

建筑房地产法实务指导丛书

25

JIANSHE GONGCHENG ANJIAN
LVSHI DAILI SHIWU

建设工程案件 律师代理实务

北京市律师协会建设工程法律专业委员会 编

结合建设工程典型诉讼仲裁案例

深度分析建设工程律师代理技巧

精选疑难争议问题 分享律师胜诉之道



法律出版社
LAW PRESS · CHINA

建筑房地产法实务指导丛书 25

JIANSHE GONGCHENG ANJIAN
LVSHI DAILI SHIWU

建设工程案件 律师代理实务

北京市律师协会建设工程法律专业委员会 编

王霁虹 张国印◎主编



法律出版社
LAW PRESS • CHINA

图书在版编目(CIP)数据

建设工程案件律师代理实务 / 王霁虹, 张国印主编.
—北京: 法律出版社, 2012
ISBN 978 - 7 - 5118 - 3064 - 7

I. ①建… II. ①王…②张… III. ①建筑工程—代理(法律)—律师业务—中国 IV. ①D922.297

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2012)第 008458 号

建设工程案件律师代理实务
王霁虹 张国印 主编

编辑统筹 法律应用出版分社
责任编辑 聂颖
装帧设计 李瞻

© 法律出版社·中国

出版 法律出版社
总发行 中国法律图书有限公司
经销 新华书店
印刷 世纪千禧印刷(北京)有限公司
责任印制 陶松

开本 720 毫米×960 毫米 1/16
印张 19
字数 329 千
版本 2012 年 5 月第 1 版
印次 2012 年 5 月第 1 次印刷

法律出版社/北京市丰台区莲花池西里 7 号(100073)

电子邮件/info@lawpress.com.cn

网址/www.lawpress.com.cn

销售热线/010-63939792/9779

咨询电话/010-63939796

中国法律图书有限公司/北京市丰台区莲花池西里 7 号(100073)

全国各地中法图分、子公司电话:

第一法律书店/010-63939781/9782

重庆公司/023-65382816/2908

北京分公司/010-62534456

西安分公司/029-85388843

上海公司/021-62071010/1636

深圳公司/0755-83072995

书号: ISBN 978 - 7 - 5118 - 3064 - 7

定价: 48.00 元

(如有缺页或倒装, 中国法律图书有限公司负责退换)

前 言

北京市律师协会建设工程法律专业委员会是北京市律师协会设立最早的专业委员会之一,也是北京市律师协会中规模较大的专业委员会之一,现有委员六十余人。

建设工程法律专业委员会主要通过大型业务培训、研讨会、中小型论坛、专家授课、沙龙、汇集出版委员的研究成果等多种方式,提高律师在建设工程及基础设施领域的理论水平和业务素质,加强律师之间的业务交流,拓展律师在建设工程及基础设施特许领域的执业范围。同时,建设工程法律专业委员会还致力于参与相关立法和课题研究等活动,通过多种方式发挥律师的专业优势,发挥律师在整个城市建设法制化进程中的积极推动作用。

建设工程法律专业委员会所涉业务领域主要包括:与房屋、铁路、公路、机场、港口、桥梁、矿井、水厂、污水处理厂、石化项目、水库、各类电站、通讯线路等各种基础设施和建设工程有关的法律事务,及与建筑业范围内的线路、管道、设备安装工程的勘察、设计、新建、扩建、改建及大型建筑装修、装饰等有关法律事务。服务内容涵盖土木建筑工程的招投标、谈判、签约、工程结算、索赔、相关诉讼和仲裁等建设工程的全过程。与本委员会工作相关联的社会机构主要包括:各级建设委员会,发展和改革委员会,水利、交通运输等政府机构,建设工程招标投标管理办公室,与基础设施、能源、资源等与特许经营有关的政府机构,建设工程行业协会等。

本书共收录最新建设工程诉讼、仲裁典型案例26个,包含建设工程的招投标、阴阳施工合同、工程分包、工程转包、工程质量、施工期限、工程变更、工程索赔、造价鉴定、工程结算等方面的纠纷案例。本书结合案件具体发展情况,在结构上有案情简介、管辖争议、仲裁请求、诉讼请求、反诉请求、答辩意见、举证质证、争议焦点、辩论意见、一审裁判、上诉请求、上诉答辩、二审裁判、裁决结果、申请撤销等,最后部分是分析思考、作者简介。为全面介绍案件情况,有的案例还附有答辩状、上诉状、代理词、裁定书、判决书等。这些案例均为建设工程法律专业委员会委员撰写,案例中闪烁着他们的知识与智慧、经验与能力、勤勉与尽责。建设工程法律专业委员会希望通过这些案例总结办案经验,加强专业委

员会内部、外部交流,提高专业委员会律师业务能力,也希望能够对建设单位、施工企业等建设工程参与的企业、人员有所裨益。

北京市律师协会建设工程法律专业委员会

2011 年 11 月

目录

CONTENTS

1. 580 万元投标保证金应否退还纠纷案…………… (1)

北京市盈科律师事务所 张国印

争议要点:1. 尚未签订施工合同时,招标方与投标方因招标活动引起的争议如何确定管辖权;
2. 工程公司有无理由拒签或推迟签订施工合同;
3. 投标保证金的处置。

关 键 词:招标;投标保证金;管辖权争议

2. 实际施工人向建设单位主张工程款的焦点、难点问题 …… (18)

北京市万商天勤律师事务所 王霁虹 高丽春

争议要点:1. 《建设工程施工合同》约定为可调价格,劳动力市场价格上涨,工程人工费是否应当相应调整以及如何调整;
2. 转包合同无效,若工程质量合格,实际施工人是否有权向建设单位主张工程利润;
3. 建设单位应否向实际施工人支付工程款利息及其法理依据,以及利息起算时间如何认定;
4. 建设工程先予执行应当关注的法律问题。

关 键 词:实际施工人;合同无效;工程款利息;不当得利;孳息

3. 通过案例辨析备案合同外的协议是否属于“阴阳合同” …… (28)

北京市安理律师事务所 王清友 王纪朝

争议要点:1. 补充协议书与备案合同是否一致的判断标准;
2. 补充协议书、补充合同是否合法有效;
3. 报价存在争议另行核算时,如何计算履行期间。

关 键 词:补充协议书;阴阳合同;责任起点

4. 违法分包人的责任主体地位及发包人代为支付的法律后果…… (45)

北京市中闻律师事务所 任小平

争议要点:1. 违法分包人的责任主体地位;
2. 发包人代为支付的责任范围。

关 键 词:违法分包;连带责任;代为支付

5. 工程施工合作经营与非法转包之鉴别 …………… (52)

北京市国凯律师事务所 宫兆明

争议要点:1. 能否依据协议约定认定合同为合作经营合同或分包合同;
2. 能否依据“撤离通知”认定通知方单方解除合同。

关 键 词:合作经营;非法转包

6. 承包商逾期 10 个月竣工被索赔纠纷案…………… (64)

北京市营建律师事务所 张世星

争议要点:1. 承包人及发包人应承担的关于工期顺延的证明责任;
2. 如何认定延误工期的违约金。

关 键 词:工期顺延;违约金金额;证明责任

7. 律师巧处管辖争议成功维权之施工合同纠纷案…………… (71)

北京市五泰律师事务所 尚晓民

争议要点:如何利用管辖权争议维护当事人诉讼利益。

关 键 词:管辖权争议;诉讼利益

8. 建设单位以存在严重质量瑕疵为由诉请解除合同纠纷案…………… (78)

北京市盈科律师事务所 李春明

- 争议要点:1. 认定工程如期完工的标准;
2. 质量不合格能否成为解除合同的理由;
3. 合同解除的影响因素。

关 键 词:工期顺延;质量检测;合同解除

9. 施工合同无效,造价鉴定单位应当如何计量、计价 …………… (89)

北京市万商天勤律师事务所 王霁虹 高丽春

- 争议要点:1. 建设工程施工合同被认定为无效合同,鉴定单位应如何计取工程价款;
2. 庭审阶段的举证、质证与鉴定单位组织的“举证”、“质证”的差异,如何正确分配举证责任和认定证据效力;
3. 鉴定单位能否适用法律层面的规定来否定合同约定或解释合同,对当事人争议的项目应否单独列示数据;
4. 基于当事人申请,鉴定单位应否进行现场调查核实。

关 键 词:工程结算;以鉴代审;举证责任;人工费调整

10. 工程洽商和结算文件引发的争议…………… (97)

北京市华伦律师事务所 崔保国

- 争议要点:1. 洽商工程部分的价款如何确定;
2. 未加盖公司公章的法人股东能否列为被告;
3. 洽商单的注意事项。

关 键 词:洽商工程价款;法人股东

11. 这两份会议纪要究竟该如何认定…………… (106)

北京市盈科律师事务所 张国印

争议要点:1. 如何认定会议文件的性质及效力;
2. 如何认定前后两份会议纪要的关系。

关键词:会议记录;会议纪要

12. 这份结算书应否成为最终工程价款结算依据 (116)

北京市亿达律师事务所 张彦荣 兵

争议要点:1. 依据合同具有最终结算权的单位出具的结算书的效力;
2. 在后的“结算书”能否否认在前的“最终工程结算书”;
3. 没有法定代表人或委托代理人签字的结算书是否有效。

关键词:最终结算书;工程造价评估鉴定

13. 关于工程结算造价依据之争议纠纷案 (123)

北京市建诚律师事务所 杨景欣

争议要点:1. 虚假招标后签订的施工合同是否有效;
2. 备案合同非双方实际执行的合同时,应依据招标图纸还是实际施工图纸结算工程价款;
3. 如何计算尚欠工程款利息;
4. 施工方对虚假招标的工程折价或拍卖后的价款是否有优先受偿权。

关键词:虚假招标;工程款利息

14. 相关造价鉴定争议的施工合同纠纷案 (137)

北京市嘉佑律师事务所 宋先丽

争议要点:1. 如何认定恶意鉴定的效力;
2. 关于建设工程的司法鉴定在实务中存在的问题。

关键词:恶意鉴定;鉴定依据;复印件;自由裁量权

15. 通达公司与南海公司工程承包纠纷案 (149)

北京市炜衡律师事务所 王宝华

争议要点:1. 一审鉴定结论与二审鉴定结论的效力等级;

2. 一审法院依职权委托鉴定机构所作鉴定,在原告未申请补充鉴定或重新鉴定的情况下,能否作为定案依据;

3. 二审中上诉人申请重新鉴定,所得鉴定结论能否作为定案依据。

关键词:鉴定结论;重新鉴定

16. 鉴定机构是否存在越权认定的施工合同纠纷案 (166)

北京市安理律师事务所 王清友 许海涛

争议要点:1. 人工费在何种情况下能进行调整;

2. 总包服务费用是否应由开发商承担及标准如何;

3. 施工方是否需要向税务机关缴纳甲供材料的营业税,能否将其转嫁给开发商;

4. 开发单位是否应支付洽商及通知款项;

5. 鉴定机构的越权认定能否作为仲裁依据。

关键词:越权认定;人工费;总包服务费;营业税转嫁

17. 通过合同目的实现来认定争议事项结算纠纷案 (181)

北京市营建律师事务所 张世星

争议要点:合同目的能否作为争议事项结算依据。

关键词:合同目的;结算争议

18. 依鉴定结论已超额支付认定而驳回诉讼请求案 (185)

北京市炜衡律师事务所 王宝华

争议要点:1. 对鉴定结论存在异议的救济途径;

2. 备案合同与补充协议约定不一致时如何选择鉴定依据;

3. 如何认定变更洽商的造价。

关键词:鉴定结论异议;鉴定依据;漏项;甲供材料扣减

19. 建设集团与开发公司被判连带支付工程款纠纷案………… (195)

北京京创律师事务所 孔 民

- 争议要点:1. 如何应对以管辖为由拖延诉讼的情况;
2. 附条件法律行为的期待权能否产生连带给付义务;
3. 开发公司财务人员在决算书上的签字是否具有法律效力;
4. 如何认定利息的计算标准。

关 键 词:拖延诉讼;连带责任;利息计付标准

20. 发包人在欠付工程款范围内向实际施工人承担责任纠纷案…… (204)

北京市场剑律师事务所 李久峰

- 争议要点:1. 如何认定涉及分包的补充协议;
2. 一审法院委托作出的评估报告书作为有效证据的条件;
3. 当事人能否因分包合同无效而拒绝支付分包合同工程款余款;
4. 程序规定在实践中的重要地位。

关 键 词:分包合同;评估报告书;司法公正

21. 阴阳施工合同精彩博弈纠纷案…………… (214)

北京市五泰律师事务所 尚晓民

- 争议要点:1. 合同外项目是否应该给付总包服务费;
2. 多报结算量的情况下是否应由承包方承担结算审核费;
3. 阴阳合同的情况下,应该以何者为结算依据。

关 键 词:阴阳合同;总包服务费;结算量

22. 北京南方红日装饰装潢有限责任公司与北京顺义建筑工程 公司金属结构厂建设工程施工合同纠纷案…………… (219)

北京市法大律师事务所 王步峰

争议要点:1. “施工方是否完成全部施工义务”的举证责任应该由谁承担, 施工方还是发包方;

2. 施工方未按合同约定进行施工, 应以何为依据确认涉案工程造价;

3. 如何认定已交付工程的工程量及工程质量对合同履行情况的影响。

关键词: 举证责任; 工程量; 工程质量

23. 诉请二千一百万余元被裁决反赔近十万元施工合同纠纷案 (234)

北京市韬远律师事务所 姜小燕

争议要点:1. 合同条件发生变化后签订补充条款的, 如何认定工程款结算依据;

2. 如何应对施工单位的巨额索赔;

3. 建设单位如何进行反索赔。

关键词: 补充条款; 实质性内容; 索赔; 反索赔

24. 一起旷日持久的施工合同纠纷案件代理始末 (245)

北京市建孚律师事务所 单建国

争议要点:1. 因故顺延工期时, 是否应同时更改开工时间;

2. 如何应对不公正仲裁裁决;

3. 如何应对案件中的建筑工程专业问题。

关键词: 开工时间; 撤销仲裁裁决; 专业知识

25. 结算后无据反悔四审终驳回 (257)

北京市两高律师事务所 王文杰

争议要点:1. 互不追讨及索偿协议能否被撤销;

2. 被告如何应对原告提出的鉴定申请;

3. 要求减付工程款是反诉还是反驳;

4. 如何应对造价鉴定机构违反从约原则的问题。

关键词: 无据反悔

26. 施工合同中未约定仲裁管辖条款却参加仲裁的法律后果…… (275)

北京市建孚律师事务所 单建国

争议要点:1. 施工合同未约定仲裁管辖条款却参加仲裁的法律后果;
2. 在有法可依的情况下依据最高人民法院的会议精神作出判决是否合理。

关键词:三方协议;仲裁管辖条款

27. 施工现场火灾引发的巨额损失赔偿纠纷案…… (281)

北京市两高律师事务所 王文杰

争议要点:1. 如何确认违法、违规、违约行为导致的火灾事故的管辖;
2. 如何确认施工中发生的火灾的责任主体及其主观过错;
3. 如何认定相关主体的责任、赔偿范围及赔偿比例。

关键词:火灾事故;主观过错;民事赔偿范围

[案例 1]

580 万元投标保证金应否退还纠纷案

北京市盈科律师事务所 张国印

- 争议要点:1. 尚未签订施工合同时,招标方与投标方因招标活动引起的争议如何确定管辖权;
2. 工程公司有无理由拒签或推迟签订施工合同;
3. 投标保证金的处置。

关键词:招标;投标保证金;管辖权争议

案情简介

2009 年 11 月 20 日,某工程有限公司(以下简称工程公司)购买了某高速公路公司(以下简称高速公路公司)对国家高速公路网某地区连接线路基土建工程 G 标段(K0+000-K7+600)工程施工招标文件。之后,工程公司按时递交了施工投标文件,并提交了 80 万元现金以及 500 万元银行保函作为投标保证金。

2009 年 12 月 18 日,高速公路公司向工程公司发出了中标通知书,通知工程公司被确定为中标人,中标价为 423 857 577 元。通知书要求工程公司在接到该通知书后的 7 日内到高速公路公司签订施工承包合同和提交履约担保。同月 25 日,工程公司向高速公路公司发出律师函,表示不能接受高速公路公司的中标通知,认为存在违背国家法律、法规的经营风险,要求尽快退还投标保证金。

2010 年 1 月 8 日和 2 月 23 日,工程公司又两次致函高速公路公司,以高速公路公司招标工程项目相应资金或资金来源不能确定已经落实,招标工程项目核准手续并非齐备、完善,至今仍未提供政府相关部门审查、审批的书

面证明材料,以及高速公路公司以现金和银行保函形式收取 580 万元保证金的行为违反国家发改委等七部委局 2003 年 3 月 8 日发布的第 30 号令《工程施工招标投标办法》为由,要求高速公路公司退还现金和银行保函。

2010 年 3 月 10 日,工程公司向某区法院起诉高速公路公司,请求:1. 确认被告关于 G 标段工程招标并不具备招标条件;2. 确认被告以现金、银行保函形式收取原告 580 万元投标保证金的行为违反《工程建设项目施工招标投标办法》第 37 条规定;3. 判决被告返还原告 80 万元招标保证金;4. 判决撤销被告收取原告的 500 万元银行保函;5. 判决被告承担本案全部诉讼费用。

高速公路公司提出管辖异议,认为双方在招标文件第 24.1 中约定了争端的解决方式:“本项目争端解决方式约定为仲裁方式,仲裁机构为:××(实名略)仲裁委员会(以下简称仲裁委员会)”,人民法院无管辖权。

2010 年 3 月 12 日,高速公路公司就投标保证金争议以工程公司为被申请人,向仲裁委员会提出仲裁申请。

2010 年 4 月 6 日,工程公司就高速公路公司向仲裁委员会提出的仲裁申请,提出管辖权异议。仲裁委员会随后中止了该案的审理,等待法院的裁决结果。

管辖争议

一、工程公司关于案件管辖权的意见

工程公司先后向法院及仲裁委员会提出该案应由法院审理的意见,具体理由:

1. 仲裁机构无管辖权

关于 G 标段施工招投标纠纷案件管辖权应依据招标文件中招标公告、投标人须知内容确定。如在招标公告、投标人须知内容中确定了招投标争议解决方式,则招标人、投标人任何一方应依此争议解决方式提起诉讼或者申请仲裁。如在招标公告、投标人须知内容中没有确定招投标争议解决方式,或者确定的争议解决方式无效,则双方争议应通过诉讼方式解决。

高速公路公司在招标文件的招标公告、投标人须知中并未确定招投标争议解决方式,所以,高速公路公司与工程公司招投标纠纷应通过诉讼方式解决,仲裁机构无管辖权。

2. 高速公路公司申请仲裁的管辖权依据不具有法律效力

高速公路公司以招标文件第 4 章合同条款及格式中第 2 节专用合同条款

第28项为依据申请仲裁,该仲裁依据不具有法律效力。

(1)《中华人民共和国招标投标法》第46条规定,招标人和投标人应当自中标通知书发出之日起30日内,按照招标文件和中标人的投标文件订立书面合同。根据上述规定可知:①施工承包合同为招投标双方在招标人发出中标通知书后应签订的书面合同;②在招标人发出中标通知后,招投标双方应该签订施工承包合同,而不能以招标文件中确定的通用合同条款、专用合同条款代替双方应签订的施工承包合同;③招标文件第4章的合同条款及格式只是招投标双方签订施工承包合同的拟定内容,在施工承包合同未签订前,相应争议管辖权条款并不具有法律效力。

(2)由于高速公路公司在并不具备招标条件的情况下进行招标,工程公司提出质疑,并且尚未签订施工承包合同,因此该尚未签订的施工承包合同中争议解决条款并不具有法律效力。

(3)专用合同条款属于尚未签订的施工承包合同的一部分,招标文件中的合同条款(包括通用合同条款、专用合同条款)都是尚未签订的施工承包合同条款,其所有条款都属于并且仅属于将要签订的施工承包合同,对于招投标纠纷案件管辖权不具有法律约束力。

(4)当然,专用合同条款第28项确定“争议的最终解决方式:仲裁”,该确定内容也并不清楚,这里“争议”的范围并不明确。招投标双方可能发生的争议很多,什么样的争议应申请仲裁解决,是一项争议、几项争议抑或是任何争议都应申请仲裁解决,这些都不清楚,也不明确。因此上述关于待签订的施工承包合同仲裁管辖权的规定并不明确。即使双方已签订施工承包合同,并且在该合同约定了这样的争议解决方式,这些条款也因约定的仲裁争议范围不明确而不具有法律效力。

二、高速公路公司关于案件管辖权的意见

高速公路公司认为,按照合同法原理,其发出招标文件构成书面的要约邀请;工程公司递交投标文件,构成书面要约,该要约对高速公路公司的招标文件全部认可;其后,高速公路公司发出中标通知书,已构成书面承诺。故招标文件中包含的合同专用条款第24.1条中,双方已对争议的解决由仲裁委员会管辖进行了约定。

三、管辖权争议结果

2010年5月17日,一审法院作出裁定,认为该案争议应通过仲裁解决,驳回了工程公司的起诉。工程公司不服,提出上诉。

2010年8月25日,二审法院驳回上诉,维持了原裁定。

2010年9月6日,工程公司向仲裁委员会提出反请求。

仲裁请求

高速公路公司在其请求中陈述,工程公司于2009年12月9日递交了投标文件、响应G标段工程施工招标文件参与投标,并提交了投标保证金580万元(含现金80万元和500万元的银行保函)。高速公路公司于2009年12月18日向工程公司发出了中标通知书,告知其在收到中标通知书后7日内前来签订施工承包合同。但工程公司于2009年12月25日发函给高速公路公司,明确表示放弃中标项目,不签订施工承包合同。

工程公司明确表示放弃中标、不签订施工承包合同的违约行为,严重影响了该项目招标建设工作的顺利进行,给高速公路公司造成了巨大损失。按照《中华人民共和国招标投标法》、《工程建设项目施工招标投标办法》以及相关招投标文件等有关规定,高速公路公司有权没收工程公司的投标保证金580万元。

基于上诉事实和理由,高速公路公司请求裁定:

一、确认高速公路公司不予退还工程公司投标保证金580万元(含现金80万元和500万元的银行保函);

二、本案全部仲裁费用由工程公司承担。

答辩意见

2009年11月6日,高速公路公司开始对G标段工程施工进行招标。高速公路公司在招标文件中规定,投标保证金的金额为每个标段提交80万元人民币的现金担保和500万元人民币的银行保函。

工程公司购买了高速公路公司的招标文件,并按招标文件规定时间向工程公司递交了施工投标文件,提交了80万元现金和500万元的银行保函作为投标保证金。

2009年12月18日,高速公路公司向工程公司发出了中标通知书,通知工程公司被确定为中标人,为中标价423 857 577元。

在工程公司准备与高速公路公司签订施工承包合同之时,工程公司发现高速公路公司关于G标段工程招标并不具备招标条件,且高速公路公司收取80万元现金和500万元的银行保函的投标保证金形式亦违反《工程建设项目施工