

标准施工招标文件合同争议评审条款起草背景及相关问题思考

黄瑞

黄瑞，现任中技国际招标公司法律部总经理，北京仲裁委员会仲裁员、争议评审员，中国经济贸易仲裁委员会仲裁员，从事世界银行等国际金融机构贷款和国内资金等各类工程建设项目法律咨询和争议解决工作近二十年，担任国家发改委等九部委《标准施工招标文件》的编制专家。

内容摘要：国家发改委等九部委在 2007 年联合制定颁布的《标准施工招标文件》中，首次安排了合同争议评审机制。笔者作为标准文件的编制专家，结合自身多年的项目咨询和合同争议解决经验，就标准文件通用合同条款中的争议评审条款要点和起草背景进行了说明和分析，并就合同争议评审机制的吸引力、可操作性以及在实践中如何进一步完善，提出了分析意见和建议，以供读者参考。

关键词：合同争议评审标准文件争议解决

2007 年 11 月 1 日，由国家发展和改革委员会、财政部、建设部、铁道部、交通部、信息产业部、水利部、民航总局及广播电影电视总局九个国务院部门，历经数年调研和磋商，联合制定颁布了《〈标准施工招标资格预审文件〉和〈标准施工招标文件〉试行规定》（以下简称 56 号令）。2007 年版《标准施工招标文件》作为 56 号令的附件同时颁布。随着《标准施工招标资格预审文件》和《标准施工招标文件》（以下合并简称标准文件）在政府投资项目中的试行，标准施工招标文件中合同争议评审的安排，受到越来越多的关注和讨论。笔者作为标准文件的编制专家，参与了制定过程中的部分研讨，拟对相关条款起草背景和操作问题，谈谈个人的理解和思考。

一、标准施工招标文件合同争议评审条款要点

标准施工招标文件合同争议评审条款主要在第 4 章第 1 节“通用合同条款”中进行了规定。其中，第 24.1 款规定：发包人和承包人在履行合同中发生争议的，可以友好协商解决或者提请争议评审组评审。合同当事人友好协商解决不成、不愿提请争议评审或者不接受争议评审组意见的，可在专用合同条款中约定下列一种方式解决：（1）向约定的仲裁委员会申请仲裁；（2）向有管辖权的人民法院提起诉讼。第 24.3 款规定了争议评审组的组成和成立时间、申请人评审材料的提交和被申请人的答辩、争议评审组的调查和出具书面评审意见以及双方当事人接受评审意见或一方当事人不接受评审意见的处理。

标准施工招标文件对争议评审的安排，虽然在争议解决方式中提及了争议评审方式并对相关事项作要点式规定；但是，若要在具体项目中应用，还应在专用合同条款等合同文件中明确选择并补充具体约定。

二、争议评审条款的起草背景

和有些其他由国家部委发布的范本文件不同，《标准施工招标文件》是作为 56 号令的附件同时发布。只要是被选择的政府投资试行项目，当事人应按照规定使用《标准施工招标文件》。从这个意义上讲，我们讨论起草背景，首先不能忽略其法规背景，然后再讨论条款起草时的考虑。

（一）法规背景

56 号令自 2008 年 5 月 1 日起施行，规定：标准文件在政府投资项目中试行；国务院有关行业主管部门可根据和本行业施工招标特点和管理需要，编制行业标准施工招标文件；行业标准施工招标文件中的“专用合同条款”可对标准文件中的“通用合同条款”进行补充、

细化，除“通用合同条款”明确“专用合同条款”可做出不同约定外，补充和细化的内容不得与“通用合同条款”强制性规定相抵触，否则抵触内容无效；试点项目招标人编制招标文件中的“专用合同条款”可根据招标项目的具体特点和实际需要，对标准文件中的“通用合同条款”进行补充、细化和修改，但不得违反法律、行政法规的强制性规定和平等、自愿、公平和诚实信用原则。

需要注意的是，与标准文件使用相关的，可能涉及行业标准施工招标文件，还有试点项目施工招标文件。对于行业标准施工招标文件而言，其专用合同条款不得对通用合同条款进行修改，除非通用合同条款明确专用合同条款可做出不同的约定。但是，对于试点项目施工招标文件，专用合同条款可以根据项目需要对通用合同条款进行修改。

56 号令的上述规定，既保持了行业标准施工招标文件与标准文件的一致性，又给予了试点项目招标人以灵活的缔约空间。如果涉及标准文件的配套或应用，要注意编制文件的目的和用途。如果是相关机构参与编制施工招标文件，应注意专用合同条款不要修改通用合同条款；如果是为试点项目招标人编制招标文件提供文件支持，则可以由专用合同条款修改通用合同条款。

（二）起草考虑

合同争议评审作为一种争议解决机制，因在合同当事人之外，不仅涉及法院或仲裁机构的第三方，即争议评审专家，还涉及评审专家和评审组的关系问题；同时合同当事人和专家以及可能提供相关服务的其他当事人之间的关系主要通过合同约定获得法律约束力，所以，标准施工招标文件的前述规定和一套较完备或可以直接操作实施的争议评审机制所必备的条款相比，显然只是要点式的。如果当事人要在项目中真正安排合同争议评审，必然还要配套做出更详尽的规定。那么，为什么标准施工招标文件如此起草争议评审条款呢？如果并不完备，为什么还要保留呢？我理解，主要有以下几个方面的考虑。

第一，倡导提供多元化的争议解决方式选择，为当事人选择争议评审方式解决争议预留选择空间。我国大额投资项目多为政府投资项目。政府颁布的标准文件，对各地投资项目有明显的示范效应。在当今工程建设项目争议解决司法资源有限的情况下，探索新的能够有效解决争议，又能够为当事人及有关政府投资项目监督检查机构接受的争议解决方式，是有现实的积极意义的。即便条款规定并不完备，但在国内尚属于新的合同争议评审制度，作为能够被政府投资项目所认可的争议解决方式，其重要意义在于可以以这种方式解决争议而解除当事人在发生争议后必须仲裁或诉讼的负累和风险。

第二，制定者参考了在工程建设项目中比较成熟的有实践经验的国际惯例的做法。事实上，世界银行早已在其施工采购标准招标文件中推广争议评审机制，要求金额在 5000 万美元以上的项目，应在争议提请仲裁之前由三位专家组成的 DRB（即 Disputes Review Board 的缩写）进行评审和做出决定；要求金额在 5000 万美元以下的项目，应在争议提前仲裁之前由一位专家 DRE（即 Disputes Review Expert 的缩写）进行评审和做出决定。20 世纪以来，世界银行进一步将 DRB 和 DRE 进行了机制上的统一，调整为三位或一位专家组成的 DB（指 Disputes Board 的缩写）进行评审和做出决定。此外，国际咨询工程师联合会（即 FIDIC）1999 年版《施工合同条件》也明确规定，争议提前仲裁之前，应由三位或一位专家组成的 DAB（指 Disputes Adjudication Board 的缩写）做出决定。

第三，兼顾国内工程施工管理的现状。就国内建设工程项目的施工合同实践来看，项目类别、规模、地区发展水平差异较大，不宜一概而论地确定统一的详细规则。国内工程施工项目依法要实行监理制度。同时，作为一个机制安排，其落实的重要一环是有合格的评审专家，但是，国内的相关专家队伍仍在形成之中。所以，标准施工招标文件的合同争议评审条款，并没有一概而论地规定详尽的权利义务和程序规则；相反，除了对争议评审作要点式的概要规定之外，很多具体的合同约定几乎全部留白，这样，恰恰可以给当事人根据其现实条

件和需要采用争议评审提供可能性。与前述国际惯例不同的是，标准施工招标文件并没有照搬 DB 或 DAB 的安排，既不限限制选择争议评审方式的项目规模，也没有在通用合同条款中将争议评审当然地作为仲裁或诉讼的前置选择，而是结合国情由愿意选择争议评审解决争议的当事人自由选择。

第四，对于争议评审可能涉及的机构，不作行政性指定或提供推荐名单，在为项目争议解决的“菜单”增加品目的同时，为各地相关方面探索发展争议评审机制提供开放、公平的文件空间。国内各地工程建设项目实践经验差距很大，在北京、上海等经济发达、开放程度较高的地区，相当多的从业者了解或熟悉争议评审机制，也有若干仲裁机构如北京仲裁委员会，在主动探讨尝试开展相关工作；相反，在有些地方相关知识和人才的储备都非常有限。但是，即便如此，政府秉持公平原则，在标准文件中并不特别指定或推荐相关机构，既没有影响任何有经验的领先优秀机构在业内的相关实践，同时又保持开放的文件安排给予其他愿意作有益尝试的机构以公平的机会，体现了政府鼓励各方公平、积极地探索的初衷。事实上，政府不指定或推荐可能涉及的机构，对领先尝试开展相关工作的机构没有丝毫不利影响，又表明了欢迎各方广泛探索和实践，希望国内能够培育高水平的专家队伍，形成多元化的争议解决格局的态度。

第五，虽然国务院行业主管部门编制行业标准施工招标文件时，不得修改“合同通用条款”，但是，具体项目招标人在不违反法律、行政法规的强制性规定和公平、自愿、公平和诚实信用原则的前提下，可根据招标项目的具体特点和实际需要，对“通用合同条款”进行补充、细化和修改。因此，拟选择争议评审方式解决争议的当事人，完全可以通过在“专用合同条款”中的补充和修改，约定具体的争议评审规则，目前要点式规定不会对具体项目当事人造成不利影响。

第六，如果关于争议评审的机制安排，通过多个项目实践显示需要进一步调整时，例如需要将较多的形成惯例的经验和做法纳入标准文件统一规范和引导时，国家有关主管部门还可以根据 56 号令的规定和项目实践情况，进一步修改标准文件。

三、相关问题思考

作为一种争议解决方式，如何在标准施工招标文件涉及的项目合同中开展相关实践，涉及多个方面的问题，笔者试图从可行性和操作性层面选择几个主要问题简要探讨。

第一，争议评审机制对相关各方有无现实的吸引力。这是任何一种新的机制安排所必然面临的问题。换言之，争议评审机制是否有市场。应该说，在满足一定假设的情况下，争议评审机制是有吸引力和生命力的。因为，作为政府，鼓励和谐开展工程建设项目，希望当事人快速解决可能引发矛盾事件的合同争议；作为当事人，欢迎收费低、效率高、有水平的争议评审和解决方案；作为法院，普遍案件压力较大，在司法资源有限的条件约束下，很难骤然间大幅度提高建设工程项目的结案速度；作为仲裁机构，则非常欢迎多元化争议解决的积极探索，所以，市场需要效率高、收费低、水平行的争议解决服务。

第二，是否具备一批被当事人信赖的、愿意从事争议评审的专家队伍。争议评审归根结底是评审专家为当事人提供服务。是否有一批合格的专家队伍，是作为一种争议解决机制能否具有可持续性的关键。应该说，国内已经初步具备一定的专家队伍的基础，在仲裁和调解领域培育的具有工程施工合同管理和法律专业背景、享有一定知名度和声誉的专家队伍，同样可以进一步为争议评审提供专业服务。但是，既有专家队伍开展争议评审也面临新的挑战。在争议评审中，提供争议评审服务的是专家个人，而非专家所在机构或者代为指定机构，所以，开展争议评审，需要专家具有较强的程序管理能力和经验，花费较多时间；同时，为保持争议评审的吸引力，收费还不能太高。目前较多仲裁和调解专家均为兼职，且因国内没有临时仲裁而很少有独立管理和推进程序的经验。所以，由仲裁委员会等机构提供相关配套服务，也是目前国情下较为可行的路径。

第三，结合争议评审的性质，应如何完善合同条款。争议评审，不是专业争议评审机构为当事人提供服务，而是由合同当事人共同委托评审组专家提供专业服务；而且，争议评审没有类似仲裁的法律规定，评审意见不当然具有类似仲裁裁决的可强制执行性。争议评审的这些性质决定了涉及当事人选择争议评审、评审组的组建、评审组的工作程序、评审组怎样出具评审意见、评审意见的规范和效力、争议评审和后续仲裁或诉讼的关系、相关收费等问题，均需要当事人在合同中进行约定。标准施工招标文件中没有争议评审涉及的专家与当事人的评审协议、详细评审程序、评审收费和支付、评审管理等，所以，在具体项目合同中，至少应补充“合同专用条款中对争议评审补充和修改的条款”、“争议评审协议书”、“争议评审程序规则”等文件，当然，具体补充方式也包括可以援引相关机构的推荐文件。需要注意，如果是为行业主管部门提供的补充文件，不应在“合同专用条款”中修改“合同通用条款”；如果是机构为项目当事人提供的补充文件，则可以修改。

第四，仲裁委员会等相关机构可能的角色。仲裁委员会作为具有社会公信力的合同争议解决中介机构，可以在争议评审中发挥专业特长，提供配套服务，发挥社会分工优势，促进争议评审专家队伍的培育。例如代为指定评审组成员；决定评审组成员是否应退出评审；拟订配套的争议评审合同文件供当事人选用；提供场地和协助管理程序服务；为当事人和争议评审组成员之间的争议提供仲裁服务；建立专家自律规范，储备、筛选和培育专家队伍。

第五，收费标准和支付安排。对于争议评审收费的性质，建议明确实行市场调节价，因没有垄断性或竞争不充分的问题，所以不应采取类似仲裁实行政府定价或类似评估实行政府指导价。对于收费的支付，应根据当事人和专家及可能涉及的仲裁机构之间的合同关系进行。考虑到当事人和专家双方面的风险，支付安排也可以作为仲裁委员会为争议评审提供配套服务的内容之一，由当事人提请争议评审时向仲裁委员会交付。仲裁委员会应区分当事人交付款项的不同类别，例如代为指定评审组成员费用、决定成员是否退出费用、提供场地和协助管理程序费用以及争议评审专家的劳务费用。对于后者，应按照约定适用的规则支付给专家。

以上仅是开展争议评审机制安排方面较大问题的简要讨论，如果针对具体项目合同安排或程序推进，还会涉及很多具体的专业和技术问题，在此不一一展开。

总之，合同争议评审，是多元化解决工程建设项目合同争议的一种有益探讨，应结合其性质和特点，进一步研究和尝试，并在实践的基础上不断总结经验和问题解决方案。