结算时，应当依照合同约定就对方当事人履行合同是否符合约定进行审核并提出相应索赔。索赔事项及金额，应在结算时一并核定处理。**因此，除在结算时因存有争议而声明保留的项目外，竣工结算报告经各方审核确认后的结算意见，属于合同各方进行工程价款清结的最终依据。一方当事人在进行结算时没有提出相关索赔主张或声明保留，完成工程价款结算后又以对方之前存在违约行为提出索赔主张，依法不予支持。**由此，在涉案合同未就工程价款结算时保留违约索赔权利作出专门规定的情况下，一、二审法院对于兆通公司一审反诉主张金盛公司逾期竣工、工期延误以及未移交竣工验收资料等违约索赔请求未予支持，符合法律规定。

3. 发承包双方在结算时已知悉结算前的违约行为但对违约责任未要求另行处理

中十冶集团有限公司、惠州市惠百川实业发展有限公司建设工程施工合同纠纷 案

广东省高级人民法院
(2019)粤民再165号

【案情简介】

中十冶公司、惠百川公司在2012年签订《建设工程施工合同》，约定惠百川公司将某小区商住楼一期工程发包给中十冶公司施工，后签订《补充合同书》约定可以终止合同的情形及违约责任，其中《补充合同书》第九条约定：“如果中十冶公司发生违约行为的，中十冶公司退出施工现场后，惠百川公司除按本补充合同约定的工程造价的90%结算支付中十冶公司已完工程量的相应工程款外，不予中十冶公司其它任何补偿”。2013年，双方签订《终止协议》，2014年某造价咨询有限公司对涉案工程作出《建筑安装工程结算书》，中十冶公司、惠百川公司对造价咨询公司认定的造价均无异议。2015年惠百川公司出具《证明》给中十冶公司，该证明内容为：“中十冶集团有限公司施工的某某一期地下室、3#、5#楼工程，经双方审定后工程造价为38,950,164.9元，截止目前支付工程款为10,276,332元，剩余工程款我单位将分期支付至中十冶集团公司账户”。双方因工程款支付、违约责任等发生争议，中十冶公司向一审法院提起诉讼，本案经一审、二审、再审判决。

【裁判观点】

再审法院认为，从中十冶公司、惠百川公司双方约定的结算程序、结算过程及对结算结果的确认来看，双方已完成案涉工程的结算，《证明》应认为是最终结算的结果。结算的目的在于最终确定因履行建设工程施工合同所产生的债权债务，结算协议是就建设工程施工合同履行过程产生的包括工程款争议在内的各种争议进行协商达成一致的结果。在双方结算的过程中，惠百川公司完全明了《补充合同书》第九条约定的违约条款，惠百川公司并未按照工程造价90%结算，而是于2015年2月28日出具了《证明》给中十冶公司，中十冶公司对该《证明》也没有异议。对惠百川公司的上述结算行为应认为其不再追究中十冶公司的违约责任，表明惠百川公司在出具《证明》时已放弃或者已考虑了中十冶公司的

违约责任问题，不再计算结算前的违约金等。应认为双方就争议问题协商一致并以支付工程款的方式确认了案涉工程的债权债务。

【实务简评】

对于结算时发承包双方已经明确保留或放弃结算前违约金、索赔等权利的情况，法院往往会基于双方当事人的意思自治及合意，依照结算协议进行判决。

对于结算时未予以明确的情况，从笔者目前检索到的案例分析，虽然确实存在以当事人未明确放弃该等权利为由，支持当事人主张结算前违约金、索赔等请求的案例（（2017）粤07民终2086号），但在（2019）粤民再165号中广东省高院做出截然相反的判决，认定双方在结算时已知悉结算前的违约行为但结算协议未对违约问题另行约定的，视为已放弃或者已考虑违约责任。再结合上述最高院的判例可以看出，司法实践中逐渐呈现认可结算协议终局性的趋势，更偏向于认定除另有约定外，达成结算协议后当事人原则上无权再主张违约金、索赔等费用。

【实务建议】

鉴于司法实践中对此问题仍尚有争议，为避免产生不必要的风险和纠纷，建设工程的发包方和承包方在进行结算时应结合实际情况在结算协议或文件中明确存在争议的违约金、索赔事项，以及保留追偿的权利。如果发承包双方确实就工程的一揽子事宜的结算金额达成一致意见，则建议在结算协议或文件中明确约定放弃主张其他任何费用或索赔的权利。

由于项目公司原因导致建设期延误的责任承担

❖ 关联法规

《民法典》

第五百八十五条 当事人可以约定一方违约时应当根据违约情况向对方支付一定数额的违约金，也可以约定因违约产生的损失赔偿额的计算方法。

约定的违约金低于造成的损失的，人民法院或者仲裁机构可以根据当事人的请求予以增加；约定的违约金过分高于造成的损失的，人民法院或者仲裁机构可以根据当事人的请求予以适当减少。

第八百零三条 发包人未按照约定的时间和要求提供原材料、设备、场地、资金、技术资料的，承包人可以顺延工程日期，并有权要求赔偿停工、窝工等损失。

第八百零四条 因发包人的原因致使工程中途停建、缓建的，发包人应当采取措施弥补或者减少损失，赔偿承包人因此造成的停工、窝工、倒运、机械设备调迁、材料和构件积压等损失和实际费用。

🌈 精选案例

【案例一】霍邱县利民城乡建设投资有限公司、安徽霍邱经济开发区管委会合同纠纷

安徽省六安市中级人民法院
(2019)皖 15 民终 1419 号

【案情简介】

实施机构安徽霍邱经济开发区管委会与华力公司、龙元公司签订《霍邱县矿区、园区路网工程 PPP 项目合同》，约定在正式签署合同后 10 天由社会资本方组织进场施工。在签订合同时管委会已完成了部分道路施工的土地征用工作，满足了按时进场施工的条件。但社会资本方没有按照合同约定提交建设期的履约担保

金 3000 万元，没有成立项目公司，没有按时进场施工，只是在 2018 年 1 月底才对长集镇纬十一路进场施工，在建设施工过程中又停止施工。2018 年 3 月 26 日华力公司要求解除合同，随后又邮寄《终止意向通知书》，要求解除合同。现在合同已无法继续履行，管委会同意解除并要求社会资本方赔偿因违约给原告造成经济损失。

【裁判观点】

华力公司在签订合同后，未按合同约定的进度按期组织施工，不按监理要求申报施工许可，在做了一些工程前期准备工作后又停工，并不再履行合同，已构成违约。华力公司所称的外部环境的变化因素系可以预测的商业风险，不能认定为不可抗力，故其免责理由不能成立。

合同针对该行为约定了四部分违约金：迟延开工违约金、建设期内停工违约金、项目重新招标工程涨价造成原告的损失、施工造成的设施损毁。违约金具有补偿性和惩罚性，合同法规定违约金不能过分高于实际损失。本案中，原告诉请的违约金 1、2 两项具有重复性，考虑到合同刚开始履行即终止，原告诉请违约金数额明显过高，本院酌情予以调整。原告诉请的第 3 项重新招标的可能发生的损失，因被告的违约行为已在上述 1、2 项违约金中进行了处理，原告此损失本院不予支持。对于原告诉请的第 4 项设施损毁 50 万元，是原告为履行合同而进行了拆迁、拆除，虽然原告提出申请评估，但施工现场原设施已不存在，原告也未提供拆迁设施明细，评估实际已无法进行，但由于损失确实存在，本院在确定华力公司应承担的违约责任中一并酌情予以处理。

【案例二】曙光建设有限公司、鹿邑县人民医院建设工程施工合同纠纷

河南省周口市中级人民法院
(2019)豫 16 民终 703 号

【案情简介】

2016 年 6 月，曙光公司作为中标社会资本方与实施机构鹿邑县人民医院签

订《鹿邑县人民医院迁建项目一期工程 PPP 项目协议》，协议约定曙光公司为项目公司 PPP 合同项下的义务承担连带责任。2016 年 7 月，鹿邑县人民医院与项目公司签订《鹿邑县人民医院迁建项目一期工程 PPP 项目合同》，第 36 条 6 款 1 项约定建设进度延误违约金——因项目公司原因造成建设进度延误的，违约方应按照以下标准规定支付违约金：（1）违约方向守约方支付建设进度延误违约金每日人民币壹万元（¥10000 元）；（2）建设进度延误违约金最多不超过 500 万元。

2018 年 6 月曙光公司对鹿邑县人民医院迁建项目一期工程停止施工，止于 2018 年 10 月 14 日已逾期 120 天。鹿邑县人民医院向一审法院起诉要求责令曙光公司继续履行《PPP 项目协议》，并依法判令曙光公司支付建设进度延误违约金 1200000 元。曙光公司认为，与鹿邑县人民医院签订施工合同的是项目公司，曙光公司签订的协议是意向协议，不是建设工程施工合同，曙光公司承担工期违约责任没有法律依据。鹿邑县人民医院认为，PPP 模式下的系列合同是一个有机整体，曙光公司应当对该模式下全部项目合同承担连带责任。

【裁判观点】

《PPP 项目协议》协议约定曙光公司为项目公司 PPP 合同项下的义务承担连带责任，合同条款应对曙光建设有限公司具有合同效力，按照双方第二部分合同条款第 36 条 6 款 1 项约定建设进度延误违约金约定，根据本案合同约定双方工程施工价款标的额、结合延误工期可能导致的延期交付的损失与实际确定的违约金数额相衡量，原告请求被告支付建设进度延误违约金 1200000 元并无不当，予以支持。

根据鹿邑县人民医院与曙光公司签订的《鹿邑县人民医院迁建项目一期工程 PPP 项目协议》内容，明确约定曙光公司为其项目公司 PPP 合同项下的义务承担连带责任。该协议是双方真实意思表示，合法有效。当事人应当按照约定履行自己的义务，不得擅自变更或解除。该项目协议属于施工合同的组成部分，因其项目公司违约，一审判决上诉人承担连带责任符合双方约定。

【实务简评】

政府方需要对项目存在工期延误的事实承担举证责任。《民事诉讼法》第六十四条及《仲裁法》第四十三条第一款均明确了“谁主张谁举证”的原则，《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》明确了民事证据高度盖然性原则。《民法典》第八百零四条规定：“因发包人的原因致使工程中途停建、缓建的，发包人应当采取措施弥补或者减少损失，赔偿承包人因此造成的停工、窝工、倒运、机械设备调迁、材料和构件积压等损失和实际费用。”具体到PPP项目中，实施机构应当举证证明存在工期延误，出示相关合同以及开工报审表、开工令、开工报告等工程进度证明文件、竣工验收文件进行对照，证明约定工期天数/进度与实际不一致、工期延误影响天数。而项目公司可以举证证明工期延误并非属于己方原因所致。如双方未能就工期延误天数达成一致，则双方可申请进行工期鉴定。

关于违约金的金额，在一般情况下，PPP 项目合同中对于因项目公司原因导致工期延误会明确约定违约责任，实施机构依据合同条款向社会资本方主张违约金具有明确的依据。但对于合同约定违约金明显不合理的情况下，法院有权依据《民法典》第五百八十五条第二款规定对违约金的金额酌情减少。

【专业建议】

1. 对社会资本方的专业建议

社会资本方在进行 PPP 项目投标时应当结合项目中工程的具体情况对建设期是否合理作出评估，如建设期过短，需要在招标过程中向政府提出澄清意见。在项目建设过程中，如发生不可抗力、因政府方未提供建设条件等原因，导致建设工期无法按照 PPP 合同约定进行，应当及时与政府方进行沟通并保留书面证据文件。对于涉及项目用地范围较广、情况较为复杂的 PPP 项目（如涉及管网建设的项目），可以考虑划分子项目计算建设期，避免因为部分项目用地无法按时提供而导致整个项目建设期受到影响。如由第三方负责项目施工的，项目公司应当注意将 PPP 项目合同中约定的建设期违约风险在建设工程施工合同中转嫁给施工单位。在对建设工程施工合同设置施工单位违约责任时，建设工程施工合同中

约定的施工单位违约责任应当相当于或重于 PPP 项目合同中项目公司/社会资本方应当承担的违约责任，并适当考虑在施工单位违约的情况下对建设期绩效考核的影响对项目公司收益造成的损失。

2. 对政府方的专业建议

政府方应当根据项目建设的难易程度等情况合理设置 PPP 项目建设期，在 PPP 项目合同中明确约定建设期中关键节点，并明确相应的违约责任。为便于索赔，在必要时可约定社会资本方股东与项目公司承担连带责任。如政府参股项目公司的，可适当对政府方出资代表需承担的责任进行相应的剥离。

当项目建设期已经存在延误时，对于政府方而言，理想目标是同时达到争议解决和施工进度正常推进。基于项目实际情况不同，可同时或分包采取以下措施：

（1）告知项目公司擅自停工所造成的损失及其应承担的责任，包括工期延误的违约金及其他损失；（2）启动履约保函索赔程序，发函向银行提取履约保函；（3）结合现有证据材料全面整理索赔请求，确定谈判底线，与项目公司进行谈判。在可承受的范围内给予项目公司一定的经济支持，对于项目公司提出的索赔要求其限期内补充证据；（4）必要时做好解除合同的准备工作，包括但不限于：1）分析合同的解除条件；2）可以要求建设主管部门协调，并做好解除合同及后续报建的沟通工作；3）做好工程资料的移交工作以及备选承包商的选择准备工作。

房企频繁暴雷，一次性建设单位¹如何应对施工单位及其他参建单位涉及相关房企的债务而经营恶化的风险

自2020年6月，部分持票人称其持有的恒大商票未能如期兑付，恒大债务危机初现；2021年6月初，恒大河南许昌的“悦龙台”项目停工出现工人讨薪，施工单位对外宣称恒大拖欠工程款其无力支付工人工资，2021年6月、7月，恒大长期合作的三棵树涂料公司、中山郎斯家居公司等供应商纷纷披露恒大提供的票据存在逾期，多个地方法院接受债权人申请对恒大财产采取保全措施，恒大债务危机全面显现；2021年8月5日，为防止诉讼瓜分资产、保全资产，最高人民法院通知所有涉及恒大集团及其关联企业的案件统一移交至广州中院受理，截止12月，广州中院公布受理恒大案件的情况表明已有债权人起诉恒大相关案件367件。

恒大并非特例，受房企“三道红线”限制、房地产贷款集中度的融资要求及小业主按揭贷款的严控等监管政策的影响，房地产企业资金链断裂甚至破产越发增多。与其具有合作关系的施工单位/供应商因房企资金链断裂而遭受工程款/供应款无法收回的损失，一家大型房企的债务危机可能导致多家施工单位/供应商受到损失，例如因恒大债务危机，与其具有长期合作关系的中建集团各公司、南通二建、金螳螂建筑装饰、广田建设、亚夏装饰、达实智能、三棵树涂料等施工单位/供应商巨额工程款无法收回，在广州中院公布的受理恒大相关案件中，中建集团各公司起诉恒大的案件超过50件。

受到房企债务的影响，与其相关施工单位/供应商的财务状况也可能因此恶化，进而影响其经营状况、履约能力，导致在其他项目履约困难。如施工单位/供应商本身资金压力大，未及时回收资金可能导致资金链断裂，进而破产、彻底丧失履行能力；即使没有破产，因未从房企取得工程款该施工单位/供应商极有

¹ 一次性建设单位，也称一次性业主是指金融企业、科技企业等主营业务不是房地产开发，为了建设企业总部大楼、产业用房、产业物流园区等组建基建办公室进行项目开发建设的企业。

可能拖欠原材料供应商的款项，原材料供应商行使抗辩权拒绝继续供货，该施工单位/供应商其他项目的原材料也无法获得供应，导致其他项目进度缓慢。在大量施工单位/供应商因卷入其他房企债务危机而财务状况、履约能力下降的环境下，建设单位如何应对是一个紧迫的问题。笔者提出以下建议措施，供读者参考。

一、如施工单位/供应商财务状况已经严重恶化，发生资金链断裂、被法院采取协助执行措施不能解决或者存在破产风险的情况下，建议解除合同，并做好合同解除后的工程界面划分、撤场等事宜

施工单位/供应商的资金链断裂，往往伴随大量诉讼、保全以及法院协助执行措施，该单位无法维持经营，基本上已丧失继续履行的能力，为避免对工程进度、造价等造成更为不利影响，一旦发现这种情形建设单位最好是及时解除合同。

解除合同的方式分为双方协商解除和建设单位单方解除。施工合同的解除，通常会面临新旧施工单位工程界面划分及相应已完工程量难以确定的风险、难以重新报批报建的风险（如重新办理施工许可证时，主管部门要求提供合同解除的协议或者合同解除的裁判文书）、非自愿撤场时可能导致群体事件的风险以及建设主管部门对由新单位进行工程验收不认可的风险。而在双方协商解除合同的情况下，可通过约定的方式对上述事项达成一致，解除后上述风险较小，因此首先考虑协商解除合同，但协商解除时施工单位通常会提出补偿要求以及放弃追究违约责任等要求，公司内部决策时需要综合权衡利弊。不能协商解除的情况下，只能采取单方解除合同，需具备解除合同的依据，发出解除通知，以及做好合同解除后的证据收集、与主管部门协调沟通等事宜。

如双方协商解除合同，协商的内容包括但不限于已完工程量及已完工程合同价款的确定、工地遗留材料设备的处理、清点与移交、后续施工报批报建及竣工验收配合等。应在合同终止协议中对以下事项做出安排：已完工程量以及结算支付事宜、报批报建及工程竣工验收配合、工程维保及质量保证金的预留事宜、工程质量缺陷整改事宜、现场材料的处理等。

建设单位单方解除合同需具有单方解除权。《民法典》第五百六十二条第二款规定：“当事人可以约定一方解除合同的事由。解除合同的事由发生时，解除权人可以解除合同。”即如果施工单位/供应商资金链断裂已经构成施工合同约定

的建设单位有权单方解除合同情形，建设单位有权根据合同约定要求单方解除；《民法典》第五百六十三条第一款中规定：“有下列情形之一的，当事人可以解除合同：……（二）在履行期限届满前，当事人一方明确表示或者以自己的行为表明不履行主要债务；（三）当事人一方迟延履行主要债务，经催告后在合理期限内仍未履行；（四）当事人一方迟延履行债务或者有其他违约行为致使不能实现合同目的；……”虽施工合同未作约定，但施工单位/供应商因缺乏履行能力其行为已经构成本条规定的情形，建设单位可根据本条规定单方解除合同。此外，《民法典》第五百二十七条第一款规定：“应当先履行债务的当事人，有确切证据证明对方有下列情形之一的，可以中止履行：（一）经营状况严重恶化；（二）转移财产、抽逃资金，以逃避债务；（三）丧失商业信誉；（四）有丧失或者可能丧失履行债务能力的其他情形。”第五百二十八条规定：“当事人依据前条规定中止履行的，应当及时通知对方。对方提供适当担保的，应当恢复履行。中止履行后，对方在合理期限内未恢复履行能力且未提供适当担保的，视为以自己的行为表明不履行主要债务，中止履行的一方可以解除合同并可以请求对方承担违约责任。”如有确切证据证明施工单位/供应商存在经营状况严重恶化或丧失履行债务能力的其他情形，建设单位也可以在履行义务前中止履行并通知对方，对方未提供担保且合理期限内未恢复履行能力的情况下，建设单位也可主张解除合同。

单方解除合同需要建设单位向施工单位/供应商发出解约函，保留送达函件的记录。施工单位/供应商退场前应注意收集已完工程量、工程界面的证据，并注意检查已完工部分是否存在质量缺陷，如施工单位/供应商不配合划分工作界面和检查工程质量，建设单位在发函催告其配合仍未配合后，可以委托有资质的第三方造价鉴定机构并会同监理单位、新施工单位对已完工程量、工程界面及工程质量进行清点、审核、确认，同时委托公证机构对该过程进行公证，保留相关视频、图片证据；如存在工程质量缺陷，则委托第三方质量鉴定机构进行鉴定。第三方鉴定机构优先选择施工合同争议解决管辖机构或其上级法院建立的鉴定目录中的鉴定单位，先由造价鉴定机构提出一个公证方案，委托公证机构按照该方案进行公证，最后由造价鉴定机构依照公证材料计算出工程量和工程款。第三方鉴定机构核定审核的结果需由建设单位、监理单位与新施工单位签署确认，确保新施工单位认可第三方机构核定的工程界面划分与工程质量责任的认定，防止

其今后推诿责任。

合同解除后报批报建手续的办理可能是面临的障碍，一旦决定解除合同，建设单位应及时与建设主管部门进行沟通，了解更换施工单位后变更施工许可证的条件以及已完工程分部分项/专业工程的验收安排。建设主管部门在施工合同解除后重新办理施工许可证时，为避免纠纷通常会要求建设单位提供终止协议或者提供法院关于解除合同的生效判决，因此，在未能协商解除合同的情况下，建议事先取得建设主管部门谅解，尽量说服主管部门同意在建设单位出具承诺后先同意办理报建手续，若不能取得主管部门认可，则只能诉请法院裁决确认合同解除，并请求法院对合同解除做出先行判决。对于已完工程的分部分项/专业工程的验收安排，如原施工单位完成的工程量不大，则考虑与建设主管部门沟通，直接由新施工单位负责办理专项验收/分部工程验收；如原施工单位完成的工程量比较大要求由新单位办理验收的可能性小的情况下，建议与主管部门充分沟通，由第三方检测单位进行质量检测，确定已完成施工部分质量合格的前提下，由新施工单位负责分部分项工程的验收是否可行。如可行，由新施工单位验收，方便后续单位履行质量保修义务。

二、鉴于解除合同存在的种种风险，如施工单位/供应商的经营状况未完全恶化，可以考虑采取措施确保施工单位/供应商继续履行完毕

施工单位/供应商被其他房企拖欠工程款而资金困难，因此也未支付原材料供应商和分包商的款项，这种情况下原材料供应商和分包商可能选择行使抗辩权拒绝再向施工单位/供应商继续供货或履行，导致施工单位/供应商在其他项目上履行困难。如前所述，施工合同解除面临新旧施工单位工程界面划分及相应已完工程量难以确定、重新报批报建困难、对方非自愿时难以撤场等诸多困难。因此，如施工单位/供应商没有发生资金链断裂，经营状况未完全恶化的情况下，还可以考虑采取措施确保施工单位/供应商继续履行完合同，帮助措施主要是给与资金支持，但需注意支持的款项是否用于本项目建设，避免发生挪用。

出现施工单位/供应商资金周转困难情形，建设单位可以考虑在未超出该单位已完工程造价的范围内通过适当调节付款比例提前支付部分款项，因没有超过其已完工程造价，工程款超付的风险较小。但若建设单位拟超过工程造价预先支

付部分款项，则存在更大的风险，首先，为避免性质上被直接当作工程进度款进而在合同解除情况下对已完工程量产生争议，应该明确超付款项的性质是预付款或者借款，明确预付款/借款的扣回/返还方式；其次，存在预付款无法收回的风险，为了控制该项风险，最好要求该单位提供等额的履约担保或者预付款担保；还存在预付款被挪用的风险，建设单位可以考虑控制款项的流向，通过委托付款或者共管账户的方式直接向该单位的原材料供应商、分包商支付，需签订三方委托付款协议或者对共管账户的支付细节明确约定。

在施工单位/供应商因原材料供应商拒绝供货而无法履行情况下，施工单位/供应商因拖欠款项而失去信誉，即便向原材料供应商支付等额款项，该供应商仍可能拒绝供货。为重建信任，建设单位也可以出面与原材料供应商沟通，向其保证为本项目供应的材料不会被拖欠款项，尽量说服原材料供应商继续为本项目供货，如确无法说服还可尽量协调其他原材料供应商供货。建设单位可与施工单位/供应商、原材料供应商签订三方委托付款协议，达到原材料付款节点后施工单位/供应商委托建设单位直接向原材料供应商支付，三方协议中应载明请款流程、付款方式、发票开具、供货承诺及付款承诺等内容。

三、对施工单位/供应商经营状况恶化的应对不应局限于合同履行过程中，采购过程更需提前预防

合同履行过程中再对施工单位/供应商经营状况恶化进行处理难有万全之策，任何一种方式都存在一定风险，在采购过程中加大对施工单位/供应商资信状况的关注，避免资信存在问题的施工单位/供应商中标可以很大程度避免风险。可考虑采取以下措施：

1. 资格审查阶段严格审查投标人的财务状况，可以在招标文件中要求投标人提供近几年经审计的财务报表，由财务部门参与审查投标人的企业财务状况，对于财务状况不佳的投标人，取消其入围资格。

2. 定标前对拟中标单位的财务状况及履约能力进行考察，可选择以下方式：

- (1)通过网络搜索引擎以中标单位名称+拖欠工资(或欠薪)为关键词检索，如检索到该单位拖欠工人工资的新闻，可向当地人社部门或者住建部门进一步核

实，经核实存在该项事实，应重点防范履约能力不足风险。

（2）通过天眼查、企查查等第三方工具查询该单位风险，发现履约能力不足风险的线索。

（3）通过信用中国、中国执行信息公开网查询拟中标单位的信用信息，必要时要求该单位提供中国人民银行征信中心出具的《企业信用报告》。根据查询结果，拟中标单位有无失信被执行人信息、被采取限制消费措施、企业经营异常信息、重大税收违法案件当事人名单、政府采购失信名单等信用信息，判断该单位的财务状况及履约能力。

（4）通过中国裁判文书网、中国庭审公开网查询拟中标单位近年的诉讼信息。对涉诉信息进行分析，判断拟中标单位的经营活动是否陷入异常。

3. 在对本单位供应商库、材料品牌库进行年度检查时，加大对财务状况的考察力度。可通过网络、天眼查、企查查、信用中国、中国执行信息公开网、中国裁判文书网、中国庭审公开网等途径查询该单位的资信状况，根据实际需要，要求重点考察单位提供中国人民银行征信中心出具的《企业信用报告》、近几年经审计的财务报表。及时将财务状况恶化、资信较差的单位清理出库。

综上，在经济下行房企频繁暴雷的大环境下，施工单位等参建单位因涉及其他房企债务而经营恶化的风险需得到重视，一次性建设单位更需特别关注。采购过程中、定标前应加强对投标人财务状况、资信的审核，避免采购到资信不佳的单位；风险在合同履行过程中方暴露出，建设单位应对施工单位/供应商继续履行的能力做出判断，如经营状况未完全恶化，可以考虑采取提前支付部分款项、对其增信等措施确保施工单位/供应商继续履行完毕，若施工单位/供应商已丧失继续履行能力，需及时解除合同，为避免后续纠纷并做好相应措施。

PPP 项目收购法律尽职调查要注意哪些事项？

自 2014 年财政部和发改委联合推动政府和社会资本方合作的模式，至今七年间，各地 PPP 项目进行得如火如荼，但随着宏观市场环境的变化及政策影响，不少社会资本方（尤其是非国有控股的社会资本方）开始寻求退出 PPP 项目或引入新的投资者参与项目，市场上关于投资者收购 PPP 项目公司的声音此起彼伏：2021 年 3 月 2 日，济南高新发展股份有限公司发布公告称，其及其子公司旺盛生态环境股份有限公司拟收购安徽省黄山市歙县蓝田·桃源田园综合体 PPP 项目公司黄山蓝田天香农业科技发展有限公司 80% 股权；2021 年 9 月 8 日，首创环境控股有限公司发布公告，有条件地同意收购河南省驻马店市生活垃圾无害化综合处理再生利用 PPP 项目公司驻马店泰来环保能源有限公司约 85.64% 股权……

由于投资者收购 PPP 项目的目的在于获取 PPP 项目并以 PPP 项目获取稳定的收益，因此，PPP 项目的收购法律尽职调查工作，除了常规并购项目的调查内容，如项目公司设立、变更、资质、股权情况，重大债权债务及合同履行情况、重大资产、劳动人事、诉讼与执行情况，PPP 项目合规性及 PPP 合同的履行情况的调查也是法律尽职调查的重点。笔者结合参与的数十个项目收购经验，就 PPP 项目收购与常规并购项目法律尽职调查的不同关注要点，在本文中为大家一一道来。

一、项目公司股权情况及股权转让限制条件

项目公司是基于 PPP 合同约定而成立的特殊目的公司，因此，对其进行法律尽职调查，除了与常规收购项目一样对公司基本情况、股东出资情况和股权是否存在权利限制等情况进行调查外，还需要特别关注 PPP 合同中关于项目公司设立及运营的特别事项。

1. 项目公司是否已经按照 PPP 合同约定和公司章程规定实缴认缴出资

通常 PPP 合同对于项目公司注册资本金额、出资时间等有特别约定，需结合公司章程等法律文件关注该等特别约定的实际履行情况。

如注册资本未按章程规定实缴到位的，根据《最高人民法院关于适用〈中华

《中华人民共和国公司法》若干问题的规定（三）》第十三条、第十八条的规定，股权受让人知道或应当知道原股东未全面履行出资义务的，项目公司有权要求受让人履行出资义务，债权人有权向法院请求受让人在原股东未出本息范围内对公司债务不能清偿的部分承担连带的补充赔偿责任。

如注册资本实缴情况与 PPP 合同约定不符的，需关注 PPP 合同中是否有相关的违约责任条款，以评估相关违约责任对投资者收购项目公司的实际影响。

2. 其余股东是否均已放弃优先购买权

公司股东若存在多人的，根据《公司法》第七十一条的规定：“经股东同意转让的股权，在同等条件下，其他股东有优先购买权。”在 PPP 项目中，如政府方有股权投入的，则涉及政府方股东，如社会资本方为联合体投标的，则可能涉及其他社会资本方股东，因此尽调时需关注 PPP 合同和项目公司章程中对于股权转让程序以及其他股东的优先购买权有无特别约定。

3. PPP 合同是否存在对社会资本方股东转让项目公司股权的限制

因 PPP 项目涉及的行业一般为关系到社会民生的基础设施和市政设施行业，出于对项目运营的持续性和稳定性的要求，PPP 合同一般对于项目公司股权转让的期限有所限制，或对于受让方的资格条件有特别约定，或要求项目公司的股权转让需经政府方同意后方可进行。法律尽职调查需关注该等事项对于投资者进入的影响，避免该等事项对后续交易协议签订及履行的不利影响。

4. 项目融资合同是否存在对股权变动的限制条件

实践中融资机构可能要求项目公司发生股权变更情形的需提前取得其书面同意或对其债权作出令其满意的安排之后方可进行，否则融资机构有权解除融资合同并取消后续贷款。因此应核查融资合同是否有类似条款安排，建议提前与融资机构就股权变更事宜进行沟通。

5. 交易是否需履行特殊程序

项目公司的社会资本方股东为国有企业的，依据《企业国有资产交易监督管理办法》的相关规定，仅在满足特定条件时才可采用非公开协议方式进行交易，

需在交易前与当地国资监管部门核实项目公司股权转让是否需进场交易或具体的交易程序。

6. 社会资本方股东责任

投资者基于企业性质、企业制度等实际情况，对项目公司股东责任的接受存在差异，而实践中，部分 PPP 项目要求社会资本方对于项目公司的部分 PPP 合同责任(如融资、违约责任等)承担连带责任，因此，需仔细核查是否存在该等股东义务约定。

二、PPP 项目的合规性

PPP 项目合规是保障公司依托投资、建设、运营 PPP 项目从而取得稳定收入的前提，《关于规范政府和社会资本合作(PPP)综合信息平台项目库管理的通知》(财办金〔2017〕92 号)明确不适宜采用 PPP 模式实施的、前期准备工作不到位的、未建立按效付费机制的项目不得入库；《关于推进政府和社会资本合作规范发展的实施意见》(财金〔2019〕10 号)明确了规范的 PPP 项目应符合的条件，并列举了 PPP 项目形成的财政支出责任将认定为政府隐性债务的情形。因此，PPP 项目不合规的，不仅将导致项目无法进入财政部的 PPP 项目库，还可能导致项目涉及的政府付费无法纳入财政预算，项目公司无法获得付费。因此，尽职调查时应重点核查 PPP 项目的合规性，从程序和实质两个方面进行合规审查。

1. 项目是否已完成实施方案评审、物有所值评价、财政承受能力论证等必要手续，存量项目涉及国有资产、股权转让的是否已经按规定办理资产评估手续；
2. 项目是否按照法定程序采用竞争方式选取社会资本方，是否已依法签订 PPP 合同；
3. 项目是否已按规定纳入全国 PPP 综合信息平台项目库；
4. PPP 项目是否可采取 PPP 模式进行的属于公共服务领域的公益性项目，项目公司是否仅负责项目建设、不承担项目运营责任；
5. 项目是否建立与绩效考核机制并将付费与绩效评价结果相挂钩；
6. 项目是否存在政府方承诺回购社会资本方投资本金、承担投资本金损失

或承诺最低收益等，是否存在政府方为项目融资提供各种形式的担保、还款承诺等由政府实际兜底项目投资建设运营风险等违规情况；

7. PPP 合同政府方签约主体是否为县级或县级以上人民政府或其授权的机关或事业单位。

核查上述信息的目的在于避免 PPP 项目本身存在不合规风险，避免依据《关于推进政府和社会资本合作规范发展的实施意见》《财政部关于规范政府和社会资本合作（PPP）综合信息平台运行的通知》等规范性文件规定项目被认定为不规范项目而被退库、无法通过财政预算安排支出的风险。

三、PPP 合同的签订及履行情况

PPP 合同是 PPP 项目的重要法律文件，因 PPP 项目资产的所有权人一般为政府方，因此投资者投资 PPP 项目的主要方式为股权收购而不是资产收购。在此情况下，若项目公司因违反 PPP 合同导致需承担违约责任的，将会影响到投资者的交易目的的实现。因此，在法律尽职调查中，需重点核查项目公司的履约行为是否存在违约，从实践来看，项目公司常见的违约行为包括未按照 PPP 合同约定实缴注册资本，未按照 PPP 合同约定期限及时完成融资交割，未按照 PPP 合同约定经政府方同意后将 PPP 项目收费权质押，因项目公司原因导致建设期延期、未按 PPP 合同约定及时投产运营等。对于项目公司存在违约行为的，需核查该等合同中的法律后果，是否触发政府方追究违约责任或终止合同情形。

四、PPP 项目的建设情况及工程合同签订和履行情况

1. 建设情况

（1）工程建设手续办理情况

项目立项、用地规划、工程规划、施工许可等工程建设手续，是否按现行法律法规的规定完成，如未完成的，未完成的原因以及该等事项的责任分工在 PPP 合同中如何约定的，均需予以重点关注，并关注该等事项是否会对项目运营产生不利影响。

（2）项目目前的施工进度是否满足 PPP 合同约定的建设期进度要求。（2）

项目是否存在后续难以推进的风险，如施工单位与建设单位存在纠纷、政府方未能及时办妥征地拆迁手续导致无法及时提供项目用地施工等情形。

(3) 项目是否存在较多设计变更或工程量增减的情形。若施工过程中出现较多设计变更或工程量增减导致项目总投资超项目估算总投资 10%的，根据《国家发展改革委关于依法依规加强 PPP 项目投资和建设管理的通知》（发改投资规〔2019〕1098 号）等现行规定，项目投资规模超过批复投资的 10%的，项目是否履行了相应的手续，如未履行的，是否对后续项目收益的实现产生不利影响。

2. 工程合同签订及履行情况

尽调时需注意核查项目公司对外签订的工程类合同。如施工合同中，重点核查关于施工用地交付、工期顺延、工程款结算、不可抗力等与 PPP 合同条款产生联动的关键条款。工程款结算条款尤为重要，若施工合同工程结算原则与 PPP 合同的总投资建设原则不一致的，则可能出现最终财审金额无法涵盖项目公司与施工单位的工程结算的情况。对于其他工程相关合同，如监理合同、勘察设计合同等，也需核查合同期限、合同金额、权责划分等相关是否约定明确。

此外，需核查工程相关合同履行情况，包含开工日期及施工进度情况、进度款项支付、对外担保、潜在争议纠纷情况等。项目开工日期、进度等是否满足施工合同要求及 PPP 合同关于建设期的要求等；若项目公司与施工单位是否存在纠纷的，工人工资支付安排等是否符合现行法律规定，核查是否存在影响项目正常运营的事项。

五、项目运营情况

结合 PPP 合同约定，需重点关注：

1. 项目是否进入运营期，是否有相关的批复文件

一般而言，对于存在建设内容的 PPP 项目，合作期包含建设期与运营期，而从建设期进入运营期则需要达到一定节点或条件，或是竣工验收次日起算，或是试运营阶段结束次日起算，部分项目如污水处理项目还需要政府方作出相关批复文件才标志进入运营期，而运营期何时开始与项目公司何时开始收费紧密关联，因此尽调时需对项目是否已经进入运营期以及相关运营手续是否完善进行调查。

2. 项目公司运营阶段履约是否存在触犯运营期违约的行为

对于高速公路项目，运营期的违约行为可能包括违反合同规定违规收费或私自截留通行费收入、未按照合同约定对项目进行养护、擅自关闭部分或全部项目等；对于污水处理项目，则可能涉及处理后的出水水质未达到合同约定标准、擅自暂停污水处理服务等。若项目公司存在上述行为的，不仅可能影响到运营期绩效考核评价结果，根据 PPP 合同的约定还可能产生相应的违约责任，因此需关注 PPP 合同的相应违约条款并调查政府方是否与项目公司就相关违约行为的责任承担进行沟通。

3. 政府方付费或第三方付费是否按 PPP 合同正常履约

根据财金 10 号文规定：“符合条件的 PPP 项目形成的政府支出事项，以公众享受符合约定条件的公共服务为支付依据，是政府为公众享受公共服务提供运营补贴形成的经常性支出。各地要依法依规将规范的 PPP 项目财政支出纳入预算管理，重诺守约，稳定市场预期。”因此，涉及政府付费责任的 PPP 合同通常约定政府方负有将项目付费纳入财政预算的义务，在尽调时需核查项目付费是否已按规定纳入政府财政预算，政府方是否提供了该 PPP 项目支出纳入财政预算的决策文件。对于政府方实际未能及时付费的，应核查 PPP 合同的有关救济手段以及项目公司是否采取 PPP 合同约定的救济方式维护自身权益，并与政府方就该等欠付费用的支付期限达成一致。

【结语】

PPP 收购项目在其涉及行业、交易目的等方面均与普通收购项目存在差别，相应的，在尽职调查时除了关注项目公司本身的情况之外，还需重点围绕 PPP 项目实施情况及 PPP 合同的履行情况展开调查，避免投资者收购项目公司后因 PPP 项目存在合规瑕疵或项目无法推进导致交易目的落空甚至遭受损失的风险。

建设工程实务问答 3 则

1. 总承包资质能否承揽专业分包工程？

答：2015 年 1 月 31 日前，根据建设部《关于印发〈建筑业企业资质管理规定实施意见〉的通知》（建市〔2007〕241 号，已失效）第七条规定，取得施工总承包资质的企业，不再申请总承包资质覆盖范围内的各专业承包类别资质，即可承揽专业承包工程。

而在 2015 年 1 月 31 日后，总承包资质、专业承包资质和劳务资质不存在覆盖关系。取得施工总承包资质的企业可以承接施工总承包工程内各专业工程，但对于设有专业承包资质的专业工程单独发包时，应由取得相应专业承包资质的企业承担。

2. 施工企业破产后，实际施工人是否仍有权直接要求发包人承担工程价款支付责任？

答：目前存在不同观点。

一种观点认为，在建筑施工企业进入破产程序后，发包人欠付的工程款应作为债务人财产，由全体债权人公平受偿。若允许实际施工人向发包人主张权利，则构成建筑施工企业对个别债权人的清偿。

另一种观点认为，实际施工人对发包人的权利是司法解释基于保护农民工的合法权益而作出的特别规定，即使建筑施工企业进入破产程序，实际施工人的该项权利仍应受保护。

在江苏兴化法院判决陈中兴诉新兴公司等建设工程施工合同纠纷案中裁定：承包单位进入破产程序后，实际施工人不能向承包单位提起个别清偿之诉，仅能在双方就债务存在争议时提起确认之诉。实际施工人亦不能在欠付工程价款范围内向发包人主张权利。

3. 工程质量保证金预留比例超过 3%的约定是否有效？

答：首先，关于的施工合同约定的质保金扣留比例高于《建设工程质量保证金管理办法》规定的最高限额，是否会影响相关约定的效力，目前司法实践中存在不同的观点，但主流观点认为违反法律、行政法规的强制性规定的，合同无效，但《建设工程质量保证金管理办法》既非法律，也非行政法规，而是属于部门规章，原则上不能作为否定合同效力的依据。但如构成对公序良俗的违反，则根据《民法典》第一百五十三条和《全国法院民商事审判工作会议纪要》第 31 条可能被认定为无效。结合《建设工程质量保证金管理办法》第七条的规定，从该规定的规范对象、监管强度、交易安全保护及社会影响方面考虑，认为质保金扣留比例超过《建设工程质量保证金管理办法》规定的最高限额比较牵强。认为不影响此等约定效力的典型案例有（2019）最高法民申 650 号、（2020）最高法民申 3757 号等。

其次，司法实践中也有少部分判例以质量保证金明显超出《建设工程质量保证金管理办法》规定的范围为由，判决工程质量保证金超出 3%的部分无效。例如：（2020）赣民终 136 号、（2019）鲁 10 民终 3201 号、（2020）陕 09 民终 197 号等。此外，最高人民法院民事审判第一庭在其编著的《最高人民法院建设工程施工合同司法解释（二）理解与适用》中认为：工程质量保证金超过 3%的部分因违反《建设工程质量保证金管理办法》的规定，所以其不属于工程质量保证金，应当按照普通工程款来处理。但《最高人民法院建设工程施工合同司法解释（二）理解与适用》并不能作为法院的裁判依据，且最高院本身存在相反观点的判例，说明此观点并非最高院的主流观点。

最后，由于《建设工程质量保证金管理办法》本身并未对违反质保金扣留比例的法律后果进行规定，则即使相关约定被认定无效的，法院也会按照 3%来认定质保金的比例，与直接约定质保金扣留比例为 3%并无不同。



【地产与工程法律观察】

