

大成律师论坛

建筑工程

二〇〇九年 第三期 主编 王登山 律师



大成律师事务所

北京市东直门南大街3号国华投资大厦12-15层(100007)
电话: (010) 5813 7799; 5813 7136; 135 2043 5198
传真: (010) 5813 7788
邮箱: dengshan.wang@dachengnet.com

本期内容

- 建设工程承包人对逾期竣工违约金的风险防范..... - 1 -
- 发改委首次公布4万亿投资清单..... - 7 -
- 中建协公布首批139家全国建筑业AAA级信用企业..... - 8 -
- 厦门推出创新金融产品助力建筑业发展 凭施工合同即可融资..... - 9 -
- 广州遏制围标串标 工程招标改资格预审为资格后审..... - 10 -
- 陕西重点打击七种建筑违规行为..... - 11 -
- 最高人民法院关于适用《中华人民共和国合同法》若干问题的解释(二)..... - 12 -
- 《关于贯彻落实扩大内需促进经济增长决策部署 进一步加强工程建设招标投标监管工作的意见》..... - 16 -
- 《危险性较大的分部分项工程安全管理办法》..... - 20 -

建设工程承包人对逾期竣工违约金的风险防范

王登山

案例

1998年天恒公司作为发包方(甲方)与承包方(乙方)三建公司签订了一份工程施工合同。合同约定,三建公司承包施工科技大楼B、综合楼C1、C2;工程开工日期为1998年6月18日,B栋1999年5月31日完工,C1、C2栋1999年2月15日完工;合同包干价款为6000万元。

在施工过程中，如遇下列情况应顺延工期：由于人力不可抗拒的灾害；设计变更和工程量调增；甲方不能按约定的日期提供图纸、供应设备和材料；经甲方同意的其他情况。因甲方原因延误工期，甲方应明确延长工期。因乙方原因工程不能按期竣工，由乙方承担违约责任，并处以罚款。

C1、C2 栋如按期完工，则一次性奖励 35 万元。如不能按期完工，因乙方原因，按 35 万元处以罚款。延误工期一个月后，每天按合同价款千分之一罚款；B 栋如按期完工，则一次性奖励 35 万元。如不能按期完工，因乙方原因，按 35 万元处以罚款。延误工期一个月后，每天按合同价款千分之一罚款。

合同还对工程款支付办法、竣工与结算等其他内容作了约定。

合同签订后，承包人三建公司即进场组织施工。

工程竣工后，2001 年 10 月双方办理了工程决算，双方确认工程总价款为 6225 万元，已经支付工程款 50208806 元，尚欠工程款 12041193 元。

但是，天恒公司认为，承包人三建公司迟迟不能完工，致使工程逾期，根据合同约定，承包人三建公司应支付违约金 5280 万元。天恒公司遂向湖北省高级人民法院主动提起诉讼，请求判令承包人三建公司支付延期交房的违约金 5280 万元。

承包人三建公司答辩称：天恒公司未按合同约定支付工程款，导致工程延期竣工。在合同履行中，天恒公司多次进行设计变更，工期应顺延。现天恒公司故意以工程延期为由，拖欠我公司工程款，请求法院作出公正判决。同时反诉称：请求判令天恒公司立即偿还工程款 12140493 元，支付拖欠工程款利息 2632324 元并承担本案诉讼费用。

本案争议焦点较多，其中有：工程的实际竣工日期；工程竣工延误的原因；是否存在因为设计变更、天恒公司未按合同约定支付工程款等因素引起竣工日期延误？

高级法院一审认为：

（一）关于竣工日期：

法院认为 C1、C2 栋的《单位工程竣工验收证明书》上载明的交工日期为 2000 年 1 月 8 日，因此，C1、C2 栋的竣工日期应认定为 2000 年 1 月 8

日。对于 B 栋的竣工日期，根据《房屋建筑工程竣工验收备案表》，B 栋的竣工时间应认定为 2001 年 9 月。

（二）关于工程延期的原因：

法院认为，设计变更应是指对工程原设计方案及图纸的改变，承包人三建公司提交的证据涉及的主要是由天恒公司、承包人三建、监理公司和设计单位对工程施工中的具体细节及工程价款确认的来往征询和答复的函件，不能证明工程设计发生变更。且没有证据表明，承包人三建因工程变更设计而提出要求顺延工期，更没有天恒公司对改变工期的答复和认可的证据。同时，这些证据也不能证明工程量因设计变更导致增加及增加额度。

关于 B 栋写字楼改为商住楼的设计变更是否影响工期顺延的问题。法院认为，工期不应顺延。从设计变更内容分析，B 栋 1 至 4 层没有变更，5 至 22 层只是房型更改，主体结构、总建筑面积、工程量没有发生大的变动。故承包人三建公司提交的证据不足以证明工期因设计变更而顺延。

关于天恒公司是否按约定付款。

法院认为，天恒公司已付工程款均达到或超过工程形象进度的 70%。故承包人三建辩称天恒公司未按约定支付工程款，工期应顺延的理由，法院不予支持。

综上所述，高级法院认为承包人三建公司未按照合同约定全面、适当履行合同，导致工程竣工日期延误，应承担违约责任。按照合同约定的逾期竣工违约金每天 1%，逾期竣工违约金为 29621836 元，加上合同约定罚款金额 70 万元，共计 30321836 元。

高级法院一审判决：

一、承包人三建公司于向天恒公司支付延期交房的违约金 30321836 元；

二、天恒公司向承包人三建公司支付所欠工程款 12041193 元；

三、天恒公司向承包人三建公司支付所欠 12041193 元工程款自 2001 年 10 月 13 日起至判决确定的给付之日止按中国人民银行规定的同期金融机构贷款利率计算的利息。驳回双方的其他诉讼请求。

三建公司不服，向最高人民法院提起上诉。

最高法院审理认定，B 栋工程的实际竣工日期为 2001 年 9 月 30 日。C1、

C2 栋工程的实际竣工日期为 2000 年 1 月 8 日。天恒公司在支付承包人三建工程款方面不存在违约行为。

关于 C1、C2 栋设计是否变更，工期是否应该顺延问题，最高法院认为，设计变更是指对工程原设计方案及图纸的改变，承包人三建公司没有提交 C1、C2 栋原设计方案和图纸已经改变的证据，其提供的证据主要涉及工程施工中的具体细节及工程价款确认的来往征询和答复的函件，不能证明 C1、C2 栋原设计方案和图纸已经改变，本院认定 C1、C2 栋的设计没有变更，工期不应该相应顺延。

关于合同约定的违约金，最高法院认为，B 栋实际延误工期 717 天。C1、C2 栋实际延误工期 266 天。合同约定的违约金为：B 栋合同约定的标的金额为 32160519 元，其违约金计算为 $32160519 \text{ 元} \times 1\% \times 717 \text{ 天} = 23059092 \text{ 元}$ 。C1、C2 栋合同约定的标的金额为 30089298 元，其违约金计算为 $30089298 \text{ 元} \times 1\% \times 266 \text{ 天} = 8003753 \text{ 元}$ 。

B 栋、C1、C2 栋的合同约定的违约金总数为 23059092 元 + 8003753 元 = 31062845 元，加上合同约定罚款金额 70 万元，共计 31762845 元。

由于一审判决的违约金 30321836 元比合同约定的违约金低，比天恒公司可能失去的损失和可以获得的利益低，因此本院对承包人三建公司要求调整违约金的请求依法不予支持。由于天恒公司对一审判决没有上诉，因此承包人三建向天恒公司支付延期交房的违约金数额应以一审法院的认定为准确。

最高法院判决，驳回上诉，维持原判。

律师分析：建设工程承包人如何防范和化解此风险？

上述案例，值得建筑业企业从中吸取教训。追究承包方的逾期竣工违约金的法律责任，已成为发包方用来对付承包方，达到少付或不支付工程款的常用手段。建设工程承包人，如何防范和化解此风险，本律师认为，应当在建设工程施工合同的签约阶段、履约阶段、诉讼维权阶段，采取下列方法与措施。

1、在合同签约时，避免出现关于逾期竣工违约金的高金额约定条款。

在建设工程施工合同中约定逾期竣工违约责任条款是正常的。发包方为了约束承包方，肯定会在签约谈判时，主张在合同中写明逾期竣工违约条款，承包人同时也会针对此提出要求发包方承担逾期付款违约金。

但是，为了依法保护承包方的合法权益，避免承包方承担巨额逾期竣工违约金的严重后果，应当尽量降低逾期竣工违约金的标准，避免过高的违约金约定条款在合同中的出现。

例如，上述案例中，逾期竣工一日，按照工程总价的千分之一承担违约金，就属于较高的违约金金额约定。有的承包人甚至在合同中将该项违约金约定为，每日百分之五，或逾期竣工一天，承担违约金 50 万元人民币。

由于对此项违约金标准约定，是合同双方当事人的权利，法律并没有明文禁止，所以，无法主张该约定无效！因此，为了不作茧自缚，承包人在中标后签约时，一定要慎重选择该项违约金的高低标准。

2、在签约时，对逾期竣工违约金写明封顶条款。

由于在签约时，发包人有一定的优势地位，如在发包方坚持在合同条款中写明“逾期竣工一天，承包方承担违约金 50 万元或工程造价的千分之一”，此时，承包方可以要求写明违约金最高总金额条款，从而化解自身风险。例如，写上“承包人承担的逾期竣工违约金总额以不超过本工程总造价的百分之五为限”。

3、在合同履行中，承包人一定要狠抓工期管理，确保工程按约竣工。

承包人只有通过提高企业的管理水平和管理能力，确保工程按照合同约定工期，按时竣工，才能从根本上避免己方出现违约的可能。从而避免承担此项违约金的风险发生。

4、承包人一定要及时、全面地收集、固定与工期相关的所有证据。

合同条款明确约定了工程竣工时间。只要工程实际竣工时间超过合同中约定的竣工时间，那么从举证责任的分配上，承包人就要承担举证责任，举证证明工程逾期竣工不是承包人自身的原因引起的；举证证明工程逾期竣工是发包方的违约行为所引起的，或由于不可抗力或不可归责于双方的原因引起的，否则，承包人势必要承担此项违约金。

本律师认为，承包人应将下列相关材料（但不限于下列材料）作为与工期相关的证据，加以收集、固定，一旦出现工程工期逾期情况，承包人可以据此主张系由于非承包方原因引起的，并主张工期顺延，从而避免承担逾期竣工违约责任。

(1) 由于发包人不能按时办理土地征用、拆迁、平整施工场地等工作，使施工场地不具备施工条件，影响正常施工的；(2) 发包人不能提供施工所需水、电等条件的；(3) 通往施工场地的必经通道、道路不能保证畅通的；(4) 发包方提供的工程地质和地下管线资料不准确，影响正常施工的；(5) 发包方不能按时提供施工许可证等相关手续，导致工程不能施工的；(6) 发包人不能按时提交施工图纸，或不能按时组织图纸会审和设计交底的；(7) 发包人未能按时支付工程预付款、进度款的；(8) 设计变更导致工程量增加的；(9) 非承包人原因出现停水、停电等影响施工情况的；(10) 不可抗力；(11) 出现交通管制等影响正常施工的情况。

5、在合同履行过程中，承包人要依法及时行使合同抗辩权。

在合同履行过程中，在出现了上述第 4 条 11 项情况后，承包人不仅仅要收集、固定相关证据，而且要及时向发包人书面提出有关顺延工期的要求，行使合同抗辩权。

例如，发包方未按时支付工程进度款，承包人要及时向发包人书面提出，由于发包人不按时支付工程进度款，已影响了承包人的材料采购和正常施工组织，不仅要求在合理期间内支付，同时要求延长工期、承担违约责任等。

6、在诉讼、仲裁过程中，承包人要主张变更、减少违约金。

合同法第 114 条规定：约定的违约金过分高于造成的损失的，当事人可以请求人民法院或仲裁机构予以适当减少。

当出现工程逾期竣工的情形，而且发包方不存在违约行为的前提下，又没有出现不可归责于双方的、可以延长工期的客观情况，势必要由承包人承担逾期竣工违约金的情况时，承包人及代理律师，要主动依据合同法第 114 条规定，主张合同约定的违约金过高，超过了发包人的合同损失金额，主动申请予以变更、减少，从而尽力化解承包人风险。

发改委首次公布 4 万亿投资清单

前两批中央投资项目建设进展情况同时发布

根据国家发展和改革委员会公布的数据，在 4 万亿元投资计划中，用于铁路、公路、机场、水利等重大基础设施建设和城市电网改造的资金占最大比重，为 37.5%，资金规模 15000 万亿；其次是用于汶川地震灾后恢复重建的 10000 亿。另外，4000 亿元将投向廉租住房、棚户区改造等保障性住房，农村水电路气房等民生工程 and 基础设施，自主创新和产业结构调整的投资分别为 3700 亿元，2100 亿元将投向节能减排和生态建设工程，1500 亿元用于医疗卫生、教育文化等社会事业发展。

上述投资中，中央投资总额为 11800 亿元，来源为中央预算内投资、中央政府性基金、中央财政其他公共投资和中央财政灾后恢复重建基金；余下的 28200 亿元资金来源为地方财政预算、中央财政代发地方政府债券、政策性贷款、企业(公司)债券和中期、票据、银行贷款及吸引民间投资等。

对于 4 万亿投资项目，中央及地方将设立三大保障体系：组织保障、政策保障和监管保障。组织保障将通过成立国务院新增中央投资协调小组，层层建立责任制；7 部委及其制定的相关政策形成政策保障；24 个检查工作领导小组及专项审计、专项稽查将进行全过程监督检查。

发改委还同时公布了截至今年 4 月底，2008 年四季度新增 1000 亿元和 2009 年新增 1300 亿元中央投资项目建设进展情况。

保障性住房建设：基本建成廉租住房 21.4 万套、开工建设 65 万套，正在加快实施煤矿棚户区民房改造 10 万户、采煤沉陷区民房治理 12.9 万户和国有林区棚户区改造 15.7 万户，开工建设国有垦区棚户区约 8500 户、游牧民定居房 1.8 万套。

农村民生工程和农村基础设施建设：解决约 1460 万农村人口饮水安全问题，开工建设农村户用沼气 160 万户，建成农村公路约 2 万公里，农村电网各级变电站 254 座、线路 4 万多公里。南水北调工程加快建设，基本建成近 450 个重大水利项目、290 个大中型病险水库除险加固项目、193 个大型灌区配套和节水改造项目，建成标准粮田 260 多万亩。

重大基础设施建设：哈大、武广、南广、贵广等一批重大铁路项目加快建设，建成高速公路 445 公里，建成民航航站楼 10 万平方米，城市电网加

快改造。

医疗卫生、教育文化等社会事业：基本建成约 6500 个基层医疗卫生服务项目、1140 个基层计划生育服务项目和 6 个重点中医院项目，改造农村初中校舍面积约 150 万平方米，建成中等职业学校校舍约 90 万平方米，基本建成乡镇综合文化站 1246 个。

生态环境建设：加快建设营造林约 2900 万亩，新增污水处理能力约 283 万吨/日、垃圾处理能力 3155 吨/日，铺设管网 2548 公里，新增 COD 削减量约 6.5 万吨。处理铬渣约 32 万吨，形成 616 万吨标准煤的节能能力、节水能力 1.2 亿吨、循环利用废物能力 270 万吨。

自主创新和结构调整：去年新增中央投资安排的 176 个高技术产业化项目和 146 个产业技术进步项目加快推进，已进入主体工程建设及设备采购安装阶段。今年安排的 222 个电子信息产业振兴和技术改造项目投资计划已经下达。

（来源：建筑时报）

中建协公布首批全国建筑业 AAA 级信用企业

139 家建筑企业当选诚信“示范生”

5 月 26 日，139 家建筑企业的代表从住房和城乡建设部、商务部、国资委等部委相关领导手中，接过全国建筑业 AAA 级信用企业证书。发布会上，中国建筑业协会副会长徐义屏致辞，秘书长吴涛宣读了《关于公布首批全国建筑业 AAA 级信用企业的决定》。有关部委、地区和建筑业协会负责人以及首批 AAA 级信用企业的代表等 200 余人参加了发布会。

由于我国目前社会信用体系制度还不够健全，加上建筑市场涉及面广，交易额大，可变因素多，合同关系复杂，导致信用缺失行为屡屡发生，这已成为制约建筑市场健康发展的重要因素。信用企业的评定为中国建筑行业信用树立了榜样，也为各业主单位选择信誉和施工能力良好的建筑企业指明了方向。建筑业企业信用等级分为 AAA、AA、A、B、C 三等五级，其中 AAA 为最高级别。经过企业申报、各地区和有关行业协会推荐、在建筑系统相关网站上排查、专家评价组初评、全国建筑业企业信用评价工作指导委员会评审和网上公示等环节，最后，在全国建筑业中发挥着诚信示范作用的 139 家企

业，成为首批全国建筑业 AAA 级信用企业。据悉，申报单位必须是取得一级资质(含)以上的建筑企业，并同时具备无建筑市场不良行为记录、信守合同、安全生产和文明施工以及工程质量竣工验收合格率 100%等条件。此外，有关专家还要对申报的建筑企业的社会责任和信贷方面进行综合考察。

中国建筑业协会作为建设部指定的全国建筑市场信用体系建设工作试点单位，组织了本次评定工作。这也是贯彻党中央、国务院关于“加快社会信用体系建设”和建设部关于“加快推进建筑市场信用体系建设”的重要工作内容之一。按照有关部委的要求，中建协制定了《建筑业企业信用评价试行办法》，开展了首批全国建筑业 AAA 级信用企业评价工作。这项工作得到了住房和城乡建设部、商务部和国资委的具体指导，也得到了各地区和有关行业协会以及广大建筑业企业的重视和响应。

住房和城乡建设部副司长王树平、商务部副司长温再兴、国资委处长梁方分别在会上作了讲话。

会上，139 家首批全国建筑业 AAA 级信用企业发出致全国建筑业企业的诚信倡议书。(首批全国建筑业 AAA 级信用企业名单详见 5 月 25 日《建筑时报》第三版)。

(来源：建筑时报)

推出创新金融产品助力建筑业发展

厦门 凭施工合同即可融资

融资难是困扰众多建筑施工企业的“老大难”问题，现在福建省厦门市建筑施工企业只要与建设单位签订了工程施工合同，就可以凭此到建行融资。6 月 5 日由厦门市建设与管理局、厦门市建筑行业协会及厦门建行共同召开的“建筑施工企业产品推介会”上，将 3 款针对建筑企业的“施工合同融资产品”推介给到场的近百家施工企业。

自国家“扩内需、保增长、调结构”工作要求出台之后，固定资产投资迎来大好发展时期，厦门建筑业也迎来良好的发展机会。但大部分施工企业由于资金需求量大，又缺乏足够的抵押担保品，经常接到了项目，但苦于融资难而发展受到局限。这次重点推出的“建筑业工程施工合同融资”是厦门建行的一项创新之举，目前在各银行中独此一家开办此项业务。它面向的是厦门市资质等级二级(含)以上、信用等级 AA 级及其以上的施工企业，以备案后

的工程合同为质押条件，融资金额原则上不超过施工合同金额的 30%，期限最长两年，可按月、按季还款，也可按工程进度款比例还款。

据厦门建行产品经理陈雯介绍，建行的“建筑业工程施工合同融资”借鉴了订单融资等一些做法，专门为解决建筑施工企业资金紧、担保难、融资难的情况而开发，可用于所融资工程的前期工程准备用款，包括购买工程设备、施工材料、工程模板、支付工资等。该业务手续简便，费用低，可以为施工企业降低约 20% 的融资成本。

（来源：建筑时报）

广州遏制围标串标 工程招标改资格预审为资格后审

降低工程招投标“门槛”，而增大围标串标难度。为遏制建设工程招标中存在的围标串标现象，广州建设工程交易中心决定，从 6 月 22 日起，在房屋建筑、市政公用工程施工总承包二级及以下资质要求的公开招标项目中，采用资格后审方式确定正式投标人。届时，任何潜在投标人无需证件，都可以到广州建设工程交易中心窗口购买招标文件，也可以通过网络下载招标文件。

所谓资格后审也叫细审，主要是对投标人有无能力胜任、机构是否健全、有无良好的信誉、有无从事过类似工程的经历、人员是否合格、机械设备是否适用施工、周转资金是否足够等方面作实质性的审核。其目的在于将来更好地履行业主与中标人签订的合同。

长期以来，有形建筑市场通常采取资格预审的方式确定投标人，即由招标人在投标前对潜在投标人进行的资格审查。但随着有形建筑市场的日趋规范和发展，资格预审方式存在的问题也越来越显著。由于资格预审将潜在投标人的信息公开化，一些投标单位采用内部竞标、买卖投标价格、挡标等手段来实施“串标联盟”。据悉，近两年来，广州建设工程交易中心共查处围串标案件 5 宗，处罚 150 多万元。然而，被曝光的仅仅是“冰山一角”，取证难往往导致围串标“毒瘤”难查处。

这是因为在招标实施过程中，资格预审将潜在投标人的信息公开化，形成了串标的信息链。如：招标代理机构采用记名方式出售招标文件，使潜在投标人的数量和身份具有确定性并公开化；采用集中潜在投标人踏勘现场、

召开现场答疑会等方式为潜在投标人聚集在一起创造了条件。通过资格预审招标法招标的工程项目极易产生串标。

今年3月以来,广州建设工程交易中心在番禺区开展招标程序改革试点,将资格后审制度在房屋建筑、市政、交通等50多个招标项目中得到推行,不仅在一定程度上遏制了围标串标行为,节省了财政资金,提高了招标效率以及场地资源使用率,且更加公平、公正、高效,中标价比限价上限平均下降15个百分点。据透露,从6月22日开始,广州建设工程交易中心在招投标资格后审中,将采用招投标过程全电子化:实现招标文件(包括图纸)网上公开发布、网上投标报名、网上答疑、投标文件全电子化、电子开标、计算机辅助评标,在实施资格后审和相配套的一系列制度改革后,可提高招标效率。

广州建设工程交易中心相关负责人表示,按照资格后审制度,在发售招标文件、投标答疑、踏勘现场直至专家抽取、通知、开标的实施过程中,潜在投标人之间和评标专家与潜在投标人之间始终处于一种自然的湮没状态,从而有效地切断围标串标的信息传递链。

(来源:建筑时报)

陕西重点打击七种建筑违规行为

近日,从陕西省住房及城乡建设厅了解到,为防止建筑施工伤亡事故多发趋势,避免造成重大损失和社会影响,从6月起,陕西省将非法建设、无证无照或证照不全、资质不符从事建筑施工等七种行为列为重点“打非”对象。

七种情况和行为具体为:非法建设、无证无照或证照不全、资质不符从事建筑施工等行为;建设工程违法分包、转包和资质挂靠的行为;不具备安全生产标准,不履行法定责任和施工管理程序,而且逃避或者拒绝安全监管的行为;不按规定进行安全培训或无证上岗的;施工总承包单位的施工安全管理对专业承包和劳务分包单位以包代管和包而不管的行为;建筑施工现场“三违”行为,以及重大隐患隐瞒不报或不按规定予以整改的行为;发生事故隐瞒不报、迟报、漏报的行为。上述行为一经发现和查实,依法严处。该经济处罚的,实施经济处罚;该停产整顿的,停产整顿;该吊证取缔的,坚决取缔。

(来源:中国建筑业协会)

最高人民法院关于适用《中华人民共和国合同法》若干问题的解释（二）

（2009年2月9日最高人民法院审判委员会第1462次会议通过，自2009年5月13日起施行 法释〔2009〕5号）

为了正确审理合同纠纷案件，根据《中华人民共和国合同法》的规定，对人民法院适用合同法的有关问题作出如下解释：

一、合同的订立

第一条 当事人对合同是否成立存在争议，人民法院能够确定当事人名称或者姓名、标的和数量的，一般应当认定合同成立。但法律另有规定或者当事人另有约定的除外。

对合同欠缺的前款规定以外的其他内容，当事人达不成协议的，人民法院依照合同法第六十一条、第六十二条、第一百二十五条等有关规定予以确定。

第二条 当事人未以书面形式或者口头形式订立合同，但从双方从事的民事行为能够推定双方有订立合同意愿的，人民法院可以认定是以合同法第十条第一款中的“其他形式”订立的合同。但法律另有规定的除外。

第三条 悬赏人以公开方式声明对完成一定行为的人支付报酬，完成特定行为的人请求悬赏人支付报酬的，人民法院依法予以支持。但悬赏有合同法第五十二条规定情形的除外。

第四条 采用书面形式订立合同，合同约定的签订地与实际签字或者盖章地点不符的，人民法院应当认定约定的签订地为合同签订地；合同没有约定签订地，双方当事人签字或者盖章不在同一地点的，人民法院应当认定最后签字或者盖章的地点为合同签订地。

第五条 当事人采用合同书形式订立合同的，应当签字或者盖章。当事人在合同书上摁手印的，人民法院应当认定其具有与签字或者盖章同等的法律效力。

第六条 提供格式条款的一方对格式条款中免除或者限制其责任的内容，在合同订立时采用足以引起对方注意的文字、符号、字体等特别标识，并按照对方的要求对该格式条款予以说明的，人民法院应当认定符合合同法第三十九条所称“采取合理的方式”。

提供格式条款一方对已尽合理提示及说明义务承担举证责任。

第七条 下列情形，不违反法律、行政法规强制性规定的，人民法院可以认定为合同法所称“交易习惯”：

（一）在交易行为当地或者某一领域、某一行业通常采用并为交易对方订立合同时所知道或者应当知道的做法；

（二）当事人双方经常使用的习惯做法。

对于交易习惯，由提出主张的一方当事人承担举证责任。

第八条 依照法律、行政法规的规定经批准或者登记才能生效的合同成立后，有义务办理申请批准或者申请登记等手续的一方当事人未按照法律规定或者合同约定办理申请批准或者未申请登记的，属于合同法第四十二条第（三）项规定的“其他违背诚实信用原则的行为”，人民法院可以根据案件的具体情况 and 相对人的请求，判决相对人自己办理有关手续；对方当事人对由此产生的费用和给相对人造成的实际损失，应当承担损害赔偿责任。

二、合同的效力

第九条 提供格式条款的一方当事人违反合同法第三十九条第一款关于提示和说明义务的规定，导致对方没有注意免除或者限制其责任的条款，对方当事人申请撤销该格式条款的，人民法院应当支持。

第十条 提供格式条款的一方当事人违反合同法第三十九条第一款的规定，并具有合同法第四十条规定的情形之一的，人民法院应当认定该格式条款无效。

第十一条 根据合同法第四十七条、第四十八条的规定，追认的意思表示自到达相对人时生效，合同自订立时起生效。

第十二条 无权代理人以被代理人的名义订立合同，被代理人已经开始履行合同义务的，视为对合同的追认。

第十三条 被代理人依照合同法第四十九条的规定承担有效代理行为所产生的责任后，可以向无权代理人追偿因代理行为而遭受的损失。

第十四条 合同法第五十二条第（五）项规定的“强制性规定”，是指效力性强制性规定。

第十五条 出卖人就同一标的物订立多重买卖合同，合同均不具有合同法第五十二条规定的无效情形，买受人因不能按照合同约定取得标的物所有权，

请求追究出卖人违约责任的，人民法院应予支持。

三、合同的履行

第十六条 人民法院根据具体案情可以将合同法第六十四条、第六十五条规定的第三人列为无独立请求权的第三人，但不得依职权将其列为该合同诉讼案件的被告或者有独立请求权的第三人。

第十七条 债权人以境外当事人为被告提起的代位权诉讼，人民法院根据《中华人民共和国民事诉讼法》第二百四十一条的规定确定管辖。

第十八条 债务人放弃其未到期的债权或者放弃债权担保，或者恶意延长到期债权的履行期，对债权人造成损害，债权人依照合同法第七十四条的规定提起撤销权诉讼的，人民法院应当支持。

第十九条 对于合同法第七十四条规定的“明显不合理的低价”，人民法院应当以交易当地一般经营者的判断，并参考交易当时交易地的物价部门指导价或者市场交易价，结合其他相关因素综合考虑予以确认。

转让价格达不到交易时交易地的指导价或者市场交易价百分之七十的，一般可以视为明显不合理的低价；对转让价格高于当地指导价或者市场交易价百分之三十的，一般可以视为明显不合理的高价。

债务人以明显不合理的高价收购他人财产，人民法院可以根据债权人的申请，参照合同法第七十四条的规定予以撤销。

第二十条 债务人的给付不足以清偿其对同一债权人所负的数笔相同种类的全部债务，应当优先抵充已到期的债务；几项债务均到期的，优先抵充对债权人缺乏担保或者担保数额最少的债务；担保数额相同的，优先抵充债务负担较重的债务；负担相同的，按照债务到期的先后顺序抵充；到期时间相同的，按比例抵充。但是，债权人与债务人对清偿的债务或者清偿抵充顺序有约定的除外。

第二十一条 债务人除主债务之外还应当支付利息和费用，当其给付不足以清偿全部债务时，并且当事人没有约定的，人民法院应当按照下列顺序抵充：

- （一）实现债权的有关费用；
- （二）利息；
- （三）主债务。

四、合同的权利义务终止

第二十二条 当事人一方违反合同法第九十二条规定的义务，给对方当事人造成损失，对方当事人请求赔偿实际损失的，人民法院应当支持。

第二十三条 对于依照合同法第九十九条的规定可以抵销的到期债权，当事人约定不得抵销的，人民法院可以认定该约定有效。

第二十四条 当事人对合同法第九十六条、第九十九条规定的合同解除或者债务抵销虽有异议，但在约定的异议期限届满后才提出异议并向人民法院起诉的，人民法院不予支持；当事人没有约定异议期间，在解除合同或者债务抵销通知到达之日起三个月以后才向人民法院起诉的，人民法院不予支持。

第二十五条 依照合同法第一百零一条的规定，债务人将合同标的物或者标的物拍卖、变卖所得价款交付提存部门时，人民法院应当认定提存成立。

提存成立的，视为债务人在其提存范围内已经履行债务。

第二十六条 合同成立以后客观情况发生了当事人在订立合同时无法预见的、非不可抗力造成的不属于商业风险的重大变化，继续履行合同对于一方当事人明显不公平或者不能实现合同目的，当事人请求人民法院变更或者解除合同的，人民法院应当根据公平原则，并结合案件的实际情况确定是否变更或者解除。

五、违约责任

第二十七条 当事人通过反诉或者抗辩的方式，请求人民法院依照合同法第一百一十四条第二款的规定调整违约金的，人民法院应予支持。

第二十八条 当事人依照合同法第一百一十四条第二款的规定，请求人民法院增加违约金的，增加后的违约金数额以不超过实际损失额为限。增加违约金以后，当事人又请求对方赔偿损失的，人民法院不予支持。

第二十九条 当事人主张约定的违约金过高请求予以适当减少的，人民法院应当以实际损失为基础，兼顾合同的履行情况、当事人的过错程度以及预期利益等综合因素，根据公平原则和诚实信用原则予以衡量，并作出裁决。

当事人约定的违约金超过造成损失的百分之三十的，一般可以认定为合同法第一百一十四条第二款规定的“过分高于造成的损失”。

六、附则

第三十条 合同法施行后成立的合同发生纠纷的案件，本解释施行后尚未终审的，适用本解释；本解释施行前已经终审，当事人申请再审或者按照审判监督程序决定再审的，不适用本解释。

关于贯彻落实扩大内需促进经济增长决策部署 进一步加强工程建设招标投标监管工作的意见

国家发展改革委 发改法规[2009]1361号

2009年是保增长、扩内需、调结构的关键一年。贯彻落实中央扩大内需促进经济平稳较快增长决策部署，进一步加强工程建设招标投标监督管理工作，对于管好用好政府投资，规范招标投标市场秩序，确保项目工程质量和资金安全，提高投资效益，具有十分重要的意义。为认真落实中央经济工作会议、第十七届中央纪委第三次全会和国务院第二次廉政工作会议部署和要求，现就进一步加强工程建设招标投标监管工作提出如下意见。

一、指导思想

坚持以科学发展观为指导，紧紧围绕党中央、国务院扩大内需促进经济平稳较快增长决策部署，把规范政府投资工程招标投标作为当前的重点任务，严格执行《招标投标法》规定，坚持依法办事；着力规范和完善招标投标制度，强化监督执法；加强工程建设招标投标领域反腐倡廉建设，严肃查处违法违纪案件；切实改进工作作风，提高行政效率，加强部门协调配合，为中央重大决策部署的贯彻落实提供有力保证。

二、主要任务

(一) 坚持规则统一，提供制度保障。一是推动颁布《招标投标法实施条例》，统一招标投标规则，增强法律的可操作性。国家发展改革委和国务院有关招标投标行政监督部门，积极配合国务院法制办做好《招标投标法实施条例》修改完善工作，抓紧颁布实施。二是开展招标投标有关规定清理工作。要按照党中央、国务院关于扩大内需促进经济平稳较快增长的要求，重点清理是否存在非法设定涉及招标投标的行政许可、资质验证、注册登记等与《招标投标法》相抵触的规定；是否存在通过设定歧视性条款限制国产设备使用，以及排斥或者限制外地企业投标等行业垄断和地区封锁的规定；是否存在其他与《招标投标法》不一致，影响扩大内需、促进经济增长决策部署的规定。

及时提出修订或废止的意见，向社会公布清理结果。三是推动形成统一的标准施工招标文件体系。国务院有关行业主管部门要根据《标准施工招标资格预审文件》和《标准施工招标文件》，结合本行业施工特点和管理需要，尽快修订、编制并发布行业范本。符合条件的政府投资项目以及各部门确定的其他项目应按要求使用标准招标文件。国家发展改革委要会同有关部门抓紧编制适用于中小型工程建设项目招标的简明标准招标文件。四是落实国务院装备制造业调整和振兴规划有关加强投资项目设备采购管理的要求，研究制定规范中央预算内投资项目设备采购管理的具体措施，确保自主创新设备采购方案的落实。

(二) 加强监督管理，确保投资安全高效。要将政府投资项目作为招标投标监督管理的重点对象，严格核准招标范围、招标方式和招标组织形式，确保依法应该公开招标的项目实行公开招标。要严格执行《招标投标法》规定，坚决纠正违法设置限制性条件排斥潜在投标人、限制竞争的行为。招标文件不得要求或者标明特定的生产供应者以及含有倾向或者排斥潜在投标人的其他内容。政府投资项目属于政府采购的，除需要采购的工程、货物或者服务在中国境内无法获取或者无法以合理的商业条件获取等法定情形外，应当采购本国产品。确需采购进口产品的，必须在采购活动开展前，按照国家规定报经有关部门审核同意。使用中央投资的项目，在审批可行性研究报告、资金申请报告时，涉及招标的内容中应依法增加对中央投资项目招标代理机构资格及等级的要求。要加强对依法指定的招标公告媒介的监管，规范招标公告发布行为，依法必须招标项目的招标公告必须在依法指定的媒介发布。要严格执行《招标投标法》规定的期限要求，不得任意缩短法定期限。建立健全依法、科学、高效的监控体系，强化全过程监督执法，加大对中标项目合同执行跟踪监督力度，完善工程建设项目招标投标举报投诉处理机制，严肃查处将工程建设项目化整为零、随意简化程序规避招标、虚假招标，违规变更合同，以及围标串标等违法违规行为。有关部门对国家重大建设项目以及其他使用财政性资金采购重大装备和产品的项目，在审批资金申请报告或核准项目申请报告时，对承诺采购自主创新产品的内容进行重点审查，并监督落实。项目实施过程中，发展改革、工业和信息化、商务部门要按照职责分工，加强对装备制造业等工业项目和进口机电设备采购项目招投标活动的监督执法。加大对歧视和排斥投标等违法行为的查处力度。对于全部或部分使用政府投资项目，在招标文件中采用歧视性条件，间接或直接指定采购国

外品牌产品或功能部件，限制国产设备使用的违法行为，依照相关法律法规追究其法律责任。各地区、各有关部门要选取投资规模大、社会影响面广的政府投资项目进行重点检查。监察机关要加强对招标投标执法活动的监督，对于领导干部利用职权违规干预和插手工程建设招标投标，在招标投标过程中进行权钱交易、失职渎职等违法违纪行为，要严肃查处，典型案例要公开曝光。

(三) 推进信息公开，增强透明度。要按照公开、透明的原则，积极推进招标投标信息公开。依法必须招标项目的招标事项核准、资格预审公告、招标公告、中标候选人、中标结果等信息，都要向社会公开。要抓紧落实招标投标违法行为记录公告制度，加大违法行为记录披露力度，促进市场主体自律意识的提高。尚未建立招标投标违法行为记录公告平台的部门和地方，要按照《招标投标违法行为记录公告暂行办法》的要求，尽快建立；条件成熟的地方，要推动建立统一的招标投标违法行为记录公告平台，实现信息的互联互通和互认共用。各地区、各有关部门要在年底前对招标投标违法行为记录公告平台建立和运行情况进行自查。加强招标投标公共服务平台建设，研究组建综合性评标专家库。加快推动招标投标信用体系建设。积极推进电子招标投标试点工作，及时总结试点工作经验。

三、工作要求

(一) 加强组织领导，抓好贯彻落实。加强工程建设招标投标监督管理，规范和健全招标投标制度，是完善社会主义市场经济体制的客观要求，也是贯彻落实中央扩大内需促进经济平稳较快增长政策措施的重要保障。要进一步统一思想，提高认识，特别是要根据今年政府投资力度大、新上项目多的新情况，结合本地区、本行业特点，在严格履行法定程序的前提下，研究提出改进工作作风、简化审批手续、提高审批效率的具体措施，可采取统一审批、联合审批或集中审批的形式，切实提高工作实效和监管水平。各地区、各有关部门要加强领导，周密部署，明确任务，落实责任，切实履行好招标投标监督管理的职责，确保监管到位。

(二) 完善协调机制，增进工作合力。要建立和完善有效的招标投标工作协调机制，加强地区间、部门间在制定规则、监督检查、信息沟通等方面的协调配合，形成条块结合、上下联动、齐抓共管的监管格局。要完善监督执法协作机制，落实行业主管部门与监察机关之间在招标投标违法违纪线索处

理和案件查处工作中的协作配合机制，保证信息渠道畅通，促进全国招标投标监督管理工作协同开展。

(三) 注重调查研究，及时总结经验。各地方、各有关部门要密切关注中央扩大内需促进经济增长政策措施落实情况，及时研究招标投标领域中暴露出来的突出矛盾和问题，总结经验，把握规律，研究提出解决对策。各地方有关部门在工作中遇到的一些普遍性问题，可直接向上级主管部门汇报。对于涉及多部门招标投标活动的重大事项，国务院有关部门应及时提交招标投标部际协调机制会议讨论，共同促进招标投标市场健康发展。

《危险性较大的分部分项工程安全管理办法》

住房和城乡建设部 建质[2009]87号

第一条 为加强对危险性较大的分部分项工程安全管理，明确安全专项施工方案编制内容，规范专家论证程序，确保安全专项施工方案实施，积极防范和遏制建筑施工生产安全事故的发生，依据《建设工程安全生产管理条例》及相关安全生产法律法规制定本办法。

第二条 本办法适用于房屋建筑和市政基础设施工程（以下简称“建筑工程”）的新建、改建、扩建、装修和拆除等建筑安全生产活动及安全管理。

第三条 本办法所称危险性较大的分部分项工程是指建筑工程在施工过程中存在的、可能导致作业人员群死群伤或造成重大不良社会影响的分部分项工程。危险性较大的分部分项工程范围见附件一。

危险性较大的分部分项工程安全专项施工方案（以下简称“专项方案”），是指施工单位在编制施工组织（总）设计的基础上，针对危险性较大的分部分项工程单独编制的安全技术措施文件。

第四条 建设单位在申请领取施工许可证或办理安全监督手续时，应当提供危险性较大的分部分项工程清单和安全管理措施。施工单位、监理单位应当建立危险性较大的分部分项工程安全管理制度。

第五条 施工单位应当在危险性较大的分部分项工程施工前编制专项方案；对于超过一定规模的危险性较大的分部分项工程，施工单位应当组织专家对专项方案进行论证。超过一定规模的危险性较大的分部分项工程范围见附件二。

第六条 建筑工程实行施工总承包的，专项方案应当由施工总承包单位组织编制。其中，起重机械安装拆卸工程、深基坑工程、附着式升降脚手架等专业工程实行分包的，其专项方案可由专业承包单位组织编制。

第七条 专项方案编制应当包括以下内容：

（一）工程概况：危险性较大的分部分项工程概况、施工平面布置、施工要求和技术保证条件。

(二) 编制依据: 相关法律、法规、规范性文件、标准、规范及图纸(国标图集)、施工组织设计等。

(三) 施工计划: 包括施工进度计划、材料与设备计划。

(四) 施工工艺技术: 技术参数、工艺流程、施工方法、检查验收等。

(五) 施工安全保证措施: 组织保障、技术措施、应急预案、监测监控等。

(六) 劳动力计划: 专职安全生产管理人员、特种作业人员等。

(七) 计算书及相关图纸。

第八条 专项方案应当由施工单位技术部门组织本单位施工技术、安全、质量等部门的专业技术人员进行审核。经审核合格的, 由施工单位技术负责人签字。实行施工总承包的, 专项方案应当由总承包单位技术负责人及相关专业承包单位技术负责人签字。

不需专家论证的专项方案, 经施工单位审核合格后报监理单位, 由项目总监理工程师审核签字。

第九条 超过一定规模的危险性较大的分部分项工程专项方案应当由施工单位组织召开专家论证会。实行施工总承包的, 由施工总承包单位组织召开专家论证会。

下列人员应当参加专家论证会:

(一) 专家组成员;

(二) 建设单位项目负责人或技术负责人;

(三) 监理单位项目总监理工程师及相关人员;

(四) 施工单位分管安全的负责人、技术负责人、项目负责人、项目技术负责人、专项方案编制人员、项目专职安全生产管理人员;

(五) 勘察、设计单位项目技术负责人及相关人员。

第十条 专家组成员应当由 5 名及以上符合相关专业要求的专家组成。

本项目参建各方的人员不得以专家身份参加专家论证会。

第十一条 专家论证的主要内容:

- (一) 专项方案内容是否完整、可行;
- (二) 专项方案计算书和验算依据是否符合有关标准规范;
- (三) 安全施工的基本条件是否满足现场实际情况。

专项方案经论证后,专家组应当提交论证报告,对论证的内容提出明确的意见,并在论证报告上签字。该报告作为专项方案修改完善的指导意见。

第十二条 施工单位应当根据论证报告修改完善专项方案,并经施工单位技术负责人、项目总监理工程师、建设单位项目负责人签字后,方可组织实施。

实行施工总承包的,应当由施工总承包单位、相关专业承包单位技术负责人签字。

第十三条 专项方案经论证后需做重大修改的,施工单位应当按照论证报告修改,并重新组织专家进行论证。

第十四条 施工单位应当严格按照专项方案组织施工,不得擅自修改、调整专项方案。

如因设计、结构、外部环境等因素发生变化确需修改的,修改后的专项方案应当按本办法第八条重新审核。对于超过一定规模的危险性较大工程的专项方案,施工单位应当重新组织专家进行论证。

第十五条 专项方案实施前,编制人员或项目技术负责人应当向现场管理人员和作业人员进行安全技术交底。

第十六条 施工单位应当指定专人对专项方案实施情况进行现场监督和按规定进行监测。发现不按照专项方案施工的,应当要求其立即整改;发现有危及人身安全紧急情况的,应当立即组织作业人员撤离危险区域。

施工单位技术负责人应当定期巡查专项方案实施情况。

第十七条 对于按规定需要验收的危险性较大的分部分项工程,施工单位、监理单位应当组织有关人员进行验收。验收合格的,经施工单位项目技术负责人及项目总监理工程师签字后,方可进入下一道工序。

第十八条 监理单位应当将危险性较大的分部分项工程列入监理规划和监理实施细则,应当针对工程特点、周边环境和施工工艺等,制定安全监理工作流程、方法和措施。

第十九条 监理单位应当对专项方案实施情况进行现场监理；对不按专项方案实施的，应当责令整改，施工单位拒不整改的，应当及时向建设单位报告；建设单位接到监理单位报告后，应当立即责令施工单位停工整改；施工单位仍不停工整改的，建设单位应当及时向住房城乡建设主管部门报告。

第二十条 各地住房城乡建设主管部门应当按专业类别建立专家库。专家库的专业类别及专家数量应根据本地实际情况设置。

专家名单应当予以公示。

第二十一条 专家库的专家应当具备以下基本条件：

- （一）诚实守信、作风正派、学术严谨；
- （二）从事专业工作 15 年以上或具有丰富的专业经验；
- （三）具有高级专业技术职称。

第二十二条 各地住房城乡建设主管部门应当根据本地区实际情况，制定专家资格审查办法和管理制度并建立专家诚信档案，及时更新专家库。

第二十三条 建设单位未按规定提供危险性较大的分部分项工程清单和安全管理措施，未责令施工单位停工整改的，未向住房城乡建设主管部门报告的；施工单位未按规定编制、实施专项方案的；监理单位未按规定审核专项方案或未对危险性较大的分部分项工程实施监理的；住房城乡建设主管部门应当依据有关法律法规予以处罚。

第二十四条 各地住房城乡建设主管部门可结合本地区实际，依照本办法制定实施细则。

第二十五条 本办法自颁布之日起实施。原《关于印发〈建筑施工企业安全生产管理机构设置及专职安全生产管理人员配备办法〉和〈危险性较大工程安全专项施工方案编制及专家论证审查办法〉的通知》（建质[2004]213号）中的《危险性较大工程安全专项施工方案编制及专家论证审查办法》废止。

附件一：危险性较大的分部分项工程范围（略）

附件二：超过一定规模的危险性较大的分部分项工程范围（略）