

## 建筑工程法律热点问题

### 工程总承包进入规范化轨道——简评《工程总承包管理办法》

#### 一、引言

2019年12月23日，住房和城乡建设部（以下简称“住建部”）、国家发展和改革委员会（以下简称“发改委”）印发《房屋建筑和市政基础设施项目工程总承包管理办法》（简称“《工程总承包管理办法》”）<sup>1</sup>，自2020年3月1日起施行。

在《工程总承包管理办法》正式发布之前，住建部曾于2017年12月26日发布《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）》公开征求意见，并于2019年5月10日联合发改委再次发布征求意见稿（以下合称“征求意见稿”）。与征求意见稿相比，《工程总承包管理办法》删除了工程验收、备案，项目资料移交，安全生产许可证管理，安全生产考核合格证，施工图设计文件审查，施工许可证办理的条件，信息管理，许可和备案表格以及工程管理技术文件方面的规定，同时修改了许多条款的具体内容。我们将对《工程总承包管理办法》的主要条款进行梳理和评析，供各位读者参考。

#### 二、主要条款评析

#### （一）明确了工程总承包的模式和适用项目

##### 1、明确了EPC和D-B模式

《工程总承包管理办法》第3条明确了该办法中所称的“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。这一条款明确了工程总承包应采用设计-采购-施工总承包（EPC）和设计-施工总承包（D-B）两种模式，而原住建部2003年2月13日发布的《关于培育发展工程总承包和工程项目管理企业的指导意见》<sup>2</sup>中所提到的设计-采购总承包（E-P）、采购-施工总承包（P-C）模式被排除在外。

##### 2、简化了适用项目的要求

《工程总承包管理办法》第6条第2款规定了工程总承包方式的适用项目。与此前发布的征求意见稿相比，《工程总承包管理办法》删除了应当优先采用、积极采用、原则上采用工程总承包方式的若干情形，删除了建设范围、建设规模、建设标准、功能需求明确等前期条件充分的要求，明确了“建

<sup>1</sup> 具体内容详见住建部网站：  
[http://www.mohurd.gov.cn/wjfb/201912/t20191231\\_243363.html](http://www.mohurd.gov.cn/wjfb/201912/t20191231_243363.html)

<sup>2</sup> 具体内容详见住建部网站：  
[http://www.mohurd.gov.cn/wjfb/200611/t20061101\\_158614.html](http://www.mohurd.gov.cn/wjfb/200611/t20061101_158614.html)

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”。这一规定简化了工程总承包方式适用项目的要求，给予建设单位更灵活的选择权。

## **(二) 明确了工程总承包项目发包条件和方式**

### **1、 应当在发包前完成项目审批、核准或者备案程序**

《工程总承包管理办法》第7条首先明确了建设单位应当在发包前完成项目审批、核准或者备案程序。然后将采用工程总承包方式的项目分为两类，一类是企业投资项目，另一类是政府投资项目。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；而就政府投资项目而言，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，但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。

### **2、 明确了招标或直接发包的发包方式**

依据《工程总承包管理办法》第8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。而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，应当采用招标方式。

## **(三) 明确了招标文件的内容和工程总承包单位负面清单**

### **1、 招标文件应包含的内容**

《工程总承包管理办法》第9条对于招标文件的内容作出了非常具体的规定。建设单位编制的工程总承包项目招标文件应包括发包人要求，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；此外，还应包括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。

### **2、 工程总承包单位负面清单**

《工程总承包管理办法》第11条第1款明确了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。第2款明确了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。但也有例外情形，即在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、初步设计文件的情况下，上述文书的编制单位及其评估单位可以参与投标、成为工程总承包单位。

## **(四) 明确了工程总承包单位的资质**

### **1、 工程总承包单位应当同时具有设计和施工资质**

《工程总承包管理办法》第10条明确了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。该规定可谓对于工程总承包单位资质要求的一次大变革。在住建部2016年5月20日发布的《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》<sup>3</sup>以及征求意见稿中，均仅要求工程总承包单位具有设计资质或者施工资质。这一转变体现了有关部门推进责任集中化的意图。

### **2、 组成联合体进行承包的单位应分别具有设计和施工资质**

《工程总承包管理办法》第10条还规定了可

<sup>3</sup> 具体内容详见住建部网站：  
[http://www.mohurd.gov.cn/wjfb/201606/t20160601\\_227671.html](http://www.mohurd.gov.cn/wjfb/201606/t20160601_227671.html)

由具有相应资质的设计单位和施工单位组成联合体作为工程总承包单位。在此情形下，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。

### 3、 搭建了设计资质与施工资质间的“桥梁”

依据《工程总承包管理办法》第 12 条规定，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。这项规定在一定程度上为两个资质搭建起了互通的“桥梁”。

### (五) 建设单位与工程总承包单位应合理分担风险

#### 1、 明确了建设单位应承担的风险

《工程总承包管理办法》第 15 条明确了建设单位应承担的风险，包括主要工程材料、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；因国家法律法规政策变化引起的合同价格的变化；不可预见的地质条件造成的工程费用和工期的变化；因建设单位原因产生的工程费用和工期的变化；不可抗力造成的工程费用和工期的变化。该规定有利于平衡建设单位与工程总承包单位之间的利益。

#### 2、 总价合同之总价一般不予调整

在众多风险之中，合同价格的变化涉及建设单位与工程总承包单位的切身利益。继第 15 条规定了建设单位承担若干价格变化的风险之后，《工程总承包管理办法》第 16 条进一步明确了企业投资

项目的工程总承包宜采用总价合同，除合同约定可以调整的情形外，合同总价一般不予调整。该规定不仅避免了承包人以不合理的低价进行投标，促进招标投标的公平化、规范化，而且有利于减少建设单位与工程总承包单位就合同总价是否需要调整而产生的纠纷。

### (六) 明确了工程总承包项目经理的条件和禁止行为

#### 1、 工程总承包项目经理应有资质和经验

《工程总承包管理办法》第 19 条规定了工程总承包单位应当设置项目经理，第 20 条则明确了该项目经理应具备的条件：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；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；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；具有较强的组织协调能力 and 良好的职业道德。

#### 2、 工程总承包项目经理的禁止行为

2017 年 12 月 26 日发布的征求意见稿规定了工程总承包单位的项目经理不得同时在两个或者两个以上工程项目上任职；在 2019 年 5 月 10 日发布的征求意见稿中，将“不得”改为“一般不得”，将“任职”具体化为“担任工程总承包项目经理、施工项目经理”；而最终发布的《工程总承包管理办法》第 20 条作出了更为严格的规定，将“一般不得”改为“不得”，明确了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。

## (七) 重申了工程总承包单位分包的方式

《工程总承包管理办法》第 21 条规定了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。根据《中华人民共和国招标投标法实施条例》，暂估价是指总承包招标时不能确定价格而由招标人在招标文件中暂时估定的工程、货物、服务的金额。《工程总承包管理办法》的规定与 2017 年《国务院办公厅关于促进建筑业持续健康发展的意见》<sup>4</sup>一脉相承。

## (八) 明确了工程总承包单位的责任

### 1、 工程总承包单位对其承包的全部建设工程质量负责

《工程总承包管理办法》第 22 条明确了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。

### 2、 工程总承包单位应承担安全生产责任

《工程总承包管理办法》第 23 条规定了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。

### 3、 工程总承包单位对工期负责

《工程总承包管理办法》第 24 条明确了工程

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。但是《工程总承包管理办法》删除了征求意见稿中对于竣工验收、备案的具体规定。

### 4、 工程总承包单位应承担保修责任

依据《工程总承包管理办法》第 25 条，建设单位与工程总承包单位应当签署工程保修书，在保修期内，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。

## 三、 结语

《工程总承包管理办法》对于工程总承包项目的发包、承包以及实施进行了详细的规定，弥补了我国工程总承包领域的立法不足，体现了住建部、发改委严格把控工程总承包项目的质量，深入推进责任集中化，支持鼓励企业同时取得设计、施工等多种资质，以及合理分配风险、平衡各方利益的目的。

《工程总承包管理办法》提示建设单位须及时完成项目审批、核准或者备案程序，否则会影响后续发包；应依法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；编制的招标文件所包含的内容应符合《工程总承包管理办法》的相关要求。《工程总承包管理办法》同时也提示工程总承包单位应争取同时取得设计资质和施工资质，否则无法单独作为工程总承包单位；应严控工程质量，加强对安全生产、项目总进度和各阶段进度的控制管理。

<sup>4</sup> 《国务院办公厅关于促进建筑业持续健康发展的意见》规定，除以暂估价形式包括在工程总承包范围内且依法必须进行招标的项目外，工程总承包单位可以直接发包总承包合同中涵盖的其他专业业务。

李海浮 合伙人 电话：86-10 8553 7983 邮箱地址：lihf@junhe.com

金露萍 实习生 电话：86-21-2283 8360 邮箱地址：jinlp@junhe.com

---

本文仅为分享信息之目的提供。本文的任何内容均不构成君合律师事务所的任何法律意见或建议。如您想获得更多讯息，敬请关注君合官方网站“[www.junhe.com](http://www.junhe.com)”或君合微信公众号“君合法律评论”/微信号“JUNHE\_LegalUpdates”。

