

中华人民共和国最高人民法院

民事判决书

(2019)最高法民终 491 号

上诉人（一审原告、反诉被告）：湖南省第四工程有限公司，住所地湖南省邵阳市双清区东大路 675 号。

法定代表人：周先平，该公司董事长。

委托诉讼代理人：李清海，北京市营建律师事务所律师。

上诉人（一审被告、反诉原告）：洪洞县交通运输局，住所地山西省洪洞县站东街。

法定代表人：郭双平，该局局长。

委托诉讼代理人：卫书安，山西飞虹律师事务所律师。

上诉人湖南省第四工程有限公司（以下简称湖南四公司）与上诉人洪洞县交通运输局（以下简称洪洞交通局）建设工程施工合同纠纷一案，不服山西省高级人民法院（2017）晋民初 31 号民事判决，向本院提起上诉。本院于 2019 年 4 月 8 日立案，依法组成合议庭，公开开庭进行了审理。上诉人湖南四公司的委托诉讼代理人李清海，上诉人洪洞交通局的委托诉讼代理人卫书安到庭参加诉讼。本案现已审理终结。

湖南四公司上诉请求：依法撤销山西省高级人民法院

（2018）晋民初 31 号民事判决第二项，依法改判洪洞交通局赔偿湖南四公司损失 27372300 元。事实与理由：（一）一审判决后湖南四公司另行向施工人常德市德源劳务有限公司（以下简称德源劳务公司）支付的 7162900 元窝工损失应予支持。一审判决已认定涉案工程施工过程中，迁移高压线窝工补偿、箱梁锚具设计变更增加费用、改排水设计方案变更增加费用、装饰塔设计变更增加费用、起点平交路口设计变更增加费用应由洪洞交通局承担；该五项费用共计 16962900 元人民币，在一审中

湖南四公司已向德源劳务公司支付 980 万元，余款 7162900 元湖南四公司已于一审庭审后支付，请求二审法院查明后予以支持。（二）湖南四公司主张的汾河洪水清理和修复工程费用应予支持。汾河洪水虽属不可抗力，但因此产生清理和修复工程费用 2431800 元并非停工损失，也不包括窝工费用，湖南四公司和德源劳务公司对此予以确认，并经鉴定机构认定，依照合同约定及法律规定应当予以支持。（三）关于施工用电窝工补偿 7977600 元，已实际发生，且系洪洞交通局未履行应尽的义务和责任所致，一审判决未予支持显失公平。洪洞交通局作为发包人，提供具备包括通电在内的“三通一平”的合格场地是其应尽的合同义务及法律义务。虽然依据合同约定湖南四公司负有与相关部门协商解决施工用电问题、所发生的一切费用均应含入承包人的投标报价中的约定，但涉案工程的招投标采取的是“工程量清单报价”，湖南四公司根据洪洞交通局提供的工程量清单，在投标报价时根本没有机会上报、计入该部分费用。而该项损失经湖南四公司与德源劳务公司协商、审核后，最终确定为 7977600 元人民币，湖南四公司已实际支付 550 万元，应由洪洞交通局承担。

洪洞交通局对湖南四公司的上诉辩称：湖南四公司的上诉请求，属于索赔事项范围，但其至今没有按约定的索赔程序提出索赔。且根据工程量清单中的约定，运电占地和临时供电设施等都应由湖南四公司完成，不应当由洪洞交通局承担。

洪洞交通局上诉请求，依法撤销山西省高级人民法院

（2017）晋民初 31 号民事判决第一、二、三、七项，并改变关于诉讼费、鉴定费负担，具体请求为：洪洞交通局已支付给山西洪洞市政工程有限责任公司（以下简称洪洞市政公司）的工程款 1520 万元从应付工程款 66007605.23 元中扣除；窝工损失

980 万元按索赔对待；判令湖南四公司向洪洞交通局支付违约金 1697 万元；洪洞交通局支付给江苏南通六建建设集团有限公司（以下简称南通六建）的工程预付款 500 万元从应付工程款中扣除；一审造价鉴定费 200 万元由湖南四公司承担，其余合理分担；原审判决其余判项请求维持。事实与理由：（一）洪洞交通局已支付给洪洞市政公司的工程款 1520 万元应当从应付工程款 66007605.23 元中扣除。根据洪洞交通局与洪洞市政公司所签备忘录，路面工程及剩余路基附属工程和剩余路基工程量由洪洞市政公司分包并已完成，洪洞交通局将对应的工程款 1520 万元直接支付给实际施工人洪洞市政公司并无不当。涉案鉴定意见造价汇总表 1 和施工图纸部分汇总表章次 300 已经将该工程量计入已完工程造价之中，但鉴定意见书中“部分平交工程为洪洞县交通运输局直接分包，本鉴定未计入此部分工程造价”所指的未计入工程是平交项目分包工程，非洪洞市政公司完成的路面工程，一审判决却将部分平交工程与路面工程混为一谈。（二）一审判决判令洪洞交通局赔偿湖南四公司损失 980 万元没有事实根据。湖南四公司主张的这一部分损失所依据的资料为不可靠的虚假材料，大部分时间为 2012 年和 2013 年，早于一审判决认定的开工时间 2014 年 3 月 15 日；洪洞交通局和工程监理对此完全不知情，且赔偿款的支付没有税务发票。即使该部分损失存在，根据施工合同通用部分第 22.2 条和第 23 条约定，应当严格按索赔程序提出索赔。（三）湖南四公司应当向洪洞交通局支付的违约金为 1697 万元而不是 219 万元。施工中洪洞交通局并没有任何违约行为，将设计变更和领导考察等认定为洪洞交通局的违约行为是没有事实和法律依据的，违约行为只存在于湖南四公司一方。按湖南四公司提供的索赔资料计算，案涉工程开工时间应当早于 2012 年 9 月 10

日，但至今都没有进行竣工验收，湖南四公司应当向洪洞交通局支付违约金 1697 万元。（四）洪洞交通局支付给南通六建的工程预付款 500 万元应当从湖南四公司的应付工程款中扣除。案涉工程在招标之前就由江苏南通六建组织施工，后由湖南四公司接替施工，其完全接受了南通六建的施工成果。因此，洪洞交通局支付给南通六建的工程预付款 500 万元应当在本案中予以扣除。此外，关于诉讼费用的负担方面，一审本诉案件受理费 749243 元，是由于湖南四公司随意加大诉讼标的额造成的；造价鉴定费 200 万元，是由于湖南四公司没有按约定进行工程计量造成的，应当由湖南四公司承担。

湖南四公司对洪洞交通局的上诉辩称：（一）洪洞交通局已支付给洪洞市政公司的 1520 万元工程款不应从应付工程款中扣除。根据合同相对性，洪洞市政公司作为湖南四公司的分包单位，其承包范围内的工程款应由湖南四公司直接支付，湖南四公司未曾授权、更未确认洪洞交通局向洪洞市政公司的付款行为，上述支付行为不排除双方之间存在其他经济往来，与湖南四公司无关。（二）原审判决认定洪洞交通局应赔偿湖南四公司损失 980 万元正确，且洪洞交通局仍应承担一审判决后又发生的损失。（三）原审判决认定的案涉工程开工日期并无不当，洪洞交通局关于工期违约的上诉请求不成立。双方于 2014 年 1 月 5 日签署的施工合同及招标文件规定开工日期为 2014 年 1 月 15 日，但此时正值冬季，不具备施工条件，真实的开工时间为 2014 年 3 月 15 日。（四）洪洞交通局支付南通六建的 500 万元与湖南四公司无关。2012 年 5 月 5 日江通六建向洪洞交通局支付 500 万元人民币，2013 年 4 月 10 日洪洞交通局又向南通六建退还该 500 万元，符合常理，与湖南四公司无关。此外，原审判决关于诉讼费用的分担并无不当。

湖南四公司向一审法院起诉请求：1、请求依法判令洪洞交通局支付应付未付工程进度款 84357641 元；2、请求依法判令洪洞交通局赔偿湖南四公司损失 51109900 元；3、请求依法判令洪洞交通局支付逾期付款的利息 6021047 元（按年利率 6% 的标准暂计至 2017 年 4 月 10 日，其后至实际支付日利息由法院判决）；以上三项诉讼请求标的额共计 141488588 元。4、请求判令洪洞交通局承担本案的诉讼费用。

洪洞交通局向一审法院反诉请求：1、依法判令湖南四公司尽快完工，进行工程计量，完善交工验收资料；2、判令湖南四公司提供税务发票；3、判令洪洞交通局按约定承担违约金 1697 万元；4、诉讼费用由洪洞交通局承担。

一审法院查明：2013 年 9 月，洪洞交通局对涉案临汾市滨河东路贯通工程洪洞段公路工程进行招标。招标文件合同条款载明：关于开工，监理人应在开工日期 7 天前向承包人发出开工通知，监理人在发出开工通知前应获得发包人同意，工期自监理人发出的开工通知中载明的开工日期起计算，承包人应在开工日期后尽快施工。关于竣工，承包人应在投标函中承诺的期限内完成合同工程，实际竣工日期在接收证书中写明。关于发包人义务，发包人应委托监理人向承包人发出开工通知；发包人应按专用合同条款约定向承包人提供施工场地，以及施工场地内地下管线和地下设施等有关资料，并保证资料的真实、准确、完整；发包人负责办理永久占地的征用及与之有关的拆迁补偿手续并承担相关费用。关于承包人义务，承包人应按有关法律规定纳税，应缴纳的税金包括在合同价格内；承包人应自行与有关部门协商解决施工用电、用水、通讯问题，并应根据本合同工程的施工需要修建临时道路，为执行本款要求所发生的一切费用均应含入承包人的投标报价中，发包人将不另行

支付。关于发包人的工期延误，在履行合同过程中，由于发包人的下列原因造成工期延误的，承包人有权要求发包人延长工期和（或）增加费用，并支付合理利润：（1）增加合同工作内容；（2）改变合同中任何一项工作的质量要求或其他特性；（3）发包人迟延提供材料、工程设备或变更交货地点的；（4）因发包人原因导致的暂停施工；（5）提供图纸延误；（6）未按合同约定及时支付预付款、进度款；（7）发包人造成工期延误的其他原因。关于承包人的工期延误，由于承包人原因，未能按合同进度计划完成工作，或监理人认为承包人施工进度不能满足合同工期要求的，承包人应采取措施加快进度，并承担加快进度所增加的费用，由于承包人原因造成工期延误，承包人应支付逾期竣工违约金，但不免除承包人完成工程及修补缺陷的义务。关于计量周期，单价子目已完成工程量按月计量，总价子目的计量周期按批准的支付分解报告确定。关于工程进度付款，付款周期同计量周期；承包人应在每个付款周期末，向监理人提交进度付款申请单，并附相应的支持性证明文件；监理人在收到承包人进度付款申请单以及相应的支持性证明文件后的 14 天内完成核查，提出发包人到期应支付给承包人的金额以及相应的支持性材料，经发包人审查同意后，由监理人向承包人出具经发包人签认的进度付款证书；发包人应在监理人收到进度付款申请单后的 28 天内，将进度应付款支付给承包人，发包人不按期支付的，按专用合同条款的约定支付逾期付款违约金。关于质量保证金，在约定的缺陷责任期满时，承包人没有完成缺陷责任的，发包人有权扣留与未履行责任剩余工作所需金额相应的质量保证金余额，并有权要求延长缺陷责任期，直至完成剩余工作为止。关于缺陷责任期，缺陷责任自实际竣工日期起计算，由于承包人原因造成某项缺陷或

损坏使某项工程或工程设备不能按原定目标使用而需要再次检查、检验和修复的，发包人有权要求承包人相应延长缺陷责任期，但缺陷责任期最长不超过 2 年。关于承包人违约，承包人未能按合同进度计划及时完成合同约定的工作，已造成或预期造成工期延误。关于发包人违约的情形，发包人未能按合同约定支付预付款或合同价款，或拖延、拒绝批准付款申请和支付凭证，导致付款延误的；发包人原因造成停工的。关于索赔，承包人应在知道或应当知道索赔事件发生后 28 天内，向监理人递交索赔意向通知书，并说明发生索赔事件的事由；承包人未在前述 28 天内发出索赔意向通知书的，丧失要求追加付款和（或）延长工期的权利。关于不可抗力的后果，承包人的停工损失由承包人承担。

2013 年 12 月 16 日，洪洞交通局作为招标人出具临汾市滨河东路贯通工程洪洞段施工第 2 号补遗书（以下简称招标第 2 号补遗书），其中载明：原定开标时间为 2013 年 10 月 22 日下午 14 时 30 分，现变更为 2013 年 12 月 25 日下午 14 时；原定计划开工日期为 2013 年 11 月 1 日，计划竣工日期为 2014 年 10 月 31 日，现变更开工日期为 2014 年 1 月 15 日，计划交工日期 2014 年 12 月 15 日，总工期 335 日历天。

2013 年 12 月 21 日，湖南四公司出具投标函及附录，其中载明：缺陷责任期自实际交工日期起计算 2 年；逾期交工违约金限额 2 万元/天；逾期交工违约金限额 10%签约合同价；质量保证金为月支付额的 10%；质量保证金限额为 5%合同价格；保修期自实际交工日期起计算 5 年。

2014 年 1 月 3 日，湖南四公司中标临汾市滨河东路贯通工程洪洞段第一标段。

2014年1月5日，湖南四公司与洪洞交通局签订了《临汾市滨河东路贯通工程洪洞段公路工程第一标段施工合同协议书》（以下简称《施工合同》）及《补充协议》。《施工合同》约定：下列文件视为构成合同文件的组成部分，即（1）本协议及各种合同附件、（2）中标通知书、（3）投标函及投标函附录、（4）项目专用合同条款、（5）公路工程专用合同条款、（6）通用合同条款、（7）技术规范、（8）图纸、（9）已标价工程量清单、（10）承包人有关人员、设备投入的承诺及投标文件中的施工组织设计、（11）其他合同文件；上述文件互相补充和解释，如有不明确或不一致之处，以合同约定次序在先者为准；根据工程量清单所列的预计数量和单价或总额价计算的签约合同价为169760529元；承包人应按监理人指示开工，工期为335日历天。《补充协议》约定：施工期间，每次工程计量后支付计量金额的70%；按合同要求完工并经标段项目交工验收合格后一个月内付至80%的工程结算款；工程交工验收合格一年内支付至工程决算的90%的工程款；根据审计核定金额，剩余工程款在竣工验收合格后一个月内付清；逾期付款补偿办法，从项目交工证书签发之日起对逾期支付的工程款按中国人民银行同期贷款基准利率计息。

2014年8月3日，洪洞县滨河东路贯通工程指挥部向临汾市交通建设工程质量监督站提交路基交工验收申请报告，内容为：“洪洞县滨河东路贯通工程第一合同段路基工程K1+102—K1+830段（机动车道）具备交工验收条件，请予验收。”

经湖南四公司、洪洞交通局对帐，双方核对了2015年7月27日之前的涉案工程进度款收付情况，并签署了《工程款收付双方对账明细确认文件》。双方对账结果确认：洪洞交通局共计支付湖南四公司10361万元（其中包括退回的工程保证金

1000 万元），洪洞交通局实际支付乙方工程款 9361 万元；湖南四公司缴纳洪洞交通局工程保证金 1500 万元，已经退还湖南四公司 1000 万元，洪洞交通局还应退还湖南四公司工程保证金 500 万元。

经法庭核对，双方共同确认的洪洞交通局向湖南四公司已支付的工程款金额为 94157112 元。

2015 年 6 月 25 日，湖南四公司与洪洞市政公司签订备忘录，将临汾市滨河东路贯通工程洪洞段第一合同段项目所有剩余工程交由洪洞市政公司完成。

2015 年 9 月 22 日，临汾市滨河东路工程（含洪洞段）全线正式建成通车。

2016 年 8 月 21 日，湖南四公司贯通工程一标项目部与南营村村委会共同向洪洞交通局出具线外排水工程款代付委托函，委托函载明：涉案工程实施期间，经洪洞交通局、洪洞县滨河东路贯通工程指挥部多次协调，项目部与南营村村委会代表滑云辉协商达成：1、由滑云辉代表南营村村委会负责合格完成线外工程未完工程量；2、由洪洞交通局、洪洞县滨河东路贯通工程指挥部负责本分项工程合格验收手续；3、线外排水工程全部合格后，项目部同意委托洪洞交通局代付工程余款。

2016 年 8 月 25 日，滑云辉出具承诺书，承诺临汾市滨河东路贯通工程洪洞段第一合同段线外排水工程部分已完成，如最终验收不合格，全部由承诺人负责，由业主指挥部直接安排承诺人直到该工程验收合格为止，与工程项目部无关。由滑云辉在承诺人处签字，洪洞县滨河东路贯通工程指挥部在协调人处加盖公章并有工作人员签字。

2017 年 4 月 19 日，山西省大同市中级人民法院作出（2017）晋 02 民终 325 号民事判决。该院查明：2012 年 7

月，湖南四公司山西分公司为了与洪洞交通局之间签订临汾市滨河东路贯通工程洪洞段第一标段施工合同，按照洪洞交通局的要求及指定账户于2012年7月11日向山西省洪洞县财政局支付了1500万元的投标保证金。其后，山西省洪洞县财政局及洪洞交通局于2013年退还了湖南四公司山西分公司1000万元的投标保证金，其余500万元投标保证金未退还。判决：山西省洪洞县财政局返还湖南四公司山西分公司500万元。

经一审法院委托，太原市通昱工程造价咨询有限公司作出的《通昱价鉴函【2018】006号工程造价鉴定意见书》，鉴定意见为：临汾市滨河东路贯通工程洪洞段建设项目第一合同段图纸范围内已完工程造价为160164717.23元。该造价金额未包含洪洞市政公司施工的工程部分，也未包含工程资料显示为南通六建施工的工程部分（工程造价562574.7元）。

经一审法院委托，天津市天鼎物证司法鉴定所作出津天鼎[2018]文书鉴字第185号《鉴定意见书》，对2013年8月13日《滨河东路贯通工程项目一标段退还保证金报》中所用印章的真实性进行鉴定，鉴定意见为：检材印文与样本印文不是同一印章盖印形成。

一审法院认为，关于合同效力问题。涉案建设工程经过合法的招投标程序后，双方当事人于2014年1月5日签订了《施工合同》及《补充协议》，上述合同均系双方当事人真实意思表示，不违反法律强制性规定，不存在《中华人民共和国合同法》第五十二条及《最高人民法院关于审理建设工程施工合同纠纷案件适用法律问题的解释》第一条规定的合同无效的情形，故上述《施工合同》及《补充协议》成立并有效。在履行过程中，双方应恪守合同约定，自觉履行各自义务。

关于工程造价问题。双方在签订《施工合同》之前，洪洞交通局曾与南通六建就涉案公路工程签订施工合同，南通六建实际施工完成了部分工程。随后，招投标程序确定湖南四公司为中标人，湖南四公司接替南通六建继续施工。本案中涉及两个法律关系，即洪洞交通局与南通六建之间、洪洞交通局与湖南四公司之间两个承发包关系。根据合同相对性原则，各方应各自承担相对应的合同权利与义务。湖南四公司对案外主体南通六建施工部分无权主张权利，故湖南四公司关于南通六建施工部分应计入其工程造价范围的主张，一审法院无法支持。湖南四公司签署备忘录交由洪洞市政公司完成的部分工程，此部分工程虽已完成，但鉴定机构提出“依据洪洞县交通运输局提供的平交施工图纸及相关资料，部分平交工程为洪洞县交通运输局直接分包，本鉴定未计入此部分工程造价。”双方当事人对此均未提出异议，也未申请补充鉴定，就此部分一审法院不作处理。双方当事人针对工程造价鉴定意见提出的异议，均未提供充分证据加以印证，也均未申请重新鉴定或补充鉴定，故一审法院根据工程造价鉴定意见确认湖南四公司实际已完工程造价为 160164717.23 元。

关于洪洞交通局已付工程款问题。经法庭核对，双方共同确认的洪洞交通局向湖南四公司已支付的工程款金额为 94157112 元。洪洞交通局主张另向洪洞市政公司支付 1520 万元及向南通六建支付 500 万元，属于本案工程款。首先关于洪洞交通局向洪洞市政公司支付的 1520 万元的问题，洪洞交通局向洪洞市政公司的付款没有湖南四公司的付款指示，并且洪洞交通局提交的付款票据载明，资金用途为借款，洪洞交通局不能证明其转款行为与本案为同一法律关系，故洪洞交通局的主张不予支持。其次关于洪洞交通局向南通六建支付 500 万元的

问题，洪洞交通局主张在投标时湖南四公司曾代替南通六建交纳 1500 万元，案外人马建忠交纳 500 万元，构成南通六建的 2000 万元投标保证金；退还时湖南四公司还出具了《滨河东路贯通工程项目一标段退还保证金报告》，南通六建已出具报告退还了 1000 万元保证金，由于前期投标资质是南通六建现改为湖南四公司，当初保证金代缴单位也是湖南四公司山西分公司，申请将保证金退还至湖南四公司山西分公司帐户；案外人马建忠在湖南四公司、洪洞交通局之间的收付款票据及南通六建与洪洞交通局之间的收付款票据中均有签名，均可证明湖南四公司与南通六建有关联关系，洪洞交通局向南通六建的付款应视为向湖南四公司的付款。经查，《滨河东路贯通工程项目一标段退还保证金报告》中湖南四公司山西分公司的公章并非备案印章，该报告的真实性无法确认。根据山西省大同市中级人民法院作出（2017）晋 02 民终 325 号生效判决查明事实以及双方当事人共同签署的《工程款收付双方对账明细确认文件》载明，涉案工程招投标时，湖南四公司山西分公司按照洪洞交通局的要求向山西省洪洞县财政局支付了 1500 万元保证金，其后退还了湖南四公司山西分公司 1000 万元，山西省大同市中级人民法院判决山西省洪洞县财政局退还湖南四公司山西分公司 500 万元。案外人马建忠在付款票据上的签字均在票据背面，与通常签字习惯及会计制度不相符，证据真实性无法确认。现有证据无法确认湖南四公司与南通六建的关联关系，如前所述，根据合同相对性原则，各方应各自承担相对应的合同权利与义务，湖南四公司对案外主体南通六建施工部分无权主张权利，同样洪洞交通局向南通六建的付款亦不应认定为向洪洞交通局向湖南四公司的付款，洪洞交通局可向其他关系人主张权

利。综上，一审法院确认洪洞交通局向湖南四公司已经支付的工程款金额为 94157112 元。

关于洪洞交通局应向湖南四公司支付的工程款及利息问题。湖南四公司实际已完工程造价 160164717.23 元除去洪洞交通局已向湖南四公司支付的工程款金额 94157112 元，洪洞交通局尚欠湖南四公司工程款金额为 66007605.23 元。洪洞交通局主张工程款的支付应以计量为基础，双方合同中也有此约定，但实际履行过程中，湖南四公司未提交工程计量资料，洪洞交通局已经分批支付了大部分工程款，双方在履行时已实际变更了合同约定，洪洞交通局尚欠工程款应当向湖南四公司支付。洪洞交通局主张还应扣除质量保证金，根据双方约定，发包人在约定的缺陷责任期内有权扣留承包人未履行缺陷责任所需金额相应的质量保证金，并有权要求延长缺陷责任期直至完成剩余工作为止。缺陷责任自实际竣工日期起计算 2 年。由此洪洞交通局应提交湖南四公司未履行缺陷责任并可延长缺陷责任期的相应证据，但洪洞交通局并未提交相关证据，在此情况下，缺陷责任期之后洪洞交通局不应再扣留质量保证金。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》第十四条规定：“当事人对建设工程实际竣工日期有争议的，按照以下情形分别处理：……（三）建设工程未经竣工验收，发包人擅自使用的，以转移占有建设工程之日为竣工日期。”根据已查明的事实，临汾市滨河东路工程（含洪洞段）于 2015 年 9 月 22 日已经全线建成通车。本案公路工程目前虽然尚有部分零星扫尾工程未最终完工，整体未经竣工验收，但发包人即洪洞交通局已经擅自使用，该工程应视为已经竣工，竣工时间为 2015 年 9 月 22 日。故 2 年缺陷责任期应计算至 2017 年 9 月 21 日，目前缺陷责任期已经结束，洪洞交通

局要求扣除质量保证金的主张无法支持。故洪洞交通局应向湖南四公司支付工程款 66007605.23 元。关于利息问题,《最高人民法院关于审理建设工程施工合同纠纷案件适用法律问题的解释》第十七条规定:“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利率计息。第十八条规定:“利息从应付工程价款之日计付。当事人对付款时间没有约定或者约定不明的,下列时间视为应付款时间:(一)建设工程已实际交付的,为交付之日;……”本案双方当事人未正式办理工程移交手续,应以工程实际通车日为交付之日。根据上述规定,洪洞交通局应向湖南四公司支付欠付工程款 66007605.23 元的利息,自 2015 年 9 月 22 日起按照中国人民银行发布的同期同类贷款利率计息。

关于未完工程及逾期交工责任承担问题。关于未完工程,本案公路工程部分零星扫尾工程未最终完工,洪洞交通局协调扫尾工程由案外人完成,工程款由洪洞交通局负责代为支付,案外人同时承诺工程质量由其自己负责与湖南四公司无关,洪洞交通局直接安排案外人直到工程验收合格为止,洪洞交通局工程指挥部在协调人处签章。湖南四公司、洪洞交通局与案外人的协议、承诺与确认系其自愿行为,实质已经将涉案《施工合同》的权利与义务作出变更,且案外人已经实际进行施工,洪洞交通局应继续协调各方完成后续扫尾工程。关于逾期交工责任承担,根据双方合同约定,逾期交工违约金按每日 2 万元计算;工期为 335 天。招标第 2 号补遗书载明开工时间为 2014 年 1 月 15 日,但《施工合同》约定承包人应按监理人指示开工,根据合同文件顺序的约定,应以监理人指示开工为准,而洪洞交通局未提交监理人指示开工的证据。根据湖南四公司自

认，实际开工日为2014年3月15日，洪洞交通局亦无相反证据加以否定，对此一审法院予以确认实际开工日为2014年3月15日，由此工期应计算至2015年2月13日。如前所述，本案公路工程竣工时间为2015年9月22日，其后仍有扫尾工程未实际完工，本案中存在着工期延误的情形。根据双方当事人提交的相关证据、出庭证人证言及当事人陈述，双方当事人均存在造成工期延误的行为，如湖南四公司存在施工不规范、管理不到位等情形，洪洞交通局存在设计方案变更、迎接领导考察等行为事件，扫尾工程亦由洪洞交通局协调案外人完成并同意由案外人负责工程质量，洪洞交通局工程指挥部直接安排案外人整改，至工程后期湖南四公司对工期是否延误已经不可掌控。由于双方均有造成工期延误的行为，逾期交工责任应由双方分担。逾期交工责任自应交工之日2015年2月14日起计算至竣工前一日2015年9月21日，共219天，按每日2万元计算，共计438万元，由双方当事人各半分担，各自承担219万元。

关于完善工程资料、开具发票的问题。完善工程资料并就已付工程款开具发票是湖南四公司应履行的合同附随义务，对此湖南四公司不持异议，故湖南四公司应将涉案工程资料妥善移交洪洞交通局，并根据洪洞交通局已付款数额94157112元开具发票，洪洞交通局继续支付的工程款，湖南四公司均应开具相应数额的发票。

关于洪洞交通局造成湖南四公司损失的责任承担问题。湖南四公司诉请洪洞交通局赔偿损失51109900元，根据《中华人民共和国合同法》第一百零七条规定：“当事人一方不履行合同义务或者履行合同义务不符合约定的，应当承担继续履行、采取补救措施或者赔偿损失等违约责任。”第一百一十二条规

定：“当事人一方不履行合同义务或者履行合同义务不符合约定的，在履行义务或者采取补救措施后，对方还有其他损失的，应当赔偿损失。”本案中，根据双方合同约定，因发包人原因造成停工的属于发包人违约。本案工程实际施工人常德德源劳务有限公司的法定代表人剪林源出庭作证，证明本案施工过程中实际存在停、窝工情况，结合湖南四公司的相关证明文件及鉴定报告中停窝工损失明细表，本案公路工程施工过程中存在部分窝工补偿等损失赔偿情形，其中与常德德源劳务有限公司有关的窝工补偿损失可予以确认，其他损失因无法核实，一审法院不予确认。涉及常德德源劳务有限公司的窝工损失及数额为：施工用电窝工补偿 7977600 元（实收 550 万元），迁移高压线路窝工补偿 3294000 元（实收 180 万元），箱梁锚具设计变更窝工补偿 129 万元（实收 90 万元），改排水设计方案变更窝工补偿包括 504 万元（实收 300 万元）、1377600 元（实收 100 万元）两笔损失赔偿，装饰塔设计变更窝工补偿 2721800 元（实收 150 万元），起点平交口设计方案变更窝工补偿 3239500 元（实收 160 万元），汾河洪水窝工补偿 2431800 元（实收 200 万元）等事件。其中，关于施工用电窝工补偿，根据双方签订合同约定，承包人应自行与有关部门协商解决施工用电、用水、通讯问题，所发生的一切费用均应含入承包人的投标报价中，发包人将不另行支付。据此，施工用电问题属于承包人义务，由此引起的窝工损失不应由洪洞交通局承担。关于迁移高压线路窝工补偿，根据合同约定，发包人应向承包人提供施工场地，发包人负责办理永久占地的征用及与之有关的拆迁赔偿手续并承担相关费用。据此，施工场地内高压线路的迁移属于洪洞交通局义务，由此引起的窝工损失应由洪洞交通局承担违约责任。关于箱梁锚具设计变更、改排水

设计方案变更、装饰塔设计变更、起点平交口设计方案变更窝工补偿，因设计变更引起的窝工损失应由洪洞交通局承担违约责任。关于汾河洪水窝工补偿，汾河洪水属于不可抗力，根据双方合同约定，因不可抗力造成承包人的停工损失由承包人承担，故由此引起的窝工损失不应由洪洞交通局承担。综上，因洪洞交通局原因造成湖南四公司实际窝工损失共计 980 万元

（180 万元+90 万元+300 万元+100 万元+150 万元+160 万元），应由洪洞交通局承担。洪洞交通局主张，湖南四公司应根据合同约定的索赔程序主张权利，湖南四公司未在损失事件发生 28 天内提出索赔申请则丧失索赔权利。但双方当事人签订的合同文件中既有工程索赔也有违约责任的约定，上述窝工损失符合合同中关于发包人违约的约定，湖南四公司要求洪洞交通局承担违约责任赔偿其损失的诉请有法律及合同依据，洪洞交通局关于湖南四公司应按照索赔条款主张权利而不能按违约条款主张权利的观点没有法律及合同依据，一审法院不予采信。

综上所述，湖南四公司及洪洞交通局的部分诉讼理由成立，本诉与反诉的诉讼请求一审法院予以部分支持。依照《中华人民共和国合同法》第五十二条、第一百零七条、第一百一十二条，《最高人民法院关于审理建设工程施工合同纠纷案件适用法律问题的解释》第一条、第十四条、第十七条、第十八条之规定，该院判决：一、洪洞县交通运输局于判决生效后十五日内支付湖南省第四工程有限公司工程款 66007605.23 元及利息（自 2015 年 9 月 22 日起至实际付清之日止，按照中国人民银行发布的同期同类贷款利率计息）；二、洪洞县交通运输局于判决生效后十五日内赔偿湖南省第四工程有限公司损失 9800000 元；三、湖南省第四工程有限公司于判决生效后十五日内支付洪洞县交通运输局违约金 2190000 元；四、湖南省第

四工程有限公司于判决生效后十五日内向洪洞县交通运输局开具 94157112 元发票；五、湖南省第四工程有限公司于判决生效后十五日内向洪洞县交通运输局移交涉案工程资料；六、驳回湖南省第四工程有限公司的其它诉讼请求；七、驳回洪洞县交通运输局的其它反诉请求。湖南省第四工程有限公司、洪洞县交通运输局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》第二百五十三条的规定，加倍支付迟延履行期间的债务利息。案件受理费 749243 元、反诉案件受理费 61810 元、鉴定费 2000000 元及 53000 元，共计 2864053 元，由湖南省第四工程有限公司负担 545738 元，洪洞县交通运输局负担 2318315 元。

本院二审期间，当事人围绕上诉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。湖南四公司提交证据如下：证据一，中国银行网上银行电子回单及汇款凭证，合计金额 7162900 元，证明一审判决之后湖南四公司向常德市德源劳务有限公司支付了劳务补偿款 7162900 元；证据二，湖南四公司出具的委托付款函，内容为湖南四公司委托该公司山西分公司会计杨东向德源劳务公司付款；证据三，德源劳务公司出具的指定收款函及收据各两份，证明德源劳务公司指定了相关收款账户，并在收款后出具收据两份。

洪洞交通局质证意见如下：真实性无法确认，无正式的税务发票，收款人非德源劳务公司而是两个自然人，且无必要的施工资料和索赔资料、结算资料、计量资料等予以佐证，也不能排除上述款项在支付后又回转给湖南四公司的资金空转可能性。

因洪洞交通局对湖南四公司所提交新证据的真实性虽有异议，但没有提供相反证据或充分理由予以反驳，再结合原审其他证据，本院对湖南四公司所提交的上述新证据予以采信。

本院二审查明：一审判决宣判后，2019年1月10日，湖南四公司向德源劳务公司出具《委托付款函》一份，委托该公司山西分公司会计杨东通过其个人银行卡进行付款；同日，德源劳务公司亦向湖南四公司出具《指定收款函》两份，分别指定曾祥定、刘义平的个人账户代为收款4000000元、3162900元。随后，湖南四公司通过其会计杨东的个人账户，并按照德源劳务公司指定的账户和金额进行了付款，德源劳务公司向湖南四公司出具了金额分别为4000000元、3162900元的收据两份。

本院对一审查明的其它事实予以确认。

本院认为，根据双方当事人的上诉与答辩意见，本案二审争议的焦点问题是：一、洪洞交通局已付工程款的数额为多少；二、湖南四公司的损失数额应如何认定和分担；三、湖南四公司应支付的违约金数额应如何认定。

关于洪洞交通局已付的工程款数额问题，洪洞交通局上诉主张其支付给洪洞市政公司的1520万元及支付给南通六建的500万元应作为已付工程款予以扣除。根据合同相对性，洪洞市政公司就案涉工程仅与湖南四公司存在分包关系，其所完成的施工量及价款，应由双方进行结算。在未经湖南四公司的付款指示或授权下，洪洞交通局对其向洪洞市政公司备注为借款的1520万元转款行为，仅在其与洪洞市政公司之间产生法律效力，而无权就此向湖南四公司主张权利。根据原审法院委托太原市通昱工程造价咨询有限公司所作的《通昱价鉴函【2018】006号工程造价鉴定意见书》显示：案涉工程已完工程造价金

额 160164717.23 元中，未包含工程资料显示为南通六建施工的工程部分，洪洞交通局并无相反证据可以推翻上述鉴定意见或证明湖南四公司对南通六建的施工成果主张了权利，且湖南四公司、洪洞交通局经共同对账后签署的《工程款收付双方对账明细确认文件》中，亦未将洪洞交通局支付给南通六建的 500 万元作为洪洞交通局支付湖南四公司的工程款 9361 万元计入，故洪洞交通局关于将其对南通六建的付款认定为对湖南四公司已付工程款的上诉主张，缺乏依据，本院不予支持。

关于湖南四公司的损失数额的认定和分担问题。根据双方合同约定，因发包人原因造成暂停停工或工期延误的属于发包人违约，《中华人民共和国合同法》第一百零七条、第一百一十二条亦规定，当事人一方履行合同义务不符合约定的，应当承担赔偿损失等违约责任。本案施工过程中实际存在停、窝工情况，根据湖南四公司的相关证明文件及案涉鉴定报告中停窝工损失明细表，其中因发包人原因造成的（具体包括设计变更、未提供合格施工场地等）、与实际施工人德源劳务公司有关的窝工补偿损失，结合湖南四公司的实际付款情况可予以确认，具体数额为：迁移高压线路窝工补偿 3294000 元，箱梁锚具设计变更窝工补偿 129 万元，改排水设计方案变更窝工补偿包括 504 万元、1377600 元两笔损失赔偿，装饰塔设计变更窝工补偿 2721800 元，起点平交口设计方案变更窝工补偿 3239500 元，上述费用合计 16962900 元，一审判决前实付 980 万元，一审判决宣判后湖南四公司又向德源劳务公司支付了剩余的 7162900 元，对于湖南四公司后续支付的费用，应当在一审判决的基础上予以增加。洪洞交通局上诉称湖南四公司未按约定的索赔程序提出索赔，对此本院认为，双方在案涉合同中既约定了索赔程序，也约定了违约情形和对应责任，湖南四公

司选择依照双方关于违约的约定及法律规定，主张洪洞交通局承担违约责任，并无不当。对于汾河洪水窝工补偿 2431800 元（实收 200 万元），根据案涉鉴定报告，有总包方与劳务队签订清理施工现场补偿确认书为证，性质应为清理、修复工程费用。但根据双方合同约定，因不可抗力造成承包人的停工损失由承包人承担，停工期间应监理人要求照管工程和清理、修复工程的金额由发包人承担，湖南四公司并不能举证证明其上述清理、修复行为系应监理方要求为之，故其要求洪洞交通局承担上述费用的依据不足。关于施工用电窝工补偿，根据双方签订合同约定，承包人应自行与有关部门协商解决施工用电、用水、通讯问题，所发生的一切费用均应含入承包人的投标报价中，发包人将不另行支付。据此，施工用电问题属于承包人义务，由此引起的费用不应由洪洞交通局承担。

关于湖南四公司应支付的违约金数额问题。洪洞交通局上诉称原审判决认定的案涉工程开工时间及竣工时间均有误，因而据此计算的违约金数额不当。首先，关于工程开工时间，招标第 2 号补遗书载明开工时间为 2014 年 1 月 15 日，但《施工合同》又约定承包人应按监理人指示开工，根据双方关于合同文件效力顺序的约定，应以后者为准，即以监理人指示开工的时间为准。但洪洞交通局未提交监理人指示开工的证据，原审判决将湖南四公司自认的实际开工日 2014 年 3 月 15 日，在洪洞交通局无相反证据加以否定的情况下，认定为开工时间并无不当。洪洞交通局上诉主张开工时间应当早于 2012 年 9 月 10 日，该时间不仅与招标第 2 号补遗书所载内容不符，也远早于双方签订案涉《施工合同》的时间，以此作为开工时间并计算违约金，与双方当事人的真实意思不符。其次，关于案涉工程的竣工时间，本案双方当事人未正式办理工程移交手续，但已

经于 2015 年 9 月 22 日通车，即发包人洪洞交通局已经擅自使用，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》第十四条之规定：“当事人对建设工程实际竣工日期有争议的，按照以下情形分别处理：……（三）建设工程未经竣工验收，发包人擅自使用的，以转移占有建设工程之日为竣工日期。”原审判决将实际通车日 2015 年 9 月 22 日作为工程竣工时间具有相应的法律依据。根据上述工程开工时间和竣工时间，原审判决计算工程逾期天数（219 天）和认定违约金（每日 2 万元计算，共计 438 万元），并鉴于双方均有导致工期延误的行为，判令双方各半分担，并无不当。

综上，湖南省第四工程有限公司的部分上诉理由成立，洪洞县交通运输局的上诉理由均不成立，原审判决认定的事实基本清楚，但部分处理欠妥，本院在新查明事实的基础上依法予以改判。依照《中华人民共和国合同法》第五十二条、第一百零七条、第一百一十二条，《最高人民法院关于审理建设工程施工合同纠纷案件适用法律问题的解释》第一条、第十四条、第十七条、第十八条，《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、维持山西省高级人民法院（2017）晋民初 31 号民事判决第一项、第三项、第四项、第五项、第七项，即：洪洞县交通运输局于判决生效后十五日内支付湖南省第四工程有限公司工程款 66007605.23 元及利息（自 2015 年 9 月 22 日起至实际付清之日止，按照中国人民银行发布的同期同类贷款利率计息）；湖南省第四工程有限公司于判决生效后十五日内支付洪洞县交通运输局违约金 2190000 元；湖南省第四工程有限公司于判决生效后十五日内向洪洞县交通运输局开具 94157112 元发票；湖南省第四工程有限公司于判决生效后十五日内向洪洞县

交通运输局移交涉案工程资料；驳回洪洞县交通运输局的其它反诉请求。

二、撤销山西省高级人民法院（2017）晋民初 31 号民事判决第二项、第六项。

三、洪洞县交通运输局于本判决生效后十五日内赔偿湖南省第四工程有限公司损失 16962900 元。

四、驳回湖南省第四工程有限公司的其它诉讼请求。

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

一审案件受理费 749243 元、反诉案件受理费 61810 元、鉴定费 2000000 元及 53000 元，共计 2864053 元，由湖南省第四工程有限公司负担 545738 元，洪洞县交通运输局负担 2318315 元；二审案件受理费 402933.8 元，由湖南省第四工程有限公司负担 63616.9 元，洪洞县交通运输局负担 339316.9 元。

本判决为终审判决。

审判长 包剑平

审判员 朱 燕

审判员 谢 勇

二〇一九年六月二十七日

法官助理刘平安

书记员袁正明