

合同管理与索赔案例(七)

[字体: 大 中 小]

《案例 1》综合索赔案例

一、项目概况和项目实施情况

(一)项目概况

项目名称: A 国某发电厂工程

业主: A 国某能源生产和输送总公司(以下称为 A 方)

总承包商: B 国某有限股份公司, 为设备供应商(以下称为 B 方)

联营承包商: C 国某土建施工和设备安装公司(以下称为 C 方)

分包商: C 方(同联营承包商)

1980 年 9 月 21 日 A 方与 B 方签订合同, 由 B 方总承包 A 方的发电厂工程的全部设计、设备供应、土建施工、安装。

在这以前, B 方曾与 C 方洽谈。双方同意联营承包该工程。1980 年 11 月 15 日, B 方和 C 方正式签订内部联营合同, 双方共同承包该工程施工, 由 C 方承担该工程的土建施工。C 方工程合同总报价为 4850 万美元。

由于 A 国国内政局变化, 总承包合同签订后尚未实施就中断了 2 年, 1983 年 8 月 15 日, A 方决定继续实施该工程。A、B 双方签订一项修正案, 确定原合同有效, 并按实际情况对合同某些条款作了修改。总承包合同总报价为 27500 万美元。

1983 年 9 月 10 日, B、C 双方又在原联营合同的基础上签订一项修正案, 决定继续联营。C 方将自己所承担的土建工程价格降至 4300 万美元。

1985 年 7 月 20 日, 在工程进行中, B 方与 C 方又签订分包合同, 由 C 方承包该项目的机械设备安装工程, 合同价格为 1900 万美元。

这样在这个工程中, C 方既是 B 方的联营成员, 又是 B 方的分包商。

(二)工程实施情况

由于整个工程仓促上马, 计划和施工准备不足, 致使在工程过程中出现许多问题, 如:

设计资料、图纸交付过迟;

施工计划被打乱, 次序变更;

工程量大幅度增加;

材料供应拖延;

施工中出现技术质量问题等。

这使得工期延长, 承包商成本大幅度增加, 产生了激烈的合同争执。对比总承包合同的修正

案，主要工程工期延缓为：

混凝土工程推迟 7 个月；

钢结构安装推迟 13 月；

1 号机组试运行推迟 27.5 个月；

2 号机组试运行推迟 36 个月。整个工期比原计划延长 3 年，直到 1990 年才结束。

(三)索赔要求

在工程过程中，A、B、C 三方之间有许多单项索赔都未解决。所有索赔都在工程结束前一揽子索赔中解决。各方主要索赔要求有：

1.关于 B—C 联营合同一揽子索赔

就联营合同实施中的问题，C 方向 B 方提出一揽子索赔要求为：工期 27.7 个月，费用 5970 万美元(原合同价为 4300 万美元)。

2.分包合同一揽子索赔

1987 年 10 月 31 日，C 方向 B 方就分包合同提出 2950 万美元的费用索赔(而分包合同价格为 1900 万美元)。

3.总承包合同一揽子索赔

工程结束前，A 方向 B 方提出工程延期罚款 5000 万美元。在 1989 年 5 月，2 号机投产出现故障，A 方警告，对 B 方按合同规定清算损失，即 B 方必须承担 A 方因工期拖延，工程不能投产所产生的全部损失。

工程结束前，B 方向 A 方提出 10000 万美元的一揽子费用索赔(而总承包合同价格为 27500 万美元)。

这样形成复杂的索赔和反索赔关系。下面是对工程过程中索赔(反索赔)报告和其它文件进行分析。

二、B 方对总承包合同的索赔、反索赔策略分析

(一)基本情况

由于工程施工受到严重的干扰和工程管理失误，使工期拖延，工程迟迟不能交付使用。对比总承包合同和 I 号修正案，1 号机组推迟交付使用 27.5 个月，2 号机组试运行出现质量问题。按总包合同规定，由于 B 方责任造成工程延期，B 方向 A 方支付 5000 万美元的违约金。如果拖期太久，A 方可向 B 方清算由于工期拖延而造成的损失。

由于上述原因，1988 年 6 月，A 方向 B 方提出清算损失的警告，在工程结束前又向 B 方提出工期拖延违约金的索赔。

B 方在此情况下，于 1989 年 6 月作索赔策略研究。

(二)A—B 总承包合同分析

1. 合同的法律基础及其特点

总承包合同在 A—B 双方之间签订，并在 A 国实施。合同确定 A 国法律和法规适应于合同关系。由于该国没有合同法，合同法律基础的执行次序为合同，A 国民法，宗教法。

按照合同自由原则，合同是双方的最高法律。但在该国家，当合同与法律规定以及宗教法规定不一致甚至矛盾时，宗教法常常优先于国家法律和合同。而该宗教法的法律来源有两个基本部分：

(1) 主要法律来源为神圣的可兰经。由于现代经济问题十分复杂，在法律实践中常常采用类推的方法，由学者对可兰经进行解释，并比照过去的大家一致认可的一些法律事件，以解决当前的法律问题。

(2) 为了支持补充主要法律来源，在争执解决中还要引用第二法律来源。包括：

①公平原则。法律应避免作不公平的判决。假设两个事件表面相同，则在上述的法律原则适用后(如按照类推原则)解决结果也应该相同。

②政府和法院应保护公众和私人的利益，应注意防止有一些人利用法律条款的不完备和漏洞达到自己险恶的目的。

③通常的风俗习惯被承认。

这种法律特点外国人常常很不适应。他必须着眼于严格履行合同。在争执中不能期望得到较多的法律援助。

2. 合同语言。合同协议书和合同条件采用英语和当地语言文本。如果两个文本之间有矛盾，以当地语言文本解释为准。合同的其他文件以英语为准。

3. 合同内容。本合同的文本及优先次序与 FIDIC 合同相同。但在本合同签订后，由于 A 国政局变动，暂停了两年，此后双方签订了一号修正案。该号修正案具有最高的优先地位，它不仅修改了工期和价格，而且修改了工程范围。原合同规定蒸汽机由 B 方供应并安装。但一号修正案中，A 方准备选择另外的蒸汽机供应商。

4. 合同工程量的类型和范围

(1)合同工程的类型和范围由工程量表和规范定义，在一号修正案及附录中有部分修改。合同范围包括，合同中注明的为项目运行所必需的工程和各种设施，以及合同中未注明的，但是属于合同工程明显必要的组成部分，或由合同工程引伸出的工程和供应。

(2)工程变更程序。工程师向 B 方递交书面变更指令，B 方应要求工程师发出书面确认信。接到书面确认信后，B 方应执行变更，同时可以进行变更价格调整的谈判。没有工程师的允许，B 方不得推迟或中断变更工作。

与工程师的价格谈判在接到变更确认后 2 个月内结束，送 A 方批准。如果在接到变更确认后 4 个月内 A 方没有批准变更价格和相应的工期顺延，则 B 方有权拖延或中止变更。

(3)B 方有责任向 A 方的供应商提供有关工程结构方面的信息，并检查和监督供应和安装的正确性。

(4)B 方负责合同范围内材料和设备的采购、运输和保管。进口材料的海关税由 A 方支付。B 方每次应将海运的发运期和到港期通知工程师，并按需要提交发运文件。(其他略)

5. A 方责任

(1)A 方委托一个咨询工程师作为工程师负责工程技术管理工作。

(2)B 方须向工程师提交施工文件供工程师批准，工程师应在 14 天内批准或提出修改意见。如果 A 方完不成自己的合同责任造成对 B 方损失，则工期可以顺延。(其他略)

6. 验收。

(1)如果所有合同工程已完成，承包商应在 21 天前将竣工试验的日期通知工程师。经工程师

同意，在 10 天后进行。如果试验合格，由工程师签署证明，确定工程的完工日期。但只有待工程运行 60 天后，验收才正式有效。

(2)在保修期结束后 14 天内工程师签署最终接收报告，并由业主在保修期结束后 60 天内批准。由工程师与业主共同签署的最终接收报告，表示业主对工程完全满意，合同正式结束。B 方全部合同责任解除。但保修期内更换的部件或设备除外。

(3)如果竣工验收发现问题，则工程移交证明不能签发。A 方有权在承包商运行人员的监督下，为合同的目的而运行工程。

7. 合同价格

(1)原合同协议书中合同价格，但由于 1 号备忘录修改了工程范围，则同时也修改了合同价格，这个价格是有效的合同价格。

(2)B 方必须完成工程师指令的变更和附加工程，前提是变更所引起的增加净值不超过合同价的 25%，降低不多于 10%，如果突破这个限制合同价格可以适当调整。

B 方应在变更实施前将该变更可能对价格造成影响通知工程师。

8. 工期。

(1)原合同确定了开工期，经 1 号备忘录，重新确定了开工期。合同还规定几个主要单项工程完成时间为：1 号机组工期 34 个月，2 号机组工期 38 个月，3 号机组工期 42 个月，4 号机组工期 46 个月。

(2)工期变更。由于按 1 号备忘录蒸汽机已由 A 方另外发包，则 A 方必须在开工后的 3 个月内向 B 方提交蒸汽生产设备的详细资料，否则工期应推迟。

(3)如果发生附加工程或不可预见的情况，影响施工进度，B 方应在 10 天内通知工程师。

9. 违约责任。

如果 B 方在合同期内未完成工程，有责任向 A 方支付赔偿。对工程拖延的赔偿总额不超过相关工程合同价的 7%。

如果因 B 方完不成工程造成 A 方重大损失，则 A 方有权向 B 方提出清算损失的要求。这不是违约金处罚，而是由 B 方赔偿 A 方全部实际损失。

10. 索赔。

如果发生引起索赔的干扰事件，B 方应在 28 天内向工程师提出书面要求，否则 B 方无权要求任何补偿。

11. 争执的解决。

争执如果不能通过友好协商达成一致，则可以提请仲裁。

仲裁在 A 方首都进行，也可以在合同双方一致同意的其它地方进行。仲裁按照 A 国民法所规定的程序进行，裁决结果必须符合 A 国法律规定。

(三)B 方的目标

B 方经过认真研究，确定与 A 方就总承包合同的索赔和反索赔处理的基本目标：

(1)使工程顺利通过验收，交付使用，使 A 方认可并接受该工程；

(2)制止(反驳)A 方清算损失的要求；

(3)反驳 A 方的费用索赔要求，即不对 A 方支付工程拖延的合同违约金；

(4)向 A 方提出索赔。B 方希望争取通过索赔得到附加收入 1000 万美元。

2. 目标实现的可能性分析

在上述目标中，1、2 两点易于实现。由于 A 方急等着工程使用，所以只要工程能够使用，A 方就会接收工程。但要求 B 方工程能顺利施工，机组试运行不再出现质量问题。

目标 3 有一定的难度。这要求 B 方提出足够的理由，向 A 方提出一定数额的索赔，以平衡 A 方的索赔要求。

目标 4 很难实现。为达此目的，B 方必须提高向 A 方的索赔值，但目前还找不到这样的索赔理由。

3. 索赔处理中应注意的问题

(1) 对索赔谈判妨碍极大的是 2 号机组试运行出现的技术问题。这会使 B 方的谈判地位受到损害，所以应在开谈前尽力解决这个问题，使机组试运行成功，并顺利投产。

(2) 在索赔谈判中应努力追求和强调合理的补偿和合理的解决。这在伊斯兰宗教法中有重要地位。这样 B 方才能将许多合同外的索赔要求纳入索赔中。在谈判中避免进行合同的法律分析，避免将索赔要求仅限于合同条款范围内，否则会使 B 方处于不利的地位，使索赔风险很大。进行合同法律分析，如下几点会成为 A 方的主要攻击点：

B 方没有在合同规定的索赔有效期内提出索赔要求；

B 方没有工程受到干扰的详细证明；

B 方有明显的工期拖延的责任；

B 方没有及时向 A 方递交工程进度计划等。

(3) 避免将合同争执交临时仲裁机构仲裁或 A 国法庭裁决，这对 B 方不利。应尽一切努力争取双方协商解决。

(4) 应考虑到 B 方提出索赔后，A 方有可能提高索赔值进行对抗。按照 A 国的文化特点和商业习惯，在谈判中应强调照顾双方利益的平衡和合理公正的解决，不要强调对方的违约行为和进行责任分析。

(四) 对 A 方的分析

1. A 方的目标和兴趣。尽管 A 方提出很高的清算损失和违约金要求，但通过对 A 方各方面的情况分析发现，A 方的主要目标按优先次序排列如下：

(1) 发电机组尽可能快地并网发电。当时正为用电时节，应尽快投产运行。

(2) 尽可能延长试运行期限(合同规定，试运行费用由 B 方承担)。

(3) 尽可能延长保修期。由于一号机组试运行出现故障，A 方对工程质量产生怀疑。

(4) 尽量少向 B 方支付赔偿费，不再追加工程投资。

(5) 向 B 方索赔以弥补工程拖延、工程质量等问题造成的损失。但作为国家投资项目，A 方对此兴趣是不大的。

2. 基于对 A、B 双方利益的分析，B 方在索赔谈判中的基本方针和策略为：

(1) 以反索赔对抗索赔，最终达到平衡。

(2) 在谈判中注重与第三方，如 B 方的 A 国担保人和监理工程师的预先磋商，这比直接与 A 方会谈更为有效。

(3) A 国在能源工程方面将有大量的投资项目，所以 B 方打算与 A 方建立长期的合作关系，所以在谈判中应强调双方长期的合作关系、利益的一致性，达到双方能谅解和信任，减少谈判中的对抗。

(4) 尽量争取在非正式场合解决争执。若将争执提交 A 国法庭，则解决不会对 B 方有利。而且双方关系搞僵对将来的经营不利。所以，在谈判中要准备作较大的让步。

(5)着手组建谈判小组。它应由几位忠诚的专家学者组成。

(五)B 方的主要对外关系分析

分析 B 方的对外关系。主要包括 A 方, A 方的主管部门, A 方的工程师, B 方, B 方的担保人等。

这里着重分析 B 方与 A 方的锅炉供应商 E 方的关系。

总承包合同规定,在合同签订后 3 个月内,由 E 方向 B 方提供设计资料。结果,设计资料提供迟缓,且设计有重大变更,从而引起工程拖期。由于在 B 方的整个反索赔中,工期是关键,而设计资料拖延在工期索赔中占主要部分,所以应争取与 E 方达成妥协(E 方与 B 方还有其他业务, E 方对 B 方也有索赔),减少与 E 方的对抗,少对 E 方作正面指责,使 E 方向 A 方不承担或尽量少承担违约责任。以期获得 E 方较为有利的证词。

(六)对 A 方索赔的估计

A 方已向 B 方提出的索赔主要有如下项目:

由于工期延长的合同违约金;

土建和机械安装未达合同工程量,应调整相应的合同价格;

土建和机械安装未按合同规定技术和质量要求施工,故扣留酬金;

因土建、机械和电器工程设计和施工失误造成 A 方工程成本增加;

由于 B 方失误造成 A 方的其它承包商损失;

由于工期延长使 A 方工程管理费增加;

A 方的其它费用增加等。

将这些索赔按单位工程和费用项目拆分。考虑到工程结束时,在 B 方向 A 方提出索赔后, A 方可能再一次提高索赔值,估计 A 方的最终索赔最高值为 12963 万美元,最低可能为 9550 万美元。

这些索赔 A 方很可能提出,并有一定的理由。

(七)B 方有理由向 A 方提出的索赔

B 方有理由就如下问题向 A 方提出索赔:

设计资料拖延;

工程范围变更;

图纸批准拖延;

由于 A 方干扰,使 B 方生产效率降低,不经济地使用劳动力和管理人员等。

分别按单位工程如土建、机械安装、电器工程进行索赔值估算。最终得到, B 方有理由提出 9610 万美元的费用索赔。

(八)双方索赔值比较

对各单位工程和各费用项目上双方索赔值的差别进行进一步的分析对比。

(九)谈判进程分析

总体上预计谈判分为进入谈判，事态调查分析，结论，解决四个阶段。

1.进入谈判。估计 2 号机组试生产到 1989 年 8 月底进行，所以谈判至少要在 9 月初才能开始，不能早于它。在开谈前，B 方一定要保证 2 号机组试生产成功。

这个阶段的主要目标是将 A 方引入谈判，最终签署谈判备忘录。备忘录中主要包括双方主要谈判议题，大致谈判过程安排，谈判时间安排等。

B 方的重点是，吸引 A 方进行谈判，同时将 B 方的谈判要求(索赔)纳入备忘录中。所以谈判只有从 A 方感兴趣的议题入手。但在谈判中 B 方又要能把握方向，使谈判有利于自己。开谈议题可以是讨论工程缺陷和未完成项目的处理，或讨论 A 方已提出的索赔等。

当然 A 方也可能同意直接进行事态调查。

2.事态调查。主要目标是，B 方要证明自己按合同规定完成设备供应和工程施工，并尽了一切努力保证合同的正常实施。如果论及工期问题，B 方应证明，这不是他的责任，而且自己为减少工期拖延作了最大努力。

这个阶段尽量不谈及费用赔偿问题，而仅澄清事实，多提证据。向 A 方展示 B 方的工程实际成本约为 47500 万美元，即亏损 20000 万美元。

由于 B 方的根本目的在于反索赔，达到不向 A 方支付即可，所以如果在这个阶段和 A 方达成谅解，A 方收回索赔要求，则谈判即可结束。

3.结论。这阶段拟分为两步：

(1)争取合理平衡和补偿；

(2)进行 B 方索赔以平衡 A 方索赔或争取收益。

这一阶段的目的是向 A 方说明，由于工程受到干扰，工程实际成本大幅度增加，希望得到合理补偿。在此要广泛讨论 B 方的索赔理由。

根据本工程特点，B 方工程施工中失误较多，所以如果 A 方不提出，不要进行合同法律方面的分析和讨论，主要强调合理的平衡和补偿。

4.解决。争执应争取在非正式场合解决。在解决中强调，为了将来继续合作，B 方作较大的让步，承担工程超支费用的一半。另一半，即 B 方的索赔要求 10000 万美元，希望 A 方本着合理平衡和公平原则，予以承担。这样即可平衡 A 方索赔要求。作为让步方案，B 方准备在工程保修等方面提供更多的服务。

作可能的索赔谈判过程图和可能的进度计划横道图。(略)

三、B—C 双方联营合同的索赔和反索赔

(一)联营合同分析

1.合同类型。由于 B 方向 A 方承担总包合同责任，C 方和 A 方无合同关系，且联营无法人代表，C 方仅完成 B 方委托的工程，合同酬金也由 B 方直接支付，则该合同为内部联营合同。这种联营为非典型的民法意义上的内部公司。它虽形式上与分包相同，但性质却不一样。这种联营没有公司资产，没有对外关系的代表，没有法人资格。合同双方应有互相忠诚和信任的责任，按一定比例的利益互惠。合同双方共同承担工程风险。

2.法律基础。合同规定，B 国法律适用于合同关系。则该联营合同的法律基础为：联营合同，B 国民法。

3.联营双方合同责任。

(1)B 方合同责任主要包括：工地总领导和管理工作，提供生产设备，电器设备的提供和安装，控制设备的提供和安装，工地施工准备工作，向 C 方提供土建设计资料。

B 方的合作责任主要包括：独立承担对业主的工程责任，在与业主或其它方面交往中保护 C

方利益，与 C 方进行技术的和商务的总合作，一定比例的利益互惠。

(2)C 方联营合同责任主要包括：完成土建施工，土建施工所必需的图纸设计和批准手续，承担土建工程相关的风险。

4.工程变更。C 方承包的工程采用固定总价形式，由 B 方支付。由 B 方指令的工程变更及其相应的费用补偿仅限于重大的变更，且仅按每单个建筑物和设施地平以上外部体积的增加量计酬。

由 A 方指令的重大工程变更，按合同规定可进行工期和费用索赔。而小的变更，C 方得不到补偿。

5.合同违约责任：

由于疏忽造成的违约责任的赔偿仅限于直接对人员和物品的损害，否则不予赔偿。

由于故意的或有预谋的行为造成合同伙伴人身或财产的损害，违约者必须承担全部损失的赔偿责任。

B 方在工程管理中由于工作失误造成 C 方损失，最高赔偿限额为 5 万美元。

6.争执的解决和仲裁。

合同采用 B 国语言。如果合同争执不能通过协商和调解解决，则可以采用仲裁手段解决。仲裁地点在 B 国，并使用 B 国仲裁法律和程序。(其他分析略)

(二)C 方向 B 方提出联营合同一揽子索赔

土建工程完成前，C 方向 B 方提出联营合同一揽子索赔值为，工期索赔 27.7 月，单项索赔之和为 7370 万美元，扣除单项索赔之间的重复影响，最终一揽子索赔额为 5970 万美元。

索赔报告大致结构如下：

第一部分为 C 方法人代表致 B 方法人代表的索赔信。在信中提出索赔要求，简述主要索赔原因。该索赔的处理截止日期为 1989 年 9 月 30 日，C 方保留对索赔的重新审核权和对截止日期以后干扰事件的继续索赔权。

信中申明，没有 C 方同意，B 方不得将本索赔报告或它的复印件全部或部分地转交给其它方面，除了 B 方的工程师或委托的咨询公司。

要求 B 方在 1 个月内对本索赔报告作出明确答复。

第二部分为索赔报告正文。它分为如下几章：

1.总述和一揽子索赔表

2.对上述各索赔项目作进一步说明，包括各索赔项目的事件概况，影响和索赔理由。

3.结论。

由于 B 方没有完成自己的合同责任或违反合同规定，造成工程拖延，使 C 方成本增加，C 方有权力对此向 B 方提出合理的补偿要求。

4.合同签订和实施过程分析及合同细节问题分析。这里主要包括：

(1)合同签订过程、合同工期、双方的合同责任等。

(2)在设计过程中 B 方的合同责任，列出合同规定各设计资料供应日期和实际交付日期对比表，以此证明设计资料供应的拖期。

(3)工程中工程变更情况，列出合同工程量和实际工程量对比表。

(4)其它索赔项目的详细情况。

5.干扰事件对 C 方承担的各单项工程的影响。

本工程有 10 个单项工程，分别详细陈述各单项工程受到的影响。例如，汽轮机组工程受到设计资料拖延，工程范围扩大，加速施工等影响共 60 个细目。

6.工期索赔计算。按索赔项目分别计算由于 B 方责任造成的工期的延长，每一项都列出详细的计算过程和证据。

7.费用损失计算。按索赔事件和各费用项目采用的分项法计算索赔值。

8.工程量增加和工程技术复杂程度增加的计算过程和计算基础。

9.分包商索赔。在前述每一项索赔值计算中都包括分包商的索赔。这里详细列出前面各索赔项目中分包商索赔值的计算过程和计算基础。

第三部分为各种证据。

(三)B 方的反索赔

1.B 方对 C 方提出的索赔拟定反索赔计划

2.对 C 方合同报价和工程实施情况分析

(1)C 方的初次合同报价为 4850 万美元,这是符合实际的。但合同实施推迟 3 年后,在联营合同的 I 号修正案中,C 方将合同价降到 4300 万美元。这不符合实际情况,因为:

①虽然工程推迟,但所有的工程量未减。

②由于工程推迟,各种物价上涨,仅由于工资上涨就得提高合同价格 750 万至 1000 万美元。而 C 方不仅不提高报价,反而降低价格,这是不正常的。经合同状态分析,当时合理工程报价应为 5900 万美元。这差价 1600 万美元(即 5900 万-4300 万)是 C 方在工程一开始就承认的损失,这应由 C 方自己承担,最终索赔值中应扣除它。

(2)可能状况分析。在合同状态的基础上考虑外界干扰因素的影响和工程量的增加,可能状况的费用应为 7300 万美元。这里考虑了如下几方面影响:

A 方和 B 方造成的设计资料拖延;

增加工程量和附加工程;

变更施工次序;

等待工程变更造成的停工等。

(3)分析 C 方提供的索赔报告和工程实施的实际情况。这里面包括如下因素:

①合理的索赔要求;

②C 方自己责任造成的损失,如 C 方在工程施工、工程管理中的失误;

③C 方在索赔值计算中多估冒算,重复计算,取费标准太高等。

(4)工期。原合同工期 26 个月,其中主要工程施工工期 23 个月。在合同状态网络计划的基础上,加上由 A 方和 B 方造成的干扰事件,再一次进行关键线路分析,工期延长至 36 个月,即 C 方有理由提出索赔的工期为 10 个月。

而实际工期比合同工期推迟了 27.7 个月(这即为 C 方提出的工期索赔值)。这 17.7 个月的差异是由 C 方自己工程管理失误造成的。

而且在 10 个月的工期索赔中,仅最初 6 个月的开工推迟引起成本增加,可提出费用索赔。

另 4 个月工期延缓是由于工程量增加造成的。由于这项索赔已另计算,而工程量增加相关的价格中已包括了与工期相关的费用,故不能再提出与工期相关的费用索赔。

3.对 C 方索赔的反驳

1)设计资料供应推迟。

这是事实。但 A、B 和 C 三方都有责任。C 方在自己所承担的设计范围内也有失误。其中,A 方责任影响约 800 万美元。这应向 A 方提出索赔并由 A 方支付。

B 方责任造成的损失约为 300 万美元。对此 B 方的反驳为:

①该合同为联营合同,双方应共同承担风险。在风险范围内的互相影响和干扰是不能提出索赔的。

②B 方的违约行为是由于疏忽造成的,而且它仅造成 C 方费用损失,而没有直接造成人员和物品损失,按合同 B 方不予赔偿。且 C 方又未指责 B 方有故意或预谋行为。

结论: B 方确实有责任,但按合同规定, B 方没有费用赔偿责任。

(2)工程变更。这项索赔值为 2160 万美元，几乎占整个索赔值的一半。其中

①因工程量增加造成工期延长而导致费用增加为 800 万美元。

这一项费用是重复计算项目。因为工程量增加而引起的工期延长，它的总部管理费、利息、保险等附加费和工地一般性管理费用已按实际完成的工程量在工程价款中支付给承包商，不能另计。

②工程技术复杂程度增加索赔为 300 万美元。此项索赔合同没有明确规定，故理由不足。而且技术难度增加在技术上无法证明，B 方不能给予赔偿。

③增加工程量和附加工程 1060 万美元。这项索赔值估算过高，其中有两个问题：

其一.C 方索赔报告中称主要工程的工程量增加了 65%。而按 B 方实际工程资料证明，实际工程量仅增加 20%。其中混凝土工程量变更最大。按合同施工图纸计算工程量为 56000m³，而最终批准的实际混凝土量为 66000m³。这个增量 20%是由于如下原因引起的：

A 方的要求，

B 方的变更，

C 方工程技术实施方案问题。

而 C 方称增加 65%是由于 C 方原来报价时工程量计算依据为初步设计文件，而不是合同施工图纸。这是 B 方工程量计算的风险，责任应由 C 方负责，因为设计并未修改。

其二.价格计算不对，没按合同报价的计算方法和计算基础计算索赔值。

按合同计价方法和实际增加的工程量核算，这一项费用的合理超支为 600 万美元。

其中，100 万美元由 A 方引起，应向 A 索赔；300 万美元由 C 方自己责任造成的，应由 C 方自己承担；另外 200 万美元由 B 方责任造成。

但同样 B 方对此没有赔偿责任，因为：

其一.建筑物和设施地平以上体积未变化，故不在合同规定的赔偿范围内，它属于 C 方应承担的风险；

其二.B 方是疏忽行为，没有造成人员和物品损害，仅费用损失；C 方未指责 B 方有故意或预谋行为，所以无索赔理由。

(3)加速施工索赔值为 1400 万美元。

在 1986 年 10 月，B 方指令 C 方采取加速措施，双方签订缩短工期的协议。这个协议作为合同变更是有效的；但实际工期并没有被缩短，而是大大推迟了。由于 C 方未执行压缩工期协议，所以对加速措施 B 方没有补偿责任。

(4)图纸批准的推迟索赔值为 210 万美元。对此应由 A 方承担责任，而 B 方无责任。

(5)材料供应拖延索赔 140 万美元。材料供应拖延是由 B 方责任造成的，但因为材料供应拖延在联营风险范围内，且没有造成人员和物品损失，故该项索赔无效。

(其它索赔项目的反驳略)

4.B 方对 C 方进行联营合同索赔

(这里要注意，B 方实质上没有对 C 方进行索赔的期望，仅是为了平衡 C 方提出的索赔要求，并逼 C 方在索赔谈判中作让步。)

C 方在工程施工中由于如下失误造成工期延长 17.7 个月(这即为实际状态工期与可能状态工期之差)：

劳动力投入不足；

工程控制和监督不够；

材料供应不足，未全面完成合同责任等。

可列举的违反合同事件 170 件(附证明)。

这样造成 B 方的工地管理费、办事处费用、总部管理费等经济损失为 1280 万美元。(附各种计算方法、过程和计算基础的证明。)

但 B 方宣布放弃这些索赔要求，因为：

(1)C 方行为仍符合合同，这些影响在联营合同风险范围内，B 方不能提出索赔。

(2)C 方失误未引起 B 方人员和物品损失。

(3)C 方没有故意或有预谋的违约行为。

所以 C 方也没有对 B 方的赔偿责任。

5.在工程中，B 方出于工程进度需要，为 C 方完成了几幢楼房的设计，派遣工程师，工地领班人帮助 C 方工作，向 C 方提供部分施工设备，为 C 方支付部分关税等共花费 290 万美元，这属于双方技术和商务合作的内容，应由 C 方如数支付。

6.总结：

(1)本合同为联营合同，非分包合同。C 方在索赔报告中没考虑到两者之间的差别。对联营合同，联营成员之间对风险范围内的互相干扰和影响不能提出索赔。C 方忽略了这个重要问题，而且 C 方在索赔报告中缺少必要的合同分析，所以索赔理由不足。

(2)C 方的索赔未注意到关于工程变更和合同违约责任的规定。

(3)在合同报价中，C 方压低了报价 1600 万美元。这笔损失在任何情况下不能补偿，由 C 方承担。

(4)C 方的索赔值中仅有 1500 万美元是有理由的，其中 600 万美元为工程量增加，900 万美元为其它外界干扰。其余部分为 C 方自己责任，多估冒算和 B 方责任。但按合同规定 C 方对 B 方无权索赔)。

7.附件，即各种证明文件

四、B—C 双方分包合同索赔和反索赔

C 方又作为 B 方的分包商承担工程的设备安装，其工程范围包括隔热工程、管道工程、汽轮机安装、锅炉工程、内燃发电机工程等分项。1988 年 8 月 1 日，在安装工程结束前，C 方向 B 方提出一揽子分包合同索赔，索赔值为 2950 万美元，而合同价为 1900 万美元。

B—C 双方的分包合同索赔和反索赔概况介绍如下：

(一)分包合同总体分析

1.分包合同的法律基础。

本分包合同虽然在 A 国实施，且总包合同以 A 国法律为基础，但分包合同规定，B 国法律适用于合同条件，则分包合同法律基础的执行次序为：分包合同，总承包合同的一般采购条件，B 国承包工程合同条例，B 国民法。

2.合同语言。以 B 国语言作合同语言，合同仲裁地点在 B 国。

3.合同价格。

该分包合同为固定总价合同。合同价格已包括了 C 方为完成合同所规定的工程责任的一切花费。C 方的工程责任包括工程量清单和工程说明书中的所有内容，以及它们没有包括的但

对安全和经济地运行或达到工程项目的目标所必需的供应和工程。

按 B 国法律，固定总价合同在最终结算时不存在价格补偿。

4.工程变更。

合同规定，C 方承担工程量清单所规定工程量 5%范围内的工程变更的风险和机会。如果工程变更超过 5%，则有适当的价格补偿。

对于新的附加工程，如果它为一有经验的承包商所不能预见的，并由 B 方指令增加，则应按合同条款计算价格。但 C 方必须在 14 天内书面通知 B 方。

对于 C 的工程责任，只有业主验收并认可后才算完成。

5.工期。

B 方和 C 方商定的合同工期以及合同签订后 C 方提交 B 方批准的施工进度计划，施工方案仍有约束力，没有关于工期的合同变更。

在不能按期完成工程的情况下，B方有权要求C方采取特殊措施，加速施工。这只有在如下两种情况下C方才能得到因加速施工所引起费用损失的补偿：

(1)工程延缓的责任不在C方；

(2)业主(A方)已认可并支付加速所引起的附加费用。

6.合同违约责任。

对严重的失误或有预谋的行为，必须承担全部损失的赔偿责任。

轻微的疏忽，按总承包合同采购条件，限于一定范围内的赔偿。

工期拖延的合同处罚按合同条款进行。(其它分析略)

(二)C方关于分包合同一揽子索赔

1.C方对B方总责难：

C方在实施分包合同时受到B方和B方委托人疏忽行为的干扰；

B方拖延工程开工，打乱双方商定的施工顺序，指令C方不按合同工期施工；

B方在设计、工程监督中失误，作出错误的工作指令；

B方的行为使C方不能使用经济合理的安装方案和安装过程，没给C以必要的安装场地；B方扩大工程量和提高工程质量要求；

B方没有及时地提供施工用的材料，使C方不能正常施工。

2.索赔要求。索赔报告按单项工程处理，共有如下几个项目：

隔热工程索赔 870 万美元(合同价 62 万美元)；

管道工程索赔 1980 万美元(合同价 273 万美元)；

汽轮机组索赔 30 万美元(合同价 8 万美元)；

锅炉索赔 60 万美元(合同价 15 万美元)；

备用发电机组索赔 10 万美元(合同价 3 万美元)。

总索赔额共 2950 万美元。

3.各单项工程索赔详细分析(以隔热工程为例)

(1)隔热工程索赔。隔热工程索赔总额为 870 万美元，而合同价仅为 62 万美元，原因：

报价时C方得不到隔热工程详图，B方要求C方按经验估计工程量。C方按过去工程经验估计，隔热工程仅用于1—4号机组和锅炉，一般的公共工程不用隔热工程；对管道，隔热工程仅用于占管道5%的大口径管。基于这种估计，C方预计隔热工程的工程量仅为2万平方米，而在施工中B方扩大隔热工程范围，致使工程量增加了一倍，达到4万平方米。而且B方在隔热工程施工中有如下失误：

推迟工程施工的开始期，并修改施工计划和施工顺序，压缩工程工期；

增加工程范围和工程难度；

没有及时提供图纸和安装准备材料；

没有履行工程监督责任，没有协调管道铺设和隔热工程施工；

没按合同规定支付工程款。

(其它单项工程索赔理由略)

(三)B方的反索赔

1.合同状态、可能状态和实际状态分析

(1)合同状态的分析过程如下：

B方对C方原报价进行全面分析。分析基础：C方作报价所用的工程量清单、工程说明、施工说明、总工期计划等。C方总报价为1900万美元。

详细分析并复核C方报价。工程量是以招标文件中工程量为基础。

考虑到工程监督人员和施工人员的劳动组合，确定平均工资为12.54美元/小时。

以平均生产效率乘以工程量可得安装工程所需直接总工时，进而可得直接人工费。按确定的

施工进度计划和各分项工程的总工时可得人力需要量曲线和劳动力最高需要量。
以劳动力的需要量和工地管理人员计划确定工地临时设施需要量。
按工程量和施工方案确定各种材料消耗量，并按投标书后材料价格计算材料成本。
按施工计划确定临时工程、机械设备需要量和它们的成本。
按报价书计算各种附加费如保函、保险、风险、总部管理费、利润等。
列报价检查表，经过整理得各分项工程单价及合价。
最终得到，C方在合同签订前合理的报价应为 3410 万美元。

(2)可能状态分析。在合同状态分析的基础上，考虑到 C 方的工程受到外界的干扰：
超工程量和工程变更；
建筑材料和构件供应不及时；
图纸供应和批准不及时。
仍按照合同状态的分析过程和分析方法，分析的结果是，可能状态的价格应为 3610 万美元，工期比原计划推迟 5 个月。

(3)实际状态分析。按提供的各种工程实际情况报表和各种费用支出证明，分析 C 方工程成本，实际价格为 4560 万美元。实际工期比计划(合同)工期推迟 8.5 个月。

2.B 方的反驳。

C 方的所有责难都是没有根据的和非真实的。在标书中，B 方已经向 C 方交付了招标文件(附有工程量清单)。C 方已了解自己的工程责任，并计算了报价。

在合同签订前，C 方强调，它是一有丰富经验的发电设备安装公司(这有信件为证)。按分包合同，C 方保证，它已及时地弄清楚所有为完成合同责任所必需的重要技术资料，工程环境，使用目的，及为工程施工和使用所必须的技术和经济的措施。所以 C 方应有能力在合同规定工期内，按合同规定的条件完成安装工程。

C 方的供应范围由订货单和其它合同文件给出。它也包括没有注明的，或没有列出的，但对安全和经济地运行和为达到项目生产目的所必需的供应。

分包合同在实施过程中受到 C 方的合伙合同实施的影响，即 C 方在按合伙合同规定所负责的土建施工中的失误，影响 C 方所承包的安装工程施工。

按合同，C 方应在受到干扰后 2 周内通知 B 方。而在整个合同执行过程中 C 方没有遵守索赔有效期限限制，故索赔无效。

3.结论：基于上述种种理由，C 方的一揽子索赔没有根据。

五、索赔的最终解决

本工程中的合同争执最终都是以协商谈判为主、其它方面调解为辅解决的。B 方请了某国际项目管理公司进行索赔管理，最终基本上达到索赔和反索赔的目的。

(一)对 A—B 之间的索赔(反索赔)谈判

经过几次磋商发现，A 方实际目标主要是：

- 1.希望 B 方延长试运行时间，同时，相应延长保修期。按合同规定，试运行费用由 B 方承担。由于 2 号机组试生产不成功，使 A 方对工程质量产生怀疑，所以采取这些相应的对策。
- 2.不再向 B 方追加费用。由于 B 方向 A 方提出最终工程成本支出结算为 47500 万美元，几乎为合同价一倍，这是 A 方不能接受的。

而 A 方提出工期罚款和清算损失不是主要目标。

从这里可以看到，双方总体的目标冲突并不太大。

最终一揽子解决方案为：

- 1.双方各不支付，互作让步，即 A 方不要求工期罚款，B 方放弃 1 亿美元的索赔要求。
- 2.考虑到 B 方的实际支出和 A 方延长保修期的要求，采用折衷方案：B 方延长保修期一年。

在保修期结束时，如果一切运转正常，B方可获得A方1500万美元的费用补偿。这种结果双方皆大欢喜。

(二)B—C方的合伙合同和分包合同索赔的最终解决

这两个一揽子索赔最终又以一揽子方案解决。

工程结束前，C方又追加索赔，最终使C方的两个一揽子索赔之和达12500万美元。在解决过程中C方遇到如下问题：

- 1.两个合同都以B国法律为基础，这样首先遇到合同法律分析的问题。许多重大的法律概念C方一开始就弄错了。这使得C方的谈判地位很为不利，索赔根据和理由不足。
- 2.合同规定，仲裁在B国进行，且使用B国语言和法律，这对C方很为艰难，且不会有好的结果。
- 3.两个合同条件都很苛刻，对C方很不利，而且C方报价过低，C方的谈判地位受到损害，索赔难以取得预想的结果。

最终对两个一揽子索赔的解决结果为：

B方向C方支付1500万美元的追加费用。这即为合伙合同中B方分析应给予C方补偿的部分。而C方报价低造成的损失和C方管理失误造成的损失得不到补偿。