

中华人民共和国最高人民法院 民事判决书

(2019)最高法民终 379 号

上诉人（原审原告）：金义祥，男，1968 年 2 月 6 日出生，汉族，住浙江省嵊州市。

委托诉讼代理人：孙海军，上海建纬（长沙）律师事务所律师。

上诉人（原审被告）：株洲银泰房地产开发有限公司。住所地：湖南省株洲市荷塘区金钩山。

法定代表人：郭进桦，该公司董事长。

委托诉讼代理人：宁北川，广东广和律师事务所律师。

委托诉讼代理人：甯长春，广东竞德律师事务所律师。

被上诉人（原审被告）：浙江东欣建设集团有限公司。住所地：浙江省杭州市余杭区余杭街道城南路 318 号。

法定代表人：吴忠良，该公司董事长。

委托诉讼代理人：徐森跃，该公司副总经理。

委托诉讼代理人：方成先，该公司职工。

上诉人金义祥、上诉人株洲银泰房地产开发有限公司（以下简称银泰公司）在与被上诉人浙江东欣建设集团有限公司（以下简称东欣公司）建设工程施工合同纠纷一案中，不服湖南省高级人民法院（以下简称湖南高院）（2017）湘民初 45 号民事判决，向本院提起上诉。本院于 2019 年 3 月 19 日立案后，依法组成合议庭，开庭进行了审理。上诉人金义祥及其委托诉讼代理人孙海军，上诉人银泰公司法定代表人郭进桦及其委托诉讼代理人宁北川、甯长春，被上诉人东欣公司的委托诉讼代理人徐森跃、方成先到庭参加诉讼。本案现已审理终结。

金义祥上诉请求：改判一审判决第一项为东欣公司向金义祥支付工程款 107835746.5 元，并自 2011 年 12 月 27 日起按中国人民银行规定的同期贷款基准利率计付利息，直至付清之日止；改判一审判决第二项为银泰公司在欠付工程款 107835746.5 元及利息的范围内对金义祥承担连带责任；本案全部诉讼费用、鉴定费用由银泰公司、东欣公司承担。事实与理由：（一）一审判决采信以固定总价为基数进行造价鉴定属于认定事实错误。本案应按固定单价方式鉴定，工程款总额为 216839234.6 元，银泰公司欠东欣公司工程款 108377634.6 元，东欣公司欠金义祥工程款 107835746.5 元。其一，银泰公司在招标时未发放编制招标清单工程量的配套图纸，不具有采用固定总价的前提。国家标准中对固定总价合同的定义为“发承包双方约定以施工图及其预算和有关条件进行合同价款计算、调整和确认的建设工程施工合同。”施工图及其预算固定总价合同的基础。而一审判决查明，在招投标过程中，招标代理机构并没有发放工程图纸。银泰公司 2010 年 3 月 15 日向马××发放的施工图纸未经设计单位加盖出图章，更未经图审机构审查批准，不具备合法性，银泰公司自始至终未提交任何证据证明发放给马××的白图与招标工程量清单存在关联对应关系，该图不能作为固定总价合同的基础。本案固定总价鉴定采用的图纸是银泰公司一审中提交的 2009 年 11 月修 2 版本图纸，与马××收到的白图并非同一版本。因此，即使采信固定总价鉴定，以银泰公司提交的图纸作为固定总价的基础也是错误的。其二，招标工程量清单是银泰公司编制招标控制价和东欣公司投标报价的依据，案涉《建设工程施工合同》是典型的单价合同。虽然投标须知载明投标人有复核义务，但投标人不得改变招标人工程量清单，这也与招标人对工程量清单准确

性、完整性负责的法定义务和强制性规定相违背。且银泰公司在招标时未提供配套图纸，东欣公司无法核对。案涉工程投标期间仅有 4 天，不仅违反《中华人民共和国招标投标法》中关于投标期间不少于 20 天的规定，且核对施工图纸与工程量清单差异的时间仅有 2 天，不具备合理性。其三，固定总价鉴定是银泰公司申请的，银泰公司没有根据案涉合同专用条款 23.2.a 款和《关于株洲银泰财富工程施工合同的补充协议（二）》

（以下简称《补充协议二》）第三条、第七条的约定申请鉴定，其鉴定意见不能作为裁判依据。专用条款 23.2.a 款约定，施工期间如遇市场价格（人、材、机）波动应根据政策、标准等调整价格。而固定总价鉴定并未进行调整。其四，司法鉴定意见也证明银泰公司提供的图纸既不是编制招标工程量清单的图纸，更不是实际施工的图纸，鉴定工程造价的图纸与实际施工不符，固定总价鉴定结论不能作为判决依据。浙江省杭州市中级人民法院（以下简称杭州中院）和湖南高院委托的司法鉴定机构均在鉴定报告中说明，无法认定招标工程量清单是依据银泰公司提供的 2009 年 11 月修 2 图纸来编制的。鉴定结论证明，工程量相差巨大，清单项目互不覆盖，属于图纸与招标工程量清单实质性内容不一致，且工程不是按银泰公司提供的图纸施工的，是按金义祥提供的图纸施工的。案涉工程的实际施工图是签订施工合同后边设计边施工边变更的。其五，采用固定单价方式鉴定，工程款总额为 216839234.6 元，银泰公司欠付工程款 108377634.6 元。（二）即使采信固定总价方式的鉴定意见，工程总价款中招标清单工程量与银泰公司提供图纸工程量差额 35885509.09 元中的 20%部分 7177101.82 元也不应扣除。银泰公司提供的图纸，既不是编制招标工程量清单的图纸，更不是实际施工的图纸。参照《建设工程造价咨询成果文

件质量标准》“同一招标项目中，工程量清单中项目特征描述错误的子目数量占工程量清单全部子目数量的比例应小于 3%”的规定，清单工程量与图纸不符的合理误差应为 3%。而一审法院按 20%扣除，远超 3%合理误差，有违公平原则。（三）即使采信固定总价方式，一审法院未按照案涉《建设工程施工合同》的约定，计取人、材、机价格波动调整费用，属于认定事实不清。案涉《建设工程施工合同》专用条款 23.2.a 款约定：施工期内遇市场价格（人、材、机）波动，除国家法律、政策和标准、规范性强制性规定必须调整的外，否则，不予调整。根据案涉项目第六十三次监理例会记载，银泰公司表示设计变更和政策性文件调整的工程量及时报上来，我方一定会同步支付。由此可知，银泰公司同意按照湖南省政策性文件，调整工程价款并支付。本案材料价格应按照湖南省建设厅发布的《关于工程主要材料价格调整的通知》（湘建价[2008]2 号）的规定，予以调整。（四）一审法院认定承包人采购的 4900 吨钢材不再调差，属于认定事实错误。钢材价格是按招标文件中 4000 元/吨报价，并不是投标人自行报价。《建设工程施工合同补充协议》（以下简称《补充协议》）约定银泰公司应支付 1895 万元工程备料款用于锁定价格。发包方提供的备料款用于承包方预见存在价格风险的材料并锁定材料的价格，以此锁定价格后不再调整。但实际上发包方银泰公司没有按协议约定履行 1895 万元备料款用于锁定钢材价格，也没有按《补充协议》约定签署本工程所需用量的钢材合同。因此，承包人供应的 4900 吨钢材应依据案涉合同专用条款 23.2.a 款的约定调价及协议内约定的计取 65 万元保管费，并请求予以改判并支持施工方提供的 4900 吨钢材价差及保管费 5599000 元。（五）一审法院认定自 2014 年 9 月 30 日起计付利息属于法律适用错误。本案中，东

欣公司交付合格工程的时间为 2011 年 12 月 27 日，应从该日起计付工程款利息，即使从东欣公司起诉之日计付利息，也应从 2012 年 8 月 27 日起计付。（六）一审法院对鉴定费用的分担明显不公平，本案全部诉讼费用、鉴定费用应由银泰公司承担。银泰公司认为金义祥提交部分工程联系单，所盖公章系伪造并申请司法鉴定。最终鉴定意见表明，印章不是伪造，而银泰公司在鉴定时提供的印鉴样本是伪造的。一审法院不仅没有对银泰公司伪造公章，妨害司法的行为予以追责，还将司法鉴定费用分担给金义祥，显属不当。

银泰公司辩称，请求驳回金义祥全部上诉请求。理由如下：（一）杭州中院已做合法有效司法鉴定，湖南高院再次鉴定不合法，且鉴定结果与之前的不一致，不能作为定案依据。

（二）东欣公司及金义祥是密切联系的利益共同体，在杭州中院提出的诉讼请求为 6000 多万，撤诉后再换另一身份再次起诉，提出一个多亿的诉讼请求，期间工程未动工，工程量一致，却出现这么大的差额。金义祥和东欣公司的行为违反了调解协议的约定，也不符合法律规定。（三）一审法院委托的鉴定机构鉴定人员之一李××，不是鉴定机构的工作人员，不应采信该鉴定意见。

东欣公司辩称，对于金义祥上诉请求中工程价款部分予以认可，但应判决由银泰公司直接支付给金义祥。杭州中院一案中撤诉，并非表明我们不要工程款了。在杭州中院起诉的是进度款，在湖南高院起诉的是工程款，所以数额不一。

银泰公司上诉请求：请求撤销一审判决并改判驳回金义祥对银泰公司的全部诉讼请求；一、二审诉讼费用由金义祥承担。事实和理由：（一）金义祥不是实际施工人，无权向发包人银泰公司直接主张工程款，其与东欣公司串通涉嫌虚假诉

讼，一审判决认定事实和适用法律错误。本案系发回重审案件，最高人民法院（2017）最高法民终130号民事裁定指出：“实际施工人向与其没有合同关系的发包人提起诉讼的，应严格依照法律、司法解释的规定及相关指导意见进行审查，不能随意扩大《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《建设工程案件司法解释》）第二十六条第二款的适用范围。”其一，《株洲银泰财富广场经济责任承包合同》（以下简称《经济责任承包合同》）系东欣公司与金义祥恶意串通伪造。没有任何证据可以证明该合同实际履行。其二，金义祥与东欣公司自认双方之间是劳动关系。东欣公司在案涉《建设工程施工合同》中明确认可金义祥系东欣公司职工，是东欣公司指派的工程项目负责人。东欣公司向杭州中院出具的授权委托书显示，金义祥为东欣公司职工，甚至该公司于2008年12月30日与金义祥签订了劳动合同。其三，金义祥提供的证据不足以证明其是案涉工程的实际施工人。其四，金义祥不具备以实际施工人身份超越合同相对性向发包人主张权利的法定要件。最高人民法院民事审判第一庭庭长以及《最高人民法院关于当前民事审判工作中的若干具体问题》第六条均指出：“对于《建设工程案件司法解释》第二十六条规定……要根据该条第一款规定严守合同相对性原则，不能随意扩大该条第二款规定的适用范围，只有在欠付劳务分包工程款导致无法支付劳务分包关系中农民工工资时，才可以要求发包人在欠付工程价款范围内对实际施工人承担责任，不能随意扩大发包人责任范围。”其五，金义祥作为实际施工人，未能提供合同价款所包含的一级施工企业资质标准相对应的服务，从其实际施工能力来看，也只能在欠付农民工工资时向银泰公司主张权益。其六，银泰公司与东欣公司工

工程款纠纷已经处理完毕。东欣公司向杭州中院起诉时，主张工程款金额为 6000 多万元，而在银泰公司支付了 1400 万元后，金义祥诉讼时请求金额变成了 1 亿 3 千多万元，显然不合常理。（二）一审判决认定事实错误。银泰公司实际支付东欣公司的工程款已超出应付工程款，不存在欠付工程款事实。一审法院认定结果与鉴定结论完全是依据金义祥提交的资料及要求作出的，鉴定前一审法院并未对鉴定依据进行甄别。鉴定报告作出后，鉴定机构在鉴定报告中载明对移交资料的真实性不承担责任，一审法院盲从鉴定结论，鉴定机构以鉴代审。其一，一审法院将招标清单工程量与银泰公司提供图纸工程量差额 35885509.09 元酌情确定要求银泰公司承担 80%，于法无据且违背合同约定。案涉《建设工程施工合同》明确约定了合同价款包含施工图纸的整个工程项目施工范围以及承包人的复核义务。根据该约定，待人民法院裁定的清单外工程量 35885509.09 元应予全部扣除。其二，金义祥及东欣公司均没有提供变更部分具体工程量完成的签证，一审判决采信该部分造价显属错误。银泰公司与东欣公司在《补充协议二》中约定，涉及工程量及工程价款变更工程联系单等，均需银泰公司法定代表人郭进桦签字确认。但金义祥提交的大量签证单没有银泰公司法定代表人签字确认，即使有签字也没有实际施工的签证。其三，未完工程造价与银泰公司实际支出不符，应以银泰公司就未完工程的实际支出确定未完工程结算款。湖南利安达工程造价咨询有限公司（以下简称利安达公司）鉴定结论认定未完工程造价为 17293172 元，而银泰公司就未完工程已实际支出约 34477643.59 元，几乎是利安达公司鉴定结论的两倍。东欣公司违反合同约定，在工程尚未完工的情况下擅自撤场，银泰公司为完成剩余工程的合理支出，依法应当由违约方东欣

公司承担。其四，银泰公司实际支付东欣公司的工程款已超出应付工程款，不存在欠付工程款事实。银泰公司应付工程款范围为：固定总价 1.4 亿元+变更增量工程款-未完工程造价款。银泰公司将未完工程重新发包给湖南省第四建筑公司施工，该部分实际支出已将近 4000 万元，与杭州中院第一次鉴定结论相当。从施工合同的实际履行情况来看，银泰公司不存在欠付东欣公司工程款的问题，一审判决认定事实错误。（三）司法鉴定意见不能作为工程款结算依据，银泰公司申请重新鉴定于法有据。其一，图纸会审的会议纪要不应作为工程款的结算依据。图纸会审是对图纸进行交底和听取东欣公司如何组织施工的务虚会议，本身没有直接涉及工程量及工程价款的增减问题。其二，没有证据证明造价师实际参与了工程造价鉴定过程，也没有合理说明在鉴定作业时造价师属于鉴定机构合法工作人员，鉴定程序严重违法。其三，鉴定意见盲目采信单方证据，无视异议意见。鉴定依据中有大量银泰公司没有认可的不真实资料，鉴定机构全部采纳金义祥单方提交的资料，导致鉴定结论严重高于实际工程造价，相当于实际造价的两倍。其四，鉴定意见中大部分工程量来源不明，缺少工程量完成过程证据。鉴定报告中套价文件的工程量与鉴定机构提供的电子版算量文件的工程量自相矛盾、差异悬殊，存在恶意串通、弄虚作假。有意在算量文件中未定义构件属性，导致银泰公司对套价文件中工程量无法查证核实。针对鉴定机构算量文件存在问题导致银泰公司无法核对工程量事项，在银泰公司质证意见中均有重点阐述，而鉴定机构和一审法院熟视无睹，以鉴代审。2016 年 8 月 17 日，银泰公司委托 9 位具有高级工程师职称的资深国家注册造价工程师对该鉴定意见进行专项核查，一致认为该鉴定报告存在多方面重大问题，得出结论为：工程量来源

不明、缺少过程文件支撑。其五，鉴定意见依据错误，得出鉴定结论严重失真。金义祥提供的图纸是其单方制作的，无监理单位盖章和监理单位任何人员签字，更无设计、建设方认可盖章。其六，鉴定意见超出申请和委托鉴定范围。湖南高院明确要求：按固定总价方式鉴定，即以固定总价为基数，非设计变更部分，工程量与价均不调整。设计变更部分（具有有效的变更加签证部分）按合同约定进行造价鉴定。但鉴定意见多出了“有待法院裁定的少算漏算”项目。其七，鉴定报告没有据实将争议部分列入意见，导致以鉴代审错误认定事实。其八，一审法院认定其他待定项目款项为 3935986.01 元，该结果与实际情况不符，其具体各项目金额与鉴定结论也不一致。鉴定结论其他待定项目中仅有分包单位补贴费 40 万元符合实际情况。碎石砣与砾石砣价格差 1287398.58 元应扣除。案涉招投标工程量清单商品砣为砾石砣，之后，虽然银泰公司与东欣公司签订《补充协议》约定采用碎石砣，但实际施工仍采用砾石砣。因此，该部分款项既不增加也不减少，该商品砣价差不应调整。一审判决增加该商品砣价差没有依据。分包单位补贴费为 40 万元，并非一审判决认定的 430671.89 元，该差额 30671.89 元应予扣除。鉴定报告固定总价鉴定结论中其他待定项目并不包括总承包服务费 297163.61 元，增加该费用没有依据。基坑 C15 砣回填 1755385.18 元应当扣除。鉴定报告认定基础梁两边及承台四周填充物为 C15 砣，价款为 1755385.18 元，而非 2017915.54 元。实际采用素土回填，并非采用 C15 砣，该款项并未实际发生，应当扣除。其九，鉴定意见的其他问题导致一审法院采信错误。如未完部分工程款的鉴定结论明显低于实际情况。东欣公司没有实际施工，则鉴定结论不应采用一级施工资质的建设标准取费，鉴定意见不应包括管理费、规费、利润

等。且鉴定意见不能说明具体鉴定项目相关数据的计算方法和依据，无法解释回答银泰公司的异议，导致鉴定意见依据不足。鉴定机构利安达公司始终没有提供完整的工程造价电子计算式，导致无法依据图纸核对鉴定结论中各项数据的来源和准确性。利安达公司在鉴定过程中采用工程造价普遍使用的广联达软件编制工程造价表，却始终没有提供完整版的广联达软件电子计算式，无法与施工图纸核对鉴定报告中各项数据的来源和真实性。利安达公司鉴定报告严重不符合事实，不能作为工程结算的参考依据。银泰公司申请重新鉴定，一审法院未予准许，明显不当。（四）一审法院将发包人对实际施工人的连带责任范围扩大至“工程款及利息”显属适用法律不当。最高人民法院（2017）最高法民终130号民事裁定明确写明，根据《建设工程案件司法解释》第二十六条第二款的规定，发包人只在欠付工程款范围内对实际施工人承担责任。

金义祥辩称，银泰公司关于利安达公司鉴定违法的观点，不予认可。银泰公司主张在杭州中院的诉讼中，银泰公司与东欣公司达成调解协议，也委托了鉴定，因此湖南高院不能再委托鉴定。事实上，调解协议约定的是根据判决结果多退少补，不认可银泰公司关于双方法律关系已处理完毕的主张。杭州中院一案中的诉讼请求是进度款，本案诉讼请求是最终的工程款，所以款项有所增加。且该案撤诉经人民法院同意，并不违反法律规定。造价师李××的身份不应该根据社保确认，应按执业证书确认，李××属于鉴定单位的工作人员。工程确实没有完工，但是没有完工的部分没有计算工程价款。

东欣公司称同意金义祥的答辩意见。

金义祥向一审法院起诉请求：东欣公司向金义祥支付工程款128967700元；东欣公司向金义祥支付工程款利息800万元

（利息按照中国人民银行发布的同期同类贷款利率自欠付工程款之日起计至 2015 年 2 月 2 日，应支付至实际支付之日止）；银泰公司在欠付工程款及利息范围内对金义祥承担责任。

一审法院认定的事实：2010 年 3 月 6 日，东欣公司金跃华与金义祥签订《内部协议书》，约定金跃华联系承接的株洲银泰财富广场的土建项目工程，由公司出面承包给金义祥，金义祥向金跃华支付业务费 580 万元。东欣公司作为担保方在该协议上签章。2010 年 3 月 15 日，银泰公司向东欣公司马××发放了施工图纸两套，包括水施、电施、1 号结施和建施、3 号结施和建施、裙房及地下室结施和建施等图纸。2010 年 3 月 24 日，株洲市求实项目管理有限公司根据银泰公司的委托发放招标文件，对案涉项目进行了招标。其中《投标须知前附表》载明：招标截止时间及开标时间为 2010 年 3 月 29 日，招标范围为施工图纸范围内的所有土建工程、安装工程及变更工程，具体以《补充协议》第二条的工程施工范围为准，详见工程量清单。上限值为 161198474.17 元，上限值计价方式采用《湖南省建设工程工程量清单计价办法》中的工程量清单计价法；《投标须知》12.5 条载明：投标人对招标人提供的工程量清单应根据招标资料及设计图纸认真计算复核，如果少算、多算或漏算，应于投标截止日 2 天前以书面形式向招标代理公司提出，否则视同对招标人提供的工程量清单无异议；12.9 条载明：本工程采用固定单价合同方式，即投标人填写的单价和合价在合同实施期间（设计变更除外）均不调整；投标人改变招标人提供的分部分项工程量清单项目的数量或名称或综合单价为零的，评标委员会应当认定为不合格的投标人等。同年 3 月 27 日，东欣公司发出投标函，载明：经勘察项目现场和研究上述招标文件的投标须知、合同条款、技术规范及标准、图纸及其

他有关文件后，愿以 156245967.55 元的最终投标报价，并按上述合同条款、技术规范标准、图纸等要求承包上述工程。

2010 年 4 月 7 日，银泰公司与东欣公司签订《建设工程施工合同》，约定由东欣公司承包株洲银泰财富广场工程，该合同由协议书、通用条款、专用条款三部分组成。

协议书第二条约定：工程承包范围为施工图纸范围内所有土建工程、安装工程及变更工程（但拟分包工程除外）。第五条约定：合同价款 156245967.55 元，其中包括 16245967.55 元的分包工程款（分包工程详见补充协议第四条）。其中 140000000 元已经包括：规费（劳保基金）4893419.31 元；安全防护、文明施工措施费 3292669.23 元；工伤保险费 253877.03 元。分包工程的规费、安全防护文明施工措施费等由分包单位自行承担。合同价款包括的内容和综合单价详见：

（1）招标工程为承包人的投标标价书；（2）非招标工程为经确认的工程量清单报价表或施工图预算书；（3）其他约定。第六条约定：组成合同的文件包括：本合同协议书，本合同专用条款，本合同补充协议，招标答疑、询标纪要，招标文件，中标通知书，投标书及其附件（包括询标记录），本合同通用条款，工程洽商、变更等书面协议或文件，标准、规范及有关技术文件，图纸及会审纪要，工程量清单、工程报价书或预算书，设计变更联系单、签证单及有关技术资料等 13 项。

通用条款对双方的权利义务、施工组织设计和工期、竣工验收与结算以及违约、索赔和争议等进行了约定。专用条款主要内容包括：第二条一般权利义务：“发包人派驻的工程师”代为签收承包人、项目经理送达的工程联系单或者文件。但是，有关确认工期延长、变更工程量、增加工程价款或者增加费用的各类工程联系单等均必须由发包方工程师签字并同发包

方法定代表人签字且按内部审批程序加盖发包人公章后方能生效，否则无效，且不能作为竣工结算的有效依据。项目负责人金义祥。

第六条合同价款及支付：23.2 本合同价款采用固定价格合同，除专用条款中约定可调整合同价款的因素为风险范围以外的因素外，其余因素均不属于合同价款所包含的风险因素。合同价款中包括的风险范围包括但不限于：a 施工期内遇市场价格（人、材、机）波动，除国家法律、政策和标准、规范强制性规定必须调整的外，不予调整，承包人在投标报价时已考虑并预测工期内可能发生的价格波动风险；b 承包人对发包人在招标时提供的工程量清单（如有），未根据招标资料及设计图纸认真计算复核，且在投标前未按招标文件要求就招标文件组成部分的工程量清单的准确性和完整性提出异议的，项目实施过程中及结算时工程量概不调整；但若承包人对工程量清单有异议，且经双方在中标前核对，确认发包人提供的工程量清单项目或数量有误，或者设计变更引起的工程项目或数量有增减，则项目的工程量应根据变更设计图纸、变更联系单并按有关工程量计算的方法计算确定工程量；f 由于施工验收规范的要求或强制性条款的要求，以及设计图纸中缺、漏、碰、错等内容，在之后的会审纪要或施工联系单明确其做法的，不作为工程量的增减计算，累计超过 50 万元的，不在此限。

风险范围以外合同价款调整方法：a 在工程施工过程中，工程量和价款的增减，除经发包人签证并盖章认可的联系单允许调整外，其余不得变动；b 因设计变更引起的工程量增减，其项目单价仍执行合同原有的价格，综合单价及措施费不予调整；c 因非承包人原因的工程变更，造成增加新的工程项目和工程量，其对应的综合单价按下列方法确认：合同中已有适用的综合单价，按合同中已有的综合单价确定，合同中有类似的综合

单价，参照类似的综合单价确定，合同中没有适用或类似的综合单价，由承包人提出综合单价，经发包人确认后执行……e 因设计变更导致工程量变更而引起的合同价款增加或减少，按整个工程计算，增加或减少的合价金额在合同约定价款的 50 万元（包括本数）之内的，合同价款不予调整，若增减值超过的，则超过部分按实结算；f 招标文件、双方签订的协议及经双方签证的联系单明确规定的分包工程及无须由承包人施工的工程项目，不计入承包人的工程量，与此相对应的工程价款在确定合同约定价款、支付工程进度款及承包人结算工程造价时，相应扣除。第八条工程变更：29.1 施工图的修改变更，必须经原设计单位同意，经监理和发包人签证后，承包人才能实施。

同日，银泰公司与东欣公司签订《补充协议》。其中，土建工程第 11 条约定“混凝土采用商品碎石混凝土”。工程总价款第 4、5 条约定：“4、发包人提供 4900 吨钢材，其中发包人提供的 4900 吨钢材按照施工进度（承包人提前 15 日以书面方式通知）送至施工工地，同时补贴给承包人共计 65 万元的钢材差价及保管费，承包人退还给发包人每吨 4000 元（共计 1960 万元）的甲供材料费用，扣除发包人补贴的 65 万元，实际退还给发包人 1895 万元，该笔费用作为工程备料款；发包人、承包人已经预见本工程材料价格波动较大，在协议签订后三日内至双方指定的钢材供应商签署钢材采购合同，以此锁定钢材价格。本工程的钢材价格不作调整，由承包人自行采购的钢材的价格调整风险由承包人自行承担，包括政策性调整风险。5. 发包方提供的备料款用于承包方预见存在价格风险的材料并锁定材料的价格。”

2010年4月16日，东欣公司与金义祥签订《经济责任承包合同》，约定由金义祥对株洲银泰财富广场工程实行整体经济责任承包（包括施工合同中的有关内容），承包暂定价1.4亿元，最后以实际结算为准；由承包人单独核算，盈亏自负；据审计部门审定后的结算造价金义祥上交东欣公司管理费0.5%；工程资金专款专用，工程付款与工程建设进度及建设单位支付金额同步，建设单位付款后，经甲方派驻现场人员签字后，甲方根据乙方上报当月实际完成的工程量进行核实后，经审批按建设单位支付比例，分期分次按购买合同和发票对口预付给有关单位和个人，但总额不得超过建设单位付款；甲方管理费在工程决算完成后，并在建设单位结算款付清到位（不含5%的工程保修金）后进行结算。诉讼中，东欣公司认可东欣公司和金义祥的结算与东欣公司和银泰公司的结算是一致的，同意将银泰公司应付给东欣公司的工程款支付给金义祥。

2010年5月，建设、设计、监理、施工单位进行图纸会审，形成《图纸会审记录》，其中涉及明确或调整项目212项。银泰公司法定代表人郭进桦在首页手写“同意会审记录内容。在实施中如有增量与减量，则按实际现状增、减执行。”

2010年6月18日，银泰公司向东欣公司发出《开工通知单》，要求以2010年6月1日为开工日。2010年8月10日，双方签订《工程进展洽商会议纪要》，约定开工日期按合同签署日期顺延60天。

2011年5月17日，银泰公司与东欣公司签订《补充协议二》，对工程联系单的签署流程以及因设计变更而导致的工期调整及合同价款的增加或减少以及付款节点进行了明确。其中第一条约定：对于乙方提交甲方确认的工程联系单或文件涉及到工期延长、变更工程量、增加工程的施工联系单价款内容

的，由乙方报监理单位审核确认后递交甲方，由甲方工程师签字并由甲方法定代表人签字后加盖公章予以确认，甲方应在签收后 15 个工作日予以回复，否则视为认可。其他工程联系单、设计图纸、设计联系单、会议纪要，不再以甲方法定代表人签字作为生效条件。第三条约定：因设计变更（包括设计图纸及联系单）导致工程量增减而引起合同价款增加或减少的，在增减冲抵后实际增加的工程款累计达到 150 万元时，乙方的结算报告上报到甲方后，甲方须在 30 日内审核完毕，甲方对增加工程款（首次扣除双方在《建设工程施工合同》中约定的不予调整的 50 万元）在审核完毕后 7 个工作日内付至 85%，余款与总合同价款一并结清。第七条约定：本协议条款与《建设工程施工合同》及《补充协议》有冲突的，按本协议履行。

2011 年 6 月 1 日，建设、勘察、设计、监理、施工单位确定基础质量验收合格。同年 6 月 11 日，东欣公司向银泰公司出具土建主体工程设计变更及联系单增加工程结算报告，增加造价 62699525 元，银泰公司总经理沈根清签收。同年 12 月 27 日，建设、设计、监理、施工单位确定 1#、2#、3#楼主体分部工程质量验收合格。

2012 年 8 月 27 日，东欣公司向杭州中院提起诉讼，请求判决银泰公司支付工程款等 77472232.36 元；银泰公司反诉，请求判决东欣公司支付工期逾期、变相停工、整改费用等 18608801 元。诉讼中，东欣公司申请对案涉工程变更设计及施工联系单而增加工程价款进行造价鉴定。鉴定中，各方与鉴定机构对工程量进行了现场核对，银泰公司、东欣公司对鉴定机构出具的《关于株洲银泰广场项目至 2012 年 11 月 29 日“现场工程量统计表”调整稿联系函》（以下简称《“现场工程量统计表”调整稿联系函》）及附件，签署“除局部内容外已无异

议，具体异议事项详见附表”的意见。之后鉴定机构出具了鉴定意见。2013年7月12日，东欣公司与银泰公司签订《调解协议》的内容包括：一、双方合同于2013年7月12日解除。银泰公司支付东欣公司工程款1400万元，返还保证金200万元，最终工程款根据判决结果多退少补……二、由东欣公司增加鉴定申请，东欣公司坚持按实计量调价，银泰公司坚持按固定总价计价，鉴定结论的采纳由法院判决。三、工地现场所有物品归银泰公司所有，折价140万元在2013年9月15日之前支付……四、合同解除后，双方违约责任互不追究。如果存在延迟支付结算款项，从合同解除且本诉请求变更确定次日起，按照原合同的约定计算利息。如果东欣公司需要返还多余工程款，按基准贷款利率计息。《调解协议》签订后，银泰公司向东欣公司支付了1500万元，包括保证金200万元。现场物品折价款140万元未支付。2013年7月12日，东欣公司申请就案涉工程造价依照“按实计量、按实调价”的方式进行鉴定。之后杭州中院两次开庭审理，最后一次庭审结束后，东欣公司申请撤回对银泰公司的起诉，银泰公司不同意东欣公司撤诉。2014年9月30日，杭州中院裁定准许撤诉。该案诉讼中，东欣公司承认其在杭州中院提供的《全日制劳动合同》为虚假材料。而在2013年6月25日的庭审中，银泰公司主张，东欣公司将案涉工程转包给金义祥，金义祥是实际施工人。

本案诉讼中，东欣公司、金义祥与银泰公司对工程结算计量计价方法存在争议。根据金义祥的申请，湖南高院委托鉴定机构利安达公司采取多种方法对工程造价进行了司法鉴定。即以该院（2015）法技鉴字第15号委托书委托利安达公司对以下事项进行鉴定：一、对金义祥施工的株洲银泰财富广场项目实际已完工程进行造价鉴定。其中：（一）据实鉴定。即1.招标

工程清单内已完工程造价，参照投标价和投标口径计价，材料价格依据湘建价[2008]2号文件的规定调整，人工费、机械费依照相关调价文件调整后计算。2. 招标工程清单以外的已完工程造价，依据强制性条款的规定（漏算和少算）、设计变更等累计增减工程造价（包括措施费）50万元以外的所有工程（包括措施费），依据工程造价管理机构颁布的相关工程造价规则按实计算的工程造价。（二）按固定总价的方式鉴定，即以固定总价为基数，非设计变更的部分，工程量与价均不予调整。设计变更部分（具有有效的变更签证部分）按合同约定进行造价鉴定。（三）工程招标清单与银泰公司提供的图纸间的工程量是否一致，二者之间的工程造价相差多少（量价均不予调整）。（四）工程是按银泰公司提供的图纸还是金义祥提供的图纸进行实际施工。二、对招标工程清单以内承包人供应的4900吨钢筋价格依据湘建价[2008]2号文件规定进行工程造价鉴定，并依据协议的约定计取4900吨钢筋65万元的差价和保管费。

利安达公司的鉴定结论为：一、据实鉴定。1. 依据充分的工程鉴定造价金额为209497824.57元。2. 双方有争议有待法院裁决的待定项目11429420.12元。二、按固定总价的方式鉴定。1. 依据充分的工程鉴定造价金额为155485436.18元。2. 双方有争议有待法院裁决的项目1451259.06元。3. 根据法院的委托（三）招标清单工程量与银泰公司提供的图纸间的工程量已完部分的工程造价相差35885509.09元。三、招标清单工程量与银泰公司提供的图纸工程量不一致，二者之间的工程造价相差54800877.12元。四、工程是按金义祥提供的图纸进行实际施工。五、施工方提供4900吨钢筋价差及保管费共5599000元。

鉴定过程中，湖南高院又以（2015）法技鉴字第 15-1 号委托书委托利安达公司补充鉴定：对原委托鉴定一（一）据实鉴定部分第 2 项，即招标工程清单以外的已完工程造价，依据强制性条款的规定（漏算和少算）、设计变更等累计增减工程造价（包括措施费）50 万元以外的所有工程（包括措施费）均依据投标价计价，材料价格依据湘建价[2008]2 号文件的规定调整，人工费、机械费依照相关调价文件调整后计算。鉴定结论为：1. 依据充分的工程鉴定造价金额为 203183250.56 元。2. 双方有争议有待法院裁决的待定项目 11286557.66 元。

诉讼中，湖南高院与鉴定机构针对工程量组织双方当事人进行了多次对审。鉴定意见出具后，又组织多次核对、质证，利安达公司针对质证的情况，应法院要求，多次对鉴定意见进行修正或出具补充说明。

银泰公司还对《经济责任承包合同》的形成时间，以及部分工程签证单的真实性提出异议。根据银泰公司的申请，湖南高院委托湖南大学司法鉴定中心对《经济责任承包合同》的形成时间，以及银泰公司有异议的签证单、施工联系单等印章的真伪进行鉴定。鉴定意见为：送检的全部施工联系单、现场签证单、设计修改通知单等加盖的“株洲银泰房地产开发有限公司”的印文与本案 2010 年 4 月 7 日《建设工程施工合同》等样本上的印文同一；《经济责任承包合同》及其附件上的文字（取金义祥的手写签名）与“浙江东欣建设有限公司”印文，不能判断实际形成时间。

诉讼中，经反复、多次对账，银泰公司认可已付工程款为 110491600 元，金义祥和东欣公司认可其中 108461600 元，差额 203 万元。经查，银泰公司主张的工程款中含杭州中院调解退还的 200 万元保证金，该笔款项是金义祥缴纳，不能计入支

付的工程款。银泰公司主张中还包括马××向郭进桦的个人借款3万元，该3万元不能证实属工程款的支付，因此不计入工程款。因此，银泰公司实际向东欣公司支付工程款108461600元。东欣公司和金义祥在诉讼过程中认可，银泰公司已经支付的工程款扣除0.5%管理费之后，已经由东欣公司支付给金义祥。

一审法院认为：（一）银泰公司与东欣公司的工程款结算。案涉工程主体已经竣工验收，已经完成的工程应参照案涉《建设工程施工合同》及其《补充协议》的约定进行结算。虽然东欣公司曾在人民法院主持下达成《调解协议》，但根据《调解协议》，双方并未对最终工程款达成一致意见，而是约定“最终工程款根据判决结果多退少补”，且该案因东欣公司撤诉而没有判决，因此双方之间工程款的数额并未在该案中做出最终认定，杭州中院委托浙江科佳工程咨询有限公司（以下简称科佳公司）所做造价鉴定意见也未得到生效判决确认或双方当事人认可。

根据案涉《建设工程施工合同》，施工图纸范围内所有土建工程、安装工程及变更工程的合同价款为156245967.55元，其中包括16245967.55元的分包工程款，另约定“设计变更引起的工程项目或者数量有增减，则项目的工程量应根据变更设计图纸、变更联系单并按有关工程量计算的方法计算确定工程量……由于施工验收规范的要求或强制性条款的要求，以及设计图纸中缺、漏、碰、错等内容，在之后的会审纪要或施工联系单明确其做法的，不作为工程量的增减计算，累计超过50万元的，不在此限。”根据上述约定，采信“以固定总价为基数，非设计变更的部分，工程量与价均不予调整；设计变更部

分（具有有效的变更签证部分）按合同约定进行造价鉴定”的鉴定意见，并根据本案实际情况对部分争议款项进行调整。

1. 关于变更部分的工程量争议。经查，利安达公司出具的鉴定意见，可以确定部分的造价中包括图纸会审记录增加 11963712.40 元，设计变更增加 789108.37 元，建设方工程联系单增加 247474.41 元，施工方联系单及签证 8802302.78 元，设计图纸更改 4296125.76 元等项目。（1）关于图纸会审及变更部分的工程价款。经查，案涉工程于 2010 年 5 月进行了图纸会审，并形成了会审记录，该图纸会审记录由银泰公司、东欣公司及设计、监理、勘察单位共同签署，构成施工图的一部分，其中导致工程量增加的部分应当计入工程总造价。虽然银泰公司主张该图纸会审增加工程量的部分，东欣公司并未实际施工，但由于案涉工程主体已经竣工验收，银泰公司没有提交证据证明东欣公司未按图纸会审要求进行施工。（2）关于设计变更通知单、工程联系单、签证单等涉及的工程量。经委托湖南大学司法鉴定中心进行鉴定，这些设计变更通知单、工程联系单上的印章均与《建设工程施工合同》上银泰公司的印章一致，故对真实性应予确认。虽然，案涉《建设工程施工合同》约定，有关变更工程量、增加工程价款或增加费用的各类工程联系单等“均必须经发包人工程师签字并同发包人法定代表人签字且按内部审批程序加盖发包人公章后方能生效”，但在之后《补充协议二》中，银泰公司与东欣公司明确约定，除东欣公司提交甲方确认的工程联系单等仍需由银泰公司法定代表人签字生效外，其他工程联系单、设计图纸、设计联系单、会议纪要等均不再以银泰公司法定代表人签字为生效条件。经查：a 金义祥提交的设计修改通知单，除 2010 年 9 月 8 日、2010 年 10 月 26 日、2011 年 4 月、2011 年 4 月 9 日的仅有设计单位公

章而未加盖银泰公司公章外，其余均由设计单位及银泰公司盖章确认。这些经银泰公司盖章确认的设计修改通知单应认定为有效的结算依据。根据银泰公司的质证意见，其对上述 2010 年 10 月 26 日、2011 年 4 月、2011 年 4 月 9 日的设计修改通知单及其附件的合法性及关联性没有异议，故该 3 份设计修改通知单亦应认定为有效的结算依据。银泰公司对 2010 年 9 月 8 日的设计修改通知单的合法性提出异议，认为没有加盖公司印章，没有法定代表人签名，为无效单证，但据利安达公司说明，该设计修改通知单不涉及增加费用而是减少费用。b 银泰公司下发的工程联系单等，均经银泰公司现场负责人签字并加盖公章确认，应当作为有效的结算依据。c 东欣公司发出的施工联系单、工程签证单除 001、005、006、007、008 号施工联系单及 022 号现场签证单外，其他均由银泰公司法定代表人郭进桦签字并加盖公司印章，应认定为有效的结算依据。银泰公司质证时对上述 005、006、007 号施工联系单的合法性及关联性没有异议，故该 3 份施工联系单亦应认定为有效的结算依据。经查，001 号联系单上仅有监理单位的签章而没有银泰公司的签章，故该施工联系单不符合合同约定，且该联系单涉及材料更换并导致工程费用增加，不能认定为有效的结算依据。经查阅鉴定意见的具体组成，该联系单未作为变更部分造价的组成部分。008 号施工联系单上有银泰公司现场工程师及总经理签名并加盖银泰公司公章，亦有设计单位、监理单位的签章，且经询问利安达公司，利安达公司说明该联系单没有导致增加费用而是减少费用，故金义祥主张该联系单作为结算依据并未损害银泰公司利益，故对该联系单的有效性予以 022 确认。第 022 号现场签证单涉及工期顺延，不涉及工程量的增减，对本案工

程造价不产生影响。因此，银泰公司主张利安达公司工程变更部分工程量计算错误的理由不能成立。

2. 关于待定项目的具体认定。按照利安达公司出具的鉴定意见，按照合同约定的计价方法，依据充分的工程鉴定造价金额为 155485436.18 元，有争议待法院裁决的待定项目 1451259.06 元。对争议项目认定如下：

碎石砣和砾石砣价格差-1287398.58 元。案涉招投标工程量清单商品砣的项目名称为砾石砣，之后双方又签订《补充协议》约定采用碎石砣。碎石砣比砾石砣价高，但《补充协议》并未因此增加工程价款，故实际施工中采用砾石砣，也不再扣除相应费用。根据鉴定意见，已在工程造价中扣除了价差 1287398.58 元。因此在计算总造价时应增加 1287398.58 元。

分包单位业务补贴费用 430671.89 元。本案中，银泰公司将部分工程指定分包给其他人，并已经实际支付东欣公司 200000 元分包单位业务补贴费用，因此该笔费用应计算工程总造价，即在计算总造价时应增加分包单位业务补贴费用 430671.89 元。

总承包服务费 297163.61 元。虽然东欣公司并未实际施工全部工程，但根据鉴定意见，东欣公司已经完成绝大部分工程量，因此应酌情认定银泰公司应当支付总承包服务费 200000 元，即在计算工程总造价时应当增加总承包服务费 200000 元。

槽钢拆除等费用-5911 元。因金义祥不能证明已完成该工程量，故该款应予扣除。根据鉴定意见，该部分造价已在鉴定意见中扣除。

基础梁两边及承台四周填充费用。案涉工程图纸会审及签证单等证据能够证明基础梁两边及承台四周系采用 C15 砣填充，银泰公司虽提交了现场施工录像等证据证明系用素土回

填，但该施工录像系由银泰公司单方制作，其证明效力低于金义祥提供的图纸会审记录及工程签证单等书证，更重要的是案涉工程已经建设方、监理方、施工方等各方验收合格，在验收合格记录中并未注明不符合设计要求，故应当认定基础梁两边及承台四周系采用 C15 砼填充，费用为 2017915.54 元。

根据对上述争议项目的认定，应在鉴定意见确定的工程造价上增加待定项目的造价 3935986.01 元。

3. 关于招标清单工程量与银泰公司提供图纸工程量的差额 35885509.09 元。根据鉴定，银泰公司提供的工程量清单与图纸之间差额巨大，合同约定价款 156245967.55 元，工程量清单与图纸之间差距达到 54800877.12 元，已完成部分差距达 35885509.09 元，差距已经超出了工程量编制正常误差范围。如果完全按照合同约定计价，则实质上免除了发包方对工程量清单准确性和完整性负责的法定义务，也不符合诚实信用与公平原则。因此，酌情确定，已完工部分差额 35885509.09 元中 20% 的部分属于清单工程量与图纸不符的合理误差，该部分按照合同约定由东欣公司承担责任，其他部分银泰公司应向东欣公司支付工程款，即该部分工程款认定 28708407.27 元。

4. 关于钢材调差的问题。东欣公司与银泰公司签订的《补充协议》第三条就钢材问题进行了约定。本案中，银泰公司已经按约定提供 4900 吨钢材，剩余钢材价格变化的风险应由东欣公司自行承担，因此对于钢材不再调差。

据此，根据东欣公司与银泰公司之间的《建设工程施工合同》，工程款总额为：155485436.18 元+3935986.01 元+28708407.27 \approx 188129829 元（取整数）。银泰公司已向东欣公司支付工程款 108461600 元，还欠 79668229 元。

（二）关于东欣公司与金义祥之间的结算。东欣公司将自己承包的银泰财富广场全部建设工程转包给没有资质的第三人金义祥，既违反了其与银泰公司签订的《建设工程施工合同》，也违反了法律规定，转包行为无效，东欣公司与金义祥签订的《经济责任承包合同》为无效合同。虽然合同无效，且金义祥并未实际施工完毕全部工程，但是参照《建设工程案件司法解释》第二条以及第十条，金义祥有权就已实际完成的工程，参照双方合同约定要求东欣公司支付工程价款。金义祥与东欣公司认可双方并没有结算，并同意双方结算以东欣公司与银泰公司之间的结算为准，系对自身权利的确认，应予以准许。银泰公司已向东欣公司支付工程款 108461600 元，还欠 79668229 元。诉讼中，东欣公司和金义祥均认可银泰公司之前支付的工程款扣除管理费后，东欣公司已全部支付给金义祥，因此，按照《经济责任承包合同》的结算条款，银泰公司应向东欣公司支付的工程款 79668229 元扣除 0.5%的管理费后，即为东欣公司应向金义祥支付的工程款 79269888 元。虽然《经济责任承包合同》约定工程付款与工程建设进度及建设单位支付金额同步，但东欣公司怠于向银泰公司主张权利，并在其向杭州中院起诉银泰公司的案件中申请撤诉，这是导致东欣公司与银泰公司未能最终结算工程款的原因，因此自杭州中院裁定准许东欣公司撤诉之日即 2014 年 9 月 30 日起，东欣公司应当按照中国人民银行规定的同期同类贷款基准利率向金义祥计付利息，直至付清之日止。

（三）关于金义祥是否有权向银泰公司主张工程款和利息。金义祥与东欣公司之间为转包关系，金义祥为案涉工程的实际施工人。东欣公司承接工程前，就与金义祥达成了工程转包的合意。东欣公司承接工程后，又与金义祥签订《经济责任

承包合同》，约定由金义祥对工程实行整体经济责任承包，在东欣公司与银泰公司签订的《建设工程施工合同》中，也载明金义祥系案涉工程项目的负责人。东欣公司认可其将工程全部转包给金义祥，案涉工程由金义祥实际完成。金义祥还提供了其实际参与施工，与他人签订材料采购合同，并支付材料款和人工工资的证据，可以证实其实际组织了施工。故金义祥有权依照《建设工程案件司法解释》第二十六条第二款的规定，以发包人银泰公司为被告提起诉讼，并要求银泰公司在欠付东欣公司工程款的范围内对其承担责任。银行贷款利率属法定孳息，且《建设工程案件司法解释》第二十六条第二款规定的工程款，应当包括欠付工程款的合理利息，因此银泰公司应对欠付工程款及利息承担连带责任。

据此，2018年12月10日，湖南高院作出（2017）湘民初45号民事判决：一、东欣公司于判决生效之日起10日内向金义祥支付工程款79269888元，并自2014年9月30日起按中国人民银行规定的同期贷款基准利率计付利息，直至付清之日止；二、银泰公司在第一项确定的欠付工程款79269888元及利息的范围内对金义祥承担连带责任；三、驳回金义祥的其他诉讼请求。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，加倍支付迟延履行期间的债务利息。案件受理费726640元，财产保全费5000元，鉴定费1637000元，合计2368640元，由金义祥负担997793元，由东欣公司负担685423.5元，银泰公司负担685423.5元。

本院二审期间，当事人围绕上诉请求提交了证据。本院组织当事人进行了证据交换和质证。银泰公司共提交一组两份新

证据，分别为专家证人陈某、钟某的证人证言，拟证明利安达公司的鉴定有部分存在不实与错误之处。

金义祥质证认为：对证据的真实性、合法性、关联性均不认可。陈某作为银泰公司聘请的人，之前多次参加庭审，不能作为专家证人出庭。且两位证人出庭是单位委托的职务行为，但均未出示单位委托手续，出庭程序不合法，其意见应不予采信。对他们出具的意见内容也不认可，利安达公司的鉴定意见是根据几方提供的资料进行鉴定的，如果对鉴定内容有意见，应该在鉴定机构到现场时提出异议，现在提出异议无法律依据。湖南咨创咨询有限公司（以下简称咨创公司）量差的核查意见、咨创公司对更正说明的核查意见不符合造价成果文件的形式要求，不具备合法性，且系银泰公司单方委托。更重要的是，银泰公司和金义祥在利安达公司出具司法鉴定报告征求意见和质证时，已就相关问题提出异议，鉴定机构对双方的异议进行了书面答复并修正了鉴定意见。因此，利安达公司的鉴定意见是客观科学的。案涉工程已经验收合格且交付使用，质量符合合同约定和验收规范要求。

东欣公司质证意见与金义祥意见相同。

对双方有争议的证据，本院认定如下：陈某庭后补交了造价工程师注册证书、其所在单位咨创公司的授权委托书，应当认定具备专家证人资质。钟某提交了湖南省建设工程质量检测技术人员管理手册，证明了其检测资质，并在庭后补交了其所在单位湖南天元检测认证有限公司的营业执照、资质证书、授权委托书，应当认定具备专家证人资质。根据前述两人意见，银泰公司向利安达公司提交了对鉴定意见的相关问题，但部分内容不具专业性，如问题 26 “（此问题涉及所有楼层）此部位为构造柱间距布置，利安达公司设定的构造柱中间距只有 2.69

米，在图纸中要求间距按照 5 米进行布置，导致构造柱工程量增多”。利安达公司回复：“测量距离的柱子是……楼梯梯柱的距离，不是构造柱距离。”从问题与答复的内容看，银泰公司委托的专家证人并未分清楼梯梯柱与构造柱的区别。问题 30-36 均为基础版钢筋重复计算问题，根据利安达公司的回复，属钢筋电子计算版本问题，实际鉴定中并未重复计算，并附图释明。以上问题说明银泰公司委托的专家证人对案涉工程的鉴定材料中的一些图标图表以及计量方法的认识，并不准确；而其发表意见所依据的计量电子版本也非最终版本，因此，其专家意见的专业性、证明力较弱。而利安达公司作为湖南高院委托的鉴定机构，与银泰公司单方委托的专家意见相比，证明力更强。利安达公司回复了银泰公司关于案涉工程鉴定结论的部分问题；其回复意见与鉴定依据、图纸、建筑行业相关规定能够相互印证，具有合理性。因此，本院认为，银泰公司提交的专家意见无法推翻利安达公司的鉴定意见。

本院对一审查明的事实予以确认。其中，关于待定项目中槽钢拆除等费用应当为 7093.4 元，一审法院认定 5911 元系笔误，本院予以更正。因该项费用并未计入工程总价款，故费用的多少并不影响最终的裁判结果。

本院认为，本案的争议焦点是：（一）金义祥是否系实际施工人的问题；（二）利安达公司鉴定报告的效力问题；

（三）案涉工程价款的计算方法问题；（四）如何确定案涉工程价款的问题；（五）银泰公司承担连带责任的范围问题。

（一）金义祥是否系实际施工人的问题。虽然在杭州中院审理的东欣公司与银泰公司建设工程施工合同纠纷一案中，东欣公司提交了与金义祥的《全日制劳动合同》，但该合同系复印件，且东欣公司在本案中对金义祥系其公司员工的事实予以

否认。金义祥为证明其是案涉工程的实际施工人，提交了2010年3月6日与金跃华签订的《内部协议书》及支付居间费的凭证、湖南高院（2012）湘高法民一终字第8号民事判决、最高人民法院（2013）民提字第191号民事调解书、东欣公司与金义祥签订的《经济责任承包合同》及相关附件、金义祥的社会保险缴纳变动记录等一系列证据。根据《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国民事诉讼法〉的解释》第一百零八条第一款：“对负有举证证明责任的当事人提供的证据，人民法院经审查并结合相关事实，确信待证事实的存在具有高度可能性的，应当认定该事实存在。”《最高人民法院关于民事诉讼证据的若干规定》第七十三条第一款：“双方当事人对同一事实分别举出相反的证据，但都没有足够的依据否定对方证据的，人民法院应当结合案件情况，判断一方提供证据的证明力是否明显大于另一方提供证据的证明力，并对证明力较大的证据予以确认。”金义祥提供的一系列证据可以证明，金义祥系实际施工人的事实具有高度盖然性，本院对金义祥系案涉工程的实际施工人的事实，予以确认。而根据《建设工程案件司法解释》第二十六条，金义祥作为案涉工程实际施工人，有权向银泰公司、东欣公司，就案涉工程款主张权利。

（二）利安达公司鉴定报告的效力问题。虽然银泰公司认为利安达公司的鉴定依据来源不明，鉴定人员没有实际参与鉴定过程，相关人员鉴定作业时不属鉴定机构合法工作人员等。但一审法院查明，各方当事人提供的证据均经质证后，移交鉴定机构作为鉴定依据，利安达公司鉴定人员文××、李××提交了执业证书、养老社保证明等，用以证明前述人员系利安达公司工作人员且具备相关资质，鉴定人员文××、李××亦到庭接受询问。因此，一审法院认为本案不存在鉴定人员未参与

鉴定活动的情形，事实和法律依据充分，本院予以认可。而银泰公司二审期间提交的证据，不能推翻利安达公司的鉴定意见。利安达公司鉴定报告合法有效，本院予以采信。银泰公司申请重新鉴定，一审法院未予准许，并无不当。一审法院最终根据双方胜诉败诉情况确定鉴定费用的负担，符合《诉讼费用交纳办法》的相关规定，金义祥关于银泰公司伪造印鉴样本的主张，应另循法律途径解决。

（三）案涉工程价款的计算方法问题。案涉工程系公开招标工程，东欣公司根据银泰公司发放的工程量清单编制了工程量清单报价表，并以 156245967.55 元中标。其后签订《建设工程施工合同》中亦约定“合同价款金额 156245967.55 元，其中包括 16245967.55 元的分包工程价款”。据此，可以认定案涉合同系固定总价合同，但案涉合同价款并非完全不可调整。

《建设工程施工合同》第三部分专用条款 23.2.b 款约定：……设计变更引起的工程项目或者数量有增减，则项目的工程量应根据变更设计图纸、变更联系单并按有关工程量计算的方法计算确定工程量。f 款约定：由于施工验收规范的要求或强制性条款的要求，以及设计图纸中缺、漏、碰、错等内容，在之后的会审纪要或施工联系单明确其做法的，不作为工程量的增减计算，累计超过 50 万元的，不在此限。根据以上合同内容，一审法院采信“以固定总价为基数，非设计变更的部分，工程量与价均不予调整；设计变更部分（具有有效的变更签证部分）按合同约定进行造价鉴定”，并根据实际情况对部分争议款项进行调整的计算方法，符合当事人合同约定，本院予以认可。

（四）如何确定案涉工程价款的问题。依上述计价方法，结合利安达公司鉴定结论：1. 依据充分的工程鉴定造价金额为 155485436.18 元。2. 双方有争议有待法院裁决的项目

1451259.06 元。3. 招标清单工程量与银泰公司提供的图纸间的工程量已完部分的工程造价相差 35885509.09 元。4. 施工方提供 4900 吨钢筋价差及保管费共 5599000 元。具体分析如下：

1. 充分的工程鉴定造价金额 155485436.18 元，系以合同约定固定总价 1.4 亿元为基数，加上有效变更签证部分，减去合同约定 50 万以内不予调整的费用，减去土建、装饰、安装工程应当核减的部分（即招标工程量清单内未完成工程）所得到的结果。合同固定总价 1.4 亿元、50 万以内不予调整在案涉《建设工程施工合同》《补充协议》中均有明确约定，本院予以认可。对其他部分，本院认定如下：

（1）市场价格（人、材、机）波动是否应当调整的问题。利安达公司在按固定总价方式鉴定中，对充分的工程鉴定造价金额 155485436.18 元作出说明：鉴定造价中（包括设计变更部分）未包括合同专用条款 23.2.a 款施工期内遇市场价格（人、材、机）波动的工程价款。但案涉《建设工程施工合同》第三部分专用条款 23.2.a 款约定：“施工期内遇市场价格（人、材、机）波动，除国家法律、政策和标准、规范强制性规定必须调整的外，否则，不予调整，属于承包人应承担的风险，承包人在投标报价时已考虑并预测工期内可能发生的价格波动风险。”而湖南省建设厅《关于工程主要材料价格调整的通知》

（湘建价[2008]2号）中“单项主要材料预算价格或市场价格涨跌幅度超过规定时，该单项主要材料价格应按实际市场价格全部调整”的内容，主要针对建设工程招标和合同签订备案等事宜予以指导和规范，而对于已招标及已签订施工承包合同且尚未办理工程结算的工程等，并没有具体、明确应予调整的内容，仅指出应按公平协商、互惠互利原则处理。因此，本院综合当事人约定，工程实际情况，利安达公司有关市场价格

（人、材、机）波动调整价差数额的回复，当地建筑市场有关规定等多个因素，认为：在一审法院对招标清单与图纸不符的价差 35885509.09 元 80%的部分，已作对实际施工人更有利的处理后，如再行对市场价格波动进行调差，事实上无异于据实鉴定，并将使以固定总价为基础的承包结算方式名存实亡，导致发包人设定固定总价的合同目的无法实现，双方当事人利益有所失衡。因此，本院对案涉工程价款涉及市场价格（人、材、机）波动部分，不予调整。

（2）未完成部分工程价款 17293172 元。银泰公司对该部分价款不予认可。本院认为，针对同一纠纷，杭州中院曾组织鉴定机构与双方当事人到案涉施工现场对已完工程量进行了核对，之后鉴定机构出具了《“现场工程量统计表”调整稿联系函》及附件，东欣公司与银泰公司均签署“除局部内容外已无异议，具体异议事项详见附表”的意见。利安达公司系根据《“现场工程量统计表”调整稿联系函》及附件，对未完成部分的工程进行造价鉴定。一方面，银泰公司提供的其与湖南省第四工程公司之间的合同、付款凭证等证据，未获承包人东欣公司和实际施工人金义祥的确认；另一方面，银泰公司没有提供证据证明该部分工程与本案未完成工程量完全重合。故一审法院对该系列证据不予采信，并无不当；本院采信利安达公司的鉴定意见，对未完成部分工程价款确认为 17293172 元。

（3）图纸会审记录增加 11963712.4 元。根据案涉《建设工程施工合同》第一部分协议书第六条：组成本合同的文件包括图纸及会审纪要。也即图纸会审是合同的组成部分，是对设计图纸的补充、修改和完善，并非银泰公司所称图纸会审是听取施工方意见的务虚会议，不直接涉及工程量的增减。事实上，案涉图纸会审记录得到了银泰公司、东欣公司及设计、勘

查、监理单位的盖章确认，施工方应当按照其内容进行施工。因此，银泰公司有关图纸会审结果不应作为工程价款鉴定依据的主张，与案涉合同约定不符；该公司也未提交证据证明该部分增加工程量并未实际施工。因此，银泰公司该项主张，本院不予认可。图纸会审记录增加的 11963712.4 元应当计入工程造价。

（4）设计变更增加 789108.37 元、建设方工程联系单增加 247474.41 元、施工方联系单及签证 8802302.78 元、设计图纸更改 4296125.76 元的认定。案涉《建设工程施工合同》第一部分协议书第六条约定：组成本合同的文件包括设计变更联系单、签证单及有关技术资料。该合同第三部分专用条款 23.2.b 款约定：……设计变更引起的工程项目或者数量有增减，则项目的工程量应根据变更设计图纸、变更联系单并按有关工程量计算的方法计算确定工程量。由于施工验收规范的要求或强制性条款的要求，以及设计图纸中缺、漏、碰、错等内容，在之后的会审纪要或施工联系单明确其做法的，不作为工程量的增减计算，累计超过 50 万元的，不在此限。根据前述约定，案涉工程超过 50 万元增加部分应当计入工程款。至于银泰公司关于相关通知单、联系单等没有经过其法定代表人签字，不属于有效结算依据的主张。虽然，案涉《建设工程施工合同》第三部分专用条款 5.3（2）中约定：有关……变更工程量、增加工程价款或增加费用的各类工程联系单等，均必须由发包人工程师签字并同发包人法定代表人签字且按内部审批程序加盖发包人公章后方能生效，否则无效，不能作为竣工结算的有效依据。但在之后签订的《补充协议二》第一条约定：“……对于东欣公司提交银泰公司确认的工程联系单或文件除涉及到工期延长、变更工程量、增加工程的施工联系单价款内容的，由东欣

公司报监理方审核确认后递交银泰公司，银泰公司工程师签字并由法定代表人签字后加盖公章后予以确认。银泰公司应在签收后十五个工作日予以回复，否则视为认可。其他工程联系单、设计图纸、设计联系单、会议纪要，不再以银泰公司法定代表人签字为生效条件……”该协议第七条约定：“本协议条款与《建设工程施工合同》及《补充协议》有冲突的，按本协议执行。”显然，案涉工程联系单的审核流程应以《补充协议二》约定内容为准。因此，本院根据《补充协议二》第一条对工程联系单具体认定如下：a 金义祥提交的设计修改通知单应属约定中“东欣公司提交银泰公司确认的工程联系单或文件”的范围之内，该部分通知单除 2010 年 9 月 8 日、2010 年 10 月 26 日、2011 年 4 月、2011 年 4 月 9 日仅有设计单位公章而未加盖银泰公司公章外，其余均由设计单位及银泰公司盖章确认。这些经银泰公司盖章确认的设计修改通知单，虽未经银泰公司法定代表人签字，但根据“银泰公司应在签收后十五个工作日予以回复，否则视为认可”的约定，银泰公司未在约定时间内回复并否定该通知单，视为认可，应认定为有效的结算依据。银泰公司质证时，对上述 2010 年 10 月 26 日、2011 年 4 月、2011 年 4 月 9 日设计修改通知单及其附件的合法性及关联性没有异议，故该 3 份设计修改通知单亦应认定为有效的结算依据。银泰公司对 2010 年 9 月 8 日的设计修改通知单合法性提出异议，但据鉴定机构说明，该设计修改通知单不涉及增加费用而是减少费用，金义祥主张该通知单作为结算依据并未损害银泰公司利益，本院予以认可。b 银泰公司下发的工程联系单。根据《补充协议二》，该部分联系单经银泰公司现场负责人签字并加盖公章确认，应当作为有效结算依据。c 东欣公司发出的施工联系单、工程签证单。除 001、005、006、007、

008号施工联系单及022号现场签证单外，其他均由银泰公司法定代表人郭进桦签字并加盖公司印章，应认定为有效的结算依据。银泰公司质证时对上述005、006、007号施工联系单的合法性及关联性没有异议，故该3份施工联系单亦应认定为有效的结算依据。银泰公司对001号、008号施工联系单及022号现场签证单的合法性提出异议，认为没有其法定代表人签名，为无效单据。经查，001号联系单上仅有监理单位的签章而没有银泰公司的签章，故该施工联系单不符合合同约定，且该联系单涉及材料更换并导致工程费用增加，不能认定为有效的结算依据。经查阅案涉鉴定报告，该联系单未作为变更部分造价的组成部分。008号施工联系单上有银泰公司现场工程师及总经理签名并加盖银泰公司公章，亦有设计单位、监理单位的签章，经利安达公司说明，该联系单没有导致增加费用而是减少费用，故金义祥主张该联系单作为结算依据并未损害银泰公司利益，本院对该联系单的效力予以确认。022号现场签证单涉及工期顺延，不涉及工程量的增减，对本案工程造价不产生影响。故除001号施工联系单外（案涉鉴定结论未计入），其他单据或符合合同约定，或经银泰公司认可，或未损害银泰公司权益，本院均予以认定，由此增加的工程量，应计入案涉工程价款。利安达公司关于充分的工程鉴定造价金额155485436.18元，本院予以认可。

2. 双方有争议有待法院裁决的项目包含以下内容，具体认定如下：

（1）碎石砣和砾石砣价格差1287398.58元。案涉招投标工程量清单商品砣的项目名称为砾石砣，投标时按照砾石砣报价。之后签订的《补充协议》第二条第一款第11项中约定采用碎石砣，但第三条中明确约定承包价款为1.4亿元，与投标价

一致。即《补充协议》虽然约定了比砾石砼价高的碎石砼，但并未因此增加工程价款。在实际施工中施工方未按照《补充协议》的约定采用碎石砼，而采用了砾石砼。由于砾石砼价格已包含在固定总价的工程款范围内，本不需增加该项差价，但利安达公司就案涉鉴定报告给本院的回复意见中明确说明：“碎石砼和砾石砼价格差 1287398.58 元在鉴定造价中已经扣除。我们鉴定是按照砾石砼投标价计算工程价款，由于银泰公司在质证意见中提出要求扣除碎石砼和砾石砼的差价。因此，我们把碎石砼和砾石砼的价差扣除来列为待定项目，如果法院认为应当按照砾石砼投标价计算工程价款，则应增加碎石砼和砾石砼价差。”故在鉴定机构依银泰公司意见将本不应扣除的差价予以扣除的情况下，一审法院在总造价中增加该项差价 1287398.58 元，并无不当。

(2) 分包单位业务补贴费用 430671.89 元。东欣公司与银泰公司签订《协调会纪要》约定，银泰公司将部分工程指定分包给其他人，由此补贴东欣公司业务费 40 万元，分包单位进场前支付 20 万元，竣工验收后再支付 20 万元。该约定不违反法律法规的禁止性规定，且工程已竣工验收，该笔费用计入案涉工程造价，并无不当。至于该费用金额，银泰公司提出为 400000 元而非 430671.89 元，利安达公司回复称：“分包单位业务补贴费用 430671.89 元，具体明细为 400000 元（分包单位补贴直接费，2012 年 1 月 10 日《协调会纪要》第 3 条）+640（措施项目费）+15624.96 元（规费）+14406.93 元（税金）=430671.89 元（其他取费未计取）。”一审法院根据鉴定意见，确认分包单位业务补贴费用 430671.89 元，并计入工程总价款，事实和法律依据充分。

(3) 总承包服务费 297163.61 元。案涉《建设工程施工合同》第一部分第五条约定：“合同价款 156245967.55 元……其中 1.4 亿元包括总包服务管理配合费。”《补充协议》第四条第 4 款约定：“……总包配合费已包含在合同价中，今后无论发生变化，费用概不调整。”根据合同约定，该部分费用应当包含在 1.4 亿元的固定总价中。但因双方对承包人是否履行总承包服务发生争议，利安达公司将其列为待定项目，并将该笔费用从 1.4 亿元中予以扣除。一审法院根据鉴定意见，在计算工程总造价时增加总承包服务费，并在承包人已完成大部分工程量的情况下，酌定银泰公司应当支付总承包服务费 200000 元，符合本案实际情况，并无不妥。

(4) 槽钢拆除等费用 7093.4 元。因金义祥不能证明已完成该项工程，故相应费用不计入工程总价款。一审法院根据鉴定意见，认为该部分款项已在鉴定意见中扣除，故不再予以增减，本院予以认可。

(5) 基础梁两边及承台四周填充费用。鉴定机构系根据图纸会审，005、006、007、009 施工联系单认定基础梁两边及承台四周采用 C15 素砼填充。该填充施工联系单监理答复意见：已审核属实。银泰公司答复意见：上述内容符合或同意监理意见给予增量。银泰公司虽提交了现场施工录像等证据证明系用素土回填，但系银泰公司单方制作，证明力低于由监理单位等多方签署的书证，且其内容与该公司答复的意见相悖，本院不予采信。此外，案涉工程图纸显示，此项目为自然地基直接受力设计，如采用松土回填，地基无法达到高层建筑受力要求，而案涉工程已验收合格，在验收合格记录中并无此处施工不符合设计要求的内容。综合判断，一审法院认定基础梁两边及承

台四周系采用 C15 素砼填充，并将其费用 2017915.54 元计入工程总造价，并无不当。

据此，一审法院逐一对上述争议项目予以核查，并最终作出在鉴定意见确定的工程造价上增加待定项目造价 3935986.01 元的处理意见，事实和法律依据充分，本院予以认可。

3. 关于招标清单与银泰公司提供图纸工程量的差额问题。根据鉴定结果，银泰公司提供的招标清单与图纸之间的工程量差额为 54800877.12 元，已完成部分差额为 35885509.09 元。金义祥提出，根据《建设工程造价咨询成果文件质量标准》，招标清单与图纸不符的合理误差应为 3%。本院认为，3% 系在承包人无复核义务亦无其他过错的情况下，发包人的合理误差比。本案中，招投标文件和案涉《建设工程施工合同》均明确约定承包人对工程量清单有根据招标资料及设计图纸计算复核的义务，且在招标前未就其准确性和完整性提出异议的，工程量不予调整。但根据招标代理机构、其他投标人的情况说明，银泰公司在招标工程中没有发放工程图纸。银泰公司虽在招标前给东欣公司马××发放过一份工程图纸，但未能提供证据证明该份图纸与招标清单相配套。而东欣公司、金义祥作为承包人和实际施工人在负有核对工程量清单与图纸一致性义务的情况下，未就图纸发放问题提出异议，也未与银泰公司协商；银泰公司实际发放图纸后，也未就工程量清单与图纸之间的差异进行核对，亦应承担相应责任。综合考虑，案涉工程已验收合格并实际交付银泰公司使用，金义祥就工程量清单与图纸差额部分已实际付出成本与劳动，银泰公司作为案涉工程的实际使用者与收益方，依公平原则，应就大部分款项承担支付义务。故本院对一审法院酌定已完工部分差额 35885509.09 元中的

80%，即 28708407.27 元属银泰公司应当支付工程款的处理意见，予以认可。

4. 关于钢材差价问题。本案中，案涉招标工程量清单中的钢材总量为 9800 吨，锁定 9800 吨的钢材需预付 50% 的货款，即 $9800 \text{ 吨} \times 4000 \text{ 元} \times 50\% = 1960 \text{ 万元}$ 。银泰公司本应提供该款项用于锁定钢材价格，但银泰公司将 4900 吨钢材送至工地，用等值的 4900 吨钢材代替了 1960 万元钢材锁定款的履行。承包人既已接收 4900 吨钢材，则相当于接收了 1960 万元钢材锁定款，锁定钢材价格的义务应当由持有锁定款的承包人承担；未锁定钢材导致剩余钢材价格变化的风险亦应由承包人自行承担。因此，一审法院关于该部分钢材不再予以调差的处理意见，于法有据，应予支持。

（五）银泰公司承担连带责任的范围问题。根据《中华人民共和国合同法》第二百七十二第二款、《建设工程案件司法解释》第四条的规定，东欣公司与金义祥签订的《经济责任承包合同》为无效合同。但《建设工程案件司法解释》第二条、第二十六条第二款规定，建设工程施工合同无效，但建设工程经竣工验收合格，承包人请求参照合同约定支付工程价款的，应予支持。因此，金义祥可以就已实际完成的工程，参照双方合同约定请求东欣公司支付工程价款，而银泰公司在欠付工程价款范围内承担责任。诉讼中，金义祥与东欣公司均同意双方结算以东欣公司与银泰公司之间的结算为准，系当事人对自身权利的处分和确认，应予准许。一审法院关于银泰公司应向东欣公司支付的工程款 79668229 元并扣除 0.5% 管理费，即东欣公司、银泰公司应向金义祥支付 79269888 元工程款的处理意见，事实和法律依据充分，本院予以认可。

至于工程款的利息，根据《建设工程案件司法解释》第十七条的规定，当事人对欠付工程价款利息计付标准有约定的，按照约定处理；没有约定的，按照中国人民银行发布的同期同类贷款基准利率计息。因工程款利息系法定孳息，一审法院关于银泰公司应支付欠付工程款利息的处理意见，并无不当，应予支持。

关于利息起算时间。就案涉工程欠付的工程款，东欣公司在杭州中院已多次开庭审理，鉴定机构已出具鉴定报告，且银泰公司不同意撤诉的情况下申请撤诉。金义祥作为东欣公司委托诉讼代理人亦参与该案审理。根据公平原则并兼顾双方利益，一审法院判令自杭州中院裁定准许东欣公司撤诉之日即2014年9月30日起，东欣公司、银泰公司应当按照中国人民银行规定的同期同类贷款基准利率向金义祥计付利息，直至付清之日止的处理意见，较为公允，本院予以认可。

综上，金义祥、银泰公司的上诉请求均不能成立，应予驳回；一审判决认定事实清楚，适用法律正确，应予维持。依照《中华人民共和国民事诉讼法》第一百七十条第一款第一项规定，判决如下：

驳回上诉，维持原判。

二审案件受理费184600元，由金义祥负担，438100元由银泰公司负担。

本判决为终审判决。

审判长 刘少阳

审判员 高燕竹

审判员 杨 蕾

二〇一九年九月二十九日

法官助理李娜

书记员 方雅婷