

优秀论文:工程建设招投标纠纷的民事责任及可裁性分析 PDF  
转换可能丢失图片或格式，建议阅读原文

[https://www.100test.com/kao\\_ti2020/484/2021\\_2022\\_\\_E4\\_BC\\_98\\_E7\\_A7\\_80\\_E8\\_AE\\_BA\\_E6\\_c122\\_484474.htm](https://www.100test.com/kao_ti2020/484/2021_2022__E4_BC_98_E7_A7_80_E8_AE_BA_E6_c122_484474.htm)

摘要：工程建设招投标纠纷可能由于招标人或投标人的原因而引起。本文着重分析由于招标人原因导致招标失败的民事责任，然后分析由于投标人原因引起招投标纠纷的民事责任，最后分析招投标纠纷的可裁性。关键词：招投标纠纷 民事责任 可裁性 工程建设实行招标投标，可以提高经济效益及交易效率。然而，在招投标过程中，由于种种原因，可能引发纠纷。其中有因为投标人原因导致的，也有因为招标人原因导致招标失败的情况。本文主要从由于招标人原因导致招标失败的情况谈起，分析招标人是否应承担民事责任，如果应当承担，在什么情况下承担，承担的是什么性质的民事责任，赔偿范围如何确定，以及投标保证金的返还问题。然后在此基础上，对由于投标人原因导致招标纠纷的民事责任进行分析，最后对招投标纠纷的可裁性进行分析。

一、我国现行部门规章与地方政府规章关于由于招标人原因导致招标失败的民事责任的有关规定 关于由于招标人原因导致招标失败的民事责任问题，《招标投标法》未作明确规定，一些部门规章和地方政府规章虽作了规定，但这些规定也不完全相同。根据发生阶段的不同，可将这类情况可以分为两种：（1）确定中标人之前的阶段，招标人中止招标；（2）中标通知书发出后，招标人未能如期签订合同。《水利工程项目招标投标管理规定》第55条规定，“由于招标人自身原因致使招标工作失败（包括未能如期签订合同），招标人应当按投标保证金双倍的金

额赔偿投标人，同时退还投标保证金。”这条规定除要求招标人退还投标保证金外，还要求赔偿双倍保证金金额，显然是认为应当由招标人承担赔偿责任的，至于这双倍保证金的依据何在，笔者将在后文分析其是否合理。《工程建设项目施工招标投标办法》第81条规定，“招标人不按规定期限确定中标人的，或者中标通知书发出后，改变中标结果的，无正当理由不与中标人签订合同的，或者在签订合同时向中标人提出附加条件或者更改合同实质性内容的，有关行政监督部门给予警告，责令改正，根据情节可处三万元以下的罚款；造成中标人损失的，并应当赔偿损失。”即招标人除应承担行政责任外，还应赔偿中标人损失。《天津市建设工程施工招标投标监督管理规定》第41条规定，“有下列情形之一的，招标人应当在5个工作日内向投标人（包括中标人）退还投标保证金：……（二）招标过程因正当理由被招标人宣布终止或者暂停的；（三）依照本规定需要重新组织招标的。”即规定招标过程因正当理由被招标人宣布终止或者暂停的，招标人应退还投标人的投标保证金，并未规定招标人承担赔偿责任。第43条规定，“招标人确定中标人后，拒绝与中标人订立合同，给中标人造成损失的，招标人应当承担赔偿责任。”《上海市建设工程施工招标投标管理暂行办法（1997年修正）》第34条规定，“……因招标单位的责任未能在规定时间内签订工程施工承包合同的，招标单位应双倍返还保证金，该工程的施工承包权仍属中标单位。”即规定了招标单位应双倍返还保证金。《深圳经济特区建设工程施工招标投标条例》第59条规定，“出现下列情形之一的，招标人应当在7日内退还投标人的投标担保：……（二）招标过

程因正当理由被招标人宣布中止；（三）招标失败需重新组织招标；（四）投标有效期满而投标人不同意作出延长。”该条例第61条规定，“招标人有下列情形之一的，应当双倍返还投标人的投标担保，造成损失的，还应当承担赔偿责任：（一）招标文件发出后，无正当理由中止招标；（二）确定中标人后拒绝与其签订工程承包合同”即规定因正当理由中止招标的，退还投标担保，无正当理由中止招标的，双倍返还投标担保，并赔偿损失。从以上规定可以看出，各部门规章和地方政府规章关于招标人中止招标及中标通知书发出后未能如期签订合同的情况下，投标保证金的返还的规定不尽一致，是返还还是双倍返还投标保证金，甚或是按投标保证金双倍的金额赔偿投标人的同时退还投标保证金。另外关于招标人是否承担赔偿责任，各规定也不尽一致。

## 二、由于招标人的原因导致招标失败的民事责任及其性质分析

### （一）缔约过失责任与违约责任分析

招标人在本文论述的由于其自身原因导致招标失败的两个阶段中，分别是否构成缔约过失责任或是违约责任呢？缔约过失责任是指在合同缔结过程中，一方当事人违反了以诚实信用原则为基础的先契约义务，造成了另一方当事人的损害，因此应承担的法律后果。违约责任是指当事人不履行合同债务而依法应当承担的法律责任。违约责任既是违约行为的法律后果，同时也是合同效力的表现。可见，二者的最重要的区别在于发生时间的不同。违约责任是发生在合同有效成立以后，合同履行过程中的法律责任，而缔约过失责任则是发生在缔约过程中而不是发生在合同有效成立以后。只有在合同尚未成立，或者虽然成立，但由于不符合法定生效要件而被确认无效或者被撤销时，有

过失的一方才能承担缔约过失责任。由于《合同法》第42条考虑到整个合同法体系的安排，故仅规定了合同不成立时的缔约过失责任，为对合同无效或者被撤销时的缔约过失责任进行规范，而是将其放在“合同的效力”章中加以调整。尽管如此，《合同法》第42条确立的原则仍然适用于合同无效和被撤销时的责任承担问题。一般认为，招标是要约邀请，投标是要约，中标通知书是承诺。根据发生阶段的不同，笔者将对各阶段的民事责任进行分别论述。（二）确定中标人之前招标人中止招标的责任分析

在确定中标人之前的阶段，合同尚未成立，故不会成立违约责任，那么是否成立缔约过失责任呢？我国《合同法》第42条对缔约过失责任规定的时间段是“在订立合同过程中”，具体来讲，缔约过失责任的产生，根据诚信原则产生的不同阶段包括如下两种：一是双方进入接触阶段，因一方违反诚信义务给另一方造成损失；二是一方发出了有效的要约以后，违反诚信原则而撤销该要约，或者在达成初步协议后，违反诚信原则造成另一方的损失都可能构成缔约过失。双方进行接触即属于合同订立过程中，便有可能成立缔约过失责任，而并不是只有在一方发出要约后才进入合同订立过程，才可能成立缔约过失责任。在招标人发出招标公告或投标邀请书后，即发出要约邀请后，投标人为了编制投标文件，除了应当搜集有关资料外，还应当参加投标预备会和勘查现场，即双方已进入接触阶段，有发生缔约过失责任的可能。在发出要约邀请以后，要约邀请人撤回其邀请，只要没有给善意相对人造成信赖利益的损失，要约邀请人一般不承担法律责任。但是，在特殊的情况下，要约邀请的内容足以使相对人产生一定的信赖，相对人为

此发出要约并支付了一定的费用，若因为邀请人的过失甚至恶意的行为致相对人损失，邀请人就应负责。例如，招标人在发出招标文件以后，违反招标文件的规定致投标人的损失，亦应依据具体情况负缔约过失责任。可见，在确定中标人之前的阶段，若因为招标人的过失甚至恶意的行为致投标人损失，符合缔约过失责任成立的时间要件，有可能要承担缔约过失责任。笔者认为，这时若存在投标人信赖利益损失，是否成立缔约过失责任，关键在于招标人是否违背了诚实信用原则，是否存在过错，在这里具体来讲就是招标人是否违反了招标文件及法律法规的规定。这样界定的原因在于，投标人应熟悉法律法规的规定并了解招标文件的规定，这些规定是在投标前就确定了的，若由于法律法规及招标文件规定的原因导致招标失败，不属于招标人违反诚实信用的先合同义务的行为，而是属于投标人应承担的商业风险范围。如果招标人因为招标文件的要求或国家法律法规的要求而中止招标或拒绝签订合同的，不属于违背诚实信用的先合同义务的行为，不存在过错，不应承担缔约过失责任。《招标投标法》第28条规定，“投标人少于三个的，招标人应当依照本法重新招标。”该法第42条规定，“评标委员会经评审，认为所有投标都不符合招标文件要求的，可以否决所有投标。”即赋予了招标人废标权。另外还有其他相关法律可供借鉴，我国《政府采购法》第36条规定：“在招标采购中，出现下列情形之一的，应予废标：（一）符合专业条件的供应商或者对招标文件作实质响应的供应商不足三家的；（二）出现影响采购公正的违法、违规行为的；（三）投标人的报价均超过了采购预算，采购人不能支付的；（四）因重大变故，

采购任务取消的。废标后，采购人应当将废标理由通知所有投标人。”在由于该条规定的原因招标人行使废标权，导致招标失败的情况下，招标人不承担缔约过失责任。《国际复兴开发银行贷款和国际开发协会信贷采购指南》在国际竞争性招标中2.59-2.62规定了废除所有投标，即赋予了招标人在符合指南规定的条件时的废标权。指南规定，通常招标文件中规定借款人可以废除所有的投标。只有在缺乏有效的竞争或投标书没有实质上响应招标文件要求的情况下才能废除。不允许单纯为了获得最低价格而废标和以同样的招标和合同文件进行重新招标。《世界银行贷款项目国内竞争性招标采购指南》11.1规定了重新招标和拒绝所有投标。指南规定，由于缺乏有效的竞争或其他正当理由，项目执行机构可以重新招标。不允许单纯为了获得更低的价格，以同样的规格条件废除已有的投标而另行招标。当所有的投标的主要项目均未达到招标文件要求时，允许拒绝所有投标。可见，世界银行的规定赋予了招标人废标权，在符合世界银行规定的情况下招标人可以废除所有投标。尽管招标人行使废标权不必承担民事责任，但作为招标人不应当轻易重新招标或者是拒绝所有投标，轻易宣布招标作废容易产生虚假招标之嫌，招标人的信誉也要求招标人不能轻易宣布招标作废。如果招标人违反招标文件或法律法规的规定而中止招标，又没有正当理由的，属于招标人的过失，属于违背诚实信用的先合同义务的行为，若因为招标人的过失甚至恶意的行为致投标人损失，招标人应承担缔约过失责任。如招标人单纯为了获得更低的价格，以同样的规格条件废除已有的投标而另行招标或没有任何理由而废除所有投标的情况。（三）中标通知书发出后，

招标人未能如期签订合同的责任分析 中标通知书发出是否意味着合同已经成立呢？若招标人拒绝签订合同，是否应承担违约责任呢？还是合同尚未成立，应承担缔约过失责任呢？关于这个问题，学界存在争论。笔者认为，这种情况下招标人的责任属于缔约过失责任，理由如下。《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。”《合同法》第270条规定，“建设工程合同应当采用书面形式。”可见，招标人与投标人应以书面形式订立合同。实践中，建设工程合同的书面形式基本上都是合同书形式。我国《合同法》第32条规定：“当事人采用合同书形式订立合同的，自双方当事人签字或者盖章时合同成立。”根据大陆法系国家民法的传统理论和我国《合同法》的规定，承诺生效时，合同成立；而承诺生效是以承诺到达为标志的；承诺进入要约人的可支配范围则视为到达。但是在要求签订合同书或者确认书的情况下，双方的协议只能是合同磋商的初步结果，合同还没有成立，对双方并不发生法律效力。合同的成立时间，就不能再简单地以承诺的到达来衡量。而是应当依据本条的规定处理。中标通知书的性质是承诺，比较特殊的是，根据《招标投标法》作为特别法优于作为一般法的《合同法》的法理，依据《招标投标法》的规定，中标通知书在发出时生效，但是法律要求双方必须订立书面合同，根据合同法的规定，在签订合同书前，合同尚未成立，所以不成立违约责任。这时双方已经就合同的主要条款达成初步的协议，但双方并未以书面形式记载下来并在上面签字，而依据法律的规定需要以书面合同的形式达成。在此期间，合同

虽未成立，但双方已经建立了信赖关系，如一方因为过失致合同不能成立，并致另一方信赖利益的损失，则应承担缔约上的过失责任。所以，在这一阶段，由于招标人的过失，致使不能签订合同的情况下，导致中标人信赖利益的损失，招标人应承担缔约过失责任而不是违约责任。

### 三、因招标人原因导致招标失败的赔偿范围

通过以上分析，我们认为，如果招标人因为招标文件的要求或国家法律法规的要求而中止招标的，招标人不承担缔约过失责任；如果招标人违反招标文件或法律法规的规定而中止招标，又没有正当理由致投标人损失的，应承担缔约过失责任。在中标通知书发出后，招标人拒绝签订合同的，应承担缔约过失责任。在缔约过失责任中，应当以信赖利益作为赔偿的基本范围。信赖利益的损失限于信赖利益的直接损失，即因为信赖合同的成立和生效所支出的各种费用。对信赖利益的保护，旨在使非违约方因信赖合同的履行而支付的各种费用得到返还或赔偿，从而使当事人处于合同从未订立之前的良好状态。当事人在合同缔结以前的状态与现有状态之间的差距，应是信赖利益损失的赔偿范围。具体说来，招标人应承担缔约过失责任的赔偿范围包括：第一，投标人因信赖招标人的要约邀请而与招标人联系、购买招标文件、调查研究、收集投标信息和资料、参加投标预备会、勘察现场、编制投标文件等，所支出的各种合理费用。这主要发生在招标公告或投标邀请书发出后的投标阶段；第二，中标人因信赖招标人将要订立合同，而进行各种准备工作所支出的各种合理费用及进行谈判所支出的劳务。例如调配施工机具及人员的费用等。这发生在中标通知书发出后合同订立前的阶段。第三，为支出上述各种费用所失

去的利息。当然，上述各种费用的支出必须是合理的。四、因招标人原因导致招标失败时投标保证金的返还问题 由于招标人原因导致招标失败的，招标人应将投标保证金返还给投标人。至于水利部及一些地方政府规章规定的双倍返还投标保证金的规定，笔者认为不妥。因为这些规定无疑是把投标保证金视为了定金，而定金罚则是一种违约责任，是在合同成立并生效后适用的一种责任形式。通过上文的分析，我们认为由于招标人原因导致招标失败时，合同尚未订立，招标人承担的是缔约过失责任，故不可能适用违约责任，不能适用定金罚则，不应双倍返还投标保证金。更何况，最高人民法院于2000年12月8日公布了《关于适用 中华人民共和国担保法 若干问题的解释》，该解释第118条规定：“当事人交付留置金、担保金、保证金、订约金、押金或者订金等，但没有约定定金性质的，当事人主张定金权利的，人民法院不予支持。”显然，人民法院不允许对当事人没有使用“定金”一词的资金按照定金处理。招标人将投标保证金返还投标人后，根据法律法规及投标文件的要求中止招标的，不再承担赔偿责任；无正当理由中止招标，给投标人造成信赖利益损失的，根据缔约过失责任的赔偿范围，向投标人进行赔偿。中标通知书发出后，未能如期签订合同的，除返还投标保证金外，还应根据缔约过失责任的赔偿范围对中标人进行赔偿。五、由于投标人原因引起的招标纠纷的民事责任分析 以上进行了由于招标人原因导致招标失败的民事责任的分析，在此基础上，我们来分析由于投标人原因导致招标失败的情况下，投标人的民事责任性质、投标保证金的返还等问题。由于投标人原因引起招投标纠纷，可分为三种情况：（一）

投标人在招标文件要求提交投标文件的截止时间前撤回已提交的投标文件 投标文件的法律性质是要约，我国《合同法》第16条规定，“要约到达受要约人时生效。”第17条规定，“要约可以撤回。撤回要约的通知应当在要约到达受要约人之前或者与要约同时到达受要约人。”由于《招标投标法》第28条规定，“招标人收到投标文件后，应当签收保存，不得开启。”所以，应视为在开标前，要约尚未送达，要约人即投标人可撤回要约即投标文件。《招标投标法》第29条也规定，“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。”所以，在这种情况下，投标人不存在法律责任问题，不必赔偿招标人，招标人应将投标人的投标保证金退还投标人。

（二）投标人在投标有效期内撤销投标书 我国《合同法》第18条规定，“要约可以撤销。撤销要约的通知应当在受要约人发出承诺通知之前到达受要约人。”第19条规定的要约不得撤销的情形之一是，“要约人确定了承诺期限或者以其他形式明示要约不可撤销。”招标人在招标文件中明确的投标有效期，投标人接受该有效期，该有效期即承诺期限。投标有效期是投标文件截止日期后的一段时间，在这一段时间内投标人应当完成开标、评标、定标等工作。因为投标人对招标人确定的投标有效期是认可的，明示在此期间投标不会撤销。所以根据缔约过失责任理论，在此期间，投标人撤销投标书的，属于在合同订立过程中，撤销要约，违反诚实信用原则，造成招标人损失的，应承担缔约过失责任。招标人可以没收其投标保证金或要求承保的担保公司或银行支付投标保证金。

（三）投标人收到中标通知书后拒绝签订

合同或拒绝提交履约担保。投标人收到中标通知书后拒绝签订合同或拒绝提交履约保证金或履约保函的，根据前面对由于投标人原因导致招标失败的民事责任的分析可知，这时投标人应承担的民事责任性质为缔约过失责任，招标人可以没收其投标保证金。

### 六、招投标纠纷的可裁性分析

由于仲裁具有较强的意思自治性、较大的独立公正性、较高的专业权威性、以及较好的经济效益性，因此，对于解决招投标纠纷来讲，选择仲裁显然比选择诉讼对当事人更合适，因为这样可以节省时间，尽快解决纠纷，节约资金，且由于仲裁机构有招投标方面的专家，能够更公正地处理纠纷。另外，当事人之间通常没有激烈对抗的态度，且商业秘密不必公之于世，对当事人之间今后的商业机会影响较小。当然如果选择仲裁的话，必须满足仲裁法的要求。我国《仲裁法》第4条规定，“当事人采用仲裁方式解决纠纷，应当双方自愿，达成仲裁协议。没有仲裁协议，一方申请仲裁的，仲裁委员会不予受理。”第16条规定，“仲裁协议包括合同中订立的仲裁条款和以其他书面方式在纠纷发生前或者纠纷发生后达成的请求仲裁的协议。”所以，招投标纠纷如提请仲裁的话有两条途径：一是当事人达成请求仲裁的协议；二是招标人在招标文件中作出规定，若发生纠纷，采用仲裁方式解决，投标人在投标书中对该规定作出了回应。当然，仲裁协议的内容应满足仲裁法的要求。这样，在发生招投标纠纷时，当事人双方便可将纠纷提交选定的仲裁委员会进行裁决。

100Test 下载频道开通，各类考试题目直接下载。详细请访问 [www.100test.com](http://www.100test.com)