

文章编号:1006—2106(2002)01—0135—03

浅议建设工程项目中的转包和违法分包

李振山* 杨陆海 黄晋昌

(铁道部建设管理司,北京 100844)

提 要: 本文通过对工程转包、违法分包概念的讨论,明确了转包、违法分包和分包、劳务之间的区别,并就如何解决这些问题提出了一些建议,对铁路建筑市场的进一步规范具有一定的实际意义。

关键词: 转包; 违法分包

中图分类号: F41 **文献标识码:** A

2000 年 4 月 2 日至 4 日,国务院召开了全国整顿和规范市场经济秩序工作会议。朱总理在会上强调,大力整顿和规范市场经济秩序是整个“十五”期间的一项重要任务,要从贯彻落实江泽民总书记关于“三个代表”重要思想的高度,站在建设有中国特色社会主义政治、经济和文化的高度,站在民族兴衰和现代化事业成败的高度,充分认识这项工作的重要性和紧迫性。在谈到建筑市场时他指出,以查处规避招标、假招标和转包为重点,整顿和规范建筑市场。

为贯彻落实会议精神,进一步规范铁路建筑市场,铁道部召开了专题会议作了研究、布置,在加大建设工程项目执法监察力度的基础上,又重点对招投标、标书和合同承诺、工程转包和分包进行了典型调查,相信铁路建筑市场会因此得以进一步规范。但目前工程转包和违法分包的概念上还存在一些误区,一定程度上会影响建筑市场秩序的规范和整顿工作,必须依据有关法规对其加以明确。

1 什么是转包? 什么是分包?

转包的定义,根据《建设工程质量管理条例》第九章第七十八条规定,是承包单位承包建设工程后,不履行合同约定的责任和义务,将其承包的全部建设工程转给他人或者将其承包的全部建设工程肢解以后以分包的名义分别转给其它单位承包的行为。

分包的定义,根据《建筑法》及其释义,是指从总承包单位或承包单位已承包的工程任务中承包部分工程的行为。

违法分包是指不能满足下列任一条款的分包行为。

- 1.1 分包给具有相应资质的单位。
- 1.2 分包行为要经过建设单位认可(1 可以在投标书中载明准备分包的工程内容和相应分包单位;2 标书和合同中没有说明分包的,应当在实施前向建设单位报告并取得批准。
- 1.3 禁止将建筑工程的主体结构分包。
- 1.4 禁止分包单位对其承包的建设工程再行分包。

2 严禁转包和违法分包

建设工程的转包行为是决不允许的,这不仅在我国明令禁止,也为各国法律所禁止。《中华人民共和国建筑法》对其禁止作了原则性规定,即“禁止承包单位将其承包的全部建筑工程转包给他人,禁止承包单位将其承包的全部建筑工程肢解以后以分包的名义分别转包给他人”。

在工程建设中允许进行分包施工,但决不允许违法分包。

转包和违法分包都会造成管理层次过多,一方面增加了管理环节,减弱了施工总包单位的施工管理力度;另一方面客观上要层层取费,增加了管理成本,减少了实际的工程费用,必然造成偷工减料,都不利于保证工程质量。

3 铁路建设工程的转包和分包

3.1 转包和分包

目前铁路大中型建设项目招标大多只对施工企业的局级单位,各施工单位都是以局(或总公司)的名义投标,因此,施工承包单位就应当是中标的局(或总公司)。但由于历史的原因和沿续,各局(或总公司)只是一个行政管理层,其下属的各工程处对外又基本上都有施工资质,又都是独立法人单位,因此,要完成施工任务就必然会在客观上形成转包和分包。按照转包和违法分包的定义,凡是在现场设有局的管理机构(如局指挥部、项目部等),由各工程处施工的就是分包;凡是在现场未设施工管理机构而由各工程处施工的就是转包。

总包单位向分包单位收取一定数额的总包费用,自己不施工,这实质上就是转包行为。这种现象在过去屡见不鲜。常见的是很多单位将一些隧道或桥梁,有时甚至是整段的线路工程完全包给他人施工,只从中提取管理费或总包费。有的项目为了让大家都工程干,平衡各单位的效益,有的为了照顾各方关系,违背投标承诺随意争包。建筑市场开始规范以后情况有所好转,转包现象基本上已得到遏制,但这并不能说明工程转包在铁路建设中已不复存在。有的单位明劳务暗转包,合同上是劳务,现场却进行工程转包施工;有的单位签订两份合同,一份以劳务的形式应付建设单位和上级检查,一份作为和转包单位的结算依据;有的单位干脆将外包施工单位编入自己的队伍,以自己的名义公开施工,形成典型的“挂靠”,凡此种种,都是法律所明令禁止的。

3.2 关于再分包

按照《建筑法》和《条例》中“分包工程不能再分包”的规定,则凡以局(或总公司)名义中标的工程,除了其本身完成的工程之外,其余要由其所谓“下属”工程处(或公司)施工的,必须全部由承诺的处(或公司)自己完成,决不能再行分包。这是因为《公司法》已经完全明确了集团、局(或总公司)和各处(或公司)之间的关系,即相互间只是因出资而形成的经济关系,经济地位是平等、独立的,也可以说是完全不同的两个经济实体和独立法人,因而其分包关系已经十分明确。因此,各处(或公司)分包的工程决不允许再分包。

3.3 关于指定分包

在违法分包中还要特别提出指定分包的问题。有时建设单位出于其它目的在招标文件中未公开说明,招标完成后却要求中标单位将部分工程分包给其它单位施工,这就是所谓的指定分包。对于这种情况,中标单位有权而且必须拒绝。《建筑法》释义中特别强调,如果不拒绝并接受了该分包单位,则视为是总包单位自行选定的分包单位,凡未在标书中预先载明的一律视

为违法分包,明确划分了责任。建设单位指定分包的行为在铁路工程建设中是被禁止的。中标单位从投标到中标,已经经过严格的资格预审,说明其完全有能力满足该工程项目的施工需要,建设单位如果再指定其它单位分包,是不合法的行为,不管总包单位同意不同意都必须禁止(实际上施工总包单位都会出于不愿意得罪建设单位的目的被迫同意)。如有的项目在招标文件中既未公开说明,施工总包单位在标书中又未预先承诺的情况下,将一些所谓技术性强的工程承包给设计院施工;有的建设单位为了达到照顾“关系”、“人情”的目的,招标时就要求施工企业中标后将部分工程分包给其它单位,否则就不让中标,造成实际施工单位远远大于划分的标段数量,有的甚至多达 2~3 倍,这都属于指定分包,必须严格禁止。

4 容易混淆的问题

4.1 劳务和违法分包

施工单位在从事工程项目建设中,由于承揽施工任务的增多,必然会造成本身队伍劳动力的不足和匮乏,适量雇用一部分劳务,有利于更好地完成施工任务,这是必然的,也是允许的。劳务分包和工程分包的主要区别是管理方式和费用结算方式。从管理上讲,劳务分包纯粹属于劳动力的使用,其它的一切施工、技术、物资等均完全由劳务使用单位进行统一管理;而工程分包则除了缴一部分管理费用外,其它各项工程基本上都由分包单位负责。从费用结算方式上讲,劳务分包是通过工天的单价和工天的总数量进行费用结算的,是纯粹的工费;而分包则是以整个工程项目的单价和进度来确立双方经济关系的,是工程费。需要特别说明的是,有的施工单位认为将材料费、机械费等直接费在结算时从包工队的包价中扣除出来,就说这是劳务分包,其实大谬。只有按照工天数量,根据预先确定的工天单价进行工费结算的才是劳务分包,一般都没有材料、机械等费用,更不会有管理费。

建设部 2001 年 4 月 18 日发布、将于 7 月 1 日开始实行新的《建筑企业资质管理规定》(以下简称《规定》)中,将建筑业企业资质分为施工总承包、专业承包和劳务分包三个序列,把劳务分包和专业承包严格区别开来,更有利于区分劳务分包和工程分包。

4.2 改变承诺施工队伍是否违法分包

施工单位在投标时,一般都会在标书中承诺本本单位最强的现场组织机构、人员、施工队伍和机械设备,但在实际上场时,却往往有变化。为了平衡企业内部任务,往往都会将中标标段划分成几段,分给各处(公司)施工,这种情况属于违法分包。因为改变施工队伍就是

改变标书和合同承诺,说明中标单位在原来承诺的条件下自身已经无能力完成所中标工程的施工任务,必须交由别的施工队伍来完成。目前这种现象还较为严重,其普遍做法是在队伍变更以后给现场指挥部一备案了之,有的甚至不备案。

5 杜绝转包和违法分包的几点建议

5.1 规范建设单位行为,避免建设管理的不作为

对于转包、违法分包以及施工单位是否按照投标承诺上场技术、管理人员、机械设备、队伍等,建设单位有责任和义务进行监管,但很多建设单位对此不够重视,因而无法有效作为。近年来,建设单位行为随着我国建设市场法规的逐步健全而日臻规范,但还存在不少问题,需要进一步加强管理和监督,确保从源头上遏制转包、违法分包、指定分包的不法行为。

5.2 强化监理单位职能,进一步落实监理职责

新的《建设工程监理规范》中的总监理工程师的职责有“审查分包单位的资质,并提出审查意见”的内容,明确了分包要先由监理审查。因此,建议建设单位在监理合同中将施工承包单位转包、违法分包、项目经理和队伍、机械设备等情况明确由监理单位负责检查、核实。根据监理报告,建设单位再作相应处理并向建设主管部门报告。

5.3 加强对施工单位,特别是项目经理行为的约束管理

转包和违法分包等不规范行为最终是由施工单位实现的,而项目经理是施工单位在该建设项目实施合同承诺的全权负责人。因此,要规范和整顿建筑市场秩

序,必须加强对施工单位特别是项目经理的约束管理。建议在铁路建设中借鉴地方一些管理部门对中标的项目经理资质证书实行集中管理的方法,一来使项目经理无法再去别的项目投标,专心于本项目的施工管理;二来可以把建设期间项目经理的业绩和行为作为资格考核内容,从客观上迫使其自我约束。

5.4 加大对转包、非法分包及挂靠等违法行为的查处力度

对存在转包、违法分包的单位,一经发现立即严肃处理。对于建设单位、监理单位不依法行使分包审查、认可管理,甚至与施工单位串通允许转包、违法分包的,必须追究建设单位直接责任人及主要管理者的行政责任,构成犯罪的移送司法机关处理。对于施工单位,应视情节轻重对项目经理采取降低等级或取消其项目经理资格,严重者要对责任单位给予勒令退场、限制参加投标或降低、直至吊销有关资质的处罚。

5.5 加强法规教育,提高自觉守法、执法意识

随着《建筑法》、《招标投标法》、《建设工程质量管理条例》和新的设计、监理、施工资质规定的陆续发布实施,建筑市场管理有法可依,逐步规范有序。但执法部门在严格执法的同时,必须加强普法教育,提高有关人员和领导自觉守法、执法意识,提高同违法乱纪行为作斗争的自觉性、主动性。

此外,要建立健全举报奖励制度。建立、畅通有关渠道,认真受理群众和企业的举报、投诉,制定并完善举报奖励办法,对举报有功人员予以重奖。但要注意对举报人的有效保护。

PRELIMINARY DISCUSSION ON TRANSFER CONTRACTING OF CONSTRUCTION ENGINEERING PROJECT AND ITS UNLAWFUL DIVISION

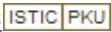
LI Zhen-shan, YANG Lu-hai, HUANG Jin-chang

Construction Management Department of MOR

Abstract: Through the discussion on conceptions of transfer contracting of engineering project and the unlawful division of contracting of project, the differences between the transference and division of contracting, as well as the labour affairs, are defined clearly. Several suggestions are proposed concerned with how to solve these problems. It has certain practical meanings for further standardization of the railway architectural market.

Key words: transfer contracting of project; unlawful division of contracting of project

浅议建设工程项目中的转包和违法分包

作者: [李振山](#), [杨陆海](#), [黄晋昌](#)
作者单位: [铁道部建设管理司, 北京, 100844](#)
刊名: [铁道工程学报](#) 
英文刊名: [JOURNAL OF THE RAILWAY ENGINEERING SOCIETY](#)
年, 卷(期): 2002 (1)
被引用次数: 4次

本文读者也读过(9条)

1. [郝东辉](#). [HAO Dong-hui](#) 浅谈加强工程施工质量管理[期刊论文]-[科技情报开发与经济](#)2008, 18 (34)
2. [梁贤明](#). [LIANG Xian-ming](#) 浅析工程建设中的转包与分包[期刊论文]-[山西建筑](#)2007, 33 (7)
3. [李新云](#). [邓岩](#). [Li Xinyun](#). [Deng Yan](#) 建筑工程违法分包的痛与思[期刊论文]-[中国工程咨询](#)2009 (4)
4. [蔡新华](#) 非法转包与违法分包辨析[期刊论文]-[学理论](#)2009 (30)
5. [刘颖](#). [LIU Ying](#) 建设工程招投标乱象的法律思考[期刊论文]-[山西建筑](#)2009, 35 (30)
6. [王波](#) 工程建设招标投标法律探讨[期刊论文]-[现代商业](#)2008 (14)
7. [孙力源](#). [Sun Liyuan](#) 对《招标投标法》及法律实施若干问题的思考[期刊论文]-[电力建设](#)2000, 21 (4)
8. [林伟鑫](#). [王守清](#). [商丽萍](#). [张跃群](#) 建设工程违法分包、转包、挂靠原因分析[期刊论文]-[项目管理技术](#)2009 (8)
9. [王建伟](#) 提高施工人员素质推动信息化管理进程[期刊论文]-[山西建筑](#)2003, 29 (14)

引证文献(4条)

1. [彭志超](#) 分包工程价款结算纠纷分析及对策[期刊论文]-[铁路工程造价管理](#) 2007 (1)
2. [刘荣素](#) 工程项目分包规范化管理及风险控制[期刊论文]-[水科学与工程](#) 2010 (6)
3. [刘洁玲](#) 建筑施工中的违法分包及其治理[期刊论文]-[现代经济信息](#) 2013 (22)
4. [朱艳丽](#). [王超](#) 浅析建设工程违法分包的相关法律问题[期刊论文]-[魅力中国](#) 2011 (17)

引用本文格式: [李振山](#). [杨陆海](#). [黄晋昌](#) 浅议建设工程项目中的转包和违法分包[期刊论文]-[铁道工程学报](#) 2002 (1)