

《民法典》合同编视角下建设工程招标采购 法律风险及控制要点探析

◆张英伟

(中建一局集团第三建筑有限公司,北京 100161)

【摘要】随着建筑业建设项目工程总承包及培育全过程工程咨询行业的推行,建设工程合同纠纷增加。合同纠纷变得日益复杂,解决难度变大,防范招标采购合同法律风险是建筑行业从业者需要认真加以研究的课题。《民法典》合同编建设工程合同的修订以及建设工程施工合同相关司法解释的出台,有效地指导着建筑业市场主体通过招标采购签订并履行建设工程合同。本文以《民法典》为研究对象,针对建设工程招投标的相关理论进行分析,并阐述了合同编视角下主要控制难点、风险规避措施,其主要目的在于通过规范性文件、法律法规等方式对建设工程项目的招标采购合法合规实施进行指导。

【关键词】《民法典》合同编;建设工程;招标投标法;法律风险;控制

建设工程招标投标是在工程项目中根据法律特定程序和规则,实现合法合规招标采购,确定最优采购方案和实现采购价值。合同编视角下建设工程招投标法律风险的分析与控制,是我国工程建设领域中急需解决的问题。以《民法典》为基础,从招标采购程序、评标标准、签约合法等进行详细阐述,通过对《民法典》相关条款内容解读,以及结合案例分析法来探究如何有效识别招投标及合同订立过程当中存在各类不确定性因素,从而针对这些不足加以改进并提出相应对策及建议。同时,要加强立法规范的一致性、完整性,以确保合同编视角下为建设工程项目招标采购顺利进行提供保障机制与方法。

一、《民法典》合同编视角下建设工程招标采购概述

《民法典》合同编视角下建设工程招标采购概述是指以《民法典》为基础,根据国家相关法律规定,结合工程建设实际招标采购情况而编制。建设工程招标采购是以《民法典》为基础,以《招标投标法》及《招标投标法实施条例》将工程项目作为招标采购对象,并对其实施过程及相关的法律责任做出规定。其目的在于通过对《民法典》中条款进行分析和总结,进而得出在建设项目不同阶段、不同时期以及不同类型之间存在着差异性。

(一)《民法典》合同编

由于我国建筑市场机制发展及招标采购相关法律法规执行不彻底等原因,导致《民法典》相关的招投标基本理论依据不足;同时,也存在着部分招标文件合同条款过于简单和缺乏可执行性而造成的风险问题。基于此背景下,研究建设工程项目招投标的管理规避措施具有重要意义:能够有效地避免因上游和下游等投标行为出现的单位串标、围标以及其他违规行为,从而影响工程项目的质量及进度。

(二)建设工程招标采购法律风险

建设工程招标采购法律风险是合同编视角下对建设工程项目进行科学、系统分析而产生的,其本质就是为了控制和防范投标过程中所出现的各类不确定性因素,从而避免因投标人在参与投标的行为中,因自身利益最大化或其他原因导致合同订立时出现争议。在建设工程项目招标采购过程中,由于法律法规、相关政策等因素,导致工程建设领域缺乏合理、有效地进行评标与确定投标的人。因此,要对招投标活动进行严格监督和控制。招标采购是最常见且普遍使用的一种合同形式,但由于其自身特点以及法律关系等原因,导致了建设工程领域出现很多问题。

(三)建设工程招标采购法律风险控制

在建设工程招标采购领域,存在着各种风险,尤其是工程项目建设中的招投标行为乱象。以《民法典》为基础对其进行研究分析,首先从合同编视角下,探讨了建筑工程管理与控制的相关内容:包括合同订立过程及履行阶段、签订方式和审查标准等。其次针对工程项目的特点提出相应解决对策:加强招标采购的严谨性和提高招标过程控制质量。最后基于风险识别方法,结合项目建设中出现的各种风险因素,制定科学、合理、有效的应对措施。

二、建设工程招标采购中常见的法律问题

《民法典》中对于建设工程招标采购合同的编目有相关规定,但在实操过程中存在很多执行问题,影响了招投标工作的合法合规性。例如,招标采购的法律风险控制不完善、投标人对工程项目进行评标及签订合同时缺乏合理性判断、盲目追求结果等。而对于建设工程项目的招投标的管理而言,则是一个较为复杂且具有较高技术含量的工作内容。以《民法典》为视角展开论述,通过对建设工程投标

的法律风险及控制措施,进行深入分析研究后发现:首先是国家取消了招标代理资质及招标师序列,进一步导致招标人才综合素质下降;其次是招投标机制同实际运行脱钩;最后提出了完善工程项目管理监督体系建设等对策建议,并总结归纳如下:一是强化招标采购相关立法的执行效果;二是强化对招标、投标及评标、定标的程序性规范要求。

(一)“分包”纠纷

“分包”纠纷是合同编在工程项目中,对业主方、承包商及施工单位三方利益进行协调,双方之间的权利义务关系以及权力与责任划分不明等问题,引发《民法典》订立过程中出现一系列争议和纠纷的主要原因之一。因此,要想满足《民法典》中对招标、投标及评标、定标的要求,并防止违法行为发生及规避风险,就必须从源头抓起、以科学化方式进行管理措施。

(二)“履约”过程问题

建设工程项目招标采购在整个工程的招投标活动中,是合同订立、变更和索赔等工作中不可或缺的关键环节。但因中标后的反悔和履行不能行为,导致“履约”过程问题层出不穷,索赔和反索赔叠加影响:首先由于缺乏有效合理且完善的科学规范条款用以严格规制;其次因为缺少对投标的管理与监督制度,而造成了招标采购问题失控现象频发;最后在招标投标活动中,还存在着合同编者以自身利益为先的行为,使得招标工作流于形式。

(三)工程投标保证金“变味”

《民法典》中对建设工程项目投标保证金“变味”问题进行了系统规定,并在合同编目方面作了详细阐述,为建筑企业招标采购提供参考和指导作用。但由于我国实际情况及法律法规等诸多因素,影响建筑工程招投标的实践应用效果。因此,应从以下几点着手:第一是建立健全完善的《民法典》中相关条款体系基本精神,并在招标投标法律法规中进行详细规制;第二是规范招标文件、投标文件编制程序、提高评标程序、环节和定标审查力度;第三规范各方对招标采购整个环境的守规守法,在《民法典》的基本精神下,追求公平和诚实信用的原则。

三、《民法典》合同编视角下建设工程招标采购法律风险及控制要点

基于合同编视角下研究建设工程招标采购法律风险及控制要点的构建,首先从建筑工程项目招投标程序入手,通过对《民法典》《招标投标法》《招标投标法实施条例》等相关规定进行分析总结,发现了当前工程建设中存在着以下问题。

(一)建设工程施工合同争议主体的界定风险

合同编视角下,建设项目投标的过程中可能出现的争议事项有以下几点:(1)业主方面,招标代理费由下游单位承

担的情形;(2)监理单位出于建设单位雇佣往往失去客观公正的第三方意义;(3)全过程咨询机构出具招标文件和造价文件等多项咨询成果质量不高;(4)投标者提供相应材料并提交设计方案等内容,均需双方共同商议确定。

(二)合同效力影响的风险

合同的效力是指建设工程招标投标确立的工程是否具有可确定性。合同作为工程建设的重要依据,其是否具有法律效力,对于建设工程项目能否顺利进行有着至关重要的影响。在签订合同时要遵循《民法典》相关规定,首先明确招标采购程序和投标书内容,并对招投标的方式、方法及范围等作出说明;其次根据《民法典》制定相应配套制度以提高招标工作效率与质量以及规范市场行为;最后合同的订立应符合工程的实际情况,确保其合法性、合理性和科学性。

(三)工期延误风险

建设工程招标是建设工程项目中的重要部分,因此,在进行招投标时应充分考虑到工期延误风险。通过对合同编视角下建设工程投标的控制研究,分析影响施工进度和造价成本的因素并提出以下建议:编制标书时要严格把关细节、科学性原则;要重视法律法规条款;加强监管力度等应对之策来规避工程延期及索赔率高于工期延长产生的风险,从而确保招标采购工作能够顺利进行并为建设项目提供优质服务。

(四)变更确认风险

变更的确认是合同编根据法律规定和工程实际情况,在招投标过程中对招标文件进行重新审核,并签订新的建设工程项目。但是由于建筑市场竞争激烈、建设周期长等原因导致了合同编制工作难度加大。为有效控制风险应对变更问题,应采取以下措施:第一,建立健全建筑工程造价管理制度;第二,完善清单计价模式下工程量计算规则及计量方法;第三,规范施工流程和结算方式下的资金使用办法,确保招投标活动有序开展,以及保证招标文件质量与效率是关键之一。

(五)建设工程合同实质性内容确认风险

合同作为建设工程的主要依据,其实质性及内容直接决定着《民法典》中的相关条款是否有效。其主要内容包括招标文件、评标标准等。在签订合同时就会涉及双方对拟议中所确定的条款是否有明确规定,所以在过程中首先要明确招投标过程中所涉及的法律规范性文件以及具体条款;其次是在签订前做好准备工作;再次是加强现场勘察与增加评议环节;最后就是确定工程量清单等内容是否准确无误。

(六)质量保证金返还问题

在实际操作过程中,因业主或其他原因导致承包人未能按合同签订完成交付后,而无法支付所需费用时就会出现索

赔问题；甚至会出现部分单位有可能未按照合同约定履行义务、监理工程师没有尽到应承担的责任等因素造成损失等问题。基于这些问题，首先应从法律层面上明确建筑工程招投标的原则性、统一标准和程序要求；其次以编制清单为核心，规范评议机制；最后完善工程项目招标采购的管理体系，并制定相应制度来避免因人为因素造成的质量保证金返还问题。

（七）合同解除风险

在《民法典》中，合同编者往往会利用签订条款对招标项目进行限制，但由于我国建筑市场的现状是工程量清单式招标模式居多，这就使得投标人以“利益”为前提，而不可能充分考虑项目的实际情况。为了降低因订立合同时违反法律法规导致风险发生所带来的损失和影响，以及提高评标定额准确性等问题，提出了相关应对措施。首先从建筑工程项目实际情况出发，研究建设工程项目的法律风险；其次通过建立工程量清单和编制施工图预算来识别、评估和控制投标阶段中可能出现或已经发生的各种变更；然后根据合同条款选择合适招标投标的方式，并制定合理有效的评标方法；最后在确定评标人时应严格执行招投标程序。

（八）关于优先受偿权的风险

首先，一旦具备主张建设工程价款优先受偿权的条件，承包人要积极主张优先受偿权，向发包人发出书面催告。其次，承包人应当在合理的期限内履行催告义务，具有下列情形之一应在六个月内催告发包人给付工程价款：当事人约定的给付工程价款期间届满；当事人没有约定工程价款给付时间或约定不明，但建设工程已经实际交付的；建设工程没有交付，但承包人已经提交竣工结算文件的。最后，承包人要注意行使优先受偿权的保护期间，防止期限届满丧失胜诉权。承包人行使优先受偿权的期限为一年，自承包人催告发包人给付工程价款期间届满之日起算。

（九）合同依据的风险

建设工程项目合同文本是工程建设中的重要组成部分，其编者往往要对招标采购工作进行全面、系统的审查和评价，确保投标文件内容真实准确。在编制过程中，应充分考虑项目管理目标及业主方、施工企业以及相关利益人等各方因素。同时还需注意以下几点：（1）明确各参与主体责任；（2）制定合理有效的合同条款体系；（3）完善合同文本，为工程造价控制提供依据与参考。

（十）价款确认、支付风险

施工承包方处于弱势地位，另外，工程价款支付贯穿于整个工程实施阶段，涉及诸多因素和关键问题，对施工承包

方的成本效益至关重要，如何在施工阶段尽可能多地回收工程价款，使之促进工程按时保质地完工，获得较好的经济效益是一项复杂的工作。在投标阶段中的清单编制方法、套用定额、造价取费、报价策略将会在很大程度上影响到工程价款的结算与支付。所以在合同中，合同双方应承担的权利、义务应当明确具体，切忌含糊笼统。合同文字如果含糊不清、模棱两可，在执行过程中就往往会争议不断。在合同的履行过程中切忌口头约定，对于工程节点出现的变更，要保存好书面资料依据并及时做好合同的补充。

（十一）合同解除、争议解决和工程鉴定的风险

在签订合同时，要对建设工程项目进行全面、系统的审查。对清单内容和要求进行严格审核，以保证其具有足够的质量水平及符合法律法规规定；对于争议解决措施应根据实际情况予以确定，避免纠纷发生造成不必要损失或浪费工期等现象的出现，而导致投标人利益受损。因此，需要加强合同编研工作力度，并提高招标文件编制规范性以及准确性，从而达到控制风险目的。

四、结束语

随着《民法典》的颁布，合同编视角下建设工程招标采购程序更加规范，为我国建筑行业市场秩序奠定了基础。但是由于我国工程建设领域中的有关法律制度还存在一些不足，对建筑工程招投标的顺利进行有着影响。上文立足于《民法典》角度分析如何有效识别和应对风险，通过理论与实践相结合层面提出相关建议措施：在招投标过程中，加强对招标文件的审查工作；完善合同编视角下建设工程招标采购程序中的招标文件编制；加强相关部门监督管理力度。

参考文献：

- [1]冯旭明.建筑工程招标投标管理及风险控制[J].住宅与房地产,2015(S1):91.
- [2]易俊.建设工程招标中的风险及控制措施分析[J].现代物业(中旬刊),2014,13(07):60-61.
- [3]刘玉峰.建筑工程招标投标计价风险控制方法探究[J].现代营销(信息版),2019(06):71.
- [4]刘慧娜.建设工程招标投标计价风险控制研究[J].山西建筑,2018,44(09):231-232.

作者简介：

张英伟(1987—),男,汉族,河北承德人,本科,高级经济师,研究方向:民商法。