

9

65-72

业主对索赔的预防、辩护以及反索赔

陈松
(管理工程学院)

下 284

摘要 从业主的角度阐述了在工程建设过程中,业主对承包商提出的工程索赔的预防、辩护以及反索赔措施,并指出了业主在国内《建设工程施工合同条件》下的反索赔。

关键词 工程业主, 土木工程施工, 合同条件, 反索赔

= 程建设 预防

中图法分类号 F284

有经验的业主往往预先采取措施防止工程索赔的发生,并善于针对承包商提出的索赔为自己辩护,以减少责任。此外,业主还经常主动提出反索赔,以抵销和反击承包商提出的索赔。

业主常常通过合同条款转移风险,并作好招标前的准备工作,按时履行合同规定的义务,防止索赔的发生。

对于承包商提出的索赔,业主或监理工程师总是为自己辩护,提出损失是由于承包商自身的原因(如承包商管理混乱)造成的,并指出索赔计算中的错误和漏洞,尽量减少赔偿额。

同时,业主还主动向承包商提出索赔,即反索赔,指出承包商施工中的质量缺陷和工期延误,并从应支付给承包商的工程进度款中扣除质量扣款和拖期罚款。

1 业主对索赔的预防

1.1 增加限制索赔的合同条款

1.1.1 业主最常用的方式是通过对某些通用合同条件的修改,增加一些限制索赔条款(Disclaimer Clauses),将工程中的风险转移到承包商一方,以减少责任,防止可能产生的索赔。由于招标文件和合同条件一般由业主准备并提供,业主常常聘请有经验的法律专家和监理工程师起草合同,并在合同中加入限制索赔条款,这些条款主要有:

1) 业主对任何潜在问题,如工期延误、施工图纸和规范缺陷、人工及材料价格上涨、付款不及时等所引起的损失不承担责任。

例如:《伊拉克土木工程施工合同条件》第二部分第25条的规定,限制了承包商由于物价上涨而提出索赔的权利。该条规定:在合同文件中,以及在随后的函件、附录中明确述及的或隐含的有关价格上涨而进行补偿的任何条文,均应作废。但对1974年5月28日伊拉克计划委

* 收稿日期:1995-03-11

陈松,男,1964年生,讲师,重庆建筑大学管理工程学院(630045)

员会第5号决定规定了钢材、水泥、砖等价格的上涨除外。

2) 业主对招标文件中的地质资料和试验数据的准确性不负责任,要求承包商自己进行勘察和试验。

例如:对于工地地质条件的变化,业主常常规定:业主将向承包商提供所有地质条件的资料,但承包商应派人员到工地勘察,业主对所提供资料的准确性不负任何责任。这样,就防止了承包商由于地质条件的变化而提出的索赔。

3) 业主对不可预见的现场条件的变化不承担责任。

4) 业主对第三方的干扰引起的工程延误不承担责任。

5) 业主对不利的自然条件引起的工程延误的经济损失不承担责任。

6) 业主对由于业主终止合同给承包商造成的损失不承担责任。

【索赔案例】 国内某外商独资汽车建设项目中,业主在装配车间厂房的土建施工合同一般条件第22.2.1条中规定:业主有权在任何时候以任何理由由书面通知承包商部分或全部终止合同;第22.2.4条规定:承包商放弃由于业主终止合同的损害索赔,包括预期利润或费用,业主只支付承包商合理的合同终止成本费用(如:终止前应付给承包商的款项,处理分包商和供应商索赔的合理成本以及其它执行业主有关终止合同指令的成本)。签约前,承包商认为业主已经投入巨资用于购买办公楼和土地,不可能终止合同,签约时,便同意了这一限制索赔条款。然而在合同履行过程中,由于业主的种种原因,业主下令提前终止全部合同。由于该条款的规定,限制了承包商因业主终止合同而提出的索赔。

7) 业主没有义务支付索赔款项的利息。

【索赔案例】 埃及政府在某些以《FIDIC 土木工程施工合同条件》为基础的合同规定:本合同须经议会批准。业主常常以合同未经议会批准为由,拒绝、拖延承包商提出的索赔。例如:某工程的合同条款规定,在每月的工程进度款中扣除5%的保留金,但不能超过合同总价的3%。在工程后期,当扣除的保留金超过合同总价3%后,业主仍继续扣除保留金,多扣保留金62万英镑(1990年7月,1美元约合2.7英镑)。承包商提出索赔,要求业主立即停扣并退还多扣的保留金,业主则以该合同未经国会批准为由,予以拒绝,拖延问题的解决,严重影响承包商的资金回收。

应该明确,当业主将上述某些风险转移到承包商一方后,虽然减少了索赔,提高了工程成本的确定性,但长期来看,承包商在投标报价中必然会考虑这一风险因素而提高报价,造成业主的工程成本增大。因此,业主往往在合同中规定,同意补偿有经验的承包商也无法预见的不利的现场条件给承包商造成的额外成本开支,并调整工期,但不补偿利润,这样,从长期来看,可使承包商降低报价,减少业主的工程成本。

1.1.2 对某些影响工程成本的因素发生变化后,是否调整合同价格,在合同中不作出明确规定。

【索赔案例】 埃及政府部门对《FIDIC 土木施工合同条件》中支付工程款一项,只规定了业主在收到监理工程师认可的工程款帐单后30天内付款,但并未规定30天内不付款怎样处理、延期付款利息怎样计算,使承包商在由于业主延付工程款而提出索赔时缺乏直接的合同依据。

1.1.3 应当指出,当限制索赔条款极其苛刻,严重损害承包商正当权益时,仲裁庭或法院在审理承包商提出的有关索赔时,可以对限制索赔条款不予置理,而在民法的基础上,作出公

正的裁决或判决。

【索赔案例】 在香港政府的一隧道工程中,承包商在H口开挖时遇到了与标书地质资料不同的地层,但是该工程合同条款第15条,限制了承包商以不可预见的恶劣地质条件进行索赔的权利。对此,承包商通过诉讼提出索赔,中级法院判承包商胜诉,高等法院判承包商败诉,但经枢密院终审后,判承包商胜诉。法官判决的理由是:承包商无从事先知道标书地质资料以外的地层深处情况,因此该工程合同条款第15条的规定如应用到这个隧道地层深处的事件上,便成了碰运气,等于赌博,而赌博是法律不允许的。

1.2 提高招标文件的质量

业主可通过作好招标前的准备工作,提高招标文件的质量,委托技术力量雄厚的咨询公司准备招标文件,以提高设计质量,减少设计错误和缺陷,防止漏项,并减少图纸与规范的矛盾,避免承包商由此而提出的索赔。

业主还通过工程监理与咨询公司,提高招标文件中工程量表的工程数量的准确性,防止承包商提出的因实际工程量变化过大引起合同总价的变化超过合同规定的限度(如:15%或25%)而产生的要求调整合同价格的索赔。

1.3 全面履行合同规定的义务

除了以上两种主要方式外,业主还采取做好合同规定的工程施工前期准备工作(如:按时移交无障碍物的工地、支付预付款、移交图纸),并按时履行合同规定的义务(如:按时间向承包商提供应由业主提供的设备、材料,协助承包商办理劳动证、居住证)等措施,防止和减少由于业主的延误或违约而引起的索赔。

【索赔案例】 在某国一公共工程中,合同规定业主支付预付款是工程开工的三个必要条件之一。实际上,业主只支付了一半预付款,给承包商提出工期索赔提供了依据。

业主对自身的失误,往往及时采取补救措施,以减少承包商的损失,防止损失扩大而出现重大索赔问题。

1.4 改变建设工程承包方式和合同形式

在传统的建设工程承包中,业主常常采用施工合同,由业主委托设计单位提供图纸,并委托监理工程师对项目实施过程进行监理,承包商只负责按照业主提供的图纸和规范施工。在这种承包方式中,往往由于设计变更和规范缺陷产生大量索赔。因此,近一二十年来,在英、美一些国家,业主为了减少索赔,增加工程成本的确定性,减少风险,而将设计和施工一并委托一家承包商总承包,由承包商对设计和施工质量负责,有些业主还采用将建设项目的可行性研究、前期准备、设计、施工、试运转和人员培训总承包的交钥匙合同,达到预防和减少索赔、控制工程建设成本的目的。

1.5 建立索赔信号系统

预防并减少索赔的一个有效方法,就是尽早发现索赔征兆与信号,及时采取准备措施,有针对性地作好详细工程记录,以便提出反索赔,避免延误反索赔的时机,使索赔权利受到限制。

业主和监理工程师应建立索赔信号系统,对工程实施过程中产生的索赔信号,进行辨识,分析其产生的原因,并预测其产生的后果,防止并减少工程索赔,为反索赔提供依据。

索赔信号系统就是对索赔信号的收集、整理、辨识、分析和预测,以支持反索赔的准备工作,如下图1所示:

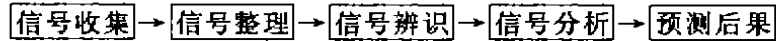


图1 索赔信号系统

常见的索赔信号如下:

- (1) 合同文件含糊不清,如:支付工程款、检查和验收的程序和时限规定不明确;技术规范 and 说明中有“合理的”、“可接受的”、“行业标准”等模糊文字;
- (2) 承包商的投标报价过低、或工程出现亏损;
- (3) 图纸是由不了解当地有关建筑规范的外地设计单位提供的、或承包商和设计单位关系不协调;
- (4) 业主应提供材料或设备、或施工过程中存在多个承包商,工作界面多;
- (5) 气候条件无法预测、或出现不可预见的地质条件;
- (6) 监理人员态度强硬,不善于协调;
- (7) 施工过程中出现返工;
- (8) 工程中变更频繁、或工程变更通知单对工程范围规定不明确;
- (9) 承包商过多地要求业主或监理工程师对图纸作书面或口头解释、或提出口头异议;
- (10) 承包商的现场人员急剧减少、或频繁地更换现场管理人员、或威胁要停工;
- (11) 承包商突然作详细的工程记录或拍摄工程照片、或律师突然到现场考察;
- (12) 施工过程中改变施工规范、或承包商改变施工方法、或施工中采用新技术和新工艺。

2 业主对索赔的辩护

业主对承包商提出的索赔,总是想方设法为自己辩护,拒绝或减少承包商提出的索赔,以控制工程成本,减少投资。

业主常常采用的辩护方式有:

2.1 指出承包商的错误

业主往往根据合同文件的规定和业主以及监理工程师的工程记录,指出承包商的索赔报告中责任分析和索赔值计算的错误。

2.1.1 指出索赔报告中责任分析的错误,说明造成损失的责任在承包商一方。

由于建设工程承包越来越复杂、专业协作程度越来越高,在施工管理过程中,承包商不可避免地会产生这样或那样的失误,如:人员不足、机械设备损坏、一时找不到好的分包商等等。业主和监理工程师就是抓住这种机会,作出详细的施工记录,以指出工期延误的责任是由于承包商管理水平差、施工组织计划不周、人员不足或机械设备不配套造成的,而不是由于业主提供的图纸延误等业主的原因造成的,使一些本来可索赔工期的延误变成不可索赔工期的延误。

2.1.2 指出承包商索赔值计算中的错误

2.1.2.1 对费用索赔,如变更项目的索赔,业主可指出其中一部分费用(如:人工费、材料费)是由于承包商劳动生产率低、材料浪费严重造成的,以减少索赔额等。

对于承包商提出的分包商费用增加而引起的索赔,业主则指出是由于总承包商管理不善或没有找到价格更低的分包商而造成的,拒绝赔偿承包商的损失。

对承包商提出的费用索赔,业主常常要求提供详细的计算依据,甚至要求出示会计帐本,并指出其中某些费用计算不合理,一般有费用计算过大,如:人工单价、材料单价过高,材料用量过大,管理费分摊过高等;此外,费用重复计算,如:管理费中已包括保险费时,不该再计算保险费,自有机械费的推销不合理,由于承包商没有找到价格更低的租赁公司引起租赁机械费过大;会计帐本中存在错误或弄虚作假行为。

2.1.2.2 对工期索赔,指出在业主引起的延误发生之前,承包商自身已引起了延误。此外,指出业主引起的延误不在关键线路上,实际的工期延长天数并不是业主引起的延误和双方不可控制的因素引起的延误的简单相加;也不能用承包商的实际进度和计划进度相比较确定工期延长时间,应在实际进度中剔除由于承包商自身原因引起的延误所造成的影响。

2.2 指出合同中没有明确的规定

业主常常以合同中没有明确的规定为由,拒绝补偿延期付款的利息、法律变更引起的损失、材料价格上涨引起的损失以及货币贬值或外汇管制引起的损失等损失费用,阻止承包商提出的索赔。

【索赔案例】 1988年3月8日,埃及劳动部颁布了1988年第43号《关于外国人劳动许可条件的规定》,将外国人第一次办理劳动许可证的费用由原来的100埃镑提高到200埃镑,延长劳动许可证的费用也由原来的50埃镑提高到100埃镑,并且要在一家商业银行用美元兑换后支付。这个规定,增加了外国承包商的劳动力成本,而合同对有关法律发生变化引起工程成本引起变化时是否调整合同价格无明确规定,承包商提出索赔后迟迟得不到解决。从这里也可以看出,准备并签订一份周密的合同是承包商索赔成功的基础。

3 业主的反索赔

业主常常在承包商提出索赔时或之前,为了维护自身的合法权益,主动提出反索赔,以制止、抵销承包商提出的索赔,掌握主动权。

在工程建设过程中,由于承包商的失误、违约等原因,给业主造成的经济损失,根据合同规定,业主有权向承包商提出索赔,以保护业主的正当权益。对于因承包商施工质量事故、工期延误等损失,业主一般可直接从支付给承包商的工程进度款、保留金或履约保函中扣除。因此,业主在反索赔的过程中处于比较主动的地位,业主的反索赔往往表现为扣款或罚款。

此外,虽然合同中规定监理工程师在处理业主中与承包商的争议时,特别是在处理索赔的过程中,应公正行事,独立地作出决定,但实际上,监理工程师有时是业主机构的成员,不具备独立性,在处理索赔时往往偏向业主,因此,业主在索赔与反索赔过程中常常处于有利地位,而承包商却很被动。

业主在资金紧张、工程不急于使用时,往往通过其监理工程师利用合同的漏洞,延迟办理检查、验收手续,以达到减少支付工程款的压力、打乱承包商的施工进度、对承包商进行工期罚款的目的。

业主的反索赔措施主要包括:

3.1 质量索赔

业主的质量索赔是指业主及其监理工程师对承包商施工中的质量缺陷,提出反索赔,并在工程进度款中扣除。

质量扣款在经承包商修复质量缺陷、质量达到要求后退还给承包商,但对于不可修复的质量问题,则在工程款中扣除一定百分比的质量扣款(如:10%和20%)。例如:门窗质量不符合规范要求、钢筋混凝土墙面表面质量不符合要求等等,都会引起业主的质量索赔和扣款。

在工程施工中的缺陷责任期(保修期)内,若承包商拒绝或无法修复其质量缺陷,业主及其监理工程师可指定其他承包商完成,相应的修复费用由承包商承担,可从支付给承包商工程进度款或保留金或履约保函中扣除。

3.2 工期索赔

业主的工期索赔是指业主以工期延误为由,根据合同规定,在工程进度款中扣除工程误期损害赔偿费(Liquidated Damages)或罚款。误期损害赔偿费一般按延误一天赔偿合同价的0.01%~0.05%,但其总额一般不超过合同总价的5%~10%,并要求承包商补偿工程租金和利息等损失。

当业主按工期延误的实际损失向承包商索赔时,一般可包括以下费用:

(1) 业主增加的工程管理费:监理费用、业主提供的施工设备的租金、工程贷款利息的增加费用;

(2) 业主利润损失:由于工程不能按期交工遭受的利润损失和收入,如办公楼的租金等。

由于某些合同未具体规定在承包商提交当月工程款结算单多少天内业主和监理工程师应签认的程序和时限,业主还可通过其监理工程师延迟签认工程款结算单,以便拖延支付工程款,使承包商无所适从。

合同往往对材料样品认可的程序和时限规定不详,业主还可延迟认可承包商提出的材料样品(如:五金、水卫材料),有的拖延几个月,影响其他分部分项工程的施工,为业主的工期索赔创造条件。

在工程收尾阶段,业主往往采取指出工程质量中的缺陷,推迟初步交工验收和最终交工验收,以便延迟工程保留金的支付和工程最终结算的进行,减少资金支付的压力,并为业主提出工期索赔创造条件。例如:某业主在初步交工验收两年多后,以工程存在质量缺陷为由仍不办理最终交工验收手续,增加了承包商的维修和看管费。

3.3 对承包商未履行合同规定保险的费用索赔

如果承包商未能按合同规定投保,业主可代其投保,业主所支付的有关保险费可在应付给承包商的款项中扣回。

3.4 对超额利润的索赔

如果工程量增加引起实际合同价格的变更超过原有效合同价的某一限度(如15%),或由于税收、材料价的降低,承包商获得超额利润,业主或监理工程师则可同承包商协商,对合同价格进行合理调整,收回部分超额利润。

3.5 业主合理终止合同或承包商无正当理由放弃工程的索赔

若业主合理终止合同或承包商无正当理由放弃工程,则业主有权从承包商手中收回工程,指定另外的承包商完成,业主由此所增加的全部费用由承包商支付。

业主对索赔的预防、辩护和反索赔,取决于业主的资金来源,对工程的准备和需求等因素。

当业主资金来源有保证,又急于使用该工程时,则希望尽快解决索赔问题,加快工程款

的签认和材料的认可,积极验收工程.反之,业主就会采用上述反索赔措施,延缓工程的进行和交工验收。

表 1 业主可向承包商提出的索赔事件

序号	索 赔 事 件	对 应 条 款	工期索赔	费用索赔
1	由于承包商的责任,在紧急情况下采取的保证工程和人员生命财产安全的紧急措施费用	第6条第2款		✓
2	承包商不履行合同约定的义务	第8条	✓	✓
3	承包商原因引起的暂时停工	第11条		✓
4	检查检验不合格,承包商引起质量问题的返工、修改费用	第14条 第15条 第16条	✓	✓
5	业主在检查检验合格后,又发现承包商原因引起的质量问题	第14条		✓
6	承包商施工原因引起的试车达不到验收要求	第17条	✓	✓
7	隐蔽工程重新检验不合理	第18条	✓	✓
8	承包商超出设计图纸要求增加的工程量,不予计量	第21条		✓
9	业主供应的材料设备在验收后发生损坏丢失	第23条		✓
10	承包商采购的材料设备不符合设计和规范要求	第24条	✓	✓
11	承包商采购的材料设备,业主未到现场验收,后又发现材料设备不符合要求	第24条		✓
12	因承包商原因引起的材料代用	第24条	(✓)	✓
13	竣工验收时由于承包商原因引起的修改	第27条		✓
14	保修期内由于承包商原因造成的返修	第29条		✓
15	承包商违约:未按时竣工、施工质量达不到设计和规范要求、发生其他使合同无法履行的行为	第31条	✓	✓
16	承包商安全措施不力造成的伤亡事故	第33条		✓
17	承包商的分包商的违约或疏忽	第36条	✓	✓
18	工程停建或缓建时,由于承包商未及时退货造成的损失	第39条		✓

注: ✓——可索赔; (✓)——有时可索赔

由此,认真分析业主的资金来源、工程项目准备情况和反索赔措施,对于承包商提高索赔的成效,是很有必要的。

3.6 业主向承包商索赔的事件

3.6.1 国内“建设工程施工合同条件》对业主向承包商索赔的规定

在国内《建设工程施工合同条件》下,业主可向承包商提出的索赔事件如表1所示。

参 考 文 献

- 1 王贵新编著. 国际工程投标报价方法与参数. 北京:科学技术文献出版社,1994
- 2 陈松编著. 建设工程索赔. 重庆:重庆大学出版社,1995
- 3 James J. Adrian. Construction Claims, A Quantitative Approach. N. J. Prentice-Hall, 1988

(编辑:胡玲)

THE ENGINEERING EMPLOYER' S PREVENTION AND DEFENCE AGAINST CONSTRUCTION CLAIMS AND COUNTER-CLAIMS

Chen Song

(Faculty of Construction Management)

ABSTRACT This paper presents the engineering employer's counter-prevention and defence methods against the construction claims and claims measures during the construction of civil engineering works from the employer. The paper points out the counter-claim events under the Conditions of Contract for Works of Construction in China.

KEY WORDS the engineering employer, civil engineering construction, counter-claim, conditions of contract