

# 《民法典》背景下企业之合同管理

—建设工程施工合同法律风险管控与争议解决



**江苏彭城律师事务所**  
JIANGSU PENGCHENG LAW FIRM

主讲人：赵强



## 赵强律师 南京大学 硕士研究生

### ► 社会任职

江苏彭城律师事务所 创始合伙人 注册主任

徐州市律师协会常务副会长

徐州市第十五届、十六届人大代表

江苏省律师协会常务理事

徐州市委、市政府、市公安局法律顾问

徐州市新的社会阶层联谊会常务副会长

最高人民检察院“民事行政检察专家咨询网”专家

江苏省人民检察院院外特聘专家

徐州仲裁委员会委员、仲裁员

中国矿业大学法律硕士生导师

徐州市维稳专家、市政法委专家库法律专家

## ▶ 获奖荣誉

江苏省优秀律师

江苏省司法厅荣记“个人二等功”

江苏省律师行业统筹推进疫情防控  
和经济社会发展工作先进个人

徐州市“十佳律师”、“优秀律  
师”、“十佳法律顾问”

2015、2017年美国《工程新闻记录》  
ENR/中国《建筑时报》“最值得推  
荐的60位中国工程法律专业律师”

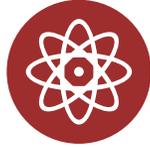


## ▶ 专业专注

建设工程房地产、大型房  
地产企业、集团及政府机  
关法律顾问整体解决方案。

疑难商事争议多手段解决。

擅长以团队方式服务政府  
机关及大型房地产企业或  
施工企业。



**民法典基本内容及重要意义**



**合同编概述及重点**



**民法典时代下建设工程施工合同的变化**



**建设工程施工合同法律风险管控**



**EPC合同发包人的法律风险管控**

## 第一章

# 民法典概述及重要意义



## 谓之民法“典”？

### 第一，民法典地位重要。

民法是市场经济基本法

民事主体制度、合同制度、物权制度、  
侵权制度四个基础性制度

### 第二，民法典规模庞大。

条文共计1260条，第一部超过千条的法律。

### 第三，民法典体系性强。

民法典与民事特别法之间层级结构



# 民法典的伟大意义

## 民法典的标志意义

法治建设工程

一个国家、民族走向繁荣强盛  
的象征和标志。

## 民法典的文化意义

民法典系统整合了新中国70多  
年来长期实践形成的民事法律  
规范。

汲取了中华民族5000多年优秀  
法律文化，借鉴了人类法治文  
明建设有益成果。



## 民法典的功能意义

习近平总书记指出：“民法典在  
中国特色社会主义法律体系中具  
有重要地位，是一部**固根本、稳  
预期、利长远**的基础性法律。”

**固根本**，是指稳固国本。

**稳预期**，是稳定我们走社会主义  
市场经济道路的预期。

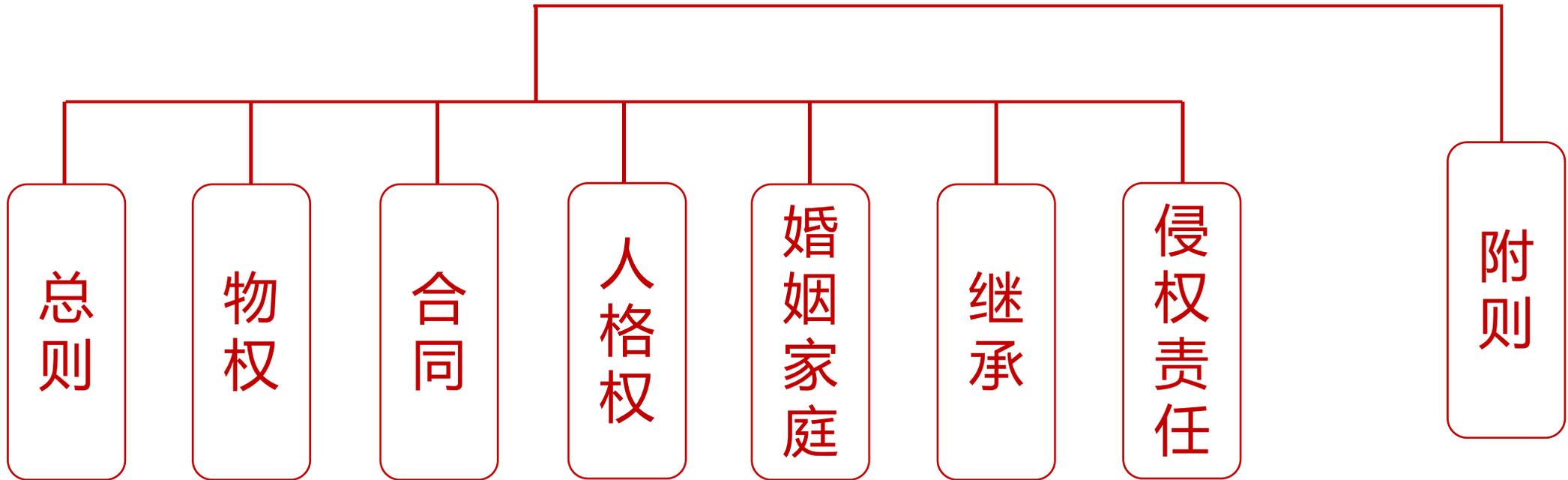
根本稳固、预期稳定，民众平等  
地参与自由竞争，得来的果实会  
得到法律保护，自然能够人人努  
力，社会达到最大效率，从而**有  
利于国之长远**。

# 民法典的基本内容

7编

+

1260  
条



**民法典共七编，可以分为三个板块。**

**“权利通则-各种权利-权利救济”**

**第一板块  
总则编**

有关民事权利  
的共通性规定。

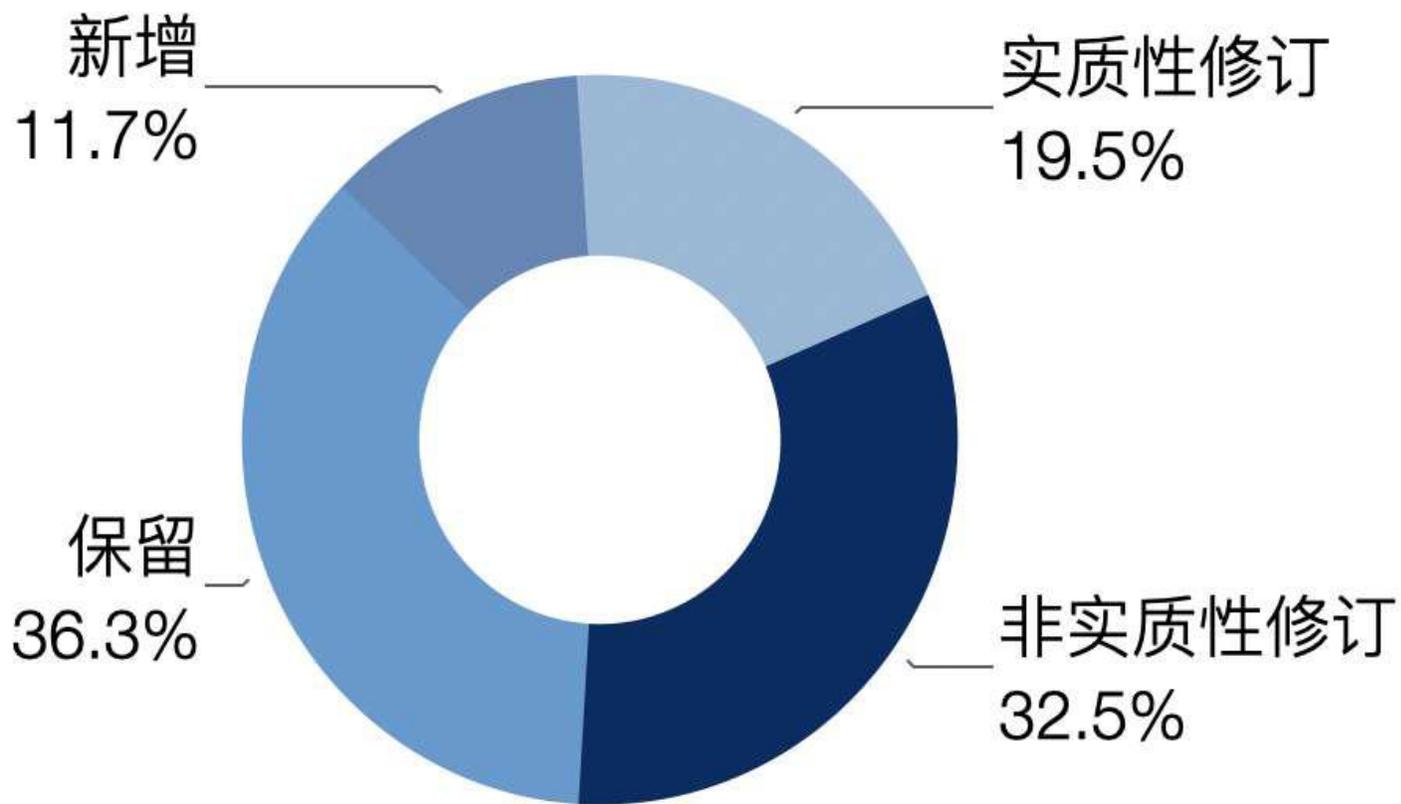
**第二板块  
各种民事权利**

物权编、合同编、  
人格权编、婚姻  
家庭编、继承编  
共五编

**第三板块  
侵权责任编**

民事权利受侵害  
后的法律救济

# 民法典新吗



## 第二章

# 合同编概述及重点



# 合同编整体框架介绍



## 关于通则

规定了合同的订立、效力、履行、保全、转让、终止、违约责任等一般性规则、并在现行合同法的基础上，完善了合同总则制度。



## 关于典型合同

典型合同在市场经济活动和社会生活中应用普遍。



## 关于准合同

无因管理和不当得利既与合同规则同属债法性质的内容、又与合同规则有所区别，第三分编“准合同”分别对无因管理和不当得利的一般性规则作了规定。

# 《合同编》 —— 3分编 29章 526条

 120条完全沿用《合同法》规定。

 336条根据《合同法》、《担保法》、《合伙企业法》以及《买卖合同司法解释》等相关司法解释修订。

224条非实质性修订

112条实质性修订

 70条新增、涉及通则中关于债的按份责任与连带责任的规定，典型合同分编中的保理合同、准合同中无因管理与不当得利等。

# 民法典合同编修改亮点概述

**第一分编为通则，规定了合同的订立、效力、履行、保全、转让、终止、违约责任等一般性规则，并在现行合同法的基础上，完善了合同总则制度：**

一是通过规定非合同之债的法律适用规则、多数人之债的履行规则等完善债法的一般性规则（第四百六十八条、第五百一十七条至第五百二十一条）。

二是完善了**电子合同订立规则**，增加了**预约合同**的具体规定，完善了**格式条款制度**等合同订立制度（第四百九十一条、第四百九十五条至第四百九十八条）。

三是结合新冠肺炎疫情防控工作，完善国家订货合同制度，规定国家根据抢险救灾、疫情防控或者其他需要下达国家订货任务、指令性计划的，有关民事主体之间应当依照有关法律、行政法规规定的权利和义务订立合同（第四百九十四条第一款）。



四是针对实践中一方当事人违反义务不办理报批手续影响合同生效的问题，明确了当事人违反报批义务的法律后果，健全合同效力制度（第五百零二条第二款）。

五是完善合同履行制度，落实绿色原则，规定当事人在履行合同过程中应当避免浪费资源、污染环境和破坏生态（第五百零九条第三款）。同时，在总结司法实践经验的基础上增加规定了情势变更制度（第五百三十三条）。

【第五百三十三条】合同成立后，合同的基础条件发生了当事人在订立合同时无法预见的、不属于商业风险的重大变化，继续履行合同对于当事人一方明显不公平的，受不利影响的当事人可以与对方重新协商；在合理期限内协商不成的，当事人可以请求人民法院或者仲裁机构变更或解除合同。  
人民法院或者仲裁机构应当根据公平原则变更或者解除合同。

六是完善代位权、撤销权等合同保全制度，进一步强化对债权人的保护，细化了债权转让、债务移转制度，增加了债务清偿抵充规则、完善了合同解除等合同终止制度（第三编第五章、第五百四十五条至第五百五十六条、第五百六十条、第五百六十三条至第五百六十六条）。

七是通过吸收现行担保法有关定金规则的规定，完善违约责任制度（第五百八十六条至第五百八十八条）。

为适应现实需要，在现行合同法规定的买卖合同、赠与合同、借款合同、租赁合同等15种典型合同的基础上，第二分编增加了4种新的典型合同：

一吸收了担保法中关于保证的内容，增加了**保证合同**（第三编第十三章）。

二是适应我国保理行业发展和优化营商环境的需要，增加了**保理合同**（第三编第十六章）。

三是针对物业服务领域的突出问题，增加规定了**物业服务合同**（第三编第二十四章）。

四是增加规定**合伙合同**，将民法通则中有关个人合伙的规定纳入其中（第三编第二十七章）。



第三编还在总结现行合同法实践经验的基础上，完善了其他典型合同：

一是通过完善检验期限的规定和所有权保留规则等完善买卖合同（第六百二十二条、第六百二十三条、第六百四十一条至第六百四十三条）。

二是为维护正常的金融秩序，明确规定**禁止高利放贷**，借款的利率不得违反国家有关规定（第六百八十条第一款）。

三是落实党中央提出的建立租购同权住房制度的要求，保护承租人利益，增加规定房屋承租人的优先承租权（第七百三十四条第二款）。



四是针对近年来客运合同领域出现的旅客霸座、不配合承运人采取安全运输措施等严重干扰运输秩序和危害运输安全的问题，维护正常的运输秩序，民法典细化了客运合同当事人的权利义务（第八百一十五条第一款、第八百一十九条、第八百二十条）。

五是根据经济社会发展需要，修改完善了赠与合同、融资租赁合同、建设工程合同、技术合同等典型合同（第三编第十一章、第十五章、第十八章、第二十章）。

无因管理和不当得利既与合同规则同属债法性质的内容，又与合同规则有所区别，第三分编“准合同”分别对无因管理和不当得利的一般性规则作了规定。

(第三编第二十八章、第二十九章)



## 第三章

# 民法典时代下建设工程施工 合同的变化



- ◆ **合同效力及无效的法律后果**
  - ◆ **工程工期**
  - ◆ **工程质量**
  - ◆ **工程价款的结算**
  - ◆ **鉴定程序**
- ◆ **建设工程价款优先受偿权**
  - ◆ **实际施工人权利保护**



## ◆ 施工合同无效情形及无效的法律后果

- 1 对施工合同效力规定进行了逻辑化调整、体系化编排。相关规定集中在新司法解释的第一条至第五条，使其更具有体系完整性和逻辑性。
- 2 新《建工合同解释》第一条、第五条对施工合同效力规定进行了微调、修正。“**建筑施工企业资质**”修改为“**建筑业企业资质**”，**原则认可劳务分包合同效力**及其他修改。
- 3 删除了原《建工合同解释一》第2条、第3条合同无效法律后果规定。建设工程施工合同无效后，发包人应向承包人折价补偿。
- 4 建设工程施工合同无效后，发包人应向承包人折价补偿

★当事人不能以转包工程为由请求确认劳务分包合同无效，也不能以未经发包人同意等其他理由请求确认劳务分包合同无效，**劳务分包合同原则有效。**

★《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）》（第九条第六款）

**劳务分包单位不得将其承包的劳务再分包，否则劳务再分包合同构成了违法分包，合同无效。**

原《建工合同解释一》	新《建工合同解释》
<p><b>第一条</b> 建设工程施工合同具有下列情形之一的，应当<b>根据合同法第五十二条第（五）项</b>的规定，认定无效：</p> <p>（一）承包人未取得<b>建筑施工企业资质</b>或者超越资质等级的；</p> <p>（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；</p> <p>（三）建设工程必须进行招标而未招标或者中标无效的。</p> <p><b>第四条</b> 承包人非法转包、违法分包建设工程<b>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</b>签订建设工程施工合同的行为无效。<b>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。</b></p>	<p><b>第一条</b> 建设工程施工合同具有下列情形之一的，应当<b>依据民法典第一百五十三条第一款</b>的规定，认定无效：</p> <p>（一）承包人未取得<b>建筑业企业资质</b>或者超越资质等级的；</p> <p>（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；</p> <p>（三）建设工程必须进行招标而未招标或者中标无效的。</p> <p>承包人因转包、违法分包建设工程与他人签订的建设工程施工合同，应当依据民法典第一百五十三条第一款及第七百九十一条第二款、第三款的规定，认定无效。</p>
<p><b>第七条</b> 具有劳务作业法定资质的承包人与总承包人、分包人签订的劳务分包合同，当事人<b>以转包建设工程违反法律规定为由</b>请求确认无效的，不予支持。</p>	<p><b>第五条</b> 具有劳务作业法定资质的承包人与总承包人、分包人签订的劳务分包合同，当事人请求确认无效的，人民法院依法不予支持。</p>

原《建工合同解释一》	新《建工合同解释》
<p><b>第二条</b> 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。</p> <p><b>第三条</b> 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。</p>	<p>参照无效合同约定支付工程款的规定，以及无效合同工程验收不合格后修复的相关规定，在新的司法解释中没有保留</p>

新《建工合同解释》删除了“转包、违法分包、借资质签订合同的行为无效以及收缴当事人非法所得”的内容，将转包、违法分包所签订的转包合同、违法分包合同认定为无效。

- 《民法典》第一百五十七条规定，承包人与发包人之间主要产生两项法律后果：一是返还依据合同取得的财产，或者在不能返还或者没有必要返还财产情况下，折价补偿；二是如果当事人因建设工程施工合同无效遭受损失，有过错的一方赔偿对方因此所受到的损失，如果双方都有过错，则应各自承担相应的赔偿责任。
- 由于原《建工合同解释（一）》第二条规定是合同无效法律后果的应有之义，并且司法实践中一直存在误导性观点和声音，认为该条规定是将无效合同作有效处理，因此新《建工合同解释》未保留该条规定，但同时基于《民法典》，规定了折价补偿，以公平保护双方当事人权益。

## ◆ 工程工期相关规定

 工程工期问题常常是发包人与承包人争议的焦点问题之一，也是比较疑难复杂的问题，发包人可能向承包人主张工期延误的违约责任，承包人也可能向发包人主张工期延误对其造成的停工窝工损失、以及延长工期产生的人员、材料、机械等费用损失。【双刃剑】



## ◆ 工程质量规定略有修正

 新《建工合同解释》第十二条至第二十二条为有关工程质量的规定。

原《建工合同解释一》	新《建工合同解释》
第十一条 因承包人的 <b>过错</b> 造成建设工程质量不符合约定，承包人拒绝修理、返工或者改建，发包人请求减少支付工程价款的，应予支持。	第十二条 因承包人的 <b>原因</b> 造成建设工程质量不符合约定，承包人拒绝修理、返工或者改建，发包人请求减少支付工程价款的，人民法院应予支持。

## ◆ 工程价款的结算

 新《建工合同解释》第十九条至第二十七条为有关工程价款结算的规定。

**1** 施工合同有效，但工程不合格的处理方式发生了变更。

原《建工合同解释一》	新《建工合同解释》
<p>第十六条 当事人对建设工程的计价标准或者计价方法有约定的，按照约定结算工程价款。</p> <p>因设计变更导致建设工程的工程量或者质量标准发生变化，当事人对该部分工程价款不能协商一致的，可以参照签订建设工程施工合同时当地建设行政主管部门发布的计价方法或者计价标准结算工程价款。</p> <p>建设工程施工合同有效，但建设工程经竣工验收不合格的，工程价款结算参照本解释第三条规定处理。</p> <p>第三条 建设工程施工合同无效，且建设工程竣工验收不合格的，按照以下情形分别处理：</p> <p>（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；</p> <p>（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。</p> <p>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。</p>	<p>第十九条 当事人对建设工程的计价标准或者计价方法有约定的，按照约定结算工程价款。</p> <p>因设计变更导致建设工程的工程量或者质量标准发生变化，当事人对该部分工程价款不能协商一致的，可以参照签订建设工程施工合同时当地建设行政主管部门发布的计价方法或者计价标准结算工程价款。</p> <p>建设工程施工合同有效，但建设工程经竣工验收不合格的，依照民法典第五百七十七条规定处理。</p> <p>《民法典》第五百七十七条 当事人一方不履行合同义务或者履行合同义务不符合约定的，应当承担继续履行、采取补救措施或者赔偿损失等违约责任。</p>

## 2 数份合同均无效的结算依据确认规则进行了调整。

原《建工合同解释二》	《民法典》	新《建工合同解释》
<p>第十一条 当事人就同一建设工程订立的数份建设工程施工合同均无效，但建设工程质量合格，一方当事人请求参照实际履行的合同<b>结算建设工程价款的</b>，人民法院应予支持。</p> <p>实际履行的合同难以确定，当事人请求参照最后签订的合同<b>结算建设工程价款的</b>，人民法院应予支持。</p>	<p>第一百五十七条 民事法律行为无效、被撤销或者确定不发生效力后，行为人因该行为取得的财产，应当予以返还；<b>不能返还或者没有必要返还的，应当折价补偿。</b>有过错的一方应当赔偿对方由此所受到的损失；各方都有过错的，应当各自承担相应的责任。法律另有规定的，依照其规定。</p> <p>第七百九十三条第一款 <b>建设工程施工合同无效，但是建设工程经验收合格的，可以参照合同关于工程价款的约定折价补偿承包人。</b></p>	<p>第二十四条 当事人就同一建设工程订立的数份建设工程施工合同均无效，但建设工程质量合格，一方当事人请求参照实际履行的合同<b>关于工程价款的约定折价补偿</b>承包人的，人民法院应予支持。</p> <p>实际履行的合同难以确定，当事人请求参照最后签订的合同<b>关于工程价款的约定折价补偿</b>承包人的，人民法院应予支持。</p>

### 3 顺应市场利率改革现状，调整垫资及垫资利息确认规则、欠款利息计付标准确定规则，进一步明确计息时点。

#### ★ 调整垫资及垫资利息确认规则

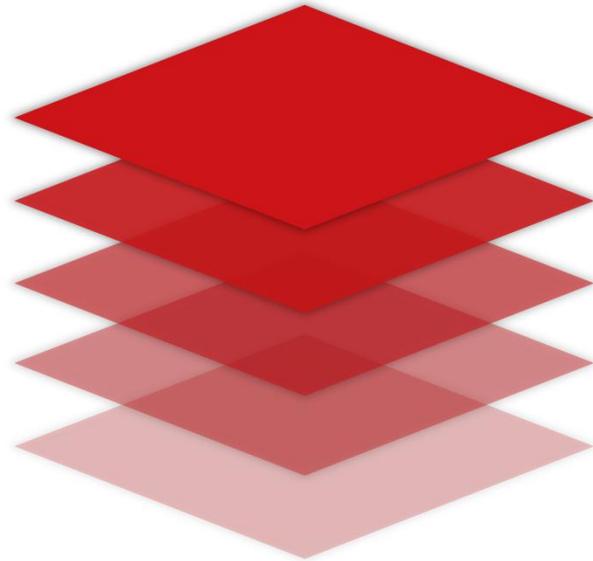
#### ★ 调整欠款利息计付标准确定规则

原《建工合同解释一》	《九民纪要》	新《建工合同解释》
<p>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<b>中国人民银行发布的同期同类贷款利率</b>的部分除外。</p> <p>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。</p>	<p>三、关于合同纠纷案件的审理</p> <p>(三) 关于借款合同</p> <p>人民法院在审理借款合同纠纷案件过程中，要根据防范化解重大金融风险、金融服务实体经济、降低融资成本的精神，区别对待金融借贷与民间借贷，并适用不同规则与利率标准。要依法否定高利转贷行为、职业放贷行为的效力，充分发挥司法的示范、引导作用，促进金融服务实体经济。要注意到，为深化利率市场化改革，推动降低实体利率水平，<u>自2019年8月20日起，中国人民银行已经授权全国银行间同业拆借中心于每月20日（遇节假日顺延）9时30分公布贷款市场报价利率（LPR），中国人民银行贷款基准利率这一标准已经取消。因此，自此之后人民法院裁判贷款利息的基本标准应改为全国银行间同业拆借中心公布的贷款市场报价利率。</u></p>	<p>第二十五条 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，<b>人民法院应予支持</b>，但是约定的利息计算标准高于<b>垫资时的同类贷款利率或者同期贷款市场报价利率</b>的部分除外。</p> <p>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，人民法院不予支持。</p>
<p>第十七条 当事人对欠付工程价款利息计付标准有约定的，按照约定处理；没有约定的，按照<b>中国人民银行发布的同期同类贷款利率</b>计息。</p>		<p>第二十六条 当事人对欠付工程价款利息计付标准有约定的，按照约定处理。没有约定的，按照<b>同期同类贷款利率或者同期贷款市场报价利率</b>计息。</p>

## ◆ 司法鉴定规定



新《建工合同解释》第二十八条至三十四条是关于司法鉴定的规定。



对于当事人约定固定价结算工程价款的“半拉子工程”能否进行造价鉴定，如何认定“负有举证责任的当事人”等实践中出现较多争议的问题，新《建工合同解释》没有进一步规定相应的解决方式，有待之后的司法解释进一步明确。

## ◆ 建设工程价款优先受偿权的行使期限调整为十八个月

① 建设工程价款优先受偿权的行使期限发生重大变化。

原《建工合同解释二》	新《建工合同解释》
第二十二条 承包人行使建设工程价款优先受偿权的期限为六个月，自发包人应当给付建设工程价款之日起算。	第四十一条 <u>承包人应当在合理期限内行使建设工程价款优先受偿权，但最长不得超过十八个月</u> ，自发包人应当给付建设工程价款之日起算。

✈ “合理期限” 是要求承包人及时行使权利，“十八个月” 是新规确定的建设工程价款优先受偿权的最长行使期限，故为优先保护承包人利益，原则上应认为建设工程价款优先受偿权的行使期限由“六个月” 延长至“十八个月”。

**2** 删除了消费者购房者的物权期待权优先于建设工程价款优先受偿权的规定。

原《建工合同解释二》	新《建工合同解释》
<p>第十七条 与发包人订立建设工程施工合同的承包人，<b>根据合同法第二百八十六条规定</b>请求其承建工程的价款就工程折价或者拍卖的价款优先受偿的，人民法院应予支持。</p>	<p>第三十五条 与发包人订立建设工程施工合同的承包人，<b>依据民法典第八百零七条的规定</b>请求其承建工程的价款就工程折价或者拍卖的价款优先受偿的，人民法院应予支持。</p>
原《价款优先受偿权批复》	新《建工合同解释》
<p>第一条 人民法院在审理房地产纠纷案件和办理执行案件中，应当依照《中华人民共和国合同法》第二百八十六条的规定，认定<u>建筑工程的承包人的优先受偿权优于抵押权和其他债权。</u></p>	<p>第三十六条 承包人根据民法典第八百零七条规定享有的<u>建设工程价款优先受偿权优于抵押权和其他债权。</u></p>

- 3 装修工程的承包人行使工程价款优先受偿权的条件发生变化。增加了“装饰装修工程具备折价或者拍卖条件”的内容，删除了“但装饰装修工程的发包人不是该建筑物的所有权人的除外”的内容。

原《建工合同解释二》	新《建工合同解释》
第十八条 装饰装修工程的承包人，请求装饰装修工程价款就该装饰装修工程折价或者拍卖的价款优先受偿的，人民法院应予支持， <b>但装饰装修工程的发包人不是该建筑物的所有权人的除外。</b>	第三十七条 <b>装饰装修工程具备折价或者拍卖条件</b> ，装饰装修工程的承包人请求工程价款就该装饰装修工程折价或者拍卖的价款优先受偿的，人民法院应予支持。

◆  
**关于  
实际  
施工  
人权  
利保  
护的  
规定**

原《建工合同解释一》	原《建工合同解释二》	新《建工合同解释》
<p>第二十六条 <u>实际施工人以转包人、违法分包人为被告起诉的，人民法院应当依法受理。</u></p> <p>实际施工人以发包人为被告主张权利的，人民法院可以追加转包人或者违法分包人为本案当事人。发包人只在欠付工程价款范围内对实际施工人承担责任。</p>	<p>第二十四条 <u>实际施工人以发包人为被告主张权利的，人民法院应当追加转包人或者违法分包人为本案第三人，在查明发包人欠付转包人或者违法分包人建设工程价款的数额后，判决发包人在欠付建设工程价款范围内对实际施工人承担责任。</u></p>	<p>第四十三条 <u>实际施工人以转包人、违法分包人为被告起诉的，人民法院应当依法受理。</u></p> <p>实际施工人以发包人为被告主张权利的，人民法院应当追加转包人或者违法分包人为本案第三人，在查明发包人欠付转包人或者违法分包人建设工程价款的数额后，判决发包人在欠付建设工程价款范围内对实际施工人承担责任。</p>
	<p>第二十五条 实际施工人根据合同法第七十三条规定，以转包人或者违法分包人怠于向发包人行使到期债权，对其造成损害为由，提起代位权诉讼的，人民法院应予支持。</p>	<p>第四十四条 实际施工人依据民法典第五百三十五条规定，以转包人或者违法分包人怠于向发包人行使到期债权或者与该债权有关的从权利，影响其到期债权实现，提起代位权诉讼的，人民法院应予支持。</p>



新《建工合同解释》第四十三条、第四十四条

相同：1、实际施工人的权利保护问题

2、合同相对性的突破

不同：1、法律制度：第四十三条是关于实际施工人权利保护的特别规定；第四十四条是实际施工人行使代位权的规定。

2、权利范围：第四十四条规定的实际施工人的代位权并不限于建设工程价款债权，还可能包括其他债权，如民间借贷债权，也包括该债权有关的从权利。

丰富了实际施工人主张权利的路径



## 第四章

# 建设工程施工合同 法律风险分析与防控



# 建设工程施工合同法律风险识别与分析

OPTION 01

工程招标阶段的法  
律风险与防控

OPTION 02

工程履约阶段的  
法律风险与防控

OPTION 03

工程竣工验收阶段  
的法律风险与防控

# 工程招标阶段的法律风险与防控

## 招标投标相关法律法规

### 法律

《中华人民共和国民法典》  
《招标投标法》  
《政府采购法》

### 行政法规

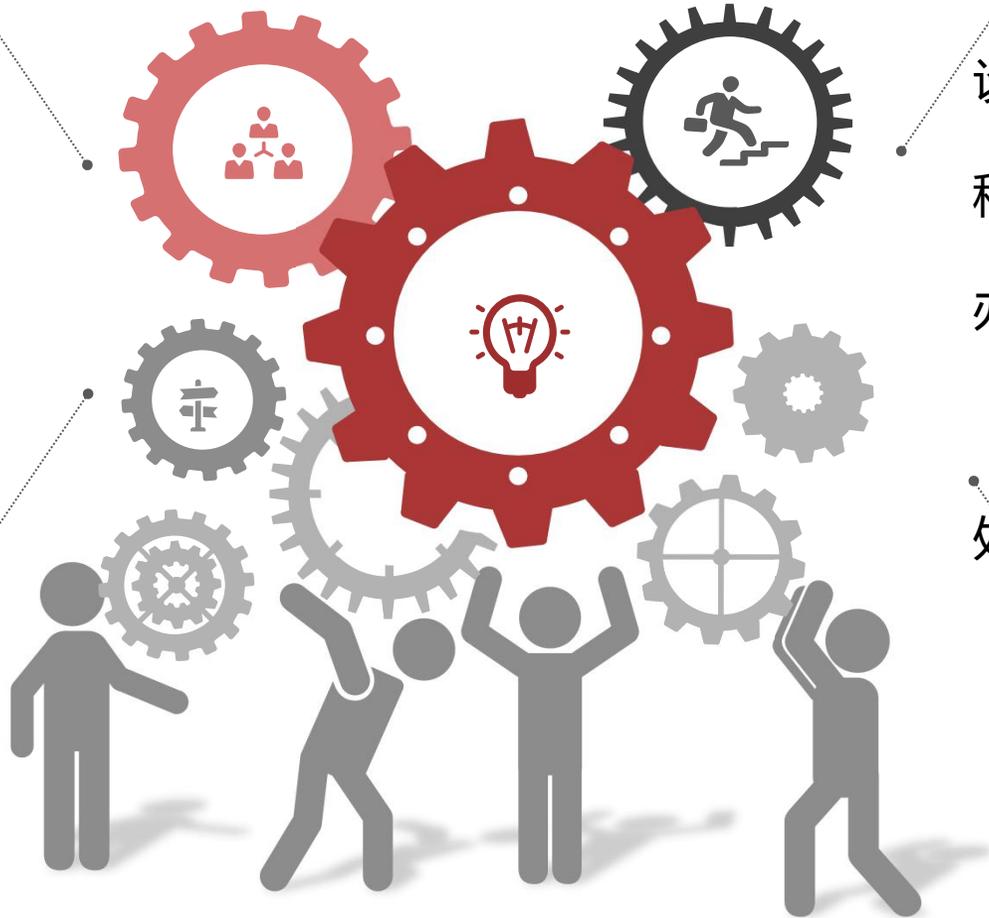
《招标投标实施条例》

### 部门规章（常用）

《必须招标的工程项目规定》  
《建设工程项目施工招标投标办法》  
《房屋建筑和市政基础设施建设工程招标投标管理办法》  
《工程建设项目勘察设计招标投标办法》  
《工程建设项目货物招标投标办法》  
《评标委员会和评标方法暂行规定》  
《工程建设项目招标投标活动投诉处理办法》

### 地方性法规

《江苏省招标投标条例》



## 南京某公司与塔县住建局建设工程设计合同纠纷

### 基本案情

- ★ 2016年2、3月间，塔县住建局与南京某公司就塔县城市综合整治项目一期、二期、三期建筑方案设计分别签订了三份《方案设计合同》。
- ★ 2016.2.15,南京某公司向塔县住建局电子邮箱发送文件名为“1210新疆（2）ppt”的附件;
- ★ 2016.4.26,南京某公司向塔县住建局电子邮箱发送邮件，邮件内容为“各位领导，附件为按照标段划分的效果图，目前调整完毕的为标段一和标段三，其他两个标段还在修改中”，该邮件附件系名为“0425新疆（按标段划分）.ppt”的文件;
- ★ 2016.7.11，南京某公司向塔县住建局电子邮箱发送邮件，邮件内容为“吴局，清单列表上面的十栋楼改造方案详见附件，请注意查收”该邮件附件系名为“新疆0711.ppt”的附件;

- ★ 2016.8.1, 南京某公司向塔县住建局电子邮箱发送文件名为“0801新增7栋建筑结构\_t3. dwg”的附件;
- ★ 2016年8月南京某公司又提交另外7栋的施工图设计给塔县住建局, 施工图设计在2016年8月1日左右全部完成。
- ★ 2016.8.3,塔县行政审批局作出《关于对塔县城市综合整治项目方案设计合同的整改通知》, 认定三份设计合同将必须进行招标的项目**化整为零规避招标**, 违反了《中华人民共和国招标投标法》《工程建设项目招标范围和规模标准规定》之规定, 要求被告对上述问题进行整改。
- ★ **关于设计合同效力**: 违反法律、行政法规的强制性规定的, 合同无效。
- ★ **关于损失**: 设计合同因规避招标而无效, 设计合同发包的主体是被告, 被告未提供证据证明原告知晓并同意其规避招标的事实, 因此被告应承担合同无效的责任并赔偿原告因此遭受的损失

## 必须进行招投标的建设项目——依据

《必须招标的工程项目规定》  
(国家发展改革委2018年第16号令)

《必须招标的基础设施和公用事业项目范围规定》  
(发改法规规〔2018〕843号文)

## 建设项目必须进行招标投标的条件和依据

### 资金来源

- 1、项目中全部或者部分使用**国有资金投资**或者**国家融资**，即需满足：
  - (1) 国有企业、事业单位资金占主导或控股地位；
  - (2) 预算资金达到200万元且占投资份额的10%。
- 2、 项目中**使用国际组织或者外国政府贷款、援助资金**，**不考虑占比**。

## 建设项目必须进行招投标的条件和依据

### 项目类型

与社会公共利益、公众安全有关的能源、交通、通信、水利、城建等大型基础设施、公用事业项目。

满足以上资金来源或项目类型且同时具备下列标准之一的工程建设项目勘察、设计、施工、监理以及与工程建设有关的重要设备、材料的采购需要进行招投标。

- 1、施工单项合同估算价在400万元人民币以上；
- 2、重要设备、材料等货物的采购，单项合同估算价在200万元以上；
- 3、勘察、设计、监理等服务的采购，单项合同估算价在100万元以上。

## 未经批准不招标的法律风险

行政责任

处合同总金额千分之五以上千分之十以下的罚款，项目暂停执行或者资金暂停拨付；责任人接受处分。（《招标投标法》第四十九条）

民事责任

合同无效。（《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》第一条第三款）

## 招标阶段的法律风险

招标条件不  
具备的风险

招标形式不  
合法的风险

排斥或限制潜在  
投标人的风险

招标文件编制、修  
改、发出的风险

资格预审和项目  
踏勘中的风险

擅自终止招  
标的风险

招标单位人员泄漏  
保密信息的风险

## 招标条件不具备的风险



### 招标通常需要具备的条件：

- ★ 招标人已经依法成立
- ★ 已经履行核准手续
- ★ 有招标所必须的相关资料
- ★ 有相应的资金或资金来源已经落实
- ★ 其他条件



### 表现形式：

- ①项目未立项未经批准就开始招标
- ②初步设计及概算应当履行审批手续还未获批准
- ③土地、规划手续不齐
- ④资金来源还未落实到位。

## 必招标条件不具备进行招标的法律后果：

- ★ 如果条件不具备，将承担缔约过失责任。
- ★ 有关行政监督部门责令改正，根据情节处以罚款，**情节严重招标无效。**
- ★ 项目最终未获批准，前期费用损失。
- ★ 投资超预算。



## 风险防控：

- ★ 所有批准手续齐全后再做招投标的工作，严格按照概、预算批准的数额控制招标。

## 招标形式不合法的风险

### 招标形式：

- ★ 公开招标
- ★ 邀请招标

国家重点项 目、地方重点项 目不适宜公开招标的，经国家发展计 划部门或者地方省级政府批准， 可以进行邀请招标。

### 擅自进行邀请招标的法律后果：

有关行政监督部门责令改正，根据 情节处以罚款，**情节严重招标无效。**



## 风险防控：

(1) 严格执行招标投标法和必须招标的工程项目规定，采用公开招标方式招标，**需要采用邀请招标的，应经有关部门批准；**

(2) 为简化程序，建议在项目申请报告中明确招标方式，以获得一次性批准，或以打包的方式向有关部门申请；

(3) 如果获得国家发改委等政府部门审批较困难，可以争取获得省级招标管理部门的批准，以减轻招标人的责任。

## 排斥或限制潜在投标人的风险

### ☁️ 主要表现形式：（《招标投标法实施条例》第三十二条）

- ★ 就同一招标日向潜在投标人或者投标人提供有差的项目信息；
- ★ 设定的资格、技术、商务条件与招标项目的具体特点和实际需要不相适应或者与合同履行无关；
- ★ 依法必须进行招标的项目以特定行政区域或者特定行业的业绩奖项作为加分条件或者中标条件；
- ★ 对潜在投标人或者投标人采取不同的资格审查或者评标标准；
- ★ 限定或者指定特定的专利、商标、品牌、原产地或者供应商；
- ★ 依法必须进行招标的项目非法限定潜在投标人或者投标人的所有制形式或者组织形式；
- ★ 以其他不合理条件限制、排潜在投标人或者投标。

 **法律后果：（《招标投标法》第五十一条）**

- ★ 质疑、投诉、项目进度推延
- ★ 招标人以不合理的条件限制或者排斥潜在投标人的，对潜在投标人实行歧视待遇的，强制要求投标人组成联合体共同投标的，或者限制投标人之间竞争的，责令改正可以处一万元以上五万元以下的罚款。

 **风险防控：**

- ★ 避免有意或无意的排斥或限制潜在投标人的情况；
- ★ 招标公告或招标文件经多重审核把关。

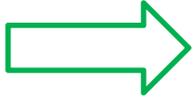
## 招标文件编制、修改、发出的风险

### 招标文件组成

- (1) 招标公告或投标邀请书
- (2) 投标人须知
- (3) 评标标准和方法—根据项目特点和有关要求设置，以使中标人符合预期。
- (4) 主要合同条款—参照范本，在不违反有关法律、规定的前提下尽可能使**条款有利于自己、范围明确有操作性、合理设置违约责任。**
- (5) 技术要求—明确具体，对于关键的技术指标应以醒目方式标注并作为实质性要求。
- (6) 投标文件格式—如报价表格式、履约保函格式等，也是非常重要的，应尽量避免过多的格式限制。



招标范围



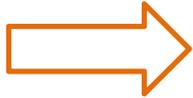
明确具体，避免范围不清导致投标人报价及合同不清晰引起的争议

资格要求



不得有歧视待遇；资格条件应为最低要求，特殊项目的资格条件不宜过高或过低

工期要求  
质量要求



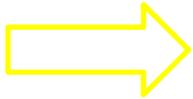
明确具体，并作为实质性要求

投标报价



报价方式、报价格式、价格风险范围、超出风险范围的调整方法，合同中应明确，具体

投标保证金



金额、形式、没收条件、退还时间(避免中标人放弃中标项目、拒签合同等)

## 招投标程序中的几个时间要求：

- (1) **投标文件准备时间**：招标文件发出到投标截止不得少于20日。
- (2) **招标文件及资格预审文件发售时间**：从文件发出之日起不少于5个工作日。
- (3) **招标文件修改时间**：投标截止日15天前进行。
- (4) **投标有效期**：法律无明确规定，通常为60天、90天、120天。
- (5) **确定中标人时间**：投标有效期满前30个工作日。
- (6) **签署合同时间**：**中标通知书发出之日起30日内。**
- (7) **退还投标保证金时间**：签约后5个工作日内。

## 资格预审和项目踏勘中的风险



### 资格预审需要注意的问题：

- ★ 资格预审通常有合格制和有限数量制，预期投标人较多可采用有限数量制；
- ★ 资格预审由审查委员会负责，按规定的标准和方法进行；
- ★ 如果采用资格预审方式，未通过预审的不得参与投标。



### 项目踏勘需要注意的问题：

- ★ 非必要，不组织
- ★ 招标人可以根据情况组织潜在投标人踏勘项目现场，但不应单独或者分别组织个别潜在投标人踏勘现场。
- ★ 项目踏勘时可以介绍有关情况，并回答潜在投标人的提问，**但不应互相介绍各投标人代表。**



## **现场踏勘不规范的不利后果：**

- ★ 投标人之间互相了解后容易互相传统投标；
- ★ 依法必须进行招标的项目，招标人向他人透露已获取招标文件的潜在投标人的名称、数量影响中标结果的，中标无效。

## **现场踏勘的风险防控：**

- ★ 不组织现场踏勘。

## 擅自终止招标的风险



### 风险表现形式:

招标人在发布招标公告、发出投标邀请书后或者售出招标文件或资格预审文件后擅自终止招标。



### 法律后果:

有关行政监督部门给予警告，根据情节可处三万元以下的罚款；给潜在投标人或者投标人造成损失的，并应当赔偿损失。

### 风险防控:



开展招标活动前进行充分准备;但如果招标过程中出现大幅降价或发现投标人有串标嫌疑(但难以取得证据),可能给招标人带来较大损失时,应果断终止招标。

## 招标单位人员泄漏保密信息的风险

### 风险表现形式:

- ★ 招标单位人员向他人透露获取招标文件的潜在投标人名称、数量或其他可能影响公平竞争的情况;
- ★ 招标单位人员向投标人泄露标底;
- ★ 招标单位人员向投标人泄露评标委员会成员名单(采购、邀请招标)。

### 法律后果:

- ★ 给予警告，可以并处一万元以上十万元以下的罚款;
- ★ 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;
- ★ 构成犯罪的，依法追究刑事责任。
- ★ 前款所列行为影响中标结果的，中标无效。



## 风险防控：

- ★ 制定招标过程中保密信息的管理制度；
- ★ 加强对招标人和招标代理机构人员的培训和教育，提高保密意识和素质
- ★ 加强对保密信息的管理，控制涉密人员范围；
- ★ 重要招标，对涉密人员采取必要的监控措施；
- ★ 对违反保密制度的人员予以严肃处理，可能构成犯罪的移送司法机关处理。

## EPC工程总承包合同关于招投标的新要求

### 一、关于招标的要求

- 1、应当在发包前完成项目审批、核准或者备案程序；
- 2、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；
- 3、按照国家有关规定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；

**划重点：投资决策审批指相关部门对政府投资项目从社会公平、社会效益等方面进行分析，从投资决策角度进行项目建议书和可行性研究报告的审批。**

- 4、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且达到国家规定规模标准的，应当采用招标的方式选择承包单位；**划重点：应招尽招。**

5、应当根据项目特点和需要编制招标文件，列明项目的目标、范围、设计和其他技术标准，包括对项目的内容、范围、规模、标准、功能、质量、安全、节约能源、生态环境保护、工期、验收等的明确要求；

**划重点：须确定建设规模、建设标准、投资限额、工程质量和进度要求等。**

6、提供发包前完成的水文地质、工程地质、地形等勘察资料，以及可行性研究报告、方案设计文件或者初步设计文件等；

7、应当依法确定投标人编制投标文件所需要的合理时间；

- 8、评标委员会的组建，应当依照法律规定和项目特点，由建设单位代表、具有工程总承包项目管理经验的专家，以及从事设计、施工、造价等方面的专家组成；
- 9、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；  
【履约保函】
- 10、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。

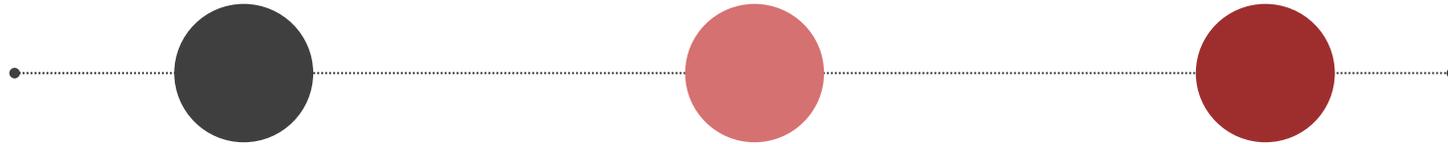
# 工程履行阶段的法律风险与防控

## 签订好、履行好建设工程施工合同的重要意义

质量控制

进度控制

投资控制



建设工程施工合同规范建筑市场主体的行为，确立主体之间的权利  
义务，也是工程建设质量进度控制、投资控制的主要依据。

## 关于投资控制与监督——**建设项目跟踪审计**

是指独立的审计机构和审计人员（含配合审计部门协审的社会中介机构和专业人员）运用审计技术，依据国家的有关法律、法规和制度规范，对建设项目从投资立项到竣工交付使用各阶段经济管理活动的真实、合法、效益进行审查、监督、分析和评价的过程。

具体分类：开工前审计 施工期间审计 竣工结算审计 财务决算审计

开工前审计 是指对项目程序的合法合规性、投资概算的真实合理性进行的审计。主要包括下列内容：

- (1) 年度建设计划和项目进度计划。
- (2) 扩大初步设计的依据和设计方案
- (3) 规划许可审批手续等情况。
- (4) 建设资金来源和落实情况。
- (5) 施工图纸设计面积和装修标准及有关部门审批情况。
- (6) 招标投标程序、招标文件内容及标底编制程序等情况。
- (7) 招标工程标底和工程量计价清单。
- (8) 施工合同订立情况。
- (9) 施工场地及施工用水、电、路等必备条件落实情况。
- (10) 与建设项目立项有关的其它情况。

施工期间审计 是指审计部门在工程施工期间对工程管理、施工进度、工程材料、变更洽商等事项的审计。

主要包括下列内容：

- (1) 内部控制制度的建立和执行情况。
- (2) 建设工期和施工进度及资金、材料到位情况。
- (3) 隐蔽工程验收记录、施工进度月报情况。
- (4) 主要设备材料订购、保管、使用等管理情况。
- (5) 设计、技术、材料等变更洽商情况。
- (6) 与工程施工期间管理有关的其它情况。

竣工结算审计 是指审计部门对工程竣工后各项工程最终造价的审计。主要包括下列内容：

- (1) 工程结算编制的依据。
- (2) 工程量及主要材料用量、价格、人工费、材料费、[机械使用费](#)、定额套用等情况。
- (3) 各项综合取费基数、取费率等情况。
- (4) 招标工程标底和工程量计价清单的执行情况。
- (5) 对施工单位的工程拨款和材料、设备价格控制等情况。
- (6) 与[工程竣工结算](#)有关的其它情况。

财务决算审计 是指审计部门对建设项目全部投资认定情况的审计。

主要包括下列内容：

- (1) 批准的[设计方案](#)和工程实际竣工情况。
- (2) 竣工验收和遗留问题的处置情况。
- (3) [建筑安装工程投资](#)、设备投资、待摊投资和其它投资的完成额以及交付使用资产结转情况。
- (4) 竣工决算报表的真实、合规和完整情况。

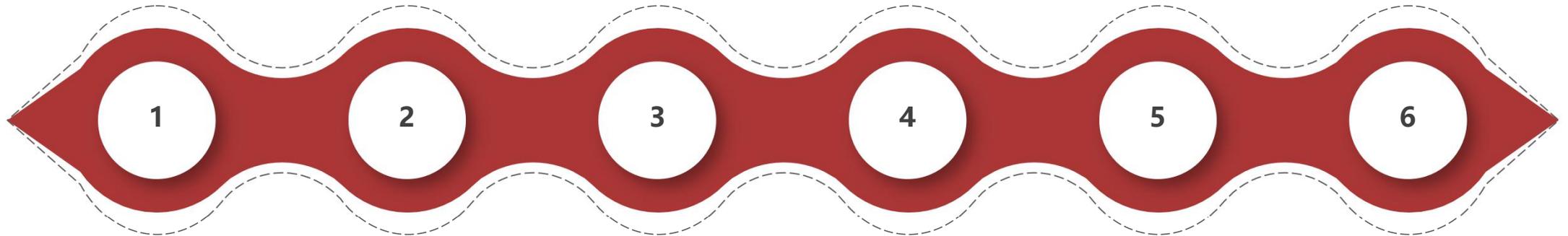
# 建设工程施工合同签订中的法律风险及其防控

## 合同无效的法律风险及其防控

因违反招标投标领域法律、行政法规导致施工合同无效

因非法转包或肢解分包、违法分包而无效的情形

违反工程质量标准和压缩合理工期的情形



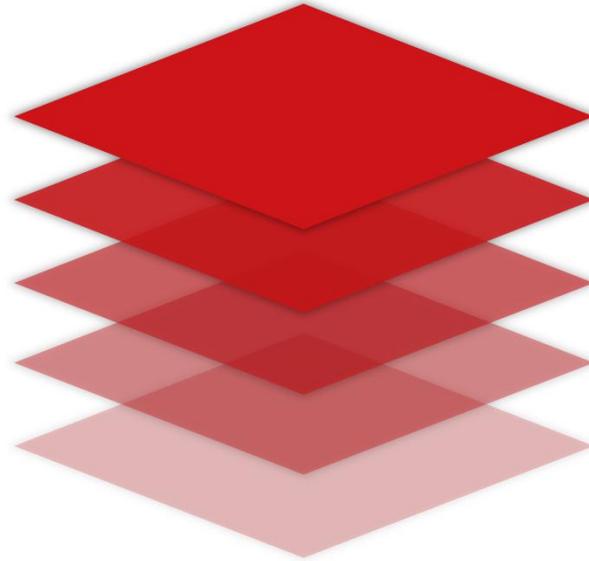
因违反建筑领域资质管理规定而无效的情形。

因违反工程建设审批手续而无效的情形

另行降低工程价款签订合同的情形

## 合同无效的法律后果

 验收合格的，参照合同约定支付工程款，但要分担损失；收缴非法所得；得不到对方“违约金”。



 验收不合格的，修复仍不合格的，承包方得不到工程款。（看上去对发包方有利，但实践中，承包方收不到工程款，往往闹事解决，对工程产生极不利的社会影响。）



## 风险防控

对承包方主体资格的审查

审查其是否必须依法投标

审查工程项目是否在承包方的资质范围之内

不得转包

工程分包须经发包方书面同意，且应分包给有相应资质的施工单位

## 黑白合同法律风险及其防控

### 01 概念

为规避政策法律的规定或由于其他原因，施工企业在中标后与建设单位私下签订不同于中标合同的协议。这时就出现了两个合同，其中经中标并备案的合同，称为白合同，私下签订的合同，称为黑合同。

### 02 法条依据

《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若干问题的解释》（一）第二十二条：“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 风险防控

对发包方而言，备案的合同（白合同），可能在条款上更照顾承包方，因此才私下签订黑合同来维护自己的利益需求。在实践中，应尽量不签黑白合同，若非要签黑白合同，白合同条款应尽量模糊，并加入“本合同不足之处，双方另行协商，并签署补充协议，协议效力与本合同一致”条款。

## 合同内容约定不清导致的风险及其防控

### 常见约定不明的情况

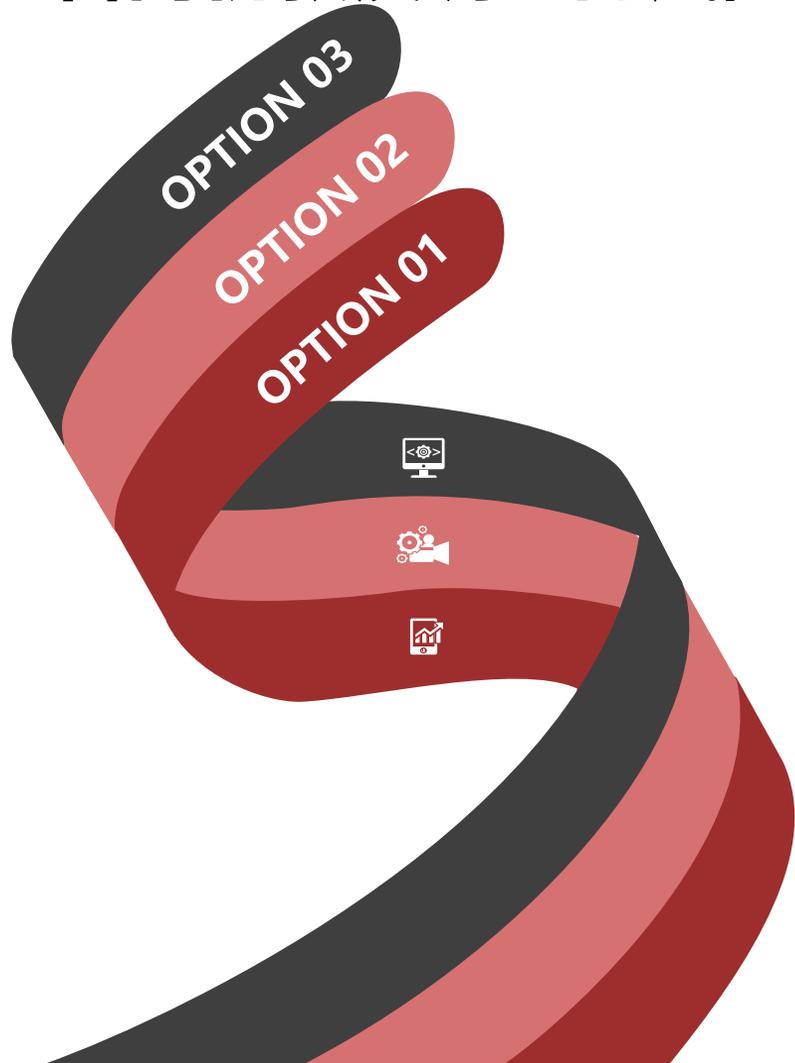
- ★ 承包方故意设置有歧义或语句模糊的条款弱化自身义务、
- ★ 霸王条款、维权条款

### 风险防控

- ★ 填写专用条款时一定要做到：用词准确条理清晰；双方权利义务明确；违约责任可操作；不设定霸王条款。



## 合同价款及调整的风险及其防控



示范文本列出的确定以上合同价款的三种方式



**风险防控**



★**固定价格合同**

一定要约定风险范围;明确超出风险范围外的价款计价方法;总价包干合同, 要明确施工范围和工程量增减部分的计价方法。

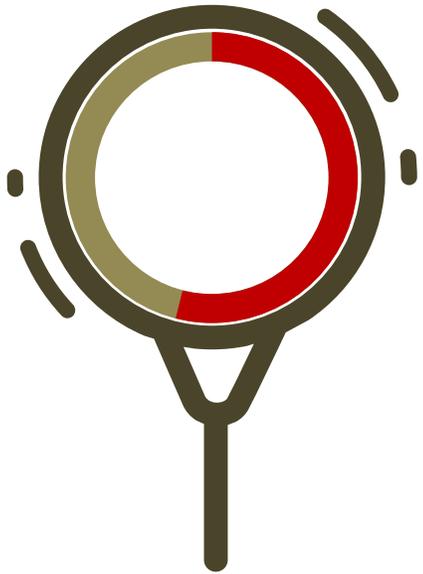
★**可调价格合同**

要在专用条款内约定合同价款的调整方法。

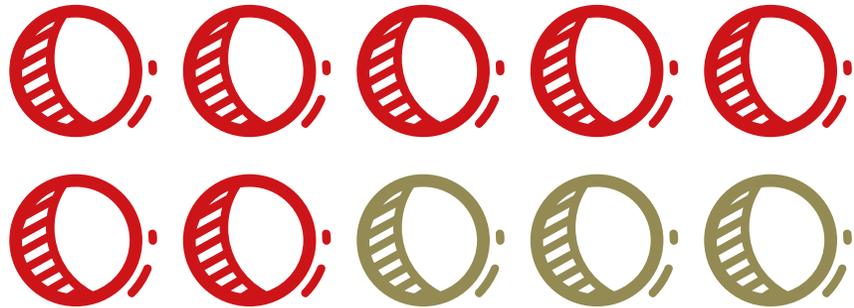
★**成本加酬金合同**

要在专用条款内明确约定成本的构成和酬金的计算方

## 签订合同失误有可能造成的其他风险及其防控



工期、质量，现场管理，验收，结算等风险

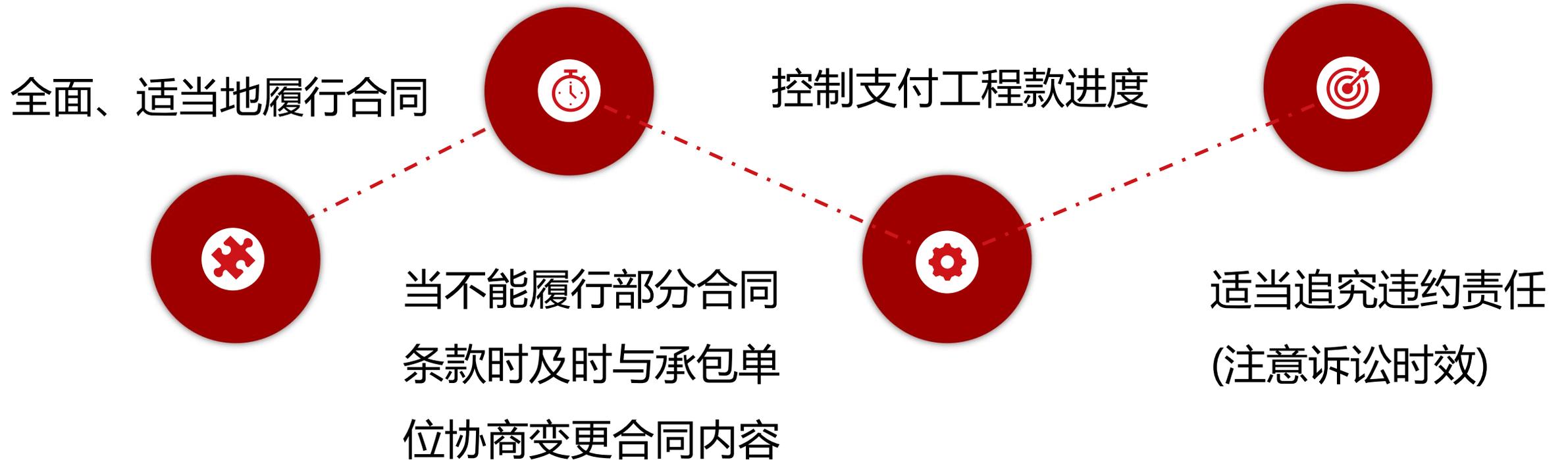


### 风险防控

围绕工期、质量、价款这三个核心内容，根据工程的实际情况，就合同条款做出正确约定，除了要熟悉通用条款的内容外，要特别注意在专用条款中作出有利于自己并可操作的约定。

## 建设工程施工合同履行中的法律风险及其防控

### 因承包单位违约给己方带来的风险及其防控



# 建设工程施工合同履行中的法律风险及其防控

## 工程变更及意外事件带来的风险及其防控

- ★ 工程变更往往导致结算争议，为防范争议合同条款应对工程变更的情况作出充分的考虑，并设定相应的**结算条款**及现场**签证制度**。

【施工方的策略：通常是“低中标、勤签证、高索赔”、“不行就停工”】

## 工程签证及其在施工合同履行中的重要意义

- ★ 概念：工程承发包双方的法定代表人及其授权代表等在施工过程及结算过程中，对确认工程量、增加合同价款、支付各种费用、顺延竣工日期、承担违约责任、赔偿损失等内容所达成一致意见的补充协议。

【发包方要加强对现场人员签证的培训和风险意识教育】 案例：某房开公司基础爆破案

## ★ 法律特征：

- ①双方法律行为，具有补充协议的性质；
- ②工程签证的法律后果是基于双方意思表示的内容而发生的。如顺延工期、增加费用、承担违约责任、赔偿损失等；
- ③签证所涉及的利益已经确定或者在履行后确定，可直接或者与签证对应的履行资料一起作为确定工程价款的依据。

## ★ 构成要件：

- ①签证主体必须是施工单位与建设单位双方只有一方签字不是签证；【事后补签有效吗】
- ②双方必须对行使签证权力的人员进行授权，缺乏授权的人员签署不能发生签证的效力；
- ③签证的内容必须涉及工期、质量或费用的变化；
- ④双方必须协商一致，通常表述为双方一致同意、发包人同意、发包人批准等。如果发包人签署意见为“情况属实”，则只能作为索赔的证据材料，而非真正意义上的签证。

# 工程竣工验收阶段的法律风险与防控



## 风险防控

### ★ 工程竣工日期问题

作为发包方要**贯彻先验收后使用的原则**，及时验收，对质量问题明确提出并要求承包方限时整改。

（《关于审理建设工程施工合同纠纷案件适用法律若干问题的解释》第九条）

### ★ 工程质量验收问题

工程严格按照合同约定质量验收，验收无论是否合格均要留存书面的验收资料，质量验收结果需经有关方签字确认方有效力。

对于验收质量不符合要求的发包人须发书面的通知给承包人并具体说明情况，**规避逾期验收责任。**

第五章

# EPC合同—发包人的法律 风险管控



## EPC项目的失败案例更值得研究——江西丰城电厂事故

### 事件概述

2016年11月24日，江西丰城发电厂三期建工程发生冷加塔施工平台塌特别重大事故，造成73人死亡、2人受伤，直接经济提失10197.2万元。调查认定，江西丰城发电“1124”冷却塔施工平台塌特别重大事故是起生产安全责任事故。



# 工程总承包≠施工总承包



## 工程总承包定义

是指从事工程总承包的企业受业主委托,按照合同约定对工程项目的勘察、**设计、采购、施工**、试运行(竣工验收)等实行全过程或若干阶段的承包。

工程总承包企业对承包工程的质量、安全、工期、造价全面负责。

 **工程总承包管理模式（一般规定）**



设计—采购—施工总承包管理模式（EPC）

设计—施工总承包管理模式（DB）

根据项目特点和需要的其他工程总承包模式，如：EP等



## 目前常用的工程总承包组织管理模式

**以房地产开发为龙头的资源整合模式（项目管理模式）**  
以万科为代表（技术研发+应用平台+资源整合）

**以设计为龙头的工程总承包管理模式**  
以中国西南设计研究院为代表

**EPC工程总承包管理模式**  
以施工总承包为主的设计、采购、施工一体化模式

# EPC合同—发包人的法律风险管控

## 《工程总承包管理办法》

业主应承担哪些风险？

理解合理分担原则

第十五条 建设单位和工程总承包单位应当加强风险管理，合理分担风险。

**建设单位承担的风险主要包括：**

(一) 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；

(二) 因国家法律法规政策变化引起的合同价格的变化；

(三) 不可预见的地质条件造成的工程费用和工期的变化；

(四) 因建设单位原因产生的工程费用和工期的变化；

(五) 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。

鼓励建设单位和工程总承包单位运用保险手段增强防范风险能力。

序号	风险范围和种类
风险一	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
风险二	因国家法律法规政策变化引起的合同价格的变化
风险三	不可预见的地质条件造成的工程费用和工期的
风险四	因建设单位原因产生的工程费用和工期的变化
风险五	不可抗力造成的工程费用和工期的变化

# 结合示范合同、计价规范看发包人承担的五大风险

## 风险一：人、材、机的价格风险

- ★ 本项风险具体是指：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。
- ★ 人、材、机价格风险由发包人承担与11版《建设工程总承包合同》内容相符，与《建设工程工程量清单计价规范》内容相符。



通用条款13.7条	具体内容
合同价格调整包括情况	合同执行过程中，工程造价管理部门公布
示范合同同样也规定了，由于造价管理部门公布的新价格给承包人的施工成本带来增减的，属于调价因素之一，发包人无权拒绝调价。	

风险项目	13清单规范规定
人工费调整 3.4.2.2条规定	省级或行业建设主管部门发布的人工费调整影响合同价款的，应由发包人承担，但承包人对人工费或人工单价的报价高于发布的除外。
主材、机械费调整	3.4.3条：由于市场物价波动影响合同价款的，应由发承包双方合理分摊。 9.8.2条：承包人采购材料和工程设备的，应在合同中约定主材、工程设备价格变化的范围或幅度。当没有约定，且材料、工程设备单价变化超过5%时，超过的部分价格应按方法计算调整材料、工程设备费。

风险二：国家法律、法规、政策变化引起的合同价格的。变化由发包人承担

★ 发包人承担该风险与EPC示范合同内容相符、与13清单规范规定相符。

与11版示范合同内容相符	与13清单规范规定相符
通用条款13.7条合同价格调整规定，合同价格调整包括以下情况： (1)合同签订后，因法律国家政策和需遵守的行业规应由发包人承担。	3.4.2.1条规定，国家法律、法规、规章和政策发生变化影响合同价款调整的，应由发包人承担。

## 风险三：不可预见的地质条件造成的工程费用和工期的变化由发包人承担

- ★ 本办法一大亮点就是将勘察阶段排除在工程总承包范围之外，将地质条件风险交由发包人承担。
- ★ 发包人承担该风险与EPC示范合同通用条款“新发现的施工障碍”的规定相符。
- ★ 发包人承担该风险与《建设工程施工合同》发包人“提供基础资料”的规定也相一致。



<p>将勘察阶段排除在外，地质条件风险交由发包人承担。</p>	<p>建设单位的招标文件主要包括发包前完成的水文地质、工程地质、地形等勘察资料。</p>
<p>与11版示范合同通用条款7.2.8“新发现的施工障碍”的规定相符。</p>	<p>承包人对在施工过程中新发现的场地周及临近影响施工的地下管线、线缆、构筑物、文物、化石和坟墓等，按照3.2.3款的施工变更约定办理。</p>
<p>与17版《建设工程施工合同》通用条款2.4.3发包人“提供基础资料”的规定相符。</p>	<p>发包人应当在移交施工现场前向承包人提供地下管线资料，气象和水文观测资料地质勘察资料，相邻建筑物、构筑物和地下工程等有关基础资料，对所提供资料的真实性、准确性和完整负责。</p>

## 风险四：因建设单位原因产生的工程费用和工期的变化由发包人承担

- ★ 不论法理还是情理，如是建设单位自身原因造成工期和造价的变化，应当由建设单位自行承担。
- ★ 比如EPC示范合同通用条款13.7条第（3）项所规定的，一周内非承包人原因的停水、停电、停气、道路中断等，造成工程现场停工累计超过8小时的（承包人须提交报告并提供可证实的证明和估算），承包人有权要求合同价格调整。

## 风险五：不可抗力造成的工程费用和工期的变化

### ★ 《民法典》对于不可抗力责任承担的规定

第一百八十条规定，因不可抗力不能履行民事义务的，不承担民事责任。法律另有规定的，依照其规定。

不可抗力是不能预见、不能避免且不能克服的客观情况。

### ★ EPC示范合同对不可抗力的后果采用的是“损失自负”原则。

## 11版示范合同采用“损失自负”原则

### 通用条款17.2条：不可抗力事件费用及工期按如下约定处理

发包人承担的风险	1	永久性工程和工程物资等的损失、损害，由发包人承担
	2	发包人受雇人员的伤害
	3	发包人迟延履行合同约定的保护义务造成的延续损失和损害
	4	恢复建设时所需的清理修复费用等
	5	恢复建设的竣工日期合理顺延
承包人承担的风险	1	承包人受雇人员的伤害
	2	属于承包人的机械设备财产和临时工造成的损失和损害
	3	因不可抗力造成的停工损失
	4	承包人迟延履行合同约定的保护义务造成的延续损失和损害等

## 13版工程量清单规范 9.10条对不可抗力风险分担的原则

### 发包人承担

- 1 合同工程本身的损害、因工程损害导致第三方人员伤亡和财产损失，以及运至施工场地用于施工的材料和待安装的设备损害
- 2 发包人受雇人员的伤害
- 3 停工期间，承包人因发包人要求留在施工现场的必要管理人员及保卫人员的费用
- 4 工程所需清理修复费用
- 5 不可抗力解除后复工的，若不能按期竣工，应合理延长工期，发包人要求赶工的赶工费应由发包人承担

### 承包人承担

- 1 承包人受雇人员的伤害
- 2 承包人的施工机械设备损坏及停工损失

# EPC合同风险识别与控制

## 一、工程招投标法律风险。

(1) 依法必须招投标的项目，招标人未依法履行招投标程序直接进行项目委托。

(2) 依法应公开招投标的项目，招标人错误选择或规避公开招标，选择邀请招标方式进行项目发包。

(3) 依法必须经审批方可采用邀请招标或不招标的项目，项目招标人未履行审批程序，或虽然履行了审批程序但审批主体不适合。

**对于联合体投标：要设定连带责任。**

# EPC合同风险识别与控制

## 二、工程承包范围约定不明确的风险。

在EPC工程总承包项目采用固定总价合同模式下未能具体明确项目承包范围，或者未具体划定发承包双方的工作界限。

建议多采用“等”字约定，或者在合同中增加具有扩张解释的口袋条、兜底条款进行概括性约定，如“施工图设计中应考虑而实际未考虑的但直接影响使用功能的细部工程，均属于承包商承包范围”。又如，设定“作为成熟的一级总包企业基于专业应当判断为总承包范围内的与主体工程、附属工程相关联的工程量。”

以降低EPC工程发包方合同风险。

# EPC合同风险识别与控制

## 三、合同价款与支付风险

- 1、合理控制签证；
- 2、严格控制材料价格增加，控制总额；
- 3、控制付款节点与工程进度的协调与匹配；
- 4、其他手段。

# EPC合同风险识别与控制

## 合同保函

EPC工程总承包商提交的（包括但不限于预付款保函、履约保函、质保保函等），均为无条件、见索即付的独立银行保函。

合理发挥保函的作用

# **EPC工程总承包案例**

## **葛洲坝淮安循环经济示范项目一期工程总承包（EPC）**

以可研报告作为招投标主要依据酿成复杂局面

**提供卓越的法律服务**



TEL&WE CHAT: 13705211797