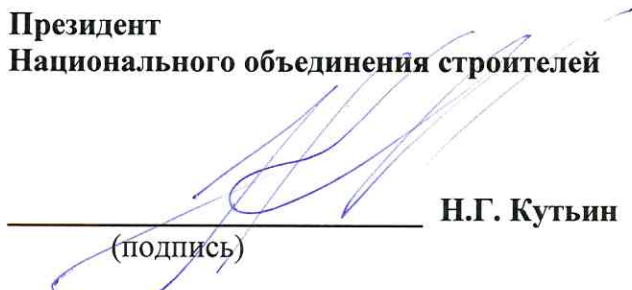




НАЦИОНАЛЬНОЕ ОБЪЕДИНЕНИЕ СТРОИТЕЛЕЙ
ЭКСПЕРТНЫЙ СОВЕТ ПО ВОПРОСАМ СОВЕРШЕНСТВОВАНИЯ
ЗАКОНОДАТЕЛЬСТВА В СТРОИТЕЛЬНОЙ СФЕРЕ

**Президент
Национального объединения строителей**



(подпись) **Н.Г. Кутын**

«22» 01 2015 г.

Утверждено
Экспертным Советом Национального объединения
строителей по вопросам совершенствования
законодательства в строительной сфере
(протокол № 22 от 24 декабря 2014 г.)

Заключение
по результатам правовой экспертизы проекта государственного
(муниципального) контракта на
строительство/реконструкцию/капитальный ремонт объекта

Экспертным Советом Национального объединения строителей по вопросам совершенствования законодательства в строительной сфере (далее – Экспертный Совет) проведена правовая экспертиза проекта государственного (муниципального) контракта на строительство/реконструкцию/капитальный ремонт объекта (далее – проект контракта, контракт). Проект контракта был внесен на рассмотрение Экспертного совета председателем Комитета по конкурентной политике и закупкам в сфере строительства Национального

объединения строителей. В отношении проекта контракта была проведена правовая экспертиза на предмет его соответствия требованиям FIDIC и действующего законодательства обществом с ограниченной ответственностью «Трумпель и партнеры».

Правовая экспертиза проводилась в период с 24.10.2014 по 12.11.2014 на основании Положения об Экспертном Совете, а также в соответствии с Протоколом заседания Экспертного Совета № 20 от 24.10.2014 рабочей группой в составе:

1. Глушкова А.Н.;
2. Андреева Н.В.;
3. Забелина А.В.;
4. Мацелевича С.В.;
5. Москвитина М.В.;
6. Тавитова А.Н.;
7. Сурова А.Ф.;
8. Кузьма И.Е.;
9. Федорченко М.В.;
10. Курикалова Ю.Л.

При проведении правовой экспертизы Экспертный Совет проанализировал текст контракта, текущую редакцию законов и подзаконных актов, регулирующих правоотношения, являющиеся предметом контракта.

По итогам анализа Экспертный Совет пришёл к следующим выводам.

Предлагаемый контракт предлагается рассматривать как унифицированный документ для использования государственными и муниципальными заказчиками в процессе реализации полномочий в рамках осуществления закупок строительных работ. С учётом задач, поставленных Федеральным законом 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) по формированию

библиотеки контрактов, проект контракта является актуальным для рассмотрения документом.

Проект контракта содержит подробное регламентирование отношений между заказчиком и подрядчиком при выполнении работ по строительному подряду, что должно положительно отразиться на исполнении контракта и урегулировании споров.

Между тем представленный типовой проект Государственного (муниципального) контракта №__на выполнение работ по строительству объекта «_____» не соответствует требованиям действующего с 01.01.2014 Федерального закона № 44-ФЗ.

Вышеуказанный закон регулирует отношения, направленные на обеспечение государственных и муниципальных нужд, вступил в силу с 01.01.2014 (ст. 114 указанного закона), соответственно, с этого момента признан утратившим силу Федеральный закон от 21 июля 2005 года № 94-ФЗ «О размещении заказов на поставки товаров, выполнение работ, оказание услуг для государственных и муниципальных нужд» (далее - Федеральный закон № 94-ФЗ).

Однако представленный вышеуказанный проект Контракта разработан именно в соответствии с утратившим силу Федеральным законом № 94-ФЗ, что видно как из преамбулы, так и исходит из анализа самих условий Контракта.

Представленный проект Контракта был выборочно проверен только на соответствие его условий требованиям Федерального закона № 44-ФЗ, в противном случае такое несоответствие может повлечь за собой такие последствия как признание заключённого государственного (муниципального) контракта либо ничтожным, либо недействительным на основании положений статьи 168 Гражданского кодекса Российской Федерации.

В процессе анализа проекта контракта Экспертным Советом выявлен ряд несоответствий его норм действующему законодательству. Ниже приведены примеры указанных несоответствий.

Проанализировав часть 15 «Ответственность сторон» вышеуказанного проекта Контракта, Экспертный Совет пришёл к следующим выводам.

В соответствии с положениями части 4 статьи 34 ФЗ № 44, в контракт включается обязательное условие об ответственности заказчика и поставщика (подрядчика, исполнителя) за неисполнение или ненадлежащее исполнение обязательств, предусмотренных контрактом.

Меры этой ответственности регулируются частями 5, 6, 7, 8, 9 статьи 34 Федерального закона № 44-ФЗ, которыми установлено, что за просрочку исполнения обязательств заказчик и подрядчик вправе потребовать друг от друга уплаты пеней, а за ненадлежащее исполнение обязательств – уплату штрафов. То есть идёт разделение мер ответственности по видам неисполнения или ненадлежащего исполнения обязательств.

Размер пеней начисляется для заказчика и подрядчика по-разному.

Для заказчика пеня устанавливается в размере одной трёхсотой действующей на дату уплаты ставки рефинансирования Центрального банка Российской Федерации от не уплаченной в срок суммы, а для подрядчика в размере, определённом в порядке, установленном Правительством Российской Федерации, но не менее чем одна трёхсотая действующей на дату уплаты пени ставки рефинансирования Центрального банка Российской Федерации от цены контракта, уменьшенной на сумму, пропорциональную объёму обязательств, предусмотренных контрактом и фактически исполненных поставщиком.

Размер штрафа устанавливается контрактом в виде фиксированной суммы, определённой в порядке, установленном Правительством Российской Федерации (Правила определения размера штрафа, начисляемого в случае ненадлежащего исполнения заказчиком, поставщиком (подрядчиком, исполнителем) обязательств, предусмотренных контрактом (за исключением просрочки исполнения обязательств заказчиком, поставщиком (подрядчиком, исполнителем), и размера пени, начисляемой за каждый день просрочки исполнения поставщиком (подрядчиком, исполнителем) обязательства,

предусмотренного контрактом (утв. постановлением Правительства РФ от 25 ноября 2013 г. N 1063)).

Однако в положениях части 15 «Ответственность сторон» проекта Контракта установлены совершенно иные условия, нарушающие требования закона:

- пункт 15.2.3 «За нарушение Подрядчиком сроков строительства Заказчик вправе потребовать с Подрядчика неустойку в размере 1/300 действующей на день уплаты неустойки ставки рефинансирования от Цены Контракта за каждый день просрочки до фактического завершения выполнения работ»;

- пункт 15.2.4 «Заказчик вправе потребовать с Подрядчика при нарушении обязательств по настоящему Контракту уплаты:

- а) за невыполнение пункта 16.1. Контракта - неустойки в размере 0,1% от стоимости Контракта за каждый день просрочки;

- б) за несвоевременное освобождение строительной площадки от принадлежащего ему имущества - неустойки в размере 0,001 % от Цены Контракта за каждый день просрочки;

- в) за задержку устранения недостатков результата работ, против сроков, предусмотренных рекламационным актом сторон, а в случае неявки Подрядчика - односторонним актом - неустойки в размере 0,03 % от цены Контракта за каждый день просрочки;

- г) за несвоевременное выполнение предписаний Заказчика об устранении нарушений требований проектной документации и технических регламентов при выполнении работ - штраф в размере 0,1 % от цены контракта;

- д) за каждый день необоснованного уклонения от начала работ по настоящему Контракту - неустойку в размере 0,3 % от цены Контракта;

- е) неустойку в размере 0,5 % за каждый день просрочки предоставления Заказчику документов, соответствующих ПОСу в переданной проектной документации (ППР, исполнительной документации), до фактической их передачи Заказчику;

ж) штраф в размере 0,5 % от цены Контракта в случае непредъявления в течение установленного срока представителю Заказчика надлежащим образом оформленных документов, подтверждающих право субподрядчика на выполнение порученных ему Подрядчиком работ по объекту (Контракт субподряда);

- пункт 15.3.1. «Подрядчик вправе потребовать с Заказчика уплаты неустойки за следующие допущенные им нарушения Контрактных обязательств:

(а) за просрочку в передаче документации, перечисленной п. 5.2.1. настоящего контракта в размере 1/300 ставки рефинансирования ЦБ РФ от суммы контракта за каждый день просрочки;

(б) за задержку оплаты за фактически выполненные и принятые Заказчиком работы в размере 1/300 ставки рефинансирования ЦБ РФ от суммы соответствующего платежа за каждый день просрочки, за исключением случаев досрочной сдачи работ;

(в) за необоснованную задержку подписания актов выполненных работ или за их необоснованный возврат без подписания в размере 1/300 ставки рефинансирования ЦБ РФ от суммы контракта за каждый день просрочки.

По разделам 18, 19, 20 государственного (муниципального) контракта на строительство/реконструкцию/капитальный ремонт объекта Экспертным Советом сделаны следующие замечания.

В пункте 18.1 Контракта «Претензии подрядчика» установлено право подрядчика на предъявление претензий в связи с продлением срока выполнения работ и/или дополнительными выплатами. Аналогичное право предусмотрено для Заказчика (п. 3.5 Контракта). В пункте 3.5 Контракта описано, что в уведомлении Заказчика должен быть указан пункт Контракта или иное основание для претензии, и должно быть дано обоснование суммы и/или срока, на которые Заказчик, как он считает, имеет право в соответствии с Контрактом. Аналогичное требование к претензии Подрядчика должно содержаться в п. 18.1 Контракта (в настоящей редакции отсутствует). Подробное обоснование суммы/сроков, ссылка на пункт Контракта, который даёт право Заказчику на

предъявление таких претензий ускорит вынесение решения по претензии и предоставит возможность рассмотреть претензию с учётом всех обстоятельств.

В пункте 18.1 Контракта необходимо заменить слова «в рамках пунктов настоящих Условий» словами «в рамках условий настоящего Контракта», в связи с тем, что в представленной редакции не совсем понятно о каких «пунктах настоящих Условий» идёт речь.

В пункте 18.2. Контракта идёт речь о мировом соглашении, заключаемом до рассмотрения дела судом. В соответствии со ст. 139 Арбитражного процессуального кодекса Российской Федерации мировое соглашение заключается на любой стадии арбитражного процесса, т.е. арбитражный процесс уже должен быть возбуждён. В связи с этим возникает смешение понятий мирового соглашения в смысле АПК РФ и мирового соглашения в контексте Контракта. По этой причине предлагаем словосочетание «мировое соглашение» заменить словосочетанием «соглашение в рамках досудебного урегулирования споров».

Второе предложение пункта 18.2 Контракта, в котором идёт речь о сроке, после истечения которого можно предъявлять исковое заявление в суд, не выдерживает критики: «Если стороны не договорятся об ином, арбитражное разбирательство может начаться на 56-й день или по истечении 56 дней после даты выдачи уведомления о несогласии и намерении инициировать арбитражное разбирательство, даже если не было предпринято попыток к заключению мирового соглашения». Этим предложением описывается весь порядок досудебного урегулирования спора. Из данного предложения абсолютно невозможно сделать выводы, с какого момента начинает течь срок, после которого можно предъявлять иск в суд и каков порядок мирного урегулирования спора. Предлагаем редакцию: «До предъявления искового заявления в суд, Сторона обязана направить другой Стороне претензию с указанием и обоснованием своих требований и предложением заключить соглашение в рамках досудебного урегулирования спора. Срок для ответа на претензию устанавливается 56 дней с момента получения претензии».

В соответствии с п. 1.1.3.8 Контракта рекламационный акт подписывается представителем Заказчика, подрядчика и представителем проектной и эксплуатирующей организации. В п. 19.3. Контракта необходимо установить, что в уведомлении о недостатках Заказчик указывает на дату и время составления рекламационного акта, и необходимо установить в Контракте обязанность представителя Подрядчика явиться в указанный срок. В случае неявки Подрядчика в указанный срок рекламационный акт подписывается представителем Заказчика, представителями проектной и эксплуатирующей организаций. В этом случае рекламационный акт направляется Подрядчику с требованием об устранении недостатков работ Подрядчиком.

В соответствии с п. 27 ст. 34 Федерального закона № 44-ФЗ в контракт включается обязательное условие о сроках возврата заказчиком поставщику (подрядчику, исполнителю) денежных средств, внесённых в качестве обеспечения исполнения контракта (если такая форма обеспечения исполнения контракта применяется поставщиком (подрядчиком, исполнителем)). По этой причине необходимо установить срок возврата Подрядчику денежных средств, предоставленных в качестве обеспечения исполнения Контракта, в связи с исполнением Контракта (ст. 20 Контракта).

В связи с тем, что требования к банковским гарантиям, а также требования к банкам-гарантам установлены ст. 45 Федерального № 44-ФЗ, считаем необходимым внести в п. 20.1 Контракта условие о том, что требование к банковским гарантиям устанавливаются Федеральным законом № 44-ФЗ.

В п. 20.1 используется понятие «документации о торгах» в то время, как в п. 1.1.1.4 Контракта расшифровано понятие «Тендерная документация».

В соответствии с п. 3 ст. 96 Федерального закона от 05.04.2013 N 44-ФЗ исполнение контракта может обеспечиваться предоставлением банковской гарантии или внесением денежных средств на указанный заказчиком счёт, на котором в соответствии с законодательством Российской Федерации учитываются операции со средствами, поступающими заказчику. Пунктом 20.1 Контракта предусмотрен в качестве обеспечения залог денежных средств, в том

числе в форме вклада (депозита) на срок, превышающий срок исполнения работ по Контракту. Однако залог в форме вклада/депозита не является залогом денежных средств, а является залогом прав требования к банку, в котором размещён вклад/депозит. По этой причине ссылку на возможность обеспечения в виде залога вклада/депозита необходимо исключить из пунктов 20.1, 20.3 Контракта.

В пунктах 20.1, 20.3 Контракта необходимо корректно указать форму обеспечения как это указано в Федеральном законе от 05.04.2013 № 44-ФЗ, вместо слов «залога денежных средств» указать «внесением денежных средств на указанный заказчиком счёт, на котором в соответствии с законодательством Российской Федерации учитываются операции со средствами, поступающими заказчику».

В пункте 20.1 Контракта указана некорректная ссылка на срок выполнения работ, который якобы содержится в п. 4.2 Контракта. На самом деле пункт 4.2 Контракта именуется «Передача обязанностей и полномочий Представителем Заказчика». Срок же выполнения работ указан в п. 7.1 Контракта.

При анализе проекта контракта Экспертный Совет выявил ряд дополнительных замечаний к его содержанию, в том числе, но не ограничиваясь:

1. Техничко-юридические и лингвостилистические.

Текст контракта, в особенности Раздел 1.1 «Определения», содержит:

- тавтологию (п. 1.1.3.1, п. 1.1.5.7);
- несоответствие терминологии Гражданского кодекса Российской Федерации, Федерального закона № 44-ФЗ (п. 1.1.1.2, п. 1.1.2.3, п. 1.1.3.14);
- возможное смешения понятий (п. 1.1.5.8 и 1.1.5.10; 1.1.5.2-1.1.5.7);
- копирование определений из нормативных документов (п. 1.1.5.14; п. 1.1.5.15);

2. Несоответствие действующему законодательству о закупках:

- роль и место банка в исполнении контракта в соответствии с проектом контракта не соответствует действующей законодательной модели;

- действующим законодательством не предусмотрены изложенные в документе случаи увеличения стоимости строительства.

3. Несоответствие гражданскому законодательству:

- участие «консорциумов», определение которых отсутствует в действующем законодательстве, и распределение ответственности между его участниками.

На основании изложенного, руководствуясь Положением об Экспертном Совете Национального объединения строителей по вопросам совершенствования законодательства в строительной сфере, Экспертный Совет не рекомендует проект контракта к дальнейшему использованию в качестве типового контракта.

В дополнение к настоящему заключению Экспертным Советом разработана информационно-аналитическая справка о признаках некачественного оказания услуг по проведению правовой экспертизы проекта контракта Обществом с ограниченной ответственностью «Трумпель и партнеры». Указанная справка с проектом претензии направляется в Национальное объединение строителей.

Председатель Экспертного Совета
Национального объединения строителей
по вопросам совершенствования
законодательства в строительной сфере

А.Н. Глушков

Руководитель рабочей группы

И.Е. Кузьма