



工程建设中的 招标与合同管理

于长生 施建军 编著



中国水利水电出版社
www.waterpub.com.cn

工程建设中的 招标与合同管理

于长生 施建军 编著



中国水利水电出版社
www.waterpub.com.cn

内 容 提 要

本书共四章，内容包括概述，工程招标，合同谈判及合同签订，工程建设中的合同管理。系统讲述了工程建设中的招标与合同管理知识。

本书供工程建设合同管理技术人员使用，也可供工程建设相关人员参考使用。

图书在版编目（C I P）数据

工程建设中的招标与合同管理 / 于长生，施建军编
著. — 北京：中国水利水电出版社，2009

ISBN 978-7-5084-6787-0

I. ①工… II. ①于… ②施… III. ①建筑工程—招
标②建筑工程—经济合同—管理 IV. ①TU723

中国版本图书馆CIP数据核字(2009)第153135号

书 名	工程建设中的招标与合同管理
作 者	于长生 施建军 编著
出版发行	中国水利水电出版社 (北京市海淀区玉渊潭南路1号D座 100038) 网址: www.waterpub.com.cn E-mail: sales@waterpub.com.cn 电话: (010) 68367658 (营销中心)
经 售	北京科水图书销售中心 (零售) 电话: (010) 88383994、63202643 全国各地新华书店和相关出版物销售网点
排 版	中国水利水电出版社微机排版中心
印 刷	北京市兴怀印刷厂
规 格	184mm×260mm 16开本 13印张 308千字
版 次	2009年8月第1版 2009年8月第1次印刷
印 数	0001—2000册
定 价	40.00元

凡购买我社图书，如有缺页、倒页、脱页的，本社营销中心负责调换

版权所有·侵权必究

前 言

随着市场经济的发展,工程建设的项目法人负责制、招标投标制、建设监理制、合同管理制的不断健全和完善,为工程建设的进度控制、质量控制、投资控制提供了保障。为了便于新步入工程建设合同管理领域的人员尽快掌握工程建设中的合同管理知识,笔者结合多年来从事工程建设招标投标和合同管理经验,编写了《工程建设中的招标与合同管理》一书,供大家参考和借鉴。本书适于雇主(建设单位)、监理工程师和承包商使用。

近些年来,特别是在《中华人民共和国招标投标法》颁布实施以来,国家发展和改革委员会与其他有关部委,出台了众多招标投标及合同管理有关法规,有关部委相继出版了工程建设招标合同文件标准版本,加上 FIDIC1999 年新的合同条件及中华人民共和国《标准施工招标文件》(2007 年版)等,为工程建设招标投标及合同管理提供了保障。在工程建设中,结合工程的实际情况,正确选择合同文件版本,制定公平、公正、科学、合理的专用条款,是工程建设中合同管理的重要一步。

合同管理工作贯穿于工程实施的全过程。由于工程项目的性质、功能、作用不同,工程地质、水文、自然、社会环境各异,选择的合同版本不一致,只有在工程实施中结合工程的实际情况,灵活运用合同的商务条款、技术条款和规范,才能够正确处理工程建设中的变更、索赔、风险和争端,使工程在和谐环境中建设;雇主、监理工程师、承包商的权利、责任、义务才能履行;工程投资才能够得到有效控制;工期、质量才能够得到保证。

工程建设中的招标投标与合同管理,是相互联系和相互制约的。在编写过程中作者只对工程建设中的招标与合同管理进行了论述,没有对工程投标进行阐述,请初学者参考其他有关书籍,在此表示歉意。

由于作者水平有限,本书可能有很多观点存在偏差或对合同的理解不够准确,敬请同行批评指正。

本书在编写过程中,得到了张树祥等同志的大力帮助和支持,在此谨表示衷心的感谢。

作者

2009 年 5 月

目 录

前言

第一章 概述	1
第一节 工程招标投标简述.....	1
第二节 施工过程中合同管理简述.....	5
第三节 合同与法律之间的关系.....	22
第四节 招标投标与合同之间的关系.....	23
第五节 建设工程合同的作用.....	24
第二章 工程招标	26
第一节 招标的准备工作.....	26
第二节 投标邀请书及投标须知的编制.....	41
第三节 招标文件的编制.....	52
第四节 标底的编制.....	79
第五节 开标、评标与定标.....	102
第三章 合同谈判及合同签订	119
第四章 合同管理	123
第一节 合同中各方及相互关系.....	123
第二节 工程进度控制.....	127
第三节 工程质量控制.....	130
第四节 完工和保修.....	134
第五节 工程计量与款项支付.....	136
第六节 工程变更.....	146
第七节 索赔.....	148
第八节 索赔原因及根据.....	150
第九节 索赔程序.....	153
第十节 工期索赔分析.....	154
第十一节 经济索赔分析.....	157
第十二节 索赔报告及其编写.....	161
第十三节 雇主索赔.....	163
第十四节 工程师对索赔的处理.....	164

第十五节	风险与保险	167
第十六节	合同争端的解决	177
第十七节	施工安全与环境保护	190
第十八节	工程实施阶段对合同管理的认识	191

第一章 概 述

随着我国市场经济体制的建立和加入 WTO，在工程建设领域推行以项目法人负责制、建设监理制、招标投标制、合同管理制度为主要内容的建设管理制度已初见成效，特别是在《中华人民共和国合同法》和《中华人民共和国招标投标法》实施以来，成效更为显著，并将在工程建设中进一步加以规定。工程建设实行合同管理制度正是在这一体制形成和发展过程中产生和发展起来的。

工程建设中实行的合同管理制度，是建设领域管理制度的一个重要组成部分，能有效地控制工程造价，降低工程成本，提高投资效益，保证建设工期和工程质量，达到工程建设的目的。

第一节 工程招标投标简述

工程招标投标是我国社会主义市场经济发展的必然要求，也是工程建设管理的必要手段。同时，通过招标投标可以鼓励竞争，防止垄断，约束各方的行为，创造公平竞争的市场环境，保护合同各方的利益。为此我国在总结近 20 年工程建设等各方面实践经验的基础上，为了进一步推行工程建设招标投标制度，规范招标投标行为，从 1994 年 6 月开始起草《中华人民共和国招标投标法》，到 1999 年 8 月 30 日九届全国人大常委会第十一次会议审议通过，历经 5 年多的时间，于 2000 年 1 月 1 日起开始实施。《中华人民共和国招标投标法》制定工作分为三个阶段。

第一阶段（1994 年 6 月~1996 年 7 月完成送审稿）为起草阶段。根据八届人大常委会立法规划，原国家计委于 1994 年 6 月开始组织起草工作，在认真调查研究、广泛征求意见、总结国内外经验和做法的基础上，经过 2 年多的工作，完成了送审稿的编制，于 1996 年 7 月上报国务院。

第二阶段（1996 年 7 月~1999 年 3 月）为国务院审议阶段。原国务院法制局根据送审稿内容，征求有关部门、地方的意见，并进行了研究。1998 年国务院机构改革后，国务院法制办会同国家计委就法律涉及的有关重要问题，进一步征求了国务院有关部门和专家的意见，并到一些地方进行调查研究。经过反复研究、修改，形成了《中华人民共和国招标投标法（草案）》。1999 年 3 月 17 日，国务院第 15 次常务会议原则通过，1999 年 3 月 27 日，国务院提请全国人大常委会审议《中华人民共和国招标投标法（草案）》。

第三阶段（1999 年 4~8 月）为全国人大常委会通过阶段。1999 年 4 月 26 日，九届人大第九次会议对（草案）进行了初步审议。会后，全国人大财经委员会、全国人大法律委员会、全国人大常委会法制工作委员会联合召开由国务院有关部门和部分专家参加的座谈



会，并普遍征求了国务院有关部门和地方的意见。根据各方面的意见，对“草案”进行了修改，6月24日，九届人大常委会第十次会议对“草案”进行了第二次审议。会后，全国人大常委会法制工作委员会根据审议意见及其他方面的意见，对第二次审议稿又进行了修改，并经过全国人大法律委员会审议通过，提请九届人大常委会第十一次会议审议。8月30日，九届人大常委会第十一次会议经表决，通过《中华人民共和国招标投标法》，并以第二十一号国家主席令发布。

《中华人民共和国招标投标法》是规范市场活动的重要法律之一，是工程建设投资管理与控制体系中的基本法律。它的制定与颁布，是我国经济生活中的一件大事，也是我国公共采购市场的管理逐步走上法制轨道的重要标志。国家通过法律手段推行招标投标制度，要求基础设施、公用事业以及使用国有资金投资和国家融资的工程建设项目，包括项目的勘察、设计、施工、监理以及与工程建设有关的重要设备、材料的采购，达到国家规定的规模标准的，必须进行招标。这部法律的制定，对于规范招标投标活动，保护国家利益、社会公共利益，提高投资效益和保证工程质量，具有重要意义。

一、招标的概念

招标是项目法人或其他组织根据国家有关法律法规、项目的性质和资金来源等，通过公告等形式招引或邀请具有承担项目资格和能力的单位，按照招标文件要求参与竞争，从中选择资格合格、能力强信誉好、技术先进经济合理的单位承担项目的法律活动。

《中华人民共和国招标投标法》第十二条规定：

招标人有权自行选择招标代理机构，委托其办理招标事宜。任何单位和个人不得以任何方式为招标人指定招标代理机构。

招标人具有编制招标文件和组织评标能力的，可以自行办理招标事宜。任何单位和个人不得强制其委托招标代理机构办理招标事宜。

依法必须进行招标的项目，招标人自行办理招标事宜的，应当向有关行政监督部门备案。

这里的招标人是指依照《中华人民共和国招标投标法》规定，提出招标项目、进行招标的法人或者其他组织。按照此条规定和有关部门的规定，现阶段我国招标的组织方式可分为项目法人自行招标、招标代理机构组织招标和代建单位组织招标。

项目法人自行招标。项目法人自行招标应按照国家发展和改革委员会2000年7月1日第5号令《工程建设项目自行招标试行办法》执行。自行招标应具备的条件应满足第5号令第四条规定。具体要求如下：

招标人自行办理招标事宜，应当具有编制招标文件和组织评标的能力，具体包括：

- (1) 具有项目法人资格（或法人资格）。
- (2) 具有与招标项目规模和复杂程度相适应的工程技术、概预算、财务和工程管理等
方面专业技术力量。
- (3) 有从事同类工程建设项目招标经验。
- (4) 设有专门的招标机构或者拥有3名以上专职招标业务人员。
- (5) 熟悉和掌握招标投标法及有关法规规章。



项目法人自行招标，在向国家计划委员会上报项目可行性研究报告时，一并报送符合国家发展和改革委员会第5号令第四条规定的书面材料。

书面材料应包括：

- (1) 项目法人营业执照、法人证书或者项目法人组建文件。
- (2) 与招标项目相适应的专业技术力量情况。
- (3) 内设的招标机构或者专职招标业务人员的基本情况。
- (4) 拟使用的专家库情况。
- (5) 以往编制的同类工程建设项目招标文件和评标报告，以及招标业绩的证明材料。
- (6) 其他有关材料。

在报送可行性研究报告前，招标人确需通过招标方式或其他方式确定勘察、设计单位开展前期工作时，应当在前款规定的书面材料中说明。

国家计划委员会审查招标人报送的书面材料，核准招标人符合自行招标条件的，招标人可以自行办理招标事宜。任何单位和个人不得限制其自行办理招标事宜，也不得拒绝办理工程建设有关手续。

国家计划委员会审查招标人报送的书面材料，认为招标人不符合自行招标条件的，应采用其他方式组织招标。

自行招标的，应当自确定中标人之日起15日内，向国家计划委员会或项目审批地方计划委员会提交招标投标情况的书面报告。

书面报告应包括下列内容：

- (1) 招标方式和发布招标公告的媒介。
- (2) 招标文件中的投标须知、技术规格、评标标准和方法等合同主要条款内容。
- (3) 评标委员会的组成和评标报告。
- (4) 中标结果。

招标代理机构组织招标是指项目招标由具有相应招标代理资格的机构组织招标活动。招标代理机构是指受项目法人的委托，代为从事招标组织活动的中介机构。招标代理机构资格应按照国家2000年6月30日建设部令第79号《工程建设项目招标代理机构资格认定办法》的规定办理。

代建制单位组织招标是近几年市场经济发展和受国家政策环境影响等而发展起来的，国家对这类组织招标方式还没有相应规定，需要通过一段的实践看是否能够适应市场需要。

招标按照《中华人民共和国招标投标法》第十条规定分为公开招标和邀请招标。

公开招标是招标人以招标公告的方式邀请不特定的法人或者其他组织投标。招标公告的发布等有关规定将在第二章有关章节中讲述。

邀请招标是指招标人以投标邀请书的方式邀请特定的法人或者其他组织投标。邀请招标有关规定将在第二章有关章节中讲述。

二、投标的概念

投标是投标人根据招标文件的要求，结合投标人的人力、物力和资金等情况，对招标文件规定内容的承诺，编制在技术上、经济上、效益上具有竞争力的投标文件，以取得项



目实施的活动。投标人是响应招标、参加投标竞争的法人或其他组织。

在招标公告或者投标邀请书发出后，所有对招标公告或者投标邀请书感兴趣的并有可能参加投标的人，称为潜在投标人。那些响应招标并购买招标文件、参加投标的潜在投标人称为投标人。这些投标人必须是法人或者其他组织。

所谓响应招标，是指潜在投标人获得了招标信息或投标邀请书以后，购买招标文件，接受资格审查，并编制投标文件，按照招标人的要求参加投标竞争的活动。

参加投标竞争是指按照招标文件的要求，并在规定的时间内提交投标文件的活动。投标人可以是法人，也可以是其他非法人组织。

依照《中华人民共和国招标投标法》第二十五条的规定，投标人必须是法人或其他组织，不包括自然人。但是考虑到科研项目的特殊性，本条增加了个人对科研项目投标的规定，个人可以作为投标主体参加科研项目的投标活动。这是对科研项目投标的特殊性规定。

三、招标与投标的关系

招标与投标是为了保证项目按期完成，保证质量、减少投资，以合理的投入，取得相应的收益而进行的维护各方权力、责任、义务的活动。项目是招标与投标的基础和前提条件。没有项目就不存在招标与投标。招标与投标是相互联系和相互制约的，即没有单纯的招标，也没有单纯的投标。它们之间的关系如下：

招标与投标之间是相互联系和相互制约的。相互联系的基础和前提是项目，即要实施的标的，招标与投标同时发生。相互制约是以招标文件规定的条件和国家有关法律法规为依据，约束各方行为的活动。

招标与投标的原则是一致的。

《中华人民共和国招标投标法》第五条规定：招标投标活动应当遵循公开、公平、公正和诚实信用的原则。

所谓“公开”原则，就是要求招标投标活动具有高度的透明度，实行招标信息、招标程序公开，即发布招标公告，公开开标，公开中标结果，使每一个投标人获得同等的信息，知道招标的一切条件和要求。“公平”原则，就是要求给予所有投标人平等的机会，使其享有同等的权利，履行相应的义务，不歧视任何一方。“公正”原则，就是要求评标时按照招标文件中规定的评标标准对待所有投标人。

所谓“诚实信用”原则，也称诚信原则，是民事活动的基本原则之一。《中华人民共和国民法通则》第四条规定：“民事活动应当遵循自愿、公平、等价有偿、诚实信用的原则。”这条原则的含义是：招标投标当事人应当以诚实、守信的态度行使权利、履行义务，以维护双方权利的平衡，以及自身利益与社会利益的平衡。在当事人之间的利益关系中，诚实信用原则要求尊重他人利益，以对待自己事务的态度对待他人的事务，保证彼此都能得到自己应得的利益。在当事人与社会的利益关系中，诚实信用原则要求当事人不得通过自己的活动损害第三人和社会利益，必须在法律范围内以符合其社会经济目的的方式行使自己的权利。

招标与投标的目的是一致的。

《中华人民共和国招标投标法》第一条规定了招标投标的目的：为了规范招标投标活



动,保护国家利益、社会公共利益和招标投标活动当事人的合法权益,提高经济效益,保证项目质量。

规范招标投标活动,就是规范招标投标程序、做法,避免项目有招标之名而无招标之实的情况;规范招标投标中的不正当交易和腐败现象,吃回扣、钱权交易等违法犯罪行为;规范政企不分,对招标投标活动进行行政干预;规范招标投标过程中行政监督体制不顺,职责不清;规范招标投标市场秩序,打破地方、行业、系统保护状况等。

提高投资效益,就是通过项目招标,让众多的投标人参与投标,进行竞争,以最低或较低的价格获得最优的工程、货物或服务。

保证工程质量。因为招标投标的特点是公开、公平、公正,将招标活动置于透明的环境之中,能有效防止腐败行为发生,使工程、设备招标项目的质量得到了保证。从项目建设上看,招标投标做得好坏,是项目质量能否得到保证的关键,选择真正符合招标文件要求的承包商,建设项目的质量就能得以保证。特别是大型基础设施、公用事业等关系社会公共利益、公众安全的项目,使用国有资金投资、国家融资的项目,使用国际组织或者外国政府贷款、援助资金的项目等,从保证项目质量角度出发,做好项目招标投标是十分必要的。

保护国家利益、社会公共利益和招标投标活动当事人的合法权益。不论是规范招标投标活动,还是提高经济效益或保证项目质量,最终目的都是为了保护国家利益、社会公共利益,保护招标投标当事人的合法权益。也只有在招标投标活动得以规范,经济效益得以提高,项目质量得以保证的条件下,国家利益、社会公共利益和当事人的合法权益才能得以维护。

第二节 施工过程中合同管理简述

一、合同的一般知识

1. 合同概念及特征

合同是平等民事主体的法人、自然人、其他组织之间,设立、变更、终止民事权力、责任、义务关系的协议。合同具有以下特征:

(1) 合同是一种民事法律行为。民事法律行为,是指以意思表示为要件,依其意思表示的内容而引起民事关系设立、变更、终止的行为。而合同是合同当事人意思表示的结果,是以设立、变更、终止财产性的民事权利义务为目的,且合同的内容即合同当事人之间的权利义务是由意思表示内容来确定的。所以,合同是一种民事法律行为。

(2) 合同是平等主体间的一种协议。平等主体是指当事人在合同关系中的法律地位平等,彼此之间不存在隶属或从属关系,平等地享受合同权利和承担合同义务。这种平等主体包括自然人、法人和其他组织。

(3) 合同是以在当事人之间设立、变更、终止民事权利义务关系为目的的协议。所谓民事权利义务关系,属于民事法律关系,既包括有关债权债务关系的合同,也包括非债权债务关系的合同,如抵押合同、质押合同,还包括非纯粹债权债务的合同,如联营



合作。

(4) 有的民事权利义务关系的合同,不由《中华人民共和国合同法》调整。如婚姻、收养、监护等有关身份关系的协议;政府对经济管理活动中的财政拨款、征用征购、依法派用义务工;企事业单位内部管理关系中的生产责任制;国与国之间订立的合同等。应由相应的法律调整。

2. 合同的法律约束力

《中华人民共和国合同法》第八条规定:“依法成立的合同,对当事人具有法律约束力。当事人应当按照约定履行自己的义务,不得擅自变更或者解除合同。依法成立的合同,受法律保护。”

所谓法律约束力,是指当事人应当按照合同约定履行自己的义务,非依法规定或未取得对方同意,不得擅自变更或解除合同义务,不履行或不按约定履行合同义务的,应承担违约责任。

二、签订合同的原则

1. 平等原则

《中华人民共和国合同法》第三条规定:“合同当事人的法律地位平等,一方当事人不得将自己的意志强加给另一方。”

合同当事人法律地位平等首先是指当事人之间在合同关系中不存在管理与被管理、服从与被服从的关系。即使当事人之间在其他方面具有不平等的关系,如行政上的领导与被领导的关系,而在订立合同时,也必须居于平等的法律地位,一方不能凌驾于另一方之上,不得将自己的意志强加给另一方,否则会影响合同的效力。

2. 自愿原则

《中华人民共和国合同法》第四条规定:“当事人依法享有自愿订立合同的权利,任何单位和个人不得非法干预。”

所谓自愿原则,即当事人有是否订立和与谁订立合同的自由,任何人和任何单位均不得强迫对方与之订立合同。在不违反法律规定的情况下,当事人对合同的内容、合同的订立等均应遵循自愿原则,任何单位和个人不得非法干预。自愿原则和平等原则是相辅相成、不可分割的,平等体现了自愿,自愿要求平等。自愿原则也不是绝对的,自愿只有在合法的前提下才能得以实现,也就是说自愿原则要受到一定的干预与限制。

3. 公平原则

《中华人民共和国合同法》第五条规定:“当事人应当遵循公平原则确定各方的权利和义务。”该条规定了合同法的公平原则。

公平原则是指本着社会公认的公平观念确定当事人之间的权利义务。主要体现如下:

(1) 当事人在订立合同时,应当按照公平合理的标准确定合同的权利义务,不能使合同的权利义务显失公平。

(2) 当事人发生纠纷时,法院应当按照公平原则对当事人确定的权利和义务进行价值判断,以决定其法律效力。

(3) 当事人变更、解除合同或者履行合同,应体现公平精神,不能有不公平的行为。



4. 诚信原则

《中华人民共和国合同法》第六条规定：“当事人行使权利、履行义务应当遵循诚实信用原则。”诚实信用原则要求合同当事人在合同订立和合同履行的过程中，遵守法律法规和双方的约定，本着诚实、信用、实事求是的精神以善意的方式履行合同义务，不搞欺诈行为，不乘人之危进行不正当竞争等。

诚实信用原则在《中华人民共和国合同法》中有着许多具体的体现，如第六十条：“当事人应当遵循诚实信用的原则，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。”

诚实信用原则另一个重要的功能是作为解释合同的重要依据，在合同的内容含糊不清、发生歧义等情况下，就需要对当事人的真实意思表示进行解释，诚实信用原则就是一条极为重要的解释原则。

5. 合法原则

《中华人民共和国合同法》第七条规定：“当事人订立、履行合同，应当遵守法律、行政法规，尊重社会公德，不得扰乱社会经济秩序，损害社会公共利益。”

当事人订立、履行合同，应当遵守法律、行政法规，主要是指遵守法律的强制性规定。这里所说的法律法规，包括现行的所有有效的法律法规，只要涉及当事人的合同行为，都应当予以遵守，而不仅仅是指遵守合同法。

尊重社会公德，不得扰乱社会经济秩序和损害社会公共利益，可以简单地概括为维护公共秩序和善良的风俗原则。

三、合同的订立

（一）合同主体资格

《中华人民共和国合同法》第九条规定：“当事人订立合同，应当具有相应的民事权利能力和民事行为能力。当事人依法可以委托代理人订立合同。”民事权利能力是参与民事活动，享有民事权利，承担民事义务的资格。民事行为能力是指以自己的意思进行民事活动，取得权利和承担义务的资格。

1. 自然人的民事权利能力和民事行为能力

自然人从出生起到死亡时止，具在民事权利能力，依法享有民事权利，承担民事义务。自然人的民事权利能力一律平等。任何公民，无论年龄、性别、职业、贫富等，都享有法律赋予的平等的民事权利能力，范围完全相同。自然人的民事行为能力分为完全民事行为能力、限制民事行为能力和无民事行为能力三种。根据民法的规定，18周岁以上的公民是成年人，具有完全民事行为能力，可以独立进行民事活动。16周岁以上不满18周岁的公民，以自己的劳动收入为主要生活来源的，视为完全民事行为能力人。10周岁以上的未成年人是限制民事行为能力人，可以进行与他的年龄、智力相适应的民事活动。不能完全辨认自己行为的精神病人是限制民事行为能力人，可以进行与他的健康状况相适应的民事活动；其他的民事活动由他的法定代理人代理或者征得他的法定代理人的同意进行。限制民事行为能力人其行为受到限制。不满10周岁的未成年人是无民事行为能力人，由他的法定代理人代理民事活动。不能辨认自己行为的精神病人是无民事行为能力人，由他的法



定代理人代理民事活动。

2. 法人的民事权利能力和民事行为能力

法人是具有民事权利能力和民事行为能力，依法独立享有民事权利和承担民事义务的组织，《中华人民共和国民法通则》将法人分为两类：一类是企业法人，一类是机关、事业单位和社会团体法人。法人应具备以下条件：①依法成立；②有必要的财产和经费；③有自己的名称、组织机构和场所；④能够独立承担民事责任。

法人的民事权利能力和民事行为能力，从法人成立时产生，到法人终止时消灭。法人的民事权利能力取决于有关法律、法规以及有关部门的审查批准，一般说，法人的业务经营范围就是法人民事权利能力的范围。法人的民事行为能力与民事权利能力是一致的，通过法人的法定代表人或代理人来实现。

3. 代理

一般说都是由当事人亲自订立合同，《中华人民共和国合同法》也规定，当事人依法可以委托代理人订立合同。代理人依法代理订立的合同，其民事责任由被代理人承担。

4. 建设工程承包人的资格

对建设工程合同，《中华人民共和国建筑法》第十三条规定，承包人必须经审查合格，取得相应等级的资质证书后，才可在其资质等级许可的范围内订立合同。《中华人民共和国招标投标法》第三十一条规定，由同一专业几个单位组成的联合体，按资质等级低的单位确定资质等级。

（二）合同的形式

《中华人民共和国合同法》第十条规定：“当事人订立合同，有书面形式、口头形式和其他形式。法律、行政法规规定采用书面形式的，应当采用书面形式。当事人约定采用书面形式的，应当采用书面形式。”

按此条看，《中华人民共和国合同法》对合同的形式不提要求，合同可以任何形式订立。当然，法律另有规定或当事人另有约定的，应按规定或约定办理。对建筑工程合同，《中华人民共和国合同法》第二百七十条规定：“建筑工程合同应当采用书面形式。”

（三）合同的订立方式

《中华人民共和国合同法》第十三条规定：“当事人订立合同，采取要约、承诺方式。”

1. 要约

（1）要约的概念及法律特征。要约是希望和他人订立合同的意思表示。要约在商业活动和对外贸易中又称为报价、发价或发盘。发出要约的当事人称为要约人，而要约所指明的对方当事人则称为受要约人。一项要约要取得法律效力，必须符合下列规定：

1）内容具体确定。要约的内容必须包括足以决定合同内容的主要条款，因为订约当事人双方就合同主要条款协商一致，合同才能成立。因此，要约既然是订立合同的提议，就须包括能够足以决定合同主要条款的内容，受要约人才能决定是否接受该要约。如果一方提议的内容不足以决定合同的主要条款，即使对方接受提议，也无从确定当事人对合同的主要条款是否达成一致协议，则合同不能成立。这样的提议不是要约，它只是希望对方提出合同主要条款的意思表示，属于要约邀请。

2）要约必须表明经受要约人承诺，要约人即受该意思表示约束，即要约必须具有缔结



合同的目的。当事人发出要约,是为了与对方订立合同,要约人要在其意思表示中将这一意愿表示出来。

(2) 要约的生效。要约送达受要约人时生效。要约生效的时间依要约的形式不同而有所不同:口头要约一般在被受要约人了解时发生法律效力;非口头要约一般自要约送达受要约人时发生法律效力。

(3) 要约的撤回。《中华人民共和国合同法》规定,要约可以撤回。要约撤回,是指在要约生效前,要约人使其不发生法律效力的意思表示。要约一旦送达受要约人或被受要约人了解,即发生法律效力。所以,撤回要约的通知应当在要约送达受要约人之前或者与要约同时送达受要约人。

(4) 要约的撤销。要约的撤销,是指在要约生效后,要约人使其丧失法律效力的意思表示。撤销包括全部内容的撤销,也包括部分内容的变更。《中华人民共和国合同法》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送达受要约人。但有下列情形之一的,要约不得撤销:

- 1) 要约人确立了承诺期限或者以其他形式明示要约不可撤销。
- 2) 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准备工作。

(5) 要约的失效。要约失效,即要约丧失其法律效力。要约失效后,要约人不再受其约束,受要约人也终止了承诺的权利。要约失效后,合同即失去了成立的基础,受要约人即使承诺,合同也不能成立。《中华人民共和国合同法》规定,有下列 4 种情形之一的,要约失效:

1) 拒绝要约的通知送达要约人。要约人一旦收到受要约人不接受或不完全接受要约的拒绝要约通知,要约即因被拒绝而终止效力。受要约人拒绝要约后即使在承诺期限内又表示同意的,其意思表示也视为新要约。

2) 要约人依法撤销要约。只要撤销符合法律规定条件,要约即失效。

3) 承诺期限届满,受要约人未作出承诺。要约的有效期限也就是受要约人可以承诺的有效期限。在该期限届满时,受要约人未作出承诺的,要约就失去效力。在该期限届满后,受要约人又表示接受要约的,该意思表示不为承诺,只能看作一种新要约。

4) 受要约人对要约的内容作出实质性变更。对要约修改后的“承诺”视为受要约人对要约人发出的新要约,是对原有要约的拒绝。

(6) 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。要约邀请的目的是让对方自己发出要约,是订立合同的一种预备行为,在性质上是一种事实行为,并不产生任何法律效果,即使对方依邀请对自己发出了要约,自己也没有承诺的义务。因此,要约邀请本身不具有法律意义。在实际生活中,拍卖公告、招标公告、招股说明书、商业广告等都为要约邀请。

2. 承诺

(1) 承诺及其法律特征。承诺是受要约人同意要约的意思表示。承诺应具备下列条件:

1) 承诺必须由受要约人作出。要约和承诺都是相对人的行为,要约只对要约人和受要约人有约束力,因此,只有受要约人才有承诺的权利。其他人作出承诺的意思表示,不产生合同成立的法律效果,但可以视为一项要约。



2) 承诺必须向要约人作出。承诺是对要约的同意, 只对要约人和受要约人有约束力。对要约人以外的人作出承诺, 合同不能成立。向要约人的代理人进行承诺, 与向要约人本人承诺具有相同的法律效力。

3) 承诺的内容应当和要约的内容一致。承诺是受要约人愿意按要约人提出的要约的全部内容, 与要约人订立合同的意思表示, 因此, 承诺必须是针对要约并与要约的内容完全一致。承诺对要约的内容作出实质性变更的, 为新要约。在这种情况下, 原来的要约人就变成了受要约人, 原来的受要约人就变成了要约人。

4) 承诺应在要约有效期内作出。所谓的有效期是指: 要约定有承诺期限的, 在期限届满前作出承诺; 要约未定期限的, 应在合理期限内承诺。所谓“合理期限”, 应当包括要约送达受要约人的时间、受要约人的考虑时间和承诺返回到要约人的时间。

(2) 承诺的生效。《中华人民共和国合同法》规定, 承诺通知送达要约人时生效。承诺不需要通知的, 根据交易习惯或者要约的要求作出承诺的行为时生效。

(3) 承诺的撤回。撤回承诺是阻止承诺发生法律效力的一种意思表示。《中华人民共和国合同法》规定, 承诺可以撤回。撤回承诺的通知应当在承诺通知送达要约人之前或者与承诺同时送达要约人。

3. 合同成立

《中华人民共和国合同法》第二十五条规定: “承诺生效时合同成立。”也就是一般说, 受要约人的承诺送达要约人时, 承诺生效, 合同也就成立。《中华人民共和国合同法》第三十二条和第三十三条规定: “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。”“当事人采用信件、数据电文形式订立合同的, 可以在合同成立之前要求签订确认书。签订确认书时合同成立。”

同时, 《中华人民共和国合同法》也规定, 采用合同书形式订立合同, 在签字或者盖章之前, 当事人一方已经履行主要义务, 对方接受的, 该合同成立。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义务, 对方接受的, 该合同成立。

4. 缔约过失责任

当事人在合同订立过程中, 违背诚实信用原则, 有违法或错误行为, 使合同不能成立或不能生效, 而造成对方损失的, 应当承担损害赔偿责任。

《中华人民共和国合同法》第四十二条规定, 有下列情况之一的, 均应承担缔约过失责任:

- (1) 假借订立合同, 恶意进行磋商。
- (2) 故意隐瞒与订立合同有关的重要事实或者提供虚假情况。
- (3) 有其他违背诚实信用原则的行为。

四、合同的效力

(一) 合同的生效

1. 合同生效的条件

合同生效是指已成立的合同具有约束力。合同是否成立取决于当事人是否就合同的必



要条款达成合意，而其是否生效取决于是否符合法律规定的有效条件。

《中华人民共和国合同法》第四十四条规定：“依法成立的合同，自成立时生效。”“法律、行政法规规定应当办理批准、登记等手续生效的，依照其规定。”根据本条规定，只有依法成立的合同才能生效，才受国家法律的保护。这就意味着，依法成立是合同的有效条件，也就是说，有效的合同必须是依法成立的合同。

2. 附条件合同的效力

附条件的合同是指当事人约定一定的条件，将条件的成就与否作为该合同生效或者解除的依据。也就是说，合同生效或者解除取决于该条件的是否成就。附条件的合同中的“条件”，是指当事人所约定的决定合同生效或者解除的特定事实，既可以是事件，也可以是行为。条件必须是将来的事实、成就与不确定的事实和当事人约定的事实。

《中华人民共和国合同法》第四十五条规定：“当事人对合同的效力可以约定附条件。附生效条件的合同，自条件成就时生效。附解除条件的合同，自条件成就时失效。当事人为自己的利益不正当地阻止条件成就的，视为条件已成就；不正当地促成条件成就的，视为条件不成就。”本条规定了附条件合同的效力。

3. 附期限合同的效力

《中华人民共和国合同法》第四十六条规定：“当事人对合同的效力可以约定附期限。附生效期限的合同，自期限届至时生效。附终止期限的合同，自期限届满时失效。”本条是关于附期限的合同的的规定。

附条件合同与附期限合同最主要的区别是：附条件合同中的条件是否成就是不确定的，而附期限合同中的期限却是确定的。附条件合同的存续期限一般不确定，附期限合同的存续期限一般是确定的。

4. 无权代理所订立的合同的效力

无权代理所订立的合同指行为人没有代理权、超越代理权或者代理权终止后以被代理人名义订立的合同。

按《中华人民共和国合同法》第四十八条规定，无权代理所订立的合同是效力未定的合同，无权代理所订立的合同可能产生如下后果：

- (1) 未经追认而由行为人承担责任。
- (2) 被代理人在相对人催告后一个月内追认而成为有权代理。
- (3) 合同被追认之前，经善意相对人撤销而合同归于无效。

5. 表见代理合同的效力

《中华人民共和国合同法》第四十九条规定：“行为人没有代理权，超越代理权或者代理权终止后以被代理人名义订立合同，相对人有理由和相信行为人有代理权的，该代理行为有效。”本条规定了表见代理合同的效力，即不必经过被代理人的追认，就具有效力。设立表见代理制度是为了保护善意相对人的利益，并维护交易的安全。

(二) 无效合同与被撤销合同

1. 无效合同

合同的无效是指合同严重欠缺有效要件，不发生法律效力。也就是法律不允许按当事人合意的内容对合同赋予法律效果，即为合同无效。《中华人民共和国合同法》第五十二条