

勘察设计公司参与工程总承包项目六大法律风险防范

□顾增平

自住建部、国家发改委于2019年12月23日联合印发《房屋建筑和市政基础设施项目工程总承包管理办法》(建市规〔2019〕12号,2020年3月1日起施行)以来,勘察设计公司参与了大量的房屋建筑和市政基础设施领域的工程总承包项目。随着勘察设计公司参与的该类工程总承包项目日益增多,随之带来的勘察设计公司参与工程总承包项目的法律风险也日益显现。本文重点介绍勘察设计公司参与房屋建筑和市政基础设施类工程总承包项目的六大法律风险防范,以期对勘察设计公司规范工程总承包项目的经营管理,防范和化解工程总承包项目的重大法律风险有所帮助。

一、勘察设计公司以联合体模式参与工程总承包项目的法律风险防范

《房屋建筑和市政基础设施项目工程总承包管理办法》第三条规定,本办法所称工程总承包,是指承包单位按照与建设单位签订的合同,对工程设计、采购、施工或者设计、施工等阶段实行总承包,并对工程的质量、安全、工期和造价等全面负责的工程建设组织实施方式。第十条规定,工程总承包单位应当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。工程总承包单位应当具有相应的项目管理体系和项目管理能力、财务和风险承受能力,以及与发包工程相类似的设计、施工或者工程总承包业绩。根据上述双资质承接工程总承包项目的规定,目前勘察设计公司承接的房屋建筑和市政基础设施项目工程总承包项目大部分是以和具备相应资质的施工单位组成的联合体模式承接。这就涉及到联合体模式下的法律风险防范问题。勘察设计公司以联合体模式承接工程总承包项目,通常会与相关合作方签订联合体协议,实践中也通常会出现联合体内部责任承担、对外责任承担等争议。

在上海三友公司、宁夏三友公司与太钢公司合同纠纷一案中,涉及到勘察设计公司与其他合作方签订有相关合作协议及联合体协议,但在新疆某项目中勘察设计公司实际单独投标并中标,后其他相关合作方以合作协议及联合体协议约定为由要求勘察设计公司支付违约赔偿金。

案情简介如下:2010年8月,太钢公司与宁夏三友公司、上海三友公司就石灰窑项目长期合作事宜签订协议书一份,协议约定,双方发挥各自优势,达成如下意向:太钢公司负责与发包方签订工程总承包合同,工程总承包合同的执行由上海三友公司、宁夏三友公司负责,太钢公司负责设计与工程管理过程中的监督与调试启动,太钢公司的设计与工程监理费及挂靠费为发包方合同总额的4%,由上海三友公司、宁夏三友公司分批支付给太钢公司。2011年6月,太钢公司与宁夏三友公司、上海三友公司为共同参加新疆某项目签订联合体协议书一份。2011年7月,各方就上述项目签订合作协议书一份,内容基本同2010年8月的协议书。后太钢公司单独投标并中标新疆某项目,并与业主单位签订EPC总承包合同。EPC合同履行过程中,因业主单位不同意将所有设备交宁夏三友公司供货。上海三友公司、宁夏三友公司将太钢公司诉至法院,认为太钢公司违约,要求依协议书约定违约条款按发包方合同总额的8%支付违约赔偿金。本案一审法院经审理认为,《协议书》《合作协议书》合法有效。太钢公司未将EPC合同项下的全部设备交由上海三友公司、宁夏三友公司购置,构成根本性违约,上海三友公司、宁夏三友公司存在预期利益损失,判决太钢公司按协议约定承担违约责任。二审法院经审理认为,《协议书》《合作协议书》为预约合同,合法有效。但EPC合同约定不得将工程整体转包,设备采购不得分包,因业主单位不同意将设备交由宁夏三友公司采购,且三友公司不具备部分设备的经营范围和质量认证资格,故太钢公司不存在违约,不承担违约责任。最高院经审理认为,《协议书》《合作协议书》为预约合同,其中第五条、第六条内容为工程转包,该行为为法律禁止,故该部分条款无效。因业主单位不同意将所有设备交由三友公司采购,太钢公司合同履行中进行了缔约磋商的努力,不属于不履行订立合同义务的情况,太钢公司没有违约。

在华东电力院与盛合新能源建设工程分包合同纠纷一案中,涉及到华东电力院要求按分包合同支付剩余款项,而工程总承包方盛合新能源认为依据双方签订的联合体协议,在业主付款后才支付剩余款项。

案情简介如下:2009年9月,华东电力院与盛合新能源签订《联合体协

议》,协议约定,双方作为新能源及节能环保领域的核心技术、工程勘测设计、工程管理和设备制造的大型企业,在产业结构上具有互补性,任何一方在开发国内外新能源和节能环保项目需要使用社会资料时,应优先考虑使用本联合体成员的资源;盛合新能源组织实施并承担总承包商的职责,华东电力院负责项目的方案设计、工程勘测、初步设计、施工图设计等工作。双方就某个具体工程项目的具体分工及操作方式另行商定。2011年6月,盛合新能源与业主签订某热电站的设计采购施工总承包合同,2012年5月,盛合新能源与华东电力院EPC工程服务合同,由华东电力院提供勘测设计服务等,合同价款暂定2800万元,双方共同遵守、执行EPC工程总承包合同等。华东电力院提供了合同约定服务,盛合新能源支付了1100万元。后双方由原来的EPC服务合同纠纷诉至法院。诉讼中,华东电力院认为是EPC服务合同是分包合同,盛合新能源认为双方签订有联合体协议,双方同为合同承包方,因项目未通过72小时试运行,业主未支付全部工程款,故华东电力院不能要求支付剩余款项。法院经审理认为,双方之间签订的《联合体协议》目的在于结合双方在各自领域的优势并对外加强竞争力。协议虽约定了双方合作的方式,但无法得出一方与第三人签订工程总承包合同,如另一方参与,必然构成联合共同承包的结论。因此,盛合新能源关于联合共同承包的主张不能成立。

在贵贵公司、川冶设计院、华硅公司与唐某建设工程施工合同纠纷一案中,涉及到第三人要求联合体成员连带支付分包工程款请求能否成立。

案情简介如下:2010年12月,贵贵公司、川冶设计院、华硅公司签订《联合体协议》,明确约定组成联合体参与某环保技改搬迁项目,华硅公司总体负责项目的合同签订、工程施工、工程管理及投产试生产等所有总承包工作,川冶设计院负责施工图设计及现场设计服务工作,贵贵公司负责项目的施工及设备安装调试工作。2011年1月,业主与华硅公司签订EPC总承包合同。2011年3月,华硅公司与唐某签订土建工程施工合同,将项目中所涉土建工程交由唐某实际施工。后唐某因工程款诉至法院,要求贵贵公司、川冶设计院、华硅公司连带支付工程款。法院经审理认为,联合体协议第三条明确载明,联合体将严格按照招标文件的各项要求,递交投标文件,履行合同,并对外承担连带责任。而实施工程的行为属于履行总承包合同的行为。结合联合体协议书第四条对联合体成员在工程分工的约定,可见联合体协议并非仅针对招标投标程序的约定,因此贵贵公司、川冶设计院关于联合体协议仅在联合体成员之间有约束力的意见不能成立,华硅公司作为牵头人签订的施工合同对联合体成员均有约束力。遂判决连带支付分包工程款。

基于上述案例所涉及的各种争议及联合体一方过错导致另一方对外承担责任后向过错方追偿问题,我们建议勘察设计公司组成联合体参与工程总承包项目时,应当注意以下的法律风险防范:1.各方为发挥在各自领域的优势,并对外加强竞争力签订标前合作协议时,协议名称谨慎使用“联合体协议”。在涉及到某一具体项目需要以联合体模式联合承接时,应单独就此项目签订联合体协议,进一步明确各自的分工、职责和权利义务等。2.联合投标前,应签订联合体协议,明确各方的权利义务职责等;投标过程中,各方应对投标文件充分论证和沟通,形成完善的投标方案和文件;中标后,联合体各方应根据中标情况及签订的工程总承包合同,签订联合体补充协议,进一步细化各方的权利义务职责等。签订的合作协议或联合体协议的条款尽量不要作出固定的承诺以及联合体协议要服从工程总承包合同条款和业主主要要求风险提示条款。3.联合体各方应当共同与建设单位签订工程总承包合同,就工程总承包项目承担连带责任。《房屋建筑和市政基础设施项目工程总承包管理办法》第十条第二款规定,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,并在联合体协议中明确联合体成员单位的责任和权利。联合体各方应当共同与建设单位签订工程总承包合同,就工程总承包项目承担连带责任。因此,联合体各方应当共同与建设单位签订工程总承包合同,就工程总承包项目承担连带责任。4.联合体共同投标的情形下,应防范转包的法律风险。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》(建市规〔2019〕1号)第八条第二款规定,两个以上的单位组成联合体或者

在项目实际实施过程中,联合体一方不进行施工也未对施工活动进行组织管理的,并且向联合体其他方收到管理费或者其他类似费用的,视为联合体一方将承包的工程转包给联合体其他方。5.联合体成员对发包人须承担连带责任有相应的法律规定或合同约定,但对因工程总承包项目对外进行的材料采购、机械、设备租赁及专业分包等,是否也需要承担连带责任司法实践中认识不一,根据合同相对性原则,一般不会认定非合同相对方的其他联合体成员承担连带责任,但也有案例中法院判决连带责任的,因此建议联合体协议的约定要具体明确,特别是施工企业因参与工程总承包项目需要对外签订的材料采购、机械、设备租赁及专业分包等由施工企业对外签订合同并承担责任,同时尽可能在上述合同中另一方明示仅合同相对方承担责任。否则,将来因施工企业欠付材料款、租赁费用、分包价款等将可能引发对勘察设计公司的大量诉讼案件发生。6.工程总承包合同履行过程中,联合体各方应互相配合,履行好各自的义务,确保质量、按约定工期完成工程总承包合同项下的工程。7.联合体各方应关注各自的经营状况及履约情况,谨防某一方原因导致风险发生,必要时对资信较弱的联合体成员可要求提供履约担保。8.在出现联合体某一方责任导致己方产生损失时,应及时依联合体协议向责任方追偿。

二、工程总承包项目投标报价的法律风险防范

由于工程总承包项目一般采用总价合同形式,因此勘察设计公司参与工程总承包项目投标报价时一般应当从工程总承包项目的价格组成、风险承担、税率及联合体成员之间的报价平衡等方面去考量投标报价的法律风险及防范。

1. 合同价格形式、合同价格组成对合同价格的影响。

《房屋建筑和市政基础设施项目工程总承包管理办法》第十六条规定,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。同时根据《房屋建筑和市政基础设施项目工程总承包计价计量规范》的规定,工程总承包价格一般包括勘察设计的费用、工程总承包其他费、暂列金额、设备购置费、建安安装工程费等,因此在采用总价合同的情形下,上述各部分价格之间如何组成,是相当重要的一个投标报价因素。

2. 建设单位承担的风险对合同价格的影响。

《房屋建筑和市政基础设施项目工程总承包管理办法》第十五条规定,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、工程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。上述规定,一方面意味着,如发生建设单位应当承担的风险情形,合同项下的相关合同价格即可调整,另一方面也不排除建设单位将上述相关风险转由总承包方承担,总承包方通过承担风险增加相应报价的方式来解决风险对合同价格的影响。

3. 增值税税率对合同价格的影响。

《建设项目工程总承包合同(示范文本)》(GF-2020-0216)协议书第四条明确约定签约合同价与合同价格形式:(1)签约合同价(含税):为人民币(大写)(¥元)。具体构成详见价格清单。其中:(1)设计费(含税):人民币(大写)(¥元);适用税率%,税金为人民币(大写)(¥元);(2)设备购置费(含税):人民币(大写)(¥元);适用税率:%,税金为人民币(大写)(¥元);(3)建安安装工程费(含税人民币(大写)(¥元));适用税率:%,税金为人民币(大写)(¥元);(4)暂估价(含税):人民币(大写)(¥元)。暂列金额(含税):人民币(大写)(¥元);(5)双方约定的其他费用(含税):人民币(大写)(¥元);(6)适用税率:%,税金为人民币(大写)(¥元)。由于国家会根据不同时期国家行业发展需要对部分行业的增值税税率进行调整,因此,投标报价时的合同价格组成各部分的增值税税率如与合同履行过程中的增值税税率不一致,就会影响到项目的利润。同时,工程总承包项目履行过程中的增值税进项税额变化也会影响到项目的利润。因此,增值税税率也会对合同价格产生影响。

4. 联合体成员之间投标报价的平衡对合同价格的影响。

勘察设计公司以联合体方式参与工程总承包项目,必然会涉及到联合体各方所参与部分的报价平衡,因此联合体成员之间协商制定好投标报价策略及如何平衡好各部分的报价,对合同价格也是至关重要的。如确因税务筹划需要,也可与建设单位沟通,对工程总承包合同进行拆分,分别签订设计、施工或采购合同时,再签订一份框架性的“桥接协议”(指衔接拆分后的各子合同之间关系的总体协议),以确保整个工程总承包合同的完整性。

三、《发包人要求》对合同价格、变更、工期、质量验收及交付的影响

《房屋建筑和市政基础设施项目工程总承包管理办法》第九条规定,建设单位应当根据招标项目的特点和需要编制工程总承包项目招标文件,主要包括以下内容:(四)发包人要求,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。《建设项目工程总承包合同(示范文本)》(GF-2020-0216)通用合同条件1.1.1.6中明确,《发包人要求》,指构成合同文件组成部分的名为《发包人要求》的文件,其中列明工程的目的、范围、设计与其他技术标准和的要求,以及合同双方当事人约定对其所作的修改或补充。《发包人要求》是示范文本的重要附件,同时涉及到《发包人要求》的条款在工程总承包合同示范文本中通用条款中共有36处、专用条款中有1处,附件中有6处,这足以说明发包人要求在工程总承包项目中的重要性。

如《建设项目工程总承包合同(示范文本)》(GF-2020-0216)通用合同条件如下的规定,1.1.6.3变更:指根据第13条[变更与调整]的约定,经指示或批准对《发包人要求》或工程所做的改变。1.4.4发包人对于工程的技术标准、功能要求高于或严于现行国家、行业或地方标准的,应当在《发包人要求》中予以明确。除专用合同条件另有约定外,应视为承包人在订立合同前已充分预见前述技术标准和功能要求的复杂程度,签约合同价中已包含由此产生的费用。9.1.3除《发包人要求》中另有说明外,竣工试验应按以下顺序分阶段进行,即只有在工程或区段工程已通过上一阶段试验的情况下,才可进行下一阶段试验……12.1.3除《发包人要求》另有约定外,发包人应在合理可行的情况下尽快进行每项竣工后试验,并至少提前21天将该项竣工后试验的内容、地点和时间,以及显示其他竣工后试验拟开展时间的竣工后试验计划通知承包人。12.1.4发包人应根据《发包人要求》、承包人按照第5.5款[操作和维修手册]提交的文件,以及承包人按要求提供的指导进行竣工后试验等等。这些条款说明《发包人要求》内容是否明确对工程总承包项目的合同价格、变更、工期、质量验收及交付等有重要的影响。正是《发包人要求》的重要性,建纬总分所于2021年2月成立《工程总承包项目“发包人要求”编写指南》课题组,并出版有《工程总承包项目〈发包人要求编写指南〉》一书。该书立足于法律思维,从思路、方法、编写技巧等角度,对工程总承包项目《发包人要求》如何编写、编写时需要注意的相关内容,结合典型案例逐条进行分析,为发承包各方提供了实用、有效的《发包人要求》编写方法。

四、合同价格形式与合同价格的法律风险防范

《房屋建筑和市政基础设施项目工程总承包管理办法》第十六条规定,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。《建设项目工程总承包合同(示范文本)》(GF-2020-0216)协议书部分规定,四、签约合同价与合同价格形式:合同价格形式为总价合同,除根据合同约定的在工程实施过程中需进行增减的款项外,合同价格不予调整,但合同当事人另有约定的除外。通用合同条件部分14.1合同价格形式规定,14.1.1除专用合同条件中另有约定外,本合同为总价合同,除根据第13条[变更与调整],以及合同中其它相关增减金额的约定进行调整外,合同价格不做调整。14.1.2除专用合同条件另有约定外:(3)价格清单列出的任何数量仅为估算的工作量,不得将其视为要求承包人实施的工程的实际或准确的工作量。在价格清单中列出的任何工作量和价格数据应仅限于变更和支付的参考资料,而不能用于其他目的。从上述规定可以看出,工程总承包项目一般采用

总价合同,除合同约定的变更与调整外,合同价格不做调整。同时承包人提供的价格清单仅作为估算的工作量,不得将其视为要求承包实际完成的工作量,因此实践中建设单位在竣工结算审核(审计)阶段,要求以价格清单为依据作为审减承包人完成工程量的依据,与工程总承包的规则是不相符的,勘察设计公司参与工程总承包项目时应予以高度关注。

五、变更与价格调整的法律风险防范

1.《建设项目工程总承包合同(示范文本)》(GF-2020-0216)不再直接约定变更的情形和范围,而是通过变更指示等程序要件界定变更;价格清单作为变更估价的依据。

《建设项目工程总承包合同(示范文本)》(GF-2020-0216)【第13条变更与调整】删除了关于变更范围的条款,明确变更指示应经发包人同意并由工程师发出,未经许可,承包人不得擅自对工程进行变更,承包人提出合理化建议的,应当经发包人审查批准并由工程师发出变更指示。即在新版合同条件下,不再列举和强调变更的情形和范围,更看重变更的程序要件,这也要求发承包双方在适用新版合同时,在履约过程中更应当注重书面变更指令的发出,发包人、承包商均应有针对性的加强并提升适应新版合同要求的变更管理能力。发\\包人及工程师应加强对变更指示管理和对承包人提出合理化建议的审查,确定是否属于变更。

同时《建设项目工程总承包合同(示范文本)》(GF-2020-0216)

1.1.1.8规定,价格清单:指构成合同文件组成部分的由承包人按发包人提供的项目清单规定的格式和要求填写并标明价格的清单。13.3.3.1规定,变更估价原则除专用合同条件另有约定外,变更估价按照本款约定处理:(1)合同中未包含价格清单,合同价格应按照所执行的变更工程的价格加利润调整;(2)合同中包含价格清单,合同价格按照如下规则调整:1)价格清单中有适用于变更工程项目的,应采用该项目的费率 and 价格;2)价格清单中没有适用但有类似于变更工程项目的,可在合理范围内参照类似项目的费率或价格;3)价格清单中没有适用也没有类似于变更工程项目的,该工程项目应按成本加利润原则调整适用新的费率或价格。根据上述规定,价格清单作为变更估价的依据。

2. 法律变化引起的价格调整。

《建设项目工程总承包合同(示范文本)》(GF-2020-0216)通用合同条件13.7法律变化引起的调整:13.7.1基准日期后,法律变化导致承包人在合同履行过程中所需要的费用发生除第13.8款[市场价格波动引起的调整]约定以外的增加时,由发包人承担由此增加的费用;减少时,应从合同价格中予以扣减。基准日期后,因法律变化造成工期延误时,工期应予以顺延。13.7.3因承包人原因造成工期延误,在工期延误期间出现法律变化的,由此增加的费用和(或)延误的工期由承包人承担。1.1.4.8基准日期:招标发包的工程以投标截止日前28天的日期为基准日期,直接发包的工程以合同订立日前28天的日期为基准日期。上述规定是工程总承包人依据法律变化引起的价格调整要求建设单位调整的合同依据。

3. 市场价格波动引起的价格调整。

《建设项目工程总承包合同(示范

文本)》(GF-2020-0216)通用合同条件13.8规定,市场价格波动引起的调整13.8.1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,双方按照合同约定的价格调整方式调整。13.8.2发\\包人与承包人在专用合同条件中约定采用《价格指数权重表》的,适用本项约定。13.8.2.1双方当事人可以将部分主要工程材料、工程设备、人工价格及其他双方认为应当根据市场价格调整的费用列入附件6[价格指数权重表],并根据以下公式计算差额并调整合同价格:13.8.2.1(4)承包人原因工期延误后的价格调整,因承包人原因未在约定的工期内竣工的,则对原约定竣工日期后继续施工的工程,在使用本款第(1)项价格调整公式时,应采用原约定竣工日期与实际竣工日期的两个价格指数中较低的一个作为当期价格指数。(5)发包人引起的工期延误后的价格调整。由于发包人原因未在约定的工期内竣工的,则对原约定竣工日期后继续施工的工程,在使用本款第(1)目价格调整公式时,应采用原约定竣工日期与实际竣工日期的两个价格指数中较高的一个作为当期价格指数。13.8.2.2未列入《价格指数权重表》的费用不因市场变化而调整。上述规定是工程总承包人对市场价格波动引起的价格调整要求建设单位调整的合同依据。需要特别注意的是未列入《价格指数权重表》的费用不因市场变化而调整。因此,勘察设计公司参与工程总承包项目时要特别关注《价格指数权重表》的约定。

六、竣工结算审计的法律风险防范

鉴于大部分房屋建筑和市政基础设施项目均由政府投资建设,因此建设单位往往在合同中约定竣工结算需经当地审计部门审计确定。司法实践中对工程总承包合同中约定有竣工结算需经当地审计部门审计确定的效力一般持肯定态度。如《江苏省高院关于审理建设工程合同纠纷案件若干问题的解答》第10条规定,当事人约定以行政审计、财政评审作为工程款结算依据的如何处理?当事人约定以行政审计、财政评审作为工程款结算依据的,按照约定处理。但行政审计、财政评审部门明确表示无法进行审计或者无正当理由长期未出具审计结论,当事人申请进行司法鉴定的,可以准许。在某EPC工程总承包合同纠纷一案中,法院也是依据审计部门作出审计报告进行进行的判决。案情简介:2011年11月,A公司作为发包人与某施工企业及案外人签订某液化天然气应急储配基地项目EPC工程总承包合同,工程于2013年8月1日竣工验收并备案。2016年1月,双方签订补充合同,约定最终结算价以昆明市审计局或其委托的审计单位作出审计报告为准。2016年3月31日审计结束。后某施工企业提起诉讼。法院审理过程中,依职权向昆明市审计局就涉案合同项下的工程造价发函进行调查,法院认为,双方明确约定最终结算价以昆明市审计局或其委托的审计单位作出审计报告为准,而审计也是造价审核的一种方式,故根据昆明市审计局回函确定的工程造价进行了判决。因此,勘察设计公司应当关注竣工结算以审计部门审计为准的约定是有效的,但如政审计、财政评审部门明确表示无法进行审计或者无正当理由长期未出具审计结论,承包人可以提起诉讼,依法申请司法鉴定。

(作者单位:上海市建纬律师事务所)

建筑法苑

主 编:何梦吉

本报建设法律

咨询服务工作室

联系电话:021-63212799

传 真:021-63210873

地 址:上海营口路588号18楼

邮 编:200433

E-mail:652016115@qq.com

联 系 人:何梦吉

