工程项目法律事务协调员在项目管理过程中

如何防范法律漏洞

* 签证有效的人员种类：
* 施工有约定的，根据约定办理，只有明确授权的人员签证才有效。没有约定或
* 者约定不明确的，当事人所作签证是职务行为的，对当事人具有约束力。
* 工程监理人员在监理过程中签字确认的签证文件，涉及工程量、工期以及工程质量等事实的，原则上对发包人具有约束力，涉及工程价款变更等经济决策的，原则上对发包人则不生效。
* 因此，应当在施工合同中明确有权签证的人员姓名、职务，以免签证无效的情形发生。
* 损失索赔与追究违约责任的转化
* 顺延工期索赔不同于损失索赔，因“赔偿损失”系违约责任的法定承担方式之一，但“顺延工期”并非违约责任的法定承担方式，故司法解释（二）中限定顺延工期只得依据签证或索赔，事后则难以通过违约责任的方式主张工期顺延。
* 1）承包人按照施工合同约定，向发包方或监理单位提交已完工程量的报告并要求其签收。
* （2）所有工期顺延必须由承包人向发包方书面提出并得到确认。若发包方不确认，根据《解释（二）》第六条的规定，承包人在合同约定的期限内向发包方或者监理人申请过工期顺延且顺延事由符合合同约定，可顺延工期。
* （3）发生合同价款调整情形时，承包人应及时向发包方发函。承包人应在设计变更、政策性价款调整、工程造价管理机构的价格调整等发生后按照合同约定期限，将调整原因、金额以书面形式通知发包方。
* （4）工程完工后，承包人应及时向发包方提交竣工验收报告并要求发包方签收。
* （5）关注合同履行，确保关于安全、质量、工期等条款内容的落实，并做好资料管理工作。
* 工期：
* 造价、工期与质量被称作建设工程的“三座大山”。根据工程是否竣工为标志分为进度工期与合同工期。工期对于建设与施工双方而言，都显得十分重要。建设工程施工合同履行过程中，工期延误具体普遍性，按照产生的原因，可以分为发包人原因、承包人原因、客观原因、不可抗力事件等。工期延误已经成为困扰众多施工企业的突出问题，因发包人的优势地位，合同关于处理工期迟延的约定往往对发包人更有利。工期风险主要体现在以下几个方面：工期的起算标准不一致的法律风险；关键节点工期和总工期双倍处罚的风险；过分注重工期延误原因的实体问题，忽视工期索赔的程序问题；把工期索赔、工期签证和工期违约等同的风险。
* 面对PPP 项目等投融资类的项目，施工单位一般都要给金融机构出具完工承诺函，如果发生工期违约，就会涉及到资金成本的增加和承担，投资成本和投资回报的回收，对政府和金额机构的违约责任等。因此，一定要积极预防风险，做好以下工作。
* 1、在合同谈判与签订过程中，应当高度重视工期延误处理规则的约定。承包人尽量不做不切实际的工期承诺。
* 2、在施工阶段，对发包人造成工期延误的违约行为进行证据固定。对非因施工企业原因造成的工期延误，应依据合同约定办理签证索赔，经发包人书面签收，并保留相关证据（函件、收文登记等）。
* 3、承包人应及时形成工期顺延签证，明确顺延的天数。另外能够成为索赔、反索赔的证据包括：会议纪要；来往信函；指令或通知、工作联系单；建设单位批准的总进度计划、实施计划、施工组织设计；施工现场的各种记录；工程照片；
* 气象资料；各种验收报告等。
* 开工日期的确定：
* 《司法解释二》第五条 当事人对建设工程开工日期有争议的，人民法院应当分别按照以下情形予以认定：
* （一）开工日期为发包人或者监理人发出的开工通知载明的开工日期；开工通知发出后，尚不具备开工条件的，以开工条件具备的时间为开工日期；因承包人原因导致开工时间推迟的，以开工通知载明的时间为开工日期。
* （二）承包人经发包人同意已经实际进场施工的，以实际进场施工时间为开工日期。
* 第六条  当事人约定顺延工期应当经发包人或者监理人签证等方式确认，承包人虽未取得工期顺延的确认，但能够证明在合同约定的期限内向发包人或者监理人申请过工期顺延且顺延事由符合合同约定，承包人以此为由主张工期顺延的，人民法院应予支持。
* 当事人约定承包人未在约定期限内提出工期顺延申请视为工期不顺延的，按照约定处理，但发包人在约定期限后同意工期顺延或者承包人提出合理抗辩的除外
* （三）发包人或者监理人未发出开工通知，亦无相关证据证明实际开工日期的，应当综合考虑开工报告、合同、施工许可证、竣工验收报告或者竣工验收备案表等载明的时间，并结合是否具备开工条件的事实，认定开工日期。

实际施工人：

实际施工人是指无效合同的承包人，如转包人、违法分

包合同的承包人、没有资质借用有资质建筑施工企业的名义

与他人签订建设工程施工合同的承包人。实际施工人是《解

释一》创设的一个新概念，意在表达无效合同中实际干活的

单位或者个人，实际施工人可能是法人、非法人团体、个人

合伙、自然人等。

《司法解释一》第1、4、25、26条，

第1条(二)没有资质的实际施工人借用有资质的建筑施工企业名义的；

第4条 承包人非法转包、违法分包建设工程或者没有资质的实际施工人借用有资质的建筑施工企业名义与他人签订建设工程施工合同的行为无效。人民法院可以根据民法通则第一百三十四条规定，收缴当事人已经取得的非法所得。

第25条 因建设工程质量发生争议的，发包人可以以总承包人、分包人和实际施工人为共同被告提起诉讼。

第26条明确规定:“实际施工人以转包人、违法分包人为被告起诉的，人民法院应当依法受理。实际施工人以发包人为被告主张权利的，人民法院可以追加转包人或者违法分包人为本案当事人。发包人只在欠付工程价款范围内对实际施工人承担责任。”

《司法解释二》第 24、25条，

第24条 实际施工人以发包人为被告主张权利的，人民法院应当追加转包人或者违法分包人为本案第三人，在查明发包人欠付转包人或者违法分包人建设工程价款的数额后，判决发包人在欠付建设工程价款范围内对实际施工人承担责任。

第25条 实际施工人根据合同法第七十三条规定，以转包人或者违法分包人怠于向发包人行使到期债权，对其造成损害为由，提起代位权诉讼的，人民法院应予支持。

**三）行为人使用项目部公章**

* **倾向于被认定为表见代理：**
* 被代理人授权项目章在委托权限内代表施工企业，但委托事项与权限约定不明确，行为人作为本单位人员使用项目部公章对外构成表见代理。
* 项目印章由被代理人建筑单位持有并曾于具有公示效力的场合对外使用过。
* 被代理人认可行为人以其名义对外实施行为，即使行为人使用了伪造的项目部公章，被代理人也应对外承担责任。
* **倾向于不被认定为表见代理：**
* 行人使用项目部公章对外进行交易，超出授权委托书明确确定的权限和事项，相对人没有尽到注意义务。
* 项目章特别注明“用于各类合同及经济类文件无效”字样。

实际施工人的法律风险防范

**1、加强印章管理。**在认定是构成表见代理时，项目部印章（及其财务章、资料章、技术章）、分公司印章等公章，是构成表见代理中“权利外观要件”的重要因素。有时，私刻、伪造但经过正常使用的印章都可能构成表见代理中的表象。

**2、加强内部约定及外部公示。**可以考虑在内部承合同或项目经理任命状上明确载明，无权以公司或项目部名义对外签订合同和发生交易。此外，企业还可考虑在项目部铭示牌上明确公示上述内容。这方面的工作可以削弱相对人证明具有代理权表象时的合理性，同时增加其主观善意无过失的举证难度。

**3、加强工程款支付及往来资金的管理。**分包商或实际施工人如不以施工企业名义签约，在对外签订的合同中没有加盖项目部印章，分包人员或实际施工人也非项目经理，施工企业一般不承担责任。但是，一旦材料供应商、出租人能够举证证明施工企业对其付过款项，则往往可以视为施工企业追认了该合同效力，直接约束施工企业，施工企业需要承担后续付款责任。

**4、加强项目经理、授权代表、负责人的管理。**即使没有印章，但如合同签订人具有项目经理或采购员身份的可能构成表见代理，也应加强管理。一是对签订合同的人员管理；二是加强对履约相关人员的管理。

5、如果发现实际施工人与第三人相互串通，可考虑及时报警，以帮助施工企业在民事诉讼中争取主动.