



**АССОЦИАЦИЯ “НАЦИОНАЛЬНОЕ ОБЪЕДИНЕНИЕ СТРОИТЕЛЕЙ”
НАУЧНО-КОНСУЛЬТАТИВНАЯ КОМИССИЯ**

Принята Научно-консультативной комиссией
Ассоциации “Национальное объединение строителей”

“30” октября 2024 г.

Методические рекомендации по внесению во внутренние документы саморегулируемой организации требования о предоставлении её членами сведений о банковских гарантиях, предоставленных заказчикам для обеспечения исполнения договоров строительного подряда, договоров подряда на осуществление сноса, заключаемых с использованием конкурентных способов заключения договоров.

Аналитическая справка подготовлена рабочей группой, сформированной в следующем составе:

- 1) Симонов О.М. — руководитель рабочей группы;
- 2) Дубинина Н.А.;
- 3) Постнова Л.Г.;
- 4) Шацкая М.Г.;
- 5) Яровая Н.А.;
- 6) Абдулов Р.Э. — привлечённый специалист;
- 7) Жилин М.С. — ответственный секретарь.

При проведении исследования Научно-консультативной комиссией Ассоциации “Национальное объединение строителей” (далее — Научно-консультативная комиссия) были проанализированы нормы Градостроительного кодекса Российской Федерации (далее также — ГрК РФ), Гражданского кодекса

Российской Федерации (далее также — ГК РФ); Федерального закона от 05 апреля 2013 года № 44-ФЗ “О контрактной системе в сфере закупок товаров, работ, услуг для обеспечения государственных и муниципальных нужд” (далее также — Закон № 44-ФЗ); а также подзаконных нормативно-правовых актов, актов судебной практики, и разъяснений государственных органов.

По результатам исследования Научно-консультативной комиссией установлено следующее.

Более 7 лет назад, Федеральным законом от 03 июля 2016 года № 372-ФЗ, статья 55.16 Градостроительного кодекса Российской Федерации была изложена в новой редакции, где стала предусматриваться обязанность членов саморегулируемых организаций, желающих принимать участие в заключении договоров конкурентными способами их заключения, дополнительно вносить средства в компенсационный фонд обеспечения договорных обязательств, сформированный саморегулируемой организацией в целях обеспечения имущественной ответственности членов саморегулируемой организации по обязательствам, возникшим вследствие неисполнения или ненадлежащего исполнения ими обязательств по договорам подряда на выполнение инженерных изысканий, подготовку проектной документации или по договорам строительного подряда, заключенным с использованием конкурентных способов их заключения.

С момента вышеуказанных нововведений, судебная практика, по-разному смотрела на объём и само возмещение убытков заказчика саморегулируемой организацией по контрактам строительного подряда, заключенных конкурентным способом её членами.

Складывающаяся судебная практика на сегодняшний день, показывает значительное увеличение исков о взыскании убытков и штрафных санкций, как по исполнению контрактов в целом, так и гарантийным обязательствам в частности, предъявляемых заказчиками к саморегулируемым организациям, как к субсидиарным ответчикам.

Кроме того, в последнее время, к взысканию с субсидиарного ответчика стали предъявляться ещё и требования по неотработанным авансам, которые изначально относились судами к неосновательному обогащению подрядчика.

Федеральным законом от 05 апреля 2013 года № 44-ФЗ “О контрактной системе в сфере закупок товаров, работ, услуг для обеспечения государственных и муниципальных нужд”, закреплена за заказчиком обязанность об установлении требования обеспечения заявок на участие в закупке¹, которое может быть в виде²:

- денежных средств или

- независимой гарантии, предусмотренной ст. 45 Закона № 44-ФЗ,

а также предусмотрена ответственность заказчика по части 4 статьи 7.30 КоАП РФ, за нарушение этой обязанности.

Анализ судебной практики показывает, что сегодня многочисленны случаи, когда заказчик, имея банковскую гарантию в обеспечение заключенного им договора строительного подряда с использованием конкурентных способов его заключения, упускает, по каким-либо причинам, возможность её использования.

Данное обстоятельство кратно увеличивает риски саморегулируемой организации на выплату из средств компенсационного фонда, в рамках субсидиарной ответственности, за неисполнение или ненадлежащее исполнение её членом обязанностей по договору строительного подряда, а также увеличивает размер такой выплаты.

Эта тема стала предметом совместного обсуждения Научно-консультативной комиссией с Комитетом по страхованию, охране труда и финансовым инструментам строительного рынка Ассоциации “Национальное объединение строителей” в ходе которого, было определено, что на сегодняшний день эффективным средством уменьшения риска выплаты из средств компенсационного фонда обеспечения договорных обязательств, должно выступить раскрытие заказчиками банковских гарантий.

¹ ч. 1 ст. 44 Закона № 44-ФЗ

² ч. 4, подп. “а” и “б” п. 1 ч. 5, ч. 17 ст. 44 Закона № 44-ФЗ

Однако для влияния на раскрытие банковской гарантии, у СРО, в распоряжении, должна быть информация о её предоставлении, сроке действия и условиях.

Банковская гарантия является разновидностью независимой гарантии и регулируется параграфом 6 главы 23 Гражданского кодекса Российской Федерации.

Определение банковской гарантии даётся в статье 368 Гражданского кодекса РФ, где закрепляется, что она выдаётся банком или другой кредитной организацией (гарантом)³ в письменной форме⁴, где прописывается, что гарант принимает на себя по просьбе другого лица (принципала — подрядчика) обязательство уплатить указанному им третьему лицу (бенефициару — заказчику) определенную денежную сумму в соответствии с условиями данного гарантом обязательства независимо от действительности обеспечиваемого такой гарантией обязательства.

Реализация заказчиком данного вида обеспечения снижает риски выплаты из компенсационного фонда.

Во-первых, по банковской гарантии кредитная организация (гарант) принимает на себя по просьбе другого лица — исполнителя (принципала) обязательство уплатить указанному им третьему лицу — заказчику (бенефициару), определенную денежную сумму в соответствии с условиями данного гарантом обязательства, независимо от действительности обеспечиваемого такой гарантией обязательства (п. 1 ст. 368 ГК РФ).

Независимость от действительности обеспечиваемого такой гарантией обязательства говорит о том, что после предъявления требования (раскрытия) заказчиком по банковской гарантии, у банка (гаранта) возникнет право регресса к принципалу — исполнителю, но не по договору строительного подряда, а по договору банковской гарантии (ст.370 ГК РФ).

³ п. 3 ст. 368 ГК РФ

⁴ п. 2 ст. 368 ГК РФ

По договорам банковской гарантии, саморегулируемая организация не несёт ответственность за своих членов, что, при условии покрытия банковской гарантией убытков заказчика, исключает возможность выплаты из компенсационного фонда.

Вышеуказанный юридический факт нашёл своё подтверждение в п.11 Обзора судебной практики разрешения споров, связанных с применением законодательства о независимой гарантии, утв. Президиумом ВС РФ 05.06.2019, и как следствие, в судебной практике — постановлениях арбитражных апелляционных судов №9 - 09АП-29712/2024 (А40-227532/2023) и №15 - 15АП-13796/2023 (А32-45225/2022), также кассационных инстанций: Московского округа — Ф05-16686/2023 (А40-233274/2022), Западно-Сибирского округа — Ф04-4124/2023 (А45-24655/2022), Северо-Кавказского округа - Ф08-6085/2023 (А15-4569/2022).

Во-вторых, простота и скоротечность получения возмещения по банковской гарантии.

Согласно статье 374 ГК РФ, заказчику (бенефициару), для получения выплаты необходимо выполнить 2 пункта:

1. требование должно быть в письменной форме с приложением указанных в гарантии документов, указывающих на обстоятельства, наступление которых влечет выплату по гарантии.
2. Требование должно быть представлено до окончания срока действия банковской гарантии.

При этом срок проверки полученного банком требования и проведения платежа не может превышать 30 дней (ч.2 ст.375 ГК РФ).

В-третьих, в отличие от обязанности страхования риска ответственности за нарушение условий договора строительного подряда, банковская гарантия не возлагает дополнительной финансовой нагрузки на члена саморегулируемой организации, кроме той, что определил заказчик.

В-четвёртых, обеспечение в виде банковской гарантии на всю названную в ней сумму является зарезервированной суммой для покрытия не только

конкретных убытков, которые могут возникнуть вследствие неисполнения либо ненадлежащего исполнения обществом своих обязательств по контракту, но и неустойки, за неисполнение либо ненадлежащее исполнение обязательств по контракту (письмо Министерства Финансов Российской Федерации от 20.05.22 № 24-06-08/46828)

Целью установления обеспечения по контракту является предоставление возможности заказчику, не прибегая к судебным процедурам, удовлетворить свои требования к исполнителю⁵.

Однако, при всех плюсах банковской гарантии, сведения о ней не размещаются в Единой информационной системе Закупки (далее по тексту также ЕИС Закупки).

Также необходимо отметить, что в ряде случаев подрядчики обеспечивают исполнение договоров предоставлением банковских гарантий, по условиям которых гарант не отвечает за возврат неотработанного аванса, либо такие банковские гарантии содержат иные дополнительные условия, направленные на ограничение ответственности гаранта. При этом заказчики не всегда надлежащим образом осуществляют проверку предоставленных подрядчиками банковских гарантий. Даже в случае, когда банковская гарантия выдается по типовой форме (например, по типовой форме, утвержденной в соответствии с ч.8.2. ст.45 Закона № 44-ФЗ постановлением Правительства РФ от 08.11.2013 №1005), возможно включение в текст такой банковской гарантии дополнительных условий, необоснованно ограничивающих объем ответственности гаранта.

В связи с этим, так как содержанием деятельности саморегулируемой организации в области инженерных изысканий, архитектурно-строительного проектирования, строительства, реконструкции, капитального ремонта, сноса объектов капитального строительства являются разработка и утверждение документов, предусмотренных статьей 55.5 ГрК РФ, а также контроль за соблюдением членами такой саморегулируемой организации требований этих

⁵ Постановление Арбитражного суда Северо-Кавказского округа от 02.12.2016 №Ф08-9069/16 по делу №А53-480/2016

документов⁶, целесообразно включить во внутренние документы саморегулируемой организации о контроле⁷ и/или анализе деятельности своих членов⁸, требование о предоставлении ими сведений в части банковской гарантии, вместе с уведомлением о заключении договора строительного подряда конкурентным способом.

Формулировка может быть в следующей форме: “Члены Ассоциации, заключившие договор строительного подряда, договор подряда на осуществление сноса с использованием конкурентных способов заключения договоров, в течение 5 рабочих дней с момента его заключения, обязаны предоставить в Ассоциацию следующие документы:

1) копию договора строительного подряда, договора подряда на осуществление сноса, заключенных с использованием конкурентных способов заключения договоров,

2) копии документов, подтверждающих обеспечение исполнения договора строительного подряда, договора подряда на осуществление сноса, заключенных с использованием конкурентных способов заключения договоров, если оно требуется в соответствии с действующим законодательством.

Данная формулировка может быть включена во внутренние документы саморегулируемой организации, устанавливающие обязанности членов, например, устав, положение о членстве, положение о контроле и другие (по усмотрению саморегулируемой организации).

Для исполнения требования о предоставлении сведений по банковской гарантии всеми членами саморегулируемой организации, возможно предусмотреть и меру дисциплинарного воздействия, вплоть до применения к нарушителю штрафа. В этом случае мера в виде штрафа устанавливается в положении о мерах дисциплинарного воздействия или в положении о штрафах, которые утверждаются на Общем собрании саморегулируемой организации.

Формулировка в положении может быть следующей:

⁶ ч.2 ст.55.1 ГрК РФ

⁷ ст.55.13 ГрК РФ

⁸ Приказ Минстроя России от 10.04.2017 № 700/пр

“Штраф может применяться в качестве меры дисциплинарного воздействия в следующем размере:

— за нарушение обязанностей, установленных пунктами “...⁹” — 0,5 % от цены договора строительного подряда или договора подряда на осуществление сноса, заключенных с использованием конкурентных способов заключения договоров”.

Таким образом, при наличии в распоряжении саморегулируемой организации сведений о предоставлении её членом банковской гарантии в качестве обеспечения исполнения договора строительного подряда заключённого конкурентными способами его заключения, можно обеспечить контроль предоставляемых банковских гарантий, в том числе в части обеспечения обязанности подрядчика по возврату неотработанного аванса, а также проследить и при необходимости напомнить заказчику о возможности воспользоваться имеющейся у него банковской гарантией, что даст ему возможность не прибегать к долгим и затратным судебным процессам, а саморегулируемой организации уменьшить объём выплаты из компенсационного фонда обеспечения договорных обязательств на сумму банковской гарантии.

Председатель

Научно-консультативной комиссии

М.В. Федорченко

Руководитель рабочей группы

О.М. Симонов

⁹ Указывается пункт документа, которым установлена обязанность членов СРО по предоставлению в СРО документов, подтверждающих обеспечение исполнения договора строительного подряда