

对外承包工程项目投标保函的风险及防范

——以也门电站项目为例

徐雅琴 李松涛

在对外承包工程项目业务中,业主为避免因承包商(投标人)违约而蒙受损失,通常要求投标人出具投标保函,以保证投标人在其投标的有效期内不撤标、不改标、不更改原报价条件,并在其一旦中标后,按照标书规定的时间内签订合同并提供履约保函,否则业主或招标方将凭投标保函索赔。在现阶段处于后金融危机和全球化经济背景下,买方市场特征明显、竞争加剧,承包商面临的投标保函索赔机率大幅攀升,保函风险尤其突出。那么,如何防范?本文以也门电站项目为例,从承包商(投标人)的角度探讨和分析对外承包工程项目投标保函的风险及其防范。

一、案例简介

国内A公司于2007年7月参与也门某电站项目投标,国内H行应A公司申请,委托也门当地代理行Y行转开投标保函,保函金额为400万美元。保函的索赔条款是:“We hereby undertake to hold at your disposal, as Tender Security, free of interest and payable in cash on your first demand, and notwithstanding any contestation by the Tenderer.”即根据投标保函的内容,投标人承诺无论是否有争议,投标保函不计利息并在保函受益人首次索偿即付。由于业主方资金问题迟迟不能解决,因此将项目的标评期大幅度延长,待实际开标时国际电站燃机等主要设备上涨近10%,同时人民币快速升值,相比投标时已上浮10%,一旦中标,项目即会出现亏损。该投标保函为无条件见索即付格式,申请人不得修改条件,否则废标并承担违约责任。此时业主方和转开行Y行相继提出要求:A公司对保函进行延期,否则没收保函,即不延期即付款。申请人A公司认为,投标时的报价已明显偏低,且业主方未在合理期限内宣布评标结果,因此,提出不延期也不付款。

二、对外投标保函的风险分析

(一) A公司能否以评标期延长为理由拒付

在上述背景下,A公司的抗辩理由是:由于业主方自身融资原因而未能在有效期内公布投标结果,致使项目实施成本增大,难以推行。根据国际咨询工程师联合会(FIDIC)关于标期的相关条款规定,在最初确定的投标有效期到期后,业主可以要求投标人对投标保函进行延期,投标人可以拒绝延期而不会被没收保函,投标人同意延期的应对保函进行延期。但该项权利仅限于承包商在合同项下而不是在保函项下抗辩。国际商会见索即付保函统一规则(URDG758)第五条规定,保函及反担保函具有独立于基础关系和申请的特点,银行收到受益人提交的与保函条款表面相符的索赔文件时需付款。但如果担保行掌握了充分的证据证实受益人提交的索赔理由与合同或事实不符,则可以援引法律或国际惯例中普遍适用的“欺诈例外”原则进行抗辩。此案例中,由于A公司进入也门市场的迫切性和竞争的加剧性,在投标保函、反担保函中均未明确标明详细的索赔条件,已简化为“首次要求”,无需任何违约声明,因此鉴于保函的独立性原则,业主方提出索赔后,A公司在保函项下以评标期延长为理由拒付是不成立的。

(二) A公司能否以索赔函日期不合常规拒付

对此,A公司的抗辩理由是:在索赔过程中,业主提出的索赔函和也门当地转开行Y行索赔函的日期相差20天,不合常规。投标保函有效期计算一般为开标日+报价有效期+30天(或28天)。通常情况下,受益人和转开行提出索赔的要求日期间隔不会太长。此案例中,两者日期相差较长确有悖常理,但双方索赔均在各自的有效期内提出,因此A公司不能以索赔函时间相差过长为理由提出拒付。

(三) A公司能否以报价适用于原投标期提出拒付

A公司的抗辩理由:原有的投标报价适用于原投标期内,否则应自动失效。按照FIDIC1999年第1版《施工合同条件》以及国际惯例,投标报价有效期一般为投标截止日后60日内有效。此案例中,原报价应是在考虑一定时期内的物价波动和风险因素后作出的,一方面约束投标人在投标有效期内

不能随意更改和撤回投标,另一方面也促使业主方或招标代理机构加快评标、定标和签约过程,保证投标人的投标不至于由于招标方无限期拖延而增加投标人的风险。该项目报价虽然适用于原投标期,但根据保函的独立性原则,业主方在保函期满前提出的索赔仍然是有效的,A公司拒付理由不成立,但可争取合同项下的补救措施。

三、对外投标保函的风险防范要点

(一) 投标保函的开立、条款设置

1. 审查保函受益人的资信和财务状况。承包商应在投标保函开立前了解受益人的资信状况、财务状况、项目资金来源及可靠程度,是否存在恶意欺诈的可能性,是否有在缺乏充分事实依据的情况下轻率地索赔保函,或出于其他目的恶意索赔。承包商一般可以通过咨询银行、国际商会、中国对外承包工程商会等机构或组织了解受益人在以往交易中的履约能力和商业信誉。

2. 争取出具附条件的投标保函。在附条件的银行保函索赔时,往往要求业主提供承包商违约的证据,如:投标人在报价有效期内修改实质性条款、中标通知书下达后在规定时间内未签合同、未提供履约保函等。如果无法在洽谈中说服业主接受附条件的投标保函,应尽量争取业主接受附形式条件的见索即付保函,此举虽不能从实质上加重业主的举证责任,但可在一定程度上限制业主没收保函。另外很重要的一点是,根据保函的独立性原则,所有的限制条件必须反映在保函自身的条款中,其他形式的协议、备忘录都很难阻止业主方的保函索赔发生。

3. 尽量出具直开或转递保函。为降低承包商的成本,同时给业主没收保函增加难度,应尽量出具直开保函。当然,业主出于自身利益,往往要求开具保函的银行为业主所在国或项目所在地的国际知名银行,这种要求在很大程度上给承包商带来不利。从目前来看,我国承包商对外承包工程项目主要分布在非洲和东南亚地区,国内银行在项目地区大部分都未设分支机构,从而造成无法向业主提交由我国银行出具的直开保函。然而,在转开保函项下,反担保链条上的环节多,责任难以明晰,中间的委托行有时会有两家以上的银行或非银行金融机构介入,被委托行往往采用高度自我保护的方法,使国内委托行承受更大限度的责任。因此,如果不能出具直开保函,退而求其次,选择转递保函也是可行的。转递的当地银行只起到联络作用,承担的是间接责任,传递信息的意见仍以国内委托行为准,当发生业主索赔时,转递银行需收到款项后转付业主,降低了承包商的风险,而且手续费较低。

4. 投标保函的条款设置应清晰、公允。第一,应规定合理的索赔条件,使条款合理、规范,减少漏洞。如:明确规定

受益人在索赔时声明投标人(被担保人)具体的违约事项;明确规定受益人在索赔时需提交保函正本,以避免欺诈;明确规定受益人的索赔需通过直开行或转开行、转递行证实签字的真实性,以避免个人行为、越权行为;明确规定索赔书为书面原件,传真、电报、电传、电话等形式均无效。第二,保函的条款应尽量单据化,特别是在事实性的条款上,应详细列明生效、失效、减额的条件。第三,结合基础交易内容、担保类型合理匹配担保责任、限定最大赔付责任,避免不清晰、不合理的利息条款和汇率条款,避免承担无上限律师费和诉讼费等相关费用。第四,原则上不加列适用外国法律的条款。熟悉项目所在国、所在地的法律,做到有备无患。除非保函/反担保函另有约定,其适用法律应为担保人/反担保人的签发机构营业地法律,担保人和受益人之间关于保函的纠纷,应由担保人的签发机构营业地有管辖权的法院管辖,担保人之间关于反担保函的纠纷,应由反担保人的签发机构营业地有管辖权的法院管辖。

(二) 投标保函的后期管理

保函出具后,通常的后期管理主要包括日常管理、跟踪管理和回收管理三部分。

1. 日常管理应做好保函信息的备案,留存复印件、登记保函号、有效期、金额、项目名称、受益人等情况,如果是转开或转递保函,还应注明转开或转递行名称,办理延期的保函应注明延期后的到期日。

2. 做好保函的跟踪分析,根据实际情况预警潜在索赔发生的可能性。当业主方出现自身原因或在承包商出现保函约定的违约责任时要求承包商对保函进行延期或者赔付,承包商此时应做的是主动、积极沟通撤销事宜。如撤销无果,应尽量满足业主要求,先对保函做延期,以时间换空间,并在延期后的到期日前回收保函。当承包商有确凿的证据表明是业主方的责任时,可提起仲裁或诉讼,依据相关国家法律向法院申请“禁止令”来阻止担保人对保函进行赔付。

3. 回收管理侧重于保函的跟踪、及时收回原件并办理注销,以免存在被索赔的风险和承担后续的担保费用。

(三) 其他需注意的几个问题

1. 在办理对外承包工程项目投标保函时,需得到商务部等政府部门的批准。承包商(申请人)需凭我国驻项目所在地经济商务参赞处出具的证明文件到商务部办理《对外承包工程投(议)标许可证》。项目中标后要提供经济商务参赞处出具的证明材料并在商务部备案登记。同时,为进一步实施“走出去”的战略,我国中央财政出资设立了对外承包工程保函风险专项资金,经商务部批准后,为符合条件的企业提供对外承包工程项目的担保、垫支赔付款,企业应积极申请授信,并满足《对外承包工程保函风险专项资金管理暂行办法》中

林南仓煤矿基于项目的 作业成本管理实践

夏鑫 姜海虹

作业成本法的应用,要求企业深入作业层次制定成本定额,也要求深入作业层次进行成本控制、成本分析与考核。林南仓煤矿根据自身生产过程特点、管理要求及成本管理中存在的问题,早在2009年就提出了符合自身实际情况的基于项目的作业成本管理,经过两年多的梳理、设计和基础准备,于2011年年底开发完成了基于项目的作业成本管理新系统并付诸实施,取得了良好的经济效益。

一、基于项目的作业成本核算是核心与前提

作业成本核算的基本原理可以归纳为“产品消耗作业、作业消耗资源”,是将企业生产经营过程中的各种资源耗费根据资源动因分配到各个作业,形成作业成本库;然后将各作业成本库的成本分别按照作业动因分配到产品,以计算产品成本。

林南仓煤矿基于项目的作业成本核算是根据自身生产经营管理实践和需要而对作业成本法适当改进。所谓“项目”是指作业中心及作业的服务对象,对于煤炭生产而言主要是指反映作业的具体地点、空间特征、地质条件等综合信息的工作面。基于项目的作业成本法是在“产品”与“作业”之间又增加了一个“项目”层次,其基本原理可以简述为“产品消耗项目、项目消耗作业、作业消耗资源”。对于不能直接确定成本对象的间接资源耗费,需要进行分配,其分配过程包括

资源向作业的分配、作业成本向项目的分配和项目成本向产品的分配三个环节。资源向作业分配时,需根据资源动因及资源动因量,确定资源分配率,根据资源分配率分配资源到相关作业,形成作业成本库;作业成本向项目分配时,能直接确定项目的,直接计入到该项目成本中,不能直接计入相关项目的,需根据作业动因及作业动因量,确定作业成本分配率,根据作业动因分配率分配作业成本到相关项目,形成项目成本;对于项目成本向产品的分配,由于煤矿生产项目(工作面)与产品对应关系的单一性,一般来说,项目成本都可直接计入产品成本,无需进行额外的分配。

林南仓煤矿在应用基于项目的作业成本法过程中,作业与项目的定义是难点和关键。

(1) 作业定义。作业是企业为生产一定数量的产品或提供一定数量的劳务所消耗的人力、技术、原材料、方法和环境的集合体。作业是业务流程的基本单元。作业相对独立,尽可能仅有一个可计量的作业成本动因,以便于作业成本的计算和控制。林南仓矿根据实际生产过程、管理流程及其特点,依据作业划分原则,划分了采煤作业、支架检修作业等55项作业。

(2) 项目的定义。项目定义实质是生产计划部门为作业定义的具体工作任务清单,也就是作业的服务对象,是基于项目的作业成本核算与管理的重要层次。林南仓煤矿根据

企业和项目的相关要求,争取到保函风险资金项下的担保。

2. 多家询价,降低开立投标保函的费用。由于银行自身资信等级的不同、银行对申请人信用评级程度的不同,不同银行的收费标准是不同的。因此,承包商应合理利用国内银行、境外代理行资源,选择最佳出具保函的路径,降低开立保函的费用。

3. 约定保函的不可转让或限定条件下的转让。各种国际惯例对于保函项下的转让采取了高度限制,除非在保函或其修改书中另有明确规定,保函项下受益人索赔的权利不可转

让,应在保函条款中予以明确,以避免受益人滥用保函的转让而导致索赔风险的加大,给承包商带来不可预测的风险。

4. 投标报价应考虑到价格波动、汇率波动等因素影响,以避免因报价因素违约导致投标保函的索赔风险。一旦中标,承包商应在中标通知书规定的期限内签署合同、提交履约保函,避免投标保函被没收。

(作者单位:华北电力大学经济与管理学院
河北省电力勘测设计研究院)

责任编辑 刘黎静