

4



盈科律师丛书

YingKe Lawyers Series

总主编：梅向荣

LEGAL RISK MANAGEMENT THROUGHOUT THE CONSTRUCTION PROJECT

建设工程全程 法律风险控制

李 刚 李 娜 / 著



法律出版社

LAW PRESS·CHINA



LEGAL RISK MANAGEMENT THROUGHOUT THE CONSTRUCTION PROJECT

建设工程全程 法律风险控制



法律出版社

www.lawpress.com.cn



法律门
Access To

www.falvm.com.cn

图书在版编目(CIP)数据

建设工程全程法律风险控制 / 李刚, 李娜著. —北京: 法律出版社, 2011. 3
ISBN 978 - 7 - 5118 - 1850 - 8

I. ①建… II. ①李… ②李… III. ①建筑法—研究—中国 IV. ①D922. 297. 4

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2011)第 024987 号

建设工程全程法律风险控制
李 刚 李 娜 著

编辑统筹 大众出版分社
策划编辑 韦钦平
责任编辑 林 喆
编辑助理 楼鹏科
装帧设计 贾丹丹

© 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 北京北苑印刷有限责任公司
责任印制 沙 磊

开本 787 × 960 毫米 1/16
印张 35.75
字数 556千
版本 2011 年 5 月第 1 版
印次 2011 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

销售热线/010-63939792/9779

网址/www.lawpress.com.cn

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

西安分公司/029-85388843

重庆公司/023-65382816/2908

上海公司/021-62071010/1636

北京分公司/010-62534456

深圳公司/0755-83072995

书号: ISBN 978 - 7 - 5118 - 1850 - 8

定价: 76.00 元

(如有缺页或倒装, 中国法律图书有限公司负责退换)

总 序

北京市盈科律师事务所成立于2001年,秉承“诚信、卓越、合作、责任”的法律服务理念,坚持规模化、专业化、品牌化和国际化的发展方向,先后获得“法律服务先进集体”、“司法行政系统先进集体”等荣誉称号。

在盈科的发展过程中,盈科律师迎来了中共中央政治局常委、国务院总理温家宝同志的亲切接见,接受了中共中央政治局常委、中央政法委书记周永康同志的视察,也得到了中华人民共和国司法部吴爱英部长对盈科律师事务所“以党建带所建”工作的充分肯定。

截至2010年4月底,盈科律师事务所北京总部现有执业律师350余人、实习律师78人、员工总人数612人。其中硕士125人、博士18人、留学归国人员21人、外籍在所工作人员5人、各领域专家顾问40余人,办公面积近8000平方米。盈科律师事务所北京总部已成为中国规模最大的单一法律服务机构。

为了给客户提供更贴近的法律服务,完善盈科律师事务所的法律服务网络体系,盈科律师事务所计划在3年内,完成全国各省会城市和计划单列市分所的建设任务。各地分所均由总所直接投资、直接管理。现已建成上海、广州、天津、南京、沈阳、石家庄、呼和浩特七家分所,2010年正在筹建深圳、成都、苏州、青岛、武汉、长沙、昆明、厦门、鄂尔多斯等9家分所,2010年年底总所及分所律师执业人数将达到1000人,2013年年底律师执业总人数将接近3000人。届时,盈科律师事务所规模将进入亚洲第一、全球前十位。在未来的五年内,盈科律师事务所将继续引进国际化人才,拓展国际业务,完成在香港、欧洲、北美、日本、加拿大等地区 and 国家的分所建设工作,形成盈科所遍布全球的法律服务网络体系。

盈科律师事务所汇集了一大批优秀的律师人才。广博的专业知识、精湛的专业技能、丰富的实践经验和勤勉尽职的职业道德铸造了盈科所独具特色的律

师团队。盈科律师事务所的律师团队来自国内外知名大学和研究机构的各类专业律师精英和法律专家,大多数律师取得了中、美、英、法、德、日、韩等国的法学博士和硕士学位,半数以上的执业律师具有理工、医学、计算机、国际贸易、金融投资等专业背景。多数律师还具有在企业、行业协会、大学、司法机关或外国律师事务所的工作经历。盈科所还聘请了一批在国内外法学理论及实务领域享有盛誉和崇高威望的一流法律专家担任顾问。

在不同领域均能为客户提供满意的法律服务是盈科律师事务所的不懈追求。盈科所参照国际模式,结合中国经验,制定了具有国际职业水准的法律服务标准和具有良好质量控制的实务操作规范。业务领域涵盖公司并购与重组、证券与资本市场、外商直接投资、境外投资与反向收购、金融证券和银行、知识产权、房地产、基础设施建设、项目融资、政府采购与招投标、信息产业、资讯与媒体服务、文化、体育、劳动和社会保障、矿产和自然资源、国际贸易、海商与海事、诉讼与仲裁等多个法律部门和服务领域。在传统和新兴的法律业务领域,盈科所均已处于法律服务的前沿。

我们深知,专业化的律师队伍是律师事务所为客户提供专业服务的基本保证。为此,盈科律师事务所大力推进律师事务所的专业化建设,启动了以“部门主任负责制”为特征的专业化建设工作。盈科律师事务所涌现了一批在不同专业领域的大律师、名律师。我们把盈科律师在不同专业领域的研究和工作成果编辑成册,汇集成《盈科律师丛书》。我们希望《盈科律师丛书》的出版一方面能为本所律师的专业化服务提供统一的标准,另一方面也能为企业、法律界的同行交流使用。

由于《盈科律师丛书》的编辑时间比较仓促,不足之处还请大家多多指正。

北京盈科律师事务所管委会主任 梅向荣

2010年5月4日

前 言

盈科建设工程律师团队是一支阵容强大、专业突出、注重分工协作的律师团队,该团队秉承规模化、专业化、品牌化、国际化的传统优势,一直致力于提供高品质房地产行业法律服务。团队律师在房地产、建设工程领域有着深厚的理论功底和丰富的实践经验,曾为国家机关、国有大中型企业、事业单位及民营企业提供法律顾问服务,并为多个国家、省市重点工程项目全程提供法律跟踪服务,成功代理了大量房地产、建设工程纠纷诉讼、仲裁案件,为当事人挽回了巨额经济损失,同时也积累了大量诉讼及非诉讼法律服务经验。本书是对整个律师团队过往丰富法律实践的理论总结,价值目标在于关注当前建设工程行业法律风险的防范与控制。全书也以风险防范为中心,系统总结了建设工程各环节的法律风险点,并结合司法实践有针对性地一一提出防范措施。

风险控制是发现和了解组织中风险的各个方面并且付诸明智的行动,帮助组织实现战略目标、减少失败可能并降低不确定的经营结果的整个过程,其价值在于如何发现风险以及采取何种管理程序来减少风险。目标与风险相伴而生,风险的控制水平直接关系着企业项目运作的成败。因此,风险控制理念应是每个现代化企业管理理念的重要组成部分。特别是对城市建筑房地产行业来讲,建设项目投资大、项目管理环节多、建设施工周期长、技术质量要求高、受政策影响波动明显这些行业特点本身就决定了建筑施工行为潜在着较高经营风险。目前各地司法审判中建设工程纠纷案件呈现明显增长态势的事实从一个侧面有力佐证了建筑行业的高风险性,同时也暴露出了我国建筑房地产行业的风险控制意识的薄弱及风险控制体制的缺失。

对于房地产企业来讲,构建法律风险控制体制的主要抓手与平台是建设工程施工合同。建设工程施工合同是建设单位与施工单位之间为完成特定的项目

工程建设而明确双方权利义务的协议,它是建设单位与施工单位双方的最高行为准则,也是控制整个项目工程质量、工程进度、投资进度和解决争议的主要依据。目前在我国的建设工程施工合同法律关系中,由于市场供求关系的失衡,较之施工单位,建设单位先天具有优势主导地位。合同签订履行过程中,双方权利义务极易失衡,出现所谓“黑白合同”。此外,疏于审查施工资质、片面低价竞标、拖欠工人工资等带有普遍性的问题也导致了建设工程施工合同的高风险性。另外,在审判实务中,建设工程施工合同的纠纷处理机制越来越重视签约双方的意思自治,以合同约定来界定签约双方的权利义务,以证据证明事实是建设工程施工合同纠纷处理的发展趋势。因此,在建设工程施工法律关系中,无论是建设单位还是施工企业均应提高合同风险控制能力。本书的写作初衷也在于此。为了帮助建设单位和施工企业了解并掌握项目工程建设风险点,作者从数百个近年来颇具代表性的建设工程施工合同纠纷案例中整理总结出了从工程招投标到合同签订、签证索赔、工程质量、建设工期、竣工验收、工程款结算以及工程款优先受偿等各个环节所可能潜在的风险,并有针对性地制定出合理有效的风险防范措施。全书注重理论与实践的紧密结合,对项目工程建设的重要环节均设专章,结合典型审判案例进行了逐一阐述,用理论指导实践,从实践中升华理论,深入浅出,循序渐进,以期对提高企业的合同风险控制能力有所裨益。由于作者水平有限,不当之处还请广大读者不吝宝贵意见。

目录 / CATALOGUE

第一章 我国建筑市场概述及建筑企业风险控制现状	1
第一节 建筑市场概述	1
第二节 我国建筑企业风险控制现状	4
第二章 建设工程招投标阶段的风险控制	28
第一节 建设项目招投标概述	28
第二节 招投标的程序	38
第三节 招投标的法律性质及责任后果分析	52
第四节 招投标阶段的法律风险分析	65
第五节 招投标阶段的风险控制	78
第三章 合同签订阶段的风险控制	109
第一节 施工合同审查	109
第二节 施工合同的无效及法律后果	114
第三节 黑白合同的风险控制	131
第四节 垫资合同的风险控制	141
第四章 签证与索赔的风险控制	179
第一节 签证的风险控制	179
第二节 索赔的风险控制	189
第五章 工程质量的风险控制	220
第一节 建设工程质量概述	220
第二节 工程质量责任的承担	225
第三节 工程质量的风险控制	239
第六章 工期的风险控制	265

第一节 工期的认定	265
第二节 工期签证和索赔的风险控制	275
第三节 停工及其风险控制	279
第七章 竣工验收阶段的风险控制	317
第一节 工程竣工验收概述	317
第二节 竣工验收的法律意义	319
第三节 竣工验收的程序	321
第四节 竣工验收的风险控制	326
第八章 工程结算阶段的风险控制	352
第一节 工程结算概述	352
第二节 施工合同价款结算条款的确定	355
第三节 工程价款的结算和支付	370
第四节 建设工程价款争议及处理	380
第五节 建设工程造价鉴定	390
第九章 工程价款优先受偿阶段的风险控制	445
第一节 建设工程优先受偿权概述	445
第二节 工程价款优先受偿权的实现及风险控制	450
第三节 影响优先权实现的因素	459
第十章 工程质量保修的风险控制	468
第一节 工程质量保修概述	468
第二节 工程保修流程及责任划分	473
第三节 保修金的返还	477
第四节 保修的风险控制	479
附录:相关法律法规、司法解释	495
中华人民共和国建筑法	495
中华人民共和国物权法(节录)	504
中华人民共和国合同法(节录)	506
中华人民共和国招标投标法	509
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	518

最高人民法院关于建设工程价款优先受偿权问题的批复	521
最高人民法院民事审判庭关于发包人收到承包人竣工结算文件后, 在约定期限内不予答复,是否视为认可竣工结算文件的复函	522
建设工程质量管理条例	522
中华人民共和国招标投标法实施条例(征求意见稿)	531
工程总承包企业资质管理暂行规定	549
建设工程质量保证金管理暂行办法	553
房屋建筑工程质量保修办法	555
建设工程价款结算暂行办法	556

第一章 我国建筑市场概述及建筑企业风险控制现状

第一节 建筑市场概述

一、蓬勃发展的建筑市场有力促进了我国建筑业的快速发展

改革开放 30 多年来,建筑业作为我国国民经济赖以发展的基础性先导产业,一直处于支柱地位。在国民经济各个行业排名中,建筑业排名第四。近年来,我国基础建设投资规模加大,直接刺激了建筑市场的蓬勃发展。建筑业顺应整个国民经济及社会发展的态势,一方面保持了产业的继续增长,规模达到历史新高,另一方面积极进行着产业、市场和企业发展战略的调整。

(一)全社会固定资产投资(FAI)总额增速持续在 15% 以上的高位运行,导致建筑业总产值及利润总额增速也在 20% 的高位波动

2006 年,全国建筑业企业(指具有资质等级的总承包和专业承包建筑业企业,不含劳务分包企业,下同)完成建筑业总产值 40,975 亿元,比上年增长 6423 亿元,增长 18.6%;完成竣工产值 26,051 亿元,比上年增长 2185 亿元,增长 9.2%;建筑业增加值 8182.4 亿元,比上年增长 18.6%。

2007 年,全国建筑业企业完成建筑业总产值 50,018.62 亿元,比 2006 年同期增长 20.4%;房屋建筑施工面积 473,287.39 万平方米,比 2006 年同期增长 15.4%;签订的合同额为 80,274.18 亿元,比 2006 年同期增长 19.5%。到 2007 年年底,共有建筑业企业 59,256 家,比 2006 年同期下降 1.5%。

在金融危机的影响下,普通房建项目由热转冷,制造业出现萎缩。2008 年,房屋建筑业完成营业额 940.7 亿美元,同比增长 27.2%。制造业出现负增长,降幅达到 2.3%,实际完成营业额 69.2 亿美元,仅占总营业额的 1.8%。

2009 年全社会建筑业增加值 22,333 亿元,比上年增长 18.2%。全国具有资

质等级的总承包和专业承包建筑业企业实现利润 2663 亿元,增长 21.0%,其中有及国有控股企业 697 亿元,增长 23.9%。

未来 50 年,中国城市化率将提高到 76% 以上,城市对整个国民经济的贡献率将达到 95% 以上。都市圈、城市群、城市带和中心城市的发展预示了中国城市化进程的高速起飞,也预示了建筑业更广阔的市场即将到来。

(二) 我国建筑业的建造能力不断创新,工程总承包市场扩大

近年来,在工程建设中,建筑业企业更加积极主动地追求科学管理和技术进步,自主研发了一批工程建设管理软件和工程软件包,在远程控制、集中决策、项目平台、零距离管理等方面积极运用信息技术,有力地促进了企业核心竞争力的提高。一大批投资规模大、技术要求高、举世瞩目的特大型建设工程相继落成或正在建设,如长江三峡二期工程、西气东输、西电东送、南水北调等能源及能源调度工程,青藏铁路、润扬长江大桥、苏通长江大桥、上海磁悬浮轨道等交通工程,国家大剧院、奥运场馆项目、上海金茂大厦等工程,标志着我国建筑业的建造能力达到了一个新的管理水平。同时,建筑业企业从一开始单一的施工分包、施工总承包逐步发展到采购—施工总承包、设计—施工总承包和设计—采购—施工一体化总承包,促使建筑业企业的市场竞争实力得到进一步增强。

(三) 积极拓展国际市场,提高境外工程承包的竞争力

近年来,我国对外建筑业企业工程总承包业务取得了突破性进展。多家企业进入美国和中东等国家市场,业务由 1979 年的 3000 万美元的劳务分包发展到 2004 年工程承包业务额年完成 174.7 亿美元,跃居世界建筑业国家承包出口服务前 5 强之列。目前,我国不但在国外承担了不少 EPC 总承包项目,而且总承包合同额大幅度增长,在水电、火电、公路、石油、有色金属等行业建成了一批具有可观盈利前景的工程项目。

二、建筑市场管理工作日益规范化

近几十年来,在政府主管部门的强有力推动下,我国建筑法规体系逐步完善,以《建筑法》、《招标投标法》和《合同法》为母法,以《建设工程质量管理条例》、《建设工程安全管理条例》等配套法规,《建筑业企业资质管理规定》、《建设工程勘察设计企业资质管理规定》等配套部门规章为子法的建筑法规体系基本形成。针对建筑市场中招投标行为不规范以及建筑活动中工程转包、违法分包问题,建设部又先后出台了《房屋建筑和市政基础设施工程施工招标投标管理办

法》和《房屋建筑和市政基础设施工程施工分包管理办法》等部门规章;同时,为履行我国加入 WTO 时的承诺,建设部又出台了《外商投资建筑业企业管理办法》、《外商投资工程设计企业管理办法》,弥补了建筑市场准入法规体系中对于外国企业的市场准入问题法律规定空白的状况。另外,建设部还会同商务部出台了《关于对外承包工程质量安全问题处理的有关规定》,将中国企业在境外的工程承包活动纳入了资质管理的轨道。为了清欠工程款,保障农民工的基本权益和社会稳定,建设部于 2004 年 8 月颁发了《关于在房地产开放项目中推行工程建设合同担保的若干规定(试行)》,部际工作联席会议有关部门联合制定颁发了《建设领域农民工工资支付管理暂行办法》、《建设工程价款结算暂行办法》、《关于为解决建设领域拖欠工程款和农民工工资问题提供法律服务和法律援助的通知》等规范性文件,预防薪欠的长效机制开始建立。

同时,我国加大了对建筑市场违法违规行为的惩治力度。对于当前建筑市场存在的突出问题,例如招投标过程中的违规问题,工程转包、违法分包和资质挂靠问题,地区封锁和行业封锁问题,不执行工程建设强制性标准、偷工减料问题以及拖欠工程款和农民工工资问题,政府主管部门进行了专项整治,对于违规工程项目进行了查处,对于违反建筑活动行为规范的单位进行了处罚,基本保障了建筑市场的规范运行。

三、目前我国建筑市场存在的主要问题

目前我国正处于工程建设的高峰期,但是建筑市场的发育尚不完善,体制机制尚不健全,建筑企业信誉观念和履约意识还较为薄弱,市场违规行为和工程质量安全事故时有发生,致使建筑市场的风险因素大大增加,制约了建筑业的健康发展。

(一)建筑市场不规范现象严重

从根本上讲,建筑市场之所以存在诸多违法违规等不规范现象,主要是由建筑市场的供需关系和建筑业自身的产业特点决定的。从供需关系来讲,我国建筑市场上严重地供大于求,是个典型的卖方市场,施工企业承揽建设工程项目十分困难,所以施工企业竞相压价,为了承包到工程不择手段,导致违法违规行为的出现,主要表现在违反《招标投标法》和相关的规范性文件规定。比如虚假招标;招标人泄露标底;低于成本价竞标;招标代理机构、招标人和投标人之间恶意串通;确定中标之前,招标人与投标人进行实质性谈判;招标委员会发出中标通知书之

后,招标人与中标人背离中标通知书所记载的实质性内容,另行签订合同;大量黑白合同的存在等违法违规行为。建筑市场的违法违规行为还表现在违反《合同法》第16章和《建筑法》的相关规定,比如非法转包、违法分包、肢解发包等严重影响建筑施工产品质量的行为;没有资质等级、超越资质等级、挂靠承包的行为;拖欠工程款;拖欠农民工工资等违法违规行为。此外,建筑市场还存在工程监理、造价等咨询机构发育不完善,信用体系不健全,工程风险制度尚未建立等问题,这些都制约着建筑业的健康发展。

(二)建筑市场准入制度亟待完善

建筑市场准入资质许可的程序、条件、标准不能满足市场和企业的需求。比如政府取消企业资质年检和项目经理资质行政审批后,对企业动态监管和项目经理的培养监管缺少相应的手段,致使一些地方出现伪造和复印项目经理资质证书等违法行为。

(三)建设工程项目管理体制还不能与国际全面接轨

比如工程咨询业管理粗放,水平低下,政府投资工程建设组织实施方式的改革推进缓慢,与国家投资体制改革相适应的鼓励和发展工程总承包和项目管理的市场准入机制还处于探索阶段,相关配套政策和措施远不能满足市场和国际化发展的需要。随着经济全球化的发展和WTO过渡期后的有关对策的出台落实,国际跨国公司和工程承包商将更实质性地进入中国建筑市场开展业务,中国建筑企业将面临国内市场和国际高端市场的激烈竞争和严峻挑战。

第二节 我国建筑企业风险控制现状

随着建筑市场的成熟和法制的完善,建设工程施工合同的纠纷处理机制中越来越重视签约双方的意思自治,即重视合同本身的约定。以合同约定来界定签约双方的权利和义务,以证据证明事实是建设工程施工合同的纠纷处理发展趋势。所以,无论是建设单位,还是施工企业,均应提高合同风险控制的能力。

一、建设单位风险控制现状

近年来,我国建设单位施工管理日益规范和成熟,特别是开发过多个项目的有经验的建设单位,其对建设工程合同的管理和控制已经比较到位,能够对合同条款进行必要的审查和研究,能够制定出精细可行的合同条款。并且,从建筑市场的市场供需关系来看,建设单位也能够利用自己卖方市场的优势地位签订格式条款或者其他不公平条款,能够达到利用合同来规避自身风险,把不可预测或难以预测的风险通过合同约定推给施工企业的目的。但是,建设单位绝对的市场优势和合同主体优势并没有彻底消除其在工程建设中的法律风险,从近年来发生的建设工程纠纷的案例来看,建设单位在风险控制方面仍存在以下突出问题:

(一)疏于对承包方的资质审查

根据我国《建筑法》第26条、《建设工程质量管理条例》第25条、《建筑业企业资质管理规定》的相关规定,建设工程项目承包商应具有相应的资格资质,否则不能承包施工相应的建设工程项目。

《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》(以下简称《建设工程施工合同解释》)第1条规定,“(一)承包人未取得建筑施工企业资质或者超越资质等级的;(二)没有资质的实际施工人借用有资质的建筑施工企业名义的”,建设工程合同无效。第5条规定:“承包人超越资质等级许可的业务范围签订建设工程施工合同,在建设工程竣工前取得相应资质等级,当事人请求按照无效合同处理的,不予支持。”可见,法律法规对承包人的资格资质的规定是十分严格的,不具备相应资质则直接导致建设施工合同无效,合同无效后的保修责任如何处理将给建设单位带来很大的麻烦。并且,不具备相应资质的承包人承建的工程更容易产生工程质量问题。所以,作为建设单位,必须对承包人的资质进行严格的审查,以防患于未然。

(二)签订违反国家强制性规定的条款或格式条款

建设工程施工合同的签订应遵循民法平等、自愿、诚信的原则,该类合同的签订不能违反法律法规的强制性规定,否则违反的部分将被认定为无效。同时,建设单位在签订合同时应尽量避免签订格式条款,尤其是加重承包方责任或免除自身责任的格式条款。否则,该条款将会被认定为无效。

(三)签订黑白合同

《建设工程施工合同解释》颁布实施前,如果存在黑白合同的情况,司法实践

中一般都会因为黑合同是签约双方真实意思的表示而确认黑合同的效力。这对于建设单位来讲往往是有利的,因为黑合同约定的价款及结算方式会低于白合同。但《建设工程施工合同解释》颁布后,其第21条规定:“当事人就同一建设工程另行订立的建设工程施工合同与经过备案的中标合同实质性内容不一致的,应当以备案的中标合同作为结算工程价款的根据。”这一规定明确了工程价款结算要以白合同为准。这也表明建设单位不能再以白合同并非双方的真实意思表示来进行抗辩,而这种结算方式显然对于施工企业而言是明显有利的。当然,这也容易被某些利欲熏心的施工企业所利用。

(四)约定逾期不结算视为认可结算

根据《建设工程施工合同解释》第20条的规定,“当事人约定,发包人收到竣工结算文件后,在约定期限内不予答复,视为认可竣工结算文件的,按照约定处理。承包人请求按照竣工结算文件结算工程价款的,应予支持”。该条规定的适用需要具备两个条件:第一,双方当事人约定了竣工结算的期限;第二,双方当事人也约定了超过结算期限,发包人不予回复即视为认可。这两个条件须同时具备。发包人对于该项条款应慎重约定,即便约定,也要考虑到自身的履约能力,并尽量约定通知、提示条款的程序,以防造成不利于自身的结果。

(五)拖欠工程款、进度款

实践中,由于建设单位自身的资金运转或其他原因,拖欠工程款、进度款的现象屡见不鲜。这是建设单位的违约行为,直接导致违约责任的发生,涉及施工企业索赔工程款及其利息、违约金、停窝工损失等。对此,建设单位应及时支付工程款及工程进度款,确实有支付困难时,应尽快与施工企业达成一致协议,变更原合同约定,避免造成违约。

(六)疏于施工合同的履行控制

建设单位将工程发包后,疏于对建设工程的监督、管理,施工企业虽签订了施工合同,但是未能按照合同的约定履行,导致履约和工程建设中出现问题,如承包方与实际施工人不一致的问题,工程质量问题,工期延误问题等。

二、施工企业风险控制现状

与建设单位相比,施工企业的管理水平低下、关键性人才匮乏、风险控制能力相对较弱,合同管理则较为粗放,面临着合同条件差、违约责任重、合同履行中处于劣势、证据收集难等问题。在合同履行过程中,施工企业疏于化解不公平条

款带来的风险;不善于利用索赔手段,而是采取传统的签证方式,签证中存在的大量不规范不具体情况导致签证无效,索赔无门;现场管理难度大;工程款结算越来越难等风险。目前,施工企业在风险控制方面主要存在以下问题:

(一)疏于对发包人的资信审查

在建设工程施工合同签订之前,施工企业应该首先对发包人的资信情况进行仔细的审查,主要审查方面为:(1)发包人的经济情况变化及资金运转情况;(2)发包人的信誉度和诚信程度;(3)发包人是否故意刁难承包人,是否滥用权力;(4)发包人是否经常改变设计方案、施工方案,打乱施工秩序等。但是,在实际操作中,施工企业往往为能够承揽到工程欣喜,而忽视对建设单位的资信审查,从而导致工程建设过程中出现纠纷,工程款最终无法收回或无法全额收回。

(二)盲目采用低价策略

施工企业为了在招标中中标,往往采取低价投标,甚至低于成本价投标的方式承揽工程。实际施工中,当施工单位感到利润空间很小,或根本没有利润可言,甚至亏损时,发包人不会愿意调整合同价款,多支付工程款项。此时施工企业便会面临两难境地,如果继续施工,则越干越赔;如果停止施工,解除合同,便会被发包人利用,以施工企业违约为由起诉到法院。即便中标价格低于成本价格导致中标无效,法院也会考虑到有违诚信而不会支持施工企业调整合同价款的主张,施工企业的权益将得不到保障。

(三)忽视合同特别约定

目前大多数施工企业与建设单位签订合同的通常做法是套用一個现成的标准合同文本或在地普遍适用的合同示范文本进行填空并签字。这种简单机械套用的做法在目前市场经济条件下是十分有害的。双方在对通用条款进行明确约定的同时,应该对于不同时期、不同区域、不同项目的特殊性作必要的考虑,对于特别情况,应着重在特别条款中约定。比如(1)合同单方解除权的行使条件与程序;(2)合同中怎样有效设定特别生效条款;(3)窝工情况下损失赔偿的范围及计算方法;(4)工程停建、停工的退场、现场保护、工程移交、结算方法和损失赔偿范围;(5)工程进度款拖欠情况下的工期处理;(6)建设单位提前使用工程部分的保修问题;(7)合同外工程量的计价原则和签证程序;(8)因建设单位原因造成工程竣工验收延期的结算程序 and 法律责任;(9)工程尾款的回收办法和保证措施等。