

建设工程

施工协议签订过程中的法律风险防范

二〇一四年十一月

前言

建设工程施工协议签订过程中，一般要经过招标、投标、定标这几种过程，形成招标文件、投标文件、中标通知书三个主要文件。中标通知书对招标人和中标人均具有法律效力。根据《中华人民共和国招标投标法》第四十六条：招标人和中标人应该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签订书面协议。招标人和中标人不得再行签订背离协议实质性内容的其他协议。由此，我们能够看出，从协议法角度分析，招标文件是要约邀请，投标文件是要约、中标通知书是承若，所以，根据协议法，中标通知书的发出就表达协议成立。但考虑我国老式观念和招标文件中有‘以签订正式协议书为协议成立’的约定，所以要十分注意建设工程施工协议的签订工作，维护本身权益，防范协议风险。

成也合约，败也合约

法律风险就在我们身边

辽宁省辽河中级人民法院 民事裁定书

(2014)辽河

原审上诉人（一审被告）：盘锦辽河油田建筑安装总公司（现为辽宁辽河油田泰利达公司），住所地盘锦市兴隆台区振兴街。

法定代表人赵长宏，该公司总经理。

委托代理人王平，男，辽河油田油气工程处干部。

原审被上诉人（一审原告）：盘锦恒久彩色装饰建材有限公司，住所地盘山县高升镇。法定代表人吴华，该公司董事长。

盘锦辽河油田建筑安装总公司（以下简称“辽河建安总公司”）与盘锦恒久彩色装饰建材有限公司（以下简称“恒久公司”）买卖合同纠纷一案，本院于2013年12月13日作出（2013）辽河民初字第1234号民事裁定，再审本案。本院依法另行组成合议庭，公开开庭审理了本案。原审上诉人辽河建安总公司的委托代理人王平到庭参加诉讼，原审被告恒久公司的法定代表人吴华经传票传唤，无正当理由拒不到庭，本案现已审理终结。

辽河油田法院查明，恒久公司与辽河建安总公司于2003年8月28日和2004年11月9日分别签订两份购销合同，由恒久公司提供塑钢窗、PVC窗和纱窗。两份购销合同不仅约定了具体的货物标的、数量、规格、型号、品牌、生产厂家、交货时间，而且还明确约定了结算方式、时间及地点。合同签订后，恒久公司履行了合同义务，及时为辽河建安总公司供货。后经双方验收，恒久公司共向辽河建安总公司提供总价款为人民币534000元的货物，为此恒久公司出具发票两张。同时，双方当事人合同履行期间，辽河建安总公司共计支付货款人民币351564.48元。现尚欠恒久公司货款人民币182435.52元。

一审法院审理后认为，双方当事人于2003年8月28日和2004年11月9日两次所签订的购销合同合法有效，双方应认真履行。恒久公司已按合同的约定提供了货物，辽河建安总公司应及时给付货款，现辽河



目 录

- 一、建设工程施工协议的概念及构成；
- 二、现行2023版施工协议的主要特点；
- 三、施工协议签订阶段的法律风险与防范；
- 四、施工协议审核流程的提议。

1.1、建设工程施工协议的概念

建设工程施工协议，是指发包人(建设单位、业主或总包单位)与承包人(施工单位)之间为完毕约定的建设工程项目，拟定双方权利和义务的协议。根据《中华人民共和国合同法》第二百六十九条的要求，建设工程协议涉及工程勘察协议、工程设计协议、工程施工协议。工程施工协议是建设工程协议的一种。

协议的最主要的使命就是以实现协议目的为目的，经过条文安排完毕对协议各方权利与义务的合理安排。

1.2、 建设工程施工协议的特点

①协议标的物的特殊性

首先，建筑产品的固定性和施工生产的流动性是区别于其他商品的根本特点；其次，是建筑产品的单体性和生产的单件性；再次，是一次性投资大。要求对建筑物的各类指标必须一一要求清楚。

1.2、建设工程施工协议的特点

②协议内容的多样性和复杂性

涉及主体复杂；项目复杂。要求协议条款必须详细、明确、完整。但基本内容、实质内容仅三大块：一是工期；二是质量；三是价款。

正当、公正、严密、可操作

1.3、建设工程施工协议的构成

四大部分

其中第一部分为《协议书》，对标的工程的概况、范围、工期、质量、价款、双方承诺等最基本的方面作出约定；第二部分为《通用条款》，是根据法律、行政法规及建设工程施工的需要签订的、通用于建设工程施工的条款。第三部分为《专用条款》，是发包人与承包人双方根据法律、法规的要求，结合详细工程实际，经协商一致达成一致意见的条款，是对通用条款的详细化、补充或修改。第四部分是三个附件：《承包人承揽工程项目一览表》、《发包人供给材料设备一览表》和《工程质量保修书》，是双方对这三个单项内容的尤其约定，也是整个施工协议的构成部分。

1.3、建设工程施工协议的构成

协议及附件

- (1) 招标文件
- (2) 投标书（涉及其附属文件）
- (3) 中标告知书
- (4) 协议（协议书、专用条款、通用条款）
- (5) 协议补充条款和协议
- (6) 质量保修协议书
- (7) 业主许可的施工组织设计
- (8) 图纸
- (9) 已标价工程量清单或预算书……

协议撤消权的行使期限为一年

2、2023版建设工程施工协议特点

■ 增长了九项新的协议管理制度

- (1) 双向担保制度；
- (2) 合理调价制度；
- (3) 缺陷责任期制度；
- (4) 工程系列保险制度；
- (5) 工程移交证书制度；
- (6) 索赔期限制度；
- (7) 双倍补偿制度；
- (8) 争议评审处理制度；
- (9) 约定与拟定制度。

2、2023版建设工程施工协议特点

◆ 调整完善了协议构造体系

(1) 协议构造体系更为完善，权利义务分配详细明确，有利于引导建筑市场健康有序发展；

(2) 建立了以监理人为施工管理和文件传递关键的协议体系，提升施工管理的合理性和科学性。

2、2023版建设工程施工协议特点

✓ 完善了协议价格类型，增长了暂估价要求

(1) 完善协议价格类型，适应工程计价模式发展和工程管理实践需要；

(2) 增长了暂估价的要求，要求了暂估价项目的操作程序。

2、2023版建设工程施工协议特点

◆ 愈加注重对发包人、承包人市场行为的引导、规范和权益平衡

(1) 注重协议文本的指导和指导作用，在通用协议条款和专用协议条款的设置上充分尊重发承包双方的意思自治；

(2) 增长了防范阴阳协议、违法转包、违法分包和挂靠的内容，有利于增进建筑市场的有序健康发展；

(3) 细化了暂停施工条款，有利于防止因工程暂停造成发包人和承包人双方权益受损；

愈加合理平衡发包人和承包人的权利义务

3、建设工程施工协议签订中的法律风险及其防范

- (一) 协议无效的法律风险及其防范
- (二) 黑白协议风险及其防范
- (三) 协议内容约定不清造成的风险及其防范
- (四) 约定协议价款及调整的风险及其防范
- (五) 签订协议失误有可能造成的其他风险及其防范

3.1、协议无效的法律风险及其防范

★认定无效详细情形

- 无资质或超越资质
- 借用资质
- 应招标而未招标或中标无效的
- 非法转包、违法分包
- 低于工程建设成本的工程项目的底签订的施工协议
- 违反工程建设强制性原则，任意压缩合理工期、降低工程质量标准的约定
- 发包人还未取得建设用地规划许可证、建设工程规划许可证等行政审批手续的
- “黑白协议”中黑协议无效或黑白协议都无效

3.1、协议无效的法律风险及其防范

案例一

2023年5月16日，某工程企业（下列简称为“承包人”）经竞标取得某大型住宅工程的施工承包权，然后以劳务分包的名义将工程施工协议转让给挂靠某建筑工程企业（下列简称为“被挂靠企业”）的另一施工企业（下列简称为“实际施工人”）。

在施工过程中，因为实际施工人力量单薄、管理能力有限等原因，时常拖欠材料款和人工工资，造成工程进度一度不能到达协议的要求。承包人为了按时保质地完毕建设工程，在不断督促实际施工人及时清偿有关债务无效的情况下，迫不得已为其垫付了部分材料款和人工工资，并为其部分材料采购提供了担保。致使承包人为实际施工人垫付材料款和人

3.1、协议无效的法律风险及其防范

案例一

在承包人屡次向实际施工人讨要多支付的款项未果的情况下，承包人无奈于2023年2月以被挂靠企业为被告提起欠款的诉讼。

在诉讼过程中，被挂靠企业提出的主要抗辩理由是：双方实系非法转包关系应属无效，要求法院因非法转包取得非法利益为由要求法院没收原告的非法所得，并以约定价款过低为由要求重新鉴定工程造价。

3.1、协议无效的法律风险及其防范

法律后果

案例的争议焦点主要是被挂靠企业所提出的抗辩理由是否有法律依据。详细可分为下列几点：

- 1) 承包人与被挂靠企业所签订的协议是否有效的问题。
- 2) 假如承包人与被挂靠企业所签订的协议是有效的，则被挂靠企业所要求重新鉴定工程价款是否有法律依据；假如承包人与被挂靠企业所签订的协议是无效的，则工程款价款怎样拟定。
- 3) 假如承包人与被挂靠企业所签订的协议是无效的，被挂靠企业要求法院没收承包人的非法所得是否有法律依据。

3.1、协议无效的法律风险及其防范

法律后果

1. 承包人与挂靠企业所签订的工程合同是无效合同，不具法律效力。
2. 施工承包合同被认定无效后的工程价款的拟定？
3. 施工合同被认定无效，法院没收承包人的非法所得是否有法律依据？

3.1、协议无效的法律风险及其防范

法律后果

1. 承包人与挂靠企业所签订的工程合同是无效合同，不具法律效力。

根据《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问题的解释》的第四条规定：“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。”本案例的承包人与被挂靠企业所签订的合同，其实质是非法转包合同，所以是无效合同。

3.1、协议无效的法律风险及其防范

法律后果

2. 施工承包合同被认定无效后的工程价款的确定？

根据《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问题的解释》的第二条规定：“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。”所以，本案因签订的是非法转包合同，所以是无效合同。如果确经工程竣工验收合格的，可以参照合同的约定来确定工程价款。

3.1、协议无效的法律风险及其防范

法律后果

3. 施工合同被认定无效，法院没收承包人的非法所得是否有法律依据？

《建筑法》第六十七条规定：“承包单位将承包的工程转包的，或者违反本法规定进行分包的，责令改正，没收违法所得，并处罚款，可以责令停业整顿，降低资质等级；情节严重的，吊销资质证书。”而在《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》中的第四条规定的更为明确。

本案所签订的非法转包合同是无效合同，人民法院是可以根据《民法通则》的规定，收缴当事人已经取得

3.1、协议无效的法律风险及其防范

协议无效风险的防范措施

- ①对发包方主体资格的审查：
- ②审查该工程是否必须依法招标：
- ③审查工程项目是否在本企业的资质范围之内：
- ④不得转包（**注意劳务分包协议的签订**）：
- ⑤工程分包须经过发包方书面同意，且应分包给有相应资质的施工单位。

建设工程应招标的项目及范围

- 大型基础设施、公用事业等关系社会公共利益、公众安全的项目；
- 全部或者部分使用国有资金投资或者国家融资的项目；
- 使用国际组织或者外国政府贷款、援助资金的项目；

以上内容仅为本文档的试下载部分，为可阅读页数的一半内容。如要下载或阅读全文，请访问：<https://d.book118.com/208020102002006140>