

**基础精讲班**  
**建筑经济专业知识与实务**  
**中级经济师考试**

主讲老师：张洁函

**第五章 建设工程合同管理**

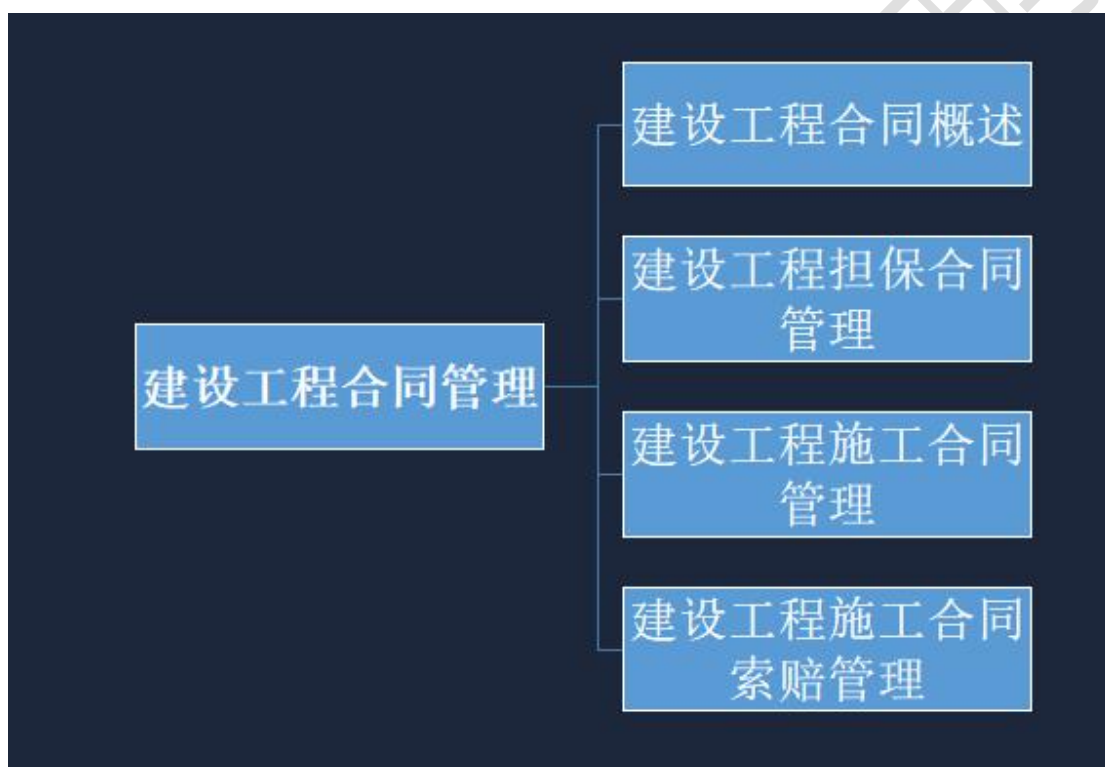
**【本章考情分析】**

年份	单选题	多选题	案例分析	合计
2017 年	6 题 6 分	2 题 4 分	-	8 题 10 分

本章是近年考试中常考案例。

**第五章 建设工程合同管理**

**【本章教材结构】**



**第一节 建设工程合同概述**

**【本节考点】**

**【考点】** 合同

**【考点】** 建设工程合同

**【考点】** 国际工程合同

**第一节 建设工程合同概述**

**一、合同**

（一）合同的概念及其特征

合同又称契约，是平等主体的自然人、法人、其他组织之间设立、变更、终止民事权利义务的协议。

特征：

（1）合同是平等主体的自然人、法人、其他组织所实施的一种民事法律行为。是一种合法的具有法律约束力的行为。

- (2) 合同以设立、变更或者终止民事权利义务关系为目的和宗旨。
- (3) 合同是当事人协商一致的产物或意思表示一致的协议。

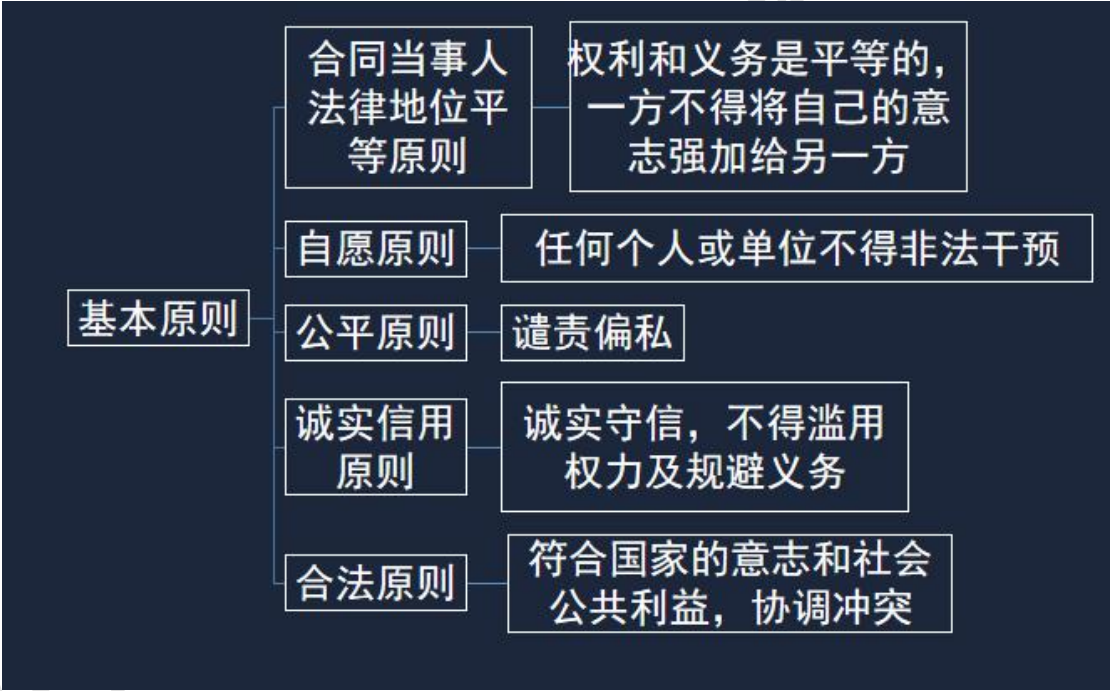
第一节 建筑工程合同概述

(二) 合同的分类

分类依据	分类结果
按照合同的表达形式	书面合同、口头口头、默示合同
根据当事人是否存在对待给付义务	单务合同、双务合同
根据当事人是否可以从合同中获取某种利益	有偿合同（双务）、无偿合同（单务）
根据法律上是否规定了一定合同的名称	有名合同、无名合同
根据合同的成立是否以交付标的物为成立条件	诺成合同、实践合同（定金、借用）
根据合同是否以一定的形式为要件	要式合同、不要式合同
根据合同相互间的主从关系	主合同、从合同（附属合同）

第一节 建筑工程合同概述

(三) 订立合同应遵循的基本原则



第一节 建筑工程合同概述

(四) 订立合同的方式：

1. 要约

- (1) 概念：是一方当事人以缔结合同为目的，向对方当事人所做的意思表示。
  - 1) 发出要约的人称为要约人。
  - 2) 接受要约的人则称为受要约人。
  - 3) 要约人在要约的有效期限内，必须受要约的内容拘束。要约发出后，非依法律规定或受要约人的同意，不得变更、撤销要约的内容。

第一节 建筑工程合同概述

(2) 要约的有效条件

- 1) 要约是具有订约能力的特定人做出的意思表示
- 2) 要约必须具有订立合同的意图
- 3) 要约必须向要约人希望与之缔结合同的受要约人发出
- 4) 要约的内容必须具体确定
- 5) 要约必须送达到受要约人

## **第一节 建筑工程合同概述**

### **(3) 要约的法律效力**

又称要约的拘束力。要约如果符合一定的构成要件,就要对要约人和受要约人产生一定的效力。

- 1) 要约开始生效的时间——《合同法》规定:要约到达受要约人时生效
- 2) 要约法律效力的内容——要约一经生效,要约人即受到要约的拘束,不得随意撤销要约或对要约随意加以限制、变更和扩张。要约对受要约人的约束力表现在,要约发生法律效力时,取得依其承诺而使合同成立的法律地位。

## **第一节 建筑工程合同概述**

### **(4) 要约撤回与要约撤销。**

- 1) 要约撤回。要约撤回是指要约人在要约发出以后,未到达受要约人之前,有权宣告取消要约。

任何一项要约都是可以撤回的,只要撤回的通知先于或同时与要约到达受要约人,便能产生撤回的效力。在撤回时要约并没有生效,撤回要约也不会影响到受要约人的利益。

- 2) 要约撤销。

要约撤销是指要约人在要约到达受要约人并生效以后,将该项要约取消,从而使要约的效力归于消灭。撤销与撤回都旨在使要约作废或取消,并且都只能在承诺做出之前实施。

## **第一节 建筑工程合同概述**

### **要约不得撤销的情形:**

要约中规定了承诺期限,或者以其他形式明示要约是不可撤销的,或者尽管没有明示要约不可撤销,但受要约人有理由认为要约是不可撤销的,并且已经为履行合同做了准备工作,则不可撤销要约。

## **第一节 建筑工程合同概述**

## **2. 承诺**

### **(1) 承诺的概念与应具备的条件**

承诺是指受要约人同意要约的意思表示。

承诺的法律效力在于一经承诺并送达要约人,合同便宣告成立。

承诺应具备的条件:

- ①必须由受要约人做出;
- ②只有受要约人才能做出承诺;
- ③承诺必须向要约人做出;
- ④承诺必须在规定的期限内到达要约人;
- ⑤承诺的内容必须与要约的内容一致。

## **第一节 建筑工程合同概述**

### **(2) 承诺的方式**

承诺应当以通知的方式做出。

通知方式根据要约的要求确定。如果要约规定承诺方式,则承诺的方式成为承诺生效的特殊要件。

### **(3) 承诺的期限**

承诺应当在要约确定的期限内到达要约人。

## **第一节 建筑工程合同概述**

### **(4) 承诺迟延和承诺撤回**

#### **1) 承诺迟延**

是指受要约人未在承诺期限内发出承诺。超过承诺期限做出承诺，该承诺不产生效力。

#### **2) 承诺撤回**

是指受要约人在发出承诺通知以后，在承诺正式生效之前撤回其承诺。若承诺通知已经生效，合同已成立，则不能再撤回承诺。

#### **【注意】**

要约有撤回也有撤销，但承诺只有撤回，没有撤销。

因为承诺生效后合同成立，撤销承诺相当于毁约。

## **第一节 建筑工程合同概述**

### **二、建设工程合同**

#### **(一) 建设工程合同的概念**

建设工程合同是指承包人进行工程建设，发包人支付价款的合同。

包括工程勘察、设计、施工合同。

建设工程合同的特征

(1) 建设工程合同的标的物一般仅限于基本建设工程。

(2) 建设工程合同的主体应具备的相应条件。

(3) 建设工程合同的要式性

## **第一节 建筑工程合同概述**

### **(二) 建设工程合同当事人的权利和义务**

#### **1. 发包人的权利与义务**

##### **(1) 发包人的权利**

① 签订合同的权力（建筑工程合同，勘察、设计、施工合同）

② 发包人的检查权（随时检查进度、质量）

## **第一节 建筑工程合同概述**

### **(2) 发包人的义务**

① 不得肢解发包

② 依国家规定的程序和批准的文件订立合同

③ 发包人负有及时检查隐蔽工程的义务

④ 发包人应按合同规定的期限提供准确的资料，并不得随意变更计划

⑤ 及时验收与支付价款的义务

⑥ 因发包人导致工程中途停建、缓建，发包人负有采取措施弥补或者减少损失的义务。

## **第一节 建筑工程合同概述**

### **2. 承包人的权利和义务**

#### **(1) 承包人的权利**

① 经发包人同意总承包人可以将部分工程交由第三人完成。

② 要求赔偿停工、窝工损失和实际费用的权利。

③ 催告发包人在合理期限内支付价款的权利。

## **第一节 建筑工程合同概述**

### **(2) 承包人的义务**

① 承包人应当亲自完成工程建设任务

建设工程主体结构的施工必须由承包人自行完成。

禁止一个承包人完成的建设工程肢解成若干部分发包给几个承包人；

禁止肢解后以分包的名义分别转包；

禁止承包人将工程分包给不具备相应资质条件的单位；

禁止分包单位再分包。

## 第一节 建筑工程合同概述

### ②承包人应当接受发包人的检查。

③承包人应当按照约定的期限交付合格的工作成果。

勘察、设计的质量不符合要求或未按期交付文件拖延工期，造成发包人损失，应减收或者免收勘察设计费并赔偿损失。因施工人的原因导致发包人的损失，应由施工人承担相应责任。

## 第一节 建筑工程合同概述

### （三）建设工程合同管理的特点

- （1）建设工程项目完成是一个渐进的过程。
- （2）工程价值量大、合同价格高，合同管理对经济效益影响较大。
- （3）工程合同变动较为频繁。
- （4）工程合同管理工作复杂。
- （5）合同风险大。

## 第一节 建筑工程合同概述

### （四）建设工程合同管理的制度

- （1）建筑企业内部合同预签制度—企业内部各部门之间模拟活动。
- （2）建筑企业内部的审查、批准制度—通过各部门及法律顾问的审查。
- （3）严格保护、保管企业印章制度。
- （4）检查和奖励制度。
- （5）完善合同统计考核制度。
- （6）建立合同管理评估制度。
- （7）推行合同管理目标制度。
- （8）建立合同管理质量责任制度。

## 第一节 建筑工程合同概述

### 三、国际工程合同

国际上有代表性的合同文本有以下几种：

#### （一）FIDIC 合同条件

FIDIC 是国际咨询工程师联合会法语名称的缩写，该联合会编制的有关合同条件的规范性文件，由 FIDIC 各专业委员会编制，专业性很强。在国际工程发承包领域具有很广泛的影响并广为采用。

#### （二）ICE 合同条件

ICE 是英国土木工程师协会的缩写。ICE 合同条件是由英国土木工程师协会编制的。

## 第一节 建筑工程合同概述

#### （三）JCT 合同条件

JCT 英国合同审定联合会的缩写。JCT 是英国建筑业多个专业组织的联合会编制的。

#### （四）AIA 合同条件

AIA 是美国建筑师协会的缩写。AIA 合同条件是由美国建筑师协会编制的。

## 第二节 建设工程担保合同管理

### 【本节考点】

【考点】担保的概念和特征

【考点】担保方式

【考点】担保在建设工程中的应用

第二节 建设工程担保合同管理

一、担保的概念和特征

(一) 担保的概念

是为了保障债务的履行、确保债权的实现，在人的信用或特定的财产之上设定的特殊的民事法律制度。

当债务人不按主合同的约定履行债务导致债权无法实现时，担保的权利义务才确定并成为现实。

(二) 担保的法律特征

- (1) 附随性，又称为从属性
- (2) 条件性——主债务人不履行或者不能履行为前提条件
- (3) 相对独立性——相对独立于被担保的债权

第二节 建设工程担保合同管理

二、担保方式

我国《担保法》规定的担保方式有：保证、抵押、质押、留置和定金五种。

(一) 保证

是指保证人和债权人约定，当债务人不履行债务时，保证人按照约定履行债务或者承担责任的行为。

1. 保证的方式

分为一般保证、连带责任保证，如没约定或约定不明确，按连带责任保证承担责任。

第二节 建设工程担保合同管理

2. 不同保证方式的区别

	一般保证（有先后）	连带责任保证（无先后）
定义	保证人与债权人约定，当债务人“不能”履行债务时，由保证人承担保证责任	保证人与债权人约定，保证人与债务人对债务承担连带责任。 债权人可要求债务人履行债务，也可以要求保证人在其保证的范围内承担保证责任。
界定	对保证方式没约定或约定不明，按连带责任保证承担	

第二节 建设工程担保合同管理

3. 不能作为保证人的组织

- (1) 企业法人的分支机构、职能部门。
- (2) 国家机关（经国务院批准为使用外国政府或者国际经济组织贷款进行转贷的除外）。
- (3) 学校、幼儿园、医院等公益目的的事业单位、社会团体。

第二节 建设工程担保合同管理

4. 保证合同的内容

- (1) 被保证的主债权种类、数额。
- (2) 债务人履行债务的期限。
- (3) 保证方式。
- (4) 保证担保的范围。
- (5) 保证的期间。
- (6) 双方认为需要约定的其他事项。

## 第二节 建设工程担保合同管理

### 5. 保证责任

(1) 保证担保的范围：包括：主债权及利息、违约金、损害赔偿金、实现债权的费用。

(2) 一般保证的保证期间：未约定保证期间的，为主债务履行期届满之日起 6 个月。

(3) 保证期间，债权人、债务人协议变更主合同，或债权人许可债务人转让债务的，应取得保证人的书面同意，否则，保证人不再承担保证责任

## 第二节 建设工程担保合同管理

### (二) 抵押

#### 1. 抵押的概念

抵押是指债务人或者第三人向债权人以不转移占有的方式，提供一定的财产作为抵押物，用以担保债务履行的担保方式。债务人不履行债务时，债权人有权依照法律规定以抵押物折价或者从变卖抵押物的价款中优先受偿。

抵押人——债务人或第三人

抵押权人——债权人

抵押物——提供担保的财产

## 第二节 建设工程担保合同管理

### 2. 依法可以抵押的财产

(1) 抵押人所有的建筑物和其他地上附着物。

(2) 抵押人所有的机器、交通运输工具和其他财产。

(3) 抵押人依法有权处分的国有土地使用权、房屋和其他地上定着物。

(4) 抵押人有权处分的国有机器、交通运输工具和其他财产。

(5) 抵押人依法承包并经发包方同意抵押的荒山、荒沟、荒丘、荒滩等荒地的土地使用权。

(6) 依法可以抵押的其他财产。

建筑物与相应的建设用地使用权一并抵押。

## 第二节 建设工程担保合同管理

### 4. 抵押的效力

(1) 范围：主债权及利息、违约金、损害赔偿金、实现抵押权的费用。

(2) 抵押物转让：应通知抵押权人并告知受让人转让物已经抵押的情况，否则，转让无效。转让的价款，应向抵押权人提前清偿所担保的债权或者向与抵押权人约定的第三人提存。其价款不得明显低于其价值。抵押人的行为足以使抵押物价值减少的，抵押权人有权要求抵押人停止其行为。

(3) 抵押权与其担保债权的关系：同时存在，抵押权不得与债权分离而单独转让或者作为其他债权的担保。

## 第二节 建设工程担保合同管理

### 5. 最高额抵押权

为担保债务的履行，债务人或者第三人对一定期间内将要连续发生的债权提供担保财产的，债务人不履行到期债务或者发生当事人约定的实现抵押权的情形，抵押权人有权在最高债权额限度内就该担保财产优先受偿。

注：最高额抵押所担保的债权额是确定的，但实际发生的债权额是不确定的。

最高额抵押是对一定期间内连续发生的债权作担保。

## 第二节 建设工程担保合同管理

### 6. 抵押权的实现

(1) 抵押权人可以与债务人协议，以抵押财产折价或者拍卖、变卖该抵押财产所得的价款优先受偿。未达成协议的，抵押权人可以请求人民法院拍卖、变卖抵押财产。

(2) 同一财产向多个债权人抵押的情况：拍卖、变卖抵押财产所得的价款清偿原则：

- 1) 抵押权已登记的，按照登记先后顺序清偿；顺序相同的，按照债权比例清偿
- 2) 抵押已登记的先于未登记的受偿；
- 3) 抵押权未登记的，按照债权比例清偿。

## 第二节 建设工程担保合同管理

### (三) 质押

#### 1. 质押的概念

质押是指债务人或者第三人将其动产或权利移交债权人占有，用以担保债权履行。

质押后，当债务人不能履行债务时，债权人依法有权就该动产或权利优先得到清偿。但质押物的升值贬值部分都属于出质人。(例如股票质押)

出质人——债务人或第三人

质权人——债权人

质物——移交的动产或权利

质权是一种约定的担保物权，以转移占有为特征。

## 第二节 建设工程担保合同管理

#### 2. 质押的分类——动产质押、权利质押

动产质押，质权自处置人交付质押财产时设立。

可质押的权利：汇票、支票、本票、债券、存款单、仓单、提单、可转让的基金份额、股权、注册商标专用权、专利权、著作权等知识产权中的财产权；应收债权；

抵押要登记才生效，质押占有就生效，要进行移交；抵押须向法院申请拍卖，而质押可以直接变卖

## 第二节 建设工程担保合同管理

【难点辨析】抵押与质押的区别

保证种类	抵押	质押
对象	不动产 特殊大型动产	动产 权利
占有方式	不转移占有	转移占有

## 第二节 建设工程担保合同管理

【例题：多选】施工企业准备以汇票向债权人提供担保。下列关于该担保的说法中，正确的有( )。

- A. 该担保方式是质押
- B. 该担保方式是抵押
- C. 施工企业应当将汇票交付债权人
- D. 双方应当办理登记
- E. 汇票仍由施工企业保管

【答案】AC

【解析】汇票是权利凭证，只能进行质押。质押的最大特点是转移占有，所以要移交给债权人。

## 第二节 建设工程担保合同管理

### (四) 留置

指债权人按照合同约定占有对方(债务人)的财产，当债务人不能按照合同约定期限履行债务时，债权人有权依照法律规定留置该财产并享有处置该财产得到优先受偿的权利。



留置权益债权人合法占有对方财产为前提，并且债务人的债务已经到了履行期。  
能够留置的财产权先于动产且只有因保管合同、仓储合同、运输合同、加工承揽合同发生的债权，债权人才有可能实施留置。

## 第二节 建设工程担保合同管理

### （五）定金

是指当事人双方为了保证债务的履行，约定当事人一方先行支付给对方一定数额的货币作为担保。数额不得超过主合同标的额的 20%。

定金合同采用书面形式，要约定交付定金的期限，从实际交付定金之日起合同生效。

债务人履行债务，定金应抵作价款或收回了；付定金方不履行债务，无权要求返还定金。

受定金方不履行约定债务，双倍返还定金。例：材料预付款。

## 第二节 建设工程担保合同管理

### 三、担保在建设工程中的应用

工程建设过程中最常用的担保方式——保证。必须由第三方作为保证人，一般是银行，也可以是担保公司等信用较高的其他担保人。必须采用书面形式。

银行出具的保证称为保函，其他担保人出具的书面保证称为保证书。

## 第二节 建设工程担保合同管理

### （一）工程招标投标过程中的担保

#### 1. 担保方式：

- （1）由投标人提供一定数额的保证金
- （2）由银行或者担保公司出具投标保函或者投标保证书。

#### 2. 可以不退还投标保证金的情况：

- （1）投标人在投标有效期内撤销投标文件
- （2）中标人无正当理由不与招标人订立合同
- （3）在签订合同时向招标人提出附加条件或者不按照招标文件要求提交履约保证金

## 第二节 建设工程担保合同管理

### 3. 投标有效期的计算

从提交投标文件的截止之日起计算，截止时间根据招标文件项目的情况由招标文件规定。

#### 4. 投标保函或保证书在评标结束应退还给承包商的情况

- （1）投标人未中标
- （2）中标的投标人在签订合同时提交了履约担保。

最迟应在书面合同签订后 5 日内向中标人和未中标投标人退还投标保证金及银行同期存款利息。

投标保证金不得超过招标项目估算价的 2%，投标保证金有效期应与投标有效期一致。境内投标单位，以现金或者支票形式提交的投标保证金应当从基本账户转出

## 第二节 建设工程担保合同管理

【例题：单选】投标保证的有效期限从（ ）之日起计算。

- A. 招标文件出售
- B. 投标文件递交
- C. 投标截止
- D. 中标通知书发出

【答案】C

【解析】投标保证的有效期是从投标截止日起到确定中标人止。

## 第二节 建设工程担保合同管理

### （二）施工合同的履约保证

### 1. 保证方式:

- (1) 提交一定数额的履约保证金。履约保证金不得超过中标合同价的 10%。
- (2) 由银行或担保公司向招标人出具履约保函或者保证书。

### 2. 发包人向银行或担保公司索取保证金作为赔偿的情况:

- (1) 施工过程中, 承包人中途毁约, 或任意中断工程, 或不按规定施工。
- (2) 承包人破产或倒闭。

## 第二节 建设工程担保合同管理

### 3. 履约保证的有效期限

从提交履约保证起, 到项目竣工并验收合格止。如工程拖期, 协商后通知保证人延长保证有效期, 防止发包人借故提款。

#### (三) 施工预付款保证

预付款担保, 是承包人提交的, 为保证返还预付款的担保。采用由银行出具保函的方式提供。预付款保证的有效期限: 从预付款支付之日起至发包人向承包人全部收回预付款之日止。

## 第二节 建设工程担保合同管理

【易混点辨析】注意三个保证的有效期限

保证种类	保证期限
招投标担保	从投标截止日起到招标人规定时间
施工合同履约保证	从提交履约保证到项目竣工验收合格为止
施工预付款保证	从预付款支付之日起至发包人全部收回预付款之日

## 第三节 建设工程施工合同管理

### 【本节考点】

#### 【考点】建设工程施工合同

#### 【考点】建设工程施工合同的主要内容

#### 【考点】合同的变更和解除

#### 【考点】工程竣工与保修阶段的合同管理

#### 【考点】建设工程施工合同纠纷的审理

## 第三节 建设工程施工合同管理

### 一、建设工程施工合同

#### (一) 建设工程施工合同的概念

是指发包人和承包人就具体工程项目的建筑施工、设备安装、设备调试、工程保修等工作内容, 明确双方权利、义务关系的协议。

施工合同是建设工程合同中的一种, 是双务有偿合同, 也是诺成合同。

施工合同是建设工程合同的主合同, 是工程建设质量控制、进度控制、投资控制的主要依据。

## 第三节 建设工程施工合同管理

合同当事人——发包人和承包人, 必须具备相应的资质条件和履行施工合同的能力。

发包人——在协议书中约定, 具有工程发包主体资格和支付工程价款能力的当事人及取得该当事人资格的合法继承人。

承包人——在协议书中约定、被发包人接受的具有工程施工承包主体资格的当事人以及取得该当事人资格的合法继承人

## 第三节 建设工程施工合同管理

## （二）建设工程施工合同的特点

- （1）合同标的的特殊性（不动产，影响条件多，自然条件，地质水文，社会条件等）
- （2）合同履行期限的长期性
- （3）合同风险较大（不可抗力、法律法规政策、市场价格浮动等影响）
- （4）合同内容的多样性和复杂性（主体多、关系复杂）
- （5）建筑工程施工合同涉及面广（涉及材料设备采购、工程借款、劳务、租赁、运输、加工、保险等合同类别）
- （6）合同监督的严格性（对合同主体监督、合同订立监督、合同履行监督都非常严格）

### 第三节 建设工程施工合同管理

#### （三）建设工程施工合同示范文本组成

三个部分：第一部分是协议书；第二部分是通用条款；第三部分是专用条款

三个附件：附件一是承包人承揽工程项目一览表；附件二是发包人供应材料设备一览表；附件三是房屋建筑工程质量保修书

### 第三节 建设工程施工合同管理

#### 二、建设工程施工合同的主要内容

在实践中，施工合同中关于工期、质量、支付方面的条款是合同的最重要条款。依照 2017 版《建设工程施工合同（示范文本）》，对于工期、质量、支付的处理原则如下：

##### （一）工期进度

###### （1）承包人编制施工组织设计。

施工组织设计包含如下内容：施工方案；施工现场平面布置图；施工进度计划和保证措施；劳动力及材料供应计划；施工机械设备的选用；质量保证体系及措施；安全生产、文明施工措施；环境保护、成本控制措施；合同当事人约定的其他内容。

### 第三节 建设工程施工合同管理

（2）承包人应在合同签订后的 14 天内，至迟不得晚于监理人发出的开工通知载明的开工日期的前 7 天，向监理人提供详细的施工组织设计，并由监理人通知发包人，发包人和监理人应在监理人收到施工组织设计后 7 天内确认或提出修改意见。承包人与发包人达成一致方可实施。

###### （3）施工进度计划的编制和修订。

### 第三节 建设工程施工合同管理

施工进度计划应经发包人批准后实施，发包人和监理人有权按照施工进度计划检查工程进度情况。

施工进度计划不符合合同要求或与工程的实际进度不一致的，承包人应向监理人提交修订的施工进度计划并附具有关措施和相关资料，由监理人报送发包人，除专用条款另有约定外，发包人和监理人应在收到修订的施工进度计划 7 天内完成审核和批准或提出修改意见。发包人和监理人对承包人提交的施工进度计划的确认，不能减轻或免除承包人根据法律规定和合同约定应承担的任何责任或义务。

### 第三节 建设工程施工合同管理

###### （4）开工准备及开工通知。

发包人应按照法律规定取得工程施工许可。承包人应向监理人提交开工报审表，经监理人报发包人批准后执行。除非另有约定，因发包人原因造成监理人未能在计划开工日期之日起 90 天内发出开工通知的，承包人有权提出价格调整要求或者解除合同。发包人应当承担由此增加的费用和延误工期造成的损失，并向承包人支付合理利润。

### 第三节 建设工程施工合同管理

###### （5）工期延误。①因发包人原因导致工期延误。因发包人原因导致工期延误和（或）费用

增加的，由发包人承担由此延误工期和（或）增加的费用，且发包人应支付承包人合理的利润，并应顺延竣工日期。

②因承包人原因导致工期延误。因承包人原因导致工期延误的，可以在专用合同条款中约定逾期竣工违约金的计算方法和逾期竣工违约金的上限。承包人支付逾期竣工违约金后，不免除承包人继续完成工程及修补缺陷的义务。

第三节 建设工程施工合同管理

(二) 工程质量

(1) 质量要求。

工程质量必须符合现行国家有关工程施工质量验收规范和标准的要求，有关工程质量的特殊标准或要求由合同当事人在专用合同条款中约定。由发包人原因造成工程质量未达合同约定标准的，由发包人承担由此增加的费用和（或）延误的工期，并支付承包人合理的利润；由承包人原因造成工程质量未达到合同约定标准的，发包人有权要求承包人返工直至工程质量达到合同约定的标准为止，并由承包人承担由此增加的费用和（或）延误的工期。

第三节 建设工程施工合同管理

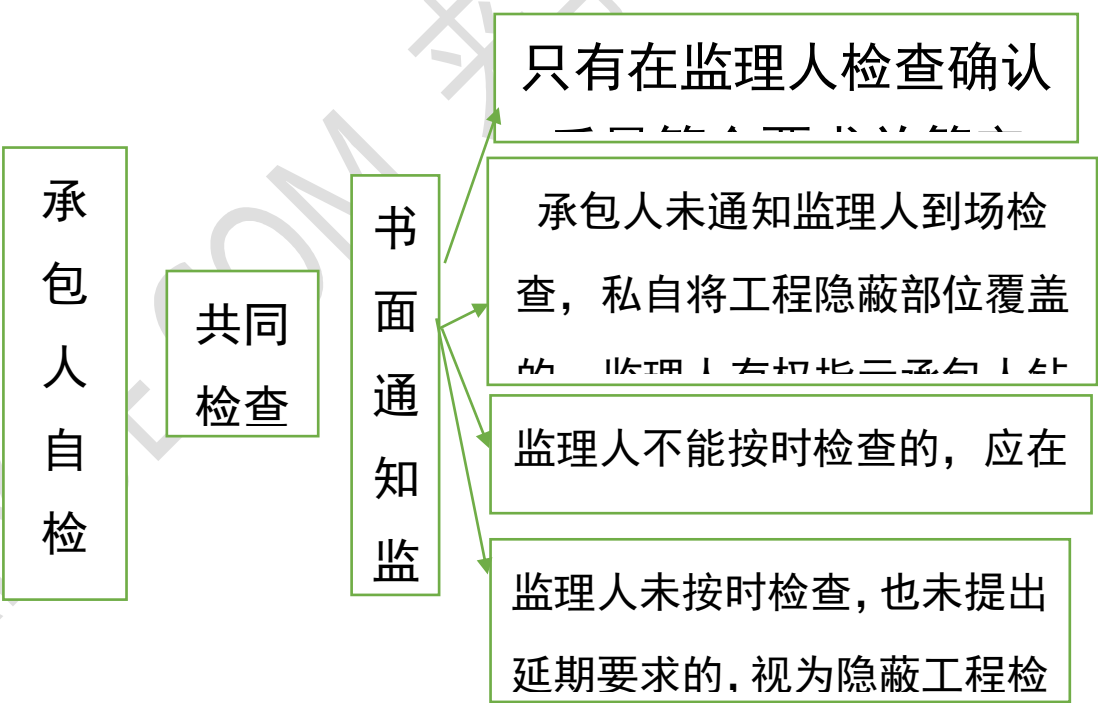
(2) 质量保证措施。

对于发包人和监理人违反法律法规和合同约定的错误指示，承包人有权拒绝实施。承包人还要根据法律法规和合同要求，进行施工现场取样检验、工程复合测量和设备性能检测，提供试验样品。

监理人按照法律法规和发包人授权对工程的所有部位及其施工工艺、材料和工程设备进行检查和检验。监理人进行的检查和检验，不免除或减轻承包人按照合同约定应当承担的责任。

第三节 建设工程施工合同管理

(3) 隐蔽工程检查。



第三节 建设工程施工合同管理

(4) 不合格工程的处理。

因承包人原因造成工程不合格的，发包人有权随时要求承包人采取补救措施，直至达到合同要求的质量标准，由此增加的费用和（或）延误的工期由承包人承担；无法补救的，发

包人可以拒绝接收不合格工程，因不合格工程导致其他工程不能正常使用的，承包人应采取措施确保相关工程正常使用，由此增加的费用和（或）延误的工期由承包人承担；因发包人原因造成工程质量不合格的，由此增加的费用和（或）延误的工期由发包人承担，并支付承包人合理的利润。

### 第三节 建设工程施工合同管理

#### （5）质量争议验测。

合同当事人对工程质量有争议的，由双方协商确定的工程质量检测机构鉴定，由此产生的费用及因此造成的损失，由责任方承担。合同当事人均有责任的，由双方根据责任分别承担。合同当事人无法达成一致的，由总监理工程师按照合同约定审慎做出公正的确定。总监理工程师应将确定以书面形式通知当事人，并附详细依据。

### 第三节 建设工程施工合同管理

当事人没有异议的，按照确定执行，仍有异议的，可以请求当事人双方认可的行业协会或其他第三方进行调解、向当事人约定的仲裁委员会申请仲裁，直至向有管辖权的人民法院起诉。争议解决前，合同当事人暂按总监理工程师的确定执行；争议解决后，争议解决的结果与总监理工程师的确定不一致的，按照争议解决的结果执行，由此造成的损失由责任人承担。

### 第三节 建设工程施工合同管理

#### （三）价款支付

发包人工程价款支付应当按照预付款、进度款、竣工结算款支付方式进行。

#### （1）预付款。

预付款的支付按照专用合同条款约定执行，但至迟应在开工通知载明的开工日期 7 天前支付。一般预付款在进度付款中同比例扣回，在颁发工程接收证前，提前解除合同的，尚未扣完的预付款应与合同价款结算。

### 第三节 建设工程施工合同管理

#### （2）进度款。

进度款的付款周期应当按月进行。

承包人的进度付款申请单应当载明截至本次付款周期已完成工作对应的金额；进度计划变更应增加和扣减的变更金额；根据预付款约定所支付的预付款和扣减的返还预付款，应增加和扣减的索赔金额等。

进度付款申请向监理人提交，经监理人审核无异议即可在进度款支付证书签发后 14 天内完成支付。

发包人逾期支付进度款的，应按照中国人民银行发布的同期同类贷款基准利率支付违约金。发包人签发进度款支付证书或临时进度款支付证书，不表明发包人已同意、批准或接受了承包人完成的相应部分的工作。

### 第三节 建设工程施工合同管理

#### （3）竣工结算款。工程完工后，应当按照下列规定进行竣工结算：

①承包人应当在工程完工后的约定期限内提交竣工结算文件。

②国有资金投资建筑工程的发包人，应当委托具有相应资质的工程造价咨询企业对竣工结算文件进行审核，并在收到竣工结算文件后的约定期限内向承包人提出由工程造价咨询企业出具的竣工结算文件审核意见；逾期未答复的，按照合同约定处理，合同没有约定的，竣工结算文件视为已被认可。

### 第三节 建设工程施工合同管理

非国有资金投资的建筑工程发包人，应当在收到竣工结算文件后的约定期限内予以答复，逾期未答复的，按照合同约定处理，合同没有约定的，竣工结算文件视为已被认可；发

人对竣工结算文件有异议的应当在答复期内向承包方提出，并可以在提出异议之日起的约定期限内与承包人协商；发包人在协商期内未与承包人协商或者经协商未能与承包人达成协议的，应当委托工程造价咨询企业进行竣工结算审核，并在协商期满后的约定期限内向承包人提出由工程造价咨询企业出具的竣工结算文件审核意见。

### 第三节 建设工程施工合同管理

③承包人对发包人提出的工程造价咨询企业竣工结算审核意见有异议的，在接到该审核意见后一个月内，可以向有关工程造价管理机构或者有关行业组织申请调解，调解不成的，可以依法申请仲裁或者向人民法院提起诉讼。

发承包当事人在合同中对提交竣工结算文件和出具竣工结算审核意见约定期限没有明确约定的，应当按照国家有关规定执行；国家没有规定的，可认为其约定期限均为 28 日。

### 第三节 建设工程施工合同管理

#### (4) 工程保证金。

除依法依规设立的投标保证金、履约保证金、工程质量保证金、农民工工资保证金外，其他保证金一律取消。

建筑业企业可以银行保函方式缴纳。工程质量保证金的预留比例上限不得高于工程价款结算总额的 5%。在工程项目竣工前，已经缴纳履约保证金的，建设单位不得同时预留工程质量保证金。

### 第三节 建设工程施工合同管理

【2017 年试题】建设工程施工合同中，发包人的工程价款结算应当按照（ ）进行。

- A. 进度款、竣工结算款
- B. 签约双方认可的支付方式
- C. 预付款、进度款、竣工结算款
- D. 发包人确定的支付方式

【答案】C

【解析】本题考查发包人工程价款的支付。发包人工程价款支付应当按照预付款、进度款、竣工结算款支付方式进行。

### 第三节 建设工程施工合同管理

## 三、合同的变更和解除

### (一) 合同变更

广义的合同变更是指合同主体和合同的内容发生变化。

狭义合同变更是指合同成立后，尚未履行或尚未完全履行以前，当事人就合同内容达成修改和补充的协议。

### 第三节 建设工程施工合同管理

#### 1. 合同变更的条件

##### (1) 原已存在合同关系

合同被确认为无效合同，则不能变更。合同具有重大误解或显失公平因素，可申请撤销或变更可变更或撤销的当事人，如果变更了合同，未提出撤销，不得再提撤销，撤销权因变更而消灭。

##### (2) 原则上必须经当事人协商一致

##### (3) 合同变更必须遵循法定程序

##### (4) 是合同内容发生变化（不包括主体和标的改变）

### 第三节 建设工程施工合同管理

#### 2. 合同变更的效力

(1) 变更后的合同部分，原有合同失去效力，当事人应该按照变更后的合同履行

(2) 合同变更只对合同未履行部分有效, 不对合同已经履行部分产生效力, 约定除外, 已履行的部分不因合同的变更而失去法律依据

(3) 合同的变更不影响当事人请求损害赔偿的权利

### 第三节 建设工程施工合同管理

(4) 合同变更内容不明的法律规定

约定不明的, 推定为未变更。

有效的合同内容变更, 即在保持原合同的基础上, 对原合同作出明显的改变, 而成为一个与原合同有明显区别的合同。

【例题: 单选】合同狭义的变更是指合同的( ) 改变。

A. 主体

B. 内容

C. 客体

D. 标的

【答案】B

【解析】合同的变更主要是指合同内容的变更, 即狭义变更。

### 第三节 建设工程施工合同管理

#### (二) 合同的解除

狭义的合同解除, 是指合同依法成立后尚未全部履行前, 当事人一方基于法律规定或当事人约定, 行使解除权而使合同关系归于消灭的一种法律行为。

广义的合同解除, 包括狭义的合同解除和协议解除。

### 第三节 建设工程施工合同管理

#### 1. 合同解除的种类

(1) 协议解除: 在合同依法成立后, 但尚未全部履行前, 当事人通过协商解除合同。

(2) 约定解除: 在合同依法成立后, 但尚未全部履行前, 当事人基于双方约定的事由行使解除权而解除合同

(3) 法定解除: 在合同依法成立后, 但尚未全部履行前, 当事人基于法律规定的事由行使解除权而解除合同

### 第三节 建设工程施工合同管理

法定解除的三种情况:

1) 不可抗力解除权

2) 违约解除权

3) 其他解除权(不安抗辩权)

不安抗辩权——在双方合同中, 应当先履行债务的当事人有确切的证据证明后履行的一方有丧失或者可能丧失履行能力的情况时, 有终止履行自己债务的权利。

### 第三节 建设工程施工合同管理

我国《合同法》规定, 应当先履行债务的当事人, 有确切的证据证明对方有下列情形之一的, 可以中止履行: 经营状况严重恶化; 转移财产、抽逃资金, 以逃避债务; 丧失商业信誉; 有丧失或可能丧失履行债务能力的其他情况

### 第三节 建设工程施工合同管理

#### 2. 合同解除的行使

(1) 解除权的行使方式

原则上, 只要符合合同解除的条件, 一方当事人只需向对方发出解除合同的通知, 通知到达对方时即发生解除合同的效力。如依法解除, 必须按照规定办理。

(2) 解除权行使的期限

法律规定或者当事人约定解除权行使期限，期限届满当事人不行使的，该权利消灭；法律没有规定或当事人没有约定的，经对方催告后，在合理期限内不行使的，该权利消灭。

### 第三节 建设工程施工合同管理

#### 3. 合同解除的法律后果

(1) 合同尚未履行的，中止履行

合同有过错的一方，应当对另一方承担相应的损害赔偿责任

(2) 合同已经履行的，要求恢复原状

(3) 合同已经履行的，采取其他补救措施

### 第三节 建设工程施工合同管理

【真题：多选】根据《公司法》，合同解除的种类包括（ ）。

- A. 自动解除
- B. 协议解除
- C. 约定解除
- D. 法定解除
- E. 违约解除

【答案】BCD

【解析】根据《合同法》，合同解除的种类包括：

- (1) 协议解除
- (2) 约定解除
- (3) 法定解除

### 第三节 建设工程施工合同管理

#### 四、工程竣工与保修阶段的合同管理

##### (一) 竣工验收

##### 1. 竣工验收的含义

竣工验收是指承包人完成了全部合同工作后，发包人按合同要求对工程进行的验收。

国家验收是指政府有关部门根据法律、法规、规程和政策要求，针对发包人全面组织实施的整个工程正式交付投入运行前的验收。需要进行国家验收的，竣工验收是国家验收的一部分。

### 第三节 建设工程施工合同管理

发包人收到竣工验收申请报告后 28 天内，组织有关单位验收，并在验收 14 天内给予认可或提出修改意见。

发包人收到竣工验收报告后 28 天内不组织验收，或验收后 14 天内不提出修改意见，视为竣工验收报告已被认可。

### 第三节 建设工程施工合同管理

#### 2. 承包人向监理人报送竣工验收申请报告条件：

- ①合同范围内的全部单位工程以及有关工作均已完成，监理人同意列为缺陷责任期内完成的尾工和修补工作除外
- ②竣工资料备齐
- ③按监理要求编制了第一条中尾工和修补工作清单及施工计划
- ④按监理要求完成竣工验收前应完成的其他工作
- ⑤监理人要求提交的竣工验收资料清单

### 第三节 建设工程施工合同管理

#### 3. 验收

监理人收到并审查承包人提交的竣工验收申请报告后，处理如下：



(1) 认为尚不具备竣工验收条件的,应在收到申请报告后的 28 天内通知承包人,指出在颁发接受证书前承包人还需进行的工作内容。承包人均完成后,再次提交申请报告,直至监理人同意。

(2) 认为已具备竣工验收条件,则在 28 天内,请发包人进行工程验收。

### 第三节 建设工程施工合同管理

(3) 发包人经过验收同意接受工程的,应在监理人收到竣工验收申请报告后的 56 天内,由监理人向承包人出具经发包人签认的工程接收证书。

如发包人同意接收,但提出整修完善要求,则限期修改,缓发工程接收证书;整修完善后,监理人复查,经发包人同意后,再向承包人出具工程接收证书。

(4) 发包人不同意接收,则监理人应按发包人意见,要求承包人返工或补救,并承担由此产生的费用。完成后,应重新提交竣工验收申请报告,重复上述步骤。

### 第三节 建设工程施工合同管理

(5) 除专用合同条款另有约定外,经验收合格工程的实际竣工日期,以提交竣工验收申请报告的日期为准,并在工程接收证书上写明。

(6) 发包人在收到承包人竣工验收申请报告 56 天后未进行验收的,视为验收合格,实际竣工日期以提交申请报告的日期为准。(不可抗力造成不能验收除外)

### 第三节 建设工程施工合同管理

#### 4. 单位工程验收

验收合格后,由监理人向承包人出具经发包人签认的单位工程验收证书,该单位工程由发包人负责照管,该单位工程的验收成果和结论作为全部工程竣工验收申请报告的附件。

发包人在全部工程竣工验收前,使用已接收的单位工程而导致承包人费用增加的,发包人应承担由此增加的费用和(或)工期延误,并向承包人支付合理利润。

### 第三节 建设工程施工合同管理

#### 5. 施工期运行

合同工程尚未完全竣工,某项或某几项单位工程已竣工,投入施工期运行。

经发包人按本合同单位工程接收的约定验收合格,证明能确保安全后,才能在施工期投入运行。

运行中发现损坏或存在缺陷,承包人按缺陷责任的约定进行修复。

### 第三节 建设工程施工合同管理

#### 6. 试运行

费用: 承包人承担

试运行失败,都由承包人采取措施保证试运行合格,谁的原因谁承担责任。

施工期运行与试运行的区别

前者合同尚未完全竣工,某些单位工程或设备安装已竣工

后者是指施工完成后,工程及工程设备试运营

### 第三节 建设工程施工合同管理

#### 7. 竣工清场—工程接收证书颁发后

承包人进行并承担费用,监理验收。

垃圾、临时工程拆除、承包人的设备材料、工程周边的施工堆积物、其他,全部清理完成。

#### 8. 施工队伍的撤离

工程接收证书颁发后 56 天内,人员、设备和临时工程撤离或拆除。

需在缺陷责任期内继续工作和使用的除外,缺陷责任期满时,应全部撤离施工场地。

### 第三节 建设工程施工合同管理

#### (二) 竣工结算

工程竣工验收报告经发包人认可后 28 天内, 承包人向发包人递交竣工结算报告及完整的结算资料, 双方按合同价及价款调整的约定进行工程竣工结算。

### (三) 缺陷责任与保修阶段合同管理

#### 1. 缺陷责任管理

##### (1) 缺陷责任期的起算时间

自实际竣工日期起计算。已经发包人提前验收的单位工程, 其缺陷责任期的起算时间相应提前。

### 第三节 建设工程施工合同管理

#### (2) 缺陷责任

- 1) 承包人应在缺陷责任期内对已交付使用的工程承担缺陷责任。
- 2) 缺陷责任期内, 发包人对已接收使用的工程负责日常维护工作。发包人在使用过程中发现已接收的工程存在新的缺陷或已修复的缺陷部位又遭损坏的, 承包人应负责修复, 直至检验合格。
- 3) 监理人和承包人应共同查清缺陷和(或)损坏的原因, 属承包人原因造成的, 承包人承担修复和查验费用, 属发包人原因造成的, 发包人承担修复和查验费用, 并支付承包人合理利润。

### 第三节 建设工程施工合同管理

- 4) 承包人不能在合理时间内修复缺陷的, 发包人可自行修复或委托他人修复, 所需费用和利润, 根据造成原因不同分别由发包人或承包人承担。

#### (3) 缺陷责任期的延长

由于承包商原因造成某项缺陷或损坏使某项工程设备不能按原定目标使用而需要再次检查、检验和修复的, 发包人有权要求承包人相应延长缺陷责任期, 但缺陷责任期最长不超过 2 年。

#### (4) 试验和试运行

缺陷或损坏修复后, 经检查其影响了工程或工程设备的使用性能, 承包人应重新进行合同约定的试验和试运行, 其费用由责任方承担。

### 第三节 建设工程施工合同管理

#### (5) 承包人的进入权

缺陷责任期内承包人因缺陷修复工作需要, 有权进入工程现场, 但应遵守发包人的保安和保密规定。

#### (6) 缺陷责任终止证书

在约定的缺陷责任期内, 包括根据合同约定延长的期限终止后 14 天内, 由监理人向承包人出具发包人签认的缺陷责任期终止证书, 并退还剩余的质量保证金。

### 第三节 建设工程施工合同管理

#### 2. 建设工程的最低保修期限

建设工程保修期, 自竣工验收合格之日起计算。在全部工程竣工验收前, 已经发包人提前验收的单位工程, 其保修期的起算日期相应提前。各工程的最低保修期限如下:

- (1) 基础设施工程、房屋建筑的地基基础工程和主体工程, 为设计文件规定的该工程的合理使用年限;
- (2) 屋面防水工程、有防水要求的卫生间、房间和外墙面的防渗漏, 为 5 年;
- (3) 供热与供冷系统, 为 2 个采暖期、供冷期;
- (4) 电气管线、给排水管道、设备安装和装修工程, 为 2 年。
- (5) 其他项目保修期限由发包方和承包方约定。

### 第三节 建设工程施工合同管理

## 五、建设工程施工合同纠纷的审理

由于建设工程合同条件复杂，履约时间长，合同标的具体内容变动性大，建设工程合同纠纷发生较多。最高人民法院根据有关法律规定，结合民事审判实际，就审理建设工程施工合同纠纷案件适用法律的问题，制定了《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》。其要点如下

### 第三节 建设工程施工合同管理

#### (一) 合同效力及无效合同情形下的支付

(1) 对于承包人未取得建筑施工企业资质或者超越资质等级的没有资质的实际施工人借用有资质的建筑施工企业名义的，建设工程必须进行招标而未招标或者中标无效的，合同被认定无效。

(2) 当事人就同一建设工程订立的数份建设工程施工合同均无效，但建设工程质量合格，一方当事人请求参照实际履行的合同结算建设工程价款的，人民法院予以支持。

### 第三节 建设工程施工合同管理

(3) 建设工程施工合同无效，且建设工程经竣工验收不合格的，按照以下分别处理：

- ①修复的建设工程经竣工验收合格，发包人请求承包人承担修复费用的，予以支持。
- ②修复后的建设工程经竣工验收不合格，承包人请求支付工程价款的，不予支持。
- ③因建设工程不合格造成的损失，发包人有过错的，也应承担相应的民事责任。

### 第三节 建设工程施工合同管理

(4) 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。人民法院可以收缴当事人已经取得的非法所得。

(5) 招标人和中标人另行签订的建设工程施工合同约定的工程范围、建设工期、工程质量、工程价款等实质性内容，与中标合同不一致，一方当事人请求按照中标合同确定权利义务的，人民法院予以支持。

招标人和中标人在中标合同之外就明显高于市场价格购买承建房产、无偿建设住房配套设施、让利、向建设单位捐赠财物等另行签订合同，变相降低工程价款，一方当事人以该合同背离中标合同实质性内容为由请求确认无效的，人民法院予以支持。

### 第三节 建设工程施工合同管理

(6) 承包人超越资质等级许可的业务范围签订建设工程施工合同，在建设工程竣工前取得相应资质等级，当事人请求按照无效合同处理的，不予支持。

(7) 具有劳务作业法定资质的承包人与总承包人、分包人签订的劳务分包合同，当事人以转包建设工程违反法律规定为由请求确认无效的，不予支持。

### 第三节 建设工程施工合同管理

(8) 当事人以发包人未取得建设工程规划许可证等规划审批手续为由，请求确认建设工程施工合同无效的，人民法院予以支持，但发包人在起诉前取得建设工程规划许可证等规划审批手续的除外。

发包人能够办理审批手续而未办理，并以未办理审批手续为由，请求确定建设工程施工合同无效的，人民法院不予支持。

### 第三节 建设工程施工合同管理

【2017年试题】某工程竣工验收合格，但建设工程施工合同被法院认定无效，在此情形下，承包人请求参照合同约定支付工程价款，法院应当( )。

- A. 不予支持
- B. 要求发包人给予一定比例补偿
- C. 要求发承包双方协商解决

D. 予以支持

【答案】D

【解析】本题考查无效合同情形下的支付。虽然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，予以支持。

### 第三节 建设工程施工合同管理

#### (二) 工程价款支付

(1) 结算价款时，当事人对建设工程的计价标准或者计价方法有约定的，按照约定结算工程价款。

(2) 因设计变更导致建设工程的工程量或者质量标准发生变化，当事人对该部分工程价款不能协商一致的，可以参照签订建设工程施工合同时当地建设行政主管部门发布的计价方法或者标准结算工程价款。

建设工程施工合同有效，但建设工程经竣工验收不合格的，承包人要求支付价款的要求不予支持。

### 第三节 建设工程施工合同管理

(3) 当事人对欠付工程价款利息计付标准有约定的，按照约定处理；没有约定的，按照中国人民银行发布的同期同类贷款利率计息。利息从应付工程价款之日计付。当事人对付款时间没有约定或者约定不明的，下列时间视为应付款时间：建设工程已实际交付的，为交付之日；建设工程没有交付的，为提交竣工结算文件之日；建设工程未交付，工程价款也未结算的，为当事人起诉之日。

### 第三节 建设工程施工合同管理

(4) 当事人对工程量有争议的，按照施工过程中形成的签证等书面文件确认。承包人能够证明发包人同意其施工，但未能提供签证文件证明工程量发生的，可以按照当事人提供的其他证据确认实际发生的工程量。

(5) 当事人约定按照固定价结算工程价款，一方当事人请求对建设工程造价进行鉴定的，不予支持。

### 第三节 建设工程施工合同管理

(6) 当事人对垫资和垫资利息有约定，承包人请求按照约定返还垫资及其利息的，应予支持，但是约定的利息计算标准高于中国人民银行发布的同期同类贷款利率的部分除外。当事人对垫资利息没有约定的，按照工程欠款处理。当事人对垫资利息没有约定，承包人请求支付利息的，不予支持。

### 第三节 建设工程施工合同管理

(7) 与发包人订立建设工程施工合同的承包人，根据合同法规定请求其承建工程的价款就工程折价或者拍卖的价款优先受偿的，人民法院予以支持。

装饰装修工程的承包人，请求装饰装修工程价款就该装饰装修工程折价或者拍卖的价款优先受偿的，人民法院予以支持，但装饰装修工程的发包人不是该建筑物的所有权人的除外。

建设工程质量合格，承包人请求其承建工程的价款就其承建工程部分折价或者拍卖的价款优先受偿的，人民法院予以支持。

承包人就逾期支付建设工程价款的利息、违约金、损害赔偿金等主张优先受偿的，人民法院不予支持。

承包人形式建设工程价款优先受偿权的期限为六个月，自发包人应当给付建设工程价款之日起算。

### 第三节 建设工程施工合同管理

#### (三) 合同解除

(1) 承包人具有下列情形之一的，发包人请求解除建设工程施工合同的，应予支持：明确

表示或者以行为表明不履行合生要义务的；合同约定的期限内没有完工，且在发包人催告的合理期限内仍未完工的；已经完成的建设工程质量不合格，并拒绝修复的将承包的建设工程非法转包，违法分包的。

### 第三节 建设工程施工合同管理

(2) 发包人有着下列情形之一，致使承包无法施工，且在催告的合理期限内仍未履行相应义务请求解除建设工程施工合同的予支持：未按约定支付工程价款的提供的主要建筑材料、建筑构配件和设备不符合强制标准的；不履行合同约定的协助义务的。

(3) 建设工程施工合同解除后，已经完成的建设工程质量合格的，发包人应当按照约定支付相应的工程价款已经完成的建设工程质量不合格的，承包人请求支付工程价款的，不予支持。

(4) 因一方违约导致合同解除的，违约方应当赔偿因此而给对方造成的损失。

### 第三节 建设工程施工合同管理

#### (四) 工程质量与支付

(1) 因承包人的过错造成建设工程质量不符合约定，承包人拒绝修理、返工或者改建，发包人请求减少支付工程价款的，应予支持。

(2) 发包人具有下列情形之一，造成建设工程质量缺陷，应当承担过错责任。包括：提供的设计有缺陷；提供或者指定购买的建筑材料、建筑构配件、设备不符合强制性标准；直接指定分包人分包专业工程。

(3) 缺乏资质的单位或者个人借用有资质的建筑施工企业名义签订建设工程施工合同，发包人请求出借方与借用方对建设工程质量不合格等因出借资质造成的损失承担连带赔偿责任的，人民法院予以支持。

### 第三节 建设工程施工合同管理

(4) 下列三种情形，承包人请求发包人返还工程质量保证金的，人民法院有予以支持：

- 1) 当事人约定的工程质量保证金返还期限届满。
- 2) 当事人未约定工程质量保证金返还期限的，自建设工程通过竣工验收之日起满二年。
- 3) 因发包人原因建设工程未按约定期限进行竣工验收的，自承包人提交工程竣工验收报告90日后起当事人约定的工程质量保证金返还期限届满；当事人未约定工程质量保证金返还日期的，自承包人提交工程竣工验收报告90日后起满二年。

发包人返还工程质量保证金后，不影响承包人根据合同约定或者法律规定履行工程保修义务。

### 第三节 建设工程施工合同管理

#### (五) 竣工验收

(1) 发包人擅自使用未经竣工验收的工程。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。

### 第三节 建设工程施工合同管理

(2) 竣工验收争议。当事人对建设工程实际竣工日期有争议的，按照以下情形分别处理建设工程经竣工验收合格的，以竣工验收合格之日为竣工日期：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；建设工程未经竣工验收，发包人擅自使用的，以转移占有建设工程之日为竣工日期。

### 第三节 建设工程施工合同管理

(3) 由于工程质量争议的工期认定。建设工程竣工前，当事人对工程质量发生争议，工程质量经鉴定合格的，鉴定期间为顺延工期期间。

(4) 当事人约定，发包人收到竣工结算文件后，在约定期限内不予答复，视为认可竣工结

算文件的，按照约定处理。承包人请求按照竣工结算文件结算工程价款的，应予支持。

### 第三节 建设工程施工合同管理

#### （六）合同履行地和履行主体

- （1）建设工程施工合同纠纷以施工行为地为合同履行地。
- （2）因建设工程质量发生争议的，发包人可以以总承包人、分包人和实际施工人为共同被告提起诉讼。
- （3）实际施工人以转包人、违法分包人为被告起诉的，人民法院应当依法受理。

### 第三节 建设工程施工合同管理

- （4）实际施工人以发包人为被告主张权利的，人民法院可以追加转包人或者违法分包人为案件当事人。发包人只在欠付工程价款范围内对实际施工人承担责任
- （5）因保修人未及时履行保修义务，导致建筑物毁损或者造成人身财产损害的，保修人应当承担赔偿责任。保修人与建筑物所有人或者发包人对建筑物毁损均有过错的，各自承担相应的责任。

### 第四节 建设工程施工合同索赔管理

【考点】建设工程施工合同索赔的原因与分类

【考点】工程项目索赔的证据与程序

### 第四节 建设工程施工合同索赔管理

#### 一、建设工程施工合同索赔的原因与分类

##### （一）施工索赔的概念

合同的当事人对不应由自己承担责任的情况造成的损失，向合同当事人提出给予赔偿或补偿要求的行为。

索赔是正当的权利要求，以法律和合同为依据、合情合理的行为。

### 第四节 建设工程施工合同索赔管理

##### （二）施工索赔的特征

- 1. 双向性
- 2. 以实际发生了经济损失或权利损害为前提
- 3. 是一种未经对方确定的单方行为，必须经过确认，才能实现

### 第四节 建设工程施工合同索赔管理

##### （三）建设工程施工合同索赔的分类

分类依据	种类
按索赔主体	承包商与业主间的索赔 承包商与分包商间的索赔 承包商与供应商间的索赔 承包商向保险公司要求的索赔
按索赔目的	工期索赔 费用索赔
按索赔事件的性质	工期延误索赔—发包人或不可抗力原因 工程变更索赔 合同终止索赔 加快工程索赔 意外风险和不可预见因素索赔 其他索赔
按索赔合同依据	合同中的明示索赔 合同中的默示索赔

按索赔的处理方式	单项索赔
	综合索赔

注：工期索赔是按目的分类，工期延误索赔是按事件性质分类

#### 第四节 建设工程施工合同索赔管理

##### 二、工程项目索赔的证据与程序

###### （一）承包商可以提出索赔的事件

- （1）未按时交付图纸，未按时达到施工条件造成延期与费用增加
- （2）地质条件与合同不一致
- （3）业主变更施工顺序，打乱施工计划
- （4）设计变更或指令错误造成返工、停工、窝工
- （5）实际工程量变更
- （6）业主提高质量标准

#### 第四节 建设工程施工合同索赔管理

- （7）业主增加额外工程量
- （8）业主指令工程加速
- （9）不可抗力因素
- （10）业主未及时支付工程款
- （11）合同缺陷而产生争议
- （12）物价上涨
- （13）政策法规修改
- （14）货币贬值

#### 第四节 建设工程施工合同索赔管理

###### （二）索赔程序

##### 1. 承包人提出索赔要求

- （1）发出索赔意向通知—在索赔事件发生后的 28 天内向工程师递交
- （2）递交索赔报告—在发出索赔意向通知后 28 天内，或工程师可能同意的其他合理时间
- （3）工程师有不立即处理索赔的权力

#### 第四节 建设工程施工合同索赔管理

##### 2. 工程师审核索赔报告（判定索赔成立的原则）

###### （1）工程师审核承包人的索赔申请

- ①在不确认责任归属情况下，客观地分析事件发生的原因，检查各项纪录，分析索赔证据
- ②依合同条款划清责任界限，看承包人提出的补偿是否合理
- ③拟定自己计算的合理索赔款额和工期顺延天数

#### 第四节 建设工程施工合同索赔管理

###### （2）判定索赔成立的原则

- ①与合同对照，事件确实造成了承包人成本的额外支出与工期的延误
- ②造成费用增加或工期延误的原因不属于承包人应承担的责任，包括行为责任或风险责任
- ③承包人按合同规定提交了索赔意向通知和索赔报告

#### 第四节 建设工程施工合同索赔管理

###### （3）工程师对索赔报告的审查

- ①进行事态调查，分析了解事件经过与前因后果
- ②对损害事件原因进行分析
- ③分析索赔事由
- ④对实际损失进行分析

⑤对证据资料进行分析

#### 第四节 建设工程施工合同索赔管理

##### 3. 确定合理的补偿额

(1) 工程师与承包人协商补偿

①工程师核查后确定应予补偿的额度

②与承包人要求有差距时进行协商

#### 第四节 建设工程施工合同索赔管理

(2) 工程师做出索赔处理决定

①工程师在收到索赔报告和有关资料后，于 28 天内给予答复，如未答复视为已认可索赔

②索赔事件持续进行，应当阶段性地向工程师发出索赔意向，在索赔事件终了后 28 天内，进行最终索赔报告

③工程师的处理不是终局决定，对发包人和承包人不具有强制约束力，承包人不满意，可以提请仲裁或诉讼处理

#### 第四节 建设工程施工合同索赔管理

##### 4. 发包人审查索赔处理

(1) 工程师确定的索赔额超过其权限时，报请发包人批准

(2) 发包人决定是否同意工程师处理意见

(3) 发包人同意后，工程师可签发证书

##### 5. 承包人是否接受索赔处理

(1) 承包人接受处理决定，索赔事件处理结束

(2) 承包人不同意，即引起合同争议，可以协商、仲裁、诉讼

#### 第四节 建设工程施工合同索赔管理

【2017 年试题】按照索赔程序，承包人首要完成的工作应当是( )。

- A. 向发包人递交索赔报告
- B. 建立索赔档案
- C. 确定判定索赔成立的原则
- D. 向发包人发出书面索赔意向通知

【答案】D

【解析】本题考查索赔程序。索赔程序：(1) 发出索赔意向通知。(2) 递交索赔报告。(3) 确定合理的补偿额。(4) 发包人审查索赔处理。(5) 承包人是否接受索赔处理