济南市中级人民法院民五庭

关于建设工程合同纠纷案件工程造价等专门性问题鉴定程序的指导意见

（济南中级人民法院民五庭2020年4月17日法官会议纪要）

**案情摘要**

**案例一：**甲公司承包乙公司的钢结构工程，双方约定结算方式为固定综合单价包死，甲公司另向乙公司出具承诺书，该承诺书中载明“执行的合同标的为11307621元”。一审法院按照承诺书载明的数额作出判决。

**案例二：**贺某实际施工了村委会的工程，但双方未就涉案工程签订合同，贺某主张按照市场价计价并申请鉴定，村委会主张系固定总价，一审法院对贺某的申请未予准许，而是按照村委会自认的计价标准确定工程造价，并据此作出判决。

**法律问题**

**以上案例中存在以下问题：**

1.应释明而未释明。合同中约定了工程单价和暂定总价，一审法院仍以暂定的总价作为定案依据，做出判决。二审法院认为，工程造价应以工程单价×实际工程量做为最终工程总价，一审法院应就工程量的鉴定向负有举证责任的当事人释明而未释明，导致基本事实不清，发回重审。

2.应准许而未准许。当事人双方未就涉案工程签订合同，一审法院以单方自认作为定案依据，做出判决。二审法院认为，双方就工程造价产生争议，合同对单价及总价均未约定，应对工程造价进行鉴定，一审中当事人申请鉴定，一审法院应当准许而未为准许，导致基本事实不清，发回重审。

**法官会议意见：**

**一、申请鉴定的举证责任与后果承担。**

1.针对当事人对工程造价、质量、修复费用等有争议的专门性问题，人民法院认为需要鉴定的，应当向负有举证责任的当事人释明。

2.当事人经释明未申请鉴定，或虽申请鉴定但未支付鉴定费用或者拒不提供相关材料的，应当承担举证不能的法律后果。

**二、对鉴定程序处理不当的通报制度。**

一审法院未对鉴定问题进行释明，或者一审法院对鉴定申请未予准许，当事人在二审审理中又申请鉴定，二审法院认为确有鉴定必要的，二审法院依照民事诉讼法第一百七十条第一款第三项的规定发回重审，同时对该案一审法院及承办法官向全市法院通报。

**三、当事人怠于申请鉴定的处罚。**

经一审法院释明后，负有举证责任的当事人不申请鉴定，或虽申请鉴定但不支付鉴定费用或者拒不提供相关材料，但二审诉讼中又申请鉴定，二审法院认为鉴定结果与案件基本事实有关，确有鉴定必要的，依照民事诉讼法第一百七十条第一款第三项的规定发回重审。发回重审后，一审法院应依照民事诉讼法第六十五条、民事诉讼法解释第一百零二条的规定，对鉴定结论予以采信的，但同时应当依照民事诉讼法第一百一十五条的规定，对鉴定申请人予以训诫、罚款。

**民五庭副庭长栾钧霞针对相关问题的解答**

**问：为何要制定关于建设工程合同纠纷案件工程造价等专门性问题鉴定程序的指导意见？**

答：自2020年1月1日以来，济南中院民五庭因建设工程造价鉴定问题发回多起案件，发回原因多为应当向负有举证责任的当事人释明申请鉴定而未释明或者当事人申请鉴定而未予准许等情形。鉴于目前一审法院在审理建设工程施工合同中针对工程造价、工程质量等专门问题存在审判尺度不统一的情况，民五庭就该问题组织法官会议进行了专题研讨，并制定了该指导意见。

**问：如果一审承办法官仍未按照该意见处理怎么办？**

答：在该意见出台后，中院民五庭将会督促各基层法院切实传达该指导意见，并加大监管力度。在该意见中也明确了，如在审理案件中，仍存在不按照上述意见分配举证责任、对鉴定责任进行释明或者其他与意见相悖的情形，并造成基本事实不清，一审判决错误，导致发回重审的，将对案件所在法院和承办法官予以通报。

**问：针对拒不申请鉴定或滥用鉴定权利的当事人如何处理？**

答：分以下几种情况：一是如通过双方提供的证据能够查清事实，则对当事人提出的申请不予准许；二是负有举证责任的当事人不申请鉴定，或虽申请鉴定但不支付鉴定费用或者拒不提供相关材料的，承担举证不能的法律后果；三是有第二种情形，二审诉讼中又申请鉴定，二审法院认为鉴定结果与案件基本事实有关，确有鉴定必要的，依照法律规定发回重审。发回重审后，一审法院对鉴定结论予以采信的，但同时应当依照民事诉讼法第一百一十五条的规定，对鉴定申请人予以训诫、罚款。四是对于无须鉴定即可判决的案件，当事人于一审中申请鉴定，一审法院未予准许，当事人在二审中申请鉴定的，二审法院亦不予准许。