

## 合同管理与索赔案例(六)

《案例 1》某建筑工程采用邀请招标方式。业主在招标文件中要求：(1)项目在 21 个月内完成，(2)采用固定总价合同，(3)无调价条款。承包商投标报价 364000 美元，工期 24 个月。在投标书中承包商使用保留条款，要求取消固定价格条款，采用浮动价格。但业主在未同承包商谈判的情况下发出中标函，同时指出：(1) 经审核发现投标书中有计算错误，共多算了 7730 美元。业主要求在合同总价中减去这个差额，将报价改为 356270(即 364000-7730)美元。(2) 同意 24 个月工期。(3) 坚持采用固定价格。承包商答复为：(1) 如业主坚持固定价格条款，则承包商在原报价的基础上再增加 75000 美元。(2)既然为固定总价合同，则总价优先，计算错误 7730 美元不应从总价中减去。则合同总价应为 439000(即 364000+75000)美元。在工程中由于工程变更，使合同工程量又增加了 70863 美元。工程最终在 24 个月内完成。最终结算，业主坚持按照改正后的总价 356270 美元并加上工程量增加的部分结算，即最终合同总价为 427133 美元。而承包商坚持总结算价款为 509863(即 364000+75000+70863)美元。最终经中间人调解，业主接受承包商的要求。案例分析：(1)对承包商保留条款，业主可以在招标文件，或合同条件中规定不接受任何保留条款，则承包商保留说明无效。否则业主应在定标前与承包商就投标书中的保留条款进行具体商谈，做出确认或否认。不然会引起合同执行过程中的争执。(2)对单价合同，业主是可以对报价单中数字计算错误进行修正的，而且在招标文件中应规定业主的修正权，并要求承包商对修正后的价格的认可。但对固定总价合同，一般不能修正，因为总价优先，业主是确认总价。(3)当双方对合同的范围和条款的理解明显存在不一致时，业主应在中标函发出前进行澄清，而不能留在中标后商谈。如果先发出中标函，再谈修改方案或合同条件，承包商要价就会较高，业主十分被动。而在中标函发出前进行商谈，一般承包商为了中标比较容易接受业主要求。可能本工程比较紧急，业主急于签订合同，实施项目，所以没来得及与承包商在签订合同前进行认真的澄清和合同谈判。

《案例 3》在国内某合资项目中，业主为英国人，承包商为中国的一个建筑公司，工程范围为一个工厂的土建施工，合同工期 7 个月。业主不顾承包商的要求，坚持用 ICE 合同条件，而承包商未承接过国际工程。承包商从做报价开始，在整个工程施工过程中一直不顺利，对自己的责任范围，对工程施工中许多问题的处理方法和程序不了解，业主代表和承包商代表之间对工程问题的处理差异很大。最终当然承包商受到很大损失，许多索赔未能得到解决。而业主的工程质量很差，工期拖延了一年多。由于工程迟迟不能交付使用，业主不得已又委托其他承包商进场施工，对工程的整体效益产生极大的影响。

《案例 4》某中外合资项目，合同标的为一商住楼的施工工程。主楼地下一层，地上 24 层，裙楼 4 层，总建筑面积 36000m<sup>2</sup>。合同协议书由甲方自己起草。合同工期为 670 天。合同中的价格条款为：“本工程合同价格为人民币 3500 万元。此价格固定不变，不受市场上材料、设备、劳动力和运输价格的波动及政策性调整影响而改变。因设计变更导致价格增减另外计算。”本合同签字后经过了法律机关的公证。显然本合同属固定总价合同。在招标文件中，业主提供的图纸虽号称“施工图”，但实际上很粗略，没有配筋图。在承包商报价时，国家对建材市场实行控制，有钢材最高市场限价，约 1800 元/t。承包商则按此限价投标报价。工程开始后一切顺利，但基础完成后，国家取消钢材限价，实行开放的市场价格，市场钢材价格在很短的时间内上涨至 3500 元/t 以上。另外由于设计图纸过粗，后来设计虽未变更，但却增加了许多承包商未考虑到的工作量和新的分项工程。其中最大的是钢筋。承包商报价时没有配筋图，仅按通常商住楼的每平米建筑面积钢筋用量估算，而最后实际使用量与报价所用的钢筋工程量相差 500t 以上。按照合同条款，这些都应由承包商承担。开工后约 5 个月，承包商再作核算，预计到工程结束承包商至少亏本 2000 万元。承包商与业主商议，希望业主照顾到市场情况和承包商的实际困难，给予承包商以实际价差补偿，因为这个风险已大大超过承包商的承受能力。承包商已不期望从本工程获得任何利润，只要求保本。但业主予以否决，要求承包商按原价格全面履行合同责任。承包商无奈，放弃了前期工程及基础工程的投入，撕毁合同，从工程中撤出人马，蒙受了很大的损失。而业主不得不请另外一个承包商进场继续施工，结果也蒙受很大损失：不仅工期延长，而且最后花费也很大。因为另一个承包商进场完成一个半拉子工程，只能采用议标的形式，价格也比较高。在这个工程中，几个重大风险因素集中都一起：工程量大、工期长、设计文件不详细、市场价格波动大、做标期短、采用固定总价合同。最终不仅打倒了承包商，而且也伤害了业主的利益，影响了工程整体效益。

《案例 5》我国某水电站建设工程，采用国际招标，选定国外某承包公司承包引水洞工程施工。在招标文件列出应由承包商承担的税赋和税率。但在其中遗漏了承包工程总额 3.03% 的营业税，因此承包商报价时没有包括该税。工程开始后，工程所在地税务部门要求承包商缴纳已完工程的营业税 92 万元，承包商按时缴纳，同时向业主提出索赔要求。对这个问题的责任分析为：业主在招标文件中仅列出几个小额税种，而忽视了大额税种，是招标文件的不完备，或者是有意的误导行为。业主应该承担责任。索赔处理过程：索赔发生后，业主向国家申请免除营业税，并被国家批准。但对已缴纳的 92 万元税款，经双方商定各承担 50%。案例分析：如果招标文件中没有给出任何税收目录，而承包商报价中遗漏税赋，本索赔要求是不能成立的。这属于承包商环境调查和报价失误，应由承包商负责。因为合同明确规定：“承包商应遵守工程所在国一切法律”，“承包商应交纳税法所规定的一切税收”。

《案例 6》在某国际工程中，经过澄清会议，业主选定一个承包商，并向他发出一函件，表示“有意向”接受该承包商的报价，并“建议”承包商“考虑”材料的订货；如果承包商“希望”，则可以进入施工现场进行前期工作。而结果由于业主放弃了该开发计划，工程被取消，工程承包合同无法签订，业主又指令承包商恢复现场状况。而承包商为施工准备已投入了许多费用。承包商就现场临时设施的搭设和拆除，材料订货及取消订货损失向业主提出索赔。但最终业主以前述的信件作为一“意向书”，而不是一个肯定的“承诺”(合同)为由反驳了承包商的索赔要求。(见参考文献 11)

《案例 7》新加坡一油码头工程，采用 FIDIC 合同条件。招标文件的工程表中规定钢筋由业主提供，投标日期 1980 年 6 月 3 日。但在收到标书后，业主发现他的钢筋已用于其他工程，他已无法再提供钢筋。则在 1980 年 6 月 11 日由工程师致信承包商，要求承包商另报出提供工程表中所需钢材的价格。自然这封信作为一个询价文件。1980 年 6 月 19 日，承包商作出了答复，提出了各类钢材的单价及总价格。接信后业主于 1980 年 6 月 30 日复信表示接受承包商的报价，并要求承包商准备签署一份由业主提供的正式协议。但此后业主未提供书面协议，双方未作任何新的商谈，也未签订正式协议。而业主认为承包商已经接受了提供钢材的要求，而承包商却认为业主又放弃了由承包商提供钢材的要求。待开工约 3 个月后，1980 年 10 月 20 日，工程需要钢材，承包商向业主提出业主的钢材应该进场，这时候才发现双方都没有准备工程所需要的钢材。由于要重新采购钢材，不仅钢材价格上升、运费增加，而且工期拖延，进一步造成施工现场费用的损失约 60000 元。承包商向业主提出了索赔要求。但由于在本工程中双方缺少沟通，都有责任，故最终解决结果为，合同双方各承担一半损失。案例分析：本工程有如下几个问题应注意：(1)双方就钢材的供应作了许多商讨，但都是表面性的，是询价和报价(或新的要约)文件。由于最终没有确认文件，如签订书面协议，或修改合同协议书，所以没有约束力。(2)如果在 1980 年 6 月 30 日的复信中业主接受了承包商的 6 月 19 日的报价，并指令由承包人按规定提供钢材，而不提出签署一份书面协议的问题，则就可以构成对承包商的一个变更指令。如果承包商不提反驳意见(一般在一个星期内)，则这个合同文件就形成了，承包商必须承担责任。(3)在合同签订和执行过程中，沟通是十分重要的。及早沟通，钢筋问题就可以及早落实，就可以避免损失。本工程合同签订并执行几个月后，双方就如此重大问题不再提及，令人费解。四、在合同的签订和执行中既要讲究诚实信用，又要在合作中要有所戒备，防止被欺诈。在工程中，许多欺诈行为属于对手钻空子、设圈套，而自己疏忽大意，盲目相信对方或对方提供的信息(口头的，小道的或作为“参考”的消息)造成的。这些都无法责难对方。

《案例 7》我国某承包公司作为分包商与奥地利某总承包公司签订了一房建项目的分包合同。

该合同在伊拉克实施，它的产生完全是奥方总包精心策划，蓄意欺骗的结果。如在谈判中编制谎言说，每平方米单价只要 114 美元即可完成合同规定的工程量，而实际上按当地市场情况工程花费不低于每平方米 500 美元；有时奥方对经双方共同商讨确定的条款利用打字机会将对己有利的内容塞进去；在准备签字的合同中擅自增加工程量等。该工程的分包合同价为 553 万美元，工期 24 个月。而在工程进行到 11 个月时，中方已投入 654 万美元，但仅完成工程量的 25%。预计如果全部履行分包合同，还要再投入 1000 万美元以上。结果中方不得不抛弃全部投入资金，彻底废除分包合同(见参考文献 17)。在这个合同中双方责权利关系严重不平衡，合同签订中确实有欺诈行为，对方做了手脚。但作为分包商没有到现场做实地调查，而仅向总包口头“咨询”，听信了“谎言”，认了人家的“手脚”，签了字，合同就有效，必须执行，而且无法对发包商责难。

《案例 8》本工程为非洲某国政府的两个学院的建设，资金由非洲银行提供，属技术援助项目，招标范围仅为土建工程的施工。1. 投标过程我国某工程承包公司获得该国建设两所学院的招标信息，考虑到准备在该国发展业务，决定参加该项目的投标。由于我国与该国有外交关系，经过几番周折，投标小组到达该国时离投标截止仅 20 天。买了标书后，没有时间进行全面的招标文件分析和详细的环境调查，仅粗略地折算各种费用，仓促投标报价。待开标后发现报价低于正常价格的 30%。开标后业主代表、监理工程师进行了投标文件的分析，对授标产生分歧。监理工程师坚持我国该公司的标为废标，因为报价太低肯定亏损，如果授标则肯定完不成。但业主代表坚持将该标授予我国公司，并坚信中国公司信誉好，工程项目一定很顺利。最终我国公司中标。3. 合同中的问题中标后承包商分析了招标文件，调查了市场价格，发现报价太低，合同风险太大，如果承接，至少亏损 100 万美元以上。合同中有如下问题：(1) 没有固定汇率条款，合同以当地货币计价，而经调查发现，汇率一直变动不定。(2) 合同中没有预付款的条款，按照合同所确定的付款方式，承包商要投入很多自有资金，这样不仅造成资金困难，而且财务成本增加。(3) 合同条款规定不免税，工程的税收约为 13% 的合同价格，而按照非洲银行与该国的协议本工程应该免税。4. 承包商的努力在收到中标函后，承包商与业主代表进行了多次接触。一方面谢谢他的支持和信任，决心搞好工程为他争光，另一方面又讲述了所遇到的困难——由于报价太低，亏损是难免的，希望他在几个方面给予支持：(1) 按照国际惯例将汇率以投标截止期前 28 天的中央银行的外汇汇率固定下来，以减少承包商的汇率风险。(2) 合同中虽没有预付款，但作为非洲银行的经援项目通常有预付款。没有预付款承包商无力进行工程。(3) 通过调查了解获悉，在非洲银行与该国的经济援助协议上本项目是免税的。而本项目必须执行这个协议，所以应该免税。合同规定由承包商交纳税赋是不对的，应予修改。5. 最终状况由于业主代表坚持

将标授予中国的公司，如果这个项目失败，他脸上无光甚至要承担责任，所以对承包商提出的上述三个要求，他尽了最大努力与政府交涉，并帮承包商讲话。最终承包商的三点要求都得到满足，这一下扭转了本工程的不利局面。最后在本工程中承包商顺利地完成了合同。业主满意，在经济上不仅不亏损而且略有盈余。本工程中业主代表的立场以及所作出的努力起了十分关键的作用

6.几个注意点：(1)承包商新到一个地方承接工程必须十分谨慎，特别在国际工程中，必须详细地进行环境调查，进行招标文件的分析。本工程虽然结果尚好，但实属侥幸。(2)合同中**没有固定汇率的条款**，在进行标后谈判时可以引用国际惯例要求业主修改合同条件。(3)本工程中承包商与业主代表的关系是关键。能够获得业主代表、监理工程师的同情和支持对合同的签订和工程实施是十分重要的。

《案例 9》在某工程中，承包商承包了设备基础的土建和设备的安装工程。按合同和施工进度计划规定：在设备安装前 3 天，基础土建施工完成，并交付安装场地；在设备安装前 3 天，业主应负责将生产设备运送到安装现场，同时由工程师、承包商和设备供应商一齐开箱检验；在设备安装前 15 天，业主应向承包商交付全部的**安装图纸**；在安装前，安装工程小组应做好各种技术的和物资的准备工作等。这样对设备安装这个事件可以确定它的前提条件(见图 7—2)，而且各方面的责任界限十分清楚。

《案例 10》在我国的某水电工程中，承包商为国外某公司，我国某承包公司分包了隧道工程。分包合同规定：在隧道挖掘中，在设计挖方尺寸基础上，超挖不得超过 40CM，在 40 CM 以内的超挖工作量由总包负责，超过 40CM 的超挖由分包负责。由于地质条件复杂，工期要求紧，分包商在施工中出现许多局部超挖超过 40CM 的情况，总包拒付超挖超过 40CM 部分的工程款。分包就此向总包提出索赔，因为分包商一直认为合同所规定的“40CM 以内”，是指平均的概念，即只要总超挖量在 40CM 之内，则不是分包的责任，总包应付款。而且分包商强调，这是我国水电工程中的惯例解释。当然，如果总包和分包都是中国的公司，这个惯例解释常常是可以被认可的。但在本合同中，没有“平均”两字，在解释中就不能加上这两字。如果局部超挖达到 50CM，则按本合同字面解释，40CM~50CM 范围的挖方工作量确实属于“超过 40CM”的超挖，应由分包负责。既然字面解释已经准确，则不必再引用惯例解释。结果承包商损失了数百万元。