

■上海市建纬律师事务所专业律师深度解析

工程总承包专业法律服务系列问答

编者按：发包人采取工程总承包模式应当注意哪些主要法律风险？施工单位从事工程总承包业务应当关注哪些主要法律风险？工程总承包联合体应当注意哪些方面？上海市建纬律师事务所工程总承包领域法律服务未来有什么进一步考虑？……

近日，上海市建纬律师事务所主办的“工程总承包法规制度宣传周”系列活动正在进行中。3月4日，上海市建纬律师事务所朱树英、邵万权、宋仲春、韩如波、史鹏舟、陈军、魏来等建筑工程领域的法律专家律师就工程总承包相关热点问题作出分析和解答。

问题一：发包人采取工程总承包模式应当注意哪些主要法律风险？

上海市建纬律师事务所党支部书记魏来律师：

工程总承包模式作为国内建筑业改革推广的一种工程组织实施方式，相对于传统施工总承包而言，我理解主要注意以下法律风险：

1. 选择承包模式的风险

最近几年，工程总承包比较火，尤其大家喜欢讨论或宣传EPC模式，但并不是所有工程都适合工程总承包。工程总承包更适合建设内容明确、技术方案成熟的项目。说白了就是类似工程经验相对比较丰富，市场比较成熟的项目。但是一些特别具有创新性的、地质条件复杂的、建设内容不够明确的、技术难度比较大的个性化较强的工程，如果贸然选择工程总承包，不但可能体现不出工程总承包的优势，反而可能造成损失巨大、争议持久的不良后果，无论是发包人还是承包人还是要考虑项目的具体情况，慎重选择。

2. 发承包双方应合理分担风险

相对于国际工程，因国内在工程总承包模式上经验尚不丰富，目前应更多强调合理分担风险，比如《工程总承包管理办法》第十五条中已经列明，以下风险引导由发包人承担：（1）材料涨价超过约定幅度的风险，（2）国家法律政策变化引起的价格变化风险，（3）地质条件变化引起的费用工期变化的风险，（4）建设单位原因产生的工程费用和变化的风险，（5）不可抗力造成的风险等等。需要说明的是，这是《工程总承包管理办法》出于“合理性”原则提出的责任分担引导性规定，并非强制性规定，该条同时明确了“具体风险分担内容由双方在合同中约定”。所以上述风险可以在发承包双方签订的工程总承包合同中约定，将部分风险进行转嫁。

3. 更加加强质量安全管理

不能因工程总承包模式具有质量安全责任管控的优势而“物极必反”。我将之称为“物极必反”，是因为如果合同约定对一方过分苛刻，会涉嫌违反公平原则，同时可能会违反法律、法规的禁止性规定，导致合同履行产生重大不良后果的风险。“物极必反”的风险其实也是围绕安全、质量、造价、工期展开的。《工程总承包管理办法》中规定的几个发包人“不得”，实际就是发包人风险，比如不得设置不合理工期或者压缩合理工期，不得迫使承包人低于成本价竞标，不得明示或暗示承包人违反强制性标准，降低工程质量，不得明示或暗示承包人违反安全生产的强制性法律法规等等。如果发包人踩了这些红线，轻则导致合同无效，重则发生重大安全生产事故，国内工程总承包模式下不乏此类风险的案例。

《民法典》也好，《合同法》也好，公平、诚实信用、等价有偿是基本原则。工程总承包的目的是提升工程质量和效益，但不是不合理地压缩工期和降低造价，损害工程质量，否则就与工程总承包的目的和初衷背道而驰。

问题二：施工单位从事工程总承包业务应当关注哪些主要法律风险？

上海市建纬律师事务所副主任、建纬律师学院院长、不动产金融部主任、北京分所主任宋仲春律师：

施工单位无论是取得了设计资质或与设计单位组成联合体满足工程总承包双资质的要求，相比传统施工总承包业务而言，施工单位作为工程总承包业务的工程总承包方不仅需要承担施工责任，还应承担设计责任。如工程总承包企业是原先从事施工业务的建筑企业转型而来，工程总承包模式中的风险更多来自设计阶段，因为在这一环节中施工单位往往缺乏风控意识和风控经验，可能被施工单位所忽视。因此，与传统施工总承包模式比较，施工单位在承揽工程总承包工程业务时，常见风险有以下几个类型：

1. 因承担设计责任额外增加的工期风险

设计工期可以简单地理解为“出图时间”，出图时间不仅决定了设计进度，还影响着施工进度。在实践中，很少有在所有图纸全部设计完成并审图通过后再开始施工的情形。更多的是，采用搭接的设计、施工方式。采用这种方式一旦施工阶段开始就意味着大量的人力物力财力的投入，若因为后续图纸出具的不及时将造成停工损失。因此施工单位从事工程总承包业务在工期控制上要特别关注设计工期与施工工期的衔接问题，否则会带来相应的工期风险。

2. 因设计质量问题带来的质量安全风险

我国《勘察设计管理条例》《建设工程质量管理条例》《建设工程安全生产管理条例》等法规均对设计质量作出了明确的规定。第一，设计成果必须符合国家标准强制性标准，这是对设计质量最直接的强制性规定，同样也是确保安全生产的最低要求。第二，不仅要对涉及施工安全的重点部位和环节在设计文件中注明，还要对防范安全事故提出指导性意见。实践中，这也体现在了开工前的设计交底和开工后的工程例会中。第三，对于采用新结构、新材料、新工艺的建设工程和特殊结构的建设工程，设计阶段的安全责任更重，仅注明重点部位和提出指导性意见还不足以降低安全风险，需在设计文件中直接作出相应的措施建议。设计文件中的安全措施建议也将直接影响施工方案中的安全措施编制。因此对于施工单位从事工程总承包业务，应该特别关注因设计阶段带来的质量安全风险。

3. 造价成本的控制风险

工程总承包模式通常采用固定总价方式，因此造价成本控制直接关系到工程总承包人的利润。工程总承包模式的精髓就在于设计、采购、施工三部分的深度融合。深度融合的优势就在于有利于整个项目的统筹规划和协同运作，可以有效解决设计与施工的衔接问题、减少采购与施工的中间环节，顺利解决施工方案中的实用性、技术性、安全性之间的矛盾，而最终体现在建设效率的提升和建设成本的降低上。但成本控制的关键在于设计阶段，因此对于施工单位从事工程总承包业务，如果未能管控好设计阶段的成本，将会带来重大的工程成本控制风险。

4. 联合体模式下，还应注意联合体内部风险分配

联合体双方应共同与业主签订合同，以免导致工程总承包合同效力出现瑕疵，或因授权联合体另一方对外同业签约，而导致自己分工范围内利益受到损害；随着《保障农民工工资支付条例》的出台，总包方的农民工工资支付责任及对分包商的农民工工资支付监管责任加重，应明确联合体成员中何方来承担农民工工资保证金缴纳及工资专用账户开设和农民工工资支付及监管责任；在总承包合同及联合体分工协议中，应就联合体的工程款支付给牵头人还是分别支付、发票如何开具、预付款保函履约如何开具等作出明确约定，同时结合工程总承包模式税务筹划区分设计服务、设备采购、建安施工不同税率，统筹考虑工程款的支付路径；对于联合体各方的连带责任“对上”还是“对下”争议的风险也要给予特别考虑。

5. 还应关注工程总承包人与发包人之间风险合理分配的管理

《管理办法》结合国内房屋建筑和市政基础设施工程总承包现状，引导发承包双方合理分配风险，其对风险分配的规定符合国内工程总承包市场现状。施工单位从事工程总承包业务应通过合同谈判有依据地将《管理办法》规定的风险分配转化为双方的约定，维护自身合法权益。

问题三：工程总承包联合体应当注意哪些方面？

上海市建纬律师事务所主任、党支部书记、房地产部主任邵万权律师：

市政基础设施项目工程总承包管理办法规定中要求承包商具备双资质，同时规定承包商可以组成联合体，因工程总承包项下的联合体涉及设计和施工的结合，不同于传统的施工单位之间或设计单位之间的联合，由此工程总承包的联合体应注意关注以下方面：

1. 联合体的组成要求

在我国目前的法律体系中，对于联合体组成要求的规定主要集中在《建筑法》《招标投标法》《招标投标法实施条例》以及《政府采购法》中。根据以上法律、行政法规的规定，同时结合《管理办法》第10条的规定，组成工程总承包联合体需要满足以下几个条件：第一，联合体各方应具有相应的设计或施工资质；第二，联合体在招投标阶段形成（直接发包的项目在合同谈判阶段）；第三，联合体之间应当签订联合体协议，明确各方的工作职责和责任划分。没有联合体协议，或虽签订了联合体协议但以一人名义投标的，均不属于规范的联合体方式；第四，联合体中标或签约之后，联合体成员应共同与发包人签订工程总承包合同。以上四个属于必要条件，只有同时满足才可以构成工程总承包联合体。

2. 联合体的连带责任

对整个工程总承包项目承担连带责任是联合体的法定责任承担方式，也是组成联合体的关键。《建筑法》《招标投标法》等法律均对联合体的连带责任作出了明确规定，连带责任的范围不会以联合体各方的工作份额为限，联合体成员应对整个工程总承包项目承担连带责任。因此，联合各成员单位应重点关注并重视按照工程总承包合同履约，避免联合体一方因其他成员方的过错而增加己方要承担的责任和风险。

3. 联合体协议

联合体协议是构成工程总承包联合体的必要条件之一，是项目正常运作的基础，组成联合体的设计单位和施工单位，应严格按照联合体协议分别承担相应的设计职责和施工职责，联合体协议对于其内部责任的分担以及自身利益的保障尤为重要。

结合实践，对于联合体各方成员来说，联合体协议应尽可能包括以下几方面内容：一是牵头单位对外的行为，哪些对联合体是有效的，哪些是无效的，应予以明确；二是牵头单位对成员方有管理和组织的权利，也承担相应的义务，那么如果因成员方的问题出现安全、质量、工期等问题的时候，管理责任的承担比例是多少，应约定范围，以规避牵头单位承担过大管理责任的风险；三是在履约过程中，因成员方的过错可能给其他成员方造成损失，这种情况的责任承担应尽量在协议中细化，约定可以预见的情况，并明确损害责任；四是牵头单位可向联合体各方转移风险，在联合体协议中，可要求各成员方按比例提供履约保函、质保金、其他保留金等，通过增加违约成本来限制各方的行为，降低违约的风险；五是联合体各方是合作关系，工作中相互交叉，有机会接触到其他成员方的新技术、新工艺以及商业秘密，存在泄露的风险，各方可签订保密协议书，对各方应当保守的秘密范围和资料作明确约定，对于属于己方的新技术、新工艺以及商业秘密也应采取必要的保护措施。

问题四：工程总承包需双资质的情况下，是否允许工程总承包单位将设计或施工的主体进行分包？

上海市建纬律师事务所建设工程部主任史鹏舟律师：

我国法律、行政法规层面并无直接的、专门的针对工程总承包模式下设计、施工分包的规定，但从《房屋建筑和市政基础设施项目工程总承包管理办法》确立双资质实施工程总承包的初衷而言，并结合当前法律体系下对于转包、违法分包的相关规定，即我国《建筑法》《民法典》《建设工程质量管理条例》等法律法规对工程发承包及其转包、违法分包的一系列

强制性规定。我理解，如果工程总承包需满足双资质条件，工程总承包单位就不应再对设计或施工的主体进行分包。理由主要有二点：

第一，如果工程总承包需满足双资质的情况下，依然允许工程总承包单位将设计或施工的主体进行分包，《房屋建筑和市政基础设施项目工程总承包管理办法》所确认的工程总承包单位需具备双资质条件的规定将意义不大。

第二，工程总承包模式的核心就是要求设计、施工深度融合，如果允许工程总承包单位将设计或施工业务整体分包或将主体部分的设计或施工进行分包，显然无法达到深度融合的目的，又变成了“名义上的工程总承包”，无法实现工程总承包的核心价值。

但因工程总承包模式在我国尚处推行与发展的初期，同时因我国地域辽阔，不同区域发展差异性大，故存在一些不同情况。部分地区为培育工程总承包单位的发展，允许单一资质的设计或施工单位在一定时期内，依旧可以承接房屋、市政工程总承包项目。例如吉林省2020年出台了《关于规范房屋建筑和市政基础设施项目工程总承包管理的通知》（吉建办〔2020〕34号），允许单一资质的设计或施工单位在2023年6月30日之前，还可以承接工程总承包业务。上述地区在此期间的工程总承包项目的分包方式，将可能适用住建部93号文的规定。

此外，其他专业行业的工程总承包项目，例如水利、铁路、通信行业等，因不能直接适用《房屋建筑和市政基础设施项目工程总承包管理办法》的相关规定，工程总承包单位是否需要双资质？是否允许工程总承包单位将设计或施工的主体进行分包？将因相应的行业主管部门的要求而异。

问题五：工程总承包项目模式下农民工工资管理应注意的事项。

上海市建纬律师事务所国际业务部主任陈军律师：

2020年5月1日起施行的《保障农民工工资支付条例》是现阶段对建设工程领域农民工工资管理予以规定的最为重要的法律法规之一，主要保障方式为及时、足额支付农民工工资，落实农民工工资专用账户、工资保证金、实名制管理制度等。但该条例并未明确工程总承包项目下，工程总承包单位对农民工工资管理的职责，仅是规定了施工总承包单位对农民工工资的支付负总责，及相应的责任义务。因此，我们建议，工程总承包模式下总包单位需要参照《条例》中施工总承包单位的相关规定进行农民工工资的管理，主要包括以下方面：

第一，开设农民工工资专用账户，专门用于支付农民工工资的农民工工资。该账户也是欠薪预警系统进行风险评估的依据之一。

第二，用人单位应当按照工资支付周期编制书面工资支付台账，并保存至少3年；总承包单位应当与农民工订立劳动合同，进行用工实名登记，建立用工管理台账，并保存至完工且工资全部结清后3年。

第三，存储工资保证金，专项用于支付被拖欠的农民工工资，可用金融机构保函代替。

第四，不得以任何理由扣押或者变相扣押用于支付农民工工资的银行账户所绑定的农民工本人的社会保障卡或者银行卡。

第五，在施工现场醒目位置设立维权信息告示牌。

第六，在工程项目部配备劳资专管员，对分包单位劳动用工实施监督管理，掌握施工现场用工、考勤、工资支付等情况，审核分包单位编制的农民工工资支付表。

第七，根据《条例》规定根据分包单位委托通过农民工工资专用账户代发农民工工资。

此外，考虑到现阶段《房屋建筑和市政基础设施项目工程总承包管理办法》规定承包工程总承包项目应具备设计、施工双资质，大量的承包单

位以组成设计-施工联合体的方式承包工程总承包项目。关于农民工工资支付的主体责任是否概由双方承担？尤其是设计单位是否要承担农民工工资支付的主体责任？

对此，我个人倾向于理解：设计单位牵头联合体作为工程总承包单位的设计单位作为工程总承包单位负有农民工工资支付的主体责任。施工单位牵头联合体作为工程总承包单位的，除非设计单位与施工单位共同往下进行了分包，否则设计单位无须承担条例规定的农民工工资支付的主体责任。但因《条例》对工程总承包模式下的农民工工资支付问题没有针对性规定，尤其是工程总承包单位是联合体的模式下，农民工工资支付主体责任有待于法律法规及司法审判实践进一步明确。

问题六：建纬所在工程总承包领域开展了哪些法律服务？

上海市建纬律师事务所副主任、工程总承包部主任、合规风控部主任韩如波律师：

建纬所适应建筑业推广工程总承包模式的改革需要，于2018年1月2日成立了工程总承包业务部，根据管委会安排由我担任部门负责人，部门律师多数具备工程、造价、设计等专业背景，近三年在工程总承包领域开展并取得了以下服务和成果：

1. 积极参加国家部委和地方相关法律法规政策文件制定

建纬所相继参加了住建部、发改委《房屋建筑和市政基础设施项目工程总承包管理办法》的制定，住建部、市场监管总局《建设项目工程总承包合同（示范文本）》修订，为浙江省、广东省地方工程总承包政策文件制定提供法律意见和建议，参与中国工程建设协会标准《医院建设项目工程总承包管理标准》的编制等。

2. 加强对外交流

同各级地方政府住建部门、发改部门，相关行业协会，各地律师协会，有关仲裁机构，各大设计院、施工单位、工程公司等相关单位进行工程总承包专业交流、研讨、培训超过百次。

3. 不断拓展法律服务产品

目前工程总承包领域的法律产品主要有工程总承包招标文件编制或审查、工程总承包合同文本审查清单、工程总承包合同示范文本审查清单、工程总承包合同履行及项目管理过程法律服务、工程总承包项目通用风险管理编制、工程总承包业务专项法律服务（如联合体分工协议编制）等，其中我们为某铁路设计集团编写的15万字的铁路项目工程总承包模式法律风险识别与防范、为某施工单位编写的10万字的房屋与市政项目工程总承包模式法律风险识别与防范等，得到了客户的积极评价。自2017年度起每个年度就国内工程总承包政策进行梳理，并发布年度工程总承包政策观察，为行业管理和市场主体的工程总承包模式提供指导。

4. 加强工程总承包业务的理论研究

出版了工程总承包方面专业著作，如《房屋建筑和市政基础设施项目工程总承包管理办理解读与适用》，

《工程总承包实务问答》，《工程总承包（EPC/DB）诉讼实务：基于裁判文书网之大数据检索分析》等，通过建纬微信号、中国建设报、建筑时报等媒体发表的工程总承包专业论文超百篇。

5. 积累了丰富的工程总承包项目法律服务实践

项目法律服务从传统的房建与市政项目，在水利、电力、新基建、能源、铁路等其他行业都在为一些重要重点工程总承包项目，比如杭绍台高铁、银川黄河大桥、丰城三期发电厂事故后复工、兰州水源地等项目，提供全过程或专项法律服务，积累了丰富的实践经验。

问题七：建纬在工程总承包领域法律服务未来有什么进一步考虑？

建纬律师学院院长朱树英律师：

建纬所在过去几年里积累了丰富的工程总承包理论成果和实践经验，未来五年我们的法律服务在这个领域将重点考虑以下几个方面：

第一，结合我们参与有关部委、工程总承包管理办法和新版建设项目工程总承包合同（示范文本）编制的基础上，将继续协助有关部门和地方制定工程总承包的相关法律法规政策文件及招标投标文件、合同文本等工作。2020年我们已为浙江、广东等地的工程总承包政策文件制定积极提供了建议，现在又有宁夏等地就工程总承包政策文件制定提出希望我们给予专业协助，未来几年我们将继续为国内工程总承包法制建设和市场规范持续贡献我们的专业能力。

第二，我们此前的工程总承包法律服务领域已从传统房建、市政基础设施领域拓展到铁路、公路、水利、电力、新基建领域，未来我们将坚持法律服务的专业化、行业性发展方向，深入一线需求，丰富我们的工程总承包法律服务实践。

第三，随着《长江保护法》于今年3月1日实施，与长江保护、基础设施投资、建设相关领域的工程总承包模式将会得以进一步适用，由此我们已组建水项目工程总承包业务部，并和长江沿线共18家分所一起分长江上、中、下游三个区段，进一步拓展水项目领域的相关法律服务，在水利、水务、水工、水治理、水防污等相关领域提供更加专业的法律服务。

第四，军委后勤保障部2020年7月下发了《军事设施建设EPC工程总承包导则（试行）》，在全军工程项目管理由传统施工总承包模式向设计采购施工于一体的EPC模式转变，建纬所此前与军队保持了良好的法律服务合作，今后将积极为军队项目建设的工程总承包模式提供更加优质的专业法律服务。

第五，建纬所目前已形成上海总部加全国26家分所的战略布局，未来很快将达到30家分所规模，我们将集总分所专业力量，进一步配合国家建筑业改革和战略布局推进工程总承包法律服务，尤其是中央在海南全岛建设自由贸易试验区和中国特色自由贸易港、粤港澳大湾区发展规划出台等都将投资建设领域的工程总承包法律服务有明显需求，建纬所集专业优势和区位优势积极服务于建筑业改革和国家战略布局。



主编：何梦吉
本报建设法律
咨询服务工作室
联系电话：021-63212799
真：021-63210873
地：上海营口路588号18楼
邮：200433
E-mail: 652016115@qq.com
联系人：何梦吉
手：18616259529