

《房屋建筑和市政基础设施项目工程总承包管理办法》

(征求意见稿) 重点条款介绍 暨

工程总承包商提升风险管理能力的十大措施



建纬律师事务所
CITY DEVELOPMENT LAW FIRM



韩如波

上海市建纬律师事务所 高级合伙人 主任助理 工程总承包业务部 主任
住建部《房屋建筑和市政基础设施项目工程总承包管理办法》 主要执笔人
住建部《建筑工程施工发包与承包违法行为认定查处管理办法》 主要执笔人

个人信息
About Me



韩如波 律师

上海市建纬律师事务所

高级合伙人 管委会委员 工程总承包业务部主任

- “一带一路”（中国）仲裁院 仲裁员
- 赣江新区国际仲裁院 仲裁员
- 武汉仲裁委员会 仲裁员
- 上海市政府采购评审专家
- 上海市律师协会建设工程业务研究委员会委员
- 上海市安装行业协会专家委员、特聘专家
- 中国土木工程学会建筑市场与招标投标研究分会
常务理事、专家咨询委员会委员、调研员
- 2013、2015、2017美国工程新闻记录/建筑时报最值
得推荐的60位中国工程法律专业律师



- 工程总承包立法现状
- 《房屋建筑和市政基础设施项目工程总承包管理办法》（征求意见稿）亮点介绍
- 三 EPC项目工程总承包商提升风险管理能力的十大措施





PART 01

国内关于工程总承包的 法律法规政策的现状



一、国内关于工程总承包的法律法规政策的现状

1. 法律法规层面有关工程总承包的立法有限

我国在法律法规层面对于工程总承包规定的几个条款集中在《建筑法》第24、29、55条和《合同法》272条与《招标投标法实施条例》第29条，《建设工程质量管理条例》、《建设工程安全生产管理条例》等规定中，较为原则、操作性不强，实践中难以具体指导和规范工程总承包业务。

2. 中央及国务院各部委对于工程总承包的规定基本以规范性文件为主

目前除去交通运输部发布的部门规章《公路工程设计施工总承包管理办法》（交通运输部令2015年第10号外）以外，中央及国务院各部委有关工程总承包的规定均以政策性规范性文件为主，因规范性文件的法律层级限制，不能形成统一规范工程总承包管理的作用和效力。



3.地方关于工程总承包的规定也均以政策性的规范性文件为

这两年来随着建筑业改革推进工程总承包制，关于工程总承包管理的地方文件密集出台。

据不完全统计各省级政府发布的工程总承包规定的规范性文件已达60份之多，涉及上海、北京、浙江、福建、广西、湖南、吉林等20个省份。

基于各地的实践不同、市场发展程度不同、管理角度不同等，地方上关于工程总承包的规范性文件在相同问题上出现不同程度冲突之处。





PART 02

《房屋建筑和市政基础设施项目工程总承包管理办法》（征求意见稿）
亮点介绍





《管理办法》的体系

第一章 总则 (5条)

第二章 工程总承包项目的发包和承包 (12条)

第三章 工程总承包项目实施 (14条)

第四章 监督管理 (8条)

第五章 附则 (1条)



亮点一：明确了工程总承包项目的适用范围

第六条【工程总承包方式适用的项目】

建设单位应当根据工程项目的规模和复杂程度等合理选择建设项目组织实施方式。政府投资项目、国有资金占控股或者主导地位的项目应当优先采用工程总承包方式，采用建筑信息模型技术的项目应当积极采用工程总承包方式，装配式建筑原则上采用工程总承包方式。

建设范围、建设规模、建设标准、功能需求不明确等前期条件不充分的项目不宜采用工程总承包方式。



亮点二：强化工程总承包单位应建立具备总承包管理能力的组织机构

第十九条【工程总承包单位的组织机构】



工程总承包单位应当建立与工程总承包相适应的组织机构和管理制度，形成项目设计管理、采购管理、施工管理、试运行以及质量、安全、工期、造价等工程总承包综合管理能力。



亮点三：规定了发承包双方风险分配的原则

第十六条【发承包的风险分配】

建设单位和工程总承包单位应当加强风险管理，在招标文件、合同中约定公平、合理分担风险。

风险分担可以参照以下因素约定：

建设单位承担的主要风险一般包括：

- （一）建设单位提出的建设范围、建设规模、建设标准、功能需求、工期或者质量要求的调整；
- （二）主要工程材料价格和招标时基价相比，波动幅度超过合同约定幅度的部分；
- （三）因国家法律法规政策变化引起的合同价格的变化；
- （四）难以预见的地质自然灾害、不可预知的地下溶洞、采空区或者障碍物、有毒气体等重大地质变化，其损失和处置费由建设单位承担；因工程总承包单位施工组织、措施不当等造成的上述问题，其损失和处置费由工程总承包单位承担；
- （五）其他不可抗力所造成的工程费用的增加。

除上述建设单位承担的风险外，其他风险可以在合同中约定由工程总承包单位承担。

建设单位要求工程总承包单位出具履约担保的，建设单位也应当向工程总承包单位出具支付担保。



亮点四：明确了工程总承包计价依据、价格形 式特征

第十七条【合同价格形式】

工程总承包项目宜采用固定总价合同。建设单位和工程总承包单位依据住房城乡建设主管部门制定的计价规则，在合同中约定工程总承包计价方式和计价方法。

依法必须招标的工程项目，合同固定价格应当在充分竞争的基础上合理确定。除合同约定的变更调整部分外，合同固定价格一般不予调整。

除双方合同明确约定外，建设单位不得将工程总承包项目的审计结论作为结算依据。



亮点五：统一并明确了发包阶段和条件





第八条 【发包阶段和条件】



建设单位应当在发包前做好工程项目前期工作，自行或者委托设计咨询单位对工程项目建设方案深入研究，在可行性研究、方案设计或者初步设计完成后，在项目范围、建设规模、建设标准、功能需求、投资限额、工程质量和进度要求确定后，进行工程总承包项目发包。





亮点六：统一了对投标人资格条件的要求





第十二条【工程总承包单位条件】

- ◆ 工程总承包单位应当具有与工程规模相适应的工程设计资质（仅具有建筑工程设计事务所资质除外）或者施工总承包资质，相应的财务、风险承担能力，同时具有相应的组织机构、项目管理体系、项目管理专业人员，以及与发包工程相类似的工程业绩。
- ◆ 工程总承包单位不得是工程总承项目的代建单位、项目管理单位、监理单位、造价咨询单位、招标代理单位，也不得是与上述单位有利害关系的关联单位。
- ◆ 招标人公开发包前完成的可行性研究报告、勘察设计文件的，发包前的可行性研究报告编制单位、勘察设计文件编制单位可以参与工程总承包项目的投标。





亮点七：在现有法律框架下，明确了工程总承包项下设计或施工总承包分包操作性

第二十四条【设计总包或施工总承包单位的分包】



- 按照本办法第二十一条规定进行工程总承包分包的，设计总包单位或者施工总承包单位根据与工程总承包单位的合同约定或者经工程总承包单位同意，可以将其承包范围内的非主体部分分包给具有相应资质的单位。

亮点八：明确施工图分阶段审查，对工程总承包设计施工采购深度融合交叉作业有了相应制度保证

第二十五条【施工图设计文件审查】

工程总承包项目按照法律法规规定应当进行施工图审查的，可以根据项目实施情况，分阶段审查施工图。

亮点九：从工程总承包商负总责角度，规定了
建设单位、工程总承包单位、分包单位的质量
、安全责任

第二十六条【质量责任】

- 建设单位存在迫使工程总承包单位以低于成本的价格承包，任意压缩合理工期，要求工程总承包单位违反工程建设强制性标准、降低建设工程质量等情形并导致工程质量事故的，建设单位应当承担质量责任。
- 工程总承包单位应当对其承包的全部建设工程质量负责，分包不免除工程总承包单位对全部建设工程所负的质量责任。
- 分包单位对其分包工程的质量负直接责任。



第二十七条【安全责任】



建设单位存在对工程总承包单位提出不符合建设工程安全生产法律、法规和强制性标准规定的要求，任意压缩合理工期等情



形并导致工程安全生产事故的，建设单位应当承担安全生产责任。



工程总承包单位对施工现场的安全生产负总责。



分包单位应当服从工程总承包单位的安全生产管理，分包单位



不服从管理导致生产安全事故的，由分包单位承担主要责任。



亮点十：在现有法规条件下适当创新，明确了 工程总承包商的安全生产许可证制度

第三十三条【安全生产许可证管理】

工程总承包单位自行实施工程总承包项目施工的，应当依法取得安全生产许可证；将工程总承包项目中的施工业务依法分包给具有相应资质的施工单位的，施工单位应当依法取得安全生产许可证。

工程总承包单位不具备施工资质和安全生产许可证时，工程总承包单位主要负责人、项目经理和专职安全生产管理人员应当取得相应的安全生产考核合格证。



PART 03

工程总承包企业提升工程 总承包业务风险防范能力 十大措施



措施一：掌握和熟悉工程总承包法律法规和各地关于工程总承包的相关法规政策文件



- 1、熟悉国家和地方对工程总承包模式的相关法律及管理规定；
- 2、研究当地的同类项目工程总承包成功与失败的案例，并事先做好应对和风险管理方案。
- 3、对与本地或其他地方实施工程总承包项目时存在不同管理和操作规定的，应及时调整相应模式、组织机构、项目管理方案等规避或降低相应风险或成本。
- 4、对地方政策文件与上位法和工程总承包合同约定不一致的，应积极沟通并采取相应措施维护企业自身的合法权益。



措施二：建立和完善工程总承包的组织机构、人员结构、管理体系，加强工程总承包业务的管理，切实做到“总包负责总责”。

组织机构

01

01

人员结构

02

05

管理体系

03

03



总包商对施工管控不到位



案例：震惊国内的11·24江西丰城发电厂三期扩建工程冷却塔施工平台坍塌特别重大事故，国务院事故调查组在工程总承包单位的责任认定中就指出：工程总承包单位存在管理意识薄弱、管理机制不健全、管理制度流于形式、管理人员无证上岗等管理体系建设的问题。

总包商对采购管控不到位



美国某著名电力集团投资的热电厂于1997年与我国某研究所签订热电厂热电项目EPC总承包合同，由该研究所负责设计、采购和施工的总承包。整个热电项目包括热力系统、供油系统、供水系统、化水系统、电气系统、热控系统的设计、安装、施工及余热锅炉的采购，汽轮机的设计、制造和安装。此合同为一固定总价合同，全部工程价款为1516万美元。

工程开工后一个月，由于总承包商提供的设计图纸不符合业主的要求，导致项目停滞。为早日投产运行收回投资，业主与总承包商协议将总承包商剩余的设计任务移交给业主另行指定的设计院，并由业主承担余热锅炉的采购和安装。业主并承诺：承包商无须退回已收到的工程设计款。虽然达成了补充协议，但双方在此后的履约过程中，业主与承包商就设计变更、合同变更所产生的费用增加发生多次争议且各执己见。

总承包商将发电的汽轮机交由哈尔滨某公司制造和其兄弟公司进行安装。经扣盖前检验，无论是汽轮机的设计、制造还是安装都存在质量瑕疵和缺陷。由于前述原因等，业主通知总承包商解除合同，从而引起标的巨大的争议。

总包商对采购管控不到位



由于履约过程产生纠纷，发包方要求承包方承担500多万美元的损失赔偿，而承包方要求发包方支付尾款和签证索赔款共400多万美元。承发包双方面临标的总计1200多万美元的争议，而且合同还约定争议解决方式是去英国伦敦商会仲裁。通过多次协商，最终通过非诉讼方式，以发包方一次支付50万美元的和解协议解决了争议。

总包商对设计管控不到位



2007年2月2日，北方某能源公司与某电气设备公司签订热电厂一期工程交钥匙总承包合同。在上述工程总承包合同履行过程中，总承包人将整个工程的设计工作分包给不具备相应资质的单位，工程主体质量的抗震性指标从G3下降为G2，使建成的建筑物应抗8级地震、8度裂度降至只能抗6级地震6度裂度，最终导致该工程因质量问题未获得建设主管质监部门的验收许可。

本案的总承包方在建设过程中违法聘用了某设计公司负责工程设计，因该公司缺乏相应资质，无法出图盖章，继而又聘请了某电力工程公司西安分公司负责出图签章。而事实上，上述两个设计公司均不具备承担本工程设计工作的资质条件。总承包人未尽核查、监督的义务，违法将工程最基础、最关键的设计部分分包给不具备相应工程设计资质和能力的设计分包人，从而使工程在设计这一根基性工作存在先天缺陷，导致案涉工程施工过程及投产使用后在地基基础埋下不可逆转的重大质量隐患。目前纠纷还在处理中。

措施三：加强对招标文件分析、 投标文件编制等风险管理

- 近年来中央及有关部委和全国各地针对建设工程招投标改革的频频出台有关政策文件、地方法规规章，在缩小必须招标范围、分类监管、电子化招投标、资质管理、资格审查、开标会、否决条款、定标权等方面均有改革措施或新的规定。
- 工程总承包企业应结合目前建筑业招投标的改革措施及各地关于招投标的新规新政，加强对招投标文件及编制的分析。



措施四：熟悉工程总承包合同示范文本，并完善工程总承包合同、设计分包、施工分包、材料采购、试运行的相应企业合同标准文件。

工程总承包合同

施工分包

试运行

设计分包

材料采购





 目前国内建设行业主管部门对于工程总承包合同的示范文本：

住建部和国家工商总局的《建设项目工程总承包合同示范文本（试行）》（GF-2011-0216）

发改委等九部委印发的《中华人民共和国标准设计施工总承包招标文件》（2012年版）第四章的“合同条款及格式”

工程总承包企业在这种背景下，要结合自身工程总承包项目的类型、特点、承包范围、管理模式等实践经验基础上不断完善并形成适合企业的工程总承包及设计、施工、采购、试运行等再发包的合同示范文本。





中华全国律师协会建房委受住建部和中华全国律师协会委托，已经成立《建设工程项目总承包合同示范文本（试行）》（GF-2011-0216）修订、设计分包合同、施工分包合同、设备采购合同和律师操作指引编写八个工作组，并已经在全面开展编写工作。



措施五

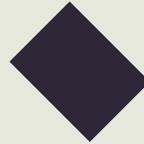
提高合约履行管理能力，
尽快实现“按图施工”向
“按约施工”转变。





工程总承包企业要全面负责并执行严格的设计责任，切勿单纯相信和盲目依赖施工总承包模式下的“有变更、有索赔”及“低中标、勤签证、高索赔”传统理念，要实现“按图施工”向“按约施工”理念的转变。

工程总承包的特点即在于应由有经验的承包商对于现场各类数据、资料、设计标准与测算等的准确性承担责任，哪怕该等数据、资料、设计标准与测算是由业主方提供的。国际通行的FIDIC银皮书（1999版）5.1款体现了此惯例。



滁州市中级人民法院（2016）皖11民终1150号

案例： 2013年1月30日，滁州市环卫中心就滁州市生活垃圾填埋场渗滤液处理站升级改造工程EPC总承包（二次）工程对外发布招标文件。招标文件载明：“投标人现场考察并预测未来渗滤液进水水质，今后运行中实际进水水质指标超过或低于本设计进水指标，导致处理后出水不达标的风脸由投标人承担”。双方在工程总承包合同对此也有相应约定和违约责任条款。

后因凌志公司延误工期及不能及时处理垃圾渗滤液，滁州市环卫中心向人民法院起诉要求解除与凌志公司之间的EPC合同，滁凌志公司反诉，要求滁州市环卫中心支付工程款，其中包括支付为解决进水水质超标增加投入2310804元。

法院审理认为：基于项目招标文件和双方合同约定，对凌志公司称因进水水质严重超标，导致出水及出水量达不到合同要求的责任应由滁州市环卫中心承担的意见不予采纳。



一一措施六

积极利用合同约定进行索赔并防范合同履行过程中的索赔风险

“无论是传统的施工总承包还是工程总承包均存在一定条件下承包商的索赔权利，工程总承包项下如因业主增加建设内容、改变使用功能、提高建设标准，业主提出工期调整要求，业主提出的设计变更，政策法律法规变化，材料价格超出合同约定的风险幅度范围，不可抗力等，工程总承包商均可按约提出相应索赔要求。

同时工程总承包商要高度注意合同对索赔程序、时间等的要求。无论是FIDIC1999年的银皮书《EPC/交钥匙项目合同条件》（第20.1款），还是住建部和国家工商总局的《建设工程项目总承包合同示范文本（试行）》（GF-2011-0216）（第16.2款），都建立了承包商“逾期索赔作废制度”。



案例一沙特麦加轻轨项目

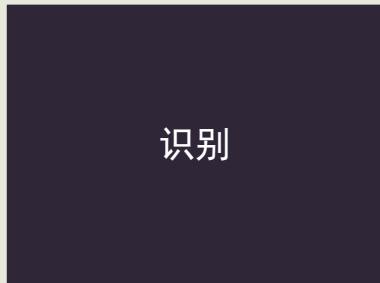


- 2009年中铁建采用EPC模式承建沙特麦加轻轨项目，项目签约时只有概念设计，而在项目实施过程中，实际工程数量比签约时预计工程数量大幅度增加，再加上业主对该项目的运能需求较合同规定大幅提升、业主负责的地下管网和征地拆迁严重滞后、业主为增加新的功能大量指令性变更使部分已完工工程重新调整等因素，导致项目工作量和成本投入大幅增加。
中铁建沿袭国内的施工管理经验，认为变更和增加部分可以在竣工后一并结算，所以过程中并没有及时提出签证和索赔。等到工程完工后提出索赔时，业主指出按照合同约定，该项变更和调整在约定期限内施工方未提出价款和工期增加或顺延要求的，视为该项变更和调整不增加价款和顺延工期。
- 该项目中铁建因丧失索赔权利加上其他因素，造成40多亿元人民币的巨额亏损。



措施七：加强对工程总承包商的独立保函 担保风险的识别及防范

识别



防范



独立保函司法解释~统一了独立保函在涉外和国内项目的适用

最高人民法院关于审理独立保函纠纷案件若干问题的规定（法释〔2016〕24号）

第三条 保函具有下列情形之一，当事人主张保函性质为独立保函的，人民法院应予支持，但保函未载明据以付款的单据和最高金额的除外：

- （一）保函载明见索即付；
- （二）保函载明适用国际商会《见索即付保函统一规则》等独立保函交易示范规则；
- （三）根据保函文本内容，开立人的付款义务独立于基础交易关系及保函申请法律关系，其仅承担相符交单的付款责任。

当事人以独立保函记载了对应的基础交易为由，主张该保函性质为一般保证或连带保证的，人民法院不予支持。

当事人主张独立保函适用担保法关于一般保证或连带保证规定的，人民法院不予支持。

不可撤销履约保函

编号: LG160080000302

致:

(地址: [REDACTED])

鉴于你方与 [REDACTED] (以下简称“保函申请人”)就 [REDACTED] 项目签订了编号为: [REDACTED] 的《建设工程 [REDACTED] 合同》(以下简称“合同”), 根据你方的要求, 承包人须向你方提供不可撤销的履约保函。

我行, [REDACTED] 同意接受保函申请人的请求, 愿就保函申请人履行上述合同约定的义务向你方提供如下保函保证:

一、本保函保证责任的最高金额为人民币(大写): [REDACTED] 小写): [REDACTED]

二、保函的有效期间: 自本保函签发之日起至2017年2月22日。

三、在本保函有效期间内, 除非得到你方的书面确认, 我行不接受任何原因的退保申请。

四、你方向我行的索赔需提交本保函原件和索赔通知书(以下简称“索赔资料”), 该索赔通知书需列明索赔金额、由你方法定代表人或授权代理人签发并加盖单位公章。索赔资料须在本保函有效期内到达以下地址: [REDACTED]

五、我行在本保函项下的责任是直接的、连续的、无条件的、不可抗辩的。我行在收到你方的索赔资料后, 在十个工作日内不争辩、不挑剔、不可撤销地向你方支付索赔款直至本保函保证责任的最高金额。

六、本保函适用于《国际商会见索即付保函统一规则》(URDG758)。

七、保函失效后, 请你方将本保函退交我行注销。

中国银行股份有限公司

工程总承包商的独立保函风险防范主要措施

谨慎评估项目风险、合同履行风险和业主信用，理性选择独立保函；

独立保函应明确约定生效和失效日期，避免约定不清保函长期或无限期存在，增加被索赔的几率和风险；

争取根据项目情况分阶段、分单体、分标段开具保函，便于在合同履行过程中及时释放相应阶段的保函，减少保函风险；

保函应约定担保的最高限额，避免保函风险无限大；

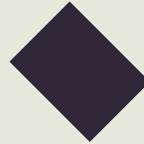
在保函中对索赔文件、资料、印章真实性认定、法定代表人签名等要件做出规定，避免独立保函索赔被滥用；

针对可能存在的保函欺诈，应及时与保函开立行沟通，并及时向法院提出欺诈止付申请及诉讼。



措施八：禁止工程总承包项目的转包、违法分包，保证经营行为合法和促进工程总承包模式的健康持续发展。

2014年住建部制定的《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）》（建市[2014]118号），结合建设市场实际情况，规定了具体的7种转包情形、8种违法分包情形和8种挂靠情形的认定。



转包、违法分包导致重大事故的案例

2008年11月15日，浙江省杭州市地铁1号线湘湖站工段施工工地发生大面积地面塌陷事故，事故造成21人死亡、24人受伤，直接经济损失4900余万元，国务院事故调查组在有关的事故原因调查报告中指出该项目存在层层转包。





转包、违法分包导致重大事故的案例

2010年11月15日，上海市静安区胶州路728号公寓大楼发生特别重大火灾事故，事故造成58人死亡，71人受伤，直接经济损失1.58亿元。该项目是由上海市静安区建设总公司总承包后，转包给上海佳艺建筑装饰工程公司实施，上海佳艺建筑装饰工程公司又将工程拆分违法分包给七家施工企业。

国务院事故调查组在事故的调查报告中对此认定为转包，并将项目虚假招投标、转包、违法分包、项目管理混乱认定为事故发生的主要间接原因。





母子公司间的转包

建筑工程施工发包与承包违法行为认定查处管理办法（务会审议稿）

第七条 存在下列情形之一的，应当认定为转包，但有证据证明属于挂靠或者其他违法行为的除外：

（一）承包单位将其承包的全部工程转给其他单位（包括母公司承接建筑工程后将所承接工程交由具有独立法人资格的子公司实施的情形）或个人施工的；





工程总承包企业将工程总承包项目中设计和施工全部业务一并或者分别再发包给其他单位将被认定为转包。

以下情形将可能被认定为工程总承包单位的违法分包：



仅具有工程设计资质的企业承接工程总承包项目时，将工程总承包项目中主体部分的设计分包给其他单位；



仅具有工程施工资质的企业承接工程总承包项目时，将工程总承包项目中的主体部分施工分包给其他单位；



同时具备设计和施工资质的企业承接工程总承包项目时，将其中设计或施工分包的，自行实施的施工或设计部分的主体结构分包给其他单位的。





措施九：工程总承包模式有利于大大节省工期，但应保证工期的合理性，并符合法律法规的规定，不可接受或通过协商来不科学的压缩工期，以免造成质量、安全事故。

工程总承包模式通过总承包企业的管理协调，统筹安排建设工程各类要素和资源，实现了设计、采购、施工等流程和工序的深度融合、合理交叉、同步运行，相对于传统分阶段招标的等图施工等料进场模式，有利于大大节省工期。





11 · 24

11 · 24江西丰城发电厂三期扩建工程冷却塔施工平台坍塌特别重大事故，直接原因是混凝土强度不足的情况下违规拆除模板导致坍塌，其主要间接原因是建设单位丰城三期发电厂要求工程总承包单位大幅压缩7号冷却塔工期，将筒壁施工工期由212天压缩到110天，但未对工期调整的安全影响进行论证和评估，施工单位分包的劳务公司在混凝土强度不足的情况下，为了赶工期擅自拆模，引发施工平台坍塌导致73人死亡的特别重大事故。

措施 十

总结企业的工程总承包项目实施经验，形成适合企业的工程总承包项目的法律风险识别和防范指引，提升工程总承包的风险防范能力。

国内建设市场已加速从传统的施工总承包开始向工程总承包转变，工程总承包单位应通过实施工程总承包项目积累经验、培育企业防风险能力，并能在这个基础上形成指导企业适应工程总承包市场和项目管理的风险防范指引。

浙江省某EPC试点企业聘请建纬律所结合企业实际情况编写了近8万字的《工程总承包项目普遍性法律风险识别与防范指引》，为该企业工程总承包业务开展起到了积极的指导作用。



THANKS

2018年01月31日

韩如波 13371807618