

大型复杂国际工程索赔案例分析(下)

陈 卓 吕文学

内容提要 本文旨在通过对一个固定总价合同下累计金额超过 1000 万美元的因工程量变化产生的索赔案例进行全方面分析,总结索赔实战经验,以对我国对外承包公司的同行有所借鉴。

关键词 国际工程 索赔 案例分析

(上接本刊上期——编者注)

三、承包商索赔与业主反索赔的博弈过程(第二轮)

(一)承包商的索赔报告

在全面掌握了业主反索赔策略的基础上,承包商制定出分级索赔目标,并且依据相应的法律原理和国际工程惯例将工程量大幅增加合理推定成变更,进而向业主索赔工期延长和额外费用。

1. 索赔目标

承包商认为多事件交叉影响下的索赔争端解决本来就是一个复杂的过程,而且承包商对案例工程建设初期工期延误也是难辞其咎,因此,推定索赔依据以及计算工期延长和额外费用很难一蹴而就。为此,承包商制定了三级索赔目标。

[分析] 为了保证工程能够按时完工,承包商的制桩、打桩和浇筑砼等工作必须继续进行,甚至需要进一步投入资源进行赶工,以弥补由于客观因素和承包商自身原因造成的工期延误。但是,如果工程师凭借咨询公司评估报告的支持,在土建设计方案上刁难承包商,坚持拒绝对多余的桩和砼进行支付,则承包商不仅收不回赶工费用,甚至还会损失增加桩和砼的直接费。承包商由此意识到无论最后采取什么索赔目标和策略,确保桩和砼量的“合法性”是其利益的根本保障。

2. 索赔报告主要内容

在明确了索赔目标后,承包商在索赔报告中主要从以下四个方面进行了论述:

(1) 工程量增加的“合法性”

承包商在索赔报告中承认咨询公司的“设计保守”观点有一定道理,

其在土建设计中确实使用了中国标准,并采用了各种计算系数的上限,导致桩和砼量偏多。但承包商认为这种行为并没有违约,因为:

首先,合同中要求承包商在设计中使用英国 BS 标准或其他国际标准,目前中国 GB 标准已经大量应用在由中国承包商承建的国际工程中,因此完全可以视为与英国 BS 标准、德国 DIN 标准、美国 ASME 标准等同的国际标准。

其次,承包商在没有对合同中的地质勘察报告进行实质性复核的情况下,选择保守的态度,使用了各种计算系数的上限,也是出于工程的安全性角度考虑,但这并没有违约或违反设计标准。

第三,承包商的设计图纸在实施前均得到了工程师的批准,尽管 FIDIC 黄皮书第 5.2 款【承包商文件】规定“(工程师的)批准或评论,或者任何审核都不免除承包商的任何义务和责任”,但工

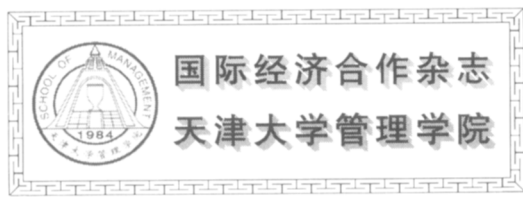


表 2: 承包商的三级索赔目标

	目标	措施
第一级 (最高)	桩和砼根据实际数量结算, 延长工期, 并且业主向承包商支付工程量增加引起的额外费用。	驳倒咨询公司评估报告, 坚持桩和砼的大幅增加为变更, 向业主索赔工期延长和额外费用。
第二级 (中级)	桩和砼根据实际数量结算, 并且延长工期。	驳倒咨询公司评估报告, 坚持桩和砼的大幅增加为变更, 向业主索赔工期延长。
第三级 (一般)	桩和砼根据实际数量结算, 放弃工期延长和额外费用。	驳倒咨询公司评估报告, 证明桩和砼量的“合法性”。

程师对于“设计保守”也应承担一定责任。

最后, 在以 FIDIC 黄皮书为通用条件的案例工程中, 承包商不仅承担设计、采购和建造的义务, 而且也拥有在不违反合同的前提下自主确定设计标准、计算系数、施工方法等等的权利, 这体现了合同的公平精神, 工程师应尊重承包商的这种权利。

除上述四点外, 承包商还委婉地提出桩和砼量大幅增加的主导原因不是“设计保守”, 而是工程师在没有设计图纸的情况下, 编制工程量清单时低估了工程量。

(2) 论证桩和砼量大幅增加为变更

基于合同默示条款的法律原理, 承包商依据合同明示条款做出了如下合理推定, 认为桩和砼量的大幅增加在工程师批准相关图纸的时候即构成了变更。

FIDIC 黄皮书第 1.1.6.9 款规定“变更”系指根据第 13 款【变更和调整】的规定, 经(工程师)指示或批准作为变更的, 对业主要求或工程所做的任何更改; 该定义清楚地说明变更的两个条件: 一是工程师的指示或批准; 二是对业主要求或工程的更改。

适用于土建和安装工程的

FIDIC 红皮书第 13.1 款【变更权】允许工程师对涵盖在工程量清单中的工程量进行变更。

上述第 13.1 款【变更权】中(a)项明确说明一个变更可以包括(现场工程的)任何工作内容的工程量的更改。对于(a)项后面括号中“但此类更改不一定构成变更”的规定, 承包商认为该条款没有明确说明在哪些情况下此类更改不构成变更, 根据“反意居先(Contra Proferentem Rule)”的合同解释原则, 应该做出不利于合同起草人(业主和工程师)的解释。

工程师在批准包含桩和砼量图纸时, 可以合理推定他是知道桩和砼量将会大幅增加的, 进而可以认为工程师在批准图纸的时候, 就已经批准了工程量清单中工程量的更改。此条说明案例满足了变更条件一。

上述工程师批准的工程量更改实质上是对工程的更改, 也就是满足了变更条件二。

尽管通常情况下, 变更需要工程师发出一个专门的变更指令, 但第 13.1 款中工程师添加的特殊条款明确指出了当工程量变化时, 变更指令或批准可以不需要。

在合同没有相关规定的前

提下, 承包商就工程量增加获得额外费用和工期延长是有与案例同属英美法系的法庭判例支持的。在 Mitsui 诉 Attorney General of Hong Kong 和 Crosby 诉 Portland UDC 两个判例中, 法官均支持了承包商的权利。

综上所述, 工程量大幅增加构成了变更, 承包商可以依据合同第 8.4 款【竣工时间延长】获得工期延长。

【分析】适用于单价合同的 FIDIC 红皮书对于工程量大幅增加有明确的规定, 它不仅在第 12.3 款【估价】中规定承包商可以调整价格, 而且在第 8.4 款【竣工时间延长】中赋予了承包商获得工期延长的权利。

案例工程的合同特殊条件尽管引用了 FIDIC 红皮书第 12.3 款的内容, 但工程师已经将“在工程量大幅增加的情况下承包商可以调整价格”的(a)项规定删掉, 而且采用 FIDIC 黄皮书的合同通用条件第 8.4 款也没有赋予承包商在工程量大幅增加的情况下获得工期延长的权利。因此, 案例工程的合同条件没有任何明示条款对工程量大幅增加下承包商的权利进行规定。

在合同没有明示条款规定承包商可以索赔的情况下, 承包商是否仍然可以索赔呢? 答案是肯定的。根据英美法系的法律原理, 这种情况下承包商仍然可以依据合同默示条款(Implied Term)进行索赔。默示条款是合同明示条款的对称, 是指未经当事人在合同中明示, 但被法院认为隐藏在合同之中的条款。作为合同要素

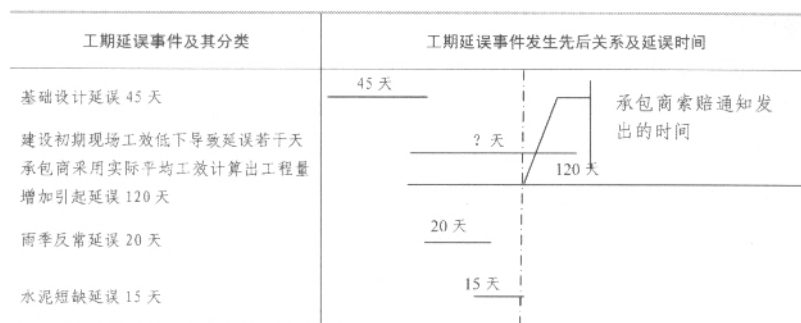


图 2: 案例工程的工期延误情况

的默示条款，并不是因为当事人双方明示或写在合同上，而是通过法律的效力补充到合同之中。

默示条款实际上就是一些可以从明示条款中合理推定出来的关于合同双方责任和义务的规定。依据默示条款合理推定合同双方义务可以分为四种类型：由合同的性质和目的而产生的默示义务；各方当事人依习惯做法和惯例而形成的默示义务；由诚实信用、公平交易原则而导致的默示义务；由合理性而建立的默示义务。

承包商将工程量大幅增加推定为变更正是合理运用了上述第三种推定类型。国际工程行业中存在“可推定变更(Constructive Variation)”的惯例。所谓“可推定的”就是指“实际上已经形成的”，而且合同双方均“已知道的”。可推定变更由美国法院率先在合同争端判决词中引用，并已经在其他国家推广。在上述第(4)项中，承包商依据“可推定变更(Constructive Variation)”的国际工程惯例合理推定了工程师在变更中的默示义务，即在审批土建图纸的时候批准了变更事项。

(3) 多事件交叉影响下的工期延长计算

图 2 详细说明了案例工程的工期延误情况，以及工期延误事件的先后发生关系。

目前广泛使用的多事件交叉影响下的工期延长计算方法有三种：首先发生原因法；主导原因法；比例分摊法。这三种方法最初由英国工程法律学者 Brian Eggleston 先生总结提出，所以也称为 Eggleston 原则。承包商使用这三种方法分别评估了案例，但都不能得到满意结果：

使用首先发生原因法，由于首先发生的是基础设计延误，承包商并不能获得工期延长。

使用主导原因法，工期延误的前一部分主导原因是基础设计延误和现场工效低下，承包商无法索赔工期；工期延误的后一部分主导原因是工程量增加，承包商可以索赔工期延长，但这部分工期延长的时间本就不多，而且承包商还不能计算清楚现场工效低下导致的工期延误时间。

使用比例分摊法，业主和承包商需要相互妥协，共同接受工程师在考虑全部工期延误事件的综合影响后做出的折衷裁决。考虑到业主与工程师的雇佣关系以及承包商在基础设计和建设初期自己的过失，承包商判断工程

师裁决的工期延长不会超过 60 天，根本不够弥补实际工期损失。

在借鉴上述三种方法不能获得满意结果的情况下，承包商聘请了一家在工程索赔领域卓有建树的欧洲知名工程咨询公司。在该公司的协助下，承包商为计算工程量增加导致的工期延长设计出了 Day One 模型，即案例工程桩和砼的实际工程量并不是在土建图纸设计完成后才存在，而是在案例工程合同签约日(Day One)那天就已经发生了，只是在土建图纸设计完成后才被承包商和工程师意识到。因此，承包商在计算桩量和砼量增加导致的工期延长时可以不考虑其他事件影响(这些事件在 Day One 的时候还没有发生)，而是将自己置身在 Day One 那天，以合同中的进度计划所显示的现场工效为计算依据，优化施工工序，保持现场各种资源条件不变，将实际桩量和砼量套用到该进度计划中，从而计算出工程量增加所对应的“实际”工期。工程量增加导致的工期延长就应该等于上述“实际”工期减去原来的合同工期，即：

工期延长 = “实际”工期 - 合同工期

按照 Day One 模型，承包商计算出工期延长为 323 天，但套用了实际工程量的新进度计划存在一些不合理的现象，例如现场资源使用峰值超出现场实际可用量，在这种情况下，承包商对新进度计划进行优化，最终计算得到工期延长为 314 天。

[分析] 多事件交叉影响下的工期延误，又称共同延误。如果

多个索赔事件在一段时段内同时发生,而这些事件又分别属于应由业主、承包商分别承担责任的过错或风险,则称之为共同延误。由于共同延误的复杂性,运用 Eggleston 原则计算出的工期延长可能如案例一样不能满足承包商的利益要求。在这种情况下,共同延误的工期延长计算可以不局限于上述原则,而是借鉴案例中 Day One 模型的经验,具体分析共同延误的自身特点,争取设计出更有效体现承包商利益的工期延长计算模型。

(4) 额外费用计算

承包商的索赔费用包括五个部分:直接费、现场管理费、其他实际发生费用、总部管理费和利润。其中直接费、现场管理费、总部管理费都套用了工程量清单中的价格,具体情况如下:

直接费:也就是增加的桩和砼等工作的人、机、料费用,由于工程师删除了就大幅增加的工程量调整单价的规定,承包商只能主张在工程量清单单价的基础上根据测量的实际完成工程量进行计算。

现场管理费:案例工程的工程量清单依据 PMWC(《Principles of Measurement (International) for Works of Construction》,详见文章第一部分)在其第二章“初步和一般项(Preliminary and General)”中专门规定了现场管理费的各项单价,包括现场临时设施购置和维护费、交通工具购置和维护费、施工工具购置和维护费等等。承包商直接套用这部分费率计算出索赔的

现场管理费。

其他实际发生费用:包括工程各种保函和保险的延期费用、设计费、代理佣金。

总部管理费:合同没有规定总部管理费,承包商按照上述三项费用总和的 7.5%进行取费。

利润:合同也没规定利润率,承包商按照上述四项费用总和的 5.5%计算。

除上述第 项直接费据实结算外,承包商计算出 314 天工期延长索赔对应的其他四项费用合计为 129 万美元。

[分析] FIDIC 合同条件第 13.3 款【变更程序】规定了两种变更定价流程:一种是工程师发出变更指令,承包商在执行变更过程中详细记录实际发生的费用以及变更对工程进度的影响,最后由工程师根据承包商的记录进行裁决;另一种是工程师在变更前要求承包商提交一份包括延长工期和增加费用的变更建议书,由工程师审核批准。如果承包商认为工程师的裁决或审核批准不合理,其可以通过索赔方式进一步主张延长工期和增加费用的权利。很显然,上述两种变更定价流程都不适用于案例中可推定变更的情况,承包商只能通过索赔方式主张其权利。

承包商在总承包合同以及附有工程量清单的合同中进行费用索赔时,应注意“价格包括原则”(Inclusive Price Principle)。价格包括原则是指承包商对于工作的报价应包括为完成所描述的工作所需的一切附属或偶然性的工

作。例如案例的工程量清单中只有打桩和浇筑砼的单价,没有将桩与砼基础连接所需的破桩头、连接钢筋等一系列工作的单价。根据价格包括原则,承包商所报的打桩和浇筑砼的单价中就应该包括这些工作的费用。

但如果工程师滥用价格包括原则解释工程量清单中未包含的工作项,承包商又该如何保护自己的利益呢?在案例工程中,承包商在现场工程初期进行了试桩工作,即在现场的五个不同地点打入五根桩,检测现场地质条件和桩的应力情况,以确定桩的外型和原料配比是否合理,这五根桩在试桩结束后作废。由于在工程量清单中没有规定试桩费用,工程师以价格包括原则为由拒绝支付试桩费用。

但实际上,根据国际工程惯例,运用上述价格包括原则应以不违背合同中规定的工程测量和估价规范为准。案例工程合同规定工程量的测量和估价应遵守 PMWC。PMWC 作为英国的建筑工程测量和估价规范,对工程量清单中如何设置费用项制定了一系列标准。例如,PMWC 规定在工程量清单中试桩应该单独设置费用项。试桩费应属于工程量清单的漏项,而不是被包括到了其他费用项中。最后,承包商以 PMWC 为依据,在制桩和打桩的工程量测量中计入五根试桩,从而收回了试桩费用。综上所述,工程师是否在工程结算中滥用价格包括原则,承包商可以使用工程量清单中规定的工程测量和估价规范来分析和检验。

(二) 工程师的回复

在收到承包商的索赔报告后,工程师一直保持沉默。

[分析]详细而充分的承包商索赔报告无疑扭转了索赔局势,承包商开始逐渐掌握了索赔博弈的主动权。但由于FIDIC合同条件第20.1款【承包商索赔】中没有对工程师回复承包商索赔文件和裁决索赔进行时间限制,所以工程师狡猾地采取了拖延战术,希望将已经开始有利于承包商的索赔拖延到工程后期甚至结束再进行处理。而且到目前为止,业主始终隐藏在幕后,不与承包商进行任何接触。索赔由此开始陷入僵局。

工程进展到1/4至3/4的这一时段是承包商争取索赔的最佳时期。这段时期以前索赔还没有大量发生;这段时期以后工程已经进入尾声,一方面承包商已经完成工作的价值通常会大于已经收到的合同款项,另一方面工程即将进入竣工试验和最终决算阶段,承包商在很多方面受制于业主和工程师,如果承包商这时还一味追求索赔效果,很有可能会招致业主和工程师在其他方面的刁难,甚至是终止合同。

出于上述考虑,承包商迫切需要找到一个突破口,以避免案例索赔被工程师拖延到工程后期,并且还要迫使业主坐到与承包商的索赔谈判桌上。

四、承包商索赔与业主反索赔的博弈过程(第三轮)

(一) 承包商

为了迫使业主和工程师能够

与承包商迅速解决索赔问题,承包商依据合同条件第2.4款【业主资金安排】、第14.7款【支付】和第16.1款【承包商暂停工作的权利】向业主直接发出通知:

1.指出工程量增加后工程所需资金将大幅增加,要求业主依据第2.4款【业主资金安排】向承包商提供其已经为项目安排了全部资金并能够根据合同规定进行支付的合理证明;

2.根据第14.7款【支付】中关于全部合同金额需使用信用证支付的规定,承包商认为上述资金合理证明应为业主向信用证中实质性注资;

3.如果业主不能够在合同规定的28天内提供这样的资金证明,承包商将依据第16.1款【承包商暂停工作的权利】暂停工作或降低工作效率。

(二) 业主

由于既不能有效反驳承包商的索赔报告,又不能在短期内筹措到工程量增加所需的1000余万美元,为了避免承包商依据合同采取停工等极端行为,业主不得不主动邀请承包商就索赔进行谈判。在谈判中,业主的妥协是给予承包商60天工期延长,同意增加的工程量据实结算,但不批准承包商的任何额外费用补偿要求。

[分析] FIDIC合同条件的一个突出特点是条款的“链接关系”,通过这些链接关系,FIDIC合同条件就形成一个约束合同双方权利和义务的“条款关系网”。无论业主还是承包商,只要能够熟练掌握这些链接关系和综合运

用这个条款关系网,就能在合同博弈中占据主动。例如:承包商在这轮博弈中综合使用了第2.4款【业主资金安排】、第14.7款【支付】和第16.1款【承包商暂停工作的权利】,逼迫业主出面与承包商展开谈判。

五、承包商索赔与业主反索赔的博弈过程(第四轮)

(一) 承包商

承包商并没有满足于业主的初步妥协。在取得索赔技术层面的胜利后,为了扩大索赔成果,承包商开始在索赔政治层面上寻求突破:一方面承包商在做好现场工作的前提下,邀请工程所在国国家元首及社会媒体考察现场,宣传中国承包商克服困难、积极拼搏的正面形象;另一方面,在中国使馆和经商参处的支持和帮助下,承包商主动接洽案例工程的政府主管部门,说明工程量增加给工期和费用方面带来的巨大损失,并指明如果业主不肯与承包商共担这些损失,工程很难顺利完工。

承包商的这些索赔“外围”工作博得了政府和社会舆论的支持。在得到国家元首的首肯后,政府主管部门召集中国使馆和经商参处、业主、工程师、承包商等工程相关方,组成争端解决小组,共同商讨工期延长和费用增加事宜。

(二) 业主

业主在政府压力下最终妥协,给予承包商115天工期延长,据实结算增加的工程量,并同意支付54万美元的额外费用。

[分析]在中国承包商承建的国际工程中,有相当一部分属于政治项目,这些工程的顺利实施不仅给工程所在国带来经济效益,而且还会促进中国与该国的政治关系。此外,从事国际工程的中国承包商大多属于国营企业,除了经济效益外,他们本身还肩负着国外承包商不具备的“央企责任”。正是基于这种特点,案例工程摒弃了DAB、仲裁和诉讼等耗时费钱的争端解决方式,而是采取在两国政府斡旋下,业主和承包商以有利于工程顺利实施为目标,通过友好协商达成一致的方法。当然,这种依托政治斡旋解决争端的前提条件是中国承包商具有过硬的工程技术和商务能力。

六、FIDIC 黄皮书索赔和变更条款修改和谈判经验

国际工程索赔是一项涉及工程技术、国际商务、建筑法律、项目管理的综合学科。我国已经出版大量著作对国际工程索赔理论和方法进行了分析和研究。从上述案例分析可以看出,熟练掌握这些理论和方法是中国承包商赢得索赔的根本保障。除此之外,中国承包商还必须精通国际工程使用的各种国际合同范本中索赔和变更条款的规定,并尽量争取在合同谈判阶段将这些条款修改得更有利于承包商一方。

基于上述业主和承包商的博弈过程,文章以FIDIC黄皮书为例,从承包商角度提出以下索赔和变更条款的修改和谈判经验,供国内同行借鉴:

第一,第 2.5 款【业主索赔】

FIDIC 为业主索赔规定了一个程序,但这个程序没有对业主提交索赔文件和工程师裁决索赔做出时间限制。与第 20.1 款【承包商索赔】的严格时效限制相比,显失公平。建议参照承包商索赔的时效规定,为业主提交索赔文件和工程师裁决索赔增加时效限制;

第二,第 13.3 款【变更程序】

FIDIC 规定了两种变更定价程序:工程师发出变更指示和工程师要求承包商提交变更建议书。无论适用哪个程序,当承包商不满意工程师对工期和费用的裁决时,其拒绝执行变更的余地很小,只有第 13.1 款【变更权】中列出的三种拒绝理由。FIDIC 的这种规定侧重保护了业主的买方利益,但如果工程师在实际操作中偏离独立第三方角色(事实上往往如此),利用该条款做出不利于承包商的裁决,则承包商很难提出有效抗辩。

为了保护承包商的卖方利益,建议在合同中对变更定价涉及的一些费用和进度指标进行规定,例如承包商的总部管理费率、现场管理费率、设计费率、合理利润率、人工和施工机具效率等等,从而减小工程师做出不公正裁决的可能性。

第三,第 20.1 款【承包商索赔】

FIDIC 没有对工程师回复承包商索赔文件和裁决索赔进行任何时间限制。如前文所述,一旦工程师对承包商索赔采取拖延策略,将严重危害承包商的索赔利

益。建议为工程师回复承包商索赔文件和裁决索赔增加时间限制。如有必要,甚至可以将这种时间限制与第 16.1 款【承包商暂停工作的权利】进行联系,即如果工程师没有在规定时间内履行其回复或裁决义务,承包商可以暂缓相关工作。

另外,FIDIC 对承包商索赔的时效限制近乎苛刻,特别是关于承包商没有在规定时间内提交索赔通知就丧失工期延长和增加费用权利的规定严重损害了承包商的索赔利益。建议删除类似条款,或者延长提交索赔文件的时效。

[作者单位:陈卓,中国机械进出口(集团)有限公司;吕文学,天津大学管理学院]

参考文献

陈勇强、张水波:《国际工程索赔》,中国建筑工业出版社,2008年。

魏振瀛、徐学鹿(等):《北京大学法学百科全书——民法学和商法学卷》,北京大学出版社,2004年。

国际统一私法协会:《国际商事合同通则》,法律出版社,2004年。

David M. Walker (著)、李双元等(译):《牛津法律大辞典》,法律出版社,2003年。

邱闯:《国际工程合同原理与实践》,中国建筑工业出版社,2002年。

梁鑑:《国际工程施工索赔》(第二版),中国建筑工业出版社,2002年。

The Royal Institution of Chartered Surveyors (RICS), Principles of Measurement (International) for Works of Construction, London: RICS Books, 1979.