材料价格上涨时承包人可主张的调价依据

□王静元　靳李玲　周吉高

近年来，受到环保监督加严、国内外形势变化、新冠疫情等影响，钢材、水泥、砂石、铜线等建材大幅上涨，多地已发布建材市场价格波动风险预警，提示发承包双方注意相关风险。我们近期也接到许多施工企业客户有关如何应对材料价格上涨的咨询。针对调价相关问题，我们将结合以往处理调价相关案例的司法实践经验，对调价依据、调价依据适用分析以及承包方的应对建议进行梳理、探讨，以期为面临相关困境或风险的施工企业提供一些参考。

本文主要针对现行法律规定、规范性文件、政策性文件、示范文本中可援引的调价依据进行梳理。承包人可以根据项目实际情况，援引其中一种或多种调价依据，作为协商、谈判等调价相关争议解决的支撑依据。

合同约定材料价格不调整

（一）以情势变更为由主张调价

《民法典》第533条："合同成立后，合同的基础条件发生了当事人在订立合同时无法预见的、不属于商业风险的重大变化，继续履行合同对于当事人一方明显不公平的，受不利影响的当事人可以与对方重新协商；在合理期限内协商不成的，当事人可以请求人民法院或者仲裁机构变更或者解除合同。

人民法院或者仲裁机构应当结合案件的实际情况，根据公平原则变更或者解除合同。"

据此，如合同约定材料价格不调整，满足下列条件的，承包人可依据情势变更主张调价：

（1）有情势变更的事实发生，即合同的基础条件发生重大变化，且该变化属于当事人在订立合同时无法预见的、不属于商业风险的重大变化；

（2）情势变更的事实发生于合同成立后，履行终止前；

（3）情势变更事实的出现不可归责于当事人；

（4）继续履行合同对于一方当事人明显不公平。

（二）以公平原则为由主张调价

《民法典》第6条："民事主体从事民事活动，应当遵循公平原则，合理确定各方的权利和义务。"

《建筑工程施工发包与承包计价管理办法》第3条："建筑工程施工发包与承包价在政府宏观调控下，由市场竞争形成。工程发承包计价应当遵循公平、合法和诚实信用的原则。"

如合同约定材料价格上涨的风险全部由承包人承担，且材料价格发生非理性上涨，承包人可主张该等约定有违公平原则，材料上涨风险由发承包双方根据公平原则进行分担。

（三）依据《清单计价规范》中有关条款主张调价

《建设工程工程量清单计价规范》（GB50500-2013）（《清单计价规范》）第3.4.1条（强制性条文）："建设工程发承包，必须在招标文件、合同中明确计价中的风险内容及其范围，不得采用无限风险、所有风险或类似语句规定计价中的风险内容及范围。"

第9.8.2条："承包人采购材料和工程设备的，应在合同中约定主要材料、工程设备价格变化的范围或幅度；当没有约定，且材料、工程设备单价变化超过5%时，超过部分的价格应按照本规范附录A的方法计算调整材料、工程设备费。"

（四）依据政策性调价文件主张调价

近几年，针对材料价格大幅上涨的情形，多地政府部门发布了调价文件，这些文件亦可作为调价依据。如：广东住建委2018年发布的《广东省住房和城乡建设厅关于加强建筑工程材料价格风险管控的指导意见》（粤建市函〔2018〕2058号）第3条："涉及建设工程人工、材料、施工机具台班价格波动异常，超出发承包双方按以往经验所能预见与避免的范围和承担的风险的，可参照《建设工程工程量清单计价规范》（GB 50500-2013）第9.8.2条原则重新协商合同价款调整方法。"又如：合肥市城乡建设委员会等2019年发布的《关于印发<合肥市建设工程主要材料价差调整实施细则>的通知》（合[2019]7号）第2条第3款（承包人承担的风险幅度取值）规定："本实施细则对承包人应承担的材料市场价格波动风险幅度设定为10%。即当涨跌幅度小于等于10%时，其材料价格不予调整；当涨跌幅度大于10%时，大于10%以上的部分，可依据本实施细则进行调整。"

因发包人原因导致工期延误、延期开工或暂停施工，期间遭遇材料价格上涨

（一）发包人原因导致工期延误

因发包人原因导致工期延误，延误期间遭遇材料价格大幅上涨，因此造成承包人增加的费用，实际上是发包人的违约行为给承包人造成的违约损失，应由发包人承担。相关依据如下：

《民法典》第577条："当事人一方不履行合同义务或者履行合同义务不符合约定的，应当承担继续履行、采取补救措施或者赔偿损失等违约责任。"

《清单计价规范》第9.8.3条："发生合同工程工期延误的，应按照下列规定确定合同履行期的价格调整：1.因非承包人原因导致工期延误的，计划进度日期后续工程的价格，应采用计划进度日期与实际进度日期两者的较高者……"

《建设工程施工合同（示范文本）》（GF-2017-0201）（《示范文本》）第7.5.1条（因发包人原因导致工期延误）："在合同履行过程中，因下列情况导致工期延误和（或）费用增加的，由发包人承担由此延误的工期和（或）增加的费用，且发包人应支付承包人合理的利润：

（1）发包人未能按合同约定提供图纸或所提供图纸不符合合同约定的；

（2）发包人未能按合同约定提供施工现场、施工条件、基础资料、许可、批准等开工条件的；

（3）发包人提供的测量基准点、基准线和水准点及其书面资料存在错误或疏漏的；

（4）发包人未能在计划开工日期之日起7天内同意下达开工通知的；

（5）发包人未能按合同约定日期支付工程预付款、进度款或竣工结算款的；

（6）监理人未按合同约定发出指示、批准等文件的；

（7）专用合同条款中约定的其他情形。"

此外，部分高院的指导意见也有相关规定。如：《北京市高级人民法院关于审理建设工程施工合同纠纷案件若干疑难问题的解答》（京高法〔2012〕245号）第12条："……因一方当事人原因导致工期延误或建筑材料供应时间延误的，在此期间的建材差价部分工程款，由过错方予以承担。"又如：安徽高院《关于审理建设工程施工合同纠纷案件适用法律问题的指导意见（二）》第15条："建设工程施工合同履行过程中，人工、材料、机械费用出现波动……因工期延误导致上述费用增加造成损失的，由导致工期延误的一方承担；双方对工期延误均有过错的，应当各自承担相应的责任。"

（二）因发包人原因延迟开工或暂停施工

参考依据：

《示范文本》第7.3.2条（开工通知）："……除专用合同条款另有约定外，因发包人原因造成监理人未能在计划开工日期之日起90天内发出开工通知的，承包人有权提出价格调整要求，或者解除合同。发包人应当承担由此增加的费用和（或）延误的工期，并向承包人支付合理利润。"

第7.8.6条："……暂停施工持续84天以上不复工的，且不属于第7.8.2项〔承包人原因引起的暂停施工〕及第17条〔不可抗力〕约定的情形，并影响到整个工程以及合同目的实现的，承包人有权提出价格调整要求，或者解除合同。解除合同的，按照第16.1.3项〔因发包人违约解除合同〕执行。"

合同对材料价格是否调整或者材料价格的风险范围/幅度等没有约定或者约定不明

该种情形下，可主张《清单计价规范》与《示范文本》中有关条款为交易习惯，据此主张调价。

《民法典》第510条："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。"

最高人民法院关于适用《中华人民共和国合同法》若干问题的解释（二）（《合同法司法解释（二）》，已废止）第7条："下列情形，不违反法律、行政法规强制性规定的，人民法院可以认定为合同法所称'交易习惯'：（一）在交易行为当地或者某一领域、某一行业通常采用并为交易对方订立合同时所知道或者应当知道的做法；（二）当事人双方经常使用的习惯做法。对于交易习惯，由提出主张的一方当事人承担举证责任。"

如合同对材料价格是否调整或者材料价格的风险范围/幅度等没有约定或者约定不明时，承包人可依据《民法典》第510条主张按交易习惯确认。参照《合同法司法解释（二）》第7条对"交易习惯"的解释，结合司法实践，《清单计价规范》与《示范文本》可被认定为建设工程领域通常采用且为发承包双方订立合同时所知道或者应当知道的做法，据此，承包人可主张《清单计价规范》与《示范文本》中的相关条款为交易习惯，按该等条款主张调价。

作者单位：上海建领城达律师事务所

钢材价格疯涨行情下承包人调价路径与策略分析

□部飞　高敏

根据主流媒体报道，钢铁价格上涨主要原因有：一是疫情后需求逐渐恢复，导致短期内需求集中释放、集中采购推动价格走高；二是近期公布的《钢铁行业碳达峰及降碳行动方案》初稿提出，2025年前，钢铁行业实现碳排放达峰。今年是"十四五"的开局之年，也是碳中和概念逐渐落实的关键一年，较为严格的环保检查，将会不断导致部分钢企限产甚至是停产；三是国际贸易进口影响着供给，近期煤和铁矿等原材料都在涨价，且涨幅超过预期，所以下游的钢材跟随涨价。

众所周知，建筑业本身是一个利润较低的行业，工程施工周期较长，而建筑材料又是施工企业最主要的成本之一，今年的钢材价格大幅度上涨将直接导致广大施工企业利润下滑甚至出现亏损，当合同未约定材料调差条款、采用固定价合同或明确约定材料不调差的情形下，施工企业想要调整材料价差，有哪些法律路径呢？本文作者结合以往处理承包人调整合同价格的案例，对当前环境下承包人调价路径做如下探讨，希望对处于困境中的建筑企业能有所帮助。

路径一：当合同没有约定是否调材差，可以援引规范性文件作为谈判依据

1.相关规范性文件的规定

《建设工程工程量清单计价规范》（GB50500-2013）9.8.2承包人采购材料和工程设备的，应在合同中约定主要材料、工程设备价格变化的范围或幅度。当没有约定，且材料、工程设备单价变化超过5%时，超过部分的价格应按照本规范附录A的方法计算调整材料、工程设备费。

地方工程造价管理规范性文件比如《河南省住房和城乡建设厅关于加强建筑材料计价风险管控的指导意见》（豫建科〔2019〕282号）第三条第（二）款：若合同中约定不调整建筑材料价格或对建筑材料计价风险无约定或约定无限风险时，当主要建筑材料价格涨跌幅度超过5%时造成合同一方继续履约困难的，发承包双方应本着实事求是和公平公正的原则，协商解决或按照《建设工程工程量清单计价规范》(GB50500-2013)9.8.2条规定执行。

2.律师建议

当合同没有约定是否调材差，可以援引上述规范性文件作为谈判依据，上述规范性文件虽然不是法律或行政法规，法律效力等级较低，没有写进合同条款不产生法律效果。但是上述文件在建设工程领域或本地区有相当影响力，以此作为谈判的依据，也有可能会起到一定效果。

路径二：合同约定材差不予调整，但发包人原因迟延开工或暂停施工

1.《建设工程施工合同（示范文本）》

（GF—2017—0201）的相关条款

7.3.2　开工通知

除专用合同条款另有约定外，因发包人原因造成监理人未能在计划开工日期之日起90天内发出开工通知的，承包人有权提出价格调整要求，或者解除合同。

7.8.6暂停施工持续56天以上。

暂停施工持续84天以上不复工的，且不属于第7.8.2项〔承包人原因引起的暂停施工〕及第17条〔不可抗力〕约定的情形，并影响到整个工程以及合同目的实现的，承包人有权提出价格调整要求，或者解除合同。

2.律师建议

如果施工合同采用《建设工程施工合同（示范文本）》（GF—2017—0201），当因发包人原因导致实际开工日期超过计划开工日期90天或暂停施工84天的，可以援引上述两个合同条款作为调价的谈判依据。

路径三：发包人违约导致工期顺延期间材料价格上涨

1.《民法典》关于合同违约的相关条款

第五百八十四条【法定的违约赔偿损失】当事人一方不履行合同义务或者履行合同义务不符合约定，造成对方损失的，损失赔偿额应当相当于因违约所造成的损失，包括合同履行后可以获得的利益；但是，不得超过违约一方订立合同时预见或者应当预见的因违约可能造成的损失。

第八百零三条【发包人违约责任】发包人未按照约定的时间和要求提供原材料、设备、场地、资金、技术资料的，承包人可以顺延工程日期，并有权请求赔偿停工、窝工等损失。

2.实务中常见发包人违约导致工期延误的情形

实务中，发包人提供场地迟延、施工许可证未及时办理、发包人提供图纸迟延是发包人原因导致工期延误的高频事件，尤其是建设单位在规划未经审批通过的情况下要求施工单位先行进场，因规划审批未确定，施工图纸迟迟无法提供。

另外，发包人迟延支付工程款的违约情形也非常普遍，但是发包人迟延支付工程款不是必然能够顺延工期，需要注意几个问题？一是发包人迟延付款的要达到一定程度，轻微的迟延付款或较低比例的迟延付款不易采取停工措施；二是发包人迟延付款导致停工要从以下几个方面固定证据：（1）相关事件的证据：付款申请单载明的时间、支付审批单载明的时间、收款凭证时间；（2）履行催告程序：超过合同约定付款时间后及时发函催告并声明合理期限内还不支付将停工，合理时间到期后仍未支付货款，采取停工措施；（3）确实发生停工的证据：监理会议纪要等证明停工发生的事实和停工的天数。

3.律师建议

发包人违约导致工期顺延期间遇上材料价格上涨的，根据《民法典》第五百八十四条和第八百零三条可以要求发包人承担差价的损失和停工期间的损失。《建设工程工程量清单计价规范》(GB50500-2013)也有类似规定：9.8.3发生合同工程工期延误的，应按照下列规定确定合同履行期的价格调整：1.因非承包人原因导致工期延误的，计划进度日期后续工程的价格，应采用计划进度日期与实际进度日期两者的较高者。2.因承包人原因导致工期延误的，计划进度日期后续工程的价格，应采用计划进度日期与实际进度日期两者的较低者。

路径四：以发包人违约解除合同退场为由调整合同价款

1.《民法典》有关合同解除的条款

第五百六十二条【合同的约定解除】当事人协商一致，可以解除合同。

当事人可以约定一方解除合同的事由。解除合同的事由发生时，解除权人可以解除合同。

第五百六十三条【合同的法定解除】有下列情形之一的，当事人可以解除合同：（一）因不可抗力致使不能实现合同目的；（二）在履行期限届满前，当事人一方明确表示或者以自己的行为表明不履行主要债务的；（三）当事人一方迟延履行主要债务，经催告后在合理期限内仍未履行；（四）当事人一方迟延履行债务或者有其他违约行为致使不能实现合同目的；（五）法律规定的其他情形。

以持续履行的债务为内容的不定期合同，当事人可以随时解除合同，但是应当在合理期限之前通知对方。

第八百零六条【建设工程合同的法定解除】发包人提供的主要建筑材料、建筑构配件和设备不符合强制性标准或者不履行协助义务，致使承包人无法施工，经催告后在合理期限内仍未履行相应义务的，承包人可以解除合同。

2.中途退场发承包人的博弈分析

往往承包人中途退场对于发包人来说损失较大（虽然承包人也有损失），一是发包人再行发包往往价格较高；二是发包人要承担工期损失；三是更换承包人程序负责，尤其是案涉工程项目属于必须招标的项目。因此，综合比较，发包人比承包人中途解除施工合同承受更大的损失。如果承包人就合同价格调整与发包人难以达成一致，发包人存在违约行为足以解除合同的情形下，承包人通过解除合同退场作为谈判条件，有可能达成一定的效果。

本文作者曾处理过一个项目调价问题，发包人因为规划手续不全，施工许可证未及时办理，承包人2017年10月进场施工不久即被建设行政主管部门责令停工并处以罚款。项目停工将近两年，于2019年9月再次开工。两年期间人材机价格发生大幅上涨，开工后承包人提出调价要求，发包人口头同意并要求承包人赶预售节点。承包人完成预售节点再次要求调价时，发包人更换后的项目负责人不再认可调价。本文作者介入后，以发包人如不调价承包人将以发包人严重违约解除合同退场为由向发包人发函，恰逢小业主因为长期停工在发包人项目部聚集，综合各种因素下，发包人最终与承包人达成一致调整合同价格。

即使通过谈判没有达到调整合同价款的目的，如果能够确认发包人确实存在违约，对于采用固定价的合同，承包人解除合同后也有可能打破固定价，获得理想的结算效果。参见案例最高人民法院（2014）民一终字第69号《青海方升建筑安装工程有限责任公司与青海隆豪置业有限公司建设工程施工合同纠纷案》。

3.律师建议

需要提醒建筑企业的是，合同解除通常是合同履行中较为疑难复杂的情形，建设工程施工合同的解除尤其如此。在确定解除建设工程施工合同前，需要完整固定发包人违约的证据、充分评估合同解除的风险、履行合同解除的程序，同时处理好施工界面固定、索赔和已完工程结算等后续工作。

路径五：以合同无效退场为筹码，通过谈判调整合同价款

1.《民法典》关于合同无效后果的相关条款

第一百五十七条【民事法律行为无效、被撤销或确定不发生效力的法律后果】民事法律行为无效、被撤销或者确定不发生效力后，行为人应该取得的财产，应当予以返还；不能返还或者没有必要返还的，应当折价补偿。有过错的一方应当赔偿对方由此所受到的损失；各方都有过错的，应当各自承担相应的责任。法律另有规定的，依照其规定履行。

《民法典》第七百九十三条【建设工程施工合同无效的处理】建设工程施工合同无效，但是建设工程经验收合格的，可以参照合同关于工程价款的约定折价补偿承包人。

建设工程施工合同无效，且建设工程经验收不合格的，按照以下情形处理：（一）修复后的建设工程经验收合格的，发包人可以请求承包人承担修复费用；（二）修复后的建设工程经验收不合格的，承包人无权请求参照合同关于工程价款的约定折价补偿。

发包人对因建设工程不合格造成的损失有过错的，应当承担相应的责任。

2.主张合同无效的策略分析如上述分析，中途退场对于发包人而言通常比承包人损失更大。如果发包人不存在明确的违约行为，承包人贸然退场很大程度上非但达不到调整合同价格的目的，反倒要承担违约责任。这时候可以从合同效力入手，分析是否存在合同无效的情形。建设工程施工合同无效的情形在实务中比较普遍，导致施工合同无效的情形本文不再赘述。

本文作者曾代理一起工程案件，承包人存在调价需求，但是发包人不存在明确的违约行为，如果强行停工解除合同，非但达不到调价目的，承包人还要承担较大的违约责任。综合分析项目情况后发现：发包人在招标前就要求承包人进场施工并签订了标前协议，随后才履行招投标程序。根据《招标投标法》第46条，以提起诉讼请求确认合同无效退场为筹码，以打促和，最终达到了调整合同价格，双方调解结案的目的。

3.律师建议需要提醒建筑企业的是，合同无效导致违约条款无效，承包人退场避免了因此承担违约的责任，但是合同无效也分过错，导致合同无效的一方应当赔偿对方由此所受到的损失。对于承包人资质不符合承接项目要求或借用资质导致合同无效的过错方显然在承包人，对于必须招标项目应招未招或中标无效的主要过错方在于发包人。承包人应分析导致合同无效的原因，并有选择的提出合同无效的依据。

路径六：情势变更

1.《民法典》关于情势变更的条款

第五百三十三条【情势变更】合同成立后，合同的基础条件发生了当事人在订立合同时无法预见的、不属于商业风险的重大变化，继续履行合同对于当事人一方明显不公平的，受不利影响的当事人可以与对方重新协商；在合理期限内协商不成的，当事人可以请求人民法院或者仲裁机构变更或者解除合同。

人民法院或者仲裁机构应当结合案件的实际情况，根据公平原则变更或者解除合同。

2.原《合同法》体系下情势变更适用障碍原《合同法》中并没有情势变更的相关条款，情势变更制度是通过《最高人民法院关于适用《中华人民共和国合同法》若干问题的解释（二）》第二十六条、《最高人民法院关于当前形势下审理民商事合同纠纷案件若干问题的指导意见》《最高人民法院关于正确适用《中华人民共和国合同法》若干问题的解释（二）服务党和国家的工作大局的通知》等文件确立的。在原《合同法》体系下更强调严格遵守合同履约，对于情势变更的适用条件比较苛刻，如果根据案件的特殊情况，确需在个案中适用的，应当由高级人民法院审核。必要时应报请最高人民法院审核。

鉴于原《合同法》体系下对于情势变更的严格适用，相关案例比较少见，为数不多的案例可参见湖南省高级人民法院《长沙白马桥建筑有限公司与郴州市裕兴房地产开发有限责任公司建设工程施工合同纠纷二审民事判决书》（2015）湘高法民一终字第68号。

3.《民法典》扩大了情势变更制度的适用范围《民法典》第533条从立法层面确认了情势变更原则并进行了重新界定，删除了"非不可抗力"的限定词，删除了"不能实现合同目的"的情形，将"客观情况"修改为"基础条件"，明确增加仲裁的救济途径，更重要的是根据《民法典》的规定，一旦认定属于情势变更，人民法院或仲裁机构就应当作出变更或解除的判决或裁决，不能再驳回该项请求，也确保了当事人的救济能够得到实体处理甚至妥善解决。

因此，《民法典》扩大了情势变更制度的适用范围，让情势变更在实务中更具有操作性和适用性，改变情势变更在过去僵硬化的适用条件。《民法典》下的情势变更将成为我国商事法律制度的重要补充，对当前经济环境下的建筑企业起到一定的帮助作用。

以上是调材差或调整合同价格的可能法律路径。当前环境下，承包人出现项目亏损时有发生，调整合同价格或索赔是承包人弥补亏损的有效手段。但是调整合同价格并不是一件容易的事情，需要专业律师结合法律和工程实务经验，敏锐察觉项目实际进展情况，拿出切实可行的方案，方能提高调整合同价格的成功率。

作者单位：上海市建纬（北京）律师事务所