

SHIGONG ZHAOTOU BIAO YU
HETONG GUANLI

施工招标投标与 合同管理

董巧婷 编著



中国铁道出版社
CHINA RAILWAY PUBLISHING HOUSE

施工招标投标与合同管理

董巧婷 编著

中国铁道出版社

2015年·北京

内 容 简 介

本书是结合作者近二十年教学和施工合同管理实践经验编写而成。全书共分十一章,重点介绍了施工合同法律基础,建设工程市场,建设工程招标投标,工程施工投标,施工合同审查,施工合同的谈判与签订,施工合同的履行管理,施工合同的变更与索赔管理和合同归档管理和合同条件等相关内容。

本书以施工合同管理的程序为线索,内容简明,知识体系完备,理论与实践结合紧密,具有较强的可操作性和实用性。

本书可供政府建设主管部门、建设单位、工程咨询及监理单位、施工单位等有关工程管理人员参考,也可作为高等院校工程管理专业、土木工程专业和其他相关专业教材或教学参考书。

图书在版编目(CIP)数据

施工招投标与合同管理/董巧婷编著. —北京:中国铁道出版社,2015. 8

ISBN 978-7-113-20742-7

I. ①施… II. ①董… III. ①建筑工程—工程施工—招标②建筑工程—工程施工—投标③建筑工程—工程施工—经济合同—管理 IV. ①TU723

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2015)第 167378 号

书 名:施工招投标与合同管理

作 者:董巧婷

策 划:江新锡 张卫晓

责任编辑:曹艳芳

编辑部电话:010-51873017

封面设计:郑春鹏

责任校对:王 杰

责任印制:郭向伟

出版发行:中国铁道出版社(100054,北京市西城区右安门西街8号)

网 址:<http://www.tdpress.com>

印 刷:北京尚品荣华印刷有限公司

版 次:2015年8月第1版 2015年8月第1次印刷

开 本:787 mm×1 092 mm 1/16 印张:23.5 字数:565 千

书 号:ISBN 978-7-113-20742-7

定 价:49.00 元

版权所有 侵权必究

凡购买铁道版图书,如有印制质量问题,请与本社读者服务部联系调换。电话:(010)51873174(发行部)

打击盗版举报电话:市电(010)51873659,路电(021)73659,传真(010)63549480

前言

七年时间弹指一挥间。

我很惭愧,早就计划出版的书,到今天才正式出版与大家见面。借口永远会很多,但是最真切的原因,个人觉得应该还是认为她不够完善,有很多需要改良的地方吧。但是,如果不将她出版,正式摆放到大家面前,我想,她可能成长得会更慢。因此,虽然时间非常的仓促,还是下定决心让她呈现到大家面前,接受大家的批评、指正,谢谢一直在等待和关注这本书的合作单位和有关单位。

很荣幸,我在大学主讲的两门课,一是工程建设法规,另外一个就是工程合同管理。这两门课程,我把她们都叫做游戏规则课程:工程建设法规是工程建设行业的法定游戏规则,工程合同则是工程行业的约定游戏规则。在本书出版之前,配套的法定游戏规则:工程建设法规的书已经同步出版。

之所以写这两本书,是因为本人长期以来从事工程项目管理的理论教学和实践工作,深谙学习的目的不是学习本身,而是为了解决实际问题。在长期参与工程项目管理实践工作过程中,我越来越发现工程行业游戏规则的重要性,也越来越地在运用游戏规则解决实际问题,掌握这两大游戏规则技巧,对指导工程类专业人员顺利融入工程项目管理实践、有效处理工作中碰到的实际问题,起着重要的保障作用。

施工合同作为合同双方的约定游戏规则,其地位是对法定游戏规则的补充和细化,是承发包双方合同履行过程中的最主要和直接依据,因此,对施工合同的正确认知和完善分析,就显得至关重要。长期以来的工程项目管理实践,笔者得出一个结论:对于工程施工项目而言,利润不仅仅是干出来的,更是算出来的。如何正确地算,是项目管理机构必须重视和值得付出相当努力的一件事。

长期参与项目管理实践过程中,笔者总结出了我国现行施工合同管理存在的几大主要问题,并且试图在本书中给出相应的答案:

1. 合同管理体制存在缺陷。

施工合同管理,从纵向上可以分为合同签订管理、合同履行管理和合同归档管理,其中签订管理阶段是合同问题的潜伏期,履行管理阶段是合同问题的爆发期,归档管理是合同问题的救济补偿期。我国目前大多数的工程施工单位,都处于合同的签订管理与履行管理相互分离的状态——合同签订管理(招投标)是由企业的市场开发部门负责的,合同履行管理则由项目管理机构负责,相当于把原本是一个整体的工作,人为地切割成两大甚至更多阶段,而且阶段之间不能实现

顺利对接,由此带来了许多极其严重的后果。本书通过列举问题和案例分析的方式,试图让读者发现现有的施工合同管理流程存在的问题,并提出了相应的处理方案。

2. 工程招标与投标工作存在不足。

工程招标与投标部分存在的问题,一是对招投标领域的很多事件,做不到精准的法律界定,比如对于招投标过程中的合同成立与合同生效,什么阶段招标人和投标人应该承担什么法律责任,强制招标与竞争性谈判的界限等;二是投标过程中存在很多问题,比如投标报价编制不遵循规范的流程,不对招标图纸进行技术性修正,不对投标文件进行预审查等,很多时候给施工合同的履行埋下重大隐患。本书在对应的章节,试图对上述问题进行陈述和分析,并提出相应的结论或对策。

3. 合同审查和合同分析工作不完善。

合同审查和合同分析,是目前施工合同管理过程中存在的最为严重的问题。合同审查不清,导致的直接后果,就是合同范围的不清楚,合同双方当事人无法确认自己与对方之间的合同工作界面,无法进行较为精准的责权利划分,因此项目实施过程中经常因此产生纠纷,不利于保持合同双方之间的良好合作关系;合同分析工作不完善,直接导致的后果,就是合同履行过程中,项目管理机构的职能部门,对各自的工作职责界面不清楚,很容易出现各职能部门都忽视的工作真空地带,不利于项目的顺利实施。合同审查和合同分析工作存在的问题和对策,具体在本书的第六章和第八章进行描述。

4. 变更和索赔问题。

一直以来,业界都把变更和索赔纠缠不清,导致的后果就是变更索赔的工作思路紊乱,不利于变更和索赔工作的正常健康发展。本书对变更和索赔进行了依据较为充分的论证,证明它们其实是两条相对平行的线,只不过在最后的某个节点有可能相交(比如业主不及时支付变更款项,则变更事件可能演变为索赔);本书首次从施工合同变更的责任分析(从变更起因角度)、有效合同价的确认、有效变更范围的分析角度,对变更进行分析和阐述,力求指导有关单位按照正确的思路组织和规划施工合同变更工作。

5. 合同归档问题。

合同归档问题,历来是施工合同管理的短板。本书再次从理论角度,对合同归档管理进行阐述。

除上述主要问题外,我国目前的施工合同管理还存在很多其他的问题,比如对合同文件内容构成界定的不精准、分析处理问题的想当然等,本书均有涉及,并对应地提出相应的对策。

本书虽然是著作,但完全可以作为工程类专业的施工招投标与合同管理课程

教材,因为本书的观点基本都经过理论和实践论证,也可以作为工程从业人员的工作参考书。

本书在编写过程中,参考了众多学者专家的相关著作,谨向他们表示最真诚的谢意。

同时,中国铁道出版社的编辑们,尤其是曹艳芳编辑,为本书的出版也付出了辛勤的劳动,在此一并致谢。

由于编者水平有限,书中难免存在疏漏和不妥之处,敬请各位专家和读者不吝赐教,以便我能不断完善此书,给工程专业的从业人员的学习和工作,提供可靠、有效的参考。

目 录

第一章 绪 论	1
第一节 建设工程合同概述	1
第二节 施工合同概述	7
第三节 施工合同管理	16
第二章 施工合同法律基础	19
第一节 法律体系	20
第二节 合同法律制度	27
第三节 施工合同法律制度	61
第三章 建设工程市场	68
第一节 建筑市场体系	69
第二节 建设工程交易中心	76
第四章 建设工程招标投标	85
第一节 建设工程招投标概述	86
第二节 招标准备程序	93
第三节 招投标程序	103
第四节 常用评标办法介绍	118
第五章 工程施工投标	126
第一节 施工投标主要环节	127
第二节 投标竞争战略与策略	144
第三节 投标报价	147
第六章 施工合同审查	159
第一节 施工合同审查概述	160
第二节 施工总承包合同的内容构成	164
第三节 合同范围审查	168
第四节 双方责权利(含风险)条款审查	183
第五节 经济控制条款审查	190
第六节 质量控制条款审查	197

第七节 进度控制条款审查	202
第八节 其他相关条款审查	205
第九节 合同审查表	208
第七章 施工合同的谈判与签订	211
第一节 合同谈判概述	213
第二节 施工合同谈判与签订	223
第八章 施工合同的履行管理	229
第一节 合同履行管理概述	230
第二节 合同交底	234
第三节 合同分析	239
第四节 合同履行控制	246
第五节 施工合同风险管理	253
第九章 施工合同变更与索赔管理	260
第一节 施工合同变更	262
第二节 施工索赔概述	273
第三节 索赔值的计算	281
第十章 合同归档管理	294
第一节 合同归档管理概述	295
第二节 合同归档管理的内容	298
第三节 合同归档整理规范	302
第四节 电子文件与电子档案	305
第十一章 合同条件	310
第一节 合同条件概述	310
第二节 标准施工招标文件	314
第三节 FIDIC《土木工程施工合同条件》	344
参考文献	368

第一章 绪 论

【本章导读】

本章(尤其是本章第三节)是本书的核心和灵魂,书的章节内容结构和布局均来源于本章。读者根据本章内容,可以搭建施工合同管理的知识构架,建立较为完善的施工合同管理知识体系,了解本书每一章节的作用和所能解决的实际问题、了解各章节之间的逻辑联系,为做好施工合同管理工作打下坚实的理论基础。

本章内容,笔者建议读者都仔细研读,同时需要重点研读建设工程合同的种类、施工合同的分类、施工合同的主体和施工合同管理的构成,将会对读者提高合同管理水平有实质性帮助。

【思维导图】

本章思维导图详见图 1-1。

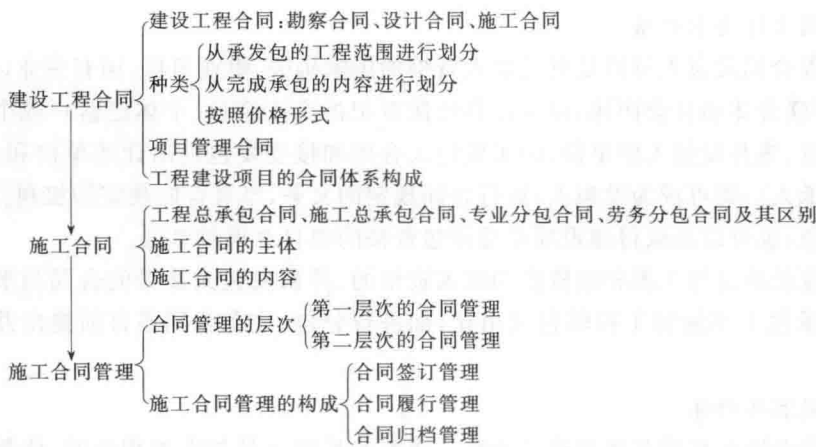


图 1-1 本章思维导图

第一节 建设工程合同概述

【本节导读】

本节简要介绍建设工程合同,目的是希望通过“建设工程合同”的相关界定,引出第二节施工合同的内容,本节是本章第二节的基础。

一、建设工程合同的概念

建设工程合同是承包人进行工程建设,发包人支付价款的合同,具体包括勘察、设计和施

工合同。

建设工程合同不同于工程合同,建设工程合同是一个法定的概念,其理论依据来源于《中华人民共和国合同法》(以下简称《合同法》),而工程合同则是一个坊间的、不精确的概念,其范围确定并没有相关的法律依据,可以有很多种理解方法。

建设工程合同是广义的承揽合同的一种,也是承揽人(承包人)按照定作人(发包人)的要求完成工作(工程建),交付工作成果(竣工工程),定作人给付报酬的合同。但由于工程建设合同在经济活动、社会生活中的重要作用,以及在国家管理、合同标的等方面均有别于一般的承揽合同,我国一直将建设工程合同列为单独的一类重要合同。但考虑到建设工程合同毕竟是从承揽合同中分离出来的,《合同法》规定,建设工程合同中没有规定的,适用承揽合同的有关规定。

根据《合同法》的规定,建设工程合同包括三种:勘察合同、设计合同和施工合同;建设工程委托监理合同则属于委托合同的范畴。这一归类的原因在于勘察合同、设计合同和施工合同的标的物是产生的新物质或信息成果,属于广义的加工承揽合同的一种;而监理合同的标的是服务,即监理工程师凭借自己的知识、经验、技能受业主委托,为其所签订的其他合同的履行实施监督和管理。

二、建设工程合同的特征

(一)合同主体要求严格

建设工程合同发包人可以是具备法人资格的国家机关、事业单位、国有企业、集体企业、私营企业、经济联合体和社会团体,也可以是依法登记的个人合伙、个体经营户或个人。与发包人合并的单位、兼并发包人的单位,购买发包人合同和接受发包人出让的单位和人员(即发包人的合法继承人),均可成为发包人,履行合同规定的义务,享有合同规定的权利。发包人既可以是建设单位,也可以是取得建设项目总承包资格的项目总承包单位。

承包人应是具备与工程相应资质和法人资格的、并被发包人接受的合同当事人及其合法继承人。但承包人不能将工程转包或出让,如进行分包,应在合同签订前提出并征得发包人同意。

(二)合同客体特殊

建设工程合同的标的是各类建筑产品。建筑产品通常是与大地相连的,建筑形态多种多样,建筑产品的单件性及固定性等自身的特性,决定了建筑工程合同标的的特殊性。

(三)合同内容多、涉及范围广

以施工合同为例,合同的内容构成一般包括合同协议书、中标书、投标函及投标函附录、合同条件、标准规范、设计文件、工程量清单、报价表等;范围涉及进度控制、质量控制、安全控制、经济条款、双方权利义务和责任、变更、索赔、纠纷处理等。

(四)合同履行期限长

建筑工程由于结构复杂、体积大、建筑材料类型多、工作量大、投资巨大,使得建设工程的生产周期与一般工业产品的生产相比相对较长,这导致建设工程合同履行期限较长。而且,因为投资的巨大,建设工程合同的订立和履行一般都需要较长的准备期,同时,在合同的履行过程中,还可能因为不可抗力、变更、材料供应不及时等原因而导致合同期限的延长。

(五)投资和程序上的严格性

由于工程建设对国家的经济发展、国民的工作和生活都有重大的影响,因此,国家对工程建设在投资和程序上有严格的管理制度。订立建设工程合同一般必须以国家批准的投资计划为前提,即使是国家投资以外的、以其他方式筹集的投资也要受到当年的贷款规模和批准限额的限制,纳入当年投资规模的控制,并经过严格的审批程序。建设工程合同的订立和履行还必须遵守国家关于基本建设程序的规定。

(六)合同形式要求特殊

建设工程合同的签订,一般通过招投标的手段实现,需要利用有关的招标文件范本和合同范本来签订,而且要求书面签订。

三、建设工程合同的种类

依据惯例、相关法律法规和行业文件等的规定,建设工程合同可以从不同的角度进行分类。

(一)从承发包的工程范围进行划分

1. 按照惯例,从承发包的不同范围和数量进行划分,可以将建设工程合同分为建设工程总承包合同、建设工程承包合同和分包合同(含专业分包和劳务分包两种):

(1)发包人将工程建设的全过程或两个以上过程发包给一个承包人的合同,即为建设工程总承包合同;

(2)发包人如果将建设工程的勘察、设计、施工等的每一项分别发包给一个或多个承包人的合同即为建设工程承包合同。

2. 总承包通常分为工程总承包和施工总承包两大类:

(1)工程总承包是指从事工程总承包的企业受建设单位的委托,按照工程总承包合同的约定,对工程项目的勘察、设计、采购、施工、试运行(竣工验收)等实行全过程或若干阶段的承包,对应的是建设工程总承包合同。

(2)施工总承包是指发包人将全部施工任务发包给具有施工总承包资质的建筑业企业,由施工总承包企业按照合同的约定向建设单位负责,承包完成施工任务,对应的是建设工程承包合同中的施工总承包合同部分。

由于工程总承包的范围并不确定,有可能是工程项目管理过程任意两个或多个承包阶段的集合,很难对工程总承包进行统一的资质限定,因此我国对工程总承包不设立专门的资质。凡具有工程勘察、设计或施工总承包资质的企业,可以采取独自承揽或者联合体的方式,依法从事资质许可范围内相应等级的建设工程总承包业务,具体见本章第二节“四、施工合同的主体”部分内容。但是,承接施工总承包业务的,必须是取得施工总承包资质的企业。

经合同约定或发包人认可,从工程承包人承包的工程中分包部分工程而订立的合同即为建设工程分包合同,包括专业分包合同和劳务分包合同两类。

(二)从完成承包的内容进行划分

按照《合同法》的规定,从完成承包的内容进行划分,建设工程合同可以分为建设工程勘察合同、建设工程设计合同和建设工程施工合同三类,本书编写过程中,主要依据这一分类方式来进行描述。

(三)从合同价格形式角度进行划分

从“合同价格形式”角度对施工合同进行分类,一般可分为单价合同、总价合同和成本加酬金合同,或者是固定总价、固定单价和可调价格三种方式。这一分类方式的正确理解与把握,对施工合同管理而言,尤其是变更索赔工作,有着方向性的影响,必须严谨和得到足够的重视,因此在此对相关规定进行罗列,以作为本书其他章节分析的基础。

1. 该分类的法律法规依据:

(1)《建设工程价款结算暂行办法》(财建[2004]369号)

《建设工程价款结算暂行办法》第八条规定,“发、承包人在签订合同时对于工程价款的约定,可选用下列一种约定方式:

(一)固定总价。合同工期较短且工程合同总价较低的工程,可以采用固定总价合同方式。

(二)固定单价。双方在合同中约定综合单价包含的风险范围和风险费用的计算方法,在约定的风险范围内综合单价不再调整。风险范围以外的综合单价调整方法,应当在合同中约定。

(三)可调价格。可调价格包括可调综合单价和措施费等,双方应在合同中约定综合单价和措施费的调整方法,调整因素包括:

1. 法律、行政法规和国家有关政策变化影响合同价款;
2. 工程造价管理机构的价格调整;
3. 经批准的设计变更;
4. 发包人更改经审定批准的施工组织设计(修正错误除外)造成费用增加;
5. 双方约定的其他因素。”

综上分析,施工合同计价方式又可描述成固定价格(含固定单价和固定总价两种)合同和可调价格(含可调单价和可调总价两种)合同两类,可调价格应该在合同中约定价格调整因素,合同履行过程中,按照合同约定的调整因素进行价格调整。

(2)《建筑工程施工发包与承包计价管理办法》(住建部令[2013]第16号)

按照《建筑工程施工发包与承包计价管理办法》(住建部令[2013]第16号)的规定,“第十三条 发承包双方在确定合同价款时,应当考虑市场环境和生产要素价格变化对合同价款的影响。

实行工程量清单计价的建筑工程,鼓励发承包双方采用单价方式确定合同价款。

建设规模较小、技术难度较低、工期较短的建筑工程,发承包双方可以采用总价方式确定合同价款。

紧急抢险、救灾以及施工技术特别复杂的建筑工程,发承包双方可以采用成本加酬金方式确定合同价款。

第十四条 发承包双方应当在合同中约定,发生下列情形时合同价款的调整方法:

- (一)法律、法规、规章或者国家有关政策变化影响合同价款的;
- (二)工程造价管理机构发布价格调整信息的;
- (三)经批准变更设计的;
- (四)发包方更改经审定批准的施工组织设计造成费用增加的;
- (五)双方约定的其他因素。”

综上分析,我国法律法规规定的应该都是可调价格合同,不管单价合同还是总价合同,合

同都应约定价格调整条款。

2. 该分类下的合同规定:

(1)《建设工程施工合同示范文本》(GF-2013-0201)

按照《建设工程施工合同示范文本》(GF-2013-0201)第 12.1 款“合同价格形式”部分的规定,“发包人和承包人应在合同协议书中选择下列一种合同价格形式:

1. 单价合同

单价合同是指合同当事人约定以工程量清单及其综合单价进行合同价格计算、调整和确认的建设工程施工合同,在约定的范围内合同单价不做调整。合同当事人应在专用合同条款中约定综合单价包含的风险范围和风险费用的计算方法,并约定风险范围以外的合同价格的调整方法,其中因市场价格波动引起的调整按第 11.1 款[市场价格波动引起的调整]约定执行。

2. 总价合同

总价合同是指合同当事人约定以施工图、已标价工程量清单或预算书及有关条件进行合同价格计算、调整和确认的建设工程施工合同,在约定的范围内合同总价不做调整。合同当事人应在专用合同条款中约定总价包含的风险范围和风险费用的计算方法,并约定风险范围以外的合同价格的调整方法,其中因市场价格波动引起的调整按第 11.1 款[市场价格波动引起的调整]、因法律变化引起的调整按第 11.2 款[法律变化引起的调整]约定执行。

3. 其他价格形式

合同当事人可在专用合同条款中约定其他合同价格形式。”

对上述内容进行分析和总结,与法规分析能得到相同的结论:我国法律法规规定的应该都是可调价格合同,不管单价合同还是总价合同,合同都应约定价格调整条款。

(2)《标准施工招标文件》(九部委[2007]56 号)

按照《标准施工招标文件》(九部委[2007]56 号)第 17 条“计量与支付”部分的规定:

“17.1.4 单价子目的计量

(1)已标价工程量清单中的单价子目工程量为估算工程量。结算工程量是承包人实际完成的,并按合同约定的计量方法进行计量的工程量。

.....

17.1.5 总价子目的计量

除专用合同条款另有约定外,总价子目的分解和计量按照下述约定进行。

(1)总价子目的计量和支付应以总价为基础,不因第 16.1 款中的因素而进行调整。承包人实际完成的工程量,是进行工程目标管理和控制进度支付的依据。

.....

(4)除按照第 15 条约定的变更外,总价子目的工程量是承包人用于结算的最终工程量。”

综上分析,九部委[2007]56 号文中,有关总价子目计价的规定,其实与我国现有的工程计价法律法规规定存在一定冲突,主要表现为一般情况下其价格不因物价波动影响而调整,其他规定基本与前述规定一致。

四、与建设工程有关的其他合同

与建设工程有关的合同类型很多,主要有买卖合同(购销合同)、货物运输合同、加工承揽合同、机械设备租赁合同、保险合同、担保合同等,都需要建设工程合同管理人员熟悉,具体可

参照《合同法》和其他相关法律、法规和规章性文件的有关规定。

五、项目管理合同

按照我国现行的项目管理模式,当建筑施工企业经过投标竞争获得工程项目施工承包资格后,建筑施工企业内部可以通过内部招标或委托方式,选聘项目经理,组建项目经理部,为实施施工项目管理,形成以项目经理部为中心的辐射管理体制。项目经理部将以内部的项目管理合同的方式明确其与相关部门的责任、权利和义务。

项目管理合同是企业内部进行经营管理的合同,是法人与自然人之间或自然人之间订立的合同。它明确了企业和项目经理或项目经理与其他当事人之间的权利和义务,是企业内部工程项目承包的法律依据。

项目管理合同的种类通常有以下几种:

1. 工程项目总承包合同。是企业法人代表与项目经理之间签订的合同。
2. 栋号作业承包合同。是以栋号作业队为承包单位与施工项目经理部之间签订的承包合同。
3. 建筑安装工程内部分包合同。是施工项目经理部与企业内部的水电、机械、运输、装饰分公司之间,为完成相应任务而签订的承包合同。
4. 其他合同。指施工项目经理部为完成施工项目所需的机械租赁、周转料的租赁、内部银行资金的使用、劳务使用等所签订的合同。这类合同不同于施工企业与外部生产要素市场各主体签订的合同,它是企业内部生产要素的供求关系而形成的合同,因此目前无统一的固定要求和标准合同格式。

六、工程建设项目的合同体系构成

工程建设项目的合同体系构成详见图 1-2。



图 1-2 工程建设项目合同体系图

从业主方角度,其合同体系主要包括:勘察设计合同、监理合同、施工总承包合同、采购合同、贷款合同、保险合同及劳动合同劳务派遣合同等。

从施工总承包方角度,其合同体系主要包括:专业分包、采购合同、劳务合同、运输合同、保险合同及劳动合同及劳务派遣合同(以及对内的项目管理合同)等。

从专业分包角度,其合同体系主要包括:采购合同、运输合同、劳务合同及劳动合同或劳务派遣合同等。

第二节 施工合同概述

【本节导读】

本节作为施工合同管理的基础,对读者正确、精准认知施工合同有较大帮助,尤其是施工合同的分类、几种合同的区别与联系和施工合同的主体三项内容,其中难点是几种合同的区别与联系、施工合同的主体部分,也是本节的重中之重,能为解决施工合同管理的实际问题提供一定依据。

一、施工合同的概念

建设工程施工合同,是业主(或建设管理单位,是工程发包单位,一般合同称之为甲方)与施工单位(工程承包单位,一般合同称之为乙方)之间为完成一定的工程项目的建设而订立的、明确彼此之间权利义务关系的协议。

二、施工合同的分类

施工合同的分类,除从“按照合同价格形式”不同,可分为单价合同(比如公路、水电一般是单价合同)、总价合同(比如铁路一般是总价合同)和成本加酬金合同外,按照承包范围不同,还可以分为施工总承包合同、专业分包合同和劳务分包合同。

(一)施工总承包合同

建筑工程发包方将施工任务(一般指土建部分)发包给具有相应资质条件的施工总承包单位。根据《中华人民共和国建筑法》(以下简称《建筑法》)规定:大型建筑工程或者复杂的建筑工程,可以由两个以上的承包范围联合共同承包。

(二)专业分包合同

总承包人根据合同约定或征得发包人同意后,将专业工程交由具备法定资质的专业承包企业完成的活动。专业分包合同的有效条件有:(1)总承包合同中有约定或征得总发包人许可;(2)分包工程属于非主体结构工程;(3)分包企业具有相应资质条件,在其资质等级许可的范围内承揽业务;(4)不属于分包后再分包。

目前,合法分包的认定条件中,“非主体结构工程”中的主体结构工程,其认定缺乏法律和规范性文件依据。按照《建筑业企业资质标准》(建市[2014]159号),可以理解为专业承包企业资质对应的36个专业,其实国家是鼓励分包的,把专业的事情交由更专业的人做,也即只要是把专业工程交由具有对应资质等级的专业分包企业实施,就不能算是主体结构工程分包。

对于分包再分包问题的认定,历来的争议在于专业分包后实施的劳务分包是否属于分包再分包,这个争议《最高人民法院关于审理建设工程施工合同纠纷案件适用法律问题的解释》(法释[2004]14号)中得以明确,文件第七条明确,“具有劳务作业法定资质的承包人与总承包人、分包人签订的劳务分包合同,当事人以转包建设工程违反法律规定为由请求确认无效的,不予支持。”确定了专业分包后再行劳务分包的法律地位。

(三)劳务分包合同

劳务分包合同是指施工总承包企业或者专业承包企业将其承包工程中的劳务作业发包给

劳务分包企业完成的活动,通常称为清工合同,即在工程施工过程中,劳务提供方保证提供完成工程项目所需的全部施工人员和管理人员,不承担劳务项目以外的其他任何风险。

三、几种合同的区别与联系

(一)专业分包合同与劳务分包合同的区别与联系

1. 联系:

作为分包合同的两种形式,专业分包合同与劳务分包合同之间存在许多联系:

(1)在目前有关部门的规章和文件中均将专业分包与劳务分包划归为分包的范畴,强调两种分包的特性;

(2)劳务分包和专业工程分包一样,其分包的基础为承包人从建设单位获得工程施工的合同;

(3)法律性质上专业分包合同与劳务分包合同均属于承揽合同。

2. 区别:

由于专业分包合同与劳务分包合同均属于分包合同,如果对于它们之间的界限不清晰,那么很容易将两种合同混淆。两种合同的区别,具体如下:

(1)合同主体不同。专业分包合同的双方主体是工程(或施工)总承包人与承包专业工程的分包人,且要求专业分包人具有专业承包资质;而劳务分包合同双方主体中一方为工程(或施工)总承包人或专业承包人,另一方为提供施工劳务的分包人,且要求劳务分包人具有劳务承包资质。

(2)合同标的不同。专业分包合同指向的标的是建设工程中非主体结构的部分分项的工程,专业分包包含完成专业工程的所有工作,包括提供专业技术、管理、材料的采购等;而劳务分包合同指向的则是工程建设过程中的施工劳务,劳务分包的内容仅仅为工程施工中的劳务部分。专业工程分包的内容一定包含劳务内容,劳务分包在专业工程范围内只是专业工程分包内容的一部分。

(3)签订条件不同。承包单位分包专业工程,必须经过业主的同意;而承包单位进行劳务分包则不需要业主同意。

(4)关于是否可再分包的规定不同。专业工程分包允许将其承包的专业工程施工中的劳务分包给劳务分包企业,但是不得将专业工程本身再分包;而劳务分包企业不得将其承包的劳务再分包或者转包。

(5)合同价款计取方式不同。专业分包合同计取的是分包工程的工程价款,包括提供的技术、管理、材料等费用,以及劳务报酬部分、税金等;而劳务分包合同计取的是劳务报酬和一定的劳务管理费用。

(6)法律责任不同。专业分包合同的分包方应对分包工程的质量负责,同时,对分包合同所涉及的工程合同的履行与总包人负连带责任;而劳务分包合同的分包人只对分包劳务的质量负责,对劳务所涉及的工程不与发包人负连带责任。

(二)劳务分包合同与劳动合同的区别

劳务分包,又称劳务作业分包,指施工总承包企业或专业承包企业(即劳务作业发包人)将其承包工程的劳务作业发包给劳务承包企业(即劳务作业承包人)完成的活动。劳务作业发包人和劳务承包企业基于劳务分包签订合同,即劳务分包合同。而劳动合同,是劳动者与用人单

位确立劳动关系,明确双方权利义务的协议。建立劳动关系应当订立劳动合同,劳动合同的双方应为组织和自然人。

劳务分包合同与劳动合同的具体区别有:

1. 合同主体不同。劳务分包合同的双方均为建筑业企业,而劳动合同双方中一方为组织,另一方为自然人。

2. 履行合同的报酬不同。在劳动合同中,用人单位按照劳动的数量与质量给付劳动报酬,贯彻按劳分配原则;而在劳务分包合同中,劳动报酬一般是劳务报酬和一定的劳务管理费用。

3. 两者法律性质不同。劳动合同属于劳动法调整范畴,而劳务分包合同属于民法调整的范畴。

4. 对两者进行行政管理的主体不同。劳务分包合同应当由建筑市场管理部门进行监督管理,而劳动合同则由劳动管理部门进行监督管理。

5. 合同履行阶段主体双方地位不同。劳动合同签订后,劳动者就成为用人单位的内部成员,应当服从用人单位对劳动过程的指挥管理,他的劳动被看做是用人单位全部劳动的一部分,二者的关系具有从属性;而劳务分包合同中,当事人之间并不存在从属关系,双方为建筑劳务承发包关系,是互相独立的平等主体,同时以自己的名义分别履行合同义务。

(三) 劳务分包合同与劳务派遣合同的区别

劳务派遣,是指由派遣单位与接受以劳务派遣形式用工的单位签订协议,将与其签订劳动合同的劳动者派遣到用工单位提供劳动,签订的协议即为劳务派遣协议。劳务承包企业从劳务作业发包人处承揽劳务作业,而后可以与劳务派遣企业签订劳务派遣合同,劳务派遣企业将与其签订劳动合同的劳动者派遣到劳务承包企业提供劳动。在劳务派遣中,劳动合同关系存在于派遣单位与被派遣劳动者之间,但劳动力给付的事实则发生于被派遣劳动者与用工单位之间。两种合同为劳务经济的不同形式,且两种合同的主体双方均为组织。

两种合同的区别如下所示:

1. 合同主体不同。劳务分包合同为施工总承包企业或专业承包企业与劳务承包企业签订,且劳务分包合同的双方均有相应的建筑业企业资质等级要求,专业技术人员应当依法取得相应的执业资格证书;而签订劳务派遣合同的双方为用人单位与派遣单位,劳务派遣合同中的派遣单位需要有劳动和社会保障部门认定核发的劳务派遣企业资质证书。

2. 两者性质不同。劳务分包是一种分包模式,不属于劳动关系,而是属于一种合作性质,受民法调整;而劳务派遣是一种劳务用工形式,属于劳动关系,受劳动法调整,并且劳务派遣合同是劳动合同的一种。

3. 相关方之间的合同关系不同。在劳务分包模式中,劳动关系存在于劳务工人与劳务企业之间,劳务企业与劳务工人签订劳动合同,承担劳务工人的劳动报酬和社会保障,劳务企业与劳务发包方签订劳务分包合同;而在劳务派遣中,劳动力的雇用和使用相分离,即劳动合同关系存在于劳务派遣单位与被派遣劳动者之间,但劳动力给付的事实则发生于被派遣劳动者与施工企业之间,劳务工人与劳务派遣企业及施工企业之间均存在一定程度的劳动关系。

4. 发生安全事故责任划分不同。劳务分包模式下,若发生安全事故,劳务分包企业为连带责任方;在劳务派遣形式下,劳动者一旦出现工伤事故,按照“谁用工,谁受益;谁受益,谁担责”的基本原则赔偿,工伤保险待遇赔偿不足部分则应由用工受益方即施工单位负责承担。