

辽宁省抚顺市中级人民法院

民事判决书

(2021) 04 民初 96 号

原告：卞家喜，男，1978 年 12 月 22 日出生，汉族，住辽宁省沈阳市沈河区。

委托诉讼代理人：范伟，辽宁恒生律师事务所律师。

被告：抚顺市远达房地产开发有限公司，住所地：辽宁省抚顺市顺城区高山路（西段）5-1 号楼。

法定代表人：许军。

委托诉讼代理人：张景钢。

委托诉讼代理人：张祯，抚顺市顺城区旭宏法律服务所法律工作者。

第三人：沈阳天北鸿基建设集团有限公司，住所地：辽宁省沈阳市康平县小城子镇小城子村。

法定代表人：梁玉坤，该公司执行董事。

委托诉讼代理人：杨俊伟，该公司员工。

原告卞家喜与被告抚顺市远达房地产开发有限公司（简称远达公司）、第三人沈阳天北鸿基集团有限公司（简称天北鸿基）建设工程施工合同纠纷一案，本院于 2021 年 9 月 23 日立案后，依法适用普通程序，公开开庭进行了审理。原告卞家喜及其委托诉讼代理人范伟，被告远达公司的委托诉讼代理人张景钢、张祯，第三人天北鸿基的委托诉讼代理人杨俊伟到庭参加诉讼。本案现已审理终结。

卞家喜提出诉讼请求：一、请求判令被告偿还原告建筑工程款 35085430 元；二、请求判令被告承担本案诉讼的所有费用。事实和理由：2016 年 4 月 16 日，第三人与被告签订《建设工程施工合同》（以下简称合同）及《施工合同补充协议》

（以下简称补充协议），合同约定由原告承建被告位于抚顺市顺城区××路××市场××号××号××号××号楼与物业楼；补充协议增加7号楼的工程量。其中合同及补充协议约定工程范围为土建、室外装饰、室内初装及配套安装工程，合同约定的工程造价暂定为人民币21400000元，最终以实际竣工结算为准。此外，合同约定的工程款支付方式和时间：1、本工程要求施工方具有一定的资金垫付能力和资金储备，并按30%承担以房抵顶工程款，房源以本项目在建房屋为准。2、高层按以下节点付款：①1#-3#楼主体框架结构钢筋砼完成10层、主体砌筑完成5层、6#楼框结构钢筋砼完成，甲方现金支付壹佰万元（100万元），其中付款节点以楼施工进度形象为主；②每栋钢筋砼框结构主体封顶，含屋面造型结构，工程砌筑完成10层，付已完工程造价的60%（其中30%为抵顶房屋款、70%为现金或支票），并扣回①节点付款100万元。③完成装饰装修和配套安装工程付款至已完工程量的85%（其中30%为抵顶房屋款、70%为现金或支票）④工程竣工验收合格、档案资料验收合格交档，工程结算60日完成，如因乙方原因不能在规定时间内完成结算责任由乙方负责。如因甲方原因在规定时间内不能完成工程结算，将视为甲方已认同了乙方已按规定的时间内完成工程结算（乙方上报的结算值除外），工程款拨付至甲、乙双方协商暂定的工程总价的95%，预留5%作为质量保修金，质保金按照保修合同约定执行。合同签订人处为原告签字。此外，原告作为实际施工人与第三人也在同一天2016年4月16日签订了一份《建设工程施工合同》，合同的内容与第三人和被告签订的施工合同与补充协议基本一致，原告需向第三人支付结算价格0.5%的管理费。合同签订后，原告按约履行了施工义务，案涉的全部工程均由原告实际完成。完工后，原告多次以

第三人名义将结算报告（结算金额 42590430 元）送交给被告，但被告方却不予接收，后原告又将该结算报告邮寄送达给被告后，被告也没有与原告结算，但上述房屋已于 2017 年 7 月 15 日入住。此外，原告以第三人名义在中国建设银行股份有限公司高湾经济区支行开立二级账户 2105××××0009，以此账户接收工程款。截至起诉前，原告共收到被告支付的工程款现金 7505000 元。综上所述，截至起诉时，被告尚欠原告工程款本金 35085430 元 = (42590430 - 7505000) 元。根据《中华人民共和国民法典》、《中华人民共和国合同法》等法律的精神和具体规定，被告行为已经构成严重违约，应当承担相应的法律后果，请求人民法院依法维护原告的合法权益。

远达公司辩称，对于原告提出被告拖欠其工程款 3000 余万元，被告不认可，原因是：2017 年，7 号楼工程没完全竣工的情况下，原告自己撤场，给被告造成经济损失，导致我司最后没有和原告结算，所以我司对原告提出的诉讼标的额不认可。

天北鸿基辩称，认可原告的诉讼请求。

当事人围绕诉讼请求依法提交了证据，本院组织当事人进行了证据交换和质证。综合当事人举证和质证，本院认定本案事实如下：2016 年 4 月 16 日，第三人与被告签订《建设工程施工合同》及《施工合同补充协议》约定：“第三人天北鸿基承建被告远达公司位于抚顺市顺城区××路××市场××号××号××号××号楼××号楼与物业楼；承包范围为土建、室外装饰、室内初装及配套安装工程；合同约定的工期为 240 天，从 2016 年 4 月 6 日至 2016 年 11 月 30 日；工程造价暂定为人民币 21400000 元；……第二部分“专用条款”第 26 条约定：“工程款（进度款）支付：1、本工程要求施工方具有一定的资金垫付能力和资金储备，并按 30%承担以房抵顶工程款，

房源以本项目在建房屋为准。2、高层按以下节点付款：①1#-3#楼主体框架结构钢筋砼完成10层、主体砌筑完成5层、6#楼框结构钢筋砼完成，甲方现金支付壹佰万元（100万元），其中付款节点以1#、2#楼施工进度形象为主；②每栋钢筋砼框结构主体封顶，含屋面造型结构，工程砌筑完成10层，付已完工程造价的60%（其中30%为抵顶房屋款、70%为现金或支票），并扣回①节点付款100万元，③完成装饰装修和配套安装工程付款至已完工程量的85%（其中30%为抵顶房屋款、70%为现金或支票）④工程竣工验收合格、档案资料验收合格交档，工程结算60日完成，如因乙方原因不能在规定时间内完成结算责任由乙方负责。如因甲方原因在规定时间内不能完成工程结算，将视为甲方已认同了乙方已按规定的时间内完成工程结算（乙方上报的结算值除外），工程款拨付至甲、乙双方协商暂定的工程总价的95%，预留5%作为质量保修金，质保金按照保修合同约定执行”等等。

2016年4月16日，原告卞家喜作为实际施工人与第三人天北鸿基另签订了一份《建设工程施工合同》，该合同约定天北鸿基向原告卞家喜按合同结算价格0.5%收取管理费；双方约定的工程款（进度款）支付方式和时间与远达公司、天北鸿基签订的《建设工程施工合同》中约定基本一致。

上述合同签订后，原告卞家喜进场施工，履行了上述合同约定的施工义务。2017年8月，远达公司将案涉楼房配户，并通知业主办理入住手续。

另查明：工程竣工后，原告卞家喜以第三人天北鸿基的名义作出《结算报告》，结算金额为42590430元，被告远达公司至今未与原告结算工程款。2020年6月21日，原告卞家喜将该《结算报告》邮寄至锦山庄园售楼中心并拍照取证。2020年

11月26日，卞家喜、天北鸿基与被告远达公司作出《锦山庄园小区工程施工部分认证》，远达公司在该认证中提出施工方还有未施工完的工程部分。

再查明，原告以第三人名义在中国建设银行股份有限公司高湾经济区支行开立二级账户2105××××0009，以此账户接收工程款。截至起诉前，原告认可共收到被告远达公司支付的工程款现金7505000元。

庭审中，被告远达公司主张原告卞家喜未施工完全部工程撤场（即于2017年施工7号楼在第一层刚结束时撤场），故被告一直未和原告结算工程款。原告卞家喜则主张7号楼已完成二层，包括地下部分，其结算时没有计算未施工部分的工程款。对于工程未结算原因，被告远达公司称是因公司实际控制人肖彬被羁押，双方账未对完，无法结算。本案在审理中，本院第一次对远达公司实际控制人肖彬询问时，肖彬表示对原告提交的结算数值有异议，并主张申请司法鉴定解决争议，被告远达公司可以垫付鉴定费。此后，本院多次催促远达公司提交鉴定申请，远达公司表示鉴定费筹集有困难。本院第二次对肖彬询问时，肖彬表示远达公司已将80%的工程款给付原告，具体是否还欠工程款说不清，其要求本院再给付被告2个月时间作预算，后远达公司以其还需调取本案证据以及该公司重大事项需要肖彬决策为由，向本院申请延期审理。经本院向原告释明能否由原告先垫付鉴定费问题，原告以案涉工程是由其垫资施工，被告一直拖欠原告工程款，且原告曾因向被告索要工程款而被抓，原告现借钱凑齐缴纳本案诉讼费，且至今还拖欠律师费，实在没有能力垫付鉴定费；另，依据案涉合同约定，被告收到原告结算报告后60日内不回复，视为被告认同原告作出的结算数额，故应按原告提交的结算数额认定被告远达公司尚

欠原告工程款数额，本案无需启动鉴定程序。截至本院作出本案判决前，被告远达公司一直未能向本院提交其作出的案涉工程结算报告。

本院认为，本案争议的焦点问题是：一、被告远达公司与第三人天北鸿基签订的《建设工程施工合同》以及《施工合同补充协议》是否合法有效？原告卞家喜与第三人天北鸿基签订的《建设工程施工合同》是否合法有效？二、被告是否应给付原告工程款？三、原告卞家喜已施工完成的工程造价数额是多少？被告远达公司应给付原告卞家喜工程款的数额？四、被告给付原告工程款的方式？

关于焦点一，被告远达公司与第三人天北鸿基虽是合法的工程发包人和承包人，但天北鸿基本身并无意实际施工案涉工程，在远达公司与天北鸿基签订《建设工程施工合同》以及《施工合同补充协议》当天，天北鸿基与原告卞家喜也签订了一份《建设工程施工合同》，且在此合同中明确约定了卞家喜需向天北鸿基支付结算价格 0.5% 的管理费；此外，合同实际履行过程中，天北鸿基并未实际参与工程施工，案涉工程全部由卞家喜施工，且由卞家喜实际接收远达公司支付的工程款，并由卞家喜与远达公司进行工程结算，故本案属于原告卞家喜挂靠天北鸿基实际进行工程施工，且被告远达公司属于知道或者应当知道卞家喜借用资质实际施工，因此，原告卞家喜作为实际施工人与发包人被告远达公司之间已形成了事实上的建设工程施工合同关系。《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（一）》第一条规定：“建设工程施工合同具有下列情形之一的，应当依据民法典第一百五十三条第一款的规定，认定无效：（一）承包人未取得建筑业企业资质或者超越资质等级的；（二）没有资质的实际施工人借

用有资质的建筑施工企业名义的；（三）建设工程必须进行招标而未招标或者中标无效的。承包人因转包、违法分包建设工程与他人签订的建设工程施工合同，应当依据民法典第一百五十三条第一款及第七百九十一条第二款、第三款的规定，认定无效。”本案中，原告卞家喜为没有资质的实际施工人，其借用第三人天北鸿基的资质实际施工案涉工程，依据上述法律规定，案涉《建设工程施工合同》以及《施工合同补充协议》应依法认定为无效。

关于焦点二，《中华人民共和国民法典》第七百九十三条第一款规定：“建设工程施工合同无效，但是建设工程经验收合格的，可以参照合同关于工程价款的约定折价补偿承包人。”

本案中，卞家喜与天北鸿基签订的《建设工程施工合同》虽认定无效，但卞家喜已实际施工完成了相关合同约定的施工任务，且远达公司已将楼房实际配户，应视为该工程验收合格。根据上述法律规定，案涉《建设工程施工合同》及《施工合同补充协议》虽认定无效，但被告远达公司应参照合同中关于工程价款的约定折价补偿原告卞家喜。

关于焦点三，本案审理过程中，被告远达公司表示不同意原告卞家喜作出的工程结算数额，并表示要申请对工程款造价数值进行司法鉴定，后又因无法筹集到司法鉴定费而不同意司法鉴定；远达公司负责人肖彬表示远达公司要自行委托专业人士作出工程结算报告，但直至本案作出判决前，远达公司仍无法提交工程结算报告，本案不能再继续无限期等待远达公司作出工程结算，本院根据本案事实和法律规定，对工程款数额作出认定。

《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（一）》第二十一条规定：“当事人约定，发包人收到竣工结算文件后，在约定期限内不予答复，视为认可竣工结算文件的，按照约定处理。承包人请求按照竣工结算文件结算工程价款的，人民法院应予支持”。本案中，远达公司与天北鸿基签订的《建设工程施工合同》第二部分“专业条款”中明确约定“工程竣工验收合格、档案资料验收合格交档，工程结算 60 日完成，如因乙方（天北鸿基）原因不能在规定时间内完成结算责任由乙方负责。如因甲方（远达公司）原因在规定时间内不能完成工程结算，将视为甲方（远达公司）已认同了乙方（天北鸿基）已按规定的时间内完成工程结算（乙方上报的结算值除外）”，根据上述法律规定和合同约定，远达公司一直拖延进行案涉工程结算，视为远达公司已认同了卞家喜以天北鸿基名义提交工程结算报告，故本院根据卞家喜提交的结算报告，认定卞家喜完成的工程造价数额为 42590430 元。经过多次庭审及对账，现原告卞家喜与被告远达公司均认可卞家喜已实际收到工程款数额是 7505000 元，故远达公司尚欠卞家喜工程款的数额为 35085430 元（=42590430 元-7505000 元）。

关于焦点四，案涉《建设工程施工合同》约定，天北鸿基同意按 30%以房抵顶工程款，房源以本项目在建房屋为准，原告卞家喜接受了远达公司与天北鸿基的合同内容，视为卞家喜同意此项约定，故原告卞家喜主张被告远达公司应给付工程款 35085430 元中有 30%即 10525629 元应为以房抵顶工程款数额，其余 24559801 元应为现金支付工程款方式。

另，关于被告远达公司庭审中提出原告卞家喜应负违约责任及违约赔偿问题，因其未向本院缴纳反诉费，故本院对远达公司的反诉请求内容不予审理。

综上所述，依照《中华人民共和国民法典》第七百九十三条、《最高人民法院关于审理建设工程施工合同纠纷案件适用法律问题的解释（一）》第一条、第二十一条规定，判决如下：

一、被告抚顺市远达房地产开发有限公司与第三人沈阳天北鸿基建设集团有限公司签订的《建设工程施工合同》、《施工合同补充协议》以及原告卞家喜与第三人沈阳天北鸿基建设集团有限公司签订的《建设工程施工合同》无效；

二、于本判决生效后十五日内，被告抚顺市远达房地产开发有限公司给付原告卞家喜工程款 35085430 元（其中 30%即 10525629 元为以房抵顶工程款，房源为锦山庄园项目的房屋；其余 24559801 元为现金支付工程款）；

三、驳回原告卞家喜其他诉讼请求。

如果未按本判决指定的期间履行给付金钱义务的，应当依照《中华人民共和国民事诉讼法》第二百六十条之规定，加倍支付迟延履行期间的债务利息。

案件受理费 223789 元（原告卞家喜已预交），由原告卞家喜负担 6562 元，由被告抚顺市远达房地产开发有限公司负担 217227 元；于本判决生效之日七日内，抚顺市远达房地产开发有限公司向本院缴纳案件受理费 217227 元，逾期未予缴纳依法强制执行；由原告卞家喜预交的案件受理费 223789 元中应予退还原告卞家喜 217227 元。

如不服本判决，可以在本判决书送达之日起十五日内，向
本院递交上诉状，并按对方当事人或者代表人的人数提出副本，上诉于辽宁省高级人民法院。

审 判 长 宫 颖

审 判 员 李依桐

审 判 员 李 艳

二〇二二年六月二十八日

法官助理 王 宁

代书记员 刘鑫明