

第3章 建设工程发包与承包法律制度

【教学目标】

思政目标	能力目标	知识目标
(1) 增强法律意识; (2) 维护发承包活动秩序; (3) 树立正确的发承包意识	(1) 能利用发承包的法律知识进行相关案例的分析; (2) 能明确发包单位与承包单位违法行为的法律责任; (3) 在发承包活动中能够利用相关知识维护自身权益	(1) 了解发包与承包的概念、发承包活动遵循的原则; (2) 掌握发包的方式及行为规范; (3) 掌握承包的方式及行为规范;

【学习要点】

- (1) 发承包的概念;
- (2) 发承包活动遵循的原则;
- (3) 建设工程发包方式;
- (4) 建设工程发包行为规范;
- (5) 建设工程承包方式;
- (6) 建设工程承包行为规范;
- (7) 发包单位与承包单位违法行为的法律责任。



思政案例四：诚信意识

【思政案例四】

思政目标:树立正确的发承包意识。

思政情怀:维护招投标活动秩序,公平竞争。

思政内容:2020年5月1日11时左右,安徽省芜湖市繁昌经济开发区污水管网修复工程发生一起中毒窒息事故,造成3人死亡。事故调查发现施工人员未佩戴安全设备进行作业,并且现场未做好个人防护,盲目施救。施工单位主体责任不落实,监理单位监理不到位,该地相关单位和属地安全监管不到位造成此次较大事故。最后因直接责任人死亡不予以追究,对施工、监理单位等建设相关单位事故责任人进行行政处罚,对属地相关建设部门责任人进行行政处分。

【情景导入】

A 公司因建生产厂房与 B 公司签订了工程总承包合同。其后,经 A 公司同意,B 将工程勘察设计和施工任务分别发包给 C 设计单位和 D 建筑公司,并各自签订书面合同。在签订合同约定由 D 根据 C 提供的设计图纸进行施工,工程竣工时依据国家有关规定、设计图纸进行质量验收。合同签订后,C 按时交付设计图纸,D 依照图纸进行施工。工程竣工后,A 会同有关质量监督部门对工程进行验收,发现工程存在严重质量问题。原因是 C 不具备勘察资质,未对现场进行仔细勘察,导致设计不符合规范。A 公司遭受重大损失,但 C 称与 A 不存在合同关系,拒绝承担责任,B 以自己不是设计人为由拒绝赔偿。

- 请思考:(1) 在我国常见的发包方式有哪些?
 (2) A、B、C、D 在承发包合同中各自身份是什么?
 (3) B 公司发包工程项目的做法是否符合法律规定?
 (4) B、C 公司拒绝承担责任的理由是否充分? 为什么?

3.1 发包与承包概述

1. 发包与承包的概念

建筑工程发包,是指建设单位或者招标代理单位通过招标方式或直接发包方式将工程的全部或部分交由他人承包,并支付相应费用的行为。

建筑工程承包是相对建筑工程发包而言的,是指具有从事建筑工程活动法定资格的单位,通过投标或其他方式,承揽建筑工程任务,并按约定取得相应报酬的行为。

2. 发包单位

发包单位也称建设单位或业主、项目法人,是指具有工程发包主体资格和支付工程价款能力的投资建设主体。按照《公司法》的规定,项目法人可设立有限责任公司(包括国有独资公司)和股份有限公司,由项目法人对项目的策划、资金筹措、建设实施、生产经营、债务偿还和资产的保值增值,实行全过程负责。据此规定,由国有单位投资建设的经营性的房屋建筑工程(如用作生产经营设施的工商业用房、作为房地产项目的商品房等),由依法设立的项目法人作为建设单位,负责建设工程的发包。国有单位投资建设的非经营性的房屋建筑工程,应当由建设单位作为发包方负责工程的发包。

3. 承包单位

承包单位,是指通过投标或协议等途径签订建设工程合同,实施建设项目,承办工程建设、建设物资采购等相关活动的单位。承包单位的资质是评价该承包单位是否有能力和法律资格承担工程项目的重要条件,对建设工程质量和建设项目能否顺利完成具有重要作用,因此,《建筑法》对承包单位的资质作出了相应的规定。

4. 发包、承包活动应当遵循的原则

建筑工程发包、承包活动是一项特殊的商品交易活动,也是一项重要的法律活动,因此,发承包双方必须共同依法遵循交易活动的一些基本原则,才能确保发承包活动顺利、高效、公平地进行。《建筑法》将这些基本原则以法律的形式作了如下规定。

(1) 发承包双方应当依法订立书面合同和全面履行合同义务的原则。

这是国际通行的原则。这里所称的书面合同是指建筑工程承包合同。由于建筑工程承包合同所涉及的内容特别复杂,合同履行期较长,为便于明确各自的权利与义务,减少纠纷,《建筑法》明确规定,建筑工程承包合同应当采用书面形式。包括建筑工程承包合同的订立、合同条款的变更,均应采用书面形式。全部或者部分使用国有资金投资或者国家融资的建筑工程应当采用国家发布的建设工程合同示范文本。

订立建筑工程承包合同时,应当以发包单位发出的招标文件和中标通知书规定的承包范围、工期、质量和价款等实质性内容为依据;非招标工程应当以当事人双方协商达成的一致意见为依据订立合同。发承包双方应根据建筑工程承包合同约定的时间、地点、方式、内容及标准等要求,全面、准确地履行合同义务。一旦发生不按照合同约定履行义务的情况,违约方将依法承担违约责任。

(2) 建筑工程发包、承包实行以招标、投标为主,直接发包为辅的原则。

工程发包可以分为招标发包与直接发包两种形式。招标发包是一种科学、先进的发包方式,也是国际通用的形式,受到社会和国家的重视。因此,《建筑法》规定:“建筑工程依法实行招标发包,对不适于招标发包的可以直接发包。”我国已于2000年1月1日起,开始实施《招标投标法》,对于符合招标范围要求的建筑工程,必须依照《招标投标法》实行招标发包。

招标、投标活动,应该遵循公开、公正、公平的原则,择优选择承包单位。

(3) 禁止发承包双方采取不正当竞争手段的原则。

发包单位及其工作人员在建筑工程发包中不得收受贿赂、回扣或者索取其他好处。承包单位及其工作人员不得利用向发包单位及其工作人员行贿、提供回扣或者给予其他好处等不正当手段承揽工程。

3.2 建设工程发包制度

3.2.1 建设工程发包方式

建设工程发包,是建设工程的建设单位将建设工程任务通过招标发包或直接发包的方式,交付给具有法定从业资格的单位完成,或总承包单位将部分非主体非关键性的工作交付给分包单位完成,并按照合同约定支付报酬的行为。

建设工程的发包方式主要有两种:招标发包和直接发包。《建筑法》第19条规定:“建筑工程依法实行招标发包,对不适用于招标发包的可以直接发包。”

1. 招标发包

招标发包是指由建设单位设定标的并编制反映其建设内容与要求的合同文件,吸引承包人参与竞争,按照特定程序择优选择,达成合作意向并签订合同。招标发包是建筑工程发包的主要形式。招标发包主要适用《招标投标法》及其有关规定。《招标投标法》第3条规定了必须进行招标的工程项目范围,在该范围内并且达到国家规定的规模标准的工程建设项目的勘察、设计、施工、监理以及与工程建设有关的重要设备、材料等的采购都必须依法进行招标。

建筑工程的发包采用招标投标的方式,可以充分利用供求关系、价值规律和竞争机制。

在正常情况下招标投标可以发挥两个积极作用:可以使建设单位避免或减轻发包工程的风险,有效地控制工程工期、质量与投资;可以促使承包人不断采用先进技术,提高经营管理水平,努力降低工程成本。

2. 直接发包

直接发包是指由发包人直接选定特定的承包人,与其进行直接协商谈判,对工程建设达成一致协议后,与其签订建筑工程承包合同的发包方式。对不适用于招标发包的工程可以直接发包,发包单位虽然可以不进行招标,但应当将建设工程发包给具有相应资质条件的承包单位。《建筑法》第22条规定:“建筑工程实行直接发包的,发包单位应当将建筑工程发包给具有相应资质条件的承包单位。”

直接发包的方式简便易行、节省发包费用,但缺乏竞争机制、易滋生腐败。我国只有少数不适用招标发包的特殊工程,才适用直接发包。这些特殊工程的特殊性体现在两个方面:①工程项目本身的性质不适宜进行发包,如某些保密工程或有特殊专业要求的房屋建筑工程等;②从建筑工程的投资主体来看,对私人投资建设的工程,采用何种方式发包,法律一般没有必要加以限制,投资人可以自行选择发包方式。但无论选择何种方式发包,发包人都应将建筑工程发包给具有相应资质条件的承包单位。

3.2.2 建设工程发包行为规范

我国法律对建设工程的发包制定了若干禁止性规定,建设工程发包单位必须依照法律、法规规定的发包要求发包建设工程,具体要求如下。

(1) 发包单位应将建筑工程发包给合格的承包人。建筑工程实行招标发包的,发包单位应当将建筑工程发包给依法中标的承包单位。建筑工程实行直接发包的,发包单位应当将建筑工程发包给具有相应资质条件的承包单位。

【特别提示】

依法中标,一是指中标单位是经过《招标投标法》法定程序评选的;二是中标单位必须符合招标要求且具备建造该工程的相应资质条件。

承包单位必须具备以下两个条件:

- ①具备建造该工程的相应资质条件;
- ②所建工程的要求和承包单位的资质证书等级必须一致。

(2) 禁止限定发包。《建筑法》第23条规定,政府及其所属部门不得滥用行政权力,限定发包单位将招标发包的建筑工程发包给指定的承包单位。禁止限定发包有利于规范建筑市场、促进政企分开、促进社会主义市场经济秩序的建立与良好运行。

(3) 提倡总承包,禁止发包单位将工程肢解发包。《建筑法》第24条规定,提倡对建筑工程实行总承包,禁止将建筑工程肢解发包。肢解发包是指,将应当由一个承包单位完成的工程肢解成若干部分发包给几个承包单位。肢解发包容易导致工程管理混乱,造成工期延长,增加建设成本,不利于保证工程质量与安全。但是,不允许肢解发包并不意味着每个工程只能发包给一家承包单位,只要不违背肢解发包的本质,是可以将一个工程发包给几个承包单位的。这在项目管理中称为平行承发包模式。

(4) 发包单位及其工作人员在建筑工程发包中不得收受贿赂、回扣或者索要其他好处。

承包单位及其工作人员不得利用向发包单位及其工作人员行贿、提供回扣或者给予其他好处等不正当手段承揽工程。

(5) 发包单位应当依法进行公开招标。建筑工程实行公开招标的,发包单位应当依照法定程序和方式对工程项目的勘察、设计、施工、工程监理以及与工程建设有关的重要设备、材料的采购进行招标;通过招标,择优选定中标单位。

(6) 发包单位不得指定建筑用料的生产厂和供应商。建筑材料、建筑构配件和设备直接影响到建设工程的质量。《建筑法》第25条规定,按照合同约定,建筑材料、建筑构配件和设备由工程承包单位采购的,发包单位不得指定承包单位购入用于工程的建筑材料、建筑构配件和设备或者指定生产厂、供应商。工程建设的材料、设备,应主要由承包单位负责采购。对于建设工程合同明确约定由建设单位采购的,承包单位有权拒绝使用可能影响工程质量和使用寿命的劣质材料、设备,若建设单位强行要求承包单位使用,由建设单位承担由此造成的工程质量和安全责任。

(7) 建设工程发包单位不得迫使承包单位以低于成本的价格竞标,不得任意压缩合理工期。

此外,《中华人民共和国反不正当竞争法》和《招标投标法》也对发包单位的发包行为作出了规定,发包单位在发包过程中,触犯刑律的,依照《刑法》规定,追究刑事责任。

3.3 建设工程承包制度

3.3.1 建设工程承包方式

建设工程承包,是具有法定从业资格的单位依法承揽建设工程任务,通过签订合同确立双方的权利与义务,按照合同约定取得相应报酬,并完成建设工程任务的行为。建设工程承包制度包括工程总承包、联合承包、分包等。



建设工程承包制度

1. 工程总承包

《建筑法》第24条第1款规定:“提倡对建筑工程实行总承包”。建设工程的总承包方式按承包的内容不同,分为工程总承包和施工(或勘察、设计)总承包。其中,施工总承包是我国常见且较为传统的工程承包方式,其主要特征是设计、施工分别由两家不同的承包单位承担;而工程总承包,则是指“从事工程总承包的企业受业主委托,按照合同约定对工程项目的勘察、设计、采购、施工、试运行(竣工验收)等实行全过程或若干阶段的承包”。《建筑法》第24条第2款规定:“建筑工程的发包单位可以将建筑工程的勘察、设计、施工、设备采购一并发包给一个工程总承包单位,也可以将建筑工程勘察、设计、施工、设备采购的一项或者多项发包给一个工程总承包单位。”

工程总承包的具体方式、内容和责任等,由发包单位(业主)与工程总承包单位在合同中约定。

我国目前提倡的工程总承包方式如下。

(1) 设计—采购—施工(EPC)总承包、交钥匙总承包。

设计—采购—施工总承包是指工程总承包单位按照合同约定,承担工程项目的设计、采购、施工、试运行服务等工作,并对承包工程的质量、安全、工期、造价全面负责。

交钥匙总承包是设计—采购—施工总承包业务和责任的延伸,最终结果是向业主提交一个满足使用功能、具有使用条件的工程项目。

(2) 设计—施工(D—B)总承包。

设计—施工总承包是指工程总承包单位按照合同约定,承担工程项目的设计和施工,并对承包工程的质量、安全、工期、造价全面负责。

根据工程项目的不同规模、类型和业主要求,工程总承包还可采用设计—采购(E—P)总承包、采购—施工(P—C)总承包等方式。

2. 联合承包

有一些工程项目并不是一家承包单位能够独立完成的,而是需要两家或者两家以上的承包单位合作完成,其主要模式就是组成联合体共同承包。

《建筑法》第27条规定:“大型建筑工程或者结构复杂的建筑工程,可以由两个以上的承包单位联合共同承包。共同承包的各方对承包合同的履行承担连带责任。两个以上不同资质等级的单位实行联合共同承包的,应当按照资质等级低的单位的业务许可范围承揽工程。”

《招标投标法》规定,联合体中标的,联合体各方应当共同与招标人签订合同,就中标项目向招标人承担连带责任。《建筑法》也规定,共同承包的各方对承包合同的履行承担连带责任。联合承包各方应签订联合承包协议,明确约定各方的权利、义务以及相互合作、违约责任等条款。各承包方就承包合同的履行对建设单位承担连带责任。如果出现赔偿责任,建设单位有权向共同承包的任何一方请求赔偿,被请求方不得拒绝,在其支付赔偿后可依据联合承包协议及有关各方过错大小,有权对超过自己应赔偿的那部分份额向其他方进行追偿。

3. 分包

建设工程分包,是指建筑业企业将其所承包的工程中的专业工程或者劳务作业发包给其他建筑业企业完成的活动。建设工程分包分为专业工程分包与劳务作业分包两种形式。

专业工程分包,是指施工总承包企业将其所承包工程中的专业工程发包给具有相应资质的其他建筑业企业完成的活动。

劳务作业分包,是指施工总承包企业或者专业承包企业将其承包工程中的劳务作业发包给劳务分包企业完成的活动。

建筑工程总承包单位可以将承包工程中的部分工程发包给具有相应资质的建筑单位。禁止承包单位将其承包的全部建筑工程转包给他人,禁止承包单位将其承包的全部建筑工程肢解以后以分包的名义分别转包给他人。施工总承包的,建筑工程主体结构的施工必须由总承包单位自行完成。

建筑工程总承包单位可以将承包工程中的部分工程发包给具有相应资质条件的分包单位;但是除总承包合同约定的分包外,必须经建设单位认可。禁止总承包单位将工程分包给不具备相应资质条件的单位。承包工程的单位须持有依法取得的资质证书,并在资质等级许可的业务范围内承揽工程。这一规定同样适用于工程分包单位。不具备资质条件的单位不允许承包建设工程,也不得承接分包工程。

3.3.2 建设工程承包行为规范

1. 禁止工程承包单位超越资质等级许可的业务范围承揽工程

我国对工程承包单位(包括勘察、设计、施工单位)实行资质等级许可制度。



建设工程发承包行为规范

不同的资质等级意味着有不同的业务能力,因此,《建筑法》第26条第1款规定:“承包建筑工程的单位应当持有依法取得的资质证书,并在其资质等级许可的业务范围内承揽工程。”为了规范建筑施工企业的市场行为,严格管理建筑施工企业的市场准入,《建筑法》第26条第2款对违反资质等级许可制度的行为作出如下规定。

- (1) 禁止建筑施工企业超越本企业资质等级许可的业务范围承揽工程。
- (2) 禁止建筑施工企业以任何形式用其他建筑施工企业的名义承揽工程。
- (3) 禁止建筑施工企业以任何形式允许其他单位或者个人使用本企业的资质证书、营业执照,以本企业的名义承揽工程。

【知识拓展】

外资建筑业企业只允许在其资质等级许可的范围内承包下列工程。

- (1) 全部由外国投资、外国赠款、外国投资及赠款建设的工程。
- (2) 由国际金融机构资助并通过根据贷款条款进行的国际招标授予的建设项目。
- (3) 外资等于或者超过50%的中外联合建设项目;外资少于50%,但因技术困难而不能由中国建筑企业独立实施,经省、自治区、直辖市人民政府建设行政主管部门批准的中外联合建设项目。
- (4) 由中国投资,但因技术困难而不能由中国建筑企业独立实施的建设项目,经省、自治区、直辖市人民政府建设行政主管部门批准,可以由中外建筑企业联合承揽。

中外合资经营建筑业企业、中外合作经营建筑业企业应当在其资质等级许可的范围内承包工程。

2. 禁止承包单位将其承包的全部建筑工程转包给他人,禁止承包单位将其承包的全部建筑工程肢解以后以分包的名义分别转包给他人

转包指的是承包单位承包建设工程后,不履行合同约定的责任和义务,将其承包的全部建设工程转给他人或者将其承包的全部建设工程肢解以后以分包的名义分别转给其他单位承包的行为。转包与分包的主要区别在于分包是将一部分工程交由其他单位完成,而转包则是将所有工程全部交由其他单位完成。

【知识拓展】

转包的弊端如下。

1) 导致工程款流失

每一次转包都会有一部分原计划用于工程的工程款作为管理费被转包人截留,这就使可以用于工程的工程款数量减少,其结果自然是导致工程项目的质量目标难以实现。

2) 不可预见的风险增加

建设单位是对总承包单位进行了资质审查后才决定将工程项目发包给总承包单位的。建设单位对于转包后的实际施工承包单位并不了解,这就增加了不可预见的风险。

正是因为转包存在这些弊端,所以,《建筑法》第28条规定:“禁止承包单位将其承包的全部建筑工程转包给他人,禁止承包单位将其承包的全部建筑工程肢解以后以分包的名义分别转包给他人。”

3. 禁止总承包单位将工程分包给不具备相应资质条件的单位

《建筑法》第29条规定:“建筑工程总承包单位可以将承包工程中的部分工程发包给具

有相应资质条件的分包单位;但是,除总承包合同中约定的分包外,必须经建设单位认可。施工总承包的,建筑工程主体结构的施工必须由总承包单位自行完成。”

对于这个条款,可以从以下四个方面理解。

(1) 允许对总承包单位所承揽的部分工程分包,但是有条件限制。

(2) 只能将部分工程分包,而不能将总承包单位所承揽的全部工程分包。建筑工程主体结构的施工必须由总承包单位自行完成。

(3) 分包单位也要在其资质等级许可的业务范围内承揽分包工程,即分包单位不能超越自身的资质去承揽分包工程。

(4) 没有经过建设单位认可的分包单位是违法的分包单位。认可分包单位与指定分包单位是不同的:认可是在总承包单位已经作出选择的基础上进行确认,而指定则是首先由建设单位作出选择。

4. 禁止分包单位将其承包的工程再行分包

为避免因层层分包带来的偷工减料、责任不清的现象,《建筑法》规定,禁止分包单位将其承包的工程再行分包。

5. 禁止违法分包

《建设工程质量管理条例》将违法分包的情形界定如下。

(1) 总承包单位将建设工程分包给不具备相应资质条件的单位的。

(2) 建设工程总承包合同中未有约定,又未经建设单位认可,承包单位将其承包的部分建设工程交由其他单位完成的。

(3) 施工总承包单位将建设工程主体结构的施工分包给其他单位的。

(4) 分包单位将其承包的建设工程再分包的。

3.3.3 总承包单位与分包单位的关系

1. 平等的合同当事人的关系

总承包单位与分包单位是分包合同的双方当事人,合同当事人的法律地位平等,一方不得将自己的意志强加给另一方。因此,总承包单位不得超越法律与合同对分包单位的建设活动进行非法干涉。

2. 局部的管理与被管理的关系

尽管总承包单位与分包单位在法律地位上是平等的,不存在总承包单位是分包单位的管理单位的关系,但是在被分包工程的工程管理方面,分包单位还是要服从总承包单位的管理,包括安全生产管理和质量管理。

(1) 安全生产管理。

《建筑法》第 45 条规定:“施工现场安全由建筑施工企业负责。实行施工总承包的,由总承包单位负责。分包单位向总承包单位负责,服从总承包单位对施工现场的安全生产管理。”同时,《建设工程安全生产管理条例》第 24 条规定:“建设工程实行施工总承包的,由总承包单位对施工现场的安全生产负总责。分包单位应当服从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。”

(2) 质量管理。

《建筑法》第 55 条规定:建筑工程实行总承包的,工程质量由工程总承包单位负责,总承

包单位将建筑工程分包给其他单位的,应当对分包工程的质量与分包单位承担连带责任。分包单位应当接受总承包单位的质量管理。

3.3.4 总承包单位与分包单位的连带责任

《建筑法》第29条第2款规定:“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。”

连带责任指的是任何一个负有连带责任的债务人都负有义务偿还全部债务,并就超过其应偿还份额的部分向其他债务人追偿的债务承担方式。

连带责任既可以依合同约定产生,也可以依法律规定产生。虽然建设单位和分包单位之间没有合同关系,但是当分包工程出现质量、安全、进度等方面问题给建设单位造成损失时,建设单位既可以根据总承包合同向总承包单位追究违约责任,也可以根据法律规定直接要求分包单位承担损害赔偿责任,分包单位不得拒绝。总承包单位和分包单位之间的责任划分,应当根据双方的合同约定或者各自过错大小确定;一方向建设单位承担的责任超过其应承担份额的,有权向另一方追偿。

【案例 3-1】

甲公司因建办公楼与乙建筑承包公司签订了工程总承包合同。其后,经甲同意,乙分别与丙建筑设计院和丁建筑工程公司签订了工程勘察设计和工程施工合同。勘察合同约定,由丙对甲的办公楼及其附属工程提供设计服务,并按勘察设计的约定交付有关设计文件和资料。施工合同约定,由丁根据丙提供的设计图纸进行施工,工程竣工时依据国家有关验收规定及设计图纸进行质量验收。合同签订后,丙按时将设计文件和有关资料交付给丁,丁依据设计图纸进行施工。工程竣工后,甲会同有关质量监督部门对工程进行验收,发现工程存在严重质量问题,是由于设计不符合规范。原来丙未对现场进行仔细勘察即自行进行设计导致设计不合理,给甲带来了重大损失。丙以与甲没有合同关系为由拒绝承担责任,乙又以自己不是设计人为由推卸责任,甲遂以丙为被告向法院起诉。

问题:乙公司是否需要承担责任?需要承担什么责任?

【案例分析】

《建筑法》第29条规定:“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。”

3.4 建设工程发包与承包法律责任

3.4.1 发包单位的法律责任

《建筑法》规定,发包单位将工程发包给不具有相应资质条件的承包单位的,或者违反《建筑法》规定将建筑工程肢解发包的,责令改正,处以罚款。

《建设工程质量管理条例》规定,建设单位将建设工程发包给不具有相应资质等级的勘察、设计、施工单位或者委托给不具有相应资质等级的工程监理单位的,责令改正,处50万元以上100万元以下的罚款。

《建设工程质量管理条例》规定,建设单位将建设工程肢解发包的,责令改正,处工程合同价款0.5%以上1%以下的罚款;对全部或者部分使用国有资金的项目,并可以暂停项目执行或者暂停资金拨付。

建设单位违反《建筑法》规定,要求建筑设计单位或者建筑施工企业违反建筑工程质量、安全标准,降低工程质量的,责令改正,可以处以罚款;构成犯罪的,依法追究刑事责任。

3.4.2 承包单位的法律责任

1. 关于超越资质等级承揽工程的法律责任

(1)《建筑法》规定,建筑施工企业超越本单位资质等级承揽工程的,责令停止违法行为,处以罚款,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;有违法所得的,予以没收。

(2)建筑施工企业未取得资质证书承揽工程的,予以取缔,并处罚款;有违法所得的,予以没收。

(3)建筑施工企业以欺骗手段取得资质证书的,吊销资质证书,处以罚款;构成犯罪的,依法追究刑事责任。

《建设工程质量管理条例》规定,勘察、设计、施工、工程监理单位超越本单位资质等级承揽工程的,责令停止违法行为,对勘察、设计单位或者工程监理单位处合同约定的勘察费、设计费或者监理酬金1倍以上2倍以下的罚款;对施工单位处工程合同价款2%以上4%以下的罚款,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;有违法所得的,予以没收。

2. 关于转让、出借资质证书的法律责任

建筑施工企业转让、出借资质证书或者以其他方式允许他人以本企业的名义承揽工程的,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。对因该项承揽工程不符合规定的质量标准造成的损失,建筑施工企业与使用本企业名义的单位或者个人承担连带赔偿责任。

3. 关于工程转包的法律责任

建筑施工企业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。对因转包工程或者违法分包的工程不符合规定的质量标准造成的损失,与接受转包或者分包的单位承担连带赔偿责任。

4. 关于施工中偷工减料的法律责任

建筑施工企业在施工中偷工减料的,使用不合格的建筑材料、建筑构配件和设备的,或者有其他不按照工程设计图纸或者施工技术标准施工的行为的,责令改正,处以罚款;情节严重的,责令停业整顿,降低资质等级或者吊销资质证书;造成建筑工程质量不符合规定的质量标准的,负责返工、修理,并赔偿因此造成的损失;构成犯罪的,依法追究刑事责任。

5. 关于不履行保修义务或者拖延履行保修义务的法律责任

建筑施工企业违反《建筑法》的规定,不履行保修义务或者拖延履行保修义务的,责令改正,可以处以罚款,并对在保修期内因屋顶、墙面渗漏、开裂等质量缺陷造成的损失,承担赔偿责任。

6. 关于不采取措施消除安全事故隐患的法律责任

建筑施工企业违反《建筑法》的规定,对建筑安全事故隐患不采取措施予以消除的,责令改正,可以处以罚款;情节严重的,责令停业整顿,降低资质等级或者吊销资质证书;构成犯罪的,依法追究刑事责任。建筑施工企业的管理人员违章指挥、强令职工冒险作业,因而发生重大伤亡事故或者造成其他严重后果的,依法追究刑事责任。

3.4.3 其他法律责任

在工程发包与承包中索贿、受贿、行贿,情节轻微,不构成犯罪的,应依照《建筑法》第68条第1款规定追究其行政责任如下:①处以罚款;②没收贿赂的财物;③对直接负责的主管人员和其他直接责任人员给予处分。对国家机关或国有及集体企业、事业单位的人员,应依照国务院的有关规定给予行政处分。根据国务院发布的《中华人民共和国公务员法》、《劳动法》的规定,对国家工作人员及国有或者城镇集体企业职工行政处分的形式主要有警告、记过、记大过、降级、撤职、留用察看、开除等。另外,依照《建筑法》第68条第2款的规定,对在工程承包中行贿的承包单位,还可以责令停业整顿,降低资质等级或者吊销资质证书。

【案例 3-2】

原告:甲电信公司。

第一被告:丙建筑设计院。

第二被告:乙建筑承包公司。

基本案情:甲电信公司因建办公楼与乙建筑承包公司签订了工程总承包合同。其后,经甲同意,乙分别与丙建筑设计院和丁建筑工程公司签订了工程勘察设计合同和工程施工合同。勘察合同约定:由丙对甲的办公楼及其附属工程提供设计服务,并按勘察设计合同的约定交付有关的设计文件和资料。施工合同约定:由丁根据丙提供的设计图纸进行施工,工程竣工时依据国家有关验收规定及设计图纸进行质量验收。合同签订后,丙按时将设计文件和有关资料交付给丁,丁依据设计图纸进行施工。工程竣工后,甲会同有关质量监督部门对工程进行验收,发现工程存在严重质量问题,是由于设计不符合规范所致。原来丙未对现场进行仔细勘察即自行进行设计,导致设计不合理,给甲带来了重大损失。丙以与甲没有合同关系为由拒绝承担责任,乙又以自己不是设计人为由推卸责任,甲遂以丙为被告向法院起诉。法院受理后,追加乙为共同被告,判决乙与丙对工程建设质量问题承担连带责任。

【案例分析】

本案例中,甲是发包人,乙是总承包人,丙和丁是分包人。《建筑法》第29条规定:“建筑工程总承包单位可以将承包工程中的部分工程发包给具有相应资质条件的分包单位;但是,除

总承包合同中约定的分包外,必须经建设单位认可。施工总承包的,建筑工程主体结构的施工必须由总承包单位自行完成。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。禁止总承包单位将工程分包给不具备相应资质条件的单位。禁止分包单位将其承包的工程再分包。”对工程质量问题,乙作为总承包人应承担责任,而丙和丁也应该依法分别向发包人甲承担责任。

本案必须说明的是,《建筑法》第 28 条规定:“禁止承包单位将其承包的全部建筑工程转包给他人,禁止承包单位将其承包的全部建筑工程肢解以后以分包的名义分别转包给他人。”本案例中乙作为总承包人不自行施工,而将工程全部转包他人,虽经发包人同意,但违反法律禁止性规定,其与丙和丁所签订的两个分包合同均是无效合同。建设行政主管部门应依照《建筑法》和《建设工程质量管理条例》的有关规定,对其进行行政处罚。

【案例 3-3】

某工程项目由甲施工企业总承包,该企业将工程的土石方工程分包给乙分包公司,乙分包公司又与刘某签订任务书,约定由刘某组织人员负责土方开挖、装卸和运输,负责施工的项目管理、技术指导和现场安全管理,单独核算,自负盈亏。

问题:乙分包公司与刘某签订土石方工程任务书的行为应当如何定性,该作何处理?

【案例分析】

本案例中,乙分包公司允许刘某以工程任务书形式承揽土石方工程,并将现场全权交由刘某负责,该项目施工中的技术、质量、安全管理及核算人员均由刘某自行组织而非乙分包公司的人员组织,按照《房屋建筑和市政基础设施工程施工分包管理办法》第 15 条的规定,这种情况应视同允许他人以本企业名义承揽工程。另外,依照本法第 18 条的规定,对乙分包公司及刘某给予相应处罚。

【本章小结】

本章主要介绍了发承包的概念、发承包活动遵循的原则、建设工程发包方式、建设工程发包行为规范、建设工程承包方式、建设工程承包行为规范、发包单位与承包单位违法行为的法律责任等内容。

建设工程的发包方式主要有两种:招标发包和直接发包。

建设工程承包制度包括工程总承包、联合承包、分包等。

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。

【习题】

一、单项选择题

1. 大华建筑公司承包中信科技有限公司的办公楼扩建项目,根据《建筑法》有关建筑工程发承包的有关规定,该公司可以()。

- A. 把工程转让给华民建筑公司
- B. 把工程分为土建工程和安装工程,分别转让给两家有相应资质的建筑公司
- C. 经中信科技有限公司同意,把内墙抹灰工程发包给别的建筑公司
- D. 经中信科技有限公司同意,把主体结构的施工发包给别的建筑公司
2. 下列做法中()符合《建筑法》关于建筑工程发承包的规定。
- A. 某建筑施工企业超越本企业资质等级许可的业务范围承揽工程
- B. 某建筑施工企业以另一个建筑施工企业的名义承揽工程
- C. 某建筑施工企业持有依法取得的资质证书,并在其资质等级许可的业务范围内承揽工程
- D. 某建筑施工企业允许个体户王某以本企业的名义承揽工程
3. 下列关于工程承包活动相关连带责任的表述中,正确的是()。
- A. 联合体承包工程其成员之间的连带责任属约定连带责任
- B. 如果分包单位是经业主认可的,总包单位对其过失不负连带责任
- C. 工程总分包单位之间的连带责任是法定连带责任
- D. 负有连带责任的每个债务人,都负有清偿部分债务的义务
4. 两个以上不同资质等级的单位实行联合共同承包的,应当按照()的业务许可范围承揽工程。
- A. 资质等级高的单位
- B. 资质等级低的单位
- C. 联合各方平均资质等级
- D. 双方协商确定的资质等级
5. 甲、乙、丙三家公司组成联合体投标,中标了一栋写字楼工程,施工过程中因甲施工的工程质量问题而出现赔偿责任,则建设单位()。
- A. 可向甲、乙、丙任何一方要求赔偿
- B. 只能要求甲负责赔偿
- C. 只能与甲、乙、丙协商由谁赔偿
- D. 如向乙要求赔偿,乙有权拒绝
6. 《建筑法》规定,建筑施工企业超越本单位资质等级承揽工程的,责令停止违法行为,处以罚款,情节严重的,可()。
- A. 追究刑事责任
- B. 予以取缔
- C. 吊销营业执照
- D. 吊销资质证书
7. 甲公司中标了一栋高档写字楼工程的施工总承包业务,经业主方认可将其中的专业工程分包给具有相应资质等级的乙公司,工程施工中因乙分包的工程发生质量事故给业主方造成了10万元的损失而产生了赔偿责任。对此,正确的处理方式应当是()。
- A. 业主方只能要求乙赔偿
- B. 如果业主方要求甲赔偿,甲以乙是业主认可的分包单位为由而拒绝
- C. 甲不能拒绝业主方的10万元赔偿要求,但赔偿后可按分包合同的约定向乙追赔
- D. 乙可以拒绝甲的追赔要求
8. 根据《建筑法》,下面关于分包的说法正确的是()。
- A. 承包单位可以将其承包的工程全部分包出去,自己仅负责管理工作
- B. 分包单位仅应对总承包单位负责
- C. 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
- D. 如果有必要,分包单位可以将其承包的工程再分包

二、多项选择题

- 建设工程的承包方式主要有()。
 - 招标发包
 - 直接发包
 - 分包
 - 工程总承包
 - 联合承包
- 下列做法中()不符合《建筑法》关于建筑工程发承包的规定。
 - 发包单位将应当由一个承包单位完成的建筑工程肢解成若干部分发包给几个承包单位
 - 某建筑施工企业超越本企业资质等级许可的业务范围承揽工程
 - 某建筑施工企业将其承包的全部建筑工程肢解以后,以分包的名义分别转包给他人
 - 发包单位将建筑工程的勘察、设计、施工、设备采购一并发包给一个工程总承包单位
 - 某建筑施工企业将所承包工程主体结构的施工分包给其他单位
- 按照《建筑法》及相关法规的规定,下列选项中,工程勘察、设计、施工、监理等单位在工程发承包中被法律禁止的行为有()。
 - 合伙以非法人共同体承包
 - 超越自身资质等级承包
 - 允许他人以自己名义承包
 - 转包或违法分包工程
 - 与资质等级高的单位合伙共同承包
- 按照《招标投标法》及相关法规的规定,中标人按照合同约定或经招标人同意,可以将中标项目中的施工任务进行分包的有()。
 - 部分非主体、非关键工程
 - 专业工程
 - 自身缺乏施工经验的分部工程
 - 劳务作业任务
 - 需要专有技术的分项工程
- 建筑施工企业有下列()行为的,对因该工程不符合规定的质量标准造成的损失,承担连带赔偿责任。
 - 转让、出借资质证书
 - 将工程发包给不具有相应资质条件的承包单位
 - 允许他人以本企业的名义承揽工程
 - 将承包的工程转包
 - 违反《建筑法》的规定进行分包

三、简答题

- 发承包活动应遵循哪些原则?
- 建设工程发包和承包的行为规范各有哪些?

四、案例分析

A公司因建生产厂房与B公司签订了工程总承包合同。其后,经A公司同意,B将工程勘察设计任务和施工任务分别发包给C设计单位和D建筑公司,并各自签订书面合同。在签订合同约定由D根据C提供的设计图纸进行施工,工程竣工时依据国家有关规定、设计图纸进行质量验收。合同签订后,C按时交付设计图纸,D依照图纸进行施工。工程竣工后,A会同有关质量监督部门对工程进行验收,发现工程存在严重质量问题,是由于C不具

备勘察资质,未对现场进行仔细勘察,设计不符合规范所致。A公司遭受重大损失,但C称与A不存在合同关系拒绝承担责任,B以自己不是设计人为由也拒绝赔偿。

问题:1.在我国常见的发包方式有哪些?

2. A、B、C、D在承发包合同中各自身份是什么?

3. B公司发包工程项目的做法是否符合法律规定?

4. B、C公司拒绝承担责任的理由是否充分?为什么?



习题答案