



第 30 期

总第 30 期

政策法规信息简报

2020 年 5 月

主办：法务部

编辑/校对：温馨

审核：郭伟萍

目录：

《建筑垃圾减量化纳入招标与合同，住建部印发〈意见〉！》

（建质[2020]46号）……………P1-P7

《浅析〈保障农民工工资支付条例〉正式施行后对施工单位的
的影响》（来源：法务云学
堂）……………P7-P18

《〈房屋建筑和市政基础设施项目工程总承包管理办法〉七
大要点解读》（来源：建设工程法务
通）……………P19-P27

《最高院：建工合同无效工程价款结算裁判意见（一）》（来
源：律商研究）……………P27-P28

建筑垃圾减量化纳入招标与合同， 住建部印发《意见》！

建质[2020]46号

日前，住房和城乡建设部发布《关于推进建筑垃圾减量化的指导意见》（以下简称《意见》），**加强建筑垃圾源头管控，有效减少工程建设过程建筑垃圾产生和排放。**

《意见》明确，有效减少工程全寿命期的建筑垃圾排放，系统推进建筑垃圾减量化工作，推行精细化设计和施工，实现施工现场建筑垃圾分类管控和再利用。

《意见》要求，**2020年年底，各地区建筑垃圾减量化工作机制初步建立。2025年年底，各地区建筑垃圾减量化工作机制进一步完善，实现新建建筑施工现场建筑垃圾（不包括工程渣土、工程泥浆）排放量每万平方米不高于300吨，装配式建筑施工现场建筑垃圾（不包括工程渣土、工程泥浆）排放量每万平方米不高于200吨。**

《意见》强调，要**落实建设单位在建筑垃圾减量化工作的首要责任**；各参建主体要积极开展绿色策划、实施绿色设计、推广绿色施工，采用先进技术、工艺、设备和管理措施；各级住房和城乡建设主管部门要加强组织保障和统筹管理，积极引导支持，完善标准体系，加强督促指导，加大宣传力度，确保建筑垃圾减量化工作落到实处。

原文如下：

住房和城乡建设部关于推进建筑垃圾减量化的指导意见

各省、自治区住房和城乡建设厅，直辖市住房和城乡建设（管）委，北京市规划和自然资源委，新疆生产建设兵团住房和城乡建设局：

推进建筑垃圾减量化是建筑垃圾治理体系的重要内容，是节约资源、保护环境的重要举措。为做好建筑垃圾减量化工作，促进绿色建筑和建筑业转型升级，现提出如下意见：

一、总体要求

（一）指导思想。

以习近平新时代中国特色社会主义思想为指导，深入贯彻落实新发展理念，建立健全建筑垃圾减量化工作机制，加强建筑垃圾源头管控，推动工程建设生产组织模式转变，有效减少工程建设过程建筑垃圾产生和排放，不断推进工程建设可持续发展和城乡人居环境改善。

（二）基本原则。

1. 统筹规划，源头减量。统筹工程策划、设计、施工等阶段，从源头上预防和减少工程建设过程中建筑垃圾的产生，有效减少工程全寿命期的建筑垃圾排放。

2. 因地制宜，系统推进。根据各地具体要求和工程项目实际情况，整合资源，制定计划，多措并举，系统推进建筑垃圾减量化工作。

3. 创新驱动，精细管理。推动建筑垃圾减量化技术和管理创新，推行精细化设计和施工，实现施工现场建筑垃圾分类管控和再利用。

（三）工作目标。

2020 年底，各地区建筑垃圾减量化工作机制初步建立。2025 年底，各地区建筑垃圾减量化工作机制进一步完善，实现新建建筑施工现场建筑垃圾（不包括工程渣土、工程泥浆）排放量每万平方米不高于 300 吨，装配式建筑施工现场建筑垃圾（不包括工程渣土、工程泥浆）排放量每万平方米不高于 200 吨。

二、主要措施

（一）开展绿色策划。

1. **落实企业主体责任。**按照“谁产生、谁负责”的原则，落实建设单位建筑垃圾减量化的首要责任。建设单位应将建筑垃圾减量化目标和措施纳入招标文件和合同文本，将建筑垃圾减量化措施费纳入工程概算，并监督设计、施工、监理单位具体落实。

2. **实施新型建造方式。**大力发展装配式建筑，积极推广钢结构装配式住宅，推行工厂化预制、装配化施工、信息化管理的建造模式。鼓励创新设计、施工技术与装备，优先选用绿色建材，实行全装修交付，减少施工现场建筑垃圾的产生。在建设单位主导下，推进建筑信息模型（BIM）等技术在工程设计和施工中的应用，减少设计中的“错漏碰缺”，辅助施工现场管理，提高资源利用率。

3. **采用新型组织模式。**推动工程建设组织方式改革，指导建设单位在工程项目中推行工程总承包和全过程工程咨询，推进建筑师负责制，加强设计与施工的深度协同，构建有利于推进建筑垃圾减量化的组织模式。

(二) 实施绿色设计。

4. **树立全寿命期理念**。统筹考虑工程全寿命期的耐久性、可持续性，鼓励设计单位采用高强、高性能、高耐久性和可循环材料以及先进适用技术体系等开展工程设计。根据“模数统一、模块协同”原则，推进功能模块和部品构件标准化，减少异型和非标准部品构件。对改建扩建工程，鼓励充分利用原结构及满足要求的原机电设备。

5. **提高设计质量**。设计单位应根据地形地貌合理确定场地标高，开展土方平衡论证，减少渣土外运。选择适宜的结构体系，减少建筑形体不规则性。提倡建筑、结构、机电、装修、景观全专业一体化协同设计，保证设计深度满足施工需要，减少施工过程中设计变更。

(三) 推广绿色施工。

6. **编制专项方案**。施工单位应组织编制施工现场建筑垃圾减量化专项方案，明确建筑垃圾减量化目标和职责分工，提出源头减量、分类管理、就地处置、排放控制的具体措施。

7. **做好设计深化和施工组织优化**。施工单位应结合工程加工、运输、安装方案和施工工艺要求，细化节点构造和具体做法。优化施工组织设计，合理确定施工工序，推行数字化加工和信息化管理，实现精准下料、精细管理，降低建筑材料损耗率。

8. **强化施工质量管控**。施工、监理等单位应严格按设计要求控制进场材料和设备的质量，严把施工质量关，强化各工序质量管控，**减**

少因质量问题导致的返工或修补。加强对已完工工程的成品保护，避免二次损坏。

9. **提高临时设施和周转材料的重复利用率。**施工现场办公用房、宿舍、围挡、大门、工具棚、安全防护栏杆等推广采用重复利用率高的标准化设施。鼓励采用工具式脚手架和模板支撑体系，推广应用铝模板、金属防护网、金属通道板、拼装式道路板等周转材料。鼓励施工单位在一定区域范围内统筹临时设施和周转材料的调配。

10. **推行临时设施和永久性设施的结合利用。**施工单位应充分考虑施工用消防立管、消防水池、照明线路、道路、围挡等与永久性设施的结合利用，减少因拆除临时设施产生的建筑垃圾。

11. **实行建筑垃圾分类管理。**施工单位应建立建筑垃圾分类收集与存放管理制度，实行分类收集、分类存放、分类处置。鼓励以末端处置为导向对建筑垃圾进行细化分类。严禁将危险废物和生活垃圾混入建筑垃圾。

12. **引导施工现场建筑垃圾再利用。**施工单位应充分利用混凝土、钢筋、模板、珍珠岩保温材料等余料，在满足质量要求的前提下，根据实际需求加工制作成各类工程材料，实行循环利用。施工现场不具备就地利用条件的，应按规定及时转运到建筑垃圾处置场所进行资源化处置和再利用。

13. **减少施工现场建筑垃圾排放。**施工单位应实时统计并监控建筑垃圾产生量，及时采取针对性措施降低建筑垃圾排放量。鼓励采用

现场泥沙分离、泥浆脱水预处理等工艺，减少工程渣土和工程泥浆排放。

三、组织保障

（一）加强统筹管理。各省级住房和城乡建设主管部门要完善建筑垃圾减量化工作机制和政策措施，将建筑垃圾减量化纳入本地绿色发展和生态文明建设体系。地方各级环境卫生主管部门要统筹建立健全建筑垃圾治理体系，进一步加强建筑垃圾收集、运输、资源化利用和处置管理，推进建筑垃圾治理能力提升。

（二）积极引导支持。地方各级住房和城乡建设主管部门要鼓励建筑垃圾减量化技术和管理创新，支持创新成果快速转化应用。确定建筑垃圾排放限额，对少排或零排放项目建立相应激励机制。

（三）完善标准体系。各省级住房和城乡建设主管部门要加快制定完善施工现场建筑垃圾分类、收集、统计、处置和再生利用等相关标准，为减量化工作提供技术支撑。

（四）加强督促指导。地方各级住房和城乡建设主管部门要将建筑垃圾减量化纳入文明施工内容，鼓励建立施工现场建筑垃圾排放量公示制度。落实建筑垃圾减量化指导手册，开展建筑垃圾减量化项目示范引领，促进建筑垃圾减量化经验交流。

（五）加大宣传力度。地方各级住房和城乡建设主管部门要充分发挥舆论导向和媒体监督作用，广泛宣传建筑垃圾减量化的重要性，

普及建筑垃圾减量化和现场再利用的基础知识，增强参建单位和人员的资源节约意识、环保意识。

中华人民共和国住房和城乡建设部

2020年5月8日

浅析《保障农民工工资支付条例》正式施行后 对施工单位的影响

疫情过后，建设工程领域迎来复工潮之际，《保障农民工工资支付条例》（下称“《条例》”）也于2020年5月1日起正式施行。该《条例》从源头治理、过程监管、事后惩戒的全过程制度建设角度，对工程领域保障农民工工资支付问题进行了专章规定。本文拟通过对《条例》相关制度的体系化梳理，为建设单位和施工单位提供参考，以期在合同条款、制度架构及工程管理过程中进行有效的风险控制。

一、农民工工资专用账户：常态管理的分账模式

《条例》第二十六条规定，“施工总承包单位应当按照有关规定开设农民工工资专用账户，专项用于支付该工程建设项目农民工工资。开设、使用农民工工资专用账户有关资料应当由施工总承包单位妥善保存备查。”第二十七条规定，“工程完工且未拖欠农民工工资的，施工总承包单位公示30日后，可以申请注销农民工工资专用账户，账户内余额归施工总承包单位所有。”

实际上，农民工工资专用账户的要求，在此前部分地方政府的规范性文件早有规定，《条例》将其上升到行政法规层面上。一方面，强调了施工总承包单位的法定义务；另一方面，也与建设单位的分账制度相匹配。专用账户内的资金来源于建设单位拨入的人工费用，且必须专项使用于农民工工资支付，直至工程完工、账户注销后方归于施工总承包商。这实际上解决了农民工工资“放在哪”的问题，是欠薪源头治理的一环。

对于施工总承包单位而言，应注意以下几点：

第一，及时开设、正确使用农民工工资专用账户。

第二，妥善保管开设、使用农民工工资专用账户的资料。

第三，对拨入农民工工资专用账户的人工费用审慎评估。由于该账户的资金只能专项使用，其资金流向为“人工费用——农民工工资专用账户——农民工工资”，而人工费用超出农民工工资的金额部分在项目建设期内处于“锁定”状态。因此，为尽量减少资金占用问题，工程款中剥离的“人工费用”，既要能涵盖农民工工资，也要适当合理，否则，会挤占材料费等其他工程款，可能导致施工总承包单位在支付下游款项时陷入被动。

《条例》并没有明确“人工费用”的具体界定和计算方法，主管部门会否就此出台实施细则或指导意见，市场主体应给予密切关注。在没有进一步的细则出台前，从施工单位风险防控的角度，我们建议：

1. 尽量避免“人工费用”的金额或比例过高，如能够争取按照履约过程中上报的相应期间农民工工资或适当比例的工程款来确定“人工费用”，对施工单位而言，更有利于减少资金占用。

2. 在分解“人工费用”条款安排上，一方面，施工单位要考虑是否合理、能否满足农民工工资开支的正常需求；另一方面，还应考虑发生设计变更及工程索赔时，如何处理及安排特定时期可能增加的人工费用。

3. 对于《条例》施行后的招标类建设项目，如建设单位没有在招标文件中明确人工费用分账机制的，施工单位应在招标澄清环节给予善意提醒或要求予以澄清。

4. 对于《条例》施行前已签署合同的建设项目，施工单位应与建设单位协商谈判，考虑通过补充协议等方式，落实与农民工工资专用账户有关的机制，以应对监管要求。

第四，监督建设单位及时拨付人工费用，并在其拒绝拨入时积极采取应对措施。为避免构成欠薪，在源头防控上，施工单位应监督建设单位及时拨付人工费用，具体措施包括：

1. 与开设专用账户的金融机构达成协议，要求其在建设单位未按时拨付费用时，及时告知施工单位并出具说明。

2. 与建设单位及时沟通，如双方有其他争议，根据《条例》关于“建设单位不得因争议不按照本条例第二十四条的规定拨付工程款中的人工费用”之要求，建议其搁置争议先行付款。

3. 如建设单位已开具支付担保,考虑是否适时启动或督促建设单位及时付款。

二、工资保证金缴存机制: 备而不用担保方式

《条例》第三十二条规定,“施工总承包单位应当按照有关规定存储工资保证金,专项用于支付为所承包工程提供劳动的农民工被拖欠的工资。工资保证金实行差异化存储办法,对一定时期内未发生工资拖欠的单位实行减免措施,对发生工资拖欠的单位适当提高存储比例。工资保证金可以用金融机构保函替代。工资保证金的存储比例、存储形式、减免措施等具体办法,由国务院人力资源社会保障行政部门会同有关部门制定。”

工资保证金与农民工工资专用账户的区别在于,前者是一种担保机制,强调“备而不用”;后者是一种收账方式,侧重“常态管理”。根据《条例》上述规定,需要提请施工单位注意的是:

第一,工资保证金采用差异化存储,与施工单位是否发生工资拖欠密切挂钩。

第二,工资保证金可以通过金融机构保函替代,在一定程度上降低资金占用压力。

第三,工资保证金目前在不同地区有不同的监管要求,在统一适用的管理办法出台前,施工单位应了解并遵守项目所在地的具体政策要求。我们注意到,人力资源和社会保障部曾于2017年就《关于进一步完善工程建设领域农民工工资保证金制度的意见》公开征求意见

见，但该规定并未正式发布，而地方政府的规定根据各地经济发展程度及管理精细化要求，呈现出很大差异。例如，北京市要求采用银行保函方式，施工总承包企业按不少于100万元、专业承包企业和劳务分包企业按不少于50万元的标准开具；天津市要求采用现金缴存方式，施工总承包企业的基准数额为100万元，专业承包企业和劳务企业为30万元；杭州市更是区分了施工企业主项资质等级，采用更为细化的缴存方式。此外，在《条例》正式施行后，全国层面的统一配套制度可能会陆续出台，施工单位也应密切关注有关立法动向。

三、劳动用工实名登记制：落实到人的管理方法

《条例》第十五条、第二十八条、第五十条非常细致地规定了劳动用工实名制及其配套措施，在用工管理、财务管理、档案管理等方面对施工单位提出了更高的要求。

具体制度和管理措施包括：

第一，劳动用工实名制。《条例》要求施工总承包单位或分包单位与所招用的农民工订立劳动合同并进行用工实名登记，否则，相关人员不得进入项目现场施工。

第二，劳资专管员制度。《条例》要求施工总承包单位在工程项目部配备劳资专管员，对分包单位劳动用工实施监督管理，掌握施工现场用工、考勤、工资支付等情况，审核分包单位编制的农民工工资支付表，并要求分包单位予以配合。

第三，用工管理及工资支付双台账制度。根据《条例》规定，（1）施工总承包单位及分包单位均应建立**用工管理台账**，并保存至工程完工且工资全部结清后至少3年；（2）用人单位（可能是劳务分包单位）应按照工资支付周期编制**工资支付台账**，且应涵盖“用人单位名称，支付周期，支付日期，支付对象姓名、身份证号码、联系方式，工作时间，应发工资项目及数额，代扣、代缴、扣除项目和数额，实发工资数额，银行代发工资凭证或者农民工签字”等内容，并至少保存3年；（3）用人单位向农民工支付工资时，应提供农民工本人的**工资清单**。

第四，责任推定制度。《条例》规定，“农民工与用人单位就拖欠工资存在争议，用人单位应当提供依法由其保存的劳动合同、职工名册、工资支付台账和清单等材料；不提供的，依法承担不利后果。”因施工单位相对于农民工而言处于强势地位，且掌握着工资支付详细资料，该条款类似于举证责任倒置的安排，遵循了劳动法一贯的原则，施工单位作为用人单位，应承担无法提供资料的不利后果。

四、总包单位工资代发制：支付渠道的层层打通

《条例》第三十一条规定，“工程建设领域**推行**分包单位农民工工资**委托施工总承包单位代发制度**。分包单位应当按月考核农民工工作量并编制工资支付表，经农民工本人签字确认后，与当月工程进度等情况一并交施工总承包单位。施工总承包单位根据分包单位编制的工资支付表，**通过农民工工资专用账户直接将工资支付到农民工本人**

的银行账户，并向分包单位提供代发工资凭证。用于支付农民工工资的银行账户所绑定的农民工本人社会保障卡或者银行卡，用人单位或者其他人员不得以任何理由扣押或者变相扣押。”

上述规定确定了总包代发制，是对整个建筑行业支付体系的大变革。如果说农民工工资专用账户解决了工资“放在哪”、劳动用工实名制解决了工资“发给谁”，总包代发制解决的则是“怎么发”。长期以来，农民工作为建筑业最基层的劳动主体，之所以存在讨薪难问题，最大原因在于工资支付链条长、上游主体层层盘剥现象严重，而总包代发制要求施工总承包单位直接代付农民工工资，打通了支付渠道，对解决欠薪问题可谓釜底抽薪。

虽然《条例》关于总包代发制的态度是“推行”，但从规范管理、降低风险角度，建议施工总承包单位积极采用该制度，并在财务、合约及工程管理层面给予落实，特别是应注意：

第一，施工总承包单位应在顶层设计角度，考虑上下游各类合同关于农民工工资审批及支付时间的衔接，避免因为各环节不配套导致农民工工资无法按时支付。

第二，施工总承包单位应在分包合同或相关协议中明确有关总包代付机制。包括：（1）代付关系的确定；（2）工资审批及支付流程；（3）代发工资凭证的提供及发票开具模式；（4）税务承担；（5）因分包单位工资统计错误、账户绑定错误、不及时上报等原因，导致农民工工资无法按时发放的追偿机制。

第三，施工总承包单位应及时敦促分包单位报送农民工工资支付表，结合工程进度、用工管理台账等进行细致审查。

第四，用于支付农民工工资的账户应绑定农民工本人的社会保障卡或银行卡，施工总承包单位应妥善保管有关支付凭证和银行流水单。

第五，施工总承包单位如与分包单位发生争议，按照《条例》要求，应隔离争议并按规定代发农民工工资。《条例》第三十五条规定，“建设单位与施工总承包单位或者承包单位与分包单位因工程数量、质量、造价等产生争议的，建设单位不得因争议不按照本条例第二十四条的规定拨付工程款中的人工费用，施工总承包单位也不得因争议不按照规定代发工资。”

五、清偿责任直接穿透制：突破合同的相对关系

《条例》第三十条规定，“分包单位拖欠农民工工资的，由施工总承包单位先行清偿，再依法进行追偿。工程建设项目转包，拖欠农民工工资的，由施工总承包单位先行清偿，再依法进行追偿。”第三十六条规定，“建设单位或者施工总承包单位将建设工程发包或者分包给个人或者不具备合法经营资格的单位，导致拖欠农民工工资的，由建设单位或者施工总承包单位清偿。施工单位允许其他单位和个人以施工单位的名义对外承揽建设工程，导致拖欠农民工工资的，由施工单位清偿。”

上述规定强化了总承包单位对下的管理及监督责任，总承包单位对分包人资质及农民工工资支付情况不闻不问，或睁一只眼闭一只眼的时代将一去不返，否则，其不但要面临行政层面的责任，导致拖欠工资的，还将承担民事清偿责任。

根据上述规定，发生以下情形且导致农民工工资被拖欠的，施工单位均需要直接清偿：**（1）分包单位拖欠农民工工资；（2）转包；（3）违法分包给无相应资质的主体；（4）允许挂靠。**

对于后三种情形，我们理解，本质上是针对施工单位的违法行为，此类违法行为很可能导致农民工的用人或用工单位清偿能力有限，故要求施工单位清偿。对此，《条例》发布前已有规范性文件予以规定。我们注意到，司法实践中，部分法院已参照相关规定进行了裁判，如（2019）吉民再204号、（2018）川民申4499号案中，法院基本都秉持从严处理的态度，针对违法分包给无相应资质主体或转包的行为，要求施工单位承担工资清偿的连带责任。《条例》施行后，法院裁判则有了行政法规层面的依据。

对于第一种情形，相当于要求施工总承包单位与分包单位在农民工工资的支付上承担连带责任，这对总承包单位而言，属于非常严格的责任，农民工与用人单位之间的合同关系被突破，可能导致建筑领域农民工工资一旦被拖欠，就直接向施工总承包单位索款，施工总承包单位或将被频繁卷入拖欠劳动报酬争议的诉讼。

对此，我们建议施工单位注意以下几点：

第一，随着国家关于转包、挂靠及违法分包监管力度的加强，合法经营、规范管理应是施工企业运行的重中之重。《建筑工程施工发包与承包违法行为认定查处管理办法》规定了承发包违法行为的认定情形及处罚标准，而随着《条例》的施行，转包、挂靠和无资质分包还将面临农民工工资的直接清偿责任和诉讼风险，施工单位应避免违规行为及其产生的联动效应。

第二，为避免替分包单位拖欠农民工工资买单，施工总承包单位采用总包代发制既是自我保护，也是必然趋势。总包代发制涉及财务、合约及工程管理等方面配套机制的设置与落实，施工总承包单位应当在制度设计上重点强化，具体可参考本文第四部分分析。

第三，施工总承包单位在工程管理过程中应注意创造及保留农民工工资代付的证据，一旦出现被农民工诉请欠付工资的情况，通过追加第三人、因果关系抗辩等角度积极应诉。当然，在《条例》规定的直接清偿责任下，有关违法行为和“拖欠农民工工资”之间是否必须具有因果关系、具有何种程度的因果关系，有待司法实践给出进一步的答案，但施工单位仍应提前做好准备工作。

六、停工降级与联合惩戒：法律后果的威慑效应

施工单位未履行有关农民工工资支付保障措施的法律后果，《条例》进行了细化规定。可以看出，施工单位的违规情形，基本覆盖了与农民工工资支付相关的所有环节，且法律后果至少是行政罚款。如关键制度（即本文所述“农民工工资专用账户”、“工资保证金缴存

机制”、“劳动用工实名制”)缺失且逾期不改正,还有可能面临被责令停工、限制承接新的项目、资质降级甚至被吊销的风险。

就所涉“失信联合惩戒”问题,国家发展改革委等30个部委联合出台了《关于对严重拖欠农民工工资用人单位及其有关人员开展联合惩戒的合作备忘录》,规定了具体的联合惩戒措施和实施方式,一旦施工单位被列入行业“黑名单”,将在经营、投融资、取得政府供应土地、进出口、出入境、注册新公司、工程招投标、政府采购、获得荣誉、安全许可、生产许可、从业任职资格、资质审核等方面受到限制或禁止。

此外,建筑市场上此前就存在包工头收缴农民工银行卡的情况,《条例》明确禁止用人单位或其他人员以任何理由扣押或变相扣押用于支付农民工工资的银行账户所绑定的农民工社保卡或银行卡,一旦施工单位违反规定,同样构成拖欠工资,情节严重的,还可能触发拒不支付劳动报酬罪的刑事处罚。

《条例》及相关规定有关法律责任的设置,反映出我国政府对整治农民工工资拖欠行为的决心和力度,以期形成“不敢欠薪、不愿欠薪”的社会氛围。

鉴于此,我们建议施工单位做好以下几点:

第一,《条例》规定的施工单位保障农民工工资支付的环节和具体措施应给予充分重视,提前进行整体制度架构并确保落到实处。

第二，对施工总承包单位而言，既要重视与建设单位之间的合同约定，也要重视与专业分包单位、劳务分包单位之间的协议安排，将相关制度贯穿到建设工程上下游，打通经脉，并通过合约架构、担保体系、保险安排等疏散自身风险。

第三，对分包单位而言，应与施工总承包单位积极配合，除本文涉及的工程建设领域相关制度外，如其作为用人单位，还应关注《条例》有关用人单位对劳动者工资管理及清偿的一般性要求。

第四，一旦被认定构成《条例》规定的违规情形或存在违规风险，及时整改并与主管部门充分沟通，尽量避免陷入项目停工、资质降级等被动局面。

综上，《条例》作为专门保护农民工权益的特别立法，以全过程制度建设的要求，切实解决了农民工工资“哪里来”、“放在哪”、“怎么发”、“发给谁”以及拖欠时“向谁要”、“如何罚”的问题，打通了农民工工资支付的各个环节。特别是，《条例》有关施工总承包单位的代付机制及直接清偿责任，给施工总承包单位提出了新的挑战，也是建设工程领域农民工工资支付体系的新变革。我们希望通过本文的梳理为施工单位提供参考，以便在制度设计、合约规划、工程管理、资金周转、信用体系建设等方面提前安排，适应政策变化，做到有的放矢。（来源：法务云学堂）

《房屋建筑和市政基础设施项目 工程总承包管理办法》七大要点解读

住建部、国家发改委联合颁布的《房屋建筑和市政基础设施项目工程总承包管理办法》（以下简称《办法》），已于2020年3月1日正式施行。工程总承包模式是由EPC（Engineering Procurement Construction）模式借鉴而来，具有设计、采购、施工由工程总承包单位统一实施的特点。而《办法》所称工程总承包，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。

《办法》认可的总承包模式为EPC（设计、采购、施工）和DB（设计、施工）两种。需要注意的是，《办法》的适用范围为房屋建筑和市政基础设施项目，这为能源、水利等其他行业主管部门后续制定行业工程总承包政策留出了余地。《办法》的颁布施行，对参与工程总承包的建设单位、施工单位、设计单位、分包单位等主体影响甚大。本律师现就《办法》的主要内容总结以下七大要点。

一、工程总承包的适用项目

《办法》第六条规定：“建设单位应当根据项目情况和自身管理能力等，合理选择工程建设组织实施方式。建设内容明确、技术方案成熟的项目，适宜采用工程总承包方式。”

根据 FIDIC 银皮书的使用说明，EPC 交钥匙工程适用于项目的最终价格和要求的工期具有更大确定性的情况，由承包商承担全部设计、采购和施工工作，提供一个配备完整的设施，“转动钥匙”时即可运行的工程。考虑到国内房屋建筑和市政基础设施项目的管理模式还处于由传统施工总承包逐渐向工程总承包的过渡阶段，为了避免在不熟悉工程总承包风险特征和管理机制情况下，盲目推行工程总承包所带来的风险，《办法》规定选择工程总承包模式一定要与总承包企业自身管理能力以及项目的实际情况相匹配。对于项目建设内容、技术要求不明确的项目，为免争议，应当在明确建设内容和技术方案后，再实施工程总承包。自身能力不足的总承包企业也不宜贸然承接工程总承包项目。

二、工程总承包的发包阶段和条件

《办法》第七条规定：“建设单位应当在发包前完成项目审批、核准或者备案程序。采用工程总承包方式的企业投资项目，应当在核准或者备案后进行工程总承包项目发包。采用工程总承包方式的政府投资项目，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；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。”

本条明确了项目审批、核准或备案是工程总承包发包的前置条件。对于企业投资项目，前置条件是完成项目核准或备案；对于政府投资项目，前置条件原则上是完成初步设计审批；对于简化报批文件

和审批程序的政府投资项目，前置条件是完成相应的投资决策审批。其中，企业投资项目是《企业投资项目核准和备案管理条例》第二条规定的“企业在中国境内投资建设的固定资产投资项 目”；政府投资项目是《政府投资条例》第二条规定的：“本条例所称政府投资，是指在中国境内使用预算安排的资金进行固定资产投资建设活动，包括新建、扩建、改建、技术改造等。”

一个工程项目在哪个阶段可以选择进行工程总承包，需要结合项目的特点来决定，要分析在哪个阶段可以确保工程总承包企业对工程价款及风险范围能够合理预见和控制，而项目审批、核准或者备案所依据的勘察资料、可行性研究报告、方案设计文件或者初步设计文件等是确定工程价款及风险范围的重要依据。

三、工程总承包单位的条件

《办法》第十条规定：“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，或者由具有相应资质的设计单位和施工单位组成联合体。”

本条规定了工程总承包单位应具备“设计+施工”的双资质，一改之前允许设计资质单位或施工资质单位承接工程总承包项目后，将施工或设计工作再分包出去的做法。《办法》规定单纯的设计资质单位或施工资质单位不可以再承接工程总承包工程，这反映了管理部门对于严控工程总承包项目质量和强化责任归一的意图，明确了加速推进设计、施工企业融合的政策导向。

《办法》也规定了联合体可以作为承包方承接工程总承包项目。在联合体模式下，由联合体承担项目的设计和施工等责任，联合体内部需共同对建设单位承担连带责任。由联合体承担设计和施工工作时，联合体内部各方利益一致，在一定程度上可以避免总分包模式下过度设计的问题，有助于降低项目造价。以联合体方式承揽工程时，联合体除向发包单位出具联合体协议外，联合体内部之间应就项目管理、资金投入、各方责任、利益分配等签署具体的合作协议，以避免发生合作争议。

四、工程总承包资格的禁止情形

《办法》第十一条规定：“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。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。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，上述单位可以参与该工程总承包项目的投标，经依法评标、定标，成为工程总承包单位。”

在采用工程总承包的项目中，发包之前已经参与项目的主体可能包括代建单位、项目管理单位、监理单位、造价咨询单位、招标代理单位，这些单位作为项目的前期参与方，如果其参与投标，不可避免的具备一定程度的信息优势、资源优势，这种影响到招投标的公正性。所以依据招投标相关法律规定，依法排除这些单位的投标资格。

对于项目建议书、可行性研究报告、初步设计文件的编制单位是否可以作为项目总承包单位时，《办法》采取了弹性限制的规定。一方面把项目性质严格限定为政府投资项目，对企业投资项目不作限制；另一方面给出了“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”情形下的文件编制单位及其评估单位可以参与投标的灵活性规定。因为在项目建议书、可行性研究报告、初步设计文件已经公开的情况下，编制单位就不再具有领先于其他投标人的信息优势、资源优势，不会影响招投标文件的公平竞争。

综合上述规定，在工程总承包项目中，招标人和投标人都应当对工程总承包单位的投标资格进行审慎核查，以确保招投标程序合法有效。

五、工程总承包中的风险分担

《办法》第十五条规定：“建设单位和工程总承包单位应当加强风险管理，合理分担风险。建设单位承担的风险主要包括：（一）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；（二）因国家法律法规政策变化引起的合同价格的变化；（三）不可预见的地质条件造成的工程费用和工期的变化；（四）因建设单位原因产生的工程费用和工期的变化；（五）不可抗力造成的工程费用和工期的变化。具体风险分担内容由双方在合同中约定。鼓励建设单位和工程总承包单位运用保险手段增强防范风险能力。”

在工程总承包固定总价模式下，风险分担条款是最容易发生履约风险的条款之一。因为固定总价意味着价格固定、质量固定。如果项目在发包缔约时存在未经披露或者尚未发现的重大风险，导致工程价款大幅增加，在固定总价模式下，如果由工程总承包单位承担该风险，必然导致双方当事人利益失衡。因此，工程总承包的风险分配原则应当建立在总承包单位在缔约时对工程项目认知程度的基础之上，总承包单位对工程的认知程度越低，其承担的风险越高，风险分担条款越应保护总承包单位。本条规定为处于市场劣势地位的总承包单位在合同谈判和索赔中合理分配项目风险提供了依据，具有重要的现实意义。需要注意的是，本条用列举方式列明了建设单位应当承担的五个方面的风险，但没有使用“其他应当由建设单位承担的风险”这样的兜底表述，因此，列明范围外的风险，除非合同另有明确约定，应当属于总包单位承担的风险。

在实际履行合同过程中，对于建设单位应承担的风险，施工总承包单位还需要提供价格波动幅度、法律法规政策变化、地质条件、建设单位原因引起变化、不可抗力等证据加以证明。这对于建设单位、总承包单位在合同履行中的证据收集提出了更高的要求，需要给予充分的重视。为了减少争议及避免风险，《办法》也借鉴了FIDIC国际惯例，鼓励发承包双方在合同中运用保险手段增强防范风险能力。

六、工程总承包项目的价格形式

《办法》第十六条规定：“企业投资项目的工程总承包宜采用总价合同，政府投资项目的工程总承包应当合理确定合同价格形式。采用总价合同的，除合同约定可以调整的情形外，合同总价一般不予调整。建设单位和工程总承包单位可以在合同中约定工程总承包计量规则和计价方法。依法必须进行招标的项目，合同价格应当在充分竞争的基础上合理确定。”

鼓励工程总承包项目采用固定总价，这有利于发包人控制投资风险，减少发包人因自身管理能力不足导致的额外管理成本支出；也有利于总承包单位发挥限额设计下的设计优化的积极性，降低工程成本，实现更多的溢价利润。采用工程总承包的工程项目，往往在招标阶段仅有初步设计文件，总承包单位在承揽项目后还要根据招投标文件的要求进一步深化设计。此时，如果采用传统的固定单价据实结算的计价模式，建设单位将面临成本难以控制的风险。因此，《办法》推荐采用总价模式。在采取总价模式下，总承包人应向建设单位交付符合约定的工程，工程设计及优化、材料选用、施工质量、工期等责任均由总承包单位承担。此时，如果总承包单位仍按照传统的施工总承包模式思维，以工期延长、材料涨价、工程变更为由向发包人索赔，其主张将难以成立。

《办法》没有强制要求工程总承包必须采用固定总价的计价方式，这是考虑到我国工程建设领域的实际情况，需要给予工程总承包参与主体一定的市场自由空间。因此，固定总价模式并非必须采取的

方式。对于工程体量大、项目复杂、发包方技术要求不明确的项目，也可以考虑采用单价合同。

七、工程总承包单位的分包

《办法》第二十一条：“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。”

本条是关于工程总承包单位可以直接分包的规定。按照以往的工程总承包规定，承揽了工程总承包项目的设计或施工企业可以将其中的不具有资质的设计或施工业务整体分包给其他具有相应资质的企业，但《办法》对此给予了否定。《办法》不允许单一资质企业独立承揽工程总承包项目后，再将设计或施工业务整体分包出去，且根据《建筑法》的规定，工程总承包项目中主体部分的设计和主体工程部分的施工均不能再分包，只能由工程总承包单位自行实施或在联合体中根据各自的资质范围进行内部划分和承担。除以暂估价形式包括在总承包范围内且必须招标的工程、货物、服务之外，工程总承包人可以采用直接发包的方式进行分包，这为工程总承包单位（特别是国有企业）在分包中避免不必要的重复招标提供了直接依据。

关于对暂估价的解释，根据《建设工程工程量清单计价规范》【GB 50500-2013】2.0.19 规定，暂估价是招标人在工程量清单中提供的用于支付必然发生但暂时不能确定价格的材料、工程设备的单价以及

专业工程的金额。另外，工程施工领域还有暂列金额的概念。上述计价规范 2.0.18 规定，暂列金额是招标人在工程量清单中暂定并包括在合同价款中的一笔款项。用于工程合同签订时尚未确定或者不可预见的所需材料、工程设备、服务的采购，施工中可能发生的工程变更、合同约定调整因素出现时的合同价款调整以及发生的索赔、现场签证确认等的费用。暂列金额是可能发生也可能不发生的金额。实践中，如项目方案不成熟，技术指标在签署合同时还不能确定时，在不超过概算投资情形下，可考虑列入暂列金额，以防止因后期变更导致项目造价超过预算金额。

暂估价项目是否需要招标，应当依据《招标投标法》、《必须招标的工程项目规定》、《必须招标的基础设施和公用事业项目范围规定》中的相关规定确定。（来源：建设工程法务通）

最高院：建工合同无效工程价款结算裁判意见（一）

一、建设工程施工合同无效，可以参照合同约定支付工程款。但是存在多份合同价款且无法辨别真伪的情况下，不能确认当事人对合同价款约定的真实意思表示，法院可通过委托鉴定的方式，依据鉴定机构出具的鉴定结论对双方当事人争议的工程价款作出司法认定。

最高人民法院认为，尽管当事人签订的三份建设工程施工合同无效，但在工程已竣工并交付使用的情况下，根据无效合同的处理原则和建筑施工行为的特殊性，对于环盾公司实际支出的施工费用应当采

取折价补偿的方式予以处理。本案所涉建设工程已经竣工验收且质量合格，在工程款的确定的问题上。按照最高人民法院《关于审理建设工程施工合同纠纷案件适用法律问题的解释》第二条的规定，可以参照合同约定支付工程款。

但是，由于本案双方当事人提供了由相同的委托代理人签订的、签署时间均为同一天、工程价款各不相同的三份合同，在三份合同价款分配没有规律且无法辨别真伪的情况下，不能确认当事人对合同价款约定的真实意思表示。因此，该三份合同均不能作为工程价款结算的依据。一审法院为解决双方当事人的讼争，通过委托鉴定的方式，依据鉴定机构出具的鉴定结论对双方当事人争议的工程价款作出司法认定，并无不当。

索引：济南永君物资有限责任公司与齐河环盾钢结构有限公司建设工程施工合同纠纷案；案号：(2011)民提字第104号；合议庭法官：韩延斌、王林清、李琪；裁判日期：二〇一一年十一月十七日。（来源：律商研究）