

CITY DEVELOPMENT
LAW FIRM



季刊 2021/10
NO-02

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、王垚、缪金华、汤
硕晨、胡世珍、吴梦澜

责任编辑：缪金华、黄丹云

设 计：武娇

声明：

1. 本刊所载文章系建纬(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 年第三季度建设工程政策概览 | 1 |
| 工程总承包观察 | 9 |
| 珠三角地区工程总承包政策分析 | 9 |
| 以案说法 | 21 |
| “任意压缩合理工期”的认定标准及裁判规则 | 21 |
| “质量保修期满付质保金”的裁判认定规则 | 29 |
| 发包人向承包人主张委托第三方维修的费用的裁判规则 | 38 |
| 深度观察 | 48 |
| 关于政府采购中供应商提供虚假材料谋取中标、成交的认定标准的分析 | 48 |
| 建设工程施工合同无效或中途解除, 保修义务及质量保证金条款是否还需继续履行 | 53 |
| 实务问答 | 59 |
| 建设工程实务问答 3 则 | 59 |
| 诉讼专栏 | 62 |
| 办案手记 实际施工人纠纷案件的发包人应诉策略 | 62 |

2021 年第三季度建设工程政策概览

本栏目对 2021 年 7 月-9 月期间建工领域新政进行汇编整理，从工程总承包、农民工工资支付及保证金、房建市政类、PPP 项目四大块内容对本期新政进行简要介绍。

一、工程总承包新政

本季度出台与工程总承包相关的政策或通知的地方有：山西省、福建省、湖南省、山东省、广西壮族自治区、湖北省、河南省、浙江省、福州市、南宁市、河北省、北海市。

不少省市对工程总承包模式的规范作出了细化规定。山西省从工程总承包主要模式及推广适用范围、规范工程总承包招标投标管理、完善工程总承包管理制度这三大部分，对工程总承包做出进一步规范。河南省则从明确发展目标、加大推广力度、培育骨干企业、优化审批程序、实行激励惩戒五部分内容着手，加快推进工程总承包模式的落实。浙江省则设立了工作目标，以国资先行、稳步推进为原则，规范工程总承包项目发包和承包、优化工程总承包项目实施、规范联合体承包管理，并设立相关保障措施。南宁市对于工程总承包的适用范围及条件、发包前程序和工作、招标文件文本、最高投标限价、合同计价方式、发包方式等内容进行了细化规定。河北省、北海市也对工程总承包管理办法/管理实施细则的印发向社会公众公开征求意见。

对于工程总承包招标文件及合同文本，各省市也陆续出台指导意见。山东省印发了工程总承包招标文件示范文本及工程总承包合同示范文本等文件。福州市对工程总承包招标文件编制有关事项作出进一步规范。

同时，各省市亦从其他方面同步推进工程总承包项目的发展。福建省着力解决工程总承包项目衍生产业链过程存在的问题。湖南省对工程总承包招标评标相关事宜作出了详细的说明及要求。广西壮族自治区对建立装配式建筑工程总承包、全过程工程咨询、设计、施工和部品部件生产单位名录做出了规定。山东省为摸清工程总承包和全过程工程咨询业务开展情况开展了调研工作。

具体政策文件如下：

1. 山西省住房和城乡建设厅关于进一步推进山西省房屋建筑和市政基础设施工程总承包的指导意见
2. 福建省住房和城乡建设厅关于开展工程总承包延伸全产业链试点的通知
3. 关于《湖南省房屋建筑和市政基础设施工程总承包招标评标暂行办法》的解读
4. 关于印发山东省房屋建筑和市政基础设施项目工程总承包招标文件示范文本的通知
5. 关于建立装配式建筑工程总承包、全过程工程咨询、设计、施工和部品部件生产单位名录的通知
6. 山东省住房和城乡建设厅关于调研工程总承包和全过程工程咨询业务开展情况的通知
7. 关于成立湖北省工程总承包专家组和湖北省全过程工程咨询专家组的公告
8. 山东省住房和城乡建设厅 山东省市场监督管理局关于印发山东省房屋建筑和市政基础设施项目工程总承包合同示范文本等文件的通知
9. 河南省住房和城乡建设厅 河南省发展和改革委员会关于进一步做好房屋建筑和市政基础设施项目工程总承包管理的通知
10. 浙江省住房和城乡建设厅 浙江省发展和改革委员会关于进一步推进房屋建筑和市政基础设施项目工程总承包发展的实施意见
11. 关于征求《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（征求意见稿）》意见的函
12. 福州市城乡建设局关于进一步规范福州市房屋建筑和市政基础设施项目工程总承包招标文件编制有关事项的通知
13. 南宁市人民政府关于印发南宁市房屋建筑和市政基础设施工程总承包管理实施细则的通知
14. 北海市住房和城乡建设局关于向社会公众公开征求《北海市房屋建筑和市政基础设施工程总承包管理实施细则（征求意见稿）》意见的公告

二、农民工工资支付及保证金

2021年8月27日，由人力资源和社会保障部、住房和城乡建设部、交通运输部、水利部、银保监会、铁路局、民航局联合制定的《工程建设领域农民工工资保证金规定》（以下简称《规定》）发布，自2021年11月1日起施行。《规定》在《保障农民工工资支付条例》的基础上，对工程建设领域中农民工工资保证金的存储、使用和监管等进行了细化：

1. 《规定》扩大了工资保证金的存储主体范围，明确了与建设单位签订合同的专业承包企业也负有存储工资保证金的义务。

2. 《规定》扩大了适用的工程范围，不再对适用工程范围作出具体规定，所有工程项目都需要适用《规定》。

3. 相较于《工程建设领域农民工工资保证金暂行规定（征求意见稿）》规定的“施工合同造价在300万元以下的在建工程项目可以不存储工资保证金”，《规定》对缩小了不需要存储工资保证金的工程范围，即使是施工合同额低于300万元的工程，也需要满足“该工程的施工总承包单位在签订施工合同前一年内承建的工程未发生工资拖欠”和当地要求，才能确认是否可以免除存储工程保证金。

4. 《规定》明确工资保证金账户由施工总承包单位开立，并明确了存储程序与存储比例。虽然《规定》对存储比例作出了要求，但是允许对上限与下浮灵活调整，能够在一定程度上减轻存储主体的资金压力。

5. 《规定》明确保函应由施工总承包单位在工程所在地的银行申请开立，工程保证金银行保函应为独立保函。

6. 《规定》进一步强调法律责任，如果拒不执行存储工资保证金的要求，可能被责令停工，影响项目进度。对于施工企业而言，如果被给予限制承接新工程、降低资质等级、吊销资质证书等处罚，还会影响企业资信及新项目投标。

7. 目前各省市基本都出台了当地的工资保证金管理办法，鉴于《规定》要求“按照本规定及各地区具体实施办法执行”，在《规定》正式施行后，地方性规定也能继续适用。

就广东省而言，自2019年3月1日起施行的《广东省人力资源和社会保障厅、广东省住房和城乡建设厅、广东省交通运输厅、广东省水利厅关于建设工程领域农民工工资支付保证金管理办法》要求，建设单位“从工程款中按合同造价

预先提取一定比例的资金，存入施工单位预先设立的专用账户，作为该工程项目的工资保证金”，存储比例“原则上不低于施工合同总价的 1.5%，最高不得超过施工合同总价的 3%”；2019 年新修订的《深圳经济特区和谐劳动关系促进条例》第四十条中也要求建设单位“从预付给施工单位的工程款中提取一定比例的资金存入银行专户，作为工资支付保证金”。但是，《深圳市工程建设领域工资保证金管理办法（试行）》又要求，施工总承包企业“缴存专项资金”，存储比例为“项目承包合同总造价 3%”。从上述规定可以看出，地方性规定在具体操作上可能存在一定的冲突。在《规定》正式施行后，地方性规定如何与《规定》衔接适用，还需要关注当地主管部门的最新要求。

三、房建市政类工程新规

本季度的房建市政类新规主要针对安全文明施工、建设工程消防设计审查验收、工程造价改革、农民工工资支付、招标投标、建设工程施工过程结算、优化建设工程行政审批程序以及与建筑业相关等其他内容，体现了建筑业对于建设工地安全生产、文明施工始终保持高度关注；各地政府对农民工工资支付仍然给予高度重视，细化规定仍在持续出台；为进一步优化建设工程招标投标领域营商环境，各地出台相关文件对招标投标进行规范与整治；为进一步激发市场主体发展活力，建设工程行政审批程序在不断优化、简化。

另外，基于近期国内新冠疫情防控形势依然复杂严峻，各地政府都出台相关政策对强化建设工程领域新冠疫情防控管理作出进一步规范，切实把常态化疫情防控各项部署落实、落细、落到位。

具体政策文件如下：

1. 住房和城乡建设部办公厅关于做好建设工程消防设计审查验收工作的通知（建办科〔2021〕31号）
2. 建设工程抗震管理条例
3. 住房和城乡建设部办公厅关于全面加强房屋市政工程施工工期新冠肺炎疫情防控工作的通知
4. 水利部关于开展水利工程建设监理单位资质行政许可有关工作的公告
5. 住房和城乡建设部办公厅关于开展工程建设领域整治工作的通知
6. 广东省住房和城乡建设厅关于印发广东省工程造价改革试点工作实施方案的通知（粤建市函〔2021〕502号）
7. 广东省人民政府办公厅关于印发广东省促进建筑业高质量发展若干措施的通知
8. 广东省住房和城乡建设厅关于开展存量纸质建设工程企业资质证书换证工作的通知
9. 广东省住房和城乡建设厅关于开展建筑业企业施工劳务资质备案工作的通知
10. 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
11. 深圳市住房和建设局关于严格落实工程款支付担保制度及保障农民工工资足额支付工作的通知（深建市场〔2021〕16号）

12. 深圳市住房和建设局关于印发《连续施工意见书出具工作指引》的通知
13. 深圳市住房和建设局关于在招标投标领域推行“双随机、一公开”监管机制的通知（深建市场〔2021〕15号）
14. 深圳市住房和建设局关于废止部分建设工程招标投标政策文件的通知
15. 深圳市住房和建设局关于调整深圳市建设工程计价费率标准相关费率的通知
16. 深圳市住房和建设局关于进一步优化建设工程招标备案工作的通知
17. 深圳市住房和建设局关于废止《关于加强建设工程施工承包行为管理的通知》的通知
18. 广州市住房和城乡建设局关于印发广州市建设工程安全文明施工规程（试行版）的通知
19. 广州市住房和城乡建设局关于运用“建设云 APP”加强建筑工程质量安全监管工作的通知（穗建质〔2021〕341号）
20. 广州市住房和城乡建设局关于优化调整建设工程消防设计技术审查工作的通知（穗建消防〔2021〕327号）
21. 广州市住房和城乡建设局关于房屋建筑工程项目发布招标计划工作的通知
22. 广州市住房和城乡建设局关于废止《广州市房屋建筑和市政基础设施工程评标专家管理办法》（穗建规字〔2017〕16号）的通知
23. 广州市规划和自然资源局关于试行建设用地规划许可证和建设工程规划许可证合并办理的通告
24. 广州市工程建设项目审批制度改革试点工作领导小组办公室关于进一步优化 3000 平方米以下办公场所装饰装修工程豁免办理行政审批手续事宜的通知
25. 广州市住房和城乡建设局关于修订印发建筑工程施工现场质量安全管理量化评价的通知
26. 广州市工程建设项目审批制度改革试点工作领导小组办公室关于印发广州市进一步深化工程建设项目审批制度改革推进全流程在线审批工作实施方案的通知
27. 住房和城乡建设部办公厅关于做好建设工程消防设计审查验收工作的通知
28. 珠海市住房和城乡建设局关于印发《建设工程施工发包与承包违法违规行为专项治理行动方案》的通知
29. 珠海市住房和城乡建设局关于进一步加强在建项目关键岗位人员实名制考勤监管的通知
30. 珠海市住房和城乡建设局关于废止《关于对基坑、桩基础工程施工报建流程实施改革创新的通知》的决定

31. 珠海市住房和城乡建设局关于印发《珠海市绿色建筑设计要点》《珠海市绿色建筑施工图审查要点》《珠海市绿色建筑工程质量控制要点》的通知
32. 关于实施建设工程施工过程结算有关工作要求的通知
33. 东莞市住房和城乡建设局关于印发《东莞市房屋建筑与市政基础设施工程项目管理人员到岗履职工作方案》的通知（东建质安〔2021〕19号）
34. 关于印发《“东莞建造”优质施工企业增产奖励实施细则》的通知
35. 东莞市住房和城乡建设局关于加强预拌混凝土企业安全生产及疫情防控工作的通知
36. 关于明确我市绿色建筑建设有关事项的通知（东建节能〔2021〕5号）
37. 《关于明确我市绿色建筑建设有关事项的通知》政策解读
38. 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
39. 惠州市住房和城乡建设局关于印发实行告知承诺制的证明事项清单的通知
40. 关于进一步加强绿色建筑管理工作的通知
41. 惠州市住房和城乡建设局关于严格落实建筑工地疫情防控措施的紧急通知
42. 惠州市住房和城乡建设局关于印发《惠州市工程造价改革试点实施方案》的通知
43. 关于进一步强化建设工程领域新冠肺炎疫情防控管理的通知
44. 关于修改《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》等文件部分条款的通知
45. 关于落实建筑工地疫情防控措施的紧急通知
46. 关于进一步加强我市工程建设领域农民工工资专用账户管理的通知
47. 关于印发《中山市房屋市政工程工地防控新冠肺炎疫情关键措施工作指引》的通知
48. 佛山市住房和城乡建设局关于优化社会投资简易低风险工程建设项目质量安全监管和联合验收备案的通知

四、PPP 项目新规

本季度在国家层面主要关注市场监管总局等五部门印发《公平竞争审查制度实施细则》，该实施细则要求“以县级以上地方各级人民政府名义出台的政策措施，由起草部门或者本级人民政府指定的相关部门进行公平竞争审查。”促进优化营商环境，建立竞争有序的市场体系，其中对于 PPP 项目涉及的特许经营权授予的问题，该实施细则再一次强调未经公平竞争不得授予经营者特许经营权。另外，2021 年 8 月 5 日，财政部会计司发布 PPP 项目合同社会资本方会计处理实施问答（11 个）和应用案例（3 个），针对 PPP 项目履行过程对《企业会计准则解释第 14 号》的适用相关问题进行了解答。在地方层面，浙江省、广东省和广西省均根据各省 PPP 项目实施情况出台了规范性文件。

具体政策文件如下：

1. 《中央预算内投资资本金注入项目管理办法》
2. 《市场监管总局等五部门关于印发〈公平竞争审查制度实施细则〉的通知》
3. 《财政部会计司发布 PPP 项目合同社会资本方会计处理实施问答和应用案例》
4. 《广东省财政厅关于广东省 2021 年第四批 PPP 项目入库审核情况的通知》
5. 《国家发展改革委 住房城乡建设部关于印发〈“十四五”黄河流域城镇污水垃圾处理实施方案〉的通知》
6. 《广东省财政厅关于广东省 2021 年第五批 PPP 项目入库审核情况的通知》
7. 《浙江省财政厅关于印发浙江省政府向社会力量购买服务指导性目录（2022 年度）的通知》
8. 《广西壮族自治区人民政府办公厅关于印发广西推广运用 PPP 模式三年行动计划（2021—2023 年）的通知》
9. 《广西壮族自治区财政厅关于印发广西壮族自治区政府专项债券项目绩效管理暂行办法的通知》

珠三角地区工程总承包政策分析

一、工程总承包政策制定情况

珠三角地区包含的九个城市广州、深圳、佛山、东莞、珠海、惠州、中山、肇庆、江门均实施了工程总承包政策的制定活动，广州市、深圳市、东莞市和惠州市的工程总承包立法活动较为积极，已出台了多份政策文件，并且区一级的行政机关也在积极制定工程总承包相关政策。

珠三角地区工程总承包政策的适用范围、侧重内容有所不同，可分为三类：适用于政府投资的工程总承包项目、适用于公开招标的工程总承包项目、适用于该行政区域内所有工程总承包项目。例如广州市从化区、广州市增城区、深圳市福田区、惠州市惠阳区、惠州市仲恺高新区、惠州市博罗县、珠海市横琴新区的工程总承包政策可归为第一类，只适用于政府投资的工程总承包项目。而广州市工程总承包招标指引、深圳市工程总承包招标指引、深圳市关于进一步完善建设工程招标投标制度的若干措施、东莞市工程总承包办法、中山市工程总承包办法（征求意见稿）则属于第二种，适用于受到招标监管的工程总承包项目。佛山市南海区工程总承包办法、珠海市转发工程总承包项目办理施工许可手续通知则属于第三类可适用于该地区所有工程总承包项目。

政策主要规定了以下内容：（1）招标投标。工程总承包项目的招投标是各地政策的重要内容，广州市、深圳市、中山市制定了工程总承包招标的工作指引，其他地区虽未制定专门指引但在政策中对工程总承包招标具体实施方式进行了细致规定，主要涉及必须招标范围、招标文件编制、投标人资格条件、招标方式、评标委员会组成、定标方式等内容；（2）造价控制。地方政策较多是针对政府投资或依法必须招标的总承包项目，对造价控制进行了更详细的规定，多份政策文件对不同计价方式的适合条件、合同价款确定的细节、工程款支付、结算做出规定，东莞市、珠海市横琴区等政策提示了不同计价方式存在的风险以及应对措施，广州市从化区、增城区等政策中明确规定了政府投资总承包项目概算/预算管理的具体措施；（3）发包条件及前期审批。多份政策对总承包项目的发包条件，发包前应完成的工作，采用工程总承包模式需进行的审批程序进行了规定；（4）报批报建。一些文件规定了分阶段审查施工图、分阶段办理施工许可证，还明确施

工许可证需载明的信息；（5）工程总承包单位的设计自主权利。广州市的政策中倡导试点建筑师负责制，由建筑师为核心的设计团队享有设计自主权等项目管理中的权利；珠海市横琴区政策中规定在满足招标文件的前提下，工程总承包单位可以对勘察、设计存在的缺陷进行调整、修改或完善，报建设单位备案。

二、工程总承包的项目条件、发包条件

（一）项目条件

在工程总承包的建设模式下，承包人承担设计和建造工作，对建设全过程负责，相较于设计-招标-建造（DBB）模式发包人的管理职责减少，工程总承包模式要求发包人尽量少的过程控制，而在最终验收时进行质量目标把控。在发包人较少过程干预的情况下，通过验收即可实现考核，要求该项目存在较为客观的考核标准，如个性化太高或情况过于复杂，则验收时双方可能产生较大分歧，且难以证实哪一方具有过错，难以完成考核。此外，承包人根据发包人描述的建设需求开展工作，发包人对建设需求做出尽可能详尽、准确的描述，不确定性越小，双方在履约及验收时也能避免一些分歧，在建设内容明确、有相应标准可循的情况下发包人更容易对建设需求做出准确描述，缺乏相关标准或项目个性化特征较高的情况下，发包人难以做出不存在任何歧义的项目描述。因此，基于可准确描述项目需求和通过验收进行事后考核，工程总承包模式更适宜建设标准、功能需求明确的建设项目，在这类项目中可实现缩短招标采购流程、减少设计施工冲突导致施工过程再议价活动等工程总承包模式的优势，如适用于个性化较高或较为复杂项目，其带来的弊端可能远超过工程总承包的优势。

地方政策基本都对工程总承包的项目条件做出规定，例如深圳市福田区总承包管理办法中的规定：原则上工程总承包适用于建设标准和项目需求较明确的总投资额 3000 万元以上的政府投资项目，包括新建改扩建学校、保障性安居房等房建工程，供水、供电、供气、市政道路等市政工程，对个性化要求较高、情况较复杂、建设需求和标准存在较多变数的项目不宜采用总承包方式，例如纪念性建筑、文体场馆等工程。除项目复杂程度、项目需求等因素，该规定还设置了总投资额 3000 万元以上的条件，广州市从化区、增城区的政策中同样设置了总投资额条件，而东莞市政策中除建设标准明确外，要求建设单位前期工作达到一定深度、项目管理团队完整，可做到建设目标可控及风险分担考虑成熟，中山市的

政策设置了该项目属于市级以上重点建设项目投资计划或者采用装配式或者BIM(建筑信息模型)建造技术、技术/质量要求较高、国有企业投资的大型项目、经市政府有关文件确定采用工程总承包招标方式、涉及国家和省督办等条件,鼓励符合上述条件之一的项目采用工程总承包模式。

(二) 对采用工程总承包模式的审批

部分政策要求政府投资项目或者国有企业项目采用工程总承包模式需事先经过批准,如广州市增城区政策规定应在项目建议书或项目可行性研究报告中明确是否采用工程总承包方式,项目建议书或可行性研究报告获得批复后实施。而广州市从化区、深圳市福田区的政策,要求单独对工程总承包模式发包进行审批,中山市、珠海市、惠州市惠阳区、惠州市仲恺高新区、惠州市博罗县对采用工程总承包模式审批的不同层级做出详细规定,中山市根据资金来源不同规定了不同审批层级,而珠海市横琴区根据总投资规模区分了审批层级。

(三) 发包条件

根据前面的分析,项目准确性是影响建设目标实现以及合同签订后交易费用的重要因素,不确定性较高的项目采用工程总承包模式可能会弊大于利,而政府投资项目中发包人承担着投资控制的责任,多份政策规定了发包条件,特别对政府投资项目规定了比较严格的发包条件。要求发包前发包人应做好前期初步勘察、研究建设方案、提出具体建设标准等工作,通常要求建设范围、建设规模、规划条件、建设标准、功能需求、投资限额、技术方案、质量要求等主要内容发包时已经确定,并提出明确的招标需求。发包的阶段,政府投资项目一般是要求发包人在完成初步设计后进行工程总承包发包,部分政策还要求在发包前需完成概算审核,而广州市从化区、增城区的政策规定可由工程总承包单位进行概算编制。

三、工程总承包的计价方式

发包人负有造价、工期、质量等多重建设目标,而承包人往往只追求自身利润,不同计价方式的激励效果存在区别,所选用的计价方式应尽可能使承发包双方利益趋同。如采用总价包干的计价方式,承包人享有结余部分成本的索取权,因而有成本控制的动机,为尽快完成工程获利、避免工期延长增加成本,也具有实现工期目标的动机,但承包人缺乏追求质量目标的动机,还有可能牺牲工程质量以节约成本;而在成本加利润的计价方式下,承包人缺乏成本控制、实现

工期或质量任一目标的动机，但相对也较小可能为了节约成本而降低工程质量，但因这种计价方式缺少对承包人的激励，需要发包人实施更多的过程控制。

不同计价方式对承包人的激励侧重不同，采用哪种方式更有利于综合实现建设目标，与项目及环境特征、发包人因素、承包人因素相关。就项目特征而言，对于不确定性小、建设需求及标准明确的项目更适合总价包干，总价包干可激励承包人控制成本、工期，同时发包人也比较容易监督工程质量，双方对工程质量是否达标的分歧较小，并且在项目不确定性小的情况下合同总价可相对合理确定，因不确定事件额外陡增工程成本的风险较小；而不确定性大、建设需求及标准不明确的项目，总价包干下承包人有降低工程质量的动机，发包人也难以对工程质量进行事后监督，双方较容易产生分歧，并且合同总价确定缺乏合理依据，在工程成本大幅超出预期承包人面临亏损的情况下，可能诱发承包人利用信息不对称、资产专用性等契约问题将成本转嫁给发包人承担。因此，不确定性较大、建设需求或标准不明确的项目采用总价包干难以进行成本、质量控制，且可能诱发额外的成本，如选择适用成本加利润的计价方式，发包人需加强过程中对设计、选材、质量等的管控。

计价方式的选择还要考虑发包人的特别需求，如政府投资项目需符合投资管理的相关规定。发包人在投资决策阶段需按要求编制初步设计及投资概算，经核定后的投资概算是控制总投资的依据，除非发生法定情形并依法调整，否则原则上建设投资不应该超过投资概算。因此，在政府投资的工程总承包项目中，发包人需要充分考虑如何进行造价控制，招标控制价的设置、选定合理的计价方式、编制投资概算、对工程变更的管理、工程款支付以及合同结算管理等等措施，多份政策对初步设计概算编制、施工图预算编制、招标控制价的设置都进行了规定，广州市从化区、增城区的政策还规定了政府投资工程总承包项目造价控制的具体实施方案。

各地区政策对工程总承包计价方式的规定：

深圳市《EPC工程总承包招标工作指导规则（试行）》：需求统一、明确的前提下，建议采用总价包干的计价模式，投标人自行编制估算工程量清单后报价，但地下工程不纳入总价包干范围可采用模拟工程量清单、按实计量。如招标时建设规模、建设标准不确定，则不建议采用总价包干合同，可采用下浮率报价与最

终批复概算作为上限价的结算方式。采用下浮率报价时存在以下风险，一是承包人在设计时偏好采用利润率高的材料或无法定价的设备，发包人的监管难度加大并存在廉政风险；二是措施费用难以定价，在合同执行时发包人的管理难度加大并存在廉政风险；三是合同价款为开口合同，上限价与概算批复额度相关，承包人存在不当谋利的可能。

《福田区政府投资项目设计-采购-施工（EPC）工程总承包管理办法》：建议根据不同的发包情况选择计价方式：（1）发包时已经达到初步设计深度，宜采用固定总价合同，投标人自行编制估算工程量清单报价，地下工程不纳入总价包干范围可采用模拟工程量清单、按实计量；（2）发包时未达到初步设计深度但提供了方案设计招标，宜采用固定单价合同，发包人负责编制招标估算工程量清单和招标控制价，投标单位按照估算工程量清单填报竞价，投标竞价作为结算依据，工程量按实结算；（3）对建设周期有紧急要求且未达到方案设计深度，可由投标单位带设计方案进行投标，宜采用下浮率报价，经批复的项目总概算作为上限价进行结算，由投标人编制投资估算后以下浮率形式报价，下浮率参照政府相关取费标准和定额计价，发包人参考上一年度市交易中心公布的同类工程中标下浮率设定下浮上限值，按±8%合理波动范围设定，承包人编制的设计方案经发包人确认后编制项目总概算。

广州市《关于房屋建筑项目工程总承包招标的指引（试行）》：工程总承包项目宜采用总价合同，但特殊专项费用或受后续施工影响较大、可变因素较多的分部分项工程、措施项目可以采用综合单价或者其他形式计价。招标人可根据项目实际情况将多种计价形式组合使用。鼓励在合同中对承包人优化设计节省的投资额约定奖励措施。要求政府投资项目实行限额设计，或对单项工程中某独立单位工程或实现特定功能的分部分项工程进行限额设计。

《广州市从化区政府投资建设项目工程总承包（EPC）管理办法（试行）》：建议根据发包情况的不同分别选用固定总价合同、固定单价合同或者下浮率计价合同，三种计价方式的适用情形以及报价方式与深圳市福田区的规定基本相同。

《广州市增城区政府投资建设项目工程总承包（EPC）管理办法（试行）》：与广州市从化区、深圳市福田区工程总承包计价方式的规定类似，但制定了《政府投资项目工程总承包（EPC）造价控制方案示范文本》，对设计、施工、结算各

阶段造价控制，以及合同价款支付进行了详细规定。

《东莞市住房和城乡建设局房屋建筑和市政基础设施工程采用工程总承包模式建设的工作指引》：建议合理确定价格形式，合理采用限额设计，优先采用固定总价合同，也可以采用固定下浮率合同。固定总价合同投标人直接填报投标总价，中标价为合同总价，除合同约定可以调整的情形外合同总价一般不予调整，采用固定总价时，发包人应当对验收严格把关，慎防承包人通过减化设计获取超额利润。固定下浮率合同，发包人在招标文件中明确总承包金额的计算原则、审核及确定程序，投标人填报投标下浮率，根据合同金额计算原则及中标下浮率确定的金额为总承包合同的固定总价，发包人可设置奖励机制鼓励承包人优化设计。发包人可聘请设计等咨询单位提供施工图优化论证、变更方案合理性论证及造价控制等咨询服务。

东莞市住房和城乡建设局《关于进一步做好工程总承包试点工作的提醒函》：经东莞市工程总承包试点一年后，从试点项目中总结了工程总承包模式的风险后提示。工程总承包模式存在投资管控难度大的风险，主要表现为以下方面：（1）固定总价对制定招标控制价的要求很高，易引起建设过程中扯皮、怠工、减化设计；（2）固定总价对合同管理要求高，易导致项目执行成本难以控制；（3）如采用固定下浮率计价，承包人缺乏主动优化设计、控制工程预算的动力。存在以下情形时应慎重选择适用工程总承包模式：（1）涉及地下工程的项目；（2）前期工作未完善的项目；（3）发包人团队配置弱的项目。在适用工程总承包模式时，建议发包人注意以下事项：（1）夯实施工前期工作，为有效管控投资，建议在初步设计完成后以初步设计为基础进行招标，并对承包人完成的施工图内容是否与初步设计一致进行核对，必要时组织第三方单位进行施工图优化；（2）发包人应加强项目管理能力，可通过聘用优秀的招标代理优化评分项选择优秀单位，通过合同设置减少标后纠纷，委托全过程咨询单位取得项目管理咨询服务，特别是采用固定下浮率的项目还建议聘请设计咨询顾问进行设计优化论证；（3）进一步加强工程验收工作，对于变更部分、隐蔽部分严格执行程序进行工程验收。

《中山市房屋建筑和市政基础设施工程总承包招标投标工作指引（征求意见稿）》：根据投资项目的资金来源建议采用不同计价方式，企业投资项目宜采用总价合同，政府投资项目应当合理确定合同价格形式。

《佛山市南海区人民政府办公室关于进一步明确建设工程项目采用工程总承包建设组织模式有关事项的通知》：政府投资项目应当合理确定合同价格形式，鼓励采用总价合同。招标时也可以采用费率报价，合同中应约定计量规则和计价方法。

《关于加强横琴新区政府投资 EPC 工程总承包项目管理的若干规定(试行)》：工程总承包合同价格可由勘察费、设计费、建安工程费、设备及工器具购置费、专业工程暂估价、暂列金额等部分费用组成，不同费用组成分别确定相应计价方式、合同价格调整及结算原则。合同结算应避免和设计、实际工法及具体措施等挂钩。根据不同的项目条件、发包条件建议了三种计价方式：总价包干、全费用综合单价包干、单位经济指标包干。

《惠州市惠阳区政府投资房屋建筑和市政基础设施项目工程总承包管理办法》：工程总承包项目应当采用固定总价方式，由发包人编制概算工程量清单，投标人按照相关部门审定的概算工程量清单进行竞价，除合同约定的变更调整部分外固定价格一般不再调整。除合同明确约定，发包人不得将审计结论作为结算依据。

《仲恺高新区政府投资房屋建筑和市政基础设施项目工程总承包管理办法(试行)》：工程总承包项目可采用下浮率计价、固定总价。采用下浮率计价，投标人根据发包人提供的招标资料报价，下浮率参照政府相关取费标准和定额计价，发包人设定招标下浮的上限值。承包人根据施工图编制工程预算经发包人确认、区财政局审定后作为办理施工许可和结算的依据，最终结算金额不得突破预算金额。采用固定总价，承包人根据发包人提供的招标资料自行编制概算工程量清单进行竞价，发包人根据初步设计方案编制工程概算经住建部门审核后确定招标控制价，结算时区财政局仅对工程总承包合同约定调整的部分进行核算。

《博罗县政府投资房屋建筑和市政基础设施项目工程总承包管理办法(试行)》：采用固定总价进行计价，发包人应根据经批复的概算作为招标控制价发包，按照中标价签署合同但为暂定价，工程预算经县财政局审定后的价格为固定价，作为进度款支付和办理施工许可的依据。工程结算时，除发包人原因或不可抗力因素造成设计变更外最终结算金额不得超过固定价。

四、工程总承包的招标投标

招标投标同样是工程总承包政策的重要内容。广州市、深圳市、东莞市针对工程总承包的招标出台了指引文件，中山市起草了工程总承包招标工作指引在征求意见，除专门的工作指引，这些地区其他总承包政策中也涉及了工程总承包招标的内容，其他地区的政策中都对招标进行了规定。关于工程总承包招标主要规定了以下内容：必须招标的项目范围、招标文件编制、投标人条件、项目负责人资格、评标。

（一）必须招标的项目范围

广州市增城区、从化区、东莞市、佛山市南海区以及中山市的政策中都对必须招标的工程总承包项目范围明确规定，内容基本一致，要求工程总承包范围内的设计、采购或者施工中有任一项属于依法必须招标的，应当采用招标的方式选择工程总承包单位。与住建部《房屋建筑和市政基础设施项目工程总承包管理办法》规定的招标范围一致。

依法招标的项目，深圳市政策对直接委托关联企业实施进行了特别的规定，如招标人有控股的施工、服务企业，或被施工、服务企业控股，且该企业满足工程总承包单位资格条件的，招标人可直接将工程总承包项目发包给该关联企业。但直接发包后，该关联企业不具备相应设计或者施工资质的，该关联企业应当通过工程交易服务平台以公开招标方式确定符合资质要求的单位承担设计或者施工工作，否则为规避招标。

（二）招标文件编制

一些政策对招标文件提出要求，如东莞市的工程总承包工作指引中规定，招标文件需载明以下内容：（1）为保证投标方案的准确、深度，招标文件中需提供招标基础资料；（2）招标文件中应当明确招标项目的目标、范围、设计和其他技术标准；（3）招标文件中应尽量细化建设规模、建设标准等项目需求；（4）招标文件中应当明确招标人和中标人的责任和权利；（5）载明采用新技术、新工艺，合理设定如 BIM 技术、装配式建筑、绿色建筑等加分因素；（6）要求投标文件载明拟分包内容；（7）明确最高投标限价或者最高投标限价的计算方法。除对内容的要求，惠州市惠阳区、仲恺高新区等政策中要求招标文件应采用国家的《标准设计施工总承包招标文件》等示范文本。

而在珠海市横琴新区的政策中，要求编制招标文件应遵循以下基本原则：（1）设置合理准入条件；（2）采用适当的价格竞争机制；（3）清晰界定和明确限额以下勘察、设计、采购、建造及其他工作的内容、范围；（4）符合实际、相对公平又降低投资风险的合同价格调整条件及方法；（5）谨慎设置专业工程暂定价；（6）制定与工程控制目标对应的纠偏措施和处罚条款。

（三）投标人条件

承包人是工程总承包项目的重要因素，承包人的资质、组织管理能力、内部管理体系、类似项目经验、财务状况以及风险承担能力等项目顺利实施均可能产生重大影响。多数政策要求承包人同时具备资质，和相应的项目管理体系、项目管理能力、财务和风险承担能力，以及与发包工程相类似的设计、施工或者工程总承包业绩。但在深圳市的政策中，提出招标时可淡化资质管理，重视具体能力，可以将具有工程总承包管理能力、有设计（设计专项资质、事务所资质除外）或者施工资质其中之一作为招标人条件，投标时可以不具备相应资质，而在具体设计、施工工作实施时委托有资质的单位完成，鼓励具有工程总承包项目经验的单位参与投标。

对于工程总承包资质的具体要求，部分地区要求同时具备与工程规模相适应的设计和施工资质，而部分地区与住建部《房屋建筑和市政基础设施项目工程总承包管理办法》要求同时具备设计和施工双资质不同，仍然只要求了设计或者施工资质之一即可。

广州市、中山市的政策中还对在投标人资格条件中设置类似项目经验进行了规定，明确了可要求的类似项目数量、设置的指标数量、指标类型以及满足参数等。

（四）项目负责人资格要求

多份政策对项目负责人资格进行了规定，要求项目负责人具备相应工程建设类注册执业资格或高级专业职称，并担任过类似项目的工程总承包项目经理、设计项目负责人、施工项目负责人或者总监理工程师。对于联合体的项目负责人各地方规定并不完全一致，东莞市要求项目负责人、造价负责人应当任职于牵头单位，而施工负责人、设计负责人可根据联合体分工分别任职于相应单位，深圳市未要求项目负责人必须为牵头单位人员，可任职于联合体任一方。此外，项目负

责人被普遍要求不得兼任其他项目的负责人。

（五）评标

部分政策中对工程总承包项目的评标做出了规定，包括评标委员会组成、评标方式等，各地区的规定不是完全一致。

如广州市增城区的政策中，评标委员会应由招标人代表和有关技术、商务、经济等方面的专家等 5 人以上的单数组成，招标人代表原则上只派一人参加评标，设计标包含暗标形式的方案部分（或技术部分），设计标需由设计组专家负责评审，设计组人数为 5 人以上单数，其中设计专家不得少于专家总数的 2/3。建筑工程（房建类）设计方案评标时，建筑专业专家不得少于评委总数的 2/3。而也有地方规定评标委员会人数不得少于 7 人，人员组成也有所不同。

工程总承包评标办法一般采用综合评估法，评审因素通常涵盖了设计方案、投标报价、工程总承包实施方案等内容，部分地区对各评审要素的内容及标准规定得更为细化。

（六）其他规定

（1）建筑师负责制

广州市的政策中规定，鼓励招标人在工程总承包项目中探索试点建筑师负责制。实行建筑师负责制的项目，招标人应充分发挥以主创建筑师为核心的设计团队在项目管理中的核心作用，明确主创建筑师为核心的设计团队在项目管理中的权力，体现建筑师的设计自主权；明确主创建筑师及团队成员在项目部中职务要求；以及明确施工单位对建筑师负责制的保障措施。

（2）分阶段招标

深圳市《关于进一步完善建设工程招标投标制度的若干措施》规定工程总承包项目可结合实际采取分阶段招标。第一阶段，投标人按招标文件要求提交设计（技术）方案，招标人优选不少于 3 个入围设计（技术）方案投标人并组织优化形成最终设计（技术）方案；第二阶段，由第一阶段入围设计（技术）方案投标人在此基础上按要求提交初步设计成果文件并报价，招标人优选中标人。

（3）工程项目管理模式

深圳市《EPC 工程总承包招标工作指导规则（试行）》中提出，在工程总承包模式下发包人对承包人的工作只应进行有限的控制，一般不进行过程干预，而是

在验收时严格按建设规模和建设标准进行验收，只有达到招标需求的工程才予以接收。EPC 工程总承包工程可不实行工程监理，发包人也可仍然聘请工程监理，但是对工程监理的工作内容与工作形式进行适当调整。

(4) 合同文本

珠海市横琴新区、深圳市的政策中均提到工程总承包合同文本的选用，提出工程总承包合同应当参考国际咨询工程师联合会（FIDIC）《设计采购施工（EPC）/交钥匙工程合同条件》《建设项目工程总承包合同（示范文本）》《中华人民共和国标准设计施工总承包招标文件》等示范文本制定。

附：珠三角地区工程总承包政策名录

广州市：

《关于房屋建筑项目工程总承包招标的指引（试行）》

《广州市增城区人民政府办公室关于印发增城区政府投资建设项目工程总承包（EPC）管理办法（试行）的通知》

《从化区人民政府办公室关于印发从化区政府投资建设项目工程总承包（EPC）管理办法（试行）的通知》

《广州市建设工程总承包合同（适用于设计采购施工模式）》（征求意见稿）

深圳市：

《EPC 工程总承包招标工作指导规则（试行）》

《关于进一步完善建设工程招标投标制度的若干措施》

《深圳市住房和建设局关于进一步规范 EPC 项目发承包活动的通知》

《福田区政府投资项目设计-采购-施工(EPC)工程总承包管理办法(试行)》

东莞市：

《东莞市住房和城乡建设局房屋建筑和市政基础设施工程采用工程总承包模式建设的工作指引》

《关于进一步做好工程总承包试点工作的提醒函》

惠州市：

《惠州市惠阳区政府投资房屋建筑和市政基础设施项目工程总承包管理办法》

《仲恺高新区政府投资房屋建筑和市政基础设施项目工程总承包管理办法（试行）》

《博罗县政府投资房屋建筑和市政基础设施项目工程总承包管理办法（试行）》

珠海市：

《关于加强横琴新区政府投资 EPC 工程总承包项目管理的若干规定（试行）》

《转发关于工程总承包项目和政府采购工程建设项目办理施工许可手续有关事项的通知》

佛山市：

《佛山市南海区人民政府办公室关于进一步明确建设工程项目采用工程总承包建设组织模式有关事项的通知》

中山市：

《中山市房屋建筑和市政基础设施工程总承包招标投标工作指引》（征求意见稿）

江门市：

《江门市房屋建筑和市政工程标准工程总承包招标文件应用示范文本》（征求意见稿）

“任意压缩合理工期”的认定标准及裁判规则

工程工期是建设工程施工合同的核心条款，亦与工程质量及施工安全密切相关。《建设工程质量管理条例》《房屋建筑和市政基础设施项目工程总承包管理办法》等文件明确规定建设单位“不得任意压缩合理工期”，《第八次全国法院民事商事审判工作会议（民事部分）纪要》明确“当事人违反工程建设强制性标准，任意压缩合理工期、降低工程质量标准的约定，应认定无效。”但对于如何认定合同约定工期实质上构成“压缩合理工期”，法律法规未做出明确规定。

根据《建设工程质量管理条例释义》的解释¹，合理工期以定额工期为基础，依施工条件等作适当调整后确定，却并非等同于定额工期。实践中，为避免建设单位随意压缩工期，国家及地方往往在工期管理相关文件中明确对定额工期的一定压缩幅度，超过该幅度，则要求建设单位明示增加赶工费用或组织专家论证，以确保工程质量和安全，如《北京市住房和城乡建设委员会关于执行 2018 年〈北京市建设工程工期定额〉和 2018 年〈北京市房屋修缮工程工期定额〉的通知》要求“压缩定额工期的幅度超过 10%（不含）的，应组织专家对相关技术措施进行合规性和可行性论证，并承担相应的质量安全责任”。《深圳市建设工程工期管理办法》第七条明确“招标人确定的招标工期不宜低于定额工期的 80%，低于定额工期 80% 的，建设单位应当组织专家论证，并采取相应的技术经济措施”。虽然有前述将合理工期与定额工期直接关联的规范，且各地也出台了一系列压缩定额工期不得超过一定幅度的管控措施，但对于参照定额工期，以合同工期低于定额工期或低于定额工期一定幅度这一标准作为“压缩合理工期”的认定依据的问题，实践中司法机关存在不同裁判观点。

¹ 《建设工程质量管理条例释义》：“合理工期是指在正常建设条件下，采取科学合理的施工工艺和管理方法，以现行的建设行政主管部门颁布的工期定额为基础，结合项目建设的具体情况，而确定的使投资方、各参加单位均获得满意的经济效益的工期，合理工期要以工期定额为基础确定，但不一定与定额工期完全一致，可依施工条件等作适当调整，这是因为定额工期反映的是社会平均水平，是经选取的各类典型工程经分析整理后综合取得的数据，由于技术的进步，完成一个既定项目所需的时间会缩短，工期会提前。判断工期是否合理的关键是使投资方、各参建单位都获得满意的经济效益。”

关联法规

1. 《建设工程质量管理条例》

第十条第一款 建设工程发包单位不得迫使承包方以低于成本的价格竞标，不得任意压缩合理工期。

2. 《房屋建筑和市政基础设施项目工程总承包管理办法》

第二十四条第一款 建设单位不得设置不合理工期，不得任意压缩合理工期。

3. 《第八次全国法院民事商事审判工作会议（民事部分）纪要》

30. 要依法维护通过招投标所签订的中标合同的法律效力。当事人违反工程建设强制性标准，任意压缩合理工期、降低工程质量标准的约定，应认定无效。对于约定无效后的工程价款结算，应依据建设工程施工合同司法解释的相关规定处理。

4. 《建设工程工程量清单计价规范》（GB50500-2013）

9.11.1 招标人应依据相关工程的工期定额合理计算工期，压缩的工期天数不得超过定额工期的20%，超过者，应在招标文件中明示增加赶工费用。

5. 《北京市住房和城乡建设委员会关于执行 2018 年〈北京市建设工程工期定额〉和 2018 年〈北京市房屋修缮工程工期定额〉的通知》

三、发包人压缩定额工期的，应提出保证工程质量、安全和工期的具体技术措施，并根据技术措施测算确定发包人要求工期。压缩定额工期的幅度超过10%（不含）的，应组织专家对相关技术措施进行合规性和可行性论证，并承担相应的质量安全责任。

四、招标人压缩定额工期的，应在招标工程量清单的措施项目中补充编制赶工增加费项目，并在招标文件的附件中列明相关技术措施。

6. 《深圳市建设工程工期管理办法》

第七条 招标人应当在定额工期基础上结合自身需求，同时考虑必要的行政审批时间，科学确定招标工期。招标人确定的招标工期不宜低于定额工期的 80%，低于定额工期 80%的，建设单位应当组织专家论证，并采取相应的技术经济措施。招标人应当在招标文件中载明定额工期和招标工期。招标文件中不得设定以投标人压缩工期作为优先中标条件。

精选案例

裁判要旨：建设工程施工合同中，双方当事人可以真实意思表示约定施工工期。因定额工期在实践中并不能完全准确反映工程项目的合理工期，双方当事人约定的工期不必与定额工期完全一致。施工方可以基于自身施工能力及市场等综合因素确定约定工期，这是施工方对其自身权利的处分，合法有效。合同签订并履行后，施工方以约定工期短于定额工期，发包人任意压缩合理工期违反行政法规的强制性规定为由，主张合同条款无效的，应当提交其他证据证明，施工方不能举证的，其主张不予支持。

**案例一：中建三局第一建设工程有限责任公司与南宁金胤房地产有限责任公司
等建设工程施工合同纠纷再审案
最高人民法院
(2018)最高法民再 163 号**

【案情简介】

建设单位金胤公司与中建三局通过议标程序于 2009 年 10 月 10 日签订《建设工程施工合同》，合同工期约定：开工日期暂定 2009 年 11 月 15 日，以甲方工地代表，总监理工程师签发的开工指令为实际开工之日，竣工日期暂定为 2011 年 6 月 17 日，合同总工期不超过 580 日历天。

双方因项目合同履行及结算争议涉诉后，中建三局向一审法院提交《司法鉴定申请书》，申请依照《全国统一建筑安装工程工期定额》等规定对本案工程所需的定额工期进行鉴定。2014 年 10 月 23 日，一审法院委托北京永拓工程咨询

股份有限公司广西分公司对中建三局申请事项进行鉴定。2015年4月7日，北京永拓工程咨询股份有限公司广西分公司出具《工期鉴定意见书》，鉴定意见为：

“1. 合理工期为1182天，实际施工工期为790天……”

一审法院认为本案合同无效，对工程所需要的工期进行鉴定，并认定合理工期为1182天。二审法院经审理认为合同不存在无效或被撤销的情形下，应尊重双方合同约定，确认本案工期为580天。后中建三局向最高院提起再审。

【裁判观点】

再审法院认为：中建三局还主张，《建设工程施工合同》中580日历天的工期条款因违反行政法规“不得任意压缩合理工期”的强制性规定而无效。对此，本院认为，一方面，定额工期通常依据施工规范、典型工程设计、施工企业的平均水平等多方面因素制订，虽具有合理性，但在实际技术专长、管理水平和施工经验存在差异的情况下，并不能完全准确反映不同施工企业不同工程项目的合理工期。另一方面，本案中，中建三局作为大型专业施工企业，基于对自身施工能力及市场等因素的综合考量，经与金胤公司平等协商，在《建设工程施工合同》中约定580日历天的工期条款，系对自身权利的处分，亦为其真实意思表示，在无其他相反证据证明的情况下，不能当然推定金胤公司迫使其压缩合理工期。中建三局的该项再审主张亦缺乏事实依据，不能成立，本院不予支持。

裁判要旨：定额工期是编制招标文件的依据，是签订施工合同、确定合理工期及施工索赔的基础，是施工企业编制施工组织设计、确定投标工期、安排施工进度度的参考，同时合理工期是工程质量的保证。合同工期明显低于定额工期的70%，应视为任意压缩合理工期，应当认定为无效，酌定以定额工期的70%为案涉工程最低合理工期。

案例二：泰宁县永益房地产开发有限公司、福建省惠三建设发展有限公司建设
工程施工合同纠纷案
福建省三明市中级人民法院
(2020)闽04民终148号

【案情简介】

2012年12月16日，永益公司（甲方、发包方）与惠三公司（乙方、承包人）签订《建筑工程施工合同补充协议》（以下简称案涉补充协议）一份，约定：
3. 合同工期：开工日期为发包方下达开工令的第二天；竣工日期为工程通过竣工验收合格之日；总工期为456天。2013年1月11日，永益公司作为招标人、福建省亿达工程咨询有限公司作为招标代理人，共同向惠三公司发出《中标通知书》，确定惠三公司为中标人，主要中标条件：开、竣工时间按合同，工期456日历天，工程质量合格等。

双方因项目履行及结算争议涉诉后，2018年5月20日，永益公司向一审法院申请对案涉工程的工期及因工期延误给永益公司造成的损失进行评估鉴定。经当事人同意，一审法院委托原审时双方当事人选定的鉴定机构兴建公司对案涉讼争工程即泰宁县杉戈住宅小区（尚城府邸）建设工程工期（主要涉及讼争工程的定额工期、工期顺延期限、工期延误原因和工期延误期限等），以及工期延误所造成永益公司损失的具体数额予以鉴定。鉴定机构出具鉴定意见为：……（三）假定施工合同无效，工期按《全国统一建筑安装工程工期定额》（2000年2月16日）计算……由于各地实际情况不同，定额水平调整幅度在15%~30%之间。根据《全国统一建筑安装工程工期定额》（2000年2月16日）计算，若定额水平调整幅度按15%~30%计取，则定额总工期为656~796天，且工期顺延可计取天数为10.5天，合计定额总工期666.5~806.5天；与实际总工期780天相比，则本工程工期延误0~113.5天。（具体详见工期计算表），因此如果假定合同无效的情况下基本可以判定工期无延误。

【裁判观点】

一审法院认为：鉴定机构根据《全国统一建筑安装工程工期定额》（2000年2月16日）计算，确认案涉工程定额工期为937天，合同工期为456天，合同工期仅为定额工期的 $456/937=48.66\%$ ，明显低于定额工期的70%，应视为任意压

缩合理工期。根据《最高人民法院关于印发〈第八次全国法院民事商事审判工作会议（民事部分）纪要〉的通知》（法〔2016〕399号）第30条“当事人违反工程建设强制性标准，任意压缩合理工期、降低工程质量标准的约定，应认定无效。”的规定，本案中，案涉合同约定的工期条款，应当认定为无效。对此，对案涉工程合同工期予以适当调整，酌定最低合理工期即定额工期的70% $=937*70%=656$ 天确认为案涉补充合同工期。

二审法院认为：因定额工期是编制招标文件的依据，是签订施工合同、确定合理工期及施工索赔的基础，是施工企业编制施工组织设计、确定投标工期、安排施工进度参考，同时合理工期是工程质量的保证，任意压缩合理工期的行为，必然会导致工程质量降低。一审法院据此酌情确定最低合理工期为656天，该处理结果并无不当。

裁判要旨：案涉建设工程施工合同有效，但依据连云港鼎新招标代理咨询有限公司的鉴定结论，该合同约定的工期（75天）过分低于定额工期（295天），故合同约定的工期无效。以鼎新公司鉴定的定额工期295天计算，朝阳公司并未延误施工工期。

**案例三：连云港翔盛仁通汽车销售有限公司诉连云港市朝阳建设工程有限公司
建设工程施工合同纠纷案
江苏省高级人民法院
(2016)苏民申5321号**

【案情简介】

2013年6月8日，朝阳公司、翔盛公司签订《建设工程施工合同》，约定翔盛公司将位于连云港市解放东路318号振兴汽车城雪佛兰汽车4s店工程以固定总价3000000元价格发包给朝阳公司施工，开工日期为2013年6月11日，竣工日期为2013年8月26日，总工期75个日历天。在朝阳公司施工过程中，翔盛公司要求对工程内容进行部分变更，双方对增加及减少部分工程的工程款不能协商一致，经朝阳公司申请，一审法院依法委托江苏鼎新工程咨询有限公司（以下简称鼎新公司）对涉案增加及减少部分造价及定额工期进行鉴定，鉴定明确定额

工期为 295 天。一审法院认为涉案合同无效，且存在过分压缩工期的行为，故对于翔盛公司基于该合同要求朝阳公司承担工期延期违约责任的反诉请求不予支持。翔盛公司不符原审判决，提起上诉，并在二审判决后提起再审申请。

【裁判观点】

二审法院认为：……涉案建设工程施工合同系有效合同，但依据鼎新公司的鉴定结论，该合同约定的工期过分低于定额工期，故合同约定的工期无效。以鼎新公司鉴定的定额工期 295 天计算，朝阳公司于 2013 年 6 月 11 日开工，在 2013 年 12 月 25 日将工程竣工验收申请交至翔盛公司处，朝阳公司并未延误施工工期，故本院对上诉人翔盛公司要求朝阳公司承担工期延误损失的上诉请求不予支持。

江苏省高级人民法院再审认为：虽然案涉建设工程施工合同有效，但依据连云港鼎新招标代理咨询有限公司的鉴定结论，该合同约定的工期过分低于定额工期，合同又未约定赶工费，明显不合理，故二审判决根据定额工期认定朝阳公司不存在工期延误具有合理性。

实务简评

由于法律法规未对“压缩合理工期”的标准作出明确规定，司法实践中：

一部分法院认为定额工期仅能作为确定合同工期的参考依据，即使合同约定工期客观上压缩了定额工期，如压缩 30%或以上，亦视为施工单位对自身权利的处分，并从尊重合同双方合意的角度，认定合同约定工期有效，如前述(2018)最高法民再 163 号案以及湖南百盛企业有限公司与湖南顺天建设集团有限公司建设工程施工合同纠纷案[(2012)湘高法民一终字第 98 号]、玉环县国发投资有限公司与浙江昆仑建设集团股份有限公司建设工程施工合同纠纷案[(2016)浙民终 940 号]。

另一部分法院持不同观点，认为定额工期是确定合同合理工期的基础，并在合同约定工期低于定额工期一定幅度情形下，认定发包人违反工程建设强制性标准，任意压缩合理工期，从而否定合同约定工期的效力，如前述(2020)闽 04 民终 148 号案中，合同约定工期低于定额工期的 70%，法院认定合同约定工期无效

并酌定以定额工期的 70%作为最低合理工期，类似案件还有浙江国泰建设集团有限公司与桐乡乌镇小城故事景区投资发展有限公司建设工程合同纠纷案[(2018)浙 04 民初 220 号]。

另，在(2016)苏民申 5321 号案件中，二审法院认为合同约定工期（75 天）过分低于定额工期（295 天），从而否定合同约定工期的效力，并直接以定额工期作为认定施工单位是否存在工期延误的判断基础，高院经再审以“合同约定的工期过分低于定额工期，合同又未约定赶工费，明显不合理”为由，判定“二审判决根据定额工期认定朝阳公司不存在工期延误具有合理性。”笔者认为，合理工期与定额工期系不同概念，定额工期反映的是社会平均生产力水平下计算得出的工期，而实际施工中的合理工期却有可能受施工单位经验及投入资源等多重因素影响而短于平均生产力水平下的工期（即定额工期），该案中法院在审理中过程回避了合同工期无效后合理工期应如何确定的问题，直接以定额工期作为合同工期认定双方责任的做法是否妥当有待商榷。

实务建议

综上，即使合同工期严重低于定额工期（如低于定额工期的 30%或以上），司法机关亦可能从尊重当事人合意角度认定合同约定工期有效，并以合同约定工期作为施工单位是否延误工期、是否需承担违约责任的基础，故对于施工单位而言，应在合同签署时慎重考虑合同约定的工期目标能否实现，避免盲目接受合同工期要求后，因无法达成工期目标需承担高额的工期延误违约金。同时，对于建设单位严重压缩合理工期的，可要求建设单位增加赶工措施费。对于建设单位而言，建议在定额工期基础上结合自身需求，科学确定招标工期或直接发包项目的合同工期，必要时应组织专家论证并合理安排技术紧急措施。若合同工期严重压缩定额工期的，一方面可能被认定为“任意压缩合理工期”而导致合同工期约定无效，另一方面，建设单位需为此承担更为严格的质量责任，若因工期不合理导致工程发生质量事故或安全事故的，建设单位及相关负责人存在承担相应的行政或刑事责任的风险。

“质量保修期满付质保金”的裁判认定规则

根据《建设工程质量保证金管理办法》的规定，工程质量保证金是用以保证缺陷责任期内承包人履行缺陷维修义务的资金，缺陷责任期最长不超过2年。但是，实践中当事人往往未在合同中明确区分缺陷责任期与质量保修期，且由于工程建设实践中常将质保金与法定的保修责任相对应，仍有很多当事人在合同中约定质量保证金于质量保修期满后一定期限内支付。由于质量保修期与缺陷责任期并非同一概念，且《建设工程质量管理条例》规定的多个保修项目的最低保修期限超过2年，因而合同约定质量保修期满后一定期限内支付质保金时，对质保金返还期限应如何认定多有争议。

关联法规

1. 《建设工程质量保证金管理办法》

第二条 本办法所称建设工程质量保证金（以下简称保证金）是指发包人与承包人在建设工程承包合同中约定，从应付的工程款中预留，用以保证承包人在缺陷责任期内对建设工程出现的缺陷进行维修的资金。缺陷是指建设工程质量不符合工程建设强制性标准、设计文件，以及承包合同的约定。**缺陷责任期一般为1年，最长不超过2年，由发、承包双方在合同中约定。**

2. 《建筑法》

第六十二条 建筑工程实行质量保修制度。建筑工程的保修范围应当包括地基基础工程、主体结构工程、屋面防水工程和其他土建工程，以及电气管线、上下水管线的安装工程，供热、供冷系统工程等项目；**保修的期限应当按照保证建筑物合理寿命年限内正常使用，维护使用者合法权益的原则确定。具体的保修范围和最低保修期限由国务院规定。**

3. 《建设工程质量管理条例》

第四十条 在正常使用条件下，建设工程的最低保修期限为：（一）基础设施工程、房屋建筑的地基基础工程和主体结构工程，为设计文件规定的该工程的合理使用年限；（二）屋面防水工程、有防水要求的卫生间、房间和外墙面的防渗

漏，为5年；（三）供热与供冷系统，为2个采暖期、供冷期；（四）电气管线、给排水管道、设备安装和装修工程，为2年。其他项目的保修期限由发包方与承包方约定。建设工程的保修期，自竣工验收合格之日起计算。

4. 《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）》（法释〔2020〕25号）

第十七条 有下列情形之一，承包人请求发包人返还工程质量保证金的，人民法院应予支持：

（一）当事人约定的工程质量保证金返还期限届满；

（二）当事人未约定工程质量保证金返还期限的，自建设工程通过竣工验收之日起满二年；

（三）因发包人原因建设工程未按约定期限进行竣工验收的，自承包人提交工程竣工验收报告九十日后当事人约定的工程质量保证金返还期限届满；当事人未约定工程质量保证金返还期限的，自承包人提交工程竣工验收报告九十日后起满二年。

发包人返还工程质量保证金后，不影响承包人根据合同约定或者法律规定履行工程保修义务。

精选案例

裁判要旨：合同约定质保金在保修期满后支付，但当约定保修期低于法定最低期限时，质保金应于（除基础设施工程、房屋建筑的地基基础工程和主体结构工程外其他项目的）法定最低保修期届满后支付

案例一：浙江省东阳第三建筑工程有限公司与陕西中泰置业有限公司、西安昆仑工业（集团）有限责任公司建设工程施工合同纠纷再审案
(2016)最高法民再 69 号

【案情简介】

2005 年 6 月，昆仑公司、中泰公司作为发包方，东阳三建作为承包方签订《建设工程施工合同》，合同中的保修条款约定如下：1. 按工程合同价款的 5% 预留工程保修金；2. 保修期按照国务院发布的《建设工程质量管理条例》执行；3. 甲方在保修期满后的 2 天内，将该保修金和其利息一并退还乙方。

2005 年 5 月 31 日，中泰公司作为甲方，东阳三建作为乙方，达成昆仑高层住宅《建设工程施工合同》补充协议（以下简称《补充协议》），约定：5% 保修金在保修期（1 年）满后 15 日内支付。

涉案工程已于 2009 年 7 月 24 日完成了 4-30 层竣工验收，东阳三建于 2009 年 9 月 4 日将 4-30 层房屋钥匙移交昆仑公司。2010 年 5 月 5 日，昆仑公司、东阳三建及工程设计、监理等相关公司形成的会议纪要显示，涉案工程地下室及裙房、1-3 层竣工验收合格。

【裁判观点】

关于保修金应否支付的问题。最高人民法院认为：东阳三建主张昆仑公司应当返还其保修金的依据是双方于 2005 年 5 月 31 日达成的《补充协议》。该《补充协议》第四条一款六项约定：剩余 5% 保修金在保修期（1 年）满后 15 日内支付。从该合同约定的内容看，保修金的返还时间与保修期密不可分，双方并未单纯约定保修金的返还期为一年，而是约定保修金在保修期（1 年）满后 15 日内支付。从合同解释的角度看，保修金是否返还取决于保修期是否届满。而 1 年是对于保修期的进一步说明，应视为双方当事人对于保修期的约定，并不能理解为 1 年以后就应当返还保修金。虽然保修金的返还期限当事人可以自由约定，应尊重双方当事人的意思自治，但是保修期事关工程质量安全，当事人不能自行约定。保修期应当按照国务院发布的《建设工程质量管理条例》执行。《建设工程质量管理条例》第四十条一款二项规定，在正常使用条件下，建设工程的最低保修期限为：屋面防水工程、有防水要求的卫生间、房间和外墙面的防渗漏为 5 年。二审判决认定《补充协议》在招投标之前签订有误，本院予以纠正。二审法院基于

双方对该工程未依保修项目分项约定保修金数额的情况，结合现该工程保修期项目的最后保修期尚未届满的事实，告知东阳三建可待保修期满后另行主张权利并无不当。二审判决的实体处理结果并未损害东阳三建的利益，本院予以维持。

裁判要旨：合同约定质保金在保修期满后支付，但当约定保修期低于法定最低期限时，该较短期限即为缺陷责任期，而非法律意义上的“工程保修期”，质保金于该较短期限届满后支付

案例二：安徽万特投资发展有限公司、中色十二冶金建设有限公司建设工程施工合同纠纷二审案
(2019)最高法民终 108 号

【案情简介】

2013 年 3 月 1 日，万特公司及其六安分公司与中色十二冶公司就万特公司开发的六安市解放中路地下人防商业街项目签订一份《施工合同》。合同价款支付条款约定：全部工程竣工并验收合格，工程备案完成，结算完成一个月内支付至结算价的 95%工程款（上述第二次至第五次付款均不包括第一次支付的 400 万元）；余款 5%作为工程质量保修金，质保期 1 年，期满后 14 天内全额支付。质量保修条款约定：承包人应按法律、行政法规或国家关于工程质量保修的有关规定，对交付发包人使用的工程在质量保修期内承担质量保修责任。

2013 年 4 月 5 日，万特公司与中色十二冶公司签订《补充协议》，对施工总承包合同作如下调整：余款 5%作为工程质量保修金，质保期 1 年，期满后 14 天内无质量问题全额支付。

【裁判观点】

二审法院认为：万特公司与中色十二冶公司在《补充协议》中约定，余款 5%作为工程质量保修金，质保期 1 年，期满后 14 天内无质量问题全额支付。该协议所约定的工程质量保修金实质是工程质量保证金，而其中关于工程质保期 1 年的约定实质是关于工程质量缺陷责任期的约定，并非是对工程保修期的约定，并不违反《建设工程质量管理条例》第四十条的规定。万特公司向中色十二冶公司

返还工程质量保证金后，并不影响中色十二冶公司在《建设工程质量管理条例》规定的保修期限内继续承担工程质量保修责任。

裁判要旨：合同约定质保金在保修期满后支付，当合同约定的保修期不低于法定最低期限时，视为双方对缺陷责任期约定不明，根据《建设工程质量保证金管理办法》的规定，竣工满 2 年后即返还质保金。

案例三：东港市前阳建筑安装工程总公司与辽宁特莱维置业发展有限公司建设工程施工合同纠纷案
(2017)辽民终 52 号

【案情简介】

2006 年 7 月 7 日，特莱维公司、前阳建筑总公司双方签订了一份建设工程施工合同，合同中约定由前阳建筑总公司承建特莱维公司开发的特莱维国际花园工程。合同价款采用协议一次性包死，价款为 45,441,115 元。质保期土建工程为 50 年，屋面防水为 5 年，电气管线、上下水管线安装为 3 年，供热及供冷为 3 个采暖期及供冷期；屋外上下水和小区道路等市政公用工程为 3 年。质保金为合同价款的 5%，金额为 2,272,055 元，发包人在质量保修期满后 14 天内将剩余质保金和利息返还承包人。

【裁判观点】

一审法院认为：缺陷责任期和质量保修期是两个不同的法律概念，质量保修金为缺陷责任期的担保，而不是为法定的质量保修期的担保。……**本案中，双方在合同中对主体工程质量保修期做了与法定期限同样的约定，但对缺陷责任期并没有作出明确的约定，只是约定质量保修金在质量保修期满 14 天内返还，应视为双方对缺陷责任期约定不明，应从公平和诚实信用原则出发，酌定合理的缺陷责任期。根据《合同法》第六十一条、第六十二条之规定，参照《建设工程质量保证金管理暂行办法》的相关规定，缺陷责任期应适用最长不超过二十四个月。涉案工程于 2007 年 6 月 30 日全部竣工验收，本案所涉工程缺陷责任期已经于 2009 年 7 月 1 日届满，质保金应在质保期满 14 天后予以返还，即质保金在**

2009年7月16日应予返还。

裁判要旨：合同约定质保金在保修期满后支付，当合同约定的保修期不低于法定最低期限时，质保金的返还应尊重当事人的意思自治，只要质保金未到当事人约定的返还期限，承包人就不能诉请返还

案例四：泸州市第七建筑工程公司、云南乾泰投资有限公司建设工程施工合同纠纷案
(2018)最高法民终753号

【案情简介】

2012年10月30日，泸州七建与乾泰公司分别签订《安宁乾泰世贸广场一期土建总包及安装预留预埋工程一标段地下工程施工合同》（以下简称地下工程施工合同）、《安宁乾泰世贸广场一期土建总包及安装预留预埋工程二标段主体工程施工合同》（以下简称主体工程施工合同）。地下工程施工合同约定“竣工验收合格办理完结算后支付至结算总价的95%，留5%作为质量保修金，质保期满后支付。”主体工程施工合同约定“双方办理完毕结算后支付至结算价的95%，留结算价5%作为质量保修金，保修期满后支付”。

《工程质量保修书》约定：“双方根据国家有关规定，结合具体工程约定质量保修期如下：1. 土建（桩基）工程为合理的使用年限，装饰工程为2年，屋面防水以及地下室、厨卫间、墙体、窗台、阳台等其他防水要求的防水工程为5年……”。

本案的工程虽未办理竣工验收手续，但施工方泸州七建于2015年5月6日、6月16日、6月18日分三次将房屋移交乾泰公司管理，且部分房屋已被乾泰公司销售他人，2016年10月18日双方进行了结算。

【裁判观点】

关于保修期是否届满的问题，最高人民法院二审认为：首先，虽然在地下工程施工合同中使用了“质保期”的字眼，但联系两份施工合同以及《工程质量保修书》前后文的理解，双方约定的实质是保修金，退还条件是质量保修期届满。

因质量保修期与缺陷责任期系不同概念，泸州七建以缺陷责任期最长不超过两年为依据，主张本案工程质量保修期已经届满，理由不充分。其次，根据地下工程施工合同和主体工程施工合同的约定，保修金于保修期届满后返还，而具体保修期是多长在合同中并无约定。《工程质量保修书》约定土建（基桩）工程的质量保修期为合理使用年限；国务院《建设工程质量管理条例》（2017年10月7日施行）第四十条规定，“在正常使用条件下，建设工程的最低保修期限为：（一）基础设施工程、房屋建筑的地基基础工程和主体结构工程，为设计文件规定的该工程的合理使用年限；……”，因此，不论是当事人的约定还是规范性文件的规定，本案所涉的地下工程和主体工程质量保修期均不低于五年，泸州七建上诉主张质量保修期届满，缺乏依据。

**案例五：贵州荣丰房地产开发有限责任公司（原贵州利海源房地产投资开发有
限责任公司）、浙江万达建设集团有限公司建设工程施工合同纠纷再审案
（2020）最高法民申 1873 号**

【裁判观点】

最高院认为：双方在《建设工程施工合同》中约定：整个工程竣工决算后1个月内，支付到工程决算总价款的98%，剩余2%作为质量保修金……工程竣工结算时一次性扣留质量保证金。关于质量保证金双方补充约定：贵州荣丰公司保留工程总造价的2%作为质量保修金（保修金不计利息），其中土建、装饰占1.6%；安装占0.3%；防水占0.1%。工程保修期满，无质量返修费用扣减，15个工作日内无息退还给浙江万达公司质量保修金。另双方约定的工程保修期为：土建、装饰2年，安装2年，防水5年。本案中，案涉工程虽未进行竣工结算，但因中途退场，已于2016年10月1日将案涉工程交付于贵州荣丰公司，二审法院从该日起计算相应的工程保修期并无不当。至本案诉讼时，土建、装饰、安装的2年保修期已满，防水保修期5年尚未期满，故二审法院认定防水所占的0.1%的质量保证金应予扣留，其余1.9%的质量保证金应予退还并无不当。

实务简评

缺陷责任期与质量保修期的概念并不一致，当合同约定质量保证金返还期限与质量保修期挂钩时，实践中的裁判认定规则亦不同：

法院既可能以合同对缺陷责任期约定不明为由，认定应根据《建设工程质量保证金管理办法》的规定，竣工满 2 年后即返还质保金；亦可能尊重当事人意思自治，在合同约定未显失公平的情形下，认定质保金应于合同约定的期限届满后返还。

但当合同约定的保修期低于法定保修期限时，法院既可能认为合同约定的工程质量保修期无效，质量保修期应执行法定最低保修期限，质量保修金应于（除地基基础与主体结构工程外的其他工程）最低质量保修期届满后支付；亦可能以合同约定的保修金返还期限实质上对应的是缺陷责任期为由认定质量保证金按照合同的返还期限执行，而工程的保修期仍执行《建设工程质量管理条例》的规定。

此外，关于工程质量保证金返还期限能否超过 2 年的问题。前述（2017）辽民终 52 号案中，法院系以合同约定质量保修金在保修期满 14 天后返还，但对缺陷责任期约定不明为由，酌情确定缺陷责任期为 2 年，并未直接论及合同约定超过 2 年的质保金返还期限是否有效的问题。在最高院民事审判第一庭编著的《最高人民法院建设工程施工合同司法解释（二）理解与适用》一书中，就此明确为“当事人对返还工程质量保证金期限虽然有约定，但是约定全部或者部分违反了《建设工程质量保证金管理办法》的相关规定，如当事人约定工程质量保证金自工程通过竣工验收之日起满 3 年后返还，则当事人该约定违反了《建设工程质量保证金管理办法》缺陷责任期最长不超过 2 年的规定，超过 2 年的期限不能认定为缺陷责任期”。但在（2018）最高法民终 753 号、

（2020）最高法民申 1873 号案中，最高院仍认可当事人关于质量保证金返还期限超过 2 年的约定。鉴于《建设工程质量保证金管理办法》为部门规章，《最高人民法院建设工程施工合同司法解释（二）理解与适用》的观点也并不能完全代表最高院的观点，根据《民法典》第一百五十三条的规定，违反法律、行政法规的强制性规定的民事法律行为无效，²故即使合同约定质量保证金返还期限超过 2 年，亦应尊重当事人的真实意思表示，而不宜直接认定为合同约定内容无效，具体仍有待相关部门或最高院在司法实践中进一步明确相应处理意见。

² 《全国法院民商事审判工作会议纪要》（法〔2019〕254 号）第 31 条规定：“违反规章一般情况下不影响合同效力，但该规章的内容涉及金融安全、市场秩序、国家宏观政策等公序良俗的，应当认定合同无效。”笔者倾向于认为约定超过 2 年的质量保证金返还期限不属于前述违反公序良俗之列。

实务建议

综上，鉴于合同笼统约定质量保证金于质量保修期满后支付时，容易引发争议且司法裁判规则不明确，将导致当事人之间有关权利义务不确定。故笔者建议当事人在合同中应特别注意区分缺陷责任期和质量保修期的概念，并明确约定质量保证金的具体返还期限以及返还比例，尽量避免因约定不明导致条款适用产生争议的情形。若拟将质量保证金与质量保修期条款关联的，应注意明确各保修项目的保修期，以及相应保修项目分别对应质量保证金总额的比例，避免合同约定的保修期低于法定保修期限，或保修期过长以致有失公平的情形。

发包人向承包人主张委托第三方维修的费用的裁判规则

在工程保修期限内，承包人对工程负有质量保修义务。《建设工程质量管理条例》第四十一条规定：“建设工程在保修范围和保修期限内发生质量问题的，施工单位应当履行保修义务，并对造成的损失承担赔偿责任。”在实践中，当工程保修期限内出现质量问题而承包人拒绝履行保修义务时，为不影响建筑物的正常使用，排除安全隐患，发包人可能会委托承包人以外的第三方对质量问题进行维修，再要求承包人承担因委托第三方维修产生的费用。本文将结合实践案例进行分析，在此情况下，发包人要求承包人承担第三方维修费用的主张能否成立，发包人在此类争议中如何进行举证等问题。

关联法规

《中华人民共和国建筑法》

第六十二条 建筑工程实行质量保修制度。建筑工程的保修范围应当包括地基基础工程、主体结构工程、屋面防水工程和其他土建工程，以及电气管线、上下水管线的安装工程，供热、供冷系统工程等项目；保修的期限应当按照保证建筑物合理寿命年限内正常使用，维护使用者合法权益的原则确定。具体的保修范围和最低保修期限由国务院规定。

《房屋建筑工程质量保修办法》

第九条 房屋建筑工程在保修期限内出现质量缺陷，建设单位或者房屋建筑所有人应当向施工单位发出保修通知。施工单位接到保修通知后，应当到现场核查情况，在保修书约定的时间内予以保修。发生涉及结构安全或者严重影响使用功能的紧急抢修事故，施工单位接到保修通知后，应当立即到达现场抢修。

第十二条 施工单位不按工程质量保修书约定保修的，建设单位可以另行委托其他单位保修，由原施工单位承担相应责任。

《建设工程质量管理条例》

第三十九条 建设工程实行质量保修制度。

建设工程承包单位在向建设单位提交工程竣工验收报告时，应当向建设单位出具质量保修书。质量保修书中应当明确建设工程的保修范围、保修期限和保修责任等。

第四十条 在正常使用条件下，建设工程的最低保修期限为：

（一）基础设施工程、房屋建筑的地基基础工程和主体结构工程，为设计文件规定的该工程的合理使用年限；

（二）屋面防水工程、有防水要求的卫生间、房间和外墙面的防渗漏，为5年；

（三）供热与供冷系统，为2个采暖期、供冷期；

（四）电气管线、给排水管道、设备安装和装修工程，为2年。

其他项目的保修期限由发包方与承包方约定。

建设工程的保修期，自竣工验收合格之日起计算。

第四十一条 建设工程在保修范围和保修期限内发生质量问题的，施工单位应当履行保修义务，并对造成的损失承担赔偿责任。

精选案例

裁判要旨：对保修期出现的质量问题，发包人首先应通知承包人进行维修，只有在承包人明确表示不履行维修义务的情况下发包人才有权委托第三方进行维修。

案例一 赣州市蟠龙建筑工程有限公司与赣州市公房管理处建设工程施工合同
同纠纷案

赣州市章贡区人民法院
(2017)赣0702民初1132号

【案情简介】

2009年12月15日，被告公房管理处与原告蟠龙建筑公司签订了《建设工程施工合同》，约定由原告承建被告发包的阳光吉泰新城廉租住房小区第十三标段。涉案工程竣工验收合格后，原告向被告出具《代理维修委托书》载明：“……在保修范围和保修期内出现质量缺陷，我方应当履行保修义务。如我公司接甲方书面通知三天内无法正常完成所涉房屋的保修工作，我公司同意委托本公司建设单位赣州市公房管理处另行安排维修单位施工单位进行代理维修，所发生的维修费用我公司均认可，从我公司预留的本工程质量保修金中支付。”

双方因工程质量问题发生争议诉至法院，原告请求法院判令被告返还保修金，被告提出反诉要求原告支付其委托第三方进行质量问题修复的维修费用。被告主张其分别于2014年8月12日、2015年2月6日出具《函》，告知原告在多次通知其前来维修未果后，已选定第三方维修单位。被告未举证证明前述函件已送达原告或经原告签收。2014年8月11日、2015年9月3日，被告分别在赣南日报上刊登《通告》，《通告》内容与上述函件内容基本一致。

【裁判观点】

法院认为，被告就工程存在质量问题需要维修一事未向原告履行通知义务。根据《房屋建筑工程质量保修办法》第九条及第十二条规定，对保修期限内由承包人原因造成的缺陷，发包人应首先通知承包人进行维修，只有在承包人明确表示不维修不承担相关费用的情况下，发包人才有权按合同约定扣除保证金。由此可见，质量保修须履行一定的法律程序，在工程出现质量问题后，首先发包人应通知承包人，承包人到现场进行核查，确定保修时间和保修方案。发包人在未履行通知义务的情况下，直接安排第三方进行维修，由此导致承包人无法对现场核查情况，导致维修工程量和质量问题原因无法判定的原因在于发包人。

本案中，被告虽通过邮寄或在报纸上刊登的方式向被告发函，但函件内容系告知原告因其未按合同约定完成保修义务，被告已选定其他维修人员实施维修，

而非通知原告就房屋存在质量问题需要维修。且当时原告及实际施工人均在赣州，期间原告亦多次前往被告处申请退还质保金，故被告在未穷尽直接通知方式的情形下，采用刊登《通告》的方式亦存在不当之处。

案例二 海南省第三建筑工程公司与中国宝安集团海南实业有限公司建设工程合同纠纷案

海南省海口市美兰区人民法院
(2015)美民二初字第259号

【案情简介】

2008年8月，原告海南省第三建筑工程公司（乙方，承包人）与被告中国宝安集团海南实业有限公司（甲方，发包人）签订施工合同，其中保修条款明确了报修电话及报修专员、通信地址等内容，如乙方不在约定时间内派人维修，甲方可委托其他人员维修，所发生的维修费用乙方承担。工程质保期届满后，双方未就质保金进行结算，遂成讼。

庭审过程中，被告提供了经海南省海口市椰城公证处公证，通过中国邮政特快专递向原告邮寄的三方《关于三期别墅整改通知单》，原告否认收到上述三份整改通知单，但确认上述地址为其营业场所。被告在上述三份整改通知单中未通知原告H-402房需要维修事宜，部分房屋存在先维修后通知原告的情况，部分房屋进行维修内容与整改通知单通知的维修内容不符。原告未提供证据证明其对上述三份整改通知单中的房屋存在的问题进行了维修。

【裁判观点】

法院认为，虽然原告否认收到上述整改通知单，但其确认2010-2013年期间在上述地址办公，且该地址亦为双方在合同中约定的通信地址，故应认定原告已经收到了被告邮寄的上述三份整改通知单。但被告通知原告维修的方式不符合合同约定，通知维修房屋的时间不尽合理，通知维修房屋的事项与实际维修事项存在偏差。虽然被告向原告发出维修通知的行为存在诸多瑕疵，但从原告在收到上述三份整改通知单后未对相关房屋存在问题进行维修来看，被告存在瑕疵的通知行为未影响到原告履行其维修义务。故本院认为，应认定被告已经履行了通知原告维修的义务，而原告并未按合同约定尽到其维修义务。

裁判要旨： 发包人应证明的维修内容属于承包人的保修范围。

**案例三 北京国投公路建设发展有限公司与中铁十七局集团有限公司建设工程
合同纠纷
北京市第一中级人民法院
(2018)京01民终8479号**

【案情简介】

2005年9月20日，国投公司与中铁公司签订《建设工程施工合同》，约定由中铁公司承建“国道110线昌平（德胜口）至延庆（下营）公路改建工程（一期）项目施工第2B合同段”工程项目，中铁公司保证在各方面按合同文件的规定承担本合同工程的实施和完成及其缺陷的修复，质量保修期为5年。2009年，涉案工程交工验收并开放交通进入试运营的条件。2015年8月12日，国投公司和中铁公司就姑娘台2号桥桥面铺装层施工质量问题开会讨论，会上，国投公司主张桥面部分铺装水泥混凝土厚度未能达到10cm设计要求，中铁公司施工存在质量缺陷，要求中铁公司进行维修；中铁公司称施工线路早已进入运营期，该桥已经验收，且质保期已过，若该桥整体验收不合格也不可能通过当时的验收顺利交付使用。为此双方诉至法院。

【裁判观点】

法院认为，涉案工程交工验收时经检测和质量状况分析，未发现影响交工验收的问题，具备开放交通进入试运营的条件，并实际通车运营使用。国投公司在交工验收并通车运营使用6年多后，主张涉案工程桥面水泥混凝土铺装层未达到施工设计厚度要求，导致出现质量问题并产生必要的维修费用，国投公司对此应承担举证责任。虽在一审期间司法鉴定结果显示水泥混凝土铺装层的厚度均未达到10cm，但由于案涉工程已投入使用6年多，在未通知中铁公司且未经双方协商的情况下单方委托第三方对姑娘台2号桥桥面进行维修，维修中的沥青层铣刨不可避免会损坏水泥混凝土铺装层，故依据该鉴定意见不足以证明中铁公司原施工的水泥混凝土铺装层厚度未达到10cm的设计要求。国投公司上诉主张中铁公

司施工的水泥混凝土铺装层厚度未达到合同约定的 10cm，事实和证据不足，本院不予采信。

**案例四 深圳文业装饰设计工程有限公司与深圳市中集骏宇置业有限公司装修
装饰合同纠纷案**
深圳市中级人民法院
(2019)粤 03 民终 30743 号

【案情简介】

中集公司与文业公司签订《精装修合同》，约定由文业公司承包菁英家园 D 栋精装修工程，防水部分保修期为五年，其他项目保修期均为三十个月。工程竣工验收合格后，文业公司因工程款支付纠纷将中集公司诉至法院，中集公司称案涉工程存在多处质量问题且文业公司拒绝维修，文业公司应承担第三方维修费用及违约金。

中集公司提交《关于工程款支付协商会议纪要》，内容载明中集公司会议告知文业公司合同预留的质量保修金已不足以完成竣工验收后出现的防水渗漏维修，故无法全额支付，文业公司同意从工程款中计提 95 万元作为后续维修费用不足的部分保证金，如文业公司能在国庆中秋假期后三个月内完成 D 栋后续因防水导致的质量责任维修，此部分工程款即予以支付。中集公司向法院提交了 2017 年-2019 年期间向文业公司发送的维修催告函、委托第三方维修的通知、维修费用告知函及签收回执，并提供了与第三方的施工合同、支付维修费用的支付凭证及记录每一户维修情况的《责任判定书》。文业公司认为中集公司主张的质量问题已超过保修期，对其请求应不予支持。

【裁判观点】

关于中集公司诉请的工程维修费用。一方面，中集公司提交的《会议纪要》注明参加人员为双方委派代表，文业公司在未否认证据的真实性情况下仅以文业公司委派代表没有文业公司授权为由否认证据三性的主张不能成立，因此《会议纪要》可作为定案依据。另一方面，中集公司在文业公司拒绝维修的前提下委托第三方维修并无不当，且其提交了相关证据证明其聘请第三方维修、支付款项、每次维修时向文业公司发出了告知维修项目的通知等事实；相反，虽然文业公司不予认可，但其未能举证证明其曾及时提出异议，也未能提交足以反驳的相反证

据予以抗辩。综上，根据现有证据，结合会议纪要关于工程维修费用的论述，依据民事诉讼高度盖然性证明标准，本院采信中集公司的主张。

裁判要旨： 发包人主张的维修费用应具有合理性

案例一 赣州市蟠龙建筑工程有限公司与赣州市公房管理处建设工程施工合同纠纷一审民事判决书
赣州市章贡区人民法院
(2017)赣 0702 民初 1132 号

【案情简介】

同上文案例一。

【裁判观点】

法院认为，被告主张的扣除维修费用证据不足。首先，被告提供的其与第三方维修单位签订的《施工合同》中没有具体的施工项目，亦无涉及维修、整改案涉工程质量缺陷的文字表述；其次，被告虽提交与第三方维修单位的结算书及支付工程款凭证，但未提交任何报修单及维修记录、工程量签证、验收单等，无法确认其维修项目，无法显示第三方维修单位具体是如何进行维修、维修了哪个部位，也没有相应工程量签证单及承租户的验收确认单，原告亦曾对部分租户进行回访，其提供的回访记录与被告的报修单亦不一致。且从结算书来看，结算书系被告与维修单位直接结算，亦未经第三方评估机构审核，且结算单中的部分结算金额与《施工合同》约定的计价标准亦存在矛盾之处。

案例五 江苏顺通建设集团有限公司与吴训德、丹阳碧桂园房地产开发有限公司建设工程施工合同纠纷
江苏省镇江市中级人民法院
(2019)苏 11 民终 2031 号

【案情简介】

2014年4月16日，顺通公司（甲方）与吴训德（乙方）签订工程精装修项目内部承发包协议，约定甲方将其承包的丹阳碧桂园A地块公共部位与户内精装修交由乙方施工，工程竣工验收后保修期2年，在保修期内因材料、施工质量引起的质量缺陷，由乙方负责无偿修复；发出维修通知后，乙方需在六小时内赶往现场进行维修，并确保维修达到国家或行业标准，所需费用由乙方承担，如未及

时维修，顺通公司可以直接委派他人进行维修，费用在质量保修金中直接扣除。双方因工程款结算纠纷诉至法院，顺通公司在反诉中提出要求吴训德承担委托第三方维修的费用。

【裁判观点】

法院认为，首先，维修申请记录列举的维修内容涉及总包、设备安装的工程范围，但反诉原告一概予以罗列，要求反诉被告维修；其次，即使属于原告的保修范围，被告方并未明确每次维修需要的材料、人工费用；再次，从会议纪要、工程联系单来看，需要维修的项目涉及到设备安装等其他施工单位造成的损坏，该部分不应由反诉被告负责维修。综上，对于每一个维修项目，应当由反诉原告根据具体情况，确定是否应当由吴训德承担相应责任，并明确每个维修项目的具体费用情况，目前反诉原告提供的证据不足以支持其主张。

实务简评

从上述案例中法院的裁判观点来看，法院对于发包人向承包人主张第三方维修费用这一诉求，对发包人具有较严格的证明要求。法院支持发包人要求承包人支付第三方维修费用的主张一般需满足以下几个条件：

1. 发包人在委托第三方进行维修前，已通知承包人履行维修义务，在承包人拒绝维修的情形下方可另行委托第三方进行维修。一方面，仅当发包人对承包人进行告知，承包人方有知悉并实际履行保修义务的可能；另一方面，如发包人未经通知径行委托第三方进行维修，导致承包人无法对质量问题进行核查，在后续争议解决过程中无法判断维修的工程量和质量问题出现的原因，法院有可能认定责任主要在于发包人。在实践中，部分工程合同的保修条款会将发包人委托第三方进行维修的前提条件进行细化，如约定经通知后一定期限内承包人仍不履行维修义务，或维修数次仍无法解决质量问题的，发包人方有权委托第三方维修。该等约定也会成为法院判断发包人委托第三方维修程序正当性的判断标准。

同时，法院对通知形式、通知内容及通知的维修期限均有一定要求：（1）发包人应优先采用最符合双方约定或沟通惯例的通知方式，通过该方式无法送达时应穷尽其他通知形式，包括直接告知、电话、邮寄、公告等，如未采用双方约定的通知形式而径行公告送达的，具有被法院认为通知形式不合理的可能性。（2）

通知内容应为告知承包人保修范围内存在质量问题，对承包人履行维修义务进行催告。如未经催告即直接向承包人发出已委托第三方进行维修的通知，不属于符合要求的通知形式。（3）发包人通知承包人进行维修的期限应具有合理性，如通知中限定的维修期限过短，仍具有不被法院支持的可能。

2. 发包人所主张的质量问题属于承包人的保修范围。质量问题应属于承包人的施工内容，且质量问题应当出现在保修期限内。这一点通常通过质量鉴定、发包人保存的住户报修记录、维修记录文件、发承包双方就质量问题进行协商的函件等进行证明。如发包人拟采用鉴定的方式证明案涉工程存在质量问题，应当及时启动鉴定程序，如在未经鉴定即委托第三方进行维修，将影响质量鉴定的可行性。鉴于质量鉴定费用较高，在委托质量鉴定有困难的情况下，发包人在报修、维修过程中以拍照等方式对现场情况进行记录也是可行的方法之一。

3. 发包人所主张的第三方费用具有合理性，即应为修复工程达到发承包双方约定的质量标准所需的费用。

专业建议

由于此类纠纷案件往往伴随着发包人拖欠工程款、质保金等争议情形，涉及民工工资支付问题，故法院往往要求发包人对其所主张的第三方维修费用承担更为严格的证明责任。为保证自身合法权益得到支持，发包人应当在前期合同签订、质量问题出现、沟通及处理全过程做好相关资料的保存工作，建议按照保修条款的约定做好相关工作并留存以下资料：

（1）施工合同及工程质量保修书中应当明确约定承包人的保修义务、保修工作时限、保修负责人联系方式及送达地址、发包人委托第三方进行质量维修的条件等。

（2）出现质量问题时及时形成并留存书面记录文件。要求物业公司配合保留小业主的报修记录，具体记录报修时间、具体质量问题并要求报修人签名，采用现场拍照、录像记录质量问题，如维修阶段存在监理单位，应妥善保留监理记录。在条件允许的情况下可通过鉴定的方式对质量问题进行证据固定。

（3）留存与承包人沟通的过程文件。对保修期内出现的质量问题，及时按照合同约定向承包人发出通知并保留相关记录，保留沟通函件、快递单、签收单、协商会议纪要等。在向承包人告知工程存在质量问题时应完整、准确，应保证通

知内容与后续维修的内容保持一致。

(4) 选择第三方维修单位时应当尽量以价格竞争的方式进行选择，以保证维修费用的公允性。保留选择第三方维修单位的招标文件/议标文件、投标文件、合同、支付凭证，要求第三方维修单位在维修过程以拍照、录像等方式进行详尽记录。

关于政府采购中供应商提供虚假材料谋取中标、成交的认定标准的分析

在政府采购活动中，时有出现供应商为了谋取中标、成交而提供虚假材料的情况。根据《中华人民共和国政府采购法》第七十七条规定：“供应商有下列情形之一的，处以采购金额千分之五以上千分之十以下的罚款，列入不良行为记录名单，在一至三年内禁止参加政府采购活动，有违法所得的，并处没收违法所得，情节严重的，由工商行政管理机关吊销营业执照；构成犯罪的，依法追究刑事责任：（一）提供虚假材料谋取中标、成交的……供应商有前款第（一）至（五）项情形之一的，中标、成交无效。”据此，供应商以虚假材料谋取中标或成交的，行政处罚后果不可谓不重。据笔者统计，2021年7月至2021年9月期间，财政部政府采购严重违法失信行为信息记录系统公布的158条行政处罚记录中，有59条行政处罚系因供应商提供虚假材料而作出，占比约37%，可见因此原因导致企业受到行政处罚的情况并不少见。而在实践中，行政机关和司法机关对于“虚假材料”的认定以及“谋取中标、成交”的理解存在争议，因此本文主要围绕行政处罚案例中行政处罚与司法案例中司法机关对“提供虚假材料谋取中标、成交的”的认定观点汇总分析。

一、关于“虚假材料”的认定

目前我国对于《政府采购法》第七十七条规定的“虚假材料”并无进一步的细化规定，导致实践中对于什么材料构成“虚假材料”存在着不同的见解。《招标投标法实施条例》第四十二条对《招标投标法》第三十三条规定的“以其他方式弄虚作假的行为”进行了列举：“（一）使用伪造、变造的许可证件；（二）提供虚假的财务状况或者业绩；（三）提供虚假的项目负责人或者主要技术人员简历、劳动关系证明；（四）提供虚假的信用状况；（五）其他弄虚作假的行为。”因此，在政府采购项目中，有部分法院参照上述规定以认定“虚假材料”。但同时，也有法院认为，《政府采购法》第七十七条第一项的规定属于第三条规定的诚实守信原则的延伸，政府采购活动中供应商应诚实信用，不仅要提交符合采购文件要求的材料，还应保证其提交的材料真实、完整，避免虚假材料影响政府采购活动的正常秩序，因此，对于“虚假材料”的认定也应当以诚实守信原则作为

逻辑起点，更注重从政府强监管的角度去分析“虚假材料”。

材料的虚假可能体现在两个方面：形式和实质。形式虚假可能体现在虽然材料所述内容符合事实，但是证明文件为伪造的，或冒用第三方名义出具的；实质虚假则体现于材料内容与事实情况不符。由于《政府采购法》第七十七条第一项并未区分形式虚假和实质虚假，而是不加区分，因此对该条款的解读应当为只要在政府采购活动中实施了提供虚假材料的行为即应适用该条款进行处罚。

在上海志绘云科技有限公司与兴化市城市管理行政执法局、泰州市华太工程咨询管理有限公司等合同纠纷案中[(2019)苏民申 4330 号]，江苏省高级人民法院认为，“关于志绘云公司在磋商响应文件中提交的运营协议是否为虚假材料的问题。运营协议是否为虚假材料的审查，不应仅审查其形式是否真实，还应审查协议是否真实有效履行，即协议所涉及的业绩是否真实存在。经审查，该运营协议中所涉金乡县公共自行车建设项目的中标供应商为江苏晶浩电子科技有限公司，但运营协议中志绘云公司的相对方为圣安公司，在无证据证明圣安公司与晶浩公司之间存在转包或分包等关系的情况下，应认定志绘云公司与金乡县项目之间不存在关联性，即志绘云公司并未实际参与金乡县项目。故志绘云公司在磋商响应文件中提交的运营协议反映虚假业绩，应为虚假材料。”在该案中，采购人要求提供业绩的目的是为了证明供应商的履约能力，虽然投标供应商志绘云公司提交了委托协议，但其并不能证明该委托协议与其业绩项目实际存在关联，因此法院最终认定其提交的投标文件内容与事实不符，应属于“虚假材料”。而 2017 年，财政部发布的指导性案例二十九中，供应商提出质疑称中标人的产品数据不满足招标文件技术要求，存在提供虚假材料谋取中标的情形。财政部门调查后发现中标人的投标文件显示投标产品的技术参数符合招标文件要求，但产品运营商提供的材料证明投标产品的部分数据参数与招标文件不符，随后中标人亦承认投标文件中的技术参数与事实不符。对于该案，财政部明确，供应商在明知招标文件的技术参数要求和投标产品的实际技术参数不符合招标文件技术参数的前提下，通过修改投标文件意图达到满足招标文件要求，属于典型的“提供虚假材料”。因此，从上述案件可看出，对供应商的投标文件真实性审查不仅限于形式，而亦应当审查投标文件内容是否属实。

另外，为了满足采购文件的要求，部分供应商在自身业绩不足的情况下，为加强自身的竞争力，不乏冒用第三人的项目业绩进行投标的情况，其提交的“虚

假材料”也属于不符合实际情况的虚假材料。在川印文化集团股份有限公司、南充市财政局财政行政管理（财政）再审查与审判监督案[（2018）川行申 861号]中，四川省高级人民法院认为，在《竞争性谈判文件》明确载明报价人提供的项目业绩仅限于自己实施的业绩的情况下，川印文化集团股份有限公司在报价时提交的业绩项目并非其所为，而是第三人的业绩，系冒用他人业绩谋取中标或成交的行为。川印文化集团股份有限公司违反了保证投标文件真实性的义务，应承担相应的法律后果。由此可见，法院认为投标文件应当与招标文件要求以及实际情况相符，否则构成“虚假响应”，违反诚实信用原则，供应商应承担相应的法律责任。

但需要注意的是，无效资料不等于虚假资料。2020年6月12日，财政部发布了7则政府采购信息公告（第一千零五十六号至第一千零六十二号），其中根据第一千零五十九号、第一千零六十号政府采购信息公告中，财政部肯定了供应商浙江爱特提交的投标文件中相关认证证书不适用于其投标产品，应当扣分，但是认为现有证据不足以证明浙江爱特提供虚假材料谋取中标。可见，在认定虚假材料时，应注意区分无效材料，无效资料并不一定为虚假资料。

二、关于“谋取中标、成交”的认定

（一）虚假材料可能实际影响项目中标/成交结果是否为处罚条件存在争议
作为另一构成要件，“谋取中标、成交”的认定标准也存在争议，投标供应商是否具有“谋取中标、成交”的认定是从其提供的虚假材料通常是从其与投标文件、招标文件的关系中推定的，若供应商想要证明其不存在主观恶意的，则需提供证据证明。而对此，存在了两种不同的观点：（1）该虚假材料需构成评审因素或确定中标人或成交人的因素，否则不应视为存在“谋取中标、成交”的主观目的；（2）投标文件作为投标供应商对采购项目的响应文件，目的就在于中标、成交，因此只要作为投标文件提交均应被视为存在“谋取中标、成交”的主观目的。

第一种观点认为，《政府采购法》第七十七条处罚的行为限于供应商提供虚假材料是为了使自身符合采购要求或增加竞争力或在评审中增加分值等，最终目的是在项目采购中中标或成交，若其提交的虚假材料客观上无法影响项目的中标或成交，则不符合该规定中的“谋取中标或成交”的条件。比如提交的虚假材料

并不属于评分因素的情况下，虚假材料客观上无法影响项目的中标或成交；但若作为评分因素则可能影响到评分，则属于以中标或成交为目的的虚假应标，否则就不应认为是以谋取中标为目的的虚假应标。³在美在中视联合（北京）国际文化传媒有限公司与财政部行政纠纷案〔（2019）京 01 行初 780 号〕中，法院即采用了上述裁判思路，在供应商提交的材料构成评分因素时，其材料虚假即可能影响中标结果。在该案中，供应商提交的员工经验虚假，但是其辩称招标文件“评分细则”中“团队实力”评分为 5 分，包含人员分工、数量和经验等，人员经验并非该项评分的唯一决定因素，其认为招标人未阐述团队经验对团队实力的评分的影响，一刀切地认定员工经验存在虚假造成了实际影响。对此，法院认为员工经验作为团队实力的组成部分，“团队实力”的材料可能影响评分进而影响中标结果，故法院未支持供应商的请求。

第二种观点认为，若材料作为投标文件的一部分，则其展现的项目业绩、人员资质等内容均可影响招标人对供应商履约能力的评价，而无需具体分析该虚假材料对中标或成交结果的影响。在苏州猴皇动物实验设备科技有限公司与中华人民共和国财政部行政纠纷案〔（2017）京行终 1027 号〕中，法院认为，虽然招标文件并未对供应商需列举的项目数量没有要求，供应商也辩称其列举的南京医科大学项目与其能否取得中标、成交没有任何的关系，但“因谈判响应方提供的相关项目实施业绩能够反映其财务状况以及履行合同的记录等情况，体现了其履行合同的能力，是采购人最终确定成交供应商的因素之一。因此，提供数量可观的实施业绩情况，客观上将有助于提高谈判响应方最终成交的可能性。”因此供应商在投标文件中列举该项目存在为谋取中标、成交的目的性。在大连汇林汽车销售有限公司、大连市财政局行政监察案〔（2020）辽 02 行终 252 号〕中，法院则认为，“供应商参加政府采购招投标活动，旨在通过平等竞争中标，与采购人签订政府采购合同，最终实现提供货物、工程或者服务，获取经济利益的目的。投标文件对于供应商能否中标而言，具有决定性的意义。”因此对供应商的意见不予采纳。

（二）实际中标/成交并不是处罚条件

对于是否应以实际中标作为处罚条件，司法实践较为统一，认为中标并不作

³ https://www.sohu.com/a/357254804_100005860, 最后访问日期: 2021 年 10 月 20 日

为处罚条件,《政府采购法》第七十七条也并未将投标供应商中标或成交作为处罚的前提条件,从另一方面分析,该条款主要是要求供应商在政府采购活动中应当遵守诚实守信原则,若以该投标供应商实际中标或成交的结果作为处罚条件的,那么可能有大量的弄虚作假行为无法得到监管,与立法目的相悖。因此在实践中,供应商以其未中标或成交的抗辩意见通常不被法院接受。贵州高级人民法院发布的《优化营商环境条例》“十大经典案例”之五明确,根据《中华人民共和国政府采购法》《中华人民共和国招标投标法》立法本意,供应商提供虚假材料、弄虚作假谋取中标的行为,无论其最终是否中标或成交,其行为本身已经扰乱了招投标的公正性,均应受到相应处罚。在大连汇林汽车销售有限公司、大连市财政局行政监察(监察)行政纠纷案中[(2020)辽02行终252号],法院亦明确《政府采购法》第七十七条“提供虚假材料谋取中标、成交的”的规定以行为而不是后果作为处罚标准;在江苏森发路灯制造有限公司、安龙县财政局财政行政管理(财政)行政纠纷案中[(2019)黔23行终77号],法院同样认为,提供虚假材料谋取中标、成交的规定并不以供应商中标或成交为处罚前提条件。

三、结语

综合上述裁判观点,实务中对于“提供虚假材料谋取中标或成交”的认定均基于投标供应商应保证其投标文件的真实性的义务以及诚实信用原则,对于“虚假”的认定,不论是形式虚假还是实质虚假,均落入《政府采购法》第七十七条的规制范围内,适用该条款进行处罚;而对于“谋取中标或成交”的认定,不同法院对于该等虚假材料对中标或成交结果的影响的论证思路和观点存在些许分歧,部分观点认为虚假文件应实际上可能影响中标结果,而部分观点认为材料作为投标文件的组成部分,而投标文件是为了促成与采购项目的成交,因此推定投标供应商存在“主观恶意”,要求投标供应商提供证据证明其并不存在“谋取中标或成交”的目的。

因此,基于上述司法实践观点,对于投标供应商,在政府采购活动中应严守诚实守信原则,对于己方提交的投标文件应仔细审核真实性、准确性和完整性,而对于政府采购监管机关,应逐步从政策层面与实践层面统一“提供虚假材料谋取中标、成交”的认定标准,进一步促进政府采购活动的公平竞争,避免因监管标准不稳定影响政府公信力。

建设工程施工合同无效或中途解除，保修义务及质量保证金条款是否还需继续履行

由于缺乏明确、直接的法律规定，建筑行业也没有形成统一的认识和做法，故实务中对于建设工程施工合同无效或中途解除时，承包人是否仍应履行保修义务，以及发包人是否仍然有权扣留质量保证金存在较大争议。笔者结合现行法律规定、法院有关判例及实务经验，试分析如下，以期对当事人应对此问题有所助益。

一、建设工程施工合同无效或中途解除，承包人是否还需承担保修义务

《建筑法》规定，建筑工程实行质量保修制度，具体的保修范围和最低保修期限由国务院规定。国务院颁布的《建设工程质量管理条例（2019 修订）》第三十九条规定：“建设工程实行质量保修制度。建设工程承包单位在向建设单位提交工程竣工验收报告时，应当向建设单位出具质量保修书。质量保修书中应当明确建设工程的保修范围、保修期限和保修责任等。”

我国实行建设工程质量保修制度，前述关于保修法律法规的规定被认为是强制性规定，即使建设工程施工合同被认定为无效或中途解除后，承包人仍应按照法律规定或合同约定承担保修义务。在“文登奥文置业有限公司、中天建设集团有限公司建设工程施工合同纠纷案⁴”中，一审法院明确认定，涉案建设工程施工合同虽为无效合同，但承包人仍应承担涉案工程的质量保修责任，应承担相应的建设工程质量保修义务和责任。山东省高院在二审时也认可了这一观点。同样，在建设工程施工合同中途解除时，承包人的质量保修义务仍不能被免除，如“江苏省华建建设股份有限公司、重庆栩宽房地产开发有限公司建设工程施工合同纠纷案⁵”中，最高院二审时就认为，虽然案涉合同业已解除，但承包人的保修义务是法定义务，保证金条款虽然终止履行但不免除承包人对其施工工程的质量保修法定责任。

⁴ (2019)鲁民终 255 号

⁵ (2020)最高法民终 132 号

二、建设工程施工合同被认定无效，发包人是否有权扣留质量保证金

目前我国未有法律明文规定在建设工程施工合同无效的情况下，发包人能否扣留质量保证金，仅部分地方司法文件简单提及该问题，如《安徽省高级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指导意见》规定：“建设工程施工合同无效，但工程经竣工验收合格并交付发包人使用的，承包人应承担相应的工程保修义务和责任，发包人可参照合同约定扣留一定比例的工程款作为工程质量保修金。”

我们发现司法实践中存在以下两种不同的裁判观点：

一种观点认为，即使在建设工程施工合同被认定为无效时，依然应根据合同约定的相关条款来判定发包人是否具有扣留质量保证金的权利。如在“顾建、江苏昌盛建设集团有限公司建设工程施工合同纠纷案⁶”中，山东省高级人民法院二审认为，即便建设工程施工合同被确认为无效后，承包人仍应在《建设工程质量管理条例》第四十条规定的最低保修期限内承担法定的保修责任，根据最高人民法院司法解释一确立的工程质量与价款挂钩的处理原则，承包人（实际施工人）在参照合同约定结算工程价款的前提下，亦应当承担相应的建设工程质量保修义务和责任，发包人可以按照法律规定或者合同约定的预留部分工程价款作为工程质量保修金。在“傅永潮、绍兴大世界五金机电市场开发有限公司建设工程施工合同纠纷案”⁷中，浙江省高级人民法院二审认为，虽然发包方大世界公司与承包方永通公司签订的三份施工合同均无效，但不影响发包人按合同约定、承包人出具的质量保修书或法律法规的规定，请求承包人承担工程质量责任，因此，发包方大世界公司有权按施工合同约定扣除质量保修金，原判以施工合同无效而对发包方大世界公司要求扣除质量保修金的抗辩意见不予采信，存在不当，予以纠正。

另一种观点认为，建设工程施工合同无效，合同约定的发包人有权扣留质量保证金的约定同样归于无效，故而发包人无权依约扣留质量保证金。但实践中采信此种观点的判例显然少于持第一种观点的判例，且有关判例说理并不充分。如在“中扶建设有限责任公司与德化金龙置业有限公司建设工程施工合同纠纷上诉案”⁸中，最高人民法院二审认为，案涉建设工程施工合同无效，双方在2014年

⁶ (2019)鲁民终 1525 号

⁷ (2017)浙民终 118 号

⁸ (2017)最高法民终 766 号

4月6日协议中约定备案的建设工程施工合同包括招投标文件作废，故发包人金龙公司关于依据建设工程施工合同及招投标文件应预留5%工程款作为质量保修金的主张，缺乏依据。

笔者认同第一种观点。《民法典》第七百九十三条第一款规定，建设工程施工合同无效，但是建设工程经验收合格的，可以参照合同关于工程价款的约定折价补偿承包人。质量保证金属于工程价款的一部分，前述“关于工程价款的约定”理应包括质量保证金的支付时间、支付条件，故而建设工程施工合同无效原则上不应影响发包人依约扣留质量保证金。因此，亦可得出在缺陷责任期届满的情况下，发包人也应当将质量保证金退还给承包人⁹。

三、建设工程施工合同中途解除，发包人是否有权扣留质量保证金

（一）如法院认定质量保证金条款属于《民法典》规定的结算和清理条款，发包人可以根据合同约定主张扣留质量保证金

《民法典》第五百六十七条¹⁰规定：“合同的权利义务关系终止，不影响合同中结算和清理条款的效力。”在司法实践中，部分法院认为质量保证金条款属于合同中的结算和清理条款，在合同中途解除的情况下，质量保证金条款仍然对合同当事人具有约束力，缺陷责任期未届满之时，发包人仍有权主张根据建设工程施工合同约定扣留质量保证金。

在“福建九鼎建设集团有限公司、云南佳鸿宇合实业有限公司建设工程施工合同纠纷案¹¹”中，最高人民法院二审认为，质保金条款属于结算条款，合同解除不影响质保金条款效力，因此在合同约定的条件满足时，工程质量保证金才应返还施工方。同样，在“成都开胜建筑装饰工程有限公司、何青海、攀枝花市本色建设工程有限责任公司建设工程施工合同纠纷案¹²”中，四川省高级人民法院再审时认为，质保金是从工程款中预留，属于工程款的一部分，根据《中华人民共和国合同法》第九十八条“合同权利义务终止，不影响合同中结算和清理条款的效力”的规定，开胜公司（分包人）与本色公司（承包人）解除合同后，不影

⁹ 参考“中国能源建设集团安徽电力建设第二工程有限公司与吉林协合电力工程有限公司建设工程施工合同纠纷上诉案”(2017)甘民终133号，案涉《施工合同》系转包合同被认定无效，甘肃省高级人民法院二审认为，承包人自2014年3月已开始使用讼争工程，现保修金的扣留期限已过，保修金应予以返还。

¹⁰ 原《合同法》第九十八条：合同的权利义务终止，不影响合同中结算和清理条款的效力。

¹¹ (2020)最高法民终337号

¹² (2018)川民申5549号

响质保条款的效力。

同时，应当注意，也有判例明确认定质量保证金条款并非结算和清理条款，如“中建中环工程有限公司、江苏金马工程有限公司建设工程施工合同纠纷案¹³”中，山东省淄博市中级人民法院二审时认为，在合同解除的情况下，根据《合同法》第九十七条、九十八条之规定，合同解除后，尚未履行的，终止履行，质保金条款不再履行，但不影响合同中结算和清理条款的效力，发包人应当结算全部工程款，发包人中建公司再扣留 127635.20 元的质保金已经没有合同依据，一审法院判令发包人中建公司返还承包人金马公司包括涉案 127635.20 元质保金的工程款并无不当。在该案件二审判决中，淄博中院明确质保金条款不属于结算和清理条款，在建设工程施工合同解除后，质量保证金条款也即终止履行，发包人无权进行扣留。

(二) 未明确是否为结算和清理条款，法院认定合同解除后质量保证金条款尚未履行的应当终止履行

《民法典》第五百六十六条第一款规定：“合同解除后，尚未履行的，终止履行；已经履行的，根据履行情况和合同性质，当事人可以请求恢复原状或者采取其他补救措施，并有权请求赔偿损失。”在司法实践中，部分法院并未明确质量保证金的性质是否属于结算和清理条款，而是直接将其当作一般条款根据《民法典》第五百六十六条的规定进行认定，在质量保证金条款尚未履行的情况下，发包人将无权扣留。同时，法院一般也会以合同约定的缺陷责任期的起算作为质量保证金条款是否开始履行的标志，如缺陷责任期还未起算，则认定质量保证金条款应终止履行，发包人主张扣除质量保证金的要求将无合同依据，不被法院所认可。

在“浙江中成建工集团有限公司、天津万炬电子产业投资有限公司建设工程施工合同纠纷案¹⁴”中，最高人民法院二审认为，案涉工程至今未完工，缺陷责任期尚未起算，质保金条款尚未履行，自建设工程施工合同解除之时，该条款应终止履行，发包方主张扣留质保金的依据不足。在“沈阳星辰房地产开发有限公司与江苏顺通建设集团有限公司建设工程施工合同纠纷案¹⁵”中，最高人民法院

¹³ (2020)鲁 03 民终 4099 号

¹⁴ (2018)最高法民终 638 号

¹⁵ (2018)最高法民终 918 号

二审时认为，在一审判决已判令解除案涉建设工程施工合同的情况下，依据《合同法》第九十七条¹⁶规定，案涉《建设工程施工合同》关于工程保修金的约定尚未履行，依法应终止履行，发包人星辰公司主张扣除质保金已无合同依据，故一审判决不予扣除，并无不当。

在建设工程施工合同中途解除的情形下，法院关于发包人是否有权扣留质量保证金问题存在两种截然不同的观点，且并没有一种观点成为主流。笔者认为，除非发包人违约导致合同解除或者双方另有相反约定外，发包人有权扣留质量保证金更为合理。首先，结算是经济活动中的货币给付行为，质量保证金支付条款认定属于结算条款应无不妥，故基于此认定合同解除后质量保证金条款仍属有效于法有据。其次，建设工程施工合同中途解除的，发包人支付工程款的前提仍为已完工程合格（当然此等合同不是也不可能为合同约定的“竣工验收合格”），此时发包人扣留质量保证金的时间（即缺陷责任期的起点）也应相应地从“工程竣工验收通过之日”提前为确认“已完工程合格”之时，从而承包人要求支付已完工程款时，质量保证金扣留的时间条件同时具备。最后，从价值取向来看，如认为建设工程施工合同中途解除发包人一概无权扣留质量保证金的，在发包人不存在违约的情形下，承包人主张解除合同相比起遵守合同将获得更多利益（如提前全额结算和支付已完工程款），似有变相鼓励承包人解除合同谋取更多利益的嫌疑，不利于平衡双方当事人的利益，也与工程质量保证金制度设立的初衷相悖。

四、结论及建议

关于建设工程施工合同无效或中途解除时，承包人是否仍应履行保修义务，以及发包人是否仍然有权扣留质量保证金问题，实务中一般认为我国实行建设工程质量保修制度，关于保修法律法规的规定属于强制性规定，即使建设工程施工合同被认定为无效或解除后，承包人仍应按照法律规定或合同约定承担保修义务；但关于此时发包人是否有权扣留质量保证金，实践中争议较大，存在较大的不确定风险。基于此，我们建议：

（1）当事人可以在施工合同中对清理和结算条款进行必要的列举，明确将包括质量保证金支付在内的支付条款列为结算条款。

¹⁶ 现《民法典》第五百六十六条第一款：合同解除后，尚未履行的，终止履行；已经履行的，根据履行情况和合同性质，当事人可以请求恢复原状或者采取其他补救措施，并有权请求赔偿损失。

(2) 当事人约定合同中途解除的结算条款中，应当对发包人是否有权扣留质量保证金作出明确的约定，以免争议，且应当就此时质量保证金的扣留作出明确、清晰、可操作的约定，如对此时缺陷责任期起算时间、质量保证金比例、发票开具等内容。

建设工程实务问答 3 则

1. 如何理解“发包人在欠付工程款范围内对实际施工人承担责任”中的“欠付工程款”

答：首先，关于实际施工人是否需要证明发包人是否欠付工程款的具体数额，最高院的司法判例与观点存在争议。同时，各地高院一般认为，应当由发包人证明已支付的工程款数额。另外，司法实践中还存在以下几点需要注意的地方：

（1）发包人对实际施工人承担的责任包括实际施工人应获得的工程价款与相应的利息。

（2）发包人与转包人或违法分包人、实际施工人结算标准可以不相同。

（3）发包人擅自与转包人或违法分包人进行结算，不能免除对实际施工人的付款责任。

（4）实际施工人有权向发包人主张工程价款并未排除转包人或违法分包人对实际施工人的付款责任。

（5）发包人与转包人或违法分包人的恶意抵销行为对实际施工人不发生效力。

2. 工程能否采用资格预审、评分排序筛选申请人

答：采用资格预审办法对投标申请人进行资格审查，是符合《招标投标法实施条例》等相关规定的合法的审查方式。在资格预审时采用评分排序筛选投标申请人，不违反相关法律法规的规定，但评分标准、预审程序及预审结果应当符合相关规定。

(1) 采用评分排序进行资格预审时，设置的评分标准不得以不合理的条件限制或者排斥潜在投标人，不得对潜在投标人实行歧视待遇。

(2) 采用评分排序进行资格预审时，预审程序应当符合相关法律法规规定。工程属于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的，应当按照组建资格审查委员会审查资格预审申请文件，资格预审应当按照资格预审文件载明的标准和方法进行。资格预审程序（包括但不限于资格预审相关文件的内容、发布媒介、通知时间、费用收取等）还应当符合《招标投标法实施条例》《房屋建筑和市政基础设施工程施工招标投标管理办法》《深圳经济特区建设工程施工招标投标条例》等相关规定。

(3) 采用评分排序进行资格预审时，资格预审结果应当符合相关规定。

根据《招标投标法实施条例》第十九条第二款，通过资格预审的申请人少于3个的，应当重新招标。根据《房屋建筑和市政基础设施工程施工招标投标管理办法》第十六条第二款，依法必须进行招标的项目，在资格预审合格的投标申请人过多时，选择的投标申请人应当不少于7家。根据《深圳市人民政府印发〈关于建设工程招标投标改革若干规定〉的通知》第三十一条，采用资格预审确定的正式投标人数量少于5名的，应当取消同类工程经验（业绩）要求，重新发布招标公告；确因工程实际需要无法取消同类工程经验（业绩）要求的，应当在评标专家库中按照专业随机抽取不少于5名专家并通过专家论证。

3. 企业能否向政府投资工程项目捐建资金

答：咨询所涉项目属于可接受公益捐赠的社会公共基础设施建设工程，但《公益事业捐赠法》明确规定“自然人、法人或者其他组织可以选择符合其捐赠意愿的公益性社会团体和公益性非营利的事业单位进行捐赠。”第十一条规定：“在发生自然灾害时或者境外捐赠人要求县级以上人民政府及其部门作为受赠人时，县级以上人民政府及其部门可以接受捐赠，并依照本法的有关规定对捐赠财产进行管理。县级以上人民政府及其部门可以将受赠财产转交公益性社会团体或者公益性非营利的事业单位；也可以按照捐赠人的意愿分发或者兴办公益事业，但是不得以本机关为受益对象。”即一般情况下，公益事业捐赠的受赠人只限于两种——依法成立的公益性社会团体以及公益性非营利的事业单位。而关于政府或政府部门能否作为受赠主体的问题，根据全国人大法工委《公益事业捐赠法释义》第十一条中给出的意见，立法机关目前的倾向是认为政府可以接受捐赠但必须受到严格的限制，即在两种特殊情况下可以接受捐赠——救助灾害时或应境外捐赠人的要求时。

因此，企业捐建财政项目应由法律限定的公益性社会团体和公益性非盈利的事业单位作为受赠主体；如要实现企业捐赠资金专款专用于某一专项工程，可由捐赠人与受赠单位签订捐赠协议予以约定的方式实现，具体捐赠及注资流程需合法合规。

办案手记 | 实际施工人纠纷案件的发包人应诉策略

实际施工人纠纷案件涉及的法律规定主要是《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）》第四十三条的规定，即“实际施工人以转包人、违法分包人为被告起诉的，人民法院应当依法受理。实际施工人以发包人为被告主张权利的，人民法院应当追加转包人或者违法分包人为本案第三人，在查明发包人欠付转包人或者违法分包人建设工程价款的数额后，判决发包人在欠付建设工程价款范围内对实际施工人承担责任。”因此，在实际施工人突破合同相对性向发包人主张支付工程款的案件中，主要有以下几个特点：1. 实际施工人以发包人为被告主张权利的，人民法院应当追加转包人或者违法分包人为本案第三人；2. 法院需要查明发包人欠付转包人或者违法分包人建设工程价款的数额；3. 发包人仅在欠付建设工程价款范围内对实际施工人承担责任。对于发包人而言，在实际施工人纠纷案件中最为关键的问题在于发包人是否欠付转包人或者违法分包人工程款项，因此，发包人在该类诉讼中主要应对思路是证明工程款已经付清而不存在欠付的情况。本文以笔者曾经经办的一起实际施工人纠纷案件看发包人的应诉策略。

一、案情介绍

A公司作为业主投资开发了某写字楼项目，B公司为该工程项目的总承包人，B公司将其承包的该工程项目中的某装修安装工程分包给C公司施工，C公司承接后便将该工程部分工作交给D实际施工人（包工头）组织工人施工，双方签订有《某分包合同》，D实际施工人后按合同约定完成了施工，该写字楼工程项目目前也经业主验收合格，但C公司拖欠D实际施工人工程款余款90余万还未支付，经多次催促，C公司因公司债务状况出现问题也一直未支付该款项，D实际施工人遂将A公司（业主）、B公司（总承包人）、C公司（违法分包人）一并起诉到法院，要求三被告支付工程款90余万。

二、律师办案

作为发包人A公司的代理人，笔者在接到该案件后，主要着手从以下几个方面进行应诉准备：

1. 确定应诉策略

(1) 《某分包合同》的合同双方为原告 D 实际施工人与被告 C 公司，A 公司作为非合同相对方，对 D 实际施工人与 C 公司之间签署的合同、工程量完成情况、款项支付情况等合同履行情况均不清楚，也与 A 公司无关，C 公司才是涉案纠纷责任承担主体。

(2) 涉案工程是否包含在 C 公司所承包的分包工程范围内并不明确；即使属于该范围，因 B 公司已与 C 公司中途终止合同，C 公司并未完成其承包范围内的全部工作，涉案工程是否包含在 C 公司已完成工作范围内有待原告 D 实际施工人予以证明。

(3) 就 C 公司所承包的分包工程，A 公司作为发包人以及 B 公司作为总承包人已履行付款义务，且已经超付合同款项，对 C 公司并不存在欠付工程款项的情况。

综上，从合同相对性而言，《某分包合同》的合同双方为 D 实际施工人与 C 公司，作为非合同相对方的 A 公司对双方合作的具体内容并不知情，涉案工程是否属于 C 公司所承包的分包工程范围也并不明确，原告 D 实际施工人向 A 公司主张支付 C 公司欠付的工程款无合同依据；从法律规定而言，就 C 公司所承包的专业分包工程，A 公司作为发包人以及 B 公司作为总承包人已履行付款义务，且已经超付合同款项，对 C 公司并不存在欠付工程款项的情况，此情况下，D 实际施工人向 A 公司主张支付工程款也无法律依据支持。

2. 指导发包人收集资料并确定证据

根据上述应诉思路，考虑到举证时间较短，律师迅速指导发包人收集资料并确定证据，主要提供了以下几个方面的证据：(1) 发包人与违法分包/转包人签订的施工合同等合同文件资料；(2) 对于已经完成结算的工程，收集结算协议或结算书等；(3) 合同付款台账及付款凭证资料，包括已付款的付款凭证资料（付款申请及审批资料）、发票、银行转账单等。

三、法院判决

得益于前期精准的应诉准备以及庭审过程中的沉着应对，最终法院判决由被告 C 公司承担支付拖欠的工程款 90 余万的责任，并驳回了原告其他诉讼请求，

成功避免了当事人 A 公司被判决追究支付责任的风险。

在判决书中，法院认为，首先，被告 C 公司已确认原告完成了分包合同约定的义务，故被告 C 公司应向原告 D 实际施工人支付合同约定的工程款二百四十万元，被告 C 公司已支付给原告的工程款数额，被告 C 公司未举证证明，可按原告自认的金额认定，即可认定被告 C 公司支付了 150 万元，尚欠 90 万元。虽然分包合同约定原告 D 实际施工人向被告 C 公司申请付款时应提交发票，但并未约定若原告 D 实际施工人未提交发票则被告 C 公司有权不付款，且开具发票属于原告 D 实际施工人的附随义务，支付工程款属于被告 C 公司主义务，被告 C 公司不得以原告 D 实际施工人不履行附随义务为由拒绝履行主义务。综上，原告 D 实际施工人请求被告 C 公司支付工程款 90 万元，具有事实和法律依据，本院予以支持。其次，按照结算书的约定，就被告 C 公司完成分包合同所有工程，结算金额为 87054116.01 元，被告 A 公司、被告 B 公司已付清工程款，原告 D 实际施工人请求被告 A 公司、B 公司支付工程款，不符合法律规定，本院不予支持。

四、实务建议

根据上述分析，就实际施工人纠纷这一类型的诉讼案件，发包人的应诉思路主要是举证证明发包人不欠付转包人、违法分包人款项。

目前司法实践中对“发包人欠款工程款的举证责任”由谁承担的问题存在一定的争议，有的法院依据“谁主张，谁举证”的举证规则，要求实际施工人举证证明发包人是否欠付工程款；有的法院则依据司法解释的立法精神与举证的方便程度，认为发包人有义务证明其自身的付款情况。对于发包人而言，尽管存在相关争议，为避免法院依据举证责任的规则而要求发包人承担付款责任的，在个案中发包人应尽量多地举证证明不欠付转包人、违法分包人工程款的情况。关于证明不欠付工程款的时间节点，对于已经完工并结算完成的工程，则证明结算金额已经支付完毕，发包人可以考虑提交合同、结算书和付款凭证等证据；对于还未完工的工程，则发包人需证明已经按合同约定完成进度款付款，不存在欠付款项的情况，发包人可以考虑提交合同、进度款付款凭证等证据。



【地产与工程法律观察】

