

EPC 工程总承包常见风险及防范措施探析

杨 波

(海洋石油工程股份有限公司, 天津 300461)

摘 要 工程总承包具有合同文本由业主提供、项目周期长、不确定因素多、执行风险大的特点,且业主出于对其风险防范的目的,通常将建设工程价格模式规定为固定总价,在此基础上通过合同条款设定将材料市场价格波动、地质状况变化等一系列风险转移由承包商承担,客观上更加加大了承包商承揽工程的风险范围。本文通过对 EPC 总承包工程建设中的法律风险、商务风险等诸多方面进行探讨,分析可行的风险防范措施,以期合理控制总承包项目风险提供借鉴。

关键词 工程承包; 法律风险; 商务风险; 风险防范机制

中图分类号: TU723

文献标识码: A

文章编号: 1007-0745(2023)02-0079-03

1 工程总承包常见风险类型

1.1 法律风险

1.1.1 法律适用风险

法律是工程总承包合同的基石,无论是国内总承包,还是实施“走出去”战略的国际总承包,对适用法律的一知半解,与一无所知一样,均能带来非常沉重的后果。

工程建设中的风险,首当其冲就是合同文本的适用法律,通常工程承包合同中一般均有适用哪一个国家法律的条款,对国内工程企业而言,境内工程项目合同基本都是适用中国法,在境外工程项目中,有适用项目所在地法律、英国法律、新加坡等不同地区法律。可以说,一个合同选择适用的法律,构成了一个合同运行的框架基础,整个合同从制定到执行,均离不开该框架的约束,制约双方在合同项下权利义务的履行以及合同发生争议时的裁决结果。因此,我们看一份工程合同,首先需要弄明白合同文本所适用的法律以及由此对投标和项目执行带来的影响。

当然,我们说适用法律,不仅要看合同文本选择适用什么样的法律,同时还要注意工程建设项目所在国或地区的法律是否有强制适用的规定,相关规定外延范围之广度,涵盖了一个国家的工程建设法律、劳工保护法律、税务法律、进出口法律、环境保护法律等诸多方面,不一而足,每一方面均会对承包商的投标策略、投标报价、项目执行带来或多或少不确定的影响。

1.1.2 合法性风险

合法性问题是项目风险管理的重要组成部分,绕

之不开。在项目执行过程中,对涉及的合法性风险进行防范非常考验工程承包企业的法律风险管理水平。

1. 合同变更。在部分法律规则下,违反强制性法律规定的协议归于无效,如果对此没有预期,则会使前期的工作和努力化为泡影。比如根据《中华人民共和国招标投标法实施条例》第五十七条规定“招标人和中标人应当依照招标投标法和本条例的规定签订书面合同,合同的标的、价款、质量、履行期限等主要条款应当与招标文件和中标人的投标文件的内容一致”^①。合同执行过程中双方往往会由于一些原因对合同价款、质量等主要条款进行变更而签订变更协议,则此时存在被认为是“订立背离合同实质内容的其他协议”的风险,当双方发生争议时,一方很可能会申请认定变更协议违反了法律规定而无效。另外,根据《中华人民共和国招标投标法实施条例》第七十五条规定“招标人、中标人订立背离合同实质性内容的协议的,由有关行政监督部门责令改正,对招标人、中标人可以处中标项目金额 5%以上 10%以下的罚款”^②。所以,招标人、中标人不仅仅面临着变更协议无效的风险,同时还面临着行政处罚的双重风险。

2. 责任免除。工程合同中经常出现这样的条款“如果一方遭受任何人身伤害或财产损失,该方应对其承担全部责任,而另一方不承担任何责任(即使该等人身伤害或财产损失系由另一方的疏忽或违反职责造成),除非该等人身伤害或财产损失系因另一方的重大过失或故意造成”,结合《民法典》第五百零六条规定“合同中的下列免责条款无效:(一)造成对方人身损害的;(二)因故意或者重大过失造成对方财产损失的”^③,造成他人人身伤害不承担责任或者故意

或重大过失造成对方财产损失不承担责任,这两种免责的条款是无效条款,不具备法律效力,所以,上述条款实质违反了法律明文规定而归于部分无效。

3. 工程分包。EPC 工程项目包括设计、采办、施工的一揽子“交钥匙”工程,具有项目周期长、不确定因素多、执行风险大的特点,仅凭单一工程公司很难承接全套项目工作,所以总承包承揽工程后囿于自身人力、物力不足等原因通常将部分工作进行分包,也有甚者将应由自身完成的主体或关键性工程对外分包。而建设单位将项目委以总包商是基于对总包商资质及工程实力的期待,如果总包商将主体或关键性工程分包,则建设单位的合理期待落空,法律对此类分包往往也持否定态度。

关于总包商的工程分包的法律规定,在中国法下散见于民法典、招标投标法等诸多法律,总体原则是禁止总包商将工程转包或违法分包,但限于总包商的企业规模或工程分包策略,实践中违法分包的情形难以杜绝,这样难免因违反法律禁止性规定而面临法律的否定性评价。

4. 存在争议的条款。法律风险还有一种情形,就是所约定的条款不违反法律的规定,但在司法实践中存在效力上的争议,比如“背靠背”付款条款(pay when paid)，“背靠背”付款条款是指总承包商以获得业主支付作为其向分包商支付的前提条件的条款,这样可以规避总包商在业主未支付工程款时的垫资风险。目前,“背靠背”条款的法律性质尚未在我国相关法律法规中得以明确,大部分情况下的“背靠背”条款内容依然较为模糊,存在极大的法律风险^④。其固有的法律风险也尚未在业内形成较为清晰的认识,各国法律有关“背靠背”的条款效力的规定也不尽相同。

虽然我国对“背靠背”条款尚无禁止性规定,并且相应的司法实践也并不成熟,但是,在一般分包模式下,分包商仅通过总承包商获得分包合同,通常与业主并无实质上的权利义务关系,这种观点认为,总承包商通过“背靠背”条款,把本应属于其自身承担的风险不合理地转嫁给分包商,从这个角度而言,“背靠背”条款有违公平原则和诚实信用原则,不应得到法律的支持。与此持相反观点的人认为,“背靠背”条款不违反法律强制性规定,其效力应得到认同。

有鉴于此,这种在国内还不能形成统一观点的法律问题,无法形成绝对的结论,有待法律及司法实践的进一步完善。

1.2 商务风险

如果说合同适用法律是合同的框架基础,那么权

利义务商务条款就是双方的核心关切,有关条款占据合同内容的大半江山,其重要性自不待言。对于总包商而言,一份公平合理的合同无疑会大大减轻合同责任,降低合同风险,但业主提供的合同,在设计上往往对业主有明显的倾向性。业主出于对其风险防范的目的,通常将建设工程价格模式规定为固定总价,在此基础上通过合同条款设定将材料市场价格波动、地质状况变化等一系列风险转移由承包商承担,客观上加大承包商承揽工程的风险范围,而承包商由于身份使然,致使其在与业主签订合同过程中往往处于被动地位,在合同条款议价地位上处于弱势境地。

涉及的商务条款在合同中有很多,应注意以下几个方面:

1.2.1 责任义务范围

归根结底,合同双方责任义务范围就是对责任义务的划分,是基于双方地位而进行的博弈,这里没有说权利条款,并不是说权利条款不重要,而是因为对承包商而言,最重要的权利就是取得合同价款,但有关条款在合同中所占比例较少,合同更多的是规定承包商应承担哪些义务与责任,故而应更多地把精力放在承包商的责任义务承担以及业主的权利及责任义务排除上,对其重点审查、重点把关。譬如在有的合同中要求承包商对业主提供基础资料的完整性、充分性及准确性负责,但业主提供的工程资料,例如地质资料等,承包商很难完全判断其完整性、充分性,尤其难以判断其准确性,并且业主提供的资料影响到设计、采购等整个合同执行阶段,要求承包商对其负责是不公正的,也是不合理的,所以,这样的霸王条款不应被承包商所完全接受。

1.2.2 条款歧义

譬如“如甲方认为即使乙方采取改进措施仍不能确保按时完成某项工作且将影响整体工期,甲方有权委托第三方完成相关单项工作,因此发生的费用由乙方承担”,这句话的前提条件通常可以理解为两种意思,一种是如果乙方采取改进措施后仍不能按时完成某项工作,则甲方有权委托第三方完成相关单项工作,另外一种意思是在乙方采取改进措施前,如果甲方认为乙方采取措施仍不能确保按时完成工作,则可以委托第三方完成相关工作,即在乙方采取改进措施前,甲方就可以凭主观判断为基础,决定由第三方而不是乙方来继续完成相关工作。为避免这种表述,可将其修改为“如乙方采取改进措施后仍不能确保按时完成某项工作且将影响整体工期,甲方有权委托第三方完成相关单项工作,因此发生的费用由乙方承担”。

在实践中,模棱两可的表述是引起纠纷的重要来源之一,双方一旦产生争议,往往最终会诉诸法律,因此,如遇到此种条款,务必引起足够的重视进行必要的澄清。

1.2.3 缺陷责任期延长

缺陷责任期指承包人完成的工程承担质量缺陷责任的期限^⑤。有关承包商的责任期延长,一般的规定是在承包商承担工程缺陷保修工作后,其缺陷责任期重新计算,但在有的合同中,并没有就此相应约定延长后最长不能超过一定的期限,这种没有最长期限的弊端就是当工程修复后责任期限重新计算,则在重新计算期如果再次发生问题,可能会导致责任期一直延长下去,面对这样的问题,可以通过约定一个最长期限来加以解决。

1.2.4 违约责任风险

典型的是违约责任条款中总包商的最高责任限额条款,事实表明,该条款是合同中保护总包商最有力的武器之一,所以有必要加以特别阐述。

其一,在工程合同中,责任限额一般为合同价格的 10% 至 100% 不等,但有时这些条款仅包含延期违约金,而不包含性能违约金、违约损害赔偿金及其他违约责任等;其二,对于责任限额,有时还会规定很多的除外情形,明确排除了一些赔偿事项于责任限额之外,很明显,这些除外情形的出现,使得责任限额条款对承包商的保护出现缺口,不利于承包商对责任的预估及该制度对承包商的保护。

1.2.5 其他权利义务问题

除了以上问题,合同中还有一些比较重要的条款,比如工程变更、免责条款、环境污染损害及保险责任等,这些条款共同的特征是均会引起较大经济补偿或损害,同样构成合同非常重要的关注对象。

2 风险控制措施

2.1 法律风险方面

考虑到各国各区域法律环境的差异性,在我们不了解合同及项目所在地适用法律的前提下,如果主观地放之任之,则会带来不可预见的法律风险。相较于合同适用的法律,工程建设地适用法律的风险无法通过对合同文本适用法律条款的修改做到有效的风险防范,最好的方法就是做好前期的法律尽职调查以确定法律适用的风险,做到“知己知彼、百战不殆”,尤其是对我们不熟悉或完全陌生地区的法律更应如此。

2.2 商务风险方面

作为总包商,应有的放矢,有所为有所不为。针对不同的条款选择不同的策略进行澄清、谈判,对于

其中无损自身实质性权利义务的,可放置一边,针对可能影响到自身实质性权利义务及责任承担的条款,则要提高警惕,一定要持着谨慎细致的态度,据理力争,争取做出有利的澄清、修改和完善。

作为总包商,通常需要争取的合同条款有最高责任限额条款、间接损失排除条款,EPC 合同中规定最高责任限额条款、间接损失排除条款是 EPC 工程总包商采取的普遍措施,也符合国际惯例。通过约定相关条款,总包商可以将合同责任限定在一个较为合理的预期范围,避免无限责任情况的出现。另外,发挥好设计责任保险等保险措施,也可分散总承包合同风险。

2.3 风险防范机制方面

长期来看,对于工程承包企业而言,在项目承包过程中难免会遇到各种各样的风险挑战,需要鉴古知今,形成风险防范手册,系统分析总结本企业承包工程过程中已经遇到的或可能遇到的各类风险并汇编成册,将之作为一项宝贵的经验予以传承,从风险防范角度,其重要性无论如何重视都不为过。更重要的是,宝贵的经验不能束之高阁,应该作为一项长期工作系统地学、长期地学,形成企业内部风险防范长效机制加以传承,将经验教训化成风险防范屏障,提高项目风险识别、防范及控制的能力与水平,这样才能更好地杜绝防范类似的风险再次发生。

3 结语

除了本文所述的几种常见风险类型,总承包项目还有其他诸多风险,比如市场波动风险、信誉风险等,本文通过对总承包工程反映的几点共性问题浅析,提出总承包项目需要注意的若干风险控制措施,希望引起同仁更多的关注和探讨,以进一步增强 EPC 总承包企业的风险防范意识和防范水平。

注释:

① 《中华人民共和国招标投标法实施条例》第五十七条。

② 《中华人民共和国招标投标法实施条例》第七十五条。

③ 《中华人民共和国民法典》第五百零六条。

④ 李珊.关于分包合同“背靠背”条款及其法律风险防范的探索[J].中文科技期刊数据库(全文版)经济管理,2019(12):273.

⑤ 胡育.工程质量缺陷责任期与保修期之辨析[J].长江工程职业技术学院学报,2014(03):61.