

FIDIC 银皮书在国内工程总承包项目的适用 (上)

文/郝运 张倩钰

近年来,越来越多的工程项目开始尝试放弃传统的平行发包模式(DBB),进而采用工程总承包模式。作为在国际工程领域广泛运用的项目组织实施方式,工程总承包模式有利于实现设计、采购、施工各阶段的深度融合,大幅缩短建设周期,加快工程实施进度。在国内,不少市场主体因为缺乏工程总承包模式组织实施的经验,在项目组织实施初期都会面临选择合同文本的问题。

尽管2011年住房和城乡建设部联合发布了《建设项目工程总承包合同示范文本》(GF-2011-0216),2012年九部委发布了《标准设计施工总承包招标文件》(包含适用于工程总承包项目的合同文本),但在国内工程总承包市场蓬勃发展的当前,市场主体显然希望具备更多的选择,于是不少人将目光转向了FIDIC合同条件。作为国际咨询工程师协会编制的标准合同范本之一,FIDIC《设计采购施工(EPC)交钥匙工程合同条件》(以下简称FIDIC银皮书)因其相对成熟的体系和较为完备的内容被世界银行、亚洲开发银行以及各国政府广泛适用。

但在国内工程总承包项目中,是否意味着选择FIDIC银皮书作为合同文本就更更为恰当合理?是否意味着就能规避更多风险,更有利于项目管理?为解决这些疑问,我们基于国内工程总承包模式发展现状,对FIDIC合同体系与我国建筑领域法律法规、市场实践的融合进行了深入思考,特作此文对国内工程总承包项目适用FIDIC银皮书要面对的差异、问题、风险等进行简要分析,以供读者。

注意项目情况与管理思路与FIDIC银皮书模式特征及适用条件的适应性

根据《菲迪克(FIDIC)合同指南》关于合同选用的表述,FIDIC银皮书“推荐用于以交钥匙方式提供加工或动力工厂;也可用于由一个实体承担全部设计和实施职责的,涉及很少或没有地下工程的私人融资的基础设施项目。这种合同的通常情况是,由该实体进行全部设计、采购和施工(EPC),提供一个配备完善的设施,“转动钥匙”后即可运行。”其特征及适用条件包括:

“1. 雇主希望承包商承担设计和施工的全部职责;2. 雇主希望协议的合同价格和工期都不超过,具有更大程度的确定性;3. 主要最终结果符合雇主规定的性能标准,雇主不希望介入工作的日常进展;4. 雇主希望项目按照严格的双方方式组织,即没有“工程师”参与;5. 雇主愿意为其项目建设(较用P&DB方式)多付款,作为对承包商为提高最终价格和工期的确定性而承担额外风险的回报。”

《菲迪克(FIDIC)合同指南》中也列举了不应用适用银皮书的情况:

“1. 如果投标人没有足够时间或掌握充分情况以仔细研究和校核雇主主要求,或其进行设计、风险评估研究和估计时;2. 如果施工包括大量地下工程,或投标人不能检查的其他范围的工作;3. 如果雇主密切监督或控制承包商的工作,或审查大部分施工图纸;4. 如果每次期中付款的款额要由官员或其他中介确定时。”

上述适用条件和不适用情形的列举不仅是选用FIDIC银皮书时的重要参

考,也是该合同条件的设计理念,贯穿在合同内容的细枝末节中。如工程项目不符合银皮书的适用条件而强行适用,则意味着需对合同内容进行大量的删改、增减,并保证新旧条款间的自治,避免出现重大风险和扯漏。对合同编制和修改而言,这种操作耗时耗力、工作量大、技术要求高、风险高,甚至远高于重新编制一版合同条件,不符合经济性原则。对项目而言,若合同条款过于繁杂,甚至自相矛盾,也会增加管理难度和风险。以“雇主希望项目按照严格的双方方式组织,即没有“工程师”参与”这一适用条件为例,FIDIC银皮书合同条件规定雇主对项目实施管理的核心主体是雇主代表,并非我国建设领域常用的第三方监理,也并非FIDIC红皮书(《施工合同条件》)、FIDIC黄皮书(《生产设备和设计-施工合同条件》)中雇主任命的工程师。如果建设单位需要通过第三方监理或工程师主导或积极介入项目管理,则意味着需要对FIDIC银皮书中所有与雇主代表有关的条款进行修改和完善,并对工作界面进行重新设计和梳理。(对此,本文第三部分会予以详述)

因此,国内工程总承包项目适用FIDIC银皮书首先应充分考虑项目特点是否符合银皮书的适用条件和情形,避免给合同约定、成本控制和项目管理带来不必要的麻烦和风险。

注意合同谈判及项目管理团队对FIDIC银皮书的法系环境和语言特点的理解和适应性

FIDIC合同条件最早起源于英国土木工程师学会的ICE标准工程合同条件范本,内容具有强烈的英美法特色,语言表达也遵循英语的语法习惯和特点,条款中的从句和修饰语远远超过了英语句子的平均长度(17个词),其目的是为了合同语言的确切、清晰、细致、严密,防止任何歧义的出现。

例如银皮书20.1条款中关于承包商提交索赔报告的部分表述,类似的复杂长句在FIDIC中随处可见,它们包含各种从句,表示时间或条件的状语,并列成分、介词短语等,精准的用词和复杂的句式结构使表意更为准确。但对较少接触过此类语言文化习惯和合同条件的合同谈判和项目管理而言,则意味着条款内容冗长、语法结构略显复杂,难以准确理解、判断和使用。因此FIDIC合同条件的语言结构更容易被以英文作为工作语言的涉外项目管理者所习惯。

FIDIC银皮书翻译时所采用的表述也与我国建设领域法律法规、合同示范文本的表述略有差异。如上述条款中,“觉察(或应已觉察)”在我国法律法规中的表述一般为“知道或应当知道”“雇主”在我国合同示范文本中一般为“业主”,而“分包商”这一概念更是与我国建设领域“分包单位”的内涵有所不同。在国内成文法体系下,“分包单位”这一概念通常发生在工程类合同体系下,例如设计分包、施工专业分包、劳务分包等,并不包括买卖合同、租赁合同体系下的材料设备供应合同。但FIDIC合同条件更接近于英美法系,因不依赖于某一特定成文法体系背景,所以“分包商”这一概念“系指为完成部分工程,在合同中指定为分包商、或被任命为分包商的任何人员;以

及这些人员各自财产所有权的合法继承人。”即包含了总包对外委托的包括供应商、分包商在内的合作单位,而如在国内法律体系下不加以区分,则又将因分包商、供应商所受到的法律规制不同引发相应的法律风险。

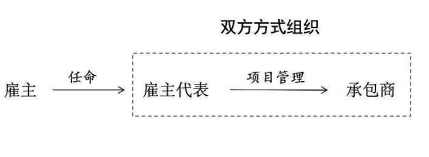
因此,国内工程总承包若适用FIDIC银皮书,相关主体应对FIDIC合同条件的法系环境和语言特点有一定程度的了解,若在完全不熟悉的情况下盲目适用,无疑是对合同谈判、缔约、合同管理等工作提出更高的要求、增加了合同责权利和项目管理的风险。

注意监理制度与传统项目管理理念与FIDIC银皮书雇主管理模式差异

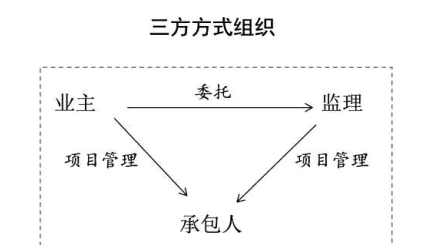
如前述,FIDIC银皮书合同条件规定雇主对项目实施管理的核心主体是雇主代表,并非我国建设领域常用的第三方监理,也并非FIDIC红皮书(《施工合同条件》)、FIDIC黄皮书(《生产设备和设计-施工合同条件》)中雇主任命的工程师。具体而言,FIDIC银皮书中对项目实施管理主要由“雇主代表”和“其他雇主人员”进行,其中“雇主代表”为1名,由雇主任命,具有雇主除第15条(由雇主终止)规定的权力外的全部合同权力。“其他雇主人员”受雇主或雇主代表的指派,可包括驻地工程师和(或)担任检验、和(或)试验各项生产设备和(或)材料的独立检查员。“雇主代表”及其他“其他雇主人员”根据信托做出的任何批准、授权、证明、同意、检查、检验、指示、通知、要求、试验、或类似行动,应如同雇主采取的一样有效。

尽管看起来相似,也有不少人将FIDIC银皮书中的“雇主代表”与FIDIC红皮书、黄皮书中的“工程师”、我国监理制度中的监理师作相同职能,但从管理架构和职责权力进行剖析,还是能够发现“雇主代表”与其他二者的明显差异。FIDIC银皮书中,雇主任命雇主代表参与对承包商的项目管理,雇主代表的权力范围较大,基本等同于雇主权力,而管理架构就像银皮书前言所提到的:“雇主希望项目按照严格的双方方式组织,即没有“工程师”参与。”(见图一)而我国建设

领域一贯施行强制监理制度,在传统建设管理模式中,监理作为独立的第三方,居于业主和承包商之间,其权力范围较小,主要集中于施工监督和协调配合,并不完全等同于业主的权力。管理架构方面,监理与业主共同参与项目管理,形成了三方关系。(见图二)



(图一)



(图二)

国内工程总承包项目适用FIDIC银皮书,需充分理解“雇主代表”的定位及双方方式组织的管理架构,并解决以下可能存在的问题。一方面,因为业主对工程总承包模式的认知差异及我国传统建设管理模式的影响,在项目实际管理中,业主对承包商信任不足,往往会出现过多的干涉承包商的项目管理,并通过种种方式限制其权力,这与银皮书适用的管理架构相背离;另一方面,若适用FIDIC银皮书的同时,不采用其特有的双方管理架构,尤其是根据国内法律规定对于需要强制监理的项目,则需对合同条件进行全面梳理,将“雇主”“雇主人员”的职责和权力进行拆分并重新约定,融入国内法律规定的监理制度及其职责,然后根据各方主体的权力划分,排查冲突点、设置权力冲突的解决机制,最后将以上内容与项目管理流程进行适配。以上操作工作量巨大、时间成本、人力成本消耗都较高,还有可能因项目管理模式及合同文本差异导致发生质量、安全

隐患或事故时双方对责任归属发生争议,需在选择适用时予以考量。

注意FIDIC银皮书雇主和承包商前期阶段责任划分与国内实践和法律规定的差异

在FIDIC银皮书合同条件下,大量的工作和责任都由承包商来承担,而业主在工作界面的划分中仅承担小部分工作和责任。这一特点主要体现在工程前期准备阶段的责任划分,通过与其他工程总承包合同文本的对比更为明显。

第一,在办理许可、执照或批准方面。根据FIDIC银皮书第1.3款和第2.2款的规定,雇主只需为项目取得相关规划许可(如建设工程规划许可证),其他按照法律关于工程设计、实施和竣工以及修补任何缺陷等方面的要求,需要办理并取得的全部许可、执照或批准均由承包商办理,雇主只是负有合理协助的义务。这一约定与国内建设领域的以往操作略有不同,国内合同文本中,一般将办理相关许可、手续的责任分配给发包人,由发包人办理并承担因其原因未能按时办理给承包商造成的损失。发包人可以向承包商办理,而不是将办理相关许可的工作在界面上直接划分给承包商。以《建设项目工程总承包合同示范文本》(GF-2011-0216)为例,通用条款第2.1.1项、第7.1.5项、第7.1.6项和第7.2.5项规定了:发包人负责办理项目的审批、核准或备案手续;发包人在开工前应取得批准文件或施工许可证、完成工程质量监督、安全监督等手续的办理;在施工过程中遇到须由发包人办理的批准,承包商应通知发包人办理;发包人应承担未能按时办理批准手续的相应责任;承包商应协助发包人办理开工等批准手续;发包人可委托承包商代办等。

FIDIC银皮书对办理许可、执照或批准责任的划分,还与我国现行法律法规的规定存在出入。以办理施工许可证为例,按FIDIC银皮书的约定,除规划许可证外其他证件均由承包商办理,即可理解为将办理施工许可证的责任分配给承包商。而《建筑法》第七条的规定了建设单位应当在开工前按照国家有关规定申

请领取施工许可证。

第二,在提供现场数据方面。根据FIDIC银皮书第4.10款的规定,雇主向承包商提供现场地下、水文条件及环境方面的所有有关资料,除第5.1款(设计义务一般要求)外,对这些资料的准确性、充分性和完整性不承担责任。这一约定也与国内建设领域的操作惯例不同,国内工程总承包合同文本一般约定发包人不仅提供基础资料,还会对其真实性、准确性和完整性负责。以九部委发布《标准设计施工总承包招标文件》为例,该招标文件合同条款第4.10.1项约定:“承包商应向雇主提供施工现场及毗邻区域内的供水、排水、供电、供气、供热、通信、广播电视等地下管线资料、气象和水文观测资料,相邻建筑物和构筑物、地下工程的有关资料,以及其他与建设工程有关的原始资料,并承担原始资料错误造成的全部责任,但承包商应对对其阅读上述有关资料后所作出的解释和推断负责。”《建设项目工程总承包合同示范文本》(GF-2011-0216)中也约定了发包人提供项目基础资料和现场障碍资料,并对其真实性、准确性、齐全性和及时性负责。值得一提的是,《建设项目工程总承包合同示范文本》(GF-2011-0216)中也强调了承包商负有核实项目基础资料、现场障碍资料的义务,并承担相应责任。

此外,FIDIC银皮书对提供现场数据责任的划分也与我国现行法律法规的规定存在一定出入。《建设工程质量管理条例》第九条规定了“建设单位必须向有关的勘察、设计、施工、工程监理等单位提供与建设工程有关的原始资料。原始资料必须真实、准确、齐全。”

若按FIDIC银皮书约定,雇主不对现场数据等负责,由此国内工程总承包项目采用FIDIC银皮书时,要注意与国内实践和惯例的本土化衔接,及与国内法律法规和外部监管的适应。

注意国内项目图纸审查程序与FIDIC银皮书对承包商设计图纸审查的差异

根据FIDIC银皮书第5.2款的内容,承包商编制所有承包商文件并报雇主审核,除非雇主要求中另有说明,每项审核期从收到承包商文件和承包商通知的日期算起不应超过21天。雇主在审核期可向承包商发出通知,指出承包商文件不符合合同的规定。如果承包商文件确实不符合,该文件应由承包商承担费用,按照本款修正,重新提交,并审核。该条款中的“承包商文件”是指承包商根据合同提交的所有计算书、计算机程序和其他软件、图纸、手册、模型以及其他技术性文件,其内容包含了设计文件。因此,FIDIC银皮书合同条件下,设计文件的审核由雇主负责。

然而,国内工程总承包项目建设,则需遵循《建设工程质量管理条例》所设立的施工图设计文件审查制度。《建设工程质量管理条例》第十一条第二款明确规定:“施工图设计文件未经审查批准的,不得使用”,将施工图审查作为工程建设管理的一个必经环节。《房屋建筑和市政基础设施工程施工图设计文件审查管理办法》规定:施工图审查由住房城乡建设主管部门确定的专门从事施工图审查业务的审查机构进行;建设单位不得明示或者暗示审查机构违反法律法规和工程建设强制性标准进行施工图审查,不得压缩合理审查周期、压低合理审查费用;审图机构出具的审查合格书是设计文件合格的依据和获得施工许可的前提等内容。FIDIC银皮书由雇主审核设计文件的规定显然不符合国内施工图设计文件审查制度的要求。

反观国内两版工程总承包合同文本,则更符合国内施工图设计文件审查制度的规定。《建设项目工程总承包合同示范文本》(GF-2011-0216)规定了由发包人负责设计阶段的审查会议,并有权在正式审查之前,对相关设计文件、图纸和资料提出建议、进行预审和确认。九部委发布的《标准设计施工总承包招标文件》中则规定了:“设计文件需政府有关部门审查或批准的,发包人应在审查同意承包商的设计文件后7天内,向政府有关部门报送设计文件,承包商应予以协助。”

由此可见,对于设计文件的审查,FIDIC银皮书的规定与国内施工图设计文件审查制度流程不完全匹配,尤其是国内工程总承包项目施工图通常需经第三方审图机构审查的程序下,第三方机构审图行为源于政府主管机关还是业主的委托,第三方审图机构的法律性质、第三方审图机构审查结论的约束力、是否构成业主对承包商编制施工图设计文件的确认、第三方机构未按规定时间或合理时间审图所导致的工期延误是否顺延工期等常常成为发承包双方的争议焦点,FIDIC银皮书合同条件可能难以体现该流程,因此国内工程总承包项目适用FIDIC银皮书时,需对相关条款进行修改和完善。

除了以上五个方面外,FIDIC银皮书适用于国内工程总承包项目时,还应注意合同、风险、索赔、缺陷责任等方面的适用性,详细内容我们将在本文下篇展开论述。(作者单位:上海市建纬律师事务所)

(作者单位:江苏君远律师事务所)



项目经理在两个以上单位受聘或执业情形是否以工商登记为准

文/李淑君 尹艳

建设工程领域的招标投标活动,与建设工程质量和人民群众的生命财产安全息息相关。参与招标投标活动的单位和个人,应当严格遵守相关法律法规,切实维护招标投标活动的正常秩序。对于投标人来说,更应当规范参与投标的项目经理的行为。作为一个工程项目管理的直接组织实施者,项目经理负责工程的进度、质量、安全、成本控制及内外协调工作,在参与项目管理时需要履行全程性、持续性的监督管理职责,以确保项目管理目标的实现。

现实中,项目经理的兼职行为层出不穷、屡禁不止,在本单位执业期间同时在其他单位担任了法定代表人、董事、总经理等职务。项目经理同时在两个及以上单位从事执业活动必定会顾此失彼、分散精力,难以保证工程的质量和进度。为了加强对项目经理的监督管理,提高工程项目管理水平,住房城乡建设部发布了建设部令153号文《注册建造师管理规定》,明令禁止项目经理的兼职行为,以强制性规定的形式力求从根源上遏制此类不良行为,从而防范项目经理因兼职而出现管理工作松懈不严谨、风险把控延误疏忽的情况,进一步规范建设工程招标投标活动。

《注册建造师管理规定》第二十六条规定:“注册建造师不得有下列行为:……(六)同时在两个或者两个以上单位受聘或者执业。”

《注册建造师管理规定》第三十七条规定:“违反本规定,注册建造师在执业活动中有第二十六条所列行为之一的,由县级以上地方人民政府建设主管

部门或者其他有关部门给予警告,责令改正,没有违法所得的,处以1万元以下的罚款;有违法所得的,处以违法所得3倍以下且不超过3万元的罚款。”

根据上述规定,项目经理不得同时在两个或者两个以上单位受聘或者执业,有关监督管理部门发现存在上述行为的,应当依法履行监管职责,给予行政处罚。但现实情况纷繁复杂,对于何种情形属于《注册建造师管理规定》第二十六条第(六)项规定的“同时在两个或者两个以上单位受聘或者执业”,实务界争议不休。

针对上述问题,住房城乡建设部先后出具了两份复函,对《注册建造师管理规定》第二十六条第(六)项的适用问题进行了相关说明。

2018年6月27日,住房城乡建设部针对江苏省住房城乡建设厅关于拟中标候选人项目负责人在另外两个法人单位任职总经理(法人代表)、执行董事的行为是否属于违反《注册建造师管理规定》第二十六条“同时在两个或者两个以上单位受聘或者执业”所规定的情形请示,由住房城乡建设部建筑市场监管司作出了复函,明确上述情况属于“同时在两个或者两个以上单位受聘或者执业”。

2019年9月6日,住房城乡建设部针对江西省住房和城乡建设厅《关于对<注册建造师管理规定>有关条款解释的请示》作出《住房和城乡建设部办公厅关于<注册建造师管理规定>有关条款适用问题的复函》(建办法函[2019]507号),明确“施工企业注册建造师在

本单位执业期间同时在其他企业担任了法定代表人,违反《注册建造师管理规定》的第二十六条相关规定。”

实践中,对于项目经理在本单位执业期间同时在其他企业担任了法定代表人的情形,该法定代表人的变更是以公司相关决议作出之日即发生法律效力,还是以办理工商变更登记手续之日为准,理论界与实务界有不同的观点。一种观点认为应当以公司相关决议作出之日为准,如股东会或者股东大会决议、董事会决议等;另一种观点认为应当以办理完毕法定代表人工商变更登记手续之日为准。

笔者曾处理过一个招标投标投诉案件,某建筑企业A公司于2018年8月28日参加某工程项目的投标,经评标委员会评审后,公示A公司为第一中标候选人。之后A公司遭遇到投诉,投诉事项为A公司项目经理在参加某工程项目施工招投标过程中,同时担任B公司的法定代表人,该行为违反了《注册建造师管理规定》第二十六条第(六)项“注册建造师不得同时在两个或者两个以上单位受聘或者执业”及《住房和城乡建设部办公厅关于<注册建造师管理规定>有关条款适用问题的复函》“施工企业注册建造师在本单位执业期间同时在其他企业担任了法定代表人违反了《注册建造师管理规定》相关规定”的规定,要求取消A公司第一中标候选人资格。

经过与A公司的沟通,了解到2018年8月8日,B公司召开股东会形成股东会决议,撤销了A公司项目经理在B

公司法定代表人职务。2019年12月6日,B公司办理完毕法定代表人工商变更登记手续,领取了新的营业执照。

经分析与论证,笔者认为,A公司项目经理不存在上述违反相关法律法规的情形,因为公司股东会决议的效力优于工商登记。

法定代表人的变更是以公司相关决议作出之日即发生法律效力,还是以办理工商变更登记手续之日为准,是认定A公司项目经理是否违反了“注册建造师不得同时在两个或者两个以上单位受聘或者执业”规定的的关键性问题。

一方面,公司作为拥有独立民事行为能力、法人,法定代表人的产生和变更属于公司意思自治范畴内事项。在不违背公司法的强制性和禁止性规定、符合公司章程约定的前提下,公司决议一经做出,即生效。也就是说,公司决议的效力优于工商登记,工商登记并不产生对抗公司意思自治即公司决议的效力,公司法定代表人的变更于公司相关决议作出之日即发生法律效力,未进行法定代表人变更登记并不影响公司实际法定代表人已经发生变化这一事实,以下案例2的法院判决也持上述观点。

案例1:在江苏省苏州市中级人民法院审理的(2018)苏05民终7352号孙加利与苏州红旭汽车销售服务有限公司(以下简称“红旭公司”)公司证照返还纠纷一案中,法院认为:根据《公司法》的规定,公司法定代表人依照公司章程的规定,由董事长、执行董事或者总经理担任,并依法登记。公司法定代

表人变更,应当办理变更登记。但在公司登记机关的登记主要是对外产生公示效力,而在公司内部来说即使未完成变更登记,只要其内部变更决议符合法定程序和公司的真实意思表示即产生法律效力。红旭公司虽未按股东会决议办理法定代表人的工商变更登记,但工商登记并不产生对抗公司意思自治即股东会决议的效力。

另一方面,公司法定代表人的变更属于备案性质,未办理变更登记并不影响公司决议的效力,公司决议一经作出就具有法律约束力,相关法院判决也持上述观点。

案例2:在江苏省高级人民法院审理的成之德、胡锡昌与中青投资咨询(无锡)有限公司(以下简称“中青无锡公司”)公司证照返还纠纷一案中,法院认为:公司法定代表人的变更属于备案性质,未办理变更登记并不影响陈玉进担任中青无锡公司的法定代表人的效力。

综上,笔者认为项目经理在本单位执业期间同时在其他企业担任了法定代表人,法定代表人的变更应以公司相关决议作出之日即发生法律效力,而不以办理工商变更登记手续之日为准。