

法律知识学习园地



——近年建设工程纠纷案例精选

2014年第4期

主 编： 盛惊宇

编 辑： 兰腾

局（沪）法律事务部 主办



正文

案例一：因中标人过错导致重新招标的损失承担

【基本案情】

福建某集团公司（原告）于2007年11月3日分别向某建设公司（被告）等三家投标人发出招标邀请及招标文件，被告于2007年11月20日递交《投标函》，2007年11月26日原告向被告发出《工程施工中标通知书》，确定被告为中标单位，中标价格为19866万元，双方签订了《建设工程施工合同》，被告向原告提交了200万元投标保证金。随后被告组织人员进行人工挖孔部分施工。2008年2月原告通知被告解除上述《建设工程施工合同》，次日被告接到解除通知后，陆续撤出施工现场。原告于2008年2月18日重新进行招标，最终确定另外某公司为中标单位，中标价为20286万元，同时双方签订了《建设工程施工合同》。该后中标人公司于2008年2月28日进场施工，距离被告离场13天。原告认为，因被告拒不履行施工合同致使原告重新招标直接增加了工程价款420万元，并导致工期延期43天，其工期延误的时间计算为，按后施工合同的竣工时间比前施工合同的竣工时间迟延43天。最终原告诉至法院。

【法院观点】

1、原被告双方于2007年12月5日签订的《建设工程施工合同》合法有效根据最高人民法院《施工合同司法解释》关于合同效力的规定，本案被告具有相

应施工企业资质，且双方主体适格，意思表示真实，合同内容合法，所以该合同有效。

2、原告有权解除合同

根据专家论证等文件资料记载，被告施工的人工挖孔部分工程确实存在质量问题，且该文件资料具有被告签名且被告未提出异议。因此，有证据证明因工程存在质量问题导致原告通知被告解除合同。

3、原告重新招标及工期延误的实际损失承担

因被告履行合同不符合约定导致原告重新招标，重新招标后的中标合同价格超出本案原中标价 420 万元，且工程最终竣工时间延迟 43 天。根据《合同法》第 107 条规定，当事人一方不履行合同义务或者履行合同义务不符合约定的，应当承担继续履行、采取补救措施或者赔偿损失等违约责任。因此，被告应承担前后中标价的差额 420 万元以赔偿原告的损失，因原告已经扣留被告提交的投标保证金，因此最终法院裁判的损失扣除了已经扣留的投标保证金。

对于原告主张由被告承担工期延误 43 天的责任赔偿，法院以缺乏依据不予支持，其理由是原告主张的工期延误在计算方法上存在错误。但对于被告撤离现场至后续施工单位进场时间间隔的 13 天，法院认定为因被告违约解除合同造成，因此裁判按照延迟进场开工的天数计算损失。

【纠纷观察】

2012 年以来，因各种违法原因导致重新招标并转而主张中标合同无效的纠纷日趋增多，因此引发了两次中标价格差额的损失承担问题。实践中主要考虑造成中标无效的过错、以及损失的构成等方面，如因招标人违法造成招标无效或中标无效，如招标人违反招标程序在中标结果确定前谈判价格的，则中标价格差额应由招标人自己承担；如因中标人造成的，例如中标后要求修改招标合同或不提交履约保证金的，则应由中标人承担损害赔偿。

案例二：名义分包合同引起的责任承担

【基本案情】

2009 年 12 月 8 日，某工程公司（申请人）与某分包公司（被申请人）就某公路土建施工项目（以下简称本项目）签订了《分包合同》。分包合同约定，合同工期应当按照监理人指示开工，合同工期总日历天数为 910 天；工程质量应当

符合优良标准；签约合同价为1亿元。本项目工程开工后，申请人按照分包合同约定履行了合同义务。而被申请人未能按照本案合同约定完成本项目工程相应的工程量，仅完成了部分合同约定的工程量。截止到申请仲裁之日，申请人已按合同约定向被申请人支付所有款项，超付2000万元。被申请人多次擅自停工，施工过程中质量管理松懈，多次被监理下令重做，造成了申请人巨大的经济损失和恶劣的社会影响，经过多次协商未果，至今本项目仍未继续施工。因此，申请人主张被申请人应承担工期延误的全部违约责任，并承担工期违约金及赶工措施费1000万元。

【争议焦点】

1、本案《分包合同》是否有效

根据《合同法》中关于“承包人不得将其承包的全部建设工程转给他人或者将其承包的全部建设工程肢解后以分包名义分别转包给第三人。建设工程主体结构的施工必须由承包人自行完成”的规定，《建筑法》以及《建设工程质量管理条例》中的相关规定⁵，本案工程的分包合同，根据其约定内容和实际履行情况，虽然名为分包合同，实质上总包商对于联营的项目没有实施总承包项目管理活动，也没有证据证明其管理痕迹，因此应被认定为转包合同，根据前述法律和行政法规的强制性规定，该分包合同为无效合同。

2、《分包合同》无效后的结算依据

《分包合同》无效后的结算依据，根据最高人民法院《施工合同司法解释》相关规定⁶，亦应参照《分包合同》进行结算，毋须进行工程造价鉴定。此“参照”与“按照”亦应有所不同，但如何不同，则有待于法院或仲裁庭在审理过程中按照双方的过错进行分担。

3、尚未交付质量处罚的责任承担

被申请人作为实际施工人，完全了解、甚至直接签收了业主或监理作出的关于工程质量缺陷的处罚决定，并作了应对方案，应当承担由其导致的工程质量缺陷责任，有义务按照业主及监理的要求进行施工。由于其人员不到位及未按业主及监理指令行事而导致的罚款应当由被申请人承担。因此，被申请人应承担尚未缴付的处罚责任。

【纠纷观察】

近年来，通过签订名义上的《分包合同》规避非法转包挂靠的做法越来越常见，其引发的纠纷通常称之为联营项目纠纷。在联营项目纠纷中主要涉及的问题是合同无效后的责任划分问题，最高人民法院资深法官冯小光先生的观点是：总承包人明知其所承建的工程不允许整体转包给他人承包，应承担主要责任；分包人作为专业性施工企业，应当知道工程转包为法律、法规之强制性规定所不容许，应承担部分（次要）过错责任。

案例三：BT 项目中业主与担保人的连带责任承担

【基本案情】

某施工公司（申请人）与某市政府（第一被申请人）于 2005 年签订了《某污水处理厂项目投资建设与移交合同》（以下简称“本案合同”）。本案合同签订后，申请人按照本案合同约定保质按时完成了本案工程，并将本案工程交付给被申请人。申请人与市政府于 2010 年 6 月签订结算单，确定本案合同工程建安费结算价格为人民币 3 亿元。根据本案合同约定，市政府应于 2012 年 6 月 15 日支付回购款人民币 2000 万元。但是经申请人多次催要，市政府未予支付。

某银行（第二被申请人）于 2007 年 3 月与申请人签订了《履约责任保证书》，对第一申请人在本案合同项下的义务向申请人承担连带保证责任。《履约责任保证书》约定：（1）被申请人担保的主债权及担保范围为被申请人依据合同应履行的全部义务，保证金额不超过 2 亿元人民币。（2）保证期间为被申请人依合同应承担全部义务履行期限届满之日起两年。根据《履约责任保证书》的约定，申请人于 2012 年 7 月向被申请人发函要求其承担保证责任，但是直到申请人提起仲裁之日，被申请人仍未履行保证责任。

【争议焦点】

1、连带保证中债务清偿数额的确定

根据最高人民法院关于适用《中华人民共和国担保法》若干问题的解释（以下简称《担保法司法解释》）第 20 条规定，连带共同保证的债务人在主合同规定的债务履行期届满没有履行债务的，债权人可以要求债务人履行债务，也可以要求任何一个保证人承担全部保证责任。因此本案中申请人可以直接要求某银行承担债务偿还责任。

但是本案投资建设移交合同（即 BUILD AND TRANSFER CONTRACT，简称 BT 合同）标的为工程融资建设项目，投资建设合同的履行过程中发生变更在所难免，对于变更是否需要告知保证人成为保证合同履行过程中的重要关注问题，本案担保合同中对此有明确的约定排除变更通知条款，同时基于变更并未引起主债权增加的客观情况，其担保范围内的义务亦并未增加，因此保证人仍然应当在其承诺的担保范围内承担保证担保义务。

2、本案保证人的诉讼主体地位

根据民事诉讼法相关司法解释以及《中国人民银行关于对商业银行分支机构民事责任问题的复函》（1995年8月7日银条法〔1995〕37号）8规定，专业银行（商业银行）、保险公司设在各地的分支机构虽不具备法人资格，但属于“其他组织”，具有诉讼主体资格，可以作为民事诉讼的当事人参加诉讼，因此本案保证人具有诉讼主体资格。

【纠纷观察】

BT 项目经过十年的蓬勃发展，有众多项目陆续进入还款的高峰期，若地方政府财政无法筹集到足够资金，极易引发担保主体的连带责任纠纷。另外由于许多 BT 项目中担保机构均为商业银行分支机构等不具有法人资格的机构，因此担保主体是否具有诉讼主体资格也是法律纠纷的难点之一。

案例四：项目代建制下的拖欠工程款纠纷

【基本案情】

2006 年，某市城投公司（业主）与某地产公司（发包人）签订了《项目代建合同》，合同约定，由某地产公司代表城投公司作为发包人完成某中心工程的发包建设。随后该地产公司以“发包人”的名义与建筑公司签订了《总承包施工合同》（以下简称“施工合同”）。施工合同约定：建筑公司按合同约定完成该中心工程的建设，发包人按合同约定向其支付工程价款。支付方式为：每月支付一次的中期工程款经发包人 or 发包人授权单位审核完成后按实际完成合格标准工程金额支付 70%，竣工验收合格后支付至实际完成合格工程量 80%，完成工程档案资料验收及备案并结算完成后支付到结算价之 95%；待业主正式发出竣工证书之日起满 12 个月及完成结算审计（取较迟者）后支付一半保留金，缺陷保修期满 24 个月且无任何工程缺陷，支付剩余保留。

施工合同签订后，建筑公司按合同约定履行了全部承建义务，工程于 2008 年 9 月竣工验收合格、于 2008 年底取得竣工验收备案表，且合同双方完成了工程结算手续，结算金额为人民币 5 亿元。但截至 2012 年 4 月，业主和发包人仅支付了人民币 3 亿元，尚有人民币 2 亿元一直未予支付。遂发包人对于已经到期的工程款提起仲裁。

【争议焦点】

1、显名代理中委托人的诉讼地位

根据《合同法》第 402 条关于委托人的介入权规定，受托人以自己的名义，在委托人授权范围内与第三人订立合同，第三人在订立合同时知道受托人和委托人之间的代理关系的，该合同是直接约束委托人和第三人的。因此，本案施工合同尽管由代建人与承包商签订，但依据法律规定同样对本案业主具有法律约束力，故建筑公司可以直接以业主为原告并向其主张迟延支付的工程款。

2、本案仲裁机构的确定

因建筑公司与发包人在《总承包合同》中约定了仲裁条款，具体约定为：若双方同意将与合同有关的争议提交工程所在地的仲裁委员会仲裁，若双方未能同意选择工程所在地的仲裁委员会，则提交某仲裁委员会仲裁。根据《仲裁法》第 18 条明确规定：“仲裁协议对仲裁事项或者仲裁委员会没有约定或者约定不明确的，当事人可以补充协议；达不成补充协议的，仲裁协议无效。”由于本案双方当事人先在仲裁条款中先约定了工程所在地的仲裁机构，但后又约定，双方未能选择工程所在地的仲裁机构的，则约定某仲裁委员会仲裁。该约定应当属于有明确的仲裁机构，为有效的仲裁条款。

【纠纷观察】

近年来因实行项目代建制引发的拖欠工程款纠纷呈现出日益增多趋势，主要表现为《项目代建合同》与《总承包施工合同》中约定内容的一致性、委托人（业主）对于《总承包施工合同》的介入即突破合同相对性问题等。从国家有效控制地方政府正确使用未来财政资金的角度出发，2012 年年底财政部、发展改革委、人民银行和银监会等四机构已共同出台规定，要求有序控制政府投资项目采取代建制以及其他融资方式举借债务。

案例五：业主雇用的造价咨询机构确认文件的效力

【基本案情】

某建设公司（原告）通过招标投标承建被告某装修工程项目。2007年8月双方签订了《施工合同协议书》，原告于2007年9月1日正式入驻现场施工，2008年4月8日原告将上述竣工工程交付被告使用。施工合同中约定：工料测量师指雇主委托的负责本工程造价管理的单位。同时还约定，被告现场代表的工程变更及为暂定金额所完成的一切工作应由工料测量师计量和估价，但合同结算条款中并未约定工料测量师编制的结算文件还需要被告确认方能作为结算依据。本案中造价顾问公司通过电子邮件向双方当事人发送了进度付款审核报告。原告诉求被告支付拖欠的已审核的剩余工程款及利息，被告辩称争议工程至今未能获得业主同意并确认，即认为并未完成最终结算，原告主张的工程价款是工料测量师出具的暂时审核文件，其结论不能约束业主，尚需业主确认后方可作为双方结算的依据。

【法院观点】

1、进度付款审核权力问题

根据九部委2007年颁布的《标准施工招标文件》第17.3.3项“进度付款证书和支付时间”明确规定：“监理人在收到承包人进度付款申请单以及相应的支持性证明文件后的14天内完成核查，提出发包人到期应支付给承包人的金额以及相应的支持性材料，经发包人审查同意后，由监理人向承包人出具经发包人签认的进度付款证书。”以及九部委2012年颁布的《标准设计施工总承包招标文件》第17.3.4“进度付款证书和支付时间”明确规定：“监理人在收到承包人进度付款申请单以及相应的支持性证明文件后的14天内完成审核，提出发包人到期应支付给承包人的金额以及相应的支持性材料，经发包人审批同意后，由监理人向承包人出具经发包人签认的进度付款证书。”这两个文件对全国的建设工程均具有标准指导意义，体现了我国工程建设进度款审核的行业惯例。即使咨询机构做出了进度付款的审核确认，在合同条款中有明确约定其审核意见效力时，当然应当按照合同约定执行，合同中没有明确约定时，则应当按照交易习惯执行。

2、竣工结算需要法定的程序和形式

对于竣工结算的编制与审核，作为工程合同履行中极为重要的内容，根据住

建部和财政部联合颁布的《建设工程价款结算暂行办法》（财建[2004]369号）第14条第2款10明确规定：“1、单位工程竣工结算由承包人编制，发包人审查；实行总承包的工程，由具体承包人编制，在总包人审查的基础上，发包人审查。2、单项工程竣工结算或建设项目竣工总结算由总（承）包人编制，……单项竣工结算或建设项目竣工总结算经发、承包人签字盖章后有效。”据此，工程项目竣工结算必须首先由承包人提交由其编制的竣工结算报告，然后由发包人进行审核，最后必须经发包人和承包人签字盖章方有效。因此，只要合同中明确约定由业主委托其他方完成结算，或没有其他履行合同的行为产生前述影响，则业主雇用的造价咨询机构进行的过程审核，包括对结算的审核也不能代替发包人的审核权。

【纠纷观察】

一直以来，工程建设项目中关于合同结算条款不明确引发的纠纷层出不穷。建设工程耗时长变故多，因工程变更引发的最终结算价格与合同约定价格往往差距很大，因此在最终结算时双方对于合同约定很容易产生严重分歧，进而产生纠纷。本案就是一例，在进行最终结算时双方对于第三方出具的审核报告能否不经过业主确认直接作为结算文件产生不同理解，裁判时多是依据合同范本等行业惯例来判定。

案例六：劳务分包合同的结算依据新问题

【基本案情】

2008年11月10日，某建筑劳务公司（申请人）与某建筑工程公司（被申请人）签订了《建设工程劳务分包合同》（以下称原劳务合同），由申请人承建某创业中心研发楼工程。涉案工程于2008年10月开工，2009年4月20日双方又签署了《劳务分包合同补充协议》（以下简称“补充协议”），并已临近工程实际竣工时间2009年7月30日，此时，双方签署补充协议并重新确定结算原则，足以表明双方同意按照补充协议确定的结算原则进行涉案工程的结算工作。申请人称：工程已于2009年7月竣工，被申请人以不结算为手段，以建设方未向其足额付款为借口，拖欠申请人工程款239万元拒不支付。

被申请人反请求：请求申请人返还超额支付的工程款12万元，请求申请人赔偿工期延误损失51万元。

【争议焦点】

1、2009年4月20日签订的《补充协议》是否真实存在

原劳务合同约定的分包方式与申请人实际的分包方式不同；而补充协议约定的分包方式与申请人实际的分包方式相同。

申请人实际的分包方式为扩大的劳务分包，即劳务加材料；补充协议约定的分包方式为劳务加材料，原劳务合同约定的承包方式为包清工。

2、涉案工程的结算依据

涉案工程不是法律、行政法规规定必须进行招标的工程，原劳务合同的签订也没有经过合法的招投标程序。根据最高院《施工合同司法解释》第21条规定，“当事人就同一建设工程另行订立的建设工程施工合同与经过备案的中标合同实质性内容不一致的，应当以备案的中标合同作为结算工程价款的根据”。这里所指的“备案的中标合同”应是经过合法的招标投标程序而签订的中标合同，在本案中，原劳务合同虽然是备案合同，但涉案工程未经过合法的招投标程序，原劳务合同并不是经过合法的招投标程序后的中标合同，所以不能适用《施工合同司法解释》第21条以原劳务合同作为结算依据。

根据北京市高级人民法院《施工合同解答》第15条11规定，法律、行政法规规定不是必须进行招标的建设工程，实际也未依法进行招投标，当事人将签订的建设工程施工合同在当地建设行政主管部门进行了备案，备案的合同与实际履行的合同实质性内容不一致的，应当以当事人实际履行的合同作为结算工程价款的依据。本案原劳务分包合同作为未进行招投标的备案合同不能作为结算工程价款的依据，而应以实际履行的补充协议作为结算工程价款的依据。

【纠纷观察】

建设工程劳务分包合同在实践中也出现了备案合同与实际履行合同不一致的现象，因此导致以哪份合同为结算依据的纠纷。该类纠纷由于不是法定必须进行招标工程也未经招标投标程序不能适用最高院《施工合同司法解释》中关于以备案合同作为结算依据的规定，故出现了关于结算合同依据的争议。但随着纠纷形式的发展变化，北京市高级人民法院于2012年出台的《施工合同解答》为解决该类纠纷提供了裁判依据参考。该解答对于备案合同与实际履行合同的作用，区分是否属于法定必须招标项目进行认定，具有非常好的实践意义。

案例七：因建材价格上涨构成情势变更下的结算价格认定问题

【基本案情】

2008年4月，济南某公司（被告）与某建筑公司签订了厂房、办公楼建设工程施工合同，合同采取固定价格形式，总定价1966万元。随后，该建筑公司将该工程交给李女士（原告）。双方约定共同完成施工任务，“甲方负责工程管理，乙方（李女士）负责工程施工与发包人结算、协调关系、资金筹措等，工程盈亏由乙方自负”。

2008年4月，李女士就开始进入工地施工，前几个月进展很顺利。但从2008年7月起，建材价格大幅上涨，比如钢筋，投标价是每吨3000多元，但7月每吨已高达6800元，到2008年12月停工时工程实际造价已达到3000万左右。虽然发包方一直按工程进度拨款，但已远不够用。不得已，她开始垫款，前后垫了几百万，一直到2008年12月不得已停工。此时工程已基本完工，只剩下路面、绿化等收尾性工程。

此间，李女士多次找某建筑公司和发包方协商，要求调价。2008年7月16日某建筑公司发给发包方的一份“工作联系单”中列举了一些主要材料的价格，2008年11月底，施工方对工程造价进行了核算，“本工程的实际成本价为2986万元”。某建筑公司要求，发包方能对原合同中关于材料价格的约定进行变更。

济南市建委【2008】4号文件于2008年4月30日出台，已经考虑到建材价格异常波动的风险。根据该文件，2008年1月1日以后完成的工程，采用固定价格合同形式，未约定钢材等主要建材价格风险包干幅度，钢材等主要建材价格上涨或下降幅度在5%以内的，其价差由承包人承担或受益，价格上涨或下降在5%以外的，其价差（即超过5%的部分）“施工合同没有计取风险包干系数的，其价差由发包人承担或受益……”李女士诉称，济南市建委规定的变动幅度只有5%，而去年下半年的价格变动早超出这个范围了。固定价格合同对施工方风险太大，当时她也考虑过风险问题，提出一旦钢材等涨价，应该按市场价格算，某建筑公司派驻工地的人给她保证，会按实际价格结算，但只是口头保证。后来，发包方也曾同意调价，但一直没有行动。

李女士遂起诉济南某公司要回她垫付的钱以及其施工应得利润。

该案最终调解结案，调解结果符合原告的诉讼请求。

【法院观点】

1、本案建材价格上涨构成情势变更

商业风险属商业活动固有的风险，行为人能够预见或者应当预见客观情况的变化可能发生且主观上一般均存有过失，但是合同的基础没有发生变化。情势变更属于意外的风险，当事人在签约时无法预见且主观上都没有过错，其后果客观上会使合同的基础和预期的目的发生根本性的动摇。不可抗力是指合同签订后，不是由于当事人的过失或疏忽，而是由于发生了合同当事人无法预见、无法预防、无法避免和无法控制的事件，以致不能履行或不能如期履行合同，发生意外事件的一方可以免除履行合同的责任或者推迟履行合同。

本案建材价格急剧上涨超过 5% 是受金融危机、奥运会等的影响，不属于行为人能够预见到的商业固有风险；而不可抗力多为自然灾害或者社会异常变动，本案尚不能构成不可抗力。因此本案情形归于情势变更是相对合理的。

2、本案工程结算依据应考虑市场实际价格情况

2008 年 5 月 13 日，《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）》（以下简称《合同法司法解释二》）开始实施，法理上的“情势变更原则”正式被该解释所承认。根据该解释第 26 条规定，合同成立以后客观情况发生了当事人在订立合同时无法预见的、非不可抗力造成的不属于商业风险的重大变化，继续履行合同对于一方当事人明显不公平或者不能实现合同目的，当事人请求人民法院变更或者解除合同的，人民法院应当根据公平原则，并结合案件的实际情况确定是否变更或者解除。

该司法解释的出台为情势变更原则的适用提供了法律依据，根据该解释，为确保公平原则，本案工程价款可以根据原告申请予以变更，因此，本案工程结算是可以依据实际市场价格来进行结算的。

【纠纷观察】

情势变更原则对于建设工程结算价款的影响非常巨大，由此产生的纠纷自然也很多。但是在司法实践中如何适用情势变更原则是一个非常棘手的问题。一方面需要维护市场稳定的秩序，尊重合同当事人意思表示；另一方面又要追求实质性的公平正义，防止经济激烈动荡打破合同原有利益平衡。因此，最高人民法院发布了《关于正确适用〈中华人民共和国合同法〉若干问题的解释(二)服务党和

国家的工作大局的通知》(法[2009]165号 2009年4月27日),该通知明文规定,“要着眼于从根本上化解合同纠纷,多做调解工作,在依法、自愿的前提下,努力争取案结事了,力求从源头上化解矛盾,为促进经济平稳较快发展创造良好司法环境。”对于《合同法司法解释二》具体运用方法,该通知规定,“如果根据案件的特殊情况,确需在个案中适用的,应当由高级人民法院审核。必要时应报请最高人民法院审核。”。这表明立法者一方面引入情势变更原则,另一方面又需要防止滥用情势变更规则而架空合同严守这一基本规则。故大多数法官在审理案件过程中会比较保守地运用该规则。