

《案例解读---建设工程发包承包、合同纠纷、投资管理及其风险控制》

标准课时：12 小时（课程内容较多，请用户根据需求及上课课时选择内容。）

课程内容：

第一部分：案例解读---建设工程发包与承包及其风险控制

一、住房和城乡建设部关于印发《建筑工程施工发包与承包违法行为认定查处管理办法》（建市规〔2019〕1号）建设工程中违法发包、转包、违法分包和挂靠是目前工程中一个很普遍的现象和常见的法律问题，也是大家经常遇到或者听到的问题。这里针对“三包一靠”的法律问题进行总结。

案例：转包、违法分包挂靠的危害--重庆彩虹桥事件

（一）建设工程发包管理：违法发包

问题 1. 哪些项目必须招标(范围、规模)？

问题 2. 总承包中的连带责任风险问题

问题 3. 暂估价暂列金额的问题

【实务咨询】：发包人未经过招标，直接将工程发包或收回总包中部分工程发包是否有效？

（二）建设工程发包管理：违法分包

【实务咨询】：如何判断合法分包？

（三）施工企业资质管理

案例：总承包中的连带责任风险问题

【实务咨询】：施工单位如何控制劳务工工资的发放风险？

（四）建设工程发包管理：转包

【实务咨询】：1. 总公司中标，分公司干？ 2. 总公司中标，子公司干？

（五）建设工程发包管理：建设工程共同承包

【实务咨询】：关于联合体投标、承包问题？

【实务咨询】违法分包合同、转包合同的实际施工人主张欠付工程款的，诉讼主体如何确定？

发包人的责任如何承担？

【实务咨询】发包人主张将其已向合法分包人、实际施工人支付的工程款予以抵扣的，如何处理？

（六）建设工程发包管理：挂靠

【实务咨询】如何防止发包人以“挂靠”为理由解除施工总承包合同或请求确认合同无效？

【实务咨询】承包方如何通过《施工承包合同》的“限权条款”，对工程挂靠行为进行风险控制？

【实务咨询】如何认定内部承包合同？如何认定其效力？

【实务咨询】施工企业如何使用项目章，控制项目风险？

第二部分：建设工程施工合同纠纷及其风险控制

《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（二）》继 2005 年 1 月 1 日施行的《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》（简称《司法解释一》）后，最高人民法院于 2019 年 1

月3日又公布了《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（二）》（以下简称《建设工程司法解释二》），该司法解释将于2019年2月1日起施行。

自《司法解释一》施行以来，伴随建筑市场的发展变化及行业管理政策的更新，司法实践中涌现了大批新的法律问题，进一步制定和完善建设工程施工合同纠纷的司法解释，迫在眉睫。新公布的《司法解释二》在完善现有法律规定的基础上，新增了大量内容，例如新增合同无效情形、开工日期的确定和工期顺延、质保金的处理、实际施工人的代位权；细化建设工程鉴定、建设工程优先受偿权的行使等。

一、《建设工程司法解释二》亮点解读

1.明确合同无效后的损失处理

【实务咨询】：认定为无效合同的情形

【案例】：判断下列合同属于无效合同的是：

【案例】：如何认定未取得“四证”而签订的建设工程施工合同的效力？

【案例】：合同无效是否影响关于工程质量的约定、承诺的效力？

2.新增开工日期的确定规则

【案例】：关于开工竣工日期的问题？

【案例】：施工许可证延期下发是否可以顺延工期？

3.细化建设工程鉴定规则

4.细化建设工程价款优先受偿权

【案例】：【施工合同价款纠纷：承包人工程价款的优先受偿权】

【实务咨询】：开发商强迫施工企业放弃“优先受偿权”，该如何处理？

二、《司法解释（二）》关于价款结算问题相关条款解读与探索

此次《解释二》出台，针对此前司法实践中常见的问题作出了规定，主要集中在建设工程价款结算、建设工程施工合同效力、建设工程鉴定、建设工程价款优先受偿权和实际施工人权利保护等五个方面。结算相关条文：第一条、第九条、第十条、第十一条、第十二条

1.关于合同实质性内容问题？

【案例】：【关于签订合同时实质性的内容谈判】

【案例】：我国建筑业首例阴阳合同纠纷案

【案例】：关于合同价款调整问题

【案例】：签订黑白合同 按实结算付款

【案例】：中标合同与招投标文件实质性内容

【实务咨询】：结算价与审计价不一致时，如何处理？能否以审计价为准结算工程款？

【实务咨询】：如何理解审价、审计？

【案例】：施工图纸与招标图纸不一样怎么办？

2.“黑白合同”如何结算？

三、《司法解释（二）》关于施工合同效力问题相关条款的解读与探索

【案例】：发包人在签订施工承包合同中，要求承包人放弃索赔条款，是否有效？

【实务咨询】：合同约定，“总包人收到发包人支付工程款后再向分包人支付”的条款，效力如何认定？

1.工程竣工价款结算管理--特别提示---合同中与结算价款有关的条款

第三部分 建设工程投资管理及其风险控制

2019年5月5日，国务院公布《政府投资条例》，并将在2019年7月1日开始实行。条例规定了哪些主要内容、体现哪些深层次利好？将对社会投资人产生哪些冲击和挑战、社会投资人应该如何应对并化危为机？

一、政府投资项目应在初步设计完成后进行发包

《政府投资条例》第九条第一款规定：“政府投资项目，项目单位应当编制项目建议书、可行性研究报告、初步设计，按照政府投资管理权限和规定的程序，报投资主管部门或者其他有关部门审批”，明确项目审批阶段必须完成初步设计，排除了项目在可研、方案设计完成后进行发包的情形，有利于工程总承包模式健康发展。

二、项目单位应确保前期工作深度和前期文件真实性

《政府投资条例》第九条第二款规定：“项目单位应当加强政府投资项目的前期工作，保证前期工作的深度达到规定的要求，并对项目建议书、可行性研究报告、初步设计以及依法应当附具的其他文件的真实性负责”。该条规定了项目单位对前期工作的深度责任与真实性责任，有利于政府部门科学决策，有利于合理制定项目概算费用，也有利于建筑市场公平竞争。

三、政府投资项目不得垫资施工

《政府投资条例》第二十二条第二款明确规定“政府投资项目不得由施工单位垫资建设”，属于第一次在行政法规层面禁止垫资施工，对推动解决下述三个问题起到重要作用。

一是部委文件规定效力太低问题，法院处理垫资施工合同纠纷以合同约定为准；二是变相垫资施工很多，如BT、EPC+F等；三是对垫资的理解不同，各界没有对“不垫资”的付款比例达成共识。

【实务咨询】：关于垫资施工问题？

【实务咨询】：公司接到某项工程的招标邀请，中标的一个基本条件是需要前期垫资1000万元。公司觉得可以垫资施工，但又怕甲方投资资金不到位，导致长期拖欠。应该怎么办？

【案例】：【施工合同价款纠纷：垫资】《最高解释》第六条规定)

【案例】：甲方要求垫资施工怎么办？

四、合理确定项目概算调整程序

此次《政府投资条例》对于因国家政策调整、价格上涨、实际地质条件与原认知之间存在重大变化等客观原因造成的概算增加调整的程序作了简化，在出现上述客观原因造成需要调整概算时，规定“项目单位应当提出调整方案及资金来源，按照规定的程序报原初步设计审批部门或者投资概算核定部门核定”，简化了概算调整程序，符合实际情况，有利于建筑业发展。

五、要求政府严格执行建设工期

《政府投资条例》从预算管理角度要求项目单位严格执行建设工期，且规定“任何单位和个人不得非法干预”工期，有利于承发包双方严格按照合同约定的开竣工时间完成施工建设，有利于建筑交易市场健康发展，有利于工程价款及时结算。

【案例】关于干预工期问题？

六、竣工财务决算推动价款结算

《政府投资条例》第二十五条规定：“政府投资项目建成后，应当按照国家有

关规定进行竣工验收，并在竣工验收合格后及时办理竣工财务决算”，第一次在行政法规的层面规定政府投资项目竣工后尽快完成竣工财务决算。由于工程价款结算是财务决算的前置条件，故快速的竣工财务决算有利于推动快速竣工结算，有利于推动中间结算，有利于建筑业健康发展。

【案例】【施工合同价款纠纷：发包人收到竣工结算文件逾期不予答复】

“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。（最高院《解释》第二十条）

【案例】某承包合同约定：“发包人收到竣工结算文件后 60 日内应予以答复”。

【实务咨询】：承包人能否直接依据《解释》第二十条的规定，请求按照竣工结算文件结算工程价款？

【实务咨询】：发包人以工程未验收或承包人未移交工程竣工资料为由，拒绝支付工程款的，如何处理？

【实务咨询】：当事人在诉讼前已就工程价款的结算达成协议，一方要求重新结算的，如何处理？

七、应对可能的工程停建风险，并规范工期管理

第四部分：案例解读---《房屋建筑和市政基础设施项目工程总承包管理办法》

2019 年 12 月，住建部、国家发展改革委联合印发《房屋建筑和市政基础设施项目工程总承包管理办法》，2020 年 3 月 1 日起正式施行。

我国的 EPC 发展经历了起步阶段（1982~2003 年），摸索阶段（2003~2014 年），现已进入加速发展阶段（2014 年至今）。

一、建设单位承担的风险：

主要工程材料、设备、人工价格与招标时基期价相比，波动幅度超过合同约定幅度的部分；

因国家法律法规政策变化引起的合同价格的变化；

不可预见的地质条件造成的工程费用和工期的变化；

因建设单位原因产生的工程费用和工期的变化；

不可抗力造成的工程费用和工期的变化。

具体风险分担内容由双方在合同中约定。

建设单位不得设置不合理工期，不得任意压缩合理工期。

二、施工、设计资质可互认：

鼓励施工单位申请取得工程设计资质，具有一级及以上施工总承包资质的单位可以直接申请相应类别的工程设计甲级资质。完成的相应规模工程总承包业绩可以作为设计、施工业绩申报。

鼓励设计单位申请取得施工资质，已取得工程设计综合资质、行业甲级资质、建筑工程专业甲级资质的单位，可以直接申请相应类别施工总承包一级资质。

三、工程总承包单位：

同时具有与工程规模相适应的工程设计资质和施工资质。或者由具有相应资质的设计单位和施工单位组成联合体。

设计单位和施工单位组成联合体的，应当根据项目的特点和复杂程度，合理确定牵头单位。

工程总承包单位不得是工程总承包项目的代建单位、项目管理单位、监理单位、造价咨询单位、招标代理单位。

四、招投标：

采用招标或者直接发包等方式选择工程总承包单位。

工程总承包项目范围内的设计、采购或者施工中，有任一项属于依法必须进行招标的项目范围且达到国家规定规模标准的，应当采用招标的方式选择工程总承包单位。

建设单位可以在招标文件中提出对履约担保的要求，依法要求投标文件载明拟分包的内容；对于设有最高投标限价的，应当明确最高投标限价或者最高投标限价的计算方法。

五、项目发包、分包：

企业投资项目，应当在核准或者备案后进行工程总承包项目发包。

采用工程总承包方式的政府投资项目，原则上应当在初步设计审批完成后进行工程总承包项目发包。

简化报批文件和审批程序的政府投资项目，应当在完成相应的投资决策审批后进行工程总承包项目发包。

工程总承包单位可以采用直接发包的方式进行分包。

六、关于合同：

企业投资项目的工程总承包宜采用总价合同。

政府投资项目的工程总承包应当合理确定合同价格形式。

采用总价合同的，除合同约定可以调整的情形外，合同总价一般不予调整。

可以在合同中约定工程总承包计量规则和计价方法。

七、项目经理应当具备下列条件：

取得相应工程建设类注册执业资格，包括注册建筑师、勘察设计注册工程师、注册建造师或者注册监理工程师等；未实施注册执业资格的，取得高级专业技术职称；

担任过与拟建项目相类似的工程总承包项目经理、设计项目负责人、施工项目负责人或者项目总监理工程师；

熟悉工程技术和工程总承包项目管理知识以及相关法律法规、标准规范；

具有较强的组织协调能力和良好的职业道德。

工程总承包项目经理不得同时在两个或者两个以上工程项目担任工程总承包项目经理、施工项目负责人。

工程总承包项目经理依法承担质量终身责任。

第五部分：《中华人民共和国招标投标法（修订草案公开征求意见稿）》

2019年12月3日，国家发改委发布了关于《中华人民共和国招标投标法（修订草案公开征求意见稿）》。此举标志着，自1999年颁布已经施行20余年的《招标投标法》将迎来大修！公告中提出，修订这部根本大法的目的是：深化招投标领域“放管服”改革、优化营商环境、解决招投标市场存在的突出问题、促进经济高质量发展。

此次修订内容，主要涉及一些在招投标领域长期存在、行业广泛关注的问题。

草案在“放管服”改革背景下，进一步放权和授权，进一步贴合市场及行业的发展趋势，以规范引导为主，对促进我国经济建设发展具有重要的时代价值和意义。该草案共8章，94条，对现行《招标投标法》修改58条，增加28条，删除2条，维持8条不变。修订内容主要涉及以下八个方面。

（一）推进招投标领域简政放权。

- (二) 提高招投标公开透明度和规范化水平。
- (三) 落实招标人自主权。
- (四) 提高招投标效率。
- (五) 解决低质低价中标问题。
- (六) 充分发挥招投标促进高质量发展的政策功能。
- (七) 为招投标实践发展提供法治保障。
- (八) 加强和创新招投标监管。

【案例】

【实务咨询】：

附件：课程相关案例：

- 一、招标投标过程中的法律风险及防范
- 二、阴阳合同的法律风险及防范
- 三、合同条款的法律风险及防范
- 四、价格调整的法律风险及防范
- 五、签证与索赔的法律风险及防范
- 六、工程款支付、工程款优先受偿权的法律风险及防范
- 七、工期违约赔偿的法律风险及防范
- 八、工程质量的法律风险及防范
- 九、“三包一挂”的法律风险及防范
- 十、暂停施工的法律风险及防范
- 十一、合同解除的法律风险及防范
- 十二、竣工验收与竣工退场的法律风险及防范
- 十三、竣工结算与财政审计的法律风险及防范