

序 言

历时三载，历经协议签署、材料收集/实地调研、分工起草、编委会评审、统稿五个阶段，在三家单位，十二位编委，十七位起草人员的共同努力下，《建筑施工企业法律风险防范指引》终于得以最终完成，并与大家见面了。

《指引》分为九章，共104条，涵盖了施工企业在业务承接、合同签订、业务分包、项目施工、竣工验收、结算、保修、纠纷处理等各环节中最常见、最容易出现争议的法律问题。

为保证每一个风险点的选择与每一条防范措施的总结都具有针对性、实用性、可操作性，上海市律师协会建设工程业务研究委员会（原为：建筑房地产业务研究委员会）与上海市施工行业协会、建筑时报社进行了充分合作。施工行业协会高志海秘书长、龚一民副秘书长，以及建筑时报“建筑法苑”的孙贤程主编从多个渠道为《指引》的编写搜集了上百篇案例与实务文章，并最终完成了《指引》的审核、统稿工作。在施工行业协会秘书处同志陪同下，我与杨向荣、鞠恒等律师还前往中铁二十四局、建工集团、城建集团、金鹿建筑、隆盛建筑、泛华建设、中建八局等多家企业实地走访，听取法务人员来自日常管理的经验与意见，并将其作为《指引》编撰的重要参考与素材。所以，本《指引》的内容，贴近企业的实际需要，符合当前的司法实践，契合行业的发展状况，一定可以为建筑施工企业的发展壮大起到一定的指导作用。

《指引》的最终完成，不仅得益于三家单位的精诚合作，也得益于各位编委与起草人员的无私付出。他们在繁忙的本职工作

之余，不求回报地为《指引》的编写辛勤工作，并愿将自己多年来的经验总结与大家分享，体现出了一个法律人应有的社会责任感。此外，八届上海律师协会会长刘正东、九届上海律师协会会长盛雷鸣等领导也为本《指引》的编写、刊发提供了大力支持与帮助，在此深表谢意。

三年一剑，虽知所尽之力绵薄，但我们衷心希望本《指引》的刊发可以给我们建筑施工企业在日常经营中的法律风险防范工作带来切实的帮助。如果读者朋友在使用过程中发现了新问题，有了新想法，甚至有不同的观点，都欢迎与我们及时交流，以帮助我们顺应形势变化，进一步修订、完善《指引》。

上海市律师协会建设工程业务研究委员会
周吉高

序

合同管理是建筑施工企业基础管理的重要组成部分，覆盖企业内纵横全方位和经营全过程，它既是效益产出的依托，又是风险蕴含的所在。《建设工程项目管理规范》把项目合同管理列为项目管理12项内容之首，可见其地位重要。

合同管理既是一桩每日必修之功课，又是一门大可研究的学问。在建筑市场逐步完善的过程中，不少企业因自身不成熟而曾付出过沉重的代价。多年来，很多从事施工企业管理和工程建设法律研究的专家对实践中的经验教训进行了很好的总结。围绕工程建设法律问题的不同版本的专业书刊，已经越来越深地对施工企业法律风险的防范和化解提出了各有见地的观点。

但是，对于非专业法律工作者的施工企业领导、项目经理及相关管理人员来说，没有可能过多研究一旦纠纷发生以后如何运用法律武器维权的问题，他们更需要的是如何在日常管理活动中筑好“防火墙”。提供给这一群体的法律读本越专业，可能会离他们的距离越远。因此，本会与上海律协、建筑时报进行合作，就是在由简到繁、再由繁到简的循环过程中做了后一段的工作。本《指引》是在总结大量正反案例的基础上，抽象概括出合同管理全过程中的警示点，供施工企业的有关同志在合同订立、履行的各环节规范操作时参考。

本《指引》并无多少独创，因为发生纠纷的先天缺陷归结起来不外乎这几个类型，但现实中仍有企业不时犯“低级错误”；本《指引》也未提供“绝招”，因为合同订立、履行的基础是当事双方的诚信，法律只是最后的底线，依法经营和诚信经营都是企业利益的保证。

上海市建筑施工行业协会 龚一民

序

读到这本数易其稿的小册子，并被她洋溢着的法治思想感染时，我们首先应该感谢的是一大批长期热心于、研究于、实践于工程法律领域的上海律协建筑施工专业委员会和上海建筑施工协会企业法务人员联谊会的专家们。事实上，正是因为他们的努力、坚持和奉献，才使得这本小册子面世。

我们认为，与之前面世的许多同类著作相比，本书虽然没有对现实的施工合同中存在的问题做过于深刻的理论分析，甚至没有深究其产生的原因，但仍然有着许多值得业内重视的意义。

首先，她用朴素的语言，将许多复杂的问题还原至初始，这对许多并不是从事法律专业而又经常因为施工合同接触法律问题的施工企业人员而言，无疑具有“拨开云雾”的意义。

其次，本书论及很多当前市场比较突出的、甚至是前沿的问题。但大部分是工程施工合同签订和履行过程中的常见问题。我们认为，编者这样的安排，对普及工程合同的法律知识，提高整个行业的工程合同法律意识是非常有意义的。

第三，注重实践性是本书的一个很强的特点。一是问题的选择来自实践；二是大部分问题的解答经过了实践验证。而保证这两点的一个重要原因是参与本书编写的人员均为经验丰富的上海律协建筑施工专业委员会委员和上海建筑施工协会企业法务人员联谊会的专家们。

本书付梓之时，藉此向读者介绍。是为序。

《建筑时报》社 孙贤程

《建筑施工企业法律风险防范指引》

项目介绍

本着进一步提高建筑施工企业法律风险防范能力，促进建筑施工行业健康有序发展的目的，由上海市律师协会下属建设工程业务研究委员会（原建筑与房地产法律研究委员会）牵头发起，上海市律师协会、上海市建筑施工行业协会、建筑时报社三家决定合作编写《建筑施工企业法律风险防范指引》（以下简称《指引》）一书。编写过程大致可以分为五个阶段。

2008年7月至9月为第一阶段（前期准备阶段）工作，包括律协建筑与房地产法律研究委员会组织委员对起草《指引》工作进行报名，三方商谈确认合作细节，完成《指引》的框架设计，正式签署《合作协议》。

2008年11月14日，《指引》起草第一次工作会议在市律协召开，律协建筑与房地产法律研究委员会周吉高主任及部分委员、施工行业协会龚一民副秘书长及部分企业法务工作人员、建筑时报《建筑法苑》栏目孙贤程主编等12人参加。会议对《指引》框架进行了讨论，并对起草工作作了具体分工。这次会议标志着第二阶段（材料收集、实地调研阶段）的开始。这一阶段主要做了三项工作：参与起草人员提供起草所用文章、案例（点评）及其他材料；建筑时报提供了公开发表的案例及文章；周吉高、杨向荣、鞠恒与施工行业协会郑坤明分别至中铁二十四局、建工集团、城建集团、金鹿建筑、隆盛建筑、泛华建设、中建八局等单位进行了调研，与企业法务主管人员作了沟通，详细了解企业的法律风险与防范方法，收集了起草素材。

2009年12月28日，编委会召开工作会议，对第二阶段收集和调研获取的素材进行向起草人员进行介绍和分发，对编撰体例进行讨论。其间，律协建设工程业务研究委员会对因研究会调整出现起草人空缺的章节重新作了安排。至2010年8月，《指引》初稿完成。全稿共116条。此为第三阶段（起草阶段）。

2010年8月至11月为编委会评审阶段。《指引》初稿交各编委分头评审，各编委提出了初步评审意见。11月5日至6日，召开了《指引》会稿会议，编委、起草人员共25人分三组对初稿进行全面的审查、修改、补充、完善。

此后为第五阶段（统稿阶段）。2010年12月，编委会三位主任分别对会稿后完善的《指引》稿进行了交叉审核。2011年1月，上海市建筑施工行业协会龚一民副秘书长、高志海秘书长先后对《指引》全稿进行全面审核。2011年7月上海市律师协会建设工程业务研究委员会主任周吉高律师对《指引》的全稿进行了最后的统稿，《指引》共分九章，104条。至此，《指引》项目正式完成。

《指引》编委会成员

主任：

周吉高 上海市律师协会建设工程业务研究委员会

龚一民 上海市建筑施工行业协会

孙贤程 建筑时报社

委员：（以姓氏笔划为序）

陈太祥 中国建筑第八工程局有限公司

陈 铁 中冶宝钢技术服务有限公司

杨 冬 上海金鹿建设集团有限公司

周黎斌 上海建工集团股份有限公司

赵兴山	江苏省建筑工程集团有限公司
洪世曙	上海锦惠建设集团有限公司
郭祥华	上海市第四建筑有限公司
凌光华	中铁二十四局集团有限公司
夏和平	上海城建集团公司

《指引》执笔人（以姓氏笔划为序）

王 俊	上海邮政速递物流有限公司
王震林	中冶天工上海十三冶建设有限公司
李宝枢	北京市大成律师事务所上海分所
朱 峰	上海市新闵律师事务所
陈家斌	上海市申达律师事务所
陈元庆	上海方锐律师事务所
陈贝力	香格里拉酒店集团
汪金敏	上海市建纬律师事务所
肖国兴	上海泰吉十方律师事务所
汤 玮	上海市金茂律师事务所
杨向荣	国浩律师集团（上海）事务所
杨振裕	上海市诚建成律师事务所
周吉高	上海建领城达律师事务所
贾 琪	上海中筑律师事务所
秦 辉	上海市震旦律师事务所
潘定春	上海市世代律师事务所
鞠 恒	上海市中茂律师事务所

目 录

第一章 总则

1.1	建设工程施工合同的特点	1
1.2	施工企业风险识别	3
1.3	施工企业风险防范	3

第二章 业务承接阶段的法律风险与防范

2.1	承接应公开招标而未公开招标项目的风险与防范	4
2.2	邀请招标项目不真实的风险与防范	4
2.3	发包人资信不良和支付能力欠缺的风险与防范	5
2.4	未充分了解所涉项目相关法律环境的风险与防范	5
2.5	编制投标文件时对招标文件理解错误的风险与防范	6
2.6	投标文件编制项目遗漏的风险与防范	6
2.7	投标文件承诺固定价格的风险与防范	7
2.8	联合体投标主体资质未达标及连带责任的风险与防范	7
2.9	采用低价投标、高价索赔策略的风险与防范	8
2.10	必须公开招标的工程未经公开招标直接续标的风险与防范	8
2.11	发包人要求投标人放弃优先受偿权的风险与防范	9
2.12	个人或组织以企业内部承包经营的形式对外投标的 风险与防范	10
2.13	公开招标工程的招标人改变中标结果的风险与防范	10

第三章 施工合同签订阶段的法律风险与防范

3.1 签订合同的相对方无签约资格的风险与防范12

3.2 签订合同的相对方无资质或超越资质等级的风险与防范
.....12

3.3 合同加盖印章与签约主体名称不一致的风险与防范 ...12

3.4 合同内容被篡改的风险与防范13

3.5 合同内容不完整的风险与防范13

3.6 合同采用非中文语言的风险与防范13

3.7 采用示范文本签约时约定不明的风险与防范14

3.8 承包范围、内容约定不明的风险与防范14

3.9 约定的工程质量标准不规范的风险与防范14

3.10 “黑白合同” 的风险与防范15

3.11 固定价格约定不明的风险与防范15

3.12 合同价款风险范围约定不明的风险与防范15

3.13 工程结算报告审核答复期限约定不明的风险与防范 ...16

3.14 合同工期约定不明的风险与防范16

3.15 逾期竣工违约金约定过高的风险与防范16

3.16 争议解决条款约定不当的风险与防范17

第四章 业务分包阶段的法律风险与防范

4.1 总承包人转包、违法分包的风险与防范18

4.2 分包人不具备相应资质或安全生产条件的风险与防范
.....18

4.3 忽视争议解决管辖条款约定的风险与防范19

4.4 分包合同中未约定审价及费用承担的风险与防范19

4.5 指定分包的风险与防范20

4.6 接受挂靠的风险与防范20

4.7 项目经理等擅自签约的风险与防范20

4.8 采购合同文本陷阱的风险与防范21

4.9 未约定材料质量特别标准的风险与防范21

4.10 材料设备质量不合格但不注重证据保全的风险与防范
.....22

4.11 甲供料管理不善的风险与防范22

4.12 租赁起重机械不合法的风险与防范23

4.13 承租的机械设备存在质量问题的风险与防范23

4.14 租赁机械设备、周转材料发生丢失、毁损的风险与防范
.....24

4.15 租赁机械设备维修问题的风险与防范24

第五章 施工阶段的法律风险与防范

5.1 应发包人要求提前进场施工的风险与防范26

5.2 因发包人原因，未按合同约定时间进场施工的风险与防范
.....26

5.3 因发包人原因停工的风险与防范27

5.4 因设计变更或特定情况未及时签证的风险与防范28

5.5 给予签证的发包人代表没有明确授权依据的风险与防范
.....28

5.6 现场协调会虽有记录但未形成会议纪要或与会人未签名的
风险与防范29

5.7 未及时提供月度工作量统计报告或发包人（监理）未签
收的风险与防范30

5.8 发包人未按合同约定支付工程进度款的风险与防范 ...30

5.9 分包人提出调整结算价格而发包人未确认时总承包人先
予确认的风险与防范31

5.10 指定分包工程中总承包人的风险与防范31

5.11 有关方送达的书面材料由未经施工企业授权的人员签收
的风险与防范32

5.12 工程有关各方送达的有答复要求的书面材料，在规定时
限内未答复的风险与防范32

5.13 未正确处理施工设计图缺陷的风险与防范33

5.14 分包人以总承包人名义与发包人发生直接工作联系的风
险与防范33

5.15 分包人拒不执行总包人指令的风险与防范34

5.16 总包合同先于专业分包合同履行完毕前被解除的风险与
防范35

5.17 施工现场安全管理的风险与防范35

5.18 劳动用工不规范的风险与防范36

5.19 劳务工工资发放不规范的风险与防范37

5.20 盲目停工的风险与防范37

5.21 施工过程中发现文物的风险与防范38

第六章 竣工验收阶段的法律风险与防范

6.1 不及时进行中间验收的风险与防范39

6.2 总包不及时进行分包工程验收的风险与防范39

6.3 不及时提交竣工验收报告的风险与防范39

6.4 竣工验收资料不完整的风险与防范40

6.5 验收未通过，未按发包人要求进行整改的风险与防范
.....40

6.6 发包人为拖延结算而不组织竣工验收的风险与防范 ...41

6.7 验收通过后，未及时办理工程移交手续的风险与防范
.....41

第七章 结算阶段的法律风险与防范

7.1 不及时提交竣工结算报告的风险与防范42

7.3 发包人拖延审价或审核的风险与防范43

7.4 发包人主张以行政审计结果确定工程价款的风险与防范
.....43

7.5 不按招标备案的合同而按另行签订的补充协议结算的风
险与防范44

7.6 逾期不结算视为认可结算被否定的风险与防范44

7.7 未发函催告无法行使优先受偿权的风险与防范44

7.8 丧失工程款优先受偿权的风险与防范45

第八章 保修阶段的法律风险与防范

8.1 竣工日界定模糊，导致保修期起算点出现争议或变相延
长保修期的风险与防范46

8.2 保修期限与保修金返还时间混淆，导致保修金返还困难
的风险与防范46

8.3 未要求分包人或挂靠单位预留保修金，导致保修责任无
法转移的风险与防范47

8.4 自行采购设备时，合同约定的产品质保期短于施工合同
保修期的风险与防范47

8.5 保修“响应期”约定过短的风险与防范48

8.6 不重视保修，导致屡修不好，增加被索赔损失的风险与
防范48

8.7 履行保修义务时文书记载不规范，导致对已履行的保修
义务举证不能的风险与防范49

8.8 无过错而无法收回保修金的风险与防范49

第九章 纠纷处理阶段的法律风险与防范

9.1 不及时主张工程款的风险与防范51

9.2 逾期付款违约金丧失诉讼时效的风险与防范51

9.3 诉讼或仲裁证据不足或不利的风险与防范51

9.4 申请诉讼或仲裁前未进行法律分析和决策的风险与防范
.....52

9.5 起诉时被告主体确认错误的风险与防范52

9.6 诉讼过程中不及时追加当事人的风险与防范52

9.7 选择管辖法院不当的风险与防范53

9.8 未及时申请财产保全的风险与防范53

9.9 未及时申请执行的风险与防范53

9.10 已保全财产未续保的风险与防范54

9.11 未及时申请造价鉴定导致诉请被驳回的风险与防范 ...54

9.12 错误的司法鉴定结论被采用的风险与防范54

9.13 逾期举证的风险与防范55

第一章 总则

施工企业的核心业务是建设工程的施工、管理，准确识别施工企业的法律风险，并采取相应的防范措施，对施工企业增加效益，保证企业的健康发展具有极为重要的意义。

1.1【建设工程施工合同的特点】

建设工程施工合同是发包人与承包人就完成具体工程项目的建筑施工、设备安装与调试、工程保修等工作内容，确定双方权利与义务的协议。施工合同与其它建设工程合同一样，都是双务有偿合同，是依照自愿、公平、诚信原则订立的。建设工程施工合同在整个建设工程合同体系中起主干合同的作用。在实际施工中，如果遇到了建设工程施工合同中没有规定的特殊情况，则应该按照《合同法》的规定，可适用承揽合同的有关规定。

建设工程施工合同主要包括工程范围、建设工期、开工和竣工时间、工程质量、工程造价、技术资料交付时间、材料和设备供应责任、拨款和结算、交工验收、质量保证期、双方相互协作等条款。

建设工程施工合同与其它双务有偿合同在具有共性的基础上，另外还具有以下特点。

（1）合同标的的特殊性

施工合同的标的是各类建筑产品，建筑产品是不动产，其基础部分与大地相连，具有固定性的特点。因此，每个施工合同的标的都是特殊的，相互间不可替代。

（2）合同履行期限的长期性

建筑物的施工由于结构复杂、体积庞大、建筑材料种类多、工程量大，其工期一般较长。合同签订后到正式开工前有一个较长的施工准备时间；工程项目全部竣工验收后要有办理竣工结算及保修期的时间；在工程的施工过程中，还可能因为不可抗力、工程变更、材料供应不及时等原因而导致工期顺延等，这就决定了施工合同履行期限还可能要长于约定的合同工期。

（3）合同内容的多样性和复杂性

施工合同涉及的法律关系包括承包关系、买卖关系、劳动关系、保险关系和运输关系等，具有多样性和复杂性。这就要求施工合同的内容尽量详尽。因此，施工合同除了应当具备一般合同的内容外，还应对安全文明施工、专利技术使用、发现地下障碍物和文物、工程的分包、不可抗力、工程变更以及材料设备的供应、运输、验收等内容作出约定。

（4）合同监督的严格性

由于施工合同的履行对国家经济发展、社会公共安全、人们的工作和生活都有着很大的影响，国家制定了如《建筑法》、《招标投标法》、《建设工程质量管理条例》等一系列的法律、行政法规、规章及规范性文件对施工合同进行严格地监督。

（5）纠纷的多发性

监督事项涉及合同主体的市场准入即承包人的资质要求、承包包的招标程序及禁止挂靠、合同履行中禁止转包和违法分包等等。

由于建设工程施工合同的上述特点及建筑市场实行的先定价后成交的“期货式”交易特性，再加上目前建筑市场僧多粥少，交易主体市场地位严重不平等，市场对业主的约束和规范甚少，合同存在着单方面的约束性，责、权、利不平衡，使施工承包方在市场交易中处于明显的弱势和不利地位。以上市场、交易、合

同特点决定了建筑行业的高风险性。

1.2【施工企业风险识别】

风险的识别是风险防范的前提，施工企业面临的风险主要有两种，一种是经营风险，另一种是法律风险。

第一种风险不是本指引的重点；第二种风险主要与企业内部管理水平、管理程序、运作机制、合同履行控制等有关，可预防、可控制性较大，如果企业预防和法律意识强，在企业日常经营管理中做到事前能预见、事中有控制、事后可补救，往往能为企业带来可观的“管理效益”。

如同安全风险事关员工的生命健康一样，法律风险也事关施工企业的“生命”健康，因此，法律风险也要经常分析、查找“危险源”。

本指引将法律风险按建设工程施工合同先后顺序，分为业务承接、施工合同签订、业务分包、施工过程、竣工验收、结算、保修和纠纷处理八个阶段，每个阶段作为一章，对各个阶段的风险进行详细的识别。以上任何阶段的风险，如果预防和控制不好，都有可能形成纠纷，都有可能给施工企业带来意想不到的损失。

1.3【施工企业风险防范】

识别风险的目的在于防范潜在的风险成为实际发生的风险，本指引在分阶段识别风险的基础上，对每个风险点依据合法性、有利性原则，对所能采取的防范措施相应进行了说明，以指引施工企业进一步健全和完善企业合同管理体系，加强签约、履约管理，尽可能地防范和规避相应的风险，保护自己的合法权益。

第二章 业务承接阶段的法律风险与防范

2.1【承接应公开招标而未公开招标项目的风险与防范】

【风险点】施工企业未核实项目是否属于必须公开招标的项目或明知属于必须公开招标的项目，直接与发包人签订施工合同，最终导致合同无效、不能达到合同预期目的。

【防范措施】施工企业在承接项目时，首先要核实该项目是否属于必须公开招标的项目。可以采取下列措施：1.查询项目所在地的政策法规对必须公开招标项目的有关规定；2.通过项目所在地政府主管机关或行业协会等正规渠道获取招标信息；3.特殊情况下可在施工合同中约定合同的生效条件，比如以施工合同到项目所在地主管部门办理完备案手续为生效条件等。

2.2【邀请招标项目不真实的风险与防范】

【风险点】邀请招标项目（主要是民营或外资建设项目）根本就不存在，或者项目并不具备发包条件，或者发包人不是建设单位，也没有取得建设单位授权，或者仅仅是中介角色，可能给施工企业带来下列风险：1.因他人冒充发包人，保证金被骗取；2.因他人虚拟建设项目，中介费被骗取。

【防范措施】施工企业可采取下列措施：1.查看当地政府招标主管部门公布的建设项目信息；2.与建设单位（发包人）直接接洽，了解、查看政府立项批文，建设用地规划许可证，土地使用权证，建设工程规划许可证，设计文件等，并核实建设单位准确

信息；3.实地察看建设项目现场；4.审查项目发包人洽谈人的代理身份和授权文件；5.支付与项目招标有关的费用应直接支付到招标单位的银行帐户。

2.3【发包人资信不良和支付能力欠缺的风险与防范】

【风险点】建设项目发包人商业信誉不良，在银行和融资业内以及上下游产业链中，没有良好口碑；土地出让金等费用尚未完全缴纳；准备利用开发项目进行借款和其他融资；要求施工企业全部垫资等。施工企业面对这样业主或发包人，可能存在的风险为：1.工程项目无法正常执行，导致一系列后果；2.投标后造成的损失无法追回。

【防范措施】施工企业可采取的措施为：1.投标前在业内调查、了解建设项目投资人或发包人商业信誉、业内口碑和业绩情况；向银行系统了解其过去贷款情况；向土地规划部门调查建设项目土地出让金支付情况；向工商、税务部门了解股东及构成情况、资本金数额以及纳税情况；了解发包人诉讼、仲裁情况；2.在时间紧迫的情况下，可以一边组织投标，一边调查了解情况；3.如果经查证发包人的资信确实存在严重问题，施工企业应综合各种因素，慎重考虑是否参加投标。

2.4【未充分了解所涉项目相关法律环境的风险与防范】

【风险点】施工企业因忽视对拟承接的项目所在地相关法律环境的调查，因此在施工过程中无法正常进行或各种预料外的情况频发，最终结算时索赔无果。

【防范措施】施工企业应该在接洽项目时，采取下列措施：

1. 仔细调查工程所在地人文、经济、政治等情况，了解当地的政策法规及行业主管部门的一些规范性文件、生活习俗、宗教信仰、社会治安等；2. 投标时综合考虑各种因素可能增加的费用及对工期的影响；3. 签约时也应综合全面考虑上述因素对工程项目具体实施的影响；4. 如项目所在地相关法律环境复杂，施工企业可慎重考虑是否参加投标。

2.5【编制投标文件时对招标文件理解错误的风险与防范】

【风险点】投标文件编制人对招标文件理解错误或者对有歧义的内容未予进一步明确，如：1. 采用的技术标准为非常用的；2. 招标文件的部分内容含糊不清；3. 招标文件前后不一致；进而有可能导致对采购的建材、设备产地、型号、品牌和质量等理解不同，从而造成施工企业商务标报价与实际工程项目、工程量之间存在差异，给施工企业造成损失。

【防范措施】组建投标文件编制小组，采取下列措施防范风险：1. 结合工程实际，认真仔细审查相关技术标准；2. 对内容含糊或前后不一致的地方，及时书面要求招标人澄清，不凭习惯做法处理；3. 对一些招标人没有明确的内容，在投标文件中注明所基于的特定理解；4. 在本企业专业人员编制的基础上，有条件的可聘请专业机构协助完成，最后由专家把关。

2.6【投标文件编制项目遗漏的风险与防范】

【风险点】投标文件编制中项目遗漏可能导致的风险点为：1. 报价所依据的工程量与实际工程量有偏差；2. 导致造价、工期发生偏差。

【防范措施】施工企业可采取的防范措施如下：1.区分是传统报价还是清单报价，分别不同情况处理：若传统报价，应仔细审核图纸，准确计算工程量；若工程量清单报价，应结合工程实际情况，准确计算分部分项工程量清单项目及措施费项目；2.仔细完整审核图纸，结合工程量清单确定应报价的范围；3.考虑项目所在地关于投标报价的规定；4.注意一些零报价项目可能产生的后果。

2.7【投标文件承诺固定价格的风险与防范】

【风险点】市场因素可能带来下列风险：1.材料价格上涨的风险；2.劳务工工资上涨的风险；3.涉外工程中汇率的风险。

【防范措施】施工企业可采取下列措施：1.采用固定总价的，要认真分析合同履行期的价格走势和风险，投标报价时充分考虑市场因素并约定风险范围；采用固定单价的，可约定风险范围、幅度及调价的原则；2.在后续签约时可设定相应的条款控制可能带来的损失，比如约定市场因素导致造价增加一定幅度后可适当调整承包价等。

2.8【联合体投标主体资质未达标及连带责任的风险与防范】

【风险点】施工企业在与勘察单位和设计单位或其他组成联合体进行工程总承包投标时，联合体的所有组成单位都必须达到建设工程项目的法定资质要求，如果有任何一家单位的资质不符合要求，都可能造成如下的风险：1.投标无效；2.承担违约责任；3.工程质量出现问题，引起赔偿责任。

【防范措施】施工企业在选择联合体投标方式时，应采取

下列措施：1.了解招标人的具体要求；2.严格审核合作方的业内资质是否达到法定要求，同时了解联合体成员过去业绩和经验；3.联合体内部签署追偿条款，如果发生联合体成员对发包人连带承担工程质量等责任，具体责任单位要对造成联合体其他成员的损失承担赔偿责任。

2.9【采用低价投标、高价索赔策略的风险与防范】

【风险点】施工企业投标报价，是招标单位评标、定标的重要因素，但不是唯一因素，最低报价不一定中标；即使中标了，索赔的难度也很大，存在亏损的风险。如果中标后不签订《工程施工承包合同》，则投标保证金将无法退回。

【防范措施】仔细研究招标文件中合同条款、建设工程范围、工程量清单，根据企业定额结合自身的成本，编制投标文件及报价；同时采取下列措施：1.根据项目的具体情况，全面分析项目索赔条款，评估可能存在的索赔情况；2.建立具有丰富索赔经验的管理团队；3.加强项目实施过程中的履约管理；4.在签约时设定止损条款，控制可能给施工企业带来损失的程度。

2.10【必须公开招标的工程未经公开招标直接续标的风险与防范】

【风险点】建设单位的有些工程是连续开发的项目，需要分期建设，如是必须招标的工程，建设单位必须分期进行招标，直接续标可能会导致下列风险：1.施工企业受到行政处罚；2.中标无效可能导致施工企业中途退场、违约条款无效、结算

条款无效，甚至可能导致优先受偿权丧失、前期既定的合法利益受到损失。

【防范措施】对于续标的工程，因施工企业已经参与建设单位的前期工程，对建设单位的需求较为了解，基本掌握施工现场条件，采购建筑材料也轻车熟路，从工程项目现场管理方便以及保证建设工程质量等方面，也对建设单位有利。但施工企业应该仔细研究，采取下列措施防范风险：1.按规定办理公开招投标手续，利用已有优势条件，适当降低投标报价，确保中标；2.如属于可以议标的工程，则应按规定办理备案手续；3.承接后续工程的过程中，应注意保障前期工程的利益不受损失。

2.11 【发包人要求投标人放弃优先受偿权的风险与防范】

【风险点】建设单位或发包人因弥补建设资金不足，需要向银行借款融资，而有些银行贷款的前提条件是要求施工企业承诺放弃建设工程“优先受偿权”。建设工程优先受偿权优于抵押权，施工企业放弃优先受偿权，建设工程款即属于一般债权，清偿顺序在建设工程抵押权之后，风险加大，可能导致工程款无法全部收回。

【防范措施】面对发包人的无理要求，施工企业可采取下列措施：1.依据招投标文件或者《工程施工承包合同》约定，予以拒绝；2.如果无法拒绝或不愿意恶化与建设单位的合作关系，或在招标阶段不愿意放弃承接工程，被迫无奈接受，应要求发包人提供其他有效担保；3.施工企业也应积极有效地收集一些证据。包括招标文件、投标文件，开发商要求放弃的函件、施工企业不同意的书面答复、会议纪要等文件；一旦发生诉讼或仲裁可尽力抗辩该等放弃的效力。

2.12【个人或组织以企业内部承包经营的形式对外投标的风险与防范】

【风险点】施工企业经常采用“项目内部承包经营”的形式对外投标，投标文件加盖企业印章，但文件由承包经营的个人或组织编制。这种形式可能给施工企业带来的风险如下：1.如果实质是将企业资质出借给承包资质不达标企业或没有资质和资格的个人用以承接建设工程，则要受到行政处罚；2.投标报价低于成本，一旦中标并签订合同，施工企业可能承担该工程引起的一切经济 and 法律责任。

【防范措施】施工企业的内部承包经营可采取下列措施防范风险：1.符合规定的内部承包经营项目，项目经理必须在施工企业注册，工程项目工程师、施工员、安全员、材料员、资料员等应该与施工企业签订劳动合同，并由企业支付工资；2.无论何种内部承包经营，施工企业都应按照自己直营的项目一样严格管理，工程款项的收支必须经过施工企业办理，材料采购合同、设备租赁合同等合同的签订主体必须是企业法人，以利于企业对工程项目的质量、安全、进度、资金等方面防范风险；3.项目部（内部承包的个人或组织）编制的投标文件应经企业相关部门审核，若发现低于成本或风险圈套的，不予投标。

2.13【公开招标工程的招标人改变中标结果的风险与防范】

【风险点】招标人要求另行订立违背招投标文件实质性内容的合同，施工企业可能面临的风险为：1.施工企业权利减少的同时可能承担的法律责任却没有改变；2.如减少约定工程量或将分

项工程交由他人完成，可能因质量、安全问题引发赔偿责任。

【防范措施】中标人可拒绝签订违背招投标文件实质性内容的合同，并采取下列措施：1.如招标人不与中标人签订合同，可要求其承担缔约过失责任；2.如是投标范围内的工程被招标人另行指定分包，可由三方签订协议，明确各自权利义务责任；3.对与指定分包相关的费用由管理费改为配合费；4.设定因指定分包的原因导致中标人损失的，可直接追偿；5.综合评估招标人单方改变中标结果的风险，慎重处理，如果出现合同不能履行的情形，合同不再履行，中标人可以要求招标人赔偿损失，包括赔偿合同履行后的可得利益。

第三章 施工合同签订阶段的法律风险与防范

3.1 【签订合同的相对方无签约资格的风险与防范】

【风险点】签订合同的相对方主体无相应的签约资格，导致合同的效力存在瑕疵，可能不发生当事人预期的法律效果。

【防范措施】签订合同前要审查相对方主体是否具有相应签约资格。如与发包人签约，则需要审查营业执照、立项批文、建设用地规划许可证、土地使用权证、建设工程规划许可证等证照载明的主体是否与签约主体一致，如不一致，则需要取得相应的授权委托书；如与分包人签约，则需要避免分包人以项目部、工程队、施工班组、个人等名义签约。

3.2 【签订合同的相对方无资质或超越资质等级的风险与防范】

【风险点】合同签约主体不具有相应的资质，导致签订的施工合同特别是分包合同无效，对双方当事人没有约束力，无法追究逾期竣工违约金、逾期付款违约金、未达到质量标准违约金等违约责任。

【防范措施】签订合同前应当审查：签约主体是否具有与工程项目相对应的资质及资质等级。

3.3 【合同加盖印章与签约主体名称不一致的风险与防范】

【风险点】合同加盖印章与签约主体的名称不一致，导致合

同主体与预期的主体不一致，甚至导致合同效力存在瑕疵。

【防范措施】加盖公章时，应当注意：印章名称与签约主体名称保持一致，并且应该是法人印章或合同专用章，如不一致，应取得相应的授权书或追认书。

3.4【合同内容被篡改的风险与防范】

【风险点】在签约过程中，一方单方盖章后，将合同文本递交对方，对方将合同内容篡改，导致对先盖章一方不利的后果。

【防范措施】1.在合同中约定手写、涂改无效；2.尽量争取同时盖章或手书合同一方先盖章；3.加盖骑缝章；4.在合同文本每一页上都签字（盖章）。

3.5【合同内容不完整的风险与防范】

【风险点】合同缺乏必要的条款，导致约定不明，履行过程中容易产生争议。

【防范措施】1.签约时审查合同是否具备以下内容：工程范围、建设工期、中间交工工程的开工和竣工时间、工程质量、工程造价、技术资料交付时间、材料和设备供应责任、拨款和结算、竣工验收、质量保修范围和质量保证期、双方相互协作等；2.争取使用建设、工商行政主管部门颁布的示范合同文本。

3.6【合同采用非中文语言的风险与防范】

【风险点】采用外文或者中外文签订合同时，由于对外文疏于理解，导致对合同内容的理解发生偏差，容易产生争议。

【防范措施】1.争取采用中外文两种文本签约，并约定以中文文本为准；2.若以外文文本为准，则应聘请专业涉外律师审核，并进行中文翻译。

3.7【采用示范文本签约时约定不明的风险与防范】

【风险点】采用示范文本签约时，在专用条款中未对通用条款相关事项做出选择、细化、调整，导致约定不明，进而容易产生争议。

【防范措施】采用示范文本签约时，应仔细阅读通用条款，并结合工程项目本身的特点，在专用条款中对通用条款的相关条款作出选择、细化、调整。

3.8【承包范围、内容约定不明的风险与防范】

【风险点】对承包范围、内容约定不明，导致在合同履行过程中容易产生争议。

【防范措施】1.对于承包范围和承包内容应由设计、技术人员与造价人员共同界定；2.在约定承包范围和承包内容时，需要结合图纸、规范、招投标文件进行。

3.9【约定的工程质量标准不规范的风险与防范】

【风险点】将不存在的优良质量标准约定为验收标准，将应由建设单位申请评选的奖项约定为验收标准，导致质量违约责任争议。

【防范措施】应当按照国家、地方、行业质量标准作为质量

验收标准，避免约定优良标准或其他不规范的奖项标准。

3.10 【“黑白合同”的风险与防范】

【风险点】经过招投标备案的合同价款低于双方另行签订的协议或补充协议的合同价款，导致以较低的备案合同结算的风险，甚至可能导致建设行政主管部门的行政处罚。

【防范措施】1. 尽量避免在经过招投标备案的合同之外另行签订协议或补充协议变更合同价款；2. 若无法避免1的情况，则经过招投标备案的合同价款尽可能高于双方另行签订的协议或补充协议的合同价款；3. 在经过招投标备案的合同价款较低的情况下，双方另行签订补充协议，明确约定经过招标备案的合同价款只是为了办理施工许可证备案之用，对双方没有约束力，最终结算应以补充协议为准。

3.11 【固定价格约定不明的风险与防范】

【风险点】建设工程施工合同示范文本的通用条款中约定了固定价格等三种合同价款确定方式，在相应的专用条款中，如选择固定价格合同价款确定方式，而不对固定总价和固定单价加以区分，则导致约定不明，产生争议。

【防范措施】在选用固定价格合同价款确定方式时，在专用条款中应明确约定是采用固定总价方式还是采用固定单价方式。

3.12 【合同价款风险范围约定不明的风险与防范】

【风险点】因对合同履行期间人工、材料、机械价格波动或

政策法规发生变化，是否调整合同价款及如何调整合同价款约定不明，产生争议。

【防范措施】若采用固定价格合同价款确定方式，需要对合同履行期间，人工、材料、机械价格波动或政策法规的变化是否调整合同价款做出约定，如约定调整，则需要就调整的范围和方法进一步做出具体约定。

3.13【工程结算报告审核答复期限约定不明的风险与防范】

【风险点】施工合同中因对工程结算报告提交后的答复期限未作具体约定，导致结算拖延。

【防范措施】1.需要明确约定工程结算报告提交后的答复期限；2.进一步明确约定逾期答复的法律后果；3.如有可能，明确约定超过答复期限不予答复视为认可工程结算报告载明的价款。

3.14【合同工期约定不明的风险与防范】

【风险点】合同中未约定开竣工日期认定的标准，或未明确工期是日历天还是工作日，导致约定不明，产生争议。

【防范措施】明确约定开竣工日期的认定标准，以及工期是按日历天计还是按工作日计。

3.15【逾期竣工违约金约定过高的风险与防范】

【风险点】逾期竣工违约金约定过高，且没有最高限额的约定，若逾期竣工，将可能导致承担过高的逾期竣工违约金，同时，影响施工企业主张工程款的权利。

【防范措施】1.以约定赔偿实际损失代替约定逾期竣工违约金；2.如约定逾期竣工违约金，则宜约定与同期银行固定资产贷款利率等值的违约金；3.尽可能约定违约金的最高限额。

3.16 【争议解决条款约定不当的风险与防范】

【风险点】争议解决条款约定不当，将可能导致争议解决条款无效，甚至增加诉讼成本，延长解决纠纷的期限，以及其他不利的后果。

【防范措施】1.对于选择仲裁还是诉讼解决方式应明确约定一种方式，避免出现两种方式；2.如选择仲裁，则要准确约定仲裁机构的名称；3.如选择诉讼，则争取约定施工企业所在地法院管辖。

第四章 业务分包阶段的法律风险与防范

4.1【总承包人转包、违法分包的风险与防范】

【风险点】1.按照有关法律规定，转包、违法分包将导致转包、分包合同无效，总承包人面临行政处罚的风险；2.诉讼阶段，人民法院可以根据民法通则第一百三十四条规定和相关司法解释的规定，收缴当事人已经取得的非法所得；3.总承包人无法根据合同的违约责任条款直接要求分包人支付违约金；4.总承包人还可能面临被实际施工人起诉要求总承包人在欠付分包人工程款范围内承担实际施工人应收工程款的连带支付责任的风险；5.总承包人还应根据总承包合同的约定向发包人承担违约责任，如支付违约金、解除合同等。

【防范措施】总承包人应建立分包审查机制，加强对分包项目的合法性审查，避免转包、违法分包。如确需分包的，总承包人应在总承包合同中与发包人约定可以分包的项目范围。如总承包合同中未有约定的，总承包人应在分包前取得发包人同意对该项目分包的书面文件。如分包前没有确认的，事后应补办证明文件。

4.2【分包人不具备相应资质或安全生产条件的风险与防范】

【风险点】除3.1所述的法律风险外，在分包人不具备相应资质或安全生产条件的情况下，一旦分包人的雇员发生安全伤亡事故的，则总承包人将与分包人承担连带赔偿责任。

【防范措施】总承包人与分包人签约前，应严格审查分包人的营业执照、专业承包资质证书或劳务分包资质证书和安全生产许可证原件，严格审查其资质等级，必要时到政府有关部门核对其证书的有效性，以保证与具有相应资质等级和安全生产许可证的分包人签约。对合作时间较久的分包单位也应定期进行审查，防止资质过期。

4.3【忽视争议解决管辖条款约定的风险与防范】

【风险点】诉讼管辖法院或仲裁机构可以由合同当事人按照法律规定约定。实践中，某些合同相对方，特别是有些周转材料出租方利用其当地的关系，以低价为诱饵，同时要求约定高额的违约金等，并约定由其所在地法院或仲裁机构管辖。一旦形成纠纷，施工企业将可能面临不利的法律后果。

【防范措施】建议施工企业严格审查合同中的诉讼管辖条款，如采用诉讼解决纠纷，一般应选择工程所在地法院，施工企业也可要求选择本企业所在地法院。如采用仲裁解决纠纷，施工企业也可提出自己选择的仲裁机构，或双方所选以外的第三方仲裁机构。如合同相对方坚持要求约定在其所在地法院或仲裁机构管辖的，施工企业应慎重选择合同相对方。

4.4【分包合同中未约定审价及费用承担的风险与防范】

【风险点】如分包合同中未约定审价及审价费的承担，总承包人将无权要求分包单位分担总承包单位的审价费。

【防范措施】在分包合同中应该对是否审价、分包人应当承担的审价费的比例、审价费的支付时间等进行约定。

4.5【指定分包的风险与防范】

【风险点】由于指定分包人由工程发包人（建设单位）指定，总承包人对指定分包人的管理难度较大，总承包人将面临由于指定分包人的原因而向工程发包人承担工程质量不合格、竣工逾期等方面的违约责任。

【防范措施】分包合同由工程发包人、总承包人及分包人三方签署，争取由总承包人控制分包工程款的支付。如较难做到的，应约定付款责任由发包人承担，但总承包人对指定分包人的工程款的支付享有合理的否决权或制约权，并享有监督管理权。

4.6【接受挂靠的风险与防范】

【风险点】施工企业接受挂靠，合同的签署与履行均以施工企业名义进行，将导致施工企业需先行对外承担质量、工期、安全、付款、赔偿等法律责任，且有受到行政处罚的风险。在施工企业承担责任后再向挂靠人追偿过程中，如挂靠人无力承担该债务的，将导致施工企业经济损失。

【防范措施】施工企业应加强管理，不接受挂靠。在已有被挂靠的情况下，施工企业需加强对该等项目的管理，如：向项目部派驻财务、材料收发管理人员，加强项目公章使用、民工工资发放的控制与监管等。

4.7【项目经理等擅自签约的风险与防范】

【风险点】项目经理、分包人、实际施工人等未经施工企业

同意以施工企业名义签订合同，如：材料采购合同、对外借款合同、设备租赁合同、劳务分包合同等，易形成表见代理，施工企业要承担支付材料设备采购款、周转设备材料租赁款、劳务分包工程款，归还借款以及违约责任等。

【防范措施】施工企业需要加强材料设备采购合同签约管理，1.应严格控制项目印章的适用范围，在刻项目部印章时，可以在章上注明该项目部章只用于内部联系，不用于对外签订合同，以杜绝该类问题出现；2.规范分包管理，加强人员管理，明确相关人员授权；3.要采用适当方式向潜在债权人提醒项目部章的用途及相关人员的权限。

4.8【采购合同文本陷阱的风险与防范】

【风险点】施工企业签订由供应商提供的材料设备采购合同文本时，未能识别供应商设置的过高逾期付款违约金、合同争议管辖法院等陷阱，面临可能承担巨额违约金、去供应商所在地法院诉讼等不利局面。

【防范措施】1.施工企业可以制作各类合同文本，并在签约时予以使用；2.在没有示范文本的情况下，尽可能掌握合同文本的起草权；3.若对方提供合同文本，则应加强审查并修改，特别是对有关违约金、合同争议管辖等条款的审查与修改。

4.9【未约定材料质量特别标准的风险与防范】

【风险点】施工企业未根据特定工程设计图纸及技术规范的要求约定材料质量的特别标准，导致材料质量符合国家标准，但使用该材料的工程质量却不合格，施工企业无法依约向供应商索

赔，只能自担损失。

【防范措施】施工企业签订买卖合同时，应写明材料用于的工程，以及工程对材料的特别标准，必要时附上相应图纸。如未能在签约时约定材料质量的特别标准的，施工企业需要收集、整理供应商对所提供材料能符合建设单位工程要求的承诺、建设单位指定使用及己方据此采购相应材料的证据材料，证明材料质量符合工程要求，并据此争取向供应商索赔，或免除己方对建设单位承担的责任，避免或减少损失。

4.10 【材料设备质量不合格但不注重证据保全的风险与防范】

【风险点】施工企业在供应商供应的材料设备质量不合格时，直接拒收材料设备，甚至连样品都未保留就解除合同，因此发生争议并引发诉讼后，施工企业因不能举证证明材料设备质量不合格，只能承担违约解除合同的不利法律后果。

【防范措施】施工企业在合同履行过程中需要依约检测进场材料设备的，应与供应商共同封存样品，对经检测质量不合格的材料设备应该做好记录，并尽可能取得供应商的确认。如需要解除合同的，宜先协商解除并签订书面协议，如不能协商解除的，应委托专业机构对封存的质量不合格的材料设备样品进行鉴定，以该鉴定结论作为依法解除合同的依据。

4.11 【甲供料管理不善的风险与防范】

【风险点】因甲供料供应拖延而延误工期，或因甲供料质量问题而导致不合格，如果施工企业未做好甲供料管理，不能证明工期延误或工程质量不合格的责任在于发包人，施工企业就要承

担依据建设工程施工合同约定向发包人承担支付逾期竣工违约金或工程质量不合格的违约责任。

【防范措施】施工企业需要提前向发包人报送甲供材料进场计划并办理签收手续，并要求发包人据此提供甲供料。甲供料到达工地时，施工企业应要求发包人有关人员共同参与验收，并要求提供合格证明。若不能提供合格证明或清点后发现与合同约定的品种、质量等级不符时，施工企业可以拒收。当数量不符时，应要求发包人补齐或将多余材料运出现场。同时，施工企业应对甲供料及时抽样、送检，若发现材料质量不合格应及时通知发包人，办理退料手续。要保存好甲供料进场计划、实际进场记录、质量检验记录等证据材料。

4.12 【租赁起重机械不合法的风险与防范】

【风险点】施工企业因承租使用没有在登记部门进行使用登记的、没有完整安全技术档案的、或监督检验、定期检验不合格的起重机械而被质量技术监督部门罚款，并承担因此可能引发的安全事故责任。

【防范措施】施工企业在签订租赁合同时要注意审查起重机械是否系具有相应许可资质的单位制造，是否在登记部门进行使用登记，是否有完整的安全技术档案，是否经监督检验或者定期检验合格，租赁公司或安装公司是否具备相应的起重机械安装、改造、维修许可资质。

4.13 【承租的机械设备存在质量问题的风险与防范】

【风险点】施工企业从租赁公司租赁的机械设备出现质量问

题，需要维修或导致安全事故，引发停工、窝工等，进而造成工期延误，施工企业可能承担逾期竣工违约责任。

【防范措施】1.在签订租赁合同时需要明确约定机械设备出现质量问题后的合理维修期限，并明确约定租赁公司应承担的租赁机械设备不能正常使用期间造成的损失、处理安全事故期间损失的赔偿责任；2.在使用过程中，应及时完整保存因所承租机械设备质量问题而停工、窝工、安全事故的证据材料。

4.14【租赁机械设备、周转材料发生丢失、毁损的风险与防范】

【风险点】在承租期间对机械设备、周转材料等管理不善，造成机械、周转材料等丢失、毁损，而向租赁公司承担相应的赔偿责任和租金继续计取的损失。

【防范措施】1.需要在租赁机械设备、周转材料等进场时做好登记工作，并在租赁期间制定相应的机械设备、周转材料等保管、看护制度，安排专人负责保管、看护，明确责任主体和责任范围，避免出现丢失、毁损的情况；2.在签订租赁合同时，明确约定出现租赁机械设备、周转材料等丢失、毁损的情况时，丢失、毁损部分的租赁费在承租人通知后即停止计取的条款；3.如一旦发生租赁机械设备、周转材料等丢失、毁损，应立即书面通知出租方，停止计算租金，及时止损，按赔偿条款执行，避免租赁费用仍持续不断计取造成更大的损失。

4.15【租赁机械设备维修问题的风险与防范】

【风险点】租赁合同未约定机械设备在租赁期间的维修义务

的承担主体，施工企业在出租人不履行维修义务的情况下，为保证机械设备的正常使用实际承担了维修义务，但未将机械设备出现的需要维修的质量问题及费用及时通知出租人，出租人可能拒绝承担维修费。

【防范措施】施工企业应在租赁合同里明确约定由出租人承担租赁期间机械设备包括日常维护保养、应急维修在内的维修义务，并约定其不履行维修义务的相应违约责任。机械设备出现质量问题后，施工企业需要及时告知出租人并请其维修，其拒绝维修的，施工企业可自行维修，但应保存好相应的维修通知、维修记录和维修费用凭证，便于向出租人索赔。