

建设工程施工案件管辖、质量及实际施工人权利等争议研究

□肖峰 韩浩

最高人民法院于2020年12月30日发布了《最高人民法院关于审理建设工程施工合同纠纷案件适用法律问题的解释(一)》(以下简称《解释》),对建设工程施工领域涉及到的合同效力、工程价款结算、优先受偿权等核心问题作了正面规定。然在建设工案件审判实践中,关于管辖问题、工程质量以及实际施工人权利救济等诸多实务问题仍存在深层次的争议,尚需通过相关司法解释以及类案裁判制度予以进一步明确、规范,以统一裁判尺度。本文从审判实务的角度对相关问题进行梳理和探讨,以寻求司法认同。

一、关于建设工程合同纠纷案件的管辖问题

管辖的确定是解决建设工程合同纠纷案件的首要问题,因该问题属于应由程序法解决的问题,最高人民法院出台的相关建设工程司法解释未予涉及,司法实务中关于管辖的确定也存在较大的分歧,影响了法律的统一适用。

(一)建设工程合同纠纷案由项下的管辖确定

民事诉讼法第三十三条规定,因不动产纠纷提起的诉讼,由不动产所在地人民法院管辖。同时,在最高人民法院第二次修正的《民事案件案由规定》中,建设工程合同纠纷(115)为三级案由,下属四级案由为:(1)建设工程勘察合同纠纷;(2)建设工程设计合同纠纷;(3)建设工程施工合同纠纷;(4)建设工程价款优先受偿权纠纷;(5)建设工程分包合同纠纷;(6)建设工程监理合同纠纷;(7)装饰装修合同纠纷;(8)铁路修建合同纠纷;(9)农村建房施工合同纠纷。在确定上述案由管辖时,首先,对于建设工程施工合同纠纷,由一般会涉及建设工程造价、质量、修复费用等司法鉴定以及民工工资等群体性纠纷,为便于案件的审理与执行,由建设工程所在地法院管辖,已经在司法实践中形成共识。2020年最高人民法院最新修正的《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国民事诉讼法〉的解释》第28条第2款规定,农村土地承包经营合同纠纷、房屋租赁合同纠纷、建设工程施工合同纠纷、政策性房屋买卖合同纠纷,按照不动产纠纷确定管辖。对于建设工程合同纠纷案由项下其他四级案由,最高人民法院认为,由不动产所在地法院专属管辖的建设工程合同纠纷,不限于《民事案件案由规定》的建设工程合同纠纷项下的四级案由即“建设工程施工合同纠纷”,而应当包括该项下的与建设工程施工相关的案件“(3)建设工程合同纠纷,(4)建设工程价款优先受偿权纠纷,(5)建设工程分包合同纠纷,(6)建设工程监理合同纠纷,(7)装饰装修合同纠纷,(8)铁路修建合同纠纷,(9)农村建房施工合同纠纷。”

此后,最高人民法院在审理案件过程中的亦是明确肯定上述观点。关于建设工程勘察合同纠纷、建设工程设计合同纠纷是否应当适用专属管辖,该问题在司法实践中各地法院尚未形成一致认识。北京、上海、深圳等地司法审判实践中多倾向于认为,该二类合同纠纷并非建设工程合同纠纷,且往往不涉及工程造价评估、质量鉴定、优先受偿权、执行拍卖等内容,不适用专属管辖的规定。笔者认为,建设工程勘察合同履行中勘察人一般要到项目现场进行查明、分析地质地理环境特征和岩土工程条件等勘察作业,尤其是涉及桥梁、公路等建设工程,勘察人更需要对工程现场进行测量、水文地质勘察、提取地形地貌、地层土壤岩性等数据及现场分析工作,故建设工程勘察合同纠纷宜适用专属管辖;而建设工程设计根据勘察人提供的勘察文件及法律法规的要求,对建设工程所需的技术、经济、资源、环境等条件进行综合分析、论证,编制建设工程设计文件,提供相关服务的活动。建筑师虽需到场进行图纸会审和设计交底,以及施工过程中组织协调各专业对接施工问题,但主要合同义务是提供工程设计图纸,核心的设计工作可能是在工程所在地之外的地方甚至是国外完成,故建设工程设计合同纠纷应适用一般管辖原则确定管辖法院。

一、案件简介

(一)案件基本情况

原告:乙公司(承包商);被告:甲公司(发包方)2016年10月11日,甲公司与乙公司签订《建设工程施工合同》,其中专用合同条款载明:“……11. 价格调整。11.1‘市场价格波动引起的调整’。市场价格波动是否调整合同价格的约定:不调整。”合同签订后,钢材、商品砼等主要建材价格在施工期间较2016年7月出现较大上涨。2018年3月,乙公司向甲公司发函,提出因材料价格上涨潜在亏损近2000万元,建议按照工程施工同期市场价格信息价,进行调整,依此作为本项目结算的依据,据实编制项目竣工结算。2018年5月,甲公司向乙公司发函表示不同意调整预算总价和材料价差。后双方还多次协商,未就“材料价差”和“投资限价”达成一致意见,乙公司遂提起诉讼,提出请求撤销双方签订的《建设工程施工合同》专用条款11.1条等诉讼请求。一审法院驳回了乙公司的诉讼请求,乙公司不服上诉,二审法院驳回其上诉,维持原判。乙公司向最高院申请再审,最高人民法院裁定驳回了乙公司的再审申请。

(二)争议焦点

乙公司能否依据情势变更原则主张

(二)基于建设工程施工合同纠纷提起的代位权纠纷的管辖确定

根据民法典的规定,代位权是因债务人怠于行使其债权或者与该债权有关的权利,影响债权人的到期债权实现的,债权人可以向人民法院请求以自己的名义代位行使债务人对相对人的权利,债权人提起代位权诉讼的,由被告住所地人民法院管辖。这里的管辖规定应当理解为特殊地域管辖,而在确定具体案件的管辖时,应当优先适用专属管辖的规定,其次是特殊地域管辖,最后是一般地域管辖。当事人基于建设工程施工合同纠纷提起代位权诉讼,仍须对债务人与次债务人之间的实体法律关系即建设工程施工合同纠纷进行查明,故仍应按民事诉讼法第三十三条、《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国民事诉讼法〉的解释》第28条的规定,优先适用专属管辖的规定,由建设工程所在地人民法院专属管辖。

(三)实际施工人与承包人或者发包人与承包人存在仲裁条款的管辖确定

实际施工人与承包人或者发包人与承包人之间的有效仲裁条款,系依据法律规定合意排除法院主管、限制自身诉权的意思自治行为。该仲裁协议应遵循合同相对性原则,仅在该双方当事人之间产生法律效力,对协议外的第三人不应具有约束力。实际施工人与承包人或者发包人与承包人之间的单一仲裁条款仅在双方之间发生仲裁主管效果,但不能同时排除实际施工人与发包人之间的法院主管,使得实际施工人向发包人主张折价补偿的权利归于灭失的法律效果。根据《解释》第43条的规定,转包或违法分包的实际施工人可“突破合同相对性”,要求发包人在欠付范围内承担相应的折价补偿责任。当发包人与承包人存在仲裁条款时,实际施工人向发包人主张权利,实际施工人向发包人主张欠付工程款系基于法律直接规定,不能简单地理解为是对承包人权利的承继,也不应受承包人与发包人之间仲裁条款的约束。当实际施工人与承包人之间的协议如存在仲裁条款时,民法典第五百零七条规定,合同不生效、无效、被撤销或者终止的,不影响合同中有关解决争议方法的条款的效力,一般应认定该种仲裁条款有效。在此情形下,实际施工人只能通过仲裁方式向转包人、违法分包人主张权利,如果实际施工人以发包人为被告提起诉讼,则不宜追加转包人、违法分包人为共同被告。

(四)与建设工程施工合同纠纷有关的其他管辖确定

第一,司法实践中,部分承包人、实际施工人为加速工程款或折价补偿债权的受偿,往往选择将对发包人或者总承包单位享有的工程款、折价补偿等债权转让给第三人。当工程款债权转让后,第三人作为债权人受让人与债务人因债务履行发生的纠纷,由于债权转让的后果仅是建设工程施工合同权利主体发生变更,并不影响案件的法律关系性质认定,故仍应由建设工程所在地人民法院专属管辖。

第二,依前所述,建设工程施工合同纠纷应当适用专属管辖,但是在处理建设工程施工合同纠纷的管辖时,既可能存在涉及工程款、工期、工程质量等双方在建设工程施工过程中产生的争议,也可能存在涉及尚未开工建设即引发的建设工程施工合同纠纷。对于此类纠纷,笔者认为,由于法律及司法解释明确规定了建设工程施工合同纠纷按照不动产纠纷确定管辖,并未将此类案件的纠纷以施工前、施工中、竣工后等时间节点进行区分,故即使建设工程尚未开工或者建设工程事实上最终并非由一方诉讼当事人所承建,为方便案件事实的审理查明,只要双方签订的建设工程施工合同所涉的建设工程施工是客观存在的,仍宜将此类案由纠纷适用专属管辖。

第三,如发包人与承包人之间已经就工程价款达成结算协议,双方就结算协议的履行而产生争议,由于结算协议一般都是以之前的建设工程施工合同为基础而达成的协议,结算协议纠纷的处理也往往会涉及建设工程施工合同的履行事宜,

故一般应当适用专属管辖。需要注意的是,上述尚未开工建设或达成结算协议后引发的纠纷情形也适用于除建设工程设计合同外的其他建设工程合同纠纷案由。

第四,根据《最高人民法院关于铁路运输法院案件管辖范围的若干规定》(法释〔2012〕10号)第三条第六项的规定,铁路运输法院管辖与铁路及其附属设施的建设有关的合同纠纷,故铁路修建合同纠纷属于专属管辖中的专门管辖。需要特别说明的是,如原铁路运输法院被撤销的,则根据特别规定处理。例如,根据《江苏省高级人民法院关于转发〈最高人民法院关于调整原南京铁路运输法院涉铁路案件管辖权的批复〉的通知》(苏高法电〔2019〕877号)载明的内容,原南京铁路运输法院涉铁路案件由江苏省南京市鼓楼区人民法院管辖,二审法院为江苏省南京市中级人民法院,故此铁路修建合同纠纷应优先适用上述规定。

二、关于建设工程质量问题

工程质量合格是承包人工程价款请求权的前提,建设工程质量不仅关乎承包人能否向发包人主张工程价款,更重要的是质量是否合格直接关系到社会公共利益。在处理建设工程质量纠纷时应当慎重把握司法裁判尺度。

(一)建设工程质量合格的判断标准

建设工程可以分为已竣工的建设工程和未竣工的建设工程,在判断建设工程质量是否合格的问题时,不同状态的建设工程质量判断标准不尽相同。

关于已竣工的建设工程,根据住建部《房屋建筑和市政基础设施工程施工验收规定》的规定,工程竣工验收是指工程完工后施工单位向建设单位提交工程竣工报告,建设单位组织勘察、设计、施工、监理等单位进行竣工验收的行为,工程竣工验收合格后,建设单位应当提出工程竣工验收报告。竣工验收合格的法律后果是建设工程质量合格,承包人已按照合同约定完成了质量合格的建设工程成果。因此,对于已竣工的建设工程一般以竣工验收文件作为认定建设工程质量合格的依据。实践中,建设工程竣工后,发包人为尽快投入使用,在建设工程未进行验收的情形下即擅自使用工程,因擅自使用未经竣工验收合格的建设工程为民法、建筑法以及《建设工程质量管理条例》所禁止,只要出现发包人擅自使用的情形,应视为发包人认可该建设工程质量符合法律规定和合同约定,故可以推定建设工程质量合格。发包人擅自使用后又主张使用部分质量不符合约定的,应当由其自行承担不利后果。但是,地基基础工程和主体结构直接决定建设工程整体质量,涉及公共安全,也是承包人最基本的合同义务,故《施工解释一》第14条规定,承包人应当对地基基础工程和主体结构在建设工程的合理使用寿命内承担质量责任。

关于未竣工的建设工程,如何判断已完工程质量是否合格问题,根据建设工程的施工工序要求,需要对隐蔽工程、分部分项工程进行节点验收,因此对于已完工程的质量判断可以依据上述节点验收文件予以判断,如承包人提供隐蔽工程验收以及对分部分项工程验收合格资料,可以认定对应的已完工程质量合格。如发包人未对已完工程进行验收的,可以区分发包人是否将剩余工程发包给其他承包人施工进行判断:发包人发包剩余工程的,其发包行为与擅自使用行为相当,可以推定已完工程质量合格。除非发包人能提供相反证据证明已完工程质量不合格;如发包人为减少停工损失或者前手承包人拒绝修复,且发包人已经就未竣工工程质量问题进行公证或者交由其他承包人修复的,人民法院可以结合工程质量客观事实予以认定。如发包人尚未发包剩余工程的,应当由承包人承担已完工程质量合格的证明责任。

(二)建设工程质量验收合格的法律后果

这里的建设工程质量验收合格包括竣工验收合格的建设过程,也包括未经竣工验收擅自使用的建设工程。如前所述,建设工程竣工验收合格应当认定建设工

程质量合格,发包人无权就建设工程质量问题再向承包人主张违约责任,但同时根据《建设工程质量管理条例》的规定,建设工程竣工验收后,承包人在保修范围和保修期限内履行质量保修义务。故,通说认为,建设工程质量合格应当通过竣工验收程序为分界点,在竣工验收合格之前,承包人的施工质量是否符合合同约定处于不确定状态,承包人应履行确保建设工程质量合格的合同义务;在竣工验收合格后,承包人施工的工程质量合格且得到发包人的确认,承包人即已完成合同的主要义务,但是仍应根据法律规定承担质量保修期内发生质量问题时的保修义务。

需要进一步讨论的是建设工程质量验收合格后如发现质量问题时的处理问题。建设工程竣工验收合格后发现的质量问题既有可能是验收合格后在保修期内发生的质量问题,也有可能是承包人施工过程中产生的质量问题。对于前者实务中一般没有争议,承包人应当按照规定承担相应的质量保修义务;对于后者主要存在三种观点:一是绝对效力说,在竣工验收合格后建设工程应当认定为质量合格,承包人不再承担质量违约责任,即使发包人提供初步证据证明了建设工程存在明显质量问题,如果是未涉及地基基础工程和主体结构的其他质量问题,发包人也无权向承包人就施工过程中的质量问题主张权利,在司法实务中应当驳回发包人的诉讼请求;二是相对效力说,竣工验收并不当然免除了承包人施工中的质量责任,在发包人提供初步证据证明建设工程存在严重质量问题时,承包人应当承担质量责任;三是可撤销说,竣工验收合格文件系发包双方就工程质量合格而形成的合意,同时发包人签订该文件的本意也是相信建设工程不存在明显质量问题,如建设工程客观上存在明显质量问题,且存在重大误解或者欺诈等情形,发包人有权利要求予以撤销,但在竣工验收合格文件被撤销前,仍应视为建设工程质量合格,但是由于竣工验收文件往往涉及五方主体,实践中可操作性不强,以上三种处理思路表明承包人承担的质量违约责任和质量保修责任界限并非绝对明确,建设工程竣工验收合格也并非绝对性地撇清了承包人的质量责任。我们以为,建设工程竣工验收合格包括发包人未经竣工验收擅自使用的,表明发包人对建设工程质量合格予以确定,从肯定验收行为的既定事实效力和验收行为的法律效力角度而言,人民法院不宜轻易否定工程验收合格证明文件的效力。若系承包人或未按工程设计图纸和施工技术标准施工、偷工减料、使用不合格的建筑材料、建筑构配件和设备等原因导致工程客观上存在明显的质量问题时,如驳回发包人的诉讼请求,将面临权利无法救济的损害,造成发包人利益严重失衡。对此在相对效力说的基础上,有观点认为将上述质量问题认定为承包人的保修责任,依据质量保修关系予以处理,但是该处理思路的法律依据有待进一步论证。

三、关于实际施工人权利救济问题

(一)借用资质、转包、违法分包的实际施工人主张权利的内在逻辑

1.借用资质的实际施工人权利主张
在认定借用资质的实际施工人权利救济时,通说认为借用资质的实际施工人不能直接依据施工解释一第四十三条的规定向发包人主张权利,一般需判断发包人是否知晓实际施工人借用他人资质的事实,当发包人不知晓时,基于合同相对性原则和信赖保护原则,各方权利义务应当根据相关合同予以处理,即发包人和借用资质的实际施工人不存在合同关系,借用资质的实际施工人无权向发包人主张欠付工程价款,也无权主张建设工程价款优先受偿权。当发包人知晓实际施工人借用他人资质的事实时,如何认定发包人和实际施工人的法律关系,主要存在通说虚伪说、委托代理说、事实合同说三种观点。通说虚伪说认为发包人与借用资质的实际施工人之间形成通谋虚伪行为,但是民法典第一百

十六条关于虚假的意思表示实施的民事法律行为,是以自己名义作出虚伪意思表示为前提,而实际施工人借用他人资质签订合同时,名义上的意思表示主体是出借资质人,而发包人也明知,出借资质人并未向其作出过意思表示,故不应构成通谋虚伪;委托代理关系说认为,实际施工人以出借资质人的名义与发包人实施法律行为,类似于无权代理人以本人的名义与第三人实施法律行为,但是与委托代理不同,在借用资质情形下依据当事人的约定,法律效果归属于借用资质的实际施工人,而委托代理关系中代理人和本人都通常不存在前者的法律效果;事实合同说认为,在发包人明知的情形下,说明发包人对合同相对人为实际施工人是明知的,双方围绕建设工程施工合同签订、履行、结算等形成事实上的法律关系,发包人并非想与名义载体即出借资质人实施法律行为,而是以借用资质的实际施工人为法律行为的主体,发包人与借用资质的实际施工人均具有受其意思表示拘束的意思。那么借用资质的实际施工人直接向发包人主张工程价款,一方面并未超越发包人对合同履行及付款对象的信赖预期;另一方面借用资质的实际施工人该请求权基础与承包人对发包人享有的工程价款请求权并无二致,故此时代应当肯定借用资质的实际施工人有权根据民法典第一百五十七条的规定向发包人主张工程价款,笔者赞同此观点。

2.转包、违法分包的实际施工人权利主张

在转包和违法分包情形下,实际施工人有权向合同相对方转包人、违法分包人主张工程折价补偿款,自无争议。同时为保护实际施工人的合法权益,施工解释一承继了原来司法解释的规定,肯定转包、违法分包的实际施工人有权突破合同相对性直接向发包人主张工程折价补偿款的欠付责任。赋予实际施工人特殊诉权,主要系出于保障农民工等建筑工人的生存权益、维护社会稳定等价值取向考虑。因此,在实际适用该条款时应查明发包人是否存在欠付事实、欠付金额是否到期等主要事实,在查清上述事实的基础上予以裁判,防止相关主体借此滥用诉权。仍未查明发包人欠付事实的,如根据现有证据能够证明发包人欠付数额明显大于实际施工人主张的工程价款数额,人民法院可以予以支持,如现有证据无法查明的,应当驳回实际施工人的诉讼请求。

值得进一步研究的是,在层层转包和违法分包情形下,实际施工人能否向其没有合同关系的前手转包人、违法分包人主张工程款?关于该问题实践中争议颇大,各地审判实践倾向也呈现对立现象,如四川省高级人民法院、河北省高级人民法院等曾出台相关指导文件认为,实际施工人向与其没有合同关系的转包人、违法分包人提起的诉讼,原则上应坚持合同相对性,由与实际施工人有关合同的前手承包人给付工程款,实际施工人无权要求未与其建立合同关系的转包人、违法分包人对工程欠款承担责任,最高人民法院在一起建设工程合同纠纷案件审理过程亦持上述观点。与之不同的是,江苏省高级人民法院、上海市第一中级人民法院等审判实务中倾向认为,就中间环节的转包人、违法分包人之间的法律关系而言,中间环节的转包人、违法分包人系发包人,实际施工人主张中间环节的转包人、违法分包人在其欠付的工程款范围内承担连带责任,符合最高人民法院相关司法解释

的规定,最高人民法院审理的另一起建设工程施工合同纠纷案件中亦是按上述逻辑裁判,该做法有利于一揽子解决纠纷。但笔者认为,施工解释一第43条规定的发包人仅指建设工程的建设单位即业主以及非经营型政府投资项目根据规定实行委托代建的代建单位,并未规定在层层转包、违法分包模式下,与实际施工人没有合同关系的上手转包人、违法分包人的欠付责任,不应进行概念位移,实际施工人无权要求突破合同相对性向其没有直接合同关系的转包人或者违法分包人对工程欠款承担付款责任。民法典第四百六十五条规定,依法成立的合同,仅对当事人具有法律约束力,但法律另有规定的除外。此处的法律应为狭义上全国人大及常委会制定的法律,突破合同相对性要求与实际施工人没有合同关系的转包人与违法分包人承担责任有违法之嫌。以存在两层转包、违法分包关系为例,如发包人已经将工程款全部支付给前手转包人、违法分包人,虽然工程款最终应归属于实际施工人所有,但是前手转包人、违法分包人依据与发包人之间的施工合同约定取得该工程款,违法分包人与后手转包人、违法分包人之间债权债务属于另一层法律关系,实际施工人仍应当坚持合同相对性,要求其有合同关系的前手转包人、违法分包人给付工程款,如前手转包人、违法分包人怠于主张到期债权,实际施工人有权以其造成损害为由提起代位权诉讼。

(二)实际施工人主张执行异议之诉的处理

这里讨论的执行异议之诉主要是指在借用资质、转包、违法分包情形下,出借资质人、转包人、违法分包人的债权人请求执行出借资质人、转包人、违法分包人在发包人处的工程款债权、借用资质、转包、违法分包的施工人以其系实际施工人为由主张排除强制执行。有观点认为,实际施工人有权主张排除强制执行,处理借用资质、转包、违法分包情形的执行异议之诉案件时,应坚持实质审查原则,审理中应当注意不能仅依据权利外观表象即作出裁判,否则将会使执行异议之诉制度目的落空,而且最高人民法院相关司法解释已经明确规定实际施工人有权直接向发包人主张工程款,可以推导出实际施工人系该工程款的真正权利人,其有权排除强制执行。但是另一种观点认为,实际施工人依据最高人民法院相关司法解释突破合同相对性直接向发包人主张工程款是法律在特殊情况下赋予的权利,但权利的行使应仅限于请求支付工程款领域,而不应当扩大到执行异议之诉案件之中。笔者认为,一方面借用资质、转包、违法分包的施工人身份认定应当仅限于建设工程施工合同纠纷案件中,在(案外人执行异议之诉中不宜对实际施工人身份进行认定,另一方面施工解释一第43条关于合同相对性的突破是以肯定各自之间的合同相对性为基础的,有条件的突破,在执行异议之诉中实际施工人不能突破合同相对性直接向发包人主张工程款,否则可能涉及发包人向实际施工人和承包人同时承担重复的工程款债务。退一步讲,即便认定发包人应当对实际施工人承担欠付责任,实际施工人对发包人享有的也仅是广义上的债权请求权,而且在发包人未实际支付前,该债权并未特定,实际施工人也不享有足以排除强制执行的民事权益。

(作者单位:最高人民法院 江苏省南京市鼓楼区人民法院)

建筑法苑

联系电话:021-63212799
真:021-63210873
地址:上海营口路588号18楼
邮编:200433
E-mail:652016115@qq.com
联系人:何梦吉

主 编:何梦吉 本 报 建 设 法 律 咨 询 服 务 工 作 室

因价格变动导致亏损,依据情势变更原则变更合同应当满足什么条件?

□李恩辉

双方在订立合同时由乙公司应承担相应建材价格变化的风险和收益的目的不符,故对乙公司要求撤销《建设工程施工合同》专用条款11.1条“市场价格波动是否调整合同价格的约定:不调整”的请求,不予支持。

2.二审法院认为: 本案中,甲公司为建设涉案工程,根据自己的经济状况确定了招标准的具体条件并公开进行招标,乙公司作为理性的、专业的建筑工程施工企业,理应知道其投标行为的法律后果。也即,在甲公司明确将涉案工程限定在造价1.5亿元的情况下,乙公司在投标时应当综合考虑相应的成本以及正常的商业风险,包括建筑材料价格上涨带来的商业风险,再决定是否投标以及以何种条件投标。其中,建筑材料的市场价峰值、谷值都应当成为乙公司确定是否投标以及以何种条件投标所应当考虑的因素,这些因素应当归入

其进行经营决策所应当考虑的商业风险的范畴。乙公司在对案涉施工过程中,建筑材料价格虽有上涨,但上涨幅度并未超过其市场价峰值,乙公司作为专业的建筑工程施工企业在投标时理应对此进行合理的预见,故本案中建筑材料价格的上涨属于乙公司应当承担的商业风险,而不属于当事人在签订合同时无法预见的客观情况,不符合法律规定的变更变更的条件。乙公司请求撤销《建设工程施工合同》专用条款11.1条关于市场价格波动不调整合同价格的约定,理由不成立,一审未予支持并无不当。

3.再审查法院认为:

案涉《建设工程施工合同》专用条款第11.1条约定,市场价格波动不调整合同价格,即市场价格上涨的风险由乙公司承担。合同签订后,市场价格确实因政策或市场环境的变化存在上涨的情况,但乙公司作为专业、理性的建筑工程施工

企业是在仔细研究了招标文件的全部内容并综合考虑相应的商业风险和成本变动后才向甲公司投标,其在明知案涉工程限定造价1.5亿元的前提下理应将建筑材料的市场环境以及价格变化纳入其是否投标以及如何投标应考虑的商业风险因素之中。 本案中建筑材料价格上涨属于乙公司在投标和签订合同时应合理预见的商业风险,且上涨幅度并未超过市场价峰值,因此不应适用情势变更原则的规定,原审适用法律并无不当,乙公司申请再审理由不能成立。

三、律师点评

适用情势变更原则必须同时符合以下条件:

一是客观情况的变化系当事人在订立合同时无法预见的;
二是客观情况的变化导致合同成立的基础发生异常变动,继续履行合同对

一方当事人明显不公平或者不能实现合同目的;

三是客观情况不属于正常的商业风险。

在界定变化事由的可预见性、是否显失公平以及是否属于正常的商业风险时,判断价格变化幅度是否高出历年行业价格波动的峰值,是关键的衡量标准之一。

本案中,甲、乙公司签订的施工合同中明确约定价格波动情形下不予调整,且材料价格上涨的幅度未达到市场价峰值,故法院认为本案物价的波动幅度属于乙公司应当预见到的商业风险,故不能适用情势变更原则进行调整。

对材料的提供方而言,为规避在后期待履行过程中因价格变动造成亏损的风险,在合同签订时,应当对于材料价格波动的幅度以及相应的调整进行约定,以便日后主张价差调整有据可依。在合同实际履行过程中,出现价格波动情形,受损企业应依据符合适用情势变更原则、存在可依据的地方性政策文件或存在可归责于对方的事由等方式主张价格调整,必要时可对因材料价格波动造成的损失申请鉴定。

(作者单位:建纬济南律师事务所)