

发包方在建设工程 施工合同中的典型风险预防与规避

主讲人：朱中华 律师
建纬（北京）律师事务所 高级合伙人



演讲人简介

- **朱中华律师**
 - 建纬（北京）律师事务所 高级合伙人
 - 国际工程与国内工程法律专家、FIDIC合同专家
 - 2013《建设工程施工合同（示范文本）》（GF-2013-0201）等国家标准合同起草人
- **擅长领域**
 - 国际工程
 - 国内工程
 - 项目融资（BOT、PPP项目等）
 - 招标投标与政府采购
 - 国际贸易、企业海外投资与外商对华投资
 - 建设工程诉讼仲裁案件与国际工程谈判与国际商事仲裁
- **联系方式**
 - 邮件: zhuzhonghualaw@163.com
 - 手机: 13910586630

目录

- 一、国家强制招标项目标准招标文件的适用及风险预防
- 二、发包人黑白合同的风险及其防范
- 三、发包人转包、挂靠与违法分包的风险防范
- 四、发包人工程担保风险防范
- 五、发包人与承包商HSE责任的风险
- 六、发包人工期延误风险防范
- 七、发包人工程质量风险防范
- 八、发包人工程造价、合同价格形式与调价的风险防范
- 九、发包人工程签证与变更风险防范
- 十、发包人如何应对承包商的工期索赔与费用索赔？

01

国家强制招标项目标准招标文件的适用及风险预防



- **发改委颁布的建设工程标准招标文件示范文本**

- 2007年11月1日，发改委等九部委局发布：
《标准施工招标文件》（2007版）

- **住建部建设工程施工合同示范文本**

- 2013年4月3日，《建设工程施工合同（示范文本）》（GF-2013-0201）



2013版施工合同示范文本适用指南

- **国家强制招标项目标准招标文件的适用**
 - 住建部《示范文本》为非强制性使用文本，是为了指导建设工程施工合同当事人的签约行为，维护合同当事人的合法权益制定。
 - 《招标投标实施条例》规定，编制依法必须进行招标的项目的资格预审文件和招标文件，应当使用国务院发展改革部门会同有关行政监督部门制定的标准文本。

02 发包人黑白合同的风险及其防范

发包方在建设工程施工合同中的典型风险预防与规避

- **建设工程中的“黑白合同”**
 - 黑白合同或者就阴阳合同，是指在建设工程中，发包人和中标人为规避招标规定，就同一项目签署两份内容不同的合同。一份用于执行，另一份用于备案。其中，用于备案的为“白合同”，用于执行的为“黑合同”。
 - 住建部2013版建设工程施工合同示范文本，要求当事人承诺不签订黑白合同，是宣誓性的特别约定，双方当事人对此应寄予高度关注。协议书第7条[承诺]第3款规定：“发包人和承包人通过招投标形式签订合同的，双方理解并承诺不再就同一工程另行签订与合同实质性内容相背离的协议。”



黑白合同的法律后果

- 《招标投标法》第46条规定，“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。”《招标投标法》第59条第1款规定，“招标人与中标人不按照招标文件和中标人的投标文件订立合同的，或者招标人、中标人订立背离合同实质性内容的协议的，责令改正；可以处中标项目金额千分之五以上千分之十以下的罚款。”上述规定并没有接否认“阴合同”的效力，只规定行政处罚。
- 2005年1月1日实施的最高人民法院《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21条明确规定，“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。”

03 发包人转包、挂靠与违法分包的风险防范

发包方在建设工程施工合同中的典型风险预防与规避

案例分析

- 2008年11月15日下午3时15分，正在施工的杭州地铁一号线湘湖站北2基坑现场发生大面积坍塌事故，导致萧山湘湖风情大道75米路面坍塌，并下陷15米。造成21人死亡，24人受伤，直接经济损失4961万元
- 经调查，杭州地铁一号线项目存在层层转包的情况，该事故被认定为**重大责任事故**，10名责任人追究刑事责任，另有11名责任人政纪处分



发包方在建设工程施工合同中的典型风险预防与规避

● 转包、挂靠与违法分包

- 《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1条规定，“建设工程施工合同具有下列情形之一的，应当根据合同法第五十二条第（五）项的规定，认定无效：
 - （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；
 - （三）建设工程必须进行招标而未招标或者中标无效的。”
- 司法解释第4条规定，“承包人非法转包、违法分包建设工程或者没有资质的实际施工人借用有资质的建筑施工企业名义与他人签订建设工程施工合同的行为无效。人民法院可以根据民法通则第一百三十四条规定，收缴当事人已经取得的非法所得。”
- 司法解释第8条 规定，“承包人具有下列情形之一，发包人请求解除建设工程施工合同的，应予支持：（四）将承包的建设工程非法转包、违法分包的。”

发包方在建设工程施工合同中的典型风险预防与规避

● 转包、挂靠与违法分包

- 司法解释第2条规定，“建设工程施工合同无效，但建设工程经竣工验收合格，承包人请求参照合同约定支付工程价款的，应予支持。”
- 司法解释第3条规定，“建设工程施工合同无效，且建设工程经竣工验收不合格的，按照以下情形分别处理：
 - （一）修复后的建设工程经竣工验收合格，发包人请求承包人承担修复费用的，应予支持；
 - （二）修复后的建设工程经竣工验收不合格，承包人请求支付工程价款的，不予支持。因建设工程不合格造成的损失，发包人有过错的，也应承担相应的民事责任。”

04 发包人工程担保风险防范

发包方在建设工程施工合同中的典型风险预防与规避

案例分析

- 2006年某工程公司与发包人签订某大厦建设建设项目。合同规定本合同价格为固定总价，承包商不能应市场价格波动而调价。本合同签订后30日内向雇主提交工程总额10%的履约保函及与预付款等额的预付款保函。
- 在工程实施过程中，因市场价格波动导致钢筋、水泥、人工费等工程投入要素价格大幅度上涨，承包商要求业主调价，发包人拒绝，承包商遂停工。发包人要求继续施工，承包商拒绝复工。发包人遂没收承包人履约保函与预付款保函。
- 但是，在业主去银行兑付保函时发现其实该保函是一个附有软性条件的保函，必须能够证实承包商的违约事实及损失，保函开具银行才能支付保函。

发包方在建设工程施工合同中的典型风险预防与规避

- 住建部2013版示范文本

- 第3.7款[履约担保]

“发包人需要承包人提供履约担保的，由合同当事人在专用合同条款中约定履约担保的方式、金额及期限等。履约担保可以采用银行保函或担保公司担保等形式，具体由合同当事人在专用合同条款中约定。

因承包人原因导致工期延长的，继续提供履约担保所增加的费用由承包人承担；非因承包人原因导致工期延长的，继续提供履约担保所增加的费用由发包人承担。”

发包方在建设工程施工合同中的典型风险预防与规避

- 《标准合同》关于履约担保的规定

- 4.2 履约担保

“4.2.1 承包人应保证其履约担保在发包人颁发工程接收证书前一直有效。发包人应在工程接收证书颁发后28 天内将履约担保退还给承包人。需进行竣工后试验的，承包人应保证其履约担保在竣工后试验通过前一直有效，发包人应在通过竣工后试验7天内将履约担保退还给承包人。

4.2.2 如工程延期，承包人有义务继续提供履约担保。由于发包人原因导致延期的，继续提供履约担保所需的费用由发包人承担；由于承包人原因导致延期的，继续提供履约担保所需费用由承包人承担。”

05 发包人与承包商HSE责任的风险

发包方在建设工程施工合同中的典型风险预防与规避

案例分析

- 2009年2月9日晚21时许，在建的央视新台址园区文化中心发生特大火灾事故，大火持续六小时，火灾由烟花引起。在救援过程中消防队员张建勇牺牲，6名消防队员和2名施工人员受伤。建筑物过火、过烟面积21333平方米，其中过火面积8490平方米，造成直接经济损失16383万元。

当事人的HSE（健康、安全、环保）责任

- 示范文本关于安全责任的规定
- 6.1.9 安全生产责任

6.1.9.1 **发包人**的安全责任

发包人应负责赔偿以下各种情况造成的损失：

- (1) 工程或工程的任何部分对土地的占用所造成的第三者财产损失；
- (2) 由于发包人原因在施工场地及其毗邻地带造成的第三者人身伤亡和财产损失；
- (3) 由于发包人原因对承包人、监理人造成的人员人身伤亡和财产损失；
- (4) 由于发包人原因造成的发包人自身人员的人身伤害以及财产损失。

- 6.1.9.2 **承包人**的安全责任

由于承包人原因在施工场地内及其毗邻地带造成的发包人、监理人以及第三者人员伤亡和财产损失，由承包人负责赔偿。

06 发包人工期延误风险防范

发包方在建设工程施工合同中的典型风险预防与规避

案例分析

发包人是否有权扣除该延误工期的违约金？

- 2006年11月，发包人与某建筑公司签署了《建设工程施工合同》，约定合同价格形式为固定总价，支付按照形象节点支付。工程每延误一天，承包商需向发包人支付合同价格1‰的违约金
- 在施工过程中，由于在完工之前正赶上临近春节，承包商的工人等待领工资后回家过年，但由于未到付款节点，发包人不同意付款，建筑公司因此停工要求付款。后经协调，发包人为保证工程顺利进行，支付了工程款
- 在竣工结算时，发包人扣除了该延误工期的违约金，承包商提出异议，因此与发包人发生纠纷

发包方在建设工程施工合同中的典型风险预防与规避

- 工期延误的原因
 - 业主原因
 - 承包商原因
 - 第三方原因

07 发包人工程质量风险防范

发包方在建设工程施工合同中的典型风险预防与规避

案例分析

- 某发包人就一个写字楼的项目的建设，与某建筑公司签署了施工总承包合同。在工程施工过程中，发包人因资金不足而无法按时支付工程款，承包商遂停工并起诉到法院，要求支付剩余工程款并赔偿损失
- 在案件审理过程中，发包人提出该工程存在严重的质量问题，并提起反诉。后法院委托工程质量鉴定机构进行了鉴定，鉴定结果证明，该写字楼的主体结构质量不合格
- 后承包商与发包人达成和解：承包商同意为发包人工程进行维修加固，直至达到工程质量要求，同时放弃追索剩余工程款的利息和损失赔偿等索赔款项

发包方在建设工程施工合同中的典型风险预防与规避

- 示范文本关于不合格工程处理的规定
- 第5.4款[不合格工程的处理]

“5.4.1 因承包人原因造成工程不合格的，发包人有权随时要求承包人采取补救措施，直至达到合同要求的质量标准，由此增加的费用和（或）延误的工期由承包人承担。无法补救的，按照第13.2.4项〔拒绝接收全部或部分工程〕约定执行。

5.4.2 因发包人原因造成工程不合格的，由此增加的费用和（或）延误的工期由发包人承担，并支付承包人合理的利润。”

09 发包人工程签证与变更风险防范

发包方在建设工程施工合同中的典型风险预防与规避

案例分析

- 某承包商承接了一个写字楼施工建设项目，合同约定了调价条款：如果合同规定的项目的材料和设备的性能参数、质量和数量依据合同附件确定发生变化，以上改变超过了合同中双方约定的最初价格的3%，则施工造价相应地按比例调整。
- 在工程进展过程中，由于工程主要材料价格上涨，承包商要求发包人按照合同调价条款的规定调价，发包人拒绝调价，承包商停止施工，发包人因此终止合同并依据合同向法院提起诉讼，向承包商索赔违约损失，承包商提起反诉。

发包方在建设工程施工合同中的典型风险预防与规避

• 示范文本关于调价的规定

• 11.1 市场价格波动引起的调整

除专用合同条款另有约定外，市场价格波动超过合同当事人约定的范围，合同价格应当调整。合同当事人可以在专用合同条款中约定选择以下一种方式对合同价格进行调整：

第1种方式：采用价格指数进行价格调整。……

第2种方式：采用造价信息进行价格调整。……

第3种方式：专用合同条款约定的其他方式。……

合同履行期间，因人工、材料、工程设备和机械台班价格波动影响合同价格时，人工、机械使用费按照国家或省、自治区、直辖市建设行政主管部门、行业建设管理部门或其授权的工程造价管理机构发布的人工、机械使用费系数进行调整；需要进行价格调整的材料，其单价和采购数量应由发包人审批，发包人确认需调整的材料单价及数量，作为调整合同价格的依据。

08 发包人工程造价、合同价格形式与调价的风险防范

发包方在建设工程施工合同中的典型风险预防与规避

案例分析

- 2009年5月，某市政府对某市污水处理厂土建及设备安装工程进行招标，某建设公司中标，并于2009年5月与建设方签订《污水处理厂土建及设备安装工程工程施工合同》。
- 在施工过程中，由于工程大量的洽商变更原因，导致工程造价增加及工程延期。工程竣工后，建设方支付了承包方合同内工程款，但是，对于洽商变更部分价款没有支付，共计1500多万元。因此向建设方提出索赔。就洽商变更部分来讲，承包人的许多文件并不规范，如洽商变更单没有发包人批准签字，价格也没有确认，因此发包人不同意支付。

发包方在建设工程施工合同中的典型风险预防与规避

• 示范文本关于工程变更的规定

第10.1款[变更的范围] “除专用合同条款另有约定外，合同履行过程中发生以下情形的，应按照本条约定进行变更：

- (1) 增加或减少合同中任何工作，或追加额外的工作；
- (2) 取消合同中任何工作，但转由他人实施的工作除外；
- (3) 改变合同中任何工作的质量标准或其他特性；
- (4) 改变工程的基线、标高、位置和尺寸；
- (5) 改变工程的时间安排或实施顺序。”

- 取消合同中任何工作，不能转由他人或自己实施。
- 改变工程的“时间安排或实施顺序”是指工序安排而非竣工时间。

10

发包人如何应对承包商的工期索赔与费用索赔?

发包方在建设工程施工合同中的典型风险预防与规避

案例分析

- 某公司承接了一个高层写字楼项目，合同专用条款规定，“发包人应在监理人收到索赔报告或有关索赔的进一步证明材料后的28天内，由监理人向承包人出具经发包人签认的索赔处理结果。发包人逾期答复的，则视为认可承包人的索赔要求。”
- 在施工过程中，承包商以不可预见的地下条件等为由向发包人提交了索赔通知和索赔报告，由于发包人对于承包商所提出的地下条件是否不可预见一时无法作出决定，在合同约定的28天之内没有做出答复，后来因承包商为要求付款，发包人也没有做出进一步处理。
- 在主体工程竣工后的结算期间，承包商以发包人逾期答复为由再次就上述索赔事项向业主提出索赔，要求发包人与结算款一并支付。

发包方在建设工程施工合同中的典型风险预防与规避

- **示范文本关于索赔的规定**

- 根据合同约定，承包人认为有权得到追加付款和（或）延长工期的，应按以下程序向发包人提出索赔：

（1）承包人应在知道或应当知道索赔事件发生后28天内，向监理人递交索赔意向通知书，并说明发生索赔事件的事由；承包人未在前述28天内发出索赔意向通知书的，丧失要求追加付款和（或）延长工期的权利

THANK YOU !

