

资质重合的设计施工联合体内部分包问题刍议

——基于EPC模式

□刘波

近来,EPC总承包模式在工程领域有如如火如荼的趋势。值得注意的是,EPC由于推行已久已无法将其归类为新生事物,但在实践中遇到的争议与纠纷并不逊色于前者。根据《房屋建筑和市政基础设施项目工程总承包管理办法》的规定,EPC工程总承包单位必须同时具备设计和施工资质或者组成联合体。其中关于设计施工联合体的相关法律问题尤为突出,本文试图从设计施工联合体内部分包问题切入探讨,结合契约自由原则,集中讨论设计施工联合体法律性质及有资质重合的设计施工联合体承接工程后将部分工程分包给联合体单位合法性等相关问题。研究上述问题的现实意义在于区分联合体的意思自治与违法行为的界限,进而指导具备多种资质的工程企业在EPC项目中如何投标、规范施工等。

EPC模式下的设计施工联合体概念及法律性质

企业联合承接工程在国际工程领域通行已久,一般将其称为“Consortium”,意为联合经营的实体。根据FIDIC《设计采购施工(EPC)/交钥匙工程合同条件》1.14款,联合体是指“承包商按照联合体协议组建的合作性非法人组织”。国内有学者将联合体定义为“两个或两个以上的承包单位或其他组织,组成一个联合体,通过联合体之间的协议结成联盟组织,并通过协议明确部分工程或共同经营的方式,对外作为一个整体向发包方承揽特定的工程。”笔者也赞同该定义,具体到设计施工联合体,顾名思义是为设计企业与施工企业的联合体。

联合体在国内亦非新生事物,在大中型复杂的建设工程项目中,企业运用联合体投标、承包工程习惯由来已久。但关于联合体的法律性质,虽有多部各层级法律法规规制如《中华人民共和国民法通则》(以下简称《民法通则》)、《中华人民共和国合同法》(以下简称《合同法》)、《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》)以及关于工程总承包的一系列法律法规等,但目前国内学界对联合体仍莫衷一是,大体上分为两类:一类认为联合体属于合伙型联盟,原因在于联合体实质是“两个或者两个以上的法人或者其他组织共同组成的非法人组织”且符合合伙型联盟各方属于利益与责任共同体、根据联合体协议及自身财产履行、成员之间连带责任等特征;另一类学者认为是指“民法上的合伙”,理由是联合体符合“共同出资、共同经营、共享收益、共担风险、对合伙债务承担无限连带责任”特征。

上述两类概念均从不同角度揭示联

合体的特征,但结合《中华人民共和国民法典》(以下简称《民法典》),删除了原先《民法通则》中关于企事业单位之间联营但不具备法人资格的情形,取而代之的是第一百零二条第一款关于非法人组织的规定:“非法人组织是不具有法人资格,但是能够依法以自己的名义从事民事活动的组织。”笔者倾向于认为联合体法律性质属于《民法典》体系下的非法人组织,但又不属于合伙企业的类型,核心原因在于:一是除联合体单位组成新企业外,其余类型的联合体均不能纳入“企业”的类型;二是因为联合体与合伙企业最大的区别在于连带责任的有限性与否。根据《中华人民共和国合伙企业法》(以下简称《合伙企业法》)第三十九条规定:“合伙企业不能清偿到期债务的,合伙人承担无限连带责任。”合伙人对于合伙企业的债务是为“无限连带”;但《房屋建筑和市政基础设施项目工程总承包管理办法》(以下简称《总承包管理办法》)第十条关于连带责任表述为“联合体各方应当共同与建设单位签订工程总承包合同,就工程总承包项目承担连带责任。”强调连带,但未强调“无限连带”,《招标投标法》第三十一条也是如此。而对于有限责任与无限责任的区分,根本的不同点在于债务人承担责任的财产范围不同:无限责任承担范围为财产的全部,除不得查封的物品或不得强制执行的权利外,有限责任“指债务人仅以其财产中特定物或特定财产,负其责任”。很明显,合伙企业基于其性质需以各合伙人所有财产承担无限连带责任,但联合体作为一种仅存续于承包工程时的临时性非法人组织,显然不适合要求以联合体各方以自身所有财产对业主承担连带责任。

基于上述分析,笔者倾向于将施工企业联合体法律性质界定为设计单位与施工单位为承包特定工程而临时组成的,以自己名义、对业主承担有限连带责任的非法人组织。

资质重合设计施工联合体内部分包的效力问题初探

分析设计施工联合体的法律性质分析后,接下来亟须解决的是联合体的权利义务履行与相关违法行为的区分问题,其中关于在设计单位与施工单位具备某项或多项相同资质的前提下,联合体以自身名义将所承包工程分包于联合体成员的争议较为突出,即联合体内部分包的法律效力,如某A、B两企业组成联合体C投标或中标某EPC项目,现该联合体C拟将承包范围内的某部分工程分包给A或B。该行为在EPC工程实践中并不少见,但想要界定该行为是否有效并非易事,笔者试图从契约自由角度来论证其合法性,并甄别其与违法违

规行为的迥异之处。

(一)资质重合设计施工联合体内部分包与契约自由

根据契约自由理论,当事人的意志不仅是权利义务的渊源,而且是其发生的根据,意思自治延伸至契约领域则体现为契约自由原则;地位平等的交易主体独立意思表示,核心是契约方按照自己的自由意志达成合意。契约自由原则为社会主义市场经济奠定了坚实的理论基础,但需注意的是,我国立法体系中契约自由原则并非是无任何限制的绝对自由“任何自由都容易为肆无忌惮的个人和群体所滥用,因此为了社会福利,自由就必须受到某些限制,而这也就是自由社会的经验。”散见于各类法律法规对契约行为、契约效力的规制。

根据契约自由理论,资质重合设计施工联合体内部分包是联合体与成员之间意思自治的体现,只要未触碰建筑领域《建筑法》等法律法规对于契约自由的限制性规定,理当保护各主体的签约自由并减少干涉。

(二)设计施工联合体成员有资质重合与“就低不就高”

关于联合体的资质,根据《招标投标法》第三十一条及《总承包管理办法》第十条的规定可知,关于联合体的资质认定核心字眼为“相应资质”、同一专业的单位资质为“就低不就高”。

众所周知国际工程中常见兼具设计与施工资质的企业,国内则不多见。但近年来随着EPC工程的大力发展,对复合型企业的呼声日益高涨,从《总承包管理办法》第十二条创造性地提出设计、施工资质互认便可窥一斑,国内工程实践中设计施工资质兼具的企业亦不少见。

回到本文需要讨论的设计施工联合体单位有重复资质情况,鉴于设计、施工资质繁多两两组合交叉情况更是庞杂,因此本文仅作限缩探讨即施工资质的重合,即联合一方有业主要求设计资质及较低施工资质、另一方具备较高施工资质的情况,如A单位有设计综合甲级资质但施工资质仅有装修专业资质,B单位有施工总承包二级等资质,AB分别符合要求的设计综合甲级、施工总承包二级资质组成设计施工联合体的情况。而EPC工程的业主在招标时通常会要求作笼统性描述,如“投标人资格要求:1.设计甲级资质;2.施工总承包等级资质”等。此时即AB两单位组成的联合体是否有违背法律关于“就低不就高”及相应资质的规定?笔者认为答案是否定的,原因有二,一是市场需求角度抑或联合体产生的现实基础“在大型建设项目和结构复杂的建设项目中,联合体各方能充分发挥各自的优势,可以更有效、快捷地解决工程中出现的关键难点。”二是

《招标投标法》及《总承包工程管理办法》的立法本意即是“为了促使强强联合,使资质优等的投标人组成联合体”具体到前述的EPC工程中,A单位承担设计工作,B单位承担施工工作,二者承担不同工作,交叉冲突的资质并非属于同一专业,因此AB分别以自身优势资质强强联合并未触发“就低不就高”规定。

(三)与违法行为的区分

在确定资质重合的设计施工联合体以各自优势资质承揽工程不会冲击资质制度后,分析联合体将工程以在内部流转的方式将EPC中部分工程分包给联合体成员施工是否有挂靠、违法分包的嫌疑,便顺理成章起来。

1.与违法分包的区分。《总承包管理办法》第二十一条规定“工程总承包单位可以采用直接发包的方式进行分包。”资质重合设计施工联合体作为总承包单位自然有权发包,但特殊之处在于内部分包是将工程发包给联合体成员。在英美法系与大陆法系中对于分包的态度可以概括为意思自治,英国成文法对工程分包的范围甚至没有规制,基本依赖于合同解释。但国内则不然,对于合法分包有严格的限定,《建设工程司法解释一》更明确规定违法分包签订施工合同的行为无效,那么区分二者显得尤为重要。关于违法分包,《建筑工程施工发包与承包违法行为认定查处管理办法》第十二条列举了属于违法分包的具体情形包括承包单位将其承包的工程分包给个人等,其核心在于分包人的资质要件欠缺;《中华人民共和国合同法》(以下简称《合同法》)第二百七十二条及《建筑法》又排除了分包单位分包、主体结构分包情形,即有实务界的律师提出的EPC的分包需要满足三个条件:“一是分包行为要得到建设单位的认可,二是分包项目的承包人要具备资质条件,三是主体结构不得分包。……关键性工作不得分包”。其中需要单独讨论的是关于主体结构的关键性工作的认定,但对于主体结构的定义并无法律明确予以规定,学界有学者将其定义为“接受、承担和传递建设工程所有上部荷载,维持上部结构整体性、稳定性和安全性的有机联系的系统体系”GB50300-2013《建筑工程施工质量验收统一标准》(以下简称《验收标准》)则将主体结构与地基基础、建筑装饰装修、屋面、给排水供暖、通风等并列,限定主体结构范围为混凝土结构、砌体结构等。不难发现,《验收标准》对于主体结构的划分虽出人意料,但又于情理中,与学界对于主体结构的定义较为吻合,笔者认为作为参照并无不当。

但联合体内部部分不属于违法分包的任一情形,因此并不能将其与违法分包混为一谈。但此处我们同时需要注意

的是,联合体内部分包限定于分包的联合体成员在自身具备资质的前提下,如将前文举例中的EPC工程中的装修工程分包给仅有装修专业施工资质、作为设计单位但不具备总承包二级资质的A单位,且不能将主体结构分包给联合体成员。

2.与转包的区分。对于转包有一个堪称有趣的现象,在大部分法律法规体系中均认可转包行为是一种违法行为,但在《建设工程司法解释一》的语境中,对于转包界定的是为“非法转包”,令人不禁心生疑窦是否存在“合法转包”行为?对此《民法典》已纠正为“承包人不得将其承包的全部建设工程转包给第三人或者将其承包的全部建设工程肢解以后以分包的名义分别转包给第三人。”直接对转包行为定性,更为科学。对于转包的性质,学界有观点认为是在理论上属于合同转让中的合同承受,即合同权利义务概括转移;也有观点认为转包人并未退出原承包合同关系,只是转包人加入原承包合同。该两种观点是硬币的正反面,是从不同的角度揭示了转包的特征,结合《建设工程质量管理条例》(以下简称“《质量条例》”)第七十八条:“本条例所称转包,……不履行合同约定义务,……”无论是哪一面,笔者认为转包的核心在于转包人不履行义务,实践中转包人仅收管理费就乐当“甩手掌柜”。而对比联合体的内部分包不难发现,联合体成员对联合体承担连带责任这一特殊性质,让以打着分包旗号将

EPC全部工作转包给联合体成员的行为变得毫无意义。

通过初步分析,不难发现有资质重合的联合体将EPC工程中非主体工作的施工内容分包给有资质的联合体成员,未突破建筑领域资质制度、无法归类至法律禁止的违法违规行为为行列中,保护相关主体的契约自由符合契约正义理论,有利于发挥有实力的建筑类企业强强联合发挥出优势互补的强大效应,也是顺应当前大力推进EPC工程的时代潮流的应由之义。

结语

EPC模式在国际工程中由来已久,今后也将是我国建筑市场的主流趋势。但EPC以专业多、综合性强著称,在投标阶段及实施EPC项目过程中,不可避免会涉及分包单位,但目前EPC模式在国内尚属于探索阶段,法律法规尚未成体系,各市场主体也大多属于摸着石头过河,对于EPC工程实践中出现的各种新情况新事物一知半解。本文试图以EPC工程的设计施工联合体为切入点,结合契约自由原则,定义联合体为非法人组织,并确立有资质重合的联合体将EPC工程中非主体工作的施工内容分包给有资质的联合体成员的合法性,从而为EPC工程参与指明方向。上述探讨有助于为纷繁复杂的EPC模式探讨抛砖引玉,但仍有较多不足之处,有待今后进一步进行深入研究。

作者单位:苏州金螳螂建筑装饰股份有限公司



未完成工程整体竣工验收但已由发包方实际占有使用时如何确定价款支付时间?

裁判要旨

本案中,涉案工程虽未完成整体竣工验收,但已由发包方实际占有使用,法院以发包方占有使用涉案工程之日作为工程实际竣工及交付之日,并认定该日期为发包方应付工程价款的时间符合法律规定。

案例索引

《青岛三利集团有限公司、北京弘高建筑装饰设计工程有限公司建设工程合同纠纷案》【(2018)最高法民终729号】

争议焦点

未完成整体竣工验收但已由发包方实际占有使用时如何确定工程价款支付时间?

裁判意见

本院认为:(一)关于三利公司是否欠付弘高公司本案合同项下工程款的问题本案系由弘高公司就其施工的青岛三利莫丽斯酒店、公寓楼、附属楼外立面装饰工程,起诉请求三利公司支付所欠工程款。一审中,经弘高公司申请,一审法院委托司法鉴定,鉴定单位作出《工程造价鉴定意见书》,鉴定出涉案工程造价为8742846.10元。通过分析双方有争议部分的工程造价予以认定,一审法院最终确认涉案工程造价为8832933.73元,对此,本院予以确认。二审中,三利公司提出其不应按照工程造价全额支付工程款,因弘高公司在施工中擅自撤场,且涉案工程存在诸多质量问题,并提交另案中山东省青岛市建筑设计研究院集团股份有限公司作出的编号为QD-SJYJD-7818的《鉴定意见书》予以证明,还称其占有使用涉案房屋不属于擅自使用。本院认为,首先,一审中,弘高公司提交北京市方正公证处出具的《公证书》,记载三利公司在企业网站登载其顺利实现试营业的内容,三利公司称其实际占有使用是防止损失扩大而临时使用,不属于擅自使用,缺乏事实和法律依据。其次,三利公司在未办理竣工验收手续的情况下擅自使用涉案工程,且未就涉案工程质量问题在本案提出反诉,三利公司提交的有关工程质量的《鉴定意见书》系在另案中作出,如果弘高公司完成工程需要修复或维护,可在另案中予以解决,但三利公司在本案以工程存在质量问题主张不应全额支付工程款,本院不予支持。

关于三利公司上诉主张其于2011年8月10日支付给弘高公司的500万元

款项是用于支付本案项下工程款问题,本院二审审理查明,6706号判决已经明确认定该笔500万元的款项是用于支付涉案工程项下莫里斯酒店负一、负三层及美食街、设备房装修工程的工程款,故三利公司提出该笔500万元应为本案合同项下已付工程款的主张,明显不能成立。关于三利公司称其与弘高公司签订了八份合同,以形成的五起诉讼的工程造价综合计算,三利公司已实际超付工程款,故主张不存在本案欠付工程款问题。本院认为,首先,三利公司与弘高公司签订的八份施工合同中,对工程范围、合同工期、合同金额、付款方式等内容均作出了明确约定,即使这些工程存在同时施工、交叉施工的状态,亦不影响工程各自独立的结算和付款。现双方对发包方所付款项对应哪项工程产生纠纷,三利公司作为支付工程款一方应承担举证责任。其次,三利公司提出应将五起诉讼所涉工程统一计算工程造价的理由欠缺依据。五起诉讼已分别立案、审理,一案对项下工程造价均作出了认定,是否存在超付工程款情形,应当以个案的证据和事实为依据。本案中,三利公司并未提出尚有其他款项应当作为本案已付工程款,故一审认定三利公司并未足额支付弘高公司本案合同项下工程款,并无不妥。

(二)关于一审认定逾期付款违约金的起算时间是否正确的問題《最高人民法院关于审理建设工程合同纠纷案件适用法律问题的解释》第十八条规定:“利息从应付工程价款之日计付。当事人对付款时间没有约定或者约定不明的,下列时间视为应付款时间:(一)建设工程已实际交付的,为交付之日;(二)建设工程没有交付的,为提交竣工结算文件之日;(三)建设工程未交付,工程价款也未结算的,为当事人起诉之日”。本案中,涉案工程虽未完成整体竣工验收,但已由三利公司实际占有使用,一审法院以三利公司占有使用涉案工程之日作为工程实际竣工及交付之日,并认定该日期为三利公司应付工程价款的时间,并结合双方在施工合同第六条第3款中的约定,认定此日期为逾期付款违约金的起算时间,符合法律规定,本院予以维持。三利公司主张因双方未对工程进行结算,应当自起诉之日起计算逾期付款违约金,依据不足,本院不予支持。

作者单位:北京盈科(泰州)律师事务所

发包人行使“抗辩权”的裁判观点

□周美春 陶彩萍 栾侃

关于同时履行抗辩权的规定,不构成违

3.指导意义

(1)在发包人拖欠工程款的情况下,承包人有拒绝提交施工资料。

(2)承包人不能因害怕发包人追究违约责任,在没有签订结算协议及约定付款的情况下,提交全部资料。

发包人要求承包人先开具发票再支付工程款的

1.裁判观点

发包人确实欠付工程款的,发包人不能以承包人未履行付款程序作为抗辩理由,发包人应支付工程款。

2.具体案例及裁判要旨

《(2018)最高法民申5442号民事裁定书》

家和公司有权要求耀丰公司支付拖欠的工程款。至于耀丰公司申请再审查所主张的,家和公司应在请款前提交付款申请报告及经监理单位审核签字的工程付款报告,设备材料验收单给耀丰公司等,此案当事人之间关于付款程序的约定,在耀丰公司确实拖欠家和公司部分工程款未支付的情况下,不能仅因该付款程序约定,即认定付款条件未成就。

3.指导意义

(1)发包人在确实欠款的情况下,不能以程序为由拒绝付款,承包人应举证发包人确实欠款。

(2)在发包人已约定支付进度款的情况下,承包人仍就按约定期付款程序来进行。

发包人要求承包人先交付施工资料,再付款的

1.裁判观点

发包人未足额付款的情况下,承包人有拒绝提交竣工资料,该行为系行使同时履行抗辩权。

2.具体案例及裁判要旨

《(2017)最高法民终175号民事判决书》

《(2019)最高法民终1837号民事判决书》

支付工程款是发包人的主要合同义务,在昌隆公司未足额支付工程款的情况下,江苏一建公司迟延履行施工资料系行使抗辩权符合《合同法》第六十七条

关于同时履行抗辩权的规定,不构成违

3.指导意义

(1)在发包人拖欠工程款的情况下,承包人有拒绝提交施工资料。

(2)承包人不能因害怕发包人追究违约责任,在没有签订结算协议及约定付款的情况下,提交全部资料。

发包人要求承包人先开具发票再支付工程款的

1.裁判观点

发包人无同时履行抗辩权。发包人以承包人应开具发票系同时履行抗辩权的理由不能成立,发包人不能以承包人未开具发票为由拒绝支付工程款。

2.具体案例及裁判要旨

《(2016)最高法民申679号民事裁定书》

给付工程款义务属于主合同义务,开具工程款发票义务属于从合同义务,且案涉《建设工程施工合同》也没有对开发票和付款义务的先后顺序作出规定,故山西省晋剧院不能以此为由行使先履行抗辩权或者同时履行抗辩权。

3.指导意义

开具发票只是合同的从义务,发包人不能以承包人未履行从义务而拒绝履行付款的主合同义务,承包人可要求先行付款再开具发票。

达成支付结算协议后,发包人又以其他理由拒绝付款的

1.裁判观点

承包人未办理竣工验收手续和开具发票的行为并不构成发包人的先履行抗辩权。

2.具体案例及裁判要旨

《(2018)最高法民终1310号民事判决书》

本院认为,结算支付协议属独立的民事法律关系,新兴公司是否拒绝办理竣工验收手续和开具相关税票并不是爱家公司依据本协议履行其付款义务的前提条件,也即根据结算支付协议爱家公司并无先履行抗辩权。

3.指导意义

(1)在达成结算协议后,发包人应当按照结算协议履行付款义务。

(2)开具发票与付款义务并不完全对等,付款是主要义务。

(3)竣工验收是发包人的义务,承包人只是配合。

约定先开具发票再付工程款的,发包人未以未开具发票而拒付工程款?

1.裁判观点

约定先开具发票再支付工程款的,开具发票不构成支付工程款的前履行抗辩权(除非开票是付款的先决条件)。

2.案例及裁判要旨

《(2017)最高法民申2381号民事裁定书》

本院认为:《退场协议》第四条约定“乙方(建威公司)需在支付款项前开具等额工程发票,若因乙方未提供发票,导致工程款未能支付,责任不在甲方(衡湘公司)”,该条并未约定案涉工程支付工程款的先决条件为首先开具发票,仅约定了建威公司如不出具发票,导致工程款未能支付的责任不在衡湘公司;双方在《退场协议》中除第四条外,并未约定建威公司如未出具相关发票则衡湘公司有权以此拒绝支付工程款;且对于建设工程施工合同而言,支付工程款为发包人主要义务,双方亦于《退场协议》中对工程款支付数额、支付方式、时间、违约责任等进行了详细约定,也说明支付工程款作为主要义务的重要性。不论是从双方《退场协议》对出具发票和支付工程款约定,还是从两者在案涉建设工程施工合同中重要性来看,出具发票显然均不属于建设工程施工合同中的主要义务,双方亦未约定将出具发票作为支付工程款的先决条件。因此,衡湘公司应当支付相应工程款,其以未收到工程发票为由主张先履行抗辩权不能成立。

3.指导意义

(1)开具发票一般不构成发包人的履行抗辩权。

(2)如双方约定开具发票为付款的先决条件,则承包人应先开具发票。

承包人未履行维修义务的,发包人

是否有权拒付工程款。

1.裁判观点

承包人的未履行维修的义务的,不构成发包人的先履行抗辩权。

2.相关案例及裁判要旨

《(2017)最高法民终871号民事判决书》

根据《和解协议书》约定,远洋公司应在2016年5月30日之前完成维修义务,住房领导小组应于2016年6月30日完成支付工程款义务,维修工作完成时间早于付款完成时间,但不能由此推出,维修工作的完成是市政府支付工程款的前提。

3.指导意义

(1)发包人不能以未履行维修义务而拒付工程款。

(2)维修义务应当在质保金中予以解决。

1.裁判观点

发包人工程质量不合格为由拒绝支付工程款系行使先履行抗辩权。

2.具体案例及裁判要旨

《(2017)最高法民终666号民事判决书》

中厦建设工程有限公司作为施工单位在未交付质量合格工程的情况下,其关于一方纺织公司拖欠工程进度款违反合同约定的主张不能成立,一审法院认定一方纺织公司以涉案工程质量不合格为由行使先履行抗辩权,暂停支付工程进度款有事实和法律依据,应予维持。

3.指导意义

施工质量符合要求是承包人的主要义务,在施工质量不符合约定时,发包人有权支付进度款等。

综上,最高人民法院的裁判观点为:在承包人主张工程款时,鉴于发包人支付工程款系其主要义务,承包人未履行义务并不构成发包人抗辩的理由;如果工程确实存在质量问题的,发包人有权拒付工程款。

作者单位:北京盈科(泰州)律师事务所