

Утверждена Научно-консультативной комиссией
(протокол от 14.03.2023 года)

**Аналитическая справка
по вопросу учета в совокупном размере обязательств члена
саморегулируемой организации договоров участия в долевом
строительстве, инвестиционных договоров
и концессионных соглашений**

Аналитическая справка подготовлена рабочей группой, сформированной в следующем составе:

- 1) М.Г. Шацкая – руководитель рабочей группы;
- 2) Б.Ю. Бунина;
- 3) О.М. Симонов;
- 4) А.М. Шериева;
- 5) Пинтегов А.С. – приглашенный эксперт.

Основание: обращение Ассоциации строительных организаций Кемеровской области саморегулируемой организации «ГЛАВКУЗБАССТРОЙ» в отношении учета инвестиционных договоров при подсчете совокупного размера обязательств.

При проведении исследования Научно-консультативной комиссией Ассоциации «Национальное объединение строителей» (далее – Научно-консультативная комиссия) были проанализированы нормы Градостроительного кодекса Российской Федерации (далее – ГрК РФ); Гражданского кодекса Российской Федерации (далее – ГК РФ); 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, заключенным таким лицом в течение отчетного года с использованием конкурентных способов заключения договоров» (далее – Приказ от 10.04.2017 № 700/пр); Федерального закона от 30.12.2004 № 214-ФЗ «Об участии в долевом строительстве многоквартирных домов и иных объектов недвижимости и о внесении изменений в некоторые законодательные акты Российской Федерации» (далее – Федеральный закон № 214-ФЗ); Федерального закона «О концессионных соглашениях» №115-ФЗ от 21.07.2005 (далее – Федеральный закон №115-ФЗ).

Научно-консультативной комиссией проведено исследование по вопросу учета при расчете совокупного размера обязательств члена саморегулируемой организации договоров участия в долевом строительстве, инвестиционных договоров, концессионных соглашений, а также ответственности из указанных договоров и сделаны следующие выводы.

I. Признаки договора строительного подряда, которые необходимо учитывать при расчете совокупного размера обязательств члена саморегулируемой организации.

В соответствии с частью 2 статьи 52 ГрК РФ работы по договорам о строительстве, реконструкции, капитальном ремонте объектов капитального строительства, заключенным с застройщиком, техническим заказчиком, лицом, ответственным за эксплуатацию здания, сооружения, региональным оператором (далее также – договор строительного подряда), должны

выполняться только индивидуальными предпринимателями или юридическими лицами, которые являются членами саморегулируемых организаций в области строительства, реконструкции, капитального ремонта объектов капитального строительства. Работы по договорам о строительстве, реконструкции, капитальном ремонте объектов капитального строительства, заключенным с иными лицами, могут выполняться индивидуальными предпринимателями или юридическими лицами, не являющимися членами таких саморегулируемых организаций.

Таким образом, при применении норм ГрК РФ, необходимо толковать понятие договора строительного подряда как договора на выполнение работ по строительству, реконструкции, капитальному ремонту объектов капитального строительства, заключенного с застройщиком, техническим заказчиком, лицом, ответственным за эксплуатацию здания, сооружения, региональным оператором.

Необходимо рассмотреть понятия субъектов, заключение договоров строительного подряда с которыми, требует обязательного членства в саморегулируемой организации.

Согласно пункту 16 статьи 1 ГрК РФ застройщик – физическое или юридическое лицо, обеспечивающее на принадлежащем ему земельном участке или на земельном участке иного правообладателя, строительство, реконструкцию, капитальный ремонт, снос объектов капитального строительства, а также выполнение инженерных изысканий, подготовку проектной документации для их строительства, реконструкции, капитального ремонта. Застройщик вправе передать свои функции, предусмотренные законодательством о градостроительной деятельности, техническому заказчику.

Под техническим заказчиком понимается юридическое лицо, которое уполномочено застройщиком и от имени застройщика заключает договоры о выполнении инженерных изысканий, о подготовке проектной документации, о строительстве, реконструкции, капитальном ремонте, сносе объектов

капитального строительства, подготавливает задания на выполнение указанных видов работ, предоставляет лицам, выполняющим инженерные изыскания и (или) осуществляющим подготовку проектной документации, строительство, реконструкцию, капитальный ремонт, снос объектов капитального строительства, материалы и документы, необходимые для выполнения указанных видов работ, утверждает проектную документацию, подписывает документы, необходимые для получения разрешения на ввод объекта капитального строительства в эксплуатацию, осуществляет иные функции, предусмотренные законодательством о градостроительной деятельности (пункт 22 статьи 1 ГрК РФ).

Согласно части 1 статьи 55.25 ГрК РФ лицом ответственным за эксплуатацию здания, сооружения (в случае, если иное не предусмотрено федеральным законом) является собственник здания, сооружения или лицо, которое владеет зданием, сооружением на ином законном основании (на праве аренды, хозяйственного ведения, оперативного управления и другое) в случае, если соответствующим договором, решением органа государственной власти или органа местного самоуправления установлена ответственность такого лица за эксплуатацию здания, сооружения, либо привлекаемое собственником или таким лицом в целях обеспечения безопасной эксплуатации здания, сооружения на основании договора физическое или юридическое лицо.

Региональным оператором является специализированная некоммерческая организация, которая осуществляет деятельность, направленную на обеспечение проведения капитального ремонта общего имущества в многоквартирных домах (пункт 17 статьи 1 ГрК РФ).

Согласно части 3 статьи 55.8 ГрК РФ член саморегулируемой организации имеет право осуществлять строительство, реконструкцию, капитальный ремонт, снос объектов капитального строительства по договору строительного подряда, заключаемому с использованием конкурентных способов заключения договоров, если совокупный размер обязательств по

договорам строительного подряда не превышает предельный размер обязательств, исходя из которого членом саморегулируемой организации был внесен взнос в компенсационный фонд обеспечения договорных обязательств в соответствии с частью 13 статьи 55.16 ГрК РФ.

При этом член саморегулируемой организации ежегодно обязан уведомлять саморегулируемую организацию о фактическом совокупном размере обязательств по договорам строительного подряда, заключенным им в течение отчетного года с использованием конкурентных способов заключения договоров (часть 4 статьи 55.8 ГрК РФ).

Порядок предоставления таких ежегодных отчетов установлен Приказом от 10.04.2017 № 700/пр.

Уведомление о фактическом совокупном размере обязательств представляется членом саморегулируемой организации по договорам строительного подряда, заключенным таким лицом в течение отчетного года 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 результатам торгов (конкурсов, аукционов), если в соответствии с законодательством Российской Федерации проведение торгов (конкурсов, аукционов) для заключения соответствующих договоров является обязательным (пункт 1 приложения к Приказу от 10.04.2017 № 700/пр).

Согласно подпункта «б» пункта 4 приложения к Приказу от 10.04.2017 № 700/пр при составлении уведомления о фактическом совокупном размере обязательств учитываются обязательства по договорам, заключенным конкурентными способами в рамках 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 от 05.04.2013 № 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 части 1 статьи 93 указанного федерального закона, Федерального закона от 18.07.2011 № 223-ФЗ «О закупках товаров, работ, услуг отдельными видами юридических лиц» (далее – Федеральный закон от 18.07.2011 № 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 Правительства РФ от 01.07.2016 № 615).

Таким образом, при подсчете совокупного размера обязательств члена саморегулируемой организации учитываются договоры, которые соответствуют всем нижеперечисленным признакам:

1) предметом договора является строительство, реконструкция, капитальный ремонт, снос объектов капитального строительства, а также осуществление функций технического заказчика;

2) договор заключен с застройщиком, техническим заказчиком, лицом, ответственным за эксплуатацию здания, сооружения, региональным оператором;

3) договор заключен конкурентным способом в соответствии с Федеральным законом от 05.04.2013 № 44-ФЗ, Федеральным законом от 18.07.2011 № 223-ФЗ, постановлением Правительства Российской Федерации от 01.07.2016 № 615.

В практике деятельности саморегулируемых организаций в области строительства возникает вопрос о необходимости учета инвестиционных

договоров, договоров участия в долевом строительстве, а также концессионных соглашений при расчете совокупного размера обязательств. В связи с этим данные виды договоров требуется рассмотреть отдельно.

II. Договор участия в долевом строительстве.

Правоотношения по заключению и исполнению договоров участия в долевом строительстве регулируются Федеральным законом № 214-ФЗ.

В соответствии с частью 1 статьи 4 Федерального закона № 214-ФЗ по договору участия в долевом строительстве одна сторона (застройщик) обязуется в предусмотренный договором срок своими силами и (или) с привлечением других лиц построить (создать) многоквартирный дом и (или) иной объект недвижимости и после получения разрешения на ввод в эксплуатацию этих объектов передать соответствующий объект долевого строительства участнику долевого строительства, а другая сторона (участник долевого строительства) обязуется уплатить обусловленную договором цену и принять объект долевого строительства при наличии разрешения на ввод в эксплуатацию многоквартирного дома и (или) иного объекта недвижимости.

Для определения является ли договор участия в долевом строительстве договором строительного подряда, который учитывается при подсчете совокупного размера обязательств необходимо определить содержит ли договор долевого участия вышеуказанные признаки:

1) Предметом договора участия в долевом строительстве является строительство объекта капитального строительства, однако, в силу ряда причин, указанный договор не может быть отнесен к договору строительного подряда.

Прежде всего, по договору участия в долевом строительстве участник долевого строительства не заказывает работу, в том числе проект задания, он присоединяется к тем условиям, что определил застройщик.

Кроме того, в соответствии с частью 1 статьи 4 Федерального закона №214-ФЗ предметом договора является передача соответствующего объекта

долевого строительства участнику долевого строительства. Исходя из определения, закрепленного пунктом 2 статьи 2 Федерального закона № 214-ФЗ, «объект долевого строительства» — жилое или нежилое помещение, машино-место (но не весь многоквартирный дом/объект недвижимости). Следовательно, при допущении квалификации такого договора как договора подряда предметом договора должно являться именно помещение/машино-место, что противоречит положениям Федерального закона № 214-ФЗ.

В настоящее время, в научной литературе и судебной практике закрепилось две обоснованные позиции, касательно квалификации договора участия в долевом строительстве – как договора купли-продажи будущей вещи, а также как самостоятельного вида договора, непоименованного в ГК РФ. Таким образом, исходя из вышеперечисленного, договор участия в долевом строительстве не является договором строительного подряда.

2) Второй признак – договор должен быть заключен с застройщиком, техническим заказчиком, лицом, ответственным за эксплуатацию здания, сооружения, региональным оператором.

В соответствии с пунктом 1 статьи 2 Федерального закона № 214-ФЗ застройщиком по договору участия долевого строительства является хозяйственное общество:

- которое имеет опыт (не менее трех лет) участия в строительстве (создании) многоквартирных домов общей площадью не менее пяти тысяч квадратных метров в качестве застройщика, и (или) технического заказчика, и (или) генерального подрядчика в соответствии с договором строительного подряда;

- которое имеет в собственности или на праве аренды, на праве субаренды, на праве безвозмездного пользования земельный участок и привлекает денежные средства участников долевого строительства в соответствии с Федеральным законом № 214-ФЗ для строительства (создания) на этом земельном участке многоквартирных домов и (или) иных

объектов недвижимости, за исключением объектов производственного назначения, на основании полученного разрешения на строительство;

- наименование которого содержит слова «специализированный застройщик».

Таким образом, в отношении договора участия в долевом строительстве данный договор заключается между застройщиком и участником долевого строительства.

Участник долевого строительства исходя из определений пунктов 17, 22 статьи 1 ГрК РФ, части 1 статьи 55.25 ГрК РФ не может быть техническим заказчиком, лицом, ответственным за эксплуатацию здания, сооружения, региональным оператором.

Соответственно, договор участия в долевом строительстве не может учитываться в совокупном размере обязательств члена саморегулируемой организации, поскольку не подходит по субъектному составу.

3) При этом договор участия в долевом строительстве может быть заключен конкурентным способом в соответствии с Федеральным законом от 05.04.2013 № 44-ФЗ, Федеральным законом от 18.07.2011 № 223-ФЗ, однако, и в этом случае договор участия в долевом строительстве не учитывается в совокупном размере обязательств члена саморегулируемой организации ввиду несоответствия субъектного состава части 2 статьи 52 ГрК РФ.

III. Инвестиционный договор.

Аналогичный вопрос возникает и в отношении так называемых «инвестиционных договоров».

Необходимо отметить, что договор инвестирования строительства не предусмотрен законодательством Российской Федерации. Квалификация подобных договоров осуществляется в зависимости от их содержания (Постановление Пленума ВАС РФ от 11.07.2011 № 54, Постановление Президиума ВАС РФ от 24.09.2013 № 4606/13).

В частности, суд может признать его гражданско-правовым договором определенного вида (например, куплей-продажей будущей недвижимости, строительного подряда, простого товарищества), смешанным договором, непоименованным договором (Постановление Президиума ВАС РФ от 11.03.2014 № 16768/13 по делу № А46-8936/2010, Постановление Президиума ВАС РФ от 24.09.2013 № 4606/13, пункт 6 Постановления Пленума ВАС РФ от 11.07.2011 № 54).

Таким образом, необходимо обращать внимание на наличие характерных существенных условий, прежде всего, на предмет, а не ориентироваться исключительно на наименование договора.

А именно: исходя из положений ГК РФ, а также сложившейся судебной практики, можно сделать вывод о том, что ключевыми моментами при квалификации инвестиционного договора и отнесении его к той или иной группе, с целью определения применимых правовых норм, являются следующие критерии:

1) По общему правилу, если не установлено иного, договоры, связанные с инвестиционной деятельностью в сфере финансирования строительства или реконструкции объектов недвижимости, квалифицируются как договоры купли-продажи будущей недвижимой вещи. Для такой квалификации важно, чтобы в договоре предусматривались условия, об обязательстве инвестора уплатить застройщику денежную сумму, и корреспондирующем обязательстве передать в собственность инвестору недвижимое имущество (Пункт 4 Постановления Пленума ВАС РФ от 11.07.2011 № 54). При этом, в соответствии с положениями ГК РФ, основным отличием договора купли-продажи от договора купли-продажи будущей вещи является лишь описание объекта, который на момент заключения договора ещё не существует. При этом предмет договора (обязанность продавца передать вещь в собственность покупателю), а также иные существенные условия таких договор идентичны.

2) В случае, если по условиям инвестиционного договора одна сторона обязуется осуществить строительство на земельном участке, который предоставила другая сторона договора, то указанный договор следует квалифицировать как договор строительного подряда (Пункт 6 Постановления Пленума ВАС РФ от 11.07.2011 № 54). В этом случае сторона, которая выполняет строительные работы, обладает правами и обязанностями подрядчика, а застройщик – правами заказчика. В части, касающейся выполнения работ, осуществления контроля, приемки их результата, к договору будут применяться нормы главы 37 ГК РФ, в том числе правила параграфа 3, посвященные строительному подряду.

При этом, важно отметить, что если в качестве оплаты по договору инвестирования выступают не денежные средства, а имущество, например помещения в построенном здании, то такой договор будет квалифицироваться не как договор подряда в чистом виде, а смешанный договор, содержащий элементы подряда и купли-продажи. Это значит, что к обязательству по передаче помещений будут применяться, кроме норм о подряде, также и правила о купле-продаже будущей недвижимой вещи (в том числе, касающиеся приблизительности описания итоговых характеристик возводимого объекта) в части обязанности заказчика, выступающего также в качестве продавца, передать подрядчику-покупателю недвижимое имущество в счёт оплаты по договору строительного подряда.

Научно-консультативной комиссией был изучен ряд инвестиционных договоров, заключенных членами саморегулируемой организации, по правовой природе это были договоры купли-продажи будущей вещи.

При анализе инвестиционного договора на предмет наличия признаков, которые относят договор строительного подряда к договорам, включаемым в совокупный размер обязательств, следует отметить следующее:

1) Если предметом договора выступает строительство, реконструкция, капитальный ремонт объекта капитального строительства, то он

соответствует одному из признаков договора строительного подряда в смысле части 2 статьи 52 ГрК РФ.

2) В отношении субъектного состава – заказчик-инвестор по инвестиционному договору может обладать признаками застройщика, указанными в пункте 16 статьи 1 ГрК РФ, то есть являться физическим или юридическим лицом, обеспечивающим на принадлежащем ему земельном участке или на земельном участке иного правообладателя, строительство, реконструкцию, капитальный ремонт, снос объектов капитального строительства.

Собственник земельного участка может передать функцию по заключению инвестиционного договора на строительство техническому заказчику и в этом случае технический заказчик будет заключать инвестиционный договор на строительство.

3) Инвестиционный договор может быть заключен конкурентным способом в соответствии с Федеральным законом от 05.04.2013 № 44-ФЗ, Федеральным законом от 18.07.2011 № 223-ФЗ.

Таким образом, если предметом инвестиционного договора является строительство, реконструкция, капитальный ремонт объектов капитального строительства, сторона инвестора-заказчика соответствует признакам застройщика, технического заказчика и данный договор заключен конкурентными способами, то такой договор должен учитываться при подсчете совокупного размера обязательств члена саморегулируемой организации.

IV. Концессионное соглашение.

Ещё одним договором, представляющим интерес в разрезе рассмотрения настоящего вопроса, является концессионное соглашение.

Правовое регулирование указанного договора предусмотрено Федеральным законом №115-ФЗ.

В соответствии с частью 1 статьи 3 Федерального закона № 115-ФЗ по концессионному соглашению одна сторона (концессионер) обязуется за свой счет создать и (или) реконструировать определенное этим соглашением имущество (недвижимое имущество или недвижимое имущество и движимое имущество, технологически связанные между собой и предназначенные для осуществления деятельности, предусмотренной концессионным соглашением) (далее – объект концессионного соглашения), право собственности на которое принадлежит или будет принадлежать другой стороне (концеденту), осуществлять деятельность с использованием (эксплуатацией) объекта концессионного соглашения, а концедент обязуется предоставить концессионеру на срок, установленный этим соглашением, права владения и пользования объектом концессионного соглашения для осуществления указанной деятельности.

Для определения является ли концессионное соглашение договором строительного подряда, который учитывается при подсчете совокупного размера обязательств, необходимо определить содержит ли концессионное соглашение вышеуказанные признаки:

1) Предметом концессионного соглашения может являться, помимо прочего, строительство или реконструкция объекта капитального строительства, поэтому в таком случае он будет соответствовать договору строительного подряда в смысле части 2 статьи 52 ГК РФ, закрепляющей предмет «договора строительного подряда» (работы по договорам о строительстве, реконструкции, капитальном ремонте объектов капитального строительства).

2) Договор учитывается в совокупном размере обязательств, если он заключен с застройщиком, техническим заказчиком, лицом, ответственным за эксплуатацию здания, сооружения, региональным оператором.

В связи с тем, что пунктами 1.1, 1.2, 1.5 статьи 5 Федерального закона № 115-ФЗ прямо предусмотрено, что право собственности на имущество, являющееся объектом концессионного соглашения, может принадлежать

концеденту (или лицу, участвующему на его стороне) и, исходя из предмета концессионного соглашения, заключающемся в создании и/или реконструкции недвижимого имущества, считаем закономерным (для целей использования градостроительного законодательства) вывод о том, что концедент отвечает отличительным признакам застройщика, технического заказчика или лица, ответственного за эксплуатацию здания, сооружения.

3) В соответствии со статьей 13 Федерального закона № 115-ФЗ, концессионное соглашение заключается путем проведения конкурса на право заключения концессионного соглашения. При этом, статьей 37 Федерального закона № 115-ФЗ также предусматриваются исключения из конкурсного порядка заключения концессионного соглашения.

Таким образом, если предметом концессионного соглашения является строительство, реконструкция, капитальный ремонт объектов капитального строительства, сторона концедента соответствует признакам застройщика, технического заказчика, лица, ответственного за эксплуатацию здания, сооружения и данный договор заключен конкурентными способами, то такой договор должен учитываться при подсчете совокупного размера обязательств члена саморегулируемой организации.

V. Об ответственности саморегулируемой организации по вышеуказанным договорам.

В соответствии с частью 2 статьи 55.16 ГрК РФ саморегулируемая организация в пределах средств компенсационного фонда обеспечения договорных обязательств несет субсидиарную ответственность по обязательствам своих членов в случаях, предусмотренных статьей 60.1 ГрК РФ.

Согласно части 1 статьи 55.16 ГрК РФ в случае неисполнения или ненадлежащего исполнения членом саморегулируемой организации обязательств по договору строительного подряда, договору подряда на осуществление сноса, заключенному с застройщиком, техническим

заказчиком, лицом, ответственным за эксплуатацию здания, сооружения, региональным оператором с использованием конкурентных способов заключения договора, саморегулируемая организация несет субсидиарную ответственность.

Таким образом, саморегулируемая организация несет ответственность только по договорам строительного подряда в правовом смысле определения договора строительного подряда, закрепленного частью 2 статьи 52 ГрК РФ, что было рассмотрено в пункте 1 настоящей справки с выделением признаков таких договоров.

Соответственно, саморегулируемая организация будет нести субсидиарную ответственность компенсационным фондом обеспечения договорных обязательств только по тем договорам строительного подряда, которые подлежат учету при подсчете совокупного размера обязательств и требуют членства в саморегулируемой организации

Аналогичная позиция усматривается в письмах Министерства строительства России, которое последовательно в 2020 и 2021 году высказывало мнение о том, что «Ответственность саморегулируемой организации, предусмотренная статьями 60 и 60.1 Градостроительного кодекса Российской Федерации, вытекает только из тех договоров подряда, для выполнения работ по которым требуется членство в такой организации» (Письма № 24024-ТБ/02 от 10.06.2021 и № 568-ТБ/02 от 15.01.2020).

Председатель
Научно-консультативной комиссии

М.В. Федорченко

Руководитель рабочей группы

М.Г. Шацкая