安徽省高级人民法院

民 事 判 决 书

（2021）皖民终477号

上诉人（一审原告）：江西建工建筑安装有限责任公司，住所地江西省南昌市青山湖区北京东路888号。

法定代表人：余恕保，该公司董事长。

委托诉讼代理人：张伟，上海锦天城(合肥)律师事务所律师。

委托诉讼代理人：孙汉文，上海锦天城(合肥)律师事务所律师。

被上诉人（一审被告）：淮矿地产淮南东方蓝海置业有限责任公司，住所地安徽省淮南市田家庵区南山村B区34号一层商铺。

法定代表人：刘春波，该公司执行董事。

委托诉讼代理人：朱亚，上海建纬（合肥）律师事务所律师。

委托诉讼代理人：杨玲玲，上海建纬（合肥）律师事务所律师。

上诉人江西建工建筑安装有限责任公司（以下简称江西建工）因与被上诉人淮矿地产淮南东方蓝海置业有限责任公司（以下简称东方蓝海公司）建设工程施工合同纠纷一案，不服安徽省淮南市中级人民法院（2020）皖04民初238号民事判决，向本院提起上诉。本院于2021年3月16日立案后，依法组成合议庭公开开庭对本案进行了审理。上诉人江西建工的委托诉讼代理人张伟、孙汉文，被上诉人东方蓝海公司的委托诉讼代理人朱亚、杨玲玲到庭参加诉讼。本案现已审理终结。

江西建工上诉请求：1、依法撤销一审判决，改判支持江西建工一审全部诉讼请求或将本案发回重审；2、一、二审诉讼费用均由东方蓝海公司负担。事实和理由：1、一审未查清招标控制价及评标基准价是否错误，径行驳回江西建工全部诉讼请求错误。东方蓝海公司编制的招标控制价及评标基准价错误，必然导致案涉中标无效、合同无效。（1）东方蓝海公司未严格按招标文件规定的计价依据和规范编制案涉工程的招标控制价,导致控制价错误。（2）一审对江西建工要求调取案涉工程的最高投标限价及成果文件的申请不予准许错误。（3）招标控制价错误，导致评标基准价错误,对中标结果造成了低于成本价的不符和事实的实质性影响,根据相关规范应当认定中标无效、合同无效。2、一审认定“投标人不得以低于成本的报价竞标不属于效力性规定及无论东方蓝海公司公布的招标控制价是否低于成本，均不导致双方签订的建设工程施工合同无效”错误。法律规定的低于成本价中标系效力性强制性规定，违反该规定签订的合同应当被认定为无效。3、案涉工程属于低于成本价中标，应当依法认定为无效合同。江西建工承包的案涉工程，东方蓝海公司发布的招标控制价为121218561.83元，江西建工委托编制的工程量清单控制价为146162673.38元，工程差量为7550571.97元，合计为153713245.35元，江西建工的投标报价为101961617.57元。投标报价(中标价)低于实际控制价达33.67%，已远超相关规范认定中标价低于成本价的最低标准。案涉工程低于成本价中标已属于不争的事实，所签订的合同依法应认定为无效合同。综上,一审认定事实和适用法律均存在错误，请求依法纠正一审错误判决，维护江西建工的合法权益。

东方蓝海公司辩称，1、一审认定事实清楚、适用法律正确。一审认为不论招标控制价是否低于成本，均不导致合同无效，江西建工提起本案诉讼请求所依据的基础规范不适用本案；并认为“江西建工申请律师调查令调取案涉工程的最高投标限价及成果文件，对本案事实和使用法律不产生影响，故不予准许”，符合双方签署合同时的本意，符合法律规定。一审根据举证责任驳回江西建工诉请并无不当。2、江西建工上诉请求及主张不能成立。（1）案涉工程招标程序合法合规。（2）江西建工在投标前、签订合同时及施工过程中均未提出招标控制价低于成本价，未就招标控制价及工程量清单提出异议。（3）江西建工直到一审第二次庭审调查时经一审法院释明，方明确提出案涉建设工程施工合同无效，其此前从诉状陈述到法庭调查均未对合同效力提出异议。（4）案涉建设工程施工合同真实、合法、有效。（5）江西建工是否提出异议均不构成合同变更。截至二审庭审，江西建工未举证证明其曾在履约过程中就招标控制价及工程量清单提出异议。合同履行过程中双方亦未就此达成任何协议。变更应有合同依据或法定依据，本案中，江西建工均未提供，故江西建工是否就招标控制价及工程量清单提出异议均不构成合同变更。（6）招标控制价并非江西建工报价唯一依据。（7）江西建工委托第三方编织的造价文件不能作为认定案涉工程成本价的依据。3、江西建工的诉请与合同效力无关。案涉建设工程施工合同合法有效，不属于无效合同。江西建工上诉称案涉建设工程施工合同无效损害公共利益不能成立。案涉建设工程施工合同不存在危害社会不特定主体利益、限制经济自由、违反公平竞争等无效情形。江西建工援引《中华人民共和国招标投标法》三十三条规定认为案涉建设工程施工合同无效不能成立。退一步说，无效合同依法双方返还，本案建设工程施工合同标的是建设工程，施工内容已履行完毕并通过竣工验收，无法再行返还。具体到本案，无疑应按合同约定结算，东方蓝海公司认为江西建工应依据合同约定应尽快提交结算资料，以期早日完成结算工作。综上，江西建工诉请东方蓝海公司补足招标控制价差价、支付工程量清单差量，不仅有违诚实信用原则，且无事实及法律依据，一审判决驳回其诉请认定事实清楚、适用法律正确，请求二审法院依法予以维持。

江西建工向一审法院起诉请求：1、判令东方蓝海公司向江西建工补足江西建工委托造价编制的工程量清单招标控制价146162673.38元（含预留金570万元）与东方蓝海公司委托编制的招标控制价121218561.83元（含预留金570万元）的差额24944111.55元；2、判令东方蓝海公司向江西建工支付工程清单差量7731848.65元；3、本案诉讼费用及造价编制费用均由东方蓝海公司负担。

一审法院认定事实：东方蓝海公司于2018年4月2日发布招标公告，对舜耕华府一期项目（2#、3#、5#、7#、9#、12#住宅楼、1#大门、1#地下车库）工程施工总承包组织招投标，开标日期为2018年4月26日。2018年4月17日发布招标控制价公告，招标控制价为121218561.83元(含预留金570万元)。江西建工以101961617.57元投标报价中标，2018年4月28日，东方蓝海公司向江西建工发放中标通知书。2018年6月23日，东方蓝海公司向江西建工发《关于舜耕樾府项目（2#、3#、5#、7#、9#、12#住宅楼、1#大门、1#楼地下车库）标后核量的函》，江西建工签收。双方于2018年5月25日签订《建设工程施工合同》，合同总价为101961617.57元（含预留金570万元）。案涉工程于2018年7月31日开始施工，于2020年10月15日竣工。东方蓝海公司按双方签订的建设工程施工合同约定履行支付工程款义务，工程款尚未支付完毕。

一审法院归纳本案争议焦点为：江西建工各项诉讼请求是否有事实和法律依据，应否支持。

一审法院认为，江西建工提起本案诉讼是基于其与东方蓝海公司签订的建设工程施工合同，本案基础法律关系为建设工程施工合同纠纷。江西建工认为东方蓝海公司委托的造价咨询机构没有按照招标文件明确的编制依据进行编制，导致编制的招标控制价低于成本价，其未能及时发现该问题，造成其投标中标价也低于成本价，双方签订的建设工程承包合同因违反法律、行政法规的强制性规定而无效，故而提起本案诉讼。因江西建工未在起诉状中对其请求权的基础规范予以明确，经释明，其明确主张双方签订的建设工程施工合同无效所依据的基础规范为《中华人民共和国合同法》第五十二条第五项，即违反法律、行政法规的强制性规定而无效。具体违反了《中华人民共和国招标投标法》第三十三条“投标人不得以低于成本的报价竞标，也不得以他人名义投标或者以其他方式弄虚作假，骗取中标。”和第四十一条第二项“中标人的投标应当符合下列条件之一：（二）能够满足招标文件的实质性要求，并且经评审的投标价格最低；但是投标价格低于成本的除外。”以及《中华人民共和国招标投标法实施条例》第五十一条第五项“有下列情形之一的，评标委员会应当否决其投标：（五）投标报价低于成本或者高于招标文件设定的最高投标限价”。

《中华人民共和国合同法》现已被废止，该法第五十二条第五项现已被《中华人民共和国民法典》第一百五十三条第一款“违反法律、行政法规的强制性规定的民事法律行为无效。但是，该强制性规定不导致该民事行为无效的除外”所取代。《中华人民共和国招标投标法》第三十三条及四十一条第二项及《中华人民共和国招标投标法实施条例》第五十一条第五项，虽然都规定了投标人不得以低于成本价竞标，但对法律、行政法规中的强制性规定应区分管理性强制性规定和效力性强制性规定，只有后者才影响合同的效力。区分这两种不同性质的规定，一是审查法律及行政法规是否明确规定违反该类规定将导致合同无效的后果；二是审查违反该条款的合同内容是否损害国家利益和社会公共利益。对于《中华人民共和国招标投标法》第三十三条，其前半部分规定“投标人不得以低于成本的报价竞标”，后半部分规定投标人“不得以他人名义或者其他方式弄虚作假，骗取中标”。对这两部分内容，《中华人民共和国招标投标法》规定了不同的法律后果。投标人以低于成本的报价竞标的，《中华人民共和国招标投标法》并未规定任何法律责任；但对于后一部分，该法却在第五十四条中明确规定“投标人以他人名义投标或者以其他方式弄虚作假，骗取中标的，中标无效”。因“中标”即表明当事人双方的要约、承诺达成一致，是合同成立的表征，故如果法律明确指出“中标无效”即可认定是对合同效力的否定性评价。这一差异表明招标投标法对该条的两种情形的法律评价是不同的，否则不会对同一条文在法律责任上进行刻意区分。而是否明确规定违反某类规定将导致合同无效的后果是区分管理性规范和效力性规范的标准之一，故依此标准来判断，“投标人不得以低于成本的报价竞标”不属于效力性规定。同时，《中华人民共和国招标投标法》禁止投标人以低于成本的价格竞标，其目的是规范招投标市场，防止投标人间产生不正当竞争的情形，对于招标人公布自己期望招标的招标控制价，是招标人公布底价的要约行为，还须合意才能约束双方。江西建工作为独立的民事主体，应当能够理性地评判自己的民事行为及其后果，可以根据自身的实际情况考虑是否竞标，如其认为东方蓝海公司的招标控制价过低无法赢利，可以选择不参与竞标，其并没有处于一种无可选择的境地，其中标后又以诉讼的形式改变结算价款，脱离了当初达成合意的初衷，违背诚实信用原则。

基于以上分析，江西建工提起本案诉讼请求所依据的基础规范不适用于本案，无论东方蓝海公司公布的招标控制价是否低于成本，均不导致双方签订的建设工程施工合同无效。因此，江西建工申请律师调查令调取案涉工程的最高投标限价及成果文件，对本案认定事实和适用法律不产生影响，故不予准许。

案涉工程招标文件确定了由招标人或其委托的咨询单位编制的工程量清单作为招标的基础依据。江西建工在中标后签订合同并于2018年6月23日签收了东方蓝海公司向其发《关于舜耕樾府项目（2#、3#、5#、7#、9#、12#住宅楼、1#大门、1#楼地下车库）标后核量的函》，组织施工并最终完成竣工验收。其主张东方蓝海公司委托的造价咨询机构未按照招标文件明确的编制依据进行编制，工程量清单载明的工程量与案涉工程实际施工工程量相差巨大，无事实和法律依据。江西建工以双方签订的建设工程施工合同无效为由，主张各项诉讼请求缺乏事实和法律依据，故不予支持。

综上，江西建工的诉讼请求不能成立，不予支持。依照《最高人民法院关于适用<中华人民共和国民事诉讼法>的解释》第九十条规定，判决：驳回江西建工的诉讼请求。一审案件受理费205180元，由江西建工负担。

二审期间，东方蓝海公司向本院新提交了一份证据：安徽省淮南市中级人民法院（2020）皖04民初239号民事判决，证明案涉项目另外楼栋施工单位提出与本案相同诉请，被安徽省淮南市中级人民法院驳回，该判决已生效。

江西建工质证意见：对该证据真实性无异议，对其与本案关联性及证明目的有异议。该判决虽已生效，但系该案当事人自己的选择，不能证明与本案有关联。且东方蓝海公司发包的三个项目承包人都对招标控制价提起诉讼，本身就能证明招标控制价有问题。

本院经审查认为，江西建工对该证据真实性无异议，本院对该证据真实性予以确认。至于其证明目的能否成立，将结合本案其他证据材料综合分析认定。

本院对一审查明的基本事实予以确认。

本院认为，《中华人民共和国招标投标法》第三十三条规定：“投标人不得以低于成本的报价竞标，也不得以他人名义投标或者以其他方式弄虚作假，骗取中标”；第四十一条第二项规定：“中标人的投标应当符合下列条件之一：……(二)能够满足招标文件的实质性要求，并且经评审的投标价格最低；但是投标价格低于成本的除外”。《中华人民共和国招标投标法实施条例》第五十一条第五项规定：“有下列情形之一的，评标委员会应当否决其投标：……（五）投标报价低于成本或者高于招标文件设定的最高投标限价；……”。从上述规定看，中标人低于成本价中标，属于违反法律法规的强制性规定，中标应属无效。依据招标文件、投标文件和中标通知书签订的建设工程施工合同也应无效。故，一审关于“是否低于成本价中标，不影响双方签订的建设工程施工合同效力”的认定不当，本院予以纠正。

本案中，江西建工主张东方蓝海公司发布的招标控制价错误致使其低于成本价中标。其主张东方蓝海公司发布的招标控制价错误的依据是其单方委托第三方机构编制的招标控制价。案涉招标控制价系东方蓝海公司委托第三方机构依据有关计价规定编制得出的最高投标限价，仅供投标人作为报价参考，并非要求投标人必须依此报价。江西建工作为建筑工程施工总承包壹级资质，对东方蓝海公司发布的招标控制价是否过低且可能致使其低于成本价投标，应具备有较于一般主体更强判断能力。如其认为东方蓝海公司发布的招标控制价过低，可能造成其低于成本价投标，其可以在投标前向招标人提出异议或不参于竞标。但江西建工不仅没有提供证据证明其曾就招标控制价过低向东方蓝海公司提出异议，还依招标控制价进行下浮投标。且在标后核量以及在案涉工程施工过程中，江西建工也未提供证据证明其曾就招标控制价及案涉工程的工程量问题向东方蓝海公司提出异议。现案涉工程已竣工验收，江西建工再以招标控制价错误致使其低于成本价中标要求调差明显有违契约精神、有失诚信。此外，江西建工主张招标控制价错误的依据是其单方委托第三方机构编制的招标控制价，东方蓝海公司不予认可，仅凭该证据不足以证明案涉招标控制价错误致使其低于成本价中标。因此，江西建工主张招标控制价错误及其低于成本价中标依据不足，其围绕招标控制价错误、低于成本价中标提及的诉讼请求亦依据不足，本院不予支持。

关于江西建工主张的调取证据问题。其申请调取的证据对本案审理并无影响。依据《最高人民法院关于适用<中华人民共和国民事诉讼法>的解释》第九十五条规定，一审未予准许并无不当。

综上所述，一审虽对部分问题的法律适用认定错误，但裁判结果并无不当。依照《中华人民共和国民事诉讼法》第一百七十条第一款第一项、《最高人民法院关于适用<中华人民共和国民事诉讼法>的解释》第三百三十四条规定，判决如下：

驳回上诉，维持原判。

二审案件受理费205178.45元，由江西建工建筑安装有限责任公司负担。

本判决为终审判决。

审 判 长　牛富文

审 判 员　杨　静

审 判 员　余乃荣

二〇二一年四月二十七日

法官助理　李周洋

书 记 员　徐珍妮