中华人民共和国最高人民法院

民 事 判 决 书

（2018）最高法民终846号

上诉人（一审原告）：锦宸集团有限公司，住所地江苏省姜堰经济开发区通杨西路126号。

法定代表人：李焕军，该公司董事长。

委托诉讼代理人：王泽敏，黑龙江泽言律师事务所律师。

委托诉讼代理人：吴建平，北京市泽文律师事务所律师。

被上诉人（一审被告）：呼伦贝尔市天顺房地产开发有限公司，住所地内蒙古自治区呼伦贝尔市海拉尔区呼伦办呼伦街1号。

法定代表人：董长宏，该公司总经理。

委托诉讼代理人：齐长红，北京市王玉梅律师事务所律师。

被上诉人（一审被告）：北大荒鑫都房地产开发有限公司，住所地黑龙江省哈尔滨市南岗区长江路207-3号。

法定代表人：王君革，该公司董事长。

委托诉讼代理人：孙永亭，该公司党委副书记。

委托诉讼代理人：岳晓峰，北京岳成（黑龙江）律师事务所律师。

上诉人锦宸集团有限公司（以下简称锦宸公司）因与被上诉人呼伦贝尔市天顺房地产开发有限公司（以下简称天顺公司）、北大荒鑫都房地产开发有限公司（以下简称鑫都公司）建设工程施工合同纠纷一案，不服内蒙古自治区高级人民法院（2017）内民初38号民事判决，向本院提起上诉。本院于2018年8月3日立案后，依法组成合议庭，开庭审理了本案。上诉人锦宸公司委托诉讼代理人王泽敏、吴建平、被上诉人天顺公司的委托诉讼代理人齐长红、被上诉人鑫都公司的委托诉讼代理人孙永亭、岳晓峰到庭参加诉讼。本案现已审理终结。

锦宸公司的上诉请求：一、撤销一审判决第一项，改判为：天顺公司于判决生效之日起十日内给付锦宸公司工程款140583753.19元及利息（其中122714369.11元的利息自2015年2月9日起计算至给付之日止；8174935.76元的利息自2015年11月25日起计算至给付之日止；9694448.32元的利息自2015年11月27日起计算至给付之日止。利息按照中国人民银行发布的同期同类贷款利率计算）。二、撤销一审判决第二项，改判为：鑫都公司对天顺公司欠付工程款及利息承担连带清偿责任。三、撤销一审判决第三项，改判为：确认锦宸公司对于案涉合同已经于2017年3月2日终止履行，对天顺新城二、三期建设工程在拖欠工程款范围内的房产拍卖、变卖所得价款享有优先受偿权。四、本案一切相关诉讼费由天顺公司、鑫都公司承担。主要理由：一、一审认定事实不清。1、双方已确认涉案工程已完工程结算造价为388544860.16元，而一审判决认定涉案工程已完工程结算造价为388533391.73元，差额11468.43元，系一审将天顺新城二期工程（大地块安装）的审核造价9694448.32元错误表述为9682979.89元，属事实认定错误。2、双方于2017年8月1日对账后确认天顺公司已付款金额为221095120.50元，锦宸公司给天顺公司开具发票金额为221202539.79元。一审判决在计算案涉工程款时，不是扣减已付款金额，而是扣减了发票金额，差额107419.29元，属事实认定错误。3、一审判决第一项认定给付拖欠工程款利息计算起始时间有误，导致天顺公司应向锦宸公司支付的拖欠工程款利息大幅减少，严重损害锦宸公司利益。依据双方约定及一审判决认定的工程款应付条件，均为双方办理结算手续后付至结算总价的95%，涉案工程为分阶段结算，其中：2015年2月9日，双方结算天顺新城二期、三期工程（总包单位2012年--2013年完成工程量）审定结算值为283592959.69元，天顺新城二期、三期工程（总包单位2014年完成工程量）审定结算值为87082516.39元，两项共计应付工程款为370675476.08元，扣减已付工程款221095120.50元，再扣减钢材款26865986.47元，欠付工程款为122714369.11元。该欠付工程款122714369.11元的利息应当按照中国人民银行发布的同期同类贷款利率自2015年2月9日结算之日起计算至给付之日止。2015年11月25日，天顺新城二期工程（大地块土建）审定结算值为5913262.49元，天顺新城三期工程（小地块土建）审定结算值为2261673.27元，两项共计欠付工程款为8174935.76元。该欠付工程款8174935.76元的利息应当按照中国人民银行发布的同期同类贷款利率自2015年11月25日结算之日起计算至给付之日止。2015年11月27日，天顺新城二期工程（大地块安装）审定结算值为9694448.32元。该欠付工程款9694448.32元的利息应当按照中国人民银行发布的同期同类贷款利率自2015年11月27日起计算至给付之日止。一审判决对上述拖欠工程款利息计算起始期限均为2015年11月27日，未分段计算利息。导致天顺公司应付利息大幅减少，请求二审法院依法改判。二、一审判决认定结算总价中预留5%质保金没有事实和法律依据，且违反公平和效益原则，使锦宸公司的期待合法权益处于无法实现的不确定状态，严重损害锦宸公司的合法权益。一审判决查明天顺工程二期工程未竣工验收但已经入住。根据法律规定其已经无权主张质量问题。目前时间已经超过两年的质保期，在这两年中，锦宸公司实际上也承担了质保义务。一审判决扣减质保金，锦宸公司只能另诉，无形中会增加诉累。三、锦宸公司一审请求鑫都公司对天顺公司拖欠工程款及利息承担连带责任。一审判决鑫都公司对天顺公司拖欠工程款承担连带清偿责任，但对锦宸公司请求鑫都公司对天顺公司拖欠工程款的利息承担连带清偿责任没有支持，且未说明理由，严重损害锦宸公司合法权益，应当予以纠正。四、一审判决未支持锦宸公司关于优先权的请求属法律适用错误。天顺公司未支付工程款导致案涉二期工程未竣工验收，三期工程已经变成烂尾楼。天顺公司应承担相应责任。2017年3月2日，锦宸公司委托公证向天顺公司邮寄送达了催告及解除合同通知函，除催告天顺公司支付工程款外，还同时通知天顺公司：“1、解除与你公司签订的关于天顺新城全部的建设工程施工合同。2、未建完及未竣工验收的所有工程即日起移交给你公司，移交后各项风险转移至你公司，我公司不再派人看护。3、即日起我公司的人员及设备退场。”该通知函已经明确锦宸公司终止履行合同。故锦宸公司对案涉工程的优先权应当自该日期起计算六个月的时间。一审判决认定双方约定的竣工日期为2015年12月30日错误。同时一审判决以锦宸公司和天顺公司已经于2015年2月和11月进行工程结算，认定锦宸公司主张优先权已过期限，也是错误的。锦宸公司施工至2015年11月。2016年天顺公司仍在支付工程款。2017年3月2日，锦宸公司发函要求付款、移交工程及人员及设备退场。五、一审判决遗漏审理锦宸公司的诉讼请求。锦宸公司一审请求解除合同，实际就是要求终止履行合同。天顺公司要求继续履行。就本案来说无论合同有效还是无效，都应明确合同是否终止履行。一审判决未明确合同是否继续履行。

天顺公司、鑫都公司答辩称：一、一审判决认定事实清楚，锦宸公司的上诉缺乏证据支持。1、关于审核造价问题。根据《2015年工程进度结算书》，该工程进度审核造价确为9682979.86元，该《结算书》经锦宸公司海拉尔天顺新城二、三期工程项目部盖章、负责人（李焕宝）签字确认。一审判决认定天顺新城二期工程（大地块安装）审核造价为9682979.86元，认定事实准确，并无错误。锦宸公司主张审核造价应为9694448.32元，既未说明理由也无证据支持。2、关于对已付款金额问题。根据《中华人民共和国发票管理办法》第三条“本办法所称发票，是指在购销商品、提供或者接受服务以及从事其他经营活动中，开具、收取的收付款凭证。”一审判决依据锦宸公司开具的发票认定收款数额符合法律规定，并无不当。3、关于利息计算问题。一审判决利息自2015年11月27日起至给付之日止按照中国人民银行发布的同期同类贷款利率计算。考虑到三次结算书签署的时间较为接近，一审判决将最后一次结算书签署的时间酌定为合理的付款时间，保护了双方权益，公平合理且利于判决执行，并无不当。二、扣留5%的质保金，符合双方约定和行业习惯，并无不当。根据双方合同约定：“余款5%作为质量保证金，质保金按国家有关规定，保修期满后14日内返还。”“质量保修期自工程竣工验收合格之日起计算。”根据《建设工程质量管理条例》第三十九条“建设工程实行质量保修制度。”第四十条“建设工程的保修期，自竣工验收合格之日起计算。”《建设工程质量保证金管理办法》第二条“本办法所称建设工程质量保证金是指发包人与承包人在建设工程承包合同中约定，从应付的工程款中预留，用以保证承包人在缺陷责任期内对建设工程出现的缺陷进行维修的资金。”目前天顺新城二期项目尚未竣工验收、三期项目尚未完工，而且天顺公司已提交证据证明工程存在的质量问题，锦宸公司应当依法承担质量保证责任。故一审判决计算应付款时扣留了质量保证金，符合双方约定、行业惯例和法律规定，具有充分事实和法律依据，并无不当。三、一审判决驳回锦宸公司关于优先权的请求符合法律规定。根据《最高人民法院关于建设工程价款优先受偿权问题的批复》（法释【2002】16号）第四条规定“建设工程承包人行使优先权的期限为六个月，自建设工程竣工之日或者建设工程合同约定的竣工之日起计算。”因涉案工程未竣工验收，依据本案三份《建设工程施工合同》约定的竣工日期均为2015年12月30日。锦宸公司起诉之日已大大超出六个月期限，丧失优先受偿权，不应得到法律的保护。而且，上述司法解释中并未区分工程不能竣工的原因，也没有以合同终止履行作为起算时间，目的就在于要同时兼顾其他债权人权利，督促建设工程承包人及时行使优先权，怠于行使的，法律不再过分保护。故一审法院关于优先权的判决符合法律规定和立法目的，并无不当。四、一审判决未遗漏诉讼请求，案涉合同已认定为无效。一审判决确认天顺公司与锦宸公司签订的五份建设工程施工合同均为无效。根据《中华人民共和国合同法》第五十六条规定，无效的合同自始没有法律约束力。没有必要再行判决解除或是继续履行。综上，一审判决认定事实清楚，适用法律准确，请求驳回上诉，维持原判。

锦宸公司向一审法院起诉请求：1、判令解除锦宸公司与天顺公司、鑫都公司签订的五份建设工程施工合同；2、判令天顺公司支付工程款167814654.64元及利息2210万元共计189914654.64元（利息暂计算至2017年4月16日），自2017年4月17日起，利息以167814654.64元为基数，每日按同期银行贷款利率支付至付清时止；3、判令锦宸公司对天顺新城二、三期建设工程在上述工程款范围内对房产拍卖、变卖所得价款享有优先受偿权；4、判令鑫都公司对上述工程款及利息承担连带责任；5、本案的一切相关诉讼费由天顺公司、鑫都公司共同承担。

一审法院认定的事实：2011年9月19日，天顺公司（甲方）与鑫都公司（乙方）签订《房地产项目联合开发协议书》。该协议主要约定：（一）合作方式：1、甲乙双方联合竞拍该项目土地，以甲方名义合作开发、办理各项手续，甲乙双方共同负责项目的运作。……3、甲乙双方本着优势互补、互利互惠、平等、自愿、合法的原则，对该项目共同投资、共享利润、共担风险。（二）合作标的：1、项目名称为海拉尔天顺新城。2、项目地点位于木兰街西侧，新建海拉尔火车站南侧，夹信子街北侧，海拉尔原牧业机械厂，四址界线以土地使用权宗地图为准。3、合作开发项目占地51291.9平方米，土地性质为政府招拍挂的国有土地出让，土地使用权人为天顺公司，此地块应合法，无任何纠纷。……（四）资金投入及管理：1、双方投资比例为甲方45%，乙方55%。2、项目所需资金由甲乙双方按投资比例投入。项目初期，甲方负责海拉尔牧业机械厂搬迁补偿工作并负责资金投入，乙方负责土地摘牌的资金投入。项目整体资金必须由甲乙双方按投资比例投入。3、因本项目开立的所有银行账户，由双方授权委托指定人员共同管理，甲方持财务章，乙方持名章，均实行双方共管。……（六）收益分配、税、费用支出、项目核算、风险共担：1、利润分配：甲乙双方按投资比例分配项目净利润，按协议相关条款收益其他应得收益。……5、风险承担：双方按投资比例承担风险，产生的损失和费用，要在双方共同认定后按比例承担。此外该协议还对天顺公司与鑫都公司双方合作的建设及监理、决策经营、违约责任等进行了约定。

2012年4月7日，锦宸公司（承包人、乙方）与天顺公司（发包人、甲方）、鑫都公司（担保单位）签订《建设工程施工合同框架协议书》，天顺公司将天顺新城二、三期建设工程发包给锦宸公司施工。该协议主要约定：（一）工程名称为天顺新城二、三期建设工程。工程地点为呼伦贝尔市海拉尔火车站广场对面。总建筑面积为219688平方米，其中：二期工程建筑面积为76746平方米，含地下工程面积13410平方米；三期工程建筑面积142673平方米，含地下工程面积26998平方米。合同暂定总价4.2亿元（含专业分包工程）。（二）承包范围为天顺新城二、三期建设工程中的地基与基础、主体结构、建筑装饰装修、给排水及采暖、建筑电气安装等施工图纸所示的全部工程（不含甲方指定专业分包工程）。承包方式为包工包料（部分材料甲方供应）、包质量、包进度、包现场安全文明施工的施工总承包方式。（三）合同工期：计划开工期2012年4月末（以甲方签发乙方认可的开工令为准），计划竣工期2013年10月20日。（四）质量标准：达到国家及地方现行工程施工质量验收标准合格工程。（五）计价方式：1、本项目的实际合同价款按实进行结算（按照施工图、设计变更、现场签证等）。2、执行定额计价费率招标，即2009届计价依据。同时约定具体取费标准。（六）工程款支付：甲方每月支付或按阶段支付乙方已完工程结算款的75%，工程主体结构封顶验收合格后15日内甲方付至乙方已完成工作量80%的工程款，工程竣工验收合格后15日内甲方支付乙方已完成工作量85%工程款，办理完结算手续后支付至结算总造价的95%工程款，余款5%作为质量保修金。（七）逾期付款违约责任：甲方逾期支付工程款在30日之内，自本协议规定的应付款期限之第二天起至实际全额支付应付款之日止，甲方按日向乙方支付利息，利率按同期银行贷款利息的1倍计算。甲方连续两月未支付工程款的乙方有权解除合同。（八）为保证该框架协议的履行实施及双方的权利、义务，本工程项目的主要投资方鑫都公司为该合同协议中甲方履行合同义务对乙方的权利进行全权担保的担保单位，担保时间至工程保修金支付结束。此外，该协议还对双方其他的权利义务进行了约定。

2013年7月19日，天顺公司向锦宸公司发出两份《中标通知书》，一份载明：天顺公司的海拉尔区天顺新城二期A区建设工程招标，总建筑面积33644.67平方米，确定锦宸公司为中标人，中标价为1750元/平方米，中标工期为904日历天，工程质量要求达到合格质量标准；另一份载明：天顺公司的海拉尔区天顺新城二期B区建设工程招标，总建筑面积35497.65平方米，确定锦宸公司为中标人，中标价为1750元/平方米，中标工期为904日历天，工程质量要求达到合格质量标准。2013年7月20日，天顺公司再次向锦宸公司发出两份《中标通知书》，一份载明：天顺公司的海拉尔区天顺新城二期C区建设工程招标，总建筑面积81899.58平方米，确定锦宸公司为中标人，中标价为1750元/平方米，中标工期为899日历天，工程质量要求达到合格质量标准；另一份载明：天顺公司的海拉尔区天顺新城三期建设工程招标，总建筑面积65190.67平方米，确定锦宸公司为中标人，中标价为1750元/平方米，中标工期为899日历天，工程质量要求达到合格质量标准。

2013年8月5日，锦宸公司（承包人）与天顺公司（发包人）就海拉尔天顺新城二期A区、B区、C区建设工程签订三份《建设工程施工合同》并备案。三份《建设工程施工合同》约定的合同价款分别为58878172元、62120887元、143324265元；竣工日期均为2015年12月30日；发包人不按合同约定支付工程款（进度款），双方又未达成延期付款协议，导致施工无法进行，承包人可以停止施工，由发包人承担违约责任；停止施工超过56天，发包人仍不支付工程款（进度款），承包人有权解除合同；解除合同应以书面形式向对方发出解除合同的通知，并在发出通知前7天告知对方，通知到达对方时合同解除；承包人每月25日前上报已完成工程量，发包人审核后在下月10日前按75%支付，验收合格后15日内支付已完工程量85%的工程款，办完结算手续后30日内支付结算总价95%，余款5%作为质量保修金，质保金按国家有关规定质保期满后14日内返还。

2013年8月5日，锦宸公司（承包人）与鑫都公司（发包人）就海拉尔天顺新城三期建设工程签订《建设工程施工合同》未备案，该合同约定合同价款为114083672元，竣工日期为2015年12月30日，合同解除、违约责任及工程款支付等约定内容与上述三份《建设工程施工合同》一致。

2014年4月15日，天顺公司（甲方）与锦宸公司（乙方）签订《补充协议书》。该补充协议书主要约定：（一）原《建设工程施工合同框架协议书》约定的天顺新城二、三期项目竣工时间变更为：1、三期项目工程中的（备案合同为二期）G1楼-G5楼、S1楼、S2楼工程，竣工日期为2014年8月31日。2、三期项目工程中的（备案合同为二期）酒店、公寓及地下部分，二期项目工程中的（备案合同为三期）G6楼-G10楼、S3楼、G9楼Ⅱ区及地下部分竣工日期，变更为2014年9月30日。3、竣工日期的确定：乙方按原《建设工程施工合同框架协议书》约定的工程内容及范围的工程项目，乙方完成后报甲方组织验收，因甲方手续不完善或甲方分包工程未完成等原因未能及时组织验收，超过15日时，按乙方申报日为竣工日期。因乙方原因延误竣工日期，每延误1天赔偿10万元，最高赔偿额不超过300万元。（二）工程款支付：1、在2014年4月15日开工前，甲方预先支付乙方前期建设工程进度款3000万元，用于复工准备，其余所欠工程进度款在2014年5月至8月施工期间按月平均支付（甲方垫付钢材款不包含在其中）。2、2014年工程复工后，仍按月形象进度支付工程款，乙方应配合甲方及时开具足额发票，因材料基本改为甲供，工程形象进度款（基本为人工、机械）支付比例由75%调整为80%。3、结算款支付：工程竣工验收合格次日起30日内支付2012年、2013年完成量的90%款项；2014年工程款及2012年、2013年结算余款支付按《建设工程施工合同框架协议书》中原有比例作相应变动后执行。4、如甲方未能及时支付工程进度款及上述所欠工程款，乙方则不能保证上述竣工日期。（三）工程结算人工价差调整原则：1、2012年施工的项目，按内建工[2011]303号文件进行调整；2、2013年至2014年施工的项目，按内蒙古自治区住房和城乡建设厅文件-内建工[2013]587号文件规定的调整幅度的90%执行。

2015年2月9日，天顺公司、锦宸公司及审计单位内蒙古住建工程项目管理有限责任公司共同作出两份《工程结算审计核定单》，其中天顺新城二期、三期工程（总包单位2012年-2013年完成工程量）审定结算值为283592959.69元，天顺新城二期、三期工程（总包单位2014年完成工程量）审定结算值为87082516.39元。2015年11月25日、27日，锦宸公司与天顺公司针对天顺新城三期工程（小地块土建）、天顺新城二期工程（大地块土建）、天顺新城二期工程（大地块安装）作出三份《2015年工程进度结算书》，审核造价分别为2261673.27元、5913262.49元、9682979.89元。综上，锦宸公司与天顺公司就天顺新城二期、三期工程结算造价为388533391.73元。

2017年8月1日，锦宸公司与天顺公司对账显示，2012年至2017年天顺公司已付款金额为221095120.50元，锦宸公司为天顺公司开具发票金额为221202539.79元。同日，锦宸公司出具收据，载明“收到天顺公司代购价值人民币26865986.47元的钢材，应从工程款中扣除”。

天顺新城二期工程少部分入住，但未竣工验收。天顺新城三期工程停建。

一审法院认为，本案争议的焦点为：一、涉案五份建设工程施工合同的效力及锦宸公司请求解除上述合同是否有依据；二、关于天顺新城三期工程能否在本案中一并解决；三、锦宸公司主张工程款167814654.64元及利息的依据，天顺公司要求核减的数额及依据；四、锦宸公司对涉案工程在欠付工程款范围内是否享有优先受偿权；五、鑫都公司是否对上述工程款及利息的给付承担连带责任。

关于涉案五份建设工程施工合同的效力及锦宸公司请求解除上述合同的依据问题。根据《中华人民共和国招标投标法》第三条规定，天顺新城二、三期建设工程项目，属于必须进行招标的大型基础设施、公用事业等关系社会公共利益、公众安全的项目，因此涉案工程项目是必须进行招标的项目。天顺公司与锦宸公司签订的《建设工程施工合同框架协议书》，是在招标确定中标人前，就投标价格、投标方案等实质性内容进行了谈判所订立。根据《中华人民共和国招标投标法》第四十三条“在确定中标人前，招标人不得与投标人就投标价格、投标方案等实质性内容进行谈判”及第五十五条“依法必须进行招标的项目，招标人违反本法规定，与投标人就投标价格、投标方案等实质性内容进行谈判的，给予警告，对单位直接负责的主管人员和其他直接责任人员依法给予处分。前款所列行为影响中标结果的，中标无效”之规定，故天顺公司与锦宸公司签订的《建设工程施工合同框架协议书》及其补充协议书，应认定为无效合同。锦宸公司与天顺公司就海拉尔天顺新城二期A区、B区、C区签订的三份《建设工程施工合同》,并不是通过规范的邀请招投标的方式签订，而是通过协商的方式签订，其招投标备案手续是合同签订后补办，双方未履行招投标程序，违反了法律强制性规定。根据《中华人民共和国招标投标法》第四十三条“在确定中标人之前，招标人不得与投标人就投标价格、投标方案等实质性内容进行谈判”及《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》第一条“建设工程施工合同具有下列情形之一的，应当根据合同法第五十二条第（五）项的规定，认定无效：……（三）建设工程必须进行招标而未招标或者中标无效的”的规定和本案事实，天顺公司与锦宸公司签订的上述五份建设工程施工合同应为无效。

关于天顺新城三期工程能否在本案中一并解决的问题。2012年4月7日，天顺公司与锦宸公司签订了《建设工程施工合同框架协议书》，工程名称为天顺新城二、三期建设工程。2014年4月15日，双方当事人在上述协议书的基础上，就天顺新城二、三期项目建设工程又达成了补充协议书，证明锦宸公司与天顺公司之间履行的合同包括天顺新城三期工程。两份《工程结算审计核定单》及三份《2015年工程进度结算书》上的工程名称是天顺新城二期、三期工程，故锦宸公司要求对天顺新城三期工程在本案一并解决并无不当，应予以支持。

关于锦宸公司主张工程款167814654.64元及利息的依据问题，天顺公司要求核减的数额及依据问题。锦宸公司提供的2015年2月9日的两份《工程结算审计核定单》，系天顺公司、锦宸公司及审计单位内蒙古住建工程项目管理有限责任公司作出，审定结算值分别为283592959.69元、87082516.39元，该两份结算审计核定单上有上述三方的盖章及负责人的签字，应予采信。2015年11月25日、27日，锦宸公司与天顺公司针对天顺新城三期工程（小地块土建）、天顺新城二期工程（大地块土建）、天顺新城二期工程（大地块安装）作出三份《2015年工程进度结算书》，审核造价分别为2261673.27元、5913262.49元、9682979.89元。故锦宸公司已完工程结算造价为388533391.73元。按合同约定办完结算手续后付至结算总价的95%，应付工程款为369106722.14元。鉴于本案双方并未进行竣工验收，天顺公司抗辩涉案工程存在质量问题，需要维修，预留结算总价的5%作为质量保修金。对于已付工程款，锦宸公司为天顺公司出具的发票金额是221202539.79元，应予以认定，核减天顺公司垫付钢材款26865986.47元，故天顺公司欠付锦宸公司的工程款为121038195.88元（369106722.14元-221202539.79元-26865986.47元），利息应自2015年11月27日起至付清之日止按照中国人民银行同期同类贷款利率计算。

关于锦宸公司对涉案工程在工程款范围内是否享有优先受偿权问题。本案涉案工程所签订的五份合同虽为无效，但系双方当事人的真实意思表示。根据《中华人民共和国合同法》第二百八十六条规定，承包人可以对建设工程的价款就该工程折价或者拍卖的价款优先受偿。该规定就未付工程款对所承建的工程享有优先受偿权，系为保护承包人对工程价款的实际受偿，在认定优先受偿权的起始期限时，应当遵循案件的客观事实。《最高人民法院关于建设工程价款优先受偿权问题的批复》第三条将建设工程价款的范围明确限定为：建筑工程价款包括承包人为建设工程应当支付的工作人员报酬、材料款等实际支出的费用，不包括承包人因发包人违约所造成的损失。在本案所涉合同中，约定的竣工日期为2015年12月30日，锦宸公司与天顺公司就天顺新城二、三期工程已经于2015年2月、2015年11月进行工程结算。依据《最高人民法院关于建设工程价款优先受偿权问题的批复》第四条规定：建设工程承包人行使优先权的期限为六个月，自建设工程竣工之日或者建设工程合同约定的竣工之日起计算。根据上述规定，锦宸公司于2017年5月5日向法院起诉请求优先权已过期限，其要求对所施工的工程享有优先受偿权无法律依据，应不予支持。

关于鑫都公司是否对上述工程款及利息的给付承担连带责任问题。天顺新城二、三期工程是天顺公司与鑫都公司合作开发，合作开发房地产合同的法律特征在于“共同投资、共享利润、共担风险，”合作各方应对外共同承担因合作产生的债务。鑫都公司作为涉案工程的合作开发人，应对天顺公司所拖欠锦宸公司的工程款承担连带清偿责任。

综上所述，锦宸公司的诉讼请求部分成立。依照《中华人民共和国招标投标法》第四十三条、第五十五条，《中华人民共和国合同法》第五十二条、第二百八十六条，《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》第一条、第二条、第十七条、第十八条，《中华人民共和国民事诉讼法》第六十四条、第一百五十二条规定，判决：一、天顺公司于判决生效之日起十日内给付锦宸公司工程款121038195.88元及利息（利息自2015年11月27日起至给付之日止按照中国人民银行发布的同期同类贷款利率计算）；二、鑫都公司对天顺公司欠付上述工程款承担连带清偿责任；三、驳回锦宸公司的其他诉讼请求。

如果未按判决指定的期间履行给付金钱义务，应当依照《中华人民共和国民事诉讼法》第二百五十三条规定，加倍支付迟延期间的债务利息。

案件受理费991373.27元，由锦宸公司负担98137.39元，由天顺公司、鑫都公司负担893235.88元;财产保全费5000元，由天顺公司、鑫都公司负担。

各方当事人在本院二审期间未提交新的证据。

本院二审查明：在一审案卷中，存有两份天顺新城二期工程-大地块安装2015年工程进度结算书，日期均为2015年11月27日，一份结算金额为9682979.89元、一份结算金额为9694448.32元。

2017年3月2日，锦宸公司委托公证向天顺公司、鑫都公司分别邮寄送达了催告及解除合同通知函，通知天顺公司、鑫都公司解除案涉合同并支付工程款本金和利息1.8亿余元。

本院二审庭审后，锦宸公司表示认可一审判决认定天顺新城二期工程（大地块安装）审核造价9682979.89元，同时表示认可一审判决欠付工程款利息自2015年11月27日起至付清之日止按中国人民银行同期同类贷款利率计算，不再上诉。

本院二审查明的其他事实与一审法院查明的事实相同。

本院认为，本案当事人二审争议的焦点问题是：一、天顺公司欠付工程款数额是多少、约定5%质量保证金应否从工程价款中扣除；二、鑫都公司应否对天顺公司欠付工程款的利息承担连带清偿责任；三、锦宸公司对于案涉天顺新城二、三期建设工程是否享有优先受偿权。

关于天顺公司欠付工程款数额问题。锦宸公司关于欠付工程款数额上诉，主要是主张计算天顺公司欠付工程款应从锦宸公司已完工程价款中扣除天顺公司实际付款金额，而不是扣除锦宸公司开具的发票金额。在本院二审期间，锦宸公司和天顺公司对于天顺公司实际付款金额221095120.50元，锦宸公司开具发票金额221202539.79元，均无异议。本院认为，对于实践中存在发票金额与实际付款金额不一致的情形，认定已付款金额应当以查明的实际付款金额为准。锦宸公司的上诉主张有事实依据，应予支持。故天顺公司欠付工程款为140572284.76元（锦宸公司已完工程结算价款388533391.73元减去天顺公司实际付款金额221095120.50元和天顺公司垫付钢材款26865986.47元）。一审判决认定扣除锦宸公司开具发票金额，缺乏事实依据，本院予以纠正。

关于约定5%质量保证金应否从工程价款中扣除问题。本院认为，根据《建设工程质量保证金管理办法》第二条第一款规定：“质量保证金为发包人与承包人在建设施工合同中约定，从应付的工程款中预留，用以保证承包人在缺陷责任期内对建设工程出现的缺陷进行维修的资金。”质量保证金的交纳和返还应依当事人约定。本案中，各方当事人对于一审判决认定案涉五份建设工程施工合同无效均无异议。《中华人民共和国合同法》第五十六条规定：“无效的合同或者被撤销的合同自始没有法律约束力。合同部分无效，不影响其他部分效力的，其他部分仍然有效。”第五十八条规定：“合同无效或者被撤销后，因该合同取得的财产，应当予以返还；不能返还或者没有必要返还的，应当折价补偿。有过错的一方应当赔偿对方因此所受到损失，双方都有过错的，应当各自承担相应的责任。”因案涉五份建设工程施工合同无效，故双方关于在工程结算价款中预留5%质量保证金的约定亦无效。一审判决按双方合同约定预留结算价款5%质量保证金缺乏合同和法律依据，显属不当，本院予以纠正。

关于鑫都公司应否对天顺公司欠付工程款的利息承担连带清偿责任问题。本院认为，工程款的利息属于法定孳息。一审判决鑫都公司对天顺公司欠付锦宸公司的工程款承担连带清偿责任，未判决鑫都公司对天顺公司欠付锦宸公司的工程款利息承担连带清偿责任应属不当，本院予以纠正。

关于锦宸公司对于案涉天顺新城二、三期建设工程是否享有优先受偿权问题。本院认为，《中华人民共和国合同法》第二百八十六条规定：“发包人未按照约定支付价款的，承包人可以催告发包人在合理期限内支付价款。发包人逾期不支付的，除按照建设工程的性质不宜折价、拍卖的以外，承包人可以与发包人协议将该工程折价，也可以申请人民法院将该工程依法拍卖。建设工程的价款就该工程折价或者拍卖的价款优先受偿。”建设工程价款优先受偿权是法律赋予承包人的法定优先权，目的是保障承包人对自己的劳动成果获得报酬。《最高人民法院关于建设工程价款优先受偿权问题的批复》规定，建设工程承包人行使优先权的期限为六个月，自建设工程竣工之日或者建设工程合同约定的竣工之日起计算。本案中，案涉天顺新城二期工程未竣工验收、三期工程停建，且案涉五份建设工程施工合同无效，故本案建设工程优先权行使期限不宜从建设工程竣工之日或者建设工程合同约定的竣工之日起计算。一审判决认定锦宸公司优先受偿权行使期限自约定的竣工日期2015年12月30日起算缺乏事实和合同依据，本院纠正。根据本案查明的事实，锦宸公司与天顺公司于2015年2月、2015年11月就案涉天顺新城二、三期工程进行的结算属于施工过程中工程进度结算，并非对案涉工程的结算。锦宸公司于2017年3月2日委托公证向天顺公司、鑫都公司分别邮寄送达了催告及解除合同通知函。《中华人民共和国合同法》第九十六条规定，当事人主张解除合同，应当通知对方，合同自通知到达对方时解除，对方有异议的，可以请求人民法院或者仲裁机构确认解除合同的效力。《最高人民法院关于适用若干问题的解释（二）》第二十四条规定，当事人对合同解除虽有异议，但在约定的异议期满后才提出异议并向人民法院起诉的，人民法院不予支持；当事人没有约定异议期间，在解除合同通知到达之日起三个月以后才向人民法院起诉的，人民法院不予支持。故本案锦宸公司行使优先权期限应自锦宸公司解除合同到达天顺公司、鑫都公司时起算。锦宸公司请求对天顺新城二、三期工程拍卖、变卖所得价款享有优先受偿权，具有事实和法律依据，应予支持。一审判决认定锦宸公司请求优先受偿权已经超过行使期限，属适用法律错误，本院予以纠正。

综上，锦宸公司上诉请求成立，应予支持。一审判决认定事实和适用法律均有错误，应予纠正。依照《中华人民共和国合同法》第五十六条、第五十八条、第二百八十六条、《中华人民共和国民事诉讼法》第一款第二项之规定，判决如下：

一、撤销内蒙古自治区高级人民法院（2017）内民初38号民事判决第三项；

二、变更内蒙古自治区高级人民法院（2017）内民初38号民事判决第一项为：呼伦贝尔市天顺房地产开发有限公司于判决生效后十日内给付锦宸集团有限公司工程款140572284.76元及利息（利息自2015年11月27日起至给付之日止按照中国人民银行发布的同期同类贷款利率计算）；

三、变更内蒙古自治区高级人民法院（2017）内民初38号民事判决第二项为：北大荒鑫都房地产开发有限公司对呼伦贝尔市天顺房地产开发有限公司上述欠付锦宸集团有限公司的工程款和利息承担连带清偿责任；

四、锦宸集团有限公司对天顺新城二、三期建设工程拍卖、变卖所得价款在欠付工程款范围内享有优先受偿权；

五、驳回锦宸集团有限公司其他诉讼请求。

如果未按本判决指定的期间履行给付金钱义务，应当依照《中华人民共和国民事诉讼法》第二百五十三条规定，加倍支付迟延期间的债务利息。

一审案件受理费、保全费按一审判决执行，二审案件受理费139073.34元，由呼伦贝尔市天顺房地产开发有限公司、北大荒鑫都房地产开发有限公司共同负担。

本判决为终审判决。

审判长　　王友祥

审判员　　肖　峰

审判员　　谢爱梅

二〇一八年十二月二十四日

书记员　　李雪薇