

巍巍交大 百年书香

www.jiaodapress.com.cn

bookinfo@sjtupress.com.cn



策划编辑 刘建
责任编辑 胡思佳
封面设计 刘文东



21世纪高等学校土木工程系列教材

工程招标投标与合同管理

工程招标投标与合同管理

GONGCHENG ZHAOTOU BIAO YU HETONG GUANLI

主编 杨军 王颖

GONGCHENG ZHAOTOU BIAO YU HETONG GUANLI

工程招标投标与合同管理



扫描二维码
关注上海交通大学出版社
官方微信

ISBN 978-7-313-28500-3



9 787313 285003 >

定价: 42.00元

免费提供
精品教学资料包
服务热线: 400-615-1233
www.huatengedu.com.cn



上海交通大学出版社



上海交通大学出版社
SHANGHAI JIAO TONG UNIVERSITY PRESS



21世纪高等学校土木工程系列规划教材

工程招投标与合同管理

GONGCHENG ZHAOTOU BIAO YU HETONG GUANLI

主 编 杨 军 王 颖
副主编 李启菊 张东旭
李 臻 蒋景林



上海交通大学出版社
SHANGHAI JIAO TONG UNIVERSITY PRESS

内容提要

本书共 8 章,内容包括绪论,建设工程招标,建设工程投标,建设工程开标、评标与定标,建设工程施工合同管理,建设工程其他相关合同管理,建设工程施工索赔,国际工程招标与 FIDIC 施工合同条件。

本书可作为高等院校土建类专业的教材,也可供相关人员参考。

图书在版编目(CIP)数据

工程招投标与合同管理 / 杨军,王颖主编. — 上海:
上海交通大学出版社, 2023
ISBN 978-7-313-28500-3

I. ①工… II. ①杨… ②王… III. ①建筑工程—招
标—高等学校—教材 ②建筑工程—投标—高等学校—教材
③建筑工程—经济合同—管理—高等学校—教材 IV.
①TU723

中国国家版本馆 CIP 数据核字(2023)第 054827 号

工程招投标与合同管理

GONGCHENG ZHAOTOU BIAO YU HETONG GUANLI

主 编:杨 军 王 颖

出版发行:上海交通大学出版社

邮政编码:200030

印 制:三河市骏杰印刷有限公司

开 本:787 mm×1 092 mm 1/16

字 数:274 千字

版 次:2023 年 6 月第 1 版

书 号:ISBN 978-7-313-28500-3

定 价:42.00 元

地 址:上海市番禺路 951 号

电 话:021-64071208

经 销:全国新华书店

印 张:13.25

印 次:2023 年 6 月第 1 次印刷

版权所有 侵权必究

告读者:如您发现本书有印装质量问题请与印刷厂质量科联系

联系电话:0316-3662258

前 言

Preface

随着我国法律制度的不断完善和我国工程建设领域对外合作范围的不断扩大,招标投标与合同管理已成为工程管理的重要内容,“工程招标投标与合同管理”这门课程也成为高等院校土建类相关专业的重要课程。通过本课程的学习,学生能够掌握工程招标投标与合同管理的理论和方法,具备编制招标文件和索赔文件的基本技能,熟练运用相关知识解决工程管理中的实际问题。

本书根据《中华人民共和国民法典》《中华人民共和国招标投标法》《中华人民共和国招标投标法实施条例》《中华人民共和国标准施工招标文件》和《建设工程施工合同(示范文本)》(GF—2017—0201)等相关内容进行编写。本书采用最新法律规范,借鉴国内建设工程领域招标投标和工程合同管理的实际操作经验与方法,简明扼要地讲解理论,穿插大量工程案例,做到理论与实际紧密联系,提升了教材的实用价值。

针对课程内容,结合目前相关教学实际,编者经过仔细研究分析,确定了本书的8章内容:第1~4章介绍建设工程招标投标相关知识,第5~7章介绍建设工程合同管理与施工索赔,第8章介绍国际工程招标投标与FIDIC施工合同条件。

本书主要内容及推荐学时分配见下表:

章 节	内 容	学 时
第1章	绪论	4
第2章	建设工程招标	6
第3章	建设工程投标	6
第4章	建设工程开标、评标与定标	6
第5章	建设工程施工合同管理	8
第6章	建设工程其他相关合同管理	4
第7章	建设工程施工索赔	6
第8章	国际工程招标投标与FIDIC施工合同条件	4
总 计		44

本书具有以下特点:

(1)理论讲解简明扼要。本书理论体系完备,从建筑市场的基本概念入手,内容从全局到局部逐步展开,理论讲解简明扼要,语言叙述通俗易懂。

(2)导入经典案例。本书每个任务都借助案例导入的形式激发学生的学习兴趣,提高学生的学习效率。

(3)融入大量工程案例。本书广泛参考和借鉴了建设工程招投标与合同管理相关教材的编写模式,坚持理论教学与案例教学相结合,使教材内容更加贴近工程实际的应用需要。本书通过大量工程案例的介绍,不仅能强化学生对理论知识的学习,而且能增强教材内容的实用性和可读性。

(4)辅助拓展训练。学习完每个项目后,学生可以通过大量的习题练习加深对知识的理解和掌握。

本书由潍坊科技学院杨军、王颖担任主编,李启菊、张东旭、李臻、蒋景林担任副主编,陈海燕、李秀香参与了编写。在本书的编写过程中,编者翻阅和参考了大量资料和教材,在此对其作者表示衷心的感谢!

由于编写人员水平有限,书中难免有不足之处,恳请广大读者批评指正。

编 者

目 录

Contents

第 1 章 绪论	1
1.1 建设工程承发包	1
1.2 建筑市场	6
1.3 建设工程招投标概述	12
1.4 建设工程合同管理	15
思考与练习	24
第 2 章 建设工程招标	27
2.1 建设工程招标概述	27
2.2 建设工程项目招标的程序和内容	31
2.3 建设工程招标文件的编制	36
2.4 建设工程招标控制价的编制	46
思考与练习	52
第 3 章 建设工程投标	55
3.1 建设工程投标概述	55
3.2 建设工程投标决策与报价技巧	60
3.3 建设工程投标文件的编制	65
思考与练习	74
第 4 章 建设工程开标、评标与定标	77
4.1 建设工程开标	77
4.2 建设工程评标	79
4.3 建设工程定标	87
思考与练习	90
第 5 章 建设工程施工合同管理	93
5.1 建设工程施工合同概述	93
5.2 建设工程施工合同的履行	101
5.3 建设工程施工合同的违约责任及争议处理	126

思考与练习 130

第 6 章 建设工程其他相关合同管理 133

6.1 建设工程勘察、设计合同管理 133

6.2 建设工程监理合同管理 143

6.3 建设工程物资采购合同管理 151

思考与练习 154

第 7 章 建设工程施工索赔 157

7.1 建设工程施工索赔概述 157

7.2 建设工程施工索赔的处理 163

7.3 建设工程施工索赔管理 168

7.4 建设工程施工反索赔 176

思考与练习 178

第 8 章 国际工程招投标与 FIDIC 施工合同条件 181

8.1 国际工程招投标 181

8.2 FIDIC 施工合同条件 189

思考与练习 201

参考文献 205

绪 论



学习目标

- (1) 了解建设工程承发包的概念与承发包的方式。
- (2) 了解建筑市场的概念,熟悉建筑市场的主体和客体,掌握建筑市场的资质管理。
- (3) 熟悉建设工程招投标的意义和应遵守的原则,掌握建设工程招投标的分类。
- (4) 了解合同的基础知识,熟悉建设工程合同的特征,了解建设工程合同管理的内容。



案例导入

某房地产开发公司拟建设一住宅小区,小区规划总建筑面积为 200 000 m²,包括高级商务会所 1 座,高层、小高层住宅共 12 栋,其中 20 层住宅 6 栋,14 层和 16 层住宅各 3 栋,楼高最高为 72 m。为加快工程进度并保证工程质量,该房地产开发公司拟采用公开招标,分两个标段招标。

问题:该项目施工承包单位应具备什么资质?

1.1 建设工程承发包



引例

某国家机关办公楼建设项目,财政预算约 8 000 万元人民币,项目前期审批手续已完成,施工图样已具备且满足要求。现该国家机关作为发包人准备发包该项目的施工建设安装任务。

【问题】

- (1) 什么是建设工程承发包?
- (2) 建设项目中哪些工作内容可以发包?
- (3) 建设工程的发包方式有哪几种?

改革开放以来,随着我国市场经济体制的建立,建筑业得到了持续快速的发展,逐渐形成了一个交易透明、竞争有序、监管有力的适应市场经济体制的建筑市场。

1.1.1 建设工程承发包概述

建设工程承发包是一个交易活动的两个方面,即建设工程的发包与承包,是指发包方将拟建工程的全部或者部分通过合同委托给承包方,由承包方按照合同的约定来完成相应工作的一种交易行为,双方的权利和义务在合同中进行约定。建设工程承发包是一种商业行为,建设工程的发包方可以是建设单位或工程总承包单位,建设工程的承包方可以是工程总承包单位、工程勘察设计单位、施工单位、工程设备供应单位或分包单位等。发包方与承包方签订承包合同,总承包单位与分包单位签订分包合同,通过合同来明确双方各自的权利和义务。承包方通过完成工程项目的全部或者部分建设任务,从发包方处获得相应的报酬。

建设工程项目的整个建设过程可以划分为可行性研究、勘察设计、施工准备、工程施工、竣工验收及工程交付使用等阶段,建设工程承发包的内容就是工程项目建设过程中各个阶段的相关工作。对于发包方来说,可以将建设工程的全部工作发包给一个承包单位,也可以将建设工程的各项工作分别发包给若干个承包单位;对于承包方来说,可以承担一项建设工程的建设过程中的全部工作,也可以承担建设过程中某一阶段的全部工作和部分工作。因此,针对不同的情况,建设工程承发包的方式各不相同。发包方应根据自身的管理能力、经验及工程项目的具体情况,选择有利于进行项目管理、节省投资、缩短工期、保证质量、降低风险的发包方式;承包方应根据自己的实力选择能力范围内的工程进行承包。

1.1.2 建设工程承发包的内容

建设工程承发包的内容如图 1-1 所示。

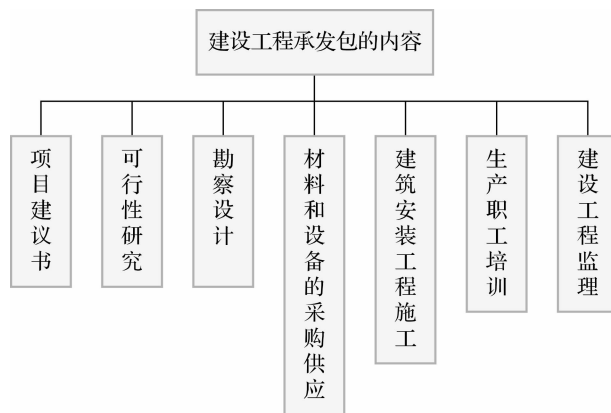


图 1-1 建设工程承发包的内容

1. 项目建议书

项目建议书是建设单位向国家提出的要求建设某一项目的建议文件,其主要内容包括项目的性质、用途、基本内容、建设规模及项目建设的必要性和可行性分析等。项目建议书可由建设单位自行编制,也可委托工程咨询机构代为编制。

2. 可行性研究

项目建议书经批准后,应进行项目可行性研究。可行性研究是国内外广泛采用的一种

研究建设项目的技术先进性、经济合理性和建设可能性的科学方法。

可行性研究的主要任务是对拟建项目的一些重大问题,如市场需求、资源条件、原料、燃料、动力供应条件、厂址方案、拟建规模、生产方法、设备选型、环境保护、资金筹措等,从技术和经济两个方面进行详尽的调查研究、分析计算和方案比较,并对项目建成后可能取得的技术效果和经济效益进行分析研究,进而为投资决策提供可靠的依据。此阶段的任务可委托工程咨询机构完成。

3. 勘察设计

勘察与设计两者之间既有密切的联系,又有显著的区别。

(1)工程勘察。工程勘察的主要内容包括工程测量、水文地质勘察和工程地质勘察。其主要任务是查明工程项目建设地点的地形地貌、地层岩性、地质构造、水文条件等自然地质条件,做出鉴定和综合评价,为建设项目的选址、工程设计和施工提供科学的依据。

(2)工程设计。工程设计是工程建设的重要环节,它是从技术和经济方面对拟建工程进行全面规划的工作。大中型项目一般采用两阶段设计,即初步设计和施工图设计。重大项目和特殊项目采用三阶段设计,即初步设计、技术设计和施工图设计。对一些大型联合企业、矿区和水利水电枢纽工程,为解决总体部署和开发问题,还需进行总体规划设计和总体设计。

勘察设计阶段可通过方案竞选、招投标等方式选定勘察设计单位。

4. 材料和设备的采购供应

建设项目所需的材料和设备涉及面广、品种多、数量大,因此材料和设备的采购供应是工程建设过程中的重要环节。建筑材料的采购供应方式有公开招标、询价报价、直接采购等。设备采购供应方式有委托承包、设备包干、招投标等。

5. 建筑安装工程施工

建筑安装工程施工是工程建设过程中的一个重要环节,是把设计图纸付诸实施的决定性阶段。其任务是把设计图纸变成物质产品,如工厂、矿井、电站、桥梁、住宅、学校等,使建设项目预期的生产能力或使用功能得以实现。建筑安装工程施工内容包括施工现场的准备工作,永久性工程的建筑施工、设备安装及工业管道安装等。此阶段主要采用招投标的方式进行工程的承发包。

6. 生产职工培训

基本建设的最终目的就是形成新的生产能力。为了使新建项目建成后能顺利交付使用、投入生产,在建设期间就要准备合格的生产技术工人和配套的管理人员。因此,需要组织生产职工培训。生产职工培训工作通常由建设单位委托设备生产厂家或同类企业进行,在实行总承包的情况下,则由总承包单位负责,委托适当的专业机构、学校、工厂完成。

7. 建设工程监理

建设工程监理是指监理单位受项目业主的委托,依据国家批准的工程项目建设文件、有关工程建设的法律法规和工程建设委托监理合同及其他工程建设合同,对工程建设实施监督和管理。专门从事工程监理的机构,其服务对象是建设单位,接受建设行政主管部门或建

设单位委托,对建设项目的可行性研究、勘察设计、材料和设备的采购供应、工程施工、生产准备直至竣工投产,实行总承包或分阶段承包。监理单位代表建设单位与设计、施工各方打交道,在设计阶段选择设计单位,提出设计要求,估算和控制投资额,安排和控制设计进度等;在施工阶段组织招标,选择施工单位,安排施工合同并监督检查其执行,直至竣工验收。

1.1.3 工程承包发包的方式

1. 工程承包方式

工程承包是一种经营方式。根据合同约定,作为交易一方的建筑企业(或项目管理企业)负责为交易另一方的建设单位(或总承包单位)完成某一项工程的全部或部分工作,并按一定的价格取得相应的报酬。目前,我国工程项目建设的基本方式有设计-采购-施工总承包(engineering-procurement-construction,EPC)模式、项目管理承包(project management contract,PMC)模式、设计-建造(design-build,DB)模式、设计-招标-建造(design-bid-build,DBB)模式、建设-运营-转让(build-operate-transfer,BOT)模式、公共私营合作(public private partnership,PPP)模式等。每种模式都有其优缺点,应根据工程项目的特点选择最恰当的承包模式。

(1)设计-采购-施工总承包模式。设计-采购-施工总承包模式又称工程总承包模式,是指在项目决策以后,从设计开始,经招标委托一家工程公司对设计、采购、施工进行总承包。在这种模式下,按照承包合同约定的总价或可调总价方式,由工程公司负责对工程项目的进度、费用、质量、安全等进行管理和控制,并按合同约定完成工程。

(2)项目管理承包模式。项目管理承包是指项目管理承包人代表业主对工程项目进行全过程、全方位的项目管理,包括进行工程的整体规划、项目定义、工程招标、选择工程总承包人,并对设计、采购、施工、试运行进行全面管理,一般不直接参与项目的设计、采购、施工和试运行等阶段的具体工作。该模式体现了初步设计与施工图设计的分离。

项目管理承包模式通常适用于大型投资项目,利用银行或国外金融机构贷款或出口信贷建设的项目,工艺装置多而复杂且业主对这些工艺不熟悉的庞大项目等。对缺乏管理经验的国家或地区的项目,该模式可确保项目的成功,同时帮助这些国家或地区提高项目管理水平。

(3)设计-建造模式。设计-建造模式又称为设计-施工总承包模式,是指在项目原则确定后,业主选定一家公司负责项目的设计和施工。这种模式在投标和订立合同时是以总价合同为基础的。设计-建造总承包人对整个项目的成本负责,其首先选择一家设计公司进行设计,然后采用竞争性招标方式选择分包商,当然也可以利用本公司的设计和施工力量完成一部分工程。

采用设计-建造模式,避免了设计与施工的矛盾,可显著降低项目的成本和缩短工期。然而,业主关心的重点是工程按合同约定竣工交付使用,而不在乎承包人如何去实施。同时,在选定承包人时,把设计方案的优劣作为主要的评标因素,可保证业主得到高质量的工程项目。

(4)设计-招标-建造模式。设计-招标-建造模式即平行发包模式,是一种通用且应用较早的模式。该模式是指由业主委托建筑师或咨询工程师进行前期的各项工作(如机会研究、可行性研究等),待项目评估立项后再进行设计,在设计阶段编制施工招标文件,随后通过招

标选择承包人。而单项工程的分包及设备 and 材料的采购一般由承包人分别与分包商和供应商单独订立合同并组织实施。在工程项目实施阶段,工程师则为业主提供施工管理服务。这种模式最突出的特点是强调工程项目的实施必须按照设计—招标—建造的顺序进行,只有一个阶段全部结束后,另一个阶段才能开始。

(5)建设-运营-转让模式。建设-运营-转让模式是指一国财团或投资人为项目的发起人,从一个国家的政府获得某项目基础设施的建设特许权,然后由其独立地联合其他各方组建项目公司,负责项目的融资、设计、建造和经营。在整个特许期内,项目公司通过项目的经营获得利润,并用此利润偿还债务。在特许期满后,整个项目由项目公司无偿或以极少的名义价格移交给东道国政府。

建设-运营-转让模式的最大特点是:由于获得政府许可和支持,有时可享受优惠政策,拓宽了融资渠道,即项目公司必须得到政府有关部门授予的特许权。该模式主要用于机场、隧道、发电厂、港口、收费公路、供水和污水处理等一些投资较大、建设周期较长、可以运营获利的基础设施项目。

(6)公共私营合作模式。民间参与公共基础设施建设和公共事务管理的模式称为公共私营合作模式,也称为公私(民)伙伴关系。其具体是指政府、私人企业基于某个项目而形成合作关系(组成项目公司)的一种特许经营项目融资模式。该模式由该项目公司负责筹资、建设与经营。政府通常与提供贷款的金融机构达成一个直接协议,该协议不是对项目进行担保,而是政府向金融机构做出承诺,按照政府与项目公司签订的合同支付有关费用。该协议使项目公司能比较顺利地获得金融机构的贷款。而项目的预期收益、资产及政府的扶持力度将直接影响贷款的数量和形式。采取这种融资形式的实质是,政府通过给予民营企业长期的特许经营权和收益权来换取基础设施的建设步伐加快及有效运营。

公共私营合作模式适用于投资额大、建设周期长、资金回收慢的项目,包括铁路、公路、桥梁、隧道等交通工程,电力、煤气等能源工程及电信、网络等通信工程等。无论是在发达国家还是在发展中国家,该模式的应用都越来越广泛。项目成功的关键是项目的参与者和股东都已经清晰地了解了项目的所有风险、要求和机会,这样他们才可能充分享受该模式带来的收益。

2. 工程发包方式

建设工程的发包一般有直接发包和招标发包两种方式。《中华人民共和国建筑法》(以下简称《建筑法》)第十九条规定:“建筑工程依法实行招标发包,对不适于招标发包的可以直接发包。”

(1)直接发包。直接发包是指由发包人直接选定特定的承包人,与其进行协商谈判,就双方的权利和义务达成协议后,与其签订工程承包合同的发包方式。这种发包方式简便易行,能节省发包费用,但缺乏竞争带来的优越性。在市场经济条件下,这种发包方式只适用于少数不适合采用招标方式发包的特殊工程,如保密工程、特殊专业工程、施工条件特殊及其他有特殊要求的建设工程。

(2)招标发包。招标发包是指建设工程招投标,是工程发包人向社会公众发布招标公告或者向少数人发出招标通知,在诸多投标人中选择最满意的投标人并与之订立建设工程施工合同的方式。招投标是合同订立过程中要约与承诺的变异形式,其显著特点是将竞争机

制引入合同。招标发包是我国现阶段工程建设发包采用的主要方式。通过招投标活动,发包人可以选择实力强、信誉高的承包人,确保工程质量;投标人可以公平、公正地参与市场竞争,顺利承揽建设工程,实现盈利目标;还有利于形成竞争有序的建筑市场,保护国家利益和社会公共利益,提高经济效益。

1.2 建筑市场

 引例

某市城管综合执法支队在日常巡查×××风景名胜区时,发现该风景名胜区特别保护范围内的一幢简易旧仓库被悄悄拆除了,而一幢建筑面积为 98.94 m²的混合结构建筑物拔地而起。经调查发现,此建筑物由林某负责的施工队承建,由林某自行设计施工,拟用作施工队办公用房。林某负责的施工队“挂靠”于该市的某建筑公司,是某管理局长期聘用进行工程建设的施工队。

经过询问调查和进一步取证,确认该建筑物为非法建筑,相关部门遂对违法建设主体发出责令限期改正通知书,要求其在规定的期限内自行拆除违法建筑,否则将依法强行拆除。不久,此违法建筑就在规定的期限内被当事人自行拆除了。

【问题】

违法主体是指在行政法律关系中承担违法责任的违法当事人(公民、法人或者其他组织)。谁投资、谁建设,谁就是违法建设的主体,这是认定违法建设主体的一条基本原则。

- (1)能否把某建筑公司作为此违法建设的主体?
- (2)能否把某管理局作为此违法建设的主体?
- (3)能否把某建筑公司、某管理局、林某三者同时作为此违法建设的主体?

1.2.1 建筑市场概述

1. 建筑市场的概念

建筑市场是建筑工程市场的简称,是指建筑产品及其相关要素交换的场所,并体现建筑产品交换关系的总和,是整个市场系统中的一个相对独立的子系统。建筑市场主要通过招投标等手段完成建筑产品的交易,交易场所会随建筑工程的建设地点和成交方式不同而发生变化。

建筑市场有狭义和广义之分。狭义的建筑市场是指以建筑产品为交换内容的市场,是建设项目的建设单位和建筑产品的供给者通过招投标的方式进行承发包的商品交换关系,即有形建筑市场。由于建筑产品体形庞大、无法移动,不可能集中在一定的地方交易,因此一般意义上的建筑市场为无形市场,没有固定交易场所。广义的建筑市场除包括以建筑产品为交换内容的市场外,还包括与建筑产品的生产和交换密切相关的勘察设计市场、劳动力市场、建筑生产资料市场、建筑资金市场和建筑技术服务市场等。这些市场构成了完整的建筑市场体系,如图 1-2 所示。近年来,我国许多地方提出了建筑市场有形化的概念。这种做法提高了招投标活动的透明度,有利于竞争的公开和公正,对规范建筑市场有积极意义。



图 1-2 建筑市场体系

2. 建筑市场的主体

建筑市场是由许多基本要素组成的有机统一整体,这些要素之间相互联系、相互作用,推动市场的有效运转。建筑市场的主体是指参与建筑生产交易的各方。我国建筑市场的主体主要包括业主、承包商、工程服务(咨询、监理)机构等。

(1)业主。业主又称发包人、发包单位,是指既有某项工程项目建设的需要,又有该工程项目建设相应的建设资金和各种准建手续,在建筑市场中发包工程项目建设的勘察、设计、施工任务,并最终得到建筑产品的政府部门、企事业单位或个人。业主只有在发包工程项目或组织工程项目建设时才成为市场主体,因此,业主作为市场主体具有不确定性。业主在工程项目建设中的主要职能如下:

- ①进行建设项目可行性研究与立项决策。
- ②进行建设项目的资金筹措与管理。
- ③办理建设项目的有关手续。
- ④进行建设项目的招标与合同管理。
- ⑤进行建设项目的施工与质量管理。
- ⑥进行建设项目竣工验收和试运行。
- ⑦进行建设项目的统计与文档管理。

(2)承包商。承包商又称为承包人,是指拥有一定数量的建筑装备、流动资金、人员,取得建设行业相应资质证书和营业执照,能够按照业主要求提供不同形态的建筑产品,并最终得到相应工程价款的建筑企业。

按生产形式不同,承包商可分为勘察设计单位、建筑安装企业、混凝土预制构件厂商、商品混凝土材料供应站、建筑机械租赁单位、劳务公司等。按专业性质不同,承包商可分为土建、水利、道路、桥梁、铁路、市政工程等专业公司。

承包商从事建设生产,一般需要具备以下四个方面的条件:

- ①拥有符合国家规定的注册资本。
- ②拥有与其等级相适应且具有注册执业资格的专业技术人员和管理人员。

③具有从事相应建筑活动所需的技术装备。

④经资格审查合格,已取得资质证书和营业执照。

承包商的实力主要包括经济实力、技术实力、管理实力和信誉实力。在市场经济条件下,只有具备了上述四个方面的实力,承包商才能够在市场竞争中脱颖而出,取得施工项目。承包商承揽工程,必须根据本企业的施工力量、机械装备、技术力量、施工经验等方面的条件,选择适合发挥自己优势的项目,避开企业不擅长或缺乏经验的项目,做到扬长避短,避免给企业带来不必要的风险和损失。

(3)工程服务(咨询、监理)机构。工程服务(咨询、监理)机构(中介机构)是指具有一定的注册资金以及一定数量的工程技术人员和经济管理人员,并且已经取得建设咨询资质和营业执照,能为工程建设提供估算测量、管理咨询、建设监理等智力型服务,从而获取相应报酬的企业。咨询单位因其独特的职业特点和在项目实施中所处的地位,需要承担来自业主、承包商和自身职业责任三方面的风险。

3. 建筑市场的客体

建筑市场的客体一般称作建筑产品,是建筑市场的交易对象,既包括有形建筑产品,也包括无形建筑产品,即各类智力型服务。

建筑产品不同于一般工业产品。这是因为建筑产品本身及其生产过程具有不同于其他工业产品的特点。在不同的生产交易阶段,建筑产品表现为不同的形态:可以是咨询公司提供的咨询报告、咨询意见或其他服务,也可以是勘察设计单位提供的勘察报告、设计方案、施工图纸,还可以是生产厂家提供的混凝土构件,当然也包括承包商生产的各类建筑物和构筑物。

1.2.2 建筑市场的资质管理

建筑活动的专业性和技术性都很强,而且建设工程投资大、周期长,一旦出现问题,将会给社会和人民的生命财产安全造成极大损失。因此,为保证建设工程的质量和安全,对从事建筑活动的企业 and 专业人士必须实行从业资质和从业资格管理,即资质管理制度。建筑市场的资质管理包括两类:一类是对从业企业的资质管理;另一类是对专业人士的资格管理。

1. 对从业企业的资质管理

在建筑市场中,从事建筑活动的主体主要有业主方、承包方(包括供应商)、勘察设计单位和工程咨询机构等。《建筑法》第十三条规定:“从事建筑活动的建筑施工企业、勘察单位、设计单位和工程监理单位,按照其拥有的注册资本、专业技术人员、技术装备和已完成的建筑工程业绩等资质条件,划分为不同的资质等级,经资质审查合格,取得相应等级的资质证书后,方可在其资质等级许可的范围内从事建筑活动。”

(1)对工程勘察设计企业的资质管理。我国建设工程勘察资质分为工程勘察资质和工程设计资质。工程勘察资质分为工程勘察综合资质、工程勘察专业资质、工程勘察劳务资质;工程设计资质分为工程设计综合资质、工程设计行业资质、工程设计专业资质。国务院建设行政主管部门及各地建设行政主管部门负责工程勘察设计企业资质的审批、晋升和处罚。我国勘察设计企业的业务范围如表 1-1 所示。

表 1-1 我国勘察设计企业的业务范围

企业类别	资质分类	等级	承担业务范围
勘察企业	综合资质	不分级	承担工程勘察业务范围和地区不受限制,并可承担劳务类业务
	专业资质	甲级	承担本专业工程勘察业务范围和地区不受限制
		乙级	可承担本专业小型工程项目的勘察业务,承担业务的地区不受限制
		丙级	可承担本专业小型工程项目的勘察业务,承担业务限定在省、自治区、直辖市所辖行政区范围内
劳务资质	不分级	只能承担岩石工程治理、工程钻探、凿井等工程勘察劳务工作,承担业务的地区不受限制	
设计企业	综合资质	不分级	承担工程设计业务的范围和地区不受限制
	行业资质	甲级	承担相应行业建设项目的工程设计范围和地区不受限制,并可承担相应的咨询业务
		乙级	可承担相应行业中、小型建设项目的工程设计任务,承担任务的地区不受限制,并可承担相应的咨询业务
		丙级	可承担相应行业小型建设项目的工程设计任务,承担任务的地区限定在省、自治区、直辖市所辖行政区范围内
	专业资质	甲级	承担大、中、小型专项工程设计项目,承担任务的地区不受限制,并可承担相应的咨询业务
乙级		承担中、小型专项工程设计项目,承担任务的地区不受限制	

(2)对建筑业企业(承包商)的资质管理。建筑业企业(承包商)是指从事土木工程、建筑工程、线路管道及设备安装工程、装修工程等的新建、扩建、改建活动的企业。我国的建筑业企业分为施工总承包企业、专业承包企业和劳务分包企业。施工总承包企业按工程性质分为房屋、公路、铁路、港口与航道工程、水利水电、电力、矿山、冶炼、化工石油、市政公用、通信、机电等 12 个类别。专业承包企业根据工程性质和技术特点划分为 60 个类别。劳务分包企业按技术特点划分为 13 个标准。

施工总承包企业资质等级分为特、一、二、三级,专业承包企业资质等级分为一、二、三级,劳务分包企业不分资质。这三类企业的资质等级标准由中华人民共和国住房和城乡建设部(以下简称住建部)统一组织制定和发布。施工总承包企业和专业承包企业的资质实行分级审批。特级、一级资质由住建部审批;二级以下资质由企业注册所在地省、自治区、直辖市人民政府建设主管部门审批;劳务分包企业资质由企业所在地省、自治区、直辖市人民政府建设主管部门审批。经审查合格的,由相关资质管理部门颁发相应等级的建筑业企业资质证书。

建筑业企业资质证书由住建部统一印制,分为正本(1 本)和副本(若干本),正本和副本具有同等法律效力。任何单位和个人不得涂改、伪造、出借、转让资质证书,复印的资质证书无效。我国建筑业企业的业务范围如表 1-2 所示。

表 1-2 我国建筑业企业的业务范围

企业类别	等级	承担业务范围
施工总承包企业 (以房屋建筑工程为例)	特级	可承担各类房屋建筑工程施工
	一级	可承担单项建安合同额不超过企业注册资本金 5 倍的下列房屋建筑工程的施工： (1)40 层及以下各类跨度的房屋建筑工程； (2)高度 240 m 及以下的构筑物； (3)建筑面积 200 000 m ² 及以下的住宅小区或建筑群体
	二级	可承担单项建安合同额不超过企业注册资本金 5 倍的下列房屋建筑工程的施工： (1)28 层及以下、单跨跨度 36 m 以下的房屋建筑工程； (2)高度 120 m 及以下的构筑物； (3)建筑面积 120 000 m ² 及以下的住宅小区或建筑群体
	三级	可承担单项建安合同额不超过企业注册资本金 5 倍的下列房屋建筑工程的施工： (1)14 层及以下、单跨跨度 24 m 以下的房屋建筑工程； (2)高度 70 m 及以下的构筑物； (3)建筑面积 60 000 m ² 及以下的住宅小区或建筑群体
专业承包企业 (以土石方工程为例)	一级	可承担各类土石方工程的施工
	二级	可承担单项合同额不超过企业注册资本金 5 倍且 600 000 m ³ 及以下的土石方工程的施工
	三级	可承担单项合同额不超过企业注册资本金 5 倍且 150 000 m ³ 及以下的土石方工程的施工
劳务分包企业 (以木工作业为例)	一级	可承担各类工程木工作业分包业务,但单项合同额不超过企业注册资本金(最低 30 万元)的 5 倍
	二级	可承担各类工程木工作业分包业务,但单项合同额不超过企业注册资本金(最低 10 万元)的 5 倍

(3)对工程咨询单位的资质管理。我国对工程咨询单位也实行资质管理。目前,已有明确资质等级评定条件的有工程监理、招标代理、工程造价等咨询机构。

①工程监理企业的资质等级分为甲级、乙级和丙级三个级别。甲级监理单位可以跨地区、跨部门监理一、二、三级工程,乙级监理单位只监理本地区、本部门的二、三级工程,丙级监理单位只能监理本地区、本部门的三级工程。

②工程建设招标代理机构的资质等级分为甲级、乙级和暂定级。甲级工程招标代理机构承担工程的范围和地区不受限制;乙级工程招标代理机构只能承担工程总投资额 1 亿元人民币以下的工程招标代理业务,地区不受限制;暂定级工程招标代理机构只能承担工程总投资额 6 000 万元人民币以下的工程招标代理业务,地区不受限制。

③工程造价咨询机构的资质等级分为甲级和乙级。甲级工程造价咨询企业可以从事各

类建设项目的工程造价咨询业务, 乙级工程造价咨询企业可以从事工程造价 5 000 万元人民币以下的各类建设项目的工程造价咨询业务。工程造价咨询企业依法从事工程造价咨询活动, 不受行政区域限制。

工程造价咨询业务范围包括以下几个方面:

- a. 建设项目建议书、可行性研究投资估算及项目经济评价报告的编制和审核。
- b. 建设项目概预算的编制和审核, 并配合设计方案比选、优化设计、限额设计等工作进行工程造价分析与控制。
- c. 建设项目合同价款的确定(包括招标工程量清单和标底、投标报价的编制和审核), 合同价款的签订与调整(包括工程变更、工程洽商和索赔费用的计算)及工程款支付、工程结算及竣工结(决)算报告的编制与审核等。
- d. 工程造价经济纠纷的鉴定和仲裁的咨询。
- e. 提供工程造价信息服务等。工程造价咨询企业可以对建设项目的组织实施进行全过程或者若干阶段的管理和服务。

工程咨询单位的资质评定条件包括注册资金、专业技术人员和业绩三个方面的内容, 不同资质等级的标准均有具体规定。

2. 对专业人士的资格管理

在建筑市场中, 获得执业资格并从事工程技术及管理工作的专业工程师称为专业人士。建筑行业尽管有较完善的建筑法律法规, 但如果没有专业人士的知识与技能的支持, 政府就难以对建筑市场进行有效的管理。由于专业人士的工作水平对工程项目建设的成败具有重要的影响, 因此对他们的资格条件有很高的要求, 许多国家和地区对专业人士实行资格管理。我国香港地区将经过注册的专业人士称作注册授权人; 英国、德国、日本、新加坡等国家的法律法规甚至规定, 业主和承包商向政府申报建筑许可、施工许可、使用许可等手续, 必须由专业人士提出, 申报手续除应符合有关法律规定的规定外, 还要有相应资格的专业人士签章。由此可见, 专业人士在建筑市场运作中起着非常重要的作用。

各国对专业人士的资格管理情况不同, 有的国家由学会或协会负责授予和管理(以欧洲一些国家为代表), 有的国家由政府负责确认和管理。

例如, 英国、德国政府不负责专业人士的资格管理, 咨询工程师的执业资格由专业学会考试颁发并由学会管理。美国有专门的全国注册考试委员会, 负责组织专业人士的考试。通过基础考试并经过数年专业实践后再通过专业考试, 即可取得注册工程师资格。法国和日本由政府管理专业人士的执业资格。法国在建设部内设有审查咨询工程师资格的技术监督委员会, 该委员会首先审查申请人的资格和经验, 资格审查通过后可参加全国考试, 考试合格者, 予以确认公布, 确认的资格有效期为两年。在日本, 对参加统一考试的专业人士的学历、工作经历也都有明确的规定, 执业资格的取得与法国类似。

我国专业人士资格管理制度近几年逐步趋于完善。目前, 建筑类专业人士的种类有建筑师、结构工程师、监理工程师、造价工程师、建造师、投资咨询师等。

1.3 建设工程招投标概述

 引例

2020年年初,在一次招标活动中,业主将合同授予了投标人李某。招标指南写明投标不能口头附加材料,也不能附条件投标。业主选择李某的理由是:如果考虑到该投标人的口头附加材料,则该投标人的报价最低。然而,另一个报价低的投标人张某起诉了业主,请求人民法院判定业主将合同授予自己。人民法院经调查发现,李某是业主内定的承包商,故最终判决业主将合同授予合格的最低报价的投标人张某。

【问题】

上述招标程序中,业主和李某违反了什么原则?人民法院的判决是否正确?请说明理由。

1.3.1 建设工程招投标的概念

招投标是在市场经济条件下进行工程建设、货物买卖、中介服务等经济活动的一种竞争方式和交易方式,其特征是引入竞争机制以求达成交易协议或订立合同。招标是指招标人对工程建设、货物买卖、中介服务等交易业务,先公布采购条件和要求,吸引愿意接受任务的众多投标人参加竞争,招标人按照规定的程序和办法择优选定中标人的活动。

按照我国的有关规定,工程是指各类房屋和土木工程建造、设备安装、管线敷设、装饰装修等建设及附带的服务;货物是指各种各样的物品,包括原材料、产品、设备、电力,固态、液态或气态物体,以及货物供应的附带服务;服务是指除工程、货物以外的任何对象,如勘察、设计、咨询、监理等。

整个招投标过程包括招标、投标和定标三个主要阶段。招标是招标人为签订合同而进行的准备,在性质上属要约邀请(要约引诱)。投标是投标人获悉招标人提出的条件和要求后,以订立合同为目的向招标人做出愿意承接有关任务的承接竞争,在性质上属要约。定标是招标人完全接受众多投标人中提出最优条件的投标人,在性质上属承诺。承诺即意味着合同成立,定标是招投标活动的核心环节。招投标的过程就是就合同条款提出要约邀请、要约、新要约、再新要约……,直至承诺的过程。

建设工程招投标是指建设单位或个人(业主或项目法人)通过招标的方式,将建设工程项目的勘察、设计、施工、材料设备供应、监理等业务一次或分次发包,由具有相应资质的承包单位通过投标竞争的方式承接。建设工程招投标突出的优点是将竞争机制引入工程建设领域,将工程项目的发包方、承包方和中介方统一纳入市场,实行公开交易,给市场主体的交易行为赋予了极大的透明度;鼓励竞争,防止和反对垄断,通过平等竞争优胜劣汰,最大限度地实现投资效益的最优化;通过严格、规范、科学合理的运作程序和监管机制,有力地保证竞争过程的公正和交易安全。

1.3.2 建设工程招投标的分类

按照不同的标准,对建设工程招投标可以进行不同的分类。

1. 按工程建设程序分类

按工程建设程序不同,建设工程招标投标可以分为建设项目可行性研究招标投标、工程勘察设计招标投标、材料设备采购招标投标、施工招标投标等。

2. 按行业和专业分类

按行业和专业不同,建设工程招标投标可以分为工程勘察设计招标投标、设备安装招标投标、土建施工招标投标、建筑装饰装修施工招标投标、工程咨询和建设监理招标投标、货物采购招标投标等。

3. 按建设项目的组成分类

按建设项目的组成不同,建设工程招标投标可以分为建设项目招标投标、单项工程招标投标、单位工程招标投标、分部分项工程招标投标等。

4. 按工程发包承包的范围分类

按工程发包承包的范围不同,建设工程招标投标可以分为工程总承包招标投标、工程分承包招标投标、工程专项承包招标投标。

5. 按工程是否有涉外因素分类

按工程是否有涉外因素,建设工程招标投标可以分为国内工程招标投标、国际工程招标投标。

1.3.3 建设工程招标投标的原则

《中华人民共和国民法典》(以下简称《民法典》)第七百九十条规定:“建设工程的招标投标活动,应当依照有关法律的规定公开、公平、公正进行。”建设工程招标投标的原则如下。

1. 公开原则

公开原则即信息透明,要求招标投标活动必须具有高度的透明度,招标程序、投标人的资格条件、评标标准、评标方法、中标结果等信息都要公开,使每个投标人都能够及时获得有关信息,从而平等地参与投标竞争,依法维护自身的合法权益。同时,将招标投标活动置于公开透明的环境中,也为当事人和社会各界的监督提供了重要条件。从这个意义上讲,公开是公平、公正的基础和前提。

2. 公平原则

公平原则即机会均等,要求招标人一视同仁地给予所有投标人平等的机会,使其享有同等的权利并履行相应的义务,不歧视、不排斥任何一个投标人。按照公平原则,招标人不得在招标文件中要求或标明特定的生产供应者及含有倾向或排斥潜在投标人的内容,不得以不合理的条件限制或排斥潜在投标人,不得对潜在投标人实行歧视待遇。否则,招标人将承担相应的法律责任。



《中华人民共和国招标投标法实施条例》(以下简称《招标投标法实施条例》)第三十二条规定,招标人不得以不合理的条件限制、排斥潜在投标人或者投标人。

招标人有下列行为之一的,属于以不合理条件限制、排斥潜在投标人或者投标人:

(一)就同一招标项目向潜在投标人或者投标人提供有差别的项目信息;

(二)设定的资格、技术、商务条件与招标项目的具体特点和实际需要不相适应或者与合同履行无关；

(三)依法必须进行招标的项目以特定行政区域或者特定行业的业绩、奖项作为加分条件或者中标条件；

(四)对潜在投标人或者投标人采取不同的资格审查或者评标标准；

(五)限定或者指定特定的专利、商标、品牌、原产地或者供应商；

(六)依法必须进行招标的项目非法限定潜在投标人或者投标人的所有制形式或者组织形式；

(七)以其他不合理条件限制、排斥潜在投标人或者投标人。

3. 公正原则

公正原则即程序规范、标准统一,要求所有招投标活动必须按照规定的时间和程序进行,以尽可能保障投标各方的合法权益,做到程序公正;评标标准应具有唯一性,对所有投标人实行同一标准,确保标准公正。按照公正原则,《中华人民共和国招标投标法》(以下简称《招标投标法》)及其配套规定对招标、投标、开标、评标、中标、签订合同等都规定了具体程序和法定时限,明确了废标和否决投标的情形,评标委员会必须按照招标文件事先确定并公布的评标标准和方法进行评审、打分,推荐中标候选人,招标文件中没有规定的标准和方法不得作为评标与中标的依据。

4. 诚实信用原则

诚实信用原则即诚信原则,是民事活动的基本原则之一。招投标活动本质上是市场主体的民事活动,必须遵循诚信原则,即招投标当事人应以善意的主观心理和诚实守信的态度来行使权利、履行义务,不能故意隐瞒真相或弄虚作假,不能言而无信甚至背信弃义,在追求自己利益的同时不应损害他人利益和社会利益,维持双方的利益平衡及自身利益与社会利益的平衡,遵循平等互利的原则,从而保证交易安全,促使交易实现。

1.3.4 建设工程招投标的意义

实行建设工程招投标是我国建筑市场趋向规范化、完善化的重要举措,对于择优选择承包单位、全面降低工程造价,进而使工程造价得到合理有效的控制具有十分重要的意义,具体表现在以下几个方面。

1. 形成了由市场定价的价格机制

实行建设工程招投标,基本形成了由市场定价的价格机制,使工程价格更加合理。其最明显的表现是若干投标人之间出现激烈竞争(相互竞标),这种市场竞争最直接、最集中的表现就是价格上的竞争。通过竞争确定工程价格,使其趋于合理或下降,这将有利于节约投资、提高投资效益。

2. 不断降低社会平均劳动消耗水平

实行建设工程招投标,能够不断降低社会平均劳动消耗水平,使工程价格得到有效控制。在建筑市场中,不同投标人的个别劳动消耗水平是有差异的。通过推行招投标,最终使那些个别劳动消耗水平最低或接近最低的投标人获胜,这样便实现了生产力资源较优配置,

也对不同投标人实行了优胜劣汰。面对激烈竞争的压力,为了自身的生存与发展,每个投标人都必须切实在降低自身个别劳动消耗水平上下功夫,这样将逐步而全面地降低社会平均劳动消耗水平,工程价格将更为合理。

3. 工程价格更符合价值基础

实行建设工程招投标便于供求双方更好地相互选择,使工程价格更加符合价值基础,进而更好地控制工程造价。由于供求双方各自的出发点不同,存在利益矛盾,因而单纯采用“一对一”的选择方式,成功的可能性较小。采用招投标方式就为供求双方在较大范围内进行相互选择创造了条件,为需求者(如建设单位、业主)与供给者(如勘察设计单位、施工单位)在最佳点结合提供了可能。需求者选择供给者的基本出发点是择优,即选择报价较低、工期较短、具有良好业绩和管理水平的供给者,这样就为合理控制工程造价奠定了基础。

4. 能够减少交易费用

实行建设工程招投标能够减少交易费用,节省人力、物力、财力,进而使工程造价有所降低。我国目前从招标、投标、开标、评标直至定标,均在统一的建筑市场中进行,并有较完善的法律法规,已进入制度化操作。在招投标活动中,若干投标人在同一时间、地点报价竞争,在专家支持系统的评估下,以群体决策方式确定中标者,这必然会减少交易的费用,这本身就意味着招标人收益的增加,对工程造价必然产生积极的影响。

1.4 建设工程合同管理

引例

某海滨城市为发展旅游业,经批准兴建一座三星级大酒店。该项目的甲方于 2018 年 10 月 10 日分别与某建筑工程公司(乙方)和某外贸装饰工程公司(丙方)签订了主体建筑工程施工合同和装饰工程施工合同。

合同约定主体建筑工程施工于 2018 年 11 月 10 日正式开工。合同日历工期为 2 年 5 个月。

主体工程与装饰工程为两个独立的合同,由两个承包商承建。为保证工期,当事人约定主体与装饰施工采取立体交叉作业的方式,即主体完成三层,装饰工程承包商立即进入进行装饰作业。为保证装饰工程达到三星级水平,甲方委托某监理公司实施装饰工程监理。

在工程施工到 1 年 6 个月时,甲方要求乙方将竣工日期提前 2 个月,双方在协商修订施工方案后达成协议。

该工程按变更后的合同工期竣工,并于验收合格后投入使用。

在该工程投入使用 2 年 6 个月,乙方因甲方少付工程款将甲方起诉至人民法院,诉称甲方于该工程验收合格后签发了竣工验收报告,并已开张营业。在结算工程款时,甲方本应付工程总价款 1 600 万元人民币,但只付了 1 400 万元人民币,特请求法庭判决甲方支付剩余的 200 万元人民币及拖期的利息。

在庭审中,被告答称:原告主体建筑工程存在施工质量问题,如大堂、电梯间门洞、大厅

墙面、游泳池等主体施工质量不合格,因此,丙方进行了处理,并提出索赔,经监理工程师签字报业主代表认可,共支付 19.23 万美元,折合人民币 125 万元,此项费用应由原告承担。另还有其他质量问题,并造成客房、机房设施设备损失计 75 万元人民币。共计损失 200 万元人民币,应从总工程款中扣除,所以支付乙方主体工程款的总额为 1400 万元人民币。

原告辩称:被告称工程主体质量不合格不属实,并向法庭呈交了甲方及有关方面签字的合格竣工验收报告及甲方致乙方的感谢信等证据。

被告又辩称:竣工验收报告及感谢信是在原告法定代表人宴请我方时,提出为了企业晋级的情况下,我方代表才签的字。此外,被告代理人又向法庭呈交了甲方被丙方提出的索赔 19.23 万美元(经监理工程师和甲方代表签字)的清单 56 件。

原告再辩称:被告代表发言纯属戏言,怎能视签署竣工验收报告为儿戏,请求法庭以文字为证。

原告又指出:如果真的存在被告所说的情况,被告应当在装饰施工前通知我方进行修理。原告最后请求法庭关注从签发竣工验收报告到起诉前,乙方多次向甲方以书面方式提出结算要求。而在这 2 年多的时间里,甲方从未向乙方提出过工程存在质量问题。

【问题】

- (1)原、被告之间的合同是否有效?
- (2)如果在装饰施工时发现主体工程施工存在质量问题,甲方该如何处理?
- (3)对于乙方因工程款纠纷的起诉和甲方因工程质量问题的反诉,人民法院应否予以保护?

1.4.1 合同概述

《民法典》第四百六十四条规定:“合同是民事主体之间设立、变更、终止民事法律关系的协议。”依法成立的合同受法律保护。

1. 合同的内容

合同的内容是指当事人约定的合同条款。当事人订立合同,其目的就是要设立、变更、终止民事法律关系,必然涉及彼此之间具体的权利和义务。根据《民法典》第四百七十条的规定,合同的内容由当事人约定,一般包括下列条款:当事人的姓名或者名称和住所,标的,数量,质量,价款或者报酬,履行期限、地点和方式,违约责任,解决争议的方法。当事人可以参照各类合同的示范文本订立合同。

(1)当事人的姓名或者名称和住所。当事人的姓名或名称是指法人或其他组织的名称,住所是指他们的主要办事机构所在地。明确活动主体,对了解合同当事人的基本情况、合同的履行情况和确定诉讼管辖具有重要的意义。

(2)标的。标的是合同当事人双方权利和义务共同指向的对象。尽管双方当事人签订合同的主观意向各不相同,但最后必须集中在一个标的上。因此,双方当事人签订合同时,首先要明确合同的标的;合同没有标的或标的不明确,必然会导致合同无法履行甚至产生纠纷。标的的表现形式为物、劳务、行为、智力成果、工程项目等。

(3)数量。数量是衡量合同标的的多少的尺度,以数字和计量单位表示。把标的量化,以便确立合同当事人之间的权利和义务的量化指标,从而计算价款或报酬。施工合同中的

数量主要体现的是工程量的大小。

(4)质量。质量是标的的内在品质和外观形态的综合指标,是标的性质差异的具体特征。它是标的价值和使用价值的集中体现,决定着标的的经济效益,还直接关系到生产的安全和人身健康等。因此,合同对质量标准的约定应准确而具体,对技术上较为复杂的、容易引起歧义的词语、标准等应加以说明和解释。对于强制性标准,当事人必须执行,合同约定的质量不得低于该强制性标准。建设工程中的质量标准大多是强制性的质量标准。

(5)价款或者报酬。价款通常是指当事人一方为取得对方出让的标的,而支付给对方的一定数额的货币报酬,即当事人一方为对方提供劳动服务等,从而向对方收取一定数额的货币报酬。标的的价款由双方当事人协商,但必须符合国家的物价政策,劳动报酬也是如此。合同条款中应写明有关银行结算和支付方法的条款。

(6)履行期限、地点和方式。履行期限是合同当事人完成合同所规定的各自义务的时间界限。履行地点是指当事人交付标的和支付价款或报酬的地点。履行地点也是一项重要条款,它不仅关系到当事人实现权利和承担义务的发生地,还关系到人民法院受理合同纠纷案件的管辖地问题。履行方式是指合同当事人履行义务的具体方法,包括标的的交付方式和价款或报酬的结算方式。

(7)违约责任。违约责任是指合同当事人约定一方或双方不履行或不完全履行合同义务时必须承担的法律后果。对违约责任,法律有规定责任范围的,按规定处理,法律没有规定责任范围的,由双方当事人协商议定处理。

违约责任条款是一项十分重要但往往被忽略的条款,它对合同当事人正常履行义务具有法律保障作用,是一项制裁性条款,因而对当事人履行合同具有约束力。当事人在签订合同时必须写明违约责任。

(8)解决争议的方法。解决争议的方法是指合同当事人选择解决合同纠纷的方式、地点等。解决争议的方法主要有和解、调解、争议评审、仲裁或诉讼。合同当事人不能同时选择仲裁和诉讼作为解决争议的方式。如果当事人希望通过仲裁解决争议,则必须在合同中约定仲裁条款,因为仲裁是以自愿为原则的。

2. 合同的订立

1) 合同订立的形式

当事人订立合同,可以采用书面形式、口头形式或者其他形式。书面形式是合同书、信件、电报、电传、传真等可以有形地表现所载内容的形式。以电子数据交换、电子邮件等方式能够有形地表现所载内容,并可以随时调取查用的数据电文,视为书面形式。

2) 合同订立方式

当事人订立合同,可以采取要约、承诺方式或者其他方式。

(1) 要约。

①要约的定义及构成要件。要约是希望与他人订立合同的意思表示,该意思表示应当符合下列条件:

a. 内容具体确定。

b. 表明经受要约人承诺,要约人即受该意思表示约束。

②要约邀请。要约邀请是希望他人向自己发出要约的意思表示。拍卖公告、招标公告、招股说明书、债券募集办法、基金招募说明书、商业广告和宣传、寄送的价目表等为零要约邀请。商业广告和宣传的内容符合要约条件的,构成要约。

③要约的撤销。撤销要约的意思表示以对话方式做出的,该意思表示的内容应当在受要约人做出承诺之前为受要约人所知道;撤销要约的意思表示以非对话方式做出的,应当在受要约人做出承诺之前到达受要约人。

要约可以撤销,但是有下列情形之一的除外:

- a. 要约人以确定承诺期限或者其他形式明示要约不可撤销。
- b. 受要约人有理由认为要约是不可撤销的,并已经为履行合同做了合理准备工作。

④要约失效。有下列情形之一的,要约失效:

- a. 要约被拒绝。
- b. 要约被依法撤销。
- c. 承诺期限届满,受要约人未做出承诺。
- d. 受要约人对要约的内容做出实质性变更。

(2) 承诺。

①承诺的定义。承诺是受要约人同意要约的意思表示。承诺是一种法律行为。承诺必须是要约的相对人在要约有效期限内以明示的方式做出的,并送达要约人;承诺必须是承诺人做出完全同意要约的条款,方为有效。如果受要约人对要约中的某些条款提出修改、补充、部分同意,附有条件,或者另行提出新的条件,以及迟到送达的承诺,都不被视为有效的承诺,而被称为新要约。

②承诺的期限。承诺应当在要约确定的期限内到达要约人。要约没有确定承诺期限的,承诺应当依照下列规定到达:

- a. 要约以对话方式做出的,应当即时做出承诺。
- b. 要约以非对话方式做出的,承诺应当在合理期限内到达。

3) 合同成立时间

承诺生效时合同成立,但是法律另有规定或者当事人另有约定的除外。

3. 合同的效力

(1) 合同生效时间。依法成立的合同,自成立时生效,但是法律另有规定或者当事人另有约定的除外。

依照法律、行政法规的规定,合同应当办理批准等手续的,依照其规定。未办理批准等手续影响合同生效的,不影响合同中履行报批等义务条款以及相关条款的效力。应当办理申请批准等手续的当事人未履行义务的,对方可以请求其承担违反该义务的责任。

(2) 免责条款效力。合同中的下列免责条款无效:

- ①造成对方人身损害的。
- ②因故意或者重大过失造成对方财产损失的。

4. 合同的履行

(1) 合同履行的原则。当事人应当按照约定全面履行自己的义务。当事人应当遵循诚

信原则,根据合同的性质、目的和交易习惯履行通知、协助、保密等义务。当事人在履行合同过程中,应当避免浪费资源、污染环境和破坏生态。

(2)合同约定不明确时的履行。合同生效后,当事人就质量、价款或者报酬、履行地点等内容没有约定或者约定不明确的,可以协议补充;不能达成补充协议的,按照合同相关条款或者交易习惯确定。当事人就有关合同内容约定不明确,依据上面的规定仍不能确定的,适用下列规定:

①质量要求不明确的,按照强制性国家标准履行;没有强制性国家标准的,按照推荐性国家标准履行;没有推荐性国家标准的,按照行业标准履行;没有国家标准、行业标准的,按照通常标准或者符合合同目的的特定标准履行。

②价款或者报酬不明确的,按照订立合同时履行地的市场价格履行;依法应当执行政府定价或者政府指导价的,依照规定履行。

③履行地点不明确,给付货币的,在接受货币一方所在地履行;交付不动产的,在不动产所在地履行;其他标的,在履行义务一方所在地履行。

④履行期限不明确的,债务人可以随时履行,债权人也可以随时请求履行,但是应当给对方必要的准备时间。

⑤履行方式不明确的,按照有利于实现合同目的的方式履行。

⑥履行费用的负担不明确的,由履行义务一方负担;因债权人原因增加的履行费用,由债权人负担。

5. 合同的变更和转让

(1)合同的变更。当事人协商一致,可以变更合同。当事人对合同变更的内容约定不明确的,推定为未变更。

(2)债权转让。债权人可以将债权的全部或者部分转让给第三人,但是有下列情形之一的除外:

①根据债权性质不得转让。

②按照当事人约定不得转让。

③依照法律规定不得转让。

当事人约定非金钱债权不得转让的,不得对抗善意第三人。当事人约定金钱债权不得转让的,不得对抗第三人。

债权人转让债权,未通知债务人的,该转让对债务人不发生效力。债权转让的通知不得撤销,但是经受让人同意的除外。

6. 合同的权利义务终止

有下列情形之一的,债权债务终止:

(1)债务已经履行。

(2)债务相互抵销。

(3)债务人依法将标的物提存。

(4)债权人免除债务。

(5)债权债务同归于一人。

(6)法律规定或者当事人约定终止的其他情形。

合同解除的,该合同的权利义务关系终止。债权债务终止后,当事人应当遵循诚信等原则,根据交易习惯履行通知、协助、保密、旧物回收等义务。

1.4.2 建设工程合同概述

1. 建设工程合同的概念

《民法典》第七百八十八条规定:“建设工程合同是承包人进行工程建设,发包人支付价款的合同。”建设工程合同是指在工程建设过程中发包人与承包人依法订立的、明确双方权利义务关系的协议。在此合同中,承包人的主要义务是进行工程建设,权利是得到工程价款;发包人的主要义务是支付工程价款,权利是得到完整、符合约定的建筑产品。

从合同理论上说,建设工程合同是广义承揽合同的一种;也是承包人(承揽人)按照发包人的要求完成工作,交付工作成果,发包人给付报酬的合同。但由于建设工程合同在经济活动和社会生活中的重要作用,以及在国家管理、合同标的等方面均有别于一般的承揽合同,因此我国一直将建设工程合同列为单独的一类重要合同。但考虑到建设工程合同毕竟是从承揽合同中分离出来的,《民法典》规定,建设工程合同中没有规定的,适用承揽合同的有关规定。

2. 建设工程合同的特征

(1)合同主体的严格性。建设工程合同主体必须具有履约能力,一般来讲只能是法人。发包人一般是经批准进行工程项目建设的法人,必须有国家批准的建设项目,并且应当具备相应的协调能力。承包人应具有法人资格,并且具备相应的从业资质,无营业执照或承包资质,或承包资质不符合要求的承包人都不能作为合同的主体。

(2)合同标的物的特殊性。建设工程合同的标的物是各类建筑产品,包括有形建筑产品和无形建筑产品,具有单件性、生产的流动性、生产周期长等特性,这些特性决定了建设工程合同标的物的特殊性。

(3)合同期限的长期性。建设工程合同的订立和履行一般都需要较长的准备期,在合同的履行过程中,还可能由于不可抗力、工程变更、材料供应不及时等因素导致合同期限延长。因此,建设工程合同的履行具有长期性。

(4)计划和程序的严格性。由于工程建设对国家的经济发展、人们的工作和生活有着重大影响,因此,国家对建设工程的计划和程序都有严格的管理制度。订立建设工程合同必须以国家批准计划为前提,并经过严格的审批程序。建设工程合同的订立和履行还必须符合国家有关工程建设程序的规定。

(5)合同形式的特殊要求。考虑到建设工程的重要性、长期性和复杂性,以及在建设过程中经常会发生影响合同履行的纠纷,《民法典》第七百八十九条规定:“建设工程合同应当采用书面形式。”

3. 建设工程合同体系

工程建设是一个极为复杂的社会生产过程,相关的合同构成了一个复杂的合同体系,如图 1-3 所示。在这个体系中,业主和承包人是两个最主要的节点。

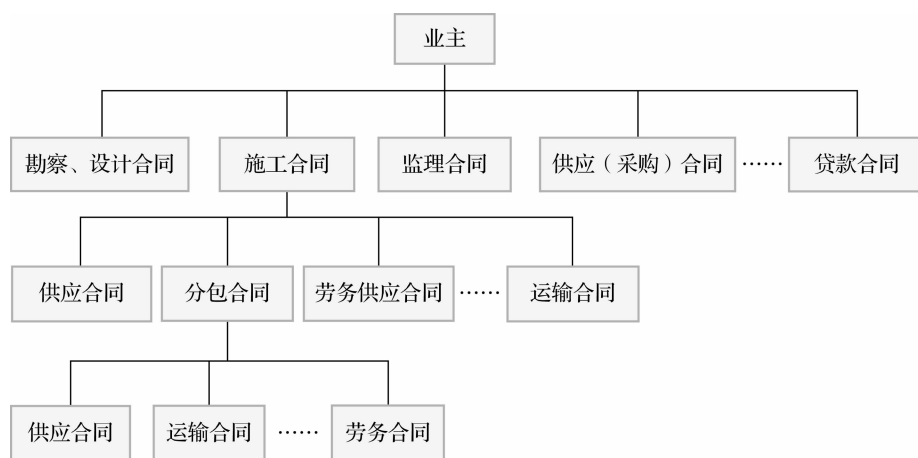


图 1-3 建设工程合同体系

(1) 业主的主要合同关系。《民法典》第七百九十一条规定：“发包人可以与总承包人订立建设工程合同，也可以分别与勘察人、设计人、施工人订立勘察、设计、施工承包合同。发包人不得将应当由一个承包人完成的建设工程支解成若干部分发包给数个承包人。”

业主作为工程或服务的买方，是工程的所有者，其可能是政府、企业、其他投资者、几个企业的组合、政府与企业的组合（如合资项目、BOT 项目的业主）。业主投资一个项目，通常委派一个代理人（或代表）以业主的身份进行工程的经营管理。

业主根据对工程的需求确定工程项目的整体目标。这个目标是所有相关工程合同的核心。要想实现工程目标，业主必须将建设工程的勘察设计、各专业工程施工、设备和材料采购等工作委托出去，需要与有关单位签订合同。

① 监理合同。建设工程实行监理的，发包人应当与监理人采用书面形式订立委托监理合同。监理单位负责工程的可行性研究、勘察设计、招标和施工阶段监理等某一项或几项工作。

② 勘察、设计合同。勘察、设计合同即业主与勘察、设计单位签订的合同。勘察、设计单位负责工程的地质勘察和技术设计工作。

③ 供应（采购）合同。当由业主负责提供工程材料和设备时，业主与有关材料和设备供应单位签订供应（采购）合同。

④ 施工合同。施工合同即业主与工程承包人签订的工程施工合同。

⑤ 贷款合同。贷款合同即业主与金融机构签订的合同，金融机构向业主提供资金保障。

按照工程承包方式和范围的不同，业主可能需要订立多份合同。例如，将工程分专业、分阶段委托，将材料和设备供应分别委托；也可能将上述委托以各种形式合并，如把土建工程和安装工程委托给一个承包人，把设备供应委托给一个成套设备供应企业。业主还可以与一个承包人订立总承包合同，由该承包人负责整个工程的设计、材料和设备供应、施工甚至管理等工作。因此，建设工程合同的工程范围和内容会有很大区别。

(2) 承包人的主要合同关系。承包人是工程建设的具体实施者，是工程承包合同的执行者。承包人通过投标接受业主的委托，签订工程承包合同。任何承包人都不可能具备所有

的专业工程的施工能力、材料和设备的生产与供应能力,其同样可以将许多专业工作委托出去。因此,承包人常常又有复杂的合同关系,具体如下:

①分包合同。对于一些规模较大的工程,承包人常常需要与其他承包人合作才能完成总承包合同任务。承包人如果把从业主那里承接的工程中的某些分项工程或工作分包给其他承包人来完成,则应与其签订分包合同。

《民法典》第七百九十一条规定:“总承包人或者勘察、设计、施工承包人经发包人同意,可以将自己承包的部分工作交由第三人完成。第三人就其完成的工作成果与总承包人或者勘察、设计、施工承包人向发包人承担连带责任。承包人不得将其承包的全部建设工程转包给第三人或者将其承包的全部建设工程支解以后以分包的名义分别转包给第三人。”

“禁止承包人将工程分包给不具备相应资质条件的单位。禁止分包单位将其承包的工程再分包。建设工程主体结构的施工必须由承包人自行完成。”

总承包人可能会与许多分包商订立许多分包合同;而分包商仅完成总承包人分包给自己的工程,向总承包人负责,与业主无合同关系。总承包人仍向业主担负全部工程责任,负责工程的管理和各分包商工作之间的协调,以及各分包商之间合同责任的划分;同时承担协调失误而造成损失的责任,向业主承担工程风险。

在投标书中,承包人必须附上拟定的分包商的名单,供业主审查。如果在工程施工过程中重新委托分包商,则必须经过业主的同意。

②供应合同。承包人为工程建设进行必要的材料和设备采购与供应,需要与供应商签订供应合同。

③运输合同。运输合同是承包人为解决材料和设备的运输问题而与运输单位签订的合同。

④加工合同。加工合同是承包人将建筑构配件、特殊构件等的加工任务委托给加工承揽单位而签订的合同。

⑤租赁合同。在建设工程中,承包人需要许多施工设备、运输设备和周转材料。当有些设备、周转材料在现场使用率较低,或购置需要大量资金投入而又不具备这个经济实力时,承包人可以采用租赁的方式,与租赁单位签订租赁合同。

⑥劳务供应合同。建筑产品往往要花费大量的人力、物力和财力。承包人不可能全部采用固定工来完成工程。为了满足任务的临时需要,承包人往往要与劳务供应商签订劳务供应合同,由劳务供应商为工程提供劳务。

⑦保险合同。承包人按施工合同要求对工程投保,与保险公司签订保险合同。

在建设工程合同体系中,合同都是为了完成业主的工程项目目标而签订和实施的,合同之间存在着复杂的内部联系,构成了该工程的合同网络。其中,建设工程施工合同是最有代表性、最普遍,也是最复杂的合同类型,其在建设工程项目的合同体系中处于主导地位,是整个建设工程合同管理的重点。无论是业主、监理工程师还是承包人,都将其作为合同管理的主要对象。建设工程合同体系在建设工程项目管理中也是一个非常重要的概念,从一个角度反映了项目的形象,对整个项目管理的运作有很大的影响。

1.4.3 建设工程合同管理概述

1. 建设工程合同管理的概念

合同管理就是对合同的订立、履行、变更、转让、终止,以及计划、评审、监督、控制、协调等一系列行为的总称。其中,合同的订立、履行、变更、转让、终止等是合同管理的内容,计划、评审、监督、控制、协调等是合同管理的手段。合同管理是项目管理的重要内容,也是项目管理中其他活动的基础和前提。

从广义上讲,建设工程合同管理有两个层次:一是政府对工程合同的宏观管理,二是合同当事人各方对合同实施的具体管理。具体来说,建设工程合同管理是指对工程合同的订立、履行、变更、转让和终止等进行监督、检查,对合同履行过程中发生的争议进行处理,以确保合同依法订立和全面履行。合同管理贯穿于合同订立、履行、终止直至归档的全过程。

2. 建设工程合同管理的目的

建设工程合同管理是为工程总目标和企业总目标服务的,其具体目的如下:

(1)对质量、成本、进度三大目标的控制。对质量、成本、进度三大目标的控制是指使整个建设工程在预定的成本、工期范围内完成,达到预定的质量和功能要求。

由于工程建设活动耗费资金巨大、持续时间长,建筑物的结构质量关乎人民的生命财产安全,一旦出现质量问题,将导致建筑物部分或全部报废,造成巨大损失。

在成本控制的问题上,业主与承包商是既有冲突,又必须协调的,合理的工程价款为成本控制奠定基础,是合同中的核心条款。

工程项目建设涉及的流程复杂,消耗人力物力多,再加上一些不可预见的因素,都为工期控制增加了难度。

(2)各方保持良好关系,合同争议少,合同符合法律要求。按照建设工程项目任务的结构分解,可以得到不同层次、不同种类,它们共同构成建设工程合同体系。工程项目建设参与各方构成了合同管理的对象,他们都有着自己的利益,不可避免会发生冲突。在这种情况下,各方都应尽量与其他各方协调关系,完整地履行合同责任,使工程的实施过程顺利,减少合同争议。

3. 建设工程合同管理的任务

(1)发展和完善建筑市场。作为社会主义市场经济的重要组成部分,建筑市场需要不断发展和完善。市场经济与计划经济的最主要区别在于市场经济主要依靠合同来规范当事人的交易行为,而计划经济主要依靠行政手段来规范财产流转关系。因此,发展和完善建筑市场,必须依靠严格的建设工程合同管理制度。依法加强建设工程合同管理,可以保障建筑市场的资金、材料、技术、信息、劳动力的管理,发展和完善建筑市场。

(2)推进建筑领域的改革。我国在建筑领域推行项目法人制、招标投标制、工程监理制和合同管理制度。这些制度改革的核心内容是合同管理制度。因为项目法人制是建立能够独立承担民事责任的主体的制度,而市场经济中的民事责任主要是基于合同义务的合同责任。建设工程合同是项目法人单位与建筑企业进行工程承包的主要法律形式,是进行工程施

工、监理和验收的主要依据。订立和履行建设工程合同直接关系到业主与建筑企业的根本利益。因此,加强建设工程合同管理已成为推行现代企业制度的重要内容。建设工程合同管理的健全与完善有助于推进建筑领域的其他各项改革。

(3)加强合同管理,提高建设工程合同履约率。牢固树立合同法制观念,加强建设工程合同管理,必须坚决执行《民法典》、建设工程合同行政法规及合同示范文本制度。严格按照法定程序签订建设工程合同,防止论证不足、资金不足、转包合同等违法违规现象的出现,切实履行工程建设项目合同文本的各项条款,提高工程建设项目合同的履约率。建设工程合同文本对当事人各方的权利、义务和责任做了明确、完善的规定和约定,可操作性强,从而防止当事人主观上的疏漏和外来因素的干扰,有利于合同的正常履行,预防违约现象的出现,防止纠纷的发生,从而保证工程建设项目的顺利建成。

思考与练习

一、选择题

- 下列()属于工程承发包的内容。
 - 项目建议书
 - 勘察设计
 - 生产职工培训
 - 建设工程监理
- 按承发包范围不同,工程承发包方式可分为()。
 - 建设全过程承发包
 - 阶段承发包
 - 总承包
 - 专项承发包
- 规模较小且施工图齐全、风险不大、技术简单、工期较短的工程适合采用()合同。
 - 总承包合同
 - 固定总价合同
 - 固定单价合同
 - 成本加酬金合同
- 整个招投标过程包括招标、投标和定标三个主要阶段,其中投标的性质是()。
 - 要约
 - 要约邀请
 - 新要约
 - 承诺
- 建设工程招投标的原则有()。
 - 公开原则
 - 公平原则
 - 公正原则

- D. 诚实信用原则
6. 合同的订立需要()两个阶段。
- A. 要约
- B. 要约邀请
- C. 新要约
- D. 承诺
7. 建设工程合同应当采用()形式。
- A. 书面
- B. 口头
- C. 书面或口头
- D. 其他
8. 我国建筑市场的主体包括()。
- A. 业主
- B. 承包商
- C. 工程咨询服务机构
- D. 其他组织
9. 建筑业企业资质分为()。
- A. 施工总承包资质
- B. 专业承包资质
- C. 施工劳务资质
- D. 综合施工资质
10. 成本加酬金合同最不适用于的工程是()。
- A. 边设计边施工的紧急工程
- B. 新型工程项目
- C. 工程招标时设计深度已达到施工图设计深度的工程
- D. 灾后修复工程

二、简答题

1. 什么是工程承发包? 工程承发包有哪些方式?
2. 什么是建筑市场? 建筑市场如何进行从业企业的资质管理?
3. 建设工程招投标应遵循什么原则?
4. 简述建设工程招投标的意义。
5. 简述合同的内容及特征。
6. 简述建设工程合同管理的内容。

三、案例分析题

某施工单位根据购买的某 2 000 m² 两层厂房工程项目招标文件和全套施工图纸,采用低报价策略编制了投标文件,并中标。该施工单位(乙方)于某年某月某日与建设单位(甲方)签订了该工程项目的固定价格施工合同,合同工期为 8 个月。甲方在乙方进入施工现场

后,因资金紧缺,口头要求乙方暂停施工1个月。乙方亦口头答应。工程按合同规定期限验收时,甲方发现工程质量有问题,要求返工。2个月后,返工完毕。结算时甲方认为乙方迟延交付工程,应按合同约定偿付逾期违约金。乙方认为临时停工是甲方要求的。乙方为抢工期,加快施工进度才出现了质量问题,因此迟延交付的责任不在乙方。甲方则认为临时停工和不顺延工期是当时乙方答应的,乙方应履行承诺,承担违约责任。

问题:

1. 该工程采用固定价格合同是否合适? 为什么?
2. 该施工合同的变更形式是否妥当? 为什么?
3. 在此事件中甲方和乙方各承担什么责任?