



# 违法分包的认定及法律风险防范

违法分包是建设工程领域普遍存在的违法现象,施工单位进行违法分包,不仅可能存在合同被认定为无效、被没收违法所得等风险,还可能影响企业的正常经营,更有可能招致罚款等行政处罚。因此,作为施工单位,有必要明确违法分包行为的认定及相应法律风险的防范。

## 一、违法分包的法律认定

根据《中华人民共和国建筑法》第二十九条,“建筑工程总承包单位可以将承包工程中的部分工程发包给具有相应资质条件的分包单位;但是,除总承包合同中约定的分包外,必须经建设单位认可。施工总承包的,建筑工程主体结构的施工必须由总承包单位自行完成。禁止总承包单位将工程分包给不具备相应资质条件的单位。禁止分包单位将其承包的工程再分包。”,对于违反上述规定的分包,即被认定为违法分包。

## 二、违法分包的表现形式

违法分包主要包括以下情形:

承包单位将业务分包给不具有法定资质条件的分包单位;分包行为在合同中没有约定,也未获得建设单位许可的;工程总承包中将建筑工程的主体结构进行分包的;合法分包后分包单位将工程再次进行分包的。虽没有明确进行分包,但在施工现场所设项目管理机构的项目负责人、技术负责人、项目核算负责人、质量管理人员、安全管理人员不是工程承包人本单位人员的,也视为再次分包。此外,改变中标书中承诺的施工队伍,将工程分给各个公司施工的,也属于违法分包。

## 三、违法分包与转包、挂靠、劳务分包的区分

### (一)转包与违法分包。

转包是指在承包人承包工程后,将承包的建设工程转让给第三人,转让人退出承包关系,由转包人作为新的合同当事人参与建设工程。在分包情形下,承包人并不退出承包关系,只是在原有的承包关系中增加了新的参与主体。

### (二)挂靠与违法分包

实践中一些缺乏资质的单位和个人通过向有资质的企业交纳费用,借用企业的建筑资质和营业执照承包建设工程,在分包中承包人选择分包主体时,如果分包人是挂靠性质,同样会因主体资格瑕疵被认定为是违法分包。

### (三)劳务分包与违法分包

劳务分包中相关的施工、技术、物资等由劳务使用单位统一管理,而工程分包除了缴纳管理费用外,其它各项工程由分包单位负责。劳务分包单位将其承包的劳务再分包的,或者在劳务费用以外还计取主要建筑材料款、周转材料款和大中型施工机械设备费用的,同样被认定为违法分包。

## 四、违法分包的法律风险及防范

### (一)合同无效

违背法律法规强制性规定而订立的违法分包合同属于无效合同。在分包合同被认定为无效后,发包人即享有合同解除权,因承包人违法分包

造成的损失,发包人有权要求赔偿。

### (二)没收违法所得

一般而言,在合同被认定为无效后,因合同取得的财产应当予以返还。不能返还或者没有必要返还的,应当折价补偿;有过错的一方应当赔偿对方因此受到的损失。鉴于建筑施工合同的特殊性,仅可采用“折价补偿”,并且只有在工程质量被发人验收合格的情况下,承包人才可能获得“折价补偿”。即使获得了适当补偿,依照法律规定,对于承包人违法分包所获得的收益可能被认定为非法所得,司法机关有权予以收缴。

### (三)施工单位及负责人的行政责任

根据《建筑工程施工转包违法分包等违法行为认定查处管理办法(试行)》第十三条规定,对于违法分包的施工单位,“责令其改正,没收违法所得,并处工程合同价款 0.5%以上 1%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。”在对施工单位给予单位罚款处罚的情况下,可以对单位直接负责

的主管人员和其他直接责任人员处单位罚款数额 5%以上 10%以下的罚款。

### (四)经营限制

根据《建筑工程施工转包违法分包等违法行为认定查处管理办法(试行)》第十四条的规定,对于违法分包的施工单位“可依法限制其在 3 个月内不得参加违法行为发生地的招标投标活动、承揽新的工程项目,并对其企业资质是否满足资质标准条件进行核查,对达不到资质标准要求的限期整改,整改仍达不到要求的,资质审批机关撤回其资质证书。对 2 年内 2 次违法分包的施工单位,责令其停业整顿 6 个月以上,停业整顿期间,不得承揽新的工程项目。对 2 年内 3 次以上违法分包的施工单位,资质审批机关降低其资质等级。”

因此,施工单位应当杜绝违法分包行为,在进行分包时应仔细审查分包人的资质,并事先在总承包合同中明确约定或获得发包人的书面认可,同时在分包后,承包人也应当尽

办公室

## 上下一心 创新举措



2017 年 1 月 1 日,迈入新年的第一天,由省、市治污减霾办领导带队,新闻媒体参加组成的联合检查组,在灞桥区政府领导的陪同下,检查了市政混凝土公司应急响应措施的落实情况。检查组现场检查完后,混凝土公司党支部副书记李斌向检查组汇报了混凝土公司治污减霾工作的部署情况以及响应省、市、区、集团公司所发布的各级应急响应作出的具体措施。检查组对混凝土公司在治污减霾工作方面所作出的成绩给予高度评价,认为混凝土公司在治污减霾工作落实方面时刻走在前列,希望混凝土公司在新的一年里上下一心,创新举措,标本兼治,坚决打赢治污减霾攻坚战。

图/文 混凝土公司 李勇

## 让企业 8 大主体责任落地生根

2017 年,集团公司将弘扬创新精神,以更强的力度,认真做好各项安全生产工作,坚决杜绝事故发生,确保职工生命财产安全,确保全年安全生产目标任务顺利圆满完成。

在党中央、国务院高度重视安全生产工作的背景下,集团公司把安全生产工作列为 2017 年各项工作重中之重,将进一步加大安全生产专项资金提取,并要求强化改革创新意识,突出抓好 4

个方面工作,促进全公司整个安全生产工作再上新台阶。一是强化三级管理积分考核。要量化工作任务,同时增设和推行二级管理奖惩办法及“问责条例”,深入发掘二级管理的潜力,督促分公司完善安全管理制度、隐患排查、教育培训、应急管理等工作,形成三个层级齐抓共管局面,强固安全生产基础。二是强化职业培训。要把新安法规定的企业八大安全生产主体责任纳入各类业务培训、岗前培训中。积极延请建筑行业高校、领先企业前来指导做好培训工作。要创新培训方式,采用团体活动式、体验式来提升培训效果。三是全面推行企业安全生产标准化管理。要编制好集团公司安全生产标准化五年规划大纲及年度实施方案,尤其要做好基坑(沟槽)支护、临边作业、施工驻地消防安全标准化作业流程的制定,完善现场标准化体系建设。同时做好 OA 办公平台

和项目管理平台创建工作,通过“平台”推动安全生产达标。四是要做好安全技术革新工作。新的一年要以推动本质安全为根本,借鉴装配式建筑工程施工方法、地铁工程信息化管理方式,探索发展新技术、新工艺,突破工程现场安全隐患重复发生的瓶颈,从设计、生产、施工各个环节控制安全风险因素,实现主动条件管理,大幅度提升安全系数。

安全监管部 闵杰

## 第一分公司举办冬季运动会

为喜迎 2017 年元旦,进一步加强基层职工文化建设,增强职工队伍的凝聚力和向心力,提高职工健身意识和身体素质。集团公司第一分公司于 12 月 29 日在建材北路工地举办了集团公司第一分公司冬季运动会。

本次运动会设拔河、4x100m 接力、跳绳、绑腿跑、1000m 长跑等项目。运动会上,选手们奋勇争先,努力拼搏。围观的啦啦队更是激情澎湃,助威声震耳欲聋。现场气氛热烈,团队的凝聚力在此刻得到了最好的展现。在全体运动员及工作人员的努力下,经过激烈的角逐,各个项目都圆满的完成。

此次运动会充分展示了一分公司职工健康向上、充满活力、和谐友好的精神风貌。实现了“参与性、竞技性和趣味性”的和谐统一。图/文 第一分公司 顾德华



## 建筑工程安全生产管理条例在施工中的运用

桥隧分公司 赵恪皓

工程建设中不仅要保证生产质量安全,也要依法建设,按照法律效力层级可以分为法律、行政法规、地方性法规、部颁规章和地方政府规章法规以及政策性文件等,《建筑法》是由八届全国人大常委会第十八次会议于 1997 年 11 月 1 日通过,并自 1998 年 3 月 1 日起施行。《建筑法》的颁布确立了我国建筑活动的基本法律制度,标志着我国建筑活动开始进入系统法律管理的轨道。《建筑法》于 2011 年 4 月 22 日修订,并于 2011 年 7 月 1 日起施行,目前《建筑法》共计 8 章 85 条,包括总则、建筑许可、建筑工程发包与承包、建筑工程监理、建筑安全生产管理、建筑工程质量管理、法律责任、附则。《安全生产管理条例》于 2004 年 2 月 1 日开始实施,《建设工程安全生产管理条例》是依据《建筑法》和《安全生产法》而制定的,是《建筑法》第 5 章建筑安全生产管理有关规定的具体化和《安全生产法》安全生产管理一般规定的专业化,建设工程安全生产管理,坚持安全第一、预防为主方针,在中华人民共和国境内从事建设工程的新建、扩建、改建和拆除等有关活动及实施对建设工程安全生产的监督管理,本条例所称建设工程,是指土木工程、建筑工程、线路管道和设备安装工程及装修工程。

《建设工程安全生产管理条例》中所规定的施工单位应承担安全责任的行为:1. 未设立安全生产管理机构,配备专职安全生产管理人员或者部分专项工程施工时无专职安全生产管理人员现场监督的;2. 主要负责人、项目负责人、专职安全生

产管理人员、作业人员或者特种作业人员,未经安全教育培训或者经考核不合格即从事相关工作的;3. 未在施工现场的危险部位设置明显的安全警示标志,或者未按照国家有关规定在施工现场设置消防通道、消防水源、配备消防设施和灭火器材的;4. 未向作业人员提供安全防护用具和安全防护服装的;5. 未按照规定在施工起重机械和整体提升脚手架、模板等自升式架设施验收合格后登记的;6. 使用国家明令淘汰、禁止使用的危及施工安全的工艺、设备、材料的;7. 挪用列入建设工程概算的安全生产作业环境及安全施工措施所需费用的;8. 施工前未对有关安全施工的技术要求作出详细说明的;9. 未根据不同施工阶段和周围环境及季节、气候的变化,在施工现场采取相应的安全措施,或者在城市市区内的建设工程的施工现场未实行封闭围挡的;10. 在尚未竣工的建筑物内设置员工集体宿舍的;11. 施工现场临时搭建的建筑物不符合安全使用要求的;12. 未对因建设工程施工可能造成损害的毗邻建筑物、构筑物和地下管线等采取专项防护措施的;13. 安全防护用具、机械设备、施工机具及配件在进入施工现场前未经查验或者查验不合格即投入使用的;14. 使用未经验收或者验收不合格的施工起重机械和整体提升脚手架、模板等自升式架设施;15. 委托不具有相应资质的单位承担施工现场安装、拆卸起重机械和整体提升脚手架、模板等自升式架设施的;16. 在施工组织设计中未编制安全技术措施、施工现场临时用电方案或者专项施工方案的;17. 取得资质证书后,降低安全生产条件的。

建设部正依据《建设工程安全生产管理条例》的基本制度,修订与其配套部门规章《建筑安全生产监督管理规定》和《建设工程施工现场管理规定》,并

组织制定施工企业安全生产条件评价管理、施工起重机械安全管理、建筑施工现场环境与卫生标准、建筑施工现场企业安全生产保证体系标准等管理规定和技术标准,这将进一步健全和完善建设工程安全生产的法规体系。

