

建设行业专业技术人员继续教育培训教材

建设工程 施工合同管理

JIANSHE GONGCHENG
SHIGONG HETONG GUANLI

莫曼君◎主编



中国电力出版社
CHINA ELECTRIC POWER PRESS

主要内容

建设行业专业技术管理人员继续教育培训教材

建设工程 施工合同管理

JIANSHE GONGCHENG
SHIGONG HETONG GUANLI

主 编 莫曼君
副主编 蒋观宇
参 编 程家升



中国电力出版社
CHINA ELECTRIC POWER PRESS

内 容 提 要

本书共6章,包括建设工程合同体系,建设工程施工合同概述,建设工程施工合同管理概述,建设工程施工合同过程管理,国际工程合同管理和建设工程合同风险管理。本书可作为建筑企业施工现场专业人员和建造师的继续教育培训教材,也可供大中专院校相关专业师生学习。

图书在版编目(CIP)数据

建设工程施工合同管理/莫曼君主编. —北京:中国电力出版社,2016.1

建设行业专业技术管理人员继续教育培训教材

ISBN 978-7-5123-8468-2

I. ①建… II. ①莫… III. ①建筑工程-工程施工-经济合同-管理-继续教育-教材

IV. ①TU723.1

中国版本图书馆CIP数据核字(2015)第247902号

中国电力出版社出版发行

北京市东城区北京站西街19号 100005 <http://www.cepp.sgcc.com.cn>

责任编辑:周娟华 联系电话:010-63412610

责任印制:蔺义舟 责任校对:常燕昆

汇鑫印务有限公司印刷·各地新华书店经售

2016年1月第1版·第1次印刷

787mm×1092mm 1/16·12.75印张·308千字

定价:36.00元

敬告读者

本书封底贴有防伪标签,刮开涂层可查询真伪

本书如有印装质量问题,我社发行部负责退换

版权专有 翻印必究

前 言

建设工程施工合同是承、发包双方权利、义务的法律基础，是处理建设项目实施过程中各种争执和纠纷的法律依据。任何一个建设项目的实施，都是通过签订一系列的承、发包合同来实现的，无论对承包商的管理，还是对项目业主本身的内部管理，合同始终是建设项目管理的核心，因此，加强建设工程施工合同管理，不但是市场经济的要求，也是规范建设各方行为和建筑业适应国际性竞争的需要。作为建筑工程施工现场专业人员和建设行业专业技术人员，必须通过不断的学习，掌握相应的建设工程施工合同相关理论和操作实务，不断提高自己的合同意识和履约能力，才能适应现实工作的需要，不断增强竞争力。本书内容侧重实用，篇章结构合理，详略得当，通俗易懂，可操作性强，对建筑工程施工现场建设行业专业技术人员有一定的指导意义。

本书共6章，包括建设工程合同体系、建设工程施工合同概述、建设工程施工合同管理概述、建设工程施工合同过程管理、国际工程合同管理和建设工程合同风险管理。本书可作为建筑企业施工现场专业人员和建造师的继续教育培训教材，也可供大中专院校相关专业师生学习。

本书在编写过程中，得到了北京工程管理科学学会理事长田振郁、丛培经等前辈的指导和帮助，使本书得以顺利完成，在此向他们表示衷心的感谢！

由于编者水平有限，书中难免有不少错误及不妥之处，希望广大读者予以批评指正，在此表示诚挚的谢意！

编 者

第3章 建设工程施工合同管理概述	13
3.1 建设工程施工合同在建设项目管理中的地位	13
3.2 加强建设工程施工合同管理的意义	14
3.3 建设工程施工合同管理的主要任务	15
3.4 加强合同管理	16
3.5 进行建设工程合同分类	17
3.6 建设工程合同管理体系	20
3.7 建设工程合同总体管理	27
3.8 建设工程施工合同信息的管理	45
3.9 合同管理人才的培养	70
第4章 建设工程施工合同过程管理	75
4.1 建设工程施工合同审查的管理	75
4.2 建设工程施工合同签订阶段的管理	87
4.3 建设工程施工合同的实施管理	95

目 录

前 言

第 1 章 建设工程合同体系	1
1.1 建设工程合同的含义	1
1.2 建设工程合同的种类	1
1.3 建设工程合同的标的及特征	5
1.4 工程建设项目主要合同关系	6
1.5 建设工程勘察设计合同	9
1.6 与建设工程有关的其他合同	11
第 2 章 建设工程施工合同概述	30
2.1 建设工程施工合同的概念	30
2.2 建设工程施工合同的分类	31
2.3 与建设工程施工合同相关的法律制度	32
2.4 建设工程施工合同的特征	33
2.5 建设工程施工合同文本有关的概念和合同的主要内容	37
第 3 章 建设工程施工合同管理概述	42
3.1 建设工程施工合同在建设项目管理中的地位和作用	42
3.2 加强建设工程施工合同管理的现实意义	42
3.3 建设工程施工合同管理的基本要求	43
3.4 目前建设工程施工合同管理中存在的主要问题	47
3.5 进行建设工程施工合同管理应该做好的工作	48
3.6 建设工程施工合同管理体系的建立	50
3.7 建设工程施工合同的总体策划	57
3.8 建设工程施工合同信息的管理及运用	65
3.9 合同管理人才的培养	72
第 4 章 建设工程施工合同过程管理	75
4.1 建设工程施工合同审查阶段的管理	75
4.2 建设工程施工合同签订阶段的管理	87
4.3 建设工程施工合同的实施控制	98

4.4	建设工程施工合同的综合评价	139
第5章	国际工程合同管理	140
5.1	国际工程合同概述	140
5.2	菲迪克 (FIDIC) 合同条件简介	146
5.3	其他合同条件简介	149
第6章	建设工程合同风险管理	153
6.1	建设工程施工总承包合同风险管理	153
6.2	EPC 工程总承包合同风险及管理	161
6.3	EPC 工程总承包项目合同风险的全过程管理	185
	参考文献	196

第1章 建设工程合同体系

1.1 建设工程合同的含义

工程建设是一个极为复杂的社会生产过程,根据我国现行法规,除了金融机构、建筑材料、设备供应商及政府的管理部門,如行政管理部门、质量监督等部门之外,我国从事建设活动的单位主要有建设单位、房地产开发企业、工程总承包企业、工程勘察设计公司、工程监理单位、工程施工企业以及工程咨询服务单位等。

工程建设一般会经历立项、可行性研究、勘察设计、工程施工和运行等阶段,涉及建筑、结构、水电、机械设备、通信等专业设计和施工活动,还需要各种材料、设备、资金和劳动力的供应。

在社会化大生产日益发展和专业化分工越来越细的今天,参加一个稍具规模的工程项目建设的单位往往会有十几个、几十个,甚至上百个,它们之间形成各式各样的经济关系,会产生多种类型的合同,因此项目的建设过程实质上就是一系列合同的签订和履行过程。

《中华人民共和国合同法》(以下简称《合同法》)第269条规定:“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。建设工程合同包括工程勘察、设计、施工合同。”

建设工程合同是《合同法》中确定的一种合同类型,“承包人”是指在建设工程合同中负责勘察、设计、施工任务的一方当事人;“发包人”是指在建设工程合同中委托承包人进行勘察、设计、施工的建设单位(业主)。在建设工程合同中,承包人的最主要义务是进行勘察、设计、施工等工作;发包人最主要的义务是向承包人支付相应的价款。

从合同理论上说,建设工程合同是广义承揽合同的一种,也是承包人(承揽人)按照发包人(定做人)的要求完成工作,交付工作成果,发包人给付报酬的合同。但是,由于建设工程合同在经济活动、社会生活中有着重要的作用,在国家管理、合同标的等方面也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,考虑建设工程合同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。”

另一方面,从广义上可以将建设工程合同理解为是对工程建设中涉及到的合同的总称,这不是一个严格的法律概念,它比《合同法》中所定义的建设工程合同的范围要广泛得多。

本书主要介绍《合同法》定义的建设工程合同相关内容,并着重介绍建设工程施工合同。

1.2 建设工程合同的种类

1.2.1 按照工程建设阶段分类

建设工程的建设过程大体上经过勘察、设计与施工三个阶段,其合同可包括勘察、设计

与施工三类合同。

1.2.2 按照承发包方式分类

根据不同的项目特点,业主会采用不同的发包方式。按承发包方式的不同,建设工程合同可以分为以下几类:

1. 施工总承包合同

施工总承包是指发包方将全部施工任务发包给一个施工单位或由多个施工单位组成的施工联合体或施工合作体,施工总承包单位主要依靠自己的力量完成施工任务。经发包人同意,施工总承包单位可以根据需要将施工任务的一部分分包给其他符合资质的分包人。在这种模式中,发包人与总承包人订立施工总承包合同,总承包人与分包人订立分包合同,总承包人与分包人就工作成果对发包人承担连带责任。目前,这种承发包模式在我国工程建设实践中比较常见。

2. 单位工程施工承包合同

单位工程施工承包,是指在一些大型、复杂的建设工程中,发包人可以将专业性很强的单位工程发包给不同的承包人,与承包人分别签订土木工程施工合同、电气与机械工程等承包合同,这些承包人之间为平行关系。单位工程施工承包合同常见于大型工业建筑安装工程。

3. 工程总承包合同

与我国目前仍较为普遍应用的施工总承包相比,工程总承包是更纯粹意义上的总承包。中华人民共和国住房和城乡建设部(以下简称“建设部”)在《关于培育发展工程总承包和工程项目管理企业的指导意见》中指出:工程总承包和工程项目管理是国际通行的工程建设项目组织实施方式。积极推行工程总承包和工程项目管理,是深化我国工程建设项目组织实施方式改革,提高工程建设管理水平,保证工程质量和投资效益,规范建筑市场秩序的重要措施;是勘察、设计、施工、监理企业调整经营结构,增强综合实力,加快与国际工程承包和管理方式接轨,适应社会主义市场经济发展和加入世界贸易组织后新形势的必然要求;是贯彻党的十六大关于“走出去”的发展战略,积极开拓国际承包市场,带动我国技术、机电设备及工程材料的出口,促进劳务输出,提高我国企业国际竞争力的有效途径。

工程总承包是指从事工程总承包的企业(以下简称工程总承包企业)受发包人委托,按照合同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。工程总承包企业按照合同的约定对工程项目的质量、工期、造价等向发包人负责。工程总承包企业可依法将所承包工程中的部分工作发包给具有相应资质的分包企业;分包企业按照分包合同的约定对总承包企业负责。工程总承包的具体方式、工作内容和责任等,由发包人与工程总承包企业在合同中约定。工程总承包主要有以下方式:

(1) 设计—采购—施工(E—P—C)/交钥匙总承包。设计、采购、施工总承包是建设单位将包括工程设计、施工、材料和设备采购等一系列工作全部发包给一家承包单位,由其进行实质性设计、施工和采购工作,最后向建设单位交付具有使用功能的工程项目。设计、采购、施工总承包业务和责任的延伸,最终是向发包人提交一个满足使用功能、具备使用条件的工程项目,承包单位对工程项目的质量、安全、工期、造价全面负责。

(2) 设计—施工总承包(D—B)。设计—施工总承包是指工程总承包企业按照合同约定,承担工程项目设计和施工,并对承包工程的质量、安全、工期、造价全面负责。

根据工程项目的不同规模、类型和发包人的要求,工程总承包还可采用设计—采购总承

包(E—P)、采购—施工总承包(P—C)等方式。

目前,我国按工程项目总承包方式发包的工程主要为简单、明确的常规性工程,如一般性商业用房、标准化建筑等。对一些专业性较强的工业建筑,如钢铁、化工、水利等工程由专业的承包公司进行项目总承包也是常见的。

4. BOT 承包合同(又称特许权协议书)

BOT 承包模式是指由政府或政府授权的机构授予承包商在一定的期限内,以自筹资金建设项目并自费经营和维护,向东道国出售项目产品或服务,收取价款或酬金,期满后将项目全部无偿移交东道国政府的工程承包模式。这种承包模式是20世纪80年代以后国际工程承包市场上出现的,是一种新型的带资承包方式。BOT方式是通常说法,实际上包括以下7种方式:

(1) BOT (Build—Operate—Transfer), 即建造—经营—转让,是最常见的方式。

(2) BOOT (Build—Own—Operate—Transfer), 即建造—拥有一经营—转让。

(3) BOO (Build—Own—Operate), 即建造—拥有一经营。

(4) BRO (Build—Rent—Operate), 即建造—租赁—经营。

(5) BOOST (Build—Own—Operate—Subsidize—Transfer), 即建造—拥有一经营—资助—转让。

(6) BTO (Build—Transfer—Operate), 即建造—转让—经营。

(7) BT (Build—Transfer), 即建造—转让。

1.2.3 按照承包工程计价方式分类

按照承包工程计价方式,建设工程合同可以分为总价合同、单价合同和成本加酬金合同。

1. 总价合同

总价合同有时称为约定总价合同或包干合同。这种合同一般要求投标人按照招标文件的要求报一个总价,在这个价格下完成合同规定的全部项目。

(1) 总价合同的类型。

1) 固定总价合同。承包人的报价以详细的设计图纸及计算为基础,并考虑到一些费用的上升因素,如图纸及工程要求不变动则总价固定,但当施工中图纸或工程质量要求有变更或工期要求提前,则总价也应改变。这种合同适用于工期较短(一般不超过1年),对工程项目要求十分明确的项目。承包人将承担全部风险,将为许多不可预见的因素付出代价,因此一般报价较高。

2) 可调总价合同。在报价及签订合同时,以招标文件的要求及当时的物价计算总价合同。但在合同条款中约定:如果在执行合同中由于通货膨胀引起工程成本增加达到某一时限时,合同总价应相应调整。这种合同发包人承担通货膨胀这一不可预见的费用因素的风险,承包人承担其他风险。一般工期较长的项目采用可调总价合同。

(2) 总价合同的适用范围。

1) 在房屋建筑项目中使用。此时,要求发包人在招标时提供全面而详细的设计图纸,一般要求具备施工详图,还应有详细的规范和说明,以便投标人能详细地计算工程量。这类工程对发包人来说在设计阶段花费的时间较多,有利于控制投资和工期,总的风险较小,但是由于在设计过程中没能吸收承包人的建议,有可能在开工后会存在一些由于设计变更带来

的索赔。对承包人来说,由于总价固定,如果在签订合同时不能争取到一些合理的条件,则风险较大,因此投标时应考虑足够的风险费。由于承包人往往对此类工程的组织管理有很大的控制权,因此可以通过高效率地组织实施工程和节约成本获取更多的利润。

2) 在设计—建造与交钥匙项目中使用。这时,发包人可以比较早地将设计与建造一起发包给承包人,而承包人则承担着更大的责任和风险。

2. 单价合同

当准备发包的工程项目内容和设计指标一时不能十分确定,或是工程量可能出入较大时,则以采用单价合同形式为宜。单价合同主要有以下几种类型:

(1) 估计工程量单价合同。发包人在准备此类合同的招标文件时,委托咨询单位按分部分项工程列出工程量表并填入估算的工程量,承包人投标时在工程量表中填入各项目的单价,据此计算出总价作为投标报价之用。但在每月结账时,以实际完成的工程量结算。在工程全部完成时,以竣工图最终结算工程的总价格。

有的单价合同中规定,当某一单项工程的实际工程量比招标文件中的工程量相差一定百分比(一般为 $\pm 15\% \sim \pm 30\%$)时,双方可以讨论改变单价,但单价调整的方法和比例最好在订立合同时写明,以免日后发生纠纷。

(2) 纯单价合同。在设计单位还来不及提供施工详图,或虽有施工图但由于某些原因不能比较准确地计算工程量时采用这种合同。招标文件只向投标人给出各分项工程内的工作项目一览表、工程范围及必要的说明,而不提供工程量。承包人只要给出表中各项目的单价即可,将来施工时按实际工程量计算。有时,也可由发包人一方在招标文件中列出单价,而投标一方提出修改意见,双方磋商后确定最后的承包单价。

(3) 单价与包干混合式合同。以单价合同为基础,但对其中某些不易计算工程量的分项工程(如开办项目)采用包干办法。而对能用某种单位计算工程量的,均要求报单价,按实际完成工程量及合同中的单价结账。很多大型土木工程都采用这种合同形式。

对发包人而言,单价合同的主要优点是可以减少招标准备工作,缩短招标准备时间,能鼓励承包人通过提高工效等手段从成本节约中提高利润。发包人只按工程量表的项目开支,可减少意外开支,对少量遗漏的项目只需在执行合同过程中再报价,结算程序比较简单。但发包人存在的风险在于工程的总价一直到工程结束前都是个未知数,特别是当对工程量的估算偏低或是遇到了有经验的、善于运用不平衡报价的承包人时,风险就会更大。因此,比较正确的估算工程量和减少项目实施中的变更,可为发包人避免大量的风险。对承包人而言,这种合同避免了总价合同中的许多风险因素,比总价合同风险小。

3. 成本加酬金合同

成本加酬金合同,即发包人向承包人支付实际工程成本中的直接费,按事先协议好的某一种方式支付管理费及利润的一种合同方式。对工程内容及其技术经济指标尚未完全确定而又急于上马的工程,旧建筑物维修、翻新的工程,或是施工风险很大的工程可采用这种合同。其缺点是发包人对工程造价不易控制,由于该种合同形式是按照一定比例提取管理费及利润,往往成本越高,管理费及利润越高,因此承包人在施工中可能不会精打细算控制成本。

1.2.4 按照工程承包市场是否涉外分类

根据工程承包市场是否涉外,建设工程合同又可以分为国际工程承包合同和国内工程

承包合同。国际工程承发包离不开一些国际通用的工程合同示范文本,如 FIDIC 系列合同条件、NEC 合同条件、AIA 系列文本等。这些国际常用的示范文本经过不断修订,越来越强调通用性,不仅适用于国际工程承发包市场,还适用于国内承发包市场。而且,随着我国已经成为 WTO 的正式成员,国内建筑市场将进一步对外开放,国内建筑企业也越来越多地走出国门,市场规则将会逐步与国际接轨。可以预见,国内工程承发包市场中,FIDIC 等合同条件将得到更加广泛的应用。在这种时代背景下,国内工程承包合同与国际工程承包合同的划分已经显得不是那么明显和重要了。

1.3 建设工程合同的标的及特征

1.3.1 建设工程合同的标的

建设工程合同的标的是建设工程,包括房屋、桥梁、涵洞、水利工程、道路工程等。当事人进行这些方面的建设,是否属于建设工程的范围,则需要以一定标准加以确定。一般情况下,以工程的造价进行划分,造价高的属于建设工程合同;造价低的,属于承揽合同中建房合同、房屋改建、修缮合同。至于何为造价高,何为造价低,各省、市的标准都不一样,实践中应以建设工程所在地的相关规定予以确定。如果有关法律、法规有特殊规定的,依其规定。

1.3.2 建设工程合同的特征

建设工程合同具有承揽合同的一般特征,如建设工程合同是一种诺成合同,合同订立生效后双方应当严格履行;建设工程合同也是一种双务、有偿合同,当事人双方在合同中都有各自的权利和义务,在享有权利的同时必须履行义务。但是,建设工程合同也有它的特殊性:

1. 建设工程合同的主体只能是法人

建设工程,具有投资大、周期长、质量要求高、技术力量要求全面等特点,作为公民个人是不能够独立完成的。同时,作为法人,也并不是每个法人都能够成为建设工程合同的主体。合同中的发包人只能是经过批准建设工程的法人,承包人也只能是具有从事勘察、设计、施工任务资格的法人。因此,建设工程合同的当事人不仅是法人,而且必须是具有某种资格的法人。

2. 建设工程合同标的物仅限于建设工程

建设工程合同的标的物只能是建设工程而不能是其他物。建设工程合同这一合同类型的确立正是基于其标的的特殊性。这里所说的建设工程,是指按一定标准确定的建设工程。价值较小,或者工作内容比较简单的不动产标的物,不作为建设工程,不适用建设工程合同的有关规定,可以适用于承揽合同的有关规定。

3. 国家管理的特殊性

建设工程的标的物为建筑物等不动产,其自然与土地密不可分,承包人所完成的最终工作成果不仅具有不可移动性,而且须长期存在和发挥效用,是关系国计民生的大事,所以,国家对建设工程不仅进行建设规划,而且实行严格的管理和监督。从建设工程合同的订立到合同的履行,从资金的投放到最终的成果验收,都受到国家严格的管理和监督。

4. 建设工程合同具有次序性

由于建设工程的建设周期长、质量要求高、涉及面广，因此各阶段的工作之间有一定的严密顺序，即要符合建设程序要求，建设工程合同就具有了次序性强的特点。例如，国有投资项目未经立项、没有可行性研究，就不能签订勘察、设计合同；没有完成勘察设计工作，就不能签订施工合同等。

5. 建设工程合同为要式合同

建设工程合同应当采用书面形式，这是国家对建设工程进行监督管理的需要，也是由建设工程合同履行的特点所决定的。因此，建设工程合同为要式合同，不采用书面形式的建设工程合同一般不能有效成立。这里所说不能有效成立，是指建设工程合同未采用书面形式不生效，当事人无义务履行。但是，现实中存在虽未采用书面形式订立建设工程合同，但当事人已经开始履行的情况。《合同法》第36条规定：“法律、行政法规规定应当采用书面形式订立合同，当事人未采用书面形式，但一方已经履行主要义务，对方也已接受的，认为该合同成立。”

1.4 工程建设项目主要合同关系

1.4.1 工程建设项目合同体系

合同分类的标准有很多，可以按价格方式、服务内容、行为方式等对合同进行分类。按合同当事人的行为方式，可分为交易型与关系型合同。

从理论上讲，只有最简单明确、工期最短的建筑工程项目才具有交易型合同的特点，然而实践中大多数的工程项目是复杂的，带有很多的不确定性，很大程度上更适合于关系型的合同体系。根据这种理论，从我国建筑业合同发展演变的过程来看，可以分为三个阶段：

一是传统的合作阶段。早期工程项目简单、规模小，工程项目多数是由当地的一些小型的设计、施工企业合作完成的。这些企业以合作为基础，通过协商方式解决建设过程中的问题。此阶段的建筑合同通常非常简单，此阶段的合同带有典型的简单交易型色彩。

二是对质阶段。随着社会的发展，工程项目逐渐变得复杂，项目建设过程中的不确定也大为增加，工程项目的时空跨度增长，而且对施工效率要求越来越高，从而出现了“误期损害赔偿”规定。如果由于设计师原因延误了工期，设计师必须对损失负责。此时的承包商苦于无法准确预见通货膨胀等因素带来的成本变动，往往不得不转而寻找设计方案中的错误、自己控制之外的误期原因或其他外部原因，以便通过索赔获得额外的补偿。这种情况下建筑市场中各个相关参与方的关系变得紧张起来，出现了相互指责的对质局面。

三是“被迫”合作阶段。这是建筑业目前所处的阶段，其最大的特点就是强调项目实施中的伙伴关系。现有的合同体系加强了合作的气氛，但并没有改变现有合同的交易型性质。在大多数情况下，伙伴协议独立于法律合同，类似合作意向书。由于这些伙伴关系协议不具备任何法律效力，也就无法建立真正的合作关系。

此外，在现阶段合同体系中还存在一种长期的战略合作关系。即存在着一系列的项目，将他们陆续承包给预先选定的几个设计和施工企业。这些企业一般自己承担一部分范围内的工作，而将其他部分分包出去。这种相对有项目保障的环境在一定程度上有利于促进伙伴关系的形成。在这种条件下，正式的合同退居次要地位，只有在问题不能友好解决时才使用。

由于这种合作关系没有将承包商的分包商纳入进来,对分包商而言并没有获得预期工作的保障。在一些不确定性大、工期要求严苛、技术复杂的项目中,分包商的参与程度不深往往会影响到工程项目的顺利实施。

总之,建筑业合同体系发展到现在已经形成了许多套标准的合同格式。他们是由各行业组织在多年经验积累的基础上制定出来的,并得到了广泛的应用。但是,这些合同都是典型的交易型合同,合同中只是试图明确陈述各方的职业责任、权利和应得的补偿,在一种专业合同中几乎不提及其他相关的项目参与方。在这些标准合同的基础上,通过替代条款和少量的附加条款形成了各个具体的正式合同,伙伴关系则被排除在正式的合同之外,以某种“相互理解”之类的文件存在。在这种合同体系中,合同的各方自然仅仅考虑自己的直接利益,不但要求不损害自己的直接利益,而且各自都试图从对方获得更多的利益。

建设工程项目管理的发展要求建立新的带有更多关系型因素的合同体系,从而改善各个参与方之间的合作气氛,保证工程项目管理目标的实现。工程项目组织的构成基础是一系列的合同关系,而交易型合同体系只能适合于简单的工程项目,只有这种项目才可能像购买普通商品一样进行采购。复杂项目的采购更像是挑选团队中的队员,只能期望他在团队中承担某种职能,至于他们具体要做什么和如何开展工作,是由整个团队通过预先计划以及在执行过程中共同决定的。在简单项目中,作业的关系和时间是确定的,各成员之间的相互作用也是确定的。而在复杂项目中,这种条件不存在了,各专业成员之间的相互影响很大且很复杂,必须使各成员能够真正形成合作关系,关注整个项目的质量、成本和性能,才能达到参与者的共赢。

从业主的角度来看,为了实现项目总目标,会签订许多不同层次、不同种类的合同;从承包商的角度来看,为了履行承包合同也必须订立许多不同分包、采购、租赁等合同。从宏观上看,这些合同构成了项目的合同体系;从微观上看,每一份合同都定义并安排了一些项目活动,它们共同构成了项目的实施过程。在该合同体系中,这些合同都是为了完成业主的项目目标,都必须围绕这个目标签订和实施。因此,作为发包人需要一种更关系化的合同体系,它应该有如下特点:

(1) 公平、合理的奖励机制。这种机制应该以各参与方的具体表现为基础。这种表现不仅要以项目实施的结果为依据,更要考虑其参与项目组织和与其他各方合作的程度来衡量。公平合理的奖励机制是参与方利益的直接体现,是促使其积极参与项目合作的动力来源。

(2) 合理分配风险。新型的合同体系应该避免使某一方承担不合理的风险,做到风险与报酬相一致,避免参与方产生不公平的感觉。比如,业主与施工方之间可以采用保证最大价格的成本加成合同,一方面避免承包商承担其无法控制的风险,另一方面又使承包商有动力进行施工方案的优化。并且风险分担的原则应该是将风险分配给容易控制的一方。因为从项目全寿命周期的角度来看,风险分配给容易控制的一方,一方面可以通过有效控制风险得到相应收益;另一方面,可以降低项目的全寿命周期费用,是比较合理的。

(3) 能够鼓励各个项目参与方进行合作和创新。能够将伙伴式的合作关系引入到项目管理的过程中,即新的合同体系应该鼓励各个项目参与方进行合作和创新,既能有助于解决的问题,又能集合各方力量,寻找项目设计实施的最有利方案。

(4) 能够引导参与各方将实现项目的整体目标作为自己的目标。在以前的交易型合同中,很难想象总包商或建筑管理商有动机帮助专业分包商提高生产率,而在项目的整体约束

中,如果某专业分包商的生产率原本可以提高,但是却由于未得到配合而无法提高,项目整体的效率也将受到影响。新型的合同体系应该使参与者能够清楚地意识到工程项目的实施是个需要团队精神的集体活动,实现项目整体目标的过程其实就是实现自我目标的过程。

(5) 能够促进主动性的提高。即不只是能迅速对出现的问题做出反应,进行及时的计划调整和控制,而且应主动采取措施来提高计划的可靠性和执行的可能性。

(6) 能够促进各参与方之间的相互交流,使各参与方愿意与其他项目组织成员分享自己的信息和意见,愿意与其他参与方进行讨论,形成一种“开放”式的氛围。

项目的合同体系在项目管理中是一个非常重要的概念,它从另一个角度反映了项目的形象,对整个项目管理的运作有很大的影响,主要体现在以下几方面:①它反映了项目任务的范围和划分方式;②它反映了项目所采用的管理模式,例如监理制度、总包方式或平行承包方式;③它在很大程度上决定了项目的组织形式。因为不同层次的合同常常决定了该合同的实施者在项目组织结构中的地位。在上述合同体系中,相关的同级合同之间,以及主合同 and 分合同之间存在着复杂的关系,在国外人们又把这个合同体系称为“合同网络”。在项目中,这个合同网络的建立和协调是十分重要的。要保证项目顺利实施,就必须对此作出周密的计划和安排。在实际工作中,由于这几方面的不协调而造成失误的案例是很多的。

在这个合同体系中,工程承包合同是最有代表性、最普遍,也是最复杂的合同类型。它在合同体系中处于主导地位,是整个项目合同管理的重点。无论是业主、监理工程师或承包商,都将它作为合同管理的主要对象。了解工程承包合同将有助于对整个合同体系以及对其他合同的理解。

项目合同体系如图 1-1 所示。

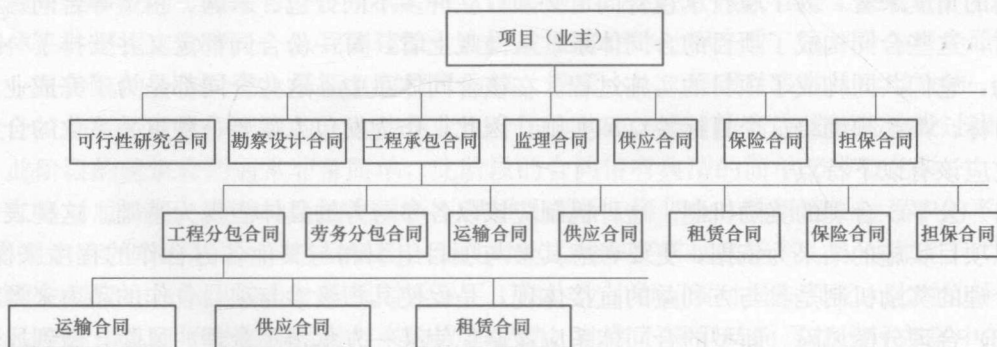


图 1-1 项目合同体系

1.4.2 业主主要的合同关系

业主作为工程、货物或服务的买方,根据对项目的需求,确定项目的整体目标,这个目标是所有相关合同的核心。要实现项目目标,一般的业主都必须将项目的咨询、勘察设计、施工、设备和材料供应等工作委托出去,并与有关单位签订咨询(监理)合同、勘察设计合同、供应合同、工程施工合同、贷款合同等。

按照项目承包方式和范围的不同,业主可能订立几十份合同。例如,将工程分专业、分阶段委托,将材料和设备供应分别委托,但可能将上述委托以各种形式合并,如把土建和安装委托给一个承包商,把整个设备供应委托给一个成套设备供应企业;当然,业主还可以与

一个承包商订立一个总承包合同,由该承包商负责整个工程的设计、供应、施工,甚至管理等工作。

1.4.3 承包商主要的合同关系

承包商是工程施工的具体实施者。承包商通过投标接受业主的委托,签订工程承包合同。工程承包合同和承包商是任何建设工程项目中都不可缺少的。承包商要完成承包合同约定的工作,包括由工程量表所确定的工程范围的施工、竣工和保修,为完成这些工程提供劳动力、施工设备、材料,有时也包括设计。任何承包商都不可能,也不必具备所有的专业工程的施工能力、材料和设备的生产和供应能力,他同样必须将许多专业工作委托出去,一般会签订分包合同、采购合同、运输合同、加工合同、租赁合同及保险合同等,因此承包商也会有复杂的合同关系。

下面,本书将对建设工程勘察设计合同、与建设工程相关的几类合同分别进行简要介绍,同时会对建设工程施工合同相关内容作出专章介绍。

1.5 建设工程勘察设计合同

1.5.1 建设工程勘察设计合同的概念及相关规定

1. 建设工程勘察设计合同的概念

(1) 建设工程勘察合同的概念。建设工程勘察是指为工程建设的规划、设计、施工、运营及综合治理等而对地形、地质及水文等要素进行测绘、勘探、测试及综合评定,提供可行性评价与建设所需要的勘察成果资料,以及进行岩土勘察、设计、处理、监测的活动。建设工程勘察合同就是委托方与承包方为完成一定的勘察任务,明确双方权利义务关系的协议。

(2) 建设工程设计合同的概念。建设工程设计是指运用工程技术理论及技术经济方法,按照现行技术标准,对新建、扩建、改建项目的工艺、土建公用工程、环境工程等进行综合性设计及技术经济分析,并提供作为建设依据的设计文件和图纸的活动。建设工程设计合同就是委托方与承包方为完成一定的设计任务,明确双方权利义务关系的协议。

2. 建设工程勘察设计合同的相关规定

《合同法》第269条明文规定:“建设工程合同包括工程勘察、设计、施工合同”。由此可见,建设工程勘察、设计合同是建设工程合同的重要组成部分。

为了加强工程勘察设计咨询市场管理,规范市场行为,根据《合同法》,建设部和国家工商行政管理局2000年3月1日修订并颁布了(建设〔2000〕50号文)《建设工程勘察设计合同管理办法》,同时修订了《建设工程勘察合同(示范文本)》和《建设工程设计合同(示范文本)》,明确了签订《建设工程勘察合同》、《建设工程设计合同》双方的技术经济责任,保护合同当事人的合法权益,以适应社会主义市场经济发展的需要。办法规定凡在中华人民共和国境内的建设工程(包括新建、扩建、改建工程和涉外工程等),其勘察设计均应按本办法签订合同。

(1) 勘察设计合同的发包人应当是法人或者自然人,承接方必须具有法人资格。发包人是建设单位或项目管理部门,承接方是持有建设行政主管部门颁发的工程勘察设计资质证书、工程勘察设计收费资格证书和工商行政管理部门核发的企业法人营业执照的工程勘察设计单位。

(2) 签订勘察设计合同应采用书面形式, 参照示范文本的条款, 明确约定双方的权利义务。对文本条款以外的其他事项, 当事人认为需要约定的, 也应采用书面形式。对可能发生的问题, 要约定解决办法和处理原则。承接方经发包人同意, 可以将自己承包的部分工作分包给具有相应资质条件的第三人。第三人就其完成的工作成果与承接方向发包人承担连带责任。

(3) 禁止承接方将其承包的工作全部转包给第三人或者肢解以后以分包的名义转包给第三人。禁止第三人将其承包的工作再分包。严禁出卖图章、图签等行为。

(4) 签订勘察设计合同的双方, 应当将合同文本送所在地省级建设行政主管部门或其授权机构备案, 也可以到工商行政管理部门办理合同鉴证。在签订、履行合同过程中, 有违反法律、法规, 扰乱建设市场秩序行为的, 建设行政主管部门和工商行政管理部门要依照各自职责, 依法给予行政处罚。构成犯罪的, 提请司法机关追究其刑事责任。

(5) 根据国务院 2015 年 6 月 12 日颁布实施的《建设工程勘察设计管理条例》(中华人民共和国国务院令 第 662 号) 的规定, 违反该条例第 8 条: “建设工程勘察、设计单位应当在其资质等级许可的范围内承揽建设工程勘察、设计业务。禁止建设工程勘察、设计单位超越其资质等级许可的范围或者以其他建设工程勘察、设计单位的名义承揽建设工程勘察、设计业务。禁止建设工程勘察、设计单位允许其他单位或者个人以本单位的名义承揽建设工程勘察、设计业务。” 规定的, 责令停止违法行为, 处合同约定的勘察费、设计费 1 倍以上 2 倍以下的罚款, 有违法所得的, 予以没收; 可以责令停业整顿, 降低资质等级; 情节严重的, 吊销资质证书。未取得资质证书承揽工程的, 予以取缔, 依照前款规定处以罚款; 有违法所得的, 予以没收。以欺骗手段取得资质证书承揽工程的, 吊销资质证书, 依照本条第一款规定处以罚款; 有违法所得的, 予以没收。第 36 条规定: “违反该条例规定, 未经注册, 擅自以注册建设工程勘察、设计人员的名义从事建设工程勘察、设计活动的, 责令停止违法行为, 没收违法所得, 处违法所得 2 倍以上 5 倍以下罚款; 给他人造成损失的, 依法承担赔偿责任。” 第 37 条规定: “违反该条例规定, 建设工程勘察、设计注册执业人员和其他专业技术人员未受聘于一个建设工程勘察、设计单位或者同时受聘于两个以上建设工程勘察、设计单位, 从事建设工程勘察、设计活动的, 责令停止违法行为, 没收违法所得, 处违法所得 2 倍以上 5 倍以下的罚款; 情节严重的, 可以责令停止执行业务或者吊销资格证书; 给他人造成损失的, 依法承担赔偿责任。” 第 38 条规定: “违反本条例规定, 发包方将建设工程勘察、设计业务发包给不具有相应资质等级的建设工程勘察、设计单位的, 责令改正, 处 50 万元以上 100 万元以下的罚款。” 第 39 条规定: “违反本条例规定, 建设工程勘察、设计单位将所承揽的建设工程勘察、设计转包的, 责令改正, 没收违法所得, 处合同约定的勘察费、设计费 25% 以上 50% 以下的罚款, 可以责令停业整顿, 降低资质等级; 情节严重的, 吊销资质证书。” 第 40 条规定: “违反本条例规定, 有下列四种行为之一的, 将依照《建设工程质量管理条例》第 63 条的规定责令改正, 处 10 万元以上 30 万元以下的罚款, 造成工程质量事故的, 责令停业整顿, 降低资质等级; 情节严重的, 吊销资质证书; 造成损失的, 依法承担赔偿责任。”

上述四种行为包括:

- 1) 勘察单位未按照工程建设强制性标准进行勘察的。
- 2) 设计单位未根据勘察成果文件进行工程设计的。

- 3) 设计单位指定建筑材料、建筑构配件的生产厂、供应商的。
- 4) 设计单位未按照工程建设强制性标准进行设计的。

1.5.2 建设工程勘察设计合同的主要内容

建设工程勘察设计合同应具备以下主要条款：

- (1) 建设工程名称、规模、特征、投资额、建设地点。
- (2) 委托方提供资料的内容、技术要求和期限。
- (3) 承包方勘察的范围、进度和质量。
- (4) 承包方向委托人交付的报告、成果、文件的份数内容及时间。
- (5) 设计的阶段、进度、质量和设计文件的份数。
- (6) 勘察设计工作的取费标准、依据和拨付办法。
- (7) 勘察设计工作变更及相关费用的调整。
- (8) 委托方和承包方的责任。
- (9) 违约责任。
- (10) 争议解决方法。
- (11) 合同生效与终止。

1.5.3 建设工程勘察设计合同的管理

建设工程勘察、设计合同的管理无论是对建设单位还是承包单位，都是十分重要和必要的。对建设工程勘察、设计合同管理的好坏，直接影响着勘察、设计合同委托方与承接方之间的权益和经济效益能否实现，而且更直接地决定了作为国家固定资产投资的工程建设能否按质、按量、按期完成并获得预期经济效益的问题。因此，勘察、设计工作直接关涉委托方、承包方和国家利益，合同管理工作必须认真对待。

勘察设计合同委托方为了保证勘察、设计工作的顺利进行，可以委托具有相应资质等级的建设监理公司，聘请建设监理工程师，对勘察设计合同进行管理。

承接方对建设工程勘察设计合同的管理更应充分重视，要建立专门的合同管理机构，注重相关法律、法规、合同条款和合同文件的研究，遵守相关法律、法规的规定，按照合同的要求，控制勘察、设计进度在合同工期内，保证勘察、设计人员按照要求进行合乎法律及规范的勘察、设计，并将勘察、设计所需的费用控制在合同价款以内。

1.6 与建设工程有关的其他合同

在建设工程的准备和进行过程中，有一些工作与建设工程密切相关，它们并不属于建设工程合同范畴，但是这些合同所规定的权利和义务等内容，与建设工程活动密不可分，建设工程合同从订立到履行的全过程离开了这些合同是不可能顺利进行的。这些合同主要有土地使用权出让或转让合同、城市房屋拆迁合同、工程项目前期咨询合同、建设工程委托监理合同、招标代理合同、工程造价咨询合同、材料设备采购合同、租赁合同、贷款合同、融资合同、建设工程保险合同、担保合同等。

1.6.1 建设工程监理合同

工程建设监理制度是国际上通行的作法，许多发达国家已经形成了一整套的法律制度，我国建设领域正在推广这一项制度，这也是与国际惯例接轨的一项重要工作。