



АССОЦИАЦИЯ «НАЦИОНАЛЬНОЕ ОБЪЕДИНЕНИЕ СТРОИТЕЛЕЙ»

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

**Президент Ассоциации
«Национальное объединение строителей»**



(подпись) **А.Ю. Молчанов**

« 8 » ноября 20 18 г.

Утверждено
Экспертным Советом Ассоциации «Национальное
объединение строителей» по вопросам
совершенствования законодательства в строительной
сфере (протокол № 54 от «15» декабря 2017 г.)

Заключение
по результатам рассмотрения проекта федерального закона № 101196-7
«О внесении изменения в статью 53 Градостроительного кодекса
Российской Федерации» (в целях уточнения отдельных вопросов,
связанных с осуществлением строительного контроля)

Экспертный Совет Ассоциации «Национальное объединение строителей» по вопросам совершенствования законодательства в строительной сфере (далее – Экспертный Совет) провёл анализ проекта федерального закона № 101196-7 «О внесении изменения в статью 53 Градостроительного кодекса Российской Федерации» (в целях уточнения отдельных вопросов, связанных с осуществлением строительного контроля), внесённого Сахалинской областной Думой, в редакции, подготовленной к рассмотрению Государственной Думой (далее – законопроект).

Исследование проводилось в период с 09.11.2017 по 15.12.2017 на основании Положения об Экспертном Совете в индивидуальном порядке Разумовой Н.М. в соответствии с решением Экспертного Совета от 09.11.2017.

При проведении правовой экспертизы проанализированы: текст законопроекта и пояснительная записка к нему; заключение Правового управления Государственной Думы на законопроект; Гражданский кодекс Российской Федерации; Градостроительный кодекс Российской Федерации; постановление Правительства РФ от 21.06.2010 № 468 «О порядке проведения строительного контроля при осуществлении строительства, реконструкции и капитального ремонта объектов капитального строительства»; судебная практика по вопросу осуществления строительного контроля заказчиком и подрядчиком.

По результатам правовой экспертизы были сделаны следующие выводы.

В основу законопроекта заложена проблема осуществления строительного контроля заказчика и подрядчика одним и тем же лицом. Как следует из пояснительной записки к законопроекту, статьей 52 Градостроительного кодекса Российской Федерации установлена обязанность лица, осуществляющего строительство (подрядчика), проводить строительный контроль. Статьей 53 Градостроительного кодекса Российской Федерации установлено, что в случае осуществления строительства, реконструкции, капитального ремонта на основании договора строительный контроль проводится также застройщиком, техническим заказчиком, лицом, ответственным за эксплуатацию здания, сооружения, или региональным оператором либо привлекаемыми ими на основании договора индивидуальным предпринимателем или юридическим лицом. Заказчики при необходимости привлечения для строительного контроля на основании договора индивидуального предпринимателя или юридического лица обязаны руководствоваться положениями Федерального закона от 05.04.2013 № 44-ФЗ «О контрактной системе в сфере закупок товаров, работ, услуг для обеспечения государственных и муниципальных нужд» и осуществлять отбор такого лица на конкурентной основе. При этом подрядчики вправе наряду с другими лицами принимать участие в торгах на право

заключения контракта, предметом которого является оказание услуг строительного контроля со стороны заказчика. По мнению авторов законопроекта, подрядчик, являясь лицом, осуществляющим строительство подконтрольного объекта, выигрывает торги, затем заключает контракт, в соответствии с которым приобретает право принимать у себя скрытые работы и осуществлять иные мероприятия строительного контроля со стороны заказчика.

Экспертный Совет отмечает, что описанная проблема является актуальной. Однако, предложенное дополнение к части 2 статьи 53 Градостроительного кодекса Российской Федерации не является по своему характеру императивным. В этой связи его реализация не приведёт к желаемому результату, так как проектом нормы не предусматривается запрет на выполнение строительного контроля одним и тем же лицом. Законопроектом лишь уточняется, что строительный контроль, который подлежит осуществлению застройщиком или техническим заказчиком, не выполняется лицом, осуществляющим строительство, и привлекаемыми для выполнения строительно-монтажных работ физическими и юридическими лицами.

Данное уточнение является избыточным, так как анализ судебной практики в Российской Федерации показал, что позиция судов, подтверждённая многочисленными решениями, однозначно сводится к тому, что осуществление строительного контроля и со стороны подрядчика, и со стороны заказчика одним юридическим лицом не допускается, а исполнение контракта, заключённого подрядчиком на осуществление строительного контроля от имени застройщика, приводит к нецелевому расходованию денежных средств бюджетов, и, как следствие, может причинить ущерб Российской Федерации или субъекту Российской Федерации.

Например, в постановлении Арбитражного суда Уральского округа от 10.02.2016 № Ф09-12199/15 по делу № А60-19907/2015, постановлении Арбитражного суда Северо-Кавказского округа от 06.07.2017 № Ф08-4455/17 по делу № А32-42596/2014 отражена следующая позиция:

В силу статьи 748 Гражданского кодекса Российской Федерации заказчик вправе осуществлять контроль и надзор за ходом и качеством выполняемых

работ, соблюдением сроков их выполнения (графика), качеством предоставленных подрядчиком материалов, а также правильностью использования подрядчиком материалов заказчика, не вмешиваясь при этом в оперативно-хозяйственную деятельность подрядчика. Заказчик, обнаруживший при осуществлении контроля и надзора за выполнением работ отступления от условий договора строительного подряда, которые могут ухудшить качество работ, или иные их недостатки, обязан немедленно заявить об этом подрядчику. Заказчик, не сделавший такого заявления, теряет право в дальнейшем ссылаться на обнаруженные им недостатки. Подрядчик обязан исполнять полученные в ходе строительства указания заказчика, если такие указания не противоречат условиям договора строительного подряда и не представляют собой вмешательство в оперативно-хозяйственную деятельность подрядчика. Подрядчик, ненадлежащим образом выполнивший работы, не вправе ссылаться на то, что заказчик не осуществлял контроль и надзор за их выполнением, кроме случаев, когда обязанность осуществлять такой контроль и надзор возложена на заказчика законом.

Согласно статье 53 Градостроительного кодекса Российской Федерации строительный контроль проводится в процессе строительства, реконструкции, капитального ремонта объектов капитального строительства в целях проверки соответствия выполняемых работ проектной документации, требованиям технических регламентов, результатам инженерных изысканий, требованиям градостроительного плана земельного участка. Строительный контроль проводится лицом, осуществляющим строительство.

В случае осуществления строительства, реконструкции, капитального ремонта на основании договора строительный контроль проводится также застройщиком или заказчиком либо привлекаемым ими на основании договора физическим или юридическим лицом.

В соответствии со статьей 749 Гражданского кодекса Российской Федерации заказчик в целях осуществления контроля и надзора за строительством и принятия от его имени решений во взаимоотношениях с подрядчиком может заключить самостоятельно без согласия подрядчика договор

об оказании заказчику услуг такого рода с соответствующим инженером (инженерной организацией).

Из анализа норм статей 748, 749 Гражданского кодекса Российской Федерации, а также статьи 53 Градостроительного кодекса Российской Федерации следует, что если строительство осуществляется на основании договора, то строительный контроль должен осуществляться как лицом, непосредственно осуществляющим строительство - подрядчиком (строительный контроль подрядчика), так и заказчиком (строительный контроль заказчика).

Таким образом, при размещении заказа на строительные работы осуществление строительного контроля является обязанностью обеих сторон договора подряда: застройщика (заказчика) и подрядчика.

Если заказчик не обладает специальными познаниями либо по иным причинам не желает в полном объеме выполнять функцию заказчика по контролю и надзору за строительством, то осуществление этой функции и принятие от его имени решений во взаимоотношениях с подрядчиком он вправе доверить третьему лицу - профессиональному юридическому лицу или индивидуальному предпринимателю.

Постановлением Правительства Российской Федерации от 21.06.2010 № 468 «О порядке проведения строительного контроля при осуществлении строительства, реконструкции и капитального ремонта объектов капитального строительства» утверждено Положение о проведении строительного контроля при осуществлении строительства, реконструкции и капитального ремонта объектов капитального строительства (далее - Положение).

В пункте 3 Положения установлено, что строительный контроль проводится: подрядчиком, то есть лицом, осуществляющим строительство; заказчиком либо организацией привлеченной заказчиком по договору для осуществления строительного контроля (в части проверки соответствия выполняемых работ проектной документации).

В пункте 5 Положения указано, что строительный контроль, осуществляемый подрядчиком, включает проведение следующих контрольных мероприятий:

а) проверка качества строительных материалов, изделий, конструкций и оборудования, поставленных для строительства объекта капитального строительства (далее соответственно - продукция, входной контроль);

б) проверка соблюдения установленных норм и правил складирования и хранения применяемой продукции;

в) проверка соблюдения последовательности и состава технологических операций при осуществлении строительства объекта капитального строительства;

г) совместно с заказчиком освидетельствование работ, скрываемых последующими работами (далее - скрытые работы), и промежуточная приемка возведенных строительных конструкций, влияющих на безопасность объекта капитального строительства, участков сетей инженерно-технического обеспечения;

д) приемка законченных видов (этапов) работ;

е) проверка совместно с заказчиком соответствия законченного строительством объекта требованиям проектной и подготовленной на ее основе рабочей документации, результатам инженерных изысканий, требованиям градостроительного плана земельного участка, технических регламентов.

В пункте 6 указано, что строительный контроль, осуществляемый заказчиком, включает проведение следующих контрольных мероприятий:

а) проверка полноты и соблюдения установленных сроков выполнения подрядчиком входного контроля и достоверности документирования его результатов;

б) проверка выполнения подрядчиком контрольных мероприятий по соблюдению правил складирования и хранения применяемой продукции и достоверности документирования его результатов;

в) проверка полноты и соблюдения установленных сроков выполнения подрядчиком контроля последовательности и состава технологических операций по осуществлению строительства объектов капитального строительства и достоверности документирования его результатов;

г) совместно с подрядчиком освидетельствование скрытых работ и промежуточная приемка возведенных строительных конструкций, влияющих на безопасность объекта капитального строительства, участков сетей инженерно-технического обеспечения;

д) проверка совместно с подрядчиком соответствия законченного строительством объекта требованиям проектной и подготовленной на ее основе рабочей документации, результатам инженерных изысканий, требованиям градостроительного плана земельного участка, требованиям технических регламентов;

е) иные мероприятия в целях осуществления строительного контроля, предусмотренные законодательством Российской Федерации и (или) заключенным договором.

Проанализировав пункты 5 и 6 Положения, суды приходят к выводу о том, что строительный контроль, осуществляемый подрядчиком, и строительный контроль, осуществляемый заказчиком, содержательно отличаются, и не могут осуществляться одним лицом, поскольку обратное нивелирует цели и задачи строительного контроля заказчика.

Судами отклоняются доводы о том, что функции контроля от имени подрядчика и заказчика осуществлялись различными должностными лицами, поскольку строительный контроль и со стороны подрядчика и со стороны заказчика фактически осуществлялся одним юридическим лицом - подрядной организацией, что не соответствует целям и задачам строительного контроля заказчика, а также требованиям закона.

Исходя из анализа правовых норм и судебной практики, Экспертный Совет приходит к выводу о необходимости установления императивного запрета на проведение строительного контроля одним и тем же лицом (или аффилированными с ним лицами) от имени лица, осуществляющего строительство, и от имени заказчика.

В этой связи предлагается внести поправки в законопроект и изложить его текст в следующей редакции:

«Статья 1

Внести в часть 2 статьи 53 Градостроительного кодекса Российской Федерации (Собрание законодательства Российской Федерации, 2010, № 31, ст. 4209; 2011, № 49 (ч.1), ст. 7015) изменение, дополнив предложением следующего содержания: «Одно и то же юридическое лицо, индивидуальный предприниматель и (или) аффилированные с ними лица не имеют право одновременно проводить в соответствии с настоящей статьей строительный контроль от имени лица, осуществляющего строительство, и от имени застройщика, технического заказчика, лица, ответственного за эксплуатацию здания, сооружения, регионального оператора либо привлекаемого ими на основании договора индивидуального предпринимателя или юридического лица, в случае осуществления строительства, реконструкции, капитального ремонта на основании договора строительного подряда.».

Руководствуясь Положением об Экспертном Совете Ассоциации «Национальное объединение строителей» по вопросам совершенствования законодательства в строительной сфере, Экспертный Совет концептуально поддерживает проект федерального закона № 101196-7 «О внесении изменения в статью 53 Градостроительного кодекса Российской Федерации», при этом считает возможным его принятие только при условии существенной доработки с учётом изложенного предложения.

Председатель Экспертного Совета
Ассоциации «Национальное объединение
строителей» по вопросам совершенствования
законодательства в строительной сфере



А.Н. Глушков

Член Экспертного Совета



Н.М. Разумова