



施工企业项目管理 法律实务

本书为作者PPT课件原版内容

张国印 编著

中国建筑工业出版社

施工企业项目管理法律实务

张国印 编著

本书为作者PPT课件原版内容

中国建筑工业出版社

图书在版编目(CIP)数据

施工企业项目管理法律实务 / 张国印编著. —北京: 中国建筑工业出版社, 2016. 9

ISBN 978-7-112-19533-6

I. ①施… II. ①张… III. ①施工企业—项目管理—法律—基本知识—中国 IV. ①D922. 297

中国版本图书馆CIP数据核字(2016)第139158号

责任编辑: 姚荣华 张文胜

责任校对: 李欣慰 张 颖

施工企业项目管理法律实务

张国印 编著

*

中国建筑工业出版社出版、发行(北京西郊百万庄)

各地新华书店、建筑书店经销

北京京点图文设计有限公司制版

北京中科印刷有限公司印刷

*

开本: 880×1230 毫米 1/16 印张: 12¼ 字数: 350千字

2016年9月第一版 2016年9月第一次印刷

定价: 62.00 元

ISBN 978-7-112-19533-6

(29026)

版权所有 翻印必究

如有印装质量问题, 可寄本社退换

(邮政编码 100037)

前言

本书为笔者有关施工企业项目管理法律实务讲座课件内容，多年来，笔者先后应邀给施工企业、施工协会、律师协会、律师所、仲裁委员会等做施工管理等建设工程方面的讲座，讲座内容一点点形成了一个体系。课件内容有 33 个部分，1000 余张 PPT。

在此，也对曾邀请笔者讲座的企业、协会、律师所、仲裁委员会表示感谢！笔者特别感谢顾问单位，是你们的培训需求，推动了本书课件的不断更新、完善，直至形成了一个基本完整的体系。

本书内容包括了项目部的法律性质、合同签订管理、施工准备管理、劳务分包管理、工程分包管理、有关转包挂靠问题、施工企业内部承包问题、项目部如何减少用工风险、项目部公章管理、项目管理人员对外签字风险认知、物资采购管理、工期管理、质量管理、安全管理、变更索赔管理、如何应对中途退场问题、竣工验收移交管理、工程结算管理、优先受偿权风险认知、质量保修管理、项目财务管理、建筑施工企业如何应对“营改增”、工程保险管理、合同关键节点管理、全过程必要公证管理模式、如何应对阻工、如何应对威胁、恐吓与敲诈、如何应对项目法律纠纷、造价鉴定中应注意的问题、境外建设工程风险与索赔管理、行政处罚的预防和应对、项目管理中的刑事界限认知、设立项目法律顾问的必要性共 33 个部分的内容。各部分内容多寡有别，基本涵盖了施工企业项目管理工作，也包括了施工企业及管理人员刑事界限认知内容，还包括笔者所倡导的全过程必要公证管理模式内容。

无论国内还是国际，基础设施建设方兴未艾。我国“一带一路”发展战略已开始实施，国家发展改革委、财政部也正在大力推行政府和社会资本合作模式（PPP）。其中，基础设施建设占有非常大的比重，建设工程领域市场前景仍然乐观，建筑施工企业仍大有可为，应抓住机遇，提升管理水平，增强竞争力。

目前，绝大部分施工企业的管理还是粗放型，在具体项目上基本没有或极少有相关法律专业人员，其原因有法律意识、成本等多方面，但这的确不利于项目的有效管理。笔者一方面倡导实行项目法律顾问制度，另一方面也倡导项目管理人员通过学习增强法律意识。本书虽为 PPT 课件形式，但绝大部分内容都可认知、领会，希望本书能够对建筑施工企业管理人员有所裨益。

本书大部分内容在讲座后都得到了受众好评，特别是得到了很多律师同行的赞许，笔者甚是欣慰。由于课件 PPT 数量大，也是想着整体出版，笔者就没有对外复制本课件各部分内容，此次为第一次对外公开，并且是以图书形式出版。

本书特色：一、经搜索未见 PPT 课件形式的图书，本书应该是国内第一本；二、基本涵盖施工企业项目管理各阶段内容，并有笔者提出的独特的管理理念；三、图文并茂形式展示，课件内容容易认知；四、笔者根据二十年来为施工企业的法律服务经历，结合实务经验、相关案例讲述项目管理，具有较强的实务性；五、适合建筑施工企业、建设单位、律师、企业法务人员、法律工作者等作为培训或参考资料；六、可作为律师、企业法务人员等编辑相关施工项目法律实务课件的参考。

笔者能力、学识有限，书中难免存在疏漏、错误，不当之处敬请各位读者朋友批评指正。

北京市盈科律师事务所

张国印 律师

2016 年 5 月

目 录

第一章 项目部的法律性质	001
第二章 合同签订管理	002
第三章 施工准备管理	012
第四章 劳务分包管理	013
第五章 工程分包管理	015
第六章 有关转包挂靠问题	017
第七章 施工企业内部承包问题	020
第八章 项目部如何减少用工风险	021
第九章 项目部公章管理	022
第十章 项目管理人员对外签字风险认知	023
第十一章 物资采购管理	025
第十二章 工期管理	035
第十三章 质量管理	039
第十四章 安全管理	041
第十五章 变更索赔管理	042
第十六章 如何应对中途退场问题	047
第十七章 竣工验收移交管理	051
第十八章 工程结算管理	053
第十九章 优先受偿权风险认知	057
第二十章 质量保修管理	061
第二十一章 项目财务管理	063
第二十二章 建筑施工企业如何应对“营改增”	064

第二十三章	工程保险合同管理	084
第二十四章	合同关键节点管理	094
第二十五章	全过程必要公证管理模式	095
第二十六章	如何应对阻工	097
第二十七章	如何应对威胁、恐吓与敲诈	100
第二十八章	如何应对项目法律纠纷	101
第二十九章	造价鉴定中应注意的问题	105
第三十章	境外建设工程风险与索赔管理	109
第三十一章	行政处罚的预防和应对	139
第三十二章	项目管理中的刑事界限认知	146
第三十三章	设立项目法律顾问的必要性	187
附录	推荐参阅书目	188

第一章 项目部的法律性质

《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国民事诉讼法〉若干问题的意见》：

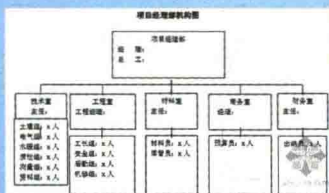
第四十条：民事诉讼法第四十九条规定的其他组织是指合法成立、有一定的组织机构和财产，但又不具备法人资格的组织，包括：

- (1) 依法登记领取营业执照的私营独资企业、合伙组织；
- (2) 依法登记领取营业执照的合伙型联营企业；
- (3) 依法登记领取我国营业执照的中外合作经营企业、外资企业；
- (4) 经民政部门核准登记领取社会团体登记证的社会团体；
- (5) 法人依法设立并领取营业执照的分支机构；
- (6) 中国人民银行、各专业银行设在各地的分支机构；
- (7) 中国人民保险公司设在各地的分支机构；
- (8) 经核准登记领取营业执照的乡镇、街道、村办企业；
- (9) 符合本条规定条件的其他组织。

第四十一条：法人非依法设立的分支机构，或者虽依法设立，但没有领取营业执照的分支机构，以设立该分支机构的法人为当事人。

项目经理部要成为法律意义上的“其他组织”，除了应由具备法人资格的施工单位下文批复合法成立、安排一定的人员、拨付一定的财产外，最主要的还要到项目经理部所在地的工商行政管理部门办理注册登记并领取营业执照。

对于项目经理部应否作为案件当事人问题，各地人民法院的认定与判决并不一致。



【案例】 河南省南阳市中级人民法院 〔(2009) 南民一终字第 114 号〕

上诉人某高速公路有限公司与被上诉人于某、某路桥公司项目经理部、某路桥有限公司建设工程分包合同纠纷一案，于某于 2008 年 5 月 8 日向桐柏县人民法院提起诉讼，请求三被告支付拖欠工程款 987366 元及诉讼费用。桐柏县人民法院于 2008 年 10 月 20 日作出 (2008) 桐民初字第 64 号民事判决，某高速公路不服原判，向本院提起上诉。

本院认为：上诉人某高速公路有限公司的上诉理由不能成立，原判认定事实清楚，适用法律正确，处理适当，原审判决应予维持。

【案例】 河南省济源市人民法院

判决时间 2010 年 9 月 20 日

原告：山东省东明县水利工程有限公司。

住所地：山东省东明县五四路中段 70 号。

被告：中国云南路桥集团股份有限公司济邵高速公路 JSTJ-11 合同段项目经理部。

住所地：王屋镇风门腰小学院内。

诉讼代表人：李平，该项目部经理。

被告：中国云南路桥集团股份有限公司。

住所地：云南省昆明市官渡区。

本院认为：被告项目部系被告云南路桥公司设立的派出机构，未领取营业执照，依法应以设立该机构的法人为当事人，故应以被告云南路桥公司作为本案当事人，原告对被告项目部的诉讼请求，不符合法律规定，依法应予驳回。

首页 > 法学 > 法律服务 > 法律问答

未经工商登记的项目经理部能否作为诉讼主体？

2013-07-01 15:29:43 | 来源：中国法院网 | 作者：吴薇

问：2010 年 3 月，我厂与丰润公司第十项目经理部签订了建筑机械设备租赁合同，由第十项目经理部租赁我厂的架设工具和机械设备，租赁合同上盖有丰润公司第十项目部公章。合同签订后，我厂按合同约定向第十项目经理部提供了建筑机械设备，但其却未按合同约定结算租金。现在我们想起诉丰润公司第十项目经理部，要求其给付租金和修理费，但法院告知第十项目经理部没有营业执照，不是适格的被告，这是怎么回事？

答：我国民事诉讼法规定，有权作为诉讼当事人的主体有公民、法人和其他组织三类。项目经理部作为工程施工单位为完成某项具体施工项目而专门设立的管理部门，属于法人或其他组织的内设机构。如果项目经理部是依法成立，并且有一定的组织机构、人员和财产，能够进行经营活动并承担民事责任，是可以作为其他组织参加诉讼的。

这里的合法成立，是指经过国家有关机关的认可，如根据法律法规依法成立、行政审批许可成立，或经核准登记成立。本案中的项目经理部未经工商行政管理部门许可，办理相关的注册登记手续并领取营业执照，因此，不能作为被告应诉。



实际案件裁判中仍然混乱

第二章 合同签订管理

一、签订意向书

意向书性质与效力出现争议较多；
意向书相关内容、性质、何种情况下成为合同；
意向书与协议、合同。

在意向书中对其性质、效力加以明确。

例如在意向书末尾条款规定：
“该意向书确定双方合作意向，具体合作条款以正式签订的合同为准。”



违法发包的认定：

《建筑工程施工转包违法分包等违法行为认定查处管理办法（试行）》
住房和城乡建设部，建市[2014]118号，2014年10月1日起施行。

第四条 本办法所称违法发包，是指建设单位将工程发包给不具有相应资质条件的单位或个人，或者肢解发包等违反法律法规规定的行为。



预约合同：是指约定将来订立一定合同的合同。

本约合同：按照预约合同约定而订立的合同。

注意两者的认定：



1. 预约合同也可能包含本约合同的全部或部分要素，但并不能因此必然地否定其预约合同的性质。
2. 是否为预约合同或者本约合同，须视当事人约定而定。
3. 如果约定的主要合同义务和目的是签订本约合同，则该合同应当认定为预约合同。

注意：业务拓展与效益管理不能脱节。

第五条 存在下列情形之一的，属于违法发包：

- （一）建设单位将工程发包给个人的；
- （二）建设单位将工程发包给不具有相应资质或安全生产许可的施工单位的；
- （三）未履行法定发包程序，包括应当依法进行招标未招标，应当申请直接发包未申请或申请未核准的；
- （四）建设单位设置不合理的招投标条件，限制、排斥潜在投标人或者投标人的；
- （五）建设单位将一个单位工程的施工分解成若干部分发包给不同的施工总承包或专业承包单位的；
- （六）建设单位将施工合同范围内的单位工程或分部分项工程又另行发包的；
- （七）建设单位违反施工合同约定，通过各种形式要求承包单位选择其指定分包单位的；
- （八）法律法规规定的其他违法发包行为。



二、保持合同主体一致

履行过程中，签订补充协议、变更协议内容。

营业执照、资质证书期限问题：
工程分包、劳务分包主体资格。

施工人签订合同承建小型建筑工程或两层以下（含两层）农民住宅，或者进行家庭住宅室内装饰装修，当事人仅以施工人缺乏相应资质为由，主张合同无效的，一般不予支持。

（四川省高级人民法院《关于审理建设工程施工合同纠纷案件若干疑难问题的解答》，以下简称《解答》）



适用范围：

第二条 本办法所称建筑工程，是指房屋建筑和市政基础设施工程。

市政基础设施工程，是指城市道路、公共交通、供水、排水、燃气、热力、园林、环卫、污水处理、垃圾处理、防洪、地下公共设施及附属设施的土建、管道、设备安装工程。

《建设工程分类标准》（GB/T50841—2013 住房和城乡建设部，2013年5月1日施行）。

建设工程按自然属性可分为：建筑工程、土木工程和机电工程三大类。

按使用功能可分为：房屋建筑工程、铁路工程、公路工程、水利工程、市政工程、煤炭矿山工程、水运工程、海洋工程、民航工程、商业和物流工程、农业工程、林业工程、粮食工程、石油天然气工程、海洋石油工程、火电工程、水电工程、核工业工程、建材工程、冶金工程、有色金属工程、石化工程、化工工程、医药工程、机械工程、航天与航空工程、兵器与船舶工程、轻工工程、纺织工程、电子与通信工程、广播电影电视工程等。各行业建设工程可按自然属性分类和组合。



三、审查发包方建设审批手续

“四无”合同:发包人无建设用地规划许可证、无建设用地土地使用证、无建设工程规划许可证和无建设工程施工许可证。

发包人没有取得建设用地规划许可证、建设工程规划许可证等行政审批手续的工程，承包人与其签订的建设工程施工合同可能无效。

国家法律法规强制性规定
最高人民法院司法解释
各地法院的认定



北京市高级人民法院

《关于审理建设工程施工合同纠纷案件适用法律若干疑难问题的解答》

(京高法发[2012]245号)

无效，但在一审法庭辩论终结前，发包人取得相应审批手续或者经主管部门批准建设的，应当认定合同有效。

趋同意见：施工许可证有无不影响合同效力。

不具备施工条件提前进场风险: 1. 行政处罚; 2. 质量安全事故的刑事责任; 3. 项目夭折的损失; 4. 违约责任等。

建议：按照合同办事，签订提前进场协议。



【案例】海擎重工机械有限公司与江苏中兴建设有限公司、中国建设银行股份有限公司泰兴支行建设工程施工合同纠纷案

(《最高人民法院公报》2015 年第 6 期)

最高人民法院认为：

根据《建设工程质量管理条例》第五条规定,施工图设计文件未经审查批准的,不得使用。本案中,工程质量问题产生原因很大程度是基于当地特殊地质。海警公司在招投标过程中并未能提供证据证明曾提供岩土工程详细勘察报告,而是在签订合同的次日才提交,给工程质量事故的发生造成隐患,海警公司应当对此承担责任。中兴公司作为施工单位,在建设单位未提交岩土工程详细勘察报告和经过审核的施工图纸情况下,违背基本建设程序、急于报价承揽工程,亦有一定的过错。



推迟进场风险:

对发包方违约责任;
对各分包方违约责任等。

建议措施:

1. 按照合同办事, 签订延期进场协议;
2. 收集工期顺延天数、窝工损失证据;
3. 适时提出索赔。



四、不随意与分公司签订合同

尽量避免与分公司签订合同:

如果不得不与分公司签订合同，一定要其提供营业执照，调查、了解该分公司的偿付能力；

对于较大或较重要的合同，一定要求提供公司的授权书。



五、审查对方履约能力、履约信用



六、考虑要求对方提供担保

为降低合同履约风险，对于我方在订立合同过程中占有主动地位的较大或较重要的合同，应考虑要求对方提供担保。

根据《担保法》规定,担保的形式主要有保证、抵押、质押、留置和定金五种。



中华人民共和国
担保法

**注意：未经担保方同意签订变更协议，
导致对担保方的权利丧失。**



七、发包方施工条件内容、时间、责任约定

1. 办理土地征用、拆迁补偿、平整施工场地等工作；
2. 将施工所需水、电、通信线路从施工场地外部接至专用条款约定地点；
3. 向承包方提供施工场地的工程地质和地下管线资料；
4. 开通施工场地与城乡公共道路的通道，专用条款约定施工场地内主要道路；
5. 办理施工许可证及其他施工所需证件、批件和临时用地、停水、停电、中断道路交通、爆破作业等的申请手续；
6. 确定水准点与坐标控制点，以书面形式交给承包方，进行现场交验；
7. 组织承包方和设计方进行图纸会审和设计交底等。



收合格后城投公司付款付至合同总价的 95%”，但双方对该条款的理解存在争议。鉴于三善公司与城投公司签订的合同与本案双方当事人之间签订的合同约定的付款进度并不相同，而双方合同中对发生争议的上述条款又未作出明确解释说明，故上述合同条款属约定不明。再者，三善公司主张城投公司支付其工程款仅付至合同总价的 77%，亦未能提供证据加以证实。三善公司自认涉案房屋已经部分交给业主使用，故应当视为工程合格。在双方合同条款对“根据城投公司付款”约定不明的情况下，三善公司对于已投入使用的涉案工程，应当按照合同约定向顶峰公司支付合同总价 95% 的工程进度款。对于三善公司提出因城投公司未对其支付工程款至 80%，顶峰公司 95% 的工程款付款条件不成就的主张，法院不予支持。

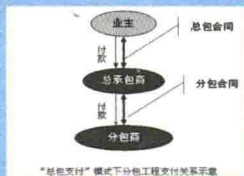
【案例】陕西建工集团设备安装有限公司与赵宇鹏建设工程施工合同纠纷上诉案 [(2014) 三民终字第 199 号]

法院认为，陕西建工集团设备安装有限公司与赵宇鹏在分包合同中“执



八、对限制性条款认识

“业主支付前提”条款：是指总包人在分包合同中约定的，以其获得业主支付作为其向分包人支付的前提条件的条款。



部分观点：“业主支付前提”条款不具有可操作性，违反了合同法公平原则，应属于可撤销条款。也有认为无效的。

应结合实际情况认定其效力。

对策：约定最长期限 代位求偿 证据：各合同方的举证责任

“背靠背”条款：是指通过分包合同的约定，分包人承担并履行与分包工程相关的主合同规定的总包人的责任与义务，主合同中相关合同条件、工作范围、规范、图纸、责任与义务等对分包人具有同样的约束力。



行业主验收计价程序及规定、陕西建工安装集团有限公司在业主批准的计价款到达账户 5 日内及时支付给赵宇鹏”的约定，是在目前建筑市场处于绝对买方市场，业主为大，业主拖欠工程价款现象日趋普遍的建筑市场环境下，总包商为转移业主支付不能的风险，而在分包合同中设置“以业主支付为前提”的条款，通常称为“背靠背”条款 (PayWhenPaid)，该条款有其一定的合理性和合法性，故该约定有效。但总包商应当举证证明不存在因自身原因造成业主付款条件未成就的情形，并举证证明自身已积极向业主主张权利，业主仍尚未就分包工程付款。若因总包人拖延结算或急于行使其到期债权致使分包人不能及时取得工程款，分包人要求总包人支付欠付工程款的，应予支持。本案中，赵宇鹏完成的工程，业主方已在 2008 年 11 月审批认定，2008 年 12 月 16 日已经业主验收合格，此时陕西建工集团设备安装有限公司已可要求业主支付相应的工程款，但陕西建工安装集团有限公司称截至目前业主仍未结算、付款，且未提交证据证实已积极向业主主张了权利，故可以认定其怠于行使权利，其关于支付工程款条件尚未成就的上诉主张不能成立，法院不予支持。



【案例】贺惠青与浙江建安实业集团股份有限公司建设工程分包合同纠纷上诉案 [(2013) 浙甬民二终字第 769 号]

审理意见：按分包协议的约定：被告应当在工程完工后，依建设方汇入款的比例支付总价的 98%，尚余 2% 作为工程质量保修金。……故涉案的水电安装工程保修期的截止日期应为 2011 年 11 月底，上诉人不能提供证据证明其按约与建设方及时进行结算，离工程竣工验收合格已逾 4 年，分包协议也未约定工程款支付，须以建设方完成总包工程决算审核为要件。因此，原审法院认定分包工程全额付款条件已成就，符合合同约定及生活常理，并无不当。

【案例】江苏顶峰型材有限公司与江苏三善建设有限公司建设工程施工合同纠纷上诉案 [(2014) 宿中民终字第 0098 号]

法院认为，双方当事人之间签订的建设工程施工合同虽约定“工程验



【案例】重庆市智翔铺道技术工程有限公司与山东省路桥集团有限公司建设工程施工合同纠纷上诉案 [(2014) 济民五终字第 182 号]

法院认为，从合同的顺利履行以及约定本条款的目的来看，山东省路桥集团有限公司总包的济宁市太白楼西路梁济运河大桥工程 I 合同段的工程款达两亿多元，若山东路桥公司在未收到业主支付款前需要向分包方预先支付分包工程的工程款，山东路桥公司是很难有这样的支付能力的。因此约定山东路桥公司收到业主支付分包工程的款项后再支付给重庆智翔公司，有利于合同的顺利履行，也相当于双方分担了风险。

合同第 15.5 条的约定：“甲方（指山东路桥公司，被上诉人）在收到业主拨付的工程款后及时向乙方（指重庆智翔公司，上诉人）支付工程款。如业主单位未及时拨付甲方工程款，甲方有义务积极向业主追要工程款，但甲方对乙方不承担任何由此延期支付造成的违约金及利息”，该约定也从侧面反映出重庆智翔公司同意山东路桥公司收到业主支付分包工程的工程款后，再向重庆智翔公司支付工程款的意思表示。



从交易习惯及诚实信用原则的角度看,山东路桥公司是按照工程进度和各分包单位完成的工程量逐期申请业主支付工程款,监理单位审核后签发支付凭证,业主按照支付凭证向山东路桥公司拨付工程款,山东路桥公司再按照支付凭证向相关分包单位支付工程款。

综上，虽然重庆智翔公司施工的工程已经竣工并交付验收合格，山东路桥公司也已经申请业主支付相应的款项，但业主是否支付对应款项，决定着山东路桥公司的付款条件是否成熟，决定着重庆智翔公司的付款诉讼请求应否得到支持。业主虽然已经向山东路桥公司支付了 1.8 亿余元的工程款，但主要是支付的前期完工的工程款。业主支付桥面铺装工程款的比例约 30.16%，山东路桥公司支付重庆智翔公司分包的工程的比例为 48.322%，达到业主支付给山东路桥公司的付款比例。重庆智翔公司认为原审法院认定被上诉人上诉人与业主方的付款比例错误，合同约定的支付条件已经具备，证据不足，法院不予支持。

注意：设置“背靠背”条款，应注意款项区分及可操作性。

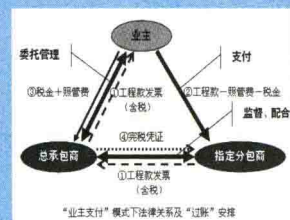


2、中标人可采取下列措施:

(1) 如招标人不与中标人签订合同, 可要求其承担缔约过失责任;

(2) 如是投标范围内的工程被招标人另行指定分包, 可由三方签订协议, 明确各自权利义务责任;

(3) 必要时投诉维权, 依据为《招标投标法实施条例》第七十三条。



九、材料暂估价问题

暂估价：材料价格在结算时按照发包人认可的承包人的报价执行，可以是市场指导价、实际购买价或是让利后的市场指导价。

注意：约定、程序、共同招标问题。

[illegible]

《关于执行〈建设工程工程量清单计价规范〉GB50500-2013 若干意见的通知》: 材料暂估价: 投标报价时, 应按招标人在其他项目清单中列出的单价计入综合单价; 编制竣工结算时, 若是招标人采购的, 应按中标价调整; 若为非招标人采购的, 应按发、承包双方最终确认的材料单价调整。材料暂估价价差只计取税金。



《招标投标法实施条例》第七十三条:



依法必须进行招标的项目的招标人有下列情形之一的，由有关行政监督部门责令改正，可以处中标项目金额 10% 以下的罚款；给他人造成损失的，依法承担赔偿责任；对单位直接负责的主管人员和其他直接责任人员依法给予处分：

（一）无正当理由不发出中标通知书；（二）不按照规定确定中标人；（三）中标通知书发出后无正当理由改变中标结果；（四）无正当理由不与中标人订立合同；（五）在订立合同向中标人提出附加条件。



十、招标人要求指定分包

1. 施工企业可能面临的风险

(1) 对指定分包人管理难度增大;

(2) 可能因安全问题引发赔偿责任;

(3) 由于指定分包人的原因而向工程发包人承担工程质量不合格、竣工逾期等方面的违约责任。



【案例】北京某绿化工程案。



十一、施工合同改变招标文件实质性规定

《招标投标法》第四十六条：招标人和中标人应当自中标通知书发出之日起三十日内，按照招标文件和中标人的投标文件订立书面合同。招标人和中标人不得再行订立背离合同实质性内容的其他协议。招标文件要求中标人提交履约保证金的，中标人应当提交。

措施:

1. 协商;
2. 答应后诉讼或仲裁认定。





四川省高级人民法院《关于审理建设工程施工合同纠纷案件若干疑难问题的解答》：



中标合同备案后，承包人作出的明显高于市场价格购买承建房产、无偿建设住房配套设施、向建设方捐款、让利等承诺应当认定为变更经过备案的中标合同的实质性内容。发包人主张按照该承诺内容结算工程价款的，不予支持。

建设工程施工合同履行过程中，因设计变更、建设工程规划调整等非双方当事人原因，且无需重新进行招投标并备案的，当事人通过签订补充协议、会议纪要等形式对工程价款、计价方式、工程期限、工程质量标准等合同内容进行合理变更或补充的，不应认定为与经过备案的中标合同“实质性内容不一致”，当事人主张以该变更或补充内容结算工程价款的，应予支持。



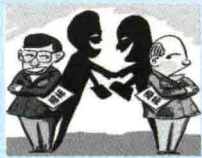
变更的量化程度是否影响实质性变更的认定？

【案例】尚高公司与北川建设局建设工程施工合同纠纷案

[(2014)民申字第842号]

最高人民法院意见：

对实质性变更的判断，一方面需要把握变更的内容，另一方面也需要把握变更的量化程度。《建设工程施工合同》约定合同价款采用固定综合单价方式确定，确实属于变更《比选文件》确定的固定总价方式的情形，但本案事实表明，按照两种方式得出的涉案工程款差额仅为11万余元，没有达到法律所禁止的“实质性变更”的严重程度，也不会导致合同当事人之间权利义务关系的显失平衡，故不应认定构成对《比选文件》的实质性变更。



【案例】北安市巨源房地产开发有限公司与绥化铁龙建筑工程有限公司建设工程施工合同纠纷申请再审一案

[(2012)民申第754号]

案情：经招投标程序订立的中标合同备案后，招标人与中标人又在实际履行中就“材料价格、人工费调整”等主要内容另行签订《补充协议书》，变更了中标备案合同有关内容。

最高人民法院判决意见：

巨源公司与铁龙公司根据合同履行的实际情况，经协商确定材料价格、人工费调整等主要内容签订的《补充协议书》，系双方当事人的真实意思表示，并不违反法律、行政法规的强制性规定，二审判决认定该《补充协议书》合法有效，并无不当。即，工程价款实际结算时，就人工费及材料价款部分应以该补充协议为准。



低于成本价中标是否有效？

《建筑法》第三十四条：投标人不得以低于成本价的报价竞标。

《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。

【案例】浙江铁道工程有限公司诉浙江汇丰物流有限公司建设工程施工合同案裁判要旨：

《招标投标法》虽未明确规定投标人低于成本价的中标无效，但低于成本价将会影响到工程的质量，并可能产生侵害社会公共利益后果，该行为为法律所禁止，故中标价因低于成本价违反了《招标投标法》关于不得低于成本价中标的法律强制性规定，应为无效条款。但该条款无效，不影响其他部分效力的，其他部分仍然有效。

二审法院：上海铁路运输中级人民法院。

注：该案例来自上海法院网。



工程预付款、进度款是否属于实质性变更内容？

【案例】华丰公司与百协中间公司建设工程施工合同纠纷案

[(2014)民申字第504号]

最高人民法院意见：

对于实际履行中，双方实际上在工程预付款、工程进度款拨付等方面并未按备案合同予以履行，华丰公司亦未提出异议或进行正常的请款程序，可以视为双方实际履行中对备案合同的变更，该种变更并不违背双方当事人的合意。备案合同有效并不意味着不能在未实质性改变备案合同的情况下对合同履行予以变更；本案有关工程预付款及工程进度款之约定，不属对备案合同的实质性变更。



合同法五十二条规定：“有下列情形之一的，合同无效：……（五）违反法律、行政法规的强制性规定。”

强制性规定分为效力性强制性规定和管理性强制性规定（取缔性规定）。

效力性强制性规定，指法律及行政法规明确规定违反了这些禁止性规范将导致合同无效或者合同不成立的规范；或者虽然法律及行政法规没有明确规定违反这些禁止性规范后将导致合同无效或者不成立，但是如果违反了这些禁止性规范的合同继续履行，将损害国家利益、社会公共利益和第三人重大利益的规范。

管理性强制性规定，指法律及行政法规没有明确规定违反此类规范将导致合同无效或者不成立，违反此类规范继续履行合同，将会受到国家行政制裁，但合同本身并不损害国家、社会公共利益以及第三人的利益，而只是破坏了国家对交易秩序的管理规范。违反此类规范后，如果使合同继续有效也并不损害国家或者社会公共利益，而只是损害当事人的利益的规范。



什么是“成本价”？现无具体解释，笔者认为应该为施工行业社会平均成本价。

如何证明低于成本价？需要有资质的鉴定机构进行鉴定。

关于工程让利是否有效问题

安徽省高级人民法院《关于审理建设工程施工合同纠纷案件适用法律问题的指导意见》以是否属于必须招投标区分：

1. 承包人就招投标工程承诺对工程价款予以大幅度让利的，属于对工程价款的实质性变更，应认定无效；
2. 承包人就非招投标工程承诺予以让利，如可认定该承诺有效，按该承诺结算工程价款。



最高人民法院民一庭意见：

依据《招标投标法》第46条、最高院《建设工程施工合同解释》第21条之规定，招标人与中标人按照招标文件和中标人的投标文件订立《建设工程施工合同》后，中标人出具让利承诺书，承诺对承建工程予以大幅度让利。实质上是对工程价款的实质性变更，应当认定该承诺无效。

虽然承包人出具让利承诺书的行为是单方民事行为，但发包人对此予以接受认可，便形成了合意，双方意思表示一致，从而符合了合同成立的要件。正是承包人发出承诺，发包人接受承诺的过程，使承诺书的内容便成了双方的合意，形成完备的合同形式。该承诺书记载的内容因与中标的建设工程施工不一致而成“黑合同”。因此，不管黑合同的形式如何，只要双方形成合意，对“白合同”的工程价款、工程质量、工程期限或违约责任一方面进行了实质性变更，就构成与备案的中标合同“实质性内容不一致”，法院不认可其效力，应以备案的中标合同为结算工程价款的依据。

（《民事审判与指导》第38期）



十二、对有关造价条款进行明确约定

1. 固定总价合同中，工程量清单与图纸偏差的处理方法；
2. 材料价格涨跌超出一定幅度范围的调整办法；
3. 施工期间发生省级造价管理机构调整人工工资预算价格标准情况时，人工工资调整方法；
4. 工程量变化超出一定幅度范围后综合单价的调整方法；
5. 新增清单项目的价格确定原则；
6. 措施项目费调整方法（分部分项工程大量变更情况）。

措施项目费：工程施工前和施工过程中非工程实体项目的费用，包括环境保护费、文明施工费、安全施工费、临时设施费、夜间施工费、二次搬运费、大型机械设备进出场及安拆费、混凝土及钢筋混凝土模板及安拆费、脚手架费、已完工程及设备保护费、施工排水、降水费等。



十三、删划部分通用条款或结算条款

【案例】河北涿州某项目案。



十四、必须公开招标工程的续标

建设单位连续开发的项目需要分期建设，如是必须招标的工程，建设单位必须分期进行招标，直接续标可能会导致下列风险：合同无效导致施工企业中途退场、违约条款无效、结算条款无效，优先受偿权丧失、前期既定的合法利益受到损失。

《安徽省高院关于审理建设工程施工合同纠纷案件适用法律问题的指导意见》第十七条规定：“建设工程施工合同无效，但工程经竣工验收合格的，承包人主张工程价款优先受偿权，可予支持。”



施工企业利用“近水楼台”优势续标

同时注意风险防范：

1. 如属于必须招标的后续工程，按规定办理，公开招投标手续；
2. 如属于可以议标的工程，则应按相关规定办理备案手续。



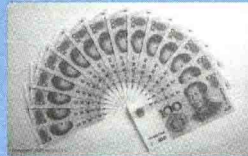
【案例】议标工程让利、补充协议未备案。

公开招标和邀请招标的采购方式要求对报价及技术性条款不得谈判，议标则允许就报价等进行一对一的谈判，不具公开性、竞争性。



十五、罚款性质认识

作为发包方的建设单位对作为承包方的建筑施工企业处以罚款是否合法呢？



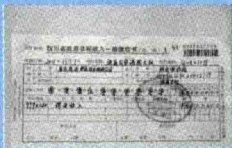
有一种情形不应该有异议，那就是如果施工合同中没有约定发包方可以罚款的情形，而发包方对承包方罚款了，则该罚款既没有合同依据，也没有法律依据，发包方应返还相应罚款。

有约定的罚款条款效力
法律法规及司法解释
地方法院：不同

更多趋势认为：工期、质量、转包或违法分包等违约行为罚款约定，视为违约金条款。

“其实草坪上本没有路，走的人多了，也便成了路。”——张国印

对施工企业的建议：分情况处理。



十六、关于工程进度奖励金问题

最高人民法院认为：
实际施工人借用有资质的建筑企业的建设工程施工合同无效，其中约定的工程进度奖励金也无效，当事人请求支付此工程进度奖励金的，人民法院不予支持。

《民事审判指导与参考》（总第43集）。



十七、贿赂将扣工程款约定

类似合同条款：“承包方在施工中有意贿赂发包方人员，一经发现，发包方扣除承包方工程总价10%的工程款。”

不仅无法通过民事证明方法认定，也不属于民事审判过程中所能解决的问题，已经超出人民法院民事审判职能范畴。

能否认定承包人是：“有意”贿赂？索贿问题？



十八、带资、垫资问题

带资、垫资或融资风险；
除欠材料、设备款风险；
工程款拖欠风险；
发包方经营不善风险；
发包方转让工程项目风险；
垫资过多而无力继续施工违约风险；
资金困难而采取违规行为所带来的风险。

【案例】鄂尔多斯案、唐山案。



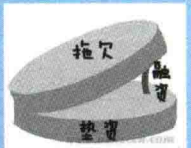
《最高人民法院关于审理建设工程施工合同纠纷案件适用法律问题的解释》

第六条 当事人对垫资和垫资利息有约定，承包人请求按照约定返还垫资及其利息的，应予支持，但是约定的利息计算标准高于中国人民银行发布的同期同类贷款利率的部分除外。当事人对垫资没有约定的，按照工程欠款处理。

当事人对垫资利息没有约定，承包人请求支付利息的，不予支持。

带资、垫资法律风险防范措施：

1. 对建设单位进行严格的资信调查；
2. 争取在合同条款中约定建设单位工程款支付保证；
3. 仔细审查合同条款，明确带资、垫资的范围和偿还的时间；
4. 深化中间结算、及时催讨带垫资款，出现拖欠及时采取措施。



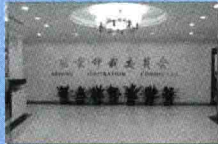
十九、争议解决条款

1. 注意案件属地、级别管辖仲裁与诉讼比较

新修订《民事诉讼法》第三十三条规定：
不动产纠纷诉讼，由不动产所在地法院管辖。建设工程施工合同纠纷被确定为不动产纠纷，应注意选择诉讼还是仲裁解决。

一旦出现纠纷，较快解决有利于我方的合同，可以约定仲裁解决，选择好哪里的仲裁委员会。

【案例】唐山仲裁案
“依照《中华人民共和国仲裁法》由唐山仲裁委员会进行仲裁。”





2. 仲裁条款效力问题

(1) 被告经合法传唤未答辩应诉, 是否能据此认为其放弃仲裁并认定人民法院取得管辖权?

《最高人民法院关于订有仲裁条款的合同一方当事人不出庭应诉应如何处理的复函》[(2008) 民四他字第 3 号]

根据《中华人民共和国民事诉讼法》第一百一十一条第(二)项、第二百五十七条第一款关于订有仲裁条款的当事人不得向人民法院起诉的规定, 应当告知原告向仲裁机构申请仲裁。你院受理后发现有仲裁条款的, 应先审查确定仲裁条款的效力。如仲裁条款有效, 被告经合法传唤未答辩应诉, 不能据此认为其放弃仲裁并认定人民法院取得管辖权。如果本案所涉及仲裁条款有效、原告仍坚持起诉, 你院应驳回原告的起诉。



(2) 仅选择仲裁地点而对仲裁机构没有约定的仲裁条款效力问题

《最高人民法院关于仅选择仲裁地点而对仲裁机构没有约定的仲裁条款效力问题的函》(仲裁地点: 北京)

双方当事人仅约定仲裁地点, 而对仲裁机构没有约定。发生纠纷后, 双方当事人就仲裁机构达不成补充协议, 应依据《中华人民共和国仲裁法》第十八条之规定, 认定本案所涉仲裁协议无效。

参阅文章:《现阶段诉讼案件向仲裁分流机制探析》。

(3) 当事人分别诉请仲裁、诉讼的仲裁协议效力问题

当事人对仲裁协议的效力有异议, 一方当事人申请仲裁机构确认仲裁协议效力, 另一方当事人请求人民法院确认仲裁协议无效, 如果仲裁机构先于人民法院接受申请并已作出决定, 人民法院不予受理; 如果仲裁机构接受申请后尚未作出决定, 人民法院应予受理, 同时通知仲裁机构终止仲裁。

(4) 约定由某地的仲裁机构仲裁问题

《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国民事诉讼法〉若干问题的解释》

(法释〔2006〕7号)



仲裁协议约定由某地的仲裁机构仲裁且该地仅有一个仲裁机构的, 该仲裁机构视为约定的仲裁机构。该地有两个以上仲裁机构的, 当事人可以协议选择其中的一个仲裁机构申请仲裁; 当事人不能就仲裁机构选择达成一致的, 仲裁协议无效。

如: “由青岛的仲裁委员会裁决”。



二十、关于履约保证金应约定的事项

1. 保证金预留比例、数额;
2. 保证金返还期限、方式;
3. 是否计付利息, 如利息的计算方式;
4. 缺陷责任期的期限及计算方式;
5. 保证金预留、返还及工程维修质量、费用等争议的处理程序;
6. 缺陷责任期内出现缺陷的处理方式。



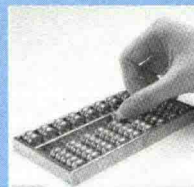
投标保证金、其他保证金、工程款支付担保问题



二十一、合同结算条款操作性

1. 结算争议情形

因为合同造价事先的不确定而没有依据; 确定的造价承包双方互相不认可等。



2. 减少结算纠纷办法

增加造价控制可操作性, 按工程形象进度分阶段进行决算并确定相应的操作程序, 在合同履行过程中按约定程序确定造价, 从而避免可能出现的造价纠纷。



非固定价格合同, 可分形象阶段预算, 最终结算。

(1) 施工前每个工程项目都能作出预算, 也可根据施工图作出阶段性形象进度工程量预算。

(2) 在合同中约定形象进度阶段, 对相应的形象进度工程价款作出明确约定, 验收通过后 7 日内付款。最终结算时多退少补。

(3) 对于设计变更或工程量增加部分, 可以及时通过工作联系单的方式确定价款后执行。

住房和城乡建设部示范文本没有最终造价专门规定, 可以设定造价控制程序条款形式, 特别约定在补充条款中。

YINGKE LAW FIRM 盈科律师事务所

设定造价过程控制程序需要增加的条款：

- (1) 开发商按工程形象进度分段提供施工图和组织分段图纸会审期限；
- (2) 承包商收到分段施工图后提供相应工程预算以及批复期限；
- (3) 承包商按经开发商认可的分段施工图组织设计和分段进度计划组织基础、结构、装修阶段施工；
- (4) 承包商向开发商递交形象进度阶段工程决算期限，开发商审核期限；
- (5) 开发商拨付各分阶段预算工程款的比例，以及备料款、进度款、工程量增减值、设计变更签证、新型特殊材料差价的分阶段结算方法；

YINGKE LAW FIRM 盈科律师事务所

- (6) 全部工程竣工验收后，承包商递交工程最终决算造价的期限，开发商审核是否同意及提出异议的期限和方法，双方约定经开发商提出异议，承包商作修改、调整后双方能协商一致的，即为工程最终造价；
- (7) 双方对结算工程最终造价有异议时委托审价机构审价，该审价对双方均具有约束力，双方均承认该机构审定的价格即为工程最终造价；
- (8) 双方自行审核确定的或由约定审价机构审定的最终造价的支付，工程款与工程保修预留款关系和处理方法；
- (9) 结算工程最终造价期间与工程交付使用关系及处理方法，实际交付使用和实际结算完毕期间是否计取利息以及计取的方法。

YINGKE LAW FIRM 盈科律师事务所

3. 合同约定固定总价的法律后果

固定总价与固定单价、可调单价、成本加酬金等其他计价方式相比较，其最大特点是大包干，费用一次性包死，即总价款一经约定，就应当按照合同约定的包干总价结算工程款，除发包人增减工程量和设计变更外，一般不予调整。

施工企业在固定总价合同中的风险：(1) 漏报项目风险；(2) 报价计算错误风险；(3) 材料等物价上涨风险；(4) 人工费上涨风险；(5) 工作量计算错误风险（如工程范围条款为：合同价款所定义的工程范围包括工作量表中列出的，以及工作量表中未列出的但本工程安全、稳定、高效率运行所必需的工程和供应。）；(6) 工程范围争议风险；(7) 技术风险（地质地基、水文气候条件）；(8) 涉外工程中汇率的风险等。

YINGKE LAW FIRM 盈科律师事务所

《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》第二十二条：当事人约定按照固定价结算工程价款，一方当事人请求对建设工程造价进行鉴定的，不予支持。

施工合同中明确约定以有关部门批准下达的建安工程费总价承包的效力？

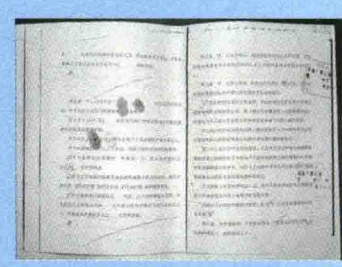
应对：确定最低价处理原则



YINGKE LAW FIRM 盈科律师事务所

二十二、合同修正问题

合同涂改要签字、盖章确认。
 施工合同主文中仅以私人名章予以修改条款问题；
 主张真实一方的举证责任；
 多枚不同私人名章；
 是否为同一人名章；
 鉴定的必要性。



YINGKE LAW FIRM 盈科律师事务所

二十三、合同个人主体详细信息

未对个人身份进行唯一性确定，只填写了个人名字，再无其他关于该个人的身份信息。

下落不明无法诉讼。

合同应详细记录其身份证号码、家庭住址、电话、复印相关身份证件作为合同附件。

注意附件的签订

