

建筑房地产实务指导丛书

建设工程 施工合同纠纷 实务解析

ANALYSIS
OF
CONSTRUCTION
CONTRACT
DISPUTES

王 勇 / 著



法律出版社 | LAW PRESS

平乱电子资源交易网docsriver.com入驻商家太我也

建筑房地产实务指导丛书

建设工程 施工合同纠纷 实务解析

ANALYSIS
OF
CONSTRUCTION
CONTRACT
DISPUTES

王 勇 / 著



法律出版社 | LAW PRESS

图书在版编目(CIP)数据

建设工程施工合同纠纷实务解析/王勇著. —北京:
法律出版社, 2017.5(2017.9重印)
ISBN 978-7-5197-0426-1

I. ①建… II. ①王… III. ①建筑工程—工程施工—
合同纠纷—研究—中国 IV. ①D923.64

中国版本图书馆CIP数据核字(2017)第000762号

建设工程施工合同纠纷实务解析
JIANSHE GONGCHENG SHIGONG HETONG
JIUFEN SHIWU JIEXI

王勇著

策划编辑 李群
责任编辑 李群 李璐
装帧设计 汪奇峰

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 固安华明印业有限公司
责任印制 胡晓雅

编辑统筹 法律应用·大众读物出版第一分社
开本 710毫米×1000毫米 1/16
印张 25.25
字数 379千
版本 2017年5月第1版
印次 2017年9月第2次印刷

法律出版社/北京市丰台区莲花池西里7号(100073)

网址/www.lawpress.com.cn

投稿邮箱/info@lawpress.com.cn

举报维权邮箱/jbwq@lawpress.com.cn

销售热线/010-63939792

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、子公司销售电话:

统一销售客服/400-660-6393

第一法律书店/010-63939781/9782

西安分公司/029-85330678

重庆分公司/023-67453036

上海分公司/021-62071639/1636

深圳分公司/0755-83072995

书号:ISBN 978-7-5197-0426-1

定价:68.00元

(如有缺页或倒装,中国法律图书有限公司负责退换)

目 录

第一章 建设工程施工合同效力纠纷	1
第一节 建设工程招标投标范围及效力认定	1
一、法定的必须招标投标工程的范围和标准	2
二、法律规定的中标无效情形	6
三、低于成本价中标的认定	12
四、一方当事人拒签合同的责任认定	16
第二节 黑白合同	19
一、黑白合同适用对象及表现形式	20
二、黑白合同的认定	21
三、黑白合同的效力认定	31
四、黑白合同的结算	34
第三节 合同效力的认定	40
一、认定建设工程施工合同效力的一般原则	40
二、司法解释规定的合同无效情形	45
三、未取得“四证”时合同效力的认定	51
四、垫资条款的认定	56
五、农村建房合同效力的认定及其他	59
第二章 建设工程施工合同主体纠纷	65
第一节 转包与违法分包	65
一、转包	65
二、分包	70
三、劳务分包与转包、分包	76
四、转包、违法分包的法律后果	81

第二节 内部承包	83
一、内部承包制度的演进	84
二、内部承包的认定	88
三、内部承包中责任的承担	93
第三节 挂靠(借用资质)	97
一、司法实践中挂靠施工的判定	97
二、工程挂靠施工所涉法律关系及其效力的认定	104
三、工程挂靠施工中有关民事责任的承担	107
第四节 实际施工人	114
一、对实际施工人的保护应当遵循合同相对性原则	116
二、实际施工人向发包人主张权利的特殊情形	119
三、实际施工人突破合同相对性原则的界限	122
四、发包人在欠付工程款范围承担责任	123
五、诉讼主体的确定	128
六、实际施工人受伤雇员之权利救济	130
第三章 工程价款	136
第一节 工程价款结算	136
一、工程价款的计价方式、计价方法及调整	137
二、工程价款的认定	142
三、发包人拒付工程款理由解析	151
四、发包人逾期不结算的后果	159
五、建设工程施工合同无效情形下工程款的结算	164
第二节 固定价合同	171
一、固定价合同的界定	171
二、工程价款的调整	174
三、固定价情形下的工程造价鉴定问题	182
第三节 工程欠款利息	184
一、发包人应当支付欠付工程款利息	185
二、利息与违约金的竞合处理	189
三、垫资利息	195

第四节 审计报告与工程造价	197
一、工程项目审计的法定性	199
二、审计报告不能直接作为认定工程价款的依据	200
三、审计报告的采信	206
第五节 情势变更原则的适用	209
一、情势变更概述	209
二、建设工程施工合同纠纷中情势变更原则的适用	213
三、情势变更、商业风险与不可抗力	216
四、固定价格合同与情势变更原则	220
第四章 工程期限	223
第一节 工期认定	223
一、开工日期	224
二、竣工日期	230
第二节 工期延误及索赔	235
一、工期延误	236
二、工期索赔程序	240
三、工期索赔诉讼时效	247
四、停工损失的确定	248
第三节 工期顺延	251
一、工期顺延的情形	251
二、工期顺延的认定	254
三、暂停施工	260
第五章 工程质量	263
第一节 工程质量责任	263
一、工程质量的认定	264
二、发包方工程质量责任的认定	267
三、承包方工程质量责任的认定	270
四、勘察设计、监理单位质量责任的认定	276

第二节 工程竣工验收	279
一、工程验收条件	279
二、工程验收程序	282
三、竣工退场	283
四、关于发包人责任的两种特殊情形	285
五、竣工验收备案	288
第三节 工程质量保修	290
一、工程质量保修责任的认定	290
二、缺陷责任期	296
三、工程质量保证金	299
第六章 司法鉴定	304
第一节 司法鉴定与举证责任	304
一、民事诉讼中司法鉴定概述	304
二、民事诉讼中举证责任的认定	306
三、证据审查	309
第二节 司法鉴定的启动	311
一、鉴定的启动方式	312
二、司法鉴定的范围	318
三、鉴定材料的审查	320
四、重新鉴定的问题	323
第三节 鉴定的实施	327
一、鉴定人的确定	327
二、鉴定的流程	331
第四节 鉴定意见的认定	339
一、鉴定意见的有关要求	339
二、鉴定人出庭	343
三、专家辅助人制度	346
四、鉴定意见冲突时的处理	349

第七章 建设工程价款优先受偿权概述	354
第一节 建设工程价款优先受偿权的性质和效力	354
一、建设工程价款优先受偿权的权利属性	355
二、建设工程价款优先受偿权的效力	358
第二节 建设工程价款优先受偿权的主体和客体	366
一、建设工程价款优先受偿权的主体	366
二、建设工程价款优先受偿权的客体	373
三、建设工程价款优先受偿权的担保范围	378
第三节 建设工程价款优先受偿权的行使	382
一、建设工程价款优先受偿权的成立条件	382
二、建设工程合同无效情形下优先受偿权的认定	387
三、建设工程价款优先受偿权的转让问题	390
四、放弃建设工程价款优先受偿权的效力认定	391
五、行使期限	394

第一章 建设工程施工合同效力纠纷

第一节 建设工程招标投标范围及效力认定

招标投标是市场经济条件下进行大宗货物买卖或者建设工程发包与承包时通常采用的竞争交易方式。所谓建设工程招标投标活动,是指建设工程的发包人作为招标方采用适当的方式,发布拟建工程的有关信息,如工程的内容和主要的技术条件,对承包人的资质要求等,但不标明工程的造价,通过这些行为表明发包人将选择符合条件的承包人与之订立建设工程合同的意向,由各有意承包该工程项目的承包人作为投标方向招标方提出自己的工程报价和其他承包条件,参与投标竞争,经招标方对各投标方的报价和其他条件进行审查比较后,从中择优选定中标者,并为之签订建设工程合同的活动。^① 为了规范招标投标活动,提高经济效益,保证工程项目质量,我们国家专门制定了《中华人民共和国招标投标法》(以下简称《招标投标法》)、《中华人民共和国招标投标法实施条例》(以下简称《招标投标法实施条例》)等法律法规,并散见于其他法律规定中,以此保护国家利益、社会公共利益和招标投标活动当事人的合法权益。

对建设工程进行招标投标,其优越性在于将竞争机制引入工程的发包和承包环节,使得招标方可以对各投标方的报价、技术等条件进行综合比较,从而选择技术力量强、质量保障体系可靠并且具有良好信誉的投标人作为承包方进行施工建设,有利于保证工程质量、缩短工期、降低工程造价、提高投资效益。根据《中华人民共和国建筑法》(以下简称《建筑法》)第16条的规定,建筑工程发包与承包的招标投标活动,应当遵循公开、公正、平等竞争的原则,择优选择承包单位。当然并非所有的工程都必须进行招投标,根据《建筑法》第19条的规定,建筑工程依法实行招标发包,对不适于招标发包的可以直接发包。同时,《中华人民共和国合同法》(以下简称《合同法》)第271条规定,建设工程的招

^① 胡康生主编:《中华人民共和国合同法释义》,法律出版社2013年版,第443页。

招标投标活动,应当依照有关法律的规定公开、公平、公正进行。可见,公开、公平、公正是招标投标活动应当遵循的基本原则。

《最高人民法院关于当前形势下进一步做好房地产纠纷案件审判工作的指导意见》(法发[2009]42号,以下简称《房地产纠纷案件审判意见》)提出要加大对招标投标法的贯彻力度。要依照《招标投标法》和《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》(以下简称《建设工程司法解释》)的规定,准确把握“黑白合同”的认定标准,依法维护中标合同的实质性内容;对案件审理中发现的带有普遍性的违反《招标投标法》等法律、行政法规和司法解释规定的问题,要及时与建设行政主管部门沟通、协商,共同研究提出从源头上根治的工作方案,切实维护建筑市场秩序。

一、法定的必须招标投标工程的范围和标准

(一)法律法规中规定的必须招标的范围及例外情形

根据《招标投标法》第3条第1款的规定,在中华人民共和国境内进行下列工程建设项目包括项目的勘察、设计、施工、监理以及与工程建设有关的重要设备、材料等的采购,必须进行招标:(1)大型基础设施、公用事业等关系社会公共利益、公众安全的项目;(2)全部或者部分使用国有资金投资或者国家融资的项目;(3)使用国际组织或者外国政府贷款、援助资金的项目。《招标投标法实施条例》第2条规定,《招标投标法》第3条所称工程建设项目,是指工程以及与工程建设有关的货物、服务。前款所称工程,是指建设工程,包括建筑物和构筑物的新建、改建、扩建及其相关的装修、拆除、修缮等;所称与工程建设有关的货物,是指构成工程不可分割的组成部分,且为实现工程基本功能所必需的设备、材料等;所称与工程建设有关的服务,是指为完成工程所需的勘察、设计、监理等服务。

另外,根据《招标投标法》第66条以及《招标投标法实施条例》第9条的规定,下列情况属于可以不进行招标的特殊情形:(1)涉及国家安全、国家秘密、抢险救灾或者属于利用扶贫资金实行以工代赈、需要使用农民工等特殊情况;(2)需要采用不可替代的专利或者专有技术;(3)采购人依法能够自行建设、生产或者提供;(4)已通过招标方式选定的特许经营项目投资人依法能够自行建设、生产或者提供;(5)需要向原中标人采购工程、货物或者服务,否则将影响施工或者功能配套要求;(6)国家规定的其他特殊情形。

(二) 部委规章中规定的必须招标的范围和标准

当然上述条文对必须招标的工程项目范围规定的比较原则,实践中难以把握,因此,《招标投标法》第3条第2款规定:前款所列项目的具体范围和规模标准,由国务院发展计划部门会同国务院有关部门制订,报国务院批准。第3款规定:法律或者国务院对必须进行招标的其他项目的范围有规定的,依照其规定。《招标投标法实施条例》第3条规定,依法必须进行招标的工程建设项目的具体范围和规模标准,由国务院发展改革部门会同国务院有关部门制定,报国务院批准后公布施行。

根据法律授权,原国家发展计划委员会于2000年发布《工程建设项目招标范围和规模标准规定》,对《招标投标法》第3条的规定作了细化,具体法定的属于必须招标投标的工程范围包括:

1. 关系社会公共利益、公众安全的基础设施项目的范围包括:煤炭、石油、天然气、电力、新能源等能源项目;铁路、公路、管道、水运、航空以及其他交通运输业等交通运输项目;邮政、电信枢纽、通信、信息网络等邮电通讯项目;防洪、灌溉、排涝、引(供)水、滩涂治理、水土保持、水利枢纽等水利项目;道路、桥梁、地铁和轻轨交通、污水排放及处理、垃圾处理、地下管道、公共停车场等城市设施项目;生态环境保护项目;其他基础设施项目。

2. 关系社会公共利益、公众安全的公用事业项目的范围包括:供水、供电、供气、供热等市政工程项目;科技、教育、文化等项目;体育、旅游等项目;卫生、社会福利等项目;商品住宅,包括经济适用住房;其他公用事业项目。

3. 使用国有资金投资项目的范围包括:使用各级财政预算资金的项目;使用纳入财政管理的各种政府专项建设基金的项目;使用国有企业事业单位自有资金,并且国有资产投资者实际拥有控制权的项目。

4. 国家融资项目的范围包括:使用国家发行债券所筹资金的项目;使用国家对外借款或者担保所筹资金的项目;使用国家政策性贷款的项目;国家授权投资主体融资的项目;国家特许的融资项目。

5. 使用国际组织或者外国政府资金的项目的范围包括:使用世界银行、亚洲开发银行等国际组织贷款资金的项目;使用外国政府及其机构贷款资金的项目;使用国际组织或者外国政府援助资金的项目。

以上工程范围内的各类建设项目,包括项目的勘察、设计、施工、监理以及与工程建设有关的重要设备、材料等的采购,达到下列标准之一的,必须进行招

标:(1)施工单项合同估算价在200万元人民币以上的;(2)重要设备、材料等货物的采购,单项合同估算价在100万元人民币以上的;(3)勘察、设计、监理等服务的采购,单项合同估算价在50万元人民币以上的;(4)单项合同估算价低于第(1)、(2)、(3)项规定的标准,但项目总投资额在3000万元人民币以上的。

另外,为了规范房屋建筑和市政基础设施工程施工招标投标活动,住建部于2001年颁布《房屋建筑和市政基础设施工程施工招标投标管理办法》,用以维护招标投标当事人的合法权益。该办法第3条再次强调:房屋建筑和市政基础设施工程的施工单项合同估算价在200万元人民币以上,或者项目总投资在3000万元人民币以上的,必须进行招标。

随着社会经济的发展和招标投标工作的转型发展,住建部《关于推进建筑业发展和改革的若干意见》(建市[2014]92号)提出要改革招标投标监管方式,调整非国有资金投资项目发包方式,试行非国有资金投资项目建设单位自主决定是否进行招标发包,是否进入有形市场开展工程交易活动,并由建设单位对选择的设计、施工等单位承担相应的责任。要严格控制招标人设置明显高于招标项目实际需要和脱离市场实际的不合理条件,严禁以各种形式排斥或限制潜在投标人投标,并加快推进电子招标投标。通过以上政策释放的信号,可以预见我国有关招标投标的范围和标准必定会有所调整,当然在相关法律法规修订之前,实践当中仍然应当遵循现行有效法律判断案件所涉工程的性质。

【法官提示1】

建设工程必须进行招标而未招标的,发包人和承包人签订的建设工程施工合同无效。因此,在认定合同效力中,首先要解决的问题是案件所涉工程是否属于法律法规规定的必须招标投标的范围。由于该事项的查明关系当事人之间建设工程施工合同的效力,并进一步影响双方之间工程款结算、是否支付违约金等实体权利义务,因此在司法实践中,法院应当主动审查案件所涉工程项目是否属于法定的必须招标投标的范围。

【规范指引】

《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》(2012年8月6日 京高法发〔2012〕245号)

3. 如何认定是否属于必须招标的建设工程?

《解释》第一条第(三)项规定的“必须进行招标”的建设工程的认定应当依据《中

华人民共和国招标投标法》第三条的规定、《中华人民共和国招标投标法实施条例》和原国家发展计划委员会《工程建设项目招标范围和规模标准规定》的相关规定予以确定。法律、行政法规有新规定的,适用其新规定。

《四川省高级人民法院关于审理涉及招投标建设工程合同纠纷案件的有关问题的意见》(2010年6月22日四川省高级人民法院审判委员会第33次会议通过)

第一条 对建设工程必须进行招标而未招标,或者中标无效的,人民法院应当严格按照《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》第一条的规定,认定建设工程施工合同无效。

(三) 工程项目应招标未招标的法律后果

如果建设工程项目应招标而未招标,将带来以下法律后果:

1. 根据《招标投标法》第49条的规定,必须进行招标的项目而不招标的,将必须进行招标的项目化整为零或者以其他任何方式规避招标的,责令限期改正,可以处项目合同金额5‰以上10‰以下的罚款;对全部或者部分使用国有资金的项目,可以暂停项目执行或者暂停资金拨付;对单位直接负责的主管人员和其他直接责任人员依法给予处分。

2. 根据《建设工程司法解释》第1条第3的规定,发包人和承包人之间签订的建设工程施工合同因违反法律行政法规的强制性规定而无效。

【法官提示2】

法院在审理案件过程中,发现工程项目属于应招标未招标的,除了对所涉施工合同效力作出否定性评价以外,可以向行政机关发送司法建议,建议行政机关对发包人予以行政处罚。因此,发包人切勿贪图一时之便,从而出现施工合同无效,并承担相应行政处罚的后果。根据规定应当履行招标投标程序的,就应当履行相应程序。^①

^① 参见《住房城乡建设部办公厅关于对2013年以来房屋市政工程质量及转包违法行为典型案例查处情况的通报》(建办质[2014]33号)。

典型案例1

中城建公司与威尼斯公司建设工程合同纠纷案^①

典型案例裁判文书



典型案例1

最高院(2014)民申字第463号中城建公司与威尼斯公司建设工程合同纠纷民事裁定书

威尼斯公司(发包人)与中城建公司(承包人)签订《建设工程施工合同》一份,约定威尼斯公司将东方威尼斯庄园14栋双拼别墅、41栋联排住宅、物业用房工程发包给中城建公司施工。同日,双方又签订《建设工程施工合同补充条款》《开工前补充协议》各一份。当地建设局向威尼斯公司发出《通知

书》,明确威尼斯庄园住宅的实际情况符合相关规定,同意采用直接发包方式,要求威尼斯公司自通知发出之日起30日内与承包人签订书面合同并报该局备案。至此,该工程未履行招标投标程序。后双方因工程款纠纷诉至法院,关于合同效力成为案件争议焦点。

裁判规则:案涉工程虽系威尼斯公司自行投资的商品房开发项目,当地建设局也同意采用直接发包的方式进行工程建设,但《工程建设项目招标范围和规模标准规定》第3条第5项明确规定商品住宅属于《招标投标法》第3条第1款第1项规定的关系社会公共利益、公众安全的必须进行招标的工程建设项目范围,因此,案涉工程建设项目必须进行招标而未招标,根据《建设工程司法解释》第1条第3项的规定,双方之间的《建设工程施工合同》无效。

二、法律规定的中标无效情形

工程项目虽然履行了招标投标程序,但是根据《招标投标法》以及《招标投标法实施条例》的规定,如果存在以下情形,则中标无效:

(一) 中标通知书发出之后,招标人改变中标结果的

中标人确定后,招标人应当向中标人发出中标通知书,并同时 will 将中标结果通知所有未中标的投标人。中标通知书对招标人和中标人具有法律效力。中标通知书发出后,招标人改变中标结果的,或者中标人放弃中标项目的,应当依

^① 参见最高人民法院(2014)民申字第463号民事裁定书。

法承担法律责任。

(二) 招标代理机构存在违法行为

招标代理机构是依法设立、从事招标代理业务并提供相关服务的社会中介组织,其应当在招标人委托的范围内代理招标业务,并遵守法律关于招标人的规定。

1. 招标代理机构违反保密义务。招标代理机构不得在所代理的招标项目中投标或者代理投标,也不得为所代理的招标项目的投标人提供咨询。在招投标中,招标人设有标底的,标底必须保密。但是如果招标代理机构违反了保密义务,泄露了标底,则中标无效。《招标投标法实施条例》第 65 条规定,招标代理机构在所代理的招标项目中投标、代理投标或者向该项目投标人提供咨询的,接受委托编制标底的中介机构参加受托编制标底项目的投标或者为该项目的投标人编制投标文件、提供咨询的,依照《招标投标法》第 50 条的规定追究法律责任。

2. 招标代理机构与招标人、投标人串通损害国家利益、社会公共利益或者他人合法权益的。根据《合同法》的规定,恶意串通,损害国家、集体或者第三人利益的合同无效。所谓恶意串通,就是双方当事人非法勾结,为牟取私利,而损害国家、集体或者第三人利益的行为。该行为破坏了国家正常的招标投标程序,损害了正常的交易秩序,由此产生的中标应为无效。

对于上述招标代理机构的违法行为,如果影响中标结果的,中标无效。并且根据《招标投标法》第 50 条的规定,招标代理机构违反本法规定,泄露应当保密的与招标投标活动有关的情况和资料的,或者与招标人、投标人串通损害国家利益、社会公共利益或者他人合法权益的,处 5 万元以上 25 万元以下的罚款,对单位直接负责的主管人员和其他直接责任人员处单位罚款数额 5% 以上 10% 以下的罚款;有违法所得的,并处没收违法所得;情节严重的,暂停直至取消招标代理资格;构成犯罪的,依法追究刑事责任。给他人造成损失的,依法承担赔偿责任。

(三) 招标人存在泄露标底等情况

依法必须进行招标的项目的招标人向他人透露已获取招标文件的潜在投标人的名称、数量或者可能影响公平竞争的有关招标投标的其他情况的,或者泄露标底的,如果上述招标人行为影响中标结果的,则中标无效。

(四) 串通招投标

根据串通招投标的主体不同,可以分为投标人相互串通投标和招标人、投

标人之间相互串通投标。

1. 投标人相互串通投标。根据《招标投标法实施条例》第 39 条以及《招标投标法实施条例》第 40 条之规定,有下列情形之一的,属于或视为投标人相互串通投标:

(1) 投标人之间协商投标报价等投标文件的实质性内容;(2) 投标人之间约定中标人;(3) 投标人之间约定部分投标人放弃投标或者中标;(4) 属于同一集团、协会、商会等组织成员的投标人按照该组织要求协同投标;(5) 投标人之间为谋取中标或者排斥特定投标人而采取的其他联合行动;(6) 不同投标人的投标文件由同一单位或者个人编制;(7) 不同投标人委托同一单位或者个人办理投标事宜;(8) 不同投标人的投标文件载明的项目管理成员为同一人;(9) 不同投标人的投标文件异常一致或者投标报价呈规律性差异;(10) 不同投标人的投标文件相互混装;(11) 不同投标人的投标保证金从同一单位或者个人的账户转出。

2. 招标人与投标人串通投标。有下列情形之一的,属于招标人与投标人串通投标:(1) 招标人在开标前开启投标文件并将有关信息泄露给其他投标人;(2) 招标人直接或者间接向投标人泄露标底、评标委员会成员等信息;(3) 招标人明示或者暗示投标人压低或者抬高投标报价;(4) 招标人授意投标人撤换、修改投标文件;(5) 招标人明示或者暗示投标人为特定投标人中标提供方便;(6) 招标人与投标人为谋求特定投标人中标而采取的其他串通行为。

关于串通招投标的后果,《招标投标法》第 53 条规定,投标人相互串通投标或者与招标人串通投标的,投标人以向招标人或者评标委员会成员行贿的手段谋取中标的,中标无效。《招标投标法实施条例》第 67 条规定,投标人相互串通投标或者与招标人串通投标的,投标人向招标人或者评标委员会成员行贿谋取中标的,中标无效。构成犯罪的,依法追究刑事责任;尚不构成犯罪的,依照《招标投标法》第 53 条的规定处罚。

【法官提示 3】

串通投标在招标投标领域时有发生,依法必须进行招标的工程项目,招标人与投标人在履行招投标程序前,签订协议对施工范围、工期、计价方式、总价款等内容进行约定的就属于典型的串通投标,除了需要承担上述有关行政责任以外,还将导致中标无效且双方签订的施工合同无效等法律后果。法律法规对串通投标问题作了较为具体详细的规定,在法律责任的承担上,行政责任、民事责任直至刑事责任均有所涉及,招标人、投标人对此应当予以高度重视。

典型案例2

华建公司与政泉公司建设工程施工合同纠纷案^①

华建公司与政泉公司分别签订《建设工程施工合同》和《补充协议》，约定政泉公司将其开发建设的政泉花园6#、7#、8#及地下室工程，发包给华建公司承包施工。双方对工期、价款、质量标准等做了约定。施工过程中，双方签订补充协议，约定涉案工程公共部分精装修工程由华建公司承包施工。后双方因工程款产生纠纷诉至法院。

裁判规则：中标的华建公司在招投标前已经与招标方政泉公司进行了实质性磋商，签订了施工合同，华建公司被确定为诉争工程的承建方，显见双方有串通招投标行为，中标无效。在中标无效的情况下，双方就诉争工程分别签订的《建设工程施工合同》《补充协议》及《住宅公共部分精装修（补充协议）》无效。

【规范指引】

《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（二）》（2013年12月23日安徽省高级人民法院审判委员会第32次会议通过）

第二条 依法必须进行招标的建设工程，招标人与投标人在履行招投标程序前，以签订补充协议等形式对建设工程的施工范围、工期、计价方式、总价款等内容进行约定的，属串通投标，所签订的建设工程施工合同无效。

（五）弄虚作假

根据《招标投标法》第33条的规定，投标人不得以他人名义投标或者以其他方式弄虚作假，骗取中标。《招标投标法》第54条以及《招标投标法实施条例》第68条均规定，投标人以他人名义投标或者以其他方式弄虚作假，骗取中标的，中标无效。

1. 以他人名义投标。投标人应当具备承担招标项目的能力，国家有关规定对投标人资格条件或者招标文件对投标人资格条件有规定的，投标人应当具备

典型案例裁判文书



典型案例2

北京高院（2015）高民终字第16号华建公司与政泉公司建设工程施工合同纠纷民事判决书

^① 参见北京市高级人民法院（2015）高民终字第16号民事判决书。

规定的资格条件。投标人如果不具备承担招标项目的能力或者借用有资格条件的企业名义投标,属于违法行为,中标无效。《招标投标法实施条例》第42条规定,使用通过受让或者租借等方式获取的资格、资质证书投标的,属于《招标投标法》第33条规定的以他人名义投标。《招标投标法实施条例》第69条规定,出让或者出租资格、资质证书供他人投标的,依照法律、行政法规的规定给予行政处罚;构成犯罪的,依法追究刑事责任。此种情形在挂靠施工中尤为常见。

2. 其他方式弄虚作假。投标人有下列情形之一的,属于《招标投标法》第33条规定的以其他方式弄虚作假的行为:(1)使用伪造、变造的许可证件;(2)提供虚假的财务状况或者业绩;(3)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;(4)提供虚假的信用状况;(5)其他弄虚作假的行为。

(六)违法就实质性内容进行谈判

在确定中标人前,招标人不得与投标人就投标价格、投标方案等实质性内容进行谈判。《招标投标法》第55条规定,依法必须进行招标的项目,招标人违反本法规定,与投标人就投标价格、投标方案等实质性内容进行谈判影响中标结果的,中标无效。

何为实质性内容?法律没有作出明确规定。根据《合同法》第12条的规定,合同的内容由当事人约定,一般包括以下条款:当事人的名称或者姓名和住所;标的;数量;质量;价款或者报酬;履行期限、地点和方式;违约责任;解决争议的方法。《招标投标法实施条例》第57条规定,招标人和中标人应当依照招标投标法和本条例的规定签订书面合同,合同的标的、价款、质量、履行期限等主要条款应当与招标文件和中标人的投标文件的内容一致。招标人和中标人不得再行订立背离合同实质性内容的其他协议。

根据上述法律条文规定,一般认为实质性内容是指:(1)合同标的;(2)投标方案;(3)投标价格或者工程造价;(4)工程质量;(5)工程期限;(6)违约责任和解决争议方法等合同主要内容。当事人就上述内容进行谈判并影响中标结果的,该中标无效。

【法官提示4】

对于该类中标无效的情形,首先需要对其实质性内容作出准确认定和把握,只有双方对实质性内容进行了中标前的谈判并影响中标结果的,中标才无效。另外,对于非

必须进行招标的项目,如果双方就上述有关实质性内容进行谈判影响中标结果的,中标依然无效。因为只要履行了招标投标程序,就应当适用《招标投标法》的规定,该法第43条规定,在确定中标人前,招标人不得与投标人就投标价格、投标方案等实质性内容进行谈判。此时,可以认定双方之间恶意串通,损害了其他投标人的利益,根据《合同法》第52条的规定,中标应为无效,所签施工合同应为无效。

典型案例3

卓达公司与海洲公司建设工程施工合同纠纷案^①

2009年5月11日,卓达公司与海洲公司签订《工程施工补充协议书》。该协议约定了海洲公司施工工程范围。2009年6月30日,卓达公司发布《施工招标文件》。2009年7月22日,海洲公司中标,取得承包卓达公司开发工程的施工资格。2009年7月31日,卓达公司作为工程发包人与作为工程承包人海洲公司签订《建设工程施工合同》。合同签订后,海洲公司进场施工。后因合同履行问题诉至法院,关于本案合同效力双方认识不一。

典型案例裁判文书



典型案例3

最高院(2015)民一终字第344号卓达公司与海洲公司建设工程施工合同纠纷民事判决书

裁判规则:海洲公司虽然通过公开招投标的形式取得了承包权,但双方在招投标前就对涉案工程项目的工程价款、开竣工日期、质量标准、工程款支付、违约责任等承包事项实质性内容进行了具体磋商,并已于2009年5月11日签订了《工程施工补充协议书》。卓达公司与海洲公司上述行为违反了《招标投标法》第43条、第55条的强制性规定。因此,卓达公司与海洲公司于2009年5月11日所签订的《工程施工补充协议书》和2009年7月31日所签订的并经备案的《建设工程施工合同》均应认定为无效。

(七)违法确定中标人

招标人在评标委员会依法推荐的中标候选人以外确定中标人的,依法必须进行招标的项目在所有投标被评标委员会否决后自行确定中标人的,根据《招

^① 参见最高人民法院(2015)民一终字第344号民事判决书。

标投标法》第 57 条的规定,中标无效。

三、低于成本价中标的认定

(一)“低于成本价”的认定

《招标投标法》以及《招标投标法实施条例》对中标无效的情形作了比较详细的规定,但对于低于成本价中标是否属于中标无效情形,未作明确规定。但《招标投标法》第 33 条作出了禁止性规定:投标人不得以低于成本的报价竞标。该法第 41 条规定:中标人的投标应当符合下列条件之一:(1)能够最大限度地满足招标文件规定的各项综合评价标准;(2)能够满足招标文件的实质性要求,并且经评审的投标价格最低;但是投标价格低于成本的除外。住房和城乡建设部《建筑工程施工发包与承包计价管理办法》第 10 条规定,投标报价不得低于工程成本,不得高于最高投标限价。

何为“低于成本价”?笔者认为,此处的成本价应为建筑企业自己的成本价,而不是国家定额。《招标投标法》第 33 条禁止的只是企业以低于自己的成本价进行投标竞标的行为,是为了防止投标人以低于成本的报价中标后可能实施的以停工要挟建设单位提高造价的不良后果,也是为了防止承包人偷工减料造成工程质量隐患等危害公众安全的行为发生。^①但是对于是否属于低于成本价投标中标,实际上难以准确认定和查明,在招标投标实践中,有的在评标时参考招标中的规定标准来认定是否低于成本报价。比如,有的招标文件中规定,投标人的报价低于所有投标人报价平均数 5% 以上的,评标方有权要求该投标人作出书面澄清说明,投标人不能作出合理澄清说明的,视为低于成本报价,评标方有权宣布其为废标。当前,我国法律、法规对于企业成本如何测算并没有规定,对于如何评定投标价低于企业成本价也没有确实可行的办法,因此,司法实践中可以依据举证规则进行判断。

【法官提示 5】

国家通过立法明确规定投标人不得以低于成本的报价竞标。另外,国务院《建设工程质量管理条例》第 10 条也明确规定,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。低于成本价中标,对于发包人来说,降低了建设成本,但对于承包人而言,为了使建造成本能够低于中标价,唯有偷工减料,牺牲的是工程质量,危害的是社

^① 朱树英:《工程合同实务问答》,法律出版社 2011 年版,第 133 页。

会公众生命财产安全和建筑市场秩序。对此,发标人特别是施工单位应在追求利润的同时,更为关注工程质量。法院在审理该类案件中,除了合理分配举证责任以外,还可以根据当事人申请或者案件具体情况,依法委托鉴定机构对中标价是否低于成本价进行鉴定,在此基础上对合同效力作出认定。

(二) 低于成本价中标的效力认定

对于低于成本价中标的效力以及由此产生的中标合同的效力问题,法律包括司法解释没有作出明确规定。实践当中,也是观点不一。

有观点认为,按照《招标投标法》第3条规定必须进行招标的工程,经过招投标而签订的施工合同,承包人有证据证明工程价款低于成本价,主张合同无效的,应予支持。不属于《招标投标法》第3条规定必须进行招标的工程,建设工程合同履行中承包人有证据证明工程价款低于成本价或承包人对总价包干合同中工程量有重大误解的,承包人在法定期限内要求撤销或变更合同的,应予支持。所谓重大误解,根据《最高人民法院关于贯彻执行〈中华人民共和国民事诉讼法〉若干问题的意见(试行)》(以下简称《民法通则意见》)的定义,是指行为人因为对行为的性质、对方当事人、标的物的品种、质量、规格和数量等的错误认识,使行为的后果与自己的意思相悖,并造成较大损失的,可以认定为重大误解。

还有观点认为,对这类合同的效力在一定条件下可以认定为可撤销可变更合同,法院可以根据当事人的申请依法予以变更或者撤销。这些条件是:(1)发包方有胁迫行为。需要承包方提供证明。(2)中标价低于该企业的成本价;如果该企业的成本价高于社会平均成本价,中标价低于社会平均成本价。也需要承包方提供证据证明。在符合这两个条件时,根据《合同法》第54条第2款关于“一方以欺诈、胁迫的手段或者乘人之危,使对方在违背真实意思的情况下订立的合同,受损害方有权请求人民法院或者仲裁机构变更或者撤销”的规定,承包方可以申请变更合同中价格的约定条款。^①所谓胁迫,根据《民法通则意见》的定义,是指“以给公民及其亲友的生命健康、荣誉、名誉、财产等造成损失或者以给法人的荣誉、名誉、财产等造成损害为要挟,迫使对方作出违背真实的意思表示的,可以认定为胁迫行为”。

根据上述观点,结合民事诉讼中“谁主张,谁举证”的原则,承包方首先要证

^① 林文学:《建设工程合同纠纷司法实务研究》,法律出版社2014年版,第103页。

明自己存在重大误解或者发包人存在胁迫的行为,其次要提供证据证明中标价低于该企业的成本价,最后承包方才得以向仲裁机构或者法院申请变更价格条款,不仅程序烦琐,而且不符合当前建筑市场实际。而且第一种观点人为地将不是必须招标投标但履行了招标投标程序的项目,排除在《招标投标法》适用范围之外,不可取。

案例索引裁判文书



案例索引1

江苏高院(2014)苏
审二民申字第01649号
丰泽公司与国土局建设
工程施工合同纠纷民事
裁定书

笔者认为,低于成本价中标,首先中标无效,其次由此签订的施工合同亦为无效。^① 主要理由如下:

1. 《招标投标法》第33条、第41条的相关规定,应为效力性强制性规定,根据《合同法》第52条的规定,违反法律、行政法规的强制性规定的合同无

效。作出该法律判断,主要的出发点还是为了保障建筑市场秩序,确保工程质量,保护人民群众生命、财产安全。《招标投标法》第33条禁止投标人以低于成本的报价竞标,其目的在于保证招投标竞争秩序和确保工程质量,目的在于维护经济公序和社会公共利益,《招标投标法实施条例》第51条第5项也将投标报价低于成本作为评标委员会否决其投标的情形,故低于成本价中标的合同无效。至于低于成本价的判断标准应以企业个别成本为依据,综合建筑市场社会平均成本予以判断。^② 据此,《全国民事审判工作会议纪要》(法办〔2011〕442号)第24条规定,对按照“最低价中标”等违规招标形式,以低于工程建设成本的工程目标底订立的施工合同,应当依据《招标投标法》第41条第2项的规定认定无效。

2. 住房和城乡建设部《建筑工程施工发包与承包计价管理办法》第11条规定,投标报价低于工程成本或者高于最高投标限价总价的,评标委员会应当否决投标人的投标。国家发展和改革委员会、工业和信息化部、财政部等联合发布的《评标委员会和评标方法暂行规定》第21条规定,评标委员会发现投标人的投标报价明显低于其他投标人的报价或者标底的,由评标委员会认定该投标人以低于成本的投标报价竞标,应当否决其投标。因此,从合同管理的角度,对

^① 案例索引1:参见江苏省高级人民法院(2014)苏审二民申字第01649号丰泽公司与国土局建设工程施工合同纠纷民事裁定书。

^② 潘军锋:“建设工程施工合同审判新类型问题研究——《建设工程司法解释》施行十周年回顾与展望”,载《法律适用》2015年第4期。

于低于成本价中标的行为是持否定态度的。因此,低于成本价中标,首先该中标无效,根据《建设工程司法解释》的规定,中标无效,由此签订的施工合同也无效。

3. 当前的建筑市场,实际上发包人掌握着主动权,承包方想要获得工程的承包施工,势必作出妥协让步,各类“潜规则”盛行。在此背景下,承包方不可能去申请变更合同价格。以低于成本价投标,实际上也构成了不正当竞争。《中华人民共和国反不正当竞争法》(以下简称《反不正当竞争法》)第11条规定,经营者不得以排挤竞争对手为目的,以低于成本的价格销售商品。所以,为维护建筑市场秩序,保证工程质量,应当认定该类中标无效,由此签订的合同也属无效合同。

典型案例4

金润公司与大洋公司建设工程施工合同纠纷案^①

2010年3月10日,大洋公司与金润公司,经过招投标,签订了一份建设工程施工合同,约定:金润公司将其开发的3、4、5号楼铝合金门窗制作安装工程发包给大洋公司施工。合同签订后,双方均按约履行了各自的义务,工程项目于2011年5月7日通过了竣工验收。但在金润公司委托相关单位审计结算时,大洋公司对结算方式不予认可,认为合同价低于成本价,违背国家规范,致使其工程款经济损失45万余元。双方因此发生争议,大洋公司诉至法院。

裁判规则:建设工程的成本价是一个比较难以界定的问题。社会平均成本与个别企业之间的个性成本与市场行情、工程材料管理、工程现场管理、人力资源管理等因素相关,存在一定差异绝非偶然。对此,在建设工程纠纷案件处理中也是有规则的。依据相关法律及司法解释之规定,合同约定的工程价款低于成本价即使导致合同无效,发包人要求参照合同约定的价款结算的,人民法院也应予以支持。

典型案例裁判文书



典型案例4

江苏盐城中院(2013)
盐民终字第1237号金
润公司与大洋公司建设
工程施工合同纠纷民事
判决书

^① 参见江苏省盐城市中级人民法院(2013)盐民终字第1237号民事判决书。

【规范指引】

《全国民事审判工作会议纪要》(2011年10月9日 法办[2011]442号)

第二十四条 对按照“最低价中标”等违规招标形式,以低于工程建设成本的工程项目标底订立的施工合同,应当依据招标投标法第四十一条第(二)项的规定认定无效。

《江苏省高级人民法院关于审理建设工程施工合同纠纷案件若干问题的意见》(2008年12月17日江苏省高级人民法院审判委员会第44次会议通过)

第七条 经过招标投标订立的建设工程施工合同,工程虽经验收合格,但因合同约定的工程价款低于成本价而导致合同无效,发包人要求参照合同约定的价款结算的,人民法院应予支持。

四、一方当事人拒签合同的责任认定

(一)拒签合同时的责任争议

《招标投标法》第46条规定,招标人和中标人应当自中标通知书发出之日起30日内,按照招标文件和中标人的投标文件订立书面合同。招标人和中标人不得再行订立背离合同实质性内容的其他协议。《招标投标法实施条例》第57条规定,招标人和中标人应当依照招标投标法和本条例的规定签订书面合同,合同的标的、价款、质量、履行期限等主要条款应当与招标文件和中标人的投标文件的内容一致。招标人和中标人不得再行订立背离合同实质性内容的其他协议。如果招标人与中标人不按照招标文件和中标人的投标文件订立合同的,或者招标人、中标人订立背离合同实质性内容的协议的,则根据《招标投标法》第59条的规定,应当责令改正;可以处中标项目金额5%以上10%以下的罚款。因此,《招标投标法》对于中标通知书发出后,一方拒签合同的行政责任规定的比较明确,也具有可操作性,但是对于中标通知书已经发出但书面合同尚未签订阶段,一方当事人拒签合同时应当承担的民事责任没有明确规定,且如需承担民事责任,则该责任属于缔约过失责任还是违约责任,理论和实务界中观点纷呈,争议较大。

笔者认为,认定经招标投标程序依法产生中标人后,一方拒绝签订合同应承担的民事法律责任应为缔约过失责任还是违约责任,其实质指向的是中标通

知书的发出与建设工程施工合同的成立或者生效之间的关系问题。^①

(二) 中标通知书与责任认定

关于中标通知书的发出以及其与建设工程施工合同的成立或生效的关系,主要存在以下观点:

第一种观点认为,中标通知书发出后,合同尚未成立。《合同法》与《招标投标法》均要求招标人与中标人订立书面合同,《合同法》第32条还规定,当事人采用合同书形式订立合同的,自双方当事人签字或者盖章时合同成立。因此,中标通知书发出后,双方尚未签订书面合同,未签字或者盖章,所以,双方之间的施工合同关系并未成立,一方拒签合同应当承担缔约过失责任。

第二种观点认为,发包人作为招标方依照法定程序和方式,发布招标公告,相当于订立合同的要约邀请;而投标人的投标相当于订立合同的要约;发包人从投标者中最终选定中标者并发出中标通知书相当于订立合同的承诺。至此,合同已经依法成立并生效,招标人和中标人均应受到法律约束,一方拒绝签订书面合同,应当承担相应违约责任。

第三种观点认为,根据《合同法》第270条的规定,建设工程合同应当采用书面形式。因此,即使中标通知书已经发出甚至送达中标方,因双方尚未订立书面合同,双方之间的合同成立而未生效,根据《合同法》第42条的规定,拒签合同一方有违诚实信用原则,应承担相应缔约过失责任。

解决上述法律争议的关键是对中标通知书的性质要有准确的把握和认识。1999年版建设工程施工合同示范文本没有对中标通知书作出明确定义,《建设工程施工合同(示范文本)》(GF-2013-0201)新增了有关定义,明确中标通知书是指构成合同的由发包人通知承包人中标的书面文件。

笔者认为中标通知书符合《合同法》规定的下列承诺构成要件,系法定的承诺方式。^② 其理由如下:

1. 由受要约人作出。在建设工程招标投标关系中,发包人作为招标人,中

案例索引裁判文书



案例索引2

最高法院(2013)民
申字第876号新星公司
与二建公司建设工程施
工合同纠纷民事裁定书

^① 案例索引2:参见最高人民法院(2013)民申字第876号新星公司与二建公司建设工程施工合同纠纷民事裁定书。

^② 案例索引3:参见安徽省高级人民法院(2014)皖民二终字第659号安徽水利公司与怀远县城投公司缔约过失责任纠纷民事判决书。

案例索引裁判文书



案例索引3

安徽高院(2014)皖
民二终字第00659号安
徽水利公司与怀远县城
投公司缔约过失责任纠
纷民事判决书

标通知书只能在经过了招标投标程序后才由招标人发出,且只有招标人有承诺的资格。

2. 向要约人作出。承诺是对要约的同意,只能向要约人作出。在招标投标关系中,招标人的招标公告是要约邀请,投标人递交的投标文件是要约,即投标人希望与招标人订立合同的书面意思表示,招标人的中标通知书是向特定的投标人发出的,系同

意接受投标人要约的意思表示,是招标人的承诺。

3. 与要约的内容一致。《合同法》第30条规定,承诺的内容应当与要约的内容一致。受要约人对要约的内容作出实质性变更的,为新要约。中标通知书是招标人同意投标文件的意思表示,必须由招标人签字或者盖章,其实质性内容应与承包人递交的投标文件的实质性内容一致,如价款、工期等。招标人和中标人应当自中标通知书发出之日起30日内,按照招标文件和中标人的投标文件订立书面合同。

4. 中标通知书发出即生效。《合同法》第26条规定,承诺通知到达要约人时生效。承诺不需要通知的,根据交易习惯或者要约的要求作出承诺的行为时生效。虽然传统观点认为我国立法对承诺的生效方式采取“到达主义”,但结合《招标投标法》第45条和第46条,均是对中标通知书“发出主义”的一种肯定。所以,笔者认为,在建设工程招标投标领域,中标通知书一经发出即生效。《建设工程施工合同(示范文本)》(GF-2013-0201)的起草者认为,实际上,《招标投标法》并未直接规定中标通知书发出后即生效,但有专家认为可以从相关法律条款中推定认为中标通知书在发出时生效。也有专家认为,根据《合同法》的规定,中标通知书如被认定为承诺,则非常明确的应当认定其送达中标人时即生效,否则将产生一个悖论,即投标人在还尚未知道自己中标的情况下,合同即已经成立。因此实践中,多以中标通知书送达中标人时生效。

综上,笔者认为,当事人订立合同,采取要约、承诺方式,建设工程合同作为《合同法》规定的有名合同,其订立亦不例外。当然由于众多工程项目需要履行招标投标程序,导致该类合同的订立过程有别于其他合同,但是,仍然受到经要约承诺即告合同成立之基本原理的调整。建设工程施工合同订立过程,一般均需经过招标、投标、开标、评标、定标、签订合同等几个阶段。招标公告是招标人向潜在的不特定的投标人发出的招标文件,根据《合同法》的规定属于要约邀

请;投标是具有意向的投标人根据招标文件向招标人发出的订立合同的意思表示,属于要约;招标人发出中标通知书属于承诺,承诺生效时合同成立,依法成立的合同,自成立时生效。因此,招标人发出中标通知书时,施工合同成立并生效,任何一方拒绝签订书面施工合同均属违约,应当承担违约责任,法律规定要求另行订立的书面合同只是对施工合同的书面确认。

有观点认为招标人定标即为承诺,此时就意味着施工合同已经成立并生效,中标通知书只是招标人承诺的载体,只是能够证明承诺已经到达要约人的证据之一,但并非唯一的证据,如果有证据证明招标人已经将承诺的意思表示送达中标人,则双方之间的合同仍然成立。比如开标时的现场录音、录像资料等。笔者认为该观点有待商榷,且使原本已经复杂的且颇有争议的法律关系更为复杂,且在司法实践中,对当事人的举证提出了更高的要求,不利于守约方权利的保护。

【法官提示6】

中标通知书发出之后,如果发包人拒绝签订施工合同的、改变中标结果的,则发包人应当承担违约责任,应当赔偿另一方所有损失,包括中标人的可得利益损失;如果中标人拒绝签订施工合同,放弃中标项目的,招标人有权没收其投标保证金,如果保证金不足以弥补招标人损失的,有权另行要求赔偿。

第二节 黑白合同

在建设工程领域中,经常会出现建设单位和施工单位就同一建设工程签订两份或两份以上在实质性内容上存在差异的合同,通常将经过招投标并经备案的合同称为“白合同”,把实际履行的与备案合同存在实质性差异的合同称为“黑合同”。建设工程招投标领域黑白合同现象除了发包方过分压价和当事人规避政府强制监管的传统原因之外,呈现出以下新的特点:有为套取银行贷款而抬高白合同价款的情形;有因政府(部门)搭车违法乱收费,当事人为少交税费而压低白合同价款的现象;有发包方主动找施工单位压价先签合同,甚至让施工单位先进场并要求施工单位找第三方陪标后备案的情况;更有少数地方政府缺少资金,但为追求政绩从而事先寻找投资或合作伙伴、预先订立协议、形式上走一下招投标程序的例子。^① 黑白合同的签订履行,不仅违反《招标投标法》

^① 林文学:《建设工程合同纠纷司法实务研究》,法律出版社2014年版,第88页。

《建筑法》《合同法》的规定,而且严重扰乱建筑市场秩序,容易造成工程质量隐患,危害社会公共安全和群众生命财产安全,并且因为黑白合同的大量存在,引发大量拖欠工程款、拖欠材料设备款、拖欠农民工工资现象,影响社会和谐稳定。

《房地产纠纷案件审判意见》第4条对此强调,要依照《招标投标法》和《建设工程司法解释》的规定,准确把握“黑白合同”的认定标准,依法维护中标合同的实质性内容;对案件审理中发现的带有普遍性的违反招标投标法等法律、行政法规和司法解释规定的问题,要及时与建设行政管理部门沟通、协商,共同研究提出从源头上根治的工作方案,切实维护建筑市场秩序。

一、黑白合同适用对象及表现形式

(一)关于履行了招投标程序的非强制性招标项目

实践中,有观点认为只有上述强制性招标项目才适用《招标投标法》的规定,因此,黑白合同的适用对象仅限于强制性招标项目,对于非强制性招标项目,即使当事人自愿进行了招投标,签订了施工合同并且备案,当事人仍然可以在招标之前或者之后通过签订补充协议的方式变更中标合同的内容,因此,非强制性招标项目不属于黑白合同适用对象。

案例索引裁判文书



案例索引4

内蒙古高院(2014)
内民一终字第00182号
惠福公司与建设公司建
设工程施工合同纠纷民
事判决书

对此笔者认为,履行了招投标程序的非强制性招标项目应当属于黑白合同适用对象。^①根据《招标投标法》第2条的规定,在中华人民共和国境内进行招标投标活动,适用该法。该法并未区分强制性招标项目或者非强制性招标项目。只要当事人自愿就建设工程项目进行了招投标,就应当受到招标投标法律、法规和规章的约束,就应当遵守公开、公平、公

正、透明的招投标原则,否则将会破坏正常的市场竞争秩序。

【法官提示7】

黑白合同的适用对象既包括强制性招标项目,也包括非强制性招标项目但当事人履行了招投标程序的项目。只要当事人按照《招标投标法》的规定,通过招投标方式签订了建设工程施工合同,发包人和中标人就应当根据中标通知书签订建设工程施工合同,不得另行签订与中标合同实质性内容不一致的合同,即“黑白合同”。

^① 案例索引4:参见内蒙古自治区高级人民法院(2014)内民一终字第00182号惠福公司与建设公司建设工程施工合同纠纷民事判决书。

(二)黑白合同的表现形式

根据建设工程施工实践,从合同签订的时间和形式上区分,黑白合同主要表现为:

1. 黑合同签订于白合同之前。由于建设工程的不确定因素很多,市场信息的不对称性使建设方难以对投标人的经验及技术、履约能力有准确的判断,给招标人带来了诸多风险。为了规避招投标带来的施工者选择的不确定风险,不少招标人想方设法控制招投标的结果。一是建设单位在招投标之前就已经与投标人(施工单位)进行磋商,涉及实质性内容并签订黑合同,即发生串标行为。之后,履行招投标程序,签订白合同进行备案登记,甚至有些工程在招投标之前,施工单位就已经进场施工。二是建设单位与施工单位直接签订建设工程合同后,由施工单位串通其他有关单位进行招投标,并签订双方并不实际履行的合同进行备案。

2. 黑合同签订于白合同之后,或与白合同同时签订难以确定先后顺序。建设单位按照法律规定履行了招投标程序,与施工单位签订施工合同并进行了备案。之后,建设单位利用自身的优势地位,要求施工单位改变工程款支付方式、降低造价、垫资施工或缩短工期等,订立与中标合同实质性内容相背离的黑合同,并在实际施工过程中得以履行。

【法官提示 8】

从《招标投标法》的有关规定看,对于两份合同性质的认定,没有将合同签订时间作为一个标准,只要针对同一工程的两份合同在实质性内容方面不一致,其中有一份是中标合同或者根据中标文件签订的合同,就可以认定为“黑白合同”或者“阴阳合同”的情形。

二、黑白合同的认定

(一)工程履行招投标程序时黑白合同的认定

《建设工程司法解释》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。司法解释只是就双方当事人构成“黑白合同”情形下的结算问题作了明确规定,即以备案的中标合同作为结算依据,但是没有对黑白合同作出定义或者提供认定标准或依据。

如把握标准过严,就意味着大量的施工合同将被认定无效,可能会导致经

济活动逆向流转,这样的结果不符合建筑市场现实,不利于经济活动的顺向流转,不利于建筑市场的健康发展;如把握标准过宽,实质是对违法行为的放纵,与党中央、国务院规范整顿建筑市场秩序的初衷相悖;如执法的分寸把握得当,既可以配合人民政府对建筑市场的规范整顿措施,严肃执行《招标投标法》,也需要面对建筑市场的实际情况,保障建筑市场的健康快速发展,为国民经济发展大局服务。^①

1. 合同实质性内容的判断

根据《合同法》第12条的规定,合同的内容由当事人约定,一般包括以下条款:当事人的名称或者姓名和住所;标的;数量;质量;价款或者报酬;履行期限、地点和方式;违约责任;解决争议的方法等。当事人还可以参照各类合同的示范文本订立合同。合同的条款是非常重要的,所以在此条规定了合同的主要条款。但是,并不是说当事人签订的合同中缺了其中任何一项就会导致合同的不成立或者无效。主要条款的规定只具有提示性与示范性。合同的主要条款或者合同的内容要由当事人约定,一般包括这些条款,但不限于这些条款。不同的合同,由其类型与性质决定,其主要条款或者必备条款可能是不同的。而根据《合同法》第275条的规定,施工合同的内容包括工程范围、建设工期、中间交工工程的开工和竣工时间、工程质量、工程造价、技术资料交付时间、材料和设备供应责任、拨款和结算、竣工验收、质量保修范围和质量保证期、双方相互协作等条款。当然上述条款中的内容并非全部属于合同的必备条款,并非意味着当事人对上述任何条款内容的变更均是对合同实质性内容的变更,均构成黑白合同。

《招标投标法》第46条规定,招标人和中标人应当自中标通知书发出之日起30日内,按照招标文件和中标人的投标文件订立书面合同。招标人和中标人不得再行订立背离合同实质性内容的其他协议。《招标投标法实施条例》第57条第1款规定,招标人和中标人应当依照招标投标法和本条例的规定签订书面合同,合同的标的、价款、质量、履行期限等主要条款应当与招标文件和中标人的投标文件的内容一致。招标人和中标人不得再行订立背离合同实质性内容的其他协议。因此,司法实践中,判断黑白合同的一个主要依据就是双方另行签订的合同是否对中标合同的实质性内容进行了变更。

^① 最高人民法院民一庭编:《最高人民法院民事案件解析(附指导案例3):建设工程》,法律出版社2010年版,第683页。

关于何为合同的实质性内容,法律和司法解释没有给出明确答案。一般认为,合同的实质性内容是指影响或者决定当事人基本权利义务的条款内容。虽然合同的实质性内容与合同成立的必备条款涵盖的范围并不相同,《合同法》并未对合同成立要件作详细规定,也无从考察合同的必备条款,《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《合同法解释(二)》)参考借鉴各国关于合同必备条款的规定,总结我国审判实践经验,在广泛调研基础上,明确了合同必备条款,即合同具备“当事人名称或者姓名、标的和数量的,一般应当认定合同成立。但法律另有规定或者当事人另有约定的除外”。因此,原则上,合同成立应具备“名称或姓名、标的、数量”三个条款。《合同法》第 30 条规定,有关合同标的、数量、质量、价款或者报酬、履行期限、履行地点和方式、违约责任和解决争议方法等的变更,是对要约内容的实质性变更。同时,建设工程施工合同属于双务合同,发包人的主要合同义务就是支付工程价款,承包人的主要合同义务就是在约定的工程期限内完成工程建设且工程质量符合约定或者国家标准。借鉴上述条款规定,结合建设工程施工合同的特殊性,笔者认为司法实践中,认定“黑白合同”时所涉的“实质性内容”,主要包括合同中的工程价款、工程质量、工程期限三部分。^①

案例索引裁判文书



案例索引 5

浙江高院(2014)浙民提字第123号万厦公司与旺祥公司建设工程施工合同纠纷民事判决书

工程价格是指发包人用于支付承包人按照合同约定完成承包范围内全部工作的金额,包括合同履行过程中按合同约定发生的价格变化。工程质量是指建设工程施工合同约定的工程具体条件,工程质量标准必须符合现行国家有关工程施工质量验收规范和标准的要求。工程期限是指承包人完成工程所需的期限,包括按照合同约定所作的期限变更。双方另行订立的在工程价款、工程质量、工程期限三个方面变更中标结果协议,应当认定为《建设工程司法解释》第 21 条中的“实质性内容”的变更,属于“黑合同”。

2. 合同的正常变更

合同变更,是指合同在成立以后,尚未履行或者完全履行以前,双方当事人就合同的内容进行修改或者补充的行为。合同成立后,当事人应当按照合同约定履行合同,任何一方未经对方同意,都不得改变合同的内容,但是,当事人在

^① 案例索引 5: 参见浙江省高级人民法院(2014)浙民提字第 123 号万厦公司与旺祥公司建设工程施工合同纠纷民事判决书。

订立合同时,不可能对涉及的所有问题都作出明确的约定,对于合同履行过程中一些新的情况,需要对双方的权利义务关系重新进行调整和约定,此时就需要当事人对合同内容进行修改或者补充。合同本身即是当事人自愿达成的协商一致的结果,因此在变更合同内容时,也应当本着协商的原则进行,《合同法》第77条第1款规定,当事人协商一致,可以变更合同。因此对合同进行变更是法律赋予合同当事人的一项基本权利。我国合同法上的合同变更属狭义的合同变更,仅指合同内容的变更,故合同的内容发生变化,自属合同变更中应有之义。合同内容的变更主要包括以下类型:(1)合同标的物的变更,包括标的物种类的更换、数量的增减、品质的改变、规格的更改等。(2)合同履行条件的变更,包括履行期限、履行地点、履行方式以及结算方式的改变等。(3)合同价金的变更,即合同价款或者酬金的增减,以及利息的变化等。(4)合同所附条件或期限的变更,如所附条件的除去或增加,所附期限的延长或提前等。(5)合同担保的变更,如基于当事人的意思表示或者法律的规定,使合同担保消灭或新设等。(6)其他内容的变更,如违约金的变更,选择裁判机构协议的变更,等等。

根据《合同法》及上述分析,合同变更应当具备以下条件:一是合同变更是对已经存在的合同关系的变更。合同变更只是对原有合同关系内容的部分修改和补充。二是合同的变更必须经过当事人协商一致。合同是当事人双方平等协商一致的产物,任何一方未经对方同意,不能擅自变更合同内容。三是合同变更必须遵守法定形式。法律、行政法规规定变更合同应当办理批准、登记等手续的,依照其规定。

关于工程变更,住房和城乡建设部《建设工程工程量清单计价规范》(GB 50500-2013)中定义为:合同工程实施过程中由发包人提出或由承包人提出经发包人批准,合同工程任何一项工作的增、减、取消或施工工艺、顺序、时间的改变;设计图纸的修改;施工条件的改变;招标工程量清单的错漏从而引起合同条件的改变或工程量的增减变化。建设项目由于施工周期较长、专业性较强,施工合同在履行过程中,发生变更是客观的,也是允许的,也并非所有的变更都会构成黑白合同。住房和城乡建设部、国家工商行政管理总局《建设工程施工合同(示范文本)》(GF-2013-0201)在通用条款第十部分,对于通常情况下施工合同产生变更的具体情形进行了列举,主要包括以下情形:(1)增加或减少合同中任何工作,或追加额外的工作;(2)取消合同中任何工作,但转由他人

实施的工作除外;(3)改变合同中任何工作的质量标准或其他特性;(4)改变工程的基线、标高、位置和尺寸;(5)改变工程的时间安排或实施顺序。当然,工程建设中的合同变更不仅仅局限于通用条款部分列举的情形,合同当事人可以根据工程建设实际情况在专用条款部分另行约定变更的情形。

【法官提示9】

工程因设计变更、规划调整或者遇特殊地质情况等客观原因导致工程量扩大或者缩小、质量标准或施工工期发生变化,当事人协商一致签订补充协议、会谈纪要等书面文件对中标合同的实质性内容进行变更和补充的,属于正常的合同变更,应以上述文件作为确定当事人权利义务的依据,修改后的合同可以作为结算工程价款的依据。

3. 黑白合同与合同变更的区分

从合同法理论上讲,合同的变更是法律赋予合同当事人的一项基本权利,是指对合同相关内容进行修改的行为。合同法中也对合同的变更作了明确的规定。合同变更权的行使存在于所有合同的履行过程中,中标合同的履行当然也不例外。因此,如何正确区分合同的变更与规避中标合同的界限,在审理建设工程施工合同纠纷中就显得尤为重要。

对于一些以变更合同之名,行签订“黑白合同”之实的行为,要准确区分。在合同实质性内容之外变更中标合同的,不属于签订“黑白合同”。对于与备案合同不一致的约定,要结合合同履行的具体情况进行认定。比如只是在工程款稍有调整、工期略微变化的情况下,不宜认定为“黑白合同”,否则会导致双方当事人利益失衡的情况。在这个问题上,既要使当事人的合同变更权不受限制和排除,又要防止当事人通过签订“黑白合同”,作为不正当竞争的手段。^①要区分导致合同重大变更的原因,如果在合同履行过程中,因设计变更导致工程量明显增加或减少等影响中标合同的实际履行,承包人与发包人经协商对中标合同的内容进行了相应变更,则即使两份合同在工程价款、工程质量和工程期限方面存在重大差异,也应认定属于正常的合同变更,而不构成本条所称的“实质

^① 最高人民法院民一庭编:《民事审判指导与参考》(总第57辑),人民法院出版社2014年版,第171页。

性不一致”。^①

虽然住房和城乡建设部、国家工商行政管理总局《建设工程施工合同(示范文本)》(GF-2013-0201)在通用条款部分增加了施工合同的变更条款,并规定了市场价格波动引起的调整问题以及基准日期后,法律变化导致承包人在合同履行过程中所需要的费用发生约定以外的增加、减少时的处理,因法律变化造成工期延误的,工期应予以顺延等。但是,应当保证经过经济洽商记录减少后的工程价款不能低于工程成本,缩短后的工期不能违反建设工程施工行业的工艺流程所必需的周期、不能违反建筑工地应当遵循的自然规律。水泥板结存在自然周期,违反自然规律的水泥未完全板结前开始下一个工序抢工期,这种行为必然会降低水泥的设计强度,必然会影响工程质量,违反国家标准甚至国家强制性标准。突破上述底线的,人民法院应当坚决认定当事人另行签订了黑白合同。^②

笔者认为在以下情形下应当允许当事人对中标合同进行变更,并与黑白合同做好区分:

(1)对中标合同中的非实质性内容进行变更。《招标投标法》强调不得订立背离合同实质性内容的其他协议。但对当事人另行订立合同变更非实质性内容并没有限制。因此,当事人对工程价款、工程质量、工程期限三项实质性内容之外的合同内容进行变更的,因为不涉及双方利益的重大调整,对合同履行及工程款结算也不会产生根本性影响,不构成黑白合同,应属于正常范畴的施工合同的变更。

(2)对中标合同实质性内容依法进行变更。虽然法律规定当事人不得订立背离合同实质性内容的其他协议,但并不意味着对中标合同的实质性内容就不能进行任何变更。在施工过程中,因设计变更、建设工程规划指标调整等客观原因,建设单位和施工单位可以变更工期、工程价款等实质性内容,不应认定为《招标投标法》第46条规定的“招标人和中标人再行订立背离合同实质性内容的其他协议”。当然,该种变更应当从证据角度进行判断,对当事人提交的补充协议、会谈纪要、往来函件、签证等书面文件进行严格审核,综合认定,并应把握以下几个原则:

第一,对于工程价款条款的变更,应特别注意中标人的让利承诺以及垫资

^① 最高人民法院民一庭编:《民事审判指导与参考》(总第58辑),人民法院出版社2014年版,第117页。

^② 王林清等:《建设工程合同纠纷裁判思路》,法律出版社2014年版,第79页。

行为。关于这两部分的性质及效力认定,在其他章节已经述及,不再赘述。

第二,对于工程质量条款的变更,如果双方对工程质量标准的约定高于原合同的,笔者认为可以认定变更合法有效,但如果双方降低了对质量的要求,则应认定为无效。

第三,对于工程期限条款的变更,压缩合同工期的补充协议中,既没有写明压缩合同工期的合同依据,也没有写明以编制符合工程安全和工程质量的赶工技术方案或措施为压缩工期的前提条件,更没有对承包人进行赶工措施费用或提前完成工期奖的补偿内容,而仅仅约定了压缩合同工期的时间和逾期竣工的违约责任,则属于非法压缩工期的行为,可能影响建设工程的安全和质量,应属于《建设工程司法解释》第21条规定的实质性变更。

【规范指引】

《全国民事审判工作会议纪要》(2011年10月9日 法办〔2011〕442号)

第二十三条 招标人和中标人另行签订的改变工期、工程价款、工程项目性质等中标结果的约定,应当认定为变更中标合同实质性内容;中标人作出的以明显高于市场价格购买承建房产、无偿建设住房配套设施、让利、向建设方捐款等承诺,亦应认定为变更中标合同的实质性内容。

建设工程开工后,发包方与承包方因设计变更、建设工程规划指标调整等原因,通过补充协议、会谈纪要、往来函件、签证等形式变更工期、工程价款、工程项目性质的,不应认定为变更中标合同的实质性内容。

《浙江省高级人民法院民一庭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》(2012年2月23日 浙法民一〔2012〕3号)

十五、如何认定“黑白合同”?

认定“黑白合同”时所涉的“实质性内容”,主要包括合同中的工程价款、工程质量、工程期限三部分。对施工过程中,因设计变更、建设工程规划指标调整等客观原因,承、发包双方以补充协议、会谈纪要、往来函件、签证等洽商纪录形式,变更工期、工程价款、工程项目性质的书面文件,不应认定为《中华人民共和国招标投标法》第46条规定的“招标人和中标人再行订立背离合同实质性内容的其他协议”。

《广东省高级人民法院关于审理建设工程施工合同纠纷案件若干问题的指导意见》(2011年7月26日 粤高法发〔2011〕37号)

第二条 《建设工程司法解释》第二十一条规定的“实质性内容不一致”主要指的是工程计价标准、工程质量标准等主要条款内容差距较大。建设工程施工过程中,当事人以补充协议等形式约定的正常的工程量增减、设计变更等,一般不认定为“实质性内容不一致”。

(二) 工程未经招投标程序时黑白合同的处理

上述讨论都只涉及经过了招投标程序时对黑白合同的认定问题,包括非强制性招投标项目履行了招投标程序后即属于黑白合同适用对象。但是如果工程未经招投标程序但当事人双方签订了黑白合同的,如何处理?法律以及司法解释对此没有做出规定。根据《招标投标法》第2条的规定,在中华人民共和国境内进行招标投标活动,适用本法。该条并未区分强制性招标项目或者非强制性招标项目,只要履行了招投标程序,即适用该法。但是如果工程系非强制性招标项目,当事人未履行招投标程序的,是否存在黑白合同的适用问题?

案例索引裁判文书



案例索引6

浙江高院(2015)浙民申字第3198号宁波建工与和邦公司建设工程施工合同纠纷民事裁定书

笔者认为,此种情形下,关于双方之间权利义务同样受民法通则、合同法等法律调整,在黑合同与白合同实质性内容不一致的情况下,只可能有一份是当事人真实意思的体现,只有体现当事人真实意思的合同,才可能作为确定当事人权利义务的依据。在确定当事人真实意思的情况下,再看体现了当事人真实意思表示的该合同条款是否存在法律规定的

合同无效的情形,如未构成无效,便应据此判定双方的权利义务,作为结算的依据,而不论该合同是黑合同还是白合同。^①

(三) 让利承诺书性质的认定

建筑领域还存在一类颇有争议的情况,就是让利承诺书。经过招投标程序,中标人(承包人)和发包人签订建设工程施工合同之后,承包人又向发包人出具了让利承诺书,承诺大幅让利。对于让利承诺书的性质和效力,主要存在以下两种不同观点:

第一种观点认为,该类让利承诺书,是在双方经招投标程序并签订建设工程施工合同之后做出,并不违反建筑法、招标投标法的规定,属于双方真实意思表示,符合合同自治原则,也是当前建筑市场的普遍现象,应为有效。

第二种观点认为,双方在签订建设工程施工合同之后,又另行签订让利承诺书,实际上是对合同在工程价款方面的调整,构成对中标价格的实质性背离,属于对合同实质性内容的变更,构成了黑合同,因其违反了招标投标法的强制性规定,该承诺书无效,不产生变更建设工程施工合同的效力。

^① 案例索引6:浙江省高级人民法院(2015)浙民申字第3198号宁波建工与和邦公司建设工程施工合同纠纷民事裁定书。

笔者同意第二种观点。^①理由如下:

1. 中标人在中标合同之外,承诺让利,实际上是在规避招标投标法对招投标的要求,违背了诚实信用原则,是对其他参与竞标者权利的损害。《招标投标法》第5条规定,招标投标活动应当遵循公开、公平、公正和诚实信用的原则。《建筑法》第16条规定,建筑工程发包与承包的招标投标活动,应当遵循公开、公正、平等竞争的原则,择优选择承包单位。可见,如果允许中标人承诺大幅让利,则直接损害了其他投标主体参与竞争的机会和合法权益,并损害了法律规定的招标投标应当遵循的基本原则。

2. 根据上述有关“实质性内容”的认定,让利承诺书本质上属于对工程价款的实质变更,违反了《招标投标法》第46条关于招标人和中标人不得再行订立背离合同实质性内容的其他协议的规定,应属无效,不能产生变更双方当事人在原建设工程施工合同中对有关工程价款的约定。

3. 在合同之外,承诺大幅让利,从发包人的角度,看似工程造价减少了,但实际上承包人出于利润的考虑,是否存在降低工程质量的问题,危害公共安全,让人担忧。从《招标投标法》《建筑法》的立法目的即保护国家利益、社会公共利益和招标投标活动当事人的合法权益,维护建筑市场秩序,保证建筑工程的质量和安,促进建筑业健康发展的角度,应当认定让利承诺书无效。

【法官提示 10】

依据《招标投标法》第46条、《建设工程司法解释》第21条之规定,招标人与中标人按照招标文件和中标人的投标文件订立《建设工程施工合同》后,中标人出具让利承诺书,承诺对承建工程予以大幅让利,实质上是对工程价款的实质性变更,应当认定该承诺无效。同时,中标人作出的以明显高于市场价格购买承建房产、无偿建设住房配套设施、向建设方捐献等承诺,亦应认定为变更中标合同的实质性内容,属于无效。另外,关于非招标投标项目,承包人就非招投标工程承诺予以让利,如无证据证明让利后的工程价款低于施工

案例索引裁判文书



案例索引7

山东高院(2016)鲁
民申460号新世纪公司
与自来水公司等建设工
程施工合同纠纷民事裁
定书

案例索引裁判文书



案例索引8

最高院(2014)民申
字第90号南通六建公司
与华强房地产公司建设
工程施工合同纠纷民事
裁定书

^① 案例索引7:参见山东省高级人民法院(2016)鲁民申460号新世纪公司与自来水公司等建设工程施工合同纠纷民事裁定书。

成本的,可认定该承诺有效,按该承诺结算工程价款。当然,并非任何的让利承诺均发生对工程价款实质性变更,需要结合工程情况、具体让利幅度等予以衡量。^①

典型案例5

鸿顺公司与森泰公司建设工程施工合同纠纷案^②

典型案例裁判文书



典型案例5

山东高院(2015)鲁民一终字第172号鸿顺公司与森泰公司建设工程施工合同纠纷民事判决书

2009年12月14日,某市招标投标中心确定鸿顺公司为森泰公司工程的中标人,向鸿顺公司签发了中标通知书。2009年12月30日,鸿顺公司与森泰公司签订了《建设工程施工合同》。同日,双方又签订《补充协议》,其中约定以工程结算税前总额8%让利发包方。2011年1月15日,双方又签订《变更补充协议》,约定工程税务前造价让利4%。

后鸿顺公司诉至法院,要求森泰公司支付拖欠工程款及违约金。双方对合计让利12%部分产生较大争议。

裁判规则:工程价款属于影响当事人基本权利义务的实质性内容,双方在补充协议中对工程价款作了12%的让利,应当认定为是对备案合同的实质性内容作了重大改变,而非一般的合同内容变更或其他条款的修改,根据《建设工程司法解释》第21条的规定,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,故本案应当以备案的2009年12月30日的施工合同作为结算工程价款的依据。

【规范指引】

《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》(2009年5月4日安徽省高级人民法院审判委员会第16次会议通过)

9. 承包人就招标投标工程承诺对工程价款予以大幅度让利的,属于对工程价款的实质性变更,应认定无效;承包人就非招标投标工程承诺予以让利,如无证据证明让利后的

^① 案例索引8:参见最高人民法院(2014)民申字第90号南通六建公司与华强房地产公司建设工程施工合同纠纷民事裁定书。

^② 参见山东省高级人民法院(2015)鲁民一终字第172号民事判决书。

工程价款低于施工成本,可认定该承诺有效,按该承诺结算工程价款。

三、黑白合同的效力认定

在施工过程中,双方一般会遵照建筑施工领域惯例或者实际履行的合同主张各自权利义务,但如果发生争议,往往出现一方根据中标合同主张权利,另一方主张以实际履行的合同为依据。此时,人民法院应当如何确定双方的权利义务,如何认定合同的效力,如何认定双方之间的工程款结算依据,在实践中尚有困惑。

关于黑白合同的效力,由于《建设工程司法解释》第21条只是规定以白合同作为结算工程价款的依据,并没有对黑白合同的效力作出认定,因此,有观点认为实践当中人民法院不应对合同效力作出认定,也有观点绝对性地认为黑合同无效,白合同有效。笔者以为上述观点均过于绝对化,司法实践中应当根据黑白合同的不同情形加以区分,合理认定有关合同效力。

(一)黑合同签订于白合同之前

建设单位如果在招投标之前就已经与投标人就投标价格、投标方案等实质性内容进行谈判的,即使后面双方履行了招投标程序,签订施工合同并进行了备案登记,也因违反了《招标投标法》第43条有关禁止招标人与投标人在招标之前进行实质性谈判规定内容,导致中标无效,实际上也就是违法招投标了。根据《建设工程司法解释》第1条第3项的规定,中标无效的,则有关施工合同因违反国家法律、行政法规强制性规定而无效。因此,在违法招投标中标无效情形下,不管是经过备案登记的中标合同即所谓白合同,还是在中标合同之前就已经签订的施工合同即黑合同,均属于无效合同。

(二)黑合同签订于白合同之后

经过法定招投标程序,建设单位和施工单位应当自中标通知书发出之日起30日内,按照招标文件和中标人的投标文件订立书面合同,在中标有效的情形下,该书面合同属于合法有效的白合同,之后,双方另行签订的与中标合同实质性内容不一致的则属于黑合同,此时,关于黑合同的效力问题,根据《合同法》第52条的规定,因违反《招标投标法》第46条的强制性规定而无效。

(三)备案与否不是认定合同效力的依据

按照国家规定需要履行项目审批、核准手续的依法必须进行招标的项目,其招标范围、招标方式、招标组织形式应当报项目审批、核准部门审批、核准,招