案件名称：某劳务公司允许他人以本单位名义承揽工程受行政处罚以案释法案例

一、案例基本信息采集

案例类型：行政执法

案例报送时间：2022年4月 5日

供稿：天津市住房和城乡建设综合行政执法总队刘仲春 刘力铜

审稿：天津市住房和城乡建设委员会法规处

检索主题词：以案释法 建筑市场 允许他人以本单位名义 承揽工程 行政处罚

案例报送单位：天津市住房和城乡建设委员会

地址：天津市河西区马场道211号

邮编：300000

电话：28468682

二、案例正文采集

【案情介绍】

2020年11月天津市住房和城乡建设综合行政执法总队（以下简称总队）在建筑市场专项检查中发现，南通某建筑劳务有限公司（以下简称劳务公司）允许自然人刘某等人以本单位名义承揽该项目的劳务作业，涉嫌存在出借资质承揽工程行为。

【调查与处理】

通过查阅该劳务公司与项目施工总承包单位签订的《建设工程施工劳务分包合同》，该合同签订于2019年7月，合同承接范围包括该项目的模板脚手架、木工、焊接、砌筑、钢筋、抹灰、混凝土、油漆等劳务作业，劳务公司现场负责人为自然人刘某，双方签订合同价款为1000万元。

总队执法人员核实该劳务公司现场负责人刘某的身份时发现，该劳务公司并没有为现场负责人刘某缴纳社会保险。通过进一步调查得知，该劳务公司负责人与自然人刘某比较熟悉，双方口头约定允许自然人刘某以该劳务公司名义承揽该项目的劳务作业，并委派自然人刘某为该劳务公司派驻施工现场负责人，委派自然人祁某为该劳务公司派驻施工现场的专职安全员，现场劳务作业和劳务人员均由现场负责人刘某负责管理。遂总队执法人员对该劳务公司制作了《调查问询笔录》，劳务公司对其允许他人以本单位名义承揽工程行为予以承认。执法人员收集了与案件有关的分包合同、分包单位营业执照、企业资质、安全生产许可证、现场主要管理人员社会保险缴纳凭证等材料。

该劳务公司的行为，属于《建筑工程施工发包与承包违法行为认定查处管理办法》（建市规[2019]1号）（以下简称《办法》）第十条第一项“存在下列情形之一的，属于挂靠：（一）没有资质的单位或个人借用其他施工单位的资质承揽工程的”情形，违反了《建设工程质量管理条例》第二十五条第二款“禁止施工单位超越本单位资质等级许可的业务范围或者以其他施工单位的名义承揽工程。禁止施工单位允许其他单位或者个人以本单位的名义承揽工程”的规定。

依据《建设工程质量管理条例》第六十一条“违反本条例规定，勘察、设计、施工、工程监理单位允许其他单位或者个人以本单位名义承揽工程的，责令改正，没收违法所得，对勘察、设计单位和工程监理单位处合同约定的勘察费、设计费和监理酬金1倍以上2倍以下的罚款；对施工单位处工程合同价款2%以上4%以下的罚款；可以责令停业整顿，降低资质等级；情节严重的，吊销资质证书。”由于检查时该项目已经进入收尾阶段，劳务公司承揽的劳务作业施工已经完成，故总队未对其下达《责令改正通知书》。因劳务公司允许自然人刘某以本单位名义承揽工程为口头约定，执法人员无法获取刘某向劳务公司缴纳管理费用的相关证据，故不涉及没收违法所得。经过总队行政处罚案件审核会集体讨论，最终决定对该劳务公司处23万元的罚款。

【法律分析】

本案的焦点是如何认定允许他人以本单位名义承揽工程问题。《建设工程质量管理条例》第二十五条第二款规定“禁止施工单位超越本单位资质等级许可的业务范围或者以其他施工单位的名义承揽工程。”

允许他人以本单位名义承揽工程有三大特点:(1)挂靠人没有从事建筑活动的主体资格,或者虽有从事建筑活动的资格,但不具备与建设项目要求相适应的资质等级;(2)施工企业具有与建设项目要求相适应的资质等级,但往往缺乏承揽该工程项目的手段和能力;(3)挂靠人向施工企业交纳一定数额的“管理费”,以被挂靠企业名义对外订立合同、办理有关手续。但被挂靠企业不实际参与施工活动管理,或者形式上进行“管理”,但不承担技术、质量等实质责任。

允许他人以本单位名义承揽工程主要有两种表现:一是直接借用资质,多见于低资质等级的施工企业以高资质企业之名承揽工程、签订合同;二是内部承包,多见于个人有了工程承接意向后,寻找一个符合项目要求的施工企业进行挂靠,由该企业与发包人签订施工合同,然后该企业任命或聘用挂靠人为其单位员工,并委以项目经理或施工负责人职务,双方签订内部承包合同,约定由挂靠人承担项目的人、财、物及施工管理职责,被挂靠企业则负责处理项目的对外事务,挂靠人向挂靠企业缴纳内部承包管理费。相比较而言,后者更具有隐蔽性。

《办法》第九条规定了“本办法所称挂靠，是指单位或个人以其他有资质的施工单位的名义承揽工程的行为。前款所称承揽工程，包括参与投标、订立合同、办理有关施工手续、从事施工等活动。”同时，《办法》第十条列举了九种挂靠行为的情形，本案中劳务公司的行为，属于《办法》第十条第一项“存在下列情形之一的，属于挂靠：（一）没有资质的单位或个人借用其他施工单位的资质承揽工程的”情形，应当认定为挂靠。

【典型意义】

《中华人民共和国建筑法》、《建设工程质量管理条例》等相关法律法规皆明令禁止以其他施工单位名义承揽工程和允许其他单位或者个人以本单位名义承揽工程。在实践中，为在发承包竞争活动中争取到工程项目，一些施工单位或者个人由于自身资质条件不符合或者无资质，不符合项目承包所要求的资质条件，会采用种种手段骗取发包方的信任，其中包括借用其他单位的资质证书，以其他单位名义承揽工程等手段进行违法承包活动。这种行为一方面严重扰乱了建筑市场秩序，另一方面也给工程留下了质量安全隐患。由于借用他人资质承揽工程的单位往往在资质等级、管理人员资格、企业管理能力等均不足以满足承揽工程要求，在拿到工程后，会向出借方缴纳一大笔的管理费用，种种支出势必会导致借用方以靠偷工减料、以次充好等非法手段赚取利润，这样必然会给工程施工过程带来安全隐患，给未来使用造成质量隐患。

该案例典型意义在于：全面落实“谁执法谁普法”普法责任制，通过执法与服务相结合的方式，对检查中存在的违法行为依法严格查处，向存在违法行为的单位普及建设领域法律法规以及违法行为认定方法，举一反三，引导其在工程建设过程中的每一个环节依法合规，共同促进我市建筑市场规范有序发展，营造造良好的法治营商环境。