

从审计角度谈工程施工合同签订

陈子兴 庞颜玲 陈柏光

(玉林师范学院 广西玉林 537000)

【摘要】 施工合同缺陷是导致发承包双方在施工过程和结算阶段产生争议的根源。本文基于审计视角透视施工合同范本缺陷,提出从合同内容、合同工期、质量标准、结算约束和保修服务等方面完善施工合同条款,以从根本上减少争议、防范风险,实现工程项目顺利进行和圆满结算。

【关键词】 施工合同 合同内容 合同工期 招标审计 合同审计

市场经济是法制经济。改革开放以来,我国逐步建立起了社会主义市场经济体制,工程建设项目需要签订工程施工合同,法律已予以明确规制。但是在实际工作中,人们对工程施工合同的签订并不很重视,往往由于施工合同的不规范,导致发承包双方在施工过程和结算阶段产生争议,影响了工程工期和结算,给工程项目的实施带来了不便。因此,研究如何签订规范的工程施工合同很有必要。本文特从审计角度探讨如何签订科学、规范的工程施工合同。

一、工程施工合同特征与结构

1. 工程施工合同特征。事物之间的差异源自事物本质特征之不同,因此签订一项合格的建设工程施工合同的首要条件是掌握其特征,工程施工合同的特征有:

(1)合同是当事人经过协商就合意事项达成的协议,合同行为是民事法律行为。工程施工合同是当事人就拟建工程项目以设立、变更、终止双方民事权利、义务关系为目的而签订的合约,它受《民法》和《合同法》规范和保护。

(2)主体资格。国家对发承包主体资格有专门要求:国有企业(包括事业单位)投资经营的基本建设大中型项目必须在建设阶段组建项目法人;非经营性建设项目应由建设单位为发标人签订施工合同;承包人应按其注册资本、专业技术力量装备和既有建筑工程业绩等资质条件,在资质等级和经营许可范围内承揽业务;发承包双方均为非自然人。

(3)标的物限定。工程施工合同的标的物仅限基本建设工程而非其他。《招标投标法》第四十六条规定:招标人与中标人须根据招标文件和中标人的投标文件订立书面合同,不得另行订立背离合同实质性内容的其他协议。

(4)合同订立要求与特殊管理。《合同法》规定,建设工程合同应采用书面形式订立,属于要式合同,具有计划性和程序性特点。工程项目在列入投资建设计划的同时需经立项审批、可行性研究、初步设计和施工图设计,然后才进入施工采购阶段。达到公开招标标准的工程项目必须招标优选实施主体。可见,建设工程整个过程都有严格的规制,“意思自治”、“口头承诺”均无效,必须严格按照有关法规办事。

2. 工程施工合同框架结构。建设工程施工合同由三部分构成,即协议书、通用条款和专用条款。

(1)协议书。协议书是合同的总纲,是当事人双方就拟建工程项目的总承诺。协议书遵循招标文件拟定的格式完整地反映标的物 and 当事人双方的关键信息,它的内容主要包括:工程概况、承包范围、合同工期、质量标准、合同价款、组成合同的文件、发标人承诺、合同生效及签订等。

(2)通用条款。它是对涉及当事人双方权利和义务的事项进行原则性约定的条款。通用条款主要是依据《合同法》,基于减少重复劳动和防范系统风险而设置的,由住房和城乡建设部(以下简称“住房建设部”)发布,具有通用性与强制性,不能进行修改,应直接引用。

(3)专用条款。它是根据项目个性和招标人需求对通用条款相应条款进行补充、修改和重写的条款。专用条款具体条款必须一一对应于通用条款具体条款,根据需要,也可以增列,其法律效力及解释顺序优先于通用条款,撰写质量事关相关方风险配置、建设项目成败与经济效益。

二、工程施工合同常见缺陷与审计需求

1. 施工合同常见缺陷。

(1)规定不严谨,存在歧义甚至前后矛盾。有些施工合同将专用条款与通用条款混为一谈,导致发承包双方在专用条款中一般以“见通用条款”作为约定,误以为可以抄之即用,无需深入研究。当出现结算争议或找寻施工变更调价依据时,查看通用条款才猛然发现通用条款“通”而“无用”,仅为提示性描述或原则性建议,非具体作业准则。

(2)合同规定存在大量模糊语言和一定程度的不确定语言。比如,“主材价格在施工期间上下波动超过5%时,按实调整”,这就是模糊语言。若要明晰调价程度和防范争议,则应在合同术语部分专门定义:何谓主材,何为调差材料基期价格,何为按实调整。为便于理解,还应举例明示。

(3)合同条款遗漏或错误。在对合同外项目价款、减项项目和不可复查项目进行约定时,往往容易出现疏忽,使得这些合同条款出现遗漏甚至错误。

(4)欠缺合法性。一些工程项目的细分项目为图方便而签订的“阴阳合同”和背离招标文件及中标人投标文件实质性内容而签订的施工合同,均存在合法性欠缺的情形。

2. 施工合同审计需求与价值。通常情况下,衡量工程项目成功与否的标志是项目质量、投资和进度是否符合预期。项目成功实施的基础性保障则是设计、施工招标和项目施工的顺利进行。而施工招标是一项承前启后的工作,其质量与水准是解决项目实施风险的关键环节。成功的施工招标可以规制并消减风险,否则会成为传递风险的中间环节。

而要从源头上控制风险,确保项目有效地实施有两个需要优先解决的问题,即由谁来控制和如何实施。审计署审计长刘家义(2008)指出:“审计不仅可以使某一具体的委托受托关系得以正常维系,而且可以促进整个社会委托受托关系之间按既定规则有序运行,从而维护经济社会发展的秩序,起到预防、揭示和抵御经济社会运行中的障碍、矛盾和风险的免疫系统功能”。引入审计机制虽然无法控制招标代理机构妨碍优选中标人部分侵占招标人利益的风险,但可最大限度地捣毁风险源。可见,发挥审计“免疫系统”功能是非常重要的。

在招标阶段引进审计是事前审计的具体实践,实施招标审计,可以通过对招标文件中开列的合同实质性条款进行具体规制,合理配置相关方风险,从根本上确保招标人与投标人风险均衡点不发生位移,实现合同交易性的合理对价,节约签约成本,为施工合同顺利签订及项目平稳实施创造有利条件,并确保施工合同的行文质量、风险配置、经济支付达到合理水平,从而可避免施工合同的签订是靠好口才而不讲硬条件的投机取巧问题。同时,事前招标审计与事后合同审计具有完全不同的价值与意义。事后合同审计是一种合法性审查,只能起到对问题进行揭示的作用,是“体检”。而事前由审计机构介入施工合同约定则不仅仅是监督作用的发挥,而更是“改善”,审计行使控制权,形式上表现为风险控制,是“免疫”。

三、工程施工合同需重点关注的方面

1. 协议书部分。重点关注工程施工内容、范围、合同工期、质量标准和工程图纸。

(1)工程内容与范围描述应清晰、具体、准确。若采用固定总价合同,工程范围的约定、工程量计量的准确性和工程图纸质量直接影响招标人支付水平,也是引致争议的焦点。若采用固定综合单价合同,则会影响清单价格水平,甚至导致索赔。土方工程结算易成为结算争议点。因其采用实际工程量计量,投标人研究地勘资料和现场考察后,往往以土方工程会有显著增加而采用极端不平衡报价,以谋取暴利。

(2)工程图纸应以附件的形式详细列明。表列项目包括图号、图纸名称、出图日期、受控状态、总份数、变更内容及时间等信息,若有缺失,则为工程索赔开了一个口子。如某工程项目因发包人提交给招标代理机构的图纸资料中未附图纸目录清单,结果在结算时无法确认设计变更产生于招投标前还是施工过程中,导致发承包双方发生争议,影响了工程施工。

(3)合同工期应明确总日历天数、开工和竣工日期,且不能附开工成就条件。例如,某学院校园道路工程,因附开工成

就条件,施工合同签订后,发包人按施工合同约定支付了30%的预付款,施工方以开工条件尚未成就为借口,进场取得预付款后没几天就停工。这一停就是七年,第七年开工条件基本成就时,发包人为慎重起见重新研究施工合同,发现结算方式是固定总价,且价格构成极不合理。七年后,物价已上涨,计价定额与法规已大变,这时履行原合同便举步维艰。

(4)质量标准。通常情况下,各方对质量标准的约定五花八门,比如合格标准、优良标准、国家相关标准等。这反映出作业人员并未对工程质量内涵有完全正确的理解。科学严谨的表达方式应是:工程质量达到国家相关质量检验与评定标准合格质量等级。因为建设项目由分部分项工程组成,各分部分项工程有具体的质量测定标准,工程项目的质量是通过分部分项工程质量测定来反映的,因此笼统地用“合格标准”不具法律效力。同时应在招标文件技术标准一章中明列相关质量标准与规范。这样描述方具准确性与科学性。

2. 专用条款部分。专用条款部分是体现工程项目合同的特殊性部分,专用条款撰写应遵循三原则:①专用条款号与通用条款相应号一一对应;②充分揭示信息,防范相关方信息不对称可能会产生的风险;③应对变化,因工程项目的环境条件具有不确定性,应针对项目具体特征及要求对通用条款加以补充、修改和重写。要从审计视角和工程全过程造价控制视角审视施工合同条款之约定,细化实质性约定,堵塞合同范本漏洞。非实质性约定也可以在招标阶段一并完成。

(1)合同文件优先顺序。在签订合同顺序中常见的问题是招标文件应否纳入。招标文件是要约邀请文书,法律已有明确界定。同时,《招标投标法》规定,发承包双方应按照招标文件和中标人的投标文件订立书面合同,不得另行订立背离合同实质性内容的其他协议。可见,招标文件和中标人的投标文件是施工合同得以产生的本源,不应再纳入。

(2)图纸会审。应明确图纸会审后方可施工。图纸会审是发现问题、解决施工图纸错漏缺、减少变更、领会设计意图的一次好机会,也是提高相关人员技术水平的一次机会,是相关方就施工项目图纸达成合意的平台。图纸会审纪要要是合同文件的有机组成部分,是判定索赔、明确责任的凭据。

(3)工程师职权。监理制度的设计在于最小化信息不对称,防范道德风险,但引入工程监理又产生了委托代理问题,因此工程师职权应具体明确。传统的工程师一般指监理工程师和现场工程师,但这是不够的,还应吸纳造价工程师,因为造价工程师的执业水平会直接影响建设项目支付水平。

(4)工程进度款支付。合同内(外)工程进度款在施工过程中按80%~85%支付,工程竣工验收合格后按85%~90%支付,这样可以有效防范施工方不结算的风险。同时,工程进度款支付额与竣工验收支付额应保持5%的差额,以防范施工方借口资金短缺无法按业主要求完成扫尾工程而提出支付要求。

(5)变更估价。工程争议绝大部分来自变更估价。产生变更估价的主要原因有:①项目实施环境的不确定性;②工程设计有缺陷,比如设计深度不够,设计与施工以及不同专业设计之间存在脱节问题;③施工条件不可预见性;④使用要求调

整;⑤项目建设程序不规范;⑥施工技术改变等。

因此,科学、合理地约定变更估价条款非常关键,其重要性非同寻常,因为施工合同签订的目的就是最小化不确定性,通过合理安排未来而大幅度地消除实施过程的阻力,减少交易成本。而面对非理性承包人,招标人在项目实施过程中一般会基于效率考虑宁愿作出一些让步,以使项目顺利实施,其直接损失就是多增加工程支出,加大工程成本,但我们的法规不能留下这种不公平的漏洞。

合同范本提出的变更三原则在工程实践中只具指导意义,无操作性可言。因此,2007年住房和城乡建设部发布的施工合同通用条款范本第15条第4款已不合时宜,应当进行修订,其修订的具体内容应包括:①已标价工程量清单中有与变更工程子目相同的,则采用该子目的单价;②已标价工程量清单中无相同子目但有类似子目的,可在对其综合单价分析表价格构成分析的基础上,在合理范围内酌情参照类似子目的单价,由监理人商定或确定变更子目的单价;③已标价工程量清单中无相同或类似子目的单价,可按照调整的依据、计价程序、管理利润、让利及税金等内容进行调整。

(6)价格波动风险。基于公平配置发包人和承包人价格波动风险,施工合同应有严谨的调价条款来应对。解决价格调整的方式有两种:一种是价格指数法,选取一定种类的主要材料,分配价格权重,然后根据调价公式计算价差调整值。这种调差方法在施工合同范本通用条款中已有列示。另一种是选取几种主要材料价格,将它们在项目实施期的平均价格与基期价格绝对差进行调整。这种调整应是基于成本补偿的,除提取“三项税金”以外,不应再提取管理费用作利润。进行调差约定时,应举例示之,否则易产生调差争议。

四、完善施工合同的专用条款

1. 工程备料款。2007年工程施工合同范本中的“预付款”条款值得斟酌。我们认为应将工程“预付款”改为工程“备料款”,这样定位较准确。工程备料款是业主利用优势地位积极防范主要材料价格上涨风险而设置的,充分体现业主为了工程顺利实施,主动为承包商进行资金融通的互惠行为,但应明确专款专用,否则,若该中标人是串标而中标的,则为卖标人提供了及时的资金补充。而“预付款”是个笼统概念,从工程项目总体费用角度而言,它的内涵并不清晰、准确。因为工程项目各项费用已在费用定额的管理费率项下给予了考虑,若再要求业主支付“预付款”,那就重复了。

2. 结算约束性条款。诚实信用是合同订立的原则之一,具有两种内涵,即签订动机和实施行为皆应符合诚实信用原则。如果如此,则结算审减率一般应很低,但从审计实践来看,审减率在7%~30%范围内,施工方存在浮报结算价情况。手工结算时代,一般以不同审核机构就同一审计事项结果相差在3%以内时,认为双方审计结果真实可靠,可以作为结算依据。在目前应用计价软件进行工程结算的情况下,从广西壮族自治区来看,其有关管理文件基本上遵照原有规定。而2007年工程施工合同通用条款范本对计算机条件下的计算方法并未作出规定。为防范施工方利用结算实施损害业主利益的行为,

应在专用条款第17款中增加结算风险防范条款,笔者建议表述为:当竣工付款申请单由发包人按有关规定委托审计机构或有相应资质的中介机构审定,承包人报送的结算总价超过审定造价的百分之几(比如7%),则超出结算审定价百分之几部分的审核服务费用由承包人承担,费用由发包人财务处从承包人结算款中扣除。这样,既可使发包人利益得到有效保护,又可使承包人行行为得到规范。

3. 竣工图质量保障条款。工程竣工图是非常重要的建设工程档案和技术经济文件资料。其对于工程结算、追索质量责任、评价技术经济指标和明确地上地下建筑物(构筑物)走向等具有非常重要的作用。因此,对竣工图的质量必须在合约上提出明确要求。如经笔者审计的工程存在与竣工实际不符的情形,某施工单位采取按一定比例放大竣工图的方式套取结算款。但由于施工合同对此类情况没有相应的处罚措施,使得承包人免受了处罚。竣工图质量保障条款可表述为:承包人(中标人)无条件同意从应得工程款中一次性提取一笔款作为竣工图质量保证金(金额可视投资额、施工方诚信记录和出图成本等而定)。若竣工图真实地反映了项目实际,则发包人在支付竣工结算款时将保证金一次性全额(无息)退还。若有不实之处,则承包人须在规定的工作日内重新出具竣工图,同时全额承担发包人支付的基本审核费和效益审核费。若承包人未在规定的工作日内出具竣工图,则发包人可以直接委托相应单位出具竣工图,其费用由承包人负担。

4. 质量保修特别条款。质量保修书对需要保修的项目有强制性的约定,但对具体实施保修的作业行为没有约定,有也只是原则性的——责任原则。因此,创设保修作业特别条款显得非常必要,可针对防渗漏和水电安装项目的保修方面做出规定。因这些项目的保修价值量小,破损频率高,破损事件离散,而维修的及时性要求特别高。因此,可在专用条款中加以补充,采用如下表述方式:若在保修期内,下列项目(需列出项目明细清单)出现承包人应承担的质量责任,承包人(中标人)授权发包人径自维修。所需费用按某某取费依据计列,从承包人保修金中直接列支,但维修预算需同步知会承包人。

五、结束语

不同时空背景下,相关方对工程施工合同的关注重点会存在差异,但总的原则应是:科学、合理、公平、效率、合法、严谨和实际需求。基于审计角度探讨施工合同签订,应着眼于风险防范、经济效益。条款约定应体现公平、公正、公开原则,明确无误地规制未来。当然,技术性约定也不可忽视,但其主要应由相关主管技术人员具体规制。

【注】本文系玉林师范学院青年基金项目(项目编号:2009YJQN09)的阶段性研究成果。

主要参考文献

1. 张民安,王红一.合同法.广州:中山大学出版社,2003
2. 李永军.合同法.北京:法律出版社,2005
3. 顾培亮.系统分析与协调.天津:天津大学出版社,2008
4. 《标准文件》编制组.标准施工招标文件.北京:中国计划出版社,2007