

马家稳与安徽易达工程建设有限公司建设工程施工合同纠纷一审民事判决书

合肥市瑶海区人民法院（2014）瑶民一初字第04020号

原告：马家稳，男，1969年9月15日出生，汉族，住安徽省合肥市蜀山区。

委托代理人：冯家稳，安徽金的律师事务所律师。

委托代理人：陶玉祥，安徽金的律师事务所律师。

被告：安徽易达工程建设有限公司，住所地安徽省合肥市瑶海区。

法定代表人：马小峰，经理。

委托代理人：刘勇，安徽元太律师事务所律师。

委托代理人：李刘玲，安徽元太律师事务所律师。

原告马家稳诉被告安徽易达工程建设有限公司（以下简称“易达公司”）建设工程施工合同纠纷一案，本院作出（2014）瑶民一初字第01117号民事判决后，被告易达公司不服一审判决上诉至合肥市中级人民法院。经合肥市中级人民法院审理后认为，原审认定案件事实不清，以（2014）合民一终字第02192号民事裁定书，撤销一审（2014）瑶民一初字第01117号民事判决，发回重审。本院于2014年9月4日立案受理后，依法由审判员陆军担任审判长，与人民陪审员管怀庆、朱海飞重新组成合议庭，并于2014年10月28日适用普通程序公开开庭进行了审理。原告马家稳及其委托代理人冯家稳和被告易达公司的委托代理人刘勇、李刘玲均到庭参加诉讼。现本案已审理终结。

原告马家稳诉称：2009年6月，被告易达公司将自己承接的中建股份南京南站紫金山站工程以包工包料的形式转包给原告马家稳施工。原告向被告交纳工程总包价6%的管理费，原告后向被告实际支付300000元作为工程履约保证金。2010年3月份，原告以实际施工人的身份进驻紫金山站施工。按照发包方的要求完成了工程任务，由于多种因素导致原告施工成本投入巨大，工程严重亏损，后中建股份与原告协商在完成紫金山站台和天桥的工程后，原告将紫金山站房工程转交中建股份第2架子队施工。原告于2011年完成了站台和天桥的施工，同时配合中建股份与铁道部进行了结算，合计建设单位批复结算值为13307537元，扣除中建股份代扣代缴税金447133.24元，扣除中建股份收取的管理费1028832元，原告结算款为11831571元。

原告因为该工程存在的多种因素导致亏损巨大，无法接受。经与中建股份协商，中建股份减免了应该收取的全部管理费，建设单位批复结算值为12860403.76元。可原告还是亏损，又与中建股份多次协商，中建股份又合计补偿原告7961761元，扣除代扣交的税金267515.27元后合计补偿7694245元，最终中建股份与原告达成紫金山站结算协议：建设单位批复结算总款为13307537元，扣除代扣代缴的税金，最终结算值为12860403.76元。

原告施工完成的紫金山站站台和天桥工程，后经原、被告与中建股份达成的最终结算值为24002996.59（已扣除税金），被告已付原告工程

款20830403.97元，剩余3172592.62元，再扣除原告向被告交纳的管理费771624.23元以及中建股份代原告付的材料款697941.3元，实际尚欠原告工程款1703027.09元，加之原告向被告支付的300000元履约保证金，被告总计欠原告2003027.09元。同时因原告在紫金山站施工中的严重亏损事实，要求被告应减免所收取的管理费，要求被告减免6%管理费中的2%即 $12860403 \times 6\% - 12860403 \times 4\%$ 等于257208元对原告亏损的补偿。

现原告施工的工程已完成并交付使用，但被告将建设单位支付给本人的工程款予以扣留，履约保证金不予返还。无奈原告依据《中华人民共和国合同法》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》及其相关法律的规定特诉讼至贵院，请求贵院依法支持原告诉请。

工程完工后，被告当时资质有问题，原告劝被告退出，2010年12月原告中途退场。原告诉至法院，请求依法判决：1、被告立即支付原告工程款计人民币2260235.15元，并同时按中国人民银行发布的同期同类贷款利率支付利息至实际清偿之日（从2010年12月31日起算）；2、本案的一切诉讼费用全部由被告承担。

被告易达公司辩称：一、原告马家稳系被告员工，双方系劳动合同关系。2010年3月18日，被告与原告马家稳签订《聘用协议》，聘请原告作为被告铁路南京南站项目中紫金山站工程项目部的项目经理，负责按设计文件及中建南京南站项目部的要求，全面组织本工程的生产实施。协议约定原告的劳动报酬由双方根据被告《内部承包经营责任制》另行商议并订立《内部承包经营责任书》确定。同日，被告与原告签订《内部承包经营责任书》，确定本工程的承包价款为：中建股份总包价的84%计算，其中中建原计划收取的10%中的让利部分责任人（即原告）享有三分之一。据此，被告聘请原告为其公司员工，负责工程施工，工作内容明确。实际施工过程中，被告指派其他员工参与工程实际管理，并对原告的工作进行检查和考核，向原告发放报酬，双方之间系劳动关系。被告支付给原告的款项系劳动报酬，原告起诉要求被告支付工程款没有法律依据。因劳动合同发生的纠纷，应由劳动仲裁部门处理。

二、被告实际支付款项已超过应付数额。被告承接的中建股份南京南站紫金山站工程，经过被告与中建股份结算，确认工程决算金额为24717645元，中建股份代扣代缴税金714648.41元，结算净值24002996.59元。中建股份免除原计划收取被告的10%管理费2471764.5元。据此，被告应当收取原告总价6%的管理费，同时享受中建免收10%管理费中的 $\frac{2}{3}$ ，金额共计3130901.7元。被告实际支付原告20832403.97元，扣除中建股份代付材料费697941.3元、被告在抢工时支付的材料款、劳务费等共350000元，被告应当支付原告19824253.59元，已多付1008250.387元。

三、原告要求被告支付2260235.15元没有法律依据。原告在起诉状中要求结算净值24002996.59元，其计算方法为：中建股份应当支付款项在扣除税金后为24002996.59元，加上原告缴纳给被告的300000元保证金，减去已付工程款20830403.97元，中建代付材料费697941.3元，管理费771624.23元，计算得出被告尚欠原告2003027.09元。其中，被告对于中建代付材料费、已支付工程款没有异议。但原告计算管理费的基数仅为12860403元，与中建结算的总价款24717645元不符，计算错误，不应支持。

原告要求返还履约保证金300000元没有法律及事实依据。在紫金山站工程中，原告未完成约定的跨地铁防护工程即无故不施工，未能按照《内部承包协议》完成工程，被告有权按照《内部承包协议》约定没收履约保证金。

原告在民事起诉状中要求被告减免6%管理费中的2%，即257208元作为对原告亏损的补偿，原被告双方之间并未有此约定，没有法律及事实依据，不应支持。

原告要求被告支付利息，但被告已经支付原告款项，且原被告之间并非借款合同，也并未约定支付款项的时间和利息，不应支持。

经审理查明：2009年6月30日，原、被告双方签订一份《委托协议》，协议约定：将由易达公司承接的中建股份有限公司南京南站部分项目委托马家稳负责具体施工，期限为工程经验收后工程价款全部结清后结束。马家稳按公司要求全面负责该项目生产，组建项目班子、沟通设计、协调各方关系，接受项目部领导，全面组织本工程的生产实施，履行大合同中所有相关条款，协助工程变更、做齐资料和预算等工作。易达公司向马家稳收取正常工程量6%的管理费。签订本协议时，马家稳向易达公司缴纳300000元保证金，大合同签订后计入管理费。

2010年3月18日，原、被告双方签订一份《内部项目承包经营责任书》，责任书内容与《委托协议》基本相同，只是第四条第4项约定，本工程的承包价款为：中建股份总包价（以最终产生的总工程款为计）的84%为承包价，其中中建原计划收取的10%中的让利部分责任人（马家稳）享有三分之一。在此价款中已必然包括为完成此工程责任人应得的全部金额。合同签订后，马家稳组织人员对中建股份公司南京南站紫金山站工程进行施工。后因施工中严重亏损，经与发包方协商，原告退场，原告已完成的工程已由建设单位经验收合格。

2010年9月，被告易达公司（乙方）与中建股份京沪高铁南京南站站房工程项目部（甲方）签订一份《新建铁路南京枢纽南京南站站房工程NJZF-1标段紫金山城际站站房工程委托协议书》，第4条协议价款约定，本协议暂定金额壹仟玖佰捌拾捌万肆仟肆佰壹拾捌元整（19884418元）。最终金额以发包人批复的末次验工计价金额为准；第8.1条甲方的责任和义务约定，负责本工程组织、指挥、协调、监控与内外计价结算，处理一切与本工程相关的事务，对发包人全面负责；第16.8项约定，甲方以本协议金额为基数收取5%的管理费，用于向上级主管部门上交管理费，若上级主管部门不向甲方收取管理费，甲方亦不向乙方收取管理费。甲方为保障整体工程统一实施而承担了本协议8.1条的各项工作，以及甲方向紫金山站工程架子队派出管理人员，为此甲方以本协议金额扣除甲供设备费为基数向乙方收取3%的项目部管理费。上述管理费从乙方的每期工程款中按前面约定的基数和比例扣除。

2011年1月22日，原告代表易达公司与南京南站中建二队签订《会议纪要》一份，约定易达公司退场，并向中建二队移交材料、设备等。

2013年11月25日，原、被告及中建股份公司南京南站项目部有关人员对马家稳代表易达公司所施工的南京紫金山站相关工程竣工结算存在问题进行协商，形成会议纪要，主要内容有：1、马家稳所施工的工程按建设单位批复结算值为13307537元，扣除税金447133.24元（3.36%），考虑到亏损等事实，减免易达公司上交的管理费；2、与中建土木（2队）交叉施工的跨地铁防护工程材料转让，结算值为3448347元；由项目部支付易达公司；3、项目部合计补偿易达公司材料、人工等费用7961761元，扣除代缴税金267515.27元，上述合计马家稳所施工的紫金山站最终结算值为24002996.59元。该会议纪要原、被告双方均予认可。同时对上述工程结算价款也由紫金山站项目结算汇总表予以证实。该项目汇总表由原告马家稳，被告法定代表人马小峰签字并加盖中建股份京沪交铁南京南站站房工程项目经理部公章。因此原、被告双方对马家稳施工的工程款包括税收在内24717645元没有异议，其中工程核算值13307537元，补差7961761元，转让材料款3448347元。同时，在马家稳施工期间，中建股份公司支付材料价值15137715.27元，代扣机械劳务费2543350元，支付易达公司6321931.32元，上述三项合计24002996.59元，加上中建股份公司代扣税金714648.51元，合计为24717645.1元。易达公司在收到中建股份公司的款项后，已向马家稳支付3847280元，马家稳已实际取得21528345.27元，另加已扣税金714648.51元，共计22242993.78元。在未扣除原告马家稳应向易达公司上交管理费、让利应得款项下，被告易达公司尚欠原告工程款2474651.3元，双方对该数额均不持异议。

庭审中，原告要求被告返还保证金300000元，被告认可收到，但认为原告已违约，依据合同约定不予返还；同时被告还要求其因原告施工进度慢为原告抢工支出费用350000元从原告应得款项中予以扣除，并提供了相关票据。

以上事实有原告提供的《委托协议》、《内部项目承包经营责任书》、《新建铁路南京枢纽南京南站站房工程NJZF-1标段紫金山城际站站房工程委托协议书》、《会议纪要》、《紫金山站施工情况说明》、《关于紫金山站决算申请》、《紫金山站项目结算汇总表》、《财务决算协议书》、票据、抢工费用清单、收条及当事人陈述为证。

本院认为：依据《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》第一、二条之规定，承包人未取得建筑施工企业资质或者超越资质等级的，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，应当根据《合同法》第五十二条第（五）项的规定，认定无效；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的约定支付工程款的，应予支持。本案中，被告的经营范围是室内外装饰设计、施工等，无承接建设工程施工工程的资质，原告马家稳作为个人也无相应的资质。原告马家稳先与被告签订的是《委托协议》，之后又签订了《内部项目承包责任书》，从内容上来看，原告马家稳不是借用被告的资质就是挂靠经营，故该建设工程施工合同应认定为无效。鉴于该工程已由建设单位验收后投入使用，无质量等问题，对原告被告之间工程款的结算应参照双方合同的约定进行结算。

本案中，双方争议的焦点如下，本院分别认定如下：

一、关于工程造价的确定。原告认为工程总造价为建设单位中建股份批复的工程款12860403.76元为准，不应含应缴税款、补偿款和中建股份代付其下属二队的材料款。被告认为工程总造价应按建设单位中建股份批复的工程款、补偿款、税金、材料款之和加以确认。从庭审查明的事实，工程造价应认定为建设单位中建股份批复的工程款13307537元，加上补偿款7961761元（均按税前价）。因为双方对建设单位南京中建股份的批复工程款13307537元和补偿款7961761元均已由南京中建股份按照国家规定的税率3.36%代扣的事实不持异议，所以，工程造价应按上述两项之和加以确认，即为21269298元。对南京中建股份代付下属单位材料款3448347元是原告马家稳出卖自己的材料所得，不是工程造价，故不能将该笔款项计算在工程造价范围内。所以，原告应向被告交纳管理费以总造价84%为基数，按6%标准计算，被告应得管理费为1071972.6元。

二、让利的点数和双方应得的数额。庭审中，双方对中建股份京沪交铁南京南站站房工程项目经理部免收管理费均不持异议，但对免收管理费的点数持有异议。原告认为免收的管理费为8%，而被告方认为是10%。根据双方在2010年3月18签订的《内部项目承包经营责任书》，约定南京中建原计划向被告方收取10%管理费。但在之后的2010年9月，被告易达公司与中建股份京沪高铁南京南站站房工程项目部签订的《新建铁路南京枢纽南京南站站房工程NJZF-1标段紫金山城际站站房工程委托协议书》中第4条协议价款约定，本协议暂定金额壹仟玖佰捌拾捌万肆仟肆佰壹拾捌元整（19884418元）。最终金额以发包人批复的末次验工计价金额为准；第16.8项约定，甲方以本协议金额为基数收取5%的管理费，用于向上级主管部门上交管理费，若上级主管部门不向甲方收取管理费，甲方亦不向乙方收取管理费。甲方为保障整体工程统一实施而承担了本协议8.1条的各项工作，以及甲方向紫金山站工程架子队派出管理人员，为此甲方以本协议金额扣除甲供设备费为基数向乙方收取3%的项目部管理费。上述管理费从乙方的每期工程款中按前面约定的基数和比例扣除。该协议签订在后，说明被告已与发包方就管理费收取的点数经协商由原来的10%降低为8%，故应认定让利点数为8%。双方对发包方未收取的管理费是让利部分不持异议。依据双方协议，对让利部分原告享有三分之一，被告享有三分之二。所以，被告应从原告应得款项中扣除该让利1134362.6元（ $21269298 \times 8\% \div 3 \times 2$ ）。综上，在被告扣除应收管理费、应得让利下，还应给付原告工程款268316.1元（ $2474651.3 - 1134362.6 - 1071972.6$ ）。

三、关于原告的保证金是否退还。原告提供了向被告缴纳保证金的收据，被告当庭对收取原告300000元保证金不持异议，但认为原告违反双方约定，应不予退还。原告所完成的工程，业已经发包方验收使用，就说明原告所完成的工程合格，不存在被告所称的违反合同约定的情形。所

以，被告不予返还的理由不成立。

四、关于被告辩称为原告抢工支出350000元能否支持。被告辩称其因原告不能按时完工，在此情况下，组织公司人员为原告抢工支出350000元，应由原告承担。被告的该辩称理由不能成立。原告是否要求被告为其抢工，双方无此约定，原告方也否认该事实。被告虽然提供了相关票据，但不能证明是为原告抢工而支出，故不予采信。

原告要求被告按照双方口头约定，免收2%的管理费的请求，因双方无此书面约定，被告当庭予以否认，故原告的该请求，无事实和法律依据，不予支持。

综上，原告方在扣除向被告方缴纳管理费、被告应得让利后，加上被告返还的保证金，其最后应得款项为568316.1元。对原告要求被告承担利息损失的请求，鉴于南京南站形成的会议纪要为2011年1月22日，在该纪要中确定易达公司撤场，之后原告马家稳才能与发包方结算。所以，原告的利息损失请求，只能从该日起，按银行同期贷款基准利率标准计算至付清之日止。据此，依据《中华人民共和国合同法》第五十二条第（五）项、第一百零七条、《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、第二条之规定，判决如下：

一、被告安徽易达建设工程有限公司于本判决生效后十日内给付原告马家稳工程款268316.1元，返还保证金300000元，合计568316.1元，并支付逾期付款利息损失（自2011年1月22日起至付清之日止，按银行同期贷款基准利率标准计算）；

二、驳回原告马家稳的其他诉讼请求。

如果未按本判决指定的期间履行给付金钱义务，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。

案件受理费24880元，原告马家稳负担18610元，被告安徽易达建设工程有限公司负担6270元。

如不服本判决，可在判决书送达之日起十五日内，向本院递交上诉状，并按对方当事人的人数提出副本，上诉于安徽省合肥市中级人民法院。

审 判 长 陆 军

人民陪审员 管怀庆

人民陪审员 朱海飞

书 记 员 安文静

附本案所适用的法律条文：

《中华人民共和国合同法》

第五十二条第（五）项有下列情形之一的，合同无效：

（五）违反法律、行政法规的强制性规定。

第一百零七条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。

《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》

第一条建设工程施工合同具有下列情形之一的，应当根据合同法第五十二条第（五）项的规定，认定无效：

- （一）承包人未取得建筑施工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。
- 第二条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。