

The law Practice
of Construction Contract

建设工程施工合同 法律实务

蓝仑山/著



法律出版社
LAW PRESS · CHINA

The law Practice
of Construction Contract

建设工程施工合同 法律实务

蓝仑山/著



法律出版社
LAW PRESS · CHINA

图书在版编目(CIP)数据

建设工程施工合同法律实务 / 蓝仑山著. —北京:
法律出版社, 2010. 10

ISBN 978 - 7 - 5118 - 1333 - 6

I. ①建… II. ①蓝… III. ①建筑工程—经济合同—
合同法—基本知识—中国 IV. ①D923. 6

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2010)第 201081 号

©法律出版社·中国

责任编辑/李天一

装帧设计/李 瞻

出版/法律出版社

编辑统筹/市场研发部

总发行/中国法律图书有限公司

经销/新华书店

印刷/北京中科印刷有限公司

责任印制/吕亚莉

开本/787×960 毫米 1/16

印张/21 字数/352 千

版本/2010 年 12 月第 1 版

印次/2010 年 12 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 - 1333 - 6

定价:48.00 元

(如有缺页或倒装,中国法律图书有限公司负责退换)

FOREWORD

序 言

我国正处于建设高峰期。近十年来,建筑业总产值每年都以 20% 以上的速度增长。2009 年,在国际金融危机的大环境下,我国建筑业在国家积极财政政策的推动下,继续保持了 22.3% 的增长速度,完成建筑业总产值 7.59 万亿元;竣工房屋建筑面积 22.96 亿平方米,并建成了一批铁路、公路、水利等工程。要保证工程建设的顺利实施,合同的签订和履行至关重要。

近年来,各级政府主管部门陆续制订和发布了建设工程施工合同范本。这些合同范本较好地总结了工程实践中的成熟经验,对施工合同履行过程中容易引发争议的内容进行了较为全面的约定,兼顾了建设单位和施工单位的合法权益,因而在工程建设中得到了普遍的应用。

蓝仑山律师撰写的《建设工程施工合同法律实务》一书,紧紧抓住建设工程施工合同的主线,即工程的质量、工期和价款条款,在条分缕析主要条款的基础上逐级铺开,使得原本内容繁杂的施工合同变得简明清晰,便于读者朋友更好地理解和应用这些合同范本。作者根据自己多年的法务实践经验,对于合同范本的内容进行了详细解读,并提出了一些有针对性的建议,编写补充了相应的条款内容,可供读者朋友在合同管理实践中借鉴。

当然,再完善的合同在履行过程中也难免会出现争议和纠纷,因此,掌握工程诉讼和仲裁的技巧是一个工程法律工作者不可或缺的工作技能。2009 年全国法院审结的直接属于建设工程类型的案件就有近十万件,还不包括与建设工程相关的合同纠纷、房地产纠纷、劳务纠纷案件。如果加上这些相关案件以及仲裁案件,则建设工程领域的案件数量十分惊人。在建设工程纠纷案件中,施工合同纠纷案件的数量最多、涉诉标的最大、案情最复杂、涉及面最广,通常也是关系企业的利益最密切。因此,如何化解或解决施工合同纠纷是很多建设单位和施工单位都非常关心的问题。

本书作者有着丰富的工程诉讼和仲裁经验。他将自己多年来的实践经验毫无保留地奉献出来,不仅详解了工程诉讼仲裁的实务技巧,而且将其对工程造价鉴定的研究成果、运用司法解释的实务经验全部纳入书中,无疑会对读者提高工程诉讼仲裁水平大有裨益。早在五年前,作者在北京建工集团工作时便因勤奋好学、专业能力突出、工作业绩优异而获得“北京市知识型职工”的市级荣誉称号。从事专职律师工作之后,作者实际处理了大量的工程法律事务,积累了丰富的实践经验。更为难得的是,作者不仅从建筑企业的角度来研究建设工程领域的合同条款、法律适用、争议解决等问题,还能利用其为建设单位、监理单位、设计单位、工程顾问单位、招标代理单位等提供法律服务的机会对这些问题进行换位思考。通过为这些单位提供工程法律服务的实践,作者对建设工程合同条款设计、工程争议解决、工程诉讼仲裁等法律事务有了更全面、更深的理解,并对处理这些法律事务形成了自己独特的、行之有效的一整套法律服务体系。如今,作者经数年磨砺,将其积累的工程法律服务经验编撰成书,对读者丰富工程法律理论知识、提高工程法律服务水平均会起到很大的帮助作用。

本书的最大特点有二:一是实操性,二是专业性。实操性体现在本书的内容俱是从作者办理法律实务的切身经验中提炼而来,反映的是工程实践中遇到的真实问题,无论是作者建议采用的合同条款,还是作者总结的诉讼仲裁技巧,针对的都是工程法律实践中可能遇到的真实情况;专业性则体现在本书不仅从法律规定和法理的角度来分析工程合同内容及其相关的争议纠纷,更重要的是作者凭着自身所掌握的建筑工程领域专业知识,比如关于工程造价、工程质量的专业知识,将工程专业知识与法律专业知识有机结合起来分析相关的合同条款和争议纠纷,便于读者从更广的视角深入理解相关的合同条款和合同争议。

最后,衷心地希望作者能为工程建设相关单位提供更多、更好的法律服务,也衷心希望工程建设相关单位能借助律师等专业人士的法律支持,优化企业管理机制,加强工程风险控制,不断为国家、为社会、为人民提供更加丰富优质的建筑产品。

谨以此为序。

中国建筑业协会副会长
原建设部建筑市场管理司前司长
全国市长培训中心前主任兼党委书记



PREFACE

前 言

建设工程是一个非常广泛的概念,大至截断长江的三峡大坝,小至住宅楼里的一扇窗户,都可以称之为建设工程。建设工程同时又是一个专业跨度非常大的领域,从房屋建筑、市政工程,到公路、铁路、桥梁、港口、大坝,再到化工厂、电厂、矿山、油田,甚至电信基础设施,都可以纳入建设工程的范畴。

与之相对应的是,建设工程领域涉及的合同种类非常繁杂,要熟练起草、审查、修改这些合同,甚至要理解这些合同,很多时候都是困难的事情。之所以这么困难,一方面是由于建设工程本身的复杂性,这些合同的内容和结构非常复杂;另一方面是因为合同的内容涉及很多的建设工程领域的专业知识,即使作为一个建设工程领域的专业人士,很多内容也不一定能理解透彻,对于专业人士之外的人,比如一般的法律工作者,要理解这些专业知识就更为艰难了。

所以,笔者的感触是:建设工程合同这个领域太博大了,知识太浩繁了!

前面讲到,建设工程合同的种类非常繁杂,以房屋建设工程来说,可能涉及的合同就有:工程总承包合同、施工总承包合同、勘察设计合同、监理合同、各种专业分包合同、劳务分包合同、各种采购合同、租赁合同、工程顾问合同等。

按照笔者的理解,上述这些房屋建设工程领域的合同中,核心是施工总承包合同,因为不管建设工程如何设计、如何组织,最终的目的是要得到工程实体,而这个工程实体的得到必须通过施工的过程,规定施工过程的权利和义务的合同就是施工总承包合同,不管是设计合同、监理合同,还是分包合同、采购合同、租赁合同,都是为了这个施工合同服务的,都要最终落实到施工合同中来。

因此,理解和熟悉了房屋建设工程施工总承包合同的结构和内容,就更容易将其他的房屋建设工程领域的合同串联起来进行理解。更进一步地讲,理解和熟悉了房屋建设工程领域的合同,就更容易理解其他领域的建设工程合同。

正是基于上述逻辑关系,本书的主要内容就是阐述建设工程领域的房屋建筑工程的施工总承包合同。

在施工总承包合同中,也存在一条主线,类似于工程建设中的关键线路,其他的线路最终都要归结到该条主线上来。这条主线就是质量、工期和价款。从承包人角度来说,承包人按照合同的工期和质量要求进行施工,得到的是合同约定的价款。从发包人角度来说,发包人支付了合同约定的价款,就在合同约定的时间内得到了合同约定质量标准的工程。

合同的价款内容,包括了工程以什么计价方法计价、各种要素的价格水平如何确定和计算、管理费和利润等费率水平是多少、工程变更如何计价、价格如何调整、进度款如何支付、预付款如何支付和抵扣、工程价款如何结算、结算款如何支付、工程质量保证金如何支付、付款不及时会有什么样的违约责任等。

合同的质量内容,包括了工程的质量标准是什么,具体依据什么施工规范和标准施工,工程验收的标准是什么,各种建筑材料和设备的质量标准和要求是什么,各种施工工艺的质量标准和要求是什么,工程验收的程序如何设计,隐蔽工程如何验收,工程材料和设备如何检验检测,质量缺陷如何认定、如何修复,质量保修的内容是什么,质量保修的期限是多久,质量不合格或有缺陷应该承担什么样的违约责任等。

合同的工期内容,包括了工程的总工期长度、开工日期的确定、竣工日期的确定、工期什么时候顺延、什么时候停工、什么时候暂停施工、工期延误的责任归属、进度计划的内容、进度计划的审批和修改、违反进度计划的责任、工程进度报告的形式和内容等。

正因为工程的质量、价款、工期是施工合同的主线,所以合同的其他内容都与这三者具有某种关联性。比如工程索赔,最终的结果就是价款的增加或减少,工期的延长或缩短;工程担保,不管是预付款支付保函、工程款支付保函、工程履约保函还是质量保修保函,都是为保证工程价款的支付,或者为了保证工程在约定工期内按照约定质量标准完成,最终都要落实到工期、质量和价款中来;工程施工图纸的提供问题,如发包人不及时提供图纸则涉及工期的顺延和费用的增加问题,如施工图纸存在缺陷,则涉及工程质量问题。

综上所述,本书前半部分所阐述的主要内容是房屋建筑工程的施工总承包合同,而施工总承包合同的内容是循着质量、工期和价款这条主线展开的。施工总承包合同的内容虽然非常复杂,但按照这条主线“顺藤摸瓜”,我们就可以“窥其全貌”。

由于合同管理工作,尤其是非工程专业的工作者,往往为施工总承包合

同里的专业性术语和专业内容不好理解而苦恼,因此本书特别对合同中的专业内容进行了比较通俗易懂的解释,比如关于工程计价方法的解释、关于工程质量标准的解释等,以便读者朋友可以更深入地了解施工合同的内容和特点。

近年来,我国很多地方省市都制订了自己的施工合同范本,但是仅依据这些合同范本,仍然难以满足实际施工管理的需要。为此,本书在总结工程实践中容易出现的争议和纠纷的基础上,分析了合同条款中存在的风险和缺陷,并就如何补充和完善相关合同条款提出了自己的建议。笔者相信,这些建议无论是对工程的建设单位,还是对工程的施工单位,都会有一定的借鉴作用。

在理顺了施工合同主要内容的基础上,本书下半部分就工程实践中容易出现的争议和纠纷进行了分析,并在总结笔者多年以来积累的建设工程诉讼和仲裁经验的基础上,提出了建设工程诉讼和仲裁的实务技巧。这些技巧涉及建设工程案件的立案、庭审、调解、工程造价鉴定、质量争议、执行等各个方面,是笔者切身体悟到的实践技巧。

工程造价鉴定在建设工程纠纷解决中起着重要的作用,但凡建设工程未做完结算、承发包双方对价款存在争议的情况,只要合同约定不是固定价,并包含鉴定需要的相关材料,一般都要通过造价鉴定的方式来确定工程的最终造价。由于我国造价鉴定的相关法律规定并不完善,所以导致工程造价鉴定的司法实践很混乱,很多当事人的权益因此而受到损害。笔者在总结司法实践中有效、合理的做法的基础上,对造价鉴定各个环节的制度设计进行了分析,对诉讼和仲裁当事人在造价鉴定上的行为模式进行了研究,并在此基础上提出了关于完善造价鉴定立法的建议。

建设工程纠纷案件的处理,离不开法律的适用。在2004年最高人民法院发布《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》时,实务界和理论界都对该司法解释进行了热烈的讨论,但当时的讨论因为没有实际适用的案例做支持,所以深入性和实务性都不够。笔者根据该司法解释实施五年来的司法实践,提出了对该司法解释的实务解读,对该司法解释规定不明确的内容,以及实践中容易出现争议的内容进行了分析,并结合司法实践中的实际做法提出了对这些争议和纠纷的处理建议。

2009年以来,最高人民法院陆续发布了《关于适用〈中华人民共和国合同法〉若干问题的解释(二)》和《关于当前形势下审理民商事合同纠纷案件若干问题的指导意见》等司法解释和指导意见,这些司法解释和指导意见对处理建设工程领域的争议和纠纷具有重要的指导作用,笔者根据自己的实践经验,对这些司法解释和指导意见作出了相应的实务解读。

本书对于工程建设领域的法律工作者、合同管理人员、预算管理人员、材料管理人员及其他相关管理人员在具体从事工程法律事务时具有一定的借鉴作用,对于理论工作者、有兴趣学习和了解工程法律的其他人士亦有一定的参考作用。

本书在撰写过程中得到了家人的大力支持和帮助,很多同事和朋友也对本书的写作给予了无私的协助和关心,笔者在此一并表示衷心的感谢。当然,由于笔者水平有限,本书肯定有疏漏和不当之处,请读者朋友不吝赐教。

为方便广大读者提出宝贵意见,现将我的联系方式公布如下,欢迎读者朋友对本书提出批评指正:北京市大成律师事务所,北京市东直门南大街3号国华投资大厦12层,电话010-58137218,58137799,传真:58137722,邮编:100007。

作 者

2010年9月1日

CONTENTS

目 录

第一章	建设工程施工合同管理概述	001
第一节	建设工程施工合同的主体	001
第二节	建设工程施工合同的种类	003
第三节	其他国家和地区的建设工程施工合同	007
第四节	建设工程施工合同的法律规制	010
第五节	建设工程施工合同管理的特殊性	017
第二章	建设工程施工合同管理体系	023
第一节	建设工程施工合同管理主体	023
第二节	建设工程施工合同管理流程	029
第三节	建设工程施工合同用印管理	034
第四节	建设工程施工合同全过程管理	037
第三章	建设工程施工合同价格条款分析	044
第一节	工程造价的定额计价方法	044
第二节	工程造价的工程量清单计价方法	047
第三节	建设工程施工合同计价条款分析	061
第四节	建设工程施工合同支付条款分析	071
第四章	建设工程施工合同质量条款分析	080
第一节	工程质量标准条款分析	080
第二节	工程质量控制条款分析	081
第三节	工程竣工验收和质量保修条款分析	087
第四节	工程质量创优条款分析	094
第五章	建设工程施工合同工期条款分析	101
第一节	工程开工日期条款设计	101

第二节	工程竣工日期条款设计	106
第三节	工期定额和工期控制条款设计	113
第四节	工期顺延条款分析	122
第六章	建设工程施工合同其他重要条款分析	134
第一节	工程变更条款分析	134
第二节	工程索赔条款分析	145
第三节	总承包服务内容条款设计	156
第四节	工程保险条款的内容分析	165
第七章	建设工程典型分包、分供合同条款分析	174
第一节	劳务分包合同重点条款分析	174
第二节	电梯采购安装分包合同重点条款分析	185
第三节	商品混凝土供应合同风险控制条款分析	194
第四节	活动板房租赁合同风险控制条款分析	199
第八章	建设工程施工合同诉讼仲裁技巧	210
第一节	建设工程施工合同的诉前准备和立案技巧	210
第二节	建设工程施工合同的诉讼仲裁技巧	216
第九章	建设工程造价鉴定法律实务	223
第一节	建设工程造价鉴定的概念	223
第二节	建设工程造价鉴定的立法现状	229
第三节	建设工程造价鉴定的委托	239
第四节	建设工程造价鉴定的实施	255
第五节	建设工程造价鉴定的监控制度	264
第六节	关于建设工程造价鉴定的立法建议	278
第十章	建设工程施工合同司法解释之实务解读	281
第一节	施工合同无效部分的解读	281
第二节	施工合同解除和质量纠纷部分的解读	287
第三节	施工合同的结算纠纷和其他部分的解读	294
第十一章	新形势下司法解释和指导意见之实务解读	310
第一节	最高人民法院《关于适用〈中华人民共和国合同法〉 若干问题的解释(二)》的解读	310
第二节	《关于当前形势下审理民商事合同纠纷案件若干问题 的指导意见》解读	317

第一章

建设工程施工合同管理概述

第一节 建设工程施工合同的主体

一、建设工程施工合同主体的定义

建设工程施工合同,是指由建设工程的发包单位与建设工程的承包单位签订的关于该建设工程的质量、价款、工期等内容的合同。建设工程施工合同的主体,就是建设工程施工合同的发承包双方当事人。建设工程的发包人范围很广泛,可以是企业事业单位,也可以是政府机关,还可以是其他组织或个人。由于法律对建设工程的发包人没有太多的限制要求,而且各个发包人之间也没有太多的共性的东西,因此,本章只重点分析建设工程的承包方,即建筑企业,对建设工程的发包人不作论述。

按照《中华人民共和国建筑法》(以下简称《建筑法》)第2条的规定,在中华人民共和国境内从事建筑活动,实施对建筑活动的监督管理,应当遵守本法。本法所称建筑活动,是指各类房屋建筑及其附属设施的建造和与其配套的线路、管道、设备的安装活动。按照《中华人民共和国建设工程质量管理条例》(以下简称《建设工程质量管理条例》)第2条的规定,凡在中华人民共和国境内从事建设工程的新建、扩建、改建等有关活动及实施对建设工程质量监督管理的,必须遵守本条例。本条例所称建设工程,是指土木工程、建筑工程、线路管道和设备安装工程及装修工程。

上述两个法律法规适用的范围不同,《建设工程质量管理条例》比《建筑法》的适用范围要大。从广义上讲,凡是《建设工程质量管理条例》中所述的从事土木工程、建筑工程、线路管道和设备安装工程及装修工程的企业,都是建筑企业。但是,考虑到不同类型的建筑企业在组织结构、业务特点、合同内容等方面都有很大的不同,为了突出重点,本书主要是围绕《建筑法》中所规定的从事

各类房屋建筑及其附属设施的建造和与其配套的线路、管道、设备的安装活动的企业来进行论述。

二、建筑企业的类型

按照目前建筑市场的发展现状,各个建筑企业大概可以进行如下的分类:

第一类,工程总承包企业。目前,各类工业设计院、大型建筑施工企业通过组织机构再造、工程服务功能的完善等形成了以承揽工业项目和其他土木工程为主的工程公司,一般在某专业领域中有专长并有全面的建筑项目管理和协调能力。但是,这类工程总承包企业自身并不一定拥有施工队伍,而是充分发挥社会资源优势,进行专业分包。但必须拥有负责施工现场管理的机构和专业人才。这类企业的合同管理的重点是工程总承包合同和专业分包合同。工程总承包企业承包的范围通常包括整个工程实施的全部内容,从工程设计、采购、施工,直至工程的竣工调试,全部由同一个工程总承包企业负责。

第二类,施工总承包企业。按照建设部关于印发《建筑业企业资质等级标准》的通知规定,施工总承包企业资质等级标准包括如下种类:(1)房屋建筑工程施工总承包企业资质等级标准;(2)公路工程施工总承包企业资质等级标准;(3)铁路工程施工总承包企业资质等级标准;(4)港口与航道工程施工总承包企业资质等级标准;(5)水利水电工程施工总承包企业资质等级标准;(6)电力工程施工总承包企业资质等级标准;(7)矿山工程施工总承包企业资质等级标准;(8)冶炼工程施工总承包企业资质等级标准;(9)化工石油工程施工总承包企业资质等级标准;(10)市政公用工程施工总承包企业资质等级标准;(11)通信工程施工总承包企业资质等级标准;(12)机电安装工程施工总承包企业资质等级标准。

这些施工总承包企业,一般规模较大、专业人员众多,具有很强的技术实力和管理能力,也具有较强的合同管理能力。这些企业合同管理的重点是施工总承包合同、专业分包合同、劳务分包合同、主要材料供应合同、主要机械租赁或购买合同。施工总承包企业与工程总承包企业的区别主要在于:施工总承包企业只负责工程的施工部分,而不负责工程的设计部分,设计部分由专门的设计院负责。

第三类,一般施工企业。其规模大小依市场断面的不同而不同,但其特征都是现场按图施工制造,其项目经理部相当于工厂的车间。这类企业服务范围广、从业人员最多,但赢利空间最小。传统施工企业的基本特征是不具备足够的资本运作能力、科研开发能力、设计协调能力,只提供单一的施工安装服务,

相当部分的现有一级施工总承包企业、大部分的二、三级施工总承包企业和只从事配套安装如塔吊拆装、防水等项目的企业都属于这类企业。这些企业合同管理的重点是施工合同、劳务合同、材料供应合同、机械租赁合同等。

第四类,专业承包企业或劳务承包企业。专业承包企业以某一个特定的产品或施工工序为承包对象,形成产品或工艺研发、设计、施工安装一条龙专业服务。劳务承包企业只负责提供劳务,其报酬可以按照劳动成果,也可以按照工日数量计算,有时候劳务承包企业也负责提供一部分辅助材料和简单的施工机械。这些企业合同管理的重点是产品供应合同、安装合同或劳务分包合同。

第二节 建设工程施工合同的种类

建设工程施工合同从不同的角度划分,可以分成不同的种类。按照工程的性质划分,可以分成房屋建设工程施工合同、市政建设工程施工合同、发电厂建设工程施工合同、石油化工建设工程施工合同、矿山建设工程施工合同等;按照建设工程施工合同涉及的工程范围的大小,可以划分成工程总承包合同、施工总承包合同、专业承包合同、劳务分包合同、BOT、BT、BOOT 等合同;按照与建设工程的相关性来划分,可以划分成建设工程施工合同本身、建设工程采购合同、建设工程分包合同、监理合同、设计合同、工程咨询合同、工程管理等。

从狭义上讲,建设工程施工合同就是指工程的承包双方签订的,仅仅约定工程本身相关事项的合同。

由于建设工程施工合同划分的角度和种类太多,本书仅从建设工程的承包人,即建筑企业的角度出发来归纳建设工程施工合同及其相关的合同。从广义上讲,只要是建筑企业签订的合同或与建筑企业相关的合同,都属于建筑企业合同的范畴。主要分为以下几类:

第一,与企业主营业务相关的合同。这些合同主要包括施工总承包合同、专业分包合同、劳务分包合同、材料供应合同、机械租赁合同等,这是建筑企业最主要的合同种类。

第二,与企业维持运营相关的合同。这些合同主要包括房屋租赁合同、劳动合同、办公用品采购合同等,这些合同不是建筑企业的主要合同。

第三,与企业发展运营相关的合同。这些合同主要包括贷款合同、联合经营合同、公司股权投资协议、资本运作协议等,这些合同对于建筑企业非常重要,但是数量很少,不是经常性的合同,因此也不是本书阐述的重点。

与企业主营业务相关的合同又可以分为:总承包合同、承包合同、专业分包

合同、劳务分包合同、材料供应合同、机械租赁合同等。再往下分类,材料供应合同又可以分为:混凝土供应合同、钢筋供应合同、多层板供应合同、钢筋套筒供应合同、砌块供应合同、水电管线供应合同等;机械租赁合同又可以分为:塔吊租赁合同、汽车吊租赁合同、周转材料租赁合同、施工升降机租赁合同、吊篮租赁合同、打桩机租赁合同等。但是,这其中又以施工承包合同为中心和重点。因为施工承包合同的签订意味着企业承揽了该工程项目,为了完成该工程项目,才要签订和履行分包合同、材料供应合同等合同,应该说,施工承包合同是建筑企业一切业务的开始。

所谓施工承包合同,是指建筑企业依据工程图纸、合同条件等进行工程的施工,在合同约定的工期内,按照合同约定的质量标准完成工程项目,由发包人、业主按照合同约定的价款向建筑企业进行支付的合同。施工承包合同的双方当事人分别称为承包人、承包商、总包人和发包人、业主、建设单位。

建设单位、发包人、业主,是工程合同的一方当事人,一般是工程的直接投资方,为建设提供必要资金的同时,也提出建设项目的基本要求以及将要达到的标准。建设单位不一定是资金的所有者,可以是代理人,建设单位可以是法人或其他组织,也可以是个人。

在施工承包合同中,建筑公司的主要义务是按照合同和图纸的规定进行施工,其质量标准不得低于合同约定的标准,也不得低于国家或当地规定的最低质量标准,如果合同约定的质量标准高于国家或地方质量标准的,应该按照合同约定标准进行施工。建筑公司的另一个义务是要按时完成工程,工期在施工承包合同中也占有重要的地位,如果建筑公司不按时完成工程,通常要承担很重的违约责任。发包人的主要义务是按照合同约定的时间和约定的数额向承包人支付工程价款,工程价款按照支付时间的顺序一般分为预付款、进度款、结算款、保修款等几种类型。

施工承包合同按照不同的标准可以进行不同的分类,但最重要的分类是按照合同计价方式的不同来进行分类的。合同计价方式不同,其权利与义务的分配也就不同,有时候在同一个工程承包合同内,对不同的分部或分项工程可以采用不同的计价方式。按照合同计价方式的不同,施工承包合同可以分成如下几种:

第一种,固定总价合同。固定价合同可以分为固定总价合同和固定单价合同。固定总价合同是指完成工程项目全部内容后,以合同约定的总价款进行支付的合同。合同总价款在合同签订时即固定,不随工程的进展和实际情况的变化而变化。

这种合同的特点是价格被固定化,双方都要承担价格变动的风险。如果该工程的各种要素价格上涨使得建筑成本增加,则承包人承担了主要的损失。如果该工程的各种要素价格下跌,使得建筑成本下降,则发包人承担了主要的损失。

除了价格变动的风险外,还有工程量增减的风险,这种合同一般约定,如果工程量的增加或减少在一定幅度内的,价格不做变动。但是,工程实践的经验表明,工程量增加的概率要远远大于工程量减少的概率,这就使得工程量增减的风险主要是由承包人来承担。

这种合同,因为合同价款一般不做调整,所以在工程价款调整和结算等方面比较方便,对于业主来说,是最方便的。业主也无须过分担心合同履行过程中需要增加投资。但是,对于承包人来说,因为价格固定,所以其风险相对较大,因此承包人在投标时往往要考虑到这一因素,其投标价格中通常会包含一定的风险费用,以抵御价格变动的风险。

正是因为这种合同的价格固定,所以要使用这种方式签订合同,该工程的范围必须清楚明确,报价的工程量应该准确,不能是大概的估算。而且,要保证该工程的施工图纸是完备的、成熟的,不会在施工过程中作大的变更。并且,这种合同的履行期限一般不会太长、工程内容不会太复杂,否则工期过长,各种变化因素发生变化的可能性很大,无法保证合同的正常履行,工程内容太复杂也会导致价款计算不准,使得总价合同无法正常履行。

当然,固定总价合同也不是不可作任何调整,一般双方会约定一些调整因素,比如设计变更达到一定的量,或者发生重大的法律变更等,可以调整合同价款。但是,这要与可调价格合同进行区分,二者调整的条件和范围是完全不同的。固定总价合同的风险较大,建筑企业在签订此类合同时要慎重,不能为了追求中标而忽视风险的存在。

第二种,固定单价合同。目前我国在大力推行工程项目工程量清单招标,其最主要特点之一就是固定单价。固定单价合同是最常见的合同种类,适用范围很广。在这种合同中,承包人仅按合同规定承担报价的风险,即对报价的正确性和适宜性承担责任,而工程量变化的风险由发包人承担。由于风险分配比较合理,能够适应大多数工程,能调动承包人和发包人双方的管理积极性。

固定单价合同的特点是单价优先,即出现总价与单价不符的情况时,以单价为准。发包人在工程量清单中给出的工程量往往是参考数字,而实际工程款按实际完成的工程量和承包人所报单价进行计算。即签订合同时,确定各分部分项工程内容以及各报价单位工程量的单价,项目完成后,按照各分部分项工

程的实测完成工程量来计取工程价款。

这种合同类型适用于各类施工承包合同,尤其适用于图纸比较复杂、变更可能性比较大、施工有一定难度、工程期限较长的合同。

单价合同还包括可调单价合同,但是这种合同类型的适用范围较小,采用的不多。

第三种,成本加酬金合同。这种合同工程最终合同价格按照承包人的实际成本加一定比例的酬金计算。在合同签订时不能确定一个具体的合同价格,只能确定酬金的比例,由于合同价格按承包人的实际成本结算,所以在这类合同中,承包人不承担任何风险,而发包人承担了全部工作量和价格风险,所以承包人在工程中没有成本控制的积极性,常常不仅不愿意压缩成本,相反,期望提高成本以提高他自己的工程经济效益,这样做会损害发包人的利益。所以这类合同运用的范围很小,实践中不多见。

这种合同一般用于工程特别复杂、技术和方案不能预先确定,或者是时间紧急、投标依据不充分、无法准确估价的项目中。为了提高这种合同的适用范围,有时候发包人会对这种类型的合同作出一些限制。比如,事先设定一个目标价位,如果承包人能将工程成本控制在目标价内的话,还可以获得一定的奖励,如果超出这一目标价位,可能会遭到一定的处罚。在这种合同中,由于发包人承担了全部的风险,所以合同中必须对承包人进行严格的约束,制定禁止承包人故意增加成本的条款,赋予发包人更多的督察、控制承包人的条款。

第四种,可调价格合同。可调价格合同是指合同履行过程中发生合同约定的事由时,合同价格可以根据合同约定进行调整。可调价格合同中合同价款的调整因素主要有:(1)法律、行政法规和国家有关政策变化影响合同价款;(2)工程造价管理部门公布的价格调整;(3)一周内非承包人原因停水、停电、停气造成停工累计超过8小时;(4)设计变更及发包方确认的工程量增减;(5)双方约定的其他因素。一般合同会约定,承包人应在调整合同价款因素情况发生后一定期限内,将调整原因、金额以书面形式通知发包人工程师,工程师确认调整金额后作为追加合同价款,与工程款同期支付。工程师收到承包人通知后一定期限内不予确认也不提出修改意见的,视为已经同意该项调整。

可调价格合同对风险进行了预先的分配,有利于合同的正常履行。这种合同的关键是价格调整因素的预先确定,如果合同约定得好,可以促进合同的正常履约,如果约定得不好或不明确,则容易引发纠纷。