



АССОЦИАЦИЯ «НАЦИОНАЛЬНОЕ ОБЪЕДИНЕНИЕ СТРОИТЕЛЕЙ»

**ЭКСПЕРТНЫЙ СОВЕТ ПО ВОПРОСАМ СОВЕРШЕНСТВОВАНИЯ
ЗАКОНОДАТЕЛЬСТВА В СТРОИТЕЛЬНОЙ СФЕРЕ**

**Президент Ассоциации
«Национальное объединение строителей»**



(подпись)

А.Н. Глушков

«11» 09 2020 г.

Утверждено

Экспертным советом Ассоциации «Национальное объединение строителей» по вопросам совершенствования законодательства в строительной сфере (протокол от «09» сентября 2020 г. № 82)

Заключение

по вопросу об учёте в фактическом совокупном размере обязательств члена саморегулируемой организации по договорам строительного подряда договоров, заключённых путём осуществления закупки у единственного поставщика в случае признания конкурсной процедуры несостоявшейся

Экспертный совет Ассоциации «Национальное объединение строителей» по вопросам совершенствования законодательства в строительной сфере (далее – Экспертный совет) проанализировал положения действующего законодательства, регулирующие порядок учёта в фактическом совокупном размере обязательств члена саморегулируемой организации по договорам строительного подряда договоров, заключённых путём осуществления закупки у единственного поставщика в случае признания конкурсной процедуры несостоявшейся.

Правовая экспертиза проводилась в период с 07.11.2019 по 11.08.2020 на основании Положения об Экспертном совете рабочей группой, сформированной в следующем составе:

- 1) Белоусов А.И. – руководитель рабочей группы;
- 2) Аммосова О.Е.;
- 3) Бандорин Л.Е.;
- 4) Забелин А.В.;
- 5) Князев А.Л.;
- 6) Кондратьева И.В.;
- 7) Кузьма И.Е.;
- 8) Максимов А.В.;
- 9) Малахов П.В.;
- 10) Москвитин М.В.;
- 11) Разумова Н.М.;
- 12) Ребрищев И.Н.;
- 13) Панарина В.В. – привлечённый эксперт;
- 14) Федорченко М.В.;
- 15) Худзинская И.А.;
- 16) Шевляков В.В.;
- 17) Шериева А.М.

При проведении правовой экспертизы проанализированы нормы Градостроительного кодекса Российской Федерации, Федерального закона от 05.04.2013 № 44-ФЗ «О контрактной системе в сфере закупок товаров, работ, услуг для обеспечения государственных и муниципальных нужд» (далее - Федеральный закон № 44-ФЗ), Федерального закона от 18.07.2011 № 223-ФЗ «О закупках товаров, работ, услуг отдельными видами юридических лиц» (далее – Федеральный закон № 223-ФЗ), постановления Правительства Российской Федерации от 01.07.2016 № 615 «О порядке привлечения подрядных организаций для оказания услуг и (или) выполнения работ по капитальному ремонту общего имущества в многоквартирном доме и порядке

осуществления закупок товаров, работ, услуг в целях выполнения функций специализированной некоммерческой организации, осуществляющей деятельность, направленную на обеспечение проведения капитального ремонта общего имущества в многоквартирных домах» (далее – Постановление № 615), приказа Минстроя России от 10.04.2017 № 700/пр «Об утверждении Порядка уведомления саморегулируемой организации, основанной на членстве лиц, выполняющих инженерные изыскания, саморегулируемой организации, основанной на членстве лиц, осуществляющих подготовку проектной документации, саморегулируемой организации, основанной на членстве лиц, осуществляющих строительство, членом указанной саморегулируемой организации о фактическом совокупном размере обязательств соответственно по договорам подряда на выполнение инженерных изысканий, договорам подряда на подготовку проектной документации, договорам строительного подряда, заключённым таким лицом в течение отчётного года с использованием конкурентных способов заключения договоров», материалы судебной практики, позиции федеральных органов исполнительной власти, рекомендации Научно-консультативной комиссии Экспертного совета по вопросу (одобрены на заседании указанной Комиссии 24.10.2019, протокол № 6).

Основанием для рассмотрения вопроса послужили обращения саморегулируемых организаций, из которых можно сделать вывод об отсутствии единого подхода по вопросу необходимости учёта в фактическом совокупном размере обязательств членов саморегулируемой организации по договорам строительного подряда договоров, заключённых путём осуществления закупки у единственного поставщика в случае признания конкурсной процедуры несостоявшейся.

По результатам правовой экспертизы Экспертным советом сделаны нижеследующие выводы.

1. Согласно пункту 3 части 1 статьи 55¹ Градостроительного кодекса Российской Федерации одной из основных целей саморегулируемых

организаций является обеспечение исполнения членами саморегулируемых организаций обязательств по договорам подряда на выполнение инженерных изысканий, на подготовку проектной документации, договорам строительного подряда, заключённым с использованием конкурентных способов определения поставщиков (подрядчиков, исполнителей) в соответствии с законодательством Российской Федерации о контрактной системе в сфере закупок товаров, работ, услуг для обеспечения государственных и муниципальных нужд, законодательством Российской Федерации о закупках товаров, работ, услуг отдельными видами юридических лиц, или в иных случаях по результатам торгов (конкурсов, аукционов), если в соответствии с законодательством Российской Федерации проведение торгов (конкурсов, аукционов) для заключения соответствующих договоров является обязательным.

По смыслу указанной нормы под договорами подряда, заключёнными с использованием конкурентных способов определения поставщиков (подрядчиков, исполнителей), понимаются договоры, заключённые:

- 1) в соответствии с Федеральным законом № 44-ФЗ,
- 2) в соответствии с Федеральным законом № 223-ФЗ,
- 3) в иных случаях по результатам торгов (конкурсов, аукционов), если в соответствии с законодательством Российской Федерации проведение торгов (конкурсов, аукционов) для заключения соответствующих договоров является обязательным (например, в соответствии с Постановлением № 615).

Относительно разграничения конкурентных способов определения поставщиков и закупки у единственного поставщика Экспертный совет отмечает следующее.

В соответствии с частью 1 статьи 24 Федерального закона № 44-ФЗ заказчики при осуществлении закупок используют конкурентные способы определения поставщиков (подрядчиков, исполнителей) или осуществляют закупки у единственного поставщика (подрядчика, исполнителя).

В соответствии с частью 2 указанной статьи конкурентными способами определения поставщиков (подрядчиков, исполнителей) являются конкурсы

(открытый конкурс, конкурс с ограниченным участием, двухэтапный конкурс, закрытый конкурс, закрытый конкурс с ограниченным участием, закрытый двухэтапный конкурс), аукционы (электронный аукцион, закрытый аукцион), запрос котировок, запрос предложений. Данный перечень конкурентных способов определения поставщиков (подрядчиков, исполнителей) является исчерпывающим.

Вывод о неотнесении закупки у единственного поставщика в случае признания конкурсной процедуры несостоявшейся в соответствии с Федеральным законом № 44-ФЗ к конкурентным способам заключения договора также подтверждается материалами судебной практики. В частности, при рассмотрении судебного дела № А43-2480/2018 суды трёх инстанций пришли к выводу, что закупка у единственного поставщика в случае признания электронного аукциона несостоявшимся не признаётся конкурентной процедурой заключения договора, в связи с чем заключённый в таком порядке договор не подлежит включению в совокупный размер обязательств члена саморегулируемой организации.

Наряду с этим Федеральным законом № 44-ФЗ предусмотрен порядок заключения контракта в случае признания конкурсной процедуры несостоявшейся.

В частности, согласно пунктам 24, 25 части 1 статьи 93 Федерального закона № 44-ФЗ в случае признания несостоявшимися определения поставщика (подрядчика, исполнителя) закрытым способом, двухэтапного конкурса, открытого конкурса в электронной форме, электронного аукциона, запроса котировок, запроса котировок в электронной форме, запроса предложений, запроса предложений в электронной форме заказчик осуществляет закупку у единственного поставщика (подрядчика, исполнителя).

Экспертный совет отмечает, что, исходя из совокупного анализа норм Федерального закона № 44-ФЗ, можно сделать вывод о необходимости разделения для целей исследования следующих процедур:

- закупка у единственного поставщика в результате признания конкурентной процедуры несостоявшейся и
- закупка у единственного поставщика без проведения конкурентной процедуры как самостоятельный способ осуществления закупки.

Так, в первом случае закупка у единственного поставщика вследствие признания конкурентной закупки несостоявшейся является вариантом завершения конкурентной процедуры закупки в конкретных определенных для каждого вида конкурентной закупки законом случаях. Такой вариант имеет место, когда потребность в товаре (работе, услуге) остается актуальной и у заказчика, как правило, нет возможности организовать повторную конкурентную процедуру закупки в сроки, установленные планом закупки и (или) производственным графиком. При этом открытая конкуренция в таком случае при закупке у единственного поставщика отсутствует. Но заказчик определяет победителя по установленным критериям, поэтому конкуренция сохраняется.

Порядок заключения контракта с единственным поставщиком (подрядчиком, исполнителем) в указанных случаях имеет ряд особенностей, установленных частью 5 статьи 93 Федерального закона № 44-ФЗ, предусматривающей в том числе обязанность заказчика заключить контракт на условиях, предусмотренных извещением об осуществлении закупки, документацией о закупке, необходимость получения согласия контролирующего органа в некоторых случаях и другие.

Кроме того, из совокупного толкования норм части 1 статьи 24 Федерального закона № 44-ФЗ во взаимосвязи с нормами статьи 71, части 5 статьи 93 Федерального закона № 44-ФЗ, принимая во внимание упомянутые выводы судов по делам № А40-178332/18 и № 3а-1/2018 (расширительное, системное толкование), следует, что закупка у единственного поставщика, обусловленная проведением конкурентного способа определения поставщика, является завершающим этапом такого конкурентного способа, его непосредственной частью.

Анализ судебной практики показывает, что суды также в отдельных случаях приходят к выводу, что заключение договора с единственным надлежащим заявителем является результатом проведения конкурентной процедуры независимо от того, что по результатам такой конкурентной процедуры торги признаются несостоявшимися (см., например, Определение Судебной коллегии по административным делам Верховного Суда Российской Федерации от 26.04.2018 № 66-АПГ18-11, Постановление Девятого арбитражного апелляционного суда № 09АП-12753/2019 от 09.04.2019 по делу № А40-178332/18).

В отношении конкурентных способов заключения договоров в соответствии с законодательством Российской Федерации о закупках товаров, работ, услуг отдельными видами юридических лиц Экспертный совет отмечает, что Федеральный закон № 223-ФЗ не содержит понятия «конкурентные способы определения поставщиков (подрядчиков, исполнителей)».

Вместе с тем согласно части 3 статьи 3 Федерального закона № 223-ФЗ конкурентной закупкой является закупка, осуществляемая с соблюдением одновременно следующих условий:

1) информация о конкурентной закупке сообщается заказчиком одним из следующих способов:

а) путём размещения в единой информационной системе извещения об осуществлении конкурентной закупки, доступного неограниченному кругу лиц, с приложением документации о конкурентной закупке;

б) посредством направления приглашений принять участие в закрытой конкурентной закупке в случаях, которые предусмотрены статьёй 3⁵ Федерального закона № 223-ФЗ, с приложением документации о конкурентной закупке не менее чем двум лицам, которые способны осуществить поставки товаров, выполнение работ, оказание услуг, являющихся предметом такой закупки;

2) обеспечивается конкуренция между участниками конкурентной закупки за право заключить договор с заказчиком на условиях, предлагаемых в

заявках на участие в такой закупке, окончательных предложениях участников такой закупки;

3) описание предмета конкурентной закупки осуществляется с соблюдением требований части 6¹ настоящей статьи.

Согласно части 3¹ статьи 3 Федерального закона № 223-ФЗ конкурентные закупки осуществляются путём проведения торгов (конкурс (открытый конкурс, конкурс в электронной форме, закрытый конкурс), аукциона (открытый аукцион, аукцион в электронной форме, закрытый аукцион), запроса котировок (запрос котировок в электронной форме, закрытый запрос котировок), запроса предложений (запрос предложений в электронной форме, закрытый запрос предложений), а также иными способами, установленными положением о закупке и соответствующими требованиями части 3 указанной статьи.

В соответствии с частью 3² указанной статьи неконкурентной закупкой является закупка, условия осуществления которой не соответствуют условиям, предусмотренным частью 3 указанной статьи. Способы неконкурентной закупки, в том числе закупка у единственного поставщика (исполнителя, подрядчика), устанавливаются положением о закупке.

Таким образом, ключевым критерием по которому возможно определить конкурентность закупки, является обеспечение конкуренции между участниками такой закупки. При этом само по себе обеспечение конкуренции может быть истолковано двумя разными способами: в одном случае под ним можно подразумевать обеспечение фактического участия в закупке не менее двух участников; в другом случае – обеспечение возможности участия в закупке не менее двух участников.

При этом Минфин России в письме от 29.12.2018 № 24-02-05/96385 выразил позицию, согласно которой закупка у единственного поставщика не является конкурентным способом осуществления закупки.

Экспертный совет отмечает, что Верховный Суд Российской Федерации в определении от 03.07.2019 № 306-ЭС19-9423 при рассмотрении спора о

правомерности заключения контракта не с единственным участником запроса предложений, заявка которого соответствовала требованиям запроса предложений по данной закупке, а с единственным поставщиком, пришёл к выводу о разграничении механизмов заключения договора с единственным поставщиком и единственным заявителем, отметив следующее: «проведена конкурсная процедура по запросу предложений, которая признана несостоявшейся, в таком случае в Положении о закупках предусмотрена возможность заключить договор с единственным участником запроса предложений, заявка которого соответствует требованиям документации запроса предложений, в то время как закупка у единственного поставщика не относится к конкурентным способам закупки, следовательно, применение такого способа закупок должно осуществляться исключительно в случаях, установленных законом».

Таким образом, отсутствует единообразное толкование нормы пункта 3 части 1 статьи 55¹ Градостроительного кодекса Российской Федерации в части договоров, заключённых путём закупки у единственного поставщика, осуществлённой в случае признания конкурсной процедуры несостоявшейся.

2. Отдельные аспекты рассматриваемых правоотношений также регулируются приказом Министра России от 10.04.2017 № 700/пр «Об утверждении Порядка уведомления саморегулируемой организации, основанной на членстве лиц, выполняющих инженерные изыскания, саморегулируемой организации, основанной на членстве лиц, осуществляющих подготовку проектной документации, саморегулируемой организации, основанной на членстве лиц, осуществляющих строительство, членом указанной саморегулируемой организации о фактическом совокупном размере обязательств соответственно по договорам подряда на выполнение инженерных изысканий, договорам подряда на подготовку проектной документации, договорам строительного подряда, заключённым таким лицом в течение отчётного года с использованием конкурентных способов заключения договоров» (далее - Порядок уведомления).

Так, проверка фактического совокупного размера обязательств по договорам строительного подряда, договорам о сносе, заключённым конкурентным способом, проводится саморегулируемой организацией в соответствии с Градостроительным кодексом Российской Федерации и внутренними документами саморегулируемой организации.

В соответствии с частью 4 статьи 55⁸ Градостроительного кодекса Российской Федерации член саморегулируемой организации ежегодно в порядке, установленном Минстроем России, обязан уведомлять саморегулируемую организацию о фактическом совокупном размере обязательств по договорам строительного подряда, договорам подряда на осуществление сноса, заключённым таким лицом в течение отчётного года с использованием конкурентных способов заключения договоров.

Градостроительный кодекс Российской Федерации не содержит положений, регламентирующих порядок расчёта фактического совокупного размера обязательств, за исключением нормы части 7 статьи 55¹³, согласно которой при проведении расчёта фактического совокупного размера обязательств члена саморегулируемой организации по договорам строительного подряда, договорам подряда на осуществление сноса, заключённым таким членом с использованием конкурентных способов заключения договоров, в него не включаются обязательства, признанные сторонами по указанным договорам подряда исполненными на основании акта приемки результатов работ. Указание на необходимость учёта договоров, заключённых путём закупки у единственного поставщика в случае признания конкурсной процедуры несостоявшейся, в Градостроительном кодексе Российской Федерации отсутствует.

Вместе с тем в соответствии с Порядком уведомления, утверждённым приказом Минстроя России от 10.04.2017 № 700/пр, член саморегулируемой организации, который выполняет работы по договорам, обязан ежегодно представлять уведомление в саморегулируемую организацию о фактическом совокупном размере обязательств по договорам строительного подряда,

заключённым таким лицом в течение отчётного года с использованием конкурентных способов определения поставщиков (подрядчиков, исполнителей) системе в сфере закупок товаров, работ, услуг для обеспечения государственных и муниципальных нужд, законодательством Российской Федерации о закупках товаров, работ, услуг отдельными видами юридических лиц, или в иных случаях результатах торгов (конкурсов, аукционов), если в соответствии с законодательством Российской Федерации проведение торгов (конкурсов, аукционов) для заключения соответствующих договоров является обязательным.

Согласно пункту 4 Порядка уведомление должно содержать в том числе сведения о фактическом совокупном размере обязательств по договорам, которые были заключены членом саморегулируемой организации в течение отчётного года. При этом вышеназванный пункт снабжён астериском <*>, согласно которому учитываются обязательства по договорам в рамках Федерального закона № 44-ФЗ при осуществлении закупок конкурентными способами определения поставщиков (подрядчиков, исполнителей), **в том числе** закупки у единственного поставщика (подрядчика, исполнителя), предусмотренные пунктами 24 и 25 статьи 93 Федерального закона № 44-ФЗ.

Вместе с тем согласно части 4 статьи 55⁸ Градостроительного кодекса Российской Федерации Минстрой России устанавливает порядок **уведомления** саморегулируемой организации о фактическом совокупном размере обязательств, а не порядок **проведения расчёта** указанного размера обязательств. В этой связи, по мнению Экспертного совета, положение Порядка уведомления, предписывающее члену саморегулируемой организации учитывать при расчёте фактического совокупного размера обязательств договоры, заключённые неконкурентными способами, выходит за рамки предмета регулирования нормативного правового акта Минстроя России, который обозначен в части 4 статьи 55⁸ Градостроительного кодекса Российской Федерации.

Также Экспертный совет считает необходимым отметить, что вышеназванный пункт Порядка уведомления содержит некорректную отсылку к норме статьи 93 Федерального закона № 44-ФЗ: пункты 24 и 25 содержатся в **части 1** статьи 93, а не в статье 93 Федерального закона № 44-ФЗ. Более того, Порядок уведомления не приведён в соответствие Градостроительному кодексу Российской Федерации в редакции Федерального закона от 03.08.2018 № 340-ФЗ и не содержит указания на необходимость учёта в фактическом совокупном размере обязательств договоров подряда на осуществление сноса, заключённых с использованием конкурентных способов.

На основании изложенного, по мнению Экспертного совета, при расчёте и проверке фактического совокупного размера обязательств Порядок уведомления должен применяться в части, не противоречащей Градостроительному кодексу Российской Федерации и Федеральному закону № 44-ФЗ. В этой связи вопрос о необходимости учёта договоров строительного подряда, заключённых путём закупки у единственного поставщика, осуществлённой в случае признания конкурсной процедуры несостоявшейся в соответствии с Федеральным законом № 44-ФЗ, при расчёте и проверке фактического совокупного размера обязательств члена саморегулируемой организации не может разрешаться в рамках указанного Порядка уведомления в отсутствие соответствующей нормы в Градостроительном кодексе Российской Федерации.

3. Экспертный совет отмечает, что, исходя из целей саморегулируемых организаций в целом и целей формирования компенсационных фондов обеспечения договорных обязательств в частности, приоритетом в рассматриваемых правоотношениях является надлежащее обеспечение обязательств членов саморегулируемых организаций по договорам строительного подряда, заключённым с государственными (муниципальными) заказчиками.

Вместе с тем действующая редакция пункта 3 части 1 статьи 55¹ Градостроительного кодекса Российской Федерации допускает неоднозначное

толкование, в результате которого договоры строительного подряда, заключённые путём закупки у единственного поставщика, осуществлённой в случае признания конкурсной процедуры несостоявшейся, могут не учитываться в совокупном размере обязательств члена саморегулируемой организации и, как следствие, такая саморегулируемая организация не будет нести субсидиарную ответственность по обязательствам своих членов по таким договорам. Отсутствие единообразного толкования совокупности правовых норм, регулирующих рассматриваемые правоотношения, может привести к значительному количеству судебных споров, затягиванию сроков строительства объектов и нарушению в конечном итоге законных прав и интересов потребителей (заказчиков) строительных работ.

На основании изложенного Экспертный совет считает необходимым устранить указанный пробел в правовом регулировании с учётом правоприменительной практики, однозначным образом закрепив в Градостроительном кодексе Российской Федерации нормы о том, что в сферу ответственности саморегулируемой организации входит обеспечение исполнения членами саморегулируемых организаций обязательств по договорам подряда на выполнение инженерных изысканий, на подготовку проектной документации, договорам строительного подряда, заключенным с использованием конкурентных способов определения поставщиков (подрядчиков, исполнителей), **а также путём осуществления закупки у единственного поставщика в случае признания процедуры определения поставщика (подрядчика, исполнителя) несостоявшейся**, в соответствии с законодательством Российской Федерации о контрактной системе в сфере закупок товаров, работ, услуг для обеспечения государственных и муниципальных нужд, законодательством Российской Федерации о закупках товаров, работ, услуг отдельными видами юридических лиц, или в иных случаях по результатам торгов (конкурсов, аукционов), если в соответствии с законодательством Российской Федерации проведение торгов (конкурсов,

аукционов) для заключения соответствующих договоров является обязательным.

Между тем, Экспертный совет отмечает, что в настоящее время Минстроем России совместно с Национальным объединением строителей проводится комплексная работа по усилению роли саморегулируемых организаций и их национальных объединений в качестве института, обеспечивающего качество строительства и эффективность работы строительной отрасли, в связи с чем подготовка соответствующих изменений в действующее законодательство представляется целесообразной в рамках указанной работы.

Экспертный совет также отмечает, что до внесения предлагаемых изменений в Градостроительный кодекс Российской Федерации, исходя из целей саморегулирования, саморегулируемым организациям следует учитывать договоры, заключённые путём закупки у единственного поставщика в случае признания конкурсной процедуры несостоявшейся, при определении фактического совокупного размера обязательств членов саморегулируемой организации.

По мнению Экспертного совета, права заказчика при заключении контрактов с использованием конкурентных процедур должны быть защищены в равной мере независимо от признания определения поставщика (подрядчика, исполнителя) несостоявшимися и заключения контракта с единственным поставщиком в силу закона вследствие такого признания.

Председатель Экспертного совета,
руководитель рабочей группы



А.И. Белоусов