

РЕКОМЕНДАЦИИ

членам Ассоциации СРО «ТОС» по оценке возможности заключения договоров строительного подряда с использованием конкурентных способов заключения договоров и особенностях судебной практики, которые следует учитывать подрядчикам при заключении договоров

Ассоциация «Саморегулируемая организация «Тверское объединение строителей» (далее – Ассоциация) напоминает, что в соответствии со статьями 55.16, 60.1 Градостроительного кодекса Российской Федерации несет субсидиарную ответственность по обязательствам своих членов в пределах средств компенсационного фонда обеспечения договорных обязательств.

В этой связи каждый случай неисполнения или ненадлежащего исполнения членами Ассоциации своих обязательств по договорам строительного подряда или договорам подряда на осуществление сноса, заключенным с использованием конкурентных способов заключения договоров, может повлечь за собой выплаты из компенсационного фонда обеспечения договорных обязательств и последующую необходимость пополнения фонда всеми членами Ассоциации в целях увеличения его размера в порядке и до размера, которые установлены внутренними документами Ассоциации исходя из фактического количества членов такой Ассоциации и уровня их ответственности по обязательствам.

Об этом важно помнить и ответственно подходить к каждой возможности участия в конкурентных закупочных процедурах.

Во избежание нежелательных последствий перед заключением договора, государственного (муниципального) контракта на основании Федерального закона от 05.04.2013 № 44-ФЗ «О контрактной системе в сфере закупок товаров, работ, услуг для обеспечения государственных и муниципальных нужд» (далее – Закон № 44-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», Ассоциация предлагает руководствоваться указанными ниже рекомендациями.

1. Оценка закупочной документации.

1.1. Необходимо детально изучить закупочную документацию.

Особое внимание необходимо обратить на следующие положения закупочной документации:

- проектно-сметную документацию, ее соответствие современным требованиям и адекватности цен (СНиП, ГОСТ, ТР ТС и др.) (известны случаи использования заниженных цен, использования устаревших проектов);
- место размещения строительной площадки и возводимого (сносимого) объекта, в т.ч. с точки зрения его культурной (археологической) ценности (зачастую, эти обстоятельства выясняются уже в ходе работ);
- условия подключения обеспечения строительной площадки коммунальным ресурсам (можно ли вообще подключиться, хватит ли мощностей);
- планируемое время года (сезон) работ (можно ли выполнить работы в это время года);
- наличие противоречий в закупочной документации (несовпадение общей цены работ и цен отдельных этапов работ, разные сроки выполнения работ в тексте документации и в ПОС);
- наличие чрезмерных (излишних) условий, усложняющих подрядчику участие в закупочной процедуре (большая сумма обеспечения заявки, необоснованные требования к опыту работы и пр.);
- возможные «подводные камни» – неочевидные обязанности подрядчика, – которые следуют из системного толкования разных положений документации (например, производство спасательных работ, которые не заложены в смету и в перечень работ, но явствуют из перечня документов, которые подрядчик должен сдать заказчику);

- сроки выполнения работ, установленные заказчиком, на предмет их соотношения с нормативными сроками строительства, административных процедур, а также разумности для эффективного обеспечения исполнения соответствующего договора;

- необычные требования, отклоняющиеся от требований, обычно предъявляемых заказчиками к исполнителям по аналогичным договорам (например, использование строительной техники только определенного цвета).

1.2. Ассоциация обращает внимание, что с 01.01.2022 отменяется документация по аукционам и конкурсам, проводимым в рамках Закона № 44-ФЗ, вместо которой будет только извещение о закупке, содержащее описание объекта закупки, обоснование НМЦК и др.

2. Оценка проекта договора.

2.1. Необходимо детально изучить все условия проекта договора, чтобы точно понимать его содержание.

Особое внимание необходимо обратить на следующие положения проекта договора:

- наличие права подрядчика требовать изменения условия договора (практика членов Ассоциации показывает, что необходимость в этом имеется);

- наличие противоречий в проекте договора положениям закупочной документации (несовпадение наименований работ, сроков, цен, и т.д.);

- наличие в проекте договора непонятных условий (положение договора представляет собой набор слов или не поддается толкованию);

- наличие в проекте договора обязанностей, исполнение которых обусловлено не только волей подрядчика (необходимость получения разрешений, согласований, заключений, прохождение процедур государственного строительного надзора, и т.д.);

- порядок сдачи-приемки результатов выполненных работ, их оплаты;

- размеры и условия применения заказчиком штрафных санкций за нарушение договорных условий;

- условия, позволяющие заказчику расторгнуть договор в одностороннем порядке;

- условия о порядке обмена корреспонденцией между сторонами договора.

2.2. Ассоциация обращает внимание, что с 01.01.2022 отменяются типовые контракты по Закону № 44-ФЗ.

3. Оценка объективных обстоятельств.

3.1. Необходимо соотнести свои силы и ресурсы (производственные, финансовые и кадровые) с объемами, которые требуются для исполнения договора, оценить свои затраты на страхование ответственности по договору. Оценить необходимо исключительно свои возможности, нельзя полагаться на субподрядные работы, так как зачастую субподрядчики не исполняют своих обязательств, а ответственным по договору в любом случае является подрядчик.

Учитывать постоянный рост цен на строительные материалы, прогнозировать свои возможности с его учетом. Обращаем внимание, что стороны вправе увеличить цену или срок исполнения соглашения, но только в пределах 30%. Если ранее это касалось контрактов стоимостью от 1 миллиона рублей и выше, заключённых до 01.07.2021, до теперь, в связи с вступлением в силу Федерального закона от 30.12.2021 № 476-ФЗ, устанавливается возможность применения пункта 8 части 1 статьи 95 Федерального закона № 44-ФЗ к контрактам, которые заключены **на срок менее одного года** и предметом которых является выполнение работ по строительству, реконструкции, капитальному ремонту, сносу объекта капитального строительства, проведению работ по сохранению объектов культурного наследия.

Кроме того, Постановлением Правительства РФ от 31 декабря 2021 года № 2594 изменено еще одно из условий по увеличению цены контракта по причине роста цен на строительные материалы – **контракты, заключённые до 1 января 2022 года.**

Для внесения изменений подрядчик направляет заказчику предложение в письменном виде — с обязательным обоснованием новой стоимости или срока. Допускается менять цену только по невыполненным объемам строительства. Нововведения направлены на реализацию федеральных проектов, но новым регламентом вправе воспользоваться и региональные власти.

3.2. Из доступных источников рекомендуется выяснить следующие сведения:

- о заказчике (исполняет ли он свои обязательства перед подрядчиками надлежащим образом, является ли добросовестным лицом, как часто обращается в антимонопольные органы с заявлениями о включении сведений в реестр недобросовестных поставщиков и исключает подрядчиков из реестра квалифицированных подрядных организаций, нет ли у него финансовых проблем);

- об объекте договора (не является ли он проблемным (его сложно или невозможно возвести), не расторгались ли договоры с предыдущими подрядчиками, и т.д.);

- об используемых строительных материалах (производятся ли они, не ожидается ли прекращение их производства или поставок, можно ли будет их приобрести в ходе выполнения работ); необходимо учитывать, что **подрядчик не имеет права по своему усмотрению заменять строительные материалы на аналоги или даже с лучшими характеристиками.**

3.3. Сведения можно узнать из следующих источников:

№	Ресурс	Сайт
1	Федеральная налоговая служба	nalog.ru
2	Федеральная антимонопольная служба	https://fas.gov.ru/
3	Картотека арбитражных дел	kad.arbitr.ru
4	Банк данных исполнительных производств	https://fssp.gov.ru/iss/iP
5	ФГИС ЦС. Федеральная государственная информационная система ценообразования в строительстве	https://fgisrf.ru/
6	Единый федеральный реестр юридически значимых сведений о фактах деятельности юридических лиц, индивидуальных предпринимателей и иных субъектов экономической деятельности (Федресурс)	https://fedresurs.ru/
7	Справочная система «СПАРК»	https://spark-interfax.ru/
8	Справочная система «Контур. Фокус»	https://focus.kontur.ru/

4. По результатам оценки закупочной документации и проекта договора член Ассоциации может принять одно из следующих решений:

- участвовать в закупочной процедуре;
- отказаться от участия в ней;
- обратиться за разъяснениями к организатору закупочной процедуры;
- обратиться с жалобой в антимонопольный орган.

4.2. Отказаться от участия в закупке рекомендуется в следующих случаях:

- отсутствие трудовых и (или) материальных ресурсов, позволяющих исполнить договор на согласованных условиях;

- наличие в проектно-сметной документации технически неисполнимых или трудноисполнимых решений, а также заниженных цен на материалы;

- наличие широкого круга обстоятельств, позволяющих заказчику расторгнуть контракт в одностороннем порядке;

- отсутствие у подрядчика права на изменение условий договора;

- наличие информации о возбужденных в отношении заказчика или руководящих должностных лиц заказчика административных и (или) уголовных делах, основой которых являются нарушения, выявленные в ходе деятельности по заключению и исполнению договоров;

- наличие в договоре большого количества штрафных санкций и условий их использования заказчиком в случае понимания подрядчиком высокой вероятности совершения со своей стороны договорных нарушений (несоблюдение сроков ввиду их сжатости и т.п.).

5. Дополнительные рекомендации и сведения.

5.1. При участии в закупочных процедурах рекомендуется использовать систему «Независимый регистратор» (приложение, фиксирующее действия участников закупок во время работы на электронной торговой площадке и сайте Единой информационной системы).

5.2. При исследовании закупочной документации целесообразно привлекать профильных специалистов в части касающейся: юриста, проектировщика, сметчика, экономиста, и иных профессионалов по профилю их деятельности.

5.3. При участии в закупочных процедурах учитывать:

- Постановление Правительства Тверской области от 10.12.2021 № 668-пп «О региональном государственном строительном надзоре»;
- вступающие в силу с 01.03.2022 значительные изменения в области охраны труда, Закон № 44-ФЗ;
- введение с 01.01.2022 BIM-методик в строительстве по Закону № 44-ФЗ.

6. В случае уклонения от заключения договора после проведения закупочной процедуры, расторжения контракта по решению суда или в случае одностороннего отказа заказчика от исполнения контракта в связи с существенным нарушением подрядчиком условий контракта информация о таком подрядчике включается в реестр недобросовестных поставщиков (подрядчиков, исполнителей) (далее – РНП).

Особое внимание следует обратить на тот факт, что РНП содержит информацию не только о юридических лицах-подрядчиках, но и их участниках и директоре. Иными словами, те же лица не смогут учредить (создать) и (или) возглавить новое юридическое лицо-подрядчика, которое будет участвовать в закупочных процедурах.

Срок содержания информации, указанной в реестре, составляет 2 года.

7. Особенности судебной практики, которые следует учитывать подрядчикам при заключении договоров

7.1. Недостатки в проектно-сметной документации, а также необходимость выполнения дополнительных работ, приводящих к увеличению общего срока исполнения договора, должны быть обнаружены при подготовке объекта к строительству. В случае их обнаружения на стадии строительства, работы должны быть приостановлены для согласования осуществления дополнительных работ (Постановление Арбитражного суда Северо-Западного округа от 16.08.2021 № Ф07-10196/2021 по делу № А66-18842/2019).

7.1.2. Подрядчик, не выполнивший обязанности по согласованию дополнительных работ, лишается права требовать от заказчика оплаты работ и возмещения вызванных этим убытков (Постановление Девятого арбитражного апелляционного суда от 11.11.2021 № 09АП-67976/2021 по делу № А40-138559/2021).

7.2. Ошибочно указанный в смете завышенный объем работ по отношению к фактически выполненному подрядчиком объему работ не подлежит оплате заказчиком. В случае его оплаты заказчиком на основании актов по форме КС-2, КС-3, заказчик вправе требовать от подрядчика возврата неосновательного обогащения (Постановление Арбитражного суда Северо-Западного округа от 12.08.2021 № Ф07-10307/2021 по делу № А66-5717/2020).

7.3. Игнорирование подрядчиком претензии заказчика об уплате штрафа за нарушение условий договора, выражающееся в бездействии по отношению к претензионным требованиям, влечет для подрядчика риски удовлетворения банком требования об уплате денежных средств по банковской гарантии, заключенной во исполнение договора, с последующем регрессным требованием банка к подрядчику (Постановление Арбитражного суда Северо-Западного округа от 03.03.2020 № Ф07-18111/2019 по делу № А66-22156/2017, Решение Арбитражного суда Тверской области от 20.11.2020 по делу № А66-2814/2020).

В таких случаях рекомендуется:

А) ответить заказчику на предъявленное претензионное требование, нормативно обосновав отказ в его удовлетворении либо оспорить требование об уплате штрафа в судебном порядке;

Б) в случае предъявления заказчиком в банк требования об уплате денежных средств по банковской гарантии с последующим удовлетворением такого требования, рекомендуется обратиться в суд с иском о признании недействительным требования по банковской гарантии, нормативно обосновав его недействительность.

7.4. Выполнение работ без государственного (муниципального) контракта, подлежащего заключению в случаях и в порядке, предусмотренных Законом № 44-ФЗ, свидетельствует о том,

что лицо, выполнявшее работы, не могло не знать, что работы выполняются им при очевидном отсутствии обязательства, что в свою очередь лишает такое лицо права на оплату выполненных работ (Постановление Девятого арбитражного апелляционного суда от 16.12.2021 № 09АП-74559/2021 по делу № А40-180850/2021).

7.5. Собственники помещений МКД не являются стороной договора и не вправе давать подрядчику распоряжения о выполнении или невыполнении того или иного вида работ. При этом обращение жителей к подрядчику с просьбой не проводить какие-либо работы по капитальному ремонту МКД не освобождает подрядчика от исполнения возложенных на него договорных обязательств (Постановление Арбитражного суда Московского округа от 04.05.2021 № Ф05-6380/2021 по делу № А40-121509/2020).

7.6. Препятствия в осуществлении капитального ремонта МКД, вызванные со стороны жителей (несвоевременный допуск на объект и др.), приведшие к нарушению сроков исполнения договорных обязательств, не являются основанием для одностороннего расторжения договора со стороны заказчика (Постановление Арбитражного суда Волго-Вятского округа от 16.01.2019 № Ф01-6336/2018 по делу № А11-721/2018).

7.7. Временная невозможность выполнения работ в связи с климатическими условиями не относится к случаям, предусмотренным ч. 1 ст. 95 Закона № 44-ФЗ для изменения сроков выполнения работ (Постановление Девятого арбитражного апелляционного суда от 29.10.2021 № 09АП-61982/2021, 09АП-62085/2021 по делу № А40-102060/2021).

7.8. Особое внимание следует обратить на сформировавшуюся судебную практику по вопросу о привлечении лица, допустившего неисполнение обязательств, предусмотренных контрактом, к административной ответственности. Так, согласно ч. 7 ст. 7.32 Кодекса Российской Федерации об административных правонарушениях **действия (бездействие), повлекшие неисполнение обязательств**, предусмотренных контрактом на поставку товаров, выполнение работ, оказание услуг для нужд заказчиков, с причинением существенного вреда охраняемым законом интересам общества и государства, если такие действия (бездействие) не влекут уголовной ответственности, **влекут наложение административного штрафа** на должностных лиц и индивидуальных предпринимателей в размере от 5 до 15 процентов стоимости неисполненных обязательств, предусмотренных контрактом на поставку товаров, выполнение работ, оказание услуг, но не менее тридцати тысяч рублей или дисквалификацию на срок до двух лет; **на юридических лиц - от однократного до трехкратного размера стоимости неисполненных обязательств**, предусмотренных контрактом на поставку товаров, выполнение работ, оказание услуг, но не менее трехсот тысяч рублей.

Верховный суд Российской Федерации в **определении от 19.02.2021 № 64-АД21-1-К9** указал, что «как правильно отмечено судебными инстанциями, соглашаясь при заключении контракта с установленными в нем условиями, **подрядчик обязан был проанализировать** характер предполагаемых работ, возможные риски, влекущие для него правовые последствия, а также соразмерность объема работ и сроков, отведенных для их выполнения, надлежащим образом организовывать и обеспечивать своевременное и качественное решение задач и выполнение функций, совершать другие действия, направленные на соблюдение установленного срока выполнения контракта».

Таким образом, при решении вопроса о необходимости вступления в конкретные договорные отношения, руководитель должен оценить всю совокупность обстоятельств, не забывая о том, что штраф за неисполнение контрактного обязательства или его части может вылиться в очень значительную сумму.