

论国际项目在合同签订之前提交履约保函的法律风险分析及应对

梁 府

中国石油管道局工程有限公司, 河北 廊坊
Email: 154005924@qq.com

收稿日期: 2021年5月22日; 录用日期: 2021年6月21日; 发布日期: 2021年6月28日

摘 要

目前在国际工程项目招投标中, 不同于以往先签订合同后提交履约保函的惯例, 越来越多的业主要求承包商在授标后, 签订合同之前提交履约保函, 诸多承包商认为在签订合同之前提交履约保函风险太大。鉴于此, 笔者对中国法律、国际惯例中关于履约保函提交时间的规定进行了查阅、分析, 认为先提交履约保函与签订合同后提交履约保函相比, 风险并未增大, 考验的仍然是承包商的履约能力。

关键词

履约保函, 国际惯例, 风险

Legal Risk Analysis and Countermeasures of the Submission of Performance Guarantee before the Contract Signing of International Projects

Fu Liang

China Petroleum Pipeline Engineering Co., Ltd., Langfang Hebei
Email: 154005924@qq.com

Received: May 22nd, 2021; accepted: Jun. 21st, 2021; published: Jun. 28th, 2021

Abstract

In the current international projects bidding, different from the usual practice of signing the contract before submitting the performance bond, more and more employers require the contractors to submit the performance bond after the award of the contract before signing the contract. Many contractors think that it is too risky to submit the performance bond before signing the contract. In view of this, the author reviewed and analyzed the provisions of Chinese laws and international practices on the submission time of performance bonds, and concluded that compared with the submission of performance bonds after signing the contract, no risks are increased, and the test is still the performance ability of the contractor.

Keywords

Performance Bond, International Practice, Risk

Copyright © 2021 by author(s) and Hans Publishers Inc.

This work is licensed under the Creative Commons Attribution International License (CC BY 4.0).

<http://creativecommons.org/licenses/by/4.0/>



Open Access

1. 引言

目前, 在国际工程项目中, 越来越多的业主在发出授标函后, 双方在同一份合同文件上签字之前, 即要求承包商提交履约保函, 并要开始项目执行。这与很多中资企业以往的国际工程项目执行方式有很大不同。为了更好的帮助大家理解合同签订前后提交履约保函的法律风险, 本文通过国际工程项目履约保函适用法律、国际惯例及国际工程合同成立等角度进行分析, 最后提出风险应对建议。

2. 正式签订书面合同之前, 业主要求承包商提交履约保函引发的风险思考

以往国际项目中, 在业主通过招投标流程选定时承包商后, 通常会向承包商先发出一个授标函, 然后业主和承包商双方再正式签署书面合同, 甚至大项目, 双方会举行规模较大的签约仪式并进行宣传,

以上事项完成后，承包商根据双方签订的合同提交履约保函，开始工程项目的执行。这导致很多承包商认为或者说习惯了双方正式在同一份合同文件上签字才是真正的合同签订，承包商才能开始后续的提交保函、设备人员动迁等等一系列的项目执行工作。但是现在以为东南亚各国家为例，特别是印度、巴基斯坦、孟加拉、斯里兰卡等国业主发出授标函后，即要求承包商提交履约保函，开始项目执行。这一显著变化冲击了承包商原有的内部的管理制度和商业习惯，并引发以下三个方面的风险思考：

- 1) 从中国法律角度分析，合同签订之前提交履约保函是否符合中国法律的规定？
- 2) 从国际惯例角度分析，合同签订之前提交履约保函是否符合国际惯例？
- 3) 在国际工程项目中，双方正式签署的合同文本的时间是否才是合同成立和生效的时间？

3. 双方签署合同之前提交履约保函的法律、国际惯例及国际工程合同成立分析

(一) 在授标后，签订合同之前，业主要求承包商提交履约保函并不违法

《中华人民共和国招标投标法(2017 修正)》第四十六条规定：“*招标人和中标人应当自中标通知书发出之日起三十日内，按照招标文件和中标人的投标文件订立书面合同。招标人和中标人不得再行订立背离合同实质性内容的其他协议。招标文件要求中标人提交履约保证金的，中标人应当提交*”。

条文解读：

- 1) 承包商在收到中标通知书后 30 天内与业主签订书面合同；
- 2) 承包商按照招标文件中要求的时间节点提交履约保函，该条对于履约保函是授标函发出之后提交，还是签订合同之后提交并没有明确的规定，但是可以明确，即承包商必须按照招标文件的要求的时间点提交履约保函。

所以，国际工程项目中，业主在签订合同之前要求承包商提交履约保函并不违反中国法律规定。

(二) 授标后，签订合同之前业主要求承包商提交履约保函符合国际惯例

菲迪克银皮书 2017 版本中 4.2.1 规定：

“the Contractor shall deliver the performance security to the Employer within 28 days after both parties have signed the Contract Agreement” [1]。在合同签订后 28 天内承包商提交履约保函。

在菲迪克红皮书和黄皮书 2017 版本中在 4.2.1 中规定：

“the Contractor shall deliver the performance security to the Employer, with a copy to the engineer, within 28 days after receiving the Letter of Acceptance” [2]。承包商在收到授标函之后 28 天内提交履约保函。

从菲迪克丛书来看，收到授标函后承包商提交履约保函也是国际上的一种惯例。

(三) 国际工程招投标项目合同成立分析

对于国际工程项目招投标过程中体现的要约邀请、要约、承诺等法律原理，中国法律法规的规定和英美法系相同。业主的招标行为属于要约邀请，投标人投标行为属于要约，业主的授标行为属于承诺。即在业主书面接受的意思表示后，实则双方合同已经成立。在没有例外事项和约定的情况下，成立的合同则已经开始生效。对双方具有约束力。后续双方正式签署的合同更具有形式意义，因此，在正式签署合同之前或者之后承包商提交履约保函风险实质并没有不同。

但是，承包商在对业主招标文件风险分析及开立履约保函时仍需对保函文本进行风险分析、识别，必要时进行澄清和制定风险控制和消减措施。

4. 履约保函中应当注意的两个风险

(一) 履约保函载体不明确风险

中标函的英文表达方式为 *Notification of Award*、*Letter of Award*、*Letter of Acceptance*，授标意向书的

表达方式为 *Letter of Intent*。“中标通知书”和“授标意向书”效力不相同。

中标函写明投标书已被接受，授标价格是多少，应当在何时、何地、与业主商签合同，意味着对承包商的邀约行为的承诺，通常标志着合同的成立。

授标意向书只是说明向该投标人授标的意向，但最后取决于业主和投标人进一步确定。意向书面记载的是双方之间共同的意愿或期待，也可能记载了能够在法律上约束双方的协议，要结合具体的内容进行分析，但是通常认为意向书没有法律约束力。

如果业主发出授标意向函(*Letter of Intent*)要求承包商提交履约保函，承包商必须高度重视，甚至可以书面拒绝并告知业主出具正式的授标函。

(二) 授标函文本中被设定了限制性规定

通常情况下，授标函的发出标志着业主对投标人要约的承诺，承诺后合同成立，合同成立时合同生效。依法成立的合同，对当事人具有法律约束力。但是在某些情况之下，合同虽已成立，或因合同所附条件未成就、或因合同所附生效期限、或因合同须办理登记、批准等手续诸多原因而不能发生法律效力。在此类附生效条件的合同中，条件成就之前合同就已经成立，但须待条件成就时才能生效。

虽然在合同成立以后，一方违反合同义务，违约方应承担违约责任，但是一旦合同有分歧和争议，承包商将可能会陷入一个长期的争议处理过程。所以在拿到授标函后，必须对授标函中是否附带了限制条件或者被设置了陷阱进行审核。

5. 履约保函风险控制措施及建议

(一) 加强履约保函全过程管理

首先，在投标之前，承包商投标组织机构必须对项目 and 业主进行充分的尽职调查、评估后，方可做出是否参与投标的决策；第二，在标书编制过程中，投标组对招标文件中的所有风险进行识别，包括识别履约保函风险，并制定风险应对措施，在投标阶段，如果招标文件约定适用的不是国际通用的 URDG758 规则，建议尝试和业主澄清、谈判，说服业主适用承包商较为熟悉的保函规则，如果业主否决，承包商如果对该保函规则不熟悉，应及时向业主所在国专业服务机构进行咨询，寻求外部支持，确保风险得到识别、可控；第三、如果收到业主授标函，应当立刻按照业主招标文件、授标函要求在规定的时间内提交履约保函，并在项目执行过程中，关注履约保函状态，及时进行延期或者注销。

(二) 提升项目执行能力

保函本身并无风险，真正的风险是承包商缺乏履约能力。履约保函的目的是担保承包商主合同的履约。每一个善意的业主都不会对履约能力出色的承包商恶意的进行保函兑现，应对履约保函风险的最好的办法就是具有出色的履约能力。但是，承包商在项目执行过程中，仍然必须保持高度的敏感性，保留好履约证据和保函文件，一旦在产生纠纷时，有理有据的保障自身的合法权益。

(三) 与银行保持密切沟通，建立良好的关系

国际工程项目中，通常采取由承包商所在国当地银行作为反担保行，转开保函给业主所在国银行，由业主所在国该银行向业主提供担保的形式。承包商在开立保函后，应与本国银行保持及时的沟通，了解国外转开行与工程所在国的银行信息与情况。在选择国外转开行时，优先考虑与本国银行有过合作且信用评级较高的银行，降低银行方面带来的风险。

同时，由于银行所掌握的国外市场和金融环境资讯较为全面，通过银行，及时了解工程所在国的政治经济动态，及时预估判断合同与保函风险，提前采取相应预防措施。特别是当承包商被索赔履约保函时，加强与本国银行沟通，考虑以正当理由拒付的可能性，同时争取银行的最长宽限期，为与业主进一步协商解决争议争取期限。

6. 结语

以上是笔者对承包商在投标后签订合同之前提交履约的法律风险分析和履约保函风险控制措施建议，只要承包商具有卓越的履约能力，能够全面识别合同风险，重视履约保函过程管理，则履约保函风险可控。

参考文献

- [1] (2017) Conditions of Contract for EPC/Turnkey Projects, FIDIC, ISBN 978-2-88432-083-2, Section Edition.
- [2] (2017) Conditions of Contract for Construction, FIDIC, ISBN 978-2-88432-084-9, Section Edition.