

观点争鸣

《计量规范》《计价规范》有碍于缔约自由？

——关于将《计量规范》《计价规范》由强制性国家标准修改为推荐性标准的建议

□文/韩刚

《房屋建筑与装饰工程工程量计算规范》(GB 50854—2013)(下称《计量规范》)和《建设工程工程量清单计价规范》(GB 50500—2013)(下称《计价规范》)妨害缔约自由,陷工程发、承包双方及工程造价咨询企业于可能违法之地,必须将其由强制性国家标准修改为推荐性标准。

《计量规范》和《计价规范》的法律性质和效力

《中华人民共和国标准化法》(2017修订)(下称《标准化法》)第二条规定,标准包括国家标准、行业标准、地方标准和团体标准、企业标准。国家标准分为强制性标准、推荐性标准,行业标准、地方标准是推荐性标准。

《建设部工程建设国家标准管理办法》第二十九条规定,国家标准的编号由国家标准代号、发布标准的顺序号和发布标准的年号组成,并应当符合下列统一格式:(一)强制性国家标准的编号为:GB 50 * * * — * * * ;(二)推荐性国家标准的编号为:GB/T 50 * * * — * *

*。其中:GB为强制性国家标准的代号,GB/T为推荐性国家标准的代号,50 * * * 为发布标准的顺序号,* * 为发布标准的年号。

根据上述法律、部门规章和两个规范的国家标准代号判断,《计量规范》和《计价规范》的法律性质应为强制性国家标准。

根据《标准化法》第二条规定,强制性标准必须执行。因《计量规范》和《计价规范》属于强制性国家标准,故必须执行。

《计价规范》第3.1.2条和关于强制性条文内容的规定涉嫌违反《标准化法》第二条文的规定

有观点认为,根据《计价规范》第3.1.2条:“非国有资金投资的建设工程,宜采用工程量清单计价。”的规定,非国有资金投资的建设工程计价规则可以不适用《计价规范》。

还有观点认为,根据《计价规范》前言中:“本规范中以黑体字标志的条文为强制性条文,必须严格执行。”的规定,黑

体字强制条文必须执行,非黑体字的一般条文可以不执行。

既然《标准化法》第二条已经明确规定,强制性标准必须执行,且《标准化法》没有进一步就强制性标准的条文予以分类。则无论是《计价规范》自身还是其他任何部门规章或规范性文件,都必须在上位法规定的前提下设立。任何违反《标准化法》第二条内容的部门规章、规范性文件或强制性国家标准均会因“上位法优于下位法”的法律规定而涉嫌无效;对于违反《标准化法》第二条的部门规章、规范性文件或强制性国家标准,有关机关均有权依法予以改变或者撤销。

《计量规范》和《计价规范》严重妨害房屋建筑与装饰工程施工合同当事人的缔约自由

《计量规范》第1.0.3条规定:“房屋建筑与装饰工程计价,必须按本规范规定的工程量计算规则进行工程计量。”《计量规范》条文说明第1.0.3条规定:“本条为强制性条文,无论是国有资金投资还

是非国有资金投资的工程建设项目,其工程计量必须执行本规范。”。

《计量规范》第4.2.1条规定:“工程量清单应根据附录规定的项目编码、项目名称、项目特征、计量单位和工程量计算规则进行编制。”第4.2.2条至4.2.6条对工程量清单的编制要件进行了相应的规定。从上述规定看,《计量规范》是工程量清单模式下的工程量计量规范,虽《计量规范》名为《房屋建筑与装饰工程工程量计算规范》,但并不是一种独立于清单模式和定额模式之外的工程量计算规范,实为工程量清单的工程量计算规范。

同时,根据《计价规范》第3.1.4条规定:“工程量清单应采用综合单价计价。”第2.0.8条规定:“综合单价是完成一个规定清单项目所需的人工费、材料和工程设备费、施工机具使用费和企业管理费、利润以及一定范围内的风险费用。”即按此逻辑,无论是国有资金投资还是非国有资金投资的房屋建筑与装饰工程建设项目,工程计量必须采用《计

量规范》,因《计量规范》是采用工程量清单模式,工程量清单必须采用综合单价计价,即必须应用《计价规范》的规则计价。此种规定直接将《计价规范》第3.1.2条:“非国有资金投资的建设工程,宜采用工程量清单计价。”的规定架空。即无论国有资金投资还是非国有资金投资的房屋建筑与装饰工程建设项目,只能应用《计量规范》和《计价规范》进行工程计价。

《中华人民共和国合同法》第四条规定,当事人依法享有自愿订立合同的权利,任何单位和个人不得非法干预。该条款赋予缔约合同当事人自愿订立合同的权利,且并无法律和行政法规对房屋建筑与装饰工程施工合同中的工程计量和计价方式进行法定约束,当事人可以自由选择工程的计量和计价规则,如定额计价、平方米包干计价等。对于房屋建筑与装饰工程施工合同中应选用何种工程计量和计价规则是当事人的合法权利,应由当事人自愿协商,任何单位与个人都不能干预。作为强制性国家标准的两规范,限定

缔约当事人只能使用工程量清单模式下的计量和计价规则,严重妨害了房屋建筑与装饰工程施工合同当事人在缔约过程中自主约定计量、计价规则的自由。

《计价规范》除了在工程量计价规则方面进行了规定,还在招标控制价、投标报价、合同价款约定、合同价款调整、合同价款期中支付、竣工结算与支付、合同解除的价款结算与支付、合同价款的争议解决、工程计价资料与档案等多角度、大范围对计价规则以外应由合同约定的事项进行了规定,这些内容进一步对房屋建筑与装饰工程施工合同当事人的缔约自由进行了限制。

如:《计价规范》第1.0.2条规定:“本规范适用于建设工程发承包及实施阶段的计价活动。”第3.1.3条规定:“不采用工程量清单计价的建设工程,应执行本规范除工程量清单等专门性规定外的其他规定。”第10.1.2条规定:“包工包料工程的预付款的支付比例不得低于签约合同价(扣除暂列金额)的10%,不宜高于签约合同价(扣除暂列金额)的30%。”从上述《计价规范》的规定不难看出,其除规范工程量清单等专门性问题外,还对工程发承包、实施过程中的合同条款进行了规定。因《计价规范》强制性国家标准的性质,对于《计价规范》中非计价规则部分内容,发、承包双方也必须执行,如果不执行就违反了《标准化法》第二条的规定。预付款的比例要限定、付款程序要限定、竣工结算要限定,当事人的大部分合同条款似乎已被《计价规范》规定好,房屋建筑与装饰工程施工合同当事人的缔约自由在哪里?

《计量规范》和《计价规范》陷工程发、承包双方及工程造价咨询企业于可能的违法之地

房屋建筑与装饰工程施工合同实务中,发、承包双方采用定额计价方式的比比皆是,如上所述,采用定额计价则违反了《计量规范》和《计价规范》的清单计价规则的强制性国家标准,直接违反了《标准化法》关于强制性国家标准必须执行的规定。更不用提房屋建筑与装饰工程施工合同中的价款调整条款、期中支付条款、竣工结算与支付条款、合同解除的价款结算与支付条款违反《计价规范》中的相关规定。房屋建筑与装饰工程施工合同发、承包双方本身依据行业惯例或双方意愿按定额计价或其他方式计价或约定没有预付款等,这依法本属合同双方的缔约自由,但按《标准化法》《计量规范》和《计价规范》的规定,他们可能已经违法,这对合法经营的企业来说是不可承受之重。

同样,对于工程造价咨询企业来说,他们按着不同房屋建筑与装饰工程客户的不同计量、计价规则为客户提供工程造价咨询服务,其中,很多工程计量和计价规则并不符合《计量规范》和《计价规范》的规定。首先,按《标准化法》强制性标准必须执行的规定,对于房屋建筑与装饰工程,工程造价咨询企业若没有执行《计量规范》和《计价规范》两部强制性国家标准,则违反了《标准化法》第二条的规定;其次,《标准化法》第二十五条规定:“不符合强制性国家标准的服务,不得提供。”若工程造价咨询企业按此法条规定执行,则必将失去大量不采用《计量规范》和《计价规范》规则的业务;若工程造价咨询企业不按此法条规定执行,提供不符合《计量规范》和《计价规范》规则的业务,则工程造价咨询企业违反《标准化法》第二条的规定;最后,依据《标准化法》第三十六条规定:“提供服务不符合强制性标准,依法承担民事责任。”若依据上述规定,现在在为房屋建筑与装饰工程客户提供定额计价服务的工程造价咨询企业,因其提供的服务不符合《计量规范》和《计价规范》规则,则可能因违反《标准化法》的相关规定,面临承担民事责任的风险。

必须将《计量规范》和《计价规范》由强制性国家标准修改为推荐性标准

从法律适用和房屋建筑与装饰工程计价实务角度看,《计量规范》和《计价规范》既存在妨害缔约自由,又存在陷工程发、承包双方及工程造价咨询企业于可能违法之地的风险,主要原因是《计量规范》和《计价规范》均为强制性国家标准。缔约自由是《中华人民共和国合同法》赋予缔约双方的法定权利,故在强制性国家标准的前提下,无论怎样修改两部规范的内容,都会与缔约自由相冲突。因国家鼓励采用推荐性标准,而推荐性标准无须必须执行,故唯有将《计量规范》和《计价规范》由强制性国家标准修改为推荐性标准,才能避免干涉缔约自由、避免发、承包双方和造价咨询企业可能违法的问题发生,故强烈建议两部规范的修订单位将《计量规范》和《计价规范》由强制性国家标准修改为推荐性标准。

(作者单位 北京市浩天信和律师事务所上海分所)

建领城达律师事务所《施工合同司法解释(二)》解读专栏

约定以财政评审报告作为结算依据后,司法鉴定申请还会被准许吗?

□文/李瑞升 王静元 周吉高

政府投资项目中,项目业主常与投资人约定进行财政评审,并以评审金额作为确定项目投资总额、工程结算金额等款项的依据,但因财政评审由财政部门主导进行,投资人对财政评审结论提出质疑的情形时有发生,此时,是否会因《施工合同司法解释(二)》第13条导致投资人不能再否定财政评审结论并申请鉴定,是定纷止争的关键问题,也是本文重点分析的对象。

财政评审的性质及效力

(一)财政评审的性质。根据《财政投资评审管理规定》(财建[2009]648号)第2条第1款,财政投资评审(即本文“财政评审”)是财政部门通过对财政性资金投资项目预(概)算和竣工决(结)算进行评价与审查,对财政性资金投资项目资金、财政专项资金使用情况进行专项核查及追踪问效的制度。因此,财政评审是财政性资金投资项目中,财政部门对项目资金使用情况进行行政监督、行使财政职能的行政行为。

(二)财政评审的效力。作为行政行为,财政评审的效力首先表现在行政层面。根据《财政投资评审管理规定》第6条第7项、第7条第5项、第9条第4项、第12条,财政部门对评审意见的批复和处理决定,是调整项目预算、掌握项目建设资金拨付进度、办理工程价款结算、竣工财务决算等事项的依据之一;送审单位(即项目业主)应当根据该批复和处理决定执行和整改;送审单位拒不配合或阻挠财政评审工作的,财政部门有权暂缓下达项目财政性资金预算或暂停拨付财政性资金。

除此之外,财政评审的效力还可能表现在对投资人的约束力——即财政评审的民事效力。对此,我们认为财政评审原则上并不约束投资人,除非当事人达成了认可并愿受财政评审结论约束的特别合意。

第一,根据《审理建设工程施工合同纠纷案件中如何认定财政评审中心出具的审核结论问题的答复》([2008]民一他字第4号),最高法院明确表示“财政部门对财政投资的评定审核是国家对建设单位基本建设资金的监督管理,不影响建设单位与承建单位的合同效力及履行。但是,建设合同中明确约定以财政投资的审核结论作为结算依据的,审核结论应当作为结算的依据。”

第二,根据2011年《全国民事审判工作会议纪要》第4条第1项,最高法院认为:“依法有效地建设工程施工合同,双方当事人均应依约履行。除合同另有约定,当事人请求以审计机关作出的审计报告、财政评审机构作出的评审结论作为工程价款结算依据的,一般不予支持。”

第三,江苏高院、广东高院、四川高院等发布的指导意见均明确指出,财政评审结论原则上不作为工程结算依据,但当事人在合同中明确约定以财政评审结论作为结算依据的除外。

第四,在长春工业大学与吉林建工集团有限公司建设工程施工合同纠纷抗诉案中,最高法院认为:财政部门的审查结论只是其行使国家财政资金管理职能的依据,不是当事人结算的法定依据,工程价款的结算应依当事人间合法



主 编：孙贤程
本报建设法律
咨询服务工作室
联系电话:021-63212799
传 真:021-63210873
地 址:上海营口路588号18楼
邮 编:200433
E-mail:sunxiancheng@sina.com
联系人:孙贤程
手机:13817068164

约定而确定;在(2016)辽02民终1302号案件中,法院认为:政府财政审核部门出具的工程相关经费的审定表是政府相关部门对政府工程建设单位基本建设资金的监督管理,不影响双方当事人之间的合同效力以及履行;在某大学与深圳市某公司关于建设工程合同纠纷案中,广州仲裁委员会认为:财政部门的评定审核结果不能直接作为工程的结算依据,但双方以明确的意思表示(合同明确约定或合同虽无约定但双方事后确认)同意财政评审结果作为结算依据的除外。

第五,基于财政评审与审计在性质、形式、作用等方面的实质相似性,类推适用与审计报告民事效力相关的司法解释、全国人大法工委文件,可以得出同样

的结论:

首先,根据《关于建设工程承包合同案件中双方当事人已确认的工程决算价款与审计部门审计的工程决算价款不一致时如何适用法律问题的电话答复意见》,最高法院认为:“审计是国家对建设单位的一种行政监督,不影响建设单位与承建单位的合同效力。建设工程承包合同案件应以当事人的约定作为法院判决的依据。只有在合同明确约定以审计结论作为结算依据或者合同约定不明确、合同约定无效的情况下,才能将审计结论作为判决的依据。”

其次,根据全国人大法工委《关于对地方性法规中以审计结果作为政府投资

建设项目竣工结算依据有关规定提出的审查建议的复函》,“地方性法规中直接以审计结果作为竣工结算依据和应当在招标文件中载明或者在合同中约定以审计结果作为竣工结算依据的规定,限制了民事权利,超越了地方立法权限,应当予以纠正。”

因此,根据上述司法解释、会议纪要、高院的指导意见、案例及全国人大工委文件,我们认为财政评审原则上不具有民事效力,不约束送审单位(即项目业主)以外的民事主体(包括政府投资项目中的投资人)。仅在当事人明确约定以财政评审结论为结算依据时,才能将财政评审结论作为确定项目投资总额、工程结算金额等款项的依据。(未完待续)

企业应高度重视工期顺延申请的形式与程序

——深圳一施工单位承包2.4亿元工程因工期拖延被法院判决承担违约金5430万元的启示

□文/顾东林

2012年6月1日,深圳某房地产公司通过签署工程联系函的方式给予某建筑公司60天的顺延工期。但因工程系挂靠施工,某建筑公司管理不力,施工组织混乱,导致工期严重拖延。2015年1月23日,某建筑公司出具《承诺书》,承诺于2015年4月10日前完成施工总承包合同及其相关协议约定的全部施工工程,并达到竣工验收标准。但工程直至2016年10月20日取得《建筑工程竣工验收报告》,2016年10月24日取得《深圳市房屋建筑工程项目竣工验收备案收文回执》。

2017年8月30日,双方共同委托的鉴定机构出具鉴定意见书,鉴定某建筑公司所完成工程造价为24531.43万元。

深圳某房地产公司与购房业主签订的《深圳市房地产买卖合同(预售)》约定,深圳某房地产公司最迟应于2016年9月30日向购房业主交付房屋,逾期一日应按已付房款的万分之三支付违约金。因施工工期拖延,房屋迟延交付,深圳某房地产公司被法院判决向购房业主支付逾期交房违约金总额为91646.44万元并执行完毕。

2018年1月8日,深圳某房地产公司(原告)向法院提起诉讼,请求判决某建

筑公司(被告)支付延误工期(2013年8月12日至2016年9月30日)违约金5430万元。某建筑公司提出反诉,请求判决深圳某房地产公司向某建筑公司支付拖欠的工程款37307971.96元。向某建筑公司支付因其工期延误造成的损失50101430.41元。

法院判决

法院经审理认为:合同约定涉案工程工期自2012年4月12日起至2013年8月11日,共486日历天,被告应在2013年8月11日完工。被告反诉称因原告下发停工令、设计变更、另行发包部分施工影响,原告未及时取得通水通电许可等不可归责于被告的原因导致大量的工期延误,原告应承担工期延误给被告造成的损失。本院认为,合同条件第23条工期的延长约定,当工程进度被阻延,或预计会被阻延,总承包方须在14天内以书面通知发包方实际情形及延误原因;若总承包方未在14天内以书面通知发包方实际情形及延误原因,则视为总承包方放弃了要求延长工期的权利。《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(二)》第六条第二款规定,当事人约定承包人未在约定期限

内提出工期顺延申请视为工期不顺延的,按照约定处理,但发包人在约定期限后同意工期顺延或者承包人提出合理抗辩的除外。本案中,双方于庭审中确认原告同意被告顺延工期的内容为60天,被告虽主张要求顺延工期的内容均有相应的函或会议纪要载明,但未提交证据证明按照合同约定书面通知原告,被告反诉要求原告支付工期延误造成的损失50101430.41元,没有合同依据,本院不予支持。按照约定,被告应在2013年10月10日完工,涉案工程实际于2016年10月20日取得《建筑工程竣工验收报告》,被告应根据合同约定赔偿工期延误给原告造成的损失。原告以与案外人签订的商品房预售合同中约定的最迟交房时间即2016年9月30日为分界点,要求被告按照每日5万元的标准支付2016年9月30日前延误工期给原告造成的损失,具有合同依据,本院予以支持。因此,被告应赔偿延误工期(自2013年10月11日至2016年9月30日,共1086天)给原告造成的损失5430万元(1086天×5万元/天)。

2017年8月30日,造价咨询公司出具《工程造价鉴定意见书》,鉴定造价为245314261.87元。双方确认的5号楼AB

单元局部拆除及收口120万元未纳入造价咨询公司出具的《工程结算汇总表》。因此,245314261.87元的鉴定造价中不包含该120万元,因此原告未付被告工程款为19300075.7元(245314261.87元+120万元-244584186.17元)。涉案工程保修期两年,现已满足付款条件,原告应向被告支付全部剩余工程款19300075.7元。

2019年7月8日,法院判决:一、某建筑公司自本判决生效之日起五日内赔偿深圳某房地产公司延误工期(自2013年10月11日至2016年9月30日,共1086天)给其造成的损失5430万元;二、深圳某房地产公司自本判决生效之日起五日内支付某建筑公司工程款19300075.7元;三、驳回深圳某房地产公司的其他诉讼请求;四、驳回某建筑公司的其他反诉请求。

律师简析

(一)施工企业应树立守约意识,做到按约如期完工。同时,施工企业要避免挂靠,否则会给企业带来不可估量损失。(二)施工企业要重视工期顺延申请的形式与程序,逾期不申请视为放弃权利。(三)施工企业要认真研究建设工程司法解释二的新规定,适应新变化。