**蓝山县人民政府**

**行 政 复 议 决 定 书**

 蓝政复决字〔2022〕第10号

**申请人：**湖南某建设工程有限公司，统一社会信用代码：91430300MA4QWYXXXX。法定代表人：龚某某，男，身份证号码：43032219711XX9XXXX。联系电话：1378626XXXX。地址：湖南省湘潭市XX市XX路办事处XX工业园XX大道旁XX栋。

**委托代理人：**张某某，特别授权委托代理。身份证号码：21102119750826XXXX。联系电话：1392524XXXX。地址：湖南省湘潭市XX市XX路办事处XX工业园XX大道旁XX栋。

**被申请人：**蓝山县住房和城乡建设局。

**法定代表人：**谢某某，该局局长，住湖南省蓝山县塔峰镇XX路居委会XX组。

**委托代理人：**肖某某，蓝山县住房和城乡建设工作人员，一般代理。联系电话：1387467XXXX。

申请人不服蓝山县住房和城乡建设局2022年8月22日作出的《湖南省建筑市场责任主体不良行为记录认定书》（蓝住建认字〔2022〕08号），于2022年9月7日向本机关申请行政复议，本机关依法已予受理，现已审理终结。

**申请人请求：**依法撤销《湖南省建筑市场责任主体不良行为记录认定》（蓝住建认字〔2022〕08号）。

**申请人称：**申请人系一级建筑资质企业，在湘、粤等地具有良好的社会声誉。2021年8月，经招商引资，申请人以投资人的身份进入蓝山县建筑市场。是时，正值“XX公馆”建设项目急需引入资金、技术完成建设之际，申请人于2021年10月19日与开发商蓝山XX房地产开发有限公司签订了“建设工程施工合同”,并于同日参加了由政府办主持的“保证XX公馆项目顺利实施”的多边会议。在县委、县政府的支持和会议精神的鼓舞下，申请人在当月25日便组织人员、资金、设备进入建设工地。由于建设方不具备开工条件等多方面的原因，申请人自进场至2022年8月离场，自始至终均未能施工，造成申请人窝工、机械设备闲置等巨大的经济损失。

在申请人离开工程场地后，却不料在2022年8月18日接到被申请人“编号：蓝住建告字【2022】08号湖南省建筑市场责任主体不良行为记录告知书”,告知申请人存在“1、DZ-02所承包工程未取得施工许可证擅自开工；2、D1-4-02对建筑安全事故隐患不采取措施予以消除”,“拟记录你单位严重不良行为一次，责任人严重不良行为一次”,“在五日内提出书面陈述和申辩”。申请人于8月24日以“关于责任主体不良行为澄清报告”提出申辩，但被申请人却在8月22日以与告知书同样的内容作出了“湖南省建筑市场责任主体不良记录认定书”,决定记录申请人“严重不良行为一次，责任人严重不良行为一次”。

申请人认为，被申请人作出的上述认定既没有事实依据，也没有法律依据，而且严重违反法定程序：

一、根据《建筑法》第七条的规定，申请取得施工许可证只能是建设方，而不是施工方。被申请人将取得施工许可的义务强加给申请人违反了《建筑法》的规定；

二、申请人没有擅自施工的行为。从申请人十多次因窝工申请索赔和工作联系函完全可以证明，合同签订后，申请人从入场到离场，都因建设方不具备施工条件，自始至终都没有任何施工活动。被申请人将申请人为了安置人员和机械设备的准备措施认定为擅自施工，纯属滥用行政权力；

三、“边坡基坑支护”的安全事故隐患与申请人没有任何事实和法律上的关系，“边坡基坑支护”属于他人承包的工程，申请人无权行使消除隐患的措施。被申请人D1-4-02的认定背离了客观事实和法律关系。

1、 存在安全隐患的“边坡基坑支护”属于湖南长工工程建设有限公司的承包范围，不属于申请人与建设方的合同内容，申请人无权“消除”,也没有责任履行防患的义务；

2、《民法典》物权篇规定，物的风险转移以交付为原则。即使申请人在施工过程中有注意他人建筑物的安全防患义务，但，在“边坡基坑支护”交付后申请人才有责任防患。

3、 申请人安置人员和机械设备的行为，丝毫也没有对“边坡基坑支护”,产生损害，出现安全隐患的原因与申请人没有关系。

四、被申请人的认定严重违反法定程序。

1、剥夺了申请人的陈述、申辩权。申请人8月19号接到告知书，8月24号向被申请人交付了书面的陈述材料，时间在陈述和申辩权行使的五天期限内，但被申请人却在三天内即8月22日便出具了“认定书”;

2、“认定书”没有告知申请人法律救济的途径，违反了行政法律、法规的强制性规定；

3、被申请人行政执法随心所欲。“认定书”对申请人“违规”的事实想当然，没有任何事实指证。

为此，特申请复议，请求予以撤销为盼。

**被申请人称：**我局作出的《湖南省建筑市场责任主体不良行为记录认定书》(蓝住建认字〔2022〕08号)依据事实准确、适用程序合法、适用法律恰当。

被申请人做出的对湖南某建设工程有限公司在施工中存在：1、所承包工程未取得施工许可证擅自施工；2、对建筑安全事故隐患不采取措施予以消除等不良行为认定，事实清楚、证据确凿。

1. 依据《湖南省建设工程质量和安全生产管理条例》 第二十条施工单位从事建筑施工活动，必须遵守有关法律法规的规定，对建设单位未依法取得施工许可证或者开工报告的建设工程，不得组织施工。
2. 根据蓝山县住房和城乡建设局XX公馆项目安全事故调查报告、蓝山县质量安全监督站下达的《工程停整通知书》、湖南某建设工程有限公司项目负责人张某某询问笔录等佐证证明(见附件),湖南某建设工程有限公司在明知XX公馆未办理施工许可的情况下，于2021年11月进场对地下室底板进行承台开挖，塔吊基础施工。该行为未经许可，应属擅自施工行为。
3. 根据XX公馆安全事故专家组意见蓝山县住房和城乡建设局XX公馆项目安全事故调查报告、湖南某建设工程有限公司项目负责人张某某询问笔录等佐证证明，湖南某建设工程有限公司进场后发现了周边下沉和裂缝等安全隐患仍继续施工，并在塔吊基础施工中损坏2根钢支撑。依据《中华人民共和国建筑法》第四十四条建筑施工企业必须依法加强对建筑安全生产的管理，执行安全生产责任制度，采取有效措施，防止伤亡和其他安全生产事故的发生。湖南某建设工程有限公司的施工行为导致事故进一步扩大，存在过错。
4. 我局依据《湖南省建筑市场不良行为记录公布制度》(湘建建〔2021〕9号〕第七条规定，在认定责任主体不良行为记录之前，以书面方式告知责任主体不良行为事实，接受责任主体在规定期限内的陈述和申辩，根据我局送达回证佐证证明，《湖南省建筑市场责任主体不良行为告知书 》(蓝住建告字〔2022〕08号)于2022年8月17日送达，《湖南省建筑市场责任主体不良行为认定书》(蓝住建认字〔2022〕08号)于2022年8月24日送达，陈述和申诉时间满足5天期限。

综上，我局作出的《湖南省建筑市场责任主体不良行为记录认定书》(蓝住建认字〔2022〕08号),事实清楚，证据充分，依据正确，程序合法，适用法律恰当，请求蓝山县人民政府驳回被答复人的行政复议请求，依法维持答复人作出 的《湖南省建筑市场责任主体不良行为记录认定书》(蓝住建认字〔2022〕08号)。

**经审理查明：**2021年8月，申请人以投资人的身份进入蓝山县建筑市场。2021年10月19日，申请人与开发商蓝山XX房地产开发有限公司签订了《建设工程施工合同》,并于同日参加了由政府办主持的保证XX公馆项目顺利实施的会议。2021年8月25日，申请人组织人员、资金、设备进入建设工地。2021年11月，蓝山假日房地产开发有限公司组织土方施工队伍，对基坑1区进行开挖，一次性将基坑西侧1区开挖到位，开挖深度约3米，长约40米，宽约30米，面积约1200平方米，交出了底板作业面给总包单位。2021年12月19日，在施工过程中，现场出现巨大响动，项目南侧边坡上XX阁、赵某某等周边房屋出现沉降加剧，房屋开裂及北向倾斜加重现象，项目基坑边坡出现严重安全险情，申请人施工人员遂撤出现场。之后，为保证群众的生命安全和控制事故发展，对南侧XX阁和赵某某别墅进行了拆除，对基坑进行了回填。造成直接经济损失超600万（XX阁超300万元以上、赵某某别墅310万元），另还有十几户居民房屋出现不同程度的开裂情况，存在严重的安全隐患。

事故发生后，县人民政府依据《生产安全事故报告和调查处理条例》的规定，成立了事故调查组。2022年7月23日，事故调查组对事故产生的责任单位、事故原因、事故发生经过、事故性质及责任认定等方面进行调查综合分析，通过现场勘查、多方取证、询问，形成《XX公馆项目安全事故调查报告》，该报告对于涉及申请人的责任认定为：总包方湖南某建设工程有限公司在明知XX公馆项目未办理施工许可证情况下，进场对地下室底板进行承台开挖，塔吊基础施工，并损坏二根钢支撑。作为总承包单位，未督促有关参建单位严格按设计文件、相关规范和土方开挖施工方案施工，作为有资质及经验的施工方对项目已出现质量安全的风险不采取相应的处理措施，仍继续施工，导致事故进一步扩大，存在一定过错。依据《中华人民共和国建筑法》第四十五条、《湖南省建设工程质量和安全生产管理条例》的相关规定，建议由县住建局对总承包单位湖南某建设工程有限公司予以行政立案查处，依法承担民事责任。

另查明：申请人2022年8月4日作出《湖南省建筑市场责任主体不良行为记录告知书》（蓝住建告字〔2022〕08号），于2022年8月16日进行邮寄，2022年8月17日于申请人所在的快递点签收，送达时间超过合理期限。

申请人在2022年8月17日收到《湖南省建筑市场责任主体不良行为记录告知书》（蓝住建告字〔2022〕08号），根据《湖南省住房和城乡建设厅关于印发<湖南省建筑市场不良行为记录公布制度>的通知》(湘建建[2021]9号)第七条规定，应在5个工作日内提出陈述和申辩，即自8月18日至在8月24日期间提出陈述和申辩，8月20日（星期六）、8月21日（星期天）不计算在内，但被申请人在2022年8月22日做出《湖南省建筑市场责任主体不良行为记录认定书》（蓝住建认字〔2022〕08号），于2022年8月24日将该文书送达，剥夺了申请人陈述、申辩的权利。

申请人作出的《湖南省建筑市场责任主体不良行为记录告知书》（蓝住建告字〔2022〕08号）未告知申请人申请救济的途径。

为证明以上事实，被申请人在法定期间提供了以下证据和材料：湖南省住房和城乡建设厅《关于印发湖南省建筑不良行为记录公布制度的通知》（湘建建〔2021〕第9号）、XX公馆项目安全事故调查报告、行政处罚建议书、专家会审意见、公安机关调查笔录、工程停整通知书、不良行为记录告知书送达回证、不良行为记录认定书送达回证等证据资料。

**本机关认为：**申请人在XX公馆项目安全事故中，存在所承包工程未取得施工许可证擅自施工，对建筑安全事故隐患不采取措施予以消除等不良行为，事实清楚、证据确凿充分，我机关对被申请人依据《湖南省建筑市场不良行为记录公布制度》作出的《湖南省建筑市场责任主体不良行为记录认定书》（蓝住建认字〔2022〕08号）在事实和适用依据方面予以认定，但是被申请人作出的《湖南省建筑市场责任主体不良行为记录认定书》（蓝住建认字〔2022〕08号）存在送达时间超过法定期限，剥夺了申请人陈述、申辩的权利，未告知救济途径等问题，属于程序违法。依照《中华人民共和国行政复议法》第二十八条第一款第（三）项之规定，决定如下：

撤销蓝山县住房和城乡建设局作出的《湖南省建筑市场责任主体不良行为记录认定书》（蓝住建认字〔2022〕08号），并责令蓝山县住房和城乡建设局在30日内重新作出具体行政行为。

申请人如对本复议决定不服，可在本行政复议决定书送达之日起15日内，向道县人民法院提起行政诉讼。

 蓝山县人民政府

 2022年10月27日

附法律依据

《中华人民共和国行政复议法》

第二十八条　行政复议机关负责法制工作的机构应当对被申请人作出的具体行政行为进行审查，提出意见，经行政复议机关的负责人同意或者集体讨论通过后，按照下列规定作出行政复议决定：

（一）具体行政行为认定事实清楚，证据确凿，适用依据正确，程序合法，内容适当的，决定维持；

（二）被申请人不履行法定职责的，决定其在一定期限内履行；

（三）具体行政行为有下列情形之一的，决定撤销、变更或者确认该具体行政行为违法；决定撤销或者确认该具体行政行为违法的，可以责令被申请人在一定期限内重新作出具体行政行为：

1．主要事实不清、证据不足的；

2．适用依据错误的；

3．违反法定程序的；

4．超越或者滥用职权的；

5．具体行政行为明显不当的。

（四）被申请人不按照本法第二十三条的规定提出书面答复、提交当初作出具体行政行为的证据、依据和其他有关材料的，视为该具体行政行为没有证据、依据，决定撤销该具体行政行为。

行政复议机关责令被申请人重新作出具体行政行为的，被申请人不得以同一的事实和理由作出与原具体行政行为相同或者基本相同的具体行政行为。

......。