

依法诊治工程总承包模式之“痛”

——固定价格风险的划分原则以及从投标开始的管控对策

□朱树英

工程总承包合同采取固定价格计价方式既顺应了工程总承包市场的需求，在政策上也为主管部门所鼓励。然而，工程总承包固定价格计价并非随插即用的万能钥匙，在工程扩大的初步设计（即扩初）及施工图设计尚未完成的前提下如何固定合同价格？用什么方式固定价格？由此产生的市场风险由谁承担？如何承担？以及承发包双方以什么原则来划分由此产生的风险？这些正是当前有关工程总承包模式在招标投标及合同签订的一系列重大热点和难点问题，也是被广大总承包人称为的“最大的痛点”。本文以发、承包双方选择工程总承包模式的利益诉求作为逻辑起点，从法律角度论证了《房屋建筑和市政基础设施项目工程总承包管理办法》（下称《总承包管理办法》）第15条所规定的双方风险划分，以及固定价格风险划分的适用原则，在此基础上，从总承包人视角深度探讨了始自招投标阶段的风险管控对策。

一、固定价格计价方式与工程总承包模式的关系

《总承包管理办法》第15条规定：“建设单位和工程总承包单位应当加强风险管理，合理分担风险。

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；
- （二）因国家法律法规政策变化引起的合同价格的变化；
- （三）不可预见的地质条件造成的工程费用和工期的变化；
- （四）因建设单位原因产生的工程费用和工期的变化；
- （五）不可抗力造成的工程费用和工期的变化。

具体风险分担内容由双方在合同中约定。

鼓励建设单位和工程总承包单位运用保险手段增强防范风险能力。”

该规定付诸实践的关键语在于“具体风险分担内容由双方在合同中约定”。从工程总承包合同“责任单一”的基本要求出发，发、承包双方应承担的风险明确具体，这很大程度是由于合同设定了固定价格引起的，采取固定价格方式招标正反映了发包人的利益诉求，也迎合了工程总承包模式的市场需求。

因此，理解发、承包双方基于何种利益诉求选择工程总承包模式，是讨论工程总承包计价方式前首先要讨论的问题，也是笔者行文的逻辑起点。这需要从工程总承包模式的概念和运行原则、工程总承包合同的主要计价方式类型，以及固定总价计价是工程总承包模式最重要的内生动力三个方面，以探讨固定价格计价方式与工程总承包模式的关系。

1. 工程总承包模式的概念和运行原则

关于工程总承包合同的基础概念，《总承包管理办法》第3条规定，工程总承包是指承包单位按照与建设单位签订的合同，对工程设计、采购、施工或者设计、施工等阶段实行总承包，并对工程的质量、安全、工期和造价等全面负责的工程建设组织实施方式，也即总承包人对合同履行全过程负总责。

从国内和域外推行工程总承包模式的实践来看，当建设工程项目发、承包人对确定价格、单一责任、质量保证和避免工期延误等目标具有较一般施工承包项目更强的诉求时，会倾向于选择与发、承包人签订工程总承包合同。从国际通行的2017版FIDIC银皮书“序言”中可以总结出工程总承包模式的基本运行原则，诸如：“确定的最终价格和确定的竣工日期十分重要”“业主对此类交钥匙项目，往往愿意支付更多、有时相当多的费用，只要确保不超过商定的最终价格”“承包商需要承担比红皮书和黄皮书规定的传统风险范围更广的风险责任”等；与此同时，2017版FIDIC银皮书归纳了三类不适用交钥匙工程总承包合同的情况。这些国际通行的原则解释了发、承包人为何选择交钥匙总承包合同，以及什么样的工程适合采用交钥匙总承包合同。

2. 工程总承包合同的主要计价方式类型介绍

一般来说，工程合同的计价方式包括总价合同、单价合同以及成本加酬金合同三种类型，固定价格与可调节价格的区分和界限，可以作为特定价格方式（无论总价合同还是单价合同）下是否允许调价来讨论。

以1999版FIDIC合同条件下使用最广的三类合同条件——红皮书（Conditions of Contract for Construction）、黄皮书（Conditions of Contract for Plant and Design-Build）和银皮书（Conditions of Contract for EPC/Turnkey Projects）为例，红皮书合同条件多采用固定单价方式，期中付款和最终付款的金额，将按工程量测量，采用工程量表中的费率和价格进行计算。黄皮书合同条件多采用固定总价方

式，即“合同价格应为总额中标合同金额，并应 按 照 合 同 进 行 调 整”（A.14.1）；同时，黄皮书第14.1条【合同价格】第2款又规定：“但如果工程的任何部分是按照提供的数量或已完成的工作进行支付，计量和估价应按专用条件中的规定进行。应相应确定合同价格，并按照合同进行调整”，据此，黄皮书合同条件下的承包商一定程度上可以基于已完工作按照专用条件约定主张固定总价之外的价款。银皮书合同条件同样采用固定总价合同，但其14.1条【合同价格】并无承包商有权就已完工作按照专用条件规定获得额外支付的约定。相比较而言，黄皮书与银皮书均采用固定总价合同，且合同价格都可以基于合同规定调整，二者差异的根源取决于承包商对实现工程目的（Purpose of Project）所具有的单一性、整体性的责任程度。

3. 固定总价计价是工程总承包模式最重要的内生动力

一定程度上，固定总价计价足以成为促使发、承包双方达成总承包合意最重要的内生动力。相比于传统的施工总承包模式，在工程总承包模式下，承包人对项目执行具有更大的自主权，对项目收益抱有更高的期待，但同时也面临着更加复杂和不可预见的风险。而发、承包方人则能够通过固定总价计价，来规避项目的概（预）算控制，并采用“限缩承包商变更权利”和“对承包商优化方案产生的收益进行利益分成”两种侧重不同却殊途同归的方式，来鞭策和调动发、承包人在设计、采购、施工、运维等各个阶段中优化实施方案的积极性。双方存在着商业利益诉求方面的制衡，并以此为基础达成法律意义上的合意。

通过前述发、承包双方在工程总承包合同项目招投标、工程实施、运行维护等各个阶段对于工程价格相关的利益在实体和程序方面进行的攻防努力，不难看出受到双方时刻处于一种既对立又统一、即合作又对抗的矛盾体当中：一方面，按照约定的里程碑实现工程目的（Fit for Purpose），对双方都具有现实利益，这足以引导双方在项目实施过程中着眼主要矛盾，而在不影响核心利益的细节上总体保持合作的姿态；另一方面，发、承包双方毕竟分属总承包商业模式的两端，发、承包双方按照既定合同总价完成符合发、承包双方要求的工程，而承包商则对降低工程建设成本并获得价外补偿具有更多期待。不同的诉求无疑会导致双方在合同细节较传统施工总承包更加严密，在“发、承包要求”更加具体的总承包合同中，围绕发、承包要求的变更展开的索赔、调价等关键的价格影响条款，进行“喋喋不休”的争论。

二、从《总承包管理办法》第15条规定看固定价格风险划分的适用原则

《总承包管理办法》第4条明确规定“工程总承包活动应当遵守合法、公平、诚实守信的原则，合理分担风险，保护工程质量和安全，节约能源，保护生态环境，不得损害社会公共利益和他人合法权益。”该办法第15条规定正是体现了这些基本原则，对于固定价格风险划分的原则主要体现在：诚信和等价有偿原则、实事求是原则、价格波动范围风险系数同时设定原则，以及明确风险系数外价格调整的计价原则。

1. 适用承包范围计价的公平即等价有偿原则，结合工程总承包的设计、采购、施工等承包范围分别明确价格

（1）诚信和等价有偿原则在《总承包管理办法》第15条中的体现。等价有偿是调整市场经济生活交易的一项规则，在交易过程中强调商品的价格与价值要相匹配。原《民法通则》第4条规定了等价有偿原则，与公平原则相并列。等价有偿原则在《民法典》第1章所规定的六项基本原则中被诚信原则吸收。根据诚信原则，总承包合同各方当事人在签订合同时，在强调契约自由和意思自治时，还应当遵循公平原则来合理确定各方的权利和义务。

工程总承包合同通常履约期限比较长，标的额比较大，且涉及的法律关系和权利义务内容比较复杂，如果合同中所设置的各方的权利和义务严重失衡，则在较长的合同履行期内很可能导致一方无法正常顺利履行完合同，并最终导致双方因合同无法顺利履行而遭受损失，引起争议和纠纷。为此，《总承包管理办法》第15条规定基本与诚信和等价有偿原则，在总则第4条确立了工程总承包活动遵循公平原则，并基于此设定合理分担风险的基本原则。

例如，在笔者本人全程参与代理的由上海市高级人民法院二审的一起涉外工程总承包质量纠纷案件〔（2020）沪民终548号〕中，二审法院支持了笔者代理的总承包人一方提出的部分上诉请求。通过复盘二审法院支持的四个改判细节，不难发现，改判的依据均与工程总承包项目的责任分配的公平原则和实事求是处理合同计价模式有关，例如：总承包人主张一审判决遗漏计算土建工

程设计及咨询费用300万元，并要求将其计入已完工土建工程的工程款的意见，二审法院予以采纳；总承包人主张土建工程前期工程费用527万元遗漏计算，二审法院予以确认；成套设备设计费用未纳入成套工程造价鉴定范围，所以总承包人主张一审判决遗漏该成套设备设计费并要求将其计入合同无效的损失一并处理的意见，二审法院予以采纳；总承包人主张设计变更部分的费用及税金，二审法院予以采纳等。该案二审改判反映了法院在审理工程总承包案件时高度重视诚信、公平原则和实事求是原则。

（2）工程总承包项目费用组成的法律渊源

固定总价是工程总承包项目较多采用的计价方式。采用总价合同的，除合同约定可以调整的情形外，合同总价一般不予调整。发、承包人可以依据合同中约定工程总承包计量规则和计价方法。依法必须进行招标的项目，合同价格应当在充分竞争的基础上合理确定。

根据《总承包管理办法》第3条规定，工程勘察未被规定在工程总承包范围中，但我国《建筑法》第24条第2款规定，“建筑工程的发包单位可以将建筑工程的勘察、设计、施工、设备采购一并发包给一个工程总承包单位，也可以将建筑工程勘察、设计、施工、设备采购的一项或者多项发、承包工程总承包单位”，住建部2018年12月发布的《房屋建筑和市政基础设施项目工程总承包计价计量规范（征求意见稿）》在费用组成中也包括了勘察费。因此当事人通过招标投标，在工程总承包范围内包括了勘察、详细勘察或者补充勘察等内容也并无不当，只是工程总承包项目的费用组成应按合同约定的勘察工作内容计价。

（3）发、承包双方应结合工程总承包的设计、采购、施工承包范围明确相应的价格。

在工程总承包模式下，承包人对项目执行具有更大的自主权，但同时也面临着更加复杂和不可预知的风险。在工程发、承包之初，发、承包应根据发、承包人在招标文件中明确的发、承包要求提出报价，结合自身工程总承包经验，在综合考虑项目设计、采购和施工组织方案及收益、风险模型的基础上进行报价。

基于承包人在工程总承包模式下的报价方式，工程总承包总价不同于普遍存在于施工总承包模式中的据实结算方式。在工程总承包模式中，发、承包一般会追求合同价格的确定性，要求合同价格为固定价格。在总承包合同模式下，承包人在工程中的角色定位和收益、风险分担决定了发、承包人可以获得合同价外变更补偿的范围较传统施工总承包合同模式下的变更补偿范围大大限缩。双方对工程变更的争议，更多集中在发、承包指令或批准的发、承包要求改变是否构成变更的定性方面，变更争议的发生节点相较施工总承包模式下的变更而言大大提前，并且贯穿于项目执行的始终。

2. 贯彻实事求是原则，初步设计或项目建议书能够固定范围的工程宜采用固定总价计价模式，不能固定的可采取清单等固定单价计价模式

（1）工程总承包合同适用固定价格计价方式的规范依据及条款设置。工程总承包合同适用固定总价计价方式，离不开宏观层面上的规范依据，以及微观层面上在具体合同中规制双方权利义务条款的设置。

第一，宏观规范依据层面，以房屋建筑和市政基础设施领域规范为例，工程总承包项目对于适用固定总价计价方式具有制度规范层面的依据，主要包括：

《总承包管理办法》第16条规定：“企业投资项目的工程总承包宜采用总价合同，政府投资项目的工程总承包应当合理确定合同价格形式。采用总价合同的，除合同约定可以调整的情形外，合同总价一般不予调整。”

国家住房和城乡建设部印发的《房屋建筑和市政基础设施项目工程总承包计价计量规范（征求意见稿）》第3.1.5款规定：“建设项目工程总承包应采用总价合同，除合同另有约定外，合同价款不予调整。”

由国家住房和城乡建设部和国家市场监督管理总局联合制定的《工程总承包合同示范文本》（GF—2020—0216）（下称2020版《总承包示范文本》）第14.1.1款规定：“除专用合同条件中另有约定外，本合同为总价合同，除根据第13条[变更与调整]，以及合同中其他相关增减金额的约定进行调整外，合同价格不做调整。”

第二，微观条款设置层面，在通行的工程总承包合同条件中，已经形成以合同价格条款为主线，以变更机制、调价公式、索赔机制等主要价格调整条款为调整路径的基本条款设置方式。

2020版《总承包示范文本》在14.1款【合同价格形式】中约定了固定总价方式，第13条【变更与调整】条款作为

整个合同条件中最重要的价格调整条款之一，将在合同执行过程中对修正最终确定的合同价格发挥作用。在2020版《总承包示范文本》中，变更条款不再列举变更的范围，只是在“变更”的定义中作了概括式规定，“经指示或批准对《发、承包要求》或工程所做的改变”；在变更条款中，合同条件更注重对变更程序进行详细约定。相应地，该版示范文本在附件部分加入附件1——“发、承包要求”，鼓励发、承包人在招标阶段就开始基于功能性基础描述设计原则和生产设备基础设计编制详尽的发、承包要求及承包人工作范围，作为后续认定变更时的基础参照。

（2）总承包合同固定总价计价的前提及其应用限制

工程总承包模式意在将设计、施工深度融合，提高工程建设效率，虽然国际惯例一般采用总价形式，但是也并非必须采用。国内建设项目投资资金大量源于政府投资，政府投资项目更强调财政预算资金使用的效率和安全，受到多部法律、法规及其他规范性文件的要求，其价格形式的确定需要符合多方面的规定和要求。在项目性质和发、承包阶段不具备明确价格构成的情况下追求固定总价，可能导致发、承包难以在约定的价格范围内实施项目或者可能导致财政预算资金的浪费，既可能产生发、承包双方履约的各种争议和纠纷，又可能产生政府部门内部投资控制不力的追责。

因此，对建设内容明确、技术方案成熟的项目，在发、承包时双方可以比较客观合理地测算合同价格，具备采用固定总价包干的方式进行承、发、承包的条件和基础。如果在发、承包时建设内容尚不明确、技术方案尚不成熟，在发、承包时双方均无法比较客观合理地测算合同价格，就采用固定总价包干的方式进行发、承包，在所约定的固定总价与完成工程的实际成本加合理利润偏差严重的情况下，将会导致双方的权利义务严重失衡。

（4）固定总价计价在实践中的适应性处理

建筑工程施工发、承包价在政府宏观调控下、由市场竞争形成的价格。根据2014年住建部发布的《建筑工程施工发、承包计价管理办法》，确定合同价款的方式主要包括：单价方式、总价方式、成本加酬金方式三种方式。

工程总承包项目因为包括设计、采购、施工等多个阶段，《总承包管理办法》对其发、承包阶段作出明确要求：采用工程总承包方式的政府投资项目，原则上应当在初步设计审批完成后进行工程总承包项目发、承包，采用工程总承包方式的企业投资项目，应当在核准或者备案后进行工程总承包项目发、承包。即工程总承包项目一般是在方案设计或者初步设计之后发、承包，由此导致工程发、承包时设计未达到施工图深度，不能采用常规施工总承包模式下的报价模式。

实践操作仍然不断在探索工程总承包模式下的计价，例如，2018年的住房城乡建设部办公厅《关于征求房屋建筑和市政基础设施项目工程总承包计价计量规范（征求意见稿）意见的函》第3.1.5款对总价计价方式作出适应性规定：“建设项目工程总承包应采用总价合同，除合同另有约定外，合同价款不予调整”；《总承包管理办法》第16条规定对企业投资项目和政府投资项目工程总承包合同价格形式作了区别规定；又如，2021年3月15日起实施的《杭州市房屋建筑和市政基础设施工程总承包项目计价办法（暂行）》第15条规定：“工程总承包合同宜采用总价合同，但因工程项目特殊、条件复杂等因素难以确定项目总价的，也可采用单价合同或成本加酬金的其他价格合同形式。”因此总价模式并非适用于所有的工程总承包项目，属于固定价格范畴的单价模式仍有很大的适用空间，实践操作也正在不断探索完善固定总价和固定单价相结合计价模式。

3. 价格波动幅度和固定价格风险系数同时设定原则

目前法律层面并未对固定价合同及其如何操作有明确规定，主管部门对于工程造价的文件主要包括部门规章、规范性文件和国家规范，也未直接采用“固定价”的表述方式。

固定价作为一种约定俗成的计价模式，工程实务中运用广泛，目前实践中主要包括固定总价和固定单价两类固定模式。根据《建设工程价款结算暂行办法》（财建[2004]369号）第8条规定，固定总价：合同工期较短且工程合同总价较低的工程，可以采用固定总价合同方式；（2）固定单价：双方在合同中约定综合单价包含的风险范围和风险费用的计算方法，在约定的风险范围内综合单价不再调整。风险范围以外的综合单价调整方法，应当在合同中约定。

根据《总承包管理办法》第15条“（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”的规定，无论是

单价合同还是总价合同，其都是在约定的风险范围内的价格不进行调整，但对约定的风险之外的价格可以进行调整。因此，固定价的本质是在签订合同时发、承包人和发、承包人均约定，合同履行过程中发生的约定范围内的风险由发、承包承担，价格波动范围风险系数的设定与固定价计价的本质不相矛盾。

4. 明确风险系数外价格调整应予以价原则

在总承包项目中，风险系数外的价格调整主要指市场价格波动引起的调整。以2020版《总承包示范文本》为例，根据示范文本第13.8.1项规定，合同当事人可以对工程主要材料、设备和人工价格与招标时基期价相比波动的幅度以及价格调整方式进行约定。约定后，双方在发生价格波动时按照约定的方式进行调整；第13.8.2项建议双方当事人将部分主要材料、工程设备、人工价格等双方认为应当根据市场价格调整的费用列入附件6[价格指数权重表]中，并在专用合同条件中约定采用附件6所列《价格指数权重表》；对于未列在《价格指数权重表》中的费用，双方无权要求作价格调整。

发、承包人和发、承包人中任何一方不能想当然地认为总承包合同条件中存在调价条款和条件支付，其利益就会在发生市场波动时得到保障。价格调整的相关风险与合同双方在合同附件《价格指数权重表》的取值，特别是公式中定值“A”和各项变值权重密切相关。双方在签署总承包合同时，应重视附件《价格指数权重表》的编制，本着公平原则，根据项目实际情况，确定定值和各项权重。

三、从发、承包视角看始自招投标阶段的过程管控对策

工程总承包固定价格计价方式蕴含的风险始自招投标阶段，并贯穿于项目整个生命周期中。从发、承包人的视角而言，应从招标阶段开始，充分利用澄清权利，从“发、承包要求”不明确、不清晰的问题着手，将对计价方式约定可能造成影响的事宜澄清于风险萌芽阶段。

1. 充分利用发、承包人可以要求澄清的权利，在投标阶段向招标人发送详尽的澄清清单

（1）投标澄清在总承包合同中占据重要地位。

以《总承包示范文本》第1.5款【合同文件的优先顺序】为例：组成合同的各项文件应互相解释，互为说明。除专用合同条件另有约定外，解释合同文件的优先顺序如下：

- 合同协议书；
- 中标通知书（如果有）；
- 投标函及投标函附录（如果有）；
- 专用合同条件及《发、承包要求》等附件；
- 通用合同条件；
- 发、承包建议书；
- 价格清单；
- 双方约定的其他合同文件。

整体分析《示范文本》合同协议书规定的合同文件构成，示范文本从大的主体组成部分来看，依次是：合同协议书、招标文件（投标函背书）以及作为招标文件核心的《发、承包要求》等附件及通用合同条件、投标文件（含投标澄清）、其他文件。在总承包合同主要构成文件中，投标澄清占据重要地位，优先性仅次于合同协议书和招标文件。

（2）投标澄清应当充分、及时、明确，并符合程序完备性

鉴于投标澄清的重要性，发、承包应组织各相关部门和人员从设计、采购、施工、运行等各个环节对口审查发、承包初步设计文件的合理性和准确性，针对其中错误、遗漏、适用标准不符等问题，尤其是涉及成本造价的问题及时要求澄清。

投标澄清的效力同样取决于澄清程序的完备。例如，在电子招标投标过程中，发、承包应当尽可能使发、承包人对关键环节的文件使用电子签名并存档。

2. 澄清从“发、承包要求”不明确、不清晰的问题着手

（1）作好澄清，首先要理解“发、承包要求”的法律涵义和基本体例。

“发、承包要求”也称“雇主要求”，源于国际工程通用合同文本中的表述。国内最早提及“发、承包要求”的是发改委等九部委2012版《中华人民共和国标准设计施工总承包招标文件》。《总承包管理办法》第9条对“发、承包要求”的内容作出明确规定。2020版《总承包示范文本》将“发、承包要求”置于关键位，附件1《发、承包要求》为满足合同约定明确的要求，对于示范文本中提到的发、承包要求予以了明确，体现为十一项具体要求。

发、承包要求从根本上来说，是合同实质性内容，指向合同目的，是预期目的或者常规目的的细化。从发、承包角度发、承包要求，其实质就是发、承包履行合同的义务。关于发、承包要求的重要性，在河南省高级人民法院（2019）豫民初27号案件中即得到了较为充分的体

现，根据该案件民事判决书的裁判意见，工程总承包发、承包人对工程承包范围及内容发生变化承担举证责任，若仅涉及设备及材料增加，没有证据证明项目功能明显超越合同约定的功能的，对发、承包要求增加费用的主张不予支持。

（2）理解澄清目的——基于对发、承包要求的错误、失误责任分担的分析

发、承包要求应基于我国法规制度对于发、承包要求错误、失误的责任承担的相关规定理解澄清的目的。发、承包要求的具体范围规定在《总承包管理办法》第9条之中。关于发、承包要求错误的责任承担则主要见诸以下条款：《政府投资条例》第9条第2款规定：“项目单位应当加强政府投资项目的前期工作，保证前期工作的深度达到规定的要求，并对项目建议书、可行性研究报告、初步设计以及依法应当附具的其他文件的真实性负责”；2020版《总承包示范文本》通用合同条款第1.12条规定：“发、承包要求应尽早认真阅读、复核《发、承包要求》以及其提供的基础资料，发现错误的，应及时书面通知发、承包要求人更正。发、承包要求人作相应修改的，按照第13条[变更与调整]的约定处理。《发、承包要求》或其提供的基础资料中的错误导致发、承包要求人增加费用和（或）工期延误的，发、承包要求人应承担由此增加的费用和（或）工期延误，并向发、承包要求人支付合理利润”；以及《总承包管理办法》第16条关于发、承包要求承担的主要风险的规定。

3. 履约过程中发现的应澄清而未澄清的事宜，可按发、承包要求人要求的变更办理签证和索赔手续

（1）完善的变更签证和索赔手续，是发、承包要求人获得固定价外付款的前提。

变更程序发、承包要求人提出变更并向发、承包要求人发出变更指示。实务中，在工程总承包模式下，可能会发生发、承包人在审核发、承包要求人提交的设计文件或设备文件时，并不向发、承包要求人发出变更指示，而是基于招标文件中的设计前端文件，对发、承包人的详细设计文件或设备文件提出修改意见的情形。当发、承包要求人认为发、承包人的修改意见构成变更的，发、承包要求人应援引索赔条款及时向发、承包要求人发出索赔通知，最大限度保留索赔的权利。

（2）注意变更与索赔的竞合条款

对于发、承包双方，特别是发、承包而言，应注意变更和索赔条款的竞合。当发生因变更导致的索赔事件时，合同双方应该结合变更条款和索赔条款的程序性和实体性规定做好合同履行，为索赔和反索赔做好铺垫。

4. 澄清而未澄清造成计价约定不明的，按《民法典》第511条规定处理

《民法典》第10条规定：“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，但是不得违背公序良俗。”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。”习惯已经被民法典正式纳入法源之一，以上关于合同补充的规定，确立了首先文义解释的规则，其次按照习惯解释的规则。

《民法典》第511条规定了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情形下，应当适用的六项原则。在适用《民法典》第510条合同补充（解释）条款无法解决合同约定不明的问题时，就需要启动《民法典》第511条推定条款。

建设工程合同司法解释中也有类似规定，例如，当、发、承包双方对工程计价标准、方法或者价款存有争议时，可以适用《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）》第19条的相关规定。

综上所述，对于工程总承包合同固定价格风险划分原则的理解，要以发、承包人和发、承包人选择工程总承包模式的诉求作为逻辑起点，以总承包领域的法规制度、示范文本为适用依据。建议发、承包双方以《总承包管理办法》第15条为基础，公平、合理分配工程总承包固定价格计价方式蕴含的风险，并从投标开始即作好相关过程风险管控。

建筑法苑

主 编:何梦吉

本报建设法律

咨询服务工作室

联系电话:021-63212799

传 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