**不可抗力发生后建设工程合同履行中**

**的相关法律事务**

**一、对本次疫情事件的法律定性－本次疫情属于不可抗力。**

**（一）不可抗力的法律规定与解释：**

**合同法第117条：**因不可抗力不能履行合同的，根据不可抗力的影响，部分或者全部免除责任，但法律另有规定的除外。当事人迟延履行后发生不可抗力的，不能免除责任。

本法所称不可抗力，是指不能预见、不能避免并不能克服的客观情况。

不能预见，就建设工程承包合同而言，是指在签署合同时不能预见到某一事件会在合同履行中会出现。反过来讲，如果根据经验判断，预计在合同履行中会出现的事件，就不能作为不可抗力事件。如对于材料的涨价，人工费的涨价，由于多年来一直在上下波动，故对于材料涨价等一般不作为不可抗力处理。

不能避免，是指在不可抗力事件发生后，当事人不管采取什么措施都不能避免，如本次疫情，因疫情产生人员流动障碍，导致不能按计划组织施工作业人员及采购物资，属于不能避免的情形。

不能克服，是指对于遇到的不能避免的事件，即使采取了各种措施也不能消除因该事件产生的后果与责任。

**（二）不可抗力的法律后果：**

１、规定不可抗力的目的在于：如果因为不可抗力导致合同无法履行的可以据此解除合同，或者导致合同当事人存在违约行为的，可以据此不承担违约责任。

２、故即使存在不可抗力，但合同能够继续履行的，且不存在显失公平的，当事人也不能因此而要求解除合同。另外，不可抗力的事件对于某些合同的履行构成障碍，但对另外一些合同的履行反而倒是商机，如对于生产口罩的企业，反而因本次疫情而增加了产量扩大了生产，对于促进履行的合同不能因为存在疫情而要求解除合同或不承担违约责任。

３、对于施工企业而言，因本次疫情而导致不能按计划组织人员施工及采购物资的，属于受到不可抗力影响的合同当事人。故对因本次疫情而导致不能按期施工的，施工企业不承担相应的逾期交工的违约责任，同时可以据此顺延相应的工期。但对于工期较长的项目，除非因疫情遇到材料人工等大幅涨价导致显失公平，否则施工企业不能据此解除施工合同，因为疫情只是暂时性影响工期，并不会导致工程无法施工。

４、因施工企业责任导致延长了工期，在延长工期期间遭受到了本次疫情，那么对于两者重合的时间段不能作为免除承担违约责任的期间。如某工程按计划还需要三个月完成施工，由于施工企业原因工期延长了一个月，在延长后正好发生疫情。因为即便不延长也会遇到疫情，所以如果疫情发生了两个月，这两个月正好在三个月的计划工期内，所以虽然施工企业违约延长了一个月的工期，但这两个月也算因疫情这个不可抗力所遭受的停工期。但如果因施工方原因延长了一个月，本来如果施工单位不延长的话工程早已结束后，那在延长期间遭受的无法施工时间是不能扣除的。

**（三）不可抗力与“情势变更”的区别与运用。**

１、情势变更的概念：

是指在合同的履行中发生了在签署合同时无法预见的，在合同履行中无法避免的事件，但该事件的出现并不会导致合同无法履行或导致必然会出现违约，只是在此情况下如果按照原有的合同条款继续履行合同会出现显失公平的结果，导致对一方明显不公。

２、情势变更与不可抗力的运用角度：

不可抗力解决的是：因不可抗力不能履行合同的，根据不可抗力的影响，部分或者全部免除合同当事人的责任，即不可抗力属于免责事由。而情势变更属于合同履行和变更的范畴，解决的是：如果出现情势变更情形后，合同当事人是否需要解除合同或变更合同内容的问题，因为如果不解除或不变更，显然对一方是显失公平的，但并不解决如果解除合同或变更合同后的责任分摊或免除。

《**江苏省高级人民法院民事审判第一庭关于规范涉新冠肺炎疫情相关民事法律纠纷的指导意见**》第**5条：准确理解情势变更规则与不可抗力规则的关联性和差异性。**适用本意见第4条的规定处理纠纷时，应注重审查合同成立的客观基础条件变化与合同权利义务失衡的因果关系，并与不可抗力规则作出区分。情势变更规则调整合同内容，属于合同履行和变更的范畴，不可抗力规则主要规范合同义务不能履行时的免责问题，属于违约责任的范畴。但两者的适用情形并非互斥关系，可能存在交叉重叠，因疫情导致案件同时符合情势变更和不可抗力情形的，应根据当事人的主张分别适用相关法律规定处理。

３、情势变更与不可抗力的结合运用：

因疫情遭受到不可抗力后，施工企业可以据此要求顺延工期，并根据法律规定、合同约定的处理原则对损失予以分摊。同时，对于还需继续履行的施工合同，如果因疫情产生的材料、人工费用等的涨价导致工程成本大幅上涨的，可以根据“情势变更”的原则，要求予以调整**。**

**二、相关部门根据疫情制定的不可抗力情形的处理办法或规定：**

**（一）住建部《住房和城乡建设部办公厅关于加强新冠肺炎疫情防控有序推动企业开复工工作的通知》(建办市〔2020〕5号)**

**该文件规定：**疫情防控导致工期延误，属于合同约定的不可抗力情形。地方各级住房和城乡建设主管部门要引导企业加强合同工期管理，根据实际情况依法与建设单位协商合理顺延合同工期。停工期间增加的费用，由发承包双方按照有关规定协商分担。因疫情防控增加的防疫费用，可计入工程造价；因疫情造成的人工、建材价格上涨等成本，发承包双方要加强协商沟通，按照合同约定的调价方法调整合同价款。地方各级住房和城乡建设主管部门要及时做好跟踪测算和指导工作。

**（二）江苏省住建厅《江苏省住建厅关于新冠肺炎疫情影响下工程施工合同履约及工程价款调整的指导意见》（苏建价〔2020〕20号）**

1、因新冠肺炎疫情防控造成的损失和费用增加，适用合同不可抗力相关条款规定。合同没有约定或约定不明的，可以以《建设工程工程量清单计价规范》（GB50500-2013）第9.10条不可抗力的相关规定为依据，并执行以下具体原则：

（1） 因新冠肺炎疫情防控造成工程延期复工或停工的，应合理顺延工期。

  （2）受新冠肺炎疫情防控影响，工程延期复工或停工期间，承包人在施工场地的施工机械设备损坏及机械停滞台班、周转材料和临时设施摊销费用增加等停工损失由承包人承担；留在施工场地的必要管理人员和保卫人员的费用由发包人承担。

  （3） 受新冠肺炎疫情防控影响，工程延期复工或停工所发生的工程清理、修复费用增加，由发包人承担。

  （4） 受新冠肺炎疫情防控影响，造成工期延误，工程复工后发包人确因特殊原因需要赶工的，必须确保工程质量和安全。赶工天数超出剩余工期10%的必须编制专项施工方案，明确相关人员、经费、机械和安全等保障措施，并经专家论证后方可实施，严禁盲目赶工期、抢进度。相应的赶工费用由发包人承担。

3、工程复工前疫情防控准备及复工后施工现场疫情防控的费用支出，包括按规定支付的隔离观察期间的工人工资，由承包人向发包人提供疫情防控方案，经发包人签证认价后，作为总价措施项目费由发包人承担。

  4、对受新冠肺炎疫情影响，可能发生的人工、材料设备、机械价格的波动，发承包双方应按照合同约定的价款调整的相关条款执行。合同没有约定或约定不明的，由发承包双方根据工程实际情况签订补充协议，合理确定价格调整办法。

**（三）《建设工程工程量清单计价规范》GB 50500-2013）**

第9.11.1条的规定：“因不可抗力事件导致的费用，发、承包双方应按以下原则分别承担并调整工程价款。1.工程本身的损害、因工程损害导致第三方人员伤亡和财产损失以及运至施工场地用于施工的材料和待安装的设备的损害，由发包人承担；2.发包人、承包人人员伤亡由其所在单位负责，并承担相应费用；3.承包人的施工机械设备损坏及停工损失，由承包人承担；4.停工期间，承包人应发包人要求留在施工场地的必要的管理人员及保卫人员的费用由发包人承担；5.工程所需清理、修复费用，由发包人承担。

**（四）建设工程施工合同示范文本通用条款（GF-2017-0201）**

第17.3.2条的规定：“不可抗力导致的人员伤亡、财产损失、费用增加和（或）工期延误等后果，建设单位和施工单位一般按照下列原则承担：（1）永久工程、已运至施工现场的材料和工程设备的损坏，以及因工程损坏造成的第三人人员伤亡和财产损失由建设单位承担；（2）施工单位施工设备的损坏由施工单位承担；（3）建设单位和施工单位承担各自人员伤亡和财产的损失；（4）因不可抗力影响施工单位履行合同约定的义务，已经引起或将引起工期延误的，应当顺延工期，由此导致施工单位停工的费用损失由建设单位和施工单位合理分担，停工期间必须支付的工人工资由建设单位承担；（5）因不可抗力引起或将引起工期延误，建设单位要求赶工的，由此增加的赶工费用由建设单位承担；（6）施工单位在停工期间按照建设单位要求照管、清理和修复工程的费用由建设单位承担。”

**五、**《房屋建筑和市政基础设施项目工程总承包管理办法》（**建市规〔2019〕12号**）

第十五条 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。

**三、因本次疫情造成的工期延期的处理：**

如上所述，住建部与省住建厅都明确，因本次疫情导致的工期延误，属于不可抗力，应依法予以顺延，承发包双方应通过协商合理确定应顺延的工期，其中包括：1、因疫情导致停工的时间，2、因材料、设备采购或人员到位不足造成施工降效而产生的工期延长。对于停工时间，要结合春节前向建设单位递交的春节后复工计划、政府发布的禁止人员外出务工的通知、政府发布的建设工地开工时间通知等文件来确定。对于开工不足造成的工期延长，通过计算实际施工进度与计划进度之差来确定需增加的工期，但对此的计算难度相当大，即一方面需要施工企业提供施工降效导致工期延长的原因材料，另一方面需要施工单位计算因施工降效需要延长工期的公式。对此，施工单位应在复工前、施工中制定施工计划报监理或建设单位审批，在施工计划中明确实际施工人员数量、施工使用机械及时间计划安排，以后根据批准的施工计划计算降效情况及需要延长的工期情况。

**三、因本次疫情造成的成本增加及承担：**

1、赶工费：

江苏省住建厅文件苏建价〔2020〕20号规定，由发包人承担。赶工费包括（1）周转材料投入量增加费，（2）人工降效和加班增加的费用，（3）机械使用增加费，（4）材料损耗增加费等。

2、防疫费用，包括：防控管理监督人员费用、防疫用品费用、隔离防护措施费用、隔离人员费用等费用项目（增列费用项目对应金额不参与除税金之外的各项取费）。

住建部**建办市〔2020〕5号规定：**因疫情防控增加的防疫费用，可计入工程造价。

江苏省住建厅苏建价〔2020〕20号规定：由承包人向发包人提供疫情防控方案，经发包人签证认价后，作为总价措施项目费由发包人承担。

3、承包人在施工现场的施工机械设备损坏及机械停滞台班、周转材料和临时设施摊销费用增加等停工损失：

江苏省住建厅苏建价〔2020〕20号规定：由承包人承担；

4、停工期间留在施工场地的必要管理人员和保卫人员的费用：

江苏省住建厅苏建价〔2020〕20号规定：由发包人承担。需要明确的是，这里的停工期间是指因疫情而导致的不能施工的期间，而对于宣布疫情之前因春节原因停工期间的现场管理人员和保卫人员的费用仍应由承包人承担。

5、因停工而发生的工程清理与修复费用：

江苏省住建厅苏建价〔2020〕20号规定：由发包人承担。但也需要明确，这里的停工是指因疫情停工的时间，不包括原计划的春节停工期间。如果在因疫情停工期间发生的工程清理与修复，则该费用由发包人承担。

6、材料、人工、机械费的涨价：

住建部**建办市〔2020〕5号规定：**因疫情造成的人工、建材价格上涨等成本，发承包双方要加强协商沟通，按照合同约定的调价方法调整合同价款。

江苏省住建厅苏建价〔2020〕20号规定：发承包双方应按照合同约定的价款调整的相关条款执行。合同没有约定或约定不明的，由发承包双方根据工程实际情况签订补充协议，合理确定价格调整办法。

按江苏省厅文件及合同法等的规定，如因疫情造成人工、建材价格上涨等，如果在合同中规定规定了调整方式的，则按合同的约定处理。如果合同中没有规定，或规定了固定价合同或包死价，在“不可抗力”期间材料与人工上涨的，可以根据“情势变更”精神要求调整价格。如果建设单位不肯调价，且如按原价格继续履行会造成施工企业重大损失的，那么也可根据“情势变更”精神以显失公平无法实现合同目的为由解除合同。但需要指出的是，如果是由于施工企业原因导致逾期，在逾期期间遇到疫情的，那不能以疫情导致材料等上涨为由要求调价。

7、施工降效费：

由于施工作业人员到位率不高，导致实际施工进度与计划进度严重不符，导致机械、人工不能得到合理使用，这样需要发包人对此进行补偿。施工降效主要是人工降效和机械使用降效。具体由施工企业与建设单位协商确定取费费率，也可以按原经审批的施工计划与实际施工效果的差异来计算应补偿的人工与机械费用。

**四、在发生不可抗力后的合同附随义务的处理。**

本次疫情被认定为不可抗力。如遇不可抗力导致合同无法履行需解除，或导致施工单位违约的，可以免除施工单位的责任，并且可以根据上述相关规定处理由此产生的各类费用及工期顺延。

但施工单位也需要及时通知发包人，并将不可抗力的相关证据提交给发包人。另外，施工单位应该及时采取措施防止损失的广大，否则对于扩大的损失发包人不承担费用。

（ 合同法第一百一十八条：“当事人一方因不可抗力不能履行合同的，应当及时通知对方，以减轻可能给对方造成的损失，并应当在合理期限内提供证明。”   ）

对于上述各类费用增加和工期顺延，施工单位应该及时向发包人提交索赔报告，明确发包人应予支付的各类费用及顺延的工期，否则会有因超期索赔而被否决的风险。

**五、具体工作：**

１、搜集整理以下材料：

（１）政府确定疫情发生的时间及宣布疫情结束的文件，在应对不可抗力中政府所发的禁止或限制人员流动的文件；

（２）经批准的施工组织设计、进度计划、春节前停复工联系单等；

（３）材料供应与采购计划，与材料供应单位有关材料采购方面的函件、回复，材料采购的实际情况；

２、统计因不可抗力导致的应由发包人承担费用的金额及相应的人员、物资损失证据；

３、计算施工降效费用及提供相关证据资料；

４、根据发包人赶工要求，制定赶工费用及提供相关证据；

５、向发包人发出索赔意向通知、索赔报告等。

在疫情发生后，根据必然会出现的损失及费用增加，预先向发包人发出索赔意向通知，明确索赔范围与要求。

计算确定相关费用及收集证据后，在疫情结束后，可以汇总因疫情产生的增加费用及工期顺延的数量，向发包人提交详细的索赔报告。

国浩律师（苏州）事务所　严国军

2020年3月19日

严国军律师，江苏常熟人，国浩律师（苏州）事务所合伙人。现为苏州仲裁委员会仲裁员，常熟市行政复议委员会非常任委员，常年来执业于建筑房地产行业的法律服务领域，目前担任常熟市人民政府、常熟市住建局、自规局、城管局、征收办等行政机关及常熟市建筑业协会、常熟市物业协会的常年法律顾问。