中华人民共和国最高人民法院

民 事 判 决 书

（2014）民一终字第310号

上诉人（一审原告、反诉被告）：中国建筑股份有限公司，住所地北京市海淀区三里河路15号。

法定代表人：官庆，该公司董事长。

委托代理人：彭宗佑，该公司员工。

委托代理人：包俊，北京市隆安（南京）律师事务所律师。

上诉人（一审被告、反诉原告）：昆山市超华投资发展有限公司，住所地江苏省昆山市玉山镇白马泾路52号2101室。

法定代表人：彭来华，该公司董事长。

委托代理人：林国云，该公司职员。

委托代理人：张昱，江苏世纪同仁（上海）律师事务所律师。

中国建筑股份有限公司（以下简称中建公司）与昆山市超华投资发展有限公司（以下简称超华公司）建设工程施工合同纠纷一案，江苏省高级人民法院（以下简称一审法院）于2014年9月3日作出（2011）苏民初字第0004号民事判决。中建公司与超华公司均不服该判决，向本院提起上诉。本院依法组成合议庭于2015年10月27日开庭审理了本案。中建公司委托代理人彭宗佑、包俊，超华公司委托代理人林国云、张昱到庭参加诉讼。本案现已审理终结。

一审法院经审理查明：

中国建筑工程总公司（以下简称中国建总）经重组改制，将整体核心业务相关的经营性资产、资质投入中建公司，由中建公司作为中国建总全部主营业务的运营载体。中国建总在改制后成为国家授权投资的机构，不再具有建筑业企业资质,由中建公司履行中国建总合同项下的相关权利义务。

2006年1月16日，超华公司就其开发的“超华·东方曼哈顿”住宅楼、商务楼（A标）及“超华·欧尚”购物中心（B标）与江苏省建信招投标有限公司（以下简称建信公司）签订《江苏省建设工程招标代理合同》，招标内容为桩基、土建、安装、人防、消防、玻璃幕墙，工程规模237988㎡，合同估算价4亿元。招标代理工作自2006年1月16日至12月16日。

2006年6月21日，超华公司取得昆山市规划局颁发的《建设工程规划许可证》，编号为2006－4955号的建设项目，名称：大卖场（1－4F），建设规模：10688㎡（商业）。编号为2006－4956号建设项目，名称：地下人防，建设规模：26344㎡。

2006年7月20日，超华公司就超华·欧尚购物中心制作施工招标文件（不含桩基工程），工程规模：建筑面积147033㎡（含地下室），招标范围：土建、安装及室外配套工程。同年7月27日，中国建总就该工程向超华公司发出《投标书》及工程量报价单报价表，投标价17473.8399万元。同日，双方协商下浮3.5%，中国建总再次投标报价16870万元（以下简称727投标书、727报价单）。两份投标书上均加盖“中国建筑工程总公司（上海）”印章。

2006年9月15日，超华公司（发包人，甲方）与中国建总（承包人，乙方）签订《建设工程施工合同》（以下简称915合同），该合同发包人一栏加盖“昆山市超华投资发展有限公司合同专用章”，委托代理人张红兴签名；承包人一栏加盖“中国建筑工程总公司（上海）合同专用章”和法定代表人“史志强印”。合同约定：一、本工程实行工程量报价单招标。执行国家统一的工程量报价单计价规范，配套使用江苏省建筑与装饰、安装工程计价表（2003）费用计算规则和项目指引，由招标人（发包人）提供工程量数量，投标人（承包人）自主报价。土建、水电按三类工程计。承包人必须在合同签订后十日内，提供给发包人肆佰万元人民币的履约保函。二、工程概况：工程名称为昆山超华商贸城二期工程“超华·欧尚”购物中心；工程规模（建筑面积）为147033㎡，其中地下室36344㎡；工程内容为土建、安装施工。三、工程承包范围：“超华·欧尚”购物中心土建、安装工程，合同价款16870万元。四、合同形式：采用固定单价合同。综合单价、措施费、其他项目费、规费和风险因素等须在第二次总报价的基础上进行调整，且须对不平衡报价中安装工程报价低于成本价做出说明。调整后的综合单价、措施费、其他项目费、规费和总价等，必须经发包人书面确认后才能有效；如双方达不成一致，本合同无效。中标单位须在签订合同并收到施工图纸后的60天内，对业主提供的工程量报价单的内容及工程量进行核对，逾期则视为默认。经双方认定后的工作量作为该施工图所有约定承包范围内的最终工作量，不得更改（涉及变更、现场签证等除外）；在约定范围内的综合单价、措施费、其他项目费、规费等不再调整。所有设计变更、现场签证等经监理、建设单位及有关部门审定后，作为工程结算的依据。五、质量标准：必须达到国家有关验收规范合格标准。六、工期：（1）超华商贸城二期工程欧尚购物中心项目（含室外工程）总工期为370日历天（含节假日）。工期节点要求：施工至±0.00，工期150日历天（土方开挖至土方全部完成为30日历天）；±0.00以上至竣工验收合格（含室外工程），工期220日历天内。开工日期以发包人的书面通知为准。（2）工期处罚条例：承包人延误工期在一个月内，均按每延误一天罚款10万元处理；延误工期超过一个月以上，均按每延误一天罚款15万元处理，同时发包人有权终止合同或指定其他施工单位施工，但工期处罚总额不超过合同总价的2%。该款项在工程结算价中直接扣除。（3）本工程总工期发包人只对承包人延误进行处罚，分包单位（业主指定分包单位除外）延误工期处罚由承包人自行处理。（4）本工程工期因不可抗力及发包人（包括指定分包单位）的原因导致工期延误可按实际延误时间签证顺延。七、安全文明施工：本工程必须达到昆山市标化工地。八、工程款的支付：（1）承包人在完成垫资至全部地下室主体结构工程±0.00封顶，或完成垫资至2/3地下室主体结构工程±0.00封顶和完成地上第一结构层工作量的1/3后三天内，由承办人、监理及发包人三方共同组织初验，初验合格后，工作量经监理、发包人核实后10日内，发包人支付完成工作量70%的进度工程款；首次付款后，月进度款的支付按每月实际完成工作量的70%支付，所完成的实际工作量须由承包人、监理及发包人三方共同初验合格，工作量经监理、发包人核实后7天内，发包人支付工程进度款，工程竣工验收合格后30天内承包人提交竣工结算报告、发包人要求的完整结算资料、竣工资料和房屋钥匙，发包人在60日内审核完毕，余款按审核完成之日起，扣留工程结算总价3%的保修金后，12个月内每3个月付一次，付款金额为余款扣除工程结算总价3%的保修金后的平均值。（2）工程因设计变更、现场签证等原因造成各项费用的增减均纳入审计总价支付，工程进度款支付不予考虑。（3）施工用水、用电费用由发包人预付，在每次工程款支付时扣除所有费用。九、结算：（1）工程结算执行《建设工程工程量报价单计价规范》（GB50500－2003）标准，执行《江苏省建筑与装饰工程计价表》（2003）、《江苏省安装工程计价表》（2003），根据竣工图、设计变更、签证、招标文件及施工合同按实结算。（2）本工程发包人指定分包项目，承包人按分包工程总价的2%收取分包配合费和管理费，电梯工程不收分包管理费及配合费。（3）决算材料价格按调整后的最终材料价或经发包签证确认的材料价。（4）“甲定乙购材料”决算材料调整按实际发生材料价格进行材料价差的增或减；未发生时不做调整。（5）决算材料价格调整：开工日当月的《苏州工程造价信息》价格与施工期间的《苏州工程造价信息》价格的平均价比较，材料涨跌幅度在10%以内的，由承包人承担或收益；材料涨跌幅度超过10%以外的，由发包人承担或收益；实际工程量与报价单工程量相比，增减幅度超过15%以外部分合同综合单价中的材料价可由甲乙双方重新约定。（6）对于工程量的签证和结算报告的确认等涉及工程价格的不适用逾期默认的规定，应当双方进行审计和审核。十、分包及甲供材料：（1）总包单位须做好业主分包项目的配合工作。业主指定分包项目，总包单位按分包工程总价的2%收取分包配合费和管理费，其中电梯工程不收分包管理费和配合费。（2）本工程发包人指定分包项目有：消防工程、弱电工程、桩基及基坑围护工程、土方工程、电梯工程、空调工程、锅炉工程、防火卷帘工程。（3）本工程其余分包项目按国家规定由承包人进行分包的，必须先报监理及发包人审核确认后方可进行分包，否则发包人有权清退分包单位，由此造成的一切损失由承包人自行承担。同时发包人有权终止合同。十一、其他违约的处罚：（1）承包人不得将承接的工程转包给其他单位和个人，否则，发包人有权清退承包人，由此造成的一切损失由承包人承担。同时发包人有权终止合同。（2）承包人在垫资施工期间，如因自身实力不足而造成停工或消极怠工每月累计超过4天以上，发包人可立即限期先行退场，再行结算。其完成工作量经发包人确认后，按审计价的90%结算，余10%作为承包人赔付给发包人另行选择施工单位的损失费。（3）承包人不得随意更换项目经理，否则罚款30万元；发包人有权对不满意的项目经理进行更换。十二、本工程补充协议作为本合同的组成部分，由施工合同发包人承包人双方共同签署。如有争议由甲方所在地的法院审理。十三、组成本合同的文件包括：协议书及其附件、补充协议、投标书、答疑及其附件、工程报价单或预算书、本合同专用条款、本合同通用条款、标准、规范及其有关技术文件、图纸、工程量报价单。双方有关工程的洽谈、变更等书面协议或文件视为本合同的组成部分。此外，双方还约定了本合同质量保修等其他条款。

2006年9月18日，超华公司法定代表人彭来华签署《建设工程招标代理授权委托书》，授权建信公司为“超华·欧尚”购物中心招标项目的代理人。次日，超华公司就该项目制作施工招标文件，向包括中国建总在内的五家单位发出投标邀请书，工程规模147032㎡，招标内容桩基、土建、安装、人防、钢构、玻璃幕墙，招标估价2亿元。同日，建信公司向各投标单位发出招投标资格预审合格通知书，五家投标单位出具了投标确认函。2006年9月20日，该项目招标通过昆山市招标办、建设局审批。同年9月21日，超华公司向各投标单位发出“工程最高限价告知书”。2006年9月26日，五家投标单位递交投标文件，中国建总提交投标书及工程量报价单报价表，投标总价：168701363.95元（以下简称926投标书、926报价单），投标书上加盖“中国建筑工程总公司”字样印章。

2006年9月29日，超华公司及建信公司向中国建总发出中标通知书，确定中国建总为中标人，中标范围和内容为“超华·欧尚”购物中心项目（桩基、土建、安装、人防、钢构、玻璃幕墙），中标建筑面积为146367㎡。中标价为16870.1364万元。同日，超华公司与中国建总签订《建筑工程施工合同》（以下简称929合同）。该合同发包人一栏加盖“昆山市超华投资发展有限公司合同专用章”，委托代理人张红兴签名；承包人一栏加盖“中国建筑工程总公司”印章，法定代表人签名为“史志强”、委托代理人签名为“龚启国”。上述投标书、中标通知书及合同于2006年10月18日在昆山市建设局档案馆备案。

2006年10月16日，中国建总与龚启国签订《工程项目施工管理委托书》，委托龚启国担任昆山“超华·欧尚”购物中心工程的项目经理。同年10月24日，中国建总取得昆山市建设局颁发的《建筑工程施工许可证》，编号为3205832006102403，工程名称为大卖场、人防工程（2008年10月补1－2层B区超市装饰），建设规模为147032平方米，开竣工日期为2006年10月24日至2007年10月30日。

施工过程中，2007年12月13日双方就后续增加的环网间工程签订《补充协议》，后就新增补的三、四层空调工程签订《补充合同》，并陆续签订了十二份备忘录，增加了外幕墙等工程项目，对部分单价进行了调整。备忘录一第4条约定：“报价单第1项、第2项，即石材柱面、石材墙面，单价重新约定，分别为342.92元/㎡和336.07元/㎡…”。备忘录八中载明：“对甲乙双方2006年9月15日施工合同范围以外新增加的单体（环网间）重新约定结算原则…”。此外，在备忘录一、十一、十二上载明“本备忘录为甲乙双方2006年9月15日施工合同的补充文件”。

一审法院另查明，2006年2月27日，超华公司与江苏建兴建工集团有限公司（以下简称建兴公司）签订《建筑工程施工合同》，超华公司将超华商贸城二期桩基工程发包给建兴公司施工，合同价款暂定115万元。该工程2006年4月27日开工，8月17日竣工。此外，涉案工程中的消防工程、弱电工程、土方工程、电梯工程、空调工程、锅炉工程、防火卷帘工程由超华公司指定分包。

施工期间，中建公司先后与上海新顺建筑工程有限公司（以下简称新顺公司）、上海瑞远安装建设工程有限公司（以下简称瑞远公司）、四川射洪县洪洲建筑安装工程公司（以下简称洪洲公司）、上海勇强建筑材料有限公司（以下简称勇强公司）等单位签订共计十一份劳务分包合同，将部分工程进行了分包。

为证明上述事实，中建公司提供了建筑工程施工许可证、727报价单、915合同、补充协议、备忘录、桩基工程合同、分包合同等证据。超华公司对上述证据的真实性均无异议。

对于超华公司提供的建设工程规划许可证、建设工程招标代理授权委托书、投标邀请书、中标通知书、926报价单、929合同等证据，中建公司对926报价单、929合同的真实性有异议，主张均系超华公司伪造，但认可926报价单上的中国建总印章真实。中建公司于2013年1月22日向一审法院提交司法鉴定申请书，申请对929合同上落款为“龚启国”、“史志强”的签名与两人的亲笔签名进行笔迹鉴定，以辨明真伪；对合同上落款为“中国建筑工程总公司”的印章进行鉴定，辨明真伪。2013年3月20日中建公司提交证据保全申请书，认为备案合同存在造假，并非原始合同，申请对昆山市城建档案馆的涉案工程备案合同档案进行核查。

2006年10月30日，超华公司就涉案工程向中国建总发出《开工通知》，通知中国建总于2006年10月31日开工。涉案工程于2007年8月31日主体封顶，同年12月25日主体结构验收合格。地下室2008年12月27日交付，一、二层2008年12月28日交付，三、四层2009年6月8日交付。2009年7月2日，涉案工程经建设单位、施工单位、监理单位、设计单位四方竣工验收合格。

2007年2月5日至2009年1月19日，超华公司已支付中国建总工程款20198万元。

上述事实有中建公司提供的开工通知、工程交接单、竣工验收单及超华公司提供的付款凭证等证据证明。双方均无异议。

审理期间中建公司主张以915合同作为结算依据并申请工程造价鉴定。鉴于超华公司坚持主张以929合同作为工程造价鉴定依据，双方争议较大，一审法院遂于2011年8月10日委托江苏金永诚建设投资管理咨询有限公司（以下简称金永诚公司）对涉案工程造价以备案合同（929合同）和非备案合同（915合同）及补充协议、备忘录等为依据分别进行鉴定。鉴定范围为“超华·欧尚”购物中心土建、安装工程及施工中增加的室外总体、三、四楼空调、地下室防排烟等工程项目。2012年10月18日，金永诚公司出具《关于“超华·欧尚”购物中心B标项目工程造价的鉴定报告》，鉴定结论为：1、依据备案合同的工程项目工程造价鉴定金额为209384373元。2、依据非备案合同的工程项目工程造价鉴定金额为231569167.76元。

中建公司对鉴定机构以929合同为依据出具的工程造价鉴定结论不予认可，对以915合同为依据出具的工程造价鉴定结论提出的异议主要有：1、现场文明施工措施费按1%计取错误。本工程获得昆山市文明工地，现场文明施工费应按3.5%计取。2、现浇混凝土钢筋均按二级钢计价错误，要求对其中的一级钢和三级钢按报价单漏项子目进行重新计价。3、钢筋接头比例为直螺纹接头和电渣压力焊接头各占50%不准确，要求按昆山正大工程质量检测有限公司检验报告中的比例重新确定。4、部分工程业务联系单未计取造价。5、清水模板仅计了地下室少部分费用，应按清水砼与普通砼的差价增加粉刷16元/㎡计算，工程量按结构面模板面积。6、分包管理费和配合费只计取了部分费用，应按分包工程总价的2%计取该费用。7、按三类工程计取相关费用错误。要求对本工程的工程类别向建设主管部门的工程造价管理处进行调查认定后，按认定的工程类别计取相关费用。8、本次鉴定未包含延误工期损失费用及工期延误所引起的材料差价。此外，中建公司还对包括外幕墙计价错误等具体技术问题提出诸多异议。

对于上述异议意见，中建公司提供了苏建价（2005)349号文件、现场考评表复印件、文明工地获奖证书复印件、工程造价简讯总第29期复印件、钢筋接头检测报告及接头统计表、业务联系单分析表及部分业务联系单复印件等证据证明。

超华公司对鉴定机构以915合同为依据出具的工程造价鉴定结论不予认可，对以929合同为依据出具的工程造价鉴定结论主要异议如下：1、鉴定报告存在工程量计算错误。2、鉴定报告存在套价错误。3、鉴定依据的部分图纸、资料与实际施工情况不符，导致鉴定结论与工程实际造价存在差异。

鉴定机构金永诚公司针对双方异议于2013年1月14日、2014年3月18日提交书面回复意见，并出庭接受双方当事人质询。

根据中建公司的申请，一审法院于2012年3月29日委托金永诚公司对涉案工程因工期延误给中建公司造成的实际损失进行鉴定。金永诚公司于2013年10月10日出具《昆山超华商贸城二期“超华·欧尚”购物中心工程工期延误损失的鉴定报告》。鉴定意见认为：1、虽然工期实际造成了延误，但现场未发生全面停工现象；2、所有资料中，工期延误未有明确的时间界限，不能准确判定工期延误时工程所处状态；3、中建公司未按合同约定履行工期索赔的程序；4、设计变更及工程量的增加（补充协议）未明确施工工期。超华公司由于存在对分包单位（土方）施工现场移交迟延、结构赶工、业态情况不明，以及外墙装饰施工中方案和施工单位未及时确定等行为，必然导致工程的停滞及窝工，所以，超华公司应对工期延误、现场的窝工承担主要责任。但因中建公司自身缺乏对索赔程序的认知和对索赔证据的保存意识，导致对自己有利的索赔条件丧失，错失了追加付款和延长工期的机会。关于延期造成的材料价差调整，工程造价鉴定报告中根据双方合同约定的计算方式，为133.95万元，如果按实际施工时间计算至2009年7月2日，根据双方合同约定的计算方法，该项费用应为1550.52万元。关于主体结构的赶工措施费，原则上按照分部分项工程费的2%－4.5%计取，需双方协商或者在招标时明确，发生索赔时，应有充分的资料来证明赶工事项及费用，本案资料不完整，无法确定该费用。

一审法院经组织双方质证，梳理双方对工程造价鉴定及工期延误损失鉴定的异议后，于2014年4月14日委托金永诚公司对现场安全文明施工措施费等六个造价问题进行补充鉴定。同年4月28日，金永诚公司出具《关于“超华·欧尚”购物中心B标项目工程造价的补充鉴定报告》，补充鉴定意见为：1、现场安全文明施工措施费备案合同按2.4%计取和原鉴定结果（相比）增加475405元。非备案合同按2.4%计取和原鉴定结果（相比）增加1892415元。2、现浇混凝土钢筋中的一级钢和三级钢按报价单漏项子目重新计价，一级钢和三级钢差价，计算和原鉴定结果（相比）增加346205元。3、依据检测报告等资料，确定钢筋接头比例，新算出直螺纹数量，按备案合同计算和原鉴定结果（相比）增加821869.75元，按非备案合同计算和原鉴定结果（相比）增加814215.07元。4、对于未计价的工程联系单，金永诚公司认为甲方在联系单上已经有明确的意见，没有同意施工单位所上报的内容，如需计算请法院进一步明确。5、采用加权平均法重新计算因延期造成的材料差价，请提供相应的加权资料后方可计算。6、经查原投标单价，百叶窗单价中无龙骨造价。鉴定结果应增加225527.64元。

一审法院审理中，中建公司主张工期延误损失为4771.7410万元，工期延误造成材料涨价1550.52万元。举证如下：

1、中建公司主张结构期间窝工损失384.2437万元，证据有：（1）经审批的施工组织设计，证明现场人数和窝工人数。（2）工程联系单003#证明人工单价为50元/工日。（3）对分包报告的处理意见汇报及复函、分包结算会签单。

2、结构期间赶工损失991.1550万元，证据有：（1）经审批的施工组织设计，证明赶工期及期间的施工人数。（2）工程进度计划报审表、超华公司签收的赶工方案。（3）租赁合同、材料数量变更通知单。（4）劳务分包合同、分包结算会签审批表，证明赶工期间给予分包单位新顺公司赶工费210万元、洪洲公司110万元。（5）关于开展竞赛的通知、评比结果，证明赶工期间共开展17次劳动竞赛，奖励费17万元。

3、脚手架等周转材料费用431.295万元，证据有：（1）2007年3月20日审批的工程进度计划审批表、施工任务单，证明按计划脚手架应于2007年10月12日拆除，实际拆除时间为2008年8月28日，增加使用天数322天。（2）建设施工租赁合同，证明钢管、扣件单价；安全网发票、竹笆片发票，证明安全网、竹笆片单价。（3）工程联系单0003号，证明人工单价。

4、工期延误致人工费增加832.7620万元，证据有：（1）对分包报告的处理意见汇报及复函、分包结算会签审批表，证明±0.00以上结构部分人工费增加125万元，其中新顺公司83.304万元、洪洲公司41.9万元。（2）苏建价（2008）66号文件，证明各类人工单价。（3）二结构及初装修等合同报价单，证明人工数量和投标人工单价。（4）安装工程分包合同、支付证明等，证明分包合同价33元/工日，后调整为58元/工日，已向瑞远公司支付人工涨价补偿180万元。

5、工期延误致管理费用增加646.3784万元，证据有：（1）经审批的施工组织设计，证明管理人员、保安、场地工人人数。（2）人员工资发放票据，证明人员工资发放情况。

6、结构封顶后窝工费用增加223.3540万元，证据有：（1）经审批的施工组织设计，证明现场人数及窝工人数。（2）工程联系单003#，证明窝工单价。

7、因延误工期造成资金成本增加1262.5527万元，附利息计算表。

8、鉴定机构按合同约定的施工期间自开工之日2006年10月31日计算至竣工验收之日2009年7月2日止，得出材料价差1550.52万元，应由超华公司承担。

中建公司还提供了与分包单位的合同、结算单、付款凭证及分包单位出具的证明等证据，证明已向新顺公司支付工期奖、赶工费、前期窝工费共计420万元，向瑞远公司支付窝工损失、人工费补偿287万元，向洪洲公司支付赶工费、工期奖及窝工补偿共计215万元，向勇强公司支付脚手架等周转材料费399万元，共计1321万元。中建公司认为是实际发生的损失，主张应由超华公司承担。

一审审理期间，中建公司另于2013年5月20日提交会议纪要复印件一份，记载的会议时间为2009年8月25日，与会人员为黄佳庆、丁琳、唐伟东、瞿爱良、徐乃泉，记录人丁琳，该纪要记录黄家庆发言中提到“至于你们提出的工期延误损失要求赔偿的部分，施工过程中确因土方开挖、天气、方案审批、业态未定、消防施工等原因造成工期延误，给你们造成了损失和增加了成本，这都是事实，但是费用的确定还要有一个过程，要请示高层领导，或由高层领导择时再约你们谈”，以证明超华公司副总黄佳庆对工期延误的责任完全认可，对中建公司的损失可予赔偿。中建公司申请证人徐乃泉出庭作证，以证明该证据的真实性。徐乃泉2013年12月11日出庭证实其当时负责涉案项目的预决算，会议上黄佳庆的发言真实，由超华公司丁琳手记，事后将这份会议纪要交给中建公司。丁琳2013年12月11日出庭证实其是涉案项目成本核算员、黄佳庆是预算部主管，没有见过这份会议纪要，黄佳庆在会议及私下交谈中均没有谈到延期责任及赔偿问题。

一审法院（2009）苏民初字第0004号案件审理中，已根据中建公司的申请，于2009年12月2日裁定查封超华公司名下价值17822万元的房地产、在建工程、银行存款或等值资产。本案审理中，中建公司申请对超华公司所有的价值约1.3亿元的财产采取保全措施，并由上海伟仁投资有限公司提供担保。一审法院于2013年3月22日裁定查封超华公司名下价值8000万元的房地产、在建工程、银行存款或等值资产，后继续查封超华公司所有的昆山市玉山镇白马泾路46号4室即欧尚四楼房产（建筑面积23196.79㎡）。

2009年7月14日，超华公司向中国建总发出《声明书》一份，主要内容为：双方于2006年9月15日订立的建设工程施工合同于2009年7月10日完成竣工验收，但贵司拒绝交付经质量监督站审查合格竣工备案的材料给我司，希望在接到此函后1日内将竣工验收的资料送交给我司，以期早日完成竣工备案。

超华公司因中建公司未交付完整的竣工验收资料，于2009年9月22日向昆山市人民法院提起诉讼，请求判令中建公司、中建公司（上海）分部立即向超华公司提供“昆山超华商贸城二期工程欧尚购物中心”完整竣工验收资料。超华公司先以诉讼主体有误为由于2010年11月11日撤回起诉，同年11月23日再次起诉，以中国建总、中建公司为被告，请求判令两公司交付竣工验收资料。该案苏州市中级人民法院二审认为，中国建总、中建公司应向超华公司提供专项工程验收及竣工备案所需应由承包方提交的资料，据此于2011年11月14日作出（2011）苏中民终字第1540号民事判决，判令中国建总、中建公司向超华公司交付相关竣工资料。判决后，中国建总、中建公司未履行生效判决，为避免损失扩大，超华公司另行委托昆山市房屋安全鉴定站对案涉工程出具鉴定报告，以取代中建公司应交付的竣工验收资料，最终于2012年6月29日完成案涉项目的竣工备案验收。

一审法院还查明，中建公司于2011年5月24日提交反诉管辖异议申请书，认为超华公司提起的反诉违反了级别管辖的规定，请求依法驳回起诉或者移送有管辖权的法院审理。经一审法院释明后，于同年6月7日撤回管辖异议申请，认可反诉由该院审理。

2009年11月19日，中建公司一审起诉称，中国建总与超华公司2006年9月15日签订的施工合同是双方真实的意思表示并实际履行，应作为确定工程造价的依据。超华公司在合同履行中存在重大违约情形，拖延工程量核对和工程进度款的支付，应支付工程进度款4821.1726万元并承担利息损失。涉案工程原定2007年11月4日竣工，实际于2009年7月2日竣工验收合格。工期延误的原因是超华公司直接发包的土方工程延误110天，造成主体结构工程赶工110天，结构封顶后，超华公司因三、四层业态未确定、另行发包的消防方案调整、外墙装饰设计方案和指定施工单位未及时确定，加之施工过程中方案反复变更及审核不及时，影响了整体竣工。因工期延误给中建公司造成的窝工、赶工等损失应由超华公司承担。现工程已竣工验收合格并办理了交付手续，超华公司在此之前已实际使用，但在中建公司提交竣工结算报告后，超华公司拖延结算，应承担相应责任。经中建公司审计，已完工程项目的工程结算价款为36697.1742万元。超华公司已支付20198万元，尚欠16499.1742万元（含延期损失）应予支付，并应承担利息损失。根据《中华人民共和国合同法》（以下简称合同法）第二百八十六条、《最高人民法院关于建设工程价款优先受偿权问题的批复》（以下简称优先受偿权批复）的规定，中建公司主张行使优先权未超过法定6个月的期限，有权在欠付工程款范围内就该工程折价或者拍卖的价款优先受偿。据此，请求判决：1、超华公司支付中建公司欠付工程进度款4821.1726万元、利息损失684.53万元（按中国人民银行同期贷款利率自实际欠款日暂计至2009年10月31日，请求计算至实际给付日）。2、超华公司支付中建公司欠付工程尾款11678.0016万元（含延期损失4771.741万元）、利息损失132.5149万元（按中国人民银行同期贷款利率自结算应支付日即2009年8月15日暂计至2009年10月31日，请求计算至实际给付日）、延误工期利息损失445.15万元（按中国人民银行同期贷款利率分段自应计息日计算至2009年8月14日）。3、确认中建公司有权申请人民法院将涉案工程依法拍卖，就拍卖的价款优先受偿。4、超华公司承担本案诉讼费用。

2011年5月11日，超华公司提起反诉称，2006年9月29日，超华公司与中国建总签订一份关于昆山超华商贸城二期工程“超华·欧尚”购物中心的《建设工程施工合同》。合同约定总工期为370日历天（含节假日）。开工日期以发包人的书面通知为准。合同第六条第（2）款约定：承包人延误工期在一个月以内，均按每延误一天罚款10万元处理；延误工期超过一个月以上，均按每延误一天罚款15万元处理，同时发包人有权终止合同或指定其他施工单位施工，一切费用等由承包人承担，承包人无异议。但工期处罚总额不超过合同造价的2%。该款项在工程结算价中直接扣除。超华公司2006年10月30日发出《开工通知》，通知中国建总于2006年10月31日开工。2009年7月2日，工程完成竣工验收。合同履行过程中，中国建总未经超华公司同意将合同转让给中建公司，截至工程整体竣工验收，实际总工期计975天，超出约定工期605天。根据合同约定，工期处罚总额不超过合同造价的2%。根据超华公司聘请的中介机构对项目工程进行的初步审计，涉案工程总价为17892万元，中建公司应付工期延误违约金为357.84万元（暂计，最终以司法审计确认的合同工程造价为基数计算）。据此，请求判决：1、中建公司赔偿超华公司因工期延误而产生的合同违约金357.84万元（暂计，最终以司法审计确认的合同工程造价为基数计算）。2、中建公司承担与本案有关的诉讼费用。

本案一审的争议焦点为：1、涉案合同效力应如何认定。2、涉案工程造价应如何确定。3、工期延误的责任及损失应如何确定和承担。4、中建公司是否就欠付工程款享有优先受偿权。

一、关于涉案合同效力如何认定的问题

一审法院认为，1、涉案工程属于必须招标项目。《中华人民共和国招标投标法》（以下简称招标投标法）第三条规定，在中华人民共和国境内进行下列工程建设项目包括项目的勘察、设计、施工、监理以及与工程建设有关的重要设备、材料等的采购，必须进行招标：（一）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；（二）全部或者部分使用国有资金投资或者国家融资的项目；（三）使用国际组织或者外国政府贷款、援助资金的项目。前款所列项目的具体范围和规模标准，由国务院发展计划部门会同国务院有关部门制订，报国务院批准。法律或者国务院对必须进行招标的其他项目的范围有规定的，依照其规定。依据招标投标法的授权，国家发展计划委员会2000年5月1日颁布《国家发展计划委员会工程建设项目招标范围和规模标准规定》（以下简称招标规定），即国家计委3号令。招标规定第三条规定，关系社会公共利益、公众安全的公用事业项目的范围包括：（一）供水、供电、供气、供热等市政工程项目；（二）科技、教育、文化等项目；（三）体育、旅游等项目；（四）卫生、社会福利等项目；（五）商品住宅，包括经济适用住房；（六）其他公用事业项目。涉案“超华·欧尚购物中心”项目立项时为大卖场，工程完工后，一、二层实际已出租为大型超市使用，人流密集，工程质量直接关系公众人身、财产安全，属于上述规定中“关系社会公共利益、公众安全的公用事业项目的范围”，应认定属于必须招投标项目范围。中建公司、超华公司均主张涉案工程为非强制招标项目，不符合上述规定，不能成立。2、915合同无效。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》（以下简称建设工程司法解释）第一条第（三）项的规定，建设工程必须进行招标而未招标或者中标无效的，应当根据合同法第五十二条第五项的规定，认定无效。如上所述，涉案工程属于必须进行招标项目，但双方签订的915合同没有进行招投标，违反了法律强制性规定，应认定无效。3、929合同无效。招标投标法第四十三条规定，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。第五十五条规定，依法必须进行招标的项目，当事人进行实质性谈判影响中标结果的，中标无效。本案双方在正式招标前就投标价格等实质性内容进行谈判，并签订标前合同即915合同，最终中建公司中标，又签订备案的929合同，双方实际按915合同履行，双方的标前行为影响了中标结果，应认定中标无效。根据建设工程司法解释第一条第三项“建设工程中标无效的，建设工程施工合同认定无效”的规定和合同法第五十二条第五项之规定，929合同违反法律强制性规定，应认定无效。

此外，对于中建公司申请对929合同上公章及签名进行司法鉴定是否应予准许的问题。一审法院认为，在合同签订、履行过程中，中国建总先后使用多枚印章，且规格不同，与中国建总在工商部门备案的印章不一致，无法与929合同上的印章进行比对，故对中建公司要求鉴定印章的申请不予支持。在中建公司主张超华公司伪造印章证据不足的情况下，对要求鉴定签名的申请亦不予支持。中建公司主张超华公司伪造929合同的证据不足，一审法院未予支持。

二、关于工程价款如何确定的问题

一审法院认为，合同无效，根据合同法第五十八条的规定，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。本案工程已竣工验收合格并投入使用，应适用折价补偿的返还原则，超华公司应按照鉴定的工程造价向中建公司支付欠付工程款。两份合同无效，可参照双方实际履行的915合同的结算条款结算。根据鉴定意见，一审法院认定工程造价为23458.9105万元（造价鉴定23156.9167万元+补充造价鉴定301.9938万元）。具体理由分述如下：

（一）关于合同履行

一审法院认为，中建公司主张双方实际履行915合同的证据较为充分。首先，从施工范围看，915合同不含桩基工程，929合同包含桩基工程。涉案桩基工程是由超华公司与建兴公司于2006年5月签订建设工程施工合同，在招投标之前就已完工。故中建公司实际施工范围中不含桩基工程与915合同的约定一致。超华公司对该事实并无异议。其次，从工程量报价单看，727报价单是915合同的附件，实际施工内容对应的是727报价单的子项。如备忘录十一中报价单第106、107项含有子项10-53，与727报价单内容相吻合，而926报价单中第106、107项并没有子项10-53。从材料价格看，确认单及分部分项工程量报价单对比，727报价单上子项的材料价格与双方签署的确认单一致。如中建公司提供的第五组证据中，1.1.2.5：确认单及分部分项工程量报价单对比，证明727报价单上第127项中铸铁盖板的材料价格为208.58元/㎡，与双方签署的确认单相吻合，而926报价单中该项的价格是30元/㎡，与确认单不符。第五组证据1.1.2.6：工程业务联系单（编号107）及分部分项工程量报价单对比，证明业务联系单中建设单位意见提到的材料价格与中建公司所交报价单相吻合。其中甲级钢质防火门报价486元/㎡，乙级钢质防火门报价438元/㎡，926报价单中对应部分是甲级钢质防火门报价395元/㎡，乙级钢质防火门报价370元/㎡。第五组证据1.1.2.7：材料报价单（编号190）及分部分项工程量报价单对比，证明材料报价单中业主意见提到的材料价格与727报价单相吻合。其中铝合金通风百叶窗执行综合单价379元/㎡，与727报价单中第166项内容相符，而926报价单中第164项该材料的价格是170元/㎡。第五组证据1.1.2.8：工程业务联系单（编号124）及分部分项工程量报价单对比，证明业务联系单中所涉及材料如构造柱（第22项）、圈梁（第26项）、过梁（第28项）与727报价单中项数一致，926报价单中是构造柱（第23项）、圈梁（第27项）、过梁（第29项）。再次，在929合同之后，双方签订的十二份备忘录中均未提及929合同，而在备忘录一、八、十一、十二中明确记载是915合同的补充文件。2009年7月14日，超华公司向中国建总发出的《声明书》中，记录“双方于2006年9月15日订立的建设工程施工合同于2009年7月10日完成竣工验收……”。该事实表明在施工过程中及工程完工后，超华公司均有认可履行915合同的书面确认文件。

（二）关于工程价款结算依据

一审法院认为，根据建设工程司法解释第二条的规定，建设工程施工合同无效，但建设工程竣工验收合格，承包人请求参照合同约定支付工程价款的，应予支持。本案中两份合同均无效，如前分析，双方实际履行915合同，故参照915合同中的结算条款作为工程价款的鉴定依据符合双方真实的意思表示。

建设工程司法解释第十一条规定，当事人实际履行的建设工程施工合同与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工程价款的结算依据，其适用的前提是备案合同有效。如上所述，929合同为无效合同，故不适用该条款。超华公司以此主张以929合同作为工程价款的结算依据不能成立。

（三）关于工程造价具体分项的认定

1、现场文明施工措施费。中建公司主张应按3.5%计取。超华公司认为该费用应按929合同约定的2%计取。

一审法院认为，根据江苏省建设厅苏建价（2005）349号《江苏省建设工程现场安全文明施工措施费计价管理办法》（以下简称文明施工措施费计价管理办法）第四条的规定，建筑工程（土建工程）基本费率为2%，现场考评费率1.1%，奖励费获市级文明工地为0.4%、省级文明工地为0.7%。第五条规定，现场安全文明施工费为不可竞争费。在工程预算、投标报价或标底中应足额计取。基本费应当计取2%，双方在915合同中约定按1%计取，违反上述规定，不应采信。考评费按照程序应由施工单位向安检部门申请，由安检部门填表打分并签字确认，后由工程造价处核对，手续齐备才可计取。因中建公司未能提供相关考评手续，故不应计取1.1%考评费。奖励费中的“获市级文明工地”指获得地级市文明工地。虽然本案工程获得昆山市文明工地，但因昆山市属于省管市，不属于地级市，故不应计取0.4%奖励费。综上，《工程造价鉴定报告》按1%计取及《补充鉴定报告》按2.4%计取均有误，应按2%调整现场安全文明施工费，增加费用1351690.03元。

2、一级钢和三级钢差价。中建公司主张因合同报价单中只有二级钢子目，鉴定报告中现浇混凝土钢筋均按二级钢计价，要求对其中的一级钢和三级钢按报价单漏项子目进行重新计价。

一审法院认为，虽然一、二、三级钢一般价差不大，但本案工程用量大，727报价单中只有二级钢子目，从公平角度考虑，应予调整，按实结算。根据《补充鉴定报告》，按915合同计算应增加造价346205元。

3、钢筋接头。中建公司认为《工程造价鉴定报告》中钢筋接头的分类比例为直螺纹接头和电渣压力焊接头各占50%计算不当，应按《钢筋连接接头检验报告》中反映的地下室钢筋接头中直螺纹接头比例为82.7%,地上部分钢筋接头中直螺纹接头比例为92.2%，计算直螺纹接头的数量，调整造价。

一审法院认为，经咨询专家意见，电渣压力焊接头与直螺纹接头相比节省了套头材料。由于两种接头价格不同，在直螺纹接头数量大于电渣压力焊接头的情况下，鉴定按各50%计算，有失公平，应予调整。中建公司提供的检验报告，虽然是超华公司委托昆山正大工程质量检测有限公司对钢筋接头质量的检测报告，但报告中有具体部位的统计数据，能够基本反映直螺纹接头和电渣压力焊接头的比例，可作为本案认定依据。根据《补充鉴定报告》，该部分直螺纹接头调整后，增加工程造价814215.07元。

4、未计价的工程业务联系单。中建公司主张工程业务联系单上申报金额为848万元，本次鉴定仅认可其中226万元，未认可的部分应予计取。超华公司认为该部分签证鉴定未予计取费用正确。

一审法院认为，根据915合同的约定，所有设计变更、现场签证等经监理、建设单位及有关部门审定后，才能作为工程结算的依据。同时因工程量的签证和结算报告的确认等涉及工程价格的也不适用逾期默认，故双方应当进行审计和审核。虽然中建公司起草的“需要洽谈的内容”中包含鉴定机构未予计价的业务联系单内容，由超华公司会计丁琳2009年8月17日签收，且超华公司确认了部分工程量，但对是否计价及如何计价双方至今未能达成一致意见，故鉴定机构对该部分联系单暂未计取费用并不违反合同约定。

5、清水模板费用。中建公司主张鉴定报告中仅计取了地下室少部分清水模板费用，地上均按图纸要求做了清水砼，监理单位在《工程业务联系单》87号签署的意见是可以按规定协商解决。要求按清水砼与普通砼的差价增加粉刷单价16元/㎡计算。超华公司主张该部分费用应包含在措施费中，鉴定报告中的清水模板费用11196元也不应计取。

一审法院认为，根据苏建价（2005)593号文规定，对于采用固定单价合同的工程，当发生工程量变更时，措施费中的模板、脚手架可作相应调整，其他本案工程措施费一般不再调整。本工程施工图纸中要求地下室做粉刷（普通模板），而施工中超华公司以签证单形式取消粉刷，中建公司实际做了清水模板，故鉴定机构鉴定中调整了该部分价格并无不当。超华公司主张该费用不应计取的理由不能成立。

按施工图纸要求，地上应做清水模板。中建公司提供的工程业务联系单87号上记录，中国建总要求参照苏州市工程造价管理处（通知）苏建价便〔2006〕32号的清水砼模板补充定额定价。监理单位意见为可以按规定协商解决。超华公司在该联系单上批注意见为：1、本工程不足以达清水砼标准。2、苏州造价处附件明确不作其他工程结算依据。一审法院认为，因报价单上只有普通模板价格，而目前定额中没有清水模板价格，故如何定价应由双方协商解决。在双方不能协商一致的情形下，鉴定机构对该部分价格未予调整并无不当。

6、分包管理费和配合费。中建公司主张鉴定只计取了分包管理费和配合费部分费用，要求按合同约定，对发包人指定分包的消防工程等8项计取分包管理费和配合费。超华公司庭审中同意按合同约定与中建公司结算分包工程管理费总计28.23万元。

一审法院认为，对于超华公司庭审中提供的《超华欧尚购物中心B标分包工程计取管理费明细表》，经双方核对分包合同及结算材料，中建公司认可分包工程中空调工程、锅炉工程、电梯工程不计取管理费，对弱电工程、桩基工程（打桩）、桩基工程（材料）、防火卷帘工程的计价基数及计算数额无异议，但认为土方工程、基坑维护、消防工程B标面积比A标大，超华公司按A、B标各50%分摊管理费不当，要求按75%计取。一审法院考虑合同约定管理费是按分包工程总价的2%计取，而实际土方、基坑维护、消防工程是A、B两个区统一签订合同、统一结算，难以区分各自总价，故以50%比例分摊管理费较为合理，中建公司仅以面积不同主张按75%结算缺乏依据，不予支持。超华公司应向中建公司支付分包工程管理费28.23万元。

7、工程类别。中建公司主张涉案工程虽然只有四层，檐口高度不高，但单层面积大，地下室面积近3.8万平方米。要求对工程类别向建设主管部门的工程造价管理处进行调查后，按认定的工程类别计取相关费用。超华公司认为鉴定按三类工程计价正确。

一审法院认为，本案经过招投标程序，虽中标无效，但工程类别应按施工方上报为准，中建公司按三类工程报价，所提供的鉴定资料中没有工程造价管理部门对本工程类别的核定表，故鉴定机构按双方约定以三类工程计价并无不当。

8、外幕墙造价。中建公司主张鉴定中未计取百叶窗后的龙骨造价，要求计取。超华公司认为应按综合单价计取，不应增加造价。

一审法院认为，因实际施工中百叶窗后有龙骨，而727报价报价单上子项“铝合金百叶窗”综合单价中不包含龙骨造价，故原鉴定未计取该部分费用不当，应予调整。经补充鉴定，增加造价225527.64元。超华公司认为重复计算缺乏依据，不予采纳。

对于双方针对《工程造价鉴定报告》及《补充鉴定报告》提出的其他异议，经鉴定人当庭接受质询并出具书面回复意见，部分相关问题一审法院经咨询专家意见，认为均不能成立，不予采纳。

三、关于工期延误的责任与损失如何确定及损失如何承担的问题

中建公司主张造成工期延误主要原因和损失费用如下：1、超华公司直接发包的土方施工单位淮安市长荣土方工程有限公司未按工期要求完成土方工程，延误110天，期间中建公司仅做了一小部分垫层，现场大部分人员处于窝工状态，造成窝工损失384.2437万元。2、由于土方施工单位的延误，主体结构工程要按原计划时间完成，需赶工110天，增加赶工费991.1550万元。3、结构封顶后，超华公司因三、四层业态未确定等原因造成工期延误480天，工人工资增加832.7620万元，管理费用增加646.3784万元，结构封顶后窝工损失223.3540万元。4、由于外墙的装饰设计方案和指定施工单位未及时确定，加之施工过程中方案反复变更及审核不及时，造成外脚手架延期拆除，租赁等周转材料费用增加431.2952万元（后变更为399.4万元）。5、因工期延误，造成中建公司资金成本增加1262.5527万元。综上，延误工期损失共计4771.7410万元，应由超华公司承担。此外，因工期延误，造成材料价差1550.52万元应由超华公司承担。

超华公司主张工期延误的主要原因有：1、施工单位模板准备不足，不能满足施工组织设计要求。2、机械准备不足，不能满足施工需要。3、劳动力准备不足，不能满足施工组织设计的要求。据此，超华公司对工期延误没有责任。按照合同约定“工期处罚不超过合同造价的2%”，反诉主张总造价2%的罚款从工程结算价中直接扣除。对中建公司提出的上述工期延误原因与损失数额不予认可，认为中建公司没有当时申报损失，现根据推算得出的损失金额缺乏依据。不认可鉴定机构计算的材差费用1550.52万元，应根据苏建价（2007）20号文件的指导性意见，按加权平均法自开工之日（2006年10月31日）计算至主体结构封顶之日（2007年8月31日）止，即使采用算术平均法计算材差，也应计算至主体结构封顶日止。

一审法院认为，合同无效，根据合同法第五十八条规定，有过错的一方应当赔偿对方因此所受到的损失，双方都有过错的，应当各自承担相应的责任。915合同约定的工期为370天，经双方确认，实际2006年10月31日开工，2009年7月2日竣工验收，总工期976天，扣除高温顺延16天，在不考虑增加工程量和设计变更的情况下，延误工期590天。超华公司对工期延误应负主要责任，中建公司负次要责任。对于中建公司造成的实际损失1321万元，一审法院酌定由超华公司承担60%即792.6万元，超华公司还应向中建公司支付材料差价133.95万元。中建公司的其他损失请求证据不足，不予采信。因合同无效，超华公司主张违约金缺乏合同依据，对其反诉请求不予支持。具体理由分述如下：

（一）超华公司对工期延误应负主要责任

1、关于土方工程的延误

一审法院认为，土方工程由超华公司自行发包给第三方施工，按915合同约定，土方工程工期30天。以开工日2006年10月31日计算，应在2006年11月30日前完工。从工程业务联系单（编号68）上反映基坑内土方于2007年3月20日完成，实际延误110天，影响了中建公司后续施工。因土方单位没有按时提交工作面给中建公司，中建公司2007年春节经监理工程师批复同意放假15天，责任不在中建公司。中建公司将部分加工好的钢筋就近放在即将可以施工的基础附近虽有不当，但在超华公司发函后及时运走，对土方开挖并未造成大的影响。中建公司承建工作是从土方清底完成后的垫层施工开始，土方清底工期包括在30天土方开挖工期内，超华公司主张土方是中建公司施工范围与事实不符。综上，土方工程工期延误的主要责任在于超华公司。

2、关于消防工程的延误

一审法院认为，消防工程由超华公司自行发包给江苏钟星消防工程有限公司。从中建公司提供的工地例会会议纪要、消防工程开工令、工作联系单、建设工程消防验收意见书等证据来看，中建公司于2007年春节后在工作例会上提醒甲方要做好消防施工单位的进场施工准备，并经协商一致同意消防工程于2007年7月10日开工，但消防单位迟迟不进场，主要原因是三、四层业态未定，消防系统图纸需要变更，业主一直未能最后确定图纸及未能及时确定消防专业施工队伍，造成消防工程延期至2009年5月26日才竣工验收合格。涉案工程于2007年8月31日主体封顶，同年12月25日主体结构验收合格。因消防工程的延误，影响室内、室外工程施工等，造成整体工程的竣工延误。超华公司主张消防工程迟延是因现场不具备施工条件和垃圾未清理等原因，但未能提供足够证据证明，据此，超华公司应对消防工程工期延误负主要责任。

此外，超华公司还自行发包了其他工程如安装工程、室外道路、管网工程、室内装饰及屋面工程等，根据中建公司提交的工作联系单、会议纪要等书证，可证实延期主要因三、四层业态不确定等原因造成，影响了整体竣工验收。

对于中建公司2013年5月20日向一审法院提交的会议纪要复印件效力如何认定的问题，一审法院认为，虽然证人徐乃泉出庭证明该纪要记录复印件的真实性，但证人丁琳出庭予以否认，中建公司没有提供原件核对，也不能提供交接手续以证明该纪要是由丁琳复印后交付中建公司，故一审法院对该证据的真实性不予确认，对中建公司以该证据认为超华公司主张不予支持。

（二）中建公司对工期延误应负次要责任

1、中建公司现场施工人员不足，未满足技术标准、施工组织设计要求，一定程度上影响了工程进度。

超华公司提供的2007年4月20日《工地例会纪要》，记载苏州建设监理有限公司总监代表薛振东指出：“施工人员比上周减少近100多人，……三区木工严重不足”。2007年6月22日《工地例会纪要》，记载中国建总超华项目部总工程师瞿爱良指出：“6月10日至6月21日由于III区木工班组的问题，使III区进度基本停滞,……”。2007年7月6日《工地例会纪要》，记载苏州建设监理有限公司总监代表薛振东指出：“三区地下室钢筋工现在仅为15人，非30人，……”。中建公司对现场人员少于施工组织设计要求的事实并无异议。

2、中建公司在施工过程中未经超华公司许可，擅自签订十一份工程分包合同，对工期延误造成一定影响。

根据915合同第10条（5）规定，本工程其余分包项目按国家规定由承包人进行分包的，必须先报监理及发包人审核确认后，方可进行分包，否则发包人有权清退分包单位，由此造成的一切损失由承包人自行承担。同时发包人有权终止合同。中建公司对外签订分包合同，未得到超华公司的书面确认，违反了合同约定。中建公司在不具备充足的人员配备的情况下承揽涉案工程，又将大量工程分包给第三方施工，中建公司作为总包方未尽到管理义务，导致工程现场争端、事件频发，对总工期造成了一定影响。

（三）关于工期延误损失

1、中建公司有权就工期延误造成的实际损失主张赔偿

根据915合同通用条款的相关规定，因发包人未按合同约定履行义务或发生错误以及应由发包人承担责任的其他情况造成工期延误，承包人不能及时得到合同价款及其他经济损失，承包人应在索赔事件发生后28天内向工程师发出索赔意向通知并提交补偿经济损失的索赔报告及有关资料。工程师应在28天内给予答复或要求承包人进一步补充索赔理由和证据。28天未予答复或未对承包人作进一步要求，视为该项索赔已经认可。当该项索赔事件持续进行时，承包人应当阶段性向工程师发出索赔意向，在索赔事件终了后28天内，向工程师送交索赔的有关资料和最终索赔报告。

本案工程除材差之外，其他损失均发生在不同施工阶段，中建公司虽然未按合同约定在索赔事件发生后28天内向工程师送交索赔损失及相关资料，但中建公司多次在工地例会中提及因超华公司原因造成工期延误的问题，并于2007年9月19日、10月29日、2008年1月25日、3月10日、7月31日、2009年5月12日分别向超华公司提交报告，并抄送监理工程师。报告中指出因土方工程延误、高温天气等严重影响工程进度，要求顺延工期，并在2008年7月31日的报告中提到“目前我项目部非生产性支出及工作量不饱满而造成的损失累计达六、七百万，而且由于现在的市场物价上通货膨胀严重，更加重了我司的负担及损失，届时希望能在结算中得到解决”，表明中建公司并未放弃对损失赔偿的主张。超华公司虽否认收到中建公司送交的2009年5月12日报告，对其他5份报告也未作出书面答复意见，但对中建公司索赔意向是明知的，其仅以中建公司未及时申报为由主张中建公司丧失索赔权无法律依据，亦有违公平原则，该辩解理由不能成立。中建公司有权就因工期延误造成的实际损失主张赔偿。

2、工期延误给中建公司造成实际损失为1321万元

中建公司主张工期延误损失4771.7410万元，计算的主要依据基于施工组织计划，虽然中建公司2006年10月编制的施工组织设计经总监理工程师审核，但施工过程中各阶段的实际施工人数和材料、设备的使用情况与施工组织计划中确定的人数及设备不一致。另外，因设计变更等原因，无法确定工期延误的时段，故中建公司以施工组织计划为依据，主张延期损失证据不足。

对于中建公司与分包单位结算中支付的窝工、赶工补偿、脚手架等实际支付费用1321万元，有中建公司提供的分包单位申报表、书面证明、双方结算单及付款凭证等证据证明，超华公司虽不予确认，但对真实性未提出充分的反驳证据，可以认定该部分损失已实际发生。考虑双方对工期延误的过错责任，一审法院酌定由超华公司承担该部分损失的60%即792.6万元，40%由中建公司自行承担。

3、关于材料差价，中建公司主张应按915合同的约定，计算整体施工期间的材差，认定材差为1550.52万元并由超华公司承担。超华公司认为加权平均法的计算方式综合考虑材料信息及当月材料用量，更接近事实，本案工程应按加权平均法计算材差，且应算至工程主体结构封顶之日2007年8月31日。

一审法院认为，关于材差的计算方式，双方在合同中未约定是按算术平均法还是按加权平均法计算材差。诉讼中双方各执己见。根据2008年4月1日施行的江苏省建设厅文件苏建价（2008）67号《关于加强建筑材料价格风险控制的指导意见》第三条第2款规定，主要建筑材料差价的取定应以工程所在地造价管理部门发布的材料指导价格为基准，差价为施工期同类材料加权平均指导价格与合同工程基准期当月的材料指导价格的差额。故以加权平均法计算材差更符合实际情况。

关于材差的计算期间，根据苏州市建设局苏建价（2007）20号文件第一条规定：施工合同约定采用可调价格的工程，按造价管理部门发布的材料价格及时调整，调整方法为：1、钢筋、商品混凝土差价按主体施工期间的平均指导价计算。第七条：合同中对材料差价的约定与本意见不一致的，由承发包方协商解决。本案双方在915合同第9条第（5）款对决算材料价格调整的约定为“开工日当月的《苏州工程造价信息》价格与施工期间的《苏州工程造价信息》价格的平均价比较……”，约定的材差计算期间为“施工期间”，与上述文件规定的“主体施工期间”不一致，材差如何计算应根据本案实际情况综合分析认定：

（1）中建公司主张认定1550.52万元材差不能成立

本案工程于2006年10月31日开工，主体结构于2007年8月31日完工，2009年7月2日完成整体竣工验收。地下室实际于2008年12月27日交付，一、二层2008年12月28日交付，三、四层2009年6月8日交付，均在竣工验收前。如按双方约定的“施工期间”即自开工之日起算至竣工验收之日止，以算术平均法的方式计算材差，则造成在工程交付后仍空算材差的情形，显失公平，故按该期间以算术平均法计算得出的鉴定意见1550.52万元材差应不予采信。

（2）一审法院认定材差133.95万元，由超华公司全额支付

如上所述，按加权平均法的计算方式计算材差较为公平合理，中建公司对施工期间的每月材料实际使用量应承担举证责任。在一审法院委托鉴定机构按加权平均法计算材差的过程中，中建公司对超华公司提供的《材料进场量统计表》不予确认，又拒绝提供原始的材料进场及用量证据，导致无法鉴定，应承担不利后果。鉴于材差实际发生，在加权平均法无法计算的前提下，只能按算术平均法计算材差。根据上述苏州市建设局文件的指导性意见，主要材料计算至2007年8月31日主体结构封顶，考虑之后仍有少量工程材料实际使用，一审法院根据鉴定报告中合同工期370天认定材差为133.95万元，由超华公司全额支付。

（四）关于超华公司的反诉请求是否应予支持

一审法院认为，929合同无效，超华公司依据该合同的违约责任条款，反诉主张违约金缺乏合同依据。因超华公司在本案诉讼中坚持认为929合同有效，未提供工期延误给其造成实际损失的证据，本案对此不予理涉。本案合同被确认无效后，超华公司若认为其有证据证明实际损失的，可另行主张。

四、关于中建公司是否有权就欠付工程款行使优先权

一审法院认为，虽然合同无效，但涉案工程于2009年7月2日竣工验收合格，并已交付使用，总承包人中建公司于2009年11月30日提起诉讼，主张建设工程价款优先受偿权在优先受偿权批复规定的六个月期限内，超华公司尚欠工程款未按约定的期限支付，中建公司根据合同法第二百八十六条的规定，有权在超华公司欠付工程款范围内就该工程折价或者拍卖的价款优先受偿。本案证据不足以认定超华公司有拖欠进度款的情形，但超华公司尚欠工程尾款未付，超华公司以未拖欠工程进度款为由反驳中建公司不享有优先受偿权，缺乏依据，不能成立。

此外，关于利息起算时间的问题。中建公司主张交付全部结算书的时间为2009年6月15日，按照合同约定的60天审核期，2009年8月14日应审核完毕，主张自2009年8月15日起计算应付款利息。超华公司认为双方未予及时结算的原因是中建公司未能提供完整的资料，导致超华公司无法审核，工程款的利息应自工程款确认之日起算。

一审法院认为，根据合同约定：工程竣工验收合格后，30天内承包人提交竣工结算报告、发包人要求的完整结算资料、竣工资料和房屋钥匙，发包人在60日内审核完毕，余款按审核完成之日起，扣留工程结算总价3%的保修金后，12个月内每三个月付一次。虽然中建公司2009年6月15日向超华公司交付了结算报告，报审价为31925.4332万元，但生效的（2011）苏中民终字第1540号民事判决中已认定竣工验收后中建公司并未将全部工程资料交付超华公司。考虑中建公司的过错，结合本案诉讼时间较长等实际情况，酌定自一审法院委托工程造价鉴定之日（2011年8月10日）后60日即自2011年10月10日起计算欠付款利息。

综上，一审法院认为涉案两份合同均无效，本案应参照双方实际履行的915合同结算条款确定工程造价。因工程质量保修期已满，不需扣留质量保修金。根据鉴定结论，超华公司应付工程款总额为23458.9105万元（23156.9167万元+补充301.9938万元），扣除已付20198万元，还应支付中建公司3260.9105万元，并支付该款自2011年10月10日起至付款日止的利息，利率按中国人民银行同期同类贷款利率计算。超华公司对工期延误负主要责任，中建公司负次要责任。对于造成中建公司窝工等实际损失1321万元，酌定超华公司承担60%即792.6万元。对于工期延误造成的材料差价133.95万元，由超华公司承担。中建公司主张享有建设工程优先受偿权符合法律规定，对该主张应予支持；其他诉讼主张证据不足，不予采纳。超华公司主张中建公司支付违约金的反诉请求缺乏依据，不予支持。2014年9月1日，一审法院收到中建公司寄送的《撤回部分诉讼请求申请书》，申请撤回诉讼请求中鉴定未计价的24张工程联系单合计价款6617463元及利息、因工期延误而增加的人工费8327620元及利息、管理费6463784元及利息、封顶以后的窝工费用2233540元及利息，一审法院对该申请未予准许。据此，根据招标投标法第三条第一款第一项、第四十三条、第五十五条，合同法第五条、第五十二条第五项、第五十八条、第一百零七条、第一百零九条、第二百八十六条、建设工程司法解释第一条第三项、第二条、第十七条、优先受偿权批复第三条、第四条，《中华人民共和国民事诉讼法》第一百四十二条、第一百四十五条之规定，判决：一、超华公司于判决生效后十五日内给付中建公司工程款3260.9105万元，并支付该款自2011年10月10日起至付款日止的利息，利率按中国人民银行同期同类贷款利率计算；二、超华公司于判决生效后十五日内赔偿中建公司损失926.55万元；三、中建公司在超华公司欠付工程款3260.9105万元范围内就本案工程即昆山市玉山镇白马泾路46号享有建设工程价款优先受偿权；四、驳回超华公司的反诉请求；五、驳回中建公司的其他诉讼请求。本诉案件受理费937948元，由超华公司负担285000元，中建公司负担652948元。鉴定费160万元，由中建公司负担80万元，超华公司负担80万元。反诉案件受理费17713元，由超华公司负担。

超华公司不服一审判决，向本院提起上诉，请求：1、撤销一审判决，依法改判驳回中建公司的全部诉讼请求；2、依法支持超华公司提出的反诉请求；3、本案一审、二审诉讼费和鉴定费由中建公司承担。事实和理由：（一）一审法院认定915合同因未招标而无效、929合同因双方标前行为影响中标结果而无效不能成立。1、根据我国招标投标法及有关招标标准规定，涉案项目不属强制招标项目，法院在适用中不能任意扩大强制招投标项目范围，一审法院认定915合同无效正确，但理由不能成立。915合同的效力评判仅应限于该合同条款本身，不包括727报价单，双方对727报价单并未达成意思表示一致，根据915合同的约定该合同应属无效。2、一审法院认定中建公司与超华公司在正式招标前就投标价格等实质性内容进行谈判签订915合同，并最终中标签订备案的929合同，属标前行为影响中标结果，该一认定无事实和法律根据。超华公司在招投标程序开始前，对包括中建公司在内的各投标人进行摸底调查并不违反招标投标法规定；双方也并未就915合同的价格条款达成一致，没有证据证明双方对价格等实质性内容等进行了实质性谈判；同时，即使存在上述行为，因相关规范属管理性强制性规定，也不导致中标无效的法律后果。从双方磋商及签约过程看，超华公司在不接受915合同、727报价单报价的情况下，中建公司重新提交926报价单，为新要约，双方再根据中标通知签订929合同对926报价单作出承诺，才构成完整的合意过程，据此，929合同应为合法有效。（二）一审法院认定双方实际履行的是915合同及727报价单错误。1、一审法院适用优势证据原则错误。对于认定实际履行的是哪一份合同，有参考意义的证据应是双方履行合同义务所产生的证据，即履约行为的相关证据。一审法院未就缔约行为与履约行为的证据予以区分，认定双方实际履行915合同及727报价单的证据均非履约行为证据，而是履行合同义务之外的行为，如发出要约、磋商缔约形成的备忘录及工程业务联系单、确认单。从合同条款的履行看，因915合同与929合同97%的条款完全一致，有关合同权利义务的约定并无实质差异，双方的履行行为可以与任何一个合同相印证，判断合同履行具有排他性判断价值的证据只有2006年10月16日龚启国作为项目经理签署的《工程施工项目委托书》，该证据证明双方履行的是929合同，而非915合同；同时，400万履约保函是915合同的生效条件，929合同对此条件予以了删除，中建公司未按915合同提供履约保函，表明双方实际履行的是929合同。从报价单看，因投标报价单作为工程结算根据，仅在工程结算达成一致时方能明确，如双方未行结算，则不存在实际履行哪一份报价单的问题。实际施工中，双方未进行过阶段性结算、也未对已完成工程量进行过审核，超华公司也一直超付进度款，一审法院认为实际履行的是727报价单，证据不足。2、一审法院认定双方实际履行915合同及727报价单的理由、依据均不能成立。其一，因桩基工程施工在915合同、929合同之前，一审法院以929合同的施工范围包含桩基工程而得出双方实际履行的不是929合同并不充分，桩基工程纳入929合同及926报价单主要是为提前开工合竣工。其二，中建公司证明实际履行727报价单的部分文件序号、数据虽与727报价单相符，但该部分金额仅占总造价的千分之四点三，属中建公司蓄意误导和超华公司员工疏忽所致。即便不考虑恶意误导的问题，有关确认单、工程业务联系单也仅表明双方是通过书面文件约定适用727报价单对应项目价格的，一审法院依据涉及727报价单的5个子项即推定双方实际按727报价单履行，并不充分。其三，施工中，中建公司提交超华公司签署的部分文件虽提及915合同，但属超华公司疏忽混淆和中建公司蓄意误导所致，难以据以认定双方实际履行的是915合同。（三）一审法院依据915合同及727报价单认定工程价款，属认定事实和适用法律均有错误。因929合同已取代915合同，且已备案，是唯一有效合同，而915合同缺乏合同必备的价格条款，同时双方明确排除727报价单，超华公司接受的也是926报价单。据此，一审法院有关认定无论法律和逻辑均有不当，应依据929合同及926报价单认定工程价款。同时，即使适用727报价单，该报价单的措施费也存在严重虚高，与其他投标单位的措施费报价存在较大差异。另外，一审法院根据915合同和727报价单认定涉案工程造价鉴定金额为23458.9105万元不当，应为21362.1723万元；如根据929合同和926报价单认定工程款，工程造价应为19144.2297万元。最后，在工程款认定中，一审法院仅根据中建公司庭审口头陈述认定脚手架等周转材料使用费损失399万元，也过于草率。（四）一审对超华公司有关现场文明施工费、一、三级钢差价、钢筋接头数量、清水模板费用及铝合金百叶窗龙骨等工程造价部分的异议应予支持。1、关于现场文明施工费，应按约定的1%处理，一审按照江苏省建设厅的有关文件认定为2%，处理不当。2、关于一级钢、三级钢差价，中建公司报价中是综合报价，一审法院不应按报价单漏项子目重新计价；同时，钢材差价计算中采用双重标准，有重复计算、违背委托鉴定要求的问题。3、关于钢筋接头数量，一审法院未采用鉴定机构按50%计算接头数量而以《钢筋接头检测报告》推算钢筋接头数量存在不当。4、关于清水模板费用，该部分费用属于包干的措施费，地下室混凝土完成浇筑才能取消粉刷，而浇筑一旦完成模板费用即不再变动，除非浇筑的就是清水模板。一审认定应记取清水模板费用不当。5、关于铝合金百叶窗龙骨费用，一审采信鉴定机构观点认为实际施工中百叶窗后有龙骨，而727报价单铝合金百叶窗子项综合单价不包含龙骨造价不当，该百叶窗报价依据并非727报价单，双方也从未签署相关文件涉及龙骨费用；同时，计取龙骨造价及铝合金百叶窗造价也存在重复计算人工、机械等费用的问题。（五）中建公司作为项目施工方及本案原告，应对工期延误及责任划分的事实承担举证责任，一审判决在未进行必要事实查明的情况下根据静态分析认定工期延误590天与案件事实相悖。一审法院有关工期延误期间的认定、工期延误责任的划分均有错误。（六）一审法院认定中建公司存在1321万元的工期延误损失，但该损失认定的相关事实却并未查明。是属于窝工损失还是赶工损失或其他费用，中建公司提交的分包单位支付1321万元损失的证据能否成立等均未进行必要查明；同时，即便因超华原因导致部分工期延误，根据约定，也仅需顺延工期而非赔偿损失。（七）一审法院依据加权平均法，以实际发生为原则认定材差虽可认同，但认定商品混凝土差价及新三级钢材料差价133.95万元存在错误，且是重复计算。所涉工程主体结构封顶至合同工期届满因所用商品混凝土及钢筋数量有限，仍算材差即属空算，与事实不符；同时，因中建公司未提供相反证据，一审对超华公司的结算结果不予认定也违反证据规则。（八）一审法院判令自委托鉴定后六十日起算欠付款项利息无事实和法律根据，也无判例支持，不能成立。（九）超华公司反诉请求中建公司按照工程总造价的2%支付违约金，于法有据，应予支持。

中建公司不服一审判决，向本院提起上诉，请求：1、撤销一审判决第五项并再行支持中建公司部分诉讼请求约7000万元。具体包括补充鉴定报告未计足部分258425元，造价鉴定应计入未计入部分21065463元，工期损失应支持未支持部分27165883元及工程款及损失利息部分应支持未支持部分2000余万元；2、由超华公司承担二审诉讼费用。事实和理由：（一）一审判决认定915合同无效错误。1、一审判决认定涉案工程属于强制招标范围错误。涉案工程的建设资金是民营企业自行出资，不是公共事业项目，一审判决以工程实际已出租为大型超市涉及社会公共利益、公共安全，从而适用招标范围和规模标准规定第三条，认为属强制招标投标项目，违背该规定的适用要求，也曲解了招标投标法相关的规范精神，属认定错误。2、一审未认定929合同虚假错误。中建公司对929合同相关联的一系列招投标文件的真实性、合法性从未予以认可，该招投标备案程序存在大量程序违法、自相矛盾和程序虚假，四个单位的投标书手写部分均为一人笔迹，同一时间投标有悖常理。合同成立并有效的基本要素是双方当事人合意，但929合同只是超华公司单方意思表示，中建公司在该合同上的签字、盖章均为虚假。同时，929合同所附工程量报价单将2006年7月已完工的桩基工程列入其中，不仅不是中建公司的承包范围，而且因将他人工程纳入总价，导致报价单其他项目单价被挤压下降，经过工程量计算放大后，工程价款产生巨大差异；另外，929合同存在人为修改的明显痕迹，所附的926报价单也没有中建公司的骑缝章，证明不是中建公司的意思表示。（二）工程款结算部分的事实认定错误。这些事实包括：1、一审将材料差价纳入工期损失错误。按915合同约定，施工期间，涨跌幅度超出10%之外的，由发包人承担或收益，该约定对发包方和承包方而言是对等的，应列入工程造价，不是工期损失，该项损失应据算术平均法计算1550.52万元。2、一审对现场文明施工措施费的计取认定错误。一审以昆山市不属地级市对0.4%的奖励费不予计取理由不充分；1.1%的考评费因超华公司故意不在考评申请表上签章故无法完成考评手续，一审不予计取也有不当。3、一审不计取清水模板费用认定错误。本案项目地上施工图纸部分要求做清水模板，中建公司已按要求予以了施工，一审判决以报价单上仅有普通模板价格、双方未协商一致不予计取，无法律根据。这增加了中建公司施工成本而相应节省了超华公司再行粉刷的费用，该一项费用即有700万元左右。4、未计取费用的工程联系单所涉工程款认定错误。未计取费用的工程联系单，有的已得到超华公司正面答复，对工程已施工完毕予以确认，只是价格未定；有的得到答复，对工程内容施工完毕也已确认，只是不同意计价；有的是工程联系单已发出未得到超华公司答复。上述联系单所涉工程已经完工，费用也已客观产生，一审判决对上述联系单以双方未能达成一致意见为由不予计价，事实和法律根据不足。（三）工期损失部分认定错误。1、工期责任的认定方面，一审判决认为中建公司负次要责任，实际上导致工期延误的责任全部为超华公司。施工中，中建公司的钢筋堆放并未影响土方开挖工期，超华公司也没有提交因现场施工人员不足和劳务分包影响工期的证据。实际上，中建公司在超华公司延误工期的情况下通过赶工赶回了不少工期；工期延误发生的施工阶段主要是结构封顶后，而此阶段并无中建公司延误工期的证据，一审对此认定不清，承担工期延误次要责任的理由不能成立。2、工期损失数额的认定存在遗漏。一审仅确认结构期间的窝工费用支出，而遗漏了结构封顶后的窝工损失2233540元。同时，也没有考虑因工期延误给中建公司增加的管理费6463784元及人工费支出8327620元。（四）利息计算错误。1、一审判决以委托工程造价鉴定之日起60天即自2011年10月10日起计算工程款利息，无合同和法律根据，应按约定自中建公司提交竣工结算资料报告后的60天即2009年8月15日起算，一审将结算所需工程资料和城建档案馆备案所需工程资料相混淆，并以此认定中建公司未全面交付竣工结算资料是错误的。2、一审对工期延误损失利息未予判决属于漏判。（五）一审关于超华公司反诉请求的判决并无不当。

本院二审经审理查明：（一）关于实际履行合同的有关情况。1、施工合同签订后，中建公司与超华公司就施工中因新增工程项目、调整单价、重新约定结算原则等陆续签订十二份备忘录，其中三份备忘录（备忘录一、十一、十二）明确载明该备忘录是2006年9月15日施工合同的补充文件，另一份备忘录（备忘录八）约定的内容也载明是2006年9月15日施工合同范围以外的再行约定，也表明该备忘录是915合同的补充文件性质。2、项目完成竣工验收后，因中建公司未予交付有关竣工备案材料等，超华公司向中建公司发出声明书，2009年7月14日中建公司收到该声明书。声明书载明双方于2006年9月15日订立《建设工程施工合同》，并于2009年7月10日完成对该项目的竣工验收。3、2006年7月27日，中建公司向超华公司提交的投标书表明，该项目中建公司委托的项目经理为彭宗佑。2006年9月15日，超华公司与中建公司订立的《建设工程施工合同》第三部分“专用条款”第7条载明项目经理为彭宗佑。之后，因彭宗佑相关资格证书在江苏省需换证等原因，中建公司另行委托龚启国签订有关手续。2006年9月26日，中建公司委托龚启国作为项目经理并代表该公司投标和签署有关文件；同日，龚启国以委托代理人身份在投标书、中标通知书及合同中签字。2006年10月16日，中建公司与龚启国签订《工程项目施工管理委托书》，委托龚启国为昆山“超华·欧尚”购物中心工程项目经理。昆山市建设局2006年10月24日下发《建筑工程施工许可证》，该许可证备注栏载明项目经理为龚启国，但显示2006年11月28日龚启国即变更为彭宗佑。施工期间，均由彭宗佑代表中建公司签署施工进度计划报审表、工作联系函并参与施工例会、竣工验收等。（二）关于工程量报价单的形成及执行情况。报价单并非只在结算时才有效力，事实上工程进度款的审核、合同报价的变更签证均涉及报价单，且均以报价单为依据，施工中所涉及的十二份备忘录、两份补充协议及部分工程联系单、签证等均证明，其中有关价格调整的依据均是报价单。1、工程量报价单的形成情况。2006年7月27日，中建公司向超华公司发出投标书，该投标书报价174738399元，同时所附工程量报价单报价亦为174738399元。之后，中建公司将投标总价调整为16870万元并将相应的工程量报价单报价予以调整，但日期仍标注为2006年7月27日。中建公司诉讼中依据的727报价单即为调整后的工程量报价单（以下简称727调整后报价单）；一审法院委托鉴定中，中建公司作为鉴定资料提供的亦为调整后的该工程量报价单。2006年9月15日，超华公司与中建公司所订《建设工程施工合同》第四条载明，中建公司需在第二次总报价基础上对综合单价、措施费、其他项目费、规费等予以调整。同时，中建公司将727调整后报价单作为915合同的附件，但超华公司对此报价单并无书面确认。2、727调整后报价单的报价、单位工程费及分部分项工程报价单计价与原727报价单的报价、单位工程费及分部分项工程报价单计价相比较，报价调整后，工程费各项费用和计价均予以了下调，构成工程费主体的分部分项工程报价单计价也均做了相应调整，绝大多数分项、分部计价做了相应降低。3、施工中，实际施工内容对应727调整后报价单的有关事实如下：（1）备忘录十一，报价单价格调整约定，报价单第106项、第107项之子项10-53内容替换成金刚砂地坪，价格替换为11元/㎡。其中，原727报价单及727调整后报价单第106项、第107项存在子项10-53，926报价单第106项、第107项不存在该子项。（2）双方约定有关地下室地沟盖板由铸铁改为钢纤维，并以确认单确定以与供应商达成的供应价格替换投标报价单第127项中的材料价格，该铸铁盖板的价格为208.58元/㎡，这与727调整后报价单一致，与929报价单铸铁盖板材料价格30元/㎡不一致。（3）2008年4月30日，中建公司针对卷帘门传动装置（727调整后报价单对该项未报价）及百叶窗（调整原报价）二项提出材料报价单，超华公司除对未报价的卷帘门传动装置确定报价外，对已有报价的百叶窗确定仍执行原报价，即379元/㎡，该百叶窗报价与727调整后报价单第166项报价一致，而926报价单对应百叶窗的该项报价为170元/㎡。（4）2009年9月30日，中建公司对防火门及配件报价发出工程业务联系单（编号107号），超华公司在该联系单上所署意见为“按原合同价，即甲级木质防火门报价318元/㎡，甲级钢质防火门报价486元/㎡，乙级钢质防火门报价438元/㎡，丙级钢质防火门报价411元/㎡”，除丙级钢质防火门价格与727调整后报价单稍有差异外，其他均与727调整后报价单相对应。而926报价单对应的报价为甲级木质防火门460元/㎡，甲级钢质防火门395元/㎡，乙级钢质防火门370元/㎡，丙级钢质防火门310元/㎡，二者比较，该工程业务联系单与926报价单并不一致。（5）2007年12月11日，中建公司对构造柱、圈梁、过梁及导墙等重新报价向超华公司所报工程业务联系单中标明的第22项矩形柱（特征为商品砼构造柱）、第26项圈梁及第28项过梁与727调整后报价单分部分项相应的项数相符，与926报价单第22项（矩形柱，未标注为构造柱）、第26项（巨型梁）及第28项（圈梁）不符。4、2007年4月13日，中建公司向苏州建设监理有限公司所报《工程计量报申单》，请求对2006年11月至2007年4月10日完成的地下室（除预留区及三段三区墙、顶板）和一层二段（1/14轴～26轴交A～P轴）合格工程量予以核查，该报申单附有计算书及说明，其中计算书所附工程量统计表标明的分部分项对应的项数、项目编码、综合单价均与727调整后报价单分部分项项数、项目编码及综合单价相一致。对此，作为项目的专业监理工程师及总监理工程师在随后审查中均未提出异议。5、备案文件显示的929合同签订过程。2006年9月18日，超华公司委托建信公司；同年9月19日，超华公司作出《施工招标文件》，同日向五家施工企业发出《投标邀请书》，并要求该日12时前获取资格预审文件；同年9月26日五家施工企业于该日10时22分同时递交投标文件，并于同日开标、评标；2006年9月29日，超华公司通知中建公司中标，项目范围为桩基、土建、安装、人防、钢构、玻璃幕墙，中标价为16870.1364万元。6、中建公司入场时间。中建公司2006年10月31日制作的工作联系单附件（编号01）显示，在2006年10月31日下发正式开工通知之前中建公司已于2006年9月11日进场；2006年9月22日，中建公司向超华公司、监理公司等发出有关护坡施工注意事项的工程业务联系单（编号000号）。上述工作联系单、工程业务联系单均有监理单位、建设单位签字、盖章。苏州建设监理有限公司项目监理部2006年10月25日发出的监理月报（第三期，时间为2006年9月26日至同年10月25日）工程情况概要反映，1#、2#、3#塔吊基础砼已浇筑完毕。

本院二审另查明，1、2006年12月8日，苏州市工程造价管理处作出《关于对沧浪新城中心公园管理用房清水砼模板补充定额进行确认的答复》（苏建价〔2006〕32号），该答复是苏州市工程造价管理处对个别项目施工中有关施工企业采用免刨免漆地板替代模板新工艺经过实地核实、测算后，对具体项目定额予以补充的确认；同时，该答复也强调所附补充定额，只作为该具体项目结算用，不作为其他工程结算的依据。2、工程量报价单模板报价为清水模板价格，但提供的施工图地上为清水模板，地下为普通模板；实际施工中，中建公司采用清水模板进行了施工。3、727报价单及727调整后报价单均不包含铝合金百叶窗子项。根据双方签订的《备忘录一》，铝合金百叶窗子项是施工中超华公司委托江苏合发集团有限公司对原设计内容予以变更后新形成的设计方案图纸、超华公司2007年6月21日工程联系函规定材料品牌、2007年8月8日报价澄清函及同年8月11日补充答疑确定的报价单及子目单价中的项目之一。根据施工图，铝合金百叶窗开于外立面幕墙，与幕墙一样均需铺设龙骨。4、依据文明施工措施费计价管理办法第7条的规定，现场考评一般在单项工程完成工程量约70%后，依据施工单位的申请，由造价管理机构、建设安全监督机构、监理等单位组成考评组织，现场核查打分。

本院二审再查明，1、2007年6月2日超华公司发出的工程联系函，该函内容为：超华商贸城二期工程B区项目共分三个施工段，一段已施工到二层，二段施工到三层正准备四层钢筋捆扎和模板支护，三段已施工到正负零，根据施工规程有关规定平行施工段施工不应相差一层以上，目前，一、二段之间相差一层，二、三段间已相差了三层；中建公司的施工严重违反了施工规范，要求相邻施工段的作业面应均衡上升，分段施工时相邻施工段高差宜小于一层楼高或小于四米，否则因施工段高差不均等、荷载不同，后浇带会出现裂缝，甚至断裂，同时对地下抗压桩也会产生不良影响。2、结构封顶后，超华公司因三、四层招商业态不确定、其发包的消防工程延迟及超华公司项目决策等原因导致由中建公司进行的外饰面工程、安装工程、屋面防水、室内饰面等无法及时施工。对此，超华公司在多次例会中予以承认。如2007年9月14日第41次工地例会，超华公司项目负责人程绍仑谈话显示，项目业态变化所致配套设计变化等给工程带来不确定性，并使得几乎所有工程停工，其中消防工程没有确定消防公司、消防设计还在修改。2007年11月2日第46次工地例会，超华公司项目负责人程绍仑谈及因消防大管未装及三、四层业态未确定导致消防施工人员进场施工困难；同时提及安装图纸需由设计院相关人员设计、出图。2008年2月22日第56次例会，超华公司项目负责人程绍仑谈及因三、四层业态未定致使安装方案无法确定，请各方理解。3、主体结构封顶后，因相关工程施工无法按计划进行，中建公司在2007年9月19日至2009年5月12日多次向超华公司发出报告提及主体结构施工完成后，后续工程施工无法按计划实施的情况。如2007年9月19日报告显示，外饰面工程、安装工程、屋面防水工程、室内饰面做法等均无法进行和进展缓慢，其中关于饰面工程因双方外墙施工备忘录未签署及超华公司多次修改设计，未形成书面文件，整个外饰面工作基本处于停顿状态，同时因幕墙工程处于工程关键线路，直接影响整个工程进度；关于屋面防水因超华公司管理层一直寻求更好的做法但仅停留在方案阶段不能明确，屋面工程无法施工；关于室内饰面做法也因施工指示不明确而无法进行。2007年10月29日中建公司向超华公司提交的报告称同年9月19日报告提及的大部分问题仍未得到根本性解决，工程进展极其缓慢，部分工种停工。2008年3月10日中建公司向超华公司提交的报告再次提及外墙饰面工程、室内装饰工程、室外总体工程、地下室工程、安装工程等施工中急需解决的问题，表示有关问题迟迟得不到解决，指示工程进展缓慢、举步维艰，有的分项工程甚至不明确何时具备施工条件，工程何时交工，中建公司已无法确定时间，请求给予具体解决方案、措施和办法，推进工程建设。另外，中建公司还有部分与超华公司的工作联系函涉及三、四层业态不确定导致的具体项目无法进行的内容。4、幕墙工程施工情况。本案幕墙施工本属中建公司合同内项目，实际施工中超华公司又要求自行发包并于2007年5月23日发出铝合金门窗及幕墙工程招标文件，后由超华公司指定中标单位与中建公司于2007年10月26日签订协议。2007年8月至同年12月，超华公司多次对原幕墙设计进行调整，包括立面涂料改为石材干挂、立面分格修改等。幕墙初步施工图2007年12月17日通过审核，2008年1月超华公司对施工图予以确认。同时，2008年1月22日，中建公司上报幕墙铝型材报价，2008年5月7日，超华公司予以回复。具体施工中，还因超华公司增加观光电梯、百叶窗拆改、调整等对幕墙施工造成了一定影响。5、中建公司在主体结构封顶后多次修改施工进度计划、调整竣工时间并得到监理公司同意。2008年1月提交的施工进度调整计划显示工程完工日期为2008年6月30日。2008年1月25日提交的专项报告表示，结构封顶后因超华公司原因后续工作开展不畅，影响工期，无法按合同约定的工期完工，预计实物量工期要到2008年6月底，7月底才能交工，请求将工期顺延至2008年7月31日。2008年7月31日中建公司向超华公司发函表示，因超华公司决策原因2008年7月31日总工期目标无法实现，希望制约工程进展的各类因素得到解决。6、超华公司自行发包了消防工程、安装工程、室内外道路、管网工程、室内装饰及屋面工程等，其中消防工程2007年10月8日进场，2009年5月26日竣工验收。7、中建公司工期损失的主张及索赔。2008年7月31日，中建公司向超华提交的报告提及因项目部非生产性支出及工程量不饱满而造成的损失累积达六、七百万元，由于市场物价通货膨胀严重，加重了中建公司的负担及损失，届时希望能在结算中得到解决。2009年5月12日报告中，中建公司提出因整个工期拖延完全属超华公司原因，超华公司应承担由此引起的一系列责任和损失；同时该报告附有工程窝工费、赶工费、管理费等附件。

本院二审还查明，1、中建公司主张有关工期延误增加的管理费为6463784元，其中包括现场管理人员工资3263283元（按32人、延误工期581天）、保安人员工资453180元（按13人、人均月工资1800元、延误工期581天）、场地工工资1452500元（按30人、人均月工资2500元、延误工期581天）、办公费968333元（按每月5万元、延误工期581天）、办公设施摊销费103288元（按32人、每人每年2000元，延误工期581天）、活动房租赁费1162000元（按每间300元、共200间、延误工期581天）、生活水电费271617元及差旅费96833元。2、2009年7月2日，本案项目经相关单位竣工验收合格。2009年6月15日前后，中建公司已向超华公司报送了结算资料。3、江苏省苏州市中级人民法院2011年11月14日作出的（2011）苏中民终字第1540号民事判决查明，超华公司在与中建公司、中国建总建设工程施工合同纠纷一案二审中，超华公司放弃由中建公司、中国建总提交部分未交付结算资料以配合其完成工程结算的主张。本案一、二审审理期间，超华公司未提出由中建公司提交部分结算资料以配合其完成工程结算的主张。

本院二审查明的其他事实与一审查明的事实基本一致。

本院认为，本案的争议焦点问题是：1、双方实际履行的合同、报价单及合同效力问题；2、鉴定意见中双方争议项目的认定问题；3、工期延误责任的划分及损失认定问题；4、工程款利息何时起算问题；5、超华公司的反诉请求应否予以支持的问题。

一、双方实际履行的合同、报价单及合同效力问题

中建公司认为双方实际履行的是915合同及727调整后报价单，超华公司认为双方实际履行的是929合同及926报价单，但双方均认为本案不属必须招投标项目，无论915合同还是929合同均为有效合同。

本院认为，超华公司与中建公司虽分别签订了915合同及929合同，且分别主张将727调整后报价单和926报价单作为实际履行合同的内容，但双方实际履行的是915合同及727调整后报价单，本院依法确认该合同的效力。

关于实际履行的合同及报价单

根据一、二审查明的事实，中建公司主张双方实际履行的是915合同及727调整后报价单，证据更为充分。第一，从合同签订过程分析。2006年7月20日，超华公司发出施工招标文件。同年7月27日中建公司向超华公司发出《投标书》及工程量报价单报价表（即727报价单），投标价为17473.8399万元。同日，经双方协商中建公司将价格下浮3.5%，即以16870万元再次进行投标报价，因工程量报价单报价表全部内容当日难以作出相应调整，中建公司只对投标总价及工程量报价单总报价作了相应下调。同年9月15日，超华公司与中建公司签订《建设工程施工合同》（即915合同）。该合同第四条强调合同采用固定单价，综合单价、措施费、其他项目费、规费和风险因素等须在第二次总报价的基础上进行调整，调整后的综合单价、措施费、其他项目费、规费和总价等，必须经发包人书面确认才能有效；调整后的商务标作为协议书附件，是合同价款的依据。事实上，在915合同签订前后，中建公司已进入施工现场进行了施工前的准备工作。中建公司2006年10月31日制作的工作联系单附件（编号01）显示，该公司于2006年9月11日已经进场；中建公司2006年9月22日发出的工程业务联系单也显示其已进行施工相关工作；在2006年10月31日超华公司向中建公司发出正式的开工通知前，中建公司对各施工区段的塔吊基础砼已完成浇筑，为安装塔吊做好了准备。尽管审理中无法对中建公司向超华公司提交727调整后报价单的准确时间作出认定，但超华公司已在2006年9月26日926合同签订前确定由中建公司施工并已允许其入场进行施工前诸项准备工作的事实，能够说明超华公司对双方所订合同及附件已基本确认。在已确定中建公司作为施工单位并已入场予以施工准备的情况下，超华公司另行委托招投标公司在短时间内进行招标代理、邀请投标、予以开标、评标等活动，在双方均认为涉案工程非属必须招标工程项目的情况下，中建公司认为该招标行为仅属形式上满足当地有关部门的行政管理要求并非双方真实意思表示，具有可信性，本院予以确认。第二，从合同相关内容分析。审理中，双方虽认为915合同与926合同的大多数条款基本一致，但926合同与915合同相比较仍存在较大差异，且926合同存在的差异与有关事实不符。合同价款方面，915合同的合同价款是16870万元，而926合同的合同价款为16870.1364万元，二者虽仅有1364元的差异，但因915合同的施工范围并不包含桩基工程的315万元，两合同价款相差300余万元；工程量报价单方面，727调整后报价单未包含桩基工程，而926报价单包括桩基工程，两份报价单的总报价虽相差无几，但分部分项工程量报价单费用、措施项目报价单计价、其他项目费用等单位工程费均有不同，各分部分项中的综合单价等也存在较大差异；项目经理方面，915合同的项目经理为彭宗佑，而926合同的项目经理为龚启国。926合同与915合同存在的上述差异与本案查明的相关事实不符。这些事实是，1、超华公司最初只就土建、安装施工招标而排除桩基工程招标并与中建公司在二次调整基础上就总报价16870万元达成一致意见。2、有事实表明双方共同遵守并执行了727调整后报价单，但超华公司对926报价单除证明进行备案外，并无其他证据证明926报价单得到双方的遵守和执行。3、项目招投标及实际施工中，彭宗佑均是项目经理，建筑工程施工许可证虽最初是龚启国但后来已变更为彭宗佑，对此，超华公司、监理公司均未提出异议；相反，929合同、有关招投标文件及建筑工程施工许可证虽标明项目经理为龚启国，但龚启国却并未参加实际施工。事实上，龚启国作为项目经理仅是因彭宗佑换证期间代签了部分文件。929合同与本案相关事实的上述矛盾，亦反映出双方合同的实际履行状况。另外，915合同约定中建公司须向超华公司提供400万元履约保函而926合同并无此项约定，实际履行中，中建公司并未提供该履约保函是否表明即属履行926合同的问题。中建公司对未交付履约保证金事实予以承认，但认为本案属垫资施工，合同履行中，超华公司也并未要求中建公司交付，故而应视为双方对合同相关条款的变更，该主张具有合理性，本院予以支持。第三，从实际履行行为分析。本案915合同和929合同虽条文内容大部分相同，但关键条文除上文提及的合同价款、工程承包范围、项目经理存在不同外，工程量报价单也存在较大区别。正因727调整后报价单与926报价单存在诸多区别，故可通过对照而判断双方实际履行事实。2007年4月13日，中建公司向项目监理公司所报《工程计量报申单》所附工程量统计表标明的分部分项对应的项数、项目编码、综合单价均与727调整后报价单对应的项数、项目编码与综合单价相符，而与926报价单对应的项数、项目编码与综合单价不符，此部分所涉工程量达8922.0449万元，对此，项目专业监理工程师及总监理工程师在审查中均未提出异议。上述事实足以证实双方实际履行的是727调整后报价单。超华公司虽认为不能参照工程量报价单确认实际履行合同的事实，并认为不能以实际施工中部分备忘录、确认单、报价单、工程业务联系单等认定双方实际履行的是727调整后报价单，但对其实际履行929合同及926报价单之主张并未提供证据予以证明，本院对其主张不予支持。第四，本案属大型工程项目，建筑面积达14万余平方米，施工费用超过两亿元，施工期限超过一年，无论是超华公司作为业主方，还是中建公司作为施工方，以及苏州建设监理有限公司作为监理方，均属利益攸关。各方对实际履行哪份合同及工程量报价单等重大问题不可能在未达成一致的情况下予以实际履行，同时，在近三年施工期间未发生分歧。即使超华公司项目管理经验不足，但其委托的是专业监理公司，作为由专业监理公司审核签署的有关备忘录、工程业务联系单、报价单等，在依据合同及工程量报价单确认相关事实和提出有关意见时，存在出现偶然错误的可能，但不可能全部错误。超华公司认为中建公司提供的有关备忘录、声明书提及915合同及部分工程联系单、报价单依据与727调整后报价单相符只是因915合同与929合同相似以及由中建公司的故意诱导所致，无相应证据支持，也不合常理，本院不予采信。

（二）关于合同的效力问题

本案昆山超华商贸城二期工程“超华·欧尚”购物中心项目是超华公司以自有资金予以投资，项目本身属于商业用途，非属由政府投资管理提供公共服务、关系社会公共利益、公众安全的相关工程项目，不属于招标投标法第三条及招标范围和规模标准规定（国家计委3号令）第三条所规定的强制招标投标范围。依据合同法第五十二条第五项、《最高人民法院关于适用若干问题的解释（一）》第四条之规定，人民法院确认合同无效应当以全国人大及其常委会制定的法律和国务院制定的行政法规为依据，不得以地方性法规、行政规章为依据。一审判决认定915合同无效不当，本院予以纠正。关于926合同的效力问题。926合同虽经过招标和投标程序后签订，且招标投标过程中，超华公司委托的招标代理公司也通知邀请投标单位进行了投标，但该中标结果与之前超华公司与中建公司已签订915合同的总价款基本一致；同时，招投标之前，中建公司已开始进场施工，据此，双方的行为属于串通投标。根据招标投标法第五十三条之规定，招标人和投标人串通投标的，中标无效。一审判决认定929合同无效，依法有据，本院予以维持。

二、关于鉴定意见中双方争议项目的认定问题

一审审理期间，根据中建公司和超华公司的申请，一审法院委托鉴定机构分别以915合同和929合同为结算依据对工程造价进行了鉴定。针对鉴定意见中双方当事人提出的异议，鉴定机构提交了书面回复意见，并出庭接受了当事人的质询。一审法院结合有关事实对鉴定意见中双方争议项目进行了认定。二审中，双方再次对有关异议项目提起上诉，对此本院审查认定如下：（一）关于现场文明施工措施费。一审法院审理期间，超华公司对金永诚公司所作补充鉴定意见质证认为，现场安全文明施工措施费部分应按2%计取。一审法院以该部分费用为不可竞争费应在工程预算中足额计取为据按基本费计取2%，该费用计取范围符合安全文明施工措施费管理办法第四条规定，亦未超出超华公司抗辩范围。超华公司关于按合同总价款的1%计算现场文明施工措施费的主张，缺乏事实和法律依据，本院不予支持。关于中建公司提出应计取合同总价款0.4%奖励费及1.1%考评费问题。关于奖励费，中建公司认为其施工曾获得昆山市市级文明工地，应计取0.4%奖励费。经查，昆山市为县级市，中建公司主张该项目工地按上述江苏省有关文件规定属“市级文明工地”的证据不足，一审法院不予支持并无不当。关于考评费，中建公司主张因超华公司故意不在考评申请表签章等原因致不能参加考评和计取该项费用，应予计取。依据现场安全文明施工措施费管理办法第七条规定，现场考评一般在单项工程完成工程量约70%后，依据施工单位的申请，由造价管理机构、建设安全监督机构、监理等单位组成考评组织，现场核查打分。中建公司并未提供相关考评手续以及其申请的相关证据，故一审法院对该部分费用不予计取，并无不当。（二）关于一级钢和三级钢差价。经查，因工程报价是按工程量报价单报价，而工程量报价单只有二级钢子目，但实际施工中分别使用了一级钢和三级钢，故一审法院按一级钢、三级钢分别重新计价，符合施工实际，也较为公平。二审中，超华公司认为中建公司当时的报价属综合报价并提供了当时市场的钢材价格予以证明，但这与工程量报价单的有关子目不符，也未考虑施工价格形成的其他因素，本院不予支持。（三）关于钢筋接头的数量计算。一审补充鉴定期间，有关鉴定机构依据中建公司提供的施工期间检测报告，对鉴定意见予以调整并增加工程造价81万余元。经查，补充鉴定中所依据的检测报告，均为施工中形成，报告是受超华公司委托，在业主、监理等代表签字后委托独立第三方机构对中建公司施工的有关钢筋接头进行的强度检测后形成，报告具有客观性，反映了施工中使用钢筋的规格、数量。超华公司认为有关检测报告难以反映钢筋接头的种类及比例，应按直螺纹接头和电渣压力焊接头各50%计算钢筋接头数量的主张，本院不予支持。（四）关于清水模板费用。二审审理期间，超华公司认为该项费用属于包干的措施费，一审法院对地下室计取清水模板费不当。中建公司认为虽然工程量报价单仅有普通模板价格，但超华公司提供的施工图地上部分的要求却是清水模板施工，中建公司在施工中全部采用清水模板施工，故应在一审判决计取地下部分清水模板费的基础上还需计取地上部分清水模板费用。经查，苏州工程造价管理部门提供的工程造价管理定额中并无清水模板的定额规定，超华公司提供的工程量报价单也并未区分普通模板与清水模板；中建公司工程量报价单所报模板价格也是普通模板价格，并因此与施工图要求的清水模板发生冲突，但中建公司并未与超华公司达成一致意见即按照清水模板对全部工程予以了施工。本院认为，中建公司在明知工程量报价单属于普通模板并与超华公司施工图冲突的情况下，应就该部分价格与超华公司协商一致后再行施工，其认为该部分属于工程漏项与事实不符。同时，根据双方所订建设施工合同第四条约定，调整后的商务标包括综合单价、措施费、其他项目费、规费、风险费等属于最终的综合单价、最终的措施费等，即包括模板费在内的措施费在报价确定后不再予以调整。中建公司参照苏州市工程造价管理处苏建价便（2006）32号通知所涉清水砼模板补充定额标准要求增加相应的工程款，因该通知明确申明该通知补充定额不作其他工程结算依据，中建公司该项主张的依据不充分。本院对中建公司增加地上施工部分清水模板费用的请求不予支持。地下室施工部分，超华公司的施工图明确为普通模板，但中建公司施工中进行了清水模板施工，超出合同约定，超华公司有关该部分费用不予计取的上诉主张，有合同依据，一审法院对该部分计取11.1196万元费用不当，本院予以纠正。（五）关于铝合金百叶窗龙骨。经查，727调整后报价单分部分项关于铝合金百叶窗综合单价并不包含龙骨造价，故原鉴定意见并未计取该部分费用。但补充鉴定根据实际施工中百叶窗后存在龙骨，对此部分价格予以调整，增加造价225527.64元，一审据此采信补充鉴定意见，并无不当。二审期间，超华公司认为铝合金百叶窗龙骨报价并不是根据727调整后报价单而是根据双方所签《备忘录一》有事实根据，但其主张该铝合金百叶窗的综合单价包含龙骨造价及存在重复计算人工、机械费用故应予去除，与二审查明的事实不符，本院对其该项主张，不予支持。（六）关于未计费的工程联系单。经查，中建公司提出补充鉴定未予计费的工程联系单主要包括三种，一是联系单已得到超华公司的正面答复，确认工程已施工完毕，只是价格未定；二是联系单得到超华公司答复并确认工程内容施工完毕，但不同意计价；三是联系单虽发出但并未得到超华公司答复。上述三种联系单的计价及依据，因需双方进一步明确，补充鉴定未提出明确意见，一审法院为尽快确定工程款对该部分工程业务联系单暂不计费的处理并无不当，但中建公司在已提出明确诉讼请求的情况下，应告知其另寻法律途径解决。一审法院在未进行释明情况下即驳回其诉讼请求不当，本院予以纠正。（七）关于材差的计算及性质。超华公司认为应按加权平均法计算材差，且仅应算至工程主体结构封顶之日。中建公司认为应按算术平均法计算整个施工期限内的材差，且材差应计入工程款而不是工期损失。根据施工合同第九条“决算材料价格调整”规定：开工当日当月的苏州造价信息价格与施工期间的苏州工程造价信息价格的平均价比较，材差在10%以外的由发包人承担或受益。该约定以某一材料施工期间各月苏州造价信息的平均价与该材料开工当日当月的苏州造价信息价格的差价作为材差的计算依据，属于以算术平均法计算材差。这与加权平均法以施工期同类材料加权平均指导价格与施工基准期当月的材料指导价格计算材差的方法并不一致。据此，中建公司拒绝提供材料进场及用量的原始资料与合同并不相悖。二审审理期间，双方真正的争议在材差计算的期间。按算术平均法计算材差，如果抛开材差产生的实际施工期而笼统的以合同工期为限计算材差，确实不存在只对施工方有利或只对业主方有利的问题，双方风险对等，但可能产生非实际施工期空算材差的问题。作为一种相互控制施工成本、风险以保证利益平衡的方法，在超过一定限度后计算材差，作为施工方来说主要是为控制施工风险，而不是为了牟取利益。据此，一审综合本案合同约定及材差主要产生的施工期间，将材差计算期间计算至合同履行期届满，符合本案实际。超华公司虽主张工程封顶至合同届满仍有空算材差的问题，但该主张与约定不符亦未提供相应的证据证明上述材差计算结果显失公平，本院对此不予支持。材差属工程造价范围，一审判决将之计入工期损失不当，本院予以纠正。

三、关于工期延误责任的划分及损失认定问题

本案项目合同约定工期370天，即自2006年10月31日开工至2007年12月30日竣工，但实际竣工时间为2009年7月2日，实际工期976天，延误工期590天。超华公司虽以双方签订备忘录及补充协议变更部分施工内容，但并未证明上述变更与工期延误的关系，也未提供证据证明系中建公司原因造成，其主张延误工期天数少于590天，缺乏证据支持，本院不予采信。双方对工期延误责任划分及损失认定争议较大，为此，本院分析评判如下：

（一）关于工期延误责任的划分问题

本院认为，根据一、二审查明的事实，尽管存在因停、窝工致工期延误时间界限不清、中建公司未按约履行工期顺延的手续及中建公司施工中也存在部分影响工期的因素等，但超华公司仍应承担工期延误的主要责任。

第一，在具备施工条件的情况下，中建公司按约完成部分施工，且具备按期完工的条件和能力。根据施工合同的约定，所涉项目的施工期限分为两段，一是正负零以下部分施工期限150天，其中包括桩基和土方施工30天；二是正负零以上至竣工220天。根据一、二审查明的事实，在上述两个阶段因中建公司原因造成工期延误证据不足。1、正负零以下施工阶段。合同约定中建公司此阶段施工期限为120天，施工的前提为土方完成施工，因工程分为三个区段施工，故应以最后一区段土方完成时间推算中建公司完成正负零施工的期限。根据2007年6月2日工程联系函，第三区段施工已至正负零（其他两段已施工至二三层），即从土方完成实际施工的2007年3月21日起算，中建公司在土方施工后完成正负零施工的时间不足3个月，因有高差等施工规范要求，中建公司正负零以下施工工期完全符合施工期限要求。2、正负零以上至主体结构封顶阶段。合同约定中建公司此阶段施工期限为220天，其中各节点虽并无明确的工期界限，但主体结构封顶的时间因标志着土建施工的基本完工具有特殊意义。根据2007年3月21日超华公司委托第三方完成土方施工至2007年9月中建公司完成结构封顶，其实际施工的期限为150多天，时间不到整个约定施工期限的50%（370天），且已完成70%以上的工程量。根据施工合同约定，正负零以下即需时4个月，但中建公司实际施工至主体结构封顶仅用时5个月。据此，本院认为，截至结构封顶，中建公司施工中并无导致工期延后的事实。3、主体结构封顶至工程竣工阶段。其一，该阶段双方虽无明确的期限约定，但根据一、二审审理期间查明的事实，工期延期的原因是超华公司三、四层招商业态不确定、超华公司自行委托的消防工程延迟竣工以及该公司自身项目决策等原因造成。对此，超华公司项目负责人在多次工地例会中对业态不确定影响消防工程施工及其他施工之事实予以承认，超华公司在审理中对上述事实予以否认，证据不足。其二，中建公司在2007年9月19日至2009年5月12日多次向超华公司发函提及主体结构封顶后后续工程无法按计划施工的事实，超华公司除对个别报告表示未收到外，对有关报告反映的情况应该知悉。对此，中建公司在主体结构封顶后多次修改施工进度计划，调整工程竣工时间，超华公司及委托的项目监理公司均表示同意且未提出异议。据此，应该确认在主体封顶至工程竣工验收阶段，并无充分证据证明中建公司施工中存有延后工期的事实。

第二，超华公司主张的中建公司拖延施工不能成立。1、2006年12月28日工地例会纪要虽表明中建公司有人工、机械不足至已浇垫层开裂的问题，但超华公司并无充分证据证明人工、机械不足导致其土方施工延迟。2、2007年1月19日超华公司发出的工作联系函虽表明中建公司堆放的钢筋及搭建的木工棚对部分场地造成了一定影响，但延误工期也只有21天。3、超华公司虽认为中建公司2007年春节放假导致其土方施工延迟，但2007年1月25日《浇砼进度表》反映2007年春节前，所涉工程I区、II区已完成垫层及部分底板施工，III区虽只有部分垫层施工，但根据2007年3月21日最终完成土方施工的情况，也说明该区未完成土方施工，即虽然土方施工与垫层施工有一定牵制关系，但超华公司并未提供其土方完工而中建公司未予施工的证据。4、超华公司主张中建公司分包其部分消防工程、安装工程的问题，但并未提供其分包部分施工导致工期拖延的证据。5、中建公司承包的雨污水管网工程、道路工程与消防工程之间虽并不相互影响，但超华公司并未举证证明上述工程造成工期延误。6、中建公司2007年9月19日提交超华公司报告反映幕墙施工延迟的原因是双方未签署外墙施工备忘录及超华公司多次修改设计，长期未形成书面文件，导致外饰面工程停顿的问题，实为超华公司对幕墙另行招标、调整设计、安装观光电梯等原因造成。审理中，超华公司提出其并未影响幕墙施工、不对该项延期负责，但并未提供相应的证据证明，本院对此不予采信。

综上，超华公司对项目工期延误应承担主要责任；中建公司在组织施工中也存在一定疏漏和不足，对工期延误应承担次要责任。一审认定中建公司对延误工期承担40%责任，本院予以调整，由超华公司承担延误工期90%的责任，中建公司承担延误工期10%的责任。

（二）关于工期延误损失的认定问题

1、关于工期延误损失是否应当赔偿的问题。超华公司认为根据合同约定只有承包人延误工期才需承担相应损失，因发包人原因导致工期延误可按实际延误时间签证顺延，而不是赔偿；同时，中建公司亦未按约提出工期索赔请求，故中建公司的索赔请求不应予以支持。经查，双方所订建设工程施工合同“协议书”第六条虽只约定对承包人延误工期进行处罚，对发包人延误工期可顺延工期，但对是否赔偿并不明确；该施工合同“通用条款”第十二条约定，因发包人原因造成停工的，不仅需顺延工期，而且还需赔偿承包人由此造成的损失。据此，一审法院认定由发包人承担延误工期损失，具有合同根据。同时，根据建设工程合同“通用条款”第十三条及第三十六条，双方虽对工期顺延及索赔程序进行了约定，但并未明确承包人未提出工期顺延或未按约定程序索赔或不及时索赔的法律后果。据此，超华公司认为中建公司在工程交工后予以索赔不应支持的合同根据不足，本院不予采信。根据本院二审查明的事实，中建公司在施工期间就工期延误及损失问题多次向超华公司提交报告。根据合同法第二百八十三条、第二百八十四条之规定，中建公司请求有关停工、窝工、机械设备调迁、材料、构件积压等损失和实际费用，有事实和法律根据，也有相应的合同根据。超华公司关于其不应承担工期延误损失的主张，缺乏事实依据和法律依据，本院不予支持。

2、一审判决认定中建公司实际损失1321万元的事实和法律依据问题。一审判决认定的1321万元的损失主要是中建公司向新顺公司、瑞远公司、洪洲公司补偿结构封顶前支付的窝工损失、赶工费用、新顺公司和洪洲公司工期奖费用以及因工期延长导致中建公司租赁勇强公司钢管、扣件等租金增加部分的损失，对上述费用组成及支付的凭据等证据，包括中建公司与分包单位的合同、分包单位请求增加费用的报告、中建公司的结算审核会签单、结算单、付款凭证及分包单位出具的证明等，一审期间中建公司和超华公司进行了质证，二审审理期间超华公司虽然仍不予确认并提出证据真实性等问题，但其理由均难以成立：第一，关于证据的真实性问题。经查，中建公司与新顺公司、洪洲公司、瑞远公司及勇强公司所订分包合同、补充协议及有关报告材料，均有双方印章及合同相对方确认，亦有中建公司付款的银行对账单，超华公司虽对相关证据的真实性提出异议，但并未提供足以反驳的相反证据，一审判决予以采信，有事实和法律根据。第二，关于是否存在赶工及应否支付费用的问题。经查，结构赶工期间监理日志及工地例会纪要等虽确实有提示施工现场人员不足的情况，但因部分时段工人不足只是相对当时施工计划及人数而言，与中建公司依据当时工人状况尽可能缩短施工期限并不矛盾；同时，因工期延长客观存在，中建公司为减少停窝工损失赶工并不违反合同约定，超华公司也并未提出异议，为此增加的实际费用，超华公司应予以承担。第三，关于完工后中建公司提出的损失数额超出其2008年7月31日报告损失的问题。经查，中建公司2008年7月31日报告提及的损失内容只是非生产性支出及工作量不饱满而造成的损失，并不包括赶工等损失、脚手架等周转材料费用；同时，因双方并未结算，有关费用存在模糊，实属正常。据此，中建公司结算中所申报的损失与当时报告损失存在差异，难以证明中建公司申报损失虚高。超华公司认为一审判决认定的损失额度超过中建公司自称的损失金额，依据不足，本院不予采信。综上，一审判决认定中建公司1321万元实际损失的事实清楚，本院予以维持。

3、中建公司主张的其他工期延误损失认定问题。中建公司上诉认为一审判决认定的停窝工损失主要是结构封顶前的停窝工损失，在结构封顶后因工期延长仍发生窝工损失223万元，另外，因工期延长增加管理费646万元及人工费832万元。针对中建公司上诉意见，本院认为，第一，关于结构封顶后工期延长发生的停窝工损失。根据一、二审查明的事实，结构封顶后虽确有工期延长事实存在，但中建公司并未举证证明停、窝工损失已实际发生，也未提供损失的计算依据，其请求该部分损失的证据不足，本院不予支持。第二，关于施工期间增加的管理费。中建公司主张的管理费包括工期延长期间的管理人员工资、保安人员工资、场地工工资、办公费、办公设施摊销费、活动房租赁费、生活水电费、差旅费等。本院认为，上述费用中，管理人员工资、办公费、办公设施摊销费、差旅费等均属公司正常开支，不属工期延长的直接损失，中建公司请求上述费用的根据不足，本院不予支持；但因工期延长，中建公司活动房租赁期限相应延长，为此多支出的租赁费1162000元、为维护施工现场安全多支出的保安人员工资453180元以及多支出的生活水电费271617元，中建公司提供了合同、支出凭据等证据，证明上述费用发生于所涉项目，应属于工期延长增加的费用，一审判决未予支持不当，本院予以纠正。第三，关于人工费增加部分。根据中建公司举证的费用增加范围，主要包括安装部分增加180万元、地上结构部分增加125万元及二结构、砌体、粉刷、装饰、地坪等增加的费用527万余元。本院认为，本案项目施工采用的是工程量报价单报价，施工中的分部分项综合单价均已包含人工费成本，而根据双方所订建设施工合同，该综合单价属充分考虑风险因素后的最终综合单价，中建公司请求增加人工费，没有合同依据；同时，中建公司亦未提供其实际支出该部分费用的凭证。据此，中建公司主张延误工期部分的人工费损失，证据不足，本院不予支持。

综上，本院在一审认定工期延误损失1321万元的基础上再行增加工期延误损失1886797元，即工期延误损失共计15096797元。该损失由超华公司承担90%责任，即13587113元，由中建公司自行承担10%责任，即1509680元。

四、关于工程款利息何时起算问题

根据本院二审查明的事实，双方所订建设施工合同已明确承包人提交结算报告及发包人审核完成的时间，对此双方并无争议；双方争议的是中建公司已提交工程竣工资料是否达到超华公司付款的条件。本院认为，截至2009年6月底，中建公司已提交竣工结算报告、结算资料，所涉工程2009年7月2日经竣工验收合格也表明中建公司提交了竣工验收资料。根据2009年8月18日超华公司向中建公司所发工作联系函，超华公司请求中建公司交付的竣工资料及完整结算资料，主要是各分项工程结算的计算底稿，其对中建公司已于2009年6月底之前提交的其他竣工结算资料并未提出异议。关于在工程结算中是否应由承包单位提交结算资料的计算底稿，超华公司并未提供相应的法律和合同依据；超华公司在（2011）苏中民终字第1540号民事案件审理过程中亦撤回交付结算底稿的请求；本次诉讼中也未就此再行提出主张。据此，本院认定中建公司竣工验收前已经提交竣工结算报告及结算资料，超华公司以办理竣工备案手续及取得产权证明为目的要求中建公司提交全部竣工资料并以之作为其审核工程款项的条件，没有法律依据，也与合同约定不符，本院不予支持。一审法院认为中建公司未移交全部工程资料存在过错故以一审法院委托工程造价鉴定之日起算欠款利息，事实依据和法律依据不足，本院予以纠正。根据竣工验收合格后30天内由中建公司交付竣工结算报告及结算资料之约定，应自验收合格后30日即2009年8月1日前视为中建公司已提交竣工结算报告及完整结算资料；2009年8月2日至同年9月30日为超华公司审核期限；工程余款应自2009年10月1日至2010年10月31日共计十二个月内，每三个月支付一次。超华公司应支付中建公司的款项为：2675.92万元=23458.9105万元（727报价单原鉴定金额23156.9167万元+补充鉴定301.9938万元）+133.95万元（材差损失）-11.5万（地下室模板调整费用）-20198万元（超华公司已付款）-707.4408万元（合同约定的质量保修金23581.3605万元×3%）。按四次支付的约定，每次付款金额为668.98万元，即2010年1月31日付668.98万元、2010年4月30付668.98万元、2010年7月31日付668.98万元、2010年10月31日付668.98万元。同时，考虑到审理中保修金返还期限已经届满，该部分款项应依约与确定的工程款项一并给付中建公司。根据双方签订的《工程质量保修书》第四条“质量保修金的返还”约定：保修金为合同价款的3%；该款项在工程交工满一年后发包人支付结算总价的2%；满两年后支付结算总价的0.7%，满五年后支付结算总价的0.3%，即保修金总额为707.4408万元，2010年7月2日应付保修金471.6272万元（23581.3605万元×2%）；2011年7月2日应付保修金165.0695万元（23581.3605万元×0.7%）；2014年7月2日应付保修金70.7441万元（23581.3605万元×0.3%）。据此，超华公司应分期给付的工程款（除质量保修金外）及应分期给付的质量保修金在已届付款期后，应按期给付并按中国人民银行同期同类贷款利率计算利息，一审未按约计算应付款及相应利息错误，本院予以纠正。

五、关于超华公司的反诉请求应否予以支持问题

本院认为，超华公司虽根据929合同主张中建公司违约应承担工程造价2%的违约金，但因929合同无效，其该项反诉请求的事实和法律依据不足，本院不予支持。一审法院告知其另行主张不当，本院予以纠正。

综上，本案双方所订915合同为有效合同，双方也实际履行了727调整后报价单，一审按照727调整后报价单委托鉴定并认定项目工程款，于法有据。根据鉴定结论及本院二审期间对清水模板、材料差价的调整，扣除超华公司已经支付的工程款20198万元，超华公司2009年10月1日至2010年10月31日扣除质量保修金后应付的工程款总额为2675.9200万元；因工程质量保修期已经届满，扣除的保修金707.4408万元应按期支付中建公司；同时，上述工程款及质量保修金应按期计算相应的利率，利率按中国人民银行同期同类贷款计算。中建公司享有建设工程优先受偿权的数额为3383.3608万元（2675.9200万元工程款+707.4408万元质量保修金）。工期延误责任中，超华公司应承担90%的责任，中建公司应承担10%的责任；对停、窝工损失、钢管、扣件延长租赁所致损失及因工期延误增加的中建公司部分管理费共计1509.6797万元，由超华公司承担1358.7113万元。对一审审理期间暂未处理的工程联系单，由中建公司与超华公司再行协商，协商不成的，由中建公司另寻法律途径解决。本院依照《中华人民共和国民事诉讼法》第一百七十条第一款第三项之规定，判决如下：

一、维持江苏省高级人民法院（2011）苏民初字第0004号民事判决第四项；

二、撤销江苏省高级人民法院（2011）苏民初字第0004号民事判决第五项：

三、变更江苏省高级人民法院（2011）苏民初字第0004号民事判决第一项为：昆山市超华投资发展有限公司于本判决生效后十五日内给付中国建筑股份有限公司工程款3383.3608万元，其中2010年1月31日至同年4月29日以668.9800万元为基数按中国人民银行同期同类贷款利率计算利息（以下计息标准相同，不再重复）、2010年4月30日至同年7月1日以1337.9600万元为基数计算利息、2010年7月2日至同年7月30日以1809.5872万元为基数计算利息、2010年7月31日至同年10月30日以2478.5672万元为基数计算利息、2010年10月31日至2011年7月1日以3147.5472万元为基数计算利息、2011年7月2日至2014年7月1日以3312.6167万元为基数计算利息、2014年7月2日至实际给付之日按3383.3608万元为基数计算利息；

四、变更江苏省高级人民法院（2011）苏民初字第0004号民事判决第二项为：昆山市超华投资发展有限公司于本判决生效后十五日内赔偿中国建筑股份有限公司损失1358.7113万元；

五、变更江苏省高级人民法院（2011）苏民初字第0004号民事判决第三项为：中国建筑股份有限公司在昆山市超华投资发展有限公司欠付工程款3383.3608万元范围内就本案工程即昆山市玉山镇白马泾路46号享有建设工程价款优先受偿权；

六、驳回中国建筑股份有限公司的其他上诉请求；

七、驳回昆山市超华投资发展有限公司的其他上诉请求。

一审案件受理费937948元，由昆山市超华投资发展有限公司负担468000元，中国建筑股份有限公司负担469948元；一审鉴定费160万元，由超华公司昆山市超华投资发展有限公司负担120万元、由中国建筑股份有限公司负担40万元；一审反诉案件受理费17713元，由昆山市超华投资发展有限公司负担。二审案件受理费673087元，由昆山市超华投资发展有限公司负担365689元，由中国建筑股份有限公司负担307398元。

本判决为终审判决。

审　判　长　　宋春雨

审　判　员　　李　春

代理审判员　　赵风暴

二〇一六年六月十日

书　记　员　　蒋保鹏