建设单位"肢解发包"的认定及风险

我国的《建筑法》及相关法规都提倡对建筑工程实行总承

包,禁止将建筑工程肢解发包,不得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。

但在现实中、建筑单位"肢解发包"的情况依旧存在。那

么,实践中对于"肢解发包"是如何认定的?这样的"肢解发

包"又存在哪些法律风险呢?

"肢解发包"的认定

我国《建筑法》第二十四条对 "肢解发包"作出了明确的禁止规 定, 提倡对建筑工程实行总承包, 禁止将建筑工程肢解发包,不得将 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

该法第六十五条则规定了"肢 解发包"的大致罚则,即"责令改 正并外以罚款"

《建筑法》写明"肢解发句 的行为应当明确禁止,但并未明确 此类规定是否为效力性强制性规定 (即肢解发包是否影响建设工程施 工合同的效力)。

在建筑工程领域, 质量管理条例》 (以下简称《管理 条例》) 也是一部重要的法规。

《管理条例》对"肢解发包 的定义作了补强,其将"肢解发 包"明确定义为:"建设单位将应 当由一个承包单位完成的建设工程 分解成若干部分发包给不同的承包 单位的行为。

《管理条例》第五十五条还规 定了相应得罚则, 即"责今改正, 处工程合同价款百分之零点五以上 百分之一以下的罚款; 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"

程施工发包与承包违法行为认定查 外管理办法》 (以下简称《管理办 法》)正式施行。

《管理办法》第六条毫无争议 地将"建设单位将一个单位工程的 施工分解成若干部分发包给不同的 施工总承包或专业承包单位的"行 为定义为违法发包的一种情形,其 处罚方式为"依据《中华人民共和 国建筑法》第六十五条、《建设工 程质量管理条例》第五十五条规定

这里也引出了一个非常重要但 又有点模糊的概念:单位工程。

何为"单位工程"

既然《管理办法》非常明确地 将最小发包单位规定为"单位工 程",那么建设单位就有必要对 "单位工程"的定义进行深入研究

然而,纵观整个建设工程法律 体系,对"单位工程"从未有明确 定义,参考土木工程的规范、标 准,工程专业人员对"单位工程" 的解释亦五花八门。

对于"单位工程",能供参照 的是《建筑工程施工质量验收统一 标准》(GB50300-2013) (以下 简称《统一标准》) 的第 4.0.2 条: "单位工程应按下列原则划分: 1. 具备独立施工条件并能形成独立使 用功能的建筑物或构筑物为一个单 位丁程: 2.对于规模较大的单位工 程,可将其能形成独立使用功能的 部分划分为一个子单位工程。

《住房和城乡建设部关于基坑 工程单独发包问题的复函》 (以下 简称《复函》) 中写明, 基坑工程 (桩基、土方等) 属于地基与基础 分部工程的分项工程。

鉴于基坑工程属于建筑工程单 位工程的分项工程,建设单位将非 单独立项的基坑工程单独发包属于 肢解发包行为。

《复承》讲一步明确了 工程是指具备独立施工条件并能形 成独立使用功能的建筑物或构筑 物",其参照的依据为前文所述的 《统一标准》。

然而, 《统一标准》为工程专 业人员所起草, "具备独立施工条 件并能形成独立使用功能"的概念 较为模糊,且其起草时并未考虑到 该标准中对"单位工程"的定义将 被引入行政或民事审判实务中, 故 该定义在司法实务中适用较为困

《统一标准》中明确表 示"单位工程"应当为"建筑物或 构筑物",根据文意理解,大型的 装饰装修工程或消防工程 (因其非 "建筑物或构筑物") 无法由建设单 位单独发包,建设单位只能先选定 总包单位, 再通过专业分包的形式 将该工程分包给有相应资质的分包 单位施工。

笔者认为,此类发承包模式-波三折, 徒增开发成本, 对工程质 量管控无益。

"肢解发包"的原因

"肢解发包"被相关法律明确 禁止, 但实际却仍然存在的主要原 因是什么呢?

最常见的原因之一,是总包单 位不具有某项专业工程能力。

各类施工总承包资质的许可范 , 但施工总承包单位普遍无 法精通其所持有的施工总承包资质 所涵盖的每个领域。总包单位一般 对主体结构、二次结构等施工较为 擅长,但对于地基基础、消防工程 及建设单位普遍重视的幕墙工程、 装饰装修工程等专业,总包单位可 能并无较强施工能力。

第二个原因是建设单位控制造

程,建设单位以"肢解发包"的形 式向其能够实际控制的单位发包. 可以更好地削减工程造价,控制建

"肢解发包"的民事责任

对于"肢解发包"的民事责

任,以下我们以两个真实案件的判

第一个是汀苏苏南建设集团有 限公司、安庆新城悦盛房地产发展 有限公司建设工程施工合同纠纷二 审民事判决书【(2019) 最高法民

该案中最高人民法院认为:案 涉工程项目的《建筑工程施工许可 证》载明施工单位为官兴建工公司 与中建一局第五公司,并未显示苏 南公司是施工单位,上述施工单位 分别与新城公司签订建设工程施工 合同。新城公司亦认可案涉安庆新 城吾悦广场项目的总承包人是上述 施工单位, 苏南公司所做的案涉桩 基工程包含在上述施工单位的总承 包范围内, 桩基工程是新城公司的 指定分包。

并且,安庆市住建委作出建设 罚字[2016]第 004 号行政处罚决定 书,认定新城公司在与施工总承包 单位签订总承包合同之外,将桩基 部分分包给其他施工单位, 还与桩 基部分的施工单位签订了分包合 同,该行为违反《中华人民共和国 建筑法》第二十四条"提倡对建筑 工程实行总承包,禁止将建筑工程 肢解发包",国务院《建设工程质 量管理条例》第七条第二款"建筑 单位不得将建设工程肢解发包"的 规定,对新城公司肢解发包行为进

新城公司将案涉工程的桩基项 目肢解发包, 违反了法律和行政法 规强制性规定,所以案涉《桩基工 程施工合同》应为无效。

审判决认定《桩基工程施工 合同》有效,应属不当,本院予以

苏南公司虽主张朱某某借用其 公司资质并以苏南公司名义签订 《桩基工程施工合同》,新城公司对 案涉工程未依法招投标致使案涉 《桩基工程施工合同》 无效,但因 本院已以新城公司违法肢解发包为 由认定案涉《桩基工程施工合同》 无效, 故本院对苏南公司主张的上

冰事项不再审查

第二个是嵊州市教育体育局、 浙江天宇建设有限公司建设工程施 工合同纠纷二审民事判决书 【(2020)浙 06 民终 1733 号】。

绍兴市中级人民法院认为:关 于被上诉人与上诉人间签订的建设 工程施工合同的效力问题。双方间 就该合同约定的是涉案工程的桩基 和十方项目,该部分工程内容系嵊 州市实验小学及 1602 人防工程的 组成部分之一,且不属于经审批可 以单独发包的项目; 故上诉人就该 部分项目单独招投标之行为属于肢 解工程进行发包的行为,不符合其 所主张的上级政府所倡议的"容缺 施工管理模式",一审认为其违反 了我国《建筑法》第二十四条的规 定,并认为该合同无效,并无不

从上述案例以及大多数司法判 例来看,建设单位的"肢解发包" 行为因违反了法律和行政法规的强 制性规定,相关施工合同被径直认 定为无效,故"禁止肢解发包"的 规定可被认定为效力性强制性规

从法律后果来看,一日施丁合 同无效的,则相关违约责任、损失 等主张均将受到重大影响。 《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 (一)》 (以下简称《解 释一》) 规定, 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 关于工程价款的约定折价补偿承包 人民法院应予支持。

建设工程施工合同无效, 当事人请求对方赔偿损失的,应当 就对方讨错、损失大小、讨错与损 失之间的因果关系承担举证责任。 损失大小无法确定,一方当事人请 求参照合同约定的质量标准、建设 工期、工程价款支付时间等内容确 定损失大小的,人民法院可以结合 双方过错程度、过错与损失之间的 因果关系等因素作出裁判。

如何规避"肢解发包"

在利润率较高的分部分项工程 中,如果建设单位既意图控制相关利 润走向, 又希望避免"违法发包", 建设单位就应当规避肢解发包行为。

笔者认为,建设单位与总包单 位、分包单位通过签订三方合同的方 式讲行指定分包更为可行。

首先从合法性角度分析,虽然 《房屋建筑和市政基础设施工程施工 分包管理办法》 《工程建设项目施工 《住房和城乡建设部 关于讲一步加强建筑市场监管工作的 意见》等文件仍将"指定分包"定义 为违法行为, 但法律和行政法规层级 对此并无明文禁止, 因此笔者认为其 不能认定为影响合同效力的强制性规

其次, 虽然 2016年11月17日 发布的《建筑工程施工发包与承包违 法行为认定杳处管理办法 (征求意见 稿)》第五条第七款中写明,建设单 位违反施工合同约定, 又未经承包单 位同意,通过各种形式要求承包单位 选择其指定分包单位的认定为违法发 包。但是在笔者参与起草的生效版 《管理办法》中,该条款已删除,其 立法本意为将"指定分包"逐步认定 为市场行为。

目前, "指定分包"已在国内建 设工程市场中普遍存在, 即使对于国 "指定分包 际工程 FIDIC 合同, 亦未被禁止。 再者,从对建设单位的适用性来

"指定分包"单位通常为建设单 位实际控制的分包单位, 故建设单位 可能需向总包单位支付一定比例的 总包配合费",但"指定分包" 通过三方合同的方式,将总包单位列 为合同主体之一,并非《解释一》第 十三条所明确的发包人应承担讨错责 任的"直接指定分包人分包专业工 程"的情形,更有利于建设单位就该 分包工程的施工质量要求总包单位与 分包单位共同承担连带责任。

李庆忠遗失营 番浩遗

营业热照副本,证 060007202007020006、

0106MA1KE81CX1: 300310611:

0106MA1KE34X7B; 310106MA1KE36Q22

、上記, 10106MA1KE34233; 杨利 J, 435243;

106MA1KE3R38T 10106MA1KE3RL53:

童维东, 0106MA1KE33F3T; 李凯, 8600464410;

3600464428:

8600442584; 06MA1KE3589H

106MA1KE3RX36

06MA1KEY.TM7M

106MA1KE1QF4N