

材料价格疯涨，承包人如何应对？

□徐荣兰

前段时间，全球大宗商品上涨，中澳无限期暂停经济对话。受国内外环境影响，国内建设工程所用的钢材、水泥、砂石、商混等建材价格持续上涨。5月10日，兰格钢铁全国综合钢材价格上升至6510元/吨，单日涨幅6.9%，突破2008年的前期高点，创下历史新高。建材价格的上涨与否，与承包人息息相关，在此，笔者对该背景下承包人面临的问题以及应对策略略作简要分析，以资读者参考。

材料价格上涨，承包人面临的问题

1. 固定总价合同不调价。
建设工程施工合同价款的约定方式主要分为固定总价、固定单价或者成本加酬金。其中固定总价合同是指当事人约定以施工图、已标价工程量清单或预算书及有关条件进行合同价格计算、调整和确认的建设工程施工合同，在约定的范围内合同总价不作调整，也就是常说的总价包干、包死合同。在承包人与发包人签订的固定总价合同中往往明确只有发包方变更设计和增减工程量可以调整合同价款，而较少约定材料价格上涨情况下允许调价。

2. 固定单价合同不调价。
固定单价合同，即由合同确定的实物工程量单价，在合同有效期内原则上不变，并作为工程结算时所用单价，而工程量则按实际完成的数量结算，即量变价不变合同。同样，在固定单价合同情形下，材料价格的上涨也并不与材料用量变化所挂钩，因此，在此类合同背景下，如果承包发人未约定进行材料调价，建材成本上涨的巨大风险仍由承包人承担。

3. 单价合同可以调价，但调价材料种类不够多。
在一些单价合同谈判情形中，发承包双方考虑到建材同时具有上涨和下跌的可能性，为保证自身利益会对部分主材价格调差进行约定。但是该类约定不一定囊括所有材料种类，对于某几种主材上涨的风险可以部分规避，但是如本次的国际国内多重影响下的建材价格全面大幅上涨的风险，仍然无法全面解决。

4. 信息价与实际采购价仍有价差。
即使是合同中允许调价的情形，承包人依然面临着信息价与实际采购价仍有价差损失。此时如果合同中所约定的是依据信息价进行调差，则信息价的滞后性引起的承包人价差损失无法得到弥补。

面对材料价格上涨问题，承包人的解决途径

1. 与发包人协商签署补充协议。
面临如上种种困境，承包人首选的路径往往是从平等友好协商的角度出发，与发包人就涨价事件进行沟通。分析建材价格上涨对承包人造成影响的可能性，争取与发包人能够签订补充协议，对材料价格调整作出进一步约定。

2. 与发包人协商参考行政主管部门发布的调差文件。
各地行政主管部门，在材料价格大幅上涨的情况下，往往会发布相应的调差文件，如《深圳市住房和建设局关于加强我市建设工程材料价格风险管控的通知》（深建市[2019]1号）、《甘肃省住房和城乡建设厅关于加强建筑材料价格风险管控的通知》（甘建价[2018]436号）、《关于进一步加强建筑安装工程材料价格风险管控的指导意见》（渝建[2018]61号）等。……从效力层级而言，这类文件虽然对发承包双方没有强制性效力，但其具有一定的参考性，特别是政府投资项目或国有资金项目，为承包人争取调价提供依据。

3. 申请建设行政主管部门、行业协会或其他第三方进行调解。
在协商的主张得不到发包人的配合时，承包人也会选择通过申请建设行政主管部门及行业协会等第三方进行调解。

4. 可采取合同约定的争议评审。
如果合同对争议解决方式进行了特殊的约定，可以采取合同所约定的方式进行争议评审。

5. 万不得已，采取仲裁或诉讼。
以上方式均无法解决承包人所面临的难题时，司法路径成为最后一道保障承包人利益的防线，巨大损失难以得到弥补，合同订立的公平基础不复存在时，承包人会选择提起诉讼或申请仲裁以维护自身权利。

发布的调差文件。

各地行政主管部门，在材料价格大幅上涨的情况下，往往会发布相应的调差文件，如《深圳市住房和建设局关于加强我市建设工程材料价格风险管控的通知》（深建市[2019]1号）、《甘肃省住房和城乡建设厅关于加强建筑材料价格风险管控的通知》（甘建价[2018]436号）、《关于进一步加强建筑安装工程材料价格风险管控的指导意见》（渝建[2018]61号）等。……从效力层级而言，这类文件虽然对发承包双方没有强制性效力，但其具有一定的参考性，特别是政府投资项目或国有资金项目，为承包人争取调价提供依据。

3. 申请建设行政主管部门、行业协会或其他第三方进行调解。
在协商的主张得不到发包人的配合时，承包人也会选择通过申请建设行政主管部门及行业协会等第三方进行调解。

4. 可采取合同约定的争议评审。
如果合同对争议解决方式进行了特殊的约定，可以采取合同所约定的方式进行争议评审。

5. 万不得已，采取仲裁或诉讼。
以上方式均无法解决承包人所面临的难题时，司法路径成为最后一道保障承包人利益的防线，巨大损失难以得到弥补，合同订立的公平基础不复存在时，承包人会选择提起诉讼或申请仲裁以维护自身权利。

司法裁判观点
因建筑材料涨价纠纷诉诸法院的案例不在少数，笔者对司法裁判判例梳理后针对双方当事人约定清晰条款适用的情形、当事人有约定但发生情势变更的情形、当事人无约定或约定不明的三种情形区分介绍：
（一）对于调差有明确约定的，有约从约，法院或仲裁机构原则上会判决/裁决依据双方约定履行。约定载体包括合同专用条款、合同通用条款，补

充协议、会议纪要、备忘录、承诺书等。

根据合同约定的不同，主要内容有以下几种：“1. 固定总价合同，任何情形下工程造价不进行调整；2. 固定单价合同，材料涨价不进行调整；3. 单价合同中超出风险范围材料涨价进行调整；4. 工期违约一方承担工期延误期间的价格风险……”。

（二）在当事人有约定但发生情势变更导致明显不公平时，法院或仲裁机构会根据公平原则干预合同约定。

1. 干预的法律依据：
《民法典》533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具体情况，根据公平原则变更或者解除合同。

2. 干预的条件：
上述相关法律法规条款中明确了，法院或仲裁机构进行干预的前置条件为“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。”由此可见，适用该情形需要承包人举证证明材料价格上涨幅度超出了市场正常的波动幅度及上涨部分材料价格占工程造价的较高比例。

3. 合理分配材料涨价风险的依据及调整方式参考。
1) 工程总承包合同
A. 依据《工程总承包管理办法》第15条明确规定，主要工程材料、设备、人工价格与招标时基期价相比，波动幅度超过合同约定幅度的部分，风险由建设单位承担。
B. 2021年建设项目工程总承包合同

（示范文本通用条款）
13.8条市场价格波动引起的调整。
2) 施工总承包合同
A. 2013年工程量清单计价规范。
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。
B. 双方《建设工程施工合同（示范文本）》通用条款。
11.1条市场价格波动引起的调整。
没有约定或约定不明时，法院或仲裁如何处理？

1. 《民法典》第510条规定：“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。”
第511条规定：“当事人就有关合同内容约定不明确，依据前条规定仍不能确定的，适用下列规定：……（二）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。”因此，当合同没有约定或约定不明时，相关材料是否调价应按照政府定价、政府指导价或交易习惯执行。

2. 《2013工程量清单计价规范》9.8.1规定：“合同履行期间，因人工、材料、工程设备、机械台班价格波动影响合同价款时，应根据合同约定，按本规范附录A的方法之一调整合同价款。”9.8.2规定：“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。”

3. 四川省建设厅《规范建设工程造价风险分担行为的规定》第2条风险幅度“投标人或承包人承担的材料价格风险幅度值在5%以内取定，对单位价值较高或总价值较大的钢材、水泥等材料的风险幅度值应在3%以内取定”，第3条调整方法“①当承包人投标报价中可调材料的价格低于基准价；施工期间可调材料的价格上涨，其涨幅以基准价为基础超过合同约定的风险幅度时，或可调材料价格下跌，其跌幅以投标报价为基础超过合同约定的风险幅度时，其超过部分按实调整。”

虽然清单计价规范、各地住建部门出台的造价文件是否可以认定为交易习惯，政府定价等始终存在一定争论，但司法实践中，当双方没有约定或约定不明时，裁判机关一般会参照当地住建部门的指导性文件或清单计价规范的相关规定予以执行。以四川省为例，《四川省高级人民法院关于审理建设工程施工合同纠纷案件适用法律若干问题的解释》明确“约定工程价款实行固定总价结算的

施工合同履行过程中，主要建筑材料价格发生重大变化，超出了正常市场风险范围，合同对建材价格变动风险负担有约定的，依照其约定处理；没有约定或约定不明的，当事人要求调整工程价款，如不调整显失公平的，可在市场风险范围和幅度之外酌情予以支持，具体数额可以委托鉴定机构参照工程所在地建设行政主管部门关于处理建材差价问题的意见予以确定。”

律师建议
综合上述承包人风险分析、承包人可能选择路径分析及司法裁判观点整理，笔者从律师角度出发提出如下建议，供承包人参考：
（一）鉴于目前的行情，承包人应委托律师和造价师及时研究合同条款约定，如果合同对材料涨价风险没有约定或约定不明的，可以与发包人协商，按示范文本的通用条款或工程清单计价规范或工程总承包管理办法第15条重新协商确定调价条款；
（二）如现行合同约定为固定总价合同，而现阶段及预估态势下建材价格上涨占总价合同比例较高的，可以委托律师依据《民法典》第533条启动与发包人的协商谈判，签订补充协议变更原合同约定；
（三）如现行合同中，发承包双方已对部分材料价格上涨调整问题进行约定，但并未对所有本轮上涨涉及材料进行约定，承包人可委托律师与发包人进行协商增加此前未约定风险分担的材料的价格风险分担约定；
（四）在合同约定了材料价格风险

分担，承包人采购材料的信息价和采购价仍有差别的情形下。建议承包人与发包人共同进行询价采购，承包人保留好采购合同、付款凭证、入库单、采购发票等相关证据，以便使承包人的实际采购价得到发包人认可，得以以此进行结算（该类证据也可以作为和发包人谈判、索赔及起诉变更的重要依据）；
（五）为减少材料涨价给发承包双方带来的损失，承包人可以与发包人协商，通过对施工计划及工期进行调整和延长，短期间内暂停需大量采购涨价材料的工程项目，先行施工不需要大量采购涨价材料的工程；
（六）委托律师和项目经理对工程资料和往来函件进行整理，对工期相关问题进行梳理，明确工程是否延期，工程延期是发包人还是承包人责任？如果是发包人原因，可及时发发包人函留证，要求发包人承担工期延误索赔，其中包括此段时间内的材料涨价索赔；
（七）如合同已部分履行，材料价格上涨所造成的承包人利益损失过大的，承包人可考虑通过停工、解除合同等方式向发包人施加压力主张调价，若发承包双方始终无法就材料调差达成一致，承包人可在权衡损失后解除合同；
（八）因本次建材价格上涨波及的承包人数量较大，可以考虑通过行业协会发声，建议提高行政主管部门的信息价更新频率，或建议出台应对本次涨价的新的调差文件，以此作为承包人对发发包人沟通谈判变更的参考依据。

作者单位：上海建纬（成都）律师事务所



施工总承包项目主要材料涨价的风险化解与应对

□邓南平

2018年6月6日，某公司经过公开招标，跟区政府就某一工程签订了施工合同。施工期间，该公司遭遇材料价格大幅上涨，2018年11月30日该公司向区政府发出《调价函》，请求调高工程价款，区政府未予理睬。2018年12月18日该工程竣工验收。谁该为材料价格上涨带来的成本增加买单？

史上最严环保政策出台以来，土建施工中钢筋、商品、水泥等主材价格一路飞涨，施工企业一片哀嚎：价格包的包干价，谁能料到材料价格涨到自己不能承受之重。
材料费在土建项目中占的是大头，一般达造价的60%，而材料中的钢筋、商品、水泥等主材更是大头中的大头，占整个项目造价的40%左右，这次的主材的价格暴涨幅度保守估计使整个工程造价上涨15%左右。

造价上涨15%对利润微薄的传统建筑行业企业意味着什么？意味着稍有不慎就会造成重大亏损乃至破产。
在主材涨价风浪面前，施工企业如何尽力挽回亏损，化解风险？这里并不建议首先通过诉讼渠道解决，而应先礼后兵，即先通过协商解决。

协商：怎么谈
若项目亏损，无法扭亏为盈，且继续施工会导致亏损变大，施工企业应抓住机会，比如国家政策层面的支持或业主违约等，与建设单位协商调整合同价格，可以试图从以下两个方面说服业主。
第一，你有错在先。你可以先从业主身上找找原因，业主变更规划或设计方案，导致工期延迟，而在工期延迟期间刚好遭遇了价格上涨风暴。由业主变更设计导致的工期延迟带来的损失应由业主买单，可以要求业主就价格上涨的材料重新计价。
第二，我也是无辜受害者。通过政府的调价文件、工程量清单计价规范等，利用社会政策保护社会安全与稳定，保护社会公共利益与施工企业和农民工的权益等，与业主进行协商谈判。

需注意的是，一旦形成谈判成果要通过签订书面补充协议等方式。
无法达成一致时，果断书面发函提出要求解除合同，减少亏损。
诉讼：胜算有多少
在通过协商等方式解决不了的情况下，才通过诉讼或仲裁解决争议纠纷。
诉讼中，合同效力非常重要，如相关施工合同（包括其中的相关条款）有效，则施工企业相关索赔得到支持的可能性就比较大，如相关施工合同（包括其中的相关条款）无效，无效合同或无效条款对双方当事人不具有法律约束力，则施工企业相关索赔得到支持的可能性就较小。
可以从以下几个角度入手，增大胜诉几率。
1. 看合同是否无效。
想想你们签订的合同是否存在无效事由，常见的无效事由有：没有合法资质或超越资质；存在挂靠行为；工程

是违法分包或转包；应经过招投标的工程未经过招投标等。一旦合同被确认为无效，承包方就可以主张按实结算。
但即使合同无效，依据司法解释一的规定，有时仍然按照合同约定的计价方式结算工程价款，因此，施工企业对于该方案的选择必须先做出准确的判断和全面的权衡，选择风险最小利益最大且最可靠的方案执行。
如果合同是业主方提供的文本，并且业主未对相关价格、结算条款进行特别提醒及说明，这些条款就是格式条款。承包方可主张格式条款无效，进而要求对相关条款认定无效，对施工企业不具有约束力。
3. 看业主是否作出设计、规划变更。
以设计和规划变更会导致工期拖延为由，主张工期延误的责任在业主方，因此导致的材料涨价，应当予以重新计价调整。
4. 看合同约定是否显失公平。
一个行业常见现象是，业主凭借在市场上的优势地位，恶意把工程价款压得很低。依据合同法的相关规定，可以以此主张显失公平，撤销约定，但困境在于不易举证。
5. 以发承包人违约或不可抗力主张解除或变更合同。
抓住有利时机，以发承包人违约或不可抗力为由解除合同，及时止损，甚至索赔扭亏为盈。
6. 以情势变更主张撤销或变更合同。
对于该点施工企业要非常审慎主张。虽然最高人民法院于适用《中华人民共和国合同法》若干问题的解释（二）（法释[2009]5号）第26条规定了情势变更原则，但最高人民法院关于情势变更原则的理解与适用规定了十分严格的条件和程序，其中包括应当由高级人民法院审核，必要时高级人民法院应报请最高人民法院审核等，实践案件中适用非常少，因此施工企业要非常谨慎适用该原则。
我们回头看开头的案例，该案最终判决以头风看开头的案，为判决被告支付原告绝大部分材料款差价。这说明遇到材料涨价，我们也不必过于悲观，并不是没有机会扭转亏损。
建议
施工企业从项目签约时起，就应聘请专业工程师参与，指导项目合同履约和过程证据管理，指导签证索赔和最终结算。同时企业管理层包括企业领导、项目经理、法务部门、成本部门、技术部门等要多角度配合，在合同签订、合同交底、专人专管、过程检查、事后总结等各环节介入，共同协调处理项目工程管理为宜。
总之，对于国家环保严政下的建筑主材涨价导致施工企业经营困难问题，只要我们愿意去积极应对，想办法解决，总能找到一种最佳解决方案应对。作者单位：上海建纬（武汉）律师事务所

材料价格疯涨，承包商能否要求调整价款

□王先伟

2021年5月12日，广东省建设工程标准定额站率先发布《建筑市场材料价格波动风险预警通知》。一石激起千层浪，工程和法律界人士纷纷发文探讨工程造价合同能否调价以及如何调价的问题。有人提出了《民法典》规定的情势变更可作为工程价款调整的依据，也有人提出了《工程量清单计价规范》可作为调价的依据等。

笔者作为全国首届造价工程师和在工程行业从事造价工作16年，以及转为法律工作者后专门从事工程造价案件的仲裁和代理工作已逾10年的工作经历和丰富经验，深刻认识到处理工程造价争议不能仅凭合同法思维（注重合同约定），而是首先要考虑《招标投标法》等“公法”对工程价款的影响，其次再考虑《民法典合同编》“私法”和发承包人的真实意思表示以及行业惯例对工程价款的影响。在综合考虑上述情况后作出的裁判方能提高工程造价纠纷案件的“息诉服判率”。

基于最高人民法院对“情势变更”在个案中的适用非常严格（须报高级人民法院批准），以及在适用时需要查明承包人的“商业风险”关键点，笔者认为，“商业风险”除了考虑发承包人的“有效约定”外，还重点取决于工程项目的成本包模式。现笔者基于常见的发承包模式来论述本轮材料价格大幅上涨后的工程价款调整原则。

在工程承包模式下，根据国家标准《建设工程工程量清单计价规范》GB 50500-2013（以下简称清单规范）第3.4.1条，承包人只是有限承担材料价格的上涨风险。在合同约定有约定有限风险的幅度和范围时，可直接适用《清单规范》第9.8.2条规定，即承包人承担材料价格变动5%的风险，超过部分由发

包人承担。但有人却认为《清单规范》属于一般规范性文件，在合同约定材料价格不能调整时，应当遵守合同约定。对此，笔者持有不同观点，至少有如下五个理由：

1. 《清单规范》作为国家强制性标准（编号GB50500），大多数的实质性条文都可以找到“上位法”或者“法理”依据。即使部分条文没有法律条文或者法理依据，也至少可归属于行业惯例。根据《民法典》第十条：“处理民事纠纷，应当依照法律；法律没有规定的，可以适用习惯”的规定，工程行业惯例可直接作为案件的裁判依据。

2. 当前，很多的工程项目是采用《清单规范》招投标和签订施工合同的，对于强制招标项目，《清单规范》属于《招标文件》的组成部分，根据《招标投标法》第二十七条，招标文件法定优先于投标文件。根据《招标投标法》第四十六条，投标文件又法定优先于合同约定，故《清单规范》属于合同的当然组成部分且具有最优先的解释顺序。而对于非强制招标项目，即使施工合同没有约定《清单规范》属于组成文件，但在处理此类纠纷时，也应当重点查明发承包人关于工程价款的真实意思表示，一般是指如何确定合同价以及合同约定对价款的变更原因（若有）。

3. 《民法典》第八百零八条：“本章（建设工程合同）没有规定的，适用承揽合同的有关规定。”施工合同属于特殊的承揽合同，承揽合同是承揽人按照定作人的要求完成工作，交付工作成果，定作人给付“报酬”的合同。承揽包括加工、定作、修理、复制、测试、检验等工作。施工承包人作为承揽人，收取的是报酬，如其承担无限风险或所有风险，则合同性质就发生了根本变化，导致一些施

工合同实际变成了“买卖合同”。

4. 在施工承包下，工程的设计由发包人实际控制且可以随时变更设计。而依据《建筑法》第五十八条，承包人仅有必须按图的施工义务而没有修改设计的权力。如发包人在施工合同签订后，将涨价幅度较小的材料变更为涨价幅度较高的建筑材料时，若建筑材料涨价的风险仍由承包人承担，则发包人的恶意变更或过错行为就会得到保护，这就违反了《民法典》基本的诚实信用和公平原则。

5. 从一些施工合同的约定中可以看出，有的发包人利用优势地位制定的招标文件与合同文本，故意将本应由发包人承担的风险转移给了承包人。依据《民法典》第四百九十七条：“有下列情形之一，该格式条款无效：……（二）提供格式条款一方不合理地免除或者减轻其责任、加重对方责任、限制对方主要权利；（三）提供格式条款一方排除对方主要权利。”以及第四百九十八条：“对格式条款的理解发生争议的，应当按照通常理解予以解释。对格式条款有两种以上解释的，应当作出有利于提供格式条款一方的解释。格式条款和非格式条款不一致的，应当采用非格式条款。”

综上所述，在施工承包下，当前因材料价格疯涨，承包人首先可主张在“有效约定”的风险范围之外调整材料价款。即使施工合同约定不调整材料价款，承包人仍可依据上述规定主张调整价款。

在采用工程总承包模式（例如EPC）时，材料价格的上涨风险不应由发包人承担，即承包人不能因本轮材料价格大幅上涨而主张调价。（注：FIDIC对DB和EPC就材料价格波动的风险承担有区别）

《工程总承包管理办法》（以下简称管理办法）第十五条“建设单位承担的

风险主要包括：（一）主要工程材料、设备、人工价格与招标时基期价相比，波动幅度超过合同约定幅度的部分。”笔者认为，《管理办法》的部分条文仍然是以施工承包的“有限风险”+“FIDIC合同文本（银皮书、黄皮书文本）”的“混合思路”所制订，并没有真正理解工程总承包与施工承包的主要区别和不同后果是“设计由谁控制”。若以《管理办法》第十五条规定去实施EPC项目时，则可能会发生如下后果：

1. EPC一般是固定总价合同，在发承包阶段，只有承包人可以预见工程采用什么材料建造以及大致的用量，甚至可在施工阶段变更设计。承包人完全可通过提前签订建筑材料购货合同、提前备料等合法手段规避材料价格的上涨风险。而因承包人作为导致的价格上涨却由发包人承担是与基本法律精神相违背。FIDIC银皮书规定了合同价格不因物价波动进行调整。

2. EPC是典型的边设计边施工项目，在承包人控制设计的情况下，若材料价格的上涨风险由发包人承担时，则承包人可故意将利润较高的材料设计进来，或者恶意导演自卖自买高价材料，其最终会导致EPC合同约定的‘固定总价’失去意义。

最后，需要提醒国有资金投资发承包人是：强制招标项目不要轻易通过签署《补充协议》增加工程价款。因“当事人协商一致可以变更合同”是《民法典合同编》的规定内容，在《招标投标法》中并没有如此规定。在未经合法的方式续流程序而直接签署《补充协议》时，发包人的行为可能导致国有资金流失并涉嫌构成渎职犯罪。

作者单位：上海市科汇律师事务所