**目 录**

[**一、结算合同依据如何确定** 1](#_Toc430802009)

[1、 存在“黑白合同”的情况下，以哪份合同作为结算依据 1](#_Toc430802010)

[2、如何认定“黑白合同”？ 1](#_Toc430802011)

[3、争议双方均确认“白合同”不是真实意思表示的情况下，以哪份合同作为结算依据 1](#_Toc430802012)

[4、存在多份“黑合同”的情况下，以哪份合同作为结算依据 2](#_Toc430802013)

[5、招标文件、投标文件、中标通知书与建设工程施工合同实质性内容不一致时，应执行哪个条款 2](#_Toc430802014)

[6、建设工程施工合同无效工程款如何结算 3](#_Toc430802015)

[**二、合同的计价方法** 3](#_Toc430802016)

[1、一般规定 3](#_Toc430802017)

[2、固定总价合同是不是意味着造价无需再确定 3](#_Toc430802018)

[3、工程量变更之后如何计价 4](#_Toc430802019)

[**三、工程量的计量争议如何处理** 5](#_Toc430802020)

[1、相关规定 5](#_Toc430802021)

[2、在采用固定总价方式下，工程量清单出现错误如何处理 5](#_Toc430802022)

[3、发包人签证的效力如何确定 6](#_Toc430802023)

[**四、有关结算资料** 6](#_Toc430802024)

[1、承包人提交的结算资料不完整承担什么责任 6](#_Toc430802025)

[2、在诉讼中结算资料法律属性如何界定 7](#_Toc430802026)

[**五、默认条款如何适用** 7](#_Toc430802027)

[1、根据《建设工程施工合同》（GF-1999-0201示范文本）通用条款第33.3条，是否等同于双方当事人具有建设单位收到竣工结算文件一定期限内不予答复，则视为认可发包人提交的竣工结算文件的一致意思表示？ 7](#_Toc430802028)

[2、如果承包人未在约定的期限内提出结算文件，这种情况承包人违约在先，是否也就意味着对该条款约定权利的放弃？ 8](#_Toc430802029)

[3、施工合同中没有约定默认条款，是否能依据《建筑工程施工发承包计价管理办法》中的相关规定适用该条款？ 9](#_Toc430802030)

[4、合理运用默认条款 10](#_Toc430802031)

[**六、建设工程造价的结算与审计、审核的区别是什么** 10](#_Toc430802032)

[1、结算与审计、审核的区别 10](#_Toc430802033)

[2、有关法律规定 11](#_Toc430802034)

[**七、固定价合同签订后，建筑材料价格上涨幅度很大能否调差？** 12](#_Toc430802035)

[1、情势变更（公平原则） 12](#_Toc430802036)

[2、适用情势变更原则的特殊程序 12](#_Toc430802037)

[3、建筑材料价格大幅上涨多少才能适用情势变更 12](#_Toc430802038)

[**八、索赔如何有效进行** 13](#_Toc430802039)

[1、索赔定义 13](#_Toc430802040)

[2、索赔时效 13](#_Toc430802041)

[**九、司法鉴定相关问题** 14](#_Toc430802042)

[（一）关于司法鉴定的分类 14](#_Toc430802043)

[（二）关于司法鉴定的启动 14](#_Toc430802044)

[（三）关于是否准许司法鉴定的评判标准 15](#_Toc430802046)

[（四）关于重新鉴定 16](#_Toc430802047)

[（五）鉴定费用的缴纳及承担问题 17](#_Toc430802061)

[（六）鉴定人和鉴定机构的资格 17](#_Toc430802062)

[（七）司法鉴定其他相关问题 18](#_Toc430802063)

[**十、工程结算报告双方签署同意后，一方发现有差错可否纠正** 19](#_Toc430802064)

一、结算合同依据如何确定

1、 存在“黑白合同”的情况下，以哪份合同作为结算依据

《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》（以下简称《解释》）第二十一条规定，“当事人就同一建设工程另行订立的建设工程施工合同与经过备案的中标合同实质性内容不一致的，应当以备案的中标合同作为结算工程价款的依据。”根据《解释》的这一规定，在工程结算时应当以备案的中标合同作为结算工程价款的依据。合同的实质性内容目前相对统一的观点是指合同工期、质量标准和造价结算三部分内容。

《浙江省高级人民法院民事审判第一庭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》（以下简称《省高院解答》）

当事人就同一建设工程另行订立的建设工程施工合同与中标合同实质性内容不一致的，不论该中标合同是否经过备案登记，均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》第二十一条的规定，以中标合同作为工程价款的结算依据。

当事人违法进行招投标，当事人又另行订立建设工程施工合同的，不论中标合同是否经过备案登记，两份合同均为无效；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》第二条的规定，将符合双方当事人的真实意思，并在施工中具体履行的那份合同，作为工程价款的结算依据。”

2、如何认定“黑白合同”？

《省高院解答》认定“黑白合同”时所涉的“实质性内容”，主要包括合同中的工程价款、工程质量、工程期限三部分。对施工过程中，因设计变更、建设工程规划指标调整等客观原因，承、发包双方以补充协议、会谈纪要、往来函件、签证等洽商纪录形式，变更工期、工程价款、工程项目性质的书面文件，不应认定为《中华人民共和国招标投标法》第46条规定的“招标人和中标人再行订立背离合同实质性内容的其他协议”。

3、争议双方均确认“白合同”不是真实意思表示的情况下，以哪份合同作为结算依据

对这一问题存在着两种不同的意见：

其一，认为当事人双方签订的“黑合同”是规避法律的行为，违反了法律的强制性规定，因此即使双方均确认“白合同”不是双方真实意思表示而“黑合同”才是真实意思表示的，仍旧以“白合同”为结算依据。

其二，认为法律没有对“黑合同”的合法性作出明确规定，《解释》第13条也仅仅是明确了结算依据，并未否定“黑合同”的合法性。在双方当事人均确认“白合同”并非真实意思表示的情况下，还是应当尊重当事人双方的合意，因为合同本身是私法上的双方合意，虽然有一定公权力的介入，但是不宜限制太多。

笔者倾向于第一种意见。

4、存在多份“黑合同”的情况下，以哪份合同作为结算依据

现实生活中，大量存在着因招标人、投标人、招标代理机构之间恶意串通，招标人泄露标底，投标人互相串通等违法行为导致中标合同无效，当事人又签订两份以上价款、工期、质量标准不一的“黑合同”，如建设工程经竣工验收合格，人民法院应当参照哪份“黑合同”约定结算工程价款？

最高人民法院和地方人民法院对此做法不一。有的法院根据个案具体情况对两份以上的“黑合同”存在的差价，依据《解释》第四条的规定适当予以收缴；有的根据当事人导致合同无效的过错，分配两份以上“黑合同”的差价；有的法院按照当事人对工程建设质量、无效合同过错、平衡当事人利益、与市场平均造价是否相符等综合因素决定两份以上的“黑合同”之间差价的分配。对此问题最高法院的观点为，建设施工合同纠纷的个案案情差异很大，应当根据个案的具体情况由承办法官设计并决定裁量方案，没有必要制订全国统一的审理方案，但法官确定的裁判方案和思路应当符合《合同法》规定的无效合同过错责任原则、公平原则和诚实守信原则等法律精神。

5、招标文件、投标文件、中标通知书与建设工程施工合同实质性内容不一致时，应执行哪个条款

原则上应当以投标文件、中标通知书内容为准。这是因为在法律属性上招标文件属于要约邀请，投标书及其附件为要约，中标通知书为承诺；而建设工程施工合同是根据邀约与承诺签订的。实际上，该问题本身非常复杂，法院判决也不统一，主要是涉及到法律效力性强制规定的认定与当事人意思自治的适用。《中华人民共和国招标投标法》（以下简称《招投标法》）第四十六条：“招标人和中标人应当自中标通知书发出之日起三十日内，按照招标文件和中标人的投标文件订立书面合同。招标人和中标人不得再行订立背离合同实质性内容的其他协议。”《中华人民共和国招投投标法实施条例》（以下简称《招投标实施条例》）**第五十七条：**“招标人和中标人应当依照招标投标法和本条例的规定签订书面合同，合同的标的、价款、质量、履行期限等主要条款应当与招标文件和中标人的投标文件的内容一致。招标人和中标人不得再行订立背离合同实质性内容的其他协议。”建设工程施工合同中也对上述文件的效力顺序进行了约定，从民事角度应该按约定处理，但违反法律、行政法规的效力性强制规定除外。

6、建设工程施工合同无效工程款如何结算

《解释》第二条规定，“建设工程施工合同无效，但建设工程经竣工验收合格，承包人请求参照合同约定支付工程价款的，应予支持。”

《解释》第三条规定，“建设工程施工合同无效，且建设工程经竣工验收不合格的，按照以下情形分别处理：（一）修复后的建设工程经竣工验收合格，发包人请求承包人承担修复费用的，应予支持；（二）修复后的建设工程经竣工验收不合格，承包人请求支付工程价款的，不予支持。”

二、合同的计价方法

1、一般规定

《建筑工程施工发包与承包计价管理办法》第十二条的规定，合同价格可以采用以下三种方式：一是固定价格。包括固定合同总价或者固定单价，在合同约定的风险范围内不可调整。二是可调价格。工程价格，包括合同总价或者单价，在合同实施期内，根据合同约定的范围和办法调整。三是成本加酬金确定的价格。工程成本按现行计价依据以合同约定的办法计算，酬金按工程成本乘以通过竞争或约定而确定的费率计算，从而确定工程竣工结算价。

《解释》第十六条规定，“当事人对建设工程的计价标准或者计价方法有约定的，按照约定结算工程价款。因设计变更导致建设工程的工程量或者质量标准发生变化，当事人对该部分工程价款不能协商一致的，可以参照签订建设工程施工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。建设工程施工合同有效，但建设工程经竣工验收不合格的，工程价款结算参照本解释第三条规定处理。”

2、固定总价合同是不是意味着造价无需再确定

《解释》第二十二条规定，“当事人约定按照固定价结算工程价款，一方当事人请求对建设工程造价进行鉴定的，不予支持。”这是否意味着包死价是绝对不变的呢，其实不然。

（1）发包人和承包人在施工合同中约定了工程价款一次性包死的，双方均应按该条约定执行，一方当事人请求对建设工程造价进行鉴定的，当然应不予支持。需要注意的是，合同若发生了约定风险范围以外的情况，双方应按合同约定的方法处理，对风险范围以外工程价款，双方协商不一致的，一方当事人请求对该部分建设工程造价进行鉴定的，应予支持。

（2）因发包人方面提出设计变更等原因造成工程款数额发生增减变化的，需要对该增加的超出原合同约定的部分工程款进行确定，也是必要的，与整个合同约定的按固定价结算工程款的原则并不矛盾。

（3）在实践中，也有根据公平原则或者情事变更原则主张对固定价进行调整，但审判实践中极少适用。

3、工程量变更之后如何计价

《建设工程施工合同》（GF-2013-0201示范文本）“10.4.1 变更估价原则

除专用合同条款另有约定外，变更估价按照本款约定处理：

（1）已标价工程量清单或预算书有相同项目的，按照相同项目单价认定；

（2）已标价工程量清单或预算书中无相同项目，但有类似项目的，参照类似项目的单价认定；

（3）变更导致实际完成的变更工程量与已标价工程量清单或预算书中列明的该项目工程量的变化幅度超过15%的，或已标价工程量清单或预算书中无相同项目及类似项目单价的，按照合理的成本与利润构成的原则，由合同当事人按照第4.4款〔商定或确定〕确定变更工作的单价。”

《省高院解答》建设工程施工合同采用固定总价包干方式，当事人以实际工程量存在增减为由要求调整的，有约定的按约定处理。没有约定，总价包干范围明确的，可相应调整工程价款；总价包干范围约定不明的，主张调整的当事人应承担举证责任。”

深圳市中级人民法院《关于建设工程合同若干问题的指导意见》第21条规定，“建设工程合同约定为固定总价的，承包人以工程量增加为由要求调整合同价款的，应按照以下方式处理：（1）在固定总价若干范围以外增加的工程量，应计入合同价款。（2）固定总价包干范围约定不明，如发包人不能证明该增加的工程量已包括在包干范围内的，应计入合同价款。（3）发包人以固定单价包干形式招标而签订固定总价包干合同后，发生工程量争议的，以实际工程量计算包干总价。（4）签订固定总价合同后，工程发生重大变化或固定总价所依据的设计图纸发生重大变更的，按照双方确定的工程量清单单价据实计价。”

三、工程量的计量争议如何处理

1、相关规定

《解释》第十九条规定，“当事人对工程量有争议的，按照施工过程中形成的签证等书面文件确认。承包人能够证明发包人同意其施工，但未能提供签证文件证明工程量发生的，可以按照当事人提供的其他证据确认实际发生的工程量。”

《省高院解答》双方当事人在建设工程施工过程中形成的补充协议、会议纪要、工程联系单、工程变更单、工程对帐签证以及其他往来函件、记录等书面证据，可以作为工程量计算和认定工程价款的依据。要严格把握工程施工过程中相关材料的签证和确认。除法定代表人和约定明确授权的人员外，其他人员对工程量和价款等所作的签证、确认，不具有法律效力。没有约定明确授权的，法定代表人、项目经理、现场负责人的签证、确认具有法律效力；其他人员的签证、确认，对发包人不具有法律效力，除非承包人举证证明该人员确有相应权限。

《合同法》**第五十二条**“有下列情形之一的，合同无效：

（一）一方以欺诈、胁迫的手段订立合同，损害国家利益；

（二）恶意串通，损害国家、集体或者第三人利益；

（三）以合法形式掩盖非法目的；

（四）损害社会公共利益；

（五）违反法律、行政法规的强制性规定。”

**第五十四条**：“下列合同，当事人一方有权请求人民法院或者仲裁机构变更或者撤销：

（一）因重大误解订立的；

（二）在订立合同时显失公平的。

一方以欺诈、胁迫的手段或者乘人之危，使对方在违背真实意思的情况下订立的合同，受损害方有权请求人民法院或者仲裁机构变更或者撤销。”

2、在采用固定总价方式下，工程量清单出现错误如何处理

一般情况下，工程量清单出现错误该如何处理主要要看合同时如何约定，有约定的，按约定处理；没有约定或约定不明的，发包人应该予以修正并调整合同价格。

3、发包人签证的效力如何确定

发包人已签证的效力问题一直是司法实践中难以判别的问题，根据不同的案情，不同的审理深度会有不同的判决结果。一般情况下，只要具体签证权的人员签署就应该进入造价，但该签证违反法律、行政法规的强制性规定或依法可以撤销的除外。

四、有关结算资料

1、承包人提交的结算资料不完整承担什么责任

完整的结算资料包括结算书、联系单（包括设计变更联系单）、施工图纸、往来签证、作为结算依据的函等施工过程中形成的影响结算的所有书面文件。建设工程竣工后，承包人应当及时向发包人提交完整的结算资料，发包人则根据合同约定在一定时间内对承包人提交的结算资料进行审核。如承包人已向发包人提交了完整的结算资料，但发包人未在合同约定时间内进行审核的，则发包人自合同约定的审核期限届满之日起承担逾期付款的违约责任。相反，如承包人提交的结算资料不完整影响发包人对工程造价的审核的，则发包人不承担相应的逾期付款违约责任。

在实践中，往往存在这样一种情况，承包人向发包人提交结算资料时，发包人位并未对结算资料的完整性提出异议，但是在合同约定的审核结算期限届满后，又以承包人提交的竣工结算文件不完整为由拒绝结算。

对此，浙江省高级人民法院《关于审理建设工程施工合同纠纷案件若干问题的意见》（征求意见稿）第三十二条规定，“发包人应及时审查承包人提交的工程竣工结算文件。发包人在合同约定的审核结算期限届满后，又以承包人提交的竣工结算文件不完整为由拒绝结算，承包人要求从合同约定的审核结算期限届满之日起计算工程价款利息的，人民法院应予支持。”据此，发包人应当及时对承包人提交的结算资料进行审查，认为不完整的或存在其他问题的，应当及时向承包人提出异议，否则在合同约定的审核结算期限届满后，即开始计算工程价款利息。

江苏省高级人民法院《关于审理建设工程施工合同纠纷案件若干问题的意见》第十五条也有类似规定，“发包人应及时审查承包人提交的工程竣工结算文件。发包人在合同约定的审核结算期限届满后，又以承包人提交的竣工结算文件不完整为由拒绝结算，承包人要求从合同约定的审核结算期限届满之日起计算工程价款利息的，人民法院应予支持。”

深圳市中级人民法院《关于建设工程合同若干问题的指导意见》第19条规定，“当事人约定发包人审核结算的期限，审核期限届满后，发包人以承包人送交的结算文件不完整为由要求延期审核的，不予支持。发包人应承担违约责任。”

《建设工程造价结算暂行办法》第十六条规定“发包人收到竣工结算报告及完整的结算资料后，在本办法规定或合同约定期限内，对结算报告及资料没有提出意见，则视同认可。 承包人如未在规定时间内提供完整的工程竣工结算资料，经发包人催促后14天内仍未提供或没有明确答复，发包人有权根据已有资料进行审查，责任由承包人自负。”

2、在诉讼中结算资料法律属性如何界定

目前诉讼实践中，对于结算资料主要是指联系单、签证单、图纸等作为结算依据的书面材料的定性有很大的不同。

有些法院认为这些结算资料属于证据材料，应当适用《最高人民法院关于民事诉讼证据的若干规定》，即应当在举证期限之内提供、经过争议双方质证；有些法院则认为这些结算资料不属于证据材料，不受《证据规则》的限制。这就导致各个承包人在起诉的时候对于工程价款的举证材料有很大的不同：有些承包人在起诉时提供完整的结算书、联系单、图纸等，有些发包人在起诉时仅仅提供一张结算书，鉴定时再提供相应的结算资料。

笔者认为，在诉讼过程中，结算资料的法律属性应当为证据，应当适用《最高人民法院关于民事诉讼证据的若干规定》。结算资料应当在举证期限内向法院提交，并经争议双方质证。目前在诉讼过程中也有越来越多的法院也倾向于这一点观点。

五、默认条款如何适用

《解释》第二十条规定，“当事人约定，发包人收到竣工结算文件后，在约定期限内不予答复，视为认可竣工结算文件的，按照约定处理。承包人请求按照竣工结算文件结算工程价款的，应予支持。”对该条款应当把握以下几点：

1、根据《建设工程施工合同》（GF-1999-0201示范文本）通用条款第33.3条，是否等同于双方当事人具有建设单位收到竣工结算文件一定期限内不予答复，则视为认可发包人提交的竣工结算文件的一致意思表示？

《建设工程施工合同》（GF-1999-0201示范文本）通用条款33.2明确：“发包人收到承包人递交的竣工结算报告及结算资料后28天内进行核实，给予确认或者提出修改意见。发包人确认竣工结算报告通知经办银行向承包人支付工程竣工结算价款。承包人收到竣工结算价款后14天内将竣工工程交付发包人”。第33.3明确：“发包人收到竣工结算报告及结算资料后28天内无正当理由不支付工程竣工结算价款，从第29天起按承包人同期向银行贷款利率支付拖欠工程价款的利息，并承担违约责任。”

那么通过上述约定，能否推论出双方当事人具有发包人收到竣工结算文件一定期限内不予答复，则视为认可承包人提交的竣工结算文件的一致意思表示？

答案是否定的。

最高人民法院《关于发包人收到承包人竣工结算文件后，在约定期限内不予答复，是否视为认可竣工结算文件的复函》中明确，“适用该司法解释第二十条的前提条件是当事人之间约定了发包人收到竣工结算文件后，在约定期限内不予答复，则视为认可竣工结算文件。承包人提交的竣工结算文件可以作为工程款结算的依据。建设部制定的建设工程施工合同格式文本中的通用条款第33条第3款的规定，不能简单地推论出，双方当事人具有发包人收到竣工结算文件一定期限内不予答复，则视为认可承包人提交的竣工结算文件的一致意思表示，承包人提交的竣工结算文件不能作为工程款结算的依据。”

《省高院解答》建设工程施工合同明确约定发包人应在承包人提交竣工结算文件后一定期限内予以答复，且逾期未答复则视为认可竣工结算文件的，承包人可以请求按照竣工结算文件进行工程价款结算。

建设工程施工合同虽约定发包人应在承包人提交竣工结算文件后一定期限内予以答复，但未约定逾期不答复则视为认可竣工结算文件的，承包人不能请求按照竣工结算文件确定工程价款。

建设工程施工合同约定发包人在承包人提交竣工结算文件后未答复则视为认可竣工结算文件，但未约定答复期限，且经承包人催告后，发包人仍不予答复的，人民法院可根据实际情况确定合理的答复期限，但答复期限不应超过60天。

建设工程施工合同中对此未明确约定，承包人不能仅以GF-1999-0201《建设工程施工合同（示范文本）》通用条款33.2条为依据，要求按照竣工结算文件结算工程价款。

2、如果承包人未在约定的期限内提出结算文件，这种情况承包人违约在先，是否也就意味着对该条款约定权利的放弃？

笔者认为，这种情况并不必然意味这承包人对该条款约定权利的放弃。其一，承包人未在约定的期限内提出结算文件，与放弃该条款约定权利并无直接与必然的联系；承包人的某一违约行为并不必然导致其权利的丧失与放弃。其二，承包人未在约定的期限内提出结算文件，也不影响该默认条款的履行；承包人仍旧可以向发包人提交结算文件，发包人如果在合同约定的期限内未答复的，视为认可结算文件。但是，如果发包人逾期答复，但有证据表明，承包人在日后仍积极地与发包人就结算文件进行讨论，甚至委托造价审核，这种情况下，承包人是否实际是以行动表明对权利的放弃？笔者认为，在这种情况下，承包人实际上以自己的行动明确表示了对该权利的放弃。因为根据双方的约定发包人未答复的已经视为对结算资料的认可，但承包人仍就工程造价与发包人磋商讨论、委托审价的，那么很明显承包人已经以行动推翻了该默认条款的效力。

3、施工合同中没有约定默认条款，是否能依据《建筑工程施工发承包计价管理办法》中的相关规定适用该条款？

《建筑工程施工发承包计价管理办法》第十六条规定：“工程竣工验收合格，应当按照下列规定进行竣工结算：（一）承包方应当在工程竣工验收合格后的约定期限内提交竣工结算文件。（二）发包方应当在收到竣工结算文件后的约定期限内予以答复。逾期未答复的，竣工结算文件视为已被认可。（三）发包方对竣工结算文件有异议的，应当在答复期内向承包方提出，并可以在提出之日起的约定期限内与承包方协商。（四）发包方在协商期内未与承包方协商或者经协商未能与承包方达成协议的，应当委托工程造价咨询单位进行竣工结算审核。（五）发包方应当在协商期满后的约定期限内向承包方提出工程造价咨询单位出具的竣工结算审核意见。发承包双方在合同中对上述事项的期限没有明确约定的，可认为其约定期限均为28日。发承包双方对工程造价咨询单位出具的竣工结算审核意见仍有异议的，在接到该审核意见后一个月内可以向县级以上地方人民政府建设行政主管部门申请调解，调解不成的，可以依法申请仲裁或者向人民法院提起诉讼。工程竣工结算文件经发包方与承包方确认即应当作为工程决算的依据。”

按一般理论，一方当事人主张另一方已构成默认，必须是有约定或法定的情况，当然这里的法定是指法律及行政法规的直接规定；《建筑工程施工发承包计价管理办法》属部门规章，效力层次较低，法院审理案件一般不直接引用而只能参照，因此尚不能直接据此来适用默认条款。且法院在参照《发承包计价管理办法》时还需考虑当事人双方对此规定的悉知程度、是否构成行业惯例及是否构成显失公正等。

4、合理运用默认条款

默认条款无疑是对承包人非常有利的条款，因此在签订建设工程施工合同时，要尽可能的与发包人约定该默认条款并合理加以运用。

（1）当事人要在合同中明确进行约定“发包人收到竣工结算文件后，在XX天的约定期限内不予答复，视为认可竣工结算文件的”，这一约定的表述必须清楚、明确，不能含糊。

（2）承包人应当承担已提交及提交完整结算资料的举证责任。为了能够更好的实现该默认条款，承包人应当根据合同的约定在约定的期限内向发包人提交结算资料；在提交结算资料时，要注意保留提交资料的证据。

（3）如果无法直接约定该默认条款，可以尝试间接约定。因为《建筑工程施工发承包计价管理办法》中有类似默认条款的规定，因此可以在合同中约定适用法律包括“部门规章”，或者可以直接约定适用法律之一为《建筑工程施工发承包计价管理办法》。

六、建设工程造价的结算与审计、审核的区别是什么

一个建设工程如果使用财政性资金，则必然面临着政府审计部门的审计或政府财政部门的审核。建设工程造价的结算与审计、审核有何区别，审计、审核结果能否约束承包人，审计、审核结果能否作为承包人与发包人结算工程款的依据？下面就相关问题阐述如下：

1、结算与审计、审核的区别

建设工程造价的结算与审计、审核有着本质的区别。

（1）概念不同。所谓“结算”是指发包人根据施工合同、国家定额及有关工程资料，对承包人提交的竣工结算申请进行核实、审批工作。而“审计、审核”是指国家行政主管部门对建设业主进行的一种行政监督管理行为。

（2）主体不同。结算的主体一般是发包人或发包人委托的专业的审核建设工程造价的中介结构。而审计、审核的主体是相关有权限的行政部门。

（3）依据不同。结算依据的是发包人与承包人之间的建设工程施工合同及相关联系单、图纸等结算资料。而审计、审核的依据为各地方政府的相应规定及相关结算资料。

（4）法律性质不同。结算是一种民事行为，目的在于确定建设工程造价。而审计、审核完全是一种行政行为，其目的主要是对建设工程的资金使用情况进行监督管理评价。

（5）约束对象不同。结算结果一旦经发包人与承包人认可，约束发包人与承包人双方。而审计、审核结果仅仅约束的是被审计、审核的单位，在无明确约定的情况下审计、审核结果对承包人无约束力。

2、有关法律规定

（1）最高人民法院《关于建设工程承包合同案件中双方当事人已确认的工程决算价款与审计部门审计的工程决算价款与审计部门审计的工程决算价款不一致时如何适用法律问题的电话答复意见》（2001民一他字第2号）“河南省高级人民法院：你院“关于建设工程承包合同案件中双方当事人已确认的工程决算价款与审计部门审计的工程决算价款不一致时如何适用法律问题的请示”收悉。经研究认为，审计是国家对建设单位的一种行政监督，不影响建设单位与承建单位的合同效力。建设工程承包合同案件应以当事人的约定作为法院判决的依据。

（2）《2015年全国民事审判工作会议纪要》

49、依法有效的建设工程施工合同，双方当事人均应依约履行。除合同另有约定，当事人请求以审计机关作出的审计报告、财政评审机构作出的评审结论作为工程价款结算依据的，一般不予支持。

合同约定以审计机关出具的审计意见作为工程价款结算依据的，应当遵循当事人缔约本意，将合同约定的工程价款结算依据确定为真实有效的审计结论。承包人提供证据证明审计机关的审计意见具有不真实、不客观情形，人民法院可以准许当事人补充鉴定、重新质证或者补充质证等方法纠正审计意见存在的缺陷。上述方法不能解决的，应当准许当事人申请对工程造价进行鉴定。

（3）江苏省高级人民法院“关于审理建设工程施工合同纠纷案件若干问题的意见”第十三条规定：“由国家财政投资的建设工程，当事人未在合同中约定以国家财政部门或者国家审计部门的审核、审计结果作为工程价款结算依据的，承包人要求按照合同约定结算工程价款的，人民法院应予支持。”

（4）广东省高级人民法院“关于审理建设工程施工合同纠纷案件若干问题的意见”第（二）条规定：“当事人已对政府投资项目进行结算的，应确认其效力。财政部门审计部门对工程款的审核，是监控财政拨款与使用的行政措施，对民事合同当事人不具有法律的约束力。”

七、固定价合同签订后，建筑材料价格上涨幅度很大能否调差？

1、情势变更（公平原则）

对建筑材料价格大幅度上涨，目前有观点认可可以根据情势变更主张调差。但是适用情势变更的要求比较严格，在司法实践中也是从严把握。

根据《合同法》解释（二）第二十六的规定，“合同成立以后客观情况发生了当事人在订立合同时无法预见的、非不可抗力造成的不属于商业风险的重大变化，继续履行合同对于一方当事人明显不公平或者不能实现合同目的，当事人请求人民法院变更或者解除合同的，人民法院应当根据公平原则，并结合案件的实际情况确定是否变更或者解除。”适用情势变更必须满足以下几个条件：

（1）存在情势变更的事实，即合同赖以存在的客观情况确实发生变化。

（2）情势变更，必须是当事人所不能预见的。如果当事人在订立合同时能够预见到相关的情势变更，即表明知道相关情势变更所产生的风险，并甘愿承担，在这种情况下情势变更原则就并不适用。

（3）情势变更必须不可归责于双方当事人，也就是说是由除不可抗力以外的其他意外事故所引起。

（4）情势变更的事实发生于合同成立之后，履行完毕之前。

（5）情势发生变更后，如继续维持合同效力，则会对合同当事人显失公平。

2、适用情势变更原则的特殊程序

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》要求各级人民法院对情势变更务必正确理解、慎重适用、严格适用程序，如果根据案件的特殊情况，确需在个案中适用，应由高级人民法院审核，必要时应报请最高人民法院进行审核。

3、建筑材料价格大幅上涨多少才能适用情势变更

对于这一问题，许多地方都出台了相关意见进行指导。如江苏省高级人民法院《关于审理建设工程施工合同纠纷案件若干问题的意见》第九条规定，“建设工程施工合同约定工程价款实行固定价结算的，一方当事人要求按定额结算工程价款的，人民法院不予支持，但合同履行过程中原材料价格发生重大变化的除外。”

2003年12月16日，江苏省建设厅还出台了《关于妥善处理建筑材料价格上涨确保工程质量和安全的意见》，从行政管理者的角度提出了指导性意见，“凡2003年1月1日后完成的工程量，因建筑材料价格上涨所产生的差价，……可按下列方法调整价差；（1）承发包合同未约定采用固定价格进行结算的，可按各市发布的材料价格和调整办法调整价差；（2）承发包合同中约定采用固定价格但未计取风险金的，其材料价格上涨幅度在10%以内（含10%）的，其差价由承包人承担；其材料价格上涨幅度超过10%时，其超出部分的价差由发包人承担。”可见，江苏省建设厅是以10%作为显示公平即适用情势变更原则的一个参照标准。由于各地的情况千差万别，在具体认定情势变更时，可以参照当地出台的一些适时反映本地区情况的地方法规、政策和意见，综合考虑。

八、索赔如何有效进行

1、索赔定义

《建设工程施工合同（示范文本）》（GF—1999—0201）中：索赔指在合同履行过程中，对于并非自己的过错，而是应由对方承担责任的情况造成的实际损失，向对方提出经济补偿或工期顺延的要求。

2、索赔时效

《建设工程施工合同（示范文本）》（GF—2013—0201）

（1）承包人索赔：

承包人应在知道或应当知道索赔事件发生后28天内，向监理人递交索赔意向通知书，并说明发生索赔事件的事由；承包人未在前述28天内发出索赔意向通知书的，丧失要求追加付款和（或）延长工期的权利；

发包人应在监理人收到索赔报告或有关索赔的进一步证明材料后的28天内，由监理人向承包人出具经发包人签认的索赔处理结果。发包人逾期答复的，则视为认可承包人的索赔要求。

（2）发包人索赔

发包人应在知道或应当知道索赔事件发生后28天内通过监理人向承包人提出索赔意向通知书，发包人未在前述28天内发出索赔意向通知书的，丧失要求赔付金额和（或）延长缺陷责任期的权利。发包人应在发出索赔意向通知书后28天内，通过监理人向承包人正式递交索赔报告。

承包人应在收到索赔报告或有关索赔的进一步证明材料后28天内，将索赔处理结果答复发包人。如果承包人未在上述期限内作出答复的，则视为对发包人索赔要求的认可。

九、司法鉴定相关问题

当合同当事人对工程造价无法协商确定一方当事人提起诉讼或仲裁处理时，工程造价就往往会通过司法鉴定的方式来进行确定。

《人民法院司法鉴定工作暂行规定》第二条中把司法鉴定界定为“在诉讼过程中，为查明案件事实，人民法院依据职权，或者应当事人及其他诉讼参与人的申请，指派或委托具有专门知识的人，对专门性问题进行检验、鉴别和评定的活动”。

（一）关于司法鉴定的分类

根据《司法鉴定执业分类规定(试行)》的规定，司法鉴定执业分类包括：法医病理鉴定、法医临床鉴定、法医精神病鉴定、法医物证鉴定、法医毒物鉴定、司法会计鉴定、文书司法鉴定、痕迹司法鉴定、微量物证鉴定、计算机司法鉴定、建筑工程司法鉴定、声像资料司法鉴定、知识产权司法鉴定。

其中对于建筑工程司法鉴定，《司法鉴定执业分类规定(试行)》第十四条规定：“建筑工程司法鉴定：运用建筑学理论和技术，对与建筑工程相关的问题进行鉴定。其主要内容包括：建筑工程质量评定、工程质量事故鉴定、工程造价纠纷鉴定等。”

（二）关于司法鉴定的启动

**1、司法鉴定的启动主体**

《民事诉讼法》第七十六条规定：“当事人可以就查明事实的专门性问题向人民法院申请鉴定。当事人申请鉴定的，由双方当事人协商确定具备资格的鉴定人；协商不成的，由人民法院指定。当事人未申请鉴定，人民法院对专门性问题认为需要鉴定的，应当委托具备资格的鉴定人进行鉴定。”

从上述规定可知：

（1）司法鉴定程序即可以是依当事人申请启动，也可以是人民法院依职权启动。

（2）依当事人申请启动和依人民法院职权启动的区别。

如果是依当事人申请启动鉴定程序的，必须是就查明事实的专门性问题；人民法院依职权委托鉴定的，可以是查明事实的专门性问题，也可以是其他的专门性问题。

**2、当事人申请鉴定的期限**

当事人申请司法鉴定，应当在举证期限届满前提出。

《民事诉讼法司法解释》第一百二十一条第一款规定，“当事人申请鉴定，可以在举证期限届满前提出。”

《最高人民法院关于民事诉讼证据的若干规定》第二十五条规定，“当事人申请鉴定，应当在举证期限内提出。符合本规定第二十七条规定的情形，当事人申请重新鉴定的除外。”

《浙江省高级人民法院关于进一步规范民事诉讼鉴定相关工作若干问题的纪要》第一条规定，“当事人就查明事实的专门性问题向人民法院申请鉴定的，应当在举证期限内提出。逾期申请的，应当说明理由；拒不说明理由或者理由不成立的，人民法院根据不同情形可以不予准许，或者准许申请但予以训诫、罚款或者判决由其多负担鉴定费用等。”

**3、鉴定机构的确定**

# 《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》第一百二十一条第二款、第三款规定，“人民法院准许当事人鉴定申请的，应当组织双方当事人协商确定具备相应资格的鉴定人。当事人协商不成的，由人民法院指定。符合依职权调查收集证据条件的，人民法院应当依职权委托鉴定，在询问当事人的意见后，指定具备相应资格的鉴定人。”

（三）关于是否准许司法鉴定的评判标准

《民事诉讼法司法解释》第一百二十一条规定第一款 “申请鉴定的事项与待证事实无关联，或者对证明待证事实无意义的，人民法院不予准许。”

因此，当事人申请司法鉴定的事项必须与案件待证事实有关联，或对证明待证事实有意义。

《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》

第二十二条规定：“当事人约定按照固定价结算工程价款，一方当事人请求对建设工程造价进行鉴定的，不予支持。”

第二十三条：“当事人对部分案件事实有争议的，仅对有争议的事实进行鉴定，但争议事实范围不能确定，或者双方当事人请求对全部事实鉴定的除外。”

《浙江省高院民一庭<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>》

第八条“如何把握工程质量鉴定程序的启动”中规定：“要严格把握工程质量鉴定程序的启动。建设工程未经竣工验收，发包人亦未擅自提前使用，发包人对工程质量提出异议并提供了初步证据的，可以启动鉴定程序。”

（四）关于重新鉴定

# 1、可申请重新鉴定的情形

# 《最高人民法院关于民事诉讼证据的若干规定》第二十七条规定，“当事人对人民法院委托的鉴定部门作出的鉴定结论有异议申请重新鉴定提出证据证明存在下列情形之一的人民法院应予准许：

# (一)鉴定机构或者鉴定人员不具备相关的鉴定资格的；

# (二)鉴定程序严重违法的；

# (三)鉴定结论明显依据不足的；

# (四)经过质证认定不能作为证据使用的其他情形。

# 对有缺陷的鉴定结论，可以通过补充鉴定、重新质证或者补充质证等方法解决的，不予重新鉴定。”

# 《浙江省高院民一庭<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>》第十七条“诉讼前已经由当事人共同选定具有相应资质的鉴定机构对工程价款进行了鉴定，诉讼中一方当事人要求重新鉴定的，不予准许，但确有证据证明鉴定结论具有最高人民法院《关于民事诉讼证据的若干规定》第二十七条第一款规定的情形除外。

# 一审诉讼期间对工程价款进行了鉴定，当事人在二审诉讼期间申请重新鉴定或补充鉴定的，不予准许，但确有证据证明鉴定结论具有最高人民法院《关于民事诉讼证据的若干规定》第二十七条第一款规定情形的除外。

# 二审诉讼期间，双方当事人均同意鉴定的，可予准许，但可能损害社会公共利益或第三人利益的除外。

# 人民法院应避免随意、盲目委托鉴定和不必要的多次、重复鉴定。根据双方当事人的合同约定或者现有证据，足以认定工程量和工程价款的，不应再就工程价款委托鉴定。”

# 2、申请重新鉴定的期限

# 《最高人民法院关于民事诉讼证据的若干规定》第二十五条规定，“当事人申请鉴定，应当在举证期限内提出。符合本规定第二十七条规定的情形，当事人申请重新鉴定的除外。”

# 3、是否重新鉴定由人民法院决定

# 《民事诉讼法司法解释》第一百三十九条，“当事人在法庭上可以提出新的证据。当事人经法庭许可，可以向证人、鉴定人、勘验人发问。当事人要求重新进行调查、鉴定或者勘验的，是否准许，由人民法院决定。”

# 4、再审案件中申请司法鉴定

# 《民事诉讼法司法解释》第三百九十九条规定,“审查再审申请期间，再审申请人申请人民法院委托鉴定、勘验的，人民法院不予准许。”

（五）鉴定费用的缴纳及承担问题

《诉讼费用交纳办法》第十二条规定，“诉讼过程中因鉴定、公告、勘验、翻译、评估、拍卖、变卖、仓储、保管、运输、船舶监管等发生的依法应当由当事人负担的费用，人民法院根据谁主张、谁负担的原则，决定由当事人直接支付给有关机构或者单位，人民法院不得代收代付。”

根据上述规定，鉴定费用一般由申请鉴定的当事人先承担，最终由负有举证义务的一方承担。

（六）鉴定人和鉴定机构的资格

《司法鉴定机构登记管理办法》第三条：“本办法所称的司法鉴定机构是指从事《全国人民代表大会常务委员会关于司法鉴定管理问题的决定》第二条规定的司法鉴定业务的法人或者其他组织。

司法鉴定机构是司法鉴定人的执业机构，应当具备本办法规定的条件，经省级司法行政机关审核登记，取得《司法鉴定许可证》，在登记的司法鉴定业务范围内，开展司法鉴定活动。”

《司法鉴定机构资质认定评审准则》第3条：“术语和定义

司法鉴定机构：经过司法行政机关审核登记并取得《司法鉴定许可证》，从事司法鉴定业务的法人或者其他组织。

司法鉴定人：经过司法行政机关审核登记并取得《司法鉴定人执业证》，从事司法鉴定业务的人员。

司法鉴定人员：直接参加司法鉴定活动的司法鉴定人和技术辅助人员。”

（七）司法鉴定其他相关问题

**1、鉴定人员回避制度**

《民事诉讼法》第四十四条“审判人员有下列情形之一的，应当自行回避，当事人有权用口头或者书面方式申请他们回避：

（一）是本案当事人或者当事人、诉讼代理人近亲属的；

（二）与本案有利害关系的；

（三）与本案当事人、诉讼代理人有其他关系，可能影响对案件公正审理的。

审判人员接受当事人、诉讼代理人请客送礼，或者违反规定会见当事人、诉讼代理人的，当事人有权要求他们回避。

审判人员有前款规定的行为的，应当依法追究法律责任。

前三款规定，适用于书记员、翻译人员、鉴定人、勘验人。”

**2、鉴定人出庭作证**

《民事诉讼法》第七十八条规定，“当事人对鉴定意见有异议或者人民法院认为鉴定人有必要出庭的，鉴定人应当出庭作证。经人民法院通知，鉴定人拒不出庭作证的，鉴定意见不得作为认定事实的根据；支付鉴定费用的当事人可以要求返还鉴定费用。”

**3、专家辅助人制度**

《民事诉讼法》第七十九条：“当事人可以申请人民法院通知有专门知识的人出庭，就鉴定人作出的鉴定意见或者专业问题提出意见。”

《民事诉讼法司法解释》第一百二十二条：“当事人可以依照民事诉讼法第七十九条的规定，在举证期限届满前申请一至二名具有专门知识的人出庭，代表当事人对鉴定意见进行质证，或者对案件事实所涉及的专业问题提出意见。具有专门知识的人在法庭上就专业问题提出的意见，视为当事人的陈述。人民法院准许当事人申请的，相关费用由提出申请的当事人负担。 ”

**4、鉴定意见未经质证不能作为认定案件事实的依据**

最高人民法院《关于民事诉讼证据的若干规定》第四十七条规定：“证据应当在法庭上出示，由当事人质证。未经质证的证据，不能作为认定案件事实的依据。”

《浙江省高级人民法院关于进一步规范民事诉讼鉴定相关工作若干问题的纪要》第十一条：“鉴定意见未经质证不能作为认定案件事实的依据。当事人对鉴定意见有异议的，可以要求鉴定人书面回复，也可以申请鉴定人出庭作证。对于专业性问题，根据浙高法〔2014〕100号《关于专家辅助人参与民事诉讼活动若干问题的纪要》规定，当事人可以申请专家辅助人出庭就鉴定意见或者专业问题提出意见。当事人申请鉴定人出庭作证的，人民法院应告知当事人可申请专家辅助人出庭。”

**5、固定总价合同中涉及未完工程的工程价款鉴定方法**

《北京市高级人民法院关于审理建设工程施合同纠纷案件若干疑难问题的解答》

13、固定总价合同履行中，承包人未完成工程施工的，工程价款如何确定？

建设工程施工合同约定工程价款实行固定总价结算，承包人未完成工程施工，其要求发包人支付工程款，经审查承包人已施工的工程质量合格的，可以采用“按比例折算”的方式，即由鉴定机构在相应同一取费标准下分别计算出已完工程部分的价款和整个合同约定工程的总价款，两者对比计算出相应系数，再用合同约定的固定价乘以该系数确定发包人应付的工程款。

当事人就已完工程的工程量存在争议的，应当根据双方在撤场交接时签订的会议纪要、交接记录以及监理材料、后续施工资料等文件予以确定；不能确定的，应根据工程撤场时未能办理交接及工程未能完工的原因等因素合理分配举证责任。

《重庆市高级人民法院关于当前民事审判若干法律问题的指导意见》

15、固定价合同的结算。建设工程合同中当事人约定按固定价结算，或者总价包干，或者单价包干的，承包人按照合同约定范围完工后，应当严格按照合同约定的固定价结算工程款。如果承包人中途退出，工程未完工，承包人主张按定额计算工程款，而发包人要求按定额计算工程款后比照包干价下浮一定比例的，应予支持。

十、工程结算报告双方签署同意后，一方发现有差错可否纠正

1、结算书已经承发包双方签署确认即对双方产生约束力，双方当事人应严格按结算书履行，除非存在显失公平，重大误解的情况，则可以根据《合同法》第五十四条、五十五条的规定主张撤销或存在法定无效情形。

2、双方当事人对工程结算达成一致协议，但未对逾期竣工违约行为作出处理或保留的情况下，发包人能否主张工程逾期竣工违约金或损失？

浙江省高级人民法院《关于审理建设工程施工合同纠纷案件若干问题的意见》（征求意见稿）第三十四条规定，“双方当事人协商一致达成工程的结算协议未对承包人逾期竣工的违约行为作出处理或保留的，发包人主张因承包人原因导致工程逾期竣工给其造成损失的，不予支持。”

后注：上述工程造价结算十大问题的解答主要依据最高人民法院及浙江省高院相应意见梳理做出，若有不当或需要进一步解释解答，欢迎相互沟通学习！