

# FIDIC 银皮书在国内工程总承包项目的适用 (下)

□郝运 张倩钰

(上接6月15日版)

在FIDIC银皮书在国内工程总承包项目的适用(上)中,我们对国内工程总承包项目适用FIDIC银皮书时需注意的要点进行了梳理,主要包括FIDIC银皮书的适用条件、法系环境与语言特点、雇主管理模式、前期阶段责任划分、设计图纸审查五个方面。本文承接上篇写作思路,将继续对国内工程总承包项目适用FIDIC银皮书的注意事项进行阐述。

## 注意FIDIC银皮书分包条款的内容与国内法律规定的差异

FIDIC银皮书(注:若无特别说明,本文论述均基于1999年版FIDIC银皮书)关于合同分包的内容与我国法律规定的差异一方面体现在分包的程度上。银皮书第4.4款(分包商)中明确了:如专用条件有规定,承包商应在不少于28天前向雇主通知拟雇用的分包商,并附上包括其相关经验的详细资料、分包商承担工作/现场工作的拟定开工日期。即在银皮书合同条件下,承包商有权自行雇用分包商而无需征得雇主的同意,即便专用条件有规定,承包商也仅仅负有向雇主提前告知的义务。而我国《建筑法》第二十九条规定了除总承包合同中约定的分包外,承包人将部分工程分包必须经过建设单位的认可。《建设工程质量管理条例》进一步明确未在总承包合同约定又未经建设单位认可的分包行为是违法分包,需承担相应的责任。

另一方面,FIDIC银皮书关于雇主指定分包(甲指分包)的内容与我国法律规定也存在差异。银皮书第4.5款指定的分包商中规定:对于雇主的指定分包,如果承包商提出合理的反对意见,尽快向雇主发出通知并附有详细的依据资料,可不接受雇主的指定。第4.4款(分包商)中也明确约定了:“承包商应对任何分包商、其代理人或雇员的行为或违约,如同承包商自己的行为或违约一样地负责。”即在银皮书合同条件下,雇主对于分包商的指定并非绝对的,承包商可提出合理意见反对指定;如果承包商接受了雇主的指定,承包商需像对自行雇用的分包商负责一样,对指定的分包商负责,而雇主的“指定”行为则无需承担相应的责任。这一合同约定与我国法律规定存在两点差异:第一,尽管我国《建筑法》《合同法》等法律并未明确禁止甲指分包,但少数部门规章对此作出了禁止性规定。例如《房屋建筑和市政基础设施工程施工分包管理办法》(建设部令第124号)第七条规定:“建设单位不得直接指定分包工程承包人。任何单位和个人不得对依法实施的分包活动进行干预。”《工程建设施工招标投标办法》(七部委令30号)第六十六条规定:“招标人不得直接指定分包人。”第二,对于甲指分包的行为,雇主应承担相应的过错责任,而非银皮书约定的所有分包(包括指定分包)的责任概由承包商承担。最高人民法院《关于审理建设工程施工合同纠纷案件适用法律问题的解释》(法释[2004]14号)第十二条规定了:发包人直接指定分包人分包专业工程,造成建设工程质量缺陷,应当承担过错责任。

因此,国内工程总承包项目适用FIDIC银皮书时,应充分理解银皮书合同条件下分包条款与国内法律环境和市场实践的差异,关注违法分包、业主指定分包商所可能涉及的合法合规性风险,以及FIDIC合同条件下分包商的责任承担约定与法律法规、司法解释规定不一致情况下可能存在的经济风险。

## 注意FIDIC银皮书合同条件下雇主承担的风险与国内法律规定的差异

工程总承包模式与传统模式相比,承包商不仅承接了更多的工作内容,还承担了更多的风险。在工程总承包项目中,除了明确约定雇主需承担的风险和双方共担的不可抗力的风险外,其他风险几乎都由承包商承担,所以对于雇主引导的约定就尤为重要。为了更好地引导国内工程总承包模式的发展,《房屋建筑和市政基础设施项目工程总承包管理办法》(建市规[2019]12号)第十五条专门列举了建设单位应承担的主要风险:“(一)主要工程材料、设备、人工价格与招标时基期价相比,波动幅度超过合同约定幅度的部分;(二)因国家法律法规政策变化引起的合同价格的变化;(三)不可预见的地质条件造成的工程费用和工期的变化;(四)因建设单位原因产生的工程费用和工期的变化;(五)不可抗力造成的工程费用和工期的变化。”但在FIDIC银皮书中,上述风险并非皆由雇主承担,差异主要体现在物价波动的风险和不可预见的困难所造成的风险两方面。

其一,FIDIC银皮书合同条件中并没有规定雇主和承包商应就物价涨跌商定一个波动幅度,也并未规定物价波动的幅度应由雇主承担。隐含着主要工程材料、设备、人工价格的波动所产生的风险或收益概由承包商承担。然而,建设工程周期长的特性下,受通货膨胀等经济规律的影响,物价普遍上涨,承包商面对人材机成本增长的巨大压力,无法维系最起码的利润率。从保障发包人双方合法利益、保障工程质量合格且及时竣工的角度而言,物价上涨的风险应由双方合理约定,共同承担。对此,《建设项目工程总承包合同示范文本》(GF-2011-0216)第13.7款约定了物价波动是可以调整价格的,但只限定为“在合同执行过程中,工程造价管理部门公布的价格调整,涉及承包人投入成本增减的。”而《标准设计施工总承包招标文件》通用条款第16.1款设定了A、B两种不同情形:其中,A款规定了物价波动引起成本增加的具体情形,其规定借鉴了FIDIC黄皮书因成本改变进行调整的规则;B款规定:“除法律规定或专用条款另有约定以外,合同价不因物价波动进行调整”,借鉴了银皮书的规定。

其二,FIDIC银皮书合同条件下,不可预见的地质条件造成的工程费用和工期的变化由承包商承担,而非雇主承担或双方分担。银皮书第4.12款(不可预见的困难)规定:“除合同另有说明外,(a)承包商应被认为已取得了对工程可能产生影响或作用的有关风险、意外事件和其他情况的全部必要资料;(b)通过签署合同,承包商接受对预见到的为顺利完成工程的所有困难和费用的全部职责;(c)合同价格对任何未遇见到的困难和费用不应考虑予以调整。”对此,《建设项目工程总承包合同示范文本》(GF-2011-0216)第7.1.8项约定了对于新发现的施工障碍,承包人申请变更和工期顺延。而《标准设计施工总承包招标文件》通用条款第4.11款同样设定了A、B两种不同情形:其中,A款借鉴了FIDIC黄皮书的规定,承包商可就不可预见的物质条件申请变更和工期顺延;B款借鉴了银皮书的规定,不可预见的困难所造成的风险概由承包商承担。

由此,FIDIC银皮书合同条件下较大程度上将风险不均衡的分配给承包商的

规定,可能与国内监管机关基于规范与引导工程总承包市场健康发展的有关文件规定不相符,从具体项目角度而言,如项目本身存在较多的难以预见的地质自然灾害,例如不可预知的地下溶洞、采空区或者障碍物、有毒气体等重大地质变化的,建议谨慎考虑有关风险分担的约定,约定合理的变更和价格调整机制,避免因风险分担不均衡导致实际实施过程中权利义务明显失去平衡影响到工程建设。

## 注意完善FIDIC银皮书索赔程序中期的设定和逾期失权的约定

建设工程索赔通常是指在工程合同的履行过程中,合同当事人一方因对方不履行或者未能履行合同或者其他非自身因素而受到损失,通过合同规定的程序向对方提出费用或工期补偿的行为。索赔程序中,发包双方往往设定索赔的期限,以保证对方不会“躺在权利上睡觉”,此外,双方还会作逾期失权的特别约定,因为权利人未在期限内行使权利,并不意味着以沉默方式作了抛弃权利的意思表示。“沉默原则上不具有任何法律效果,也就是不能够作为任何责任事由出现”,“是一个法律上的纯然无价值或者零价值状态”①。因此,工程总承包合同中,较为完善的索赔期限应当包括“发出期限”“逾期答复视为认可”这四方面。我们通过对《建设项目工程总承包合同示范文本》《标准设计施工总承包招标文件》、FIDIC银皮书(1999年版)、FIDIC银皮书(2017年版)以及住建部新发布的《建设项目工程总承包合同(示范文本)》(征求意见稿)多个合同文本关于竣工接收程序、竣工日期认定等内容进行了梳理,图示如下:

《建设项目工程总承包合同示范文本》关于实际竣工日期的认定

《建设项目工程总承包合同示范文本》关于实际竣工日期的认定

FIDIC银皮书关于实际竣工日期的认定

Table with 4 columns: 发出期限, 逾期发出视为放弃索赔的约定, 答复期限, 逾期答复视为认可的约定. Rows include 建设项目工程总承包合同示范文本, 标准设计施工总承包招标文件, FIDIC银皮书(1999年版), FIDIC银皮书(2017年版), 建设项目工程总承包合同(示范文本) (征求意见稿).

表1

定,雇主发起的索赔与承包商一样会受到索赔时效和索赔程序的制约。2020年6月住建部发布的《建设项目工程总承包合同(示范文本)》(征求意见稿)中对索赔程序和期限的规定更为完善合理,更有利于保障双方合法的索赔权利,也更有利于合同的顺利履行。

因此,国内工程总承包项目若采用1999年版FIDIC银皮书,应注意完善索赔程序中的期限和逾期失权的约定,避免在履约过程中因索赔程序的瑕疵导致双方迟延履行索赔,最后转向司法途径寻求争议解决。

## 注意FIDIC银皮书合同条件下对实际竣工日期的准确认定

无论采用工程总承包模式还是传统平行发包模式,竣工日期对建设工程项目来说都是非常重要的时间节点。工程竣工日期的认定与项目照管责任和风险的转移,是否存在工期违约、质量保修期(或)缺陷责任期的起算、合同价款和保留金的支付、提前竣工的奖励计算等合同事件都密切相关。国内工程总承包项目现阶段可选择采用的合同范本中,大都约定工程接收证书载明的日期为竣工日期,但载明哪一日期约定略有不同。我们对《标准设计施工总承包招标文件》《建设项目工程总承包合同示范文本》、FIDIC银皮书(1999年版)、2020年6月住建部发布的《建设项目工程总承包合同(示范文本)》(征求意见稿)多个合同文本关于竣工接收程序、竣工日期认定等内容进行了梳理,图示如下:

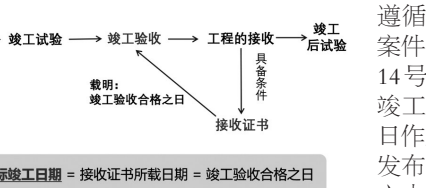
《建设项目工程总承包合同示范文本》关于实际竣工日期的认定

《建设项目工程总承包合同示范文本》关于实际竣工日期的认定

FIDIC银皮书关于实际竣工日期的认定

Table with 4 columns: 发出期限, 逾期发出视为放弃索赔的约定, 答复期限, 逾期答复视为认可的约定. Rows include 建设项目工程总承包合同示范文本, 标准设计施工总承包招标文件, FIDIC银皮书(1999年版), FIDIC银皮书(2017年版), 建设项目工程总承包合同(示范文本) (征求意见稿).

《建设项目工程总承包合同(示范文本)》(征求意见稿)关于实际竣工日期的认定



实际竣工日期 = 接收证书所载日期 = 竣工接收合格之日

如图所示,上述合同文本中,实际竣工日期的外在表现形式都可体现在工程接收证书上。《标准设计施工总承包招标文件》第18.3.5项约定:“除专用合同条款另有约定外,经验收合格工程的实际竣工日期,以提交竣工验收申请报告的日期为准,并在工程接收证书中写明。”《建设项目工程总承包合同示范文本》将实际竣工日期的认定分为两种情况:一是含竣工试验阶段的,实际竣工日期为通过竣工试验的日期,工程接收证书所载的工程接收的日期为竣工试验通过的日期;二是不含竣工试验阶段的,实际竣工日期为承包人完成全部施工作业,且符合合同约定的质量标准的日期。而FIDIC银皮书第10.1款(工程和单位工程的接收)中则约定雇主向承包商颁发接收证书需注明“工程或单位工程按照合同要求竣工的日期”。值得一提的是,2020年6月住建部发布的《建设项目工程总承包合同(示范文本)》(征求意见稿)第10.1.2款中约定“工程竣工接收合格的,以竣工验收合格之日为实际竣工日期,并在工程接收证书中载明;完成竣工验收但发包人不予签发工程接收证书的,视为竣工验收合格,以完成竣工验收之日为实际竣工日期。”

FIDIC银皮书将竣工日期认定为“工程或单位工程按照合同要求竣工的日期”看似合理,却在约定不明的风险。根据建设工程常规的竣工验收流程,对该日期可作以下不同理解:

其一,承包商完工的日期。承包商完工后,已完工程的质量与质数不再发生变化,竣工试验阶段只是对已完工程的检验与认可,通过竣工试验则意味着承包商完工时就已实际完成了合同要求的工程。

其二,承包商申请竣工试验的日期。鉴于承包商实际完工的日期难以认定,且承包商完工后便会及时向雇主申请竣工试验,告知其已按合同要求完成工程,可将该申请日期理解为“工程或单位工程按照合同要求竣工的日期”。《标准设计施工总承包招标文件》的约定便是基于此理解。

其三,竣工试验通过的日期。已完工程唯有通过竣工试验才能证明符合合同要求,通过竣工试验是“工程或单位工程按照合同要求竣工”的标志,《建设项目

工程总承包合同示范文本》的约定便是基于此理解。

其四,竣工验收合格的日期。该理解遵循《关于审理建设工程施工合同纠纷案件适用法律问题的解释》(法释[2004]14号)第十四条的规定,在当事人对实际竣工日期有争议时,以竣工验收合格之日作为实际竣工日期。2020年6月住建部发布的《建设项目工程总承包合同(示范文本)》(征求意见稿)便进行了这样的规定。

在适用FIDIC银皮书时,若双方对“工程或单位工程按照合同要求竣工的日期”的理解不同,必将对竣工日期各执一词,该争议将影响到逾期竣工的违约金、提前竣工的奖励金、缺陷责任期的起算、质保期的起算等发包承包双方的实际利益。因此,国内工程总承包项目适用FIDIC银皮书可考虑在专用条件中补充实际竣工日期的认定规则。

## 注意FIDIC银皮书缺陷通知期与国内工程质量保修期、缺陷责任期的联系和区别

国内建设工程领域,存在“保修期”和“缺陷责任期”这两个法律概念。“保修期”源于《建筑法》第六十二条所规定的建筑工程质量保修制度,建筑工程在保修范围和保修期限内发生质量问题的,承包方应当履行保修义务,并对造成的损失承担赔偿责任。《建设工程质量管理条例》第四十条进一步规定了建设工程的保修期自竣工验收合格之日起计算,并明确了自项目的最低保修期限。“缺陷责任期”和“质保期”相似,也是表示承包人对缺陷修复责任的期限。但除此之外,缺陷修复期与工程质量保证金的返还密切相关。《建设工程质量管理条例》(建质[2017]138号)规定:缺陷责任期从工程通过竣工验收之日起计算,一般为1年,最长不超过2年,由发、承包双方在合同中约定;缺陷责任期满后,发包人需返还预留的工程质量保证金。

FIDIC银皮书中并没有这两个概念,只有“缺陷通知期限”的概念。它与“缺陷责任期”类似,一方面是指承包商承担缺陷修复责任的期限,另一方面与保留金的返还、履约担保的返还密切相关。银皮书规定:缺陷责任期自竣工日期算起,至承包商完成扫尾工作和修补缺陷工作为止,一般为一年;缺陷责任期满,雇主应将保留金未付的余额支付给承包商;缺陷责任期满28天内雇主应当颁发履约证书,履约证书颁发21天内,雇主应返还承包商提交的履约担保。

国内工程总承包项目适用FIDIC银皮书,应在充分理解“缺陷通知期限”相关约定的同时,根据我国法律对“保修期”和“缺陷责任期”的规定,完善合同条款,避免出现因与国内现行规定相违背而产生的合法合规性风险。尤其要注意《建设工程质量管理条例》关于最低保修期的规定,以及《建设工程质量管理条例》第六条规定的“在工程项目竣工前,已经缴纳履约保证金的,发包人不得同时预留工程质量保证金。采用工程质量保证金担保、工程质量保险等其他保证方式的,发包人不得再预留保证金。”若合同约定的质量保修期低于最低保修期限的,该约定可能会因违反法律的强制性规定被认定为无效;若承包商缴纳履约保证金的同时发包人预留质保金的,承包商可因此主张要求发包人返还,并赔偿相应利息损失。

## 结语

随着全球经济一体化的发展和“一带一路”倡议的实施,中国建筑行业有着与国际建筑业接轨的迫切要求和前所未有的机遇。此背景下,国内项目和专业业主开始倾向于接受和使用FIDIC合同条件,但任何合同文本都不是放之四海而皆准的真理,生搬硬套只会形成许多冲突和漏洞。

尽管FIDIC合同条件汲取了西方工程建设的百年经验,已形成了一套成熟的合同体系,在国际工程领域得到普遍适用。但其成熟是基于西方法制的土壤和国际工程的需要,并不完全适用于国内。国内工程总承包项目若选择FIDIC银皮书作为合同文本,应注意其内容与国内法律规定和工程实践的各方面差异,在合同谈判和项目管理过程中建议咨询专业项目管理单位或法律专业人士的意见,以便FIDIC合同文件与国内建设工程法律法规和项目实践及惯例更好的衔接和适用。

(作者单位:上海市建纬律师事务所)

# 顺应发展大势 淡化行政许可 引入市场机制

——对我国建筑业资质管理制度的思考

□林增海

中国改革开放以来,建筑业实行严格的资质管理制度。几十年来,这项制度在我国建筑业从计划经济体制转向社会主义市场经济的过程中,对确保建设工程的质量和安全,对促进建筑市场的有序发展,发挥了积极重要的作用,同时也使建设工程的质量安全事故的发生率保持在可控范围之内。毫无疑问,资质管理的制度对几十年来的建筑业发展是功不可没的,也是符合我国建筑业市场发展在这个阶段的实际情况的。当然毋庸讳言的是,随着建筑业市场体系和法律法规体系的逐步完善,尤其是在我国经济发展面临百年未有之大变局和两个一百年的奋斗目标的背景下,以资质管理为主要特征的市场准入制度也显现出越来越多的弊端和问题。资质管理何去何从?笔者认为,应该顺应行业的发展大势,取消资质管理制度,在吸收国外先进做法的基础上建立一整套符合中国国情的市场化的准入制度和质量安全保障体系。

## 取消资质的理由

首先,党的十八届三中全会明确提出,要处理好政府和市场的关系,使市场在资源配置中起决定性作用,实际上也就是要放开事先审查、降低准入门槛,注重事中事后的监管。但我国目前对建筑企业的分级资质管理模式却是注重事先审查有余,而对事中事后监管不足。加强市场的资源配置作用,由发包人来选择客户,由市场来决定企业的准入门槛高低,必将会

更加正确、更加精准,也易于维护建设工程质量安全。

其次,建设工程的质量安全事故与资质并无必然的联系,从我国近年来建筑领域发生的重大质量安全事故来看,资质并非造成质量安全事故的直接原因。1.例如2016年,江西丰城发电厂“11·24”冷却塔施工平台坍塌特别重大事故的原因是冷却塔施工单位河北亿能烟塔工程管理有限公司压缩工期、突击生产。施工现场管理混乱,未按要求进行拆模作业管理控制措施,对拆模工序管理失控。事发当天,在7号冷却塔第50号筒壁混凝土强度不足的情况下,违规拆除模板,致使筒壁混凝土失去模板支护,不足以承受上部荷载,造成第50节及以上筒壁混凝土和模架体系连续坍塌坠落。该事故的直接原因是压缩工期,并非资质。

2.2020年,福建省泉州市欣佳酒店“3·7”坍塌事故的直接原因是事故责任单位泉州市新里机电工贸有限公司欣佳酒店建筑物由原四层违法增加夹层改建造成七层,达到极限承载能力并处于坍塌临界状态,加之事发前对底层承重墙柱违规加固焊接作业引发斜柱失稳破坏,导致建筑物整体坍塌。该事故的直接原因是违法改建,监管严重失职,也并非资质。

3.2009年上海“楼脆脆”事件,堆土是造成楼房倒塌的主要原因。施工方在事发楼盘前方开挖基坑,土方紧贴建筑物堆积在楼房北侧,堆土在6天内即高达10米。

土方在短时间内快速堆积,产生了3000吨左右的侧向力,加之楼房前方由于开挖基坑出现临空面,导致楼房产生10厘米左右的位移,对PHC桩(预应力高强混凝土)产生很大的偏心弯矩,最终破坏桩基,引起楼房整体倒塌。该事故的直接原因是不符合施工规范要求,而非资质。

4.2008年杭州地铁湘湖站“11·15”坍塌重大事故的直接原因是施工单位(中铁四局集团第六工程有限公司)违规施工、冒险作业,基坑严重超挖;支撑体系存在严重缺陷且钢管支撑架不及时;垫层未及时浇筑。监理单位(安徽中铁四局设计研究院)以浙江大合建设工程检测有限公司名义,实为挂靠施工监测失效,施工单位没有采取有效补救措施。该事故的直接原因是违规施工,也并非资质。

从上述近年来的重大质量安全事故可以看出,建筑工程的质量安全问题和资质并没有必然的联系。从国外的实践来看,美国、英国等国家早在一百年前已取消了资质管理制度,而是以市场为主对建筑行业进行调节,这些国家的质量安全也都得到了保证。从国内外的重大质量安全事故和国内外取消资质的实践经验来看,目前国内取消资质势在必行。

第三,虽然我国目前强调禁止违法分包、转包,但在严苛的资质分级管理制度下,反而使违法分包、转包现象屡禁不止、愈演愈烈,最终出了质量问题更是难以界定各方责任,而取消资质后行政机关将能

够直接面对不同的市场竞争主体,进一步保证管理的透明性。

第四,中国改革开放四十年来,国民经济快速发展,科技不断进步,创新成为新时代的主要任务,国内涌现了诸如华为、高铁、量子通信等取得了卓越成就的企业。但目前我国的建筑企业花费大量精力、财力在取得资质上,从而在一定程度上忽视了科技创新,若是建筑企业能把这些精力、财力放到技术创新上,一定能更好地地促进建筑行业的健康持续发展。

## 在吸收国外先进做法,建立符合国情的质量安全保障体系

1.设立保险制度。通过经济手段来调节市场行为,用经济利益关系保证市场竞争主体的品质。在完善的保险制度下,施工质量水平较差的企业,在投保时就要付出高额保费,甚至没有保险公司愿意为其承保,此类企业因此在市场竞争中处于不利地位,最后会逐渐被市场淘汰。

2.加强监理的职责。在当前的环境下,监理几乎是发包人的附属,听从发包人的指令行事,在质量监督中的作用十分微弱,在出现的重大质量事故中,监理往往有着不可推卸的责任,因此对监理制度进行改革,加强监理的职责迫在眉睫。对此,我认为监理应该由政府来招标投标。落实飞行检查以及对监理单位严格的监督和惩罚制度。另外,目前的监理收费是不适应市场的,所以应该在提高监理费的前提下,确定合理低价的中标原则。

3.加强建造师的主体责任。建造师是建筑团队的灵魂人物,加强建造师的主体责任是重中之重。

4.加强发包人的责任。发包人应对工程质量问题进行负责和监督,在选定承包人后,应当采取相应措施以保障建筑工程质量,如果出现质量问题,发包人也应当承担主体责任。

5.加强政府建设行政主管部门事中事后的监督管理责任。取消资质管理制度后,政府可以加强对事中以及事后的监督管理,在事中和事后进行监管,政府能够对项目和企业有着更加清晰地认知,监管的便利性也将大大增加。

6.要加强对质量安全事故的处罚力度,一旦发生重大质量安全事故,无论是承包人的项目经理、发包人的项目经理、设计师、勘察负责人、监理,终身不能进入该行业。

7.加强诚信体系的建设,借鉴国外的制度,建立建设施工企业参与、社会监督、行业协会和行业主管部门考核的一整套诚信体系。当前,《建筑法》的修订正在如火如荼地进行,资质问题是此次修订的核心问题。我认为只有取消资质,在吸收国外先进做法的基础上建立一整套符合中国国情的质量安全保障体系,才能够更好地维护建筑业的秩序,保障我国建设工程的质量和安,创造出我国建筑业前所未有的繁荣景象。(北京市盈科律师事务所)

# 建筑法苑

主编:何梦吉 孙贤程  
本报建设法律  
咨询服务工作室

联系电话:021-63212799  
传真:021-63210873  
地址:上海营口路588号18楼  
邮编:200433  
E-mail:652016115@qq.com  
联系人:何梦吉 孙贤程  
手机:18616259529 13817068164