

建设工程招标投标过程中责任的法律分析注册建筑师考试

PDF转换可能丢失图片或格式，建议阅读原文

https://www.100test.com/kao_ti2020/552/2021_2022__E5_BB_BA_E8_AE_BE_E5_B7_A5_E7_c57_552171.htm

在我国建设工程领域,随着法律制度的不断完善,招标投标已变得非常普遍,招标投标中涉及赔偿责任的争议也在不断增加。对于这些责任的分析必须建立在对招标投标中行为法律性质分析的基础上。但是在招标投标过程中,关于招标人与投标人各自行为责任的法律性质,目前尚无定论。我们拟从招标、投标、中标三个阶段分别加以阐述。

一、招标过程中的责任性质 对于招标的法律性质目前尚缺乏学理分析。但招标投标中存在的问题是现实的:如果由于招标人自身原因致使招标工作失败,给投标人造成损失的,招标人是否应当赔偿损失?世界银行对此的回答是否定的。在世界银行编制的招标文件中规定:招标人"保留在授予合同前的任何时候接受或拒绝任何投标,取消招标和拒绝所有投标的权利,无须对受影响的投标者承担任何责任,也没有义务将招标者的行动背景通知受影响的投标者。" 我国有些同志则主张招标人应当对此承担赔偿责任。例如,水利部发布的《水利工程建设项目建设招标投标管理规定》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。" 我们认为招标人无须为自己的招标行为承担赔偿责任。根据《合同法》第15条第1款规定:"要约邀请是希望他人向自己发出要约的意思表示。寄送的价目表、拍卖公告、招标、公告、招股说明书、商业广告等为要约邀请。" 由此可知,招标行为属于要约邀请。根据合同法原理,发出要约邀请的一

方一般不会承担法律责任。对于招标而言,招标人无法保证投标人中标,招标人也不对投标人在投标中的损失承担赔偿责任。从发出招标、公告开始至投标截止日期为止,这段期间属于要约邀请阶段,我们认为在此期间内,招标人在不违背诚信原则的前提下,可以对招标文件进行补充、修改,甚至撤销招标公告,即便是投标人已经为投标做了准备,招标人就因此给投标人造成的损失仍无须承担任何责任。这种损失可以算做是投标人的商业风险。在招标阶段,合同当然尚未成立,当事人不可能承担违约责任。但有些人认为招标人应承担缔约过失责任,这是招标人应当承担违约责任的理论根据。我们认为,缔约过失责任的承担有严格的法律规定,因为缔约过失责任是对合同自由的一种限制。《合同法》要求缔约过失只能发生在合同订立过程中,严格地讲,要约邀请并不是合同订立的过程,只有要约、承诺才是合同订立的过程。因此,缔约过失责任只能发生在要约、承诺阶段。即:只有在要约发出后,合同成立前,当事人才有承担缔约过失责任的可能。在要约生效前,双方只是一般人之间的信用,谈不上缔约双方之间的信用,因此,也就不存在缔约过失的问题。在建设项目的招标投标中,要求招标人对招标行为承担赔偿责任存在两个障碍:第一,缺乏法律依据。实际上,《水利工程建设项目招标投标管理规定》是将投标保证金视为法律上的定金了。最高人民法院于2000年12月8日公布《关于适用〈中华人民共和国担保法〉若干问题的解释》,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。而且,《水利工程

《建设项目招标投标管理规定》使要约邀请与要约似乎也不存在什么责任区别了。第二,在实践中无法操作。从合同的角度看,"招标人自身原因致使招标工作失败"范围非常宽泛,无法准确进行界定。例如,标底计算错误就应当导致招标失败(因为招标项目的标底只能有一个)。目前国际项目的招标投标,投标人经常会超过上百家,随着我国建筑业的不断规范,就同一项目竞争的投标人也会日益增多,若仅因为要约邀请人的过错就向所有的要约人双倍返还投标保证金,这一风险是招标人无法承受的。

二、投标行为的责任性质

投标人对自己的投标行为应承担何种责任?在建设工程领域中,对投标人投标行为的约束尚不规范,在具体投标过程中,为了获取中标,经常发生投标人高报施工方案和质量目标、低报工程价款与工期目标的现象,投标人待中标以后则不再按照投标文件组织施工,项目结束时,各项目目标也均未达到,给招标人造成很大的经济损失。这些现象归根到底是因为投标行为的责任性质不够明确,因此,对投标行为的责任性质进行分析十分必要。要约是希望和他人订立合同的意思表示。投标人针对招标人发出的招标公告所做出的投标行为则应视为要约。因为,投标人提交的投标文件具备以下两点条件:第一,内容具体确定。投标文件虽然不如合同内容具体,但却是对招标文件的实质性响应,并且其中对投标报价、施工组织方案、工程质量目标、工期目标等均做出了详尽的陈述。第二,在投标文件中,投标人所列举的条款在中标后都将写入合同,在整个项目的施工过程中,投标人都要受这些条款的约束,一旦违反,招标人即可追究其法律责任。而这两点恰恰是我国《合同法》规定的要约的构成要件,因此投标行为属于要约。《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、修改的内容为投标文件的组成部分。"按照《合同法》的原理,在投标过程中,招标文件要求提交投标文件的截止时间即开标时间应为要约的生效时间。要约在生效之前可以撤回,招标人在此期间对投标文件的补充、修改或撤回应属于要约的撤回。要约生效以后,即对要约人产生约束,自开标之日起至确定中标人之前,投标人不得补充、修改或撤回投标文件,否则将会承担法律责任,此处责任的性质,我们认为应属于缔约过失责任。缔约过失责任一直是立法及学术上讨论的一个重要问题。缔约过失责任是指缔约一方当事人故意或者过失地违反依诚实信用原则所应承担的先合同义务,而造成对方信赖利益的损失时依法承担的民事赔偿责任。而所谓先合同义务是自缔约双方为签定合同而互相接触磋商开始逐渐产生的注意义务,包括互相协助、互相照顾、互相保护、互相通知、诚实信用等义务。先合同义务一般存在于要约生效后,合同成立之前。根据《合同法》第15条规定:"承诺生效时合同成立。"因此,缔约过失也只能在此阶段产生。在此之前,行为尚处于要约邀请阶段,不需承担法律责任。在此之后,合同已经成立,当事人行为性质变为违约行为,应承担违约责任。在招标投标过程中,投标即为要约,中标通知书即为承诺,而开标之后至确定中标人之前的期间即为要约生效后,合同成立之前的期间。所以,招标人与投标人对在此期间内因为故意或过失而导致对方当事人损失的行为,如假借订立合同,恶意进行磋商,故意隐瞒与订立合同有关的重要事实或者提供虚假情况,投标人相互串通投标或与招标人串通投标,投标人弄虚作假,骗取中标等,应该承担缔约过失责任。缔约过失责任

一般以损害事实的存在为成立条件,只有缔约一方违反先合同义务造成相对方损失时,才能产生缔约过失责任。一般认为,缔约过失责任中的损失主要是信赖利益的损失,即当事人因信赖合同的成立和有效,但合同却不成立或无效而遭受的损失。其赔偿范围也主要是与订约有关的费用支出。因此,招标人和投标人在开标至定标期间所应承担责任的范围也应以此为限。例如制作招标、投标文件等进行招标或投标行为所发生的费用。

三、发出中标通知书后的责任性质

在我国目前的招标投标领域中,定标行为的责任性质并不明确,许多建设项目在发出中标通知书以后,招标人拒绝与中标人签订合同或者改变中标结果,还有一些中标人放弃中标项目,但却均得不到任何制裁,而受损失一方当事人也找不到相应的法律依据来维护自己的合法权益,因此,应对发出中标通知书的行为进一步剖析,以明确其责任性质。由于投标人投标的过程为要约,那么招标人在对各投标人的投标文件进行严格评审,确定某一投标人为中标人之后,向其发出的中标通知书即为对投标人要约的承诺。关于承诺生效时间的规则,理论上有两种不同的观点:一是发信主义,认为承诺一经发出即生效.另一种是到达主义,认为承诺的通知应于到达要约人时生效。根据《合同法》规定,我国采用到达主义的规则,按此规则中标人收到中标通知书的时间即为承诺生效的时间。但《招标投标法》第45条第2款规定:"中标通知书对招标人和中标人具有法律效力。中标通知书发出后,招标人改变中标结果的,或者中标人放弃中标项目的,应当依法承担法律责任。"根据此规定,承诺生效的时间似乎又变成了发出中标通知书的时间。因此,就产生了法律之间的冲突。对于这一点,有些同志认为,在定标过程中,如果采用到达主义

的规则,则很可能出现并非由于招标人的过错而导致中标人未能在投标有效期内收到中标通知书的情况,而此时招标人便丧失了对中标人的约束权。因此,为了避免出现这种情况,《招标投标法》采取的是发信主义,即发出中标通知书的时间为承诺生效的时间。我们认为,《合同法》为普通法,《招标投标法》为特别法,根据特别法优于普通法的原则,这种规定也是行之有效的。中标通知书发出后,招标人或者中标人承担的法律責任是违约责任还是缔约过失責任,也是一个非常值得探讨的问题。违约责任与缔约过失責任的責任方式有所不同,缔约过失責任的方方式只限于賠償責任,不包括其他責任形式,而违约责任除賠償責任外,还包括支付违约金、继续履行以及其他补救措施等責任方式,而且违约責任的賠償范围也远大于缔约过失責任的賠償范围,缔约过失責任的賠償范围为信赖利益的损失,而违约責任的賠償范围通常为实际损失和可得利益的损失。这也是区分招标投标过程中不同阶段責任性质的实践意义之所在。持违约责任观点的依据是:中标通知书发出以后承诺生效,即发生合同成立的法律效力,此后招标人与中标人因故意或过失造成对方損害的行为则应视为不履行合同义务或履行合同义务不符合约定,即为违约行为,其所承担的責任也应为违约责任而非缔约过失責任。此时,招标人改变中标结果或者变更中标人,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,则是一种不履行合同的行为。这两种都属于违约行为,所以应当承担违约责任。持缔约过失責任的依据是:一般情况下,合同于承诺生效时成立,但根据《合同法》第32条规定:"当事人采用合同书形式订立合同的,自双方当事人签字之或者盖章时合同成立。"而且《合同法》第270条规定:"建设工

程合同应当采用书面形式。"由此可知,在招标投标过程中,中标通知书的发出即承诺的生效并不意味着合同的成立,只有在招标人与中标人签定书面合同后,合同方成立。因此,在双方当事人签定合同之前,合同尚未成立。既然合同尚未成立,那么也就谈不上违约责任,根据缔约过失责任的发生条件,在发出中标通知书后签定合同之前的期间内,招标人与投标人所承担的责任应该为缔约过失责任而非违约责任。我们认为中标通知书发出后,招标人或者中标人承担的法律责任是违约责任。至于建设工程合同成立的时间,涉及如何看待法律规定的书面形式的法律效力问题。合同的法定形式未遵守的法律效力有不同的观点和立法:有的国家立法采用的是证据效力,认为法定形式为合同的证明,有的是采用成立效力,认为法定形式为合同的成立要件,有的则采用的是生效效力,认为法定形式为合同的生效要件。我国《合同法》采证据效力说,最主要的依据是,《合同法》第36条规定:"法律、行政法规规定或者当事人约定采用书面形式订立合同,当事人未采用书面形式但一方已经履行主要义务,对方接受的,该合同成立。"因此,即使法律规定应当采取书面形式的合同,在没有订立书面合同前,有其他证据证明合同成立的,合同也已经成立。而在招标投标中,中标通知书是合同成立的有效证明。因此,在中标通知书发出以后,如果招标人拒绝与中标人签定合同或者改变中标结果,除应承担违约责任,应当赔偿中标人的所有损失,包括中标人可得利益的损失。如果中标人放弃中标项目,招标人则有权没收其投标保证金,如果保证金不足以弥补招标人损失的,招标人有权继续要求赔偿损失。把建筑师站点加入收藏夹 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