

固定总价合同中常见法律问题分析及防范建议

□高小琦 赵佳佳

固定总价合同被广泛应用在建筑行业，工程结算时该类合同往往争议较大，故本文对建设工程施工合同纠纷中固定总价合同常见的法律问题、作简要分析并提出防范建议。

一、概述

《建筑工程施工发包与承包计价管理办法》(2013年住建部令16号)第13条规定了建设工程价款的计价方式有三种，具体包括工程量清单计价方式、总价方式、成本加酬金方式。其中的固定总价计价方式由于总价“包死”，故如发标人不存在改变施工内容的情况，合同约定的工程价款即为双方最终的结算价。

实践中，因固定总价合同对于简化工程过程量及固化投资目标具有一定优势在建筑领域被广泛应用。但这类计价方式在工程结算时往往争议较大，作者通过大数据检索了解到，固定总价合同案件在建设施工合同纠纷中呈逐年递增趋势，因此，全面分析固定总价合同中常见的法律问题具有深远意义。

二、固定总价合同的适用范围

《建筑工程施工发包与承包计价管理办法》第13条规定了发标人及承包人在确定合同价款时，应考虑市场环境变化及人工、材料、机械等工程造价重要组成部分出现价格波动对合同价款的影响。较小的建设规模、较低的技术难度、工程建设工期较短的，发标人可以固定总价方式确定合同价款。以下情况可考虑采用固定总价计价方式：

(一) 工程范围清楚明确。工程设计比较详细，图纸完整、清楚、详细，招标文件以及合同中须有明确的工程范围，承包人依设计图纸进行具体的工程量计算。

(二) 工程量小、工期短，工程实施过程中市场环境(特别是物价)变化小，施工条件稳定，与招标文件说明无明显差异。

(三) 工程结构、技术简单，很少或不采用新技术、新工艺，风险较小，报价估算易。

(四) 工程较为复杂但投标期限相对宽松，承包人可以对现场作详细调查，有充足的时间复核工程量，分析招标文件，拟订施工计划。

在司法实践中，80%以上的建设工程合同纠纷案件中，当事人约定计价方式为固定总价，并不区分上述适用范围。这是因在实践中，对于发标人来

讲，该价款确定形式节省了大量的计量核价工作，从而能集中精力抓好工程进度和施工质量。而对于承包人来说，之所以大多采用固定总价的方式，是由于我国建筑市场管理不到位，导致承包人尤其是实际施工人通过各种方式偷工减料，降低施工成本，从而获得最大利润。

三、固定总价合同在诉讼过程中常见的法律问题

(一) 固定总价合同工程价款鉴定中的常见问题。

在承发双方就工程款结算价款无法达成一致意见时，通常只能委托鉴定。《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(二)》中有多个条文对工程鉴定进行规范，可见在建设工程案件中，司法鉴定在案件审理过程中的地位不可忽视。

对于固定总价合同而言，固定价款是合同总价或单价在合同约定的风险范围内不可调整的价格。双方合意通过合同对工程价款的确定形式为固定总价，表明双方对施工过程中可能存在的风险是有预见性的，且已考虑合同履行过程中可能引起价格变动的诸多因素，故应当尊重当事人的意思自治。如无发生合同修改及变更等情形导致工程量发生变化时，应以合同约定的包干总价结算工程价款，任何一方当事人提出对工程造价进行鉴定的，不管是基于什么样的理由，都不应予以支持。

(二) 固定总价合同结算价款的调整。

1. 固定总价合同中已完工程价款的调整。
固定总价合同签订后，原则上如发标人不改变合同施工内容，合同约定的价款即为发标人、承包人双方最终确定的结算价款，但在实际履行过程中，由于工程内容发生变化或者发标人使用要求发生重大变化并重新修改图纸，导致工程量变化，或由于建筑材料价格发生异常波动等一系列原因，将导致结算价格需要做出调整，具体包括以下几方面：

(1) 材料价格上涨对固定总价合同价款的影响。

固定总价合同履行中，对于出现建筑材料价格大幅上涨的情况，现暂无法规定建筑材料价格上涨时发、承包双方之间的风险分担，司法实践中也仅有少数地区的高院出台指导意见，譬如

《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》《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若干疑难问题的解答》认为，对于固定总价合同履行过程中材料价格发生重大变化“超出正常市场风险范围”的，合同约定优先，无约定或约定不明的酌情调整工程价款，具体数额可以委托鉴定。

实践中，当事人更多的是以地方政府部门发布建筑材料价格管控的指导意见或规范性文件作为索赔依据，但是，地方行业主管部门的规范性文件在司法实践中能否突破固定总价的合同约定，存在争议，解决该纠纷时各地法院的观点并不统一。有的法院倾向认为，合同已经明确约定材料上涨不能调价的，应当尊重当事人的意思自治，不能依据地方行业主管部门出具的规范性文件突破合同约定；有的法院则倾向认为，可以参照地方主管部门规范性文件认定建筑材料上涨是否超出“正常市场风险”，再结合鉴定机构出具的鉴定意见，结合公平原则调整材料价差。

(2) 设计变更对固定总价合同价款的影响。
工程进行过程中，因发标人要求或发标人批准，发生工程增、减、取消或施工工艺、顺序、时间发生改变或设计图纸修改等都会引起设计变更，相应的工程范围、施工要求、施工措施、施工标准等均可能发生变化。此时，结算中是否突破固定总价的约定成为双方争议的焦点。对此，《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》、北京市高级人民法院及江苏省高级人民法院均有相关规定，即固定总价模式下，如在工程范围内对工程进行变更，承包方因设计变更要求增加工程价款的，对承包方的请求可以支持，且对该增减部分工程价款的计算，根据《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》第十六条规定，当事人不能协商一致，可以参照合同约定的计价方法和标准进行结算，无法参照约定标准结算的，可参照工程所在地建设行政主管部门发布的计价方法或者计价标准进行计算。

(3) 漏项对固定总价合同价款的影响。

a) “固定总价+工程量清单”的组合，在一定情况下可以突破固定总价限制

制

虽然发承包双方签订的是固定总价合同，但如双方采取的是工程量清单报价方法，此时，合同约定的工程价款系与工程量清单所涉工程量相对应，合同范围应解释为工程量清单中的工程项目与工程量，如出现漏项，应调整工程价款。

b) “固定总价合同+施工图”的组合，应按照合同约定不再调整工程款。如以施工图确定固定总价合同的工程范围，在未有设计变更、增减工程量的情况下，即使漏项也不再调整工程价款。

c) “固定总价合同+施工图”，但合同签订时施工图不能显示所有施工范围，在没有其他结算依据的情况下，可以参照定额标准据实结算。

实践中情况较复杂，由于固定总价与投标图纸确定的工程量相对应，但有些三边工程，当事人在签订合同做工程预算时没有图纸或只有非常简单的草图，施工时才拿到经过设计审查的施工图，两个图在工程量、质量标准上差别很大，甚至在某种程度上已不再是同一个工程，此时还坚持按照合同约定的固定总价结算工程款既缺乏依据，也显失公平，在没有其他结算依据的情况下，可以参照定额标准据实结算。

2. 固定总价合同中未完工程价款的调整。

在合同约定的施工内容尚未完成施工合同即被解除或终止履行的情况下，如果当事人约定的总价包干的，则难以简单套用合同约定的总价标准计算工程价款。现行法律、法规、司法解释并未对此做出规定。对此，最高人民法院、各地法院裁判观点尚未统一，具体分为以下三类：

(1) 以合同总价款按“比例法”计算已完工程价款。

对未完工程价款金额计算方式应当通过比例法计算得出合同约定的计价标准，再按照该标准确定未完工程价款，北京市高级人民法院、江苏省高级人民法院及广东省高级人民法院亦持该意见。

对于未完工程的结算，采取“比例法”求得约定计价标准作为结算依据，有利有弊。这种方法的好处在于比较公平，且可以防止当事人通过恶意违约获取利益。一方面，在工程未完工的情况下，已完成部分属于合同约定范畴，理

应按照合同标准计算工程款。另一方面，如果对未完工程以定额标准计算工程价款，由于定额标准普遍高于合同标准，在采取“总价款(按合同约定)-未完工程款(按定额)”的方法时，则实际完成部分的工程款受到挤压，可能诱使发标人在履行过程中恶意解除合同，以达到少支付工程款的目的；如果直接按照定额确定已完工部分的工程价款，则会导致承包人所得工程款高于合同约定标准，甚至出现工程未完工，而承包人获得的工程款超过全部完工的情形。这种方法弊端在于：如果在建设工程中，直接建设行为之外的开支过大，如措施费、临时设施等，则采取比例法对承包人不够公平。

(2) 以工程量按“比例法”计算已完工程价款。

固定总价合同未履行完毕即解除的，计算出实际施工部分的工程量占全部工程量的比值，再以该比值按照合同约定的固定价格计算出已完工部分的工程价款。山东省高级人民法院及四川省高级人民法院均持以上观点。

(3) 综合考虑案件事实，确定最终采用何种方式确定未完工程的造价。

该种确定工程价款的方式中，最具代表性的为最高人民法院作出的(2014)民一终字第69号公报案例。该案例中分析了司法实践中三种工程价款的确定方式，认为对于约定了固定价格的建设工程施工合同，双方未能按照合同约定履行，导致合同解除的，在确定工程价款时，既不能片面地依据政府部门发布的定额标准计算工程价款，也不应直接以合同约定的总价与全部工程预算总价的比值作为下浮比例，再以该比例乘以已完工程预算价格的方式计算工程价款，而应综合考虑案件实际履行情况，特别需要注重双方当事人的过错和司法判别的价值取向等因素进行确定。

3. 固定总价合同价款的约定无效或被撤销时的结算。

如合同中对固定价的约定无效或被撤销的，此时对工程价款的结算，有观点认为，应根据《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》第2条中有关无效合同的规定处理，即建设工程施工合同无效，但工程竣工验收合格，承包人请求参照合同约定支付工程价款的，应予支持。另一观点则认为，该观点不成立。主要原因为如按照该规定处理，实

际上违反了《中华人民共和国招标投标法》第33条投标人不得以低于成本的报价竞标，也不得以他人名义投标或以其他方式弄虚作假，骗取中标的规定。对于此类情形，应当按照《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》第16条第2款的规定进行处理，即可参照签订合同时当地建设行政主管部门发布的计价方法或计价标准工程价款。

笔者认为，固定总价合同的签订是双方达成合意的结果，应当尊重当事人的意思自治，即使合同无效，也应参照合同约定支付工程价款。如果在合同无效后允许承包人可以参照签订合同时当地建设行政主管部门发布的计价方法或者计价标准结算工程价款，则可能发生承包人为追求利益最大化从而恶意主张合同无效不按照合同约定标准进行工程款结算，该行为有违诚实信用原则，同时不利于规范建筑市场。

四、固定总价合同的法律风险防范建议

(一) 固定总价合同投标过程中的法律风险防范建议

以工程量清单报价时，仔细审查招标文件，认真核对施工图纸。如计算出招标“漏项”时，应当及时向发标人提出疑问。否则，一旦错误计算工程量，工程量计算不准确或漏项的风险可能由承包人承担。

(二) 固定总价合同合同签订时的法律风险防范建议

1. 个别复杂的大型工程项目，发标人以工程量清单计价又签订固定总价合同的，已经完全背离了主管部门推行工程量清单计价的初衷。对此，笔者建议，建设工程项目中应严格适用固定总价的条件及范围，对于前期设计、地勘不到位、施工图纸不完善、技术方案复杂、工期较长的项目，不宜采用固定总价合同。

2. 固定总价合同中应明确风险范围、价格涨跌的处理方式以及调整工程量时单价的确定方式和范围，避免承包人承担“无限风险”。

(三) 固定总价合同施工过程中的法律风险防范建议

如实际施工过程中，出现施工图纸与招标图纸不一致的情形，承包人应及时提出工程变更签证，保留相应的证据。作者单位：上海市建纬(郑州)律师事务所律师

湖南高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

一、建设工程施工合同纠纷案件专属管辖的范围应如何理解？

下列案件，由建设工程所在地人民法院管辖：

(一) 建设工程施工合同纠纷、装饰装修合同纠纷、建设工程价款优先受偿权纠纷、建设工程监理合同纠纷、农村建房施工合同纠纷，建设工程分包合同纠纷及建设工程劳务分包合同纠纷。(二) 建设工程勘察合同纠纷、建设工程设计合同纠纷。(三) 工程款债权转让、债务人与受让人因债务履行发生的纠纷。(四) 建设工程总承包合同纠纷。

二、建设工程施工合同中仲裁条款涉及管辖等相关问题应如何认定？发标人与承包人在建设工程施工合同中约定仲裁条款的，除非实际施工人表示认可或表示受发标人与承包人之间的仲裁条款约束，否则仲裁条款仅对合同双方具有约束力。实际施工人、合法分包人起诉承包人或直接起诉发标人的，人民法院应当受理。如果本案诉讼需要以发标人与承包人之间的仲裁结果作为依据的，可中止审理，待仲裁程序结束后再恢复审理。人民法院对已为仲裁机构的生效裁决所确认的事实应根据《最高人民法院关于民事诉讼证据的若干规定》第十条之规定予以认定。实际施工人、合法分包人与承包人约定了仲裁条款，又以发标人为被告提起诉讼的，不予受理，已经受理的，裁定驳回起诉。实际施工人、合法分包人与承包人之间的仲裁已终结后，又起诉发标人的(包含发标人与承包人在建设工程施工合同中亦约定了仲裁条款情形)，人民法院应当受理。

三、未经招投标签订的建设工程施工合同的效力如何认定？当事人以建设工程未经招投标程序主张签订的建设工程施工合同无效的，除符合《中华人民共和国招标投标法》第三条规定及国家发展和改革委员会2018年6月1日施行的《必须招标的工程建设项目规定》(中华人民共和国国家发展和改革委员会令16号)、2018年6月6日施行的《必须招标的基础设施和公用事业项目范围规定》(发改法规规[2018]843号)的相关规定必须招标的项目外，不予支持。

四、签订中标通知书后未正式签订建设工程施工合同时合同是否成立？招

标过程中承包人与发标人签订中标通知书，承包人或发标人拒绝与对方签订正式建设工程施工合同文本的，此时应视为双方之间建设工程施工合同未约定合同成立。

五、发标人未取得建设工程规划许可证及建设工程规划许可证时如何认定合同效力？存在多次诉讼，发标人在本次起诉前取得建设工程规划许可证等审批手续的，可以认定建设工程施工合同有效。

六、发标人与承包人之间的承包合同无效是否必然导致分包合同也无效？发标人与承包人之间的建设工程施工合同无效，不必然导致分包合同无效。若承包人将部分工程分包给有资质的施工方，则分包合同有效，除非案涉工程本身存在违法性，如未取得建设工程规划许可证、建设工程用地规划许可证、案涉工程被认定为违法建筑等情形。

七、如何确定“黑白合同”中作为结算依据的合同？中标合同有效，以中标合同作为结算依据。中标合同与其他合同均无效的，以实际履行的合同作为结算依据。无法区分实际履行的合同的，以后签订的合同作为结算依据。招标人与中标人另行签订的建设工程施工合同约定的实质性内容与中标合同不一致的，应以中标合同作为结算依据。但因客观情况发生了招投标文件难以预见的变化而另行签订的除外。

八、当事人已达成结算协议后又以合同无效反悔应如何处理？当事人就建设工程价款自行达成结算协议后，又以建设工程施工合同无效为由，否定结算协议确定的工程价款的，不予支持。

九、发标人可否参照无效合同约定要求支付工程款？建设工程施工合同无效，但是建设工程经验收合格，发标人可以参照合同关于工程价款的约定请求对承包人进行折价补偿。

十、建设工程施工合同无效，但建设工程经验收合格，当事人无法举证证明实际损失的情况下，可否参照合同约定的计算损失？建设工程施工合同无效，但建设工程经验收合格的情况下，当事人无法举证证明实际损失的情况下，可参照合同关于质量、工期、进度款支付等索赔条款的约定计算损失。

十一、建设工程施工合同无效，当事人之间约定的管理费如何处理？建设

工程施工合同无效，合同约定的管理费原则上不予支持。当事人主张的，法院可以根据合同关系借用资质或转包、违法分包等不同类型，结合出借资质人、转包人、违法分包人是否履行管理职责因素予以适当支持，一般不宜超过总工程款的3%。

十二、合同均无效情形中总包合同与转包、违法分包合同关于工程款的差额应如何处理。建设工程施工合同均无效情形中，承包合同高于转包、违法分包合同的工程款差额的性质属非法利益，转包、违法分包人与实际施工人按转包、违法分包合同结算后又以承包合同向发标人主张支付工程款，发标人对超出部分的工程款提出不予支付抗辩的，人民法院应综合合同履行情况、施工工程内容及行业惯例等情形予以调整，一般不宜超过差额部分工程款的8%(包含税金、管理费在内)。但发标人明知且认可的，该抗辩不能成立。

十三、当事人约定以行政审计、财政评审作为工程款结算依据，一方以审计、财政评审结论不真实、客观要求重新鉴定如何处理？审计部门明确表示无法审计或拖延审计如何处理？当事人约定以行政审计、财政评审作为工程款结算依据的，按约定处理。当事人有证据证明审计结论不真实、客观，法院可以准许当事人补充鉴定、重新鉴定或者补充质证等方法对争议事实做出认定。行政审计或财政评审部门明确表示无法进行审计，或在约定期限及合理期限内无正当理由未出具审计结论，当事人就工程价款结算无法达成一致申请司法审计鉴定的，应予准许。

十四、借款预支工程款应如何处理？建设工程施工合同履行过程中，当事人出具借条预支工程进度款，发标人或承包人在结算工程价款过程中主张抵扣借款本金及利息的，应当一并处理。

十五、以房抵债协议在结算中应如何处理？工程款结算中，发标人与承包人约定以承包人建设的房屋抵冲工程价款的，在案件结算中应一并予以处理。除非承包人能够证明存在发标人拒绝履行以房抵债义务或其他履行障碍情形。

十六、发标人以承包方未开具发票拒绝支付工程款应如何处理？发标人以承包人未开具发票为由拒绝支付工程款的，人民法院不予支持。当事人另有明

确约定的除外。承包人起诉要求发标人支付工程款，发标人以要求承包人开具发票为由提起反诉的，人民法院可以一并审理。

十七、建设工程施工合同无效，欠付工程款的逾期利息应如何认定？建设工程合同无效，因欠付工程款产生的损失一般应认定为资金占用损失，资金占用费应以全国银行间同业拆借中心公布的贷款市场报价利率为计算依据，但当事人能够证明其资金占用损失高于全国银行间同业拆借中心公布的贷款市场报价利率的，可以结合过错程度、过错与损失之间的因果关系等因素予以适当调整。

十八、发标人认为建设工程主体结构质量不合格，要求司法鉴定，应达到何种证明程度？《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若干问题的解释(一)》第十四条明确了针对建筑地基基础工程和主体结构质量承包人应承担更重的瑕疵担保责任，故在诉讼中，承包人向发标人主张工程款，发标人以地基基础或主体结构存在严重质量问题抗辩不支付工程款，并要求进行质量鉴定的，发标人应提供初步证据予以证明。

十九、如何理解《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若干问题的解释(一)》第三十七条装饰装修工程承包人主张优先权应具备的折价或者拍卖条件？装饰装修的承包人就建设工程价款主张优先受偿权应具备折价或者拍卖条件，应理解为装饰装修的承包人就建设工程价款主张优先受偿权的同时应举证证明案涉装饰装修工程可单独评估且与其他工程一并拍卖。

二十、建设工程价款债权转让，建设工程价款优先受偿权是否随之转让？建设工程价款优先受偿权所设立的立法本意系解决拖欠工程款问题，以推动承包人价款债权的实现，具有从属性，不具有人身属性，故承包人将建设工程价款债权转让的，建设工程价款优先受偿权随之转让。

二十一、行使优先受偿权的方式应如何认定？承包人有证据证明以发函、与发标人协议折价或申请参与对建设工程变价分配等方式行使建设工程价款优先受偿权的，应予认可。

二十二、建设工程价款优先受偿权可否通过调解确认？以调解方式确认建设工程价款优先受偿权的，符合法律规定，法院可以确认，但为了防止虚假诉讼、损害案外人利益等情况，法院应当进行实体审查，重点审查建设工程价款优先受偿权的行使主体、行使期限、行使方式、工程款债权的范围等实质性事项是否符合法律规定，尤其要审查是否存在当事人虚构工程款数额、伪造竣工记录、虚构付款期限、伪造行使时间等情形。未经实体审查或者经审查不符合建设工程价款优先受偿权行使条件的，不予出具调解书。

二十三、挂靠人直接起诉发标人应如何处理？借用资质的实际施工人起诉发标人要求支付工程款的，人民法院可在查明事实的基础上按以下两种情形处理：(一) 发标人明知实际施工人借用资质而未提出异议的，根据《中华人民共和国民法典》第一百四十六条、第四百九十条之规定处理，实际施工人可直接向发标人主张权利。人民法院应追加挂靠人为第三人。(二) 发标人对借用资质不知情的，出借资质方怠于向发标人主张权利，实际施工人可参照《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若干问题的解释(一)》第四十四条规定行使代位权。人民法院应追加被挂靠人为第三人。

二十四、层层转包中转包人、违法分包人的责任如何认定？实际施工人向层层转包人或层层分包人主张支付工程价款，转包人或者违法分包人能够证明已经付清工程价款的，其前手转包人或违法分包人一般不再承担给付责任。

二十五、发标人应承担工伤赔偿责任？发标人将建设工程承包给符合资质的承包人，发标人不承担责任，但对合法承包人的转包、违法分包、挂靠行为予以明确认可的，应承担赔偿责任。发标人将建设工程承包给无资质的承包人，发标人应承担赔偿责任。发标人在对外垫付赔偿后，有权向无资质的承包人、实际用工人或工程转包、违法分包、挂靠的合法承包人进行追偿。将工程转包、违法分包、挂靠的合法承包人对工

伤赔偿应承担赔偿责任，且有权向实际用工人员进行追偿。

二十六、合法分包的情况下，完成建设工程施工分包合同项下内容的分包

人可否直接起诉发标人？合法分包的情况下，实际完成建设工程施工分包合同项下内容的分包人可参照《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若干问题的解释(一)》第四十三条之规定起诉发标人。

二十七、约定的罚款条款的性质应如何认定？建设工程施工合同约定发标人对承包人的违约行为处以罚款的，应定性为违约金条款，当事人申请调整的，根据民法典第五百八十五条规定予以处理。

二十八、《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若干问题的解释(一)》出台后措辞方面有何需要注意的问题？不再使用“非法转包”“肢解分包”措辞，改为“转包”“支解分包”。

二十九、本解答仅供湖南省内各级法院审理建设工程施工合同纠纷案件作为参考，在裁判文书“本院认为”部分具体分析法律适用理由时可据本解答的相关意见进行说理，但不能作为裁判依据进行援引。

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