

青海省高级人民法院 民 事 判 决 书

(2022)青民终167号

上诉人(原审被告、反诉原告):青海盛某有限公司。住所:青海省西宁市湟源县。

法定代表人:林某,该公司执行董事兼总经理。

委托诉讼代理人:王玉芳,青海辉湟律师事务所律师。

委托诉讼代理人:莫大明,青海辉湟律师事务所律师。

被上诉人(原审原告、反诉被告):甘肃第某有限责任公司。住所:甘肃省兰州市安宁区。

法定代表人:胡某,该公司董事长。

委托诉讼代理人:王磊,青海乾润律师事务所律师。

委托诉讼代理人:祖冲,广东卓科律师事务所律师。

上诉人青海盛某有限公司(以下简称盛某公司)因与被上诉人甘肃第某有限责任公司(以下简称第某公司)建设工程施工合同纠纷一案,不服青海省西宁市中级人民法院(2020)青01民初80号民事判决,向本院提起上诉。本院于2022年8月16日立案后,依法组成合议庭,并于2022年9月19日公开开庭进行了审理。上诉人盛某公司的委托诉讼代理人王玉芳、莫大明,被上诉人第某公司的委托诉讼代理人王磊到庭参加诉讼。本案现已审理终结。

盛某公司上诉请求:1.撤销一审判决第二项,改判第某公司向盛某公司返还已付一期工程预付款6000000元,及资金占用费783945.21元(自2017年6月21日至2020年3月20日,实际应计至全部返还一期工程预付款为止);向盛某公司返还已付二期工程预付款17000000元,及资金占用费

2221178.08 元（自 2017 年 6 月 21 日至 2020 年 3 月 20 日，实际应计至全部返还二期工程预付款为止）；2. 撤销一审判决第三项，改判第某公司系导致《福茵大华“青藏高原原产地特色产业”聚集园项目（B 标段）施工承包合同》解除的违约方，第某公司应承担因福茵大华“青藏高原原产地特色产业”聚集园项目一期工期延误的违约金 7350000 元；3. 撤销一审判决第六项，改判第某公司承担因履约保证金给付延误的违约金 1080733.33 元；4. 一、二审全部本诉、反诉诉讼费用及其他费用由第某公司承担。

事实和理由：一、第某公司通过书面文件自认由于劳动力、材料、施工计划等因素影响，施工进度较慢，先期已经构成工期违约，后又未能按照承诺的工期节点完成工程验收，已构成根本性违约。一审法院仅以两个单体的分部分项验收时间处于“合理时间”内，便认定第某公司工期违约不成立，认定有误。根据《施工承包合同》约定，一期工程竣工日期为 2017 年 11 月 26 日，第某公司在合同执行过程中，工期严重滞后。对于第某公司的工期违约事实，第某公司在 2018 年 5 月 19 日福茵大华聚集园项目部标段出具的《保证》中已经自认。根据第某公司 2018 年 7 月 9 日出具的《福茵大华聚集园项目部 B 标段工程施工进度计划》，第某公司承诺 2018 年 7 月 15 日主体施工完成，2018 年 11 月 15 日进行该工程一期竣工验收，承诺劳动力计划 155 人。在实际执行过程中，第某公司未能按照承诺配置施工资源，存在大量进度和质量问题。2018 年 10 月 24 日，盛某公司向第某公司发送《福茵大华“青藏高原原产地特色产业”聚集园项目 B 标段工程施工进度的函》。第某公司直至 2018 年 11 月 11 日，才进行案涉工程一期的 S2 商业、4 号酒店主体结构的分部验收，距实现工程一期竣工验收还有大量

未完工作，构成重大工期违约。2019年初，经盛某公司及监理单位多次催促，第某公司均未办理复工手续，且对部分周转材料和设备进行撤场。截至2020年3月20日，一期工程逾期490天，按照合同约定的一期相应工程造价计算违约金，第某公司应承担7350000元工程逾期违约金。二、应按照“三类取费总造价下浮2%”的合同约定进行计价，对于没有签证依据的内容不应计价，甲供材料的造价应在第某公司已完工程造价中扣除。盛某公司已付款项已经涵盖第某公司已完工程的价款，对第某公司不欠付工程款和利息。一审法院对于最高人民法院于“设计变更的工程价款处理”理解有误。参照结算工程价款的是因为设计变更导致工程量和质量发生变化的部分工程价款。对于因设计变更导致部分工程量或工程质量发生变化的，对该部分工程的价款结算方法和标准，才可以参照当地主管部门发布的方法和标准处理，对于工程量和质量未发生变化的工程，应当依照原合同约定处理。二期工程的变更（取消），并不涉及一期工程的工程量和工程质量的变化，故依照最高人民法院民一庭的意见，第某公司已完工部分的工程价款应当依照原合同约定处理，即“全部按三类取费总造价下浮2%”进行计价。另，根据司法鉴定机构出具的鉴定意见书，已完工程造价包含了甲供混凝土的造价，该部分造价应在第某公司已完工程造价中扣除。三、一审法院迳行判决违约金4985200元的依据不足、认定事实不清，违反了不告不理的审判原则。第某公司的诉求中仅包括工程款及各项损失40000000元，其并没有在诉讼请求主张过违约金。一审法院仅仅以简单的“第某公司请求”为依据支持了违约金并按照第某公司主张的违约金比例进行了计算，没有任何法律及事实依据，第某公司在第一期没有完工就擅自停工的情况下，一审法院按照第某公

司的计算比例 1.133% 计算违约金，该比例既不是合同约定，也没有法律规定。盛某公司对案涉二期工程进行变更（取消），根本上是由于第某公司的在先违约和糟糕的履约能力使盛某公司的最初规划无法执行所致，例如不守承诺、工期违约、延期提交履约担保、拖欠农民工工资导致恶性农民工讨薪事件、工程质量问题数量多、项目经理经常不在岗、未能履行岗位带班制度等。第某公司违约在先，导致合同目的无法实现，一审法院判决盛某公司承担取消二期工程的违约责任，与事实真相相违背。一审法院认定盛某公司因整体规划原因决定对第某公司承建施工工程及项目的范围进行变更。该认定意见故意忽视第某公司违约在先且拒不整改导致合同目的无法实现的事由，以此认定一期工程因“设计变更”使用一类取费标准进行结算，且认定由盛某公司承担取消二期工程的违约责任，对于盛某公司来说显失公平。四、一审法院认为“工程预付款支付是工程款的保证属性，主要是用于工程款项的支付和结算而为的一种保证行为”系毫无法律根据和工程合同常识的主观认定；相反，工程预付款的支付是由建设工程合同的特点所决定的，建设工程合同涉及的标的额一般巨大，发包人通过预付一定资金给承包人，使其能够预先购买材料、设备等，并在工程进度款中进行抵扣。本案中，既《施工承包合同》因第某公司违约而提前解除，第某公司应将盛某公司支付的工程预付款及占用期间的资金占用费全额退还。五、第某公司未按照合同约定提交履约保证金，构成根本违约。一审法院仅以双方变更了履约担保的执行方式，在未查明第某公司是否履行了变更后的《履约保证金协议书》基础上，便认定第某公司不应支付延期支付履约保证金的违约金，无事实和法律依据。盛某公司与第某公司于 2016 年 6 月签订了《履约保证金协议书》，补充约

定在合同签订后 10 日内，第某公司向盛某公司提交 26000000 元的银行履约保函，当盛某公司支付完合同内约定的第一个节点的工程进度款后，在 7 个工作日内，第某公司向发包人提供与履约保函同等额度的现金履约保证金，提供的现金履约保证金替换原银行履约保函。第某公司未能按照《履约保证金协议书》的约定履行履约担保义务，直至 2017 年 6 月 22 日才向盛某公司完成了全部履约保证金的支付，延期支付约一年。盛某公司主张参照《施工承包合同》关于发包人延期支付工程款的约定计算。六、关于临时设施搬迁费用，一审判决认定错误。

一审判决直接以第某公司提供其单方制作的《二次临时设施搬迁费用表》认定搬迁费用为 466400 元，属于认定基本事实错误。首先，第某公司在搭设临时设施时就应该考虑搭设位置，此临时设施搬迁过错在第某公司；其次，第某公司提供的《二次临时设施搬迁费用表》中第 4 项集装箱租金，单位为：

“间”、数量为：“27000”单价为 10 元、合价为 270000 元（租赁时间为 2019 年 4 月至 2021 年 11 月共计 30 个月），第某公司主张搬迁费，但此部分系租金，且其租赁的集装箱高达 27000 间；最后，第某公司用于印证进行场地硬化的证据为 87 页《工程联系单》、89 页四张送货单，四张送货单时间为 2018 年 6 月 8 日和 2018 年 7 月 16 日，而盛某公司下发搬迁的工程联系单的时间为 2017 年 10 月 13 日，很明显该部分《二次临时设施搬迁费用表》显示计算依据为第某公司伪造或冒充。七、关于盛某公司提出的争议项，一审法院仅仅依据已发生就将该部分计入第某公司已完工程价款不合理，一审法院认定事实错误。（一）争议项 4 暖棚法施工，由于第某公司在 2016 年年底停工地下室施工未完全达到正负零，故第某公司为了赶进度要进行冬季施工，根据合同而因此发生的费用应当由第某公司

承担，并且此项费用未办理工程签证，根据《施工承包合同》8.3.2条规定，应当视为该项变更不涉及合同价款的变更。

（二）关于满堂基础满堂脚手架，根据2004《青海省建设工程消耗量定额》规定，“满堂基础套用满堂基础基本层定额项目的50%计算脚手架”，本工程是独立基础加筏板基础，非满堂基础，实际施工基础时未搭设满堂脚手架，故此争议项不应列入已完工程量。地下室主体施工已整体计算满堂脚手架，无任何规定地下室再计算外脚手架，而且现场施工无依据显示盛某公司要求第某公司搭设外脚手架，仅从照片无法判定就是外脚手架，而且即使搭设也属于安全文明施工的要求，故此争议项不应列入已完工程量。（三）关于垂直运输争议项，根据2004《青海省建设工程消耗量定额》规定，“垂直运输包括在合理工期内完成单位工程全部工程项目所需的垂直运输台班费用，计算按照建筑面积计算”，第某公司仅施工了单位工程的主体及部分砌体工程，还剩室内外装饰工程、门窗、水电暖安装等工程，故按照比例计取，应该按照单位工程造价比例计取，经核算第某公司已完工程造价占单位工程总造价比例约50%，应当按50%计取。八、第某公司起诉时的全称为：“甘肃第某有限责任公司”，一审法院在列举原被告部分、判决内容部分均将“甘肃第某有限责任公司”错列。

第某公司辩称，1. 盛某公司上诉请求及相应事实理由均为一审案件的事实和理由，一审法院对此部分分析理由充分、合理合法，且证据论证充分。盛某公司的动机仅为了延迟支付应付的工程款项，浪费司法资源。对于一审判决，根据合同规定盛某公司应当以所拖欠工程款为基数的银行利息的两倍计算利息。而一审法院仅仅支持了110000元的利息，盛某公司因此获利了几百万元。第某公司之所以没有上诉的原因是财务紧张而

放弃了部分权益。2. 对于盛某公司提出的一、二期工程预付款及其利息、资金占用费的问题。退还根本无法律依据，工程的预付款就是为了支付工程款的保证属性，主要是用于工程的款项支付和结算的一种保证，最终用于抵付工程款项的作用。即使本案案涉合同解除，也不应当作出退还处理。3. 对于盛某公司请求第某公司承担工期延误违约责任毫无道理。本案违约责任人是盛某公司，而不是第某公司。第一，盛某公司于 2019 年 4 月 8 日擅自发出了变更总承包合同的通知函，是盛某公司首先违约。第二，2018 年 7 月 23 日第某公司沟通要求解决二期工程的施工问题的时候，盛某公司拒绝答复。第三，盛某公司拒付工程款，导致工人讨薪事件的发生，应当负有完全责任，并不是其解除二期合同的理由。盛某公司未能及时提供图纸延误合同工期，至一审诉讼结束，盛某公司并没有提供符合合同条件的图纸。合同约定的开工日期为 2016 年 6 月 25 日，但实际开工日期为 2016 年 9 月 1 日。主要原因有以下三个方面：第一，图纸不能按时交付。第二，场地无法移交。第三，降水根本没有达到施工条件。同时，在合同履行过程中，盛某公司频繁进行工程设计变更导致工期延误。例如，2017 年 6 月 18 日 11、12 号厂房设计发生变更。2017 年 7 月 18 日，S2 酒店发生变更。2018 年 4 月 3 日遇到降水，施工图纸频繁变更，未提供图纸等诸多问题，严重影响施工进度。4. 对于盛某公司提出的延期支付履约保证金的请求。双方合同 11.4 条款中并没有约定此违约责任条款，不应当支付。5. 第某公司提供的所谓的《二次临时设施搬迁费用表》第 4 项集装箱租金单位为“间”数量为“27000”，对此盛某公司提出了质疑。实际上，27000 元的计算依据，是单价 10 元每天 3 个，每天为 30 元，每月为 900 元。本案集装箱使用时间为 2019 年 4 月至 2021 年 11 月，共计

30 个月，实际上只有 3 间。6. 关于垂直运输费还有满堂基础脚手架的问题。在一审过程中，双方当事人以及人民法院都与鉴定机构进行了详细询问，也将双方的计算依据详细地向鉴定机构进行了反映。鉴定机构根据现场发生的问题划分了相应比例，完全符合法律规定。综上所述，恳请二审法院查明事实，判决驳回盛某公司的全部上诉请求，维持一审判决。

第某公司向一审法院起诉请求：1. 判令解除第某公司与盛某公司签订的《福茵大华“青藏高原原产地特色产业”聚集园项目（B 标段）施工承包合同》；2. 判令由盛某公司向第某公司支付工程款及各项损失 40000000 元，并支付自应付之日起至实际付清之日的欠付利息，利息按照同期同类人民币贷款利率计算，利息暂时计算为 101578.75 元；3. 判令第某公司对盛某公司的在建工程享有优先受偿权；4. 本案全部诉讼费用由盛某公司承担。

盛某公司向一审法院反诉请求：1. 判令解除盛某公司与第某公司签订的《福茵大华“青藏高原原产地特色产业”聚集园项目（B 标段）施工承包合同》并确认第某公司系违约方；2. 判令第某公司向盛某公司返还已付的一期工程预付款 6000000 元；3. 判令第某公司向盛某公司承担已付一期工程预付款 6000000 元的资金占用费 783945.21 元（自 2017 年 6 月 21 日至 2020 年 3 月 20 日），并判令第某公司支付资金占用费直至全部返还一期工程预付款为止；4. 判令第某公司向盛某公司返还已付二期工程预付款 17000000 元；5. 判令第某公司向盛某公司承担已付二期工程预付款 17000000 元的资金占用费 2221178.08 元（自 2017 年 6 月 21 日至 2020 年 3 月 20 日），并判令第某公司支付资金占用费直至全部返还二期工程款为止；6. 判令第某公司承担因履约保证金给付延误的违约金

1080733.33 元；7. 判令第某公司承担因福茵大华“青藏高原原产地特色产业”聚集园项目一期工期延误的违约金 7350000 元；以上共计：34435856.60 元。8. 本案的本诉及反诉诉讼费用及其他费用由第某公司承担。诉讼中，盛某公司又增加一项反诉请求：判令第某公司立即撤离施工现场并向盛某公司移交已完工程及相关施工工程的全部资料。

一审法院认定事实：2016 年 6 月 15 日，盛某公司（发包方）与第某公司（承包方）签订《福茵大华“青藏高原原产地特色产业”聚集园项目（B 标段）施工承包合同》，约定由第某公司承建盛某公司发包的位于青海省湟源县大华镇的“青藏高原原产地特色产业”聚集园项目工程。合同约定工程名称：福茵大华“青藏高原原产地特色产业”聚集园项目。工程地点：青海省湟源县大华镇工程。工程内容：福茵大华青藏高原原产地特色产业聚集园项目 B 标段，总建筑面积 306960 平方米，其中地下室 77000 平方米，地上是 229960 平方米；其中一期建筑面积 78278 平方米，二期建筑面积 228682 平方米，具体以施工设计图为准。合同约定工期总日历天数 517 天。开工日期：2016 年 6 月 26 日，竣工日期：2017 年 11 月 26 日。工程质量标准：一次性验收达到国家合格标准，其中 4 号酒店争创青海省建筑工程“江河源”杯奖。合同价款：暂定金额：600000000 元（其中：一期为 160000000 元，二期为 440000000 元）。最终根据本合同相关条款按实结算。合同约定，因发包人原因不能按照协议约定的开工工期开工，工程师应以书面形式通知承包人，推迟开工日期。发包人赔偿承包人因延期开工造成的损失，并相应顺延工期。关于工程量的确认，以工程师收到承包人报告后 7 日内未进行计量，从第 8 日起，承包人报告中开列的工程量即视为被确认，作为工程价款支付的依据。

工程师不按约定时间通知承包人，致使承包人未能参加计量，计量结果无效。工程设计变更中，增减合同中约定的工程量，因变更导致合同价款的增减及造成的承包人损失，由发包人承担，延误的工期相应顺延。关于工程预付款，约定双方签订合同后，承包人向发包人支付履约保证金后 10 个工作日内，发包人向承包人支付工程预付款 23000000 元。其中：一期预付款为 6000000 元、二期预付款为 17000000 元。发包人如果逾期支付，按照同期银行贷款利率支付给承包人违约金。若延迟支付工程结算款，发包人按同期银行贷款利率的双倍支付利息。对案涉工程的担保事项，约定承包人向发包人提供履约担保，担保方式为：在合同签订后 10 日内，承包人向发包人提交 26000000 元的现金履约保证金。其中：一期现金履约保证金为 7000000 元，二期现金履约保证金为 19000000 元。就案涉工程的施工内容、工程价款、验收标准等内容均进行了约定。

案涉合同签订后，因一期工程前期准备工作不足等诸多因素影响，福茵大华“青藏高原原产地特色产业”聚集园项目 B 标段 11、12 号厂房工程于 2016 年 9 月 1 日正式开工。福茵大华“青藏高原原产地特色产业”聚集园项目 B 标段 S2 商业及 4 号酒店工程，开工日期定于 2017 年 4 月 25 日。

2017 年 10 月 13 日，盛某公司按照其总体施工计划，为开展二期施工顺利进行，要求第某公司配合其完成施工生活区及钢筋加工场地，限 10 日内移除二期开挖范围；钢筋加工厂南侧围挡外的建筑材料，限 3 日内移除二期开挖范围。

2017 年 12 月 8 日，第某公司完成一期工程备案手续后请求盛某公司退还其已缴纳履约保证金 3000000 元（其中一期 1000000 元、二期 2000000 元）中一期工程履约保证金 1000000

元。盛某公司回复第某公司需认真查阅合同并理解相关条款内容后再做申报。

2018年5月19日，第某公司福茵大华聚集园项目B标段项目经理部向盛某公司湟源项目部出具保证，载明第某公司承建的福茵大华“青藏高原原产地特色产业”聚集园项目B标段工程，由于劳动力、材料、施工计划安排等影响，施工进度较慢，根据现场情况及2018-004、005、006号联系单要求，对现场施工做调整安排，保证按已经上报的施工进度计划完成最终节点。

2018年7月25日，福茵大华“青藏高原原产地特色产业”聚集园项目B标段工程的S2商业及4号酒店、11、12号厂房地基与基础部分质量经第某公司、青海岩某有限公司、中国中某有限公司、浙江宏某有限公司西宁分公司验收合格。

2018年8月22日，福茵大华“青藏高原原产地特色产业”聚集园项目B标段工程11、12号厂房主体结构工程质量验收合格。2018年11月1日福茵大华“青藏高原原产地特色产业”聚集园项目B标段工程S2商业楼及4号酒店主体分部工程质量验收合格。

2018年9月25日第某公司向盛某公司出具账户联系函，提供账号×××作为农民工工资专用账户，请求盛某公司将每次支付第某公司的工程进度款总额的40%作为农民工工资支付至此账户。账户有效期自2018年9月25日起至福茵大华“青藏高原原产地特色产业”聚集园项目B标段一期工程完工为止。

2018年12月26日，盛某公司向第某公司提供的×××账号支付700000元。2019年1月16日，盛某公司向第某公司×××账号支付515571元。以上共计1215571元。

2019年4月8日，盛某公司向第某公司作出了《关于变更施工总承包合同承包范围的函》，函件内容载明，原合同中约定的至今还未开建的二期工程因整体规划暂无法确定实际开工期限，尤其是考虑到在公司款项及时支付到位的情况下，因第某公司多次拖欠农民工工资，严重影响盛某公司正常经营及声誉，以及第某公司在履行原合同一期工程中现实表现的不良承建能力和信誉，盛某公司决定对双方原总施工承包合同中约定的由第某公司承建施工工程及项目的范围进行变更，工程总价款视变更后承建的工程范围以实结算执行，不涉及原合同中其他任何内容的变更。第某公司仍按照原总包合同专用条款、通用条款等在工程进度、工程结算等约定按质按量按期交付一期工程。

2019年9月11日，因案涉工程长期停工，湟源县建筑工程质量监督站向盛某公司发出告知书，中止了对案涉工程的施工安全监督。

现盛某公司主张其已向第某公司已支付工程款应总计为43116897.44元，已预付工程款23000000元（一期6000000元、二期17000000元）。共计已付款为66116897.44元。第某公司认可其已收到工程款总计为42988088.36元（第某公司冬季赶工甲供混凝土添加防冻剂费用120290元、罚款3000元、2019年7月至11月电费5508.08元。第某公司主张该三笔差额款项在盛某公司已付工程款中应予扣减）。

因福茵大华“青藏高原原产地特色产业”聚集园项目B标段工程一期项目未全部完成施工，第某公司申请对该项目中其已完成施工部分（包括11、12号厂房、S2商业及4号酒店）的工程造价进行司法鉴定。青海五某有限公司对福茵大华“青藏高原原产地特色产业”聚集园项目B标段工程11、12号厂

房、S2 商业及 4 号酒店等已完工程造价进行了司法鉴定，作出五联鉴字（2021）第 004 号造价鉴定意见书，鉴定意见为：

（一）福茵大华“青藏高原原产地特色产业”聚集园项目 B 标段工程 11、12 号厂房、S2 商业及 4 号酒店的全部已完工程造价（一类取费）：71040483.26 元（已完工程造价包括甲供混凝土 10748320.22 元）；（二）福茵大华“青藏高原原产地特色产业”聚集园项目 B 标段工程 11、12 号厂房、S2 商业及 4 号酒店的全部已完工程造价（三类取费）：66264809.32 元（已完工程造价包括甲供混凝土 10533353.82 元）。

一审法院认为，根据《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国民法典〉时间效力的若干规定》第一条第二款“民法典施行前的法律事实持续至民法典施行后，该法律事实引起的民事纠纷案件，适用民法典的规定，但是法律、司法解释另有规定的除外”之规定，本案不应适用《中华人民共和国民法典》，应当适用之前的相关法律规定。

一、关于第某公司与盛某公司签订的《福茵大华“青藏高原原产地特色产业”聚集园项目（B 标段）施工承包合同》应否解除及第某公司是否系案涉合同违约方的问题

依法成立的合同，受法律保护，对当事人亦具有法律约束力，当事人应按协议约定全面履行自己的义务。2016 年 6 月 15 日，盛某公司与第某公司签订《福茵大华“青藏高原原产地特色产业”聚集园项目（B 标段）施工承包合同》，该合同系双方真实意思表示，合同内容未违反法律规定，合法有效，双方均应按约履行。但案涉合同履行过程中因双方纠纷甚多，合作协议事实上已不可能继续履行。现盛某公司与第某公司均诉请解除《福茵大华“青藏高原原产地特色产业”聚集园项目（B 标段）施工承包合同》的主张一审法院予以支持。

盛某公司反诉主张因第某公司未能如期完成案涉工程，一期工程已经严重逾期，请求确认第某公司系案涉合同违约方。经查，《福茵大华“青藏高原原产地特色产业”聚集园项目（B标段）施工承包合同》约定的合同开工日期为2016年6月25日，竣工日期为2017年11月26日，总工期日历天数为517天。但案涉合同实际履行过程中，福茵大华“青藏高原原产地特色产业”聚集园项目B标段11、12号厂房工程实际开工日期延至2016年9月1日。对该开工日期的推延，盛某公司在案涉工程开工报审表中予以盖章确认，且在履行合同过程中并无异议。盛某公司提交的福茵大华聚集园项目（B标段）工程施工进度计划表中工程主要节点完成情况说明显示：主体施工完：7月15日；砌体施工完：8月5日；室内工程完：11月3日；室外工程完：11月8日；竣工验收：11月15日。案涉工程于2018年7月25日至2018年8月22日分别进行了11号楼、12号楼地基与基础、主体等部分的验收。S2商业楼中心四层宴会厅层高修改，图纸局部结构进行了变更。因案涉已完工程于2018年7月25日已开始进行验收，建设工程的验收时间应在工程完工之后，属合理时间。综上，盛某公司以案涉工程的验收时间主张第某公司主体完工时间已逾期并违约的理由不能成立，一审法院不予支持。

二、（2021）第004号造价鉴定意见书中已完工程部分的工程价款取费标准如何确定及第某公司与盛某公司对案涉造价鉴定意见书争议项的异议是否成立的问题

（2021）第004号造价鉴定意见书中案涉已完工程造价鉴定意见为：按一类取费，案涉工程全部已完工程造价71040483.26元（包括甲供混凝土10748320.22元）；按三类取费，案涉工程全部已完工程造价66264809.32元（包括甲供

混凝土 10533353.82 元)。对已完工程部分的造价鉴定价款，第某公司主张按照一类取费标准 71040483.26 元结算，盛某公司主张按照案涉合同约定的三类取费标准 66264809.32 元结算且整体工程款应下浮 2%。

案涉合同约定价款方式采用可调价格合同方式。计价依据中，建筑工程定额执行 2004《青海省建设工程消耗量定额-建筑工程》《青海省建设工程消耗量定额基价-建筑工程》等补充定额文件。工程总造价：本项目工程全部按三类取费，总造价下浮 2%。但案涉合同实际履行过程中，第某公司完成福茵大华“青藏高原原产地特色产业”聚集园项目 B 标段工程的 S2 商业及 4 号酒店、11、12 号厂房部分工程后，2019 年 4 月 8 日，盛某公司向第某公司作出《关于变更施工总承包合同承包范围的函》，明确表示原合同中约定的至今还未开建的二期工程因整体规划原因暂无法确定实际开工期限等事由，盛某公司决定对双方原总施工承包合同中约定的由第某公司承建施工工程及项目的范围进行变更。参照《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）》（法释

〔2020〕25 号）第十九条第二款规定：“因设计变更导致建设工程的工程量或者质量标准发生变化，当事人对该部分工程价款不能协商一致的，可以参照签订建设工程施工合同时当地建设行政主管部门发布的计价方法或者计价标准结算工程价款”。现盛某公司已明确将第某公司承建施工工程及项目的范围进行了变更。对第某公司已承建完成的部分工程价款如仍按双方议定的整体工程优惠计价即三类取费标准结算工程价款并整体下浮 2%有违民事活动的公平原则。综合案情，第某公司已完成的部分工程价款的结算应据实结算。案涉工程已完工部分工程价款应按（2021）第 004 号造价鉴定意见书一类取费标

准结算。即案涉工程全部已完工程造价应确定为 71040483.26 元。

对（2021）第 004 号造价鉴定意见书，第某公司异议如下：1. 案涉合同虽约定“本项目工程全部按三类取费，总造价下浮 2%”，但此工程价款为盛某公司将一、二期工程全部交付第某公司承建的基础上双方议定的优惠价格。现盛某公司擅自违约将合同二期工程不再承包给第某公司，对第某公司造成了二期工程的利润亏损，如已完成的一期工程计费仍在原优惠基础上进行结算，将对第某公司造成巨大亏损。第某公司请求按照案涉工程的实际工程类别（一类工程）及施工量确认实际工程价款；2. 本案工程中，对 11、12 号厂房第 6 项厂房垂直运输地上、第 7 项厂房垂直运输地下，S2 商业及 4 号酒店的第 6 项商业垂直运输、第 7 项 4 号酒店垂直运输费用应按 100% 计算，鉴定机构按 70% 计算无据可依；3. 11、12 号厂房及 S2 商业及 4 号酒店的满堂基础满堂脚手架费用为施工方措施费用，该争议项费用在施工过程中明确发生，该部分费用应按建筑规范及青海省定额标准计为脚手架费用，计入总工程价款；4. 土建部分中，土方开挖为盛某公司（甲方）分包项，第某公司进入现场后在基坑周围搭设防护栏杆（含密目网），此部分造价费用应计入工程总造价。

第某公司对（2021）第 004 号造价鉴定意见书的异议，一审法院分析认定如下：

对第某公司提出的第 1 条异议，已在上文工程价款确定部分进行了详述确定，此处不再赘述；第 2 条异议即争议项 11、12 号厂房垂直运输地上、厂房垂直运输地下，S2 商业及 4 号酒店的商业垂直运输、4 号酒店垂直运输费用的计算，因案涉工程完成范围为钢筋混凝土及二次机构，不包括装饰、抹灰、天

棚等施工内容，鉴定机构根据现场施工状况以 70% 计算此项费用合理。第某公司请求按 100% 计算费用的理由不能成立；第 3 条异议即 11、12 号厂房及 S2 商业及 4 号酒店的满堂基础满堂脚手架的争议项费用，因基础满堂脚手架施工措施属建设工程基础施工范围，该争议项费用在施工过程中实际发生，该部分费用应计入工程总价款，第某公司该项请求合理，予以支持；第 4 条异议不属案涉造价鉴定范围内容，此处不予分析评判。

盛某公司对（2021）第 004 号造价鉴定意见书异议如下：

1. 案涉合同已约定“本项目工程全部按三类取费，总造价下浮 2%”，坚决要求取消案涉鉴定意见书中的一类取费造价，案涉工程款应按合同约定的三类取费标准，并下浮 2% 计算；2. 暖棚法冬季施工费当时未办理工程签证，此项费用未经三方核对，应取消该项工程造价；3. 对案涉鉴定意见书，盛某公司仅认可第（二）即三类取费中第 1 项中（1）-（3）项、第 2 项中（1）-（4）项、第 3 项、第 5 项。工程款造价共计金额 52732879.7 元。

对盛某公司关于（2021）第 004 号造价鉴定意见书的异议，分析认定如下：

对第 1 项异议，已在上文工程价款确定部分进行了详述确定，此处不再赘述；第 2 项异议，在本案工程价款鉴定过程中，司法鉴定人员根据现场勘察及工程联系单，确定案涉工程确已发生该项费用。故该项费用应计入总工程造价款，盛某公司的异议理由不成立；第 3 项异议的费用均在案涉工程施工过程中已实际发生。综上，盛某公司的异议主张均不能成立。

三、盛某公司向第某公司应否支付工程款、工程价款数额及利息如何确定的问题

第某公司与盛某公司签订案涉合同后，第某公司按约完成了福茵大华“青藏高原原产地特色产业”聚集园项目B标段工程的S2商业及4号酒店、11、12号厂房部分工程并已竣工验收合格。对已完工部分工程价款，盛某公司理应履行支付工程价款的合同义务。

对于已付工程款，盛某公司主张其已付第某公司工程款数额为43116897.44元，已付预付工程款23000000元（其中一期为6000000元、二期为17000000元），共计已付款66116897.44元。第某公司认可其收到工程款总计应为42988088.36元。其中第某公司冬季赶工甲供混凝土添加防冻剂费用120290元、罚款3000元、2019年7月至11月电费5508.08元，该三笔款项不应计入盛某公司已付工程款中。经查，第某公司提交的2017年12月份工程款支付报审表中，对上述三项费用的扣除在报审表审批意见栏中均进行了详述，第某公司对此明知，其后亦未提出异议。现第某公司主张在盛某公司已付工程款中扣除上述三笔款项无事实依据。故盛某公司已付第某公司工程款数额为43116897.44元、已预付一期工程预付款6000000元、二期工程预付款17000000元。总计已付工程款应确定为66116897.44元。

现根据（2021）第004号造价鉴定意见书确定的已完工程的造价鉴定价款及盛某公司已付的价款，盛某公司还需向第某公司支付工程款应确定为：4923586.82元。（计算方式：已完工程总造价71040483.26元-盛某公司已付款66116897.44元）。

第某公司主张盛某公司应支付工程款利息，工程款利息属于法定孳息，对第某公司的该项主张一审法院予以支持。依照《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）》第二十六条：“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，按照同期同类贷款利率或者同期贷款市场报价利率计息”。第二十七条：“利息从应付工程价款之日开始计付。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；（二）建设工程没有交付的，为提交竣工结算文件之日；（三）建设工程未交付，工程价款也未结算的，为当事人起诉之日”之规定，第某公司按同期人民银行贷款利率主张以2019年4月8日至2020年2月27日（起诉之日）的利息101578.75元符合法律规定，一审法院予以支持。2020年2月28日起至欠款实际付清之日的利息，以欠付金额为基数，按照同期全国银行间同业拆借中心公布的贷款市场报价利率继续计算。

四、第某公司主张的各项损失赔偿应否成立及赔偿数额如何确定的问题

第某公司请求盛某公司向其支付赔偿如下损失费用：临时设施二期分摊费用、履约保证金利息、商业承兑汇票利息、二次临时设施搬迁费用466400元、彩板围墙、二期防护费用、土方临边防护费用、土建工程人材机窝工费用、建筑工程施工人员团体人身意外伤害保险、停工期间管理人员工资、铝合金门窗、消防、配合费、钢管扣件租赁闲置费、施工电梯闲置费、塔吊闲置费、二期违约金6800000元、加固费用、外墙砌筑脚手架（二次搭设费用）。

第某公司在履行合同过程中，2019年4月8日，盛某公司已明确将第某公司承建工程范围予以变更。二期工程的具体建设规模状态尚未确定。第某公司对此虽提交了临时设施施工方案，但该方案并不能反映其描述的工程概况为二期工程的事

实，工程部临时设施修建审批表显示的价格为案涉一期工程的合同价格。第某公司主张的二期临时设施分摊费的事实不能成立，不予支持；对履约保证金利息，双方并无协议约定。对商业承兑汇票利息，因商业承兑汇票属案涉工程进展过程中的付款方式，第某公司在盛某公司以商业承兑汇票向其支付款项时并无异议，应视为第某公司对此支付方式予以认可。第某公司的上述主张不能成立。

2017年10月13日，为开展二期施工，盛某公司在工程联系单中明确要求第某公司配合完成施工生活区及钢筋加工场地，限10日移除二期开挖范围；钢筋加工厂南侧围挡外的建筑材料，限3日内移除二期开挖范围。对第某公司主张的临时设施搬迁费用466400元，盛某公司虽不认可，但该二次临时设施搬迁事实存在。故二次临时设施搬迁费用的主张成立，予以支持；第某公司主张盛某公司支付彩板围墙、二期防护费用、土方临边防护费用。但对该部分施工范围及具体施工事项均未提交相关工程联系签证或变更签证等其他相关材料予以证明；第某公司提交人材机窝工费用计算表、劳务人员窝工工资表、管理人员工资表、地基验槽检查记录、基础移交工作联系单、混凝土送货单、厂房东侧脚手架、宴会厅图纸照片、S2四段三层浇筑砼-混凝土抗压强度试验报告、2018年6月至2018年10月管理人员工资及补助统计表等证据（即第某公司蓝皮上册证据6-0-1至6-6），拟证明土建工程人材机窝工费用。第某公司称盛某公司在原图纸3层变更增加一层，导致第某公司增加建设难度（悬挑架），使人材机超额投入。为支撑厂房东侧悬挑租赁的钢管扣件等设备至今未能拆除产生的租赁费、S2商业区部分设计变更后因设计图纸未确定产生的闲置费用及产生的向管理人员发放的各类补助费用等各项超额建设费用成本。但

第某公司提交的以上证据中除地基验槽检查记录、基础移交工作联系单、发文登记表、S2 四段三层浇筑砼试验报告及砼浇筑单、施工段平面布置图外，其余证据均为第某公司单方制作提交。对原图纸变更后增加建设难度后具体费用的计算标准、增加部分费用如何承担、设计变更导致合同价款增加的具体工程量等均无相应工程联系单及有效的函件资料予以证实。第某公司对上述费用的主张，不予支持。

第某公司主张建筑工程施工人员团体人身意外伤害保险、停工期间管理人员工资、铝合金门窗、消防、配合费、钢管扣件租赁闲置费、施工电梯闲置费、塔吊闲置费等费用。建筑工程施工人员团体人身意外伤害保险已包含在（2021）第 004 号造价鉴定工程款造价规费中；案涉合同虽约定开工日期 2016 年 6 月 25 日，实际开工日期为 2016 年 9 月 1 日。对开工日期的顺延及顺延期间的费用，第某公司在案涉工程施工开始后及施工过程中未提出任何异议，该期间如产生费用，亦应视为第某公司已明知且认可。对 2018 年 11 月冬休停工后至 2019 年 4 月期间的管理人员工资，第某公司提交的工资流水无其他证据相印证；对铝合金门窗、消防、配合费、钢管扣件租赁闲置费、施工电梯闲置费、塔吊闲置费。第某公司仅提交了其与案外人的租赁合同，无证据证明上述费用实际支出的具体数额及发生事实，且 2019 年第某公司并未组织施工，上述费用的主张，一审法院不予支持。

第某公司主张盛某公司支付二期违约金 6800000 元。合同的订立是为了保护双方权益，同时建立合作关系。合同的正常履行，能够促进合同双方信任度，同时增强双方的合作关系。第某公司与盛某公司签订的《福茵大华“青藏高原原产地特色产业”聚集园项目（B 标段）施工承包合同》中，工程内容为

福茵大华“青藏高原原产地特色产业”聚集园项目（B标段）（总建筑面积约 306960 平方米。其中一期建筑面积：78278 平方米；二期建筑面积：228682 平方米）。合同价款：六亿元（其中：一期为一亿六千万元，二期为四亿四千万元）。故案涉合同范围明确包括一期与二期的全部施工工程内容。2019 年 4 月 8 日，盛某公司仅以因未开建的二期工程整体规划原因及农民工讨薪事件为由，单方对原总施工承包合同中约定的承建施工工程范围径行变更。盛某公司单方变更合同内容的行为导致第某公司的在案涉工程中的整体规划投入、生产设备、人力资源投入等均受到影响并造成一定的损失。第某公司请求盛某公司支付违约金的理由成立。第某公司请求以案涉全部工程价款六亿元的 1.133% 计算违约费用。但盛某公司仅对二期工程项目履行内容进行了改变，故违约金应以二期工程价款基数计算。综上，盛某公司应向第某公司支付二期违约金 4985200 元（计算方式：二期工程价款 440000000 元 $\times$ 1.133%）。

关于加固费用、外墙砌筑脚手架（二次搭设费用），第某公司提交的证据均不能证明其实际发生事实及具体支出数额，一审法院不予支持。

综上，第某公司主张的各项损失赔偿中临时设施搬迁费用 466400 元及二期违约金 4400000 元的主张成立，予以支持。

五、关于第某公司应否向盛某公司返还已付的一期工程预付款 6000000 元及支付该预付款的资金占用费 783945.21 元（自 2017 年 6 月 21 日至 2020 年 3 月 20 日）、二期工程预付款 17000000 元及支付该预付款 17000000 元的资金占用费 2221178.08 元（自 2017 年 6 月 21 日至 2020 年 3 月 20 日）的问题

工程预付款是建设工程施工合同订立后由发包人按照合同约定，在正式开工前预先支付给承包人的工程款。工程预付款的支付，表明该工程已进行了实质性启动。工程预付款支付是工程款的保证属性，主要是用于工程款项的支付和结算而为的一种保证行为，其作用为最终需要用于抵付工程款项。现盛某公司未全部支付完毕第某公司已完工程量的工程款，其请求返还已付的工程预付款及资金占用费的诉讼请求无法律依据，不予支持。

六、关于第某公司应否承担因履约保证金给付延误的违约金 1080733.33 元及案涉项目一期工期延误的违约金 7350000 元，共计 34435856.60 元的问题

盛某公司与第某公司在合同中约定履约保证金后，后又协议变更以银行保函的方式进行承担履约保证金，现盛某公司请求第某公司支付延期交付履约保证金的违约金无合理依据。

盛某公司请求第某公司支付案涉项目一期工期延误违约金 7350000 元。案涉合同约定一期工程开工日期为 2016 年 6 月 25 日，竣工日期为 2017 年 11 月 26 日。但在案涉工程施工过程中，实际开工日期为 2016 年 9 月 1 日。盛某公司提交的福茵大华聚集园项目 B 标段工程施工进度计划中主要节点完成情况说明载明，第某公司承诺主体施工完成时间为 7 月 15 日。本案案涉工程主体结构分部工程验收时间为 2018 年 8 月 22 日。案涉工程在承诺完工日期一个月后进行了竣工验收。盛某公司将工程竣工时间等同为工程完工时间，认为第某公司一期工期已延误并请求承担违约金无合理依据。综上，盛某公司的上述反诉请求不能成立，不予支持。

七、第某公司应否撤离施工现场并向盛某公司移交已完工程部分的全部相关施工工程资料的问题

《福茵大华“青藏高原原产地特色产业”聚集园项目（B标段）施工承包合同》解除后，双方已不存在继续合作协议内容。第某公司应撤离施工现场，并向盛某公司移交已完工程部分的全部施工工程资料。

八、第某公司应否享有对盛某公司在建工程的优先受偿权的问题

第某公司仅完成部分案涉工程，案涉整体工程并未竣工，第某公司现请求享有盛某公司在建工程的优先受偿权的诉讼请求一审法院不予支持。

综上所述，第某公司与盛某公司的诉讼请求部分成立。依照《中华人民共和国合同法》第六十条、第一百零九条、第二百七十二条、《中华人民共和国民事诉讼法》第六十四条、第一百三十四条第一款、第一百四十二条之规定，判决：一、解除第某公司与盛某公司签订的《福茵大华“青藏高原原产地特色产业”聚集园项目（B标段）施工承包合同》；二、盛某公司于本判决生效后三十日内向第某公司支付工程款 4923586.82 元，利息 101578.75 元。并按照同期全国银行间同业拆借中心公布的贷款市场报价利率支付 2020 年 2 月 28 日起至欠款实际付清之日的利息，以欠付金额为基数，按照同期全国银行间同业拆借中心公布的贷款市场报价利率继续计算；三、盛某公司于本判决生效后三十日内向第某公司支付二期工程临时设施搬迁费用 466400 元、二期工程违约金 4985200 元；四、第某公司于本判决生效后三十日内撤离施工现场，并向盛某公司移交已完工程的全部相关施工工程资料；五、驳回第某公司的其他诉讼请求；六、驳回盛某公司的其他反诉请求。本诉案件受理费 242308 元，由第某公司承担 179308 元，由盛某公司承担 63000 元。反诉案件受理费 106990 元，由盛某公司承担。司法鉴定费

500000 元，由第某公司承担 250000 元，由盛某公司承担 250000 元。保全费 5000 元由盛某公司承担。

二审庭审中，盛某公司明确对于其证据目录中的《民事诉状》等证据不再提交。因二审庭审中第某公司对于盛某公司提交的《监理日志》真实性不予认可，故盛某公司在二审庭审后向本院提交《监理日志》原件及其他补充证据。盛某公司二审提交的“第某公司函（2019）002 号”《关于第某公司施工的福茵大华“青藏高原原产地特色产业”聚集园项目工程质量事故处理及拖欠农民工工资的函》、第某公司 2018 年 5 月 17 日《工作联系单回复》，其在一审时已经作为证据提交，本院对该两项证据不再重复组织质证，故盛某公司二审新提交的证据为：

证据 1：“第某公司函（2019）4 号”《第某公司关于对福茵大华聚集园工程质量事故处理及拖欠农民工工资事宜的复函》。

证据 2：“第某公司函（2019）7 号”《第某公司关于对福茵大华聚集园工程质量事故处理及拖欠农民工工资事宜的复函》。

证据 3：“第某公司函（2019）8 号”《第某公司关于对“福茵大华聚集园项目 B 标段工程拖欠农民工工资”保证函》。

证据 1-3 拟证明：盛某公司提交的《关于第某公司施工的“福茵大华青藏高原原产地特色产业”聚集园工程质量事故处理及拖欠农民工工资事宜的复函 4、7、8 号文的回复函》系真实存在，第某公司确实存在拖欠农民工工资导致农民工某访的情形。

证据 4：案涉工程 2018 年、2019 年《发文登记簿》（部分）。拟证明：《工程联系单》的真实性。

证据 5：浙江宏某有限公司西宁分公司出具的《情况说明》。拟证明：《监理日志》中的签名前后不一致的原因，监理公司对《监理日志》的真实性认可。

第某公司质证认为，其对证据 1-3 的真实性认可，对证明方向不予认可，第某公司回函中已将拖欠农民工工资的原因及解决方案陈述清楚，即使存在农民工某访闹事的情形，也是因盛某公司迟延支付工程款导致，且农民工某访并不是工期延误的主要原因；证据 4 系盛某公司单方制作，对其真实性及证明方向均不予认可；对证据 5 的真实性及证明方向均不予认可，该证据的真实性无法核实，且监理公司在《情况说明》中的说法存在违法性，第某公司不予认可。

本院对上述证据认定如下：证据 1-3 系案涉工程施工期间双方沟通的函件，第某公司对该证据的真实性亦无异议，本院对该证据的真实性予以认定。证据 4 系盛某公司的发文记录，其中亦显示第某公司工作人员的签收记录，第某公司虽对该证据的真实性不予认可，认为由盛某公司单方制作，但对于第某公司工作人员的签收记录未提出异议，故本院对该证据的真实性予以认定。证据 5 系由案涉工程的监理公司出具，监理公司盖章并由法定代表人签字，本院对该证据形式的真实性予以认定。

二审查明的事实与一审认定事实一致，本院予以确认。

根据上诉人的上诉请求及理由、被上诉人的答辩意见，本院从以下四个方面对本案进行综合分析认定：

一、关于盛某公司主张一审判决认定其向第某公司支付工程款 4923586.82 元及利息错误，第某公司应向其返还工程预付款及资金占用费的上诉请求能否成立的问题

（一）关于案涉施工合同的效力问题

本院认为，《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国民法典〉时间效力的若干规定》第一条第二款规定：“民法典施行前的法律事实引起的民事纠纷案件，适用当时的法律、司法解释的规定，但是法律、司法解释另有规定的除外”，本案系民法典施行前双方当事人因履行合同产生的争议，故应适用当时的法律、司法解释的规定。

2016 年 6 月 1 日盛某公司《无中标文件说明》记载“因我公司投资开发的福茵大华‘青藏高原原产地特色产业’聚集园一期项目（B 标段），建设规模：约 74562.6 平方米……此项目为企业自筹投资项目，为了减轻企业本身的资金压力等因素考虑，未进行委托招标代理机构进行招投标，经我企业多方面的考虑后与第某公司协商洽谈后签订的工程项目施工合同，具体工程施工按照签订的施工合同进行施工”，本院认为，福茵大华“青藏高原原产地特色产业”聚集园项目（B 标段）为非必须进行招标投标的项目，盛某公司将案涉一期工程进行了邀请招标，此后与第某公司协商由第某公司继续承建案涉二期工程，双方就一、二期工程签订施工合同，应认定该合同系双方真实意思表示，不存在《中华人民共和国合同法》第五十二条、《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》（法释〔2004〕14 号）第一条规定的情形，案涉施工合同应为有效合同。

（二）关于已完工工程价款的认定问题

本案中，双方当事人均同意解除合同，关于第某公司已施工工程价款的计算标准，双方争议较大：第某公司认为，双方约定按照三类取费并进行下浮，是基于一、二期工程全部交付第某公司承建的基础上双方议定的优惠价格，现盛某公司擅自违约将二期工程不再承包给第某公司，故应按照一类取费；盛某公司认为，应按照合同约定计算。

本院认为，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》（法释（2004）14号）第十条第一款“建设工程施工合同解除后，已经完成的建设工程质量合格的，发包人应当按照约定支付相应的工程价款；已经完成的建设工程质量不合格的，参照本解释第三条规定处理”的规定，应以案涉《福茵大华“青藏高原原产地特色产业”聚集园项目（B标段）施工承包合同》的约定计算第某公司的已完工程款，即“本工程全部按三类取费，总造价下浮2%”。本案中，第某公司主张合同约定的工程价款是以盛某公司将一、二期工程全部交由第某公司承建的基础上议定的优惠价格，现二期工程不再由第某公司施工，故不应按照合同约定的取费标准计算工程款。本院认为，第某公司针对其该主张并未提交证据证明，其亦未提交证据证明双方此前就提前解除合同而不按照合同约定计算工程款协商一致，且盛某公司《关于变更施工总承包合同承包范围的函》载明“工程总价款视变更后承建的工程范围以实结算执行，不涉及原合同中其他任何内容的变更。第某公司仍按照原总包合同专用条款、通用条款等在工程进度、工程结算等约定按质按量按期交付一期工程”，第某公司收到函件后并未提出异议，综上，第某公司此节理由不能成立。此外，案涉工程一期并未完工，一审法院以盛某公司决定二期工程不再由第某公司施工，其单方变更施工范围为由，认

定已完工程价款不应按照合同约定计算，该认定缺乏事实基础，在此基础上，一审法院参照《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）》第十九条第二款“因设计变更导致建设工程的工程量或者质量标准发生变化，当事人对该部分工程价款不能协商一致的，可以参照签订建设工程施工合同时当地建设行政主管部门发布的计价方法或者计价标准结算工程价款”的规定，认定案涉工程应按一类取费计算已完工程价款，适用法律不当。五联鉴字（2021）第004号造价鉴定意见书“4. 其他说明”中载明“三类取费除防水工程及2017-024联系单外均按合同约定条款总价下浮2%”，上述两项工程双方已约定“不按照总包合同进行下浮”，故鉴定意见中“已完工程款造价66264809.32元（已完工程造价包括甲供混凝土10533353.82元）”已经按照合同约定进行了下浮，盛某公司主张在上述金额的基础上再下浮2%的上诉理由不能成立，应不予支持。对于上述鉴定意见中所列争议项，一审法院以费用已实际发生为由计入总工程价款，本院对上述争议项分别认定如下：

1. 关于争议项满堂基础满堂脚手架的认定问题，该争议项涉及11、12号厂房满堂基础满堂脚手架52906.49元，S2商业满堂基础满堂脚手架55034.02元，共计107940.51元。本院认为，一审庭审中，鉴定人出庭陈述：“定额要求单独计算，但是在定额站经咨询后，如果实际发生了，就计入，没有发生，就不计入，但是双方都没有提交现场照片，我们不知道有没有发生，所以列为争议项”，而第某公司一审提交的盛某公司《无中标文件说明》仅记载一期项目，第某公司亦未提交投标文件，无证据证明双方对于该项费用的计取约定包干，且案涉合同“计价依据”约定“工程量根据竣工图纸、设计变更、工

程联系单，图纸会审纪要等，按实计算”。一审中第某公司提出的异议仅为“基础满堂脚手架为施工方措施费用，我方要求计入”，二审庭审中第某公司亦陈述：“这是一个施工准则，我们搭与不搭，都在取费里头”，即第某公司并未明确其实际进行了搭建，仅认为无论其是否搭建均应对该款项予以认定，但其未提交证据证明该费用实际发生，且根据案涉工程施工实际情况亦无法推断出该费用已经发生。综上，该争议项不应计入总工程价款，应从已完工程造价 66264809.32 元予以扣除，一审法院此节认定有误，应予纠正。

2. 关于争议项 11、12 号厂房地下室垂直防护架，S2 商业地下外架的认定问题，该争议项涉及 11、12 号厂房地下室垂直防护架 213007.73 元，S2 商业地下外架 70283.5 元，共计 283291.23 元。本院认为，鉴定意见土建部分中涉及“措 2-9 外脚手架钢管架”“措 2-13 里脚手架钢管架”“措 2-16 满堂脚手架钢管架”，该费用为定额直接费，鉴定意见在计取定额直接费后，亦计取了安全文明施工费，且盛某公司对于鉴定意见争议项外的项目仅提出应按照三类取费并下浮的异议，故盛某公司针对该争议项提出案涉工程已计算满堂脚手架不应再计算地下外架，以及外脚手架搭设属于安全文明施工要求不应计入已完工程量的上诉理由均不能成立。根据案涉工程的实际情况来看，S2 商业为地下二层且高度较高，11、12 号厂房虽为地下一层，而 2016 年 9 月 13 日 035 号《工程联系单》载明“结施-028#~12#厂房基础平面图中的构造底板标高为-13.3，结施-0111、12#厂房地下一层柱平法施工图中标高为-13.8，请明确”，故从案涉工程的实际情况并结合第某公司提交的照片来看，地下室垂直防护架及地下外架应进行了搭设，一审法院将该争议款项予以认定并无不当，应予维持。

3. 关于争议项案涉工程垂直运输款项的认定问题，该争议项涉及 11、12 号厂房垂直运输（地上）332115.66 元，11、12 号厂房垂直运输（地下）192950.46 元，S2 商业垂直运输 1078658.56 元，4 号酒店垂直运输 883373.38 元，共计 2487098.06 元。盛某公司认为，第某公司已完工程造价占单位工程总造价的 50%，应以此比例计取该费用。本院认为，该项费用的计取主要涉及比例的问题，因案涉工程未施工完毕即停工，一审时亦仅对第某公司已完工程造价进行了鉴定，盛某公司所称已完工程造价占单位工程总造价的 50%，仅为其估算比例，而鉴定意见“其他说明”中记载“由于定额垂直运输费用子母包含了建筑及装饰工程中的垂直运输措施内容。11、12 号厂房地下部分仅完成了钢筋混凝土结构，砌筑二次结构及装饰均未完成，故鉴定机构按交易习惯以 50%计取。11、12 号厂房地上部分完成了钢筋混凝土结构及砌筑二次结构，装饰未完成，故鉴定机构按交易习惯以 70%计取。S2 商业及 4 号酒店完成了钢筋混凝土结构及砌筑二次结构，装饰未完成，故鉴定机构按交易习惯以 70%计取”，该争议项系鉴定机构进行现场勘验后，根据案涉工程的实际完成情况，分别以 50%、70%的比例计取的该项费用，故一审法院以鉴定意见的金额认定并无不当，应予维持。

4. 关于争议项暖棚法冬季施工的认定问题，该争议项涉及 120246 元。本院认为，2016 年 11 月 7 日 053 号《工程联系单》记载：“2016 年 10 月 27 日大华镇开始降雪，平均气温达到五度以下，地面已结冰。按相关规范规定，由我单位承建的福茵大华聚集园项目 B 标段工程 11、12 号厂房仍继续施工，本工程定于 2016 年 10 月 31 日起正式进入冬期施工阶段。为保证冬期施工混凝土质量，我单位采用暖棚法进行冬季施工，计划

采购地下室顶板覆盖保温以及厂房四周保温封堵以及其他保温措施。具体措施如下……”，盛某公司回复意见为“以清单形式加确定施工范围，报予成本部审核，或请相关专家审核方案是否可行”，该联系单内容并未体现盛某公司关于因第某公司原因导致工期延误，第某公司为赶工期而采用暖棚法施工的事实，且从盛某公司的回复意见来看，盛某公司未对暖棚法施工提出异议，其亦要求第某公司报盛某公司成本部门审核，即对于款项应由盛某公司支付的事实并无异议，而上述费用虽未经盛某公司成本部门审核，但该费用实际产生，且暖棚法施工的工程款数额已由鉴定机构出具了鉴定意见，故该费用应认定为第某公司的已完工程款，不应扣除。一审法院此节结果认定正确，应予维持。

此外，本院认为，上述鉴定意见明确载明已完工程造价包括甲供混凝土价款，且一审庭审中第某公司明确其主张的工程款数额亦减去了甲供混凝土价款，二审庭审中第某公司认可甲供混凝土的款项系由盛某公司支付，故一审法院在认定第某公司已完工程价款时未将其中的甲供混凝土价款扣除，认定有误，应予纠正。

综上，第某公司已完工程价款应为 55623514.99 元（已完工程造价 66264809.32 元-甲供混凝土 10533353.82 元-争议项满堂基础满堂脚手架 107940.51 元）。

（三）关于已付工程款的认定问题

本院认为，一审审理中，第某公司主张应从第某公司认可的 43116897.44 元已付款中扣除冬季赶工甲供混凝土添加防冻剂费用 120290 元、罚款 3000 元、2019 年 7 月至 11 月电费 5508.08 元，一审法院以“第某公司提交的 2017 年 12 月份的工程款支付报审表中，对上述三项费用的扣除在报审表审批意

见栏中均进行了详述，第某公司对此明知，其后亦未提出异议”为由，未将上述三笔费用扣除，且第某公司并未提起上诉，故除预付工程款外，盛某公司向第某公司已经支付的工程款为43116897.44元。此外，盛某公司向第某公司就一、二期工程预付了工程款，即一期工程6000000元、二期工程17000000元，预付的工程款与工程进度款的支付主要涉及支付时间的区别，但其本质上仍为工程款，且因案涉施工合同已经解除，应以第某公司已完工程款整体进行计算，故盛某公司主张以施工合同约定的进度款支付比例为计算依据，主张第某公司全额返还23000000元预付工程款的理由不能成立，即不存在盛某公司主张的全额返还的问题，仅涉及是否超付工程款而应予以返还的问题，故本案已付工程款共计为66116897.44元。

此外，第某公司虽提出盛某公司的上述预付工程款系以第某公司提供的履约保证金向第某公司预付工程款，但本院认为，第某公司针对盛某公司返还履约保证金的案件已经另案审理，故本案仅针对盛某公司的预付工程款进行认定，不涉及预付工程款和履约保证金的抵扣问题。综上所述，盛某公司已向第某公司超付工程款10493382.45元（已付工程款66116897.44元-已完工程价款55623514.99元），超付的工程款应由第某公司向盛某公司返还。

（四）关于盛某公司主张的资金占用费的认定问题

盛某公司主张由第某公司向其支付自2017年6月21日其预付工程款之日起至2020年3月20日其提起反诉之日，以中国人民银行同期同类贷款基准利率4.75%计算的资金占用费。

本院认为，案涉《福茵大华“青藏高原原产地特色产业”聚集园项目（B标段）施工承包合同》“6.4工程款支付”“⑦如果发包人不能按照节点或进度支付工程款，超过一个月以

上，发包人按同期银行贷款利率支付拖延工程价款的利息”，《履约保证金协议书》约定“经双方友好协商，就福茵大华‘青藏高原原产地特色产业园’聚集园项目（B标段）施工承包合同关于‘履约保证金及工程预付款的支付’，签订补充协议，以资双方共同遵守执行”“承包人向发包人提供现金履约保证金后10个工作日内，发包人向承包人按主合同支付工程预付款贰仟叁佰万元（¥：23000000元），发包人如果逾期支付，按照1%的资金占用费支付给承包人违约金”，可见，双方针对发包人超付工程款并未约定资金占用利息，而盛某公司超付工程款，第某公司应将超付款项予以返还，并应承担法定孳息。因预付工程款并不必然导致超付工程款，超付工程款的事实及金额系在本案诉讼中明确，故第某公司应返还的工程款利息应认定为：以10493382.45元工程款为基数，自盛某公司提起反诉之日即2020年3月23日（《反诉状》所载日期）起按照同期全国银行间同业拆借中心公布的贷款市场报价利率（一年期）计算至实际付清之日止。

二、关于盛某公司主张一审判决认定其支付二期工程违约金错误，第某公司应向其支付工期延误违约金、迟延给付履约保证金违约金的上訴请求能否成立的问题

（一）关于一审法院认定盛某公司承担二期工程违约金4985200元是否正确的问题

本院认为，一审庭审中，第某公司在陈述其诉讼请求时明确“工程款中实际包含部分损失（索赔）项目（具体项目详见证据）”，且一审庭审笔录第五十页明确载明“证据13二期违约金（6800000元）”，即第某公司在一审时提出了主张由盛某公司支付二期工程违约金的诉讼请求，盛某公司主张一审法院违反不告不理原则的上訴理由不能成立，应予驳回。

2019年1月8日“第某公司函（2019）8号”《第某公司关于对“福茵大华聚集园项目B标段工程拖欠农民工工资”保证函》载明：“我单位保证：在贵司按合同比例支付2338900元工程款后3日内，据实解决福茵大华聚集园项目的农民工工资拖欠事宜，并将支付凭证上报贵司。如再发生某访事件，后果均由我单位自行承担”。2019年1月30日，湟源县人力资源和社会保障局向盛某公司、第某公司下发《关于解决福盈（茵）大华“青藏高原原产地特色产业”聚集园一期项目中拖欠工资一事告知书》，并载明：“自2018年11月份以来你们公司开发建设的福茵大华‘青藏高原原产地特色产业’聚集园一期项目中的务工人员陆续到湟源县信访局、县人社局因拖欠工资进行某访，造成了恶劣的社会影响……积极协商拿出切实可行的方案春节前解决所有拖欠的人工工资，让辛苦的务工人员劳有所得”。第某公司认为，第某公司即使拖欠农民工工资亦是因盛某公司拖欠工程款导致。本院认为，从第某公司提交的2018年8月16日《工程联系函》内容来看，其因农民工讨薪问题，要求盛某公司支付工程款，而盛某公司于2017年6月向第某公司支付了一、二期工程预付款共计23000000元，且第某公司在施工中虽按施工进度申请工程进度款，盛某公司亦进行了工程进度款的审批，但从本案情况来看，第某公司申请工程进度款时未将盛某公司预付的一、二期工程款计算在已付款中，现第某公司未提交证据证明至湟源县人力资源和社会保障局《关于解决福盈（茵）大华“青藏高原原产地特色产业”聚集园一期项目中拖欠工资一事告知书》载明的自2018年11月开始农民工陆续某访时，盛某公司支付的工程进度款加预付的一、二期工程款后仍欠付第某公司工程款，且2018年11月后盛某公司向第某公司支付工程款一百余万元，而案涉工程自

2018年11月冬歇期停工后未再复工，直至发生本案诉讼，但根据本院前段论述，盛某公司已向第某公司超付10493382.45元工程款，且即使按照第某公司主张的一类取费计算，盛某公司仍然超付工程款，故第某公司主张系因盛某公司拖欠工程款导致农民工讨薪某访的理由不能成立。2016年6月15日，第某公司作为承包人与发包人盛某公司签订《福茵大华“青藏高原原产地特色产业”聚集园项目（B标段）施工承包合同》。同日，第某公司签署上述合同附件5《劳务工资承诺函》，并载明：“三、若我公司发生拖欠、克扣工人劳动报酬行为的，贵公司有权从工程款中扣除相应款项，直接支付给我公司的工人，并有权解除《福茵大华‘青藏高原原产地特色产业聚集园’项目B标段工程》施工合同，我公司赔偿因此而给贵公司造成的一切损失。四、本承诺是不可撤销的，在《福茵大华‘青藏高原原产地特色产业聚集园’项目B标段工程》终止前一直有效”。2019年4月8日，盛某公司向第某公司发出《关于变更施工总包合同承包范围的函》，并载明：“原合同中约定的至今还未开建的二期工程因整体规划原因暂无法确定实际开工期限，尤其是考虑到在我公司款项及时支付到位的情况下，因贵公司多次拖欠农民工工资，导致农民工直接向我公司无理讨要工资，严重影响了我公司正常经营及声誉，为避免后期贵公司继续履行二期承建极有可能给我公司带来经济损失，我公司决定对双方原总施工承包合同中约定的贵公司承建施工工程及项目的范围进行变更”。盛某公司发函后，第某公司未回函亦未通过其他方式对此提出异议。综上，本院认为，盛某公司对施工范围的变更并非盛某公司的违约行为，其《关于变更施工总包合同承包范围的函》亦是依据第某公司签署的《劳务工资承诺函》中关于“若我公司发生拖欠、克扣工人劳动报

酬行为的，贵公司……有权解除《福茵大华‘青藏高原原产地特色产业聚集园’项目B标段工程》施工合同”的承诺，一审法院认定盛某公司违约缺乏事实依据，且一审法院在施工合同中无变更施工范围应承担违约金的约定，以及第某公司未提交造成该损失及损失数额证据的情况下，以盛某公司单方变更合同内容的行为导致第某公司在案涉工程中的整体规划投入、生产设备、人力资源投入等均受到影响并造成一定损失为由，认定以二期工程价款为基数，并以1.133%的违约金标准计算违约金，无证据支撑，亦缺乏合同依据。综上，一审法院此节认定有误，应予纠正。

（二）关于盛某公司主张第某公司应向其支付工期延误违约金的上诉请求能否成立的问题

双方当事人一审时提交2016年至2019年的《工程联系单》，拟证明在整个施工过程中系因对方原因导致工期延误：第某公司主张系因图纸一直变更、降水措施不完善、盛某公司不按约定配合等问题导致工期延误；盛某公司主张系因工程质量问题导致多次返修、整改，以及第某公司管理不善、人员配备不到位等问题导致工期延误。

本院认为，纵观案涉工程的《工程联系单》、函件及《监理日志》等其他证据，案涉工程在施工过程中，存在图纸未到位及多次变更造成返工、工程质量出现问题需整改、人员不符合施工要求等多方面的问题，但从盛某公司的反诉请求来看，其主张的违约金具体为：以100000000元为基数，按照0.15%的违约金计算标准，自2018年11月15日计算至2020年3月20日（共计490天），违约金共计7350000元，即盛某公司主张的违约金是从第某公司《福茵大华聚集园项目B标段工程施工进度计划》记载的计划竣工验收日期2018年11月15日开始

计算至 2020 年 3 月 20 日，即并不涉及 2018 年 11 月 15 日前工期是否延误以及如工期延误责任由谁承担的问题。2018 年 5 月 19 日第某公司的《保证》中提出：“为了保证最终节点计划完成，我项目部全力以赴合理组织施工现场，主要通过增加劳动力，实现多个作业面同时作业等赶工措施，如由于我项目部组织不合理、劳动力不到位或材料不到位因素影响最后施工时间节点，我单位将承担相关责任。且在后续施工过程中希望与贵司项目部积极配合，使各工序施工不受影响，也希望贵司将相关工程实体中配合的甲分包项、分包单位及图纸变更提前落实到位，过程中使项目的正常施工不受影响”。2018 年 7 月 9 日第某公司向盛某公司提交《福茵大华聚集园项目 B 标段工程施工进度计划》，计划竣工验收日期为 2018 年 11 月 15 日，该计划亦指出“本施工进度计划时间未考虑不可抗力因素，也未考虑甲方施工过程中的大幅度施工图变更以及甲分包分部分项工程对工期的影响”，可见，第某公司按照计划节点完工是建立在各方良好配合的基础上，而 2018 年 8 月 7 日第某公司的邮寄单显示，第某公司向盛某公司邮寄的材料内容为“①支付工程款事宜；②施工图纸及解决现场问题”。2018 年 11 月 15 日后即进入冬歇期，此后未再复工。2019 年 4 月 18 日 2019-03《工程联系单》显示，第某公司对于复工事宜提出“边坡沉降、坍塌等安全隐患，请建设单位协调甲分包单位进行加固处理”，以及“请建设单位协调分包单位暂停施工，待复工手续正式办理后进场作业”的问题，盛某公司回复：“总包单位对施工现场的安全生产负总责，对分包单位提出相应的安全管理要求，并监督实施，分包单位因不服从管理导致的安全事故，由分包单位承担主要责任”。2019 年 5 月 7 日 2019-004《工程款联系单》中第某公司又向盛某公司提出以上问题，并提出“我项目

部已经对塔吊及物料提升机进行自检，对现场安全文明施工已安排劳务人员整改、清扫完毕”，盛某公司回复：“请按照质监站要求做好自身复工前的各项准备工作，包括劳动力到场、相关材料就位、安全防护措施、机械设备进行安全性能检测等，其余问题我方自行解决”。此后双方的《工程联系单》主要涉及“与中天建设相交处”负一层顶板梁柱裂缝的现场检测及加固问题，未再提及复工事宜。从以上《工程联系单》内容来看，对于冬季停工后未再次复工的问题，盛某公司存在一定的责任，后续双方均未再提及复工的问题，一直持续至2019年10月第某公司起诉请求解除案涉施工合同并主张盛某公司返还保证金，2020年2月28日第某公司提起本案诉讼，诉求解除案涉施工合同并主张盛某公司支付工程款，故在2018年冬歇期停工后，第某公司与盛某公司就复工问题、继续施工问题即已产生矛盾，盛某公司对此存在一定的责任，盛某公司主张由第某公司赔偿自2018年11月15日至2020年3月20日的延误工期违约金的主张不能成立，应不予支持。一审法院关于“第某公司承诺主体施工完成时间为7月15日。本案案涉工程主体结构分部工程验收时间为2018年8月22日。案涉工程在承诺完工日期一个月后进行了竣工验收”的认定有误，但认定结果正确，应予维持。

（三）关于盛某公司主张第某公司应向其支付迟延给付履约保证金违约金的上诉请求能否成立的问题

本院认为，《履约保证金协议书》约定：“经双方友好协商，就福茵大华‘青藏高原原产地特色产业园’聚集园项目（B标段）施工承包合同关于‘履约保证金及工程预付款的支付’，签订补充协议，以资双方共同遵守执行”“二、现具体执行为：在合同签订后10天内，承包人向发包人提交贰仟陆佰

万元（¥：26000000 元）的银行履约保函；当发包人支付完合同内约定的第一个节点的工程进度款后，在 7 个工作日内，承包人向发包人提供与履约保函同等额度的现金履约保证金，提供的现金履约保证金替换原银行履约保函”，即双方并无如第某公司迟延支付履约保证金而应承担迟延履行违约金的约定，盛某公司亦未提交证据证明因第某公司迟延履行对其造成损失及损失的数额，故盛某公司主张参照施工合同中发包人延期支付工程款的约定计算第某公司迟延支付履约保证金的违约金的上诉理由不能成立，应不予支持。一审法院此节结果认定正确，应予维持。

三、关于盛某公司主张一审法院认定其向第某公司支付二期搬迁费用错误的上诉请求能否成立的问题

一审法院将该费用认定为“二期工程临时设施搬迁费用”，而第某公司的证据记载为“二次临时设施搬迁”。第某公司主张的二次临时设施搬迁费用明细为：1. 场面硬化费用 86400 元；2. 搬迁机械费 90000 元；3. 钢筋场地搬迁费 20000 元；4. 集装箱租金（2019 年 4 月-2021 年 11 月）270000 元，共计 466400 元。

2017 年 10 月 13 日盛某公司的《工程联系单》内容为：

“按照我方今年总体施工计划，为开展二期施工顺利进行，现要求你单位配合完成如下工作：1. 施工生活区及钢筋加工场地，限 10 日移除二期开挖范围；2. 钢筋加工厂南侧围挡外的建筑材料（模板，方木），限 3 日内移除二期开挖范围。逾期将给予经济处罚，并承担连带责任”。本院认为，第某公司现主张因盛某公司停止合作，第某公司需对临时设施进行二次搬迁，该费用应由盛某公司承担，但盛某公司《关于变更施工总承包合同承包范围的函》系在 2019 年 4 月 8 日发出，而盛某公司

要求第某公司将施工生活区、钢筋加工场地等移除二期范围的《工程联系单》系在 2017 年 10 月 13 日发出，故盛某公司是否变更施工范围与其要求第某公司将施工生活区等移除二期范围之间并无因果关系，且第某公司亦未提交证据证明其在对一期工程施工时将施工生活区、钢筋加工场地设置在二期范围内系经盛某公司同意而设置，故第某公司以此主张盛某公司应承担其移除费用的理由不能成立，应不予支持。

此外，对于第某公司主张的集装箱租金，其主张自 2019 年 4 月开始计算至 2021 年 11 月止，可见，其该主张与其依据 2017 年 10 月 13 日《工程联系单》主张的二次搬迁无关。2019 年 4 月、5 月第某公司与盛某公司两次沟通复工事宜，之后未再复工，第某公司提出“我项目部已经对塔吊及物料提升机进行自检，对现场安全文明施工已安排劳务人员整改、清扫完毕”，盛某公司回复：“请按照质监站要求做好自身复工前的各项准备工作，包括劳动力到场、相关材料就位、安全防护措施、机械设备进行安全性能检测等，其余问题我方自行解决”，盛某公司虽未提交证据证明其对相关问题进行了解决，但第某公司亦未提交证据证明其按照盛某公司回复意见做好了自身复工前的各项准备工作，故第某公司在一期工程未再复工的问题上亦具有一定责任，在此基础上，第某公司明知案涉工程未再复工，其主张由盛某公司承担直至 2021 年 11 月的集装箱租金，其理由不能成立。此外，第某公司对于集装箱租金，以及搬迁机械费、钢筋场地搬迁费，仅提交四张照片，其提交的证据不足以证明其该项主张。关于场面硬化费用，第某公司提交 2018 年 6 月 8 日的三张混凝土送货单、2018 年 7 月 16 日的一张混凝土送货单，上述混凝土送货单备注“场地硬化”或“地面硬化”，而盛某公司系于 2017 年 10 月 13 日发出的《工

程联系单》，第某公司未提交证据证明 2018 年 6 月 8 日及 2018 年 7 月 16 日的混凝土送货单与盛某公司 2017 年 10 月 13 日发出的《工程联系单》有关。

综上，一审法院仅以“该二次临时设施搬迁事实存在”为由，认定该费用应由盛某公司承担，其认定理由及结果均不正确，应予以纠正。盛某公司此节上诉理由成立，应予支持。

四、关于一审法院对鉴定费用的分担认定是否正确的问题

本案司法鉴定费用共计 500000 元，一审法院认定由第某公司承担 250000 元，由盛某公司承担 250000 元。本院认为，第某公司主张由盛某公司支付工程款，盛某公司反诉主张由第某公司返还多支付的工程款，双方当事人在本案中均提出了诉讼请求，对于其主张均应提交证据证明，而对于是欠付工程款还是超付工程款的问题，已完工程价款均是认定以上问题的基础，且鉴定机构针对第某公司、盛某公司的主张分别出具了鉴定意见，故根据本案前述具体情况以及二审中对于各方责任的认定，本院酌定由第某公司负担 400000 元，由盛某公司负担 100000 元。

综上，盛某公司的上诉请求部分成立，应予支持。依照《中华人民共和国民事诉讼法》第一百七十七条第一款第二项规定，判决如下：

一、维持青海省西宁市中级人民法院（2020）青 01 民初 80 号民事判决第一项、第四项：解除甘肃第某有限责任公司与青海盛某有限公司签订的《福茵大华“青藏高原原产地特色产业”聚集园项目（B 标段）施工承包合同》；甘肃第某有限责任公司于本判决生效后三十日内撤离施工现场，并向青海盛某有限公司移交已完工程的全部相关施工工程资料；

二、撤销青海省西宁市中级人民法院（2020）青 01 民初 80 号民事判决第二项、第三项、第五项、第六项；

三、甘肃第某有限责任公司于本判决生效后三十日内向青海盛某有限公司返还工程款 10493382.45 元，并支付利息，利息以 10493382.45 元工程款为基数，自 2020 年 3 月 23 日起按照同期全国银行间同业拆借中心公布的贷款市场报价利率（一年期）计算至实际付清之日止；

四、驳回甘肃第某有限责任公司的全部诉讼请求；

五、驳回青海盛某有限公司的其他反诉请求。

如未按本判决指定的期间履行给付金钱义务，应依照《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。

一审本诉案件受理费 242308 元，由甘肃第某有限责任公司负担；反诉案件受理费 106990 元，由甘肃第某有限责任公司负担 49953.63 元，由青海盛某有限公司负担 57036.37 元。司法鉴定费 50000 元，由甘肃第某有限责任公司负担 400000 元，由青海盛某有限公司负担 100000 元。保全申请费 5000 元，由甘肃第某有限责任公司负担。

二审案件受理费 266363.11 元（青海盛某有限公司已预交 349298 元），由甘肃第某有限责任公司负担 124364.94 元，由青海盛某有限公司负担 141998.17 元。

本判决为终审判决。

审 判 长 王 伦

审 判 员 张 满 成

审 判 员 余 慧 玲

二〇二三年三月三十日

法官助理 班玛登登

书 记 员 张 玉