

新规出台, 建筑业企业喜忧各不相同

——解读《保障中小企业款项支付条例》对建筑业企业带来的深层次影响

□曹珊 王洋 高攀

2020年7月5日, 国务院总理李克强签署第728号国务院令, 并于7月14日正式公布了《保障中小企业款项支付条例》(下称《条例》), 《条例》紧紧围绕保护中小企业合法权益、强化机关、事业单位和大型企业诚实守信、优化营商环境作出规范, 切实增强中小企业获得感。《条例》自2020年9月1日起施行, 自此, 中小企业款项支付在行政法规层面有了更为具体的保障和规制。

根据国家统计局的数据显示, 早在2018年全国各种类型建筑业法人单位就已经超过120多万家, 其中有施工活动的具有建筑业企业资质的总承包和专业承包建筑业企业达到9.5万多家。同时, 这120多万家建筑企业在2018年完成的总产值超过23万亿, 建筑业增加值达到6.2万亿, 仅行业增加值对当年GDP的贡献率就达到8.2%, 建筑业对中国经济重要性不言而喻。但是建筑业又是一个鱼龙混杂、泥沙俱下的行业, 既有站在金字塔顶端的世界五百强央企建筑施工企业, 也有在中底层作为支撑的各类中小建筑企业。然而推动中国建筑业的前进既离不开央企巨鳄, 更离不开在中底层的中小建筑企业。与此同时, 建筑业行业范围内企业与企业间、企业与企业间的支付行为频次高、数额大, 《条例》的出台一定程度上能够规范和改善行业内的支付行为, 尤其是对中小建筑企业支付保障的提升不容小觑。但是喜忧有忧, 无论是对于中小建筑企业而言, 还是对大型承包企业来说, 《条例》所产生的深层次影响都是复杂的、多样的, 而且不同建筑企业的喜忧也各不相同。下面就将结合建筑行业经验和司法实践, 围绕《条例》出台的背景、核心要点, 以及最重要的对建筑业企业的深层次影响三个角度做进一步的观察和解读。

《条例》出台的背景

一方面, 《条例》的出台并非一蹴而就, 是对国家保护中小企业发展这一原则的贯彻和落实; 另一方面, 《条例》的出台也有着一定的现实背景, 后新冠疫情时代, 全球的疫情形势仍不明朗, 甚至在一些国家和地区已经隐隐出现“逆全球化”的现象, 而中小企业对于我国经济发展和就业稳定的影响又是实实在在的, 如何在这些纷繁复杂的现实背景下, 重启中小企业的活力就显得十分重要。

保护中小企业发展——以贯之的重要原则

早在2012年4月, 国务院《关于进一步支持小型微型企业健康发展的意见》(国发[2012]14号)中就提出, 要求研究制定防止大企业长期拖欠小型微型企业资金的政策措施。2017年9月1日, 中华人民共和国第十二届全国人民代表大会常务委员第二十九次会议上修订的《中华人民共和国中小企业促进法》(《中华人民共和国主席令第七十四号》, 下称《中小企业促进法》)对中小企业的支付保障进行了明确的法律规定: “国家机关、事业单位和大型企业不得违约拖欠中小企业的货物、工程、服务款项。中小企业有权要求拖欠方支付拖欠款并要求对拖欠造成的损失进行赔偿。”该法也系本《条例》的上位法基础。2019年4月7日, 中共中央办公厅与国务院办公厅共同印发的《关于促进中小企业健康发展的指导意见》再次提到, 党中央、国务院高度重视中小企业发展, 在财税金融、营商环境、公共服务等方面出台一系列政策措施,

取得积极成效。由此可见, 《条例》的出台并非一蹴而就, 其本身就有着深厚的法律积淀, 也是国家对保护中小企业发展这一重要原则一以贯之的有效实践。

新冠疫情下中小企业亟需“强心剂”重启自身活力

根据中国中小企业协会于2020年4月6日发布的一季度中小企业发展指数显示, 受疫情影响, 2020年第一季度中小企业发展指数(SMED1)仅为82.0, 较上季度大幅下降10.7点, 创指数发布十年来季度最低值。其中, 在8个分行业指数中, 建筑业行业下降最为明显, 从97下降至85.4, 比上季度下降了11.6点。而作为我国社会主义市场经济中最活跃的个体, 中小企业对于经济发展和就业稳定都有着不小的影响。在当前全球疫情仍不明朗的情形下, 中小企业亟需一阵“强心剂”来重启自身的活力, 《条例》的适时印发想必也有这方面的考虑。

《条例》的核心要点

《条例》共计29条, 围绕适用范围、支付主体的义务、投诉处理制度、监督管理措施和法律责任五个核心要点, 为中小企业款项支付构建起全面的保障体系。

适用范围

1. 适用主体
《条例》第二条、第六条和第二十八条对《条例》所规制的支付主体和获得支付主体做了明确, 其中支付主体涵盖了机关、事业单位、大型企业、部分或者全部适用财政资金的团体组织, 而获得支付主体则是复杂的、多样的, 而且不同建筑企业的喜忧也各不相同。下面就将结合建筑行业经验和司法实践, 围绕《条例》出台的背景、核心要点, 以及最重要的对建筑业企业的深层次影响三个角度做进一步的观察和解读。

2. 适用情形
除了支付主体, 对于支付情形《条例》亦有明确, 即限于上述两主体因货物、工程、服务而产生商事交易行为的情形。值得注意的是, 《条例》对于中小企业之间的支付并没有做出相应的规制, 重点关注在商事活动中可能存在不平等地位的主体间支付行为的规范。

支付主体的义务

对于支付主体的义务, 可以用“五个应当”和“六个不得”进行概括。

1. 五个应当

一是应当及时支付款项。《条例》第八条对不同意付款主体的支付期限提出了相应的要求。其中机关、事业单位作为采购主体的, 需要在相应采购产品或服务交付期30日内完成支付, 并且即便合同另有约定, 付款期限也不能超过60日。而大型企业作为采购主体的, 则需要按照行业规范、交易习惯合理约定付款期限并及时支付款项。
二是应当支持中小企业进行应收账款担保融资。《条例》第十四条明确了中小企业如果以应收账款进行担保融资的, 支付主体需要在请求提出后30日内确认债权债务关系。

三是应当支付逾期付款利息。《条例》第十五条明确了支付主体如果存在迟延履行行为的, 应当支付逾期利息。并且有关逾期利息的约定最低不得低于合

同订立时1年期贷款市场报价利率, 而且没有约定的直接规定按照日利率万分之五计息。

四是应当及时公示逾期未付款信息。《条例》第十六条明确了支付主体需要就上年度逾期未支付中小企业款项的合同数量和金额进行公示, 其中机关、事业单位需要在网站、报刊等公共平台公开, 大型企业则需要将其纳入企业年度报告并通过企业信用信息公示系统进行公示。

五是应当及时进行保证金核算。《条例》的十二条明确了保证金期限届满后, 支付主体应当及时收取的保证金进行核实和结算。

2. 六个不得
一是不得设置不合理交易条件。《条例》第六条规定支付主体不得设置不合理的付款期限、条件和违约责任等交易条件。

二是不得无/超预算采购、垫资建设。《条例》的第七条特别针对机关、事业单位, 要求不得无预算、超预算开展采购, 同时强调调拨政府投资项目不得垫资施工。

三是不得强制要求以审计机关的审计结果作为结算依据。《条例》的第十一条对于机关、事业单位和大型国有企业强制要求以审计机关作为结算依据的行为进行了制止, 但是也留了口子, 即“合同另有约定或法律、行政法规另有规定的除外”。

四是不得扩大保证金收取范围与只接受现金担保。《条例》第十二条明确了工程建设中除了投标、履约、工程质量和农民工工资保证金外, 支付主体不得收取其他保证金, 且不得将保证金限定为现金。

五是不得以非正当理由拖延付款。《条例》第十条明确了支付主体不得强制要求中小企业接受商业汇票等非现金方式付款, 并以此拖延付款期限。同时, 《条例》第十三条明确支付主体不得以法定代表人或负责人变更、履行内部付款流程等非正当理由由拖延付款。

六是不得打击报复。《条例》明确了逾期支付的投诉平台, 并在第十八条明确了被投诉的支付主体及其工作人员不得对投诉人进行打击、报复。

当然, 除了支付主体的义务外, 《条例》也对获得支付主体及中小企业的义务做了一定程度的明确, 比如应当按约提供合格的货物、工程和服务, 以及在

和支付主体订立合同时主动告知自身属于中小企业。

投诉处理制度

《条例》通过第十六条到第十九条的规定, 对因违反条例中相关规定后受理投诉的部门和原则进行明确, 初步构建起了完备的投诉处理制度。《条例》明确要求省级以上人民政府应当确定专门机构负责统一受理本行政区域内相关投诉, 并确立了“属地管理、分级负责, 谁主管谁负责”的原则。

监督管理举措

除了被动的投诉处理, 《条例》还在第二十条到第二十四条中明晰了主动监督管理的举措, 依次对审计监督、监督检查、发展环境评估、营商环境评价、规模类型认定、法律服务方式、舆论监督等问题的实施主体、实施方式、实施内容进行了明确, 设立了完善的监督管理措施。

法律责任

在《条例》的第二十五条到第二十七条中, 对各支付主体违反规定的法律责任进行了明确。对于机关、事业单位、大型国有企业违反规定的, 由其上级机关或主管部门责令改正, 拒不改正的, 对其直接负责人依法予以处分; 对于大型企业违反规定的, 由市场监督管理部门依法进行处理。

《条例》对建筑业企业带来的深层次影响

通过前面的归纳和总结不难发现, 《条例》对机关、事业单位和大型企业在与中小企业形成相应合同关系时, 设立了较为具体且严苛的支付要求。建筑业作为中小企业需求量为庞大的行业, 在中小企业的款项支付问题上更为复杂、多变, 《条例》的出台势必会对相关大型承包企业、中小建筑企业带来深远影响, 且这种影响是复杂的、多样的。如果用“喜”或“忧”来对各方的影响定个基调的话, 那么对中小建筑企业而言应是喜大于忧, 而对大型承包企业来说则为忧多于喜。

中小建筑企业——喜大于忧

1. 喜的是未来支付条件的改善肉眼可见

在市场经济中, 商事交易主体地位不平衡的现象较为普遍, 在建筑行业, 此类现象尤为明显, 如在大型承包企业与中小建筑企业订立的货物、工程、服务合同中, 多会通过分期付款、长期限支付、非现金支付、“背靠背”支付等不合理

条款对中小建筑企业的应收账款进行拖欠。对中小建筑企业来说, 获取交易机会已十分不易, 在合同谈判、风险抵御方面更是处于弱势地位。《条例》的出台针对性的解决了上述问题, 为中小建筑企业及时获付工程款、材料款、顺利完成应收账款担保融资等方面提供了有力保障, 未来参与项目支付条件的改善可以说是肉眼可见。

2. 忧的是后续交易机会的增加略显飘忽

虽然后续参与项目的支付条件将会得到改善, 但从另外一个角度来看, 中小企业在获得权利保障的同时, 亦可能会因此而受到大型承包企业的排斥, 在获取交易机会方面也会遇到新挑战。而且中小建筑企业在适用《条例》有利条款的同时, 亦需规范自身合同义务的履行, 根据《中小企业促进法》第四条以及《条例》第六条第二款的规定, 中小建筑企业在提供相关服务时, 应当依法经营, 诚实守信, 按照合同约定提供合格的货物、工程。

3. 更深层次上对合同效力的影响值得关注

根据《条例》规定, 其在第六条、第八条、第十条、第十一条、第十二条、第十三条均对大型承包企业在账款支付方面作出了较为明确的禁止性强制性规定, 如: 不得要求中小建筑企业接受不合理的支付条件、机关或事业单位的付款期限最长不得超过60日、不得强制中小建筑企业接受商业汇票等非现金支付方式、不得强制要求以审计机关的审计结果作为结算依据、不得将保证金限定为现金形式等。

对于已经订立的合同或已在履行过程中的项目, 合同条款中若存在违反上述禁止性强制性规定的条款, 是否会因为违反《合同法》第五十二条第五项规定的效力强制性规定而导致条款无效, 可能成为未来产生争议时的焦点问题。结合司法实践, 目前法院对效力强制性规定的识别仍以严格适用为原则, 根据最高人民法院《全国法院民商事审判工作会议纪要》(下称《九民纪要》)第30条的规定: “人民法院在审理合同纠纷案件时, 要依据《民法总则》第153条第1款和合同法司法解释(二)第14条的规定慎重判断‘强制性规定’的性质, 下列强制性规定, 应当认定为‘效力强制性规定’; 强制性规定涉及金融安全、市场秩序、国家宏观政策等公序良俗的; 交易标的禁止买卖的, 如禁止人体器官、毒品、枪支等买卖; 违反特许经营规定的, 如场外配资合同; 交易方式严重违法的, 如违反招投标等竞争性缔约方式订立的合同; 交易场所违法的, 如在批准的交易场所之外进行期货交易。关于经营范围、交易时间、交易数量等行政管理性质的强制性规定, 一般应当认定为‘管理性强制性规定’。”结合《条例》的规定, 其中多为对支付时间、支付方式的强制性要求。因此, 在争议解决过程中, 若中小建筑企业一方承担主合同条款违反《条例》的强制性规定而无效的请求, 存在不被法院支持的可能。

另一方面, 从《合同法》基本原则出发, 大型承包企业在于中小建筑企业达成一致意见签订施工合同后, 一方当事人再通过主张合同条款违反相应规定而无效的行为, 也有违诚实信用原则。即便合同相对方系机关或事业单位, 但其在

相应施工合同、采购合同中的主体资格亦应属民事主体, 而非行政主体, 作为平等的民事商事主体, 双方应同样遵守合同自由原则以及诚实信用原则。司法部、工业和信息化部负责人就《条例》答记者问中也提到, 《条例》尊重市场主体意思自治和合同自由, 避免因行政手段不当干预经济活动。且最高人民法院在《九民纪要》以及司法判例中也多次强调, 不能使不诚信的当事人因合同不成立、无效或者被撤销而获益。

大型承包企业——忧多于喜

1. 忧的是未来项目资金压力的增大毋庸置疑

《条例》对大型承包企业的支付行为进行了多方面、多层次且较为严苛的限制, 结合2020年1月7日国务院发布的《保障农民工工资支付条例》的规定, 大型承包企业在承揽施工总承包或工程总承包项目时, 对其下一合同层级的专业分包商、劳务分包商、材料供应商等中小建筑企业的支付资金压力陡升。

2. 喜的是后续项目管理的能力有望更上一个台阶

一直以来, 大型承包企业的项目管理都是企业内部比较头疼的一个话题, 大型承包企业在项目管理上所投入的精力不可谓不多, 但是从真正意义上能够协调处理好与各分包商、材料供应商等处于行业中下游的中小企业的关系的屈指可数。企业在进行大型项目的管理时, 更多的依仗自身的优势地位和行业中小下游的中小企业进行合作, 各类纠纷时有发生。《条例》的出台, 实际上也是在倒逼大型承包商花费更多力气去进行项目管理, 并且围绕支付这一核心问题进一步完善自己的管理体系。从一定程度上来说, 《条例》为大型承包企业提升自身的项目管理能力提供了决心支持和方向指引。

3. 更深层次层面上指定分包带来的风险需要认清

《条例》实施后, 建筑业常见的指定分包情形亦会对大型承包企业带来更多风险。指定分包简单来说是指由建设单位指定, 由承包单位与相应指定单位签订分包合同, 并由总承包单位负责向分包单位支付工程款的情形。根据上文所述, 《条例》严格遵循合同相对性原则, 即对中小建筑企业履行严格支付义务的主体仅限于与其形成合同关系的总承包单位。因此, 在《条例》施行后, 大型承包企业在与建设单位就指定分包部分的工程款支付方式进行谈判时, 需要在总承包合同中进行一以贯之的明确, 防止总承包企业对上、对下权利义务的不对等, 导致其承担更多风险。

中小企业是建设现代化经济体系、实现经济高质量发展的重要基础, 是扩大就业、改善民生的重要支撑。根据工信部统计信息显示, 截至2018年底, 我国中小企业的数量就已经超过了3000万家, 占整体国家企业数量的99%。《条例》的出台为长期处于弱势地位的中小企业增强了发展信心, 也势必为我国建筑业产生重大而深远的影响。但建筑业各主体在适用具体条款时, 应注意正确、适当地把握条文内涵, 顺应《条例》出台目的, 为促进建筑业健康持续发展共同作出努力。也只有这样, 中小建筑企业和大型承包企业才能化忧为喜, 最终创造出双赢的局面。(作者单位: 上海市建纬律师事务所)

建筑法苑

主编: 何梦吉 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: 上海曹路路588号18楼
 邮编: 200433
 E-mail: sunxiancheng@sina.com
 联系人: 何梦吉 孙贤程
 手机: 18616259529 13817068164

不可调价监理合同如何突破的探讨

□张涛 廖真

固定总价包干费用, 投标人报价时应充分考虑工程设计变更和工期延长的相关风险因素, 招标人不再就上述内容另作签证作为增加本工程费用的依据。”

2009年12月12日, 贝特公司发出《投标函》, 载明: “若我方中标, 我方同意按照所填报的监理服务费不因工程的工期延长、投资额增减等任何变更而调整。”2009年12月24日, 贝特公司中标, 随后双方于2010年1月5日签订了《佛山市南海区博物馆建设工程委托监理合同》, 再次就上述固定总价包干条款进行了明确约定。

涉案工程于2010年4月25日开工, 完工时间为2014年12月(其中存在暂停施工之情形), 实际投入时间为2013年12月18日, 最终案涉项目监理工期为56个月, 实际投资额超过20000万元。贝特公司在工程完工后向法院起诉, 主张认为: 案涉项目存在延期和增加工程量的事实, 南海博物馆应支付贝特公司案涉工程延期和工程量增加部分对应的监理费用。南海博物馆主要观点认为双方签订的是不可调价的监理合同, 建设工程项目专业性较强, 贝特公司作为建设工程项目的监理单位较之一般施工单位应具有更高的专业水平及判断、分析、统筹等与监理工作开展的职业能力, 南海博物馆在招标时、签订合同时均已充分告知其风险, 故该风险应由贝特公司自担。同时, 变更合同亦违

反《招标投标法》第四十六条之规定, 招标人和中标人可以再行订立背离合同实质性内容的其他协议, 否则整个招标投标过程也就失去了意义, 对其他投标人利益造成了严重损害。

经审理一审法院认为, 贝特公司与南海博物馆签订的《佛山市南海区博物馆建设工程委托监理合同》是双方真实意思表示, 没有违反法律、行政法规的强制性规定, 合法有效, 双方应全面履行合同约定。虽然监理合同约定监理费为1298200元, 监理费为固定总价包干费用, 不因工程的工期延长、投资额增减等任何变更而调整。但考虑到涉案工程工期由24个月增加至56个月, 投资额从10000万元增加至超过20000万元, 已明显超出贝特公司投标和签订合同时的合理预期, 若仍按合同约定计付监理费有违公平原则, 结合合同实际履行情况、根据公平原则和诚实信用原则予以衡量, 一审法院酌定除合同约定的监理费外, 南海博物馆应另行支付监理费80万元予贝特公司。二审法院观点, 双方之间的合同行为仍应受《中华人民共和国合同法》的调整。案涉工程工期由24个月增加至56个月, 投资额从10000万元增加至超过20000万元, 已明显超出贝特公司投标和签订合同时的合理预期, 贝特公司产生了相应的损失。上述情况是贝特公司和南海博物馆在签订合同时不可能预见到的, 贝特公司的

损失也非商业风险所致, 在此情况下仍旧依照合同约定履行, 必然导致南海博物馆取得合同的全部利益, 贝特公司自行承担合同的全部损失, 对贝特公司而言是不公平的, 有悖于合同法的基本原则。贝特公司要求调整监理费, 符合合同法的规定, 应予支持, 最终驳回南海博物馆的上诉请求, 维持原判。

上述判例, 两级法院引用了民法中的公平原则、情势变更原则, 对不可调价的监理合同进行了突破, 其法理在于公平原则是合同法的基本原则, 是最高层次的价值准则, 其内涵贯穿于整个合同法。最高人民法院民事审判第一庭编《民事审判指导与参考》2016年第1辑(总第65辑), 人民法院出版社2016年6月版)认为: 合同变更是法律赋予合同双方当事人的一项基本权利。《全国民事审判工作会议纪要》(法办[2011]442号)指出, “建设工程开工后, 因设计变更、建设工程规划指标调整等客观原因, 发包人与承包人通过补充协议、会议纪要、往来函件、签证等洽商记录形式变更工期、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。”合同变更权的行使存在于所有的合同履行过程中。如果在合同实际履行过程中存在设计变更、工程量增加等法定或中标合同约定的变更事由影响中标合同的履行时, 对中标合同的内容进行修改属于正常的合同变更。如果变更

的原因一方违约责任之承担, 变更的目的是为了更好地履行和推进中标合同, 也不宜简单认定为“黑白合同”, 需要根据具体情形判断。

上述纪要内容针对的是建设工程合同纠纷, 建设工程监理合同纠纷系建设工程合同纠纷的下游案由, 工程监理与建设工程密切相关, 因设计变更、建设工程规划指标调整等导致建设工程工期变更, 其必然导致监理工期也对应发生变化, 同样建设工程工程量变化, 监理人的监理范围及工作量亦会相应变化, 因此结合项目实际的情况, 进行适时调整, 是对合同法公平原则最好的体现。《全国民事审判工作会议纪要》(法办[2011]442号)的精神和要义, 可供司法机关在审理建设工程合同纠纷时参考适用。

追根溯源, 监理合同的本质系委托合同。依据是《合同法》第二百七十六条规定: “建设工程实行监理的, 发包人应当与监理单位采用书面形式订立委托监理合同。发包人与监理人的权利和义务及法律责任, 应当依照本法委托合同以及其他有关法律、行政法规的规定。”同时《合同法》第四百零七条明确规定: “受托人处理委托事务时, 因不可归责于自己的事由受到损失的, 可以向委托人要求赔偿损失。”项目设计变更、工程投资规模变化、工程量变化等这些因素往往不是监理单位能够控制, 而这些变更往往会增加监理单位的工作量, 势必给

监理人造成损失: 比如因设计变更、工期拖延或工程量增加导致监理服务期延长、监理范围增加, 此时监理单位的主要生产力——监理工程师更确切地说是监理工程师的名额要一直投入在在案在该项目上工作, 无法投入新的生产。监理人不但需要为案在此项目上的监理工程师的持续付费, 还需要继续招聘或者购买更多的监理工程师用于投标新的项目。随着监理合同的履行, 监理人的利润随之一再摊薄, 甚至到后期时无法覆盖成本。具体到实际项目中, 监理人提供了合同范围外的服务, 委托人依法支付了相应的损失, 具体赔偿的方式可参考《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》第十六条之规定: “当事人对建设工程的计价标准或者计价方法有约定的, 按照约定结算工程价款。因设计变更导致建设工程的工程量或者质量标准发生变化, 当事人对该部分工程价款不能协商一致的, 可以参照签订建设工程施工合同时当地建设行政主管部门发布的计价方法或者计价标准结算工程价款。”根据该条规定, 固定价格的监理合同在履约过程中产生争议, 合同范围内的价款应尊重当事人包死不变的意思自治原则; 合同范围外的增加工程量, 合同并无如何调整的相应约定且当事人又不能协商一致, 应按合同签订时有关政府主管部门的计价标准和计价方法(参照《建设工程监理与相关服务收费管理规定》(发改价格[2007]670号))进行计算。

这一问题在实践中尚有争议, 相关的判例并不多, 笔者借此也希望引起大家的关注, 能够推动健康有序的建筑市场的健康发展。(作者单位: 北京市盈科律师事务所)