

◆ 民企法务沙龙 |

“建设单位工程建设管理”话题之六

聊聊施工合同的完美攻略

■ 记者 罗晓 通讯员 汪蒙蒙 文/图

嘉宾:洛阳市律师协会建筑与房地产业务委员会副主任、河南张振龙律师事务所副主任宋叶峰

河南新衡达工程管理有限公司总经理、注册造价师宫振兴

洛阳正大置业有限公司开发部经理、一级建造师王学峰

河南张振龙律师事务所工程建设与房地产法律事务部专业律师汪蒙蒙

主持人:洛阳商报记者罗晓

“细节决定成败”,施工合同必须注意细节。因为,施工合同是一份需要历经一定时间、过程才能履约的复杂合同,只有各种事项的操作配合方式清晰明了,权利、义务和违约责任能够考核,才能保证建设工程的顺利施工,否则极易发生履约纠纷和造价纠纷。为了帮助建设单位搞好施工合同的谈判与签约,本期“民企法务沙龙”邀请几位嘉宾聊聊土建工程签约的“完美攻略”。

不能背离中标条件签订施工合同

记者:上期沙龙,我们讨论了工程施工招标应注意的问题。这一期沙龙,我们首先聊聊建设单位在完成招标程序后,应如何与中标人签订施工合同。

宋叶峰:根据我国建筑法与招标投标法的相关规定,招标程序完成后,建设单位与中标人应依据中标条件,在一个月内签订施工合同,并且双方不得背离中标条件另行签订施工合同。否则,背离中标条件另签的施工合同,在法律上会被认定为无效合同,建设主管部门将不予备案和颁发工程施工许可证。

宫振兴:由于中标条件分别记载于招标文件和投标书中,在实际执行中查阅很不方便,因此,须将中标条件全部系统化地植入施工合同之中,以指导、协调、监督各参建方的履约行为。在把中标条件逐一植入施工合同时,应首先以中标单位的投标条件为准;如果中标单位没有另行给出优惠条件或条件低于招标单位招标文件设定的条件,则应以招标文件设定的条件为准;如果招标文件和投标书均没有给出合同条件内容,则应由双方协商确定。

王学峰:目前,建设单位与施工单位签订“阴阳合同”的现象非常普遍。一种现象是建设单位在与中标人进行



嘉宾们在讨论

合同谈判时,要求中标人提高其他条件、降低造价结算条件,双方谈妥后,先按中标条件签订一份施工合同送建设主管部门备案,接着,再按谈好的条件签订一份实际履行的合同;另一种现象是建设单位事先已选好施工单位,并谈好了合同条件,双方配合由该施工企业中标,双方同样签订两份内容不同的合同,一份留作备案,一份作为实际履行的依据。最高人民法院对于“阴阳合同”的效力专门作出规定,即以备案合同作为双方结算的依据。

汪蒙蒙:由于主合同签订得不够清楚,在发现问题后双方可以签订补充协议加以明确,但是,补充协议只限于对约定不明的事项进行明确。在施工中,遇到招标时无法预见的施工环境重大变化,或施工图设计发生重大变更,双方可以签订变更协议,但变更协议应仅限于变化的部分,对于不涉及变化的因素不得进行变更约定。如果补充、变更协议无故改变了中标条件或施工主合同的约定,会被视为“阴阳合同”,无故变更的条款无效。

签订施工合同,一定要细致入微

记者:施工合同除了要严格按照中标条件签订外,还应注意哪些问题?

宋叶峰:工程施工合同是一份需要历经一定时间和过程才能完成履约的复杂合同,必须把施工过程中可能遇到的各种问题和处理方法全部预设到,以指导各方参建人员正确履行本方的合

同义务,相互之间配合好,否则极易发生履约纠纷和造价纠纷。如果合同约定不明,法院在处理纠纷时一般都会按法律或政策的规定作出裁决,在这种情况下,建设单位往往吃亏,这就是在施工合同纠纷中为什么建设单位打官司十打九输之原因。

宫振兴:建设单位一定要重视施工合同内容,要把全部履约配合、工作程序和计价(调价)办法约定清楚,特别是对双方容易发生纠纷的合同条款,比如施工界限、工作流程、材料认质认价、技术变更与签证的价格调整办法、政策调整时的价格调整、索赔条款、违约条款、手续传递、总包管理费等。要做到在施工中发生的所有问题都能在合同中找到解决办法,避免发生施工纠纷;即使发生纠纷,建设单位也能占据合同优势。

王学峰:签订施工合同最难的问题是招投标文件均没有给出合同条件,导致中标通知书发出后施工合同迟迟谈不下来。遇到这种情况,建设单位应组织律师、造价师、监理工程师共同设计合同条款,合同条款要设定最低条件和最高目标,并明确谈判策略,预设谈判陷入僵局时的“折中”解决办法,然后与中标人逐条谈判,争取把可能出现的所有问题谈清谈透,以便在施工合同中能全部约定清楚。

汪蒙蒙:建设单位不要认为反正有标准合同范本,只要按图填空就可以。有的建设单位,连填空都懒得去填,留下大量空白条款,从而给施工进度、工

程质量和竣工结算埋下隐患。有的建设单位对于招投标文件都没有给出合同条件,双方谈判时又谈不下来,采取搁置争议的办法,抱着“走一步看一步”“施工中遇到问题再说”的态度,签订一份概括性合同,结果在施工中遇到问题时,争议双方长久僵持不下,导致工程停滞、工期延误,这种做法不可取。

投标书中给出合同条件怎么办?

记者:上期沙龙,我们探讨了在招标文件中若建设单位不给出合同条件,有经验的投标人就会给出合同条件,在这种情况下,建设单位施工合同应怎么签?

宫振兴:有经验的投标人,一般不会放过招标文件中的任何漏洞和瑕疵,以便为自己争取到合同利益。如果招标文件中没有给出合同条件,投标人在投标书中给出了自己的合同条件,一旦中标,这些条件就会成为中标条件的组成部分,在这时,建设单位想要通过谈判改变中标人的合同条件是十分困难的。

宋叶峰:建设单位无法改变中标人合同条件,不得不将其纳入施工合同,遇到这种情况,建设单位可以通过两种方式来实现权利、义务的“二次平衡”:一是通过以对该合同条款进一步细化操作的方式,来调整其权利的行使方式,为施工单位的权利行使设定必要限制或条件;二是增加其享有该权利时所应承担的对义务,并配以较大的违约责任,实现权利与义务的基本对等,这些都是法律允许的。

王学峰:签订施工合同还应注意构成合同的所有文件优先适用效力的排序。一般情况下,建设单位应主张按合同书、图纸、招标工程量清单、投标预算书、补充协议、变更协议、各种施工单证、投标书、招标文件排序。在两份文件中,对同一个问题有不同约定的,排在前边的文件中的约定优先适用。变更协议或其他文件中的变更条款,对变更部分优先适用。由于投标书中的合同条件往往优于招标文件中的合同条件,所以,建设单位千万不要将招标文件排在投标书之前。

汪蒙蒙:签订施工合同是一项专业且复杂的工作,建设单位最好委托工程专业律师负责合同条件的谈判和起草工作,并由造价师和监理工程师配合律师商定其中的操作性条款和造价条款,如此,才有可能设计并签订一份完美合同。

◆ 律协之声 |

洛阳市律协举办第二期刑辩大讲堂

17日,河南国基律师事务所的专家型律师应邀来洛,为参加洛阳市律协第二期刑辩大讲堂的律师们“传经送宝”。本期刑辩大讲堂开设的讲座主题是“刑事辩护核心技能之阅卷与质证”。洛阳市律师协会党委书记、会长王红举及市律协其他负责人、刑事业务委员会主任全体委员和全市刑辩爱好者参加了本次讲座。

讲座在市司法局五楼会议室举办,河南省律师协会刑事业务委员会执行委员、河南国基律师事务所刑事部副主任陈宁,国基律师事务所金融犯罪研究中心主任刘薇薇,先后向参加讲座者分享了自己的学习研究和律师实务成果。

陈宁主讲的内容是刑辩律师如何与当事人家属进行沟通。陈宁说,阅

卷前沟通的重点是对案件进行分析,做好回应,同时,要重视阅卷后、庭审前的沟通以及与当事人的沟通、与司法机关的沟通。律师要重视阅卷及证据分析运用。

刘薇薇在讲电子数据质证问题时,以“快播案”为例,讲解了电子证据质证及其应用,以及应注意的问题。谈到鉴定意见质证,刘薇薇认为,鉴定意见是

鉴定人运用科学技术或者专门知识,对诉讼中所涉及的专门性问题通过分析判断所形成的鉴别意见。她重点讲述了鉴定意见的质证要点。

王红举代表洛阳市律协感谢陈宁、刘薇薇两名专家型律师为洛阳律师们“传经送宝”。他希望洛阳律师们向陈宁、刘薇薇两名专家型律师学习,弘扬律师业的“工匠精神”,做优秀律师。