

泸县综合行政执法局

关于柯西文陈述、申辩的复核意见书

柯西文：

你于2023年5月9日递交的《陈述申辩书》已收悉，经研究回复如下。

一、关于“并不存在挂靠（借用）泸县[]建筑工程有限公司资质承揽工程的违法行为”的问题。

经调查，你与泸县[]建筑工程有限公司（以“泸县嘉明镇大同村公共厕所工程项目部投资人”的名义）签订《泸县嘉明镇大同村公共厕所工程项目内部投资协议》用于工程结算，同时你与泸县[]建筑工程有限公司没有形成合法的劳动关系以及社会保险关系；依据（2022）川0521民初490号民事案件的庭审笔录及相关裁判文书、调查情况和《泸县嘉明镇大同村公共厕所工程项目内部投资协议》第二条，你作为实际施工人，其实际组织人员进行了施工工作、施工材料采购工作。

依据《建筑工程施工发包与承包违法行为认定查处管理办法》第八条第一款第四项第六项、第九条、第十条第三项，认定你在泸县嘉明镇大同村公共厕所工程项目中借用（挂靠）泸县[]建筑工程有限公司资质承揽工程（工程结算）。

二、关于“以上所有法规只对单位的处罚，并没有任何条款是对实际施工人个人进行罚款和没收所得规定”的问题。

虽然你是本案中的实际施工人，但是你借用（挂靠）泸县[]

■建筑工程有限公司资质承揽工程（工程结算）的事情清楚，属于未取得资质证书承揽工程的行为，依据《建筑工程施工发包与承包违法行为认定查处管理办法》第十五条第三项“（三）对认定有挂靠行为的施工单位或个人，依据《中华人民共和国招标投标法》第五十四条、《中华人民共和国建筑法》第六十五条和《建设工程质量管理条例》第六十条规定进行处罚。”《建设工程质量管理条例》第六十条第一款“违反本条例规定，勘察、设计、施工、工程监理单位超越本单位资质等级承揽工程的，责令停止违法行为，对勘察、设计单位或者工程监理单位处合同约定的勘察费、设计费或者监理酬金1倍以上2倍以下的罚款；对施工单位处工程合同价款百分之二以上百分之四以下的罚款，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；有违法所得的，予以没收。”第六十条第二款“未取得资质证书承揽工程的，予以取缔，依照前款规定处以罚款；有违法所得的，予以没收。”依法应当予以行政处罚（罚款、没收违法所得）。

三、关于“施工所得是合法所得”的问题。

依据《四川省高级人民法院关于审理建设工程施工合同纠纷案件若干疑难问题的解答》（川高法民一（2015）3号）“30. 对转包，违法分包，借用资质非法所得如何处理？承包人转包，违法分包建设工程或者没资质的实际施工人借用有资质的建筑施工企业名义与他人签订的建设工程施工合同被认定无效后，人民法院可以根据《中华人民共和国民法通则》第一百三十四条的规定，对承包人转包、违法分包建设工程已经取得的非法所得、出

借资质的建筑施工企业因出借行为已经取得的非法所得，实际施工人因承建工程已经取得的非法所得予以收缴”，以及《建设工程质量管理条例》第六十条第二款“未取得资质证书承揽工程的，予以取缔，依照前款规定处以罚款；有违法所得的，予以没收”。虽然泸县人民法院在（2022）川0521民初490号民事案件中，认定你是实际施工人，诉求得到法院支持，但是你实际施工取得的违法收入并不因法院判决而合法，仍然需要依法予以没收。

四、关于“初次违法，违法行为轻微，及时改正，没有造成危害后果”“当事人有证据足以证明没有主观过错”的问题。

首先，你借用（挂靠）泸县[]建筑工程有限公司资质承揽工程（工程结算），未取得资质证书承揽工程的违法行为，并不属于《四川省住房城乡建设轻微违法行为免予行政处罚清单》39项免予行政处罚的情形。其次，本案中，你联系企业参与挂靠的违法行为，扰乱正常的建筑市场秩序，不属于违法行为轻微，且未主动积极予以改正、消除或减轻违法行为危害后果，调查过程中拒不配合调查，不符合《中华人民共和国行政处罚法》第三十三条“不予行政处罚”的情形。

五、关于“违法行为在二年内未被发现的，不再给予行政处罚”的问题。

依据《中华人民共和国行政处罚法》第三十六条、《建筑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）第十六条和《住房和城乡建设部关于转发全国人大常委会法制工作委员会〈对建筑施工企业母公司承接工程后交由子公司

实施是否属于转包以及行政处罚两年追溯期认定法律适用问题的意见〉的函》（法工办发〔2017〕223号）等规定，挂靠等违法行为的行政处罚追溯期限，从存在挂靠的建筑工程竣工验收之日起计算；本案中，泸县嘉明镇大同村村民委员会组织五方责任主体于2021年9月进行竣工验收，至案发时，未超过二年行政处罚追溯期限。

六、关于“法定职责必须为、法无授权不可为”的问题。

按照县级机构设置，我局统一行使住房和城乡建设领域法律、法规和规章规定的全部行政处罚权及其相关的行政强制权；依据《关于公布泸县县本级行政权力清单目录和权责清单（2021年本）的通知》（泸县府办发〔2022〕2号），我局依法行使“对勘察、设计、施工、工程监理单位未取得资质证书承揽工程的行政处罚”权，故对你予以行政处罚是法定授权、亦是我局法定职责。

综上所述，本案事实清楚，证据充分，适用法律正确，程序合法，你的陈述、申辩理由不成立，我局不予采纳，将依法作出行政处罚决定。

泸县综合行政执法局

2023年5月24日

注：本意见书一式二联，第一联送当事人，第二联存档