


JIANSHE GONGCHENG ANJIAN
LVSHI DAILICI JINGXUAN

建设工程案件 律师代理词精选

北京市律师协会建设工程法律专业委员会 编

 法律出版社
LAW PRESS · CHINA

JIANSHE GONGCHENG ANJIAN
LVSHI DAILICI JINGXUAN


建设工程案件律师代理词精选

本书共收录了近年来北京市律师协会建设工程法律专业委员会委员承办的建设工程诉讼、仲裁律师代理词30余篇，包含建设工程的招投标、设计合同、施工总承包合同、工程分包、工程转包、工程质量、施工期限、工程变更、工程索赔、造价鉴定、工程结算等方面的纠纷案例。每篇代理词的结构包括案情简介、代理思路、代理词等部分。有的代理词根据案件具体情况，抓住争焦点，鲜明地提出代理意见，语言生动、简练、论点明确，逻辑性强；有的代理词立足于事实和法律，进行准确、详尽而深入的剖析，逻辑层层递进，思路缜密、客观、全面，内容重点突出。本书对从事建设工程法律服务的律师具有一定指导与借鉴作用，编者也希望能够对建设单位、施工企业等建设工程参与的企业、人员有所裨益。



法律出版社官方微信

上架建议：法律实务

 **独角兽工作室**
装帧设计

ISBN 978-7-5118-8101-4



9 787511 881014 >

定价：48.00元

JIANSHE GONGCHENG ANJIAN
LVSHI DAILICI JINGXUAN

建设工程案件 律师代理词精选

北京市律师协会建设工程法律专业委员会 编



法律出版社
LAW PRESS · CHINA

图书在版编目(CIP)数据

建设工程案件律师代理词精选 / 北京市律师协会
建设工程法律专业委员会编. —北京:法律出版社,
2015.7

ISBN 978 - 7 - 5118 - 8101 - 4

I. ①建… II. ①北… III. ①建筑法—案例—
汇编—中国 IV. ①D922.297.9

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2015)第 137865 号

建设工程案件律师代理词精选
北京市律师协会建设工程法律专业委员会 编

编辑统筹 法律应用出版分社
策划编辑 程 岳
责任编辑 程 岳
装帧设计 李 瞻

© 法律出版社·中国

出版 法律出版社
总发行 中国法律图书有限公司
经销 新华书店
印刷 三河市龙大印装有限公司
责任印制 翟国磊

开本 720 毫米×960 毫米 1/16
印张 19
字数 285 千
版本 2015 年 7 月第 1 版
印次 2015 年 7 月第 1 次印刷

法律出版社/北京市丰台区莲花池西里 7 号(100073)

电子邮件/info@lawpress.com.cn

网址/www.lawpress.com.cn

销售热线/010-63939792/9779

咨询电话/010-63939796

中国法律图书有限公司/北京市丰台区莲花池西里 7 号(100073)

全国各地中法图分、子公司电话:

第一法律书店/010-63939781/9782

重庆公司/023-65382816/2908

北京分公司/010-62534456

西安分公司/029-85388843

上海公司/021-62071010/1636

深圳公司/0755-83072995

书号:ISBN 978 - 7 - 5118 - 8101 - 4

定价:48.00 元

(如有缺页或倒装,中国法律图书有限公司负责退换)

编辑委员会

主 编：张国印

副主编：杨景欣 尚晓民 张晓峰 徐汝华

编 委：李洪陆 李久峰 姜小燕 刘 敬 邓丽萍

郭 勇 张 彦 刘 铁 史剑琴 赵亚光

李 伟 王步峰 刘 晨 魏 超 潘泽河

王文杰 常永江 王跃华 刘丽彩 刘 爽

宋先丽 董占军 田春宇 高殿民 何欣荣

阎云天 马汉学 唐利君 温永忠

前 言

北京市律师协会建设工程法律专业委员会是北京市律师协会设立最早的专业委员会之一,也是北京市律师协会中规模较大的专业委员会之一。2012年6月22日,第九届北京市律师协会建设工程法律专业委员会成立,现有近90位委员。

建设工程法律专业委员会主要通过大型业务培训、研讨会、中小型论坛、专家授课、沙龙、汇集出版委员的研究成果等多种方式,提高律师在建设工程及基础设施领域的理论水平和业务素质,加强律师之间的业务交流,拓展律师在建设工程及基础设施特许领域的执业范围。同时,建设工程法律专业委员会还致力于参与相关立法和课题研究等活动,通过多种方式发挥律师的专业优势,发挥律师在整个城市建设法制化进程中的积极推动作用。

建设工程法律专业委员会所涉业务领域主要包括:与房屋、铁路、公路、机场、港口、桥梁、矿井、水厂、污水处理厂、石化项目、水库、各类电站、通信线路等各种基础设施和建设工程有关的法律事务,建筑业范围内的线路、管道、设备安装工程的勘察、设计、新建、扩建、改建及大型建筑装修装饰等有关法律事务。服务内容涵盖土木建筑工程的招投标、谈判、签约、工程结算、索赔、相关诉讼和仲裁等建设工程的全过程。与本委员会工作相关联的社会机构主要包括:各级建设委员会,发展和改革委员会,水利、交通运输等政府机构,建设工程招标投标管理办公室,与基础设施、能源、资源等与特许经营有关的政府机构,建设工程行业协会等。

鉴于鲜见建设工程案件律师代理词方面书籍,第九届北京市律师协会建设工程法律专业委员会推出了《建设工程案件律师代理词精选》一书。代理词是诉讼代理人在法庭调查基础上结合案件证据、事实及法律所撰写的一种诉讼文

书,承载着诉讼代理人供法庭参考的案件应如何裁判的意见或建议。代理词一般由首部、正文和尾部三部分组成。代理词既需要律师通过言词在法庭上发表,又需要律师将其提交法庭,并由人民法院入卷备查,对维护被代理人的合法权益具有很重要的作用。建设工程案件专业性很强,一份好的建设工程案件代理词,应该是代理律师多年专业知识的积累和办案的智慧结晶,对于法官或仲裁员裁判案件具有重要参考价值。

本书共收录了近年来专业委员会委员承办的建设工程诉讼、仲裁律师代理词34篇,包含建设工程的招投标、设计合同、施工总承包合同、工程分包、工程转包、工程质量、施工期限、工程变更、工程索赔、造价鉴定、工程结算等方面的纠纷案例。本书每一篇代理词的结构包括案情简介、代理思路、代理词、作者简介四部分。有的代理词根据案件具体情况,抓住争执点,鲜明地提出代理意见,语言生动、简练、论点明确,逻辑性强;有的代理词立足于事实和法律,进行准确、详尽而深入的剖析,逻辑层层递进,思路缜密、客观、全面,内容重点突出。

本书代理词均为第九届北京市律师协会建设工程法律专业委员会委员撰写,代理词中闪烁着他们的知识与智慧、经验与能力、勤勉与尽责。建设工程法律专业委员会希望通过这些代理词及代理思路总结办案经验,加强专业委员会内部、外部交流,提高专业委员会委员业务能力。本书对从事建设工程法律服务的律师具有一定指导与借鉴作用,编者也希望能够对建设单位、施工企业等建设工程参与的企业、人员有所裨益。

由于能力、经验有限,本书中难免有错误、疏漏之处,诚请各位尊敬的读者给予批评指正。

编写组

2015年5月

目 录

1. 施工过程中签证单的法律效力…………… (1)
何欣荣 北京市泰泽律师事务所
2. 某建筑集团与某房地产公司施工合同纠纷案…………… (9)
刘 敬 黄善玉 北京金诚同达律师事务所
3. 因涉案工程未取得批准规划变更而引发的诉讼案…………… (21)
刘 爽 北京市炜衡律师事务所
4. 以工程决算备忘录形式改变合同价款是“一揽子包干”的决算方法 …… (28)
潘泽河 北京市安衡律师事务所
5. 固定总价合同应否鉴定及交付时间争议案…………… (38)
张国印 北京市盈科律师事务所
6. 海南正峰工程公司诉内蒙古奥拉托发动机有限公司施工合同纠纷案…………… (57)
王文杰 北京大成律师事务所
7. 固定价款施工合同什么情形下可变更或撤销案…………… (69)
李久峰 北京市扬剑律师事务所
8. 承包人可否依据《临时施工协议》主张工程款 …… (84)
赵亚光 北京市华城律师事务所
9. 建设单位与总包单位的结算是否适用总包另行分包项目…………… (95)
阎云天 北京天驰洪范律师事务所
10. 建筑工程设计合同效力争议案 …… (105)
史剑琴 北京市林鑫沃邦律师事务所

11. 支付工程款给施工单位代表是否构成违约 (118)
高殿民 北京市普贤律师事务所
12. 开发商主动要求做被告承担连带责任案 (124)
王步峰 北京市法大律师事务所
13. 发包方因工程质量要求解除合同纠纷案 (133)
刘丽彩 北京市德恒律师事务所
14. 施工合同工期与质量纠纷案 (138)
王跃华 北京市长安律师事务所
15. 一纸鉴定,六年诉讼 (143)
马汉学 北京金禹律师事务所
16. 中国上海某冶金建设有限公司与北京某科技开发公司施工合同纠纷仲裁案 (148)
王文杰 北京大成律师事务所
17. 因甲供材暂定价引发的争议仲裁案 (166)
张国印 北京市盈科律师事务所
18. 建设工程施工合同中挂靠法律关系的认定 (178)
李 伟 北京市赵晓鲁律师事务所
19. 第三人冒用被告名义进场施工给原告造成损失应当由原告和第三人自行承担责任 (182)
李久峰 北京市扬剑律师事务所
20. 中途退场引发的工程款认定纠纷案 (191)
宋先丽 北京市嘉佑律师事务所
21. 投标保证金及银行保函应否退还纠纷案 (200)
张国印 北京市盈科律师事务所
22. 因发包人行使解除权引发的施工合同纠纷案 (208)
刘 晨 北京市地平线律师事务所
23. 因质保期出现维修问题导致的工程尾款和质保金给付争议案例 (214)
刘丽彩 北京市德恒律师事务所

24. 某国际公寓楼盘汇总表之争 (225)
尚晓民 北京市五泰律师事务所
25. 工程结算能否以第三方审计作为依据 (230)
田春宇 北京市惠诚律师事务所
26. 实际施工人之争 (235)
马汉学 北京金禹律师事务所
27. 冯乐安诉李春藤施工合同纠纷案 (240)
王文杰 北京大成律师事务所
28. 某建设与某地产公司工程进度款争议案 (254)
董占军 北京市金拓律师事务所
29. 因防水施工质量引发的争议案 (259)
阎云天 北京天驰洪范律师事务所
30. 因怠于行使合同权利引发的争议案 (264)
王跃华 北京市长安律师事务所
31. 民工聚集讨薪不构成胁迫,工程结算协议不能因此撤销 (270)
李洪陆 北京市时代九和律师事务所
32. 工程质量瑕疵索赔的诉讼策略 (274)
唐利君 北京市京都律师事务所
33. 巧用第三方证据以点带面赢官司 (279)
常永江 北京市自然律师事务所
34. 建设工程合同“平移”后发包人、总包人与合作人的共同责任 (286)
温永忠 北京市海铭律师事务所

施工过程中签证单的法律效力

何欣荣 北京市泰泽律师事务所

【案情简介】

北京某建筑公司承建北京某动物保护中心一项工程,施工完毕后,双方因工程款结算发生纠纷。某建筑公司作为原告向北京市第二中级人民法院提起诉讼,要求给付工程款,而被告某动物保护中心认为已支付完毕。本案原、被告双方争议的焦点之一是:001号签证单的法律效力。该签证单约定了施工合同外增加的施工工程的结算价格,双方争议的主要也是施工合同外工程的工程款结算和支付问题。

笔者作为原告某建筑公司的代理律师参加了诉讼。某建筑公司提出的诉讼请求事项是:要求某动物保护中心按照001号签证单确定的价格,给付施工合同外工程的工程款。而被告某动物保护中心的主要抗辩理由是:001号签证单无效,其已将施工合同约定的全部工程款支付完毕,不应再支付工程款。一审判决结果是:法院委托鉴定机构对施工工程进行了造价鉴定后,一审判决支持了某建筑公司的大部分主张。

【代理思路】

本案是施工单位在施工完毕并已交付发包方使用后,向发包方索要工程款的案件。作为施工单位的一审代理人,笔者在该案中的代理思路是:依据双方签署的施工合同及施工过程中签署的各种洽商单,计算施工方应得的结算价

款,并围绕着如何计算结算价款,整理我方的证据。

为了让法官清晰、明确地看懂我方的计算经过及计算依据,我方根据工程的分部、分项对工程款进行分类计算,将工程结算款分别划分为:原合同价款、减项部分价款、变更部分价款、增项部分价款、材差部分价款、量差部分价款等。与此相对应,我方也对证据依据上述分类整理为:原合同、减项洽商单、变更部分的洽商单、增项部分洽商单以及补充协议、变更材料的洽商单、变更工程量的洽商单等,并据此编写了证据目录及证据说明。

事实证明,由于事先对证据进行了上述的分类,使法官和鉴定机构很快理解了我方结算工程款的计算经过及计算依据。在价格鉴定过程中,鉴定机构基本按照我方的证据进行了鉴定,原告取得了较圆满的判决结果。

代理词

审判长、审判员:

我接受原告北京某建设工程公司的委托,担任其与北京某动物保护中心之间建筑工程施工合同纠纷一案的代理人。本代理人现就本案中涉及的001号签证单的问题,提出如下补充代理意见,请法庭予以考虑:

一、本案是建筑工程施工合同纠纷,不是招标投标纠纷。

本案原告对施工合同的报价是以工程量清单为基础的报价,而施工合同的工程价款也是依据工程量清单确定的。施工合同中并未涉及的变更、洽商、增项等工程的价款,应适用001号签证单的约定计价。

被告在庭审中曾多次依据不属于施工合同的招标文件中关于施工范围是图纸范围这一点,试图把施工合同计价范围从工程量清单混淆为是设计图的全部范围,被告的这个观点是不正确的。首先,招标文件不是施工合同,不应当以招标文件为依据来处理双方之间的施工合同纠纷;其次,尽管设计图能够表示建筑的形状和结构,但是它无法具体表示建筑的具体工程量,而这些具体的工程量内容均需用工程量清单来明确。本案在招标过程中,设计图纸并不是直接的报价依据,而工程量清单才是具体的、直接的报价依据,是能够具体量化的施工合同内容。

原、被告之间的施工合同价格,其涵盖的仅仅是工程量清单和投标书的施工范围,不是设计图纸的全部范围。超出工程量清单范围以外的施工项目,应当属于变更和增加的工程项目,该变更和增加工程的价款,并未包含在投标书价格范围中,而应当按照双方签署的 001 号签证单另行计算工程价格。

二、在施工过程中,原、被告双方于 2005 年 4 月 5 日签署了 001 号签证单,该签证单是施工合同的组成部分,是双方结算工程款的合同依据。

本案《建设工程施工合同》第一部分协议书中第 6 条对合同的组成部分作了明确约定,即组成本合同的文件包括:本合同协议书、中标通知书、投标书及其附件、本合同专用条款、本合同通用条款、标准、规范及有关技术文件、图纸、工程量清单、工程报价单或预算书、双方有关工程的洽商、变更等书面协议或文件。因此,我们有必要搞清楚哪些文件属于施工合同的组成部分、哪些文件不属于施工合同的组成部分,以便依据施工合同,对涉及的工程和相应的价款进行正确的判断。

原、被告之间施工合同中的协议书部分的第 6 条、通用条款第 2.1 条等,均明确约定了施工过程中双方签订的洽商、变更协议或文件属于施工合同的组成部分。因此,原、被告在施工过程中签署的 001 号签证单,属于施工合同的文件,它与协议书、通用条款、专用条款等共同组成了本案施工合同的全部内容,001 号签证单是双方结算工程款的合同依据。

三、变更、洽商、新增、合同外、暂估价等部分的工程款应当依据 001 号签证单约定的计价方式进行计价。

施工合同中通用条款部分第 31.1 条约定:变更合同价款按下列方法进行:施工合同中已有适用于工程的价格,按施工合同已有的价格变更合同价款。该条款包含两层意思:一是施工中存在变更工程的,那么,合同价款是可以变更的,而不是被告理解的工程价款不能变更;二是变更后的工程价款计算,应当按照施工合同中约定的方式计算。

在本案中,原、被告双方对于变更工程的价款及计价方法,曾共同签署了 001 号签证单,而且双方在该签证单中明确约定:如果有变更工程,那么就按照北京市 2001 定额对该工程计价。因此,依据施工合同第 31.1 条的约定,对于变更工程的价款,应当按照 001 号签证单这个合同文件进行,也即按照 2001 定

额计算变更工程的工程价款。

四、被告提出的“001号签证单改变了施工合同实质性内容,属于违反招标投标法规定的无效条款”观点不成立,001号签证单并未违背施工合同的实质性内容。

本代理人认为,被告提出的“001号签证单改变了施工合同实质性内容,属于违反招标投标法规定的无效条款”观点不成立,001号签证单并未违背施工合同的实质性内容。理由是:

第一,001号签证单约定的内容与施工合同约定的内容完全不同。施工合同约定的内容是对原有工程量清单工程的价款约定,而001号签证单约定的是变更、新增以及合同外工程、暂估价项目的计价方法。该签证单约定的变更、洽商、新增等工程内容,并未包含在原有的工程量清单范围内,其对施工合同并未进行实质内容的改变,而只是补充施工合同中未约定的内容。

第二,施工合同是以工程量清单为基础的固定总价合同[见招标文件第3.6.(6)的规定],因此,施工合同的价格1172万元是与工程量清单相对应的工程价格。而001号签证单并未改变施工合同中相应的工程量清单所对应的单价和总价,该签证单针对的是工程项目发生变更后以及合同以外新增加项目的价格如何计算的问题。如施工合同的工程项目不发生变更,也没有新增项目,那么,则该签证单将不会对施工合同的价格产生任何影响。因此,不存在001号签证单违背施工合同实质性条款的情况。

第三,001号签证单约定的内容均属于施工合同工程量清单以外的变更、新增等工程,这些变更、新增的工程是在施工过程中才发生的,不是一开始就发生的,因此原、被告双方在签署施工合同时,不可能将这些工程的工程量包含进去,这些工程也就不可能被报价。因此,在实际施工过程中,当发生变更工程的情况时,双方针对这种情况,就如何结算工程款,签署了001号签证单进行约定,这是完全合乎情理的,也是符合事实情况的。

第四,施工合同中协议书部分第6条以及通用条款第2.1条等,已约定原、被告双方可以在施工合同中就变更、洽商另行签订协议,这证明双方所签的001号签证单并未违反施工合同的约定。同时,也说明依据施工合同的约定,双方完全,也应该可以签署关于变更、洽商方面的协议或其他文件。因此,001

号签证单不仅不违背施工合同内容,而且是完全符合施工合同原意的。

第五,施工合同中专用条款部分的补充条款第 47.5 条约定,暂估价部分及未计入投标报价部分,可以按照实际发生调整单价及总价。这条约定也说明:对于施工合同内容不包含的、未计入投标报价的部分,双方可以按实际发生调整单价和总价。001 号签证单约定的变更、新增、合同外、暂估价工程均属于未计入投标报价的部分,完全应该适用。

第六,招标文件第 3.6 条规定,本工程投标报价依据是:国家颁发的《建设工程工程量清单计价规范》及北京市建委《关于〈建设工程工程量清单计价规范〉的实施意见》以及工程造价管理部门的相关配套规定。从招标文件上述内容可以看出,本工程实质是按照国家和北京市的相关工程造价规定进行计价的,而 001 号签证单的内容则约定变更、洽商工程等按照北京市 2001 定额进行计价。001 号签证单的计价方式与招标文件要求的按照国家政府的规定执行计价的内容,实质含义完全相同。双方所签署的 001 号签证单的计价方式就是执行北京市 2001 定额,这一约定完全符合招标文件第 3.6 条规定的报价依据,即报价应依据工程造价管理部门的相关配套规定进行,而这一点也符合施工合同专用条款部分补充条款第 47.5 条约定的内容。

五、被告试图否定 001 号签证单效力的观点不成立。

理由是:第一,001 号签证单是原、被告及监理方三方共同签署,是三方真实的意思表示。并且,原告已按照 001 号签证单的约定,完成了施工工作,已按照 001 号签证单确定的计价方法,雇用了工人、租赁了设备机械、投入了各种工程费用。因此,当原告已按 001 号签证单施工完毕后,再否定 001 号签证单的效力,对原告显然不公平。

第二,001 号签证单符合政府部门关于“禁止发包人不切实际压低工程价格,损害工程质量、影响社会稳定”的相关文件精神。被告否认 001 号签证单效力,不按照 001 号签证单的约定对变更工程计算造价的行为,违反政府部门规定。

北京市建设工程造价管理处发布的《关于合理确定建设工程中人工、材料等市场价格的意见》(京造定[2006]3号)中指出:各有关单位:……目前建筑市场不规范,部分发承包单位在招投标过程中,不顾市场实际情况一味地不合

理的压低造价。当前,尤其以不切实际的压低人工价格的情况较为突出。个别招标人在招标时仍要求投标人按2001年《北京市建设工程预算定额》中人工费基价进行投标报价,明显不符合现行计价办法和市场实际情况,严重影响了工程质量、安全及社会稳定。为进一步规范市场各有关主体的计价行为,现再次提出合理确定建设工程中人工、材料等市场价格的意见如下:一、发承包方等在编制建设工程预算、招标标底、投标报价、工程结算时,应根据其工程的计价方式,结合北京市建设委员会颁发的“关于北京市建设工程造价计价办法的通知”(京建经[2002]117号)、“关于贯彻执行《建设工程工程量清单计价规范》的实施意见”(京建经[2003]340号)和原北京市房屋修缮工程定额管理处颁发的“关于修订《北京市房屋修缮工程造价计算方法》的通知”([2005]京修定字第003号)文件精神,按照市场实际价格或参照北京市建设工程造价管理处发布的《北京工程造价信息》中的市场信息价,合理确定人工、材料等市场价格。二、对已签订合同的在施工程及已完工未结算的工程,发承包双方在合同中未约定人工风险和调整办法、范围的,双方应本着实事求是的原则,结合当前人工市场价格,由双方协商签订补充合同或协议进行调整。

北京市建委《关于颁发2001年〈北京市建设工程预算定额〉的通知》(京建经[2001]664号)中说明:“我市组织编制了2001年《北京市建设工程预算定额》(以下简称本定额),经审查,现批准发布,自2002年4月1日起执行。本定额作为北京市行政区域内编制建设工程预算、招标标底、投标报价、工程量清单计价,以及签订施工承包合同、工程结算和工程造价审定的依据。”可见,原、被告双方签署001号签证单以及按照该签证单中的价格规定,适用2001定额计算工程款是合法、有据的。

第三,001号签证单约定的内容,是适用北京市2001定额,其价格约定也是公平合理的。该签证单约定的内容并未偏离市场价格,也没有采用高收费的方法损害被告利益,这种按照政府公布的定额,按照市场价格结算的约定符合法律规定,也符合合同法公平和等价有偿的原则,并未违背法律强制性规定。

第四,如果否定001号签证单,而强令原告以低于市场价的计价方式计算工程款,将导致出现显失公平的结果,这一显失公平的结果,违背民法通则及合同法等价有偿的原则,是不合法的。

第五,如果否定 001 号签证单,则导致本案的变更工程、新增工程没有确定的计价依据,那么,原、被告就相关计价将无法重新达成一致。《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》第 16 条规定,双方对计价依据发生争议的,应依据政府部门的定额和市场价格计价。依据该司法解释规定,最终仍将适用北京市 2001 定额,而这也正是 001 号签证单所约定的内容。因此,否定 001 号签证单的效力,其结果仍将适用北京市 2001 定额,所以,否定该签证单的效力也没有实际意义。

综上所述,001 号签证单是合法、有效的文件,是原、被告之间的合同文件,是本案施工合同的重要组成部分,是双方对于变更工程、新增工程、合同外工程、暂估价工程等计价问题的一致的、真实的意思表示。001 号签证单符合法律规定,且符合双方施工合同中协议书第 6 条的约定,是合法、有效的法律文件,应当作为本案工程价款的计价依据,应当在计算工程造价中得到执行和遵守。请法院依法支持原告的诉讼请求,依法维护原告的合法权益。

原告:某建筑工程公司

代理人:何欣荣律师

2008 年 9 月 12 日

作者简介

何欣荣 北京市泰泽律师事务所主任律师、北京大学法律系毕业、北京市律师协会建设工程法律专业委员会委员。擅长专业领域:建筑工程、房地产、拍卖等。何欣荣律师作为主编和第一作者,撰写、编辑的《物业之争——物业纠纷典型案例评析》、《房地之争——房地产纠纷典型案例评析》两部专著,已由法律出版社分别于 2005 年、2006 年出版发行,其中,房地之争一书被韩国大使馆组织、发行韩文版,供韩国在华的企业和公民借鉴、使用。在《法制日报》、《中国房地产》、《中国化工管理杂志》、《收藏投资导刊》、《中国物业管理》等报纸、刊物发表法律专业文章多篇。主要业绩有:1. 担任北京市政工程总公司、北京城建集团等国有公司法律顾问,并为之代理诉讼。担任北京市朝阳区崔各庄乡、常营乡人民政府等政府的法律顾问,朝阳区人民政府行政复议委员会委员。2. 担任北京长风 and 北京匡时等大、中型拍卖公司的法律顾问,并代理多件拍卖界有影响的案件,个别案件被中国法院网确定为典型案例。3. 曾为北京市朝阳区尚都国际

中心项目土地拆迁、土地转让等提供专项法律服务;担任某日资公司的法律顾问,为其在通州区征用土地、建设厂房提供专项法律服务;代理朝阳区某乡人民政府与拆迁安置居民之间的行政诉讼;代理北京建工集团下属公司诉某动物保护中心奥运工程施工合同纠纷案件等。作为特别清算委员会委员,承担某合资房地产公司特别清算法律事务,参与整个清算工作等。

某建筑集团与某房地产公司 施工合同纠纷案

刘 敬 黄善玉 北京金诚同达律师事务所

【案情简介】

2008年5月16日,某房地产开发有限公司(以下简称被申请人)通过招投标程序,将其开发的某香邑花园一期项目委托给某建筑集团(以下简称申请人)施工建设,双方签署了《建设工程施工合同》(以下简称合同)。合同约定,工程建筑面积为88435.85平方米;工期自2008年5月16日起至2009年10月30日止,共计533天;合同价款为176000000元(含甲指分包);合同计价原则为固定总价合同,采用2003计价规范,以工程量清单确定的工程量为准;合同价格调整方法为设计变更、洽商增减;同时约定,合同外钢筋补偿款5000000元,该款应于主体工程完工时一次性支付。

合同签署后,申请人组织了施工,工程最终于2010年1月20日完工,于2011年1月4日完成了工程竣工验收备案手续。但自工程完工时起,双方经过近两年的结算洽商均未对结算金额达成一致,申请人遂于2011年8月向某仲裁委员会提出了仲裁申请,要求:1. 裁决被申请人给付工程款28384414.63元;2. 裁决给付索赔工程款36634179.53元。被申请人亦提出仲裁反请求,要求:1. 赔偿管理费开支及贷款利息、追加监理费共计7079644.13元;2. 赔偿因未完成工程量而另行委托他方施工而产生的费用计1662095元;3. 返还未实施的

合同内工程款 2032117 元;4. 赔偿因未尽保修义务而另行委托他方实施保修而支付的工程款 4335473 元;5. 负担本案律师费 300000 元。

2013 年 5 月 16 日,在仲裁庭的主持下,双方达成调解协议:1. 被申请人向申请人支付工程款(含质保金)20500000 元;2. 仲裁费及反请求仲裁费由申请人、被申请人各自承担。

【代理思路】

一、以合法有效的证据作为证明事实的依据

接受被申请人委托后,笔者发现申请人提交的用以证明工程量增加、索赔事项的证据中,存在大量没有被申请人签署审批意见、签字确认、没有监理工程师确认签字、没有文件编号亦查不出收发文记录的问题证据,该等证据如果被认定为有效的工程签证,将对被申请人非常不利。故笔者由此作为案件的突破口,向仲裁庭提交了向监理单位、监理工程师调取证据的申请,并在整个庭审过程中,提交了大量证据,包括但不限于监理日志、监理周报、月报、会议纪要、收发文记录等,用以证明申请人提交的该等证据的虚假、与事实不符,并反复重申:以证据认定事实,不能成立的证据、虚假的证据必须予以剥离,由该等证据用以主张的仲裁申请不能成立。

二、以合同的约定作为解决争议的依据

申请人提出本案应适用“2008 计价规范”,且要求调整钢材、人工等多项价格及工程量,如果申请人的主张得到支持,工程价款将大为增加。故,笔者在拟定代理思路时,将重点放在了合同的条款及内容上,紧紧围绕本案合同的有关约定、合同选择的计价原则、适用的计价规范作为梳理争议的切入点,双方很多争议因此迎刃而解,哪些可以作为解释争议的依据、哪些争议在合同具体条款中是怎么约定的、哪些价格可以调整、怎么调整、哪些不能调整、为什么不能调、能调整的价格如何调整等。在庭审过程中,笔者坚持合同的约定,即合同为固定总价合同、采用“2003 计价规范”等原则,以合同的约定支持自己的主张,充分解释合同条款,为自己的主张提供充分的合同依据。

三、以法律的规定作为解决争议的依据

本案中,申请人提出对工程进行整体鉴定的请求。因本案工程施工过程中

遇钢材价格上涨等因素,如果整体鉴定,将导致造价大幅度上涨,对被申请人十分不利。故笔者查找了仲裁委员会的官方网站,找到了《关于如何认定建设工程固定总价合同的处理意见》作为依据,即“关于如何认定建设工程固定总价合同,按以下原则处理:建设工程合同价款约定为固定总价的,在合同中明确约定了工程范围亦有明确工程施工图纸或工程量清单以确定工程范围的,仲裁庭应当认定为固定总价合同”;同时,又根据最高人民法院《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》第22条、第23条的规定,“当事人约定按照固定价结算工程价款,一方当事人请求对建设工程造价进行鉴定的,不予支持”,“当事人对部分案件事实有争议的,仅对有争议的事实进行鉴定,但争议事实范围不能确定,或者双方当事人请求对全部事实鉴定的除外”。根据上述司法解释规定,笔者坚持只就争议部分进行鉴定,而不能对整个工程造价做鉴定。

综上,笔者在整个案件代理过程中始终坚持自己的代理思路,并将笔者的代理观点,根据庭审的进度,分阶段、数十次地以书面形式向仲裁庭提交,充分与仲裁庭进行沟通。笔者认为,这种做法对梳理象建设工程施工类案件这类证据量大、案情复杂、争议金额大的案件非常有帮助,可以使仲裁庭对案件有比较清晰的认识和理解,有助于仲裁庭认定事实,做出公正合理的裁决。

代理词

尊敬的仲裁员:

我们作为被申请人的代理人,就其与申请人之间因建设工程施工合同结算事宜出现的纠纷,发表代理意见如下:

一、依法成立的合同受法律保护

本案涉及建设工程施工合同是双方于2008年5月16日签署的,并于同年6月2日经天津市某区建设工程合同管理办公室登记备案而生效的合同。

依法成立的合同,对双方当事人均具有约束力,任何一方在合同项下的权利均应受法律保护,当事人应当按照合同约定全面履行自己的义务。如果合同中对质量、价款或者报酬等内容没有约定或者约定不明确的,合同当事人可以

协商补充;不能达成补充协议的,合同当事人可以根据合同有关条款或者交易习惯确定。

在本案中,构成合同有效组成部分的文件包括:《协议书》、《中标通知书》、《投标书及其附件》、《合同专用条款》、《合同通用条款》、《合同条件》、《工程规范和技术说明》、《工程量清单》、《图纸》、《工程报价单和预算书》;另外,在履行合同过程中,双方有关工程变更洽商的书面协议、文件也是合同的有效组成部分,上述合同文件共同构成认定本案双方权利、义务及梳理争议焦点的依据。

二、解决双方争议应以合同约定为依据

1. 本案计价原则在合同中的约定

本案涉及的建设工程施工合同为固定总价合同。合同约定,“本合同是以工程量清单为基础的固定总价合同,包工包料,总价包干。合同价格包括暂定金额、用于指定分包和指定供应项目的所有暂估价和预备费(如果有)。除非合同另有约定,合同价格中除指定分包和指定供应项目的暂估价金额、暂定金额预备费(如果有)以外的费用一次包死,任何情况下不予调整:签约以后,a)合同内工作范围按照甲方在招标文件中给定的范围包死;b)合同内工作范围的所有工作子目单价包死;c)合同内工作范围中各子目的工程量包死;d)措施项目的报价固定包死;e)乙方的取费,包括其企业(总部)管理费、利润、风险、税金的取费水平(百分比及绝对数额)固定包死。承包人在工程量清单中对任何措施项目的列项和报价完全是申请人的风险,此类项目和价格,无论是总价还是单价,都是固定的和不可调整的”。

双方同时约定,合同适用《建设工程工程量清单计价规范》(GB 50500 - 2003,以下简称“2003 计价规范”)。

2. 本案固定总价调整的合同约定

本案合同约定,固定总价仅在以下四种情形下可做调整,即(1)后继法规对工程造价具有强制性和法律性的调整作用;(2)设计变更;(3)以指定分包或指定供应方式实施的暂估价项目;(4)暂定金额或预备费(如果有)。而上述四种情形中对本案适用的仅为设计变更及后继强制性法规(人材机价格调整)这两项,其中,后继强制性法规指2008年9月23日天津市建设管理委员会发布的《建设工程计价补充规定》,该规定对人工、主要材料及机械的价格调整做出了规定。

3. 索赔事项的合同约定

本案合同项下的任何索赔均应遵守索赔通知、同期记录、索赔报告的程序,未遵守合同有关约定程序的索赔,视为放弃索赔。

三、固定总价施工合同是否应予鉴定

双方2008年5月16日签署的《协议书》第2条约定了工程承包范围、第6条约定了组成合同的文件,其中包括图纸和工程量清单;在《合同专用条款》第23.2条约定“本合同价格采用固定价格方式确定”及“包工包料、总价包干”。

被申请人又注意到,仲裁委员会官方网站登载的《关于如何认定建设工程固定总价合同的处理意见》,具体内容为,“关于如何认定建设工程固定总价合同,按以下原则处理:建设工程合同价款约定为固定总价的,在合同中明确约定了工程范围,亦有明确工程施工图纸或工程量清单以确定工程范围的,仲裁庭应当认定为固定总价合同;价款约定为固定总价但不符合上述条件的,不能认定为固定总价合同”。

又根据最高人民法院《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》第22条、第23条的规定,“当事人约定按照固定价结算工程价款,一方当事人请求对建设工程造价进行鉴定的,不予支持”,“当事人对部分案件事实有争议的,仅对有争议的事实进行鉴定,但争议事实范围不能确定,或者双方当事人请求对全部事实鉴定的除外”。

故,被申请人认为,将本案全部争议事项提交鉴定是不符合本案合同性质、合同约定及法律规定的,除涉及设计变更(洽商变更)及强制性法规规定需要调整的事项外,应按本合同约定结算工程价款。

四、申请人提交的索赔证据是否具有证明效力

申请人提交的《证据汇总资料》(下册)第8.14组、第8.15组、第8.16组、第8.20组、第8.23组、第8.25组、第8.28组、第8.30组、第8.32组、第8.34组、第8.39组、第8.42组、第8.44组,均没有总监理工程师的审批意见和签字、没有被申请人的审批意见及签字、没有文件编号、没有收发记录(以下简称“四无证据”),内容分别涉及调整施工总进度计划及土方施工(超挖)方案、土方施工补充方案、降水支护补救方案、季节性施工方案、现场临时道路施工措施方案、会所雨季应急补充方案、需延长钢板桩租赁时间的支护位置方案、混凝土

施工补充措施方案、车库二次降水施工方案、车库土方方案调整方案,用于支持其全部索赔请求。被申请人对“四无证据”的意见为:

1. “四无证据”的主张不符合合同约定

申请人提交的“四无证据”除第 8.14 组、第 8.15 组涉及调整工期(施工组织设计)外,其他均涉及措施项目,而根据合同约定,措施项目的单价、总价都不得调整,故申请人根据“四无证据”提出的索赔不成立。

2. “四无证据”形式上不符合法律法规规定

根据《国家标准建设工程监理规范》及《天津市工程建设标准》、《天津市建设工程监理规程》规定,涉及开工、施工组织设计、进度计划、工程变更的事项,申请人在提出申请后,均应得到总监理工程师的审查批准,而“四无证据”都涉及前述内容,但无一获得总监理工程师的审查批准,更没有总监理工程师的签字确认。

3. “四无证据”被其他证据否定

经核实《监理单位收发文记录本》,没有相关“四无证据”的收文记录;再核实监理单位《香邑花园一期施工方案报审表目录》,也没有“四无证据”的报审记录;且监理单位亦否认“四无证据”的真实性。

4. “四无证据”所载内容与事实不符

申请人提交的《监理日志》,被申请人提交的《监理例会纪要》、《监理月报》能够全面、充分地还原真实的施工状态,每天、每周、每月的现场施工进展、出现的问题、会议内容及收发文记录等,而“四无证据”所载内容,却与《监理日志》、《监理例会纪要》、《监理月报》所记载的事实严重不符,证明“四无证据”不能支持申请人的索赔请求。

五、对申请人具体仲裁请求的意见

1. 针对申请人第一项请求“合同内(自施范围)金额”的意见

被申请人认为合同总价应为 176000000 元,而非申请人提出的包含 500 万元钢材补偿款的 181000000.00 元,双方就合同总价及自施部分金额的分歧在于是否包括钢材补偿款。

2. 针对申请人第二项请求“合同外已经确认金额”的意见

被申请人虽对申请人所罗列的金额无异议,但因该部分内容中除“增加地

下车库排水板”一项工程款 375000 元尚需与申请人结算外,申请人已结清其他项目所涉及工程款,申请人未将已支付部分金额从请求中予以扣除,请求事项与事实不符。

3. 针对申请人第三项请求“工程量差增加”的意见

(1)根据《合同条件》第 4.4 条、第 5.1 条、第 20.1 条、第 41.1 条和《工程规范和技术说明》第 2.2 条以及《投标须知》的约定,工程量清单的充分性和完整性的风险归申请人,申请人提交的“构成合同文件的工程量清单中乙方所填入的价格应包括了乙方按照合同约定的要求完成第 17.1 款约定的全部合同工作内容所需发生的一切费用”;

(2)“签约以后,合同内工作范围中各子目的工程量包死,任何情况下,甲方不接受任何基于乙方对投标时工程量计算或复核存在差错的任何索赔……”

(3)“工程量清单计价包括完成招标文件规定的,完成图纸和工程量清单所列项目的全部费用,包括分部分项工程费、措施项目费、其他项目费、规费和税金”;

(4)“在任何情况下乙方通过工程量清单所报并为甲方所接受的价格是固定的、不可调整的。任何项目的实际工程量与乙方在报价时计算和填报的工程量之间的任何差异都不构成修改合同价格的理由。”

需要说明的是,前述双方就工程量的约定并未违反“2003 计价规范”的强制性规定。

申请人就其本项仲裁请求不符合合同约定,其主张不成立。

4. 针对申请人第四项请求“变更洽商增加”的意见

(1)变更洽商在合同文件中的约定及在法律法规中的规定

《合同通用条款》第 29 条、第 31 条,《合同条件》第 44 条、第 45 条以及《工程规范和技术说明》第 3.4 条对设计变更、洽商、做法改变(含替代品的使用)约定范围、详细程序及合同相关各方确认的过程、基准,以及未遵守此类程序、过程的后果。《国家标准建设工程监理规范》第 6.2 条和《天津市建设工程监理规程》第 11.1 条规定了建设单位(本案被申请人)、承包单位(本案申请人)及监理单位在工程变更中应遵循的流程,及申请人未遵守流程的后果,即擅自实施的工程变更将不予计量。

(2) 申请人提交的证据不符合变更洽商签证的要求

申请人就会所、住宅楼及地下车库三个部分分别提出因设计变更、洽商及工程做法改变而导致的工程款增加的请求,但其提供的证据仅为自行编制的汇总表(四份)、施工图纸、没有监理工程师、被申请人签字盖章的《图纸会审、设计变更、洽商记录》(两份)及没有被申请人及监理单位相关人员签收的通知函(两份);申请人虽主张因变更洽商、工程做法改变要求追加工程款,但所提供的证据中没有设计单位编制的设计变更文件,没有监理工程师关于设计变更、图纸变更、工程做法改变的通知,没有申请人在确定变更后提出的变更报告(关于变更对合同价格及工期影响的报告),更没有监理工程师同意或不同意变更的批准或任何审议意见。这些证据无法认定工程洽商变更、工程做法改变发生的事实、工程量及追加的工程款金额。

(3) 申请人提交的证据相互矛盾

申请人提交的《证据汇总资料上册》第 182 页证据显示“外墙胶粉颗粒保温清单量为 19873.69m²,实际图纸量为 28337.41m²,增加 8463.72m²”,而在《自施部分结算价款汇总资料》第 113 页中有关“隔墙保温(颗粒变为 FTC)”中自行统计清单量为 6826.03m²;在《证据汇总资料上册》第 179 页中要求补偿的保温材料差价为每平方米 17.56 元,而在《自施部分结算价款汇总资料》第 113 页中有关“隔墙保温(颗粒变为 FTC)”的补差价为每平方米 30 元。同一项目的清单量、要求的补差价在不同的证据册中引用的工程量、单价数据截然不同。此项证据既没有监理工程师及被申请人的签字确认,也没有提供其他相关证据佐证。

根据上述分析,被申请人认为:

(1) 申请人未按合同文件约定履行变更洽商相关审批手续的事项,不应作为变更洽商事项。

(2) 申请人未提供证据证明变更洽商实际发生以及实际发生工程量的,不应作为计算变更洽商工程款的依据。

(3) 工程施工过程中当月发生的、符合合同约定的变更洽商,被申请人经监理工程师的审批和计算后随进度款已付清。在本工程中有完整的《图纸会审、设计变更、洽商变更》手续的或经被申请人认可的变更事项中尚未付清的工

程款,被申请人只认可为人民币 1001180.00 元(详见被申请人提交《证据二十四》第 4-148 页、《补充证据二》第 125 页)。

(4)如根据双方提交的证据资料无法确定变更洽商引起的工程量及相应工程款金额的,可依据双方在仲裁庭秘书主持下确认过的设计变更图纸为限、委托有资质的第三方机构进行鉴定。

5. 针对申请人第五项请求“措施费增加”的意见

(1)合同文件对措施费的相关约定

①《合同条件》第 41.1 条,《技术规范和使用说明》第 1.2 条、第 1.3 条、第 3.5 条规定,“签约以后,措施项目的报价固定包死……只要甲方对乙方的合同义务、责任和条件没有改变,则乙方措施项目的价格固定包死、不得调整”。

②申请人“自行判断报价清单中所列各项是否发生费用以及发生费用的金额。针对措施项目所列出的项目和所填写的报价金额应覆盖合同文件约定的适用于整个工程的乙方的全部责任和义务……应当包括乙方完成此类工作而发生的所有实际费用,并且包含乙方在措施项目基础上记取的企业(总部)管理费、利润、风险和税金,并在报价汇总表统一计算并纳入投标总价中”。

③“除非合同文件另有约定,凡列入措施项目报价清单的所有项目及其计价完全是乙方的风险,在任何情况下,甲方和监理工程师都不允许对最终的措施项目的合同价格进行任何形式的调整……任何在措施项目报价清单中的列项和报价被认为已覆盖了合同文件各个部分的全部要求”。

被申请人认为,申请人在投标时的措施费报价为人民币 27529152.00 元,其中包括了基坑支护、施工降排水、冬雨季施工等各列项目。根据合同文件的约定,该报价应包括进行及完成合同所述的工程(香邑一期所有工程)所必需的,和(或)为克服完工前的困难而可能变为必需的所有附属的及其他的工程和费用支出,是固定不可调整的,任何情况下,该措施费金额均不应增加。

申请人在第六项仲裁请求中专门针对基坑支护、施工降排水分别要求追加工程款 2599767.66 元、434874.10 元没有合同根据,其主张不成立。

(2)申请人就增加措施费请求提出的证据不能支持其主张。

(3)申请人提供的香邑一期实际总建筑面积比合同面积增加的证据被被申请人提交的证据所否定,不具有证明效力。

申请人提出香邑一期实际建筑面积增加 5478.78m²,从而主张追加工程款 1703900.58 元。被申请人提交证据(被申请人提交《补充证据之四》第五组证据,第 96-107 页)显示,2011 年 1 月 4 日完成的《竣工验收备案书》记载着最终竣工面积(未包括会所),而该竣工面积与原规划面积相比误差率均在 ±1% 之内,唯独地下车库二的误差达到 -6.47%;再结合 2010 年 1 月 20 日四方甩项验收时确认的会所建筑面积 4590.80m²,则香邑一期的总建筑面积出比原合同约定的建筑面积(88435.85m²)减少 1548.71m²,而非申请人自行计算而主张的面积增加。另根据被申请人提交的某区测绘队出具的《建设工程规划竣工测量技术报告》、天津市国土资源和房屋管理局测量大队出具的《房产面积测算成果表》显示,香邑一期总建筑面积均与原合同面积没有大的面积误差,都在法律允许的误差范围内,且该两份报告书是主管部门测量并确认的具有权威性 & 法律效力的报告,除非原主管部门更正其原测量结果,否则不能质疑。

综上,申请人要求增加措施费的主张没有合同及事实依据,不能成立。

6. 针对申请人第六项请求“人材机调价增加”的意见

针对申请人提出的增加人工、材料、机械调差款的主张,被申请人认为根据合同及强制性规定调整人工、材料、机械的价格,但调价应遵守以下原则:

(1)调整起算时间应从强制性规定实施之日起,即自 2008 年 9 月 23 日起至合同约定的竣工日(2009 年 10 月 30 日)止,而非申请人要求的从 2008 年 4 月起调整。合同约定的竣工日期和实际竣工日(即 2010 年 1 月 20 日)期间的人工、材料、机械价格上涨的损失,责任在申请人,应由其自行承担。

(2)调整计价应适用双方招投标适用的“2003 计价规范”及招投标时适用的 2008 年 2 月的造价信息。

(3)调整范围应以人工、材料及机械为限,其中材料应只包括主要材料,不应包括辅助材料,且钢材也应一并调整。申请人以“钢筋在合同中已明确约定一次性补偿 500 万元”为由,不予调整的做法,违反强制性规定。

按照上述原则,被申请人同意追加人工费 1947736.66 元、主材(砼 2321037 元、钢材 -3951234 元),共计 317539.66 元(详见被申请人提交《证据二十四》第 331-351、357-391 页)。同时,被申请人还同意,如双方对人、材、机调价金额达不成一致意见,可按照符合合同约定条件可计入工程量的人、材、机为限、

委托有资质的第三方机构进行鉴定。

7. 针对申请人第七项请求“工程索赔”的意见

(1) 申请人的工程索赔不符合合同文件工程索赔的约定

根据《合同通用条款》第36条、《合同条件》第46条的规定,申请人的任何索赔未遵守索赔通知、同期记录、索赔报告等约定程序的,视为申请人放弃索赔;申请人的索赔遵守前述程序并经监理、被申请人批准的,应与同期进度款一起支付。

而申请人提交的第八组索赔(共11项索赔)无一遵守合同约定的索赔程序,更无监理工程师对索赔事项的审查、确认,故申请人在本组提出的工程索赔没有合同、事实根据。

(2) 申请人的工程索赔不符合法规规定

《监理规程》第11.5条规定了“费用索赔的处理”相关的程序及条件,在整个施工过程中及本案提起仲裁程序前,申请人从未按规定程序及条件向监理单位提出过“费用索赔申请”或申请索赔的任何文件,证明其有索赔事实发生及存在;被申请人也从未接到申请人关于费用索赔的协商要求。故申请人的索赔事项无一符合强制性法规规定的实质性条件、形式条件及期限要求。

(3) 申请人将延期取得施工许可证作为索赔事项第一、三、四、六、七项的依据,与事实不符

申请人主张的开工、实质性开工(以土方开挖为准)均未受延期取得施工许可证的影响。

据《监理日志》、《监理例会纪要》、《监理月报》记载,2008年4月26日上午10点申请人进场并(召开)首次施工协调会议、此后一直按照《施工组织计划》程序施工;5月9日举行开工奠基仪式;截至5月19日18:00累计完成全部止水帷幕共271组;截至5月22日累计完成降水井160口(除会所外所有降水井),完成率为92.5%、灌注桩(为永久性结构)完成35根,共计154根,完成率为22.7%;截至2008年6月12日累计完成154根灌注桩,完成率为100%、1-4号楼降水、17-18号楼及会所降水、塔吊基础桩累计完成24根,完成率为100%;6月13日,降水井(累计173口)已全部完成;6月16日,17号楼土方开挖;截至6月26日(施工许可证取得前一日),会所土方开挖累计6000方。

基于实际工程量,申请人于2008年6月25日提交第一次《请款报告概况说明》及《工程量清单明细》(截至6月24日18:00累计完成的工程量),经监理审核后于7月4日批准:申请人2008年5-6月进度款为5338046.00元。

尽管施工许可证延后取得,但申请人按《施工组织设计程序》施工并完成相应工程量,并未对工期产生实质性影响,故申请人以施工证延后取得为由提出的多项金额巨大的索赔,与事实严重不符。

上述代理意见供仲裁庭审议。

北京金诚同达律师事务所
刘敬 黄善玉 律师

作者简介

刘敬 北京金诚同达律师事务所,高级合伙人,第七届北京市律师协会物权法律事务专业委员会委员,第八届北京市律师协会建设工程法律专业委员会委员。

因涉案工程未取得批准规划变更 而引发的诉讼案

刘 爽 北京市炜衡律师事务所

【案情简介】

2010年4月8日,房产置业公司与钢结构公司签订《建设工程施工合同》,由钢结构公司承包房产置业公司约定钢结构工程,工程内容:在大厦主楼11层和13层使用钢结构作出夹层;在大厦主楼原有顶层之上使用钢结构加建两层;使用钢结构将大厦附属冷却塔改建为5层楼房。工程价款:575万元,合同工期为日历天75天,自2010年4月8日起计算。同时通用条款第32.3条约定:“发包人收到承包人送交的竣工验收报告后28天内不组织验收,或验收后14天内不提出修改意见,视为竣工验收报告已被认可。”合同另就工程价款支付方式、违约责任等其他相关事项进行了约定。

2010年6月3日,房产置业公司向钢结构公司发出《进场通知单》,将进场时间变更为2010年6月6日。钢结构公司于当日进场开始施工。

2010年6月至8月,因房产置业公司未依约支付工程进度款,钢结构公司向房产置业公司发出五份《工程进度款报表》及《工程款支付申请表》,房产置业公司回复函件,仅支付部分工程款项。

2010年9月17日,钢结构公司向房产置业公司提交工程竣工验收报告,房产置业公司收到竣工验收报告后28天内未组织验收,迟至于2010年11月15

日向钢结构公司发出工程质量问题函件。

2010年9月17日,钢结构公司向房产置业公司提交竣工验收资料并于当日撤离施工现场,涉案工程自此完全处于房产置业公司控制之下。房产置业公司开始使用涉案工程,并在原有钢结构上进行再次装修施工。

2011年3月,房产置业公司单方委托检测机构进行工程质量检测,支付检测费用202000.00元。

2011年7月,房产置业公司起诉钢结构公司,要求解除《建设工程施工合同》,赔偿修复费用3120415.41元;赔偿单方检测费202000.00元;赔偿预期完工违约金及其他损失;并承担本案全部诉讼费用。

2011年9月7日,一审庭审中钢结构公司进行本诉答辩并提出反诉,要求给付剩余工程款2697200.00元;支付迟延付款违约金;并承担本诉及反诉费用。

一审庭审中,因房产置业公司与钢结构公司对涉案工程质量问题存在争议,针对涉案工程作出四份鉴定:工程质量鉴定、修复方案鉴定、加固与改造设计图鉴定、工程加固造价鉴定,鉴定费用分别为30万元、10万元、35万元、4万元。其中加固与改造设计图鉴定不是双方共同委托的鉴定,一审法院也没有通知钢结构公司进行此项鉴定。

2012年5月,房产置业公司将涉案工程整体出租案外人。

2014年3月18日,一审法院认为因涉案工程未取得批准规划变更,《建设工程施工合同》应认定无效,进而判决:房产置业公司于判决生效后15日内支付工程款2697200.00元;钢结构公司于判决生效后15日内支付修复费用3120415.41元;钢结构公司支付单方检测费202000.00元;钢结构公司承担四次鉴定费用共计790000.00元;另就本诉及反诉费用进行判决。

后钢结构公司不服一审判决提出上诉,随后房产置业公司也提出上诉。

【代理思路】

本案的主要争议焦点为:一、涉案工程被鉴定存在质量问题,何方为责任方及责任比例如何分担?二、工程加固造价鉴定金额3120415.41元,其中第二项“原钢结构构件防腐、防火涂料重做”金额553543.01元和第三项“主楼11、13

层吊顶及影响施工的空调管道拆除、恢复”金额 334674.01 元应由何方承担？三、“加固与改造设计图”鉴定是否应认定为程序违法？

因笔者未参与一审代理工作，接受二审委托后，笔者首先查阅复印一审全部庭审笔录，全面搜集、详尽了解案件情况，确定二审代理思路如下：因房产置业公司拖延验收，涉案工程依约视为竣工验收合格。自竣工验收合格之日起至工程质量鉴定之日止，近两年之久，期间房产置业公司在涉案工程上装修施工，并整体租给案外人，房产置业公司对工程质量问题负有责任。因“原钢结构构件防腐、防火涂料重做”和“主楼 11、13 层吊顶及影响施工的空调管道拆除、恢复”均系房产置业公司擅自使用造成的，其应承担上述修复费用。“加固与改造设计图”鉴定过程中鉴定机构的选择不是摇号确定，也不是双方协商选定，钢结构公司对此不知情，应认定鉴定程序违法。

代理词

尊敬的审判长、审判员：

北京市炜衡律师事务所接受钢结构公司的委托，指派我们作为其与房产置业公司建设工程施工合同纠纷一案二审的诉讼代理人。二审庭审前，我们充分了解涉案工程相关情况，并审阅一审庭审笔录等相关资料。在法庭主持下，诉讼当事人就相关证据进行了充分的质证，本案的基本事实已非常清楚，在此基础上我们发表如下代理意见，恳请贵院参考采纳：

一、关于涉案工程质量问题

2010 年 9 月 17 日，钢结构公司将涉案工程移交给房产置业公司。工程移交前，经检测工程质量全部合格（见钢结构公司提交的证据 10-14）；工程移交后，房产置业公司在收到竣工验收报告后 28 天内未组织验收，未提出任何质量问题，也没有提出修改意见，按照合同约定涉案工程已经竣工验收合格。

自竣工验收合格之日起，涉案工程处于房产置业公司控制之下近两年之久且已由房产置业公司租给案外人使用，装修及幕墙施工都焊接在涉案钢结构上，对钢结构表面及防火涂料等均进行了破坏，且有违反原设计施工图纸施工之处。因此涉案工程的质量问题应由房产置业公司承担。

二、关于涉案工程的鉴定报告如何采信的问题

(一)一审庭审中四份鉴定报告如何采信

1. 鉴定报告仅是法院审案参考的资料,法院应结合案件其他证据综合分析,明确分清当事人责任的情况下进行认定,对于鉴定中不合理的部分不应采信,否则会出现以鉴代审的情形,导致判决错误。

2. 本案一审中针对涉案工程作出四份鉴定报告,分别是:(1)工程质量鉴定报告(001号鉴定报告书);(2)修复方案鉴定报告(004号鉴定报告及004补充报告);(3)加固与改造设计图鉴定报告;(4)工程加固造价鉴定报告。上述鉴定报告仅是针对涉案工程的现状描述,而没有鉴定出涉案工程出现问题的原因,是归咎于钢结构公司钢材及施工出现的问题还是房产置业公司擅自使用及再次施工、装修出现的问题,在没有分清何方责任的情况下,原审法院判决全部由钢结构公司承担修复费用3120415.41元显然是严重错误的。

3. 第一份工程质量鉴定报告和第二份工程修复方案鉴定报告在鉴定主体、鉴定内容及发票开具主体等方面存在诸多问题(见上诉状)。

第三份加固与改造设计图鉴定报告严重违法法定程序,是房产置业公司单方委托的鉴定,法院没有通知钢结构公司进行此项鉴定,钢结构公司对鉴定机构及鉴定费用均不知情。

第四份工程造价鉴定报告,鉴定机构先于2013年6月28日作出一份鉴定,评估造价鉴定金额为3243975.06元,未进行鉴定项目分类。后钢结构公司对该份鉴定提出异议,鉴定机构作出异议文件答复,并于2013年8月23日作出工程造价鉴定调整文件,在《工程项目鉴定汇总表》中将造价鉴定金额调整为3120415.41元,同时进行鉴定项目分类,其中第1项“大厦加固改造工程鉴定金额2232198.39元”,第2项“原钢结构构件防腐、防火涂料重做鉴定金额553543.01元”以及第3项“主楼11、13层吊顶及影响施工的空调管道拆除、恢复鉴定金额334674.01元”。更为重要和明确的是,鉴定机构在《原告、被告异议文件答复》第8条、第9条中明确上述第2项和第3项均是“单独列出作为争议项目”,也就是说,上述单独列出的两项鉴定金额的承担是存在争议的,需要法院明确责任方才能作出认定。其中第8条明确说明鉴定机构是在“无消防验收检验报告”的情况下做出第2项鉴定,而本案中钢结构公司已提交证据14消

防验收检验报告,因此我们认为第2项鉴定金额是在缺乏鉴定资料的情况下作出的,是不准确的;同时该笔鉴定金额的发生也是由于房产置业公司施工及装修破坏造成的。第9条明确指出第3项鉴定金额的发生是由于房产置业公司擅自施工装修造成的,因此第2项和第3项鉴定金额不应由钢结构公司承担。另外第1项鉴定金额(2232198.39元)中的部分金额也应在分清责任的情况下认定责任承担方。

(二)房产置业公司一审庭审前所作的工程质量检测是单方委托行为,检测报告应不予采信,202000.00元鉴定费用应由房产置业公司自行承担

1. 房产置业公司单方委托质量检测前,涉案工程是经检测合格的,工程交付后依约视为工程竣工验收合格。

2. 房产置业公司提供检测的基础材料不完整,没有钢结构公司向房产置业公司提交的竣工验收资料,房产置业公司作有利于自己的取舍,造成鉴定结论不能客观、完全地体现争议事实的真实面貌。

3. 检验报告中没有提供鉴定主体资格证明、资质证书及鉴定人员资格证明文件,不具备相应资质条件的主体所做出的鉴定报告,当属无效。同时鉴定程序、鉴定方法均没有钢结构公司的监督。

4. 检验报告出具主体为甲,而发票却由另一主体乙开具,且两张发票的印章不一致。

三、关于鉴定费用负担的问题

(一)一审庭审中的四份鉴定及一审庭审前房产置业公司单方委托的工程质量检测,上述四份鉴定报告及一份检测报告均存在鉴定主体与发票开具主体不一致的情形,该种发票不能作为认定鉴定费用数额的依据。

(二)“加固与改造设计图”鉴定程序严重违法,35万元鉴定费用应由房产置业公司承担。

1. “加固与改造设计图”的鉴定不是钢结构公司与房产置业公司共同委托的鉴定,法院也没有通知钢结构公司进行此项鉴定,钢结构公司对鉴定机构及鉴定费用均不知情,该项鉴定程序严重违法。

我们审阅并复印了一审全部庭审笔录。(1)2012年3月2日的庭审笔录显示:钢结构公司与房产置业公司选定A鉴定机构进行工程质量鉴定;(2)2012

年7月4日的庭审笔录显示:钢结构公司与房产置业公司选定A鉴定机构进行工程质量修复方案的鉴定;(3)2012年9月5日的庭审笔录显示:经高院摇号选定D鉴定机构进行工程造价鉴定。一审全部庭审笔录中唯独没有关于“加固与改造设计图”鉴定机构选择的庭审笔录,也就是说,“加固与改造设计图”鉴定过程中并没有通知钢结构公司,没有双方委托选择鉴定机构,钢结构公司对此项鉴定并不知情。“加固与改造设计图”的鉴定系房产置业公司擅自单方委托作出的鉴定,该笔鉴定费用应由房产置业公司自行承担。

2.“加固与改造设计图”鉴定中,房产置业公司称受托鉴定机构为A鉴定机构,但出图方为B公司,开具发票方却为C公司。

退一步讲,即便按房产置业公司的说法委托A鉴定机构进行“加固与改造设计图”鉴定,那么理应由A鉴定机构出具图纸,但出图方为另一主体B公司,发票开具方为C公司。A、B、C是具有独立法律资格的主体,如此混乱的鉴定不能作为法院审理案件的依据。

四、钢结构公司不应承担的损失范围

(一)工程造价鉴定总金额为3120415.41元,其中第2项“原钢结构构件防腐、防火涂料重做”553543.01元以及第3项“主楼11、13层吊顶及影响施工的空调管道拆除、恢复”334674.01元,合计888217.02元不应由钢结构公司承担。第1项“大厦加固改造工程”2232198.39元中部分金额也应在分清责任的情况下确定责任承担方。

(二)房产置业公司单方委托工程质量检测费用202000.00元应由房产置业公司自行承担。

“加固与改造设计图”鉴定费用350000.00元应由房产置业公司自行承担。其他鉴定费用合理分担。

综上所述,涉案工程移交前,经检测工程质量全部合格;工程移交后依约认定为工程竣工验收合格。自竣工验收合格之日起,涉案工程处于房产置业公司控制之下近两年之久且已由房产置业公司租给案外人使用,因此而产生的质量问题应由房产置业公司承担,钢结构公司不应承担代理意见第4条所涉及的损失费用。原判决认定事实不清、适用法律错误、程序违法,恳请贵院在查清事实的基础上依法予以改判,同时判决房产置业公司承担一审、二审本诉及反诉诉

讼费用。

上述意见请合议庭考虑!

北京市炜衡律师事务所

刘爽律师

2014年4月20日

作者简介

刘爽 北京市炜衡律师事务所优秀律师,中国政法大学法律硕士,中华全国律师协会会员,北京市律师协会建设工程法律专业委员会委员。

曾在法院从事多年审判工作,2003年开始从事律师职业,执业10年,现为北京市炜衡律师事务所房地产与建筑工程部优秀律师。主攻业务领域涉及房地产、建筑工程、重大基础设施、金融等诉讼和非诉法律事务,主要包括为各种交易活动进行尽职调查、法律咨询、法律培训、合同审查、法律文件起草、重大项目谈判、出具专项法律意见以及处理相关诉讼、仲裁案件等,尤其擅长处理建设工程重大诉讼、仲裁案件。

担任多家大型企业的常年法律顾问,如中直机关事务管理局所属房地产公司、华瀛房地产开发公司、金万众空调制冷设备有限公司、海达尔集团公司、光大银行北京分行、中国工商银行北京分行、中关村科技园区海淀区、首钢集团与香港某集团的合资企业、海淀区政府等。曾代理美国、加拿大等国外公司国内诉讼及国际仲裁活动。

以工程决算备忘录形式改变合同价款 是“一揽子包干”的决算方法

潘泽河 北京市安衡律师事务所

【案情简介】

某水泥厂作为发包人,与某建设集团签订《某水泥厂改建工程承包合同》。约定进场日期为2007年9月8日,开工日期为2007年9月15日(以单位工程实际具备的开工条件的开工报告批准书为准),竣工日期为2008年6月15日,每个单项工程开工后3个月内达到部分设备安装条件,达到全部设备安装条件的工期为4个月,总工期9个月(指全部设备安装完毕且完成设备安装后的扫尾工作时间)。工程实行中标后报综合单价、包工包料、包工期、包工程质量的承包方式,总估算价为1650万元。付款双方约定不支付工程预付款,钢材、木材进入现场一周,付该材料款的70%,每月按实际完成工程量的70%支付进度款,剩余30%工程款按各单位工程竣工后一年内付清。发包人供应水泥,每月根据使用计划按工程款的方式拨付水泥,作为工程款的一部分。发包人提供的水电费用结算方法:由承包人负责安装计量表,每月抄表一次,经双方签字认可,按照北京市当时的水、电价格在每月结算时扣回。承包人应当在工程完工后30天内提交竣工图及完整竣工资料一式两份,双方还约定了工程逾期竣工的违约责任。

合同签订后,某建设集团进行了施工。由于某水泥厂未办理开工证等原

因,监理单位对各单项工程同意动工的时间较晚。又由于流感疫情影响,某建设集团对各个单项工程报送竣工报验文件的日期在2008年7月至8月9日期间。双方对工程未进行验收。2009年5月25日,双方进行了决算,签订了工程决算备忘录,确认最终决算价格为19626002元。当月,该工程交付使用。截至2009年7月30日,被告共支付工程款人民币15250017.07元,剩余工程款未付。某建设集团认为,某水泥厂不具备施工条件,提供不符合合同要求的电源,造成原告设备损坏的损失133818元,冬季超低温施工投入冬季施工费705300元,晚开工钢材市场涨价多支付907000元。

双方经反复协商无果,某建设集团诉诸法庭,请求:1.判令被告支付工程款人民币4375984.93元、逾期付款利息85047元(自2009年7月30日起按银行同期贷款利息计算);2.判令被告赔偿经济损失人民币1746118元;3.诉讼费、律师费由被告承担。

某水泥厂则认为,已经支付的工程款加上垫付的材料款、水电费、税费共计15907177.28元,与原告确认的数额相差仅657154.21元。拒付工程尾款责任在于某建设集团至今不提供竣工图,使工程至今无法组织竣工验收,对合同约定及未约定的相关问题未达成共识,往来账目不清。故,某水泥厂不同意赔偿损失与支付工程决算书中已经计入冬施、钢材涨价等费用,并提出反诉请求,判令反诉被告某建设集团赔偿逾期竣工、工程延期交付致使项目不能按期投产造成的投资利息损失,并承担逾期交付与竣工的违约金4800000元人民币。

某建设集团针对某水泥厂的反诉认为,工程开工日期应以合同约定为依据,合同约定开工日期以单位工程实际具备条件的开工报告批准书为准。合同签订后,某建设集团按约定日期进场,但现场并不具备施工条件,图纸未按期如数提供,某水泥厂未取得开工施工许可手续,各单位工程经监理公司批复同意的开工日期才应为开工日期。某建设集团承包的工程不存在延误工期的情况,单项工程除熟料储库因流感不可抗力及工程量增加的影响属于合同允许顺延情况外,其他工程均在合同规定的期限内交付安装及竣工。某建设集团认为其不存在违约情况,某水泥厂的反诉请求不能成立。

一审判决后,某水泥厂除应支付某建设集团工程款人民币4375984.93元、逾期付款利息85047元(自2009年7月30日起按银行同期贷款利息计算)外,

还应赔偿某建设集团设备损失费、冬季超低温施工费、钢材市场溢价费共计1746118元。

某水泥厂不服,提起上诉。二审法院主持调解:双方依据工程决算备忘录确认的最终决算价19626002元进行结算,不再互相追究其他经济责任。

【代理思路】

双方在工程竣工后不久就签订了《工程决算备忘录》,确认最终决算价格为19626002元。很显然,这是双方以“一揽子包干”的方法进行决算。因事后的“一揽子包干”改变了原合同约定,这就类似于工程总价包干,不必再进行决算。承包方以工程决算备忘录漏项为由主张增加工程价款,不应该得到法院支持。

从建设方角度分析,已在《工程决算备忘录》上签字确认最终决算价格为19626002元的事实已无法改变,而且要面对施工方主张的施工设备损失赔偿诉请。故应在诉讼中采用两项对策:一是以被上诉人主张施工设备损失赔偿无事实根据与已过时效进行抗辩;二是以工程逾期竣工索赔进行反诉,从而达到少付备忘录确认的最终决算价款。

从施工方角度讲,双方签订《建设工程施工合同》对合同价款虽有明确约定,但事实上后来又签订了《工程决算备忘录》。无论合同对价款如何约定,《工程决算备忘录》的签订已变更了原合同条款。实际上,签订《工程决算备忘录》是建设方所想要达到的目的。也许是施工方大意,或其他原因,施工方忽视了“后者优前者”的这一通常认定,最终《工程决算备忘录》成了建设方改变原合同价的关键证据。

对于工程逾期交付安装与逾期竣工问题,因双方在平时的具体操作上,没有严格执行行业规范与合同约定,要想分清事实与责任显得十分困难。建设方按合同约定的工期及开工日期,总工期扣减应当顺延的工期,从而推定出竣工日期,用以比对工程实际交付安装日期,以此来证明施工方已构成逾期竣工违约。

对于工期延误的索赔问题,业内历来争论不休。因工期延误的事实纠缠不清,看似是简单的数字加减,因情况变化错综复杂及天气等自然原因,在实务操

作中却很难落实到纸上,建设方与施工方关于工期是否延误的确定往往多有争议。本案的双方对工期已延误没有争议,但对于工期延误的原因意见分歧很大。建设方的反诉请求能否得到支持的关键,就在于有无自身存有的工期延误的原因。建设方只有通过工期延误原因进行论证,才能证明责任完全在于施工方。

北京市高级人民法院《关于审理建设工程施工合同纠纷案件若干疑难问题的解答》第7条关于“当事人在诉讼前已就工程价款的结算达成协议,一方在诉讼中要求重新结算的,不予支持,但结算协议被法院或仲裁机构认定为无效或撤销的除外”的规定,也是建设方主张工程“已通过签订《工程决算备忘录》,‘一揽子包干’的方法进行决算”的案件审理指导依据。

代理词

审判长、各位审判员:

北京市安衡律师事务所接受了某水泥厂的委托,指派本律师担任其上诉某建设集团建设工程施工合同(造价结算)纠纷一案二审的代理人。本代理人现针对双方的主张,依据案件的现有证据,对照相关法律、法规与司法解释,发表以下代理意见:

一、本诉部分

(一)某水泥厂拒付工程尾款,是行使先履行抗辩权

双方依工程结算书在备忘录中协商确定的结算价是19626002元。但在实际履行过程中,必须要分清的是,合同价款并不等于实际应付款额。本代理人认为,备忘录中仅仅确定了涉案工程合同价款,并没有涉及合同履行中的违约责任。某水泥厂拒绝支付工程尾款,是因为双方未能就施工方即某建设集团拖延交付安装期与竣工期的违约责任达成一致意见。正因为某建设集团在履行建设工程合同过程中存在延误工期的严重违约行为,某水泥厂拒付工程尾款,完全是行使抗辩权的合法行为,因此也就不存在利息赔偿问题。

(二)双方存在往来账目不清的客观事实

从现有的证据看,双方的账目不清,特别是某水泥厂供给某建设集团的材

料款,出入较大,加上水电费在合同中仅有“按北京市当时的水电价格”的表述,双方没有最后敲定具体的结算价格,故某水泥厂未支付的工程尾款数额不清,这也是某水泥厂未付工程尾款的原因之一。因此,双方应核对往来账目,才能确定未付款额。欠账数额未定,利息何谈?

(三)某建设集团赔偿的诉请不能成立

工程结算书是所有应结算工程价款的清单与汇总,是双方结算的依据,未考虑在内或一时无法确定的项目应特别注明,可供建设方在审核或双方商定时考虑。涉案工程结算书已经包括了某建设集团诉请的全部赔偿类目,双方通过备忘录协商确定采用的是“一揽子敲定”的方法,应考虑的因素均已考虑在备忘录中。备忘录已十分明确地写明,是对某建设集团决算的审核,并已一致认同为最终决算。某建设集团在诉状及反诉状举证意见中仍然认为备忘录中是对工程价格的最终认定。因此,也就根本不存在某建设集团在赔偿诉请中的项目问题。

从合同条款中可以看出,合同约定了综合单价包干,材料上涨的风险与下降的盈利均归某建设集团。涉案工程恰遇钢材涨价,只能说明某建设集团商机不佳,某建设集团无任何理由将风险转嫁给某水泥厂。

同理,作为正规的建设工程施工企业,特别是如某建设集团又驻在北方这样的一级施工企业,在投标报价、签订合同时,就应考虑突如其来的冬寒对施工影响的风险。在北京市的建筑工程定额中,冬季施工费已包括在内。因此,要某水泥厂支付冬季施工费毫无根据,更谈不上赔偿。

关于设备损失的赔偿诉请,更无事实与法律依据。电压过低,负荷满载的现象对于施工现场来说并非异常。作为施工企业,应配置保险措施防止事故,更何况某建设集团主张的设备事故并未在合同通用条款规定的时间内提出并经三方书面认可,可见缺乏事实依据。即便属实,也无法证实是电压或超负荷的原因所致,某建设集团在主张合同尾款时才提出施工设备损失赔偿早已过了诉讼时效。

上述足以说明,某水泥厂拒付工程尾款并无不妥,也根本就不存在利息问题。因此,某建设集团诉请赔偿的事实与法律依据均不充分。

二、反诉部分

(一)关于备忘录的效力范围与反诉时效问题

从备忘录的内容上看,其十分清楚地表明是对被上诉人决算的审核,是双

方对工程造价的认可,充分证明双方对工程造价上达成了一致意见。

本案讼争的工程合同纠纷,被上诉人在诉状中第二项诉求本身不涉及造价,这一诉求是款项纠纷。可是,被上诉人也认为备忘录没有涉及除造价外的合同其他条款问题。因此备忘录没有解决双方争议的工期延误问题。

被上诉人在庭审中提出,上诉人已超过建设部规定的 28 天索赔时效。代理人认为,这种理解是错误的。所谓 28 天索赔,是指应在 28 天内向施工单位提出,并非在 28 天内起诉。为支持自己的主张,上诉人提交了反诉证据 10、12、13、22 证明上诉人自 2007 年 10 月 3 日开始不计其数地向被上诉人进行主张权利。加上被上诉人未履行提供竣工资料与竣工图的合同义务,导致工程不能及时验收。上诉人完全可以通过掌握数百万工程款未付的便利,行使先履行抗辩权维护自己的权利。

(二)关于合同工期问题

双方在合同第 3 条“合同工期”中约定为“包工期”。具体工期怎样包,合同作了如下表述:每个单项工程开工后 3 个月内达到部分设备安装条件,达到全部设备安装条件的工期为 4 个月,总工期为 9 个月(指全部设备安装完毕且完成设备安装后的扫尾工作时间)。前述的交付安装日与竣工日应据此进行计算。代理人还注意到,因涉案工程有多个单项工程而存在交叉施工可能,在签订合同时无法确定每个单项工程的具体开工日期,但合同规定了具体的进场时间与竣工时间,分别为 9 月 8 日与 6 月 5 日。

(三)关于图纸交接问题

涉案工程确实存在边设计边施工的事实。针对这一情况,双方在签订合同时就已经明知。否则,就不存在第一批图纸的提供日期是 2007 年 9 月 16 日,以后陆续提供的问题。从整个施工过程看,图纸交接频繁,其中大部分是施工详图。涉案工程因是成熟的日产 2500 吨水泥生产流水线,大部分图纸均有白图可用。因此,设计部门采用的方法是先提供部分蓝图,并向施工现场派驻代表,根据施工进度与需要,随时提供详图,待全部图纸设计完毕后才整套给付。因此,图纸交接表上的时间与实际开工及给图时间并不相符。被上诉人也无足够证据证明,因图纸原因而停工、误工。因此,图纸交接表上的时间不能作为认定开工日期的依据。

(四) 开工日期的确定

合同约定开工日期为2007年9月15日,客观地说,这是指整个工程的开工日期。具体到单项工程的开工日期,在当时是无法确定的,所以也就有了括号中的“以单位工程实际具备的开工报告批准书为准”的约定。由于开工许可证的原因,在施工过程中,并没有按实际去操作开工报告书的批准问题。开工报告大多是事后补办的,实际开工日期并非是开工报告或开工报告上所签“同意”之日。这里要特别指出的是,监理人员并没有在开工报告上签有“不许动工”的意见,所签的是“不应动工”,实际开工日远在此前。在无法确定开工报告批准之日的情况下,实际开工日就至关重要。在被上诉人的举证说明中,认为“单项工程开工时间应以监理人员在动工审批表的批准时间为实际开工日期”;在谈到具体单项工程时,主张的实际开工日期又多有随意性。但有一点却可以肯定,被上诉人承认存在动工审批表上的时间与实际开工日期并非同一时间。同时,被上诉人也认为应以实际开工日作为工期计算日。否则,被上诉人不可能一再提及实际开工日。本代理人完全赞同应以实际开工日作为工期起算日。

(五) 单项工程开工日期计算

合同约定,开工日期以单位工程实际具备条件的开工报告批准书为准,但在本案实际开工日的确定,双方意见分歧很大。但无论各自的观点如何,有一点是不可改变的,那就是客观存在的事实。怎样去求证客观存在呢?在没有直接证据的情况下,可以寻求一系列的间接证据进行论证。上诉人提供的被上诉人在施工中提供的月报工程量、上诉人逐月支付工程款的款额、监理单位的监理日记、被上诉人施工中发生的工程资料以及被上诉人相互矛盾的证据,均可证明多数单项工程在10月1日前就已开工。其具体的情况如下:

1. 涉案工程始终未办理开工报告批准书;
2. 并没有因为未办理开工报告批准书而影响工程施工;
3. 被上诉人于2007年9月8日进场很快动工后一直在施工,无任何证据证明因上诉人的原因而停止施工。

因此上诉人以被上诉人自报的《月工程进度款报审表》、《工程申报表》(反诉证据2)及《工程技术联系单》(反诉证据1)上认可的2007年10月1日作为

部分单项工程的实际开工日期符合客观事实。

(六)交付安装与竣工工期延误计算

合同约定,部分交付安装的工期为3个月,全部交付安装的工期为4个月。多数单项工程的实际开工日期是在10月1日前,按10月1日起算,4个月的交付安装工期应是2008年1月底,由于涉案工程大部分无全部交付安装记录,仅有被上诉人提交的2008年7月9日熟料储存工程全部交付安装的报告。合同没有约定单项工程竣工日期,仅有整体工程的竣工日为6月15日,实际竣工期为9月25日。合同约定的工期为9个月,后工程量增加超过合同价款,可以适当增加工期。现按合同约定的工程价款(工程量)与结算价之比,增量前的工期应为273天,增量后的工期应是325天,增加52天工期。同理,交付安装期也应因由增量前的122天,换算成增量后的145天,增加工期23天。

根据上诉人的反诉证据14证明被上诉人2008年8月2日才报送《工程竣工预验报验单》,自身否定了2008年7月30日已经竣工的主张。反诉证据16、17、18、27、28证明被上诉人2008年7月30日以后还在施工,2008年8月30日还有大量工程量未完成。上诉人选择被上诉人认可的2008年7月9日为部分单项工程的交付安装日,并以监理通知证明2008年8月31日还有很多的工程内容需要整改,以该日作为部分单项工程的竣工日期,完全有利于被上诉人。因此,以2008年7月9日与8月30日分别作为部分单项工程的全部交付安装日与竣工日既符合客观实际,又未损害被上诉人的利益。

合同通用条款第8.1条对不可抗力作了明确的规定:因承包方原因造成的延误,应有三方现场有关人员确认为准。按合同规定涉案工程竣工日期应为确定不变的2008年6月15日,全部交付安装日期应为1月14日,即便按被上诉人主张的11月7日为开工日期,全部交付安装日为2008年3月6日。但在2008年3月6日,北京市流感疫情并没有影响施工,被上诉人以流感疫情作为不可抗力主张工期顺延理由不能成立。合同确定的竣工日为2008年7月15日,期间虽有流感疫情出现,但被上诉人证据证明,有三方现场有关人员确认存在工期顺延情况出现。此外,上诉人在计算工期时,已经充分考虑到工程施工中的上述因素,并相应增加了工期。因此,被上诉人以流感疫情对抗工程延误工期理由不能成立。

如前所述,以2007年10月1日为实际开工日,合同约定工程9个月即273天,增量后相应增加工期应为325天即增52天。被上诉人也应在2008年8月19日前竣工。被上诉人延误工期已是客观事实。

按合同通用条款第18.1条规定,延期交付安装和逾期交付将两项并罚。上诉人仅主张其中逾期交付安装一项计罚,足以支持反诉主张。

(七)关于违约责任

合同约定了逾期交付安装与逾期竣工并罚,上诉人就延期全部交付安装一项主张违约责任,就远远超过本诉诉请的数额。

计算方式有两种:一是按工程增量延长工期计算,则应按增量后的工程造价计罚;二是如果按合同原估价计罚,则不应延长增量工期。现仅按延期交付安装70天计算,具体如下表所示:

时 间	按 165000 算	按 1962000 算
第一周	288750	343350
第二周	577500	686700
第三周	924000	1098720
第四周	1386000	1648080
第五周至第十周	8316000	9888480
合计	11492250	13665330

再看上诉人的投资损失,其远远大于上述计罚数。按可行性研究报告,上诉人该工程每天的计划利润为77860元,加上2.8亿元总投资额,每天的利息58800元,每天损失约136660元。按70天计算,损失高达9566200元之多。

综上,代理人认为,因某建设集团的工期延误,给某水泥厂造成的预期利润和利息损失已远远大于某水泥厂未付给某建设集团的工程款和其主张的违约赔偿。某水泥厂拒付某建设集团工程尾款,是行使先履行抗辩的正当维权行为。故请求法庭驳回某建设集团的本诉诉请,以未付工程尾款充抵反诉诉求后,判令某建设集团赔偿因其违约给某水泥厂造成损失的不足部分。

以上代理意见,敬请合议庭采纳。

代理人:潘泽河
北京市安衡律师事务所

作者简介

潘泽河 经济学硕士,高级律师,北京市安衡律师事务所创始合伙人、主任。北京市律师协会建设工程法律专业委员会委员、北京市东城区律师协会业务指导委员会副主任。曾获首届全国建设领域百名优秀专业律师、北京市优秀律师、北京市百名优秀刑辩律师、北京市律师行业优秀共产党员、司法部党员律师标兵等荣誉。

曾获建筑工程师、建筑经济师、企业政工师等多项职称。承办的诸多重大疑难案件被《人民法院报》、《安徽法制报》、《北京晚报》、人民网、《民主与法制》、《中国律政》、中国网、网易、21cn等数十家新闻媒体报道。

编著有《建筑房地产案件律师代理实务》,发表有《建筑工程发包方应注意的常见问题》、《建设工程施工项目管理法律实务研究》、《正确处理工程索赔及索赔费用的确定》等论文六十余篇。

固定总价合同应否鉴定及 交付时间争议案

张国印 北京市盈科律师事务所

【案情简介】

2009年8月30日,原告某建筑公司、被告某房地产公司未经招投标程序签订了一份《建设工程施工合同》,被告将蜂鸟苑一期一标段1#、4#、7#住宅楼及会所工程发包给原告施工。2010年6月5日,原告与被告签订《建设工程施工合同》补充协议两份,被告将鸢飞苑住宅小区(二期住宅)2#、3#、5#、6#、8#、9#、10#、11#住宅楼发包给了原告施工。

2009年10月20日,被告通过招投标程序与原告签订了蜂鸟苑一期一标段1#、4#及会所楼工程《建设工程施工合同》,约定工程开工日期为2009年10月20日,工期450天,工程质量标准为合格,合同价款48396063.49元,合同还约定了通用条款及专用条款等其他内容。

2010年6月2日,被告又通过招投标程序与原告签订了两份《建设工程施工合同》,一份约定原告承包被告鸢飞苑小区2#、3#住宅楼工程,工程开工日期为2010年6月4日,工期450天,工程质量标准为合格,合同价款49901461.54元。另一份约定原告承包被告鸢飞苑小区5#、6#、8#、10#住宅楼工程,工程开工日期为2010年6月4日,工期450天,工程质量标准为合格,合同价款32604995.00元。两份合同都约定了通用条款及专用条款等其他内容。

2011年9月27日,原告与被告又签订了一份《关于蜂鸟苑二期工程结算相关事宜》,对有关工程量确认、工程造价、材料费、人工费内容等进行了约定。

在上述合同施工过程中,被告增加了1#、2#地下车库工程。原告按合同约定完成所承包工程的施工,1#、4#、7#住宅楼及会所工程已通过了竣工验收并已投入使用,其他工程虽未经验收,但也已由被告投入使用。在工程结算协商未果情况下,原告向法院起诉被告给付拖欠的工程款62336860.40元,最终原告的绝大部分请求得到法院判决支持。

【代理思路】

作为原告代理人,笔者在原告起诉前告知了其被告可能的抗辩意见及反诉,并说明本案可能的主要争议问题有:一、本案审理的合同依据及工程范围;二、是否应进行造价鉴定;三、各合同工程竣工后的具体交付时间。

一、关于本案审理的合同依据及工程范围。被告可能主张2009年8月30日及其补充协议作为结算工程价款的依据,以达到拖延时间、减少支付价款目的。由于上述合同非经招投标程序签订,被告该抗辩意见应该不会得到法院支持。

二、关于是否应进行造价鉴定。原告之所以起诉,主要是不同意被告按固定价结算意见。对于原告而言,本案的重点及核心问题是能否突破固定总价,达到由法院委托造价鉴定目的。原告起诉依据的各份合同均是经招投标程序签订,且均为固定总价合同。原告认为实际造价应予调增,理由是《关于蜂鸟苑二期工程结算相关事宜》及会议纪要等证据可以证明价格有调增。根据最高人民法院《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》第22条的规定,当事人约定按照固定价结算工程价款,一方当事人请求对建设工程造价进行鉴定的,不予支持。能否突破固定总价进行造价鉴定,无疑是笔者案件代理的难点所在。

三、关于各合同工程竣工后的具体交付时间。原告已将全部工程交付被告,但原告没有任何证据证明具体的交付时间,这涉及工程款给付时间及利息计付起点,被告很可能不认可原告主张交付的时间,主张时间较晚。关于这方面事实,原告法律意识欠缺等原因,导致缺乏相应证据认定。笔者考虑由原告

方具体经办人员出庭做证,并在原告、被告书证等其他证据中寻找可以间接佐证之证据。

案件审理中,被告没有就原告逾期完工等问题及时提出反诉,以致一开始就比较被动。原告确实是逾期较长时间完工的,一般情况下,被告应在本案中提出反诉。至首次开庭结束,被告竟然未提出反诉,只是提了一些抗辩意见。为明确被告反诉截止时间,在笔者建议下,法庭确定了最终举证期限。举证期限届满后,被告仍未提出反诉,笔者觉得轻松许多。此后审理中,被告更换代理人并提出反诉,法庭支持笔者反诉期限已过意见,不再受理。

案件审理中,笔者申请了原告经办人员出庭做证,此外,竟然在被告提供的证据中找到了多份可以间接证明交付时间的证据。

代理词(一)

在对于是否应对本案工程进行造价鉴定争议审理期间,笔者发表了《应适用2008定额对本案全部工程进行造价鉴定》的代理意见,并最终得到法庭支持,启动了造价鉴定程序,突破了合同固定价约定。

应适用2008定额对本案全部工程进行造价鉴定

尊敬的审判长、审判员:

关于河北省Z市建筑公司诉Z市房地产公司建设工程合同纠纷一案,本代理人认为应适用2008定额对本案全部工程进行造价鉴定,具体理由如下:

一、固定价格合同概念及适用范围。

固定价格合同,是指合同总价或者单价在合同约定的风险范围内不可调整,风险范围之外的内容给予调整。固定价格合同有两种形式,即固定总价合同和固定单价合同。

固定总价合同中,承包人完成约定工程范围内设计图纸所在工作内容及工程量后,发包人支付工程款,是采用图纸包干,而非清单包干的模式。如果工程本身情况及外部条件(价格、政策调整及不可抗力)均与招投标所签订合同约定条件相符,合同得到履行,则固定总价合同成立,工程结算审核简单易行。但

实际情况无论是工程本身还是外部条件,均不同程度的发生一些变化,合同没有完全按照招投标设定的情形实施,工程结算需要审验合同状态与实际实施状态的差别并进行调整。

固定总价合同一般适用于工程设计详细、图纸清楚完整、工程内容明确、施工方法简单、施工周期短、工程规模在一定限额以下的工程。但在工程项目实施中,很多发包人为了便于工程管理、减少发包人风险和简化结算过程,将一些不适用固定总价模式的工程,通过公开招投标形式确定固定总价,而且工程施工合同中并没有具体明确风险内容的范围以及调整的方式,以致在工程结算中争议颇多,影响工程结算工作以及工程竣工备案工作。本案工程情形,即是例证。

二、本案经招投标后签订的合同貌似固定总价合同,但实际不属于固定总价合同。

固定总价合同中,部分建设工程业主与承包商尽管已经在招标文件或施工合同中基本明确了上述计价原则,但往往容易忽视工程价款调整的有关内容,涉及工程价款调整的条文过于简单、片面,而一般工程建设过程中都会有大量的设计变更和不可预计的风险,所以这种不完整的价款调整条文往往会在竣工结算阶段出现争议。由于签约双方对其缺乏足够的认识,在签订合同时没有规定具体的价款调整方法,再加上工程中的很多不确定因素,固定总价合同在执行的过程中遇到理论和实际的许多争议。

本案中经招投标后签订的合同初看是固定总价合同,但实际并没有具体明确风险内容的范围以及调整的方式。根据施工合同第一部分协议书第6条第9项约定,双方有关工程的洽商、变更等书面协议或文件视为合同的组成部分,这里说明可以存在洽商,因此可以初步判断这不是一个固定价格合同。通过合同专用条款第23.2条可知,主材范围具体指哪些,并未明确。同时,人工费、工程范围变化、增项、漏项、措施项目费、税金、规费、不可抗力等风险内容及调整方式均没有具体明确的约定。所以,本案经招投标后签订的合同貌似固定总价合同,但实际不属于固定总价合同,应属于可调价合同。

三、固定价格合同中的价格是可以变更的。

针对固定价格合同存在的问题,国家城乡建设部和国家质检总局于2008年7月9日联合发布的《建设工程工程量清单计价规范》第4.1.9条规定:“采

用工程量清单计价的工程建设项目,应在招标文件或合同中明确风险内容及其范围(幅度),不得采用无限风险、所有风险或类似语句规定风险内容及其范围(幅度)。”第4.7.6条规定:“若施工期间市场价格变动超过一定幅度时,应按合同约定调整工程价款;合同没有约定或约定不明确的,应按省级或行业建设主管部门或其授权的工程造价管理机构的规定调整。”

各地也都针对固定价格合同的风险防范出台了一系列的规定,如某市建委要求“工期超过12个月的建设项目一般应采用可调价格合同方式”、“工期在12个月以内的建设项目可采用固定价格合同。采用固定单价或固定总价合同方式的,发包人、承包人应当在合同中约定综合单价包含的风险范围和幅度,超出风险范围和幅度的综合单价调整方法应当合同中约定”。山东省建设厅于2008年9月也出台了《关于加强工程建设材料价格风险控制的意见》。另外,浙江省宁波市、四川省成都市等地也都对固定价格合同中的风险范围、风险范围之外的材料价格波动超过一定幅度如何调整都进行了详细的要求。

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)》中确立了“情势变更”原则,即第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释合同的,人民法院应当根据公平原则,并结合案件的实际确定是否变更或者解除。”施工单位可以在符合上述法定条件的情况下,可以主张变更建筑工程施工合同中固定价,打破了以往建筑工程施工合同固定价一律不调整的原则。

无论是法律、司法解释还是地方规范性文件,均规定在合同签订后客观情况发生了当事人在订立合同时无法预见的、非不可抗力造成的重大变化时,合同中的固定总价是可以变更的。

四、本案原告与被告已在政府部门调解下达成适用2008定额的计价之一致意见,合同中约定的“固定价”方式已不适用。

《中华人民共和国合同法》第61条规定:“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,按照合同有关条款或者交易习惯确定。”第62条规定:“当事

人就有关合同约定不明确,依照本法第六十一条的规定仍不能确定的,适用下列规定:……(二)价款或者报酬不明确的,按照订立合同时履行地的市场价格履行;依法应当执行政府定价或者政府指导价的,按照规定履行。”而且2008年实施的《建设工程工程量清单计价规范》第4.7.6款也规定:“若施工期间市场价格变动超过一定幅度时,应按合同约定调整工程价款;合同没有约定或约定不明确的,应按省级或行业建设主管部门或其授权的工程造价管理机构的规定调整。”

在工程的施工合同中未具体约定风险内容的范围以及调整的方式,应视为没有约定或约定不明,合同双方可以就相关问题重新协商,达成一致。在本案合同履行期间,被告施工图纸发生过变更、钢材等原材料价格、人工费都发生了重大变化,还存在被告直接分包部分应由原告施工的工程给他人事实,增加了两个地下车库等工程项目,存在大量工程内容变更。同时,被告长期拖欠工程进度款、工程款,以致施工民工不断上访,甚至围堵主要交通干道。在此情况下,原告与被告曾多次就工程调价等问题进行协商,并在政府部门调解下,最终就适用2008定额计价、人工费调整等问题达成一致意见。根据《中华人民共和国合同法》第77条第1款规定,当事人协商一致,可以变更合同。《Z市清理建设领域拖欠工程款和农民工工资领导小组2012年1月12日会议纪要》、《中共Z市委领导议事纪要》([2012]9号)、《中共Z市委领导议事纪要》([2012]14号)、《中共Z市委领导议事纪要》([2012]18号)等证据充分证明原告与被告就合同变更是达成一致的。该一致意见为原告与被告双方对合同内容的变更,且此合同变更不违反任何法律法规的规定,贵院应予以认定、支持。

本案经招投标后签订的合同貌似固定总价合同,但实际不属于固定总价合同。假设是固定总价合同,该合同也已经合同双方协商后发生了适用2008定额计价等内容的变更。

五、适用2008定额计价、人工费调整等内容的会议纪要证实了原告与被告就相关问题在政府部门调解下达成协议的事实,其证明力高于一般书证。

原告提供了《Z市清理建设领域拖欠工程款和农民工工资领导小组2012年1月12日会议纪要》、《中共Z市委领导议事纪要》([2012]9号)、《中共Z市委领导议事纪要》([2012]14号)、《中共Z市委领导议事纪要》([2012]18号)证据。其中,《Z市清理建设领域拖欠工程款和农民工工资领导小组2012

年1月12日会议纪要》中会议议定的第一项即是原告和被告双方承诺按2008定额及国家价格调整的有关规定进行工程结算。《中共Z市委领导会议纪要》([2012]9号)又再次说明原告和被告愿意按照《Z市清理建设领域拖欠工程款和农民工工资领导小组2012年1月12日会议纪要》的有关内容解决工程结算问题。《中共Z市委领导会议纪要》([2012]14号)中说明被告给予原告钢筋差价补偿、人工费调整。

根据最高人民法院《关于民事诉讼证据的若干规定》第77条第1款第1项的规定,国家机关、社会团体依职权制作的公文书证的证明力一般大于其他书证。所以,上述证据具有很高的证明力。

被告认可原告所提交的四份会议纪要内容的真实性,也就是说,被告认可在2012年1月12日Z市清理建设领域拖欠工程款和农民工工资领导小组协调会议上确实承诺适用2008定额计价,但被告提出是在受到压力情况下作出的意思表示。根据本案合同的履行时间,根据多份会议纪要所载双方曾多次协商事实,根据政府机关的公信力,被告不可能受到任何胁迫。被告提出受到胁迫,必须提交证据证明,否则不应认定。

为明辨是非,本代理人也已呈请贵院前往Z市清理建设领域拖欠工程款和农民工工资领导小组调查核实相关会议纪要真实性等情况。当然,依据《中华人民共和国民事诉讼法》等法律及相关司法解释规定,贵院亦可在认为必要情况下,依职权进行调查。

六、原告补充证据一《关于蜂鸟苑二期工程结算相关事宜》进一步证实本案合同为可调价格合同,具体适用2008定额计价,也进一步印证了会议纪要所载内容为原告与被告真实意思表示。

原告提供了补充证据一《关于蜂鸟苑二期工程结算相关事宜》,在该份证据中,关于工程造价原告与被告约定依据《2008年河北省建设工程计价依据》及费用定额进行结算;关于材料费,以当月发生工程量的市场价格进行调整,如双方对市场价格产生分歧较大时,依据当月保定市造价信息;关于人工费,2011年1月1日后所发生的人工费以冀建质[2010]553文件中规定的人工费单价进行计取。

《关于蜂鸟苑二期工程结算相关事宜》进一步证实本案合同为可调价格合同,具体适用2008定额计价,也进一步印证了会议纪要所载内容为原告与被告

真实意思表示。

七、应对本案全部工程进行造价鉴定。

因本案全部工程应适用 2008 定额计价,对于原告提交的决算书,被告曾拒绝接收,对于决算数额无法达成一致,所以只能通过造价鉴定予以确认。

本案合同双方在合同履行及管理中均不够规范,被告对于增项、变更、洽商等工程事项不接收原告提交的相关资料。例如,被告增加的两个地下车库工程,双方并未签订相关书面文件,但事实上原告已按被告要求完工,被告也已接收并投入了使用。由于施工合同对于工程范围约定不明确,对于工程量约定不确定,施工图纸发生多次变更,被告直接将部分工程又分包他人,这些变化导致增项、变更、漏项等部分工程造价范围不能确定,这导致部分造价鉴定无法进行。由于双方合同履行的不规范,仅进行部分造价也对原告不够公平。

另外,因全部工程适用 2008 定额计价,即增项、变更、漏项等部分工程造价也适用 2008 定额,原告申请对全部工程进行造价鉴定,且原因预交鉴定费用,贵院应支持对全部工程进行造价鉴定。

综上所述,依据《关于蜂鸟苑二期工程结算相关事宜》、《Z 市清理建设领域拖欠工程款和农民工工资领导小组 2012 年 1 月 12 日会议纪要》及《中共 Z 市委领导议事纪要》([2012]9 号)、《中共 Z 市委领导议事纪要》([2012]14 号)、《中共 Z 市委领导议事纪要》([2012]18 号)等证据,应支持原告申请,对本工程适用 2008 定额进行计价,对材料费、人工费等予以调整。

此致

原告代理人:张国印律师

2013 年 6 月 21 日

代理词(二)

尊敬的审判长、审判员:

北京市盈科律师事务所接受原告某建筑公司委托,指派本律师作为原告的

代理人。通过法庭调查,结合原告、被告所提交证据以及鉴定机构出具的鉴定结论,本律师现发表如下代理意见,请合议庭考虑:

一、关于本案基本事实

1. 本案工程招投标及合同签订

(1) 1#、4#住宅楼及会所工程

2009年10月20日,被告作为招标人出具Z市建设工程中标通知书(Zzjs20090057-001号),通知原告为被告蜂鸟苑一期一标段1#、4#住宅楼及会所工程的中标单位。同日,被告与原告签订了《建设工程施工合同》,约定原告承包被告蜂鸟苑一期一标段1#、4#住宅楼及会所工程,工程开工日期为2009年10月20日,工期450天,工程质量标准为合格,合同价款48396063.49元,合同还约定了通用条款及专用条款等其他内容。

(2) 2#、3#住宅楼工程

2010年6月1日,被告作为招标人出具Z市建设工程中标通知书(Zzjs20100029-001号),通知原告为被告鸢飞苑住宅小区2#、3#住宅楼工程的中标单位。2010年6月2日,被告与原告签订了《建设工程施工合同》,约定原告承包被告鸢飞苑住宅小区2#、3#住宅楼工程,工程开工日期为2010年6月4日,工期450天,工程质量标准为合格,合同价款49901461.54元,合同还约定了通用条款及专用条款等其他内容。

(3) 5#、6#、8#、10#住宅楼工程

2010年6月1日,被告作为招标人还出具了Z市建设工程中标通知书(Zzjs20100027-001号),通知原告为被告鸢飞苑住宅小区5#、6#、8#、10#住宅楼工程的中标单位。2010年6月2日,被告与原告又签订了一份《建设工程施工合同》,约定原告承包被告鸢飞苑住宅小区5#、6#、8#、10#住宅楼工程,工程开工日期为2010年6月4日,工期450天,工程质量标准为合格,合同价款32604995.00元,合同还约定了通用条款及专用条款等其他内容。

(4) 1#、2#地下车库工程

在上述合同施工过程中,被告在本案合同外又增加了1#、2#地下车库工程。

(5) 有关蜂鸟苑二期工程结算协议

2011年9月27日,原告与被告又签订了一份《关于蜂鸟苑二期工程结算