

合同风险的成因及形态 PDF转换可能丢失图片或格式，建议
阅读原文

https://www.100test.com/kao_ti2020/224/2021_2022__E5_90_88_E5_90_8C_E9_A3_8E_E9_c41_224107.htm 核心提示：虽然风险是发包方和承包方在市场上博弈的结局，但承包方的弱势地位以及管理失控是其合同风险加大的主要原因。合同风险主要成因 许多承包方在工作中重中标，轻履约；重报价，轻措施；重义务，轻权利，重口头承诺，轻证据保留；重实体规定，轻程序过程；重客观性，轻时效性。这直接导致施工还没有开始，风险已经临门。具体表现为以下几个方面：承包方主动或被动放弃自己的权利。承包方慑于发包方对中标单位的决定权，放弃自己的权利；心理上不敢与发包单位进行平等的协商，对许多隐藏着风险甚至重大风险的中标条件、不合理要求和不利客观环境因素，自愿不自愿地予以接受。更有一些承包方，为了争取中标机会，在响应招标文件实质条件之外，又进一步放弃自己的权利，提出超出公平范畴的更为优惠的要约条件，以至带来更大的风险。承包方对合同风险控制工作不够重视，放任风险的发生和存在。不分析风险如何控制，而是一厢情愿地、毫无根据地期望中标后遇到开明的发包方，在合同谈判和实际履约过程中，给予巨大让步，甚至于期望在履约过程中修改合同，以挽回在投标过程中的被动。这无疑把企业置身于难以预测的险境。在项目上，项目管理人员和施工人员由于缺少风险意识、缺少责任心或者缺乏经验，致使许多重大风险，未能被正确识别和有效处置。缺少科学、有效的风险控制方法。许多承包方没有从预防风险的角度，由专业人员对招标文件进行深入研究和全

面分析，对现场勘察、审查图纸、复核工程量，分析合同条款等重要的基础工作，做的不深不细，因而在投标文件中埋下巨大隐患。最终转化为合同风险和经营风险。在合同谈判和签署阶段，没有组织专业、高效的谈判班子。对关键问题，没能发现和有效处置，导致施工合同中存在重大风险因素。对重大问题，如计价方式、职责权限、工作程序、工作标准、奖罚额度等，没有认真的讨论并用准确的文字固定下来。特别是没有对发包方的义务和责任加以明确，而自己的义务十分沉重。对程序问题和时效问题不够重视。承包方在这方面的教训很多。如合同中约定工程延期、设计变更等重大事项必须由业主确认后才可以实施，任何未经后者确认的上述决定，都是无效的。如果违反上述规定，重大问题完全请示监理工程师，则可能因程序上的错误而受到损失。还如在合同中约定，工程款的给付，或是经过验收或是经过专家测试，但在工程完工之后，发包方又用各种手段不做验收、测试等工作，导致承包方工程款无法及时收回。施工合同中对许多工作都有时间上的严格规定，必须在规定的时间内完成相关手续的办理。一些承包方，由于疏忽、工作拖踏等原因，不及时签证，以至超过时效。不重视或者不擅长索赔工作。索赔是当事人在合同实施过程中根据法律、合同规定，对于并非由于自身过错造成的损失向对方提出补偿要求，它是承包方转移风险的主要途径。但在工作中许多承包方对索赔工作不够重视，表现为不敢索赔和不知道该如何索赔。不敢索赔，认为会得罪发包方，破坏合作关系，不利于履行合同；不知如何索赔，是对合同及相关条款缺乏深刻理解，不能以此为基础进行工作，相关证据没有全面、及时收集及有效

处置，不及时主张权利，项目上相关人员工作素质的低下，致使索赔工作无从下手，无法达到规避风险、保护自身权益的效果。这些都会使索赔工作变得异常艰难。合同风险主要形态从施工合同的招标及最终履行过程来看，承包方风险呈现顺次递延、逐渐增加和最终显现的特征。在施工合同订立阶段，主要是要约风险。订立施工合同需要经过要约邀请、要约和承诺阶段。发包方利用承包商急于中标的心理，可能通过编制招标文件、对信息的高度垄断，以及主导订约过程，签订有利于自己一方的合同。承包方在急于中标的情况下，通常主动或被迫承认发包方所有要求，放弃自身的一些重要权力。另外，承包方的工作失误也不同程度地增加风险。从形式上看，承包方对风险具有主动接受性。在这一阶段，风险主要来自以下几方面：一是来自发包方主体资格及相关资信方面。发包方不具备主体资格。就是说发包方没有依法成立，这种情况不多见，但并没有完全消失。虚假项目法人没有独立的项目运作资金和相应管理能力，甚至是为了规避可能承担的责任而设立，实际上也不具有独立承担民事责任的法人资格。承担这类项目法人的施工项目，可能随时被强令停工，甚至承包方的工程款都难以收回。即便通过诉讼，受到损害的权利也难以救济。从项目本身来看，项目可能存在未正式列入国家、部门或地方的年度固定资产投资计划，建设用地的征用工作没有完成，施工需要的图纸及技术资料不能满足施工需要等情况。承担这样的工程不但面临停止施工的危险，严重的还要强制拆除已经施工的部位。承包方还可能遇到费用不能结回的风险。上述风险应当说是浅层的，比较容易辨识和防范，但是许多承包方的确疏于相关情况的核

实调查工作，盲目投标，给后续的施工生产埋下极大的风险。二是来自招标文件方面。招标文件是反映发包方意图和要求的要约邀请，以此传达出对未来投标者提出要约的条件、要求和限制。分析起来看，其中可能有如下风险：违法要求。如要求承包方进行垫资施工，或者变相要求垫资施工，对主体工程肢解招标、指定分包等。显失公平的要求。如提前工期奖励很小，而延误工期则处以高额罚金等。故意隐瞒对承包方提出要约有重大影响的细节问题，使承包方产生误解。资金、地质情况，项目所在地的自然环境状况等。对中标后产生法律后果的重要问题。如一些发包方要求承包方提供低价中标保证金，直到施工验收完毕才可提取等。在合同签署阶段，大量风险来自投标文件。该阶段主要是以合同的形式将承包方的承诺进行确认；另一些则是由于承包方的过失或屈服于发包方的压力等原因新增的风险。发包方应高度重视合同谈判、合同文本起草、风险转移。一是发包方不采用建设部的示范文本，而是选用其它文本或采用自己撰写的文本。即使选用示范文本，也对文本进行节选，删除发包方承担相关义务方面的条款内容，或者在签署合同时，对相关重要的内容不进行填写，不进行明确，以确保己方的利益，为以后对合同进行有利自己的解释做好准备。例如，在某一污水处理项目上，发包方只使用专用条款，而不使用通用条款，不但使承包方的权利无从保障，专用条款也成了无源之水。许多对发包方有约束的内容也不进行填写，合同对发包方无足够的约束力。二是在合同文件体系中，发包方在所签署的不同文件中，不断对文件进行修订，通过施加压力逐步增加承包方的风险。实践中也经常出现文件相抵触或从逻辑上

无法解释的效力问题。此时发包方往往自行解释，以自己的解释为准，而此种解释大都对承包方不利。三是黑白合同。个别的发包方利用优势地位与承包方签订内容不同的两份合同，一方面应对监管部门，一方面对承包方进行权利限制。这样的合同一般都是背离招投标文件的实质性内容，甚至存有违法要求，这样的合同充满了风险，是利用合同转嫁风险的极端表现。100Test 下载频道开通，各类考试题目直接下载。详细请访问 www.100test.com