

工程类《示范文本》条款可能无效,为什么?

□张正勤 王鑫

虽然行政单位制定的《示范文本》不具有强制性,仅供参考使用,但是,备案单位往往要求采用《示范文本》且不允许修改其中的通用条款,又因为必须招标仅针对的是工程建设项目,故,绝大多数工程建设项目是招标发包的,而招标文件应当包括“拟签订的合同”,因此,实务中,工程建设项目招标文件中往往就以《示范文本》作为“拟签订的合同”。

中标后,中标人与招标人会将“招标文件、投标文件、中标通知书载明的工程范围、建设工期、工程质量、工程价款”合意体现在合同中,而《示范文本》中的其他条款则往往“照单全收”。

如此而已,工程类《示范文本》中可能的“不合理免除或限制(或者加重)一方责任”或者“不合理的排除或限制(或者增加)一方主要权利”或者“默示认可”等等条款在“不予一方协商”前提下“被迫”成为双方的合意。

以往,若不利的一方提出这些显失公平的条款“未与自己协商”,是被迫成为“合同”条款的,应当认定为“格式条款”而无效,则另一方往往以《示范文本》不是自己“预先拟定”而是由行政单位制定的,故不符合“格式条款”定义进行抗辩。

这次《〈民法典〉司法解释》第九条明确表示,法院“不予支持”上述抗辩。这就意味着,《示范文本》可能出现无效条款。从朴素的法律观来看,这样规定无疑是正确的。但是其中的法理为何?对建设工程合同当事人会产生怎样影响?还是有需要进行适当解读的。

一、工程类《示范文本》的现状介绍

1.《示范文本》的法律地位

(1)民事合同的本质
由于民事合同是件很私密的事,主要是要约方和承诺方双方之间的事,因此,在充分体现了“意思自治”前提下,只要“法律不禁止”的即可“意思表示”而形成双方的合意。

事实上,法律对双方的合意干涉的并不多,即便有干涉,如果双方的合意是违背低于行政法规之下的地方性法规或规章中的强制性规定,原则上不会对双方合意的有效性产生动摇。甚至当双

方的合意违背了法律或行政法规中的强制性规定,只要属于《〈民法典〉司法解释》第十六条所规定的五种情形,也不会影响双方的合意的有效性。

因此,民事合同是双方的事,是双方私密的事,原则上与第三方无关。

(2)《示范文本》的本质
既然民事合同是双方私密的事,原则上与第三方无关。严格而言,只需要要约一方与承诺一方双方合意即可。

行政单位为了当事人的方便会出台由协议书、通用条款、专用行款和附件所组成的不同版本的《示范文本》。从本质而言,这就是一个由第三方为另两方做的一件无偿的好事而已。法律明确规定,《示范文件》仅作参考使用。通常,出台《示范文本》的行政单位也会明确其不具有强制性。

由于《示范文本》本质就是一个普通的模板,因此,具体订立合同的双方可用,也可不用,可部分用,也可修改后使用。

2.工程类《示范文本》现状

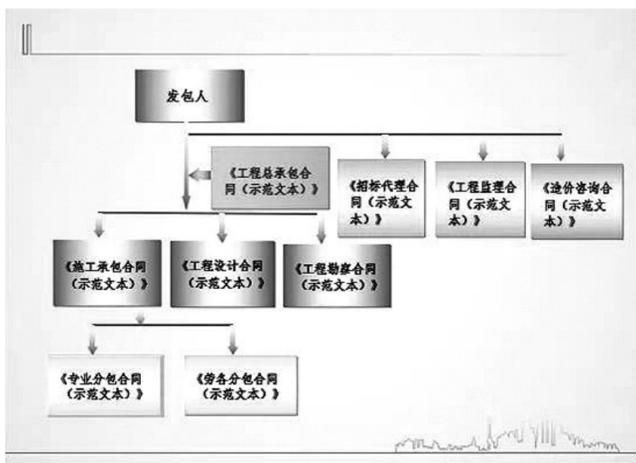
(1)工程类《示范文本》简要介绍
由于建设工程涉及公共安全社会财富甚至影响到社会稳定,法律的强制性规定较多,又因为专业性较强,因此,行政单位就工程实施阶段制定了勘察、设计、施工、工程总承包、专业(或劳务)分包及招标代理、监理和造价咨询等不同版本的《示范文本》。具体见下图:

行政单位也会就以上的《示范文本》不定期进行相应修订,并以官方网站予以公布。

(2)工程类《示范文本》现状分析
工程类《示范文本》也难免存在一些值得商榷的问题,包括“不合理免除或限制(或者加重)一方责任”“不合理的排除或限制(或者增加)一方主要权利”或者“默示认可”等等条款。笔者认为主要原因如下:

①制定的问题
由于工程类《示范文本》是由行政单位组织并颁布的,因此,很容易出现行政化的现象,从而或多或少地会冲淡了“意思自治”的程度。

另外,由于绝大多数的发包人不是来自建筑业的,因此,具体起草人往往



主要来自建筑业,这难免会影响条款的公正性。况且,具体起草人中有实际经验的法律人员占比并不高,也会影响条款与法条的一致性。再加上,主要采用讨论会的方式进行的,容易受“大咖”观点左右而影响其他人的独立思考。出台的《示范文本》很难避免值得商榷的条款。

笔者一直认为,《示范文本》中的条款:不能代替双方合意、不能违背法律规定,不能打破经典法理、不能随意创造“概念”,不能以非常态为前提;不能以行政规定干涉意思自治。

②使用的问题

虽然《示范文本》不具有强制性,仅供参考使用。但是,备案单位往往要求采用《示范文本》且不允许修改其中的通用条款,又因为必须招标仅针对的是工程建设项目,故,绝大多数工程建设项目是招标发包的。而招标文件应当包括“拟签订的合同”,因此实务中,建设工程项目的招标文件中往往就以《示范文本》作为“拟签订的合同”的。

中标后,中标人与招标人会将“招标文件、投标文件、中标通知书载明的工程范围、建设工期、工程质量、工程价款”合意体现在《示范文本》中,而《示范文本》中的其他条款则往往“照单全收”。

如此,工程类《示范文本》中可能存在的“不合理免除或限制(或者加重)一方责任”或者“不合理的排除或限制(或者增加)一方主要权利”或者“默示认可”等等条款在“不予一方协商”前提下“被迫”成为双方的合意。

二、工程类《示范文本》条款可能成为“格式条款”的分析

1.《民法典》中相关“格式条款”的解读

合同的磋商往往经过“要约邀请”→“要约”→“新要约”→再“新要约”的循环往复。

若最终在“要约”或“新要约”上结束,则磋商失败,合同不成立;若最终在“承诺”上结束,则磋商成功,双方形成合意,合同成立。但是,在磋商过程中,必须是在平等的前提下保证双方充分的“意思自治”,这不仅是文明的体现,也是为了保障公平。如此形成的合同才是双方的“合意”,通常也受法律认可和保护的。

但是,绝对的平等是不存在的。因此实务中,由于供求关系的不平衡、信息不对等各种原因,强势方一方往往通过“重复使用而预先拟定,并在订立合同时未与对方协商的条款”来剥夺(或

限制)弱势方合同的合意的自由从而而影响合意结果的公平,即所谓的“格式条款”。笔者一直认为,“格式条款”的本质就是剥夺(或限制)弱势一方对于合意的权利,是违背民法精神的。

为了保障合同双方的平等,匡正正义和公平,法律有必要对强势方进行一定“限制”。因此,《民法典》在定义“格式条款”的前提下,明确“格式条款”无效(或不成为合同内容)等规定来保护接受格式条款的一方,从而纠正原先不公平关系从而达到最终的公平合理。

2.工程类《示范文本》条款可能成为“格式条款”的依据

由于绝大多数工程是招标发包,且绝大多数工程的招标文件中“拟签订的合同”采用的是工程类《示范文本》。

为此,为了匡正正义,《〈民法典〉司法解释》第九条明确,若确实工程类《示范文本》中存在“格式条款”属性的内容,一方认为应属于“格式条款”而无效(或不构成合同内容),如果一方以使用的合同系《示范文本》而抗辩,法院不应予以支持。换言之,《示范文本》中的条款有可能是“格式条款”,若属于“格式条款”则可能是无效(或不构成合同内容)。

《〈民法典〉司法解释》在严格尊重《民法典》的立法原意,严格依据《立法法》赋予司法解释制定权限的前提下,对“格式条款”的定义作出更本质更合理的诠释,认为“重复使用”不是判断“格式条款”的关键,判断的关键在于“不予对方协商”,且“不予以方协商”包括采用的第三方制定的《示范文本》而确实“不予以方协商”过。

三、工程类《示范文本》条款可能成为“格式条款”的影响

笔者认为,《〈民法典〉司法解释》明确工程类《示范文本》可能存在“格式条款”这一概念的影响是各方面且是深远的。

笔者提醒和建议如下:

1.建议及时修改工程类《示范文本》,将通用条款中类似于“以设计费为限承担责任”“承包人未在前述28天内发出索赔意向通知书的,丧失要求追加付款和(或)延长工期的权利”等限

制一方责任,排除一方主要权利的条款予以修改或删除;

2.建议制定《示范文本》应当树立“不能代替双方合意、不能违背法律规定,不能打破经典法理、不能随意创造‘概念’不能以非常态为前提;不能以行政规定干涉意思自治”等基本理念;

3.提醒备案单位,应当明确《示范文本》不具有强制性,仅是参考使用,可以建议使用《示范文本》,但不应要求强制适用。备案时的合同可以是《示范文本》,也可能不是《示范文本》,当然也可以是当事人协商一致修改后的《示范文本》;

4.提醒招投标代理机构,招标文件中的“拟签订合同”并非最终定稿的合同。除“工程范围、建设工期、工程质量、工程价款”应按招标合意签署,其他的条款均可以在“拟签订合同”的基础上协商;

5.建议主要使用工程类《示范文本》的当事人,尤其是承包人,应当归纳现有的工程类《示范文本》中具有“格式条款”属性的条款并且要引起应有的重视,在必要时应及时而坚定地“发声”;

6.建议工程咨询人应当加强法治意识,要学习建筑法体系的法律法规,也要学习最高法院出台的相关的司法解释,这不仅是对客户的尊重,也是为了降低自身的法律风险。

后记

民事合同的本质在于“意思自治”的“合意”。若一方肆意利用自身强势地位剥夺(或限制)弱势一方对于合意的权利,必然出现显失公平的条款,甚至是违背法律违反法理的。法律有义务也有责任站出来匡正这种行为。这可能是《民法典》规定“格式条款”的初衷吧!也应当是《〈民法典〉司法解释》明确工程类《示范文本》可能存在“格式条款”的本意吧!

笔者认为:既然合同是双方的合意,就应当让双方的意思表示充分,若一方无论用什么(包括采用第三方制定的《示范文本》),事实上剥夺(或限制)弱势一方意思表示,“合同”岂不成了“指令”了吗?

(作者单位:上海东方环环律师事务所)

从一则案例看建筑工程招标投标过程的投标有效期及其法律后果

□高攀

建筑工程招标投标是指以建筑产品作为商品进行交换的一种交易形式,它由唯一的卖主设定标,招请若干个买主通过秘密竞价进行竞争,卖主从中选择优胜者并与之达成交易协议,随后按照协议实现招标。《民法典》及日前印发的合同编司法解释明确,在招标投标活动中,招标为要约邀请,投标为要约,中标通知书为承诺,由此不免发出承诺的期限(投标有效期)的问题。本文从一起案例出发,重点关注建设工程招标投标过程中的投标有效期问题,解析其背后蕴含的法律关系和法律后果。

一、基本案情

本案为广州市番禺区海绵包装集团公司(以下简称A公司)、广东珠源建设工程有限公司(以下简称B公司)招标投标买卖合同纠纷【(2018)粤01民终9552号】。

A公司建设厂房。2013年10月30日,A公司就厂房施工总承包项目进行招投标,发布招标公告,制定招标文件和招标控制价等。2013年11月7日,A公司委托了广东建设工程管理有限公司将工程交给了广州公共资源交易中心番禺交易部进行招标,递交投标文件的截止时间为2013年12月2日,投标有效期60日。B公司参与了该标的投标,分别于2013年11月27日和29日向广州建设工程交易中心支付保证金38万元和3.2万元,共41.2万元。

2013年12月5日,A公司公示中标候选人,广东宏昌建设工程有限公司为第一中标候选人,B公司为第二中标候选人。2013年12月12日,广州公共资源交易中心番禺交易部对中标候选人进行公示。公示时间2013年12月13日至2013年12月17日24:00止。2013年12月18日,A公司递交“广州市番禺区海绵包装集团公司厂房—施工总承包”中标单位的中标价确认函”给广州市番禺区建设工程招标管理办公室和广州公共资源交易中心番禺交易部,确定本工程项目由广东宏昌建设工程有限公司中标,并确定以人民币19872820.37元为本工程的中标价格。

2013年12月18日,宏昌公司向广州市番禺区建设工程招标管理办公室和A公司发出中标放弃函,申请放弃该项目的中标资格。2014年1月16日,A公司向广州市番禺区建设工程招标管理办

公室、广州公共资源交易中心番禺交易部汇报了第一中标候选人放弃,由第二中标候选人顶上,经招标办同意,确定B公司为第一中标候选人,并于2014年2月10日进行公示,公示时间从2014年2月11日至2014年2月13日23:59止。

2014年2月21日,B公司缴纳了中标交易服务费18076.5元。2014年2月26日,A公司与广东建设工程管理有限公司、广州建设工程交易中心三方签署了【1142】号《中标通知书》,确定B公司为中标人,中标价为2008.500526万元。A公司于2014年3月5日,向B公司发出《关于领取中标通知书的函件》,声明在2014年3月10日前到A公司领取中标通知书,逾期视为自动放弃中标资格,上报招标管理机构处理,同时将追究违约责任。

2014年3月7日,B公司向广州市番禺区建设工程招标管理办公室和A公司提交《中标放弃函》,以项目经理离职,无法承担该项目的正常施工为由,申请放弃该项目的中标资格。

A公司向一审法院起诉请求:1.A公司没收珠源公司的投标保证金41.2万元;2.B公司赔偿A公司损失84605.2元;3.本案诉讼费用由珠源公司承担。

二、裁判观点

1.一审法院观点

本案争议的焦点是“中标通知书”是否发生法律效力。

(1)投标有效期的问题。《中华人民共和国招标投标法实施条例》第二十五条规定:招标人应当在招标文件中载明投标有效期,投标有效期从提交投标文件的截止之日起算。招标文件中明确规定了投标有效期为60日,本案递交投标文件截止时间为2013年12月2日,即投标有效期2013年12月2日至2014年1月30日。2014年2月26日,A公司与广东建设工程管理有限公司、广州建设工程交易中心三方签署的《中标通知书》,确定B公司为中标人,已经超过投标有效期,招标文件第15.2条规定“在特殊情况下,招标人在原定投标有效期内,可以根据需要以书面形式向投标人提出延长投标有效期的要求,对此要求投标人须以书面形式予以答复。投标人可以拒绝招标人这种要求,而且投

标人须以书面形式予以答复。投标人可以拒绝招标人这种要求,而且投标保证金应当予以退还等”。A公司作为中标人,本应以书面形式向投标人即B公司提出延长投标有效期的要求,但A公司采取的是直接向确定B公司为第一中标人的结果进行了公示的形式。

B公司作为投标人,在此情况下,本可以拒绝A公司在延长投标有效期后作出的公示结果,并要求退还保证金。但事实上,B公司不仅在公示期内没有提出异议,并且在公示期满后自愿交纳了中标交易服务费。B公司的上述行为表明在A公司未能以书面形式向B公司提出延长投标有效期的要求的情况下,B公司仍然自愿接受中标的结果,放弃了拒绝中标结果并要求A公司退还保证金的权利。B公司交纳了中标交易服务费后,A公司也向B公司发出了领取中标通知书的函件,表明双方当事人对于中标一事已达成了合意。虽然B公司提出其交纳中标交易服务费是受到了A公司的误导,但没有提交证据加以证明。

2.二审法院观点

涉案招标文件第15.2条规定“在特殊情况下,招标人在原定投标有效期内,可以根据需要以书面形式向投标人提出延长投标有效期的要求,对此要求投标人须以书面形式予以答复。投标人可以拒绝招标人这种要求,而且投标保证金应当予以退还等”。A公司作为中标人,本应以书面形式向投标人即B公司提出延长投标有效期的要求,但A公司采取的是直接向确定B公司为第一中标人的结果进行了公示的形式。

B公司作为投标人,在此情况下,本可以拒绝A公司在延长投标有效期后作出的公示结果,并要求退还保证金。但事实上,B公司不仅在公示期内没有提出异议,并且在公示期满后自愿交纳了中标交易服务费。B公司的上述行为表明在A公司未能以书面形式向B公司提出延长投标有效期的要求的情况下,B公司仍然自愿接受中标的结果,放弃了拒绝中标结果并要求A公司退还保证金的权利。B公司交纳了中标交易服务费后,A公司也向B公司发出了领取中标通知书的函件,表明双方当事人对于中标一事已达成了合意。虽然B公司提出其交纳中标交易服务费是受到了A公司的误导,但没有提交证据加以证明。

三、案例观察

从前述的司法案例不难看出,一审法院和二审法院分别从“形式”和“实质”两个角度对A、B两家公司的行为进行了认定,进而得出了截然不同的裁判观点。从一审法院的角度来说,就是严格遵循文义解释的原则,得出A公司是逾期作出《中标通知书》,且B公司的行为不构成对A公司新要约的承诺。而站在二审法院的立场,则是更加深入的从B公司的行为进行了分析和推定,继而认定B公司已经通过实际行动接受了A公司发出的《中标通知书》,与投标有效期无关,因此拒绝了B公司的抗辩主张。从笔者的角度来看,一、二审法院的判决都有各自的法律依据,且如果不是B公司本身在过程中确实存在瑕疵(以项目经理离职为由放弃中标),笔者更加倾向于一审法院的观点。

四、法律分析

(一)投标文件的本质为要约,中标通知书的发出应受到投标有效期的约束。

《中华人民共和国招标投标法》第45条明确“中标人确定后,招标人应当向中标人发出中标通知书,并同时向中标人发出中标通知书,并同时向中标人发出中标通知书”。因此,中标通知书的发出应受到投标有效期的约束。《招标投标法实施条例》第25条也明确“招标人应当在招标文件中载明投标有效期。投标有效期从提交投标文件的截止之日起算。”此外,《建设工程项目施工招标投标办法》(2013年)第62条规定“招标人和中标人应当在投标有效期内并在自中标通知书发出之日起三十日内,按照招标文件和中标人的投标文件订立书面合同。”由此可知,招

标人发出中标通知书的时间应当受到投标有效期的约束。

同时,《民法典》第473条规定:招标公告为要约邀请。则投标文件为要约,中标通知书为承诺。《民法典》第481条规定“承诺应当在要约确定的期限内到达要约人”。因此,若招标人在超过投标有效期向中标人发出的中标通知书,则视为未在约定的期限内进行承诺,由此中标通知书将失去法律效力,对中标人不具有法律约束力。

(二)超过投标有效期发出的中标通知书为逾期的承诺。

逾期承诺,又称延迟承诺或者超期承诺,是指受要约人在承诺期限经过之后作出的承诺。按照《民法典》第481条规定,承诺应当在承诺期限内到达要约人。受要约人在承诺期限内作出的承诺具有法律效力。超过承诺期限,要约已经失效,对于失效的要约作出承诺不能当然产生合同订立的法律效力。

根据《民法典》第486条规定,逾期承诺视为新要约,所谓新要约,是指延迟承诺不具有承诺的效力,不产生承诺生效、合同成立的法律效力,对要约人不具有约束力,只能将其视为一种希

望和他人订立合同的意思表示。在此种情形下,原受要约人已经成为新要约中的要约人,原要约人则成为新要约中的受要约人,即逾期承诺因超过承诺期限,要约人所发出的原要约失效,受要约人对于失效的要约发出的承诺,不发生承诺的效力,为新要约,需要经原要约人承诺后合同成立。

值得注意的是,如果要约人收到逾期承诺后,认可该逾期承诺的效力,及时通知受要约人该逾期承诺有效,从尊重当事人意思及促进交易的角度,应当认定该逾期承诺具有承诺的法律效力,双方当事人合同成立。

因此若招标人在超过投标有效期向中标人发出中标通知书,则在一般情况下应当视为是其作出的逾期承诺。此时,逾期承诺的决定权在于投标人,即投标人可以通过及时通知招标人的方式承认该中标有效;也可以不对该中标通知书进行任何的行为,则该中标通知书不再为承诺,而是新的要约。投标人通知招标人该承诺有效是投标人的权利,而非其义务。

(作者单位:北京德恒律师事务所曹珊律师团队)

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:上海营口路588号18楼
邮 编:200433
E-mail:652016115@qq.com

联系人:何梦吉