

政府采购领域履约保证金的法律实务

□ 唐惠铭

在政府采购领域，法律规范并未从概念、性质等方面对履约保证金作出界定，而是从缴纳履约保证金的主体、依据和数额等方面进行规范。涉及的主要规范包括《政府采购法实施条例》的第48条、《招标投标法》的第46条和第60条，以及《招标投标法实施条例》的第55条、第58条、第66条和第74条。在现有的规范体系下，如何认定履约保证金的性质和处置中标人未缴纳履约保证金的事项，是采购人在实践中经常面临的问题。本文将现行法律规范为基础，从分析履约保证金的性质出发，对缴纳履约保证金的要求和不同情形下未缴纳履约保证金的法律后果进行分析和论述。

一、履约保证金性质的辨析

规范层面的履约保证金不具有定金性质。根据《民法典》第587条的规定，定金是规范层面一种典型的担保，当一方不履行债务或者履行债务不符合约定致使合同目的不能实现时，违约方是给付定金的一方时，违约方无权请求返还定金，违约方是收受定金的一方时，违约方应当双倍返还定金。而相对于定金，现行有效的规范并无意图使履约保证金具备定金的功能和作用，可以说《建设工程项目施工招标投标办法》的修正是前述结论的直观体现。2003年3月8日出台的《建设工程项目施工招标投标办法》第84条规定，中标人不履行与招标人订立的合同的，履约保证金不予退还，第85条规定招标人未履行与中标人订立的合同的，应当双倍返还中标人的履约保证金。结合前述《建设工程项目施工招标投标办法》第84条和第85条的规定，可以认定此时的《建设工程项目施工招标投标办法》是使履约保证金具备了定金的功能和作用，即此时行政主管部门认定履约保证金具备定金的功能和作用。但《建设工程项目施工招标投标办法》在2013年3月11日作了修订，修订后的第85条规定招标人未履行与中标人订立的合同的，应当退还中标人的履约保证金，并承担相应的赔偿责任。即从《建设工程项目施工招标投标办法》的修订过程可以确定，现行有效的规范并无意图使履约保证金具备定金的功能和作用，即规范层面的履约保证金不具有定金性质。但需注意的是，故当事人自行通过约定给履约保证金赋予了定金的功能和作用，司法实践对当事人约定的效力通常是予以确认的。以湖北汇通工贸集团有限公司与长江润发集团有限公司、无锡汇通钢铁工贸有限公司买卖合同纠纷案（2013）民提字第133号为例，法院认定虽然双方当事人合同中未将“月度履约保证金”表述为“定金”，但在出现相关违约情形时所体现的惩罚性和损失补偿性与定金规则相类似。由于该约定系双方真实意思的体现，亦不违反法律、行政法规的禁止性规定，且其数额设定得当，最终法院将合同约定的“月度履约保证金”认定为定金。

履约保证金是兼具违约金性质的非

典型质押担保。当事人设置履约保证金的核心目的是保障中标人或成交供应商按照约定履行义务。直观体现的是规范层面履约保证金的退还通常直接与履约结果挂钩，如《财政部关于进一步加强政府采购需求和履约验收管理的指导意见》（财库〔2016〕205号）规定，验收结果应当与采购合同约定的资金支付及履约保证金退还条件挂钩，其中验收合格的项目，采购人应当根据采购合同约定及时向供应商支付采购资金、退还履约保证金。当认定中标人或成交供应商未按照合同约定履行义务，进而要求追究中标人或成交供应商的违约责任时，则应当注意《最高人民法院关于第二巡回法庭法官会议纪要（第三辑）》一书中所秉持的倾向性观点，是履约保证金兼具保证金质押和违约金的双重属性，并鉴于履约保证金同时具有违约金功能，一般不能与违约金并用。即法定履约保证金因其担保对象固定、交纳比例不高，加之有法律的明确规定，一般不会出现应与与违约金等并用的问题，当当事人约定的履约保证金过高时，还可以适用违约金酌减规则。以绿地控股集团杭州东城房地产开发有限公司与销售浙江新南北资产管理股份有限公司商品房销售合同纠纷案（2021）最高法民申5812号为例，法院认定虽然《商品房买卖合同》第三条第一款对没收履约保证金的条件作出了原则约定，第十一条第三款对没收履约保证金的条件作出了具体约定，但本案是否存在“兜底适用”情形，不能简单地由二者文字层面理解，还应结合其他合同条款判断。首先，协议第三条主旨是约定付款方式和期限，第十一条是对合同违约责任作出的专门约定，其第二款、第三款、第四款主旨是约定逾期付款的违约责任，即未按协议第三条方式和期限付款的违约责任。其次，从第十一条第三款、第四款约定的具体内容看，应根据逾期支付的具体期次，选择以3000万元履约保证金作为逾期违约金或者以总款项20%作为逾期赔偿金。逾期违约金计算方法已涵盖了协议第三条付款方式和期限的全部内容，不需要以第三条第一款没收履约保证金的原则约定来兜底。再次，虽然合同履行过程中出现过款项支付逾期情形，但随后已将该期款项补足，双方继续履行合同，当事人亦未就该逾期付款主张解除合同，故不符合协议第十一条第三款约定的没收3000万元履约保证金作为逾期违约金的情形。最后，协议约定的履约保证金与逾期违约金性质具有一致性，两种违约金一般不宜并用。即最终法院未支持要求没收3000万元履约保证金作为逾期违约金的主张。

履约保证金是需要当事人自行通过约定予以明确的事项。实践中履约保证金通常是通过采购文件的约定予以明确的，如《政府采购法实施条例》第48条规定，采购文件要求中标或者成交供应商提交履约保证金的，供应商应当以支票、汇票、本票或者金融机构、担保机构出具的保函等非现金形式提交。《财政部关于促进政府采购公平竞争优化营

商环境的通知》（财库〔2019〕38号）也规定，收取履约保证金的，应当在采购合同中约定履约保证金退还的方式、时间、条件和不予退还的情形，明确逾期退还履约保证金的违约责任。即通过前述规范内容的梳理可知，履约保证金是需要当事人自行通过约定予以明确的事项，若采购文件或采购合同中未约定履约保证金的事项，采购人无权直接基于法律规范要求中标人或成交供应商缴纳履约保证金。

因此，在政府采购领域，规范层面的履约保证金不具有定金性质，而是兼具违约金性质的非典型质押担保，也是需要当事人自行通过约定予以明确的事项。即当事人需通过约定明确履约保证金的缴纳形式、缴纳数额、缴纳时间、退还方式、退还时间、退还条件和不予退还的情形等内容。当发生中标人或成交供应商未按照合同约定履行义务的情形，追究中标人或成交供应商的违约责任时，则应注意履约保证金所兼具的违约金性质对可能追究的责任范围和数额的影响。

二、缴纳履约保证金的要求

履约保证金的缴纳以确定中标人或成交供应商为前提。无论是《政府采购法实施条例》，还是《招标投标法》和《招标投标法实施条例》，均明确规定提交履约保证金的主体是中标人或成交供应商。即在政府采购领域，未被确认为中标人或成交供应商的其他主体，不具备缴纳履约保证金的资格。值得注意的是，履约保证金的缴纳是否以采购人发出中标通知书为前提，法律规范并未作明确规定。对于发出中标通知书，《政府采购法实施条例》第43条规定，采购人或者采购代理机构应当自中标、成交供应商确定之日起2个工作日内，发出中标、成交通知书。《招标投标法》第45条规定，中标人确定后，招标人应当向中标人发出中标通知书，并同时向中标结果通知所有未中标的投标人。梳理前述列举的条文内容可知，采购人确定中标人或成交供应商，是采购人发出中标通知书的前提条件，即采购人确定中标人或成交供应商，和采购人发出中标通知书，是两个相互独立的事项。当采购人确定中标人或成交供应商后，是否发出中标通知书并不影响采购人已确定中标人或成交供应商的事实，唯一可能受影响的是中标人或成交供应商无法知悉中标事实。考虑到法律规范并未禁止以采购文件中约定中标人或成交供应商缴纳履约保证金是采购人发出中标通知书的前提，当采购文件中有类似约定时，采购人通知中标人或成交供应商缴纳履约保证金，就应该认定为采购人已对中标事实作了确认。此时中标人或成交供应商以尚未收到中标通知书为由，拒绝按照采购文件要求缴纳履约保证金的，则存在被认定为放弃中标的法律风险。

规范层面的履约保证金是按照采购文件的要求缴纳的。《政府采购法实施条例》第48条规定，采购文件要求中标

或者成交供应商提交履约保证金的，供应商应当以支票、汇票、本票或者金融机构、担保机构出具的保函等非现金形式提交。《招标投标法》第46条也规定，招标文件要求中标人提交履约保证金的，中标人应当提交。即在规范层面，中标人或成交供应商提交履约保证金，是以采购文件为依据确定的。而在采购文件要求中标人或成交供应商缴纳履约保证金，通常需要明确中标人或成交供应商缴纳履约保证金的形式、数额和时间节点，即采购人可以基于项目实际需求，确定合理的履约保证金缴纳时间节点。实践中通常是以签订合同作为分界点设置履约保证金的缴纳时间节点的，采购人可以选择要求中标人或成交供应商在签订合同前缴纳履约保证金，也可以选择要求中标人或成交供应商在签订合同后缴纳履约保证金。

因此，履约保证金的缴纳主体是中标人或成交供应商，确定中标人或成交供应商是缴纳履约保证金的前提。在确定中标人或成交供应商后，应当按照采购文件的要求缴纳履约保证金。实践中采购人既可以在采购文件中要求中标人或成交供应商在领取中标通知书前缴纳履约保证金，也可以要求中标人或成交供应商在领取中标通知书之后签订合同前缴纳履约保证金，或者签订合同后缴纳履约保证金，即基于项目实际情况合理确定履约保证金的缴纳时间。

三、未缴纳履约保证金的法律后果

在政府采购领域，中标人或成交供应商是按照采购文件的要求缴纳履约保证金的，若中标人或成交供应商拒绝或未按照采购文件的要求缴纳履约保证金，基于采购文件要求缴纳履约保证金的时间节点的不同，中标人或成交供应商需承担的法律后果也存在差异。

（一）采购文件要求在签订合同前缴纳履约保证金

当采购文件要求中标人或成交供应商在签订合同前缴纳履约保证金的，此时可以以中标人或成交供应商缴纳履约保证金认定为当事人签订合同的前提条件。中标人或成交供应商拒绝或未按照采购文件的要求缴纳履约保证金的，可以解释和认定为中标人或成交供应商拒绝与采购人签订合同。《政府采购法》第49条规定，中标或者成交供应商拒绝与采购人签订合同的，采购人可以按照评审报告推荐的中标或者成交候选人名单排序，确定下一候选人为中标或者成交供应商，也可以重新开展政府采购活动，即此时采购人可以取消中标人或成交供应商的中标资格。同时根据《政府采购法实施条例》第72条规定，中标或者成交供应商拒绝与采购人签订合同的，可以根据《政府采购法》第77条第1款规定，对中标人或成交供应商处以采购金额千分之五以上百分之十以下的罚款，列入不良行为记录名单，在一至三年内禁止参加政府采购活动，有违法所得的，并处没收违法所得，情节严重的，由工商行政管理机关吊销营业执照；构成犯罪的，依法追究刑事责任。

而对于采购人采用招标方式采购工程以及与工程建设有关的货物、服务，按照《政府采购法实施条例》第7条的规定，应当适用《招标投标法》及其实施条例的规定。而《招标投标法实施条例》第74条规定，不按照招标文件要求提交履约保证金的，取消中标资格，投标保证金不予退还。对依法必须进行招标的项目的中标人，由有关行政监督部门责令改正，可以处中标项目金额10%以下的罚款。即当采购文件要求中标人或成交供应商在签订合同前缴纳履约保证金时，无论采购的事项是否为工程以及与工程建设有关的货物、服务，也无论采购人采用何种采购方式，若中标人或成交供应商拒绝或未按照采购文件的要求缴纳履约保证金，按照《政府采购法》和《招标投标法》等的条文规定，采购人可以取消中标人或成交供应商的中标资格，并对中标人或成交供应商予以处罚。当然，若采购文件要求中标人或成交供应商在签订合同前缴纳履约保证金，而中标人或成交供应商未按照要求提交履约保证金并已与采购人签订合同的，此时应认定为采购人已同意调整履约保证金的缴纳时间，相关情形与采购文件要求在签订合同后缴纳履约保证金的情形类似，此处则不再进行分析和论述。

（二）采购文件要求在签订合同后缴纳履约保证金

当采购文件要求中标人或成交供应商在签订合同后缴纳履约保证金的，包括采购人同意将履约保证金的缴纳时间调整到签订合同后，此时应当认定缴纳履约保证金是中标人或成交供应商应当履行的合同义务。若中标人或成交供应商拒绝或未按照要求缴纳履约保证金的，应认定为未按照合同约定履行义务的违约行为。如在四川华西建筑装饰工程有限公司与新疆医科大学附属医院建设工程施工合同纠纷案（2021）最高法民申6644号中，法院即认定签订的案涉《建设工程施工合同》明确约定组成合同的文件包括招标文件等。而招标文件中投标人须知前附表中明确告知：“中标人提供履约担保的金额为合同价款的2%，履约担保方式为转账支票或网银或电汇”，中标人未按照约定提供履约担保属于违约行为。即在中标人或成交供应商未按照合同约定履行缴纳履约保证金的义务时，采购人有权按照合同约定要求继续履行，并追究中标人或成交供应商的违约责任。

综上所述

在政府采购领域，规范层面的履约保证金不具有定金性质，而是兼具违约金性质的非典型质押担保，实践中需要当事人自行明确约定履约保证金的缴纳形式、缴纳数额、缴纳时间、退还方式、退还时间、退还条件和不予退还的情形等内容。同时，考虑到实践中经常出现中标人或成交供应商拒绝或未按照要求缴纳履约保证金的问题，建议在采购人在采购文件中，结合《政府采购法》和《招标投标法》等相关法律法规的规定，对中标人或成交供应商拒绝或未按照采购文件的要求缴纳履约保证金的法律后果进行明确约定，以更好地维护政府采购领域的当事人的合法权益。（曹珊律师团队）

施工合同无效，但据此签订的具有结算性质的补充协议是否有效？

【案号】最高人民法院(2022)最高法民再204号

【裁判要旨】

案涉三份《设备、周材、辅材劳务合同》虽被认定无效，但《补充协议》系澄江公司和万峰公司对万峰公司施工范围内工程进度款逾期支付的损失、停工损失、后期工程进度款支付等进行的约定，涉及万峰公司损失数额及澄江公司损失赔偿承担方式的确定，是建设工程施工合同中的结算和清理条款。根据《中华人民共和国民法典》第九百八十八条“合同的权利义务终止，不影响合同中结算和清理条款的效力。”的规定，虽《设备、周材、辅材劳务合同》无效，但不影响结算和清理条款的效力。又根据《中华人民共和国民法典》第一百四十三条“具备下列条件的民事法律行为有效：（一）行为人具有相应的民事行为能力；（二）意思表示真实；（三）不违反法律、行政法规的强制性规定，不违背公序良俗。”的规定，本案中《补充协议》满足上述构成要件，故其并不当然因《设备、周材、辅材劳务合同》被认定无效而随之无效。

【案情简介】

2013年11月5日，万峰公司作为乙方，澄江公司作为甲方，双方共同签订《设备、周材、辅材劳务合同》，澄江公司将贵定县片区改造项目A区3号-4号楼劳务分包给万峰公司。

2014年11月25日，澄江公司与万峰公司补签订《设备、周材、辅材劳务合同》，澄江公司将贵州开元嘉德城市广场综合楼劳务分包给万峰公司。

2014年11月25日，澄江公司与万峰公司补签订《设备、周材、辅材劳务合同》，澄江公司将贵州开元嘉德城市广场安置房劳务分包给万峰公司。

万峰公司在施工过程中，因建设单位元开公司的原因导致工程多次停工。2014年11月22日，澄江公司与万峰公司签订《补充协议》，载明：在2014年11月22日以前，由于澄江公司项目部未按合同约定支付项目部确认的工程进度款，给两个劳务公司造成一定的经济损失，项目部向两个劳务公司各补偿人民币30万元整；各类大小型施工机械、外架、各类周转材料、劳务公司管理人员工资的停工损失补偿标准：项目部按建设单位认定的实际损失价款的80%支付给两劳务公司。2014年11月22日起，两劳务公司上报的工程进度款，项目部审核签字后，项目部按照劳务合同约定支付，项目部应在应付工程进度款之日起一个月内支付。如果项目部超过了工程进度款支付期限，项目部和两劳务公司协商解决，按照工程进度的月利率3%计息作为补偿。上述价款的补偿，在甲乙双方工程结算时支付。

《补充协议》签订后，万峰公司继续施工。但又遭遇再次停工、复工等，直至万峰公司退场。后因工程款纠纷，诉至法院。

【法院裁判】

贵州省高院认为：（一）是份《设备、周材、辅材劳务合同》的效力问题，二审法院认为，劳务分包是指建设工程的总承包人或专业承包人将其承包工程中的劳务作业分包给具有相应劳务资质的劳务作业承包人完成的行为。

虽然本案中万峰公司经营范围为从事建筑相关业务，但并未提出证据证明其取得了从事相关建筑行业的行政许可，而从澄江公司与万峰公司签订的《设备、周材、辅材劳务合同》的内容来看，其中约定承包内容包括了“垫

层、砖楼、钢筋、砼、（不含基础土石方）、主体结构、建筑、室内一般装修、地面、屋面”，具体包括分项工程包括了“砼工程、钢筋工程、模板工程、预制构件、砖砌体、楼地面、墙柱抹灰、外架及防护”，且合同包干单价为每平方米450元整，合同价款中包括：人工费(含作业人工费、辅助用工费、劳动保护用品)；材料费(含周转材料费、辅材费)；机械费(机械人工费、机械租赁费或购置费)；其他直接费；管理费；保险费；安全文明施工费；税金。

而劳务分包中，劳务作业承包人一般仅提供劳务作业，施工技术、工程主要材料、大型机械、设备等均由总承包人负责，而劳务费用一般是通过工日的单价和工日的总数量费用结算，不发生主要材料、大型机械设备等费用结算。

此外，涉案工程的项目结算表载明建筑面积施工总价为35376981.9元，在二审法院审理的关于业主单位元开公司与澄江公司建设工程施工合同纠纷一案中经鉴定的工程价款为103935238.23元。

因此，虽然双方签订的合同名为《设备、周材、辅材劳务合同》，但结合合同约定、合同履行情况、万峰公司工程价款在澄江公司工程价款中的占比等的实际情况，本案实为澄江公司将承包的工程肢解后分包给万峰公司，违反《中华人民共和国建筑法》第二十八条“禁止承包单位将其承包的全部建筑工程转包给他人，禁止承包单位将其承包的全部建筑工程肢解以后以分包的名义分别转包给他人”的规定，应属无效。此外，关于澄江公司提出李洪伟系挂靠万峰公司与澄江公司签订合同的观点，基于澄江公司并未提出证据予以证明，对该项主张，二审法院不予采信。

（二）是《补充协议》的效力问题，澄江公司提出《补充协议》系《设备、周材、辅材劳务合同》的从合同，主合同无效，从合同也应无效。二审法院认为，案涉《补充协议》是各方当事人针对案涉工程停工之后造成的停工损失、工程款延迟支付后的违约责任、工程款支付时间等内容进行协商后形成的一致意见，是建设工程施工合同中的结算和清理条款，根据《中华人民共和国民法典》第九百八十八条“合同的权利义务终止，不影响合同中结算和清理条款的效力。”的规定，虽《设备、周材、辅材劳务合同》无效，但不影响结算和清理条款的效力。又根据《中华人民共和国民法典》第一百四十三条“具备下列条件的民事法律行为有效：（一）行为人具有相应的民事行为能力；（二）意思表示真实；（三）不违反法律、行政法规的强制性规定，不违背公序良俗”的规定，本案中《补充协议》满足上述构成要件，故其并不当然因《设备、周材、辅材劳务合同》被认定无效而随之无效。

最高院认为：案涉三份《设备、周材、辅材劳务合同》虽被认定无效，但《补充协议》系澄江公司和万峰公司对万峰公司施工范围内工程进度款逾期支付的损失、停工损失、后期工程进度款支付等进行的约定，涉及万峰公司损失数额及澄江公司损失赔偿承担方式的确定。二审法院将《补充协议》认定为结算和清理条款并并无不当，澄江公司主张因《设备、周材、辅材劳务合同》无效而导致《补充协议》无效的观点不能成立。

【实务经验总结】

1. 关于合同效力问题，是法院和仲裁委主动审查的内容。若合同有效，则

能够产生当事人预期的法律效果，合同对当事人具有拘束力；若合同无效，则当事人当然不享有有效合同下的权利请求。在合同无效的情况下，根据《民法典》第157条规定，当事人享有返还原则、折价补偿原则、赔偿原则、过错分担原则等法律效果。因建设工程已经将劳务、材料物化到工程中，承包人难以分离，因此，返还原则原则不经济，只能折价补偿。

【相关法律规定】

《民法典》第一百四十三条 具备下列条件的民事法律行为有效：（一）行为人具有相应的民事行为能力；（二）意思表示真实；（三）不违反法律、行政法规的强制性规定，不违背公序良俗。

第五百六十七条 合同的权利义务关系终止，不影响合同中结算和清理条款的效力。

第七百九十三条第一款 建设工程施工合同无效，但是建设工程经验收合格的，可以参照合同关于工程价款的约定折价补偿承包人。（京盛凯）

建筑法苑

主编：何梦吉

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：上海普回路588号18楼
邮 箱：200433
E-mail:652016115@qq.com
联 系 人：何梦吉