

房地产项目代建若干问题研究

前言

一般而言，房地产企业属于重资产公司，但随着房地产企业现金流危机的凸显，房地产企业普遍采取收缩投资的策略，减少拍地，不少房地产企业也在探索转型“轻资产”模式，即输出管理和品牌，而不直接购地，进行投资建设。其中，代建就属于一种较为成熟的轻资产模式，本文将探讨项目代建相关的法律问题。

一、什么是代建

1、代建的定义

我国通过法律法规的形式明确代建制度始于2004年的《国务院关于投资体制改革的决定》。根据该决定，所谓代建制，是指通过招标等方式，选择专业化的项目管理单位负责建设实施，严格控制项目投资、质量和工期，竣工验收后移交给使用单位的制度（为与下文非政府投资项目的代建相区别，本文将政府投资项目的代建称为“**政府代建制**”）。政府代建制主要适用于政府投资的非经营性项目或公益项目。政府代建制一般涉及三方，即投资单位（委托方）、代建单位（受托方）、使用单位（指项目建成后实际接受、使用、管理并拥有项目产权的法人或组织）。实践中，政府代建制中的代建单位往往履行项目业主（建设单位）的职责，建设手续以代建单位名义办理，设计、施工、监理等工程合同由代建单位同承包人直接签订。

在非政府投资项目中，代建并无统一定义，其内涵和外延往往根据代建合同的具体约定有所差别，

但总体而言，非政府投资项目的代建往往仅涉及业主（建设单位）和代建单位二方，建设手续均以业主名义办理，设计、施工、监理等工程合同由业主同承包人直接签订，代建单位受业主的委托提供管理服务、品牌输出，并收取管理费。本文所称的代建主要指非政府投资项目的代建。

2、代建与工程总承包、项目管理的共性与区别

根据住房和城乡建设部和国家发展改革委联合发布的《房屋建筑和市政基础设施项目工程总承包管理办法》，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。

代建制和工程总承包制都是受业主的委托，对项目进行建设和管理，但代建单位不进行项目的具体设计或施工，而是协助或代表业主选聘设计、施工等承包人，由承包人实施；工程总承包单位需要实际承担项目的设计或施工。

根据原建设部《建设工程项目管理试行办法》，建设工程项目管理，是指从事工程项目管理的企业，受工程项目业主方委托，对工程建设全过程或分阶段进行专业化管理和服务活动。工程项目管理业务范围包括：

(1)协助业主方进行项目前期策划，经济分析、专项评估与投资确定；

(2)协助业主方办理土地征用、规划许可等有关手续；

(3)协助业主方提出工程设计要求、组织评审工程设计方案、组织工程勘察设计招标、签订勘察设计合同并监督实施，组织设计单位进行工程设计优化、技术经济方案比选并进行投资控制；

(4)协助业主方组织工程监理、施工、设备材料采购招标；

(5)协助业主方与工程项目总承包企业或施工企业及建筑材料、设备、构配件供应等企业签订合同并监督实施；

(6)协助业主方提出工程实施用款计划，进行工程竣工结算和工程决算，处理工程索赔，组织竣工验收，向业主方移交竣工档案资料；

(7)生产试运行及工程保修期管理，组织项目后评估；

(8)项目管理合同约定的其他工作。

从内容看，项目管理与代建大体相同，但代建的范围有时会更广泛，例如，包括营销管理。与代建相似，项目管理单位通常不会直接同设计、施工、监理等承包人签订合同，而是由业主同承包人签订合同，但代建单位的决策权限一般较大，有时可以直接确定承包人。

二、 代建的内容

实践中，代建单位提供的服务内容通常包括以下方面：

1、报批报建

协助或代表业主办理项目报建、施工、竣工验收、对外销售所需的各项手续，主要包括立项审批、规划许可、施工许可、环保审批、消防审批、预售许可等手续。

2、设计管理

对项目工程设计（包括设计工作的各个阶段）进行管理，代表业主负责项目设计管理工作，编制项目整体设计计划，确定设计工作目标及设计单位，把控设计单位的设计成果质量，规划方案、施工图上报政府部门审批，按照预算控制设计成果和设计概算。

3、招投标

制定招投标的工作流程、评标办法，以及准备招标文件等材料。根据项目需求，制定专业工作单位的资质条件及具体要求。

4、合同管理

代表业主进行项目开发建设过程中各类合同起草、洽谈、签署，负责合同履约的全过程管理。

5、成本管理

制订项目目标成本及项目整体成本控制方案，为项目开发建设全过程中提供成本管理。

6、工程管理

组织设计、施工、供应、装修等参建单位落实项目各项准备和组织工作，对项目工程建设阶段的质量、工期、安全生产、文明施工等进行全面管理。

7、营销管理

对项目的市场定位进行规划并制订销售目标和计划，选择各类营销专业工作（包括广告、宣传、公关等）单位并进行统筹管理。对项目的策划、推广、销售过程进行全面管理。

8、竣工验收

组织各类中间验收、竣工验收，完成竣工验收备案工作。

9、交付管理

组织实施项目房产的交付工作。

10、办理房屋不动产权证

办理项目房屋所有权及土地使用权初始登记手续，并负责为购房者办理已售出房屋的不动产权证。

11、房产保修管理

负责房产质量保修的管理工作。

12、前期物业服务督导

协调制定物业服务方案，对物业服务的质量进行督导。

13、客户服务

有效处理客户投诉，提升客户满意度。

14、档案管理

对项目开发建设全过程的全部档案资料进行归档保存，并根据相关档案管理的要求及时移交。

15、人力资源管理

建立委托代建项目的人力资源相关管理制度，并进行人力资源日常管理。

16、行政管理服务

协助业主建立行政相关管理制度，进行行政后勤、公文管理、信息管理等工作。

三、 代建目标

业主往往通过在代建合同中设定代建目标的方式，对代建单位提供的服务进行考核。实践中，考核目标主要包括：

1、工程质量目标

符合设计要求，符合国家和项目所在地相关施工质量验收规范的标准以及业主提出的建设标准。

2、安全文明施工目标

确保现场施工符合相关安全、文明、环保的管理规定，杜绝出现重伤及死亡事故。

3、工期管理目标

确保项目按照合同约定的计划工期开、竣工及

交付。

4、成本管理目标

按照业主确认的成本目标执行成本管理。执行过程中，如发生引起工程成本调整的重大因素，及时向业主汇报。

5、销售管理目标

按照业主确认的项目销售方案（包括但不限于开盘时间、销售价格、销售周期、销售回款目标等）执行。

6、档案管理目标

在法律规定的期限内完成城建档案的存档与移交。

四、 代建费收取方式和标准

代建服务费则由双方协商确定。实践中，常见的计费方式包括：

1、按照项目固定收费；

2、按项目销售额的固定比例收费；

3、按报建的建筑面积×每平方米的管理费用收费；

4、按工程决算确定的项目总投资额的固定比例计算；

5、按照实际销售均价超过目标销售均价的差额×销售面积×固定比例收费。

上述计费方式通常在项目中叠加使用，例如，代建单位收取固定金额的基础管理费，基础管理费按照特定周期（如按月/季）收取，同时，在项目销售阶段，按照销售额的特定比例收取销售佣金，如销售均价超过目标销售均价，则再按照超出部分收取项目奖励。

五、 代建期限

实践中，代建期常见的形式包括：

1、固定期限。例如，约定明确的起止期限或确定的年限；

2、以完成代建范围内工作之日止；

3、以实现一定目标为止。例如，销售面积达到一定比例，或销售回款达到计划销售额的一定比例，或完成竣工验收交付。

由于建设工程往往因各种因素延期，为避免可能的冲突，建议以代建单位完成代建合同项下代建范围内全部工作之日为代建期限届满之日。

如代建合同采用固定的代建期限，建议在代建合同中明确如出现工期延长、工程纠纷等导致无法按时交付代建项目的事由，代建期限是否相应延长、延长期内的责任及费用分担、代建费是否相应调整等相关事宜。

六、建设资金的来源

建设资金主要来源于项目业主自行筹措的资金。实践中，代建合同通常会约定，代建项目开发建设资金由项目业主负责解决，项目业主需保障项目正常开发建设所需资金。项目资金不足以满足项目正常建设需求时，项目业主应及时提供资金。

七、品牌使用

代建项目中，项目业主和代建单位往往会在代建合同中约定，代建单位同意项目业主在代建项目设计、开发、施工全过程及竣工后长期使用代建单位品牌（包括品牌字样、商标及图形等），项目业主应就使用代建单位品牌向代建单位支付品牌使用费。代建终止的，代建单位通常会收回品牌使用权，但代建期限内如代建合同义务正常履行完毕的，则代建单位往往会允许业主继续使用品牌，但业主仍需符合代建单位品牌使用相关规定和要求。

实践中，如代建合同提前解除或终止，除收回品牌使用权外，代建单位往往也会采用网站、公众号公告等公开披露方式，向社会公众传达代建合作已终止、项目品牌使用已终止的信息。

八、代建组织方式

实践中，通常由代建单位委派专业团队对项目进行全面的操盘管理，同时业主保留一定的决策权以实现代对建单位的监管。业主和代建单位通常选

择成立管理委员会或工作组（项目监管小组）的方式以组建代建管理团队。

1、设立管理委员会

设立管理委员会作为项目开发建设及运营管理中重大事项的最高决策机构。管理委员会的成员由业主和代建单位分别委派。除代建合同另有约定以外，开发经营事项均报管理委员会决策，管理委员会的决策权分配及表决方式根据项目具体情况存在差异。项目的开发建设和日常经营管理往往实行总经理负责制，项目总经理通常由代建单位委派，对管理委员会负责，由项目总经理组织召开并参加管理委员会会议。

2、设立工作组（项目监管小组）

业主委派专人成立项目监管小组，监管小组在业主的授权下开展工作；代建单位派出的项目管理团队，直接向监管小组汇报工作。监管小组负责审核批准重要事项（如项目整体及年度开发计划、资金计划、销售计划、财务预算、目标成本、重大合同等等），并履行行业主内部审批流程。

九、印章管理

业主的各类印章通常由业主或业主委派的人员保管，如代建单位需使用印章，须向业主提出申请。也有的项目，印章由业主和代建单位共管。为便于房屋销售，有些项目会刻制认购协议专用章、销售合同专用章等以供销售专门使用，该认购协议专用章、销售合同专用章通常存放在售楼处，由业主委派的人员保管。

十、合同管理

项目开发建设及销售过程中所涉及的各类合同通常由代建人负责起草、谈判和拟定，并经业主确认后，以业主作为合同主体进行签订，但合同的履行通常由代建单位负责监督和管理。

十一、业主和代建单位各自的权利义务

实践中，业主的权利义务主要包括：负责筹措项目开发建设所需的全部资金，提出投资控制、规模、标准、功能、质量、进度、安全使用功能等要求，

拥有项目开发中的投资决策权、知情权、建议权和监督权，依法享有项目投资收益（含代建房屋所有权），承担项目投资风险。

代建单位的权利义务主要包括：负责对项目进行全过程开发建设管理（包括设计管理、审图管理、施工管理、监理、咨询、分项设计管理、采购管理、销售管理与策划、竣工验收、结算审计管理、办理产权初始登记等全部管理工作），并收取代建管理费或奖励。

十二、代建单位的选定

代建单位的选聘不属于法定的必须招标的范围，因此，业主，包括国有企业、国有控股企业或国有实际控制企业，可以自行选定代建单位，并非必须通过招投标方式确定。

十三、代建单位的资质要求

关于代建单位应具备什么资质，法律没有明确规定。鉴于代建的内容与项目管理部分重合，因此，代建单位如从事项目管理的内容，应具备项目管理的资质。根据《建设工程项目管理试行办法》，项目管理企业应当具有工程勘察、设计、施工、监理、造价咨询、招标代理等一项或多项资质。不过，该办法没有规定，如果项目管理企业不具备上述资质有何处罚措施。根据扬州市政府于 2019 年 6 月公

布的《扬州市广陵区古运新苑农民拆迁安置小区四期 B2 地块项目“4·10”基坑局部坍塌较大事故调查报告》¹，在当地一起基坑坍塌事故中，项目管理公司花半里公司无项目管理资质，对此事故调查组认定“花半里公司无资质承揽该项目的管理工作，违反《建设工程项目管理试行办法》第三条的规定。建议由市住建局依法查处”。但我们从公开渠道未查到花半里公司相关行政处罚记录。

此外，鉴于《建设工程项目管理试行办法》不属于法律和行政法规，因此，即便代建单位没有相应资质，应当不会导致代建合同无效。从法院案例²来看，代建单位作为房地产开发企业，需要具备房地产开发资质，但对于资质的等级没有具体要求，且不能以代建单位不具备工程勘察、设计、施工等资质为由认定代建合同无效。

十四、业主和代建单位是否享有任意解除权？

委托代建合同具备一定的委托合同特征，业主和代建单位是否享有任意解除权？在（2021）最高法民申 1212 号民事裁定书³中，最高人民法院指出，委托代建合同同时具有房地产开发经营的性质，不同于一般的委托合同，如果允许任意解除合同将影响整个项目的交易秩序和安全，因此，一般委托合同的任意解除权⁴不适用于委托代建合同。

李海浮	合伙人	电话：86 10 8553 7983	邮箱地址：lihf@junhe.com
李霞	律师	电话：86 10 8553 7945	邮箱地址：lixia@junhe.com
李博雅	律师	电话：86 10 8519 1712	邮箱地址：liboya@junhe.com
高阳	律师	电话：86 10 8519 1773	邮箱地址：gaoyang_yang@junhe.com
钟耀英	律师	电话：86 10 8540 8734	邮箱地址：zhongyy@junhe.com



本文仅为分享信息之目的提供。本文的任何内容均不构成君合律师事务所的任何法律意见或建议。如您想获得更多讯息，敬请关注君合官方网站“www.junhe.com”或君合微信公众号“君合法律评论”/微信号“JUNHE_LegalUpdates”。

¹ http://www.yangzhou.gov.cn/xxgk_info/vz_xxgk/xxgk_desc_bm.jsp?manuscriptid=6b443190a9c54a6ea3e038ef9eb5006c.

² 参见（2015）民申字第 1453 号、（2017）陕民终 7 号等司法判例。陕西省高级人民法院在（2017）陕民终 7 号民事判决书中指出，代建人在建房过程中履行相关工程项目管理职责，而不是直接进行工程勘察、设计、施工。因此，依据委托代建协议约定代建人无须拥有工程勘察、设计、施工等资质；此外，委托代建合同应归属房地产开发合同类别中，在法律、行政法规针对委托代建合同未有明确规定的情况下，委托代建

合同的受托人是否具有建设工程项目的代建人资格，应以其是否具有房地产经营资格为标准来审定。因此，判决驳回要求确认委托代理合同中关于建设工程勘察、设计、施工的约定部分无效的诉讼请求，并无不当。

³ <https://wenshu.court.gov.cn/website/wenshu/181107ANFZ0BXSK4/index.html?docId=0d90f64ac0d844e5b7fcad7b00d19a08>.

⁴ 《中华人民共和国民法典》第 933 条。