

《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）》释义

建筑市场监管司

前 言

2014年8月4日，住房城乡建设部印发了《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）》（建市〔2014〕118号）（以下简称《认定查处办法》）。为了便于大家正确理解《认定查处办法》条文的具体含义，住房城乡建设部建筑市场监管司组织有关人员，根据有关法律法规的规定，结合文件起草过程中对有关问题的分析研判，起草了《认定查处办法》的条文释义，供大家参考。

第一条 为了规范建筑工程施工承发包活动，保证工程质量和施工安全，有效遏制违法发包、转包、违法分包及挂靠等违法行为，维护建筑市场秩序和建设工程主要参与方的合法权益，根据《建筑法》、《招标投标法》、《合同法》以及《建设工程质量管理条例》、《建设工程安全生产管理条例》、《招标投标法实施条例》等法律法规，结合建筑活动实践，制定本办法。

【释义】本条是关于《认定查处办法》制定目的和依据的规定。

制定《认定查处办法》的目的：为了有效遏制建筑施工转包、违法分包及挂靠等违法行为，规范建筑市场秩序，保证工程质量和施工安全。制定《认定查处办法》依据是：《建筑法》、《招标投标法》、《合同法》以及《建设工程质量管理条例》、《建设工程安全生产管理条例》、《招标投标法实施条例》等法律法规。

第二条 本办法所称建筑工程，是指房屋建筑和市政基础设施工程。

【释义】本条是关于《认定查处办法》适用范围的规定。

房屋建筑工程指各类结构形式的民用建筑工程、工业建筑工程、构筑物工程以及相配套的道路、通信、管网管线等设施工程。工程内容包括地基与基础、主体结构、建筑屋面、装修装饰、建筑幕墙、附建人防工程以及给水排水及供暖、通风与空调、电气、消防、智能、防雷等配套工程。

市政基础设施工程包括给水工程、排水工程、燃气工程、热力工程、城市道路工程、城市桥梁工程、城市隧道工程（指城市规划区内的穿山过江隧道、地铁隧道、地下交通工程、地下过街通道）、公共交通工程、轨道交通工程、环境卫生工程、照明工程、绿化工程。

第三条 住房和城乡建设部负责统一监督管理全国建筑工程违法发包、转包、违法分包及挂靠等违法行为的认定查处工作。

县级以上地方人民政府住房城乡建设主管部门负责本行政区域内建筑工程违法发包、转包、违法分包及挂靠等违法行为的认定查处工作。

【释义】本条是关于违法行为认定查处工作职责分工和实施主体的规定。各地对本行政区域内的建筑工程违法发包、转包、违法分包及挂靠等违法行为认定查处工作的具体职责分工，由各省级人民政府住房城乡建设主管部门按照本办法规定在制定本地的实施细则中予以明确。

第四条 本办法所称违法发包，是指建设单位将工程发包给不具有相应资质条件的单位或个人，或者肢解发包等违反法律法规规定的行为。

【释义】本条是关于违法发包定义的规定。

本条是根据《建筑法》、《建设工程质量管理条例》等法律法规关于工程发包方面的禁止性规定，对违法发包行为进行的定义。本条规定的“....等违反法律法规规定的行为”是理解的重点和难点。

如《建筑法》第二十二条规定：“发包单位应当将建筑工程发包给具有相应资质条件的承包单位。”第二十四条规定：“提倡对建筑工程实行总承包，禁止将建筑工程肢解发包。不得将应当由一个承包单位完成的建筑工程肢解成若干部分发包给几个承包单位。”《建设工程质量管理条例》第七条规定：“建设单位应当将工程发包给具有相应资质等级的单位。建设单位不得将建设工程肢解发包。”

需要指出的是，由于个人不符合企业资质的主体条件，现行法律法规规定要将工程发包或分包给承包单位。因此，在本办法

中，为准确界定违法发包、以及转包、挂靠、违法分包行为，将发包人把工程发包给个人或承包人将工程分包给个人的做法均列为违法行为。另外，这里的建设单位也包括代建单位。

第五条 存在下列情形之一的，属于违法发包：

（一）建设单位将工程发包给个人的；

（二）建设单位将工程发包给不具有相应资质或安全生产许可的施工单位的；

（三）未履行法定发包程序，包括应当依法进行招标未招标，应当申请直接发包未申请或申请未核准的；

（四）建设单位设置不合理的招投标条件，限制、排斥潜在投标人或者投标人的；

（五）建设单位将一个单位工程的施工分解成若干部分发包给不同的施工总承包或专业承包单位的；

（六）建设单位将施工合同范围内的单位工程或分部分项工程又另行发包的；

（七）建设单位违反施工合同约定，通过各种形式要求承包单位选择其指定分包单位的；

（八）法律法规规定的其他违法发包行为。

【释义】本条是关于违法发包的八种具体表现情形的规定。

其中第（一）、（二）、（五）种情形是根据违法发包的定义直接规定的情形；第（三）、（四）、（六）、（七）种情形是依据《建筑法》、《招标投标法》和《招标投标法实施条例》对工程招标发

包的有关规定，从未履行发包法定程序、设置不合理的招投标条件、另行发包、指定分包等角度规定的四种具体情形；第（八）种情形是兜底条款，需要根据相关法律法规规定以及具体违法行为认定。例如《城乡规划法》第四十条规定：“在城市、镇规划区内进行建筑物、构筑物、道路、管线和其他工程建设的，建设单位或者个人应当向城市、县人民政府城乡规划主管部门或者省、自治区、直辖市人民政府确定的镇人民政府申请办理建设工程规划许可证。……。”若建设单位违反该规定，未办理建设工程规划许可证就进行工程施工发包的，也应属于违法发包行为。

按照《建设工程分类标准》（GB/T50841—2013）规定，本办法单位工程是指具备独立施工条件并能形成独立使用功能的建筑物或构筑物。除单独立项的专业工程外，建设单位不得将一个单位工程的分部工程施工发包给专业承包单位。

第六条 本办法所称转包，是指施工单位承包工程后，不履行合同约定的责任和义务，将其承包的全部工程或者将其承包的全部工程肢解后以分包的名义分别转给其他单位或个人施工的行为。

【释义】本条是关于转包定义的规定。

《建筑法》、《合同法》虽然没有明确规定转包的定义，但却规定了法律禁止的两种转包行为。如《建筑法》第二十八条规定：“禁止承包单位将其承包的全部建筑工程转包给他人，禁止承包单位将其承包的全部建筑工程肢解以后以分包的名义分别转包

给他人。”《合同法》第二百七十二條規定：“**承包人不得將其承包的全部建設工程轉包給第三人或者將其承包的全部建設工程肢解以後以分包的名義分別轉包給第三人。**”《建設工程質量管理條例》第七十八條第三款規定：“**本條例所稱轉包，是指承包單位承包建設工程，不履行合同約定的責任和義務，將其承包的全部建設工程轉給他人或者將其承包的全部建設工程肢解以後以分包的名義分別轉給其他單位承包的行為。**”本辦法對“轉包”的定義正是來源於此，並在表述上更加細化和精確。

第七條 存在下列情形之一的，屬於轉包：

（一）施工單位將其承包的全部工程轉給其他單位或個人施工的；

（二）施工總承包單位或專業承包單位將其承包的全部工程肢解以後，以分包的名義分別轉給其他單位或個人施工的；

（三）施工總承包單位或專業承包單位未在施工现场設立項目管理機構或未派駐項目負責人、技術負責人、質量管理負責人、安全管理負責人等主要管理人員，不履行管理義務，未對該工程的施工活動進行組織管理的；

（四）施工總承包單位或專業承包單位不履行管理義務，只向實際施工單位收取費用，主要建築材料、構配件及工程設備的採購由其他單位或個人實施的；

（五）勞務分包單位承包的範圍是施工總承包單位或專業承包單位承包的全部工程，勞務分包單位計取的是除上繳給施工總

承包单位或专业承包单位“管理费”之外的全部工程价款的；

(六)施工总承包单位或专业承包单位通过采取合作、联营、个人承包等形式或名义，直接或变相的将其承包的全部工程转给其他单位或个人施工的；

(七)法律法规规定的其他转包行为。

【释义】本条是关于转包的七种具体表现情形的规定。

其中第(一)、(二)种情形是根据转包的定义直接规定的情形；第(三)、(四)、(五)、(六)种情形是从主要管理负责人、履行管理义务和主要材料设备采购、劳务分包、其他形式等表现形态来规定的四种具体情形；第(七)种情形是兜底条款，明确除规定的六种情形外，法律法规规定的其他转包行为也应认定为转包。

第(一)种情形属于比较典型、比较常见的转包行为，比较好理解和认定。

第(二)种情形说明：首先，转包人与转承包人必须是两个独立法人或其他组织或个人。若承包人承包工程后，以内部承包方式授予自己的分公司或内部机构（不包括子公司）施工，则不构成转包。其次，承包人必须是将其承包的全部建设工程肢解以后，以分包的名义分别转让给其他单位或个人才构成转包。若承包人只是将其承包工程中的分部分项或某一部分分包给其他单位或个人，应构成分包或违法分包而不是转包。

第（三）种情形说明：在正常、合法的施工承包关系中，施工单位在承接工程之后，应当在施工现场设立项目管理机构并派驻实际管理人员，履行合同约定的责任和义务，对工程的施工活动进行组织管理。如果施工单位未在施工现场设立项目管理机构或未派驻相应的项目负责人、技术负责人、质量管理负责人、安全管理负责人等主要管理人员，而现场施工却在进行，视为不履行合同约定的责任和义务，未对该工程的施工活动进行组织管理，可认定为转包。需要说明的是，如果施工单位虽以自身名义在现场设立了项目管理机构，但项目管理机构的主要管理人员（包括项目负责人、技术负责人、质量管理负责人、安全管理负责人等）同施工单位间没有合法的劳动合同、工资、社会保险关系的，对施工单位的行为可认定为转包，对实际施工人可认定为挂靠，此款与第十一条关于挂靠的第（五）种情形的认定对应一致。

第（四）种情形说明：在正常、合法的施工承包关系中，主要建筑材料、构配件及工程设备的采购应有施工单位负责采购。但法律法规并不禁止施工单位委托其他单位或个人采购材料设备，尤其是进口材料设备的委托采购，如果施工单位能够提供材料证明其他单位或个人采购材料设备系受其委托，有委托代理的证据且其他单位或个人除受委托采购材料设备之外，并不负责具体施工事宜；同时施工单位能够证明自己履行了合同约定的责任和施工管理义务，则不认定为转包。

第（五）种情形说明：劳务作业分包是合法的，但劳务分包单位收取的费用应仅限定在劳务报酬及必要的辅材费用。如果建筑主材、构配件、设备等都是由劳务单位购买，施工设备、周转材料租赁也由劳务分包单位租赁，劳务分包单位的承包范围与施工总承包或专业承包单位的范围相同，对施工总承包或专业承包单位可认定存在转包行为。

第（六）种情形说明：合作、联营、内部个人承包等形式本身并不被法律所禁止，均是施工单位生产经营过程中提升竞争力和企业效益的有效措施。但近些年来却产生了大量以合作、联营、内部个人承包等形式或名义，直接或变相的将其承包的全部工程转给他人施工的违法情形。如何认定，关键在于：①承包人是否实际参与工程的组织施工与管理及合作、联营人是否以自身身份或联合体身份参与施工；②合作、联营人是否具有实施该工程的资质。两者必须全部满足才能被认定为合作、联营施工，而不是转包或挂靠。如果合作、联营方没有资质，或者是在项目上不是以其自身身份或联合体身份出现，仍然以承包人名义对外的，对合作、联营方应认定存在挂靠行为，对承包人应认定为转包。内部承包关键是看是否组成项目管理机构以及现场主要管理人员与施工单位之间有没有劳动合同、工资、社保关系，有没有统一的资产、财务关系等，如果没有这些关系，对施工单位可认定为转包。

第八条 本办法所称违法分包，是指施工单位承包工程后违

反法律法规规定或者施工合同关于工程分包的约定，把单位工程或分部分项工程分包给其他单位或个人施工的行为。

【释义】本条是关于违法分包定义的规定。

工程分包是建筑活动一种常见的市场行为，但我国法律法规对工程分包从单位资质、质量安全管理、招投标等方面进行了严格限定。如《建筑法》第二十九条规定：“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。禁止分包单位将其承包的工程再分包。”本条依据《建筑法》第二十九条等规定，对违法分包进行了定义。

第九条 存在下列情形之一的，属于违法分包：

- (一) 施工单位将工程分包给个人的；
- (二) 施工单位将工程分包给不具备相应资质或安全生产许可的单位的；
- (三) 施工合同中沒有约定，又未经建设单位认可，施工单位将其承包的部分工程交由其他单位施工的；
- (四) 施工总承包单位将房屋建筑工程的主体结构的施工分包给其他单位的，钢结构工程除外；
- (五) 专业分包单位将其承包的专业工程中非劳务作业部分再分包的；
- (六) 劳务分包单位将其承包的劳务再分包的；

(七) 劳务分包单位除计取劳务作业费用外，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；

(八) 法律法规规定的其他违法分包行为。

【释义】 本条是关于违法分包八种具体表现情形的规定。

其中第(一)、(二)、(三)、(四)、(五)种情形主要是依照《建筑法》和《建设工程质量管理条例》对违法分包的规定明确的五种情形。第(六)、(七)种情形是关于违法劳务分包的两种情形。第(八)种情形是兜底条款。

第(一)种情形说明：因个人不具有承揽工程的主体资格，因此施工单位将工程分包给个人属于违法分包行为。

第(二)种情形说明：工程分包单位必须具备相应资质或安全生产许可条件方可承揽工程分包业务，否则属于违法分包。

第(三)种情形说明：此种情形是依据《建筑法》第二十九条和《建设工程质量管理条例》第七十八条的规定，将合同中未有约定，又未经建设单位认可的分包规定为违法分包。在具体认定中，需要注意以下两点：一是施工合同中没有约定，是指施工合同中没有约定允许进行工程分包。二是未经建设单位认可应认定为违法分包，并不意味着建设单位认可的分包一定合法。如果分包构成本条其他规定的情形，依然应认定为违法分包。如建设单位指定施工单位将部分工程分包给不具有资质的单位等。

第(四)种情形说明：此种情形是依据《建筑法》第二十九条

和《建设工程质量管理条例》第七十八条的规定，把施工总承包单位将主体结构的施工分包给其他单位的规定为违法分包。同时，考虑到工程结构的实际情况及专业承包资质情况，明确了若主体结构是钢结构工程是可以进行专业分包的。

第(五)种情形说明：此种情形是依据《房屋建筑和市政基础设施工程施工分包管理办法》（住房城乡建设部第19号令）第九条规定“专业分包工程承包人必须自行完成所承包的工程”，对专业分包单位将其承包的专业工程中非劳务作业部分再分包的，明确为违法分包行为。

第(六)种情形说明：此种情形是依据《房屋建筑和市政基础设施工程施工分包管理办法》（住房城乡建设部第19号令）第九条规定“劳务作业承包人必须自行完成所承包的任务”，对劳务分包单位将其承包的劳务再分包的，或与其他单位、班组、个人签订劳务合同的，应认定为违法分包行为。

第(七)种情形说明：劳务分包单位收取的费用应仅限定在分包工程的劳务报酬及必要的辅材费用。如果劳务分包单位还计取分包工程主要建筑材料款、周转材料款和大中型施工机械设备费用中一项的，则属于以劳务分包为名，超越资质范围承接工程，也就是常说的扩大劳务分包，因而应当认定为违法分包。

第十条 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。

【释义】本条是关于挂靠定义的规定。

“挂靠”是行业内约定俗成的通行名词，与“挂靠”概念相对应的法律概念是“借用资质”。鉴于“挂靠”行为在行业中已很广泛且对其含义已约定俗成，本办法根据《建筑法》第二十六条和最高人民法院《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》第四条的规定，对“挂靠”进行了定义。

本条第二款规定，只要是有关单位或个人以其他有资质的施工单位的名义“承揽工程”，即构成挂靠行为，至于有关单位或个人是否实际承接到工程，以及是否实际施工，都不予排除。

第十一条 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；

（二）有资质的施工单位相互借用资质承揽工程的，包括资质等级低的借用资质等级高的，资质等级高的借用资质等级低的，相同资质等级相互借用的；

（三）专业分包的发包单位不是该工程的施工总承包或专业承包单位的，但建设单位依约作为发包单位的除外；

（四）劳务分包的发包单位不是该工程的施工总承包、专业承包单位或专业分包单位的；

(五) 施工单位在施工现场派驻的项目负责人、技术负责人、质量管理负责人、安全管理负责人中一人以上与施工单位没有订立劳动合同，或没有建立劳动工资或社会养老保险关系的；

(六) 实际施工总承包单位或专业承包单位与建设单位之间没有工程款收付关系，或者工程款支付凭证上载明的单位与施工合同中载明的承包单位不一致，又不能进行合理解释并提供材料证明的；

(七) 合同约定由施工总承包单位或专业承包单位负责采购或租赁的主要建筑材料、构配件及工程设备或租赁的施工机械设备，由其他单位或个人采购、租赁，或者施工单位不能提供有关采购、租赁合同及发票等证明，又不能进行合理解释并提供材料证明的；

(八) 法律法规规定的其他挂靠行为。

【释义】 本条是关于挂靠八种具体表现情形的规定。

其中第（一）、（二）种情形是根据挂靠定义规定的两种挂靠具体情形；第（三）、（四）、（五）、（六）、（七）种情形，是分别从专业分包的发包单位、劳务分包的发包单位、主要实际管理人员、工程款支付、材料设备采购租赁等方面规定五种挂靠具体情形；第（八）种情形是兜底条款。

第（一）种情形属于比较典型、比较常见的挂靠行为，容易理解。

第(二)种情形是定义中所明确的挂靠情形。对资质等级低的施工单位，其以资质等级高的施工单位的名义承揽工程；资质等级高的施工单位出于某些因素的考虑，如进入某个领域或地方承接工程，其以资质等级低的施工单位的名义承揽工程；相同资质等级的施工单位之间相互借用资质参与投标承揽工程，均构成挂靠行为。

第(三)种情形说明：正常情况下，施工单位与其承包范围内专业分包工程的发包单位应当是相同的。如果不是，则很可能存在着挂靠行为。需要说明的是，在此种情形下，如果相关单位不能进行合理解释和提供材料证明的，应认定为挂靠。但需要注意3个问题：①该种挂靠情形要求施工单位与其承包范围内专业分包工程的发包单位分别为两个独立法人单位，如果两者不是两个独立法人单位，如专业分包工程的发包单位系施工单位下属的不具有独立法人资格，但取得工商营业执照的分公司的，则不能认定为挂靠；如专业分包工程的发包单位系施工单位下属的没有取得工商营业执照的分支机构或项目管理机构的，还应当调查其他履行文件以确定是否认定为挂靠，但即使不存在挂靠也可能存在违法分包。②该种挂靠情形应排除建设单位依约作为发包单位的情况，即建设单位依据施工合同约定发包部分专业工程，不能认定为挂靠。而且，即便建设单位没有在合同约定的情况下发包部分专业工程，也不能认定为挂靠，而是构成建设单位的违法发包行为。③出现此种情形时，应当允许相关单位或个人进行解释

和提供材料证明，如相关单位或个人能够进行合理解释或提供材料证明其不构成挂靠行为或构成其他违法行为的，则不应认定为挂靠行为。

第（四）种情形说明：通常情况下，施工单位与其承包范围内劳务作业的发包单位应当是相同的。如果不是，则很可能存在着挂靠行为，或存在转包行为。出现这种情形，要进一步核查相关单位或个人，确定是转包还是挂靠行为。

第（五）种情形说明：在正常、合法的施工承包关系中，施工单位在施工现场派驻的项目负责人、技术负责人、质量管理负责人、安全管理负责人应当是施工单位的正式员工，即应当与施工单位订立劳动合同、建立劳动工资及社会养老保险关系（三者应同时满足，且应在整个工程合同履行期内这些管理人员进驻现场起就应具备），如果这些实际管理人员（尤其是项目负责人即项目经理）中只要有一人与施工单位之间没有订立的劳动合同，或没有建立劳动工资或社会养老保险关系，则可能存在着挂靠情形，如果相关单位或个人不能进行合理解释和提供材料证明的，应认定为挂靠。需要注意的是，出现此种情形，除了可能存在挂靠行为外，亦可能是存在其他违法行为（如转包），但也可能是聘用了退休人员而无需再缴纳社保的情况。因此，在出现此种情形时，应当允许相关单位或个人进行解释和提供材料证明，如相关单位或个人能够进行合理解释或提供材料证明其不构成挂靠行为或构成其他违法行为（如转包）的，则不认定为挂靠行为。

第（六）种情形说明：在正常、合法的施工承包关系中，施工单位在承接工程之后，工程款应当由建设单位支付给施工单位，两者之间应当存在直接的工程款收付关系，工程款支付凭证上载明的单位应当与施工合同中载明的承包单位相一致。如果工程款支付上不是这种情况，且相关单位或个人不能进行合理解释并提供材料证明的，则应认定为挂靠。法律法规并不禁止施工合同当事人对工程款支付作出特别安排，如果有建设单位委托第三方支付工程款、承包单位委托第三方收取工程款等情形，关键要施工合同当事人能够证明双方对工程款支付作出特别安排（如施工合同中约定），同时施工合同中约定的承包人有在现场履行施工管理义务的证明，则不应认定为挂靠。

第（七）种情形说明：出现此种情形，除了可能存在挂靠情形之外，还可能存在施工单位委托其他单位或个人采购、租赁材料设备及施工单位有关采购、租赁合同及发票已遗失损毁等情况。法律并不禁止施工单位委托其他单位或个人采购、租赁材料设备，如果施工单位能够提供材料证明其他单位或个人采购、租赁材料设备系受其委托，且其他单位或个人除受托采购、租赁材料设备之外，并不负责具体施工事宜，则不应认定为挂靠。另外，出现此种情形时，还可能是存在挂靠之外的其他违法行为（如转包）。因此，应允许相关单位或个人进行解释和提供材料证明。

第十二条 建设单位及监理单位发现施工单位有转包、违法分包及挂靠等违法行为的，应及时向工程所在地的县级以上人民

政府住房城乡建设主管部门报告。

施工总承包单位或专业承包单位发现分包单位有违法分包及挂靠等违法行为，应及时向建设单位和工程所在地的县级以上人民政府住房城乡建设主管部门报告；发现建设单位有违法发包行为的，应及时向工程所在地的县级以上人民政府住房城乡建设主管部门报告。

其他单位和个人发现违法发包、转包、违法分包及挂靠等违法行为的，均可向工程所在地的县级以上人民政府住房城乡建设主管部门进行举报并提供相关证据或线索。

接到举报的住房城乡建设主管部门应当依法受理、调查、认定和处理，除无法告知举报人的情况外，应当及时将查处结果告知举报人。

【释义】本条是关于不同主体发现有违法发包、转包、违法分包及挂靠等违法行为时所具有的权利、义务及应承担的责任的规定。

本条共有四款，第一款的主体是建设单位及监理单位，规定了其在发现施工单位有转包、违法分包及挂靠等违法行为时的报告义务。第二款的主题是施工总承包单位或者专业承包单位，规定了其在发现分包单位存在违法分包及挂靠等违法行为时和发现建设单位有违法发包的行为时的报告义务。第三款的主题是其他单位和个人，规定了其在发现有关单位和人员有违法发包、转

包、违法分包及挂靠等违法行为时，有权向相关住房城乡建设主管部门举报，同时应当提供相关证据或线索。第四款的主体为住房城乡建设主管部门，规定了其在接到相应举报时，应该依法受理、调查、认定和处理及对举报人告知的职责。

需要注意的是：在当事人责任条文中，出现“应当”一词的，是义务性的规定，如果“不为”就是违法。本条第一款、第二款就是对建设单位及监理单位、施工总承包单位或专业承包单位的报告责任的义务性规定，旨在将此种监督作为一种法定义务和责任予以明确。如事后查明有关当事人明知而不报告的，主管部门可以追究其可能的互相隐瞒的相应责任。

第十三条 县级以上人民政府住房城乡建设主管部门要加大执法力度，对在实施建筑市场和施工现场监督管理等工作中发现的违法发包、转包、违法分包及挂靠等违法行为，应当依法进行调查，按照本办法进行认定，并依法予以行政处罚。

（一）对建设单位将工程发包给不具有相应资质等级的施工单位的，依据《建筑法》第六十五条和《建设工程质量管理条例》第五十四条规定，责令其改正，处以50万元以上100万元以下罚款。对建设单位将建设工程肢解发包的，依据《建筑法》第六十五条和《建设工程质量管理条例》第五十五条规定，责令其改正，处工程合同价款0.5%以上1%以下的罚款；对全部或者部分使用国有资金的项目，并可以暂停项目执行或者暂停资金拨付。

(二)对认定有转包、违法分包违法行为的施工单位，依据《建筑法》第六十七条和《建设工程质量管理条例》第六十二条规定，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。

(三)对认定有挂靠行为的施工单位或个人，依据《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，对超越本单位资质等级承揽工程的施工单位，责令停止违法行为，并处工程合同价款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；有违法所得的，予以没收。对未取得资质证书承揽工程的单位和个人，予以取缔，并处工程合同价款2%以上4%以下的罚款；有违法所得的，予以没收。对其他借用资质承揽工程的施工单位，按照超越本单位资质等级承揽工程予以处罚。

(四)对认定有转让、出借资质证书或者以其他方式允许他人以本单位的名义承揽工程的施工单位，依据《建筑法》第六十六条和《建设工程质量管理条例》第六十一条规定，责令改正，没收违法所得，并处工程合同价款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。

(五)对建设单位、施工单位给予单位罚款处罚的，依据《建设工程质量管理条例》第七十三条规定，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。

款。

（六）对注册执业人员未执行法律法规的，依据《建设工程安全生产管理条例》第五十八条规定，责令其停止执业3个月以上1年以下；情节严重的，吊销执业资格证书，5年内不予注册；造成重大安全事故的，终身不予注册；构成犯罪的，依照刑法有关规定追究刑事责任。对注册执业人员违反法律法规规定，因过错造成质量事故的，依据《建设工程质量管理条例》第七十二条规定，责令停止执业1年；造成重大质量事故的，吊销执业资格证书，5年内不予注册；情节特别恶劣的，终身不予注册。

【释义】本条是关于对违法发包、转包、违法分包、挂靠、转让或出借资质等违法行为进行认定和处罚的主体、依据及具体行政处罚标准的规定。

本条将《建筑法》、《建设工程质量管理条例》和《建设工程安全生产管理条例》对相关违法行为的处罚规定进行了分类归纳，便于执法机构使用，也便于相关市场主体清楚如发生违法行为将会被处以怎样的行政处罚。

第（一）类处罚，是法律法规对违法发包行为的处罚规定。

第（二）类处罚，是法律法规对转包、违法分包行为的处罚规定。

第（三）类处罚，是法律法规对挂靠行为的处罚规定。

第（四）类处罚，是法律法规对转让、出借资质证书或者以其他方式允许他人以本单位的名义承揽工程的行为（即被挂靠行

为) 处罚规定。

第(五)类处罚,是法律法规在对单位罚款情况下,关于对直接负责的主管人员和其他直接责任人员的罚款规定。

第(六)类处罚,是法律法规对注册执业人员违法行为的处罚规定。

有关《建筑法》和《建设工程质量管理条例》、《建设工程安全生产管理条例》的行政处罚的种类有:罚款、没收违法所得、停业整顿、降低资质等级、吊销资质证书、停止执业、吊销执业资格证书、终身不予注册等。需要说明的是:按照《建筑法》第七十六条和《建设工程质量管理条例》第七十五的规定,有关给予建设工程企业责令停业整顿、降低资质等级和吊销资质证书的行政处罚,由颁发资质证书的机关决定;其他行政处罚,由建设行政主管部门或者其他有关部门依照法律和国务院规定的职权范围决定。因此县级以上人民政府住房城乡建设主管部门可以向颁发资质证书的机关提出对违法行为主体处以责令停业整顿、降低资质等级和吊销资质证书的行政处罚建议,由颁发资质证书的机关依法作出行政处罚。

第十四条 县级以上人民政府住房城乡建设主管部门对有违法发包、转包、违法分包及挂靠等违法行为的单位和个人,除按照本办法第十三条规定予以相应行政处罚外,还可以采取以下行政管理措施:

(一) 建设单位违法发包,拒不整改或者整改仍达不到要求

的，致使施工合同无效的，不予办理质量监督、施工许可等手续。对全部或部分使用国有资金的项目，同时将建设单位违法发包的行为告知其上级主管部门及纪检监察部门，并建议对建设单位直接负责的主管人员和其他直接责任人员给予相应的行政处分。

（二）对认定有转包、违法分包、挂靠、转让出借资质证书或者以其他方式允许他人以本单位的名义承揽工程等违法行为的施工单位，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年内发生2次转包、违法分包、挂靠、转让出借资质证书或者以其他方式允许他人以本单位的名义承揽工程的施工单位，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年内发生3次以上转包、违法分包、挂靠、转让出借资质证书或者以其他方式允许他人以本单位的名义承揽工程的施工单位，资质审批机关降低其资质等级。

（三）注册执业人员未执行法律法规，在认定有转包行为的项目中担任施工单位项目负责人的，吊销其执业资格证书，5年内不予注册，且不得再担任施工单位项目负责人。

对认定有挂靠行为的个人，不得再担任该项目施工单位项目负责人；有执业资格证书的吊销其执业资格证书，5年内不予执

业资格注册；造成重大质量安全事故的，吊销其执业资格证书，终身不予注册。

【释义】本条是关于住房城乡建设主管部门对有各种违法行为的单位和个人在依法进行行政处罚的同时，还可采取的行政管理措施的规定。

虽然法律明文禁止转包、违法分包、挂靠等违法行为，也明确规定，对违法行为情节严重的要吊销资质证书，但在市场操作中，这些法律明文禁止的行为却长期存在，屡禁不止，并引发一系列的重大安全质量事故。只有加大当事人违法行为成本，才能让违法企业和个人产生敬畏心理，使其不敢违法。因此，本条规定对转包挂靠等违法行为除依法给予行政处罚外，还可采取相应的行政管理措施，充分体现了严肃行政处罚和加强行政管理并重的指导思想。

第（一）类行政管理措施，是对认定有违法发包行为的建设单位采取的有关行政管理措施。但合同无效的认定应由司法机关的生效法律文书确定。

第（二）类行政管理措施，是对认定有转包、违法分包、挂靠、转让出借资质证书或者以其他方式允许他人以本单位的名义承揽工程等违法行为的施工单位，在2年内分别发生1次、2次、3次以上采取的有关行政管理措施。

第（三）类行政管理措施，是对在认定有转包行为的项目中担任施工单位项目负责人的注册执业人员和有挂靠行为的人员

采取的有关行政管理措施。

第十五条 县级以上人民政府住房城乡建设主管部门应将查处的违法发包、转包、违法分包、挂靠等违法行为和处罚结果记入单位或个人信用档案，同时向社会公示，并逐级上报至住房城乡建设部，在全国建筑市场监管与诚信信息发布平台公示。

【释义】本条是关于对住房城乡建设主管部门查处的违法行为和处罚结果实行信用档案和公示制度的规定。

这一条的立法宗旨是要发挥诚信体系在规范建筑市场秩序管理方面的作用。现在有的企业不怕被处罚，就怕被通报，一旦被通报，参与投标时将受到较大影响。此条，一是要求主管部门应将查处的违法发包、转包、违法分包、挂靠等违法行为和处罚结果记入单位或个人信用档案，二是要向社会公示，而且地方要逐级上报至住房城乡建设部，在全国建筑市场监管与诚信信息发布平台公示，加大曝光力度。

第十六条 建筑工程以外的其他专业工程参照本办法执行。省级人民政府住房城乡建设主管部门可结合本地实际，依据本办法制定相应实施细则。

【释义】本条是关于适用其他专业工程范围和地方制定实施细则的规定。

其他专业工程，如铁路、公路、水利等专业工程的建筑活动，与建筑工程建筑活动具有一定的共性，应当遵守共同的基本准则。因此本办法关于违法行为的认定查处也可适用于其他专业工

程的建筑活动。

本条还明确了省级人民政府住房城乡建设主管部门可以依据本办法制定实施细则的职权，在各自的管辖范围内进一步细化认定查处程序。

第十七条 本办法由住房城乡建设部负责解释。

【释义】本条是关于本办法解释权的规定。

第十八条 本办法自2014年10月1日起施行。住房城乡建设部之前发布的有关规定与本办法的规定不一致的，以本办法为准。

【释义】本条是关于本办法的施行时间以及与住房城乡建设部之前发布的有关政策文件关系的规定。本办法自2014年10月1日起施行，但对有关违法行为的认定查处起始于相关法律法规的生效规定。