

造价改革之我见：招标工程量清单的错漏项风险应由谁承担（下）

原创 朱永超 王先伟 广东省建设工程标准定额站订阅号 今天

造价改革之我见：招标工程量清单的错漏项风险应由谁承担（下）

——透过常见案例分析说明造价改革之观念改革

说明

本文系我站工程造价法制化改革专项工作组专家整理分析了不同观点及其理由，分享于此，以飨诸君，以期共同推动工程造价改革，纯属业务交流，故文中所提观点和分析意见并不代表我站立场。

一、 招标工程量清单的错漏项风险由谁承担的常见案例

某工程项目的施工招标文件规定：投标人应该详细检查招标文件的所有内容，如发现招标文件（包括招标工程量清单）缺损、错漏或对招标文件有任何疑问，应当向招标人提出澄清（质疑）；如果投标人没提出质疑的，但实际确实存在错漏项等情形的，则结算不作调整，由投标人自行承担。

在该项目招投标过程中，投标人在招标答疑等环节中未提出清单存在错漏项的问题，而在合同履行中发现了招标工程量清单存在错漏项，对于此情形，承包人能否主张对错漏项进行结算价款调整？

二、 现有裁判观点

当前有关此问题存有几类不同观点：

第一类观点认为在结算时应予以调整。理由是根据《建设工程工程量清单计价规范》（GB50500-2013）的规定，因招标文件是招标人提出的，工程量清单缺漏项的风险应由招标人承担，应作出对招标人不利的解释；

第二类观点认为要区分是对图纸范围包干还是对招标工程量清单的包干，如果是对图纸范围的包干则应不予调整结算价款（还要注意图纸是否存在变更），如果是对招标工程量清单的包干，则应当考虑清单缺漏项的调整问题；

第三类观点认为不应调整，该风险分担的条款属于有效的约定，应由投标人承担缺漏项的风险。

本文作者总结了当前司法实践中关于此问题的裁判案例和观点，存在由发包人承担责任说、由承包人承担责任说、根据诚实信用原则及过错责任来确定三种不同的判例意见。现分述如下：

1. 由发包人承担责任说

江苏省高级人民法院（2016）苏民终1151号认为：《中华人民共和国建筑法》第十八条规定，建筑工程造价应当按照国家有关规定，由发包单位与承包单位在合同中约定。本案工程采用工程量清单计价方式通过招投标签订合同作为计算工程造价的依据，《建设工程工程量清单计价规范》系国家建设主管部门对工程量清单计价方式的规范文件，根据其中强制性条文第3.1.2条规定，采用工程量清单方式招标，工程量清单必须作为招标文件的组成部分，其准确性和完整性由招标人负责。本案建设工程施工合同第23.2条C款条款约定如工程量清单存在漏项、错误、特征及工作内容描述不准确则由××承担不利后果的约定与该强制性条款相冲突，故不应作为双方的结算依据。

2. 由承包人承担责任说

吉林省高级人民法院（2015）吉民申字第137号认为：《建设工程工程量清单计价规范》GB50500-2003规定（笔者注：此处非2008版或2013版清单规范），本规范中以黑体字标志的条文为强制性条文，必须严格执行。但该规范中的黑体字条文部分，并无工程量清单与实际不符合由制作方负责的强制性规定，对此情况，南方航空公司的《招标文件》中进行了约定，即“投标人参照施工图纸核对工程清单，如认为工程量清单有误，可以进行修改，如不作修改，将视为同意工程量清单，如中标，在签订合同价款时不予调整”。而中建总公司于2004年3月21日对南方航空公司就本工程出具的《投标文件》中的投标价表示同意，并认可按上述图纸和合同履行相关义务。双方于2004年4月16日签订《施工合同》、南方航空公司的《招标文件》及中建总公司出具的《投标文件》，均系双方的真实意思表示，对本案双方当事人均具有约束力。

3. 根据诚实信用原则及过错责任确定

广东省高级人民法院（2015）粤高法民终字第12号认为：需要指出的是，采用工程量清单计价作为招标方式属现行招标的主要形式，鉴于建设工程清单确定的复杂性和专业性，招标人

确定的工程量清单难免会出现漏项漏量的情形，招标人和投标人可以对这种漏项漏量的风险通过合同的方式进行分配。但这种漏项漏量应控制在合理范围之内，发包人和承包人在招投标过程中应本着诚信原则，尽量减少漏项漏量的发生，以维护建筑市场的正常交易秩序。发包人未履行其作为招标人编制工程量清单的审慎义务，将超过合理范围之外的漏项漏量责任全部归由承包人承担，不仅有违《建设工程工程量清单计价规范》的规定，也有违诚信原则。承包人作为专业的建筑公司，亦应审慎核实招标人编制的工程量清单，及时指出工程量清单中的漏项漏量情况，如果对于超过合理范围之外的漏项漏量未能发现和指出，不仅与其专业建筑公司的能力水平不符，也有违诚信原则。本案中，**工程量清单漏项漏量达到56.55%，显然已超出了建设项目漏项漏量的合理范围**，表明双方在涉案工程招标中不仅存在过错，也未遵循诚信原则参与招投标。因此，一审判令黄冈中学广州学校向广州二建公司补偿工程量清单漏项漏量差价12306000元，既考虑了双方的过错程度，又有利于弘扬诚信原则，本院予以维持。

三、关于招标文件中该规定的效力

观点1：该约定属于违约责任的约定，应认定有效，但在具体案件处理中应综合考虑诚实信用原则及过错责任。理由如下：

1. 约定由承包人承担工程量清单错漏风险属于违约责任，对双方具有拘束力。通过对上述法院判例分析可以看出，确实存在由承包人承担工程量清单错漏风险约定无效的观点。但从《建设工程施工合同示范文本》（GF—2017—0201）通用条款约定：“1.13工程量清单错误的修正 除专用合同条款另有约定外，发包人提供的工程量清单，应被认为是准确的和完整的。出现下列情形之一时，发包人应予以修正，并相应调整合同价格：（1）工程量清单存在缺项、漏项的”，在专用条款约定：“1.13工程量清单错误的修正出现工程量清单错误时，是否调整合同价格：___”，从上述条款分析，虽然示范文本通用条款将工程量清单错漏的风险归于发包人，并认为应该调整合同价格，但允许双方在专用条款就价格风险以约定的方式归于承包人。

在2013清单计价规范早已生效的前提下，示范文本仍然允许当事人在专用条款就清单错漏是否调整价款做出约定，由此可认为，双方当事人约定清单错漏的风险由承包人承担应该是被允许的，该约定应当认定为有效并对双方具有拘束力。

从整个逻辑结构来看，该规定的条款属于违约责任的设定方式。首先为投标人通过合同约定设置一个复核清单及提出澄清的义务，然后规定如果投标人没有复核出问题并提出澄清的，法律后果是“结算不做调整”，即承包人丧失要求因为清单错漏调整价款的权利。

但需要指出的是，承包人的复核及提出澄清义务，与发包人支付清单错漏项对应的工程价款义务之间，两者并不是一个对待【还是对等？】给付关系。如果两者是对待给付关系的话，那么承包人不履行自身义务的，当然不能要求对方做对待【还是对等？】给付。但发包人支付清单错漏项价款义务，其对应是相应的错漏项在施工中已经完成，承包人因此具备价款请求权。承包人完成施工内容后，自然具备对价款的请求权，只是因为双方在合同中约定了承包人必须履行相应的义务而承包人未履行，因此导致阻却了承包人价款请求权的行使。

2. 在具体案件处理中应考虑诚实信用原则及过错责任。即便允许双方通过约定的方式将工程量清单错漏的责任归于承包人，但发包人在缔约过程中，仍应遵循民法基本的诚实信用原则。如发包人将责任归于承包人后，不审慎的编制工程量清单，造成工程量清单的错漏超过通常认为合理的限度，由此造成对承包人的损害，此时发包人应当承担相应责任，而不能一味的将责任归于承包人。

就承包人而言，如果招标文件中明确提出了应由承包人对工程量清单进行复核并提出其中的错漏，承包人即应当根据该约定，对招标工程量清单负有特别的注意义务。但在实践中，由于时间、工作量以及问题复杂程度的关系，承包人通常很难完全检查出清单的错漏项问题。如果该错漏项属于承包人依据发包人所给出的工程资料及时间，以一般承包商的技术水平正常应当可以发现的问题，而承包人未发现，则承包人过错程度较高；而如果该错漏项根据发包人所给出的工程资料及时间，一般承包商的技术水平通常难以发现，则此时承包人的过错程度会较低。

观点2：上述招标文件的规定不能发生效力，应由招标人承担工程量清单缺项的风险。具体分析理由如下：

1. 招标人采用工程量清单进行招标，《建设工程工程量清单计价规范》为招标文件和中标合同的有效组成成分。招标人在招标时提供了工程量清单，则应当遵守《建设工程工程量清单计价规范》的相关规定，规范构成招标文件和中标合同的当然、有效构成成分，规范的所有条款都应当遵守和适用。《建设工程工程量清单计价规范》（GB50500-2013）强制性条文第4.1.2条规定：“招标工程量清单必须作为招标文件的组成部分，其准确性和完整性应由招标人负责”。若招标人在招标文件中要求投标人检查核实招标工程量清单缺损或错漏并承担相应的不利后果，因该要求与规范的强制性条文相违背，故不应产生约束力。

有观点认为，因发包人的专业能力有限，应当允许在招标文件中作出上述规定。但笔者认为，建筑工程属于特殊的承揽合同，发包人作为定作人，其在招标文件编制时间没有限制的情况下都不能准确地提出建造要求（招标工程量清单缺漏项），又怎能要求承揽人在有限的

投标期内代替发包人去复核招标文件的准确性和完整性呢？何况，当前发包人在自身专业能力不足时聘请专业的顾问单位（招标代理、造价咨询等）代替其编制招标文件已是行业普遍现象。

2.《建设工程工程量清单计价规范》（GB50500-2013）是国家标准，系根据《标准化法》授权所制定，强制性条文必须执行。《标准化法》第二条规定：“本法所称标准（含标准样品），是指农业、工业、服务业以及社会事业等领域需要统一的技术要求。标准包括国家标准、行业标准、地方标准和团体标准、企业标准。国家标准分为强制性标准、推荐性标准，行业标准、地方标准是推荐性标准。强制性标准必须执行”。《建设工程工程量清单计价规范》GB50500，属于国家标准，根据《标准化法》的规定，其条款必须执行。

四、造价改革动向和缘由

2017年，国务院要求对国内的工程造价进行改革，并发布《国务院关于印发“十三五”市场监管规划的通知》（国发[2017]6号）和《国务院办公厅关于促进建筑业持续健康发展的意见》（国办发[2017]19号）。同年，住房和城乡建设部做出《关于加强和改善工程造价监管的意见》（建标[2017]209号）。2019年12月23日，全国住房和城乡建设工作会议明确对工程造价进行改革，优化营商环境。

国务院、住建部明确指出造价改革的目标是市场化、国际化、法制化、信息化。考虑到本文前述讨论工程量清单缺陷风险承担问题的众多争议观点，为了更好的发挥工程量清单的作用，为投标人提供一个合理的报价平台和基础，引导投标人良性竞争，实现通过市场竞争形成价格的定价机制，同时更好的平衡招标人和投标人的权利义务及风险，维护建筑市场秩序，关于工程量清单的准确性和完整性责任承担问题，需要结合造价改革的要求，探索新的解决思路。

我们认为，应根据工程量清单形成的不同合同计价方式，分配工程量清单的准确性和完整性责任承担主体。具体责任分配方式为：对于采用工程量清单形成的单价合同，应由招标人负责招标工程量清单的完整性和准确性，招标人提供的其他文件供参考；对于采用施工图纸包干的总价合同，应当由投标人负责工程量清单的完整性和准确性，即总价对应的是招标时招标人提供的施工图纸，如果招标人同时提供了招标工程量清单，该招标工程量清单仅供参考。

形成上述观点的主要考虑因素是：定额计价作为计划经济的产物，反映的是社会平均水平，不能体现市场主体的竞争性，不符合市场化的要求，其自身存在着适用的局限性。工程量清

单计价是为了改变定额计价的局限性而产生，使得市场主体可以自由竞争进行报价，通过市场化无形的手实现施工企业的优胜劣汰。

在工程量清单计价模式下，由招标人提供招标工程量清单的初衷，是希望给所有的投标人提供一个共同的报价平台，即在相同的工程量清单（包含具体的工程项目和工程量）的基础上，由所有的投标人进行报价。招标人根据投标人的报价，进行比较衡量，选择最优、最合适的投标人。基于此种考量，2013版《建设工程工程量清单计价规范》中规定由招标人负责招标工程量清单的完整性和准确性，实际工程结算时根据应计量的实际工程量予以计量。在此种模式下，最重要是投标所报的综合单价、而非工程量的多少，工程量按实结算即可，故该情形适用于单价合同计价模式。

而实践中存在另外一种情形，即施工图纸已经设计完成的情况，此时承包人的工作内容和范围已经可以确定，此时如采用工程量清单计价模式，就施工图纸内容形成固定总价合同时，如继续要求招标人对工程量清单的准确性和完整性负责，则过分加大了招标人的责任，也不利于投标人发挥其施工的专业性。因此，在此种情形下，因施工图纸已经设计完成，投标人完全可以根据自身施工经验和专业水平，结合招标人提供的施工图纸，确定具体的施工方案，计算完成该施工图纸内容的具体工程量，进而综合考虑进行竞争性的报价，形成总价合同。此时，工程量清单的完整性和准确性由投标人负责，更易形成市场定价的价格形成机制，形成良好、健康的市场竞争氛围。基于以上原因，最新的观点认为，对于采用工程量清单形成的单价合同、总价合同，应当进行区分，分别由招标人、投标人负责工程量清单的完整性和准确性。