

大成律师论坛

建设工程

第十四期 主编 王登山 律师


DACHENG
LAW
OFFICES
大成律师事务所

北京市东直门南大街3号国华投资大厦5-12-15层(100007)
电话: (010) 5813 7777; 5813 7136; 186 0114 6333
传真: (010) 5813 7779
邮箱: dengshan.wang@dachenglaw.com

本期内容

- 关于建设工程保证金的法律思考..... 2
- 建筑施工中易出现的结算纠纷及防范对策..... 6
- 浅析工程建设中的施工索赔..... 9
- 世行贷款项目国内竞争性招投标方法解读..... 15
- 施工合同纠纷案件《司法解释》在实践中的困境..... 19
- 借据上加盖行政公章的法律效力问题..... 23
- 政府工程造价“以审计为准”合法吗?..... 24
- 北京加强建筑工程质量监管体系建设..... 26
- 江苏率先尝试工程监理责任保险..... 27
- 关于鼓励和引导工程咨询机构服务民间投资的实施意见..... 28

北京 长春 长沙 常州 重庆 福州 厦门 广西 广州 海口 杭州 合肥 吉林 济南 昆明 南昌 南京 南宁 南通 无锡 内蒙
青岛 上海 深圳 沈阳 四川 太原 哈尔滨 天津 乌鲁木齐 武汉 西安 西宁 银川 郑州 舟山 台湾 香港 新加坡 芝加哥
洛杉矶 纽约 加州 阿根廷 法国 意大利 波兰 葡萄牙 瑞典 澳大利亚 柬埔寨 智利 印度 马来西亚 韩国 越南

关于建设工程保证金的法律思考

目前在建设工程施工企业经营活动中，建设工程施工企业作为工程承包人，需支付的保证金有两大类。

一类为行政管理类保证金，即承包人为服从建设行政主管部门和政府其他行政管理部门的行政管理，向行政机关或其下设事业单位缴纳的保证金，主要有民工工资保证金、安全生产保证金、企业注册保证金、纳税保证金。

另一类为合同类保证金，即承包人为履行建设工程施工合同、作为履行合同义务的担保、以现款方式向工程发包人支付的保证金，主要有投标保证金、履约保证金、工程质量保证金等。

现有的各类保证金制度，已暴露出多种负面效果，加重了工程承包人的经济负担，造成承包人企业资金周转困难，大量的保证金资金闲置积聚，在建设工程合同承发包主体间也造成了新的不平等，已严重制约了建筑行业的健康、持久发展，必须加以综合改革。

一、关于行政管理类保证金的改革

行政管理类保证金的改革，主动权在政府相关行政主管部门。政府相关行政主管部门，应当综合运用法律的、行政的、经济的手段对建筑市场进行能动的、动态的监管，减少使用由企业先交保证金、一旦出了问题政府用保证金处理遗留问题这一被动模式。例如安全生产保证金，即使企业缴纳了安全生产保证金，也不能保证企业实际生产中是遵守安全生产法律、法规的，换言之，安全生产保证金制度起不到确保安全生产制度的落实之作用，充其量起了个亡羊补牢的经济效果。行政管理类保证金的改革，应当由政府行政部门担任主角，主动清理现行法律、法规、规章中不合理的保证金制度，尽量减少保证金制度的使用。

二、关于合同类保证金的改革与完善

（一）合同类保证金的法律依据

1. 投标保证金。《中华人民共和国招标投标法实施条例》对此有

较详细规定。

2. 履约保证金。《中华人民共和国招标投标法》和《中华人民共和国招标投标法实施条例》中提到了该概念，但没有相应具体规定，且《合同法》、《担保法》中并没有履约保证金制度。

3. 工程质量保证金。《建筑法》规定建筑施工企业依法承担工程保修义务，但没有设置质量保修金。《建设工程质量管理条例》仅仅在一个条文中提及保修金概念，即“工程保修书的内容包括：保修项目内容及范围、保修期、保修责任和保修金支付方法等”。原建设部颁发的《房屋建筑工程质量保修办法》部门规章中也没有质量保修金制度设置，这与目前所有工程都必须在工程竣工验收合格后扣留 5% 的质量保证金的现状是不相对应的。法律要求的是实行工程质量保修制度，而不是强制实行工程质量保证金交付义务。

（二）改革与完善工程保证金制度的建议

根据现行有效的《合同法》、《担保法》、《物权法》、《保险法》等法律制度，为改变现实社会中保证金“一统建筑市场天下”的现状，建议推广使用下列方法与制度：

1. 保证制度

保证法律制度可以代替履约保证金制度，而且可以减轻承包人履行建设工程合同的负担与成本。

建设工程合同是工程承包发包双方在平等、自愿的基础上订立的承包人进行工程建设、发包人支付价款的合同。该合同依法成立后，对承发包双方均具有法律约束力。双方应当按照约定，全面履行各自的义务。为了依法确保双方依约履行合同，《合同法》规定了违约金制度、违约赔偿损失制度、定金制度等，《担保法》规定了第三方担保的保证制度。

保证是指，为了确保承包人履行《建设工程合同》中的所有合同义务，承包人请第三方作为自己的保证人，由保证人与发包人签订保证合同，当承包人不履行建设工程合同时，保证人按照约定履行合同义务或承担责任。保证制度是人的担保，是信誉担保。保证的方式依法有一般保证和连带责任保证。保证人是具有代为清偿债务能力的法

人、其他组织或者公民。

保证制度相比保证金制度而言，最大的好处在于：在同样起到担保合同的履行、确保债权人（发包人）合法债权的实现的作用之时，承包人无需先支付一笔款项、无需占用资金。

值得一提的是，在《建设工程施工合同》修订文本征求意见稿中，在履约担保中已提及“担保公司保证担保”方式，这是可喜的进步。但是，笔者建议，应当改为“第三方保证担保”方式。

因为，依据《担保法》规定，只要债权人（如发包人）同意接受，可信赖的任何第三方均可以成为承包人的合同履约担保人，而不宜一律要求是担保公司出面担保。因为担保公司出面担保是要求承包人花费成本的。

2. 抵押制度

抵押是指，承包人或者第三方不转移对抵押财产的占有（可以继续使用），将该财产作为债权的担保，作为履行建设工程合同的担保，当承包人不履行合同债务时，发包人可以依法折价、拍卖、变卖该财产并优先受偿。

依法可以设立抵押的财产包括房屋、机器、交通工具、土地使用权等。

例如，承包人为了向工程发包人保证履行建设工程施工承包合同，可以将施工中正在使用的塔吊等机械设备、周转材料等抵押给发包人。当承包人违约、不履行合同时，发包人可以对抵押物行使抵押权，优先受偿债权。此与履约保证金相比，承包人可以正常使用机械设备，又担保了合同了履行，更没有额外支出金钱。

3. 银行保函

银行保函就是以银行信用的形式所提供的保障措施，保证合同债权人债权的实现，约束合同债务人全面履行合同义务。

银行保函是承包人为了担保自己将全面依约履行合同义务，承包人与银行签订《保函委托书》产生委托担保关系，由承包人向银行交存一笔保证金和手续费，银行向发包人（受益人）开具保函。当承包

人不履行合同、违约时，发包人向银行索赔，担保银行不论承包人是否同意付款，也不管合同履行的实际事实，担保银行直接向发包人承担付款事项。银行保函大多属于无条件保函（见索即付），是不可撤销的文件，另一种是有条件的保函。

4. 质量保险

建议用工程质量保险、工程质量担保（同1）代替质量保证金制度。

建设行政主管部门、建筑行业协会可以与保险监管部门、协会共同研究，推动保险公司推出符合市场需求的工程质量保险产品。工程竣工验收合格之后，由承包人出资购买工程质量保险，一旦日后出现工程质量问题，由保险公司支付保险金予以赔偿。

5. 设立引导优质工程承包人免交履约保证金、质量保证金制度

建设行政主管部门以及建筑行业协会，为引导建筑市场的健康发展，加快市场诚信体系、制度的建立与完善，引导建设工程承包人自觉依法履行工程合同中的全部合同义务，可以对一定规模、一定信誉的企业推荐免交履约保证金、质量保证金。

例如，对获得工程鲁班奖的承包人在全国范围内、2-3年期间承包的工程，可以免除向发包人提供履约保函、履约保证、履约保证金、质量保证金等。再如，对特级施工企业，由于其信誉好、注册资本已有数亿元，其实力就是最好的履约担保，因此，可以设立：对特级施工企业承包施工的合同价款不超过其注册资本50%的工程，免予提供履约担保。

通过新设上述制度，引导建设工程企业诚信经营，同时减少减轻其“保证金”困扰。

（文/王登山）

建筑施工中易出现的结算纠纷及防范对策

在建筑施工合同管理中,较之于质量、安全等纠纷而言,最易出现而又最难解决的是结算纠纷。实践中,许多结算纠纷常常旷日持久,最终受损的是施工方。本文立足于施工中常使用的合同文本《建设工程施工合同》(GF-1999-0201),论述施工中易于出现的结算纠纷并讨论相应的防范对策,以使施工企业能加强合同管理。

一、 变更与索赔问题

实践中,建设方不喜欢索赔二字,施工方一般也不提什么索赔。久之,施工方要么缺乏索赔意识,要么将索赔置换成为工程变更。

但是,变更与索赔是两回事。变更(设计变更和其他变更)导致的是合同价款的调整,即,变更始终是在合同价款之内,它可能导致原合同价款增高,也可能导致其降低。而索赔则不完全是这样。《建设工程施工合同》对索赔的定义是:“指在合同履行过程中,对于并非自己的过错,而是应由对方承担责任的情况造成的实际损失,向对方提出经济补偿和(或)工期顺延的要求。”按该定义,再结合《建设工程施工合同》第31.4款看,索赔(费用索赔)是指在合同价款之外提出的经济补偿要求。

《建设工程施工合同》第31.2款规定:“承包人在双方确定变更后14天内不向工程师提出变更工程价款的报告时,视为该项变更不涉及合同价款的变更。”实践中,很少有施工方严格地履行该款,到最后发生结算争议时,该款可能对施工方的结算要求形成致命影响。

实践中,施工方虽可能未严格履行第31.2款,但在其进度报表中,肯定是罗列了变更工程价款的了。但是,这种罗列是否就是31.2款的报告,肯定会有所非议。另外,总会有一些变更会落在进度报表提交之日的14天以前,这些变更按31.2款的规定,会被视为不涉及合同价款的变更。

当变更工程的量较大时,施工方与建设方一般会对变更达成补充协议,如果补充协议没有确定变更具体的价款,则争议仍将存在,即,该补充协议可能只是约定了确定变更工程价款的方法,改变是《建设



DACHENG
LAW
OFFICES

大成律师事务所

工程施工合同》第 31.1 款，而非第 31.2 款。

以上所论，是施工方在合同管理中必须注意的。施工方(尤其是小型施工队伍)应改变那种“我做了，就该拿钱”的简单意识，加强合同管理的意识，严格地按合同规定的程序提起变更和索赔。施工方如果认为这些严格的程序不太切合施工实际，则应在签约时在专用条款中加以改变。

二、 合同价格对结算的影响

FIDIC《土木工程施工合同条件》严格适用于单价合同(工程量单价)，《建设工程施工合同》按 23 条的规定，可适用于：固定价格合同，可调价格合同，成本加酬金合同。其实，无论是固定价格合同，可调价格合同，还是成本加酬金合同，都是可以以工程量单价为基础的。固定价格合同即可固定单价；可调价格合同从《建设工程施工合同》第 23.3 款看，即建设方承担的风险多一些，因而单价可调整的因素多一些；成本加酬金合同也面临调整的问题，因而也涉及工程量单价。建设部 2003 年推出的《建设工程工程量清单计价规范》(GB50500-2003)也是可与这三种合同调和的。

在实践中，将固定价格合同理解为固定总价合同的不鲜见。再加上《建设工程施工合同》将合同价款定义为：“指发包人承包人在协议书中约定，发包人用以支付承包人按照合同约定完成承包范围内全部工程并承担质量保修责任的款项。”最基本的意思就是协议书中约定的合同价款。因此，当工程量增加较大，追加合同款较多时，建设方会很难接受一个固定总价合同被如此剧烈突破的事实，于是，工程后期的中间结算和最终结算就不太容易顺利进行。

另外，对于中间结算，因实践中建设方不按时支付工程款是经常的事，施工方还应注意利息的问题。如果双方未对利息做约定，当纠纷发生时利息往往按最高人民法院的规定解决。因此，施工方宜于签订合同时在专用条款中对利息问题作出约定。

三、 最终结算与优先受偿权

实践中，如果建设方认为结算价格太高，那么，即便法院的判决已经确定了最终价格，也会存在着执行难的问题。因此，施工方宜将

优先受偿权与结算问题一并考虑。

施工方行使优先受偿权有两种方式：按《合同法》第二百八十六条的规定提起，按《建设工程施工合同》第 33.4 款约定提起。但这里应注意两点。

1. 按《最高人民法院关于建设工程价款优先受偿权问题的批复》的规定，按《合同法》第二百八十六条提起的优先受偿权的期限为六个月，自建设工程竣工之日或者建设工程合同约定的竣工之日起计算。六个月的时间太短，很容易被建设方以各种措施（比如延长竣工验收时间）消化掉。

2. 按《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（征求意见稿）》第二十七条的规定：“承包方作出放弃依合同法第二百八十六条规定享有的优先权的承诺有效”，因此，施工方来自《建设工程施工合同》第 33.4 款的优先受偿权很可能被解释为对其来自《合同法》第二百八十六条的优先受偿权的放弃。

有鉴于此，施工方有必要认真履行《建设工程施工合同》关于竣工结算的规定。但是，实践中经常存在施工方未能按《建设工程施工合同》第 33.1 款规定的在工程竣工验收报告经发包人认可后 28 天内提交竣工结算报告的情形。在此情况下，施工方来自《建设工程施工合同》第 33.4 款的优先受偿权将受到影响，因为建设方可以主张施工方本该享有的优先受偿权已超过了总的期限（28 天+56 天）。

应当说明的是，结算文件是否具有法律效力，即能否作为工程决算的依据，应来自当事人的确认。对此，建设部《建筑工程施工发包与承包计价管理办法》第十六条第四款有明文规定：“工程竣工结算文件经发包方与承包方确认即应当作为工程决算的依据。”而施工方来自《建设工程施工合同》第 33.4 款的优先受偿权亦应以具备法律效力的结算文件为前提，否则，施工方不能直接向法院申请行使优先受偿权，而只能提起起诉或仲裁。

如依双方当事人在合同中约定的确认规则，施工方还须注意，按《建筑工程施工发包与承包计价管理办法》第十六条第一款第（三）、（四）项的规定，建设方如对结算文件有异议，可与施工方在约定期限

内或 28 天内协商，协商不成，则应委托工程造价咨询单位在 28 天内完成造价鉴定。该时间是很容易突破《建设工程施工合同》第 33.4 款规定的 56 天的优先受偿权的期限的，因此，施工方如拟同意协商，则应当注意同时协商将优先受偿权的期限顺延。

以上所述结算中易引起的纠纷，实是施工方签订施工合同时应该注意、在合同管理中应该竭力避免的。惟有如此，施工方才可避免自己应得利益的损失。

(文/沈建忠)

浅析工程建设中的施工索赔

施工企业生存和发展靠的是工程的效益，随着建筑市场的竞争越来越激烈，目前很多工程往往低价中标，导致施工企业经济效益下降，施工企业必须在项目实施过程中通过合同管理、成本控制来增加经济效益，另外就是通过施工索赔。工程项目施工索赔通常是指承包商在合同实施过程中，根据法律、合同规定及惯例，对于非自身的过错而造成的损失，向对方提出给予补偿或赔偿的权利要求。施工索赔是一项知识及技术涉及面广，复杂细致的工作，是施工企业保护自己并获取利益的手段，成功的索赔，可以创造出利润很高的经济效益。在施工管理中能否及时、全面地发现潜在的索赔机会是索赔工作的前提条件，作为索赔工作人员必须具有丰富的施工管理经验，熟悉施工中的各个环节，通晓各种建筑合约和法规，才能全方位地捕捉潜在的索赔机会，施工索赔机会存在于项目施工的全过程。

本文以钢结构工程项目为例，对如何做好施工索赔发表一些浅见。

一、掌握合同及相关资料

善于收集、整理与施工索赔有关的依据和资料并确保资料完整、准确和有效，全面理解并掌握各类合同文件和资料，如承发包双方依法签订的施工合同、招投标文件及其附件、施工组织设计、施工图纸、标准规范及有关技术文件等。

1. 掌握工程承包范围、具体工作内容、与其他施工单位之间的界面划分等。例如在钢结构工程中，预埋件的制作及安装工作是在钢结构施工单位还是在土建单位范围内。

2. 掌握招标图纸及适用的技术标准、规范等。就钢结构工程而言，要求明确钢结构从深化设计、材料采购、加工制作、现场安装等各阶段的技术要求及验收标准。

3. 掌握施工工期要求，开工所需条件、完成合同承包范围所需时间及验收移交条件。施工单位除了做好费用的索赔工作以外，还应重视工期的索赔工作。

4. 掌握投标方案，包括技术路线、选用设备、施工措施及劳动力组织等。在钢结构工程中尤其要掌握吊装选用的设备和采用的措施，因为这两部分费用在吊装成本占了非常大的比例。

5. 掌握工程计价模式，目前较常见的是固定价，固定价又分为固定单价和固定总价。

6. 掌握工程量计算规则，目前较常见的 08 清单计量规则和 2000 定额计量规则，这两者之间有着较大区别；另外根据招标文件和合同条款中约定，以哪一版图纸为依据，其计量的结果都是不同的。在钢结构工程中，按设计施工图还是深化设计图纸计量，这两版图纸的区别在于连接板、定位板等工程量，有些工程中这部分的差额会达到总工程量的 10% 甚至更多。

7. 掌握合同双方各自工作职责及违约责任。

二、掌握索赔点

（一）索赔成立的三个基本条件

1. 承包商已经造成损失；
2. 非承包商承担的合同风险；
3. 在规定时间内提出索赔申请。

（二）工程索赔的分类

1. 变更：在工程履约过程中，存在大量工程变更，既有工程变更指令形式产生的工程变更，也包括由建设方违约和不可抗力因素被动

形成的工程变更。在钢结构工程中较常见的有设计变更、施工方案变更、计划变更和新增工程。

(1) 设计变更是指建设工程施工合同履行过程中，由工程不同参与方提出，最终由设计单位以设计变更或设计补充文件形式发出的工程变更指令。常见的设计变更有：因设计计算错误或图示错误发出的工程变更通知书；因设计遗漏或设计深度不够而发出的设计补充通知书；或者因建设方、承包商或监理方请求对设计所作的优化调整等，这是最常见的变更，也是施工方可对建设方提出的最有据可依的一种变更形式。发生上述设计变更时，施工方应尽量要求发包人采取签发设计变更单、工程联系单等签证方式，然后再根据上述签证上报变更费用。

(2) 施工方案变更是指在施工过程中承包方因工程地质条件变化、施工环境或施工条件的改变等因素影响，向监理工程师或建设方提出的改变原施工措施方案的过程。施工措施方案的变更应经监理工程师和建设方审查同意后实施，否则引起的费用增加和工期延误将由承包商自行承担。

(3) 计划变更是指施工过程中，建设方因上级指令、技术因素或经营需要，调整原定施工进度计划，改变施工顺序和时间安排。

(4) 新增变更是指施工过程中，建设方扩大建设规模，增加原招标工程量清单之外的建设内容。上述情况通常既可提出费用变更，又可提出工期变更。

2. 建设方违约

(1) 因建设方未能按合同约定提供必须的施工条件导致工程无法按预定计划实施。如未移交场地、未提供水电接驳点、未接通场外道路、未办理施工许可、未提供原始测量点及施工图纸未到等，造成施工方无法按时开工，由此引起的设备浪费及人员窝工，发生费用及工期索赔。

(2) 建设方未能按合同约定支付工程款，造成现场无法正常施工甚至停工，发生费用及工期索赔。

3. 政策性变化



DACHENG
LAW
OFFICES

大成律师事务所

由于政府发布的物价、定额、规费及税费等变化上涨增加工程造价导致施工企业利益损失，发生工程索赔。

(1) 工料机补差：主要分为人工补差、材料补差和机械补差。上海市于 2008 年颁布了沪建市管〔2008〕12 号文，但该文是上海市政府颁布的指导性文件，不属于强制性执行文件，所以能否进行补差取决于过程中与建设方的沟通。近年来人工费不断上涨，直接影响着工程的成本增加，尤其是工期较长的一些大型工程，投标阶段的人工费与施工过程中的人工费存在巨大的差额。这势必就需要与建设方紧密沟通，陈述事实、摆明难处、拿出依据，最终获得建设方的同情与认可，争取到应得的利益。

(2) 规费、税费等取费标准调整：从 2011 年开始政府规定缴纳地方教育费附加，所以在 2011 年之前中标，但工程在 2010 年 12 月底前尚未竣工的，应向建设方提出索赔要求；上海市在最近颁布沪建交〔2012〕508 号文件，自 2012 年 4 月 1 日起沪施工企业外来从业人员均停止缴纳外来人员综合保险，应参加城镇职工基本养老保险，所以在 2012 年 4 月之前中标，但工程在 2012 年 3 月底前尚未竣工的，也应向建设方提出相关的索赔要求。

4. 暂定费部分

对于工程中的暂定费用部分，因该部分已属于承包商的施工范围，不需要公开招标，可作为一个盈利增长点，在施工过程中与建设方沟通，最终确定比较好的价格是至关重要的。

(三) 索赔的处理方法

施工索赔作为施工过程中经常发生的一项工作，不是对某一方的惩罚，而是属于对损失方的一种经济补偿行为。索赔是一种正当的权力要求，也是一种合法的维护权益的行为。针对造成索赔的原因，双方应本着实事求是、公平公正的态度，必须遵循严格以合同为依据，及时收集索赔资料的原则，按时递交或回复索赔意向书，使得索赔有据、索赔合理。

针对上述索赔的类型，主要有以下几种费用索赔的处理方法：

1. 人工费：因建设方或其它非承包商原因引起等工，一般原因有建设方未在合同规定时间内办理施工许可、提供场地等施工条件等；因建设方未按合同支付工程款致使停工引起窝工费；因建设方或其它非承包商原因引起工期增加致使人工费增加；市场因素引起人工费增加。上述情况发生后，承包商在规定时间内应将人工费价差及相关资料报建设方审核。

2. 材料费：因建设方或其他非承包商原因引起的钢材等主材价格上涨，一般原因有设计未按计划提供施工图、业主未按合同支付备料款等；因设计修改或其它非承包商原因发生材料变更引起材料价格上涨，如材质要求提高；原设计的材料市场无法采购，选用替代材料致使材料价格提高等；因设计修改致使已采购材料报废或料耗增加。上述情况发生后，承包商在规定时间内应将材料价差及相关资料报建设方审核。

3. 机械使用费：机械设备进场后因建设方或其它非承包商原因停工或延后施工；由于完成额外工作增加或者因设计变更引起钢构件重量增加使原设备不能满足吊装要求而更换大型设备；非承包商责任致使的工效降低而增加的机械使用费；由于业主或监理工程师原因造成的机械停工的窝工费等；应向建设方提出相应的索赔。

4. 施工措施费：因设计变更、施工计划改变等因素引起的大型设备的多次进出场、道路加固、场内拆装驳运；非承包商原因引起方案变更致使租赁材料用量增加或租期延长、构件二次搬运费等，因非承包商原因引起的雨季、冬季、夜间等施工致使措施费增加。

5. 现场管理费：承包商完成额外工程、索赔事项工作以及工期延长、延误期间的现场管理费；包括管理人员工资、办公费、通讯费、交通费等。

6. 利息：因建设方拖延支付工程进度款而引起的利息索赔。

三、资料汇总及提出索赔

资料的收集及汇总相当重要，首先是索赔的依据，每项索赔都必须有合同依据及事实依据，图纸、照片等，其次是索赔的确认，发生

索赔后应在规定时间内提交索赔申请,并得到书面确认后存档,最终作为结算依据。

索赔的步骤:

1. 填写索赔意向书。

2. 索赔同期记录。在索赔起止日之间,应对索赔事件的发展进行同期记录,主要内容包括:索赔事件发生缘由及过程,过程现场的情况,工期延误情况,过程损失情况,额外的工程花销及使用的机械、人员等,并由现场监理人员进行签字确认。除书面记录外,还应保存工程现场的照片及录像资料。

3. 详细情况报告。索赔意向书递交之后,每隔一定时间须向监理工程师提交索赔事件的最新报告,内容包含索赔事件当前的损失费用及对工程造成的影响。

4. 最终索赔报告。在索赔事件被合理解决之后,承包商应在规定时间内对建设方提交一份最终形式的索赔报告。

四、索赔的注意事项

1. 注意工程索赔的时效。一旦发生索赔事件应及时进入索赔程序。我国建设工程施工合同示范文本对索赔的时效作了以下规定:“索赔发生 28 天内,向工程师发出索赔意向通知。发出通知后 28 天内,向工程师提出追加合同价款和顺延工期的索赔报告及有关资料;工程师于 28 天内给予答复或要求承包商补充索赔理由和证据;工程师在 28 天内未予答复或未对承包方作进一步要求,视为该项索赔已经认可。”对于超出规定时效期限的索赔,有权拒绝。

2. 及时收集和积累索赔的相关资料,做到处理索赔时以事实和数据为依据,分清责任,合理索赔。

3. 要正确处理好与建设方、监理关系,保持友好合作的气氛。诚信服务,确保工程质量,在建设方与监理的心目中赢得良好的信誉,为成功索赔创造条件。

总而言之,索赔工作关系着施工企业的经济利益。项目施工中潜在的索赔机会是客观存在的,而且是多方面的,所有施工管理人员都

要树立索赔意识，重视索赔，知道索赔，善于索赔。索赔必须理由充分，证据确凿，按时签证，讲究技巧，并把索赔工作贯穿于施工的全过程。

(文/杨子明)

世行贷款项目国内竞争性招标投标方法解读

为实现招投标体现“公开、公平、公正”的市场良性竞争，世界银行贷款项目国内竞争性招标在招标信息的公布、投标单位的入围、招标文件的编制、评标办法的准则等方面，充分体现了其科学性和合理性，为市场竞争提供了一个透明有序的平台，值得我们借鉴。

一、 招投标规则

世界银行贷款项目除了要求必须遵循财政部批准并经世界银行认可的有关文件规定执行外，具体规则如下。

(一) 信息发布

刊登公告。其公告要求刊登在至少一家全国性发行的报纸上，估价低于 500 万元中小型项目可发布在地方性报纸上，公告需载明获得资格预审文件或招标文件的地点，送交预审文件的时间或投标的截止时间、工程项目概况、资金来源、招标文件的名称、工程和服务的说明与地点、投标的有效期、采购机构的名称和地点。

(二) 对入围的投标单位的基本要求

一般对大型复杂工程采用资格预审方法，内容包括：

1. 政府颁发的相关许可证(如工商营业执照、施工资质证书)；
2. 已有的施工承包经验和过去履行类似合同的情况
3. 人员、设备和生产方面的能力；
4. 目前承担的任务、财务状况等；
5. 建设采用主要施工方法。

凡是通过资格预审条件的承包商均允许参与投标竞争。



DACHENG
LAW
OFFICES

大成律师事务所

对不复杂、规模不大的工程，或对单向设备采购的项目一般采用资格后审方法。

（三）招标文件的编制

世界银行国内竞争性招标的招标文件应当采用财政部和世界银行认可的标准文本，对标准文本任何实质性的修改都应事先由财政部审查和批准并得到世界银行的认可。

招标文件标准文本一般分为三卷。其主要内容包括了：投标须知；投标使用的各种格式如保证金的格式、合同格式；通用条款和专用条款；技术规格和规范；工程量清单和货物清单；图纸；附件；对预见工期超过 12~18 月以上的土木工程合同允许由于物价上涨等因素调整价格，但此项调整需在招标文件中事先规定公式进行调整。

（四）评标办法

投标书是否实质上已响应招标文件要求且评标价格最低，这是评标的基本准则。投标书均由技术、经济、财务及法律专家进行评审。其评审要点是：

1. 投标书是否符合规定的投标程序和格式要求；
2. 是否符合招标文件中所规定的合格条件要求（资格预审过的也可复审）；
3. 是否已经由为供货、承包合同、服务的授权当事人按要求签字盖章；
4. 是否在实质上响应了招标文件；
5. 是否在计算上存在实质性的错误；
6. 其他一般的细微差错。

对未能在实质上响应的投标文件将不予进一步考虑评审。对被确定为最低评标价的投标人应进行进一步的评审：

1. 是否有必需的资质；
2. 独立执行合同能力、规模、经验和资源有效的履行合同；
3. 采取的施工方法是否可靠安全、招标文件中要求的技术规范标准是否有措施能力保证达到等。

如果最低评标价的投标人没有达到规定的标准，其投标将被拒绝，则挑选下一个评标价最低的投标人进行评审。因此可以看出，合同授予最低评标价的投标，但不一定是报价最低的投标。

必须要指出的是，评标时考虑价格因素以外，尚须考虑其他有关因素以及应用这些因素来确定最低评标价的方法，其因素包括：运输条件、支付时间、完工和交货日期、经营费用、技术服务、设备的效率和兼容性、服务和备件的供应。除价格外，用以确定最低评标价的其他因素应根据可能折算成货币数量来表示，用来量化这些因素方法应明确地写在招标文件中，反之则不考虑。

二、 世界银行贷款项目竞争性招投标带来的积极意义

上海市利用世行贷款环境治理项目包括了污水治理工程、固体废弃物处理系统工程、水质净化厂、污水处理厂等，涉及到市政基础设施等民生工程，而所有的项目一般都按照国内竞争性招标指南执行。

从理论上讲，世行贷款项目国内竞争性招标和评标方法在经济活动中遵循价值规律的要求，通过价格杠杆和竞争机制功能把资源配置到效益好的环节中去，并且给企业以压力和动力，实现优胜劣汰。对政府来讲，把有限的建设资金通过招投标竞争从而最大限度地提高国有资金的使用效益，这对促进和完善社会主义市场经济，引导本市的建筑市场健康发展有着积极的指导意义。

三、 本市投资项目采用经评审最低投标价法较少的原因分析

改革开放以来上海市城市建设高速发展，尤其是近年来城市基础设施建设所投放的资金每年数百上千亿元，但在招投标评标办法中采用经评审的投标价格最低(低于成本的除外)之法较少。其原因有二，一是目前在政策层面上招投标有关法律法规没有强制要求采用哪种评标标准，两种评标标准均可，同时七部委 12 号令第三十条“经评审的最低投标价法一般适用于通用技术、性能标准或者招标人对其技术、性能没有特殊要求的招标项目”；二是在实际操作层面上客观条件尚不完善，主要是基于以下几方面的情况：

1. 许多工程在进行招投标时为抢时间，业主要求按照招标图纸招标，提供的工程量清单为暂定，招标后只能确定综合单价，待施工图

出齐后要调整工程量。这样，容易给有投标经验的投标人进行不平衡报价，对将来调整增加工程量较大的子目综合单价就报大，反之报小。总报价不容易比较，增加评标难度。

2. 许多重大基础设施工程较为复杂，尤其是深基础项目施工实施中安全技术措施所占评分比重更为重要。

3. 目前上海市每年有大量基本建设项目进行招投标，但与全国各省市在上海的施工企业数量相比较而言，仍是粥多僧少，竞争激烈。少数投标单位对采用评标价最低评标标准选择中标人，往往采用低于成本进行投标，一旦中标合同签订后无力履行合同时就与业主纠缠提出增加造价，影响工程施工正常进行，双方忙于处理纠纷事务中。

4. 建设单位或代理公司编制招标文件没有采用统一标准文本，编制质量参差不齐，招标文件很容易产生经济纠纷。

5. 有些业主合同条款中有明显不平等条款。对跨年度的项目因市场物价变化的风险，要求投标人在投标时自己预测风险，并规定报价中一旦中标不予调整，造成事实上转嫁风险于投标人。

6. 无论建设单位或投标单位，有不少人在理解上往往认为经评审的最低投标价法，就是最低投标价中标，模糊合理低价中标的概念。

7. 目前在担保方面只有中标人履约担保，尚没有制约业主支付担保等。

四、鉴于目前的政策条件和市场环境限制，本市宜采用相对的价优质高相结合的办法

目前上海市投资项目采用综合评价法的评标标准比较多，基于此种原因，结合政府投资、国有企业投资项目招标采用计价规范工程量清单强制性规定，和上海以往推荐的三种商务标的评标办法，目前采用以下综合评价法中的比例法则较为可取，它的计算公式为：

商务标得分 = $c \times \left[1 - \frac{\text{经评审的投标价} - \text{经评审的最低投标价}}{\text{经评审的最低投标价}} \right]$ （式中，c 为商务标所占的分值）

用该评标办法后，在实施上既考虑了合理低价（一般商务标占 50 分左右，技术标占 50 分左右，商务标和技术标综合得分最高为中标

单位)，又考虑了投标单位的技术含量和综合实力由技术专家评定得分，商务标由经济专家评审。这种评标办法对政府投资项目而言也是两者有机的结合，从报价上投标单位应根据自身经济实力和管理水平在合理低价范围内进行竞争，从技术措施上必须认真对待精心施工组织设计、强化安全文明施工措施，从而为项目选择一个合理低价，为综合技术措施方案优秀的施工队伍设计出相对较好的评标规则。

（文/薛路）

施工合同纠纷案件《司法解释》在实践中的困境

近几年来，我国建筑业迅速发展，带动了相关产业的发展并吸纳了大量的劳动者就业，成为国民经济发展的新增长点。然而，在建筑业飞速发展的同时，也产生了许多问题，如超资质等级承包、拖欠工程款、“黑白合同”等。为了规范建筑业的发展，维护建筑市场的正常秩序，2004 年最高人民法院颁布了《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》（以下简称《解释》）。《解释》的内容涉及合同的成立及效力、合同的履行、合同的解除及违约责任等方面，涉及面广，内容较为详细完备，使当事人和裁判者更加明确了法律法规的具体内容，增强了法律、法规的可操作性，对审判实践具有重要的指导意义，促进了建筑业的健康发展。但是《解释》实施 7 年以来，在审判实践中也发现了一定问题。

其一：制度设计上存在缺陷

例如《解释》第四条规定承包人非法转包、违法分包建设工程的行为无效，而第八条规定承包人将承包的建设工程非法转包、违法分包的，发包人请求解除。同一种行为被同时界定为合同无效、合同可解除，但从法学理论上来看，合同无效与合同解除是两个不同的概念，无效的合同自始不存在效力，可解除的合同自合同解除时失去效力，二者相互矛盾。对此，可以在《解释》的条文上进行些改动，明确将承包人非法转包、违法分包建设工程行为界定为合同无效，删除合同可以解除的规定，以完善整个《解释》的体系。

其二：部分概念使用混乱

《解释》第十四条第二款规定“承包人已经提交竣工验收报告，发包人拖延验收的，以承包人提交验收报告之日为竣工日期”。而2000年1月30日国务院颁布的《建设工程质量管理条例》（以下简称《条例》）第十六条规定“建设单位收到建设竣工报告后，应当组织设计、施工、工程监理等有关单位进行竣工验收。”2000年建设部发布的《房屋建筑工程和市政基础设施工程竣工验收暂行规定》（以下简称《规定》）第六条规定“工程竣工验收应当按以下程序进行：工程完工后，施工单位向建设单位提交工程竣工报告，申请工程竣工验收。……”第七条规定“工程竣工验收合格后，建设单位应当及时提出工程竣工验收报告”，因此，在房地产实务操作中，承包人没有提交竣工验收报告的义务，只有提交工程竣工报告，即先由承包人提交《工程竣工报告》，然后经过工程质量评估、勘察文件质量检查、设计文件质量检查，最后由发包人制作《工程竣工验收报告》。因此，《解释》第十四条第二款的規定，与房地产实务操作相互矛盾。对此，笔者认为，可以将《解释》第十四条第二款中关于“承包人已经提交竣工验收报告”的表述修改为“承包人提交工程竣工报告”。

其三：部分条文规定的过于简单，导致审判实践中有较大的差异，影响了司法的权威性与公正性

（一）《解释》第十三条规定“建设工程未经竣工验收，发包人擅自使用后，又以使用部分质量不符合约定为由主张权利的，不予支持；但是承包人应当在建设工程的合理使用寿命内对地基基础工程和主体结构质量承担民事责任。”此条规定引起两个争议：

一是“使用部分”是否包括房屋的屋面和外墙。实践中主要有如下两种观点：（1）房屋是一个整体，房屋的屋面与外墙也是该整体的一部分，因此，发包人擅自使用未经竣工验收的房屋，如果房屋的屋面与外墙出现脱落、渗水等现象，不论产生质量问题的过错是谁，均按本《解释》第十三条的规定，判决发包人自行承担民事责任；（2）房屋的屋面与外墙固然属于房屋的一个重要组成部分，但不论发包人还是房屋的实际占有人，在通常情况下都使用不上这部分，房屋屋面和外墙属于自然使用的范围，不属于发包人或房屋实际占有人使用的范围。因此，房屋未经竣工验收而发包人擅自使用的，如果根据有关质检部门的鉴定，该房屋屋面、外墙出现脱落、渗水的原因是发包人

造成的，应当判决发包人承担责任；若是承包人的过错造成的，就应判决承包人承担民事责任。审判实践中，大多数人赞成第二种观点，笔者也认为第二种观点相对来说更公正合理，在审理案件时可予以采纳。由于《解释》对“使用部分”没有详细的规定，在审判实践中容易产生不同的做法，较大的自由裁量权的同时也产生了一定的不公平，因此，笔者认为，应该对该条款的内容做更进一步的规定和细化。

二是该条解释引起一个新的问题：建设工程未经竣工验收，发包人擅自使用后，又以使用部分不符合约定为由主张权利的，是否一律不予支持。发包人未经竣工验收而提前使用了建设工程，如果是因为发包人使用不当而产生了质量问题，那么判决由发包人自行承担民事责任，无可厚非。但实践中也会遇到这样的问题：质量问题的产生不是由于发包人的使用不当，而是承包人在施工过程中偷工减料、以次充好，从而导致工程质量不符合约定，如果这种情况下也判决由发包人自行承担责任，是否有失公允。笔者认为，这种情况下发包人有未经验收擅自使用建设工程的过错，但承包人也违反了质量保证的义务，

《建筑法》第 58 条规定“建筑施工企业对工程的施工质量负责。建筑施工企业必须按照工程设计图纸和施工技术标准施工，不得偷工减料。”最高人民法院《关于印发全国民事案件审判质量工作座谈会纪要的通知》[法(1999)231 号]规定“对在工程施工中，以次充好、偷工减料的行为，要判令行为人承担相应的民事责任；造成严重后果，构成犯罪的，应建议有关部门依法追究刑事责任。”2000 年 1 月 30 日国务院颁布的《建设工程质量管理条例》第 26 条规定“施工单位对建设工程的施工质量负责”、第 28 条也规定“施工单位必须按照工程设计图纸和施工标准施工，不得擅自修改工程设计，不得偷工减料。”因此，也应当判决承包人承担相应的过错责任。

（二）《解释》第二十一条规定“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。”即建设工程领域的“阴阳合同”问题。

1. 如何确定“合同实质内容不一致”。并不是说合同所有内容的变更才会导致合同实质内容不一致，对于什么是建设工程合同的实质性内容，《招标投标法》中并没有明确规定，笔者认为可以参照《合

同法》第三十条：“承诺的内容应当与要约的内容一致。受要约人对要约的内容作出实质性变更的，为新要约。有关合同标的、数量、质量、价款或者报酬、履行期限、履行地点和方式、违约责任和解决争议方法等的变更，是对要约内容的实质性变更”的提法，将工程价款、工程质量、工程期限、违约责任等四个方面作为影响合同实质内容的范围。随之而来的问题是：对这四个方面的内容进行多大程度的修改，才可认定为合同实质内容不一致，如果只是对工程价款稍有调整、工程期限略有变化、工程质量稍作调整等，就不宜一概认定为合同实质性内容不一致了，这里又涉及到了法官的自由裁量权的问题，如果能够对该条款做更细化的规定，使该条款在审判实践中更具有可操作性，将能够更好地发挥该条款的作用，更好地维护司法的权威性和公正性。

2. “阴阳合同”的效力没有明确。关于建设工程合同的效力问题一直是建设工程施工合同纠纷案件审理的一个复杂疑难问题。根据《解释》第二十一条，可以明确的是存在“阴阳合同”时，以“阳合同”即以备案的中标合同作为结算工程价款的根据，但并没有明确“阴合同”是否无效，而《解释》第一条规定的三种无效情形、第四条规定的一种无效情形，这四种无效情形中并没有涉及到“阴合同”。根据《招标投标法》，对于经过中标应当备案的建设工程合同，如果另行订立与备案合同相背离的合同，其法律责任是责令更改和可以处以罚款，但也没有明确“阴合同”的效力，不得不说这是立法上的一个遗憾，如果能够明确“阴阳合同”的效力，对于审判实践来说将是一个巨大的推动。

从法学理论上来说，永远没有十全十美的法律、法规，整个法律体系是在不断的践行与修正中趋于完善，通过对《解释》的不断修正，使《解释》更加贴近于社会实际，更好地发挥《解释》的规范、引导作用，从而促进我国建筑业的欣欣发展。

（文/林清秀）



DACHENG
LAW
OFFICES

大成律师事务所

借据上加盖行政公章的法律效力问题

【案情】

原告莫某诉称，被告某路桥公司通过其分支机构项目经理李某向原告借款人民币 60 万元，用于支付工程款，李某以该分支机构的名义出具了借条，并加盖了该分支机构的行政公章。借款到期后，原告多次找该分支机构项目经理李某催讨借款及利息，均未果，遂诉至法院。被告认为，李某向原告莫某借款未经被告及其分支机构授权，借条上所盖公章并非被告分支机构的合同章，也不是该分支机构的财务章，只是分支机构的行政章，该行政章只能用于公司行政事务，不能用于合同往来，且被告公司账上也未收到李某所借款项，故被告不应承担偿还责任。

【争议焦点】

关于借据上加盖被告公司行政公章的法律效力问题，第一种观点认为：借据中的行政公章未经被告公司授权，不能认定为被告公司行为。第二种观点认为：借据上加盖公司的行政公章代表的是公司行为，公司应承担法律责任。

【评析】

笔者同意第二种观点，主要理由有以下几点：

第一，加盖行政公章的行为应视为公司的确认行为。行政公章又称法人章，或行政章，是用于内部管理以及外部往来的证明。公司在一份书面文件上使用行政公章，不仅表明该书面文件内容是公司的意思表示，而且表明该意思有产生私法上效果之目的，公司愿为该意思承担责任。在本案中，借据上有被告分公司的行政章，就应视为该分公司对借据内容进行了确认，表明该行为是该分公司的行为。

第二，公司的对内规定对外不能产生约束力。公司的行政章和财务章都具有法律效力，财务章主要是用于财务结算，开具收据、发票（有发票专用章的除外）给对方、银行业务校对等。根据其业务需要，公司也可以自行刻制其他业务章，但主要是在公司内部使用，而且仅



DACHENG
LAW
OFFICES

大成律师事务所

仅是对内部行为的确认。对外借款需要加盖哪种印章，原告不可能知晓被告的内部印章管理规定。因此，被告辩称借据上未加盖财务章不符合公司内部印章使用规定不能对抗原告。

第三，公司内部管理混乱导致行政公章使用不规范应由公司承担相关后果。借据上加盖被告行政公章说明该行为属公司行为，是对借款事实的认可，至于被告提出的从未在公司财务上体现该借款情况，对该借款不知情的辩解，属其公司内部管理漏洞，不能以此要求不知情且无过错的原告来为被告的管理不善买单。同时，被告也没有提供证据证明借据上加盖公司印章系原告盗用或原告与被告员工李某存在恶意串通。因此，被告内部管理混乱导致行政公章使用不当，不能对抗原告，被告应当承担因此产生的不利法律后果。

综上，本案中借据上加盖被告公司行政公章的行为应属公司行为，被告应承担清偿责任。

（文/贾清清）

政府工程造价“以审计为准”合法吗？

上海市律师协会建设工程业务研究委员会、建筑施工行业协会、市政公路行业协会日前邀请当地 50 多位建筑房地产专业律师、施工企业相关负责人，共同就《上海市审计条例(草案)》中“将审计结果作为工程竣工结算依据”的规定的立法依据及其可能对市场产生的影响等问题召开研讨会。上海律协建工研究会主任周吉高律师主持会议。

据了解，已于不久前提交当地人大常委会审议的《上海市审计条例(草案)》第十二条规定：“政府投资和以政府投资为主的建设项目，按照国家和本市规定应当经审计机关审计的，建设单位或者代建单位应当在招标文件以及与施工单位签订的合同中明确以审计结果作为工程竣工结算的依据。”

研讨会上，上海市建筑施工行业协会副秘书长龚一民转述了该法规起草单位——审计局对草案中写入此条的理由：政府投资工程涉及

到纳税人的钱，通过审计可以更好地监督资金流向；上海写入此条不是先例；该做法在实践操作中事实上已经存在；起草该条已向律协、高院等单位征求过意见；实际审计也是以合同为依据，与合同并不矛盾。

上海市市政公路行业协会副秘书长陈洪彰认为，“以审计为准”的立法观点不仅对施工企业具有负面影响，还关系到我国立法是否符合市场经济的要求。他认为审计局应该起到监督作用，但不能自己充当审价单位。从立法的技术上讲：颠倒了上位法和下位法的关系。

与会施工企业代表认为，其一，该规定不合理。以“审计为准”的规定缺乏上位法的立法依据，且与现行法规、司法审判实践相冲突。其次，这一规定剥夺了施工企业作为平等民事主体的权利。第三，这一规定违背市场经济规律，损害现行招投标制度和合同的严肃性。将进一步加剧建筑市场的混乱，为恶意拖欠工程款披上合法的外衣，影响民工工资的支付，引起社会的不稳定。与会的专业律师代表则认为：首先，该规定涉嫌越权立法，财政部 369 号文是部门规章，与地方性法规平行，审计局以此为依据不正当。该条立法实为行政权力的扩张，需要相关法律授权，其他地方的立法实践不能作为正当性的依据。其次，《审计法》、《审计条例》未授权审计机关介入到某个动态的具体交易中去。政府参与民事活动，只能是平等主体，而非特权阶级，此违反《立法法》第六条。审计机关与被审计单位属于同一级政府的两个不同机关，让一个机关去决定另一个机关的价格，不科学。再次，行政机关直接介入具体的经济活动，无正当性，与市场经济以及依法治市等理念不符。最后，《审计条例》直接确定价格与国务院相关规定相反，现实中会造成更大的不公平，使政府与民间主体对立，让监管者变成各方矛盾的主体。

（文/孙贤程 《建筑时报》）



DACHENG
LAW
OFFICES

大成律师事务所

北京加强建筑工程质量监管体系建设

北京市人大常委会第 34 次会议日前审议市政府“加强建筑工程质量监管体系建设”议案办理暨北京市建筑工程质量监管体系建设情况的报告。北京市保障房要建立关键岗位人员质量终身负责制；建筑企业要设立“行贿黑名单”，及时向社会公布，“拉黑”企业将被逐出北京市场；检测单位如提供虚假报告将被一票否决直接清出市场。

北京市副市长陈刚在报告中称，近年来北京市针对市场发展中出现的新矛盾和问题，已先后出台了 20 多个政策文件。在此基础上，该市计划改革资质管理制度，加大市场清出力度，将以资质资格准入转向资质资格准入和信用准入并重。探索建立政府、法院、检察院联系沟通制度，对行贿企业建立黑名单制度，及时进行社会公开，并将其清出本市建筑市场。构建市场主体之间的相互制约机制，利用经济手段实现施工资质等级分层管理，引导企业进入不同层次的市场竞争，防止引发造假、挂靠等问题。

在工程质量监管方面，北京市将研究建立建筑业法律法规与刑法等法律法规相互衔接机制，行政处罚要从“罚企业”向“罚企业”和“罚责任人”并重转变。涉嫌合同欺诈的虚假招标、生产或销售伪劣建材的企业责任人将被严肃追究刑事责任，造成重大质量安全事故的企业和个人将被依法清出市场。

陈刚提到，将以保障房、轨道交通项目和老旧小区改造项目为重点，加强工程质量日常监管力度，对重点工程、重点企业、重点领域的违法违规行为将依法从重从严处罚。对保障房工程，除了实行工程实体质量第三方检验、政府监督抽检制度外，还将对关键岗位人员实行“质量终身负责制”；对轨道交通主要抓好安全评估工作和质量控制体系；老旧小区改造重点抓住设计、施工、验收等关键环节，确保工程质量。

针对“建设单位权力大、义务小，监理单位责任大、权力小”的尴尬现状，北京市人大城建环保委建议，完善监理单位工程监理取费规定，建立监理责任与利益制衡机制。对此，陈刚表示，将改革现行



DACHENG
LAW
OFFICES

大成律师事务所

建筑工程招标投标办法，明确监理取费标准，打击拖欠监理费、签阴阳合同等行为，发挥监理企业在建筑工程质量管理体系中的作用。

针对第三方的建材检测机构面临“被收买”的问题，北京市计划建立检测机构资质预审制度和市场准入清出制度，检测单位如提供虚假检测报告将被一票否决，直接清出市场。

对于劳务企业，北京市初步计划改革施工企业用工制度，推行建筑劳务人员实名制管理，探索解决农民工养老保险问题，重点培养特殊工种和关键岗位作业人员，建立建筑工人技师制度等。

(文/姜葳 《建筑时报》)

江苏率先尝试工程监理责任保险

日前，江苏省建设监理协会会同紫金财产保险江苏分公司、江苏东泰保险代理有限公司在南京举行全省工程监理责任保险签约仪式。来自全省的 20 多家工程监理企业与紫金保险江苏分公司签订了承保协议，标志着工程监理责任险已在江苏率先启动，这将对解决长期困扰监理企业的责任认定难、风险防范低等难题，产生积极作用。

“8 年了，这 8 年可以说不容易、不简单！”在江苏省工程监理责任保险签约仪式现场，江苏东泰保险代理有限公司总经理徐建民感慨良多。他跟进这一险种已有 8 年的时间，终于在 6 月 29 日，实现了首批监理责任险的签约。期间，作为服务企业的江苏省建设监理协会，作出了艰辛的努力。

省建设监理协会秘书长朱丰林告诉笔者，该险种是建筑市场规避风险的一个主要险种，是针对监理单位根据委托监理合同提供监理服务时，由于疏忽行为、错误或失职及其他原因而造成业主或依赖于这种服务的第三方的损失。主要功能是转移由于职业责任给业主或第三方造成的损失所必然承担的经济赔偿，从而使双方的利益得到有效的保护。省保监局中介处处长田斌认为，这既是新的保险品种的开发，也是工程监理行业责任风险控制的有益探索，是真正的双赢选择。

长期以来, 监理企业缺乏与其发展相适应的风险管控制度, 在处理主管部门、开发商和业主多方要求时, 常难以协调。为保障监理企业健康发展, 在江苏省住建厅、江苏保监局共同关心下, 省建设监理协会与紫金财产保险公司、江苏东泰保险代理公司反复调研、座谈, 对保险条款、保障范围、风险查勘和服务理赔进行了论证和设计, 形成了范围广、保障高, 贴近监理企业现场生产操作的新险种。据朱丰林介绍, 我国在十多年前曾经研发此险种, 虽然住建部拟定的《建设工程监理规定》(草案) 明确提出, 鼓励监理单位投保监理责任保险。但由于各方面原因未能有效实施。此次, 江苏面向全省监理企业推行的工程监理责任保险将采取分期实施、不断完善、逐步推广的措施, 争取在两年内对全省监理企业全面推行监理责任保险。

签约前, 25 家工程监理企业的负责人与保险公司和代理公司, 就协约的具体条款展开了激烈的讨论, 通过讨论不断完善, 并最终达成一致。扬州市建苑工程监理有限责任公司董事长魏云贞认为, 承保该项险种, 是推动行业维权自律, 促进企业发展的重要措施。

(文/徐为军 吴慢慢)

关于鼓励和引导工程咨询机构服务民间投资的实施意见

国家发展改革委投资[2012]1546 号

各省、自治区、直辖市及计划单列市、副省级省会城市、新疆生产建设兵团发展改革委, 国务院各部委、各直属机构, 各中央管理企业:

为贯彻落实《国务院关于鼓励和引导民间投资健康发展的若干意见》精神, 充分发挥工程咨询在扩大和优化民间投资、推进民间投资转型升级等方面的专业化服务作用, 调动工程咨询机构为民间投资服务的主动性和积极性, 提高民间投资科学决策水平, 提升民间投资建设项目的质量和效益, 促进民间投资健康发展, 提出以下意见:

一、充分发挥工程咨询在服务民间投资中的重要作用

工程咨询是以技术为基础,综合运用多学科知识、工程实践经验、现代科学和管理方法,为经济社会发展、投资建设项目决策与实施全过程提供咨询和管理的智力服务。鼓励和引导工程咨询机构为民间投资服务,有利于促进民间投资者及时准确了解国家政策,把握投资方向和投资机遇,获得高质量的专业技术支持;有利于提高民间投资决策的科学化水平,有效规避投资风险,确保投资建设项目的高质量和可持续,实现经济、社会、环境等方面协调发展;有利于引导民间资本进入国家鼓励和引导的产业和服务领域,优化社会资源配置,推动产业结构优化调整,加强和改善宏观调控。

二、工程咨询机构服务民间投资的重点领域

按照《国务院关于鼓励和引导民间投资健康发展的若干意见》要求,工程咨询机构重点对民间资本进入基础产业、基础设施、市政公用事业、政策性住房建设、社会事业、商贸流通、国防科技工业等重点领域以及民间资本重组联合和参与国有企业改革、民营企业加强自主创新和转型升级、民营企业积极参与国际竞争等重大事项提供全过程、全方位的工程咨询服务。

三、根据民间投资的特点和需求提供高效的工程咨询服务

(一)强化投资机会研究。工程咨询机构要根据民间投资的利益诉求和目标取向,帮助民间投资者优化选择投资项目,加强相关政策咨询,合理引导民间投资的投向。

(二)加强决策咨询服务。工程咨询机构应注重决策咨询研究的广度和深度,切实按照“独立、公正、科学”的服务宗旨,为民间投资提供可行性研究、融资咨询等决策阶段的咨询服务,并加大对民间投资项目涉及经济安全、公共利益、社会稳定等方面的咨询服务力度。

(三)提供全过程的工程咨询服务。鼓励民间投资者以全过程管理方式选择工程咨询服务。工程咨询机构要按照民间投资者的需求,对民间投资的项目策划、融资方案、风险管理、经营方式、可持续发展等方面提供包括决策、准备、实施、运营在内的全过程工程咨询服务。

(四)开展新领域业务咨询。工程咨询机构应拓展民间投资者关

注的统筹城乡、新兴产业、资源能源综合利用及环境保护与生态建设等领域的发展方向研究、投资机会研究、工程风险评估咨询、工程合同纠纷调解等新领域业务，为民间投资者提供多层次、全方位、专业化的特色服务。

四、大力提高工程咨询服务质量

（一）创新咨询服务理念，增强服务实力。工程咨询机构应不断创新工程咨询理念、理论方法和技术，在继续重视提高民间投资效益、规避投资风险、保障工程质量的同时，必须全面关注经济社会的可持续发展。要增强社会责任感，注重投资建设对所涉及人群的生活、生产、教育、发展等方面所产生的影响；注重投资建设对转变经济发展方式和促进社会全面进步所产生的影响；注重投资建设对城乡发展、区域发展、经济社会发展、人与自然和谐发展、国内发展和对外开放等方面的影响；注重投资建设中资源、能源的节约与综合利用以及生态环境承载力等因素的影响。同时，工程咨询机构应加强自身人才培养和实力建设，强化工程咨询机构的廉洁建设、品牌建设和创新能力建设，增强核心竞争力和服务能力。

（二）根据质量选择工程咨询服务。工程咨询实行有偿服务，按照国家颁布的收费指导价格，收取相应的服务费用。对未明确服务收费指导价格的应制定收费指导价或可根据服务的内容由双方协商确定。

鼓励民间投资者重视工程咨询服务质量，借鉴国际惯例，根据质量选择工程咨询服务，不将咨询服务价格作为首要选择因素，以提高投资效益。国家法律法规规定必须招标采购工程咨询服务的，民间投资者要依照其规定开展招标采购活动，按照国家有关规定合理支付咨询服务费用。工程咨询机构应树立质量意识和社会责任意识，不得恶意低价竞争，确保工程咨询服务的高质量。

五、强化职业道德和职业责任

（一）提高服务意识。工程咨询机构和从业人员在服务民间投资过程中，要增强服务意识，恪守职业道德，加强廉洁自律，严禁弄虚作假，树立和维护“廉洁自律、诚信高效、社会信赖”的行业形象。

（二）强化职业责任。工程咨询机构应依据规划咨询、投资机会研究、可行性研究、评估咨询、工程勘察设计、招投标咨询、工程和设备监理、工程项目管理等行政许可的工程咨询服务范围，出具咨询文件并承担相应法律责任。工程咨询服务应由注册执业人员主持，注册执业人员按国家有关规定对服务承担相应法律责任。

（三）加强工程咨询服务合同管理。民间投资者和受委托的工程咨询机构应订立书面工程咨询合同，约定各方权利义务并共同遵守。工程咨询合同的内容由当事人参照有关工程咨询合同范本约定。工程咨询合同履行过程中形成的知识产权归属，应在工程咨询合同中进行约定。

（四）建立职业责任保险制度。推动建立为民间投资服务的风险防范机制，提高工程咨询机构应对风险的能力。鼓励工程咨询机构按照国际惯例，积极参加职业责任保险。

六、加大对民间资本“走出去”的服务力度

（一）协助民间资本“走出去”。根据《境外投资产业政策》、《境外投资项目核准暂行管理办法》等政策法规和我国境外投资合作有关管理制度，工程咨询机构为民营企业在研发、生产、营销等方面开展国际化经营、开发战略资源、建立国际销售网络、开拓国际市场提供咨询服务。为民营企业“走出去”在资金支持、金融保险、外汇管理、以及境外投资项目的风险评估和风险控制等方面，提供咨询服务，充分利用国家给予的良好投资贸易环境和优惠政策。

（二）工程咨询机构要加快熟悉国际规则。中国工程咨询协会要继续引进和转化国际咨询工程师联合会（FIDIC）合同条件、工作手册和指南，以及世行、亚行咨询服务指南等规范性文件，推动工程咨询机构加快熟悉国际规则，帮助民间投资者有效参与国际竞争。

（三）大力加强国际交流与合作。中国工程咨询协会要充分利用与国际咨询工程师联合会（FIDIC）等相关国际组织以及境外工程咨询行业协会交流与合作的有利条件，为民间投资“走出去”积极推介、协助联系境外有实力的工程咨询机构。

七、鼓励和引导各种类型工程咨询机构平等参与竞争



DACHENG
LAW
OFFICES

大成律师事务所

（一）建立统一开放、平等竞争的工程咨询市场环境。清理和修改阻碍工程咨询市场公平竞争的法规政策规定；打破部门、行业和地方垄断保护；允许民间投资者按市场化机制自主选择有资质的工程咨询机构；强化市场竞争机制，保障各种所有制和法人类型、不同规模的工程咨询机构平等参与竞争。

（二）鼓励资源合理整合。鼓励和引导民间资本进入工程咨询行业。鼓励工程咨询机构按照优势互补、资源共享、合作共赢的原则，打破地区、行业、所有制限制，采取战略联盟、合资合作、并购重组等多种形式整合资源，为民间投资提供全过程的优质、高效咨询服务。