

监理：承包人施工项目合同风险防范监理工程师考试 PDF 转换可能丢失图片或格式，建议阅读原文

https://www.100test.com/kao_ti2020/533/2021_2022__E7_9B_91_E7_90_86_EF_BC_9A_E6_c59_533415.htm

建设工程施工合同是建设工程的主要合同，是工程建设质量控制、进度控制、投资控制的主要依据。在市场经济条件下，承发包双方的权利义务关系主要是通过合同来确定的，建筑市场实行的是先定价后成交的期货交易，其远期交割的特性决定了建筑行业的高风险性。同时，建筑工程具有规模大、工期长、材料设备消耗大、产品固定、施工生产流动性强、受自然和社会环境因素影响大等特点。由于目前建筑市场处于买方市场的情况下，承发包交易中过度向发包人倾斜，承包人处于不利地位，承担过多的风险，已严重制约施工企业的发展，因此，尽可能有效地防范和控制施工合同的风险是每个施工企业面临的问题。

一、合同风险的主要表现形式

合同风险的客观存在是由其合同特殊性、合同履行的长期性和合同履行的多样性、复杂性以及建筑工程的特点决定。合同的客观风险是法律法规、合同条件以及国际惯例规定，其风险责任是合同双方无法回避的，例如FIDIC条款规定工程变更在15%的合同金额的，承包商得不到补偿。索赔事件发生后的28天内，承包商须提出索赔意向通知等，可归类为工程变更风险，市场价格风险，时效风险等。虽然在示范文本中，从合同条件规定看，业主在合同中应承担的风险较多，但在目前，业主利用有利的竞争地位和起草合同的便利条件，在合同中把相当一部分风险转嫁给承包人，主要有合同存在单方面的约束性，不平衡的责权利条款，合同内缺少和有不完美的转移风险的担

保、索赔、保险等条款，缺少因第三方造成工期延误或经济损失的赔偿条款，缺少对发包人驻工地代表或监理工程师工作效率低或发出错误指令的制约条款等。

二、合同风险防范的基本措施

首先，施工合同谈判前，承包人应设立专门的合同管理机构负责施工合同的订阅，并实施监督、管理、控制。要深入了解发包人的资信，经营作风和订阅合同应当具备的相应条件。了解的主要内容应包括有权部门设计的施工图纸，是否有计划部门立项文件、土地、规划、建设许可手续，应拆迁的是否已到位，“三通一平”工作是否已到位等。从侧面调查了解发包人资信情况，特别是该工程的资金到位率，如果是开发单位应了解其主要业绩。

招标工程应在投标之前，对招标文件深入研究和全面分析，正确理解招标文件，吃透业主意图和要求，全面分析投标人须知，详细勘察现场，审查图纸，复核工程量，分析合同条款，制定投标策略，以减少合同签订后的风险。

其次，合同谈判或投标时，首先，施工企业在对发包人详细了解后，认为可以承担这项工程时，才能进行合同实质性谈判。对投标工程要对合同条款认真研究，尽可能在投标书中在作出响应投标文件实质性条款的情况下，作出有利的选择。根据发包人提出的要求，逐条进行研究，再做出是否能够承诺。尽可能采用建设工程合同《示范文本》要依据通用条款，结合协议书和专用条款，逐条与发包人谈判，部分发包人提供的非示范文本合同，往往条款不全、不完备、不具体、缺乏对业主的权利限制性条款和对承包商保护性条款，要尽可能地修改完善，这样的合同一旦签订存在大量的隐含风险，最终将导致施工单位的巨大损失。减少合同签订过程中的漏洞，可以采用施工合同

洽谈权、审查权、批准权三权相对独立，相互制约的办法。在人员配备上，让熟悉业主知识和精通合同的专业人员参加，大中型建设工程合同一般由业主负责起草，业主为了预防承包商的索赔，特意聘请有经验的法律专家和工程技术顾问起草合同，一般质量较高，其中既隐含许多不利于承包人的风险责任条款，又有业主的反索赔的条款。因而要求承包人的合同谈判人员既要懂工程技术，又要懂法律、经营、管理、造价财务等，因此承包人必须有精干专业的合同谈判小组。在谈判策略上，承包人应善于在合同中限制风险和转移风险，达到风险在双方中合理分配，这就要求承包商对于业主在何种情况下，可以免除责任的条款应研究透彻，做到心中有数，切忌盲目接受业主的某种免责条款。否则业主就有可以以缺乏法律和合同依据为借口，对承包人造成的损害拒绝补偿，并引用免责条款推卸法律责任。使承包人蒙受严重经济损失，因此，对业主的风险责任条款一定要规定得具体明确。总之，依据国家法律法规对施工合同管理的具体规定，在合同谈判过程中进行有利有节的谈判尤为显得重要。第三，加强合同履行时管理，由于施工合同管理贯穿于施工企业经营管理的各个环节，因而履行施工合同必然涉及企业各项管理工作，施工合同一经生效，企业的各个部门都要按照各自的职权，按施工合同规定行使权利履行义务，保证施工合同的圆满实现，这就需要制定完善的合同管理制度。在整个施工合同履行过程中，对第一项工作，施工企业都要严格管理，妥善安排；记录清楚，手续齐全，否则会造成差错引起合同纠纷，给企业带来不应有的损失。第四，合理转移风险。对于预测到的合同风险，在谈判和签订施工合同时，采取

双方合理分担的方法。但由于一些不可预测的风险总是存在的，因而合同中始终存在一定的缺陷，双方的责权利不可能绝对平衡，承包人就存在一定的风险。因此对不可预测风险的发生，在合同履行过程中，推行索赔制度是转移风险的有效方法，尽可能把风险降到最低程度。在实际工程中，索赔是双向的，承包人可以向业主索赔，业主也可以向承包人索赔，但业主索赔处理比较方便。它可以通过扣拨工程款及时解决索赔问题，相反，承包人向业主索赔处理较为困难。或因工程索赔制度问题未普遍推广，承发包双方对索赔的认识都不够深刻，作为承包人要增强市场意识、法律意识、合同意识、管理意识、经济效益意识外amp.，更关键的是要学会科学的索赔方法。科学的索赔方法在于承包人必须熟悉索赔业务，注意索赔策略和方法，严格要求按合同规定要求的程度提出索赔，努力促进索赔制度得到健康地开展，把开展索赔工作成为合理合法的转移工程风险的主要手段。 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