

## 建设工程合同成立程序研究\*

宋宗宇<sup>1</sup>, 温长煌<sup>2</sup>, 曾文革<sup>1</sup>

(1.重庆大学 建筑法研究所, 重庆 400045; 2.福州华巍律师事务所, 福州 350001)

**摘要:**通过招标投标形式订立建设工程合同,是建设工程合同成立的主要形式。招标投标过程要经过招标、投标、开标、评标、定标和签订合同等几个阶段。建设工程招标的法律性质是要约邀请,招标不同于一般的要约邀请之处在于招标具有一定的法律约束力,但这又不同于要约的法律约束力。承认招标具有一定程度的约束力,并不会因此否认招标的要约邀请性质。投标的法律性质是投标人向招标人发出的要约,招标人的中标通知书是对投标人要约的承诺,中标通知书在发出时生效,建设工程合同成立。

**关键词:**建设工程合同; 招标投标; 签订合同

**中图分类号:** TU723.1

**文献标识码:** A

**文章编号:** 1006-7329(2004)03-0093-06

### On the Formation of Civil Engineering Contract

SONG Zong-yu<sup>1</sup>, WEN Chang-huang<sup>2</sup>, ZENG Wen-ge<sup>1</sup>

(1. Research Institute of Civil Engineering Law, Chongqing University, Chongqing 400045, P.R. China; 2. Fuzhou Huawei Law Office, Fuzhou 300001, P.R. China)

**Abstract:** It is the major way to form a civil engineering contract by means of bidding and tendering passing through the following steps as: tendering, bidding, bid opening, evaluation, acceptance and contract signing. The legal nature of the bid is an invitation to offer. The bid has certain legal binding which is different from the ordinary invitation to offer. The legal nature of the tendering is an order, which is sent to the inviter by the bidder. The letter of acceptance takes effect when it is issued and meanwhile the civil engineering contract is formed.

**Keywords:** civil engineering contract; bidding and tendering; contract signing

建设工程合同是合同的一种,其成立规则是以合同成立的一般规则加上与建设工程合同性质相适应的特有规则。要约与承诺是一种事实状态与法律规制的混合体。就其事实而言,任何经合意而达成的合同必然要经过要约与承诺两个阶段,无要约与承诺则无合同,有合同则必有要约和承诺,这是客观事实。就其法律性质而言,要约的效力以及要约和承诺过程中的一些技术手段,则随不同类别合同的不同而不同。

从广义上讲,建设工程合同的订立也要经过要约和承诺的过程。但在订立建设工程合同过程中,要约、承诺的表现形式则因建设工程采取发包形式(直接发包和招标发包)的不同而不同。在采用直接发包形式时,发包人经过批准或按有关规定可以就建设工程合同的有关事项直接与承包人进行协商,在双方意思表示一致后签订建设工程合同,所以直接发包又称协议发包。在直接发包中,发包人与承包人通过要约与承诺就建设工程合同的有关条款进行协商,在双方就合同内容达成一致意见后,签订书面建设工程合同,这一程序和过程与其他合同订立的程序并无太大的差别。直接发包的建设工程一般限于小型工程和保密工程等不宜进行招标发包的工程。

\* 收稿日期:2003-12-28

基金项目:重庆市建筑业协会《建设工程合同管理研究》项目(21273)

作者简介:宋宗宇(1968-),男,四川达州人,副教授,博士生,主要从事房地产法和建筑法研究。

通过招标投标订立建设工程合同,是订立建设工程合同的主要形式,也是对建设工程项目较为有益的形式。在建设工程合同的订立过程中,其缔约形式与一般合同表现不同,它是通过招标投标这一竞争性缔约方式来实现订立建设工程合同目的的。招标投标缔约方式是由招标人向数个相对人或不特定人发出邀请,并在诸投标人中选择最优者与其订立合同的缔约方式。在我国,关系社会公共利益、公众安全的基础设施项目和公用事业项目以及使用国有资金投资的项目、国家融资的项目、使用国际组织或者外国政府资金的项目,其施工合同单价在200万元人民币以上,勘察、设计等服务的采购单项合同估算价在50万元人民币以上或项目总投资在3000万元以上的,应当依法进行招标。以招标投标方式订立建设工程合同时,要经过招标、投标、开标、评标、定标和签订合同等几个阶段。

## 1 建设工程招标及其法律性质

建设工程招标是指建设工程的发包人采用发布招标公告或招标邀请书的形式,向不特定的勘察人、设计人、施工人或工程总承包公司发出的,以吸引或邀请有意提供承建某项工程建设服务的承包人订立合同的意思表示。工程招标包括公开招标、邀请招标、邀请议标等方式。

公开招标是指业主或其招标代理人通过报纸、专业性刊物或其他媒体发布招标公告,公开邀请符合投标资格要求的承包商参加投标。一般情况下,公开招标的方式可以引来众多的承包商参与投标,业主的选择范围非常广泛,可以选择工期较短、报价低廉、质量优良的投标人中标。但是,由于需要提前发布招标公告,还要留出充足的时间让承包商购买招标文件,所以公开招标需要花费较长的时间。在依法必须招标的项目中,全部使用国有资金或者国有资金占控股或者主导地位的,应当公开招标。

邀请招标又称选择性招标、有限招标,招标人不发布招标公告,由业主或其委托的招标代理人有目标的向至少三个以上经过预选的有资质的承包商发出邀请,邀请他们参加投标竞争。由于不需要发布招标公告,而且邀请参加竞争的投标人较少,所以邀请招标可以提高效率。但是,邀请招标限制了竞争范围,许多有竞争力的承包商未能参加投标,业主往往得不到最低廉的报价、最短的工期和最优的质量。一般来说,邀请招标的适用范围是:在依法必须招标的项目中,除应当公开招标的工程外的其他工程;经国务院发展计划部门或者省、自治区、直辖市人民政府批准的不适宜公开招标的国务院发展计划部门确定的国家重点项目和省、自治区、直辖市人民政府确定的地方重点项目;性质特殊,不能公开招标或者只有少数几个承包商有承包能力;公开招标未能选出中标的承包商;公开招标使业主和投标人支出费用可能大于节约的造价,或者公开招标的费用占造价的比例过高。

邀请议标是指业主或其委托的招标代理人邀请一个或一个以上的承包商就拟发包工程通过谈判达成协议,如果与一个承包商未能达成一致,再邀请另一个承包商,直至达成协议为止。邀请议标的适用范围是:工程性质特殊,发包时没有详细的技术要求,或者只有一个承包商有承包能力;前期工程已经由某个承包商承包后,后续工程不宜与前期工程分割;需要某个承包商参与设计;业主对某个承包商极其信任,或者业主和某个承包商之间有共同的经济利益。

邀请议标形式下,招标人可以直接与投标人进行谈判,而公开招标和邀请招标形式下,招标人与投标人通过招标文件和投标文件的形式达成协议,不能就价格、工期、质量等实质性问题进行谈判,这是邀请议标与公开招标和邀请招标的最大区别。相对于公开招标和邀请招标来说,邀请议标的形式最不利于控制造价和工程质量,所以,我国《招标投标法》只规定了公开招标和邀请招标两种招标形式,没有规定邀请议标方式。

对建设工程招标的法律性质,大体存在以下三种不同观点:第一种观点认为,招标性质上不是合同要约,而属合同订立的预备行为,即要约邀请,属事实行为,无法律意义,对招标人而言,并没有法律约束力,这种观点主要为德国一些大陆法学者所持有;第二种观点认为,招标行为性质上虽属要约邀请行为,但并非没有法律意义,招标行为对招标人而言应当是具有法律约束力,这种观点为英美法学者所持有。第三种观点认为,招标是要约和承诺之外的另一种特殊的缔约方式,招标行为在合同法上没有什么法律意义,不应放在合同缔约理论来讨论它的法律性质。

笔者认为,这三种观点都是值得商榷的。第一种观点虽然在理论上能够自圆其说,却与各国的招标立法和招标实践不相符合。从各国情况看,一般都承认招标行为对招标人的法律约束力。第二种观点依据大陆法系合同法理论,则很难自圆其说,因为依照大陆法系的合同理论,要约邀请对邀请人而言是不存在法律约束力问题的。第三种观点违背了大陆法系任何合同的订立都必须经过要约与承诺两个阶段的理论和实践。

依照大陆法系的合同理论和立法实践,任何合同的订立都必须经过要约与承诺两个阶段。建设工程招标作为订立合同的竞争性程序,当然也不例外,以招标方式订立建设工程合同,仍然存在要约和承诺两个阶段。把建设工程招标的性质问题放在合同缔约理论中加以讨论,已为我国学者所普遍接受。准确地说,招标是以要约和承诺方式订立合同的特殊表现形式。理由有三:

第一,从建设工程投标主体看,投标人具有广泛性和不特定性,符合要约邀请的主体特征要求。建设工程招标行为从本质上说是一种选择行为,招标者想通过这种方式寻找到最佳的合作者,就必须有众多的投标者供其选择,否则就达不到招标的目的。有些大型国际项目招标文件中就有明确规定:当招标人的数量达不到规定要求时,招标人有权取消该项目的招标。因此,投标人在数量上的广泛性是任何建设工程招标都具有的特征。同时,建设工程招标并不是针对某一特定主体而言的,招标公告发布后,无论何人,只要具备了招标公告中所列的投标条件,都可以参加投标。这一特征不仅表现在公开招标中,而且在邀请招标中也是如此,邀请招标的范围比公开招标小,招标者的选择对象有限,但对招标人来说,毕竟还是有选择余地。如果招标的对象和要约的对象一样,特定在某一民事主体的身上,那么招标也就失去了存在的价值。对于投标者来说,邀请招标的竞争性虽然没有公开招标那么激烈,但竞争和选择仍是存在的,毕竟不是每一位投标者都能成为合同的最终缔约者。因此,可以说,任何投标主体都具有不特定性和广泛性的特征,只是范围大小不同而已。

建设工程招标的上述特征完全符合要约邀请的要求,要约邀请的邀请对象也具有广泛和不特定的特征。但要约则不同,由于要约约束力的限制,要约人在要约有效期内,不得就同一标的向不特定的多数人同时发出相同的要约,否则他将承担相应的缔约责任。因而一般来说,受要约人总是特定的相对人,只有悬赏广告除外。

第二,从建设工程招标文件内容看,与拟定合同的主要内容相比,具有不完备性和不确定性的特征。招标人在招标文件中虽然也提出了一系列的条件,但这些条件还不能看作是拟定合同的主要条款。一方面,在各种形式的建设工程招标中,都没有写明合同的标底(价格条款),而价格条款恰属合同的主要条款,依照要约的一般理论,不包含拟定了合同主要条款的建设工程招标当然也就不能称其为要约了;另一方面,建设工程招标文件中的内容应当包括:(1)工程综合说明;(2)设计图纸及技术资料的说明;(3)工程量清单;(4)由银行出具的资金说明和工程款的支付方式说明;(5)主要建筑材料的供应方式,加工定货情况和材料、设备价差的处理方法的说明;(6)特殊工程的施工要求及采用的技术规范;(7)投标书的编制要求及评标、定标原则;(8)交纳投标保证金的要求等。这些内容与拟订合同的有关条款可能有某种内在联系,但我们不能因此就认为它就是合同的主要条款,因而上述条件只是对投标人完成项目的最低要求,它本身并不是不可变动的,投标者完全可以在此基础上提出更高更好的条件来满足招标人的要求,投标人也只有这样做才有可能在投标竞争中取胜。从招标人的角度看,也不希望投标人对上述条件一字不改地完全接受,而是希望投标人在此基础上提出完成项目的更佳方案,以便从众多投标方案择其最佳者而取之,这就使招标文件的内容具有了不确定性特征。而要约在内容方面的基本特征是内容必须明确、肯定,且包括了拟定合同的主要条款,可见,从招标文件的内容分析,招标不是要约。

建设工程招标文件的内容与要约的内容要求不符,却与要约邀请的内容特征极为相似。众所周知,要约邀请的目的并不是邀请人通过这种方式直接与受邀请人签订合同,而是诱使受邀请人向其提出订立合同的意思表示。因而各国法律都不要求要约邀请的内容必须明确、具体,也不要求必须包含拟订合同的主要条款,只要求它的内容不违法,不弄虚作假,能清楚表达邀请人愿就某一标的与他人订立合同的意向就可以了。因而,从内容角度看,建设工程招标应属要约邀请。

第三,从建设工程招标效力看,建设工程招标具有一定程度的法律约束力,但它又不同于要约的约束力。所谓建设工程招标的约束力,是指建设工程招标人在发布招标公告或发送招标邀请书后的招标有效期限内,是否有权修改招标文件的内容或者撤回招标文件。如果确因情况发生变化,使招标已无法进行,虽然可以允许招标人撤回招标,但必须承担赔偿责任投标人损失的法律义务。1999年8月30日通过的《中华人民共和国招标投标法》第23条规定:“招标人对已发出的招标文件进行必要的澄清或修改,应当在招标文件要求提交投标文件截止时间至少十五日前,以书面形式通知所有招标文件收受人。”可见,依我国法律及有关交易习惯,建设工程招标具有一定程度的法律约束力,招标人不得擅自改变已发出的招标文件,且从世界各国的招标立法规定看,一般都承认招标具有一定程度的法律约束力。立法赋予招标法律约束力的理由,主要是考虑到招标作为订立合同的竞争性方式,有着一整套完备的法律程序和制度,从招标、投标、开标、评标、定标至最后签订合同,各个环节环环相扣,不能颠倒。一般说来,投标人在了解招标人的招标意思后,会做大量的准备工作,且投标人只有一次投标权,投标后不得对投标文件再作修改。因此,如果允许招标人在招标公告发出后随意修改招标文件的内容或撤回招标,势必造成投标人不必要的经济损失和不稳定的心理压力。因而,从规范市场行为,保障公平竞争角度,有必要赋予招标以法律约束力。如果招标人擅自改变已发出招标文件,应赔偿由此而给投标人造成的损失。这种赔偿责任属于缔约过失责任。

但值得注意的是,从本质上讲,建设工程招标的约束力并不等同于要约的约束力。招标的约束力对招标人的约束是非常有限的,招标人在投标人投标后,并不当然承担同某一投标人签订合同的义务。国际性公开招标中,招标人甚至可以不说明理由地宣布所有的投标作废,另行修改招标文件再行招标,并且对投标人因投标而支付的费用不承担任何责任。即使有些国家的招标法对招标人随意变更或撤回招标的行为规定要承担相应的法律责任,这种责任的承担也仅限于退赔投标人因购买招标文件而支付的费用,并不包括为投标所花费的其他费用。这种责任不同于违约责任,不带有任何惩罚性。

因此,笔者认为,招标的约束力既不同于要约,也不同于要约邀请。因为要约的约束力在本质上不同于招标的约束力,两者无法相提并论;而要约邀请对邀请人而言则无约束力可言。试图从约束力角度来说明招标是要约还是要约邀请,是非常困难的。事实上,承认招标具有一定程度的法律约束力,并不会因此否认招标的要约邀请性质,这种差异的存在,只表明招标属于要约邀请,但又不同于一般的要约邀请。它是要约邀请在合同订立的竞争程序中的一种特殊表现形式,正是由于招标与一般要约邀请的适用对象不同,法律才赋予招标一定程度的法律约束力。

## 2 建设工程投标及其法律性质

建设工程投标是指投标人按照发包人在招标公告或投标邀请书的要求,在规定的期间内发出的以订立建设工程合同为目的的,包括全部合同条款的意思表示。

投标人应根据招标文件的内容和要求,结合自己的经营状况和掌握的市场信息,决定是否参加投标竞争,决定自己的投标报价,编制投标文件,并对相应的要求和条件作出实质性响应。投标书即为投标人向招标人发出的订立建设工程合同要约的书面形式。投标文件一般包括以下内容:(1)投标书及附录;(2)投标保证金;(3)投标报价及工期;(4)施工方案或施工组织设计;(5)拟派出的项目经理及主要技术人员的简况;(6)拟用于完成该工程的机械设备;(7)拟安排分包的非主体、非关键性工程;(8)对招标文件中合同主要条款的确认;(9)招标文件规定提交的其他资料。投标人确定投标文件之后,须经法定代表人或法定代表人委托的代理人签字或盖章。投标人可以提出修改设计、合同条件等建议方案,并做出相应标价和投标书密封送达招标人,供招标人参考。投标人对招标文件中某些内容不能接受时,应在投标文件中申明。

建设工程的投标人按招标公告或招标邀请书提交投标文件的行为属于要约,具有要约的性质。投标书的送达方式、送达时间的计算等事项,按要约送达的有关规定处理。投标人应在招标文件要求提交投标文件的截止时间前将投标密封送达投标地点,即投标人必须按照招标文件规定的地点和时间内存

达投标书。投递投标书的最好方式是直接送达或委托代理人送达,以便获得招标人已收到投标书的回执。如果以邮寄方式送达的,投标人必须预留邮寄时间,保证投标文件能够在截止日前送达给招标人,而不是以“邮戳为准”。在截止时间后送达的投标文件,即已经过了招标有效期的,招标人应当原封不动地退回,不得进入开标程序。可见,在投标书的送达问题上,法律规定采取的是“到达主义”,而不是“发信主义”。

我国《招标投标法》第29条规定,投标人在招标文件要求提交投标文件的截止时间前,可以补充、修改或者撤回已提交的投标文件,并书面通知招标人。补充、修改的内容被视为投标文件的组成部分。补充是指对投标文件中遗漏和不足的部分进行增补。修改是指对投标文件中已有的内容进行修订。撤回是指收回全部投标文件或者放弃投标或者以新的投标文件重新投标。投标人在投标截止日前有权补充、修改或者撤回已经提交的投标文件,这反映了契约自由原则。招标一般被视为要约邀请,而投标则作为要约,潜在的投标人是否发出要约,完全取决于潜在投标人的意愿。所以,在投标截止日期前,允许投标人补充、修改或者撤回投标文件,但补充、修改或者撤回已经提交的投标文件必须以书面形式通知招标人,以备案待查。对于在法定时间内撤回投标文件的,投标人既可以重新编制投标文件并在规定的时间内送达指定地点,也可撤回投标文件放弃投标。如果在投标截止日期前放弃投标,招标人不得没收其投标保证金。如果在投标截止日期后放弃投标,撤回已经提交的投标文件,就要被没收投标保证金。

### 3 建设工程的开标、评标和定标及其法律性质

建设工程的开标、评标和定标是一个连续过程。这一活动应在招标投标监督机构监督下,由招标单位主持进行。

建设工程开标是指建设工程招标人在投标人提交投标截止时间后,依据招标文件规定的时间和地点,开启投标人提交的投标文件,公开宣布投标人的名称、投标价格及投标文件中的其他主要内容。开标应当在招标文件确定的提交投标文件截止时间的同一时间公开进行,即提交投标文件截止之时(某年某月某日某时某分),即是开标之时(也是某年某月某日某时某分)。开标地点应与招标文件中规定的地点相一致。开标由招标人主持,邀请所有的投标人参加。开标时,由投标人或其推选的代表检查投标文件的密封情况,也可以由招标人委托的公证机构检查并公证;经确认无误后,由工作人员当众拆封,宣读投标人名称、投标价格和投标文件的其他主要内容。建设工程招标人在招标文件要求提交投标文件的截止时间前收到的所有投标文件,开标时都应当当众予以拆封、宣读。开标过程应当记录,并存档备查。如果投标文件没有密封或发现有曾被打开过的痕迹,应被认定为无效投标,应不予宣读。

建设工程评标是指发包人将投标人的投标书公开后,按照招标文件规定的评标标准和程序对投标书进行评价、比较的行为。评标由招标人依法组建的评标委员会负责。依法必须进行招标的项目,其评标委员会由招标人的代表和有关技术、经济等方面的专家组成,成员人数为五人以上的单数,其中技术、经济方面的专家不得少于总数的三分之二。评标委员会的名单,在中标结果确定前属于保密的内容,不得泄漏。招标人应当采取必要的措施,保证评标在严格保密的情况下进行。任何单位和个人不得非法干预、影响评标的过程和结果。评标委员会应当按照招标文件确定的评标标准和方法,对投标文件进行评审和比较。评标委员会完成评标后,应当向招标人提出书面评标报告,并推荐合格的中标候选人。

建设工程定标又称工程决标,是指招标人通过评标从投标人中决定中标人。招标人根据评标委员会提出的书面评标报告和推荐的中标候选人确定中标人。招标人也可以授权评标委员会直接确定中标人。中标人的投标应当具备下列情形之一:(1)能最大限度的满足招标文件中规定的各项综合评价标准;(2)能够满足招标文件的实质性要求,并且经评审的投标价格最低;但是投标价格低于成本的除外。中标人确定后,招标人应当向中标人发出中标通知书,并同时向所有未中标的投标人发出中标通知书对招标人和中标人具有法律效力。

中标通知书是向中标的投标人发出的告知其中标的书面通知文件。我国《合同法》规定,订立合同采取要约和承诺的方式。要约是希望和他人订立合同的意思表示,该意思表示内容应当具体,且表明经

受要约人承诺,要约人即受该意思表示的约束。承诺是受要约人同意要约的意思表示,应当以通知的方式作出,但根据交易习惯或者要约表明可以通过行为作出承诺的除外。据此可以认为,投标人提交的投标属于一种要约,招标人的中标通知书是对投标人要约的承诺。

我国《合同法》第26条规定,承诺通知到达要约人时生效,不需要通知的,根据交易习惯或者要约的要求作出承诺的行为时生效,这即是承诺生效的所谓“到达主义”。然而,中标通知书作为招标投标法规定的承诺行为,它的生效不采用到达主义,而采用“发信主义”,即中标通知书在发出时生效,对中标人和投标人发生法律效力。因为按照“到达主义”的要求,即使中标通知书及时发出,也有可能在传送过程中出现并非因为招标人的过错而出现延误、丢失或错投,致使中标人未能在投标有效期内收到该通知,则必将导致招标人丧失对中标人的约束权,同时,招标人也可以任意改变中标结果致使中标人也丧失对招标人的约束权,而按照“发信主义”的要求,招标人和中标人的上述权利则可以得到有效保护。我国《招标投标法》规定“中标通知书发出后,招标人改变中标结果的,或中标人放弃中标项目的,应当依法承担法律责任”,表明在建设工程合同的招标投标过程中,采取的是发信主义。

《合同法》第25条规定,承诺生效时合同成立。因此,中标通知书发出时,即发生承诺生效、合同成立的法律效力。所以,中标通知书发生法律效力后,招标人不得改变中标结果,投标人不得放弃中标项目。招标人改变中标结果,变更中标人,实质上是一种单方面撕毁合同的行为,投标人放弃中标项目的,也是一种不履行合同的行为。两种行为都是违约行为,应当承担违约责任。

此外,由于招标人的中标通知书是对投标人投标的承诺,在招标人发出中标通知书时,建设工程合同的具体内容予以了具体明确,即包括招标文件和投标文件的内容。但是,在通常情况下,以招标文件和投标文件作为合同形式不够正式和规范,故双方还应签订相应的合同。签订合同即是对招标文件和投标文件内容的确认和整理。因此,我国《招标投标法》第46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。”

### 参考文献:

- [1] 宋宗宇.建筑合同法原理与实务[M].重庆:重庆大学出版社,2001.
- [2] 李杰.建筑工程承包商的投标策略[M].北京:中国物价出版社,2000.
- [3] 梅仲协.民法要义[M].北京:中国政法大学出版社,1998.
- [4] 国家发展计划委员会.《中华人民共和国招标投标法》起草小组.招标投标法操作实务[M].北京:法律出版社,2000.
- [5] 宋宗宇.建筑工程招标投标的法律约束力[J].现代法学,2000,(2):104-107.
- [6] 陈本寒.招标的法律性质探析[J].法学评论,1996,(1):70-73.