 建纬律师文库

房屋建筑 **和** 市政基础设施项目

工程总承包管理办法 理解与适用

主 编 朱树英
副主编 曹 珊 韩如波

 法律出版社
LAW PRESS · CHINA

图书在版编目(CIP)数据

房屋建筑和市政基础设施项目工程总承包管理办法理解与适用 / 朱树英主编. -- 北京 : 法律出版社, 2020
ISBN 978 - 7 - 5197 - 4404 - 5

I. ①房… II. ①朱… III. ①建筑工程—承包工程—法律—中国②市政工程—基础设施建设—承包工程—法律—中国 IV. ①D922.297

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2020)第 063448 号

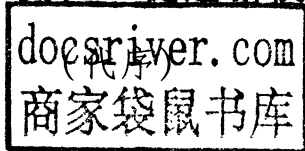
房屋建筑和市政基础设施项目工程总承包管理办法
理解与适用
FANGWU JIANZHU HE SHIZHENG JICHU SHESHI
XIANGMU GONGCHENG ZONGCHENGBAO GUANLI BANFA
LJIE YU SHIYONG

朱树英 主编

策划编辑 冯雨春
责任编辑 冯雨春 张颖
装帧设计 李瞻

编辑统筹 法律应用出版分社
开本 710 毫米×1000 毫米 1/16
印张 33.5
字数 550 千
版本 2020 年 5 月第 1 版
印次 2020 年 5 月第 1 次印刷

规范市场各主体责任 促进新模式健康发展



2019年12月23日住房和城乡建设部、国家发展改革委联合印发了《房屋建筑和市政基础设施项目工程总承包管理办法》(以下简称《管理办法》),自2020年3月1日起施行。

《管理办法》分为4章,包括总则、工程总承包项目的发包和承包、工程总承包项目实施、附则,共28条,主要内容涵盖了目前工程总承包市场所普遍关心和关注的问题,如工程总承包概念适用,更强调由市场主体结合项目特定情况选择是否适用工程总承包的施工组织实施方式,同时依据《政府投资条例》的规定,要求政府投资项目原则上在初步设计审批后进行工程总承包发包;在工程总承包发包方式及招标文件编制上,完善了工程总承包项目招标文件的主要内容和业主应在招标前完成前期工作的要求;在工程总承包单位的资质资格条件方面,基于工程承包模式与设计施工深度融合的高效特征,强调应具备相应的设计和施工资质,并对设计施工资质相互申请作出了鼓励和引导规定;在工程总承包的风险分配方面,结合国内工程总承包发展的需要,强调合理分配风险,并列出了由发包人承担风险的5种具体情形;在工程总承包合同价格形式方面,区分了政府投资项目和企业投资项目,可以根据项目实际情况采取适宜的计价方式,同时基于工程总承包项目固定总价的国际惯例,强调采用总价合同的,除合同约定可以调整的情形外,合同总价一般不予调整;在工程总承包的项目管理方面,更强调总承包单位的项目管理机构、制度和体系、能力建设的要求,同时明确了工程总承包项目经理应具备的条件,并对项目经理在其他工程总承包项目或施工总承包项目任项目负责人的限制作出了明确规定;在工程总承包单位的分包方式上,结合招标投标法律

规定,明确除暂估价以外项目总承包单位可以采取直接发包的方式进行分包;在工程总承包的质量安全工期责任方面,基于工程总承包负总责的角度,明确了工程总承包商的质量、安全、工期责任并强调分包不免除总承包商的责任;同时根据工程总承包项目监督管理的需要,明确了工程总承包单位及项目经理的法律责任。

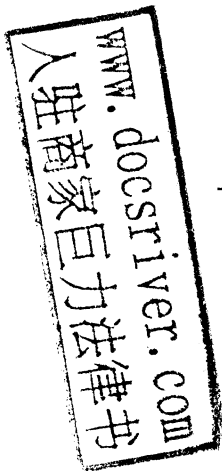
《管理办法》出台有效规范和统一了目前地方工程总承包的政策性文件在工程总承包发包阶段、资质要求、联合体投标、计价方式、关于前期设计服务企业是否可以参加工程总承包招标、工程总承包的再发包、发承包双方风险分配、工程总承包项目固定总价的审价与审计等方面规定不健全或冲突的问题。《管理办法》的落地将极大地促进我国工程总承包实践的规范化,为走出国门适用“一带一路”国家战略实施,提升国内企业工程总承包项目管理和风险管理能力,促进工程总承包的健康发展有着积极的意义。

《管理办法》制定历时2年多的时间,2017年7月25日国务院住建部市场监督管理司设计处委托中国石油和化工勘察设计协会召开了“关于进一步推进房屋建筑、市政行业工程总承包专题研究启动会”,会议确定由上海市建纬律师事务所负责《房屋建筑和市政基础设施工程总承包管理办法(草案)》的起草工作。2017年7月26日,建纬事务所组建了《房屋建筑和市政基础设施工程总承包管理办法(草案)》的起草课题组,由我担任组长、副主任曹珊和主任助理韩如波任副组长,建纬总所部分高级合伙人和13家分所的相关有工程专业资格和背景的合伙人或资深律师共57人参加。课题组分8个小组,组长分别由总所主任、副主任、主任助理和有关分所主任担任。同时课题组成立了立法调研小组,对工程总承包目前国内法律、法规、政策性文件的规定及制定工程总承包统一立法的必要性进行初步立法调研。2017年9月4日,课题组向住建部市场司提交了《房屋建筑和市政基础设施工程总承包管理办法(草案)》初稿,草案共9章71条,分别为:总则(4条)、一般规定(7条)、工程总承包的发包(15条)、工程总承包的再发包和专业分包(7条)、合同备案与施工许可管理(9条)、合同履行(7条)、监督管理(9条)、法律责任(10条)、附则(3条)。经过对草案的多次研讨论证,2017年11月26日住建部公开了《房屋建筑和市政基础设施项目工程总承包管理办法(征求意见稿)》,在征求社会各界意见后进一步完善,并经住建部或国家发改委共同讨论,于

2019年5月17日住房和城乡建设部、国务院发展管理委员会联合发布《房屋建筑和市政基础设施项目工程总承包管理办法(征求意见稿)》,又经过多次的专家讨论完善,于2019年12月23日《房屋建筑和市政基础设施项目工程总承包管理办法》正式发布。

在起草上述《管理办法》的同时,上海市建纬律师事务所就《房屋建筑和市政基础设施项目工程总承包管理办法理解与适用》的编写工作一直与《管理办法》的起草、讨论、修订同步进行,编写小组于2018年1月2日启动编写工作,其间先后于2018年5月、2018年7月、2019年6月、2019年9月等多次全面修订,在《管理办法》正式发布后,编写组立即又于2020年1月和2020年3月进行了2次全面细致修订工作,有20多名专业律师参与期间编写和修订工作,经过全体编写律师的不懈努力,最终就《管理办法》每个条款共有5个部分,包括:条文主旨、条文解析、理解与适用、实践中注意的问题、案例评析的体系。在对每个条款进行解析基础上,辅之以实践中注意问题和案例评析,本书是一本非常实用的,切实贴近工程总承包实践的指导用书,也可以作为工程总承包项目实战管理和监督管理的辅导用书。

因工程总承包模式在国内尚处于培育和推广阶段,加之水平有限,难免有疏漏之处,敬请各界同仁批评指正。



朱树英

上海市建纬律师事务所主任

2020年3月于上海

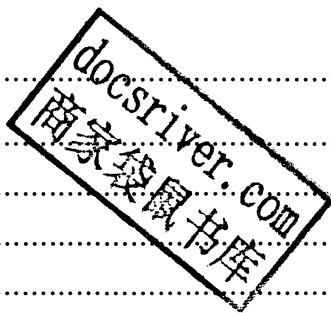
目 录

第一部分 | 文本及导读

住房和城乡建设部、国家发展改革委关于印发《房屋建筑和市政基础设施项目工程总承包管理办法》的通知(建市规[2019]12号 2019年12月23日)	003
助力工程总承包规范化发展驶上快车道	009
——解读《管理办法》的五大核心内容和七大关注亮点	

第二部分 | 条文解析及适用

第一章 总 则	025
第一条 【制定目的和制定依据】	025
【条文主旨】	025
【条文解析】	025
【理解与适用】	025
一、规范房屋建筑和市政基础设施项目工程总承包活动是制定《管理办法》的立足点	025
二、提升工程建设质量和效益是制定《管理办法》的根本目的	031
三、《管理办法》的效力层级为规范性文件	033
四、制定《管理办法》的主要依据	035



五、《管理办法》由住建部与发改委联合制定	035
【实践中应注意的问题】	036
一、《管理办法》之民事司法适用	036
二、《管理办法》在行政案件中的适用	037
【案例评析】	038
第二条 【适用范围】	041
【条文主旨】	041
【条文解析】	041
【理解与适用】	042
一、对《管理办法》适用范围中“房屋建筑工程”和“市政基础设施工程”的理解	042
二、《管理办法》适用于房屋建筑和市政基础设施项目工程总承包活动	043
三、《管理办法》同时适用于房屋建筑和市政基础设施项目工程总承包活动的监督管理	046
【实践中应注意的问题】	048
【案例评析】	050
第三条 【工程总承包的定义】	063
【条文主旨】	063
【条文解析】	063
【理解与适用】	064
一、上位法对于工程总承包的规定	064
二、《管理办法》中工程总承包范围的定义未包括勘察阶段	064
三、《管理办法》所定义的工程总承包范围应当包含设计、施工两个阶段,主要包括设计、采购、施工总承包和设计、施工总承包等形式	065
四、《管理办法》要求工程总承包单位对质量、安全、工期、造价所负的全面责任	068
【实践中应注意的问题】	070

	【案例评析】	071
第四条	【工程总承包的基本原则】	075
	【条文主旨】	076
	【条文解析】	076
	【理解与适用】	076
	一、对合法、公平、诚实守信原则的理解	076
	二、对合理分担风险原则的理解	077
	三、对保证工程质量和安全原则的理解	077
	四、对节约能源与保护生态环境原则的理解	079
	【实践中应注意的问题】	080
	【案例评析】	081
第五条	【行政主管部门的监督管理职责】	088
	【条文主旨】	088
	【条文解析】	088
	【理解与适用】	089
	一、关于住房和城乡建设部及县级以上住房城乡建设主管部门 享有监督管理权的依据	089
	二、关于住房和城乡建设部及县级以上住房城乡建设主管部门 享有监督管理权的范围	089
	三、关于国务院发展改革部门及县级以上地方人民政府投资主 管部门负有监督管理职责的依据	090
	【实践中应注意的问题】	091
	【案例评析】	092
第二章	工程总承包项目的发包和承包	097
第六条	【工程总承包方式的适用项目】	097
	【条文主旨】	097
	【条文解析】	097
	【理解与适用】	098

一、项目具体情况及建设单位自身的管理能力是建设单位确定是否采用工程总承包模式的重要考虑因素	098
二、对于适合采用工程总承包的项目类型,政策法规已有指引性的规定,对此建设单位可以结合实际情况进行参考	100
【实践中应注意的问题】	101
一、对于企业投资项目,在项目核准或者备案或者之前的阶段即可以进行建设内容是否明确、技术方案是否成熟的研判	102
二、对于政府投资项目,在项目初步设计或者之前的阶段即可以进行建设内容是否明确、技术方案是否成熟的研判	102
【案例评析】	103
第七条 【工程总承包发包前应当完成的程序和条件】	109
【条文主旨】	109
【条文解析】	109
【理解与适用】	110
一、理解本条规定的前提是理解我国建设工程体制中政府投资与企业投资两大类型的区别,并厘清投资审批制度中“审批”“核准”“备案”三者适用的差异	110
二、建设工程项目“审批”“核准”“备案”程序的相关要求	112
【实践中应注意的问题】	118
一、对于政府投资项目应严格按照《政府投资条例》规定在初步设计完成后发包	118
二、对于企业投资项目虽无法律明确限制,仍应审慎判断,在具备实质发包条件后再行发包	120
三、对于政府采用投资补助、贷款贴息方式投资的项目采用工程总承包模式时,不应作为政府投资项目对待	120
【案例评析】	121
第八条 【发包方式】	123
【条文主旨】	123
【条文解析】	124

【理解与适用】	125
一、依法必须招标的项目	125
二、可以不进行招标的项目	126
【实践中应注意的问题】	127
【案例评析】	129
第九条 【发包人编制招标文件应有的主要内容】	134
【条文主旨】	135
【条文解析】	136
【理解与适用】	138
一、“发包人要求”即合同目的,必须达到双方能对工程范围及 工程风险具有明确认知的要求	138
二、工程总承包模式下“建设单位提供的资料和条件”的过错责 任有别于施工总承包模式	139
【实践中应注意的问题】	141
一、“发包人要求”过于简洁概括	141
二、建设单位提供的基础资料和前期条件应尽可能地准确、详细	142
【案例评析】	142
第十条 【工程总承包单位的主体资格要求一】	147
【条文主旨】	148
【条文解析】	148
【理解与适用】	149
一、工程总承包单位的资质要求	149
二、工程总承包单位的履约能力要求	151
三、联合体作为工程总承包单位的,联合体各方对整个工程总 承包项目承担连带责任	152
【实践中应注意的问题】	156
一、关于工程总承包单位的资质及能力考察问题	156
二、关于工程总承包联合体在实践中的问题	157
【案例评析】	161

第十一条 【工程总承包单位的主体资格要求二】	171
【条文主旨】	171
【条文解析】	171
【理解与适用】	173
一、民法角度对“自己代理”行为之禁止和例外	173
二、行政法角度对可能影响招投标公正性的行为之禁止	174
【实践中应注意的问题】	176
【案例评析】	177
第十二条 【设计施工资质互认的依据】	186
【条文主旨】	186
【条文解析】	187
【理解与适用】	188
一、条文的适用范围	188
二、条文与现有规范的关系	189
三、施工总承包特级资质施工单位申请工程设计资质的特殊 规定	191
四、条文中“相应类别”的理解	193
五、工程总承包业绩的认定	196
【实践中应注意的问题】	198
第十三条 【编制投标文件的时间】	198
【条文主旨】	199
【条文解析】	200
【理解与适用】	202
一、区分是否属于依法必须招标的项目是本条适用的前提	202
二、工程总承包项目的复杂程度、风险承担机制、现场条件等 因素对本条适用的影响	203
三、招标人是否对招标文件进行澄清或修改对本条适用的影 响	204
四、投标人或其他利害关系人对招标文件提出异议,乃至向	

	行政监督部门投诉对本条适用的影响	205
	【实践中应注意的问题】	208
	一、建议招标人在招标文件中明确投标人提出疑问或要求澄清,以及提出异议的截止时间	208
	二、建设单位对于依法必须招标的工程总承包项目在招标投标活动中违反本条的后果	208
	【案例评析】	209
第十四条	【评标委员会的组成】	212
	【条文主旨】	212
	【条文解析】	213
	【理解与适用】	214
	一、是否为依法必须招标的项目对工程总承包项目评标委员会组成方式的影响	214
	二、不得担任工程总承包项目评标委员会成员的情形	219
	三、违法组成评标委员会的情形及后果	222
	【实践中应注意的问题】	223
	一、非必须招标的项目,招标人未按法律法规相关规定组建评标委员会是否要承担相应法律责任	223
	二、评标专家的抽取及通知时间	224
第十五条	【工程总承包的风险分担及建设单位承担的主要风险】	224
	【条文主旨】	225
	【条文解析】	225
	【理解与适用】	226
	【实践中应注意的问题】	231
	【案例评析】	233
第十六条	【工程总承包的合同价格形式、计量规则和计价方法】	245
	【条文主旨】	245
	【条文解析】	246
	【理解与适用】	246

【实践中应注意的问题】	250
【案例评析】	251
第三章 工程总承包项目实施	266
第十七条 【建设单位的项目管理】	266
【条文主旨】	266
【条文解析】	266
【理解与适用】	267
一、关于建设单位的项目管理权利和义务	267
二、工程总承包项目管理主体及范围	268
三、项目管理单位与建设单位、工程总承包单位之间的法律 关系	269
【实践中应注意的问题】	270
一、建设单位委托项目管理单位的工作包括全过程管理和分 阶段管理	270
二、项目管理单位的资质	270
三、建设单位委托项目管理单位进行工程总承包全过程项目 管理的委托方式	271
四、项目管理单位不得在同一工程同时从事工程承包业务	271
【案例评析】	272
第十八条 【工程总承包企业的组织机构、管理制度和综合管理能力 要求】	282
【条文主旨】	282
【条文解析】	283
【理解与适用】	284
一、工程总承包企业应改革和完善自身的组织机构	284
二、工程总承包企业应加强工程总承包项目管理体系建设	285
三、工程总承包企业应形成工程总承包综合管理能力	286
【实践中应注意的问题】	290

	【案例评析】	290
第十九条	【项目管理机构的设置及管理措施】	296
	【条文主旨】	297
	【条文解析】	297
	【理解与适用】	298
	一、项目管理机构在项目实施过程中的管理措施	298
	二、项目管理机构的设置及人员配置	301
	【实践中应注意的问题】	303
	一、工程总承包企业应当提升综合管理能力,重视项目管理 机构的设置和专业人员的配置工作	303
	二、工程总承包企业应当加强重视对分包单位的管理	304
	【案例评析】	304
第二十条	【项目经理任职条件和限制】	308
	【条文主旨】	308
	【条文解析】	309
	【理解与适用】	309
	一、担任工程总承包项目经理的基本要求	310
	二、关于担任工程总承包项目经理应具备条件的具体要求	311
	三、对工程总承包项目经理多点任职的限制	316
	【实践中应注意的问题】	317
	一、《管理办法》效力层级较低	317
	二、各项目参与方应在工程实践中结合自身角色,在本条规 定的指导下采取合理的应对措施	317
第二十一条	【工程总承包单位的分包方式】	320
	【条文主旨】	320
	【条文解析】	321
	【理解与适用】	321
	【实践中应注意的问题】	323
	一、总承包范围内的设计部分或施工部分全部或主体部分	

工程总承包单位不得分包	323
二、工程总承包单位自愿采用招标方式分包的,应受到招标投标相关法律法规的约束	324
三、工程总承包的发包人(建设单位)在进行工程总承包发包时,建议考虑其中所包含的暂估价工程分包未来的招标主体问题,并在工程总承包招标文件中予以明确	324
四、建议在工程总承包招投标阶段明确暂估价招标评标方式及暂估价工程主要合同条件	325
五、暂估价项目属于依法必须招标的项目时,工程总承包商若不参加投标则无权具体实施该部分工程,只能行使总包管理权	325
六、无论工程总承包的分包采用何种方式,工程总承包单位和分包单位就分包工程对建设单位承担连带责任	326
七、存在建设单位指定工程总承包项目分包商的风险	326
八、暂估价部分达到法定必须招标标准,而未进行招标的,应承担相应的行政处罚责任	327
【案例评析】	328
第二十二条 【工程总承包项目的质量责任】	334
【条文主旨】	335
【条文解析】	335
【理解与适用】	335
一、建设单位应当对工程总承包项目的质量负首要责任	335
二、工程总承包单位应当对其承包的全部建设工程质量负责,分包单位对其分包工程的质量负有不可推卸的责任,分包不免除工程总承包单位对全部建设工程所负的质量责任	337
三、工程总承包单位与工程总承包项目经理应就工程质量承担终身责任	339
【实践中应注意的问题】	340

	【案例评析】	341
第二十三条	【工程总承包项目的安全责任】	354
	【条文主旨】	354
	【条文解析】	355
	【理解与适用】	356
	一、工程总承包模式下建设单位的安全生产责任	356
	二、工程总承包单位的安全生产责任	356
	三、工程总承包模式下,分包单位的安全生产责任	357
	【实践中应注意的问题】	358
	【案例评析】	358
第二十四条	【工程总承包项目的工期责任】	371
	【条文主旨】	371
	【条文解析】	372
	【理解与适用】	372
	一、建设单位不得设置不合理工期,且不得压缩合理工期	372
	二、工程总承包单位对工期全面负责	375
	三、工程总承包单位应当对项目总进度和各阶段的进度进 行管理,通过设计、采购、施工、试运行各阶段的协调、 配合与合理交叉,科学制定、实施、控制进度计划,确保 工程按期竣工	376
	【实践中应注意的问题】	376
	一、关于建设单位应承担的工期责任	376
	二、关于压缩合理工期对合同效力的影响	377
	三、工程总承包模式下竣工日期的确定	378
	【案例评析】	380
第二十五条	【保修责任】	384
	【条文主旨】	384
	【条文解析】	385

【理解与适用】	386
一、保修责任的承担主体是工程总承包单位	386
二、工程总承包单位应在法律法规规定和合同约定的范围 内承担保修责任	387
三、工程总承包单位在保修期内承担保修责任	388
四、不论工程总承包单位与分包商之间对保修责任作了何 种约定,均不能免除工程总承包单位对建设单位承担 的保修责任	390
【实践中应注意的问题】	391
一、工程总承包单位不具有规定要求的承包商资质不能免 除其保修义务的承担	391
二、工程总承包单位应结合实际情况及其与建设单位签订 的工程保修书来签订其与分包单位之间的工程保修书	391
三、厘清工程总承包单位与施工单位在保修范围、保修义 务、保修费用及损害赔偿责任的差别	392
四、保修期届满后,工程总承包单位或仍需承担工程质量 赔偿责任	393
【案例评析】	394
第二十六条 【工程总承包项目管理的要求】	404
【条文主旨】	404
【条文解析】	404
【理解与适用】	406
一、条文与现有规范的关系	406
二、工程总承包项目管理的要求	407
三、工程总承包模式的政府投资项目的资金安排	408
四、工程总承包项目垫资的法律后果	410
五、政府投资项目建设投资变动的问题	413
【实践中应注意的问题】	414
一、对垫资定义不明,实务中往往存在争议,工程总承包人	

应当合理评估自身能力后合理投标缔约	414
二、禁止垫资条款与 PPP 模式并不冲突	415
【案例评析】	416
第二十七条 【法律责任】	418
【条文主旨】	418
【条文解析】	419
【理解与适用】	420
一、工程总承包单位及其项目经理的行政法律责任	420
二、本条款规定的法律责任还包括民事法律责任和刑事法 律责任	431
【实践中应注意的问题】	435
【案例评析】	437
 第四章 附 则	442
第二十八条 【施行时间】	442
【条文主旨】	442
【条文解析】	442
【理解与适用】	442
一、关于本《管理办法》的施行时间	442
二、关于本《管理办法》与之前有关规定的关系	443

第三部分 | 新旧衔接及企业应对

《工程总承包管理办法》实施后的法律变化和企业应对	447
住建部、国家发改委《房屋建筑和市政基础设施项目工程总承包管理办 法》与原铁道部《铁路建设项目工程总承包办法》、交通运输部《公路 工程设计施工总承包管理办法》的比较	462

附 录 | 政策法规

一、住房和城乡建设部《关于进一步推进工程总承包发展的若干意见》 (建市〔2016〕93号 2016年5月20日)	493
二、国务院办公厅《关于促进建筑业持续健康发展的意见》(国办发 〔2017〕19号 2017年2月21日)	496
三、住房和城乡建设部《关于工程总承包项目和政府采购工程建设项目 办理施工许可手续有关事项的通知》(建办市〔2017〕46号 2017年 7月13日)	502
四、《公路工程设计施工总承包管理办法》(中华人民共和国交通运输部 令2015年第10号 2015年7月1日)	503
五、《铁路建设项目工程总承包办法》(铁建设〔2006〕221号 2006年12 月10日)	508
后 记	514

PART

1



第一部分

文本及导读

住房和城乡建设部、国家发展改革委关于印发 《房屋建筑和市政基础设施项目工程 总承包管理办法》的通知

(建市规〔2019〕12号 2019年12月23日)



各省、自治区住房和城乡建设厅、发展改革委,直辖市住房和城乡建设(管)委、发展改革委,北京市规划和自然资源委,新疆生产建设兵团住房和城乡建设局、发展改革委,计划单列市住房和城乡建设局、发展改革委:

为贯彻落实《中共中央国务院关于进一步加强城市规划建设管理工作的若干意见》和《国务院办公厅关于促进建筑业持续健康发展的意见》(国办发〔2017〕19号),住房和城乡建设部、国家发展改革委制定了《房屋建筑和市政基础设施项目工程总承包管理办法》。现印发给你们,请结合本地区实际,认真贯彻执行。

中华人民共和国住房和城乡建设部
中华人民共和国国家发展和改革委员会
2019年12月23日

房屋建筑和市政基础设施项目工程总承包管理办法

第一章 总 则

第一条 为规范房屋建筑和市政基础设施项目工程总承包活动,提升工程建

设质量和效益,根据相关法律法规,制定本办法。

第二条 从事房屋建筑和市政基础设施项目工程总承包活动,实施对房屋建筑和市政基础设施项目工程总承包活动的监督管理,适用本办法。

第三条 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。

第四条 工程总承包活动应当遵循合法、公平、诚实守信的原则,合理分担风险,保证工程质量和安全,节约能源,保护生态环境,不得损害社会公共利益和他人合法权益。

第五条 国务院住房和城乡建设主管部门对全国房屋建筑和市政基础设施项目工程总承包活动实施监督管理。国务院发展改革部门依据固定资产投资建设管理的相关法律法规履行相应的管理职责。

县级以上地方人民政府住房和城乡建设主管部门负责本行政区域内房屋建筑和市政基础设施项目工程总承包(以下简称工程总承包)活动的监督管理。县级以上地方人民政府发展改革部门依据固定资产投资建设管理的相关法律法规在本行政区域内履行相应的管理职责。

第二章 工程总承包项目的发包和承包

第六条 建设单位应当根据项目情况和自身管理能力等,合理选择工程建设组织实施方式。

建设内容明确、技术方案成熟的项目,适宜采用工程总承包方式。

第七条 建设单位应当在发包前完成项目审批、核准或者备案程序。采用工程总承包方式的企业投资项目,应当在核准或者备案后进行工程总承包项目发包。采用工程总承包方式的政府投资项目,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;其中,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。

第八条 建设单位依法采用招标或者直接发包等方式选择工程总承包单位。工程总承包项目范围内的设计、采购或者施工中,有任一项属于依法必须进

行招标的项目范围且达到国家规定规模标准的,应当采用招标的方式选择工程总承包单位。

第九条 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:

- (一) 投标人须知;
- (二) 评标办法和标准;
- (三) 拟签订合同的主要条款;

(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;

(五) 建设单位提供的资料和条件,包括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;

- (六) 投标文件格式;
- (七) 要求投标人提交的其他材料。

建设单位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;对于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。

推荐使用由住房和城乡建设部会同有关部门制定的工程总承包合同示范文本。

第十条 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。

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。

第十一条 工程总承包单位不得是工程总承包项目的代建单位、项目管理单位、监理单位、造价咨询单位、招标代理单位。

政府投资项目的项目建议书、可行性研究报告、初步设计文件编制单位及其

评估单位,一般不得成为该项目的工程总承包单位。政府投资项目招标人公开已经完成的项目建议书、可行性研究报告、初步设计文件的,上述单位可以参与该工程总承包项目的投标,经依法评标、定标,成为工程总承包单位。

第十二条 鼓励设计单位申请取得施工资质,已取得工程设计综合资质、行业甲级资质、建筑工程专业甲级资质的单位,可以直接申请相应类别施工总承包一级资质。鼓励施工单位申请取得工程设计资质,具有一级及以上施工总承包资质的单位可以直接申请相应类别的工程设计甲级资质。完成的相应规模工程总承包业绩可以作为设计、施工业绩申报。

第十三条 建设单位应当依法确定投标人编制工程总承包项目投标文件所需要的合理时间。

第十四条 评标委员会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。

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。

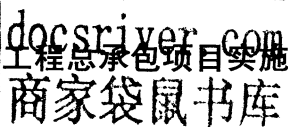
鼓励建设单位和工程总承包单位运用保险手段增强防范风险能力。

第十六条 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。

建设单位和工程总承包单位可以在合同中约定工程总承包计量规则和计价方法。

依法必须进行招标的项目,合同价格应当在充分竞争的基础上合理确定。

第三章



第十七条 建设单位根据自身资源和能力,可以自行对工程总承包项目进行管理,也可以委托勘察设计单位、代建单位等项目管理单位,赋予相应权利,依照合同对工程总承包项目进行管理。

第十八条 工程总承包单位应当建立与工程总承包相适应的组织机构和管理制度,形成项目设计、采购、施工、试运行管理以及质量、安全、工期、造价、节约能源和生态环境保护管理等工程总承包综合管理能力。

第十九条 工程总承包单位应当设立项目管理机构,设置项目经理,配备相应管理人员,加强设计、采购与施工的协调,完善和优化设计,改进施工方案,实现对工程总承包项目的有效管理控制。

第二十条 工程总承包项目经理应当具备下列条件:

(一)取得相应工程建设类注册执业资格,包括注册建筑师、勘察设计注册工程师、注册建造师或者注册监理工程师等;未实施注册执业资格的,取得高级专业技术职称;

(二)担任过与拟建项目相类似的工程总承包项目经理、设计项目负责人、施工项目负责人或者项目总监理工程师;

(三)熟悉工程技术和工程总承包项目管理知识以及相关法律法规、标准规范;

(四)具有较强的组织协调能力和良好的职业道德。

工程总承包项目经理不得同时在两个或者两个以上工程项目担任工程总承包项目经理、施工项目负责人。

第二十一条 工程总承包单位可以采用直接发包的方式进行分包。但以暂估价形式包括在总承包范围内的工程、货物、服务分包时,属于依法必须进行招标的项目范围且达到国家规定规模标准的,应当依法招标。

第二十二条 建设单位不得迫使工程总承包单位以低于成本的价格竞标,不得明示或者暗示工程总承包单位违反工程建设强制性标准、降低建设工程质量,不得明示或者暗示工程总承包单位使用不合格的建筑材料、建筑构配件和设备。

工程总承包单位应当对其承包的全部建设工程质量负责,分包单位对其分包工程的质量负责,分包不免除工程总承包单位对其承包的全部建设工程所负的质量责任。

工程总承包单位、工程总承包项目经理依法承担质量终身责任。

第二十三条 建设单位不得对工程总承包单位提出不符合建设工程安全生产法律、法规和强制性标准规定的要求,不得明示或者暗示工程总承包单位购买、租赁、使用不符合安全施工要求的安全防护用具、机械设备、施工机具及配件、消防设施和器材。

工程总承包单位对承包范围内工程的安全生产负总责。分包单位应当服从工程总承包单位的安全生产管理,分包单位不服从管理导致生产安全事故的,由分包单位承担主要责任,分包不免除工程总承包单位的安全责任。

第二十四条 建设单位不得设置不合理工期,不得任意压缩合理工期。

工程总承包单位应当依据合同对工期全面负责,对项目总进度和各阶段的进度进行控制管理,确保工程按期竣工。

第二十五条 工程保修书由建设单位与工程总承包单位签署,保修期内工程总承包单位应当根据法律法规规定以及合同约定承担保修责任,工程总承包单位不得以其与分包单位之间保修责任划分而拒绝履行保修责任。

第二十六条 建设单位和工程总承包单位应当加强设计、施工等环节管理,确保建设地点、建设规模、建设内容等项目审批、核准、备案要求。

政府投资项目所需资金应当按照国家有关规定确保落实到位,不得由工程总承包单位或者分包单位垫资建设。政府投资项目建设投资原则上不得超过经核定的投资概算。

第二十七条 工程总承包单位和工程总承包项目经理在设计、施工活动中有转包违法分包等违法违规行为或者造成工程质量安全事故的,按照法律法规对设计、施工单位及其项目负责人相同违法违规行为的规定追究责任。

第四章 附 则

第二十八条 本办法自2020年3月1日起施行。

助力工程总承包规范化发展驶上快车道

——解读《管理办法》的五大核心内容和七大关注亮点

www.docsriver.com
人驻商家巨力法律书

住房和城乡建设部、国家发展改革委联合印发《房屋建筑和市政基础设施项目工程总承包管理办法》(以下简称《管理办法》),自2020年3月1日起施行。《管理办法》的制定酝酿已久。早在2016年2月,中共中央、国务院即印发《关于进一步加强城市规划建设管理工作的若干意见》,明确提出深化建设项目组织实施方式改革,推广工程总承包制。2017年2月国务院办公厅印发《关于促进建筑业持续健康发展的意见》(国办发〔2017〕19号),再次提出要加快推行工程总承包。据此,住建部市场监管司组织专家力量起草了《房屋建筑和市政基础设施项目工程总承包管理办法》,会同国家发改委一同论证颁布。

《管理办法》的出台,符合党和国家对工程总承包事业发展的要求,符合我国“一带一路”国家发展政策的根本需求,推动解决工程总承包已有政策与实践之间的诸多问题,利于统一解决国内各地方关于工程总承包的政策性规定存在的矛盾冲突。总体上讲,《管理办法》的落地将极大地促进我国工程总承包实践的规范化,为促进工程总承包的健康发展有着积极的意义。

一、聚焦《管理办法》五大核心内容

《管理办法》分为4章,包括总则、工程总承包项目的发包和承包、工程总承包项目实施、附则,共28条,主要规定了五大核心内容:

(一)明确了工程总承包范围

《管理办法》的适用范围为房屋建筑和市政基础设施项目工程总承包活动及其监督管理,工程总承包范围为设计、采购、施工或者设计、施工等阶段总承包,工

程总承包单位对质量、安全、工期和造价等全面负责。

(二) 明确了工程总承包项目发包和承包的要求

《管理办法》规定,建设单位应当根据项目情况和自身管理能力等,合理选择工程建设组织实施方式,建设内容明确、技术方案成熟的项目。采用工程总承包方式的企业投资项目,应当在核准或者备案后进行工程总承包项目发包;采用工程总承包方式的政府投资项目,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。企业投资项目的工程总承包宜采用总价合同,建设单位和工程总承包单位应当加强风险管理,并在合同中合理约定风险分担内容。

(三) 明确了工程总承包单位条件

《管理办法》要求,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项目管理能力、财务和风险承担能力,以及与发包工程相类似的设计、施工或者工程总承包业绩。

为促进设计与施工融合,培育具有工程总承包能力的企业,鼓励设计单位申请取得施工资质,鼓励施工单位申请取得工程设计资质。已取得工程设计综合资质、行业甲级资质、建筑工程专业甲级资质的单位,可以直接申请相应类别施工总承包一级资质,具有一级及以上施工总承包资质的单位可以直接申请相应类别的工程设计甲级资质,完成的相应规模工程总承包业绩可以作为设计、施工业绩申报。

(四) 明确了工程总承包项目实施要求

《管理办法》规定,建设单位可以委托勘察设计单位、代建单位等项目管理单位,对工程总承包项目进行管理。工程总承包单位应当具有工程总承包综合管理能力,设立专业性项目管理组织,配备相应专门技术人员,加强设计、采购与施工的协调。政府投资项目所需资金应当按照国家有关规定确保落实到位,不得由工程总承包单位或者分包单位垫资建设,政府投资项目原则上不得超过经核定的投资概算。

(五) 明确了工程总承包单位的责任

《管理办法》要求,工程总承包单位应当对其承包的全部工程质量、安全、工期和造价全面负责,分包不免除其责任。工程总承包单位、工程总承包项目经理依

法承担质量终身责任。

二、盘点《管理办法》七大关注亮点

亮点一：落实“总包负总责”的制度

《建筑法》规定,建筑工程总承包单位按照总承包合同的约定对建设单位负责;分包单位按照分包合同的约定对总承包单位负责。总承包单位和分包单位就分包工程对建设单位承担连带责任。《建设工程质量管理条例》进一步规定,建设工程实行总承包的,总承包单位应当对全部建设工程质量负责;建设工程勘察、设计、施工、设备采购中的一项或者多项实行总承包的,总承包单位应当对其承包的建设工程的质量负责。总承包单位依法将建设工程分包给其他单位的,总承包单位与分包单位对分包工程的质量承担连带责任。《建设工程安全生产管理条例》也有类似规定。而《管理办法》第3条规定,总承包单位对工程的质量、安全、工期和造价等全面负责。该条规定就是落实前述法律法规规定的“总包负总责”的制度。结合上位法的规定和实践中工程总承包所体现的问题,《管理办法》还通过以下条款进一步落实该制度。

质量方面,第22条规定,“建设单位不得迫使工程总承包单位以低于成本的价格竞标,不得明示或者暗示工程总承包单位违反工程建设强制性标准、降低建设工程质量,不得明示或者暗示工程总承包单位使用不合格的建筑材料、建筑构配件和设备。工程总承包单位应当对其承包的全部建设工程质量负责,分包单位对其分包工程的质量负责,分包不免除工程总承包单位对其承包的全部建设工程所负的质量责任。工程总承包单位、工程总承包项目经理依法承担质量终身责任”。

安全方面,第23条规定,“建设单位不得对工程总承包单位提出不符合建设工程安全生产法律、法规和强制性标准规定的要求,不得明示或者暗示工程总承包单位购买、租赁、使用不符合安全施工要求的安全防护用具、机械设备、施工机具及配件、消防设施和器材。工程总承包单位对承包范围内工程的安全生产负总责。分包单位应当服从工程总承包单位的安全生产管理,分包单位不服从管理导致生产安全事故的,由分包单位承担主要责任,分包不免除工程总承包单位的安全责任”。

工期方面,第24条规定,“建设单位不得设置不合理的工期,不得任意压缩合理工期。工程总承包单位应当依据合同对工期全面负责,对项目总进度和各阶段的进度进行控制管理,确保工程按期竣工”。

造价方面,第16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。建设单位和工程总承包单位可以在合同中约定工程总承包计量规则和计价方法。依法必须进行招标的项目,合同价格应当在充分竞争的基础上合理确定”。

亮点二:注重工程总承包商的条件和工程总承包项目经理能力的“单位+人员”最强机制

建立“单位+人员”最强机制表明中共中央国务院关于建筑业与国际接轨以及持续健康发展的指导思想正式落地。中共中央、国务院《关于进一步加强城市规划建设管理工作的若干意见》第9条指出,“深化建设项目组织实施方式改革,推广工程总承包制”;国务院办公厅《关于促进建筑业持续健康发展的意见》(国办发[2017]19号)第3条指出,“加快推行工程总承包。装配式建筑原则上应采用工程总承包模式。政府投资工程应完善建设管理模式,带头推行工程总承包。加快完善工程总承包相关的招标投标、施工许可、竣工验收等制度规定”。根据以上指导意见,结合工程总承包项目投资规模较大、建设期较长,且承包商要负责设计、采购、施工,对工程质量和安全等要承担相对传统施工总承包模式下更严格的责任等特点,《管理办法》设立的工程总承包“单位+人员”制度,单位方面:设定工程总承包设计施工“双资质”制度;人员方面:强化对项目经理任职条件和在职情况的约束。对于变革我国传统的工程设计和施工相分离的“两张皮”、防控质量安全事故和责任边界不明带来的种种弊端具有重要的现实意义。

工程总承包商资质方面,《管理办法》第10条第1款规定,“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、财务和风险承担能力,以及与发包工程相类似的设计、施工或者工程总承包业绩”。当前,我国设定工程总承包设计施工“双资质”制度,并

非脱离现实可行性和市场可操作性的美好理想,而是事实上已经具备现实的市场条件。《管理办法》第12条设立了设计、施工资质互认制度。该条规定,“鼓励设计单位申请取得施工资质,已取得工程设计综合资质、行业甲级资质、建筑工程专业甲级资质的单位,可以直接申请相应类别施工总承包一级资质。鼓励施工单位申请取得工程设计资质,具有一级及以上施工总承包资质的单位可以直接申请相应类别的工程设计甲级资质。完成的相应规模工程总承包业绩可以作为设计、施工业绩申报”。

需要指出的是,完成了对相关资质企业收购的企业,若被收购的企业仍是独立法人,则不能认为已经符合《管理办法》的“双资质”规定,就不属于承揽工程总承包项目应当具有的资质条件,还必须继续完成“合二为一”,通过兼并或重组方式合成一个具有“双资质”的独立法人。当然,按照《管理办法》第10条的规定,即便暂时缺乏条件实现“双资质”的有关设计施工企业,也可以通过联合体模式涉足工程总承包,在联合经营过程中逐步实现设计施工“双资质”。

工程总承包项目经理资格方面,第20条规定:“工程总承包项目经理应当具备下列条件:(一)取得相应工程建设类注册执业资格,包括注册建筑师、勘察设计注册工程师、注册建造师或者注册监理工程师等;未实施注册执业资格的,取得高级专业技术职称;(二)担任过与拟建项目相类似的工程总承包项目经理、设计项目负责人、施工项目负责人或者项目总监理工程师;(三)熟悉工程技术和工程总承包项目管理知识以及相关法律法规、标准规范;(四)具有较强的组织协调能力和良好的职业道德。工程总承包项目经理不得同时在两个或者两个以上工程项目担任工程总承包项目经理、施工项目负责人。”对该条款的理解需要注意3点:(1)上述4项要求属于强制标准,不满足上述要求的人员不能担任工程总承包项目经理;(2)工程总承包项目经理仅能在一个项目上任职;(3)上述要求导致短期内工程总承包项目经理将成为稀缺资源。

虽然符合工程总承包的设计或施工相应资质条件的企业,本身都有数量不少的项目经理,有不少还是具有相当经验的项目经理,他们在设计或施工领域都具有现成的管理经验。从《管理办法》规定本身而言可以担任工程总承包项目的项目经理。但《管理办法》的规定是项目经理的最低要求,这些项目经理一旦担任工程总承包项目经理,也就要求他们同时具有“双资质”前提下的设计和施工的相应

管理、控制能力,也即既懂设计要求又懂施工管理的双重能力,这对当下绝大部分转岗担任工程总承包的项目经理而言,无疑是一个跨界、跨行业的新挑战、新考验和新要求。因此短时间内,企业如何尽快培养一批切实具有管理工程总承包项目能力的项目经理,将成为抢占工程总承包市场的关键之一。

亮点三:区分企业投资项目和政府投资项目适用的回避原则

对于市场主体较为关注的“项目前期咨询服务企业能否在该项目后期工程总承包项目中投标”的问题,《管理办法》区分了政府投资项目和企业投资项目。所谓政府投资项目,即《政府投资条例》第9条规定的“政府采取直接投资方式、资本金注入方式投资的项目”,对于政府投资项目采取审批制,因为涉及财政预算资金的使用,关系国家利益,所以对于财政投资项目采取严格的立项制度,要对项目建议书、可行性研究报告和初步设计等前期文件进行审批;所谓企业投资项目,即《企业投资项目核准和备案管理条例》第2条规定的“企业在中国境内投资建设的固定资产投资项目”,对于企业投资项目分情况采取核准制和备案制。在这个基础上《管理办法》对企业投资项目尊重市场主体的选择和投资自主权,不过多约束。但对政府投资项目,基于国家利益保护,为了避免不正当竞争和利益输送,确定了前期咨询服务企业原则上不得同时从事该项目的工程总承包。《管理办法》第11条第2款规定,“政府投资项目的建议书、可行性研究报告、初步设计文件编制单位及其评估单位,一般不得成为该项目的工程总承包单位。政府投资项目招标人公开已经完成的项目建议书、可行性研究报告、初步设计文件的,上述单位可以参与该工程总承包项目的投标,经依法评标、定标,成为工程总承包单位”。

因为工程前期咨询单位自工程立项决策阶段就已介入工程项目,掌握大量基础资料,并且对业主需求、当前方案的优劣、项目风险、项目可得利润等重要信息都具有其他投标单位所不具有的信息优势。如果允许前期咨询单位进行工程投标,那么就违反了招投标活动必须具备的公平竞争的基本原则,破坏公平竞争的市场环境。此外,由于存在信息优势,前期单位的中标概率明显大于一般投标人,随之而来的就是虚高标额的道德风险,很可能发生前期单位为了得到更多的后期承包利益,通过不适宜的工程方案制订或其他手段,抬高工程总造价,借此取得不正当利益。政府投资项目采用的是预算资金,代表的是国家、社会利益,虚高

造价将会对国家、社会利益造成损害。但当招标人处在公开前期咨询服务成果的特定条件下时,可以投标作为例外,因为公开了前期文件,就消除了前期单位的信息优势,使所有投标人处于同一起跑线,招投标市场的公平就可以得到保证;而且即使前期单位虚增造价,在其他投标单位掌握足够信息的前提下,也可以通过技术分析与市场竞争,使虚高的造价回到正常水平。故《管理办法》允许前期咨询单位以公开前期文件为前提,参与工程总承包活动。

亮点四:充分体现质量第一、提高效益的原则

质量是建设工程的生命。从国际经验来看,工程总承包本身就有保证工程质量的特点。我国的《建筑法》《建设工程质量管理条例》等对建设工程的质量有明确规定。《管理办法》全面对接上位法,确立了工程总承包“质量第一”的原则。

1. 从概念角度,第3条强调了工程总承包单位对工程的质量、安全、工期和造价等全面负责的工程建设组织实施方式。同时,第4条确立了工程总承包“保证工程质量和安全”的基本原则。

2. 从资质管理角度,《管理办法》确立了“单位+人员”的最强机制,通过严格,加强对工程总承包商和项目经理的资格监管能更好确保工程总承包项目保质保量实施。

3. 明确要求工程总承包单位应当建立与工程总承包相适应的组织机构和管理制度,应当设立项目管理机构,设置项目经理,配备相应管理人员;从机构、制度、人员三方面保证工程质量。

4. 明确规定建设单位不得迫使工程总承包单位以低于成本的价格竞标,不得明示或者暗示工程总承包单位违反工程建设强制性标准、降低建设工程质量,不得明示或者暗示工程总承包单位使用不合格的建筑材料、建筑构配件和设备。工程总承包单位应当对其承包的全部建设工程质量负责。工程总承包单位、工程总承包项目经理依法承担质量终身责任。

工程总承包模式相对于传统的施工总承包在工期、计价、责任主体等方面有其特征和优势,高效原则是工程总承包模式的主要特征之一,《管理办法》在以下几个角度进行了体现:

1. 从概念和承包内容角度,通过第3条首先强调了工程总承包模式应同时包

括设计和施工,这符合国际设计施工总承包模式的惯例,能较好体现设计施工的融合,提高建设效率,更易发挥行业上下游联动效应,突出整合优势,有利于实现工程总承包的目标。传统设计施工分离的模式,设计与施工单位均与建设单位产生合同关系,直接对建设单位负责,这导致一方面建设单位的协调工作量大、周期较长、效率低下,另一方面由于设计单位和施工单位的诉求不同,往往难以达成一致意见,导致建设周期拉长、成本推高。工程总承包模式将设计单位和施工单位合二为一,直接面对建设单位,因立场不同导致的利益冲突减少,协调效率更高。

2. 在发包阶段上,通过第7条规定建设单位完成项目审批、核准或备案程序即可以进行发包,相对于传统施工总承包模式下,发包阶段前延,有利于设计、施工工期的融合,合理科学提高建设效率。

3. 通过加强对工程总承包组织机构及项目管理职能的规范(《管理办法》第18条、第19条),在项目建设过程中更能发挥设计、采购、施工的融合。

4. 通过《管理办法》第21条明确了除暂估价形式外工程总承包单位可以采用直接发包的方式进行分包,这对减少制度性交易成本也起到了积极作用。

亮点五:关切发承包之间风险分配原则

《管理办法》制定过程中通过大量调研,充分认识到了市场主体对发承包之间风险分配问题的关切,并在《管理办法》中予以了引导和考虑。

《管理办法》第15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、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”。

对此,应当注意以下三个方面:

1. 发承包人的风险承担约定原则上不应突破《管理办法》的限制

风险的分配应当基于总承包人在缔约时对工程项目的了解可能性之上,总承包人对工程项目的了解的可能性越高,承包商的风险责任越大;反之,承包商就不