

明发集团无锡房地产开发有限公司与福建七建集团有
限公司建设工程施工合同纠纷二审民事判决书

江苏省高级人民法院
民 事 判 决 书

(2013) 苏民终字第 0320 号

上诉人(原审被告、反诉原告) 福建七建集团有限公司, 住所地福建省漳州市延安北路 46 号。

法定代表人段永利, 该公司董事长。

委托代理人刘志洪, 北京市尚公律师事务所律师。

委托代理人陈晓兰, 江苏中盟律师事务所律师。

被上诉人(原审原告、反诉被告) 明发集团无锡房地产开发有限公司, 住所地江苏省无锡市堰桥镇西漳锡澄南路 227 号。

法定代表人黄焕明, 该公司董事长。

委托代理人谢超, 江苏东恒律师事务所律师。

委托代理人程荃, 江苏东恒律师事务所律师。

上诉人福建七建集团有限公司(以下简称福建七建) 与被上诉人明发集团无锡房地产开发有限公司(以下简称明发集团) 建设工程施工合同纠纷一案, 江苏省无锡市中级人民法院于 2013 年 10 月 11 日作出(2011) 锡民初字第 0020 号民事判决。宣判后, 原审被告、反诉原告福建七建不服, 向本院提起上诉。本院受理后, 依法组成合议庭, 公开开庭进行了审理, 上诉人福建七建的委托代理人刘志洪、陈晓兰, 被上诉人明发集团的委托代理人谢超、程荃, 到庭参加诉讼。本案现已审理终结。

原审法院经审理查明:

2006年3月2日，明发集团与福建七建订立建设工程施工合同(以下简称施工合同)，约定由福建七建承建明发集团开发的无锡明发商业广场工程范围内的土建、安装工程、室内外所有总体工程、土方工程、基坑围护工程、桩基工程、市政工程、管网、亮化、景观工程。双方约定：承包施工总建筑面积约为50万平方米，工程暂定价为50000万元；开工日期为2006年3月18日，竣工日期为2007年11月7日，合同工期总日历天数为600天；工程质量标准为达到合格以上标准和按国家规范验收标准；工程量确认及工程进度款支付方式和时间为：承包人每月25日向工程师提交已完工程量的报告，发包人及监理公司审核无误后按工程量的90%支付进度款，支付时间为每月25日前支付上月完成的工程进度款；当工程款支付至工程总价的90%时停止支付，办理完竣工验收达到合格标准后并经双方结算签字认可后7日内支付至工程总价的97%，余3%作为工程保修金等。

施工合同通用条款第13条“工期延误”中约定：

13.1条：因以下原因造成工期延误，经工程师确认，工期相应顺延：(1) 发包人未能按专用条款的约定提供图纸及开工条件；(2) 发包人未能按约定日期支付工程预付款、进度款，致使施工不能正常进行；(3) 工程师未能按合同约定提供所需指令、批准等，致使施工不能正常进行；(4) 设计变更和工程量增加；(5) 一周内非承包人原因停水、停电、停气造成工程停工累计超过8小时；(6) 不可抗力；(7) 专用条款中约定或者工程师同意工期顺延的其它情况。

13.2条：承包人在13.1款情况发生后14天内，就延误的工期以书面形式向工程师提出报告。工程师在收到报告后14天内予以确认，逾期不予确认也不提出修改意见，视为同意顺延工期。

同日，福建七建向明发集团出具《关于承接无锡明发“商业广场”工程的承诺书》(以下简称工程承诺书)，其中载明：为了确保贵公司的利益，确保该金牌工程的社会效益，我集团集中资源优势，加大对项目的投入，确保该项目50万平方米的明发商业广场按本承诺书签订时间后以2006年3月18日起计算600个日历天，保证保质保量按时完成交付使用，包括土方开挖及市政配套总体工程，地下室和桩基工程等全面工程完成的工期，并承诺每延误工期一天接受贵公司50万元/天的处罚，并承担由此而产生的一切经济损失，甲方有权自行按我司完成的工程款扣除赔付。我公司自愿按工程开发周期向贵公司购买工程总

造价 12%的无锡明发商业广场商品房作为承包本工程的承包承诺和履约担保。若我司未能按合同条款及承诺书内容执行完成及履约，我司自愿将购买的商品房由贵司处理销售作为违约金并可追究不足部分。

此后，福建七建进行了相应的施工。

2009 年 9 月 8 日，明发集团与福建七建订立补充协议，双方约定的主要内容为：

1、承包方总承包范围内全部施工内容于 2010 年 8 月 31 日前达到初步验收标准；

2、承包方总承包范围内全部施工内容于 2010 年 10 月 31 日前达到合格标准并通过相关部门的综合竣工验收，取得质监部门的监督报告，达到工程综合备案的条件；

3、2009 年 9 月 1 日以后完成的工程量工程款计算标准及计量方式：

(1) 由发包方指定品牌、指定价格的建筑材料、设备，除钢材、砼、地材外，发包人同意指定价格在双方确认的承诺书基础上由 3%调整 8%作为承包方的采保费。发包方确认无需批价部分的材料或者设备，其价格指数按 2009 年 8 月份无锡市场价格指数编制预算，材料的价格按 2009 年 8 月无锡市建设局造价管理部门发布的信息价；

(2) 由发包方指定屋面网架、钢结构及栏杆工程(公寓部分阳台栏杆除外) 的专业分包方，发包方同意在与专业分包方确定的包干价基础上加 8%作为总承包方的管理费及配合费；

(3) 2009 年 9 月 1 日以前完成的工程量工程人工费按照双方确认的承诺书及施工合同签订时间之前江苏省建设厅发布的相关文件执行，如有调增，则调增的人工费在承包方按本协议约定的竣工时间如期通过竣工验收合格并交付后 7 天内一次性支付(非承包方的原因除外)；2009 年 9 月 1 日以后完成的工程量工程人工费调增至 37 元 / 工日；

(4) 工程进度款的支付调整为按照经三方确认的剩余工程量及节点形象进度计划，以确认的各完成节点形象进度工程量 90%支付，不再预留 12%购房款；

(5) 发包方应在承包方向发包方和监理单位提出《完成形象进度节点考核》书面申请和填报《工程进度款支付申请表》后七日内如考核合格则支付形象节点工程进度款，如没有 100%完成三方确认的节点形象进度，则等完成后支付；

(6) 承包方在确保完成各节点形象进度的前提条件下发包方同意按月预付部分节点工程进度款；

(7) 发包方在收到承包方总体施工进度计划、各完成形象节点计划给发包方和监理单位，应在本补充协议签订后 7 日内审核并批复。发包方在收到承包方提交的各节点形象进度计划完成工程量清单，应在 30 日内审核并批复；

(8) 五、六月份已审核的应付款约 640 万元和七月份经监理审核的应付款 150 万元共计 790 万元，本补充协议签订后三日内拨付给承包方。根据 2009 年 6 月 29 日至 7 月 3 日《关于无锡明发商业广场全面加快施工进度协调会》会议精神，经三方核算后达成共识按 78% 应付的工程进度款共计欠 1092 万元，发包方在承包方如期完成本协议确定的第一个节点形象进度且完成工程量在 5000 万元以上 7 天内拨付给承包方。

4、由于非承包方原因导致工程施工不能按照三方(发包方、监理方、承包方)共同确定的节点计划完成，工期相应顺延，发包方应及时采取有效措施予以处理解决。

5、由于承包方原因导致施工不能按照三方(发包方、监理方、承包方)共同确定的节点计划完成，承包方应及时采取有效措施确保进度目标的顺利实现。

6、承包方在总承包范围内按照本补充协议约定的竣工时间达到合格标准并通过竣工验收，发包方则按照工程结算总价款的 2% 给予承包方奖励。

7、若由于承包方原因未能按照本补充协议约定的竣工时间如期通过竣工验收合格并交付，则承包方承诺每延误工期一天接受发包方每天 50 万元的处罚和承担由此而产生的一切经济损失，发包方有权自行从承包方的工程款和预留的购房款中扣除赔付。

8、对于 2009 年 9 月 1 日以前预留的 12% 购房款，发包方同意一次性回拨承包方预留的购房款总额的 50% 或划拨等额的商品房，其余预留的购房款待工程竣工验收合格后一个月内回拨或划拨等额的商品房给承包方。

9、本补充协议的内容与原签订的合同及工程承诺书有相抵触的以本补充协议的相应条款为准。本补充协议具有与原合同及工程承诺书同等的法律效力。本补充协议未尽事宜按照双方签订的施工合同及承包方的工程承诺书相应条款执行。

2011 年 6 月 1 日，本案所涉工程通过竣工验收，并办理了竣工验收备案手续。

2011 年 8 月 5 日，明发集团诉至原审法院，称福建七建工期一再迟延，给明发集团造成了巨大的经济损失，请求判令福建七建担迟延竣工违约责任，支付违约金 9800 万元，并承担全部的诉讼费用。福建七建提起反诉，要求判令明发集团支付工程进度款 15565.3936 万元，并支付延期支付进度款的利息，计算至判决确认的给付之日止(自 2008 年 1 月起付至款项付清之日止，按中国人民银行确定的贷款利率计算)，并由明发集团承担全部诉讼费用。

一审审理中，福建七建对明发集团主张逾期完工违约责任提出抗辩，并提供了《施工单位工程联系单》、《中国建筑西北设计研究院设计变更(修改)通知单》、《工程材料价格批定申请表》、《材料设备报价明细单》、《安装工程施工界面表》等证据，证明因设计图纸、发包方指令等原因导致变更施工方案，施工方向监理单位、发包方通知，但未得到及时回复或未回复，导致工期拖延。另外因发包方直接分包工程影响，导致工期延误。

明发集团质证认为，双方在 2009 年 9 月 8 日形成关于工期延误等事宜的补充协议，对之前的工期问题已经了结。所有联系单均未有明确表明要求顺延工期以及应延长多少工期的意思表示，福建七建如认为该联系单反映的现场状况确需顺延工期，应按施工合同第十三条及补充协议第七条关于工期顺延及签证的相关程序，出现设计变更等事宜，需要顺延工期的，应由施工方提交书面的工期顺延签证单，由明发集团审核。涉案工程作为群体性工程，施工过程是统筹协调、综合安排进度的过程，即便存在部分材料未及时进场的情形，也不影响整个工程的整体进度。根据施工合同和补充协议，如确有此情形发生，应由福建七建按规定程序向明发集团提交索赔报告。现没有证据证明福建七建办理了索赔手续，福建七建陈述其中相差 200 多天，致使其无法施工，显然不符合施工的常识。如 200 多天无法施工，不仅需要顺延工期，仅停窝工的损失也是巨大的，实际上整个工程并未发生停窝工的现象。关于供水、电、气、电信等专业工程均是由福建七建总承包后分包给相关施工单位，工作联系单没有表明上述工程是由明发集团甩项发包给其它施工单位，福建七建作为总承包人，负有协调管理各分包单位的职责，应独立就工程的工期承担保证按时完成的责任。

因明发集团与福建七建对迟延竣工具体工期存在较大争议，明发集团申请对福建七建迟延竣工的工期进行鉴定，原审法院委托江苏方正工程造价事务所有限公司(以下简称方正公司)对因福建七建原因导致工期延误的天数进行鉴定。方正公司于2012年12月3日出具退鉴函，内容为：受贵院委托，对无锡明发商业广场工程工期进行鉴定，在收到鉴定资料后，我公司发现所提供鉴定资料缺少满足鉴定要求的内容很多，随后我公司多次发函要求双方提供相关补充资料(施工图纸、施工日志、工程款进度月报、监理月报、工期索赔资料等)，并且在之后的现场勘察时期，我公司再次向双方提出以上要求，但至今仍未收到所需资料，即使在资料不完善的情况下，我公司仍然投入大量的人力物力对贵院移交的鉴定材料进行了梳理，对工程现场进行勘察，并聘请省定额站资深专家帮助分析研究，确定所提供鉴定材料不能满足委托鉴定要求，其中主要因素：1、鉴定的基础应根据2009年9月8日双方签订的补充协议中的工期双代号网络计划图表，但提供的图表中的任务之间的逻辑关系不尽合理准确，所排网络图过于粗糙，对由于非承包方责任引起的事项无法准确判定工期的顺延。2、提供的材料中双方对甲方分包工程存在争议，仅从提供的八份分包合同来看，无具体分包工程开、竣工时间，因此无法判断具体分包工程对整个工程工期是否影响、如何影响及影响深度。由于资料的不完整，对工期鉴定的准确程度带来很多不确定因素。3、对工程的设计变更，虽然有甲方对变更批准的时间，但变更批准之时工程实际施工状况无法从相关资料中反映，因此变更对整个工程工期的影响不能准确判断。4、甲方定价材料批复滞后对工期存在一定影响，同样由于不能获得工程在某一时间点上工程施工的实际状况，因此同样不能判断对工程工期的影响深度及广度。5、对某些分部(项)工程，资料中要求暂停施工，但原因责任未明，原因责任不明则导致工期延误无法划分属哪方责任。综上所述，对我公司所需要的资料至今双方均不能提供，且我们收到的资料过于粗糙、双方存在争议，不能反映出工程的实际状况等诸多原因，工期鉴定无法完成，现申请退鉴。

一审中，原审法院要求明发集团与福建七建就应付进度款及已付进度款进行对帐，因双方无法配合自行全面对帐，福建七建申请对工程进度款拨付情况进行审计，原审法院委托方正公司对明发集团应付工程进度款、已付工程进度

款进行了审计。方正公司于 2013 年 7 月 24 日出具方正司鉴 009 号审计报告，结论为：

(一) 进度款鉴定分两部分

1、2006 年 7 月至 2010 年 6 月由福建七建直接向明发集团申报的月度工程进度款，经明发集团审计总额(含江西公装款) 为 59411.1226 万元，根据合同约定 2009 年 8 月之前按 78%，2009 年 9 月之后按 90% 支付工程进度款，合计应付进度款 47090.3230 万元(注：该金额未考虑工程竣工验收合格后支付比例)，以上明发集团签发款累计 44320.7 万元。

2、2010 年 7 月至 2011 年 4 月福建七建班组直接向明发集团申报月度工程进度款，经明发集团审计总款为 9661.3514 万元，按 90%，合计应付款为 8695.2163 万元。

(二) 已付工程款统计情况

根据提供的 2006 年 10 月至 2013 年 4 月工程款付款和收款明细账反映，在上述期间明发集团总计直接支付福建七建工程款、借款和代付材料款等 51460.798775 万元(不包括直接付给浙江远大电力设备有限公司配电箱款 293 万元)，具体包括：1、工程借款 1539 万元；2、电费借款 60 万元；3、代付材料款 3502.2 万元；4、公装工程款 423 万元；5、业内资料费、清污收尾工程款等 150 万元；6、税金 1536.078865 万元(收据开具金额为 1564.100443 万元)；工程款 44250.519910 万元。福建七建确认实际收款 51460.798775 万元，两者相符。

关于明发集团提供的 2010 年 10 月 17 日凭证反映，明发集团依据 2010 年 10 月 9 日浙江远大电力设备有限公司出具的借据和收据，当日支付给浙江远大电力设备有限公司配电箱款 293 万元，计入支付给福建七建的工程款，未见福建七建公司确认同意明发公司支付上述款项的书面证据，故此笔付款暂未计入付款总额 51460.798775 万元中。

上述报告书送达后，双方向方正公司提出了异议，方正公司于 2013 年 9 月 2 日对审计报告作出补充说明，内容为：1、关于明发集团提出要求统计其向福建七建班组支付的工程款，根据其要求，对该部分工程款进行了统计，合计向班组支付工程款金额为 9115.8220 万元。2、关于福建七建异议，除第二部分进度款中应加入 20 万元配电房工程款外，其它均在原报告中表述清楚，无需另行补充说明。

明发集团对上述审计报告书及补充说明无异议，认为应当按照明发集团累计签发款 44320.7 万元作为其确认工程量的依据。

福建七建认为，合同约定在 2009 年 8 月之前按 78% 支付进度款，竣工验收后应当付至 90%，12% 的差额应当作为进度款支付；公装样品房的价款应当全额支付，不应按 90% 支付，故第一部分应付进度款为 53470.0103 万元；第二部分进度款加上配电房工程款 20 万元及公装样品房的差额，应付进度款为 8755.5163 万元；两部分合计应付进度款为 62225.5266 万元。关于已付进度款中，扣除借款、代垫款等款项外，明发集团实际支付进度款为 49411.798775 万元，故其尚欠进度款 12813.746725 万元。

鉴定人员接受了双方当事人质询，并对双方提出的异议进行了答复，对审计报告的内容进行部分修正后的意见为：明发集团审定的总额是 59411.1226 万元，2009 年 8 月之前的 78% 和 2009 年 9 月之后的 90% 合计应付进度款 47132.6230 万元（47090.3230 万元 + 423 万 * 10%，公装款 423 万元应全额支付），明发集团签发的款项累计 44320.7 万元。七建班组申报工程量的总额是 9681.3514 万元，按 90% 计算应付款为 8713.2163 万元。已付款仍按照鉴定报告及补充说明。

原审法院认为，本案一审中当事人的争议焦点为：1、涉案建设工程施工合同效力应如何认定；2、涉案工程没有按照约定的工期完成竣工验收，责任应由谁承担；如果由福建七建对逾期完工承担相应责任，逾期的天数和违约金计算的标准应如何确定；3、福建七建主张的进度款及利息是否具有事实和法律依据，是否应予支持。

关于第一个争议焦点，即合同的效力问题。

原审法院认为，《中华人民共和国招标投标法》对必须进行招标的工程建设项目作了规定，国家发展计划委员会对于必须进行招标的工程项目的具体范围和规模标准进一步作了明确。本案所涉工程属于商业用房建设项目，不包含在上述规定的范围内，故福建七建认为涉案工程未经公开招投标程序而违反法律规定的意见缺乏依据，不予支持。关于福建七建提出其建筑施工资质与明发集团的房地产开发资质与涉案工程不符问题，《中华人民共和国合同法》对合同无效的情形作了规定。福建七建提出的《房地产开发资质管理规定》及《〈房地产开发企业资质管理规定〉细则》均属于行政主管部门的管理性规定，不属于效力性强制性规定，因此福建七建以此为由要求确认合同无效缺乏法律依

据，不予支持。因此，明发集团与福建七建签订的施工合同、补充协议等均系双方当事人的真实意思表示，且不违反法律、法规的强制性规定，应当认定为合法有效，双方当事人应当按照约定全面履行各自的义务。

关于第二个争议焦点，即涉案工程没有按照约定的工期完成竣工验收，责任应由谁承担；如果由福建七建对逾期完工承担相应责任，逾期的天数和违约金计算的标准应如何确定。

原审法院认为，根据补充协议约定，承包方总承包范围内全部施工内容应于 2010 年 10 月 31 日前达到合格标准并通过相关部门的综合竣工验收，而工程实际于 2011 年 6 月 1 日完成竣工验收，逾期 213 天。福建七建提出工期延误是因明发集团未按约定提供全部图纸、设计变更通知迟延、对主要建材、设备价格的批复迟延、指令停工、未按约支付进度款及甲方直接分包工程延误等原因所致，明发集团对此不予认可。因双方对工期延误的责任产生争议，法院遂委托方正公司进行了鉴定，但因资料不全等原因，导致无法完成该项鉴定。在工期问题无法通过鉴定方式确定的情况下，人民法院仅能依据双方的约定并结合本案的实际情况进行综合分析后作出认定。首先，双方在补充协议中对竣工时间进行了约定，实际竣工时间晚于约定时间，福建七建作为总承包单位，应当对逾期完工承担相应责任，如其认为逾期完工非其施工原因所致，应当承担举证责任。但经方正公司鉴定，双方提供的资料尚不能满足鉴定要求，无法对工期问题作出鉴定结论，故应当由负有举证责任方承担由此产生的不利后果。其次，根据施工合同约定，承包人在通用条款 13.1 款情况发生后 14 天内，就延误的工期应以书面形式向工程师提出报告，工程师在收到报告后 14 天内予以确认，逾期不予确认也不提出修改意见的，视为同意顺延工期。福建七建在施工过程中并未提出工期顺延申请，也未能提供可以确定工期顺延的签证资料，因此福建七建未按合同约定履行相关手续，导致对工期延误的责任无法确定，应当由福建七建承担不利后果。再次，福建七建提供的签证资料中反映出有设计变更、指令停工、材料价格批复等具体时间，但是这些资料仅能证明施工当时的现状，不足以证明导致该现状发生的责任问题。综上，福建七建对涉案工程逾期完工应承担相应的违约责任。

关于逾期天数，实际竣工验收时间比合同约定的竣工时间超出 213 天，福建七建未提供证据证明非其施工原因对工期造成的影响及相应的天数，但根据

方正公司的退鉴函所反映的内容，施工过程中确实存在设计变更，指令停工等情况，虽然福建七建在此过程中均未按施工合同约定申请顺延工期，但也不能排除上述情况可能对工期产生影响，因此基于公平合理的角度考虑，对于逾期完工天数，本院酌情扣除 20%，逾期完工天数认定为 170 天。

关于违约金计算标准，虽然双方在工程承诺书及补充协议中均约定了每逾期一天承担 50 万元的违约金，但结合本案的实际情况，约定的违约金赔偿标准显然过高，依法应予调整。明发集团起诉时提出其遭受的实际损失达 5000 余万元，但未提供充分证据予以证明，福建七建不予认可。鉴于明发集团实际已经支付的款项与合同暂定价接近，故以合同暂定价为基数，本院结合双方履行合同的情况，明发集团较好地履行了支付进度款的义务，考虑其在涉案工程中投入巨额资金所产生的融资成本等因素，同时兼顾双方利益的平衡，酌情确定以每天万分之三计算违约金为 $50000 \text{ 万元} \times 0.0003 \times 170 \text{ 天} = 2550 \text{ 万元}$ 。

关于第三个争议焦点，福建七建主张的进度款及利息是否具有事实和法律依据，是否应予支持。

关于应付进度款的问题，原审法院认为，福建七建在本案中明确主张的是进度款而非工程总结算价款，故应当按照施工合同及补充协议约定的关于进度款支付的内容进行确认，对合同中未明确约定的部分不应作为进度款的结算，而应当在工程总结算时一并处理。方正公司对应付进度款已经进行了审核，第一部分应付进度款为 47132.6230 万元，第二部分应付进度款为 8713.2163 万元，合计 55845.8393 万元。福建七建提出 2009 年 8 月之前的进度款在竣工验收后应当付至 90%，不符合施工合同及补充协议的约定，且福建七建也未按照合同约定履行申请进度款的申报审核手续，因此其该项主张缺乏依据，不予支持。因此，应当确认福建七建申报并经确认的应付进度款为 55845.8393 万元。

关于已付进度款，原审法院认为，经方正公司审核，明发集团总计直接支付福建七建工程款、借款和代付材料款等合计 51460.798775 万元，明发集团直接向福建七建班组支付的工程款金额合计为 9115.8220 万元，上述两项合计 60576.620775 万元。福建七建对借款、代付材料款及其它相关费用提出异议，且认为明发集团向福建七建班组支付的款项不应作为进度款计算，其认可明发集团实际支付进度款为 49411.798775 万元。经审查，首先，福建七建在计算应付进度款时将其班组完成的工程量计算在内，而与之相对应的向其班组支付的

款项则不认可是进度款，显然不合逻辑；其次，方正公司审核的已付进度款中包含借款、代付材料款、相关费用等，由于未经总结算，该部分款项及费用应如何承担、由谁承担均无法明确区分，福建七建作为总包单位，应当对该部分费用负责，因此方正公司将其统计在已付款范围内并无不当。因此明发集团已付款项合计 60576.620775 万元，已超出应付进度款；即使对福建七建提出异议的借款、代付材料款、相关费用予以扣除，按其认可收到的进度款 49411.798775 万元，加上向班组支付的款项 9115.8220 万元，合计 58527.620775 万元，也已超出明发集团应付进度款总额。综上，明发集团按照施工合同及补充协议的约定履行了支付进度款的义务，福建七建在本案中主张进度款及利息缺乏依据，本院不予支持。对涉案工程中的剩余工程款，福建七建可以按照施工合同及补充协议另行结算。

综上，原审法院依照《中华人民共和国合同法》第五十二条、第六十条、第一百零七条、最高人民法院《关于适用〈中华人民共和国合同法〉若干问题的解释(二)》第十四条、第二十九条、《中华人民共和国招标投标法》第三条、《中华人民共和国民事诉讼法》第一百四十八条之规定，

判决如下：

1、福建七建于本判决发生法律效力之日起十日内向明发集团支付逾期竣工违约金 2550 万元；2、驳回明发集团的其它本诉请求；3、驳回福建七建的反诉请求。本诉案件受理费 536800 元(明发集团预交)，由明发集团负担 397122 元，由福建七建负担 139678 元；反诉案件受理费 435609.50 元(福建七建预交)，由福建七建负担；进度款鉴定费 80000 元(福建七建预交)，由双方各半负担。福建七建将其应负担的诉讼费用 99678 元于本判决发生法律效力之日起十日内直接支付给明发集团。

宣判后，福建七建不服，向本院提起上诉，请求撤销原判，改判明发集团支付拖欠工程进度款 8946.3786 万元，并支付逾期支付该进度款的利息(自 2008 年 1 月 1 日起至付清款项之日止，按中国人民银行确定的同期同类贷款利率计算，截止 2013 年 10 月 31 日的利息为 2012.0962 万元)。**主要理由为：**

1、双方当事人订立的施工合同、补充协议违反法律的强制性规定，应属无效。工程属必须进行招投标的工程，未经招投标订立的合同无效；明发集团超越自身的房地产开发资质等级开发项目，福建七建超越企业资质承接工程。

2、即使合同有效，原审认定福建七建是总承包单位，应对逾期竣工承担相应责任的认定错误。按照双方约定，福建七建是总承包单位，但只有在福建七建够充分行使总承包单位的权利、明发集团全面履行发包人义务的前提下，其要求福建七建承担按约定期限完工的责任才是合理的。但是，自 2009 年 12 月开始，明发集团即违反原约定，不断将原本由福建七建负责管理的分项工程变更为自行直接发包和管理，甚至绕过福建七建直接向项目部、施工班组下达施工指令、拨付资金，将福建七建变成了普通的分包单位。这种情况下仍要求福建七建以总承包人的身份继续对原约定工期负责，显然是极不公平的。

3、明发集团没有全面履行发包人义务，依法应当承担工期顺延的全部责任，原审判决却毫无依据地判决明发集团仅承担 20%的逾期责任，是不当的。(1) 明发集团不按约提供图纸，且多次进行设计变更，直接导致工程施工无法按节点计划完成，工期应当顺延。(2) 明发集团多次指令停工，导致施工中断，工期相应应当顺延。(3) 明发集团怠于履行合同约定的对主要建材、设备价格的批复职责，导致建材、设备未能及时进场而拖延了工期。

4、福建七建请求按工程量的 90%支付进度款，特别是 2009 年 8 月之前的进度款在竣工验收后应当付至 90%的主张，符合法律规定，应当得到支持。鉴定报告和补充说明存在明显错误：(1) 双方在补充协议中明确约定 2009 年 9 月之前的工程进度款至工程竣工后一个月内付至 90%，但鉴定报告却以 78%的比例计算，不符合当事人的约定；(2) 鉴定报告在已经确认明发集团付款中包含有大量其它付款，如借款、材料代付款、数据费，且明知当事人双方并无约定将其计入工程款的情况下，却将这些款项计入已付工程款中，显然不当；(3) 鉴定报告对明发集团直接向班组支付的工程款进行核算鉴定，只是进行了简单统计，致使借款，无工程量依据或者超出约定比例的付款、明发集团自负水电费以及向非福建七建班组付款等与福建七建应收进度款无关的款项均被计入已付款，显然错误。(4) 补充说明并未明确修改鉴定结论，也未按规范了出具补充鉴定报告补充说明不能作为鉴定结论采信。请求对工程进度款部分进行重新鉴定。

被上诉人明发集团二审中答辩称：1、双方订立的施工合同、补充协议均不违反法律、行政法规的强制性规定，均为合法有效。2、涉案工程实际于 2011 年 6 月 1 日方通过竣工验收，结合双方补充协议的约定，确实存在工期迟延的情况。双方明确约定了工期顺延的情况，而在整个施工过程中，福建七建从来

没有按照约定申报过工期顺延，这只能表示虽然存在一些设计方面的变更，但是并不影响施工工期。因此，工期迟延是由福建七建的原因所导致，应当由福建七建承担全部的违约责任。3、明发集团不存在迟延支付工程进度款的情况。福建七建反诉只是请求支付拖欠工程进度款，并不是工程结算款，只能按照双方关于工程进度款的约定进行确认。明发集团实际上不仅按约履行了支付进度款的义务，而且实际还多支付了。因此，明发集团不存在迟延支付工程进度款的违约情形，依法不应当承担违约责任。4、方正公司的鉴定，程序合法，内容客观公正，符合双方当事人在一审鉴定时达成的鉴定原则，依法应当予以采信。原审判决认定事实清楚，适用法律正确，请求二审法院驳回上诉，维持原判。

本院二审查明的事实与原审法院查明的事实一致。

本院二审中另查明，一审审理过程中，经原审法院主持，福建七建与明发集团就工程进度款的鉴定原则达成一致意见，即应付工程进度款按照工程进度审核情况呈报表(工程进度款申请表及月份汇总表)上业主方最终审定意见核算，已付进度款按照付款凭证确定。该事实有质证笔录、当事人陈述予以证实。

经双方当事人确认，本案二审中的争议焦点是：(一)双方当事人订立的施工合同及补充协议是否有效(二)工程迟延竣工的责任应当如何认定，福建七建是否应当承担工期迟延 80%的责任；(三)明发集团是否按约支付了工程进度款。

(一)关于双方当事人订立的施工合同及补充协议的效力问题。

本院认为，《中华人民共和国招标投标法》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、监理及与工程建设有关的重要设备、材料等采购，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际组织或者外国政府贷款、援助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定，报国务院批准。”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》对必须进行招标项目的具体范围和规模标准进行了进一步的明确。本案中，明发集团开发的明发商业广场项目系商业用房项目，不属于上述法律规定的必须进行招标的范围。因此，福建七建关于工程未经公开招投标双方订立的施工合同及补充协议无效的上诉意见，没有法律依据，本院不予采信。关于明发集团、福建七建的开发资质、施工资质的问

题，本院认为，《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国合同法〉若干问题的解释(一)》第四条规定，合同法实施后，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。福建七建主张明发集团超资质开发房地产、福建七建超资质承接工程导致合同无效所依据的《房地产开发资质管理规定》及《〈房地产开发企业资质管理规定〉细则》均属于行政主管部门颁布的管理性规定，不属于法律、行政法规的效力性强制性规定，不应据此认定合同无效，故对于福建七建的该上诉主张，本院亦不予采信。因此，双方当事人订立的施工合同及补充协议是双方当事人真实的意思表示，内容亦不违反法律、行政法规的强制性规定，依法应当认定为有效，双方当事人均应当依照约定全面、适当地履行各自的义务，否则应当承担相应的违约责任。

(二) 关于工程迟延竣工的责任应当如何认定，福建七建是否应当承担 80% 的责任的问题。

本院认为，根据补充协议的约定，工程应当于 2010 年 10 月 31 日前达到合格标准并通过综合竣工验收，而工程于 2011 年年 6 月 1 日完成竣工验收，实际逾期 213 天。福建七建作为工程的总承包方，负有依照合同约定按时完成施工任务的义务，工程逾期完工，其上诉其主张工期迟延不是因其施工的原因所导致，应当承担相应的举证责任。从明发集团以及福建七建自身提供的施工资料来看，福建七建作为总承包方存在着施工经验不足，组织不力，管理混乱，施工进度拖沓的情形，对工程逾期竣工有着不容推卸的责任，其主张对工期迟延没有任何责任的意见不能成立，本院不予采信。同时，结合双方当事人的举证以及方正公司的退鉴函，应当认定明发集团对工程迟延竣工亦负有相应的责任：首先，从双方当事人订立的施工合同约定的施工范围来看，福建七建作为总承包方承接的工程范围既包括土建、安装、室内外所有总体工程、土方工程、基坑围护工程、桩基工程，还包括市政、管网、亮化、景观工程在内，但实际履行过程中，原属福建七建总承包范围的部分市政、景观、亮化等工程是由明发集团直接发包或者自行施工的，在双方约定的工期已经届满之后明发集团仍多次安排专业施工队伍对有关工程进行施工、调试，对整体工程的竣工验收会产生不同程度的影响。其次，福建七建提供的施工资料足以证明，施工过程中明发集团存在指令停工、提供图纸迟延、设计变更、甲方定价材料批复迟延的情

形。虽然福建七建未按照施工合同通用条款的约定办理工期顺延的相关手续，但客观上，这些情形的多次发生对工期会造成较大程度的影响。第三，方正公司虽然因资料不全的原因无法对福建七建工期迟延的具体天数进行鉴定，但在其出具的退鉴函中明确指出，工程直接分包、设计变更、甲方定价材料批复滞后、指令停工等情形客观存在，此类情形对工期亦可能会产生一定程度的影响。第四，明发集团在约定的工期已经届满的情况下，仍多次向福建七建下达新的施工任务，对工程整体竣工验收滞后亦有一定的影响。因此，双方当事人对工程迟延竣工均有责任，福建七建作为总承包方应负主要责任，明发集团应负次要责任。在无法通过司法鉴定明确确定双方具体责任比例且明发集团不能提供证据证明其实际损失的情况下，一审法院从公平合理的角度进行自由裁量，对违约金进行适当调整，符合法律规定，并无不当，但是，认定福建七建承担 80% 的责任，与双方当事人的举证及合同的实际履行状况不符，本院予以调整。考虑到明发集团在合同履行过程中存在的直接分包、多次指令停工、迟延提供图纸、设计变更、甲方定价材料迟延批复、约定工期届满仍下达新的施工任务等情形，从相对客观、公平的角度，本院酌定由福建七建承担 70% 的责任，明发公司承担 30% 的责任。因此，福建七建应当承担的工程迟延竣工的违约金为 2236.5 万元(50000 万元 \times 0.0003 \times 213 天 \times 70%)。

(三) 关于明发集团是否迟延支付工程进度款的问题。本焦点包括以下几个方面问题：1、2009 年 9 月 1 日之前的进度款应当付至 78% 还是 90%；2、明发集团应付工程进度款的数额如何确定；3、明发集团已付进度款数额如何确定。

1、关于 2009 年 9 月 1 日之前的进度款应当付至 78% 还是 90% 的问题。

本院认为，《中华人民共和国合同法》第六十条第一款规定：“当事人应当依照约定全面履行自己的义务。”明发集团作为发包人应当严格依照双方的约定履行支付工程进度款的义务。施工合同第 26 条约定，“明发集团按发包人或者监理公司审核无误后的工程量的 90% 支付进度款，当工程款支付至工程总价的 90% 时停止支付，办完竣工验收达到合格标准后并经双方结算签字认可后 7 日内支付工程总价 97%”。同时，施工合同第 47 条第 2 款约定，工程承诺书为合同附件，而福建七建出具的工程承诺书第 5 条明确载明，“向贵司购买总造价 12% 的商品房作为承包本工程承诺和履行担保”。从上述施工合同约定及工程承诺书载明的内容来看，明发集团负有向福建七建支付审核后工程量 90% 工程进度款

的义务，同时还应当预留 12%的款项作为履行担保。而且，双方当事人于 2009 年 9 月 8 日订立的补充协议第一条“工期”第 7 款约定，2009 年 9 月 1 日之后“工程进度款的支付调整为按照经三方核算确认的剩余工程量及节点形象进度计划，以确认的各完成节点形象进度工程量 90%支付，不再预留 12%购房款”，该约定进一步表明，在补充协议订立之前，明发集团支付工程进度款时是预留了 12%的款项作为福建七建的履约担保，其工程进度款只需支付 78%；补充协议订立之后，不再预留 12%购房款，工程进度款按 90%进行支付。因此，施工合同、工程承诺书、补充协议的约定明确表明，在 2009 年 9 月 1 日之前，明发集团应当支付的工程进度款比例为 78%。福建七建上诉主张支付比例为 90%，没有合同依据，本院不予采信。方正公司的鉴定意见中将 2009 年 9 月 1 日之前的工程进度款支付比例确定为 78%，符合双方约定，并无不当。

2、关于明发集团应当支付的进度款数额问题。

福建七建上诉认为，江西建工的公装款 423 万元、汪勇脚手架延期补偿款 414.6822 万元、江位周的摩天轮延期补偿款 25 万元应当全额计算，不应当按 90%支付。

本院认为，从方正公司出具的鉴定意见来看，其已经明确载明“公装款 423 万元全额计算”，该笔款项并未按 90%计算。关于汪勇脚手架延期补偿款 414.6822 万元及江位周的摩天轮延期补偿款 25 万元，本案一审审理中，双方当事人在原审法院主持下，就工程进度款的鉴定原则达成了一致意见，即应付工程进度款按照工程进度审核情况呈报表(工程进度款申请表及月份汇总表)上业主方最终审定意见核算，已付进度款按照付款凭证确定。该两笔款项均列入了福建七建的呈报审核范围，故依照双方确定的鉴定原则，应当列入明发集团应付工程进度款的范围，由明发集团按照约定的比例进行支付。由于福建七建仅就工程进度款提出主张，并非是对工程价款的最终结算，故该两笔延期补偿究竟应由明发公司承担还是由福建七建承担，双方当事人可在工程总结算时一并确定，本案仍应作为明发公司应付的工程进度款予以认定。

综合 1、2 两个方面，方正公司关于明发集团应付工程进度款的鉴定意见及补充意见并无不当，依法应当予以采信。根据该鉴定意见及补充意见，福建七建 2009 年 9 月 1 日之前完成的工程量为 46364.0608 万元，按照 78%计算，明发集团应当支付的工程进度款应为 36163.9674 万元；余款 13047.0618 万元，按 90%

计算(其中公装款 423 万全额计算)，明发公司应付进度款为 11742.3556 万元，合计明发集团应付进度款总额为 47906.3230 万元。

3、关于明发公司已付进度款的问题。

福建七建上诉认为，鉴定意见中的明发集团的 13 项付款计 1693.8103 万元所针对的施工项目未计入应付工程进度款的审核项目，不应作为已付款；明发集团出借给他人的 2445.2995 万元，不应当计入已付款；明发集团向项目部、班组超付的 765.6088 元，不应当入已付款；水电费 299.786 万元系明发集团使用，不应计入已付款。

(1) 关于 13 项针对未列入工程量审核项目的付款问题。本院认为，一审审理过程中，考虑到本案所涉工程量巨大，施工项目繁多，已付工程进度款数额达数亿元，施工项目与进度款支付无法一一对应，以及福建七建反诉要求明发集团支付工程进度款，并非是要要求结算全部工程价款的客观情况，在原审法院主持下，双方当事人经协商一致，确定了本案工程进度款的鉴定原则，即应付工程进度款按照工程进度审核情况呈报表(工程进度款申请表及月份汇总表)上业主方最终审定意见核算，已付进度款按照付款凭证确定。在此情形下，即使 13 笔付款所针对的施工项目未纳入工程量审核范围，但该 13 笔款项实际已向福建七建进行了支付，故根据双方当事人协商一致的鉴定原则，方正公司将该 13 项付款纳入已付进度款范围，并无不当。

(2) 关于明发集团出借给他人的 2445.2995 万元款项问题。本院认为，这些款项均由福建七建承接工程的有关施工班组、项目部或者其工作人员向明发集团出具了借条、收条，向建设单位的明发集团预借、预支工程款，明发集团亦实际支付了借条、收条项下的款项，故方正公司依照双方当事人确定的鉴定原则将之认定为明发集团向福建七建支付的工程进度款，并无不当。

(3) 关于明发集团向项目部、班组超付的 765.6088 元问题。本院认为，由于本案福建七建主张的是工程进度款，故在相应的期间内，明发集团向福建七建已支付的相应款项，原则上都应当认定为已付工程进度款。福建七建上诉所主张的 765.6088 万元，明发集团实际已向有关班组、项目部支付，故方正公司按照双方协商一致的鉴定原则，确认该款项为明发集团的已付进度款，并无不当。如果因明发公司的责任向施工班组、项目部超付进度款导致了福建七建的损失，双方当事人可在最终结算时另行解决。

(4) 关于 299.786 万元水电费问题。福建七建主张，2009 年 5 月至 7 日的水电费 8.414 万元，是由明发集团售楼处单独发生的，应由明发集团自行承担。本院认为，福建七建 2006 年 3 月 2 日出具的工程承诺书第 12 条明确载明，“我司自愿承担施工现场临时用电、用水、设备、管线、临时转墙的施工费用(包括贵司临时售楼处的临时用电、用水费用)，故明发集团售楼处 2009 年 5 至 7 月份所发生的水电费，按照上述承诺，应当由福建七建承担，明发集团因此而支付的水电费，应当作为明发集团向福建七建的已付进度款。福建七建还主张，2010 年 10 月以后其已被明发集团”架空”，不再具有总承包人的地位，不应再承担至 2010 年 10 月至 2012 年 12 月的水电费。本院认为，合同履行过程中，虽然存在明发集团直接向福建七建所属的施工班组、项目部直接付款、直接下达施工任务等的情况，但该情形的发生有一定的原因。施工过程中，福建七建客观上存在着管理混乱、施工不力、工程进度滞后，未能按期完成施工任务的情形，作为建设单位的明发集团在约定的工期已经届满而福建七建仍不能如期完工的情况下，为了加快工程进度，保证工程早日完工，防止损失的进一步扩大，在不得已的情况下，直接向施工班组支付款项，提高施工班组的工作积极性，直接向施工班组下达施工任务，加快施工进度，属于在合理范围内实行的减损措施，并不属于”架空”福建七建的行为。在此期间施工班组、项目部所发生的水电费，应当由福建七建承担，故明发集团所支付的该期间水电费，应当纳入明发集团的已付进度款范围。

综上，福建七建关于已付工程进度款的上诉意见均不能成立，方正公司关于工程已付进度款的鉴定意见及补充意见亦无不当。依照方正公司的鉴定意见及补充意见，明发集团已付工程进度款总额为 60576.620775 万元，已经超过了其应付的工程进度款总额。因此，明发集团并不存在逾期支付工程进度款的情形，福建七建关于明发集团逾期支付工程进度款的上诉主张，没有事实依据，本院依法不予支持。

综上所述，方正公司的鉴定，程序合法，内容相对客观公正，符合双方当事人确定的鉴定原则，应当作为本案的定案依据，福建七建要求重新鉴定的意见没有事实和法律依据，本院不予采信。**一审判决认定的主要事实清楚，适用法律正确，但对福建七建应当承担的工程迟延竣工的违约责任认定不当，本院**

予以纠正。依照《中华人民共和国民事诉讼法》第一百七十条第一款第二项之规定，

判决如下：

一、变更江苏省无锡市中级人民法院(2011)锡民初字第0020号民事判决第一项为：福建七建集团有限公司于本判决发生法律效力之日起十日内向明发集团无锡房地产开发有限公司支付逾期竣工违约金2236.5万元；

二、维持江苏省无锡市中级人民法院(2011)锡民初字第0020号民事判决第二、三项。

如果未按本判决指定的期限履行给付金钱义务，应当按照《中华人民共和国民事诉讼法》第二百五十三条之规定，加倍支付迟延履行期间的债务利息。

一审本诉案件受理费536800元(明发集团预交)，由明发集团负担413336元，福建七建负担123464元；反诉案件受理费435609.50元(福建七建预交)，由福建七建负担。进度款鉴定费80000元(福建七建预交)，由明发集团、福建七建各负担40000元。

二审案件受理费575287.50元(福建七建预交)，福建七建负担558029元，明发集团负担17258.50元。

本判决为终审判决。

审 判 长 刘悦梅

审 判 员 薛爱娟

代理审判员 吴晓玲

二〇一五年十一月二日

书 记 员 朱亚萍