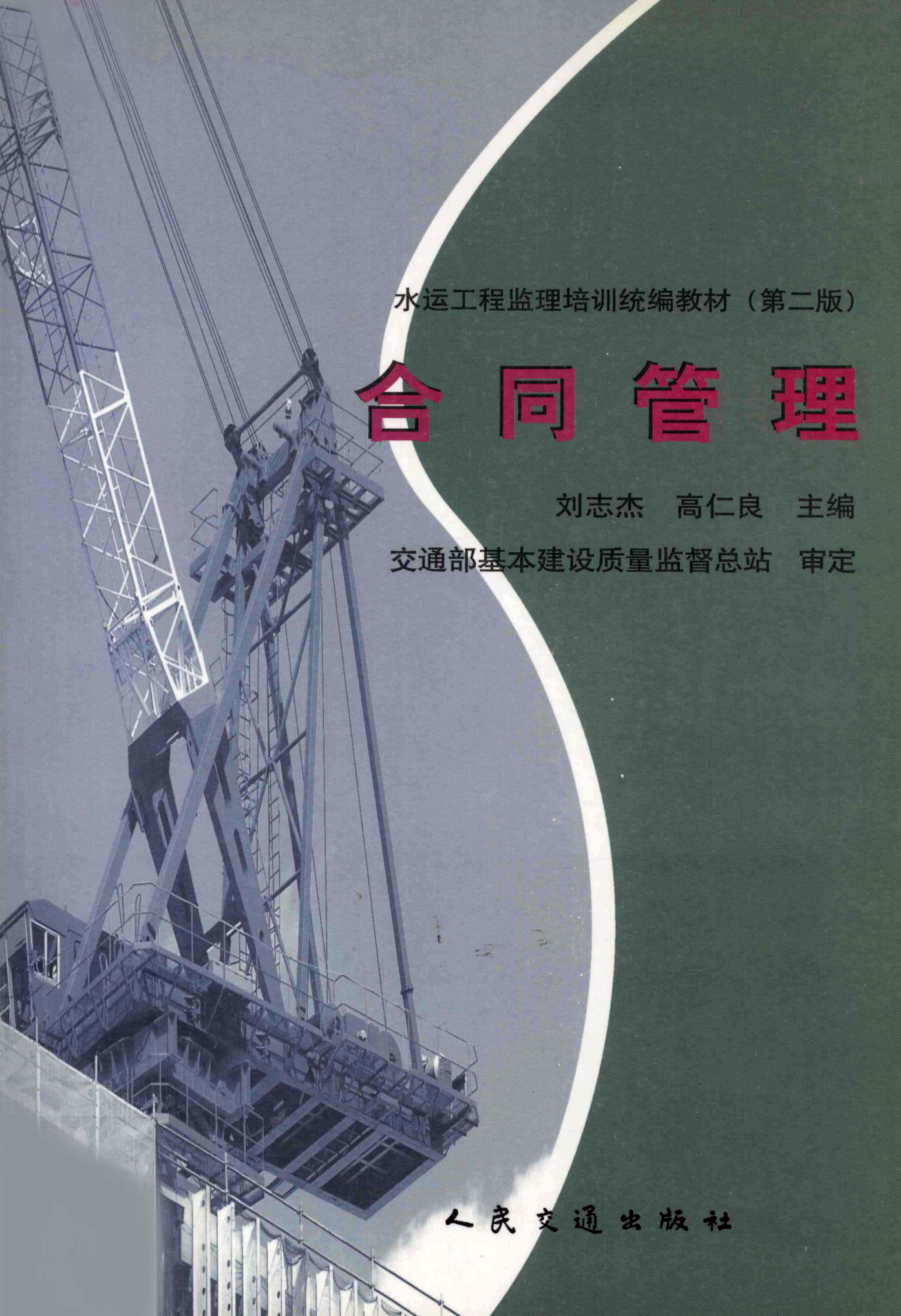




水运工程监理培训统编教材 (第二版)

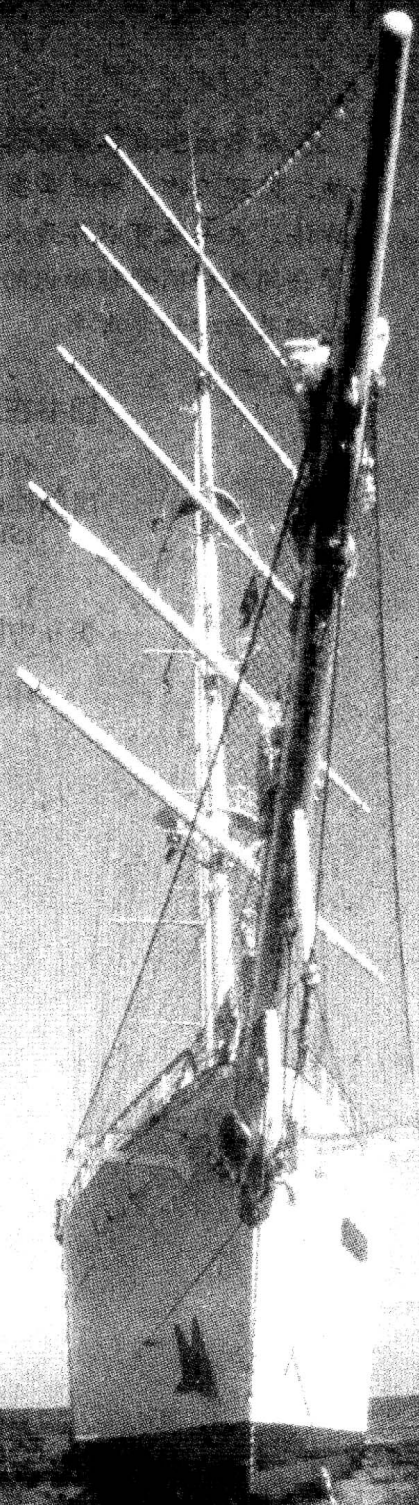
合同管理

刘志杰 高仁良 主编

交通部基本建设质量监督总站 审定

人民交通出版社

HEILONGJIANG



水 运 工 程 监 理 培 训
— 统 编 教 材

(第二版)

合同管理

交通部基本建设质量监督总站 审定

● 刘志杰 高仁良 主编

人民交通出版社

内 容 提 要

本书是水运工程监理工程师培训系列教材之一,主要论述了作为监理工程师在水运工程施工监理工作中所应掌握的法律知识、合同知识和合同管理知识,以及合同管理的程序和方法。本书既可以作为水运工程监理工程师培训教材使用,也可以作为水运工程监理人员自学合同及合同管理知识的材料,还可以作为水运工程监理工程师资格考试的参考书和高等学校相关教学的参考书。

图书在版编目(CIP)数据

合同管理 / 刘志杰著,高仁良主编. —北京:人民交通出版社,2002.11

ISBN 7-114-04504-2

I. 合... II. ①刘... ②高... III. 合同法—基本知识—中国 IV.D923.65

中国版本图书馆CIP数据核字(2002)第090629号

水运工程监理培训统编教材

合同管理

(第二版)

刘志杰 高仁良 主编

交通部基本建设质量监督总站 审定

正文设计:王静红 责任校对:尹 静 责任印制:张 恺

人民交通出版社出版发行

(100013 北京和平里东街10号 010 64216602)

各地新华书店经销

北京明十三陵印刷厂印刷

开本:787×1092 1/16 印张:10.5 字数:251千

2003年1月 第2版

2003年1月 第2版 第1次印刷

印数:0001 - 3000册 定价(共5册):85.00元

ISBN 7-114-04504-2

《水运工程监理培训统编教材》 第二版编审委员会

主任委员:肖大选

副主任委员:黄勇 杨振寰

编写委员会委员(按姓氏笔画排序):

王祖志 刘 敏 刘志杰 吴九明 季永华
周福田 赵利平 高仁良 袁永博 章剑青

审定委员会委员:

第二版教材总体审查人	陈 萍
第二版教材统稿人	杨振寰
《监理概论》审查人	范素兰
《质量控制》审查人	胡立万
《合同管理》审查人	王祖志
《费用控制》审查人	洪承礼
《进度控制》审查人	许立山

再版说明 (代序)

交通行业推行的工程监理制在国内建设领域中起步早、起点高、发展快,现已纳入了交通基本建设程序。一个统一开放、竞争有序的交通建设监理市场已逐步形成,为工程监理制度在我国建设领域中扎根、孕育、发展、成熟奠定了基础,做出了重要贡献。工程监理制作为国家在建设领域中实行“四个制度”(项目法人责任制、招标投标制、工程监理制、合同管理制)不可或缺的重要一环,是建设体制改革的重要内容,国务院《建设工程质量管理条例》对工程监理的定位作了明确规定,工程监理任重而道远。截止到2002年10月底,全国已有70万余人接受了交通行业公路、水运工程监理业务知识上岗培训;2万余人取得了交通部颁发的公路、水运工程监理或专业监理工程师资格证书;300余家单位取得了甲乙级公路、水运工程监理单位资质,监理队伍已具有一定的规模。交通系统大中型交通建设项目和重点的小型建设项目均已全面实行了监理单位招标投标制,择优选择监理队伍,监理工程师按照监理技术规范的要求,认真履行监理职能。监理制度的推行有力地促进了交通基础设施建设项目工程质量和水平的大幅提升。

一支高素质的监理队伍,是搞好监理工作的前提,多年来交通部一贯注重监理从业人员素质的培养,建立了有关监理人员上岗培训制度,通过各种形式的培训,大力普及监理知识,更新专业技术知识,交流监理工作,以适应交通监理市场对人员素质的要求。1992年6月,交通部在长沙交通学院开办了第一期水运工程监理业务培训班,为适应培训工作的需要,交通部质监总站组织编写了第一版《水运工程监理业务培训统编教材》,并于1995年元月正式出版发行。几年来,该套教材为推动水运工程监理业务培训工作、普及监理基础知识发挥了重要作用。

随着水运工程建设的快速发展,技术标准的提高,水运工程建设新技术、新工艺和新材料不断涌现,社会对水运工程的建设质量要求越来越高,对监理人员的综合素质也提出了更高要求,原有的监理培训教材内容已不能完全适应监理知识更新的需要。为此,交通部质监总站决定对原培训教材进行全面修订,于1999年7月起组织大连理工大学、长沙交通学院、东南大学等三所高等院校对水运工程监理培训统编教材修订工作进行研讨、论证,制定了修订计划和修订提纲,并由上述三所院校中参与培训工作的骨干教师执笔进行新教材的编写工作。修订后的新教材经专家函审、编者修改、统稿人统稿,几易其稿,先后历时两年多终于完成了教材的修订出版工作。

修订后的水运工程监理培训统编教材(下简称“第二版教材”)总体框架、章节设置更为合理,体现简明、实用的原则;教材总结了十多年来推行监理制度的经验,注重理论与实践的结合,增强了对国家强制性技术标准的宣贯力度,具有较强

的可操作性,其内容更具时代特点;第二版教材不仅是水运工程施工监理人员上岗前的必读教材,也是即将推行的“全国交通行业监理工程师资格统一考试”的主要参考书籍,同时还可作为大专院校和水运工程建设者工作、学习的参考资料。

第二版教材共分六册,分别为《监理概论》、《质量控制》、《进度控制》、《费用控制》、《合同管理》和《建设管理文件汇编》,全套教材由杨振寰先生负责统稿,交通部基本建设质量监督总站审定。

尽管第二版教材的修订时间较长,书中仍难免还有不足之处,恳请广大读者提出宝贵意见,以供今后修改补充。该套教材在修订过程中得到了上述三家院校、人民交通出版社和中交四航院杨振寰先生的大力支持,值此谨致以深切谢意。

交通部基本建设质量监督总站

二〇〇二年十一月

前 言

随着我国社会主义市场经济体制的不断完善和依法治国方略的实施,自 1995 年以来,国家先后颁布实施了《中华人民共和国建筑法》、《中华人民共和国合同法》、《中华人民共和国招标投标法》等新的与合同管理有关的法律法规;同时,随着水运工程监理的不断实践和合同管理的经验积累,这些都对水运工程合同管理提出了新的要求。为此,在交通部质监总站的统一组织和协调下,进行了本教材的重新编写和修订工作。

本书是水运工程监理工程师培训系列教材之一,主要论述了作为监理工程师在水运工程施工监理工作中所应掌握的合同法律知识、合同知识和合同管理知识,以及合同管理的程序和方法。本书既可以作为水运工程监理工程师培训教材使用,也可以作为水运工程监理人员自学合同及合同管理知识的材料,还可以作为水运工程监理工程师资格考试的参考书和高等学校相关教学的参考书。

本书主要包含三部分内容:一是合同知识,包括合同法律知识(第二章)、水运工程合同知识(第四章)、FIDIC 合同知识(第五章)和监理合同知识(第六章);二是工程招标投标知识(第三章),三是合同管理知识(第一章、第七章)。本教材第八章给出了一些工程合同管理案例分析,作为学员学习时参考。在具体教学和自学中,可以按本书章节顺序进行,也可以将第一章中除第一节以外的其他内容放在后面与第七、八章一同讲解,视情况而定。

本书由大连理工大学的刘志杰教授和高仁良教授负责修订和重写,其中第一章、第二章、第三章和第五章由刘志杰编写,第四章、第六章、第七章和第八章由高仁良编写,由刘志杰进行统稿。本书由长沙交通学院王祖志副教授审稿。中交第四航务工程勘察设计院杨振寰教授级高工作为水运工程监理培训教材的总编对本书提出了很好的修订意见。本书在修订过程中得到了交通部质监总站黄勇副站长和陈萍高级工程师的指导和帮助。借此,对他们的指导和帮助表示感谢。同时对原教材的参编人刘兆坤和韩基勇两位高级工程师表示感谢,对本书修订过程中所参阅的文献作者以及对本书修订给予支持和帮助的大连理工大学土建学院袁永博副院长表示诚挚的谢意。限于编者的水平,本书修订后仍难免有不当之处,热忱欢迎广大监理工程师和读者批评指正。

编 者
2002 年 10 月

目 录

第一章 水运工程合同管理概述	1
第一节 监理工程师的合同管理	1
第二节 工程分包管理	6
第三节 工程变更管理	10
第四节 工程延期管理	15
第五节 质量控制与费用控制中的合同管理	19
第六节 合同纠纷的协调与处理	22
第七节 合同档案管理	25
复习题	26
第二章 合同法律基础	27
第一节 合同法律基本知识	27
第二节 《中华人民共和国合同法》概述	43
第三节 合同概要	48
复习题	64
第三章 水运工程招投标	66
第一节 水运工程招标投标概述	66
第二节 水运工程施工招标	69
第三节 水运工程施工投标	75
第四节 水运工程招标投标管理	77
复习题	79
第四章 水运工程合同	80
第一节 水运工程合同的概念及特征	80
第二节 水运工程施工合同的订立	81
第三节 水运工程施工合同当事人的权利义务及责任	82
第四节 施工合同范本介绍	85
第五节 合同履行的要点	88
第六节 施工合同的履行管理	93
复习题	96
第五章 国际工程合同与 FIDIC 合同条件	97
第一节 国际工程与国际工程合同	97
第二节 国际工程招标投标	101
第三节 FIDIC《施工合同条件》	106
第四节 FIDIC 其他合同条件	121
复习题	124

第六章 水运工程施工监理合同 126

第一节 水运工程施工监理合同概述 126

第二节 水运工程施工监理合同的一般规定 127

第三节 水运工程施工监理合同的其他规定 130

复习题 133

第七章 施工索赔管理 134

第一节 施工索赔概述 134

第二节 施工索赔事件 138

第三节 施工索赔程序 141

第四节 监理工程师的施工索赔管理 144

复习题 147

第八章 水运工程合同管理案例与分析 149

参考文献 157

第一章 水运工程合同管理概述

【自学提要】 本章是本书的总纲。通过学习应了解监理工程师合同管理的概念、性质、任务和作用;熟悉合同管理的主要内容和监理工程师的主要职责与权限;熟悉分包的概念和种类,掌握分包的规定和监理工程师对分包管理的要求;了解变更的含义和范畴,熟悉工程变更的有关规定,掌握监理工程师对工程变更管理的要求;了解工程延误与延期的区别,熟悉合同对延期及暂时停工的规定,掌握监理工程师对工程延期审批的要求;掌握监理工程师对质量控制和费用控制的合同管理程序及要求;了解监理工程师在合同纠纷中的协调工作;了解合同文件的组成及其档案管理的内容。

第一节 监理工程师的合同管理

一、合同管理的性质、任务与作用

(一)合同管理的概念与性质

监理工程师受业主委托对承包人的行为和工程建设的过程进行监理,其主要依据之一是建设工程合同。承包人与工程建设有关的施工活动,应符合建设工程合同的约定。与此同时,业主或发包人亦应承担合同约定的责任并履行其义务。即当事人双方均应按合同办事。因此就广义来说,监理工程师在施工阶段的监理工作,都属于合同管理的范畴。

虽然建设工程合同是发包人与承包人为完成某项工程建设任务而订立的规定当事人双方权利和义务的协议,似乎合同的订立与履行只是当事人双方的事情,但在合同的订立、履行和管理过程中,还要涉及到其他几个方面,尤其是合同管理机关。因此就一般意义上的合同管理是指两个层次的管理:一个是管理合同的政府有关部门,如工商行政管理部门和其他有关行政主管部门;另一个是履行合同的当事人双方对合同的管理,如发包人的合同管理和承包人的合同管理。

本章所述及的合同管理是属于第二个层次的管理,主要是指发包人的合同管理。而监理工程师受业主(发包人)委托,代行业主部分或全部的合同管理职责,显然是属于发包人合同管理性质。故本章除另有所指外,所讲到的合同管理均指监理工程师受业主委托,根据委托监理合同所赋予的权限,代表业主对工程承包合同所进行的管理。

所谓监理工程师的合同管理就是指监理工程师受业主委托,根据委托监理合同的要求和所赋予的权限,为实现监理目标,运用管理职能和管理方法,对工程承包合同的订立和履行的行为及过程所进行的全部管理活动,如规划、组织、协调、检查、监督及问题处理等。这里所要指出的是监理工程师在进行合同管理时,对当事人双方的所有合同行为都要进行管理,不只是对承包人的管理。履行合同是当事人双方的义务。

监理工程师的合同管理既不同于政府有关部门的监督管理,也不同于合同当事人的管理,其性质有:(1)合同管理属于合同内部的、横向的管理,而政府有关部门的管理是外部的、纵向的管理;(2)合同管理具有微观性,是针对合同履行过程中的具体问题进行管理,例如工程延

期问题、工程质量问题、工程分包问题、工程变更问题、计量支付问题、中间验收和竣工验收问题以及索赔问题等；(3)合同管理具有监理行业特性，即：首先具有委托性，其合同管理需要业主的委托和授权，应在委托范围内从事合同管理并行使权力；第二具有服务性，合同管理是在监理工程师为业主提供技术和管理服务中进行的，寓合同管理于技术服务之中；第三具有公正性，监理工程师在合同管理过程中要坚持“双维护”原则，即既要维护业主的合法利益，同时又要维护承包人的合法权益，应站在公正的立场上，当好公正的第三方；第四具有相对独立性，即监理工程师在合同管理中应站在第三方的立场上，独立行使业主所赋予的合同管理权限，依据合同和事实，提出自己的意见，自主地进行合同管理；第五具有科学性，监理工程师在进行合同管理时，是以科学的监理手段、监理方法、监理程序对工程进行监理的，是以事实为依据，坚持以数据说话，用文字档案作凭证，容易分清责任，更能有效的进行合同管理，减少合同纠纷；(4)合同管理具有目的性，监理工程师的合同管理是为了实现业主的工期、质量和投资目标而采取的手段，其工作具有明确的目的性。此外在 FIDIC 合同条件下，监理工程师的合同管理还具有权威性，表现为：一是监理工程师下达的指令是承包人施工的依据之一；二是在对合同条款有歧义时，应以监理工程师的解释为准。

(二)合同管理的主要任务

监理工程师对水运工程合同管理的主要任务是为了实现监理目标，保证合同能够依法订立，顺利履行。监理工程师通过对合同条款的拟定或选择、合同谈判、合同签订进行咨询和组织；通过加强合同分析和合同文件及档案管理；通过采取组织措施、经济措施、信息管理手段以及其他管理方法，进行认真、公正的监理；通过对合同的履行、变更等进行组织、指导、督促、检查、协调、控制以及对合同纠纷进行调解和处理，充分保证当事人双方的合法权益，防止和制止违约行为的发生等一系列的合同管理工作，以促进工程建设顺利进行和合同标的完整的实现。

为完成上述任务，监理工程师应做好如下几个方面的工作。

1. 在大型水运工程建设项目中，现场监理班子中要设有专门的合同管理人员；建立健全合同管理制度、程序和工作流程，为业主提供合同及其管理方面的咨询意见和信息，代表业主对合同条款进行解释，并做好合同档案的管理和合同分析工作。
2. 据合同对工程建设的过程和参建者的行为进行有效的控制，督促和监督承包人严格执行和全面履行合同，督促和协调业主全面履行合同规定的义务。保障当事人双方的合法权益。
3. 严格控制 and 正确处理合同变更，尽量防止合同争执的出现。若此种情况一旦发生，应及时协调和处理，减少损失，并做好有关索赔的管理工作。
4. 定期向业主提供合同实施报告，为业主提供可靠的、及时的资料、建议和意见，以便使业主做出正确的决策。

(三)合同管理的作用

在水运工程建设中，承发包双方为了完成建设任务，依法签订了规定当事人双方权利义务的协议——合同，因此当事人双方在工程建设过程中，都应严格按合同规定的权利来履行各自的义务。由于水运工程建设的特点，合同履行的环境是经常发生变化的，加之当事人双方主观意识、各自利益的驱动以及管理不善等因素作用，使得合同在履行中遇到障碍而发生变更，甚至引起争议和纠纷。故此需要加强合同控制和管理。除了当事人双方应加强合同管理，保障履约的可靠性外，作为受业主委托进行工程建设监理的监理工程师，在合同管理方面更有着不可替代的作用。

1. 监理工程师加强合同管理可以有助于监理目标的实现。监理工程师的工作目的是实现

业主所要求达到的目标,即费用目标、工期目标和质量目标。而这三个目标的实现均与建设工程合同有关。合同是实现目标的约束条件,是监理工程师进行目标控制的法律依据和强有力的手段。监理工程师通过加强合同管理,就可以有效地保障工程建设的顺利进行,有助于监理目标的实现。

2.监理工程师加强合同管理,有助于充分维护业主的经济利益,也有利保障承包人的权益。建设工程合同规定了当事人双方的经济关系,合同一经签订,当事人双方的经济利益就通过合同联系在一起。由于业主的经济利益与承包人的经济利益是有差别的,各自都有其追求的目标,例如承包人可能通过降低成本来获取收益,增加利润收入。但这样做就有可能损害工程的质量;而业主则期望在有限的费用下能获得质量尽可能高的工程建筑物。双方利益不一致,就会出现矛盾,甚至引起合同争执和纠纷,使其得不到很好地履行。如何调解双方的利益冲突,主要应依据建设工程合同,而监理工程师则是这一调解人的扮演者。监理工程师加强合同管理,有助于减少矛盾,避免冲突,降低损失和防止(或减少)索赔事件的发生。这样就会更好地维护当事人双方的合法权益。

3.监理工程师加强合同管理,可以维护合同执行的严肃性和合同的法律地位,提高履约效力。我国实行的是社会主义市场经济,市场经济是法制经济。各项经济活动都要依法办事。在水运工程建设中,承发包双方所依据的基本法律文件就是依法签订的工程承包合同。任何一方不按合同规定的义务履行合同,就是违约,就应承担相应的法律和经济责任。如果不加强合同管理,违约行为就会时有发生,而发生违约行为后不进行处理,合同就失去了法律的严肃性,成为一张废纸,合同的标的就无法实现。我国工程建设中的经验和教训足以说明此点。

4.监理工程师由于其特殊地位和作用,加强合同管理更有利于合同标的的实现。监理单位是建设市场主体中独立的第三方,具有独立性、公正性、科学性和服务性。尽管监理工程师是受业主委托进行监理和合同管理,但他是站在公正的立场上,依据合同约定,坚持实事求是的原则,公平对待双方当事人。监理工程师加强合同管理,不但要管理承包人,而且要使发包人的管理规范化,使双方都能守约,充分履行合同。在实践中,监理工程师对承包人的合同管理,似乎争议不大。但对发包人即业主方进行合同管理,往往使监理工程师处于尴尬境地,业主可能不理解,不支持。如果在我国索赔制度能得到实际的贯彻和执行,监理工程师对发包人的合同管理,防止其违约,实质上是维护业主的利益,使其不因违约引起承包人索赔而造成损失。

5.监理工程师加强合同管理,有利于监理工作的规范化、科学化、标准化和程序化。

二、合同管理的主要内容

(一)合同管理的种类

对监理工程师来说,合同管理的内容分成几个方面:

1.合同存在过程分为合同签订管理和合同执行管理。

合同签订管理包括合同签订前管理和合同谈判签订管理两方面内容。合同签订前管理,对监理工程师来说,主要是受业主委托对投标人的资格、资信和履约能力进行预审,替业主或协助业主草拟合同条款或选择适用的标准合同文本。在合同谈判签订中的管理工作,主要是帮助业主准备谈判所用的资料 and 文件,主要的合同条款的分析,有关投标人的意图及可能讨价还价的内容,为业主应采取的策略提供咨询意见;在合同谈判过程中进行协调,维护业主的权

益,使得合同条款能满足双方当事人的要求,通过谈判使各方意见一致。这个阶段监理工程师的工作主要应保证两条,一条是在条款上应维护业主的正当权益,二是使合同成为有效合同。此外还要对合同成立的条件加以管理,如鉴证或公证,承包人的履约担保等。更确切地说,此阶段的管理工作主要是咨询和服务工作。

合同执行中的管理主要是合同控制,处理有关合同变更、纠纷及索赔事宜等,是监理工程师的合同管理的主要阶段。

2. 管理内容分为合同履约管理(合同控制)和合同文档管理。

合同履约管理亦称合同控制,就是根据合同条款的规定,在工程施工过程中,对当事人双方的建设行为和工程建设的过程进行有效的控制和监督,保证合同顺利执行。

合同文档管理亦称合同档案管理,属监理档案管理的一部分,是对包括合同在内的,以及与合同有关的文件、信函、电报、电传、传真、电子数据交换和电子邮件,各种记录、证明、录像、照片、纪要、报告、图纸以及说明等进行的归类、编码、整理、存放、保管、检索、分析和使用等系统管理工作。合同档案是工程技术档案的组成部分,是合同履行的真实记录和有效的法律证据,因此,合同档案管理非常重要。

(二) 施工阶段合同管理的主要内容

对水运工程来说,监理工程师的合同管理工作主要是在施工阶段。在此阶段中,合同管理的主要工作如下:

- | | |
|------------|-------------|
| 1. 工程分包管理; | 5. 合同纠纷的调解; |
| 2. 工程变更管理; | 6. 合同支付管理; |
| 3. 工程延期管理; | 7. 合同档案管理; |
| 4. 合同索赔管理; | 8. 工程保险管理。 |

本章从第二节开始将介绍除第 4、8 项以外合同管理的基本工作,该两项将另章介绍。

三、监理工程师合同管理的主要职责与权限

监理工程师在工程监理中的基本职责与权限,一般应在工程监理委托合同和建设工程合同中给出明确的规定。这在《水运工程监理概论》等教材中都作过详细的介绍。正如前面述及的那样,监理工程师在施工阶段的监理工作都是与合同管理密切相关的。因此,监理工程师在质量控制、进度控制与费用控制方面的权限与职责亦为合同管理所必备的。但就狭义的合同管理方面的权限与职责来说,主要体现在如下几个方面:

监理工程师合同管理的主要权限(具体权限应由业主在相关合同中明确):

1. 检查工程分包内容及分包人;
2. 检查工程延期和费用索赔报告;
3. 检查处理工程变更;
4. 审核签署支付证书和竣工结算;
5. 验证有关交工文件及工程保修证明文件(FIDIC 为颁发移交证书与缺陷责任证书)。

监理工程师合同管理的主要职责:

1. 熟悉、理解和掌握建设工程合同条款及有关合同文件的内容,认真执行监理合同;
2. 监督承包人和提醒发包人按合同规定的内容履行各自的义务;
3. 加强合同控制,维护业主的正当利益;
4. 加强合同档案管理,做好合同分析工作,及时、准确地为业主提供合同履行的信息。

四、合同管理与监理目标控制

对监理工程师来说,其主要工作是通过采取经济的、技术的、组织的和合同的措施或使用此类手段,对承包人的建设行为和工程施工的过程实施监理,最终实现监理目标。因此把目标控制作为监理工作的中心任务,这主要是受项目管理理论的影响。根据 FIDIC 的定义,咨询工程师在被业主授权管理合同时才能成为工程师。就施工阶段监理工作的本质而言,其主要的或基本的工作是合同控制及合同管理,而衡量合同标的实现或完成好坏的标准是监理目标。监理三大目标既产生于合同的约定又受合同执行的制约。所以,监理目标控制除了采取科学的和有效的方法和手段外,主要是取决于合同控制或管理的好坏。满足合同要求的行为和过程是可行的,既满足合同要求又达到目标要求的建设行为及施工过程是令监理工程师满意的,达到这样要求的监理工程师的工作又是令业主满意的,因此是理想的。所以合同管理与目标控制相互联系,相互制约,相互依赖,相互作用,相辅相成,统一于工程建设和监理工作的全过程,是目的和手段的关系。合同管理与监理目标控制关系如图 1-1 所示。

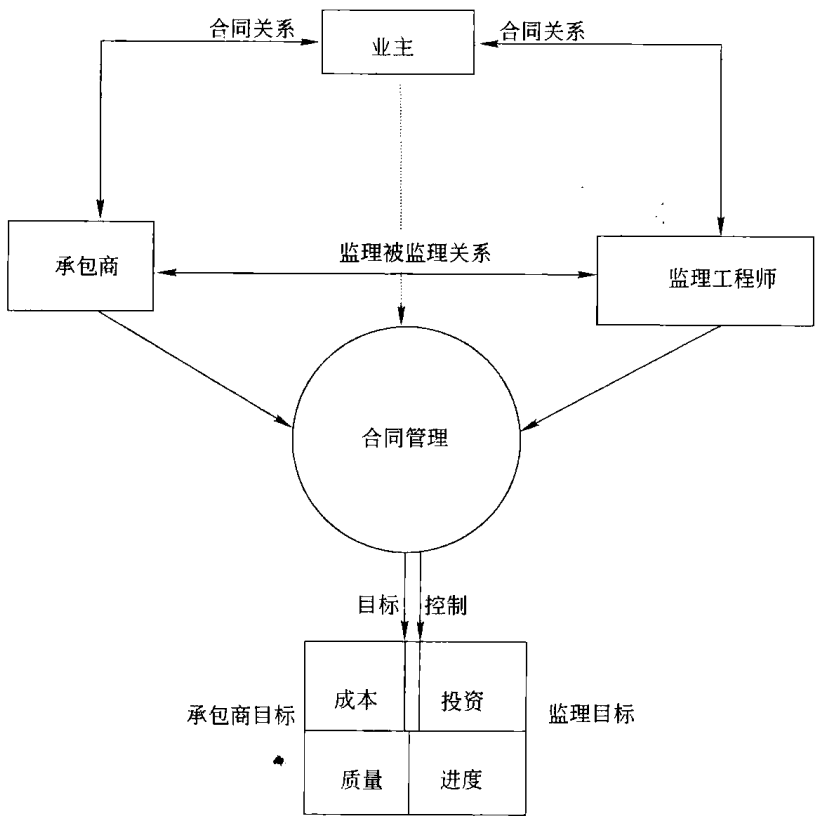


图 1-1 合同管理与监理目标控制关系图

需要说明的是,由于我国的有关法律法规对合同当事人的称谓在不同的情况下是不同的,因此在本书的不同章节中将会出现不同的名称。如我国习惯称之为建设单位的一方,在不同的情况下其名称可能有业主(雇主)或项目法人、发包单位或发包方或发包人、招标单位或招标方或招标人;与建设单位签订建设工程合同的另一方其名称可能有承包商或承包单位或承包方或承包人、投标单位或投标方或投标人,或直接称为勘察单位、设计单位、施工单位、安装单位以及设备供应单位等。这些名称在不同的场合是有差别的。而业主(雇主)和承(分)包商的

称谓是借用国外的合同语言。

第二节 工程分包管理

一、工程分包的概念

工程分包就是承包商按照合同规定,经监理工程师审查,并取得业主的认可,将其所承担的合同规定的工程之一部分再发包给另外的承包商,这种合同行为称为工程分包。接受再发包的承包商称为分包商。

需要指明的是,合同分包与合同转让是两种不同的概念。合同分包是不改变合同原来的性质,合同的主体关系也不发生变化,合同分包后不解除(总)承包合同中规定的任何责任和义务,(总)承包商应将任何分包商及其分包商的代理人、雇员或工人的任何行为、违约等完全视为自己的代理人、雇员或工人的行为、违约,并为其负完全责任。所以说,采取分包的形式并没有改变原有合同的性质和作用,也没有改变业主与承包商的合同关系。

合同转让则是承包商将合同转让给另一承包商。实质上已经解除了原承包商同业主签订的合同关系,原承包商将不再承担合同规定的责任和义务。合同中规定的承包商的责任和义务则由接受转让的承包商来承担。合同转让不仅是承包商的行为,业主也可以转让合同,但事先必须经对方同意,并办理手续。

在合同分包时,一般分包合同的产值或工程量不能超过总承包合同的半数以上,也就是说合同中的工程大部分由主承包商来完成,而合同转让则可以转让全部合同范围内的工作,也可以转让合同范围内的一部分工作,一般合同对转让出去的工作量没有限制。

我国《建筑法》中规定:禁止承包单位将其承包的全部建筑工程转包给他人,禁止承包单位将其承包的全部建筑工程肢解以后以分包的名义分别转包给他人。建筑工程总承包单位可以将承包工程中的部分工程发包给具有相应资质条件的分包单位;但是,除总承包合同中约定的分包外,必须经建设单位认可。若为施工总承包,建筑工程主体结构的施工必须由总承包单位自行完成。建筑工程总承包单位按照总承包合同的约定对建设单位负责;分包单位按照分包合同的约定对总承包单位负责。总承包单位和分包单位就分包工程对建设单位承担连带责任。禁止总承包单位将工程分包给不具备相应资质条件的单位。禁止分包单位将其承包的工程再分包。我国《合同法》中的第十六章第二百七十二条也做了相同的规定。因此,监理工程师应按有关法律法规及有关规定来正确认识和处理工程分包问题。

因为分包与转让有上述的不同,因此在 FIDIC 合同条件中规定,合同分包一般由监理工程师审批。承包商进行合同转让时必须由业主审批,这是因为合同转让改变了原合同的主体关系:

在工程的实施过程中,由于遇到下列情况时,承包商希望把自己承包的工程的一部分分包给其他承包商;

某些专业性很强的工程,无论从工程质量上或经济、进度方面都不如分包给专业化的施工队伍去完成有利,如在港口工程中有时把疏浚部分分包给专业疏浚公司;

由于承包商自身原因使工程进度严重拖后,依靠自己的力量不能保证合同工期,因此采取分包的办法来实现合同工期;

也有由于承包商的施工设备不足或损坏,不得不把合同中一部分拿出来进行分包,以便按

期完成,这种分包形式在港口建设的大型土石方工程中比较多见;

另外有的附属工程因受当地条件限制和业主单位要求,使承包商不得不将这部分工程分包出去。如港区内的一些建筑和道路工程。

二、工程分包的种类

工程分包一般有两种形式,即:一般分包和指定分包。

(一)一般分包

1.一般分包是指由承包商根据承包合同的约定提出分包要求并选择分包商,经监理工程师(业主)批准的转发包行为,体现了承包商的愿望和要求,由承包商与分包商签订分包合同;

2.分包商应对分包商的分包行为负责,任何分包合同不能改变承包商在原合同中承担的责任和义务;

3.分包商的分包合同必须得到监理工程师(业主)的批准,否则分包商不能进入工地进行任何工程的施工。

分包商在承包合同中完全是附属于承包商的,没有独立的地位,且在工作、工程进度计划、工程付款等方面完全服从于(总)承包商的安排。

(二)指定分包

指定分包是指承包商根据招标文件的规定,将工程中的一部分分包给由业主或监理工程师选定或批准的分包商承包,并为之签订分包合同的行为。按 FIDIC 合同条件规定,进行与合同中所列暂定金额有关的任何工程施工,或提供任何货物、材料、设备或服务的所有专业人员、商人及其他人员等称之为指定分包商。对指定分包商的确定,可以在招标文件中指定,也可以在工程开工以后指定。指定分包商在进行施工或服务过程中仍视为承包商雇用的分包商,由承包商负责对他们进行协调和管理。

指定分包与一般分包有以下不同:

1.指定分包商是由业主或监理工程师选定,或在合同中指定;而一般分包商则是由承包商选定,然后由监理工程师报业主批准。

2.指定分包的项目一般在招标文件中明确(FIDIC 合同条件列在暂定金额中),一般分包的项目则是由承包商根据客观条件自行决定的部分。

3.一般分包商的工程款项由承包商根据与分包商的协议支付,而指定分包商的工程款项在承包商无正当理由而扣留或拒绝按分包合同向其支付的情况下可由业主根据监理工程师的支付证明直接支付。

4.指定分包商与一般分包商在合同中的地位不同。指定分包商在合同中有一定的地位,他们与承包商既有一定的联系,又有一定的独立性,监理工程师在必要时可以直接对指定分包商下达指令。

为使承包商对指定分包商满意并准备和他们合作,监理工程师或业主在选定指定分包商时应听取承包商的意见,承包商不同意时,应另行指定。指定分包只适用于特定情况,如专业性很强的项目,或在招标时某些子项目的设计或技术要求尚未落实,只能给出暂定金额;或是与业主合作项目等。需要指出的是,业主不能滥用指定分包的概念,更不能把招标文件或合同中已确定给承包商实施项目指定分包,这是《建筑法》所不允许的。

三、在工程分包中监理工程师的管理

工程分包中,选择合格的分包商是保证工程质量的重要条件。因此,监理工程师对分包商(包括一般分包商和指定分包商)应进行严格的审查和有效的管理。

(一)选择分包商的审批程序

根据 ISO 9000 族标准的要求,分包商的选择属于分供方评定和客户提供产品的控制的范畴,承包商应重点对分包商的质量保证能力和履约能力进行评定,将合格者列入合格分供方名单中,建立其档案。具体选定时,应首先从合格分供方名单之中选择。否则,应进行评定。对于监理工程师或业主推荐或指定的分包商,也应先看是否在合格者名单之中,不在,应进行分供方评定,若不合格可以拒绝。

1.一般分包商的审批程序

1)承包商根据拟分包工程的内容和范围,从合格的分包商档案中选择条件合适的分包商,并对其施工能力、企业财务、社会信誉等以及其他有关的情况进行对比选定分包对象。

2)承包商初步选定分包商后,向监理工程师提出分包申请报告。报告内容包括:

(1)分包工程的内容与范围,工程价值及占合同总价的比例;

(2)分包商的情况:包括资质、能力、企业规模、业绩、简历、财务状况等;

(3)分包协议:除有商务、法律条款外,还应有分包项目的施工工艺、分包商设备及到场时间、材料供应情况等。

3)监理工程师审查承包商的申请报告。主要对“分包申请报告”进行详细审查,着重对分包商是否有能力按照合同条件完成分包的工程任务进行核实。

4)监理工程师对分包商的调查。对基本符合分包条件的,监理工程师应做进一步调查后,再做结论,其目的是考核承包商所报告的分包商情况是否属实。所以,监理工程师应前往该分包商过去完成的且又与本次工程相似的工程中去了解分包商的技术水平、能力和设备等。如果监理工程师对分包商的各方面能力满意的话,则以书面形式予以确认。承包商收到监理工程师的书面确认后,则立即与分包商签订合同,并将副本报送监理工程师备案。对不具备分包项目资格的分包商,监理工程师不予确认,并向承包商指明原因。

2.指定分包商的审批程序

1)业主或监理工程师根据招标文件或合同的规定,编写需要指定分包工程的招标文件,提出指定分包商的候选人。

在颁发指定分包招标文件前应当与(总)承包商交换意见,因为本招标文件将要成为分包协议的一部分,事前沟通是非常必要的。

2)承包商在接到指定分包商的候选人名单后,应看是否在合格者名单之中,若不在,则进行分供方评定,对不合格者应提出更换请求。

3)业主或监理工程师根据各分包商投标情况以及包括资格、技术、信誉等因素选择分包商并通知承包商。

4)业主或监理工程师选定的分包商在充分与(总)承包商协商的基础上与之签订分包合同。由于承包商需要对指定分包商进行协调和管理并对其行为承担连带责任,因此业主应向承包商支付管理费或由分包商支付此项费用。

(二)对分包商的管理

由于分包商进入工程施工的时间较晚,对合同条件也不太熟悉,因此监理工程师对分包商