

Утверждена Научно-консультативной
комиссией (протокол от _____)

Аналитическая справка

по вопросу об обязанности лиц, осуществляющих строительный контроль, быть членами саморегулируемых организаций, об определении уровня ответственности таких лиц по обязательствам, а также о субсидиарной ответственности саморегулируемой организации за неисполнение или ненадлежащее исполнение членом саморегулируемой организации обязательств по договорам строительного контроля

Аналитическая справка подготовлена рабочей группой, сформированной в следующем составе:

- 1) Н.А. Яровая – руководитель рабочей группы;
- 2) А.А. Сидоркин – ответственный секретарь;
- 3) И.Е. Кузьма;
- 4) В.В. Панарина;
- 5) Л.Г. Постнова;
- 6) В.И. Сало;
- 7) М.Г. Шацкая;
- 8) В.В. Шевляков.

При проведении исследования Научно-консультативная комиссия Ассоциации «Национальное объединение строителей» (далее – Научно-консультативная комиссия) проанализировала следующие нормативные правовые акты, материалы судебной практики, позиции федеральных органов исполнительной власти:

- Градостроительный кодекс Российской Федерации (далее – ГрК РФ);
- Гражданский кодекс Российской Федерации (далее – ГК РФ);
- Жилищный кодекс Российской Федерации (далее – ЖК РФ);
- Федеральный закон 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);
- Федеральный закон от 18.07.2011 № 223-ФЗ «О закупках товаров, работ, услуг отдельными видами юридических лиц» (далее – Федеральный закон № 223-ФЗ);
- постановление 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 № 615);

- постановление Правительства Российской Федерации от 21.06.2010 № 468 «О порядке проведения строительного контроля при осуществлении строительства, реконструкции и капитального ремонта объектов капитального строительства» (далее – Постановление № 468);

- материалы судебной практики и практики Федеральной антимонопольной службы касательно членства лиц, осуществляющих строительный контроль, в саморегулируемых организациях (далее также – СРО) и уровня ответственности таких лиц по обязательствам (определение Верховного Суда Российской Федерации от 21.10.2019 № 309-ЭС19-18504 по делу № А71-16106/2018, постановление Тринадцатого арбитражного апелляционного суда от 05.10.2020 по делу № А26-12695/2019, определение Верховного суда Российской Федерации от 29.05.2018 № 301-ЭС17-21397 по делу № А43-26319/2016, решение Карельского УФАС России от 26.07.2019 по делу № 010/06/105-493/2019 и др.);

- материалы судебной практики касательно размера ответственности лиц, осуществляющих строительный контроль (определение Верховного суда Российской Федерации от 05.02.2019 № 301-ЭС18-24208 по делу № А31-8465/2016, постановление Арбитражного суда Волго-Вятского округа от 10.10.2018 тому же делу, постановление Арбитражного суда Волго-Вятского округа от 09.02.2016 по делу № А43-7954/2014 и др.);

- письма Минстроя России от 05.04.2018 № 13789-ТБ/02, от 24.04.2019 № 14816-ТБ/02, от 04.09.2018 № 37059-ТБ/02 и др.

В результате анализа перечисленных нормативных правовых актов, материалов правоприменительной практики, иных материалов Научно-консультативная комиссия пришла к следующим выводам.

1. Законодательством установлены требования к лицам, осуществляющим строительный контроль заказчика и строительный контроль подрядчика.

Согласно части 2 статьи 53 ГрК РФ в случае осуществления строительства, реконструкции, капитального ремонта на основании договора строительного подряда строительный контроль проводится лицом, осуществляющим строительство, а также застройщиком, техническим заказчиком, лицом, ответственным за эксплуатацию здания, сооружения, или региональным оператором либо привлекаемыми ими на основании договора индивидуальным предпринимателем или юридическим лицом.

На основании части 8 статьи 53 ГрК РФ порядок проведения строительного контроля установлен Положением о проведении строительного контроля при осуществлении строительства, реконструкции и капитального ремонта объектов капитального строительства (далее – Положение о строительном контроле), которое утверждено Постановлением № 468.

Данное Положение устанавливает, что строительный контроль проводится лицом, осуществляющим строительство (далее – строительный контроль подрядчика), а также застройщиком, заказчиком (строительный контроль заказчика).

В соответствии с пунктом 5 Положения о строительном контроле строительный контроль подрядчика включает проведение следующих контрольных мероприятий:

а) проверка качества строительных материалов, изделий, конструкций и оборудования, поставленных для строительства объекта капитального строительства;

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, скрывааемых 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.

Согласно пункту 6 Положения о строительном контроле строительный контроль заказчика 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.

Как видно из приведенных пунктов 5 и 6 Положения о строительном контроле для осуществления строительного контроля подрядчика и строительного контроля заказчика установлены различные перечни контрольных мероприятий.

Из сопоставления таких перечней можно сделать вывод о том, что именно на заказчика (застройщика) возложено осуществление «итогового» строительного контроля, поскольку именно заказчик в ходе проведения строительного контроля заказчика проверяет полноту и качество проведения строительного контроля подрядчика. Аналогичное разграничение функций строительного контроля заказчика и строительного контроля подрядчика отражено в СП 48.13330.2019. Свод правил. Организация строительства. СНиП 12-01-2004.

Таким образом, из Положения о строительном контроле, СП 48.13330.2019 следует, что строительный контроль, осуществляемый заказчиком, и строительный контроль, осуществляемый подрядчиком (лицом, осуществляющим строительство), содержательно отличаются и являются самостоятельными видами строительного контроля, при этом по общему правилу исходя из целей и задач строительного контроля строительный контроль подрядчика и строительный контроль заказчика осуществляются разными лицами. Данный вывод делается как судами (см., например, постановления Арбитражного суда Поволжского округа от 20.08.2018 по делу

№ А12-44847/2017, Арбитражного суда Центрального округа от 24.12.2018 по делу № А35-10618/2016), так и Минстроем России (письмо от 20.12.2018 № 55067-ОГ/08).

В связи с этим вопрос о необходимости членства в саморегулируемой организации должен быть рассмотрен отдельно для случаев осуществления строительного контроля заказчика и строительного контроля подрядчика.

2. Лицо, осуществляющее строительный контроль заказчика, обязано быть членом саморегулируемой организации в сфере строительства.

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, должны выполняться только индивидуальными предпринимателями или юридическими лицами, которые являются членами саморегулируемых организаций в области строительства, реконструкции, капитального ремонта объектов капитального строительства, если иное не установлено частью 2 статьи 52 ГрК РФ.

Исключения из данного правила предусмотрены частью 2¹ указанной статьи (выполнение работ по договорам строительного подряда, заключенным с застройщиком, техническим заказчиком, лицом, ответственным за эксплуатацию здания, сооружения, региональным оператором, в случае, если размер обязательств по каждому из таких договоров не превышает трех миллионов рублей), частью 2² указанной статьи (выполнение работ лицами, прямо поименованными в этой части).

Частью 1 статьи 55⁸ ГрК РФ установлено правило об обязательности наличия членства в саморегулируемой организации в сфере строительства для осуществления индивидуальным предпринимателем или юридическим лицом строительства, реконструкции, капитального ремонта, сноса объектов капитального строительства по договору строительного подряда, по договору подряда на осуществление сноса, заключенным с застройщиком, техническим заказчиком, лицом, ответственным за эксплуатацию здания, сооружения, или региональным оператором.

Из буквального толкования приведенных положений ГрК РФ следует, что для лиц, осуществляющих строительный контроль заказчика, не установлена обязательность быть членами саморегулируемой организации, а положения ГрК РФ о строительном саморегулировании распространяются только на договоры подряда, в то время как договор на осуществление строительного контроля исходя из пункта 1 статьи 702, пункта 1 статьи 779 ГК РФ является не договором подряда, а договором возмездного оказания услуг.

Вместе с тем применение буквального толкования положений ГрК РФ в данном случае не представляется корректным. Смысл приведенных выше норм может быть установлен только в системном единстве с иными положениями ГрК РФ, иных нормативных правовых актов, а также с учетом целей правового регулирования.

Так, ограничение перечня видов договоров, заключение которых требует членства в саморегулируемой организации, исключительно договорами подряда не соответствует системному толкованию норм ГрК РФ. Так, пунктом 22 статьи 1 ГрК РФ, определяющим понятие технического заказчика и его функций, установлено, что функции технического заказчика могут выполняться только членом соответственно саморегулируемой организации в области инженерных изысканий, архитектурно-строительного проектирования, строительства, реконструкции, капитального ремонта, сноса объектов капитального строительства (за исключением случаев, предусмотренных частью 2¹ статьи 47, частью 4¹ статьи 48, частями 2¹ и 2²

статьи 52, частями 5 и 6 статьи 55³¹ ГрК РФ). Вместе с тем договор на осуществление функций технического заказчика, исходя из перечня указанных функций, определенного пунктом 22 статьи 1 ГрК РФ, не является договором подряда, а является смешанным договором, включающим в себя элементы различных договоров, предусмотренных ГК РФ (в частности, договора возмездного оказания услуг, агентирования и др.).

Тем не менее ГрК РФ прямо обязывает лиц, заключающих такой договор, быть членами саморегулируемых организаций наравне с лицами, заключившими договоры подряда. Таким образом, распространение положений ГрК РФ об обязательности членства в саморегулируемых организациях на лиц, заключающих договоры иные, чем договоры подряда, само по себе не противоречит смыслу норм ГрК РФ.

Кроме того, частью 1 статьи 55¹ ГрК РФ определены основные цели саморегулируемых организаций. Одной из них является предупреждение причинения вреда жизни или здоровью физических лиц, имуществу физических или юридических лиц, государственному или муниципальному имуществу, окружающей среде, жизни или здоровью животных и растений, объектам культурного наследия (памятникам истории и культуры) народов Российской Федерации вследствие недостатков работ, которые оказывают влияние на безопасность объектов капитального строительства и выполняются членами саморегулируемых организаций (пункт 1 указанной части).

Положениями ГрК РФ не определяется понятие работ, оказывающих влияние на безопасность объектов капитального строительства. Вместе с тем, перечень таких работ определен приказом Минрегиона России от 30.12.2009 № 624 «Об утверждении Перечня видов работ по инженерным изысканиям, по подготовке проектной документации, по строительству, реконструкции, капитальному ремонту объектов капитального строительства, которые оказывают влияние на безопасность объектов капитального строительства» (далее – Перечень видов работ). Указанный документ с 01.07.2017 не применяется для целей саморегулирования (письмо Минстроя России от 17.08.2018 № 35217-АГ/08), однако сам по себе является действующим, не противоречит ГрК РФ и по-прежнему определяет, какие виды работ считаются оказывающими влияние на безопасность объектов капитального строительства.

Работы по осуществлению строительного контроля привлекаемым застройщиком или заказчиком на основании договора юридическим лицом или индивидуальным предпринимателем включены в Перечень видов работ.

Соответственно, с точки зрения законодательства о градостроительной деятельности осуществление строительного контроля оказывает влияние на безопасность объектов капитального строительства так же, как и работы по строительству, реконструкции, капитальному ремонту, сносу, выполняемые по договорам строительного подряда. При этом квалификация соответствующего договора как договора подряда либо договора возмездного оказания услуг имеет значение лишь для регулирования гражданских правоотношений. Вместе с тем, в данном случае имеет место регулирование иных отношений, связанных с обеспечением безопасности строительства, осуществляемое нормами публичного права, которые закреплены законодательством о градостроительной деятельности.

В связи с изложенным на отношения по осуществлению строительного контроля заказчика должны по аналогии распространяться правила, которые установлены ГрК РФ в целях обеспечения безопасности строительства, в том числе устанавливающие обязанность быть членом саморегулируемой организации.

Данная позиция соответствует сложившейся судебной практике по рассматриваемому вопросу. Так, судами в настоящее время сформирована правовая

позиция, согласно которой деятельность по осуществлению строительного контроля заказчика является деятельностью по строительству объектов капитального строительства, которую может осуществлять только лицо, являющееся членом саморегулируемой организации в области строительства, реконструкции, капитального ремонта объектов капитального строительства. Согласно этой позиции работы по осуществлению строительного контроля заказчика, исходя из Перечня видов работ, относятся к работам по строительству, реконструкции и капитальному ремонту, оказывают влияние на безопасность объекта капитального строительства, являются неразрывно связанными со строящимся объектом, а потому требуют членства в СРО (определение Верховного суда Российской Федерации от 23.12.2019 № 302-ЭС19-23604 по делу № А19-2488/2019, постановление Арбитражного суда Восточно-Сибирского округа от 03.09.2019 по тому же делу, определение Верховного суда Российской Федерации от 21.10.2019 № 309-ЭС19-18504 по делу № А71-16106/2018, постановление Арбитражного суда Уральского округа от 16.07.2019 по тому же делу, постановление Арбитражного суда Поволжского округа от 20.08.2018 по делу № А12-44847/2017, постановление Арбитражного суда Северо-Западного округа от 22.03.2019 по делу № А05П-244/2018 и др.).

Антимонопольные органы придерживаются аналогичной позиции и указывают, что поскольку строительный контроль проводится при осуществлении строительства (реконструкции, капитального ремонта), договор, в соответствии с которым исполнитель принимает на себя обязательства выполнить функции строительного контроля также относится к договору о строительстве и в случае его заключения с техническим заказчиком, должен выполняться только индивидуальными предпринимателями или юридическими лицами, которые являются членами саморегулируемых организаций в области строительства, реконструкции, капитального ремонта объектов капитального строительства (Решение Якутского УФАС России от 10.06.2020 по делу № 014/06/59-1510/2020, 014/06/59-1515/2020 и др.).

Кроме того, на уровне Минстроя России была сформирована правовая позиция, согласно которой осуществление строительного контроля является функцией технического заказчика в соответствии с пунктом 22 статьи 1 ГрК РФ, в связи с чем лицо, выполняющее функции технического заказчика, в том числе проведение строительного контроля, с 01.07.2017 должно быть членом саморегулируемых организаций соответствующих видов либо саморегулируемой организации, к сфере деятельности которой относится часть таких функций. При выполнении только функции строительного контроля такому лицу требуется членство в саморегулируемой организации, основанной на членстве лиц, осуществляющих строительство (письма Минстроя России от 05.09.2017 № 31723-ТБ/02, от 05.04.2018 № 13789-ТБ/02, от 04.09.2018 № 37059-ТБ/02, от 24.04.2019 № 14816-ТБ/02, от 03.06.2019 № 19957-ТБ/02). Данная позиция используется и судами (см. Постановление Арбитражного суда Северо-Кавказского округа от 03.10.2019 по делу № А32-929/2019).

Следует отметить, что в практике антимонопольных органов (Решение ФАС России от 26.10.2017 по делу № К-1439/17, Решение Ямало-Ненецкого УФАС России от 28.03.2018 № 01-33/14-2018), а также в судебной практике (решение Арбитражного суда г. Москвы от 22.08.2018 по делу № А40-21692/18-92-149, постановление Девятого арбитражного апелляционного суда от 08.11.2018 по тому же делу) встречаются и противоположные решения, согласно которым требования о наличии членства в саморегулируемой организации для осуществления строительного контроля не являются правомерными. Данная позиция, однако, не является преобладающей.

Следует отметить, что функции технического заказчика сами по себе являются производными от функций застройщика, в связи с чем осуществление строительного контроля является функцией застройщика. Вопрос же о ее передаче техническому заказчику решается самим застройщиком. Так, данная функция может быть полностью передана застройщиком техническому заказчику для осуществления. При этом технический заказчик должен быть членом саморегулируемой организации в силу прямого указания на это в пункте 22 статьи 1 ГрК РФ. Однако осуществление строительного контроля может быть оставлено застройщиком за собой либо передано по договору иному лицу, не являющемуся техническим заказчиком. Кроме того, сам технический заказчик также может передать осуществление функций по строительному контролю иному лицу на основании договора.

В то же время позиция Минстроя России о том, что строительный контроль является функцией технического заказчика, в целом не противоречит изложенному выводу об обязанности лиц, осуществляющих строительный контроль, быть членами саморегулируемых организаций. При этом отношения по осуществлению строительного контроля заказчика привлеченным по договору юридическим лицом либо индивидуальным предпринимателем наиболее сходны по содержанию с отношениями, возникающими при привлечении застройщиком технического заказчика, в связи с чем положения пункта 22 статьи 1 ГрК РФ об обязательности членства в саморегулируемой организации для технического заказчика могут быть по аналогии применены к лицам, осуществляющим строительный контроль заказчика.

Из изложенного выше следует, что по смыслу положений законодательства о градостроительной деятельности юридические лица, индивидуальные предприниматели, осуществляющие строительный контроль заказчика на основании договора, заключенного с таким заказчиком (застройщиком), обязаны быть членами саморегулируемой организации в области строительства вне зависимости от того, являются ли они техническими заказчиками в смысле пункта 22 статьи 1 ГрК РФ.

Вместе с тем Ростехнадзор на своём официальном сайте в разделе «Вопросы – Ответы» (URL: <http://www.gosnadzor.ru/building/inspect/FAQ/membership/>) обозначил свою позицию, согласно которой организациям, осуществляющим строительный контроль по договору, не требуется членство в саморегулируемой организации. Однако арбитражные суды при рассмотрении вопроса о необходимости членства при осуществлении строительного контроля не принимают данную позицию во внимание, ссылаясь на то, что письма Ростехнадзора и его структурных подразделений, в которых разъясняются вопросы применения нормативных правовых актов, не содержат правовых норм, не направлены на установление, изменение или отмену правовых норм, а содержащиеся в них разъяснения не могут рассматриваться в качестве общеобязательных государственных предписаний постоянного или временного характера в связи с отсутствием полномочий по правовой оценке законодательных и иных нормативных правовых актов (см., например решение Арбитражного суда Омской области от 18.09.2020 по делу № А46-9843/2020).

Необходимо отметить, что применение указанной выше позиции Ростехнадзора, согласно которой лицо, осуществляющее строительный контроль, не обязано быть членом саморегулируемой организации, блокировало бы возможность государственных (муниципальных) заказчиков привлекать саморегулируемые организации к субсидиарной ответственности за неисполнение (ненадлежащее исполнение) обязательств лицами, осуществляющими строительный контроль на основании договоров, заключенных в соответствии с Федеральным законом № 44-ФЗ, Федеральным законом № 223-ФЗ, Постановлением № 615, что в свою очередь,

противоречило бы публичным (общественно-значимым) интересам. Вместе с тем обеспечение исполнения членами саморегулируемых организаций обязательств по договорам, заключаемым с использованием конкурентных способов их заключения, является одной из целей саморегулируемых организаций (пункт 3 части 1 статьи 55¹ ГрК РФ) и направлено на защиту интересов государственных и муниципальных заказчиков в случаях выполнения подрядчиками работ ненадлежащего качества.

Кроме того, данная позиция Ростехнадзора не согласуется с действующими Требованиями к составу и порядку ведения исполнительной документации при строительстве, реконструкции, капитальном ремонте объектов капитального строительства и требованиями, предъявляемыми к актам освидетельствования работ, конструкций, участков сетей инженерно-технического обеспечения (РД 11-02-2006), утвержденными приказом Ростехнадзора от 26.12.2006 № 1128 (с учетом изменений, внесенных приказом Ростехнадзора от 09.11.2017 № 470).

Так, РД 11-02-2006 установлено, что входящие в состав исполнительной документации акты (освидетельствования скрытых работ, ответственных конструкций) должны содержать сведения об идентификационном номере в национальном реестре специалистов, в том числе в отношении представителя застройщика (технического заказчика) по вопросам строительного контроля.

Поскольку наличие специалистов, сведения о которых включены в национальный реестр специалистов, является необходимым условием членства лица в саморегулируемой организации (пункт 2 части 6 статьи 55⁵⁻¹ ГрК РФ), прямое указание РД 11-02-2006 на необходимость подписания актов, входящих в состав исполнительной документации, такими специалистами свидетельствует о обязанности лиц, осуществляющих строительный контроль, быть членами саморегулируемых организаций.

3. Лицо, привлеченное подрядчиком для осуществления строительного контроля подрядчика, не обязано быть членом саморегулируемой организации в сфере строительства.

Поскольку строительный контроль подрядчика, как было отмечено выше, является самостоятельным видом строительного контроля, отличным от строительного контроля заказчика, к нему должны применяться иные требования, касающиеся необходимости членства в саморегулируемой организации.

Так, строительный контроль подрядчика не указан в Перечне видов работ, в связи чем не признается деятельностью, оказывающей влияние на безопасность объектов капитального строительства по смыслу пункта 1 части 1 статьи 55¹ ГрК РФ.

Кроме того, к отношениям по осуществлению строительного контроля подрядчика не могут быть по аналогии применены положения пункта 22 статьи 1 ГрК РФ о техническом заказчике, поскольку последний, выступая в интересах застройщика, осуществляет строительный контроль заказчика, а не подрядчика. Сам же подрядчик не вправе выполнять строительный контроль заказчика, поскольку это противоречило бы статье 53 ГрК РФ и Положению о строительном контроле.

В случае привлечения подрядчиком для осуществления строительного контроля иных лиц ответственность за проведение такими лицами строительного контроля (так же, как и за привлеченных субподрядчиков) несет подрядчик. Более того, как было обосновано выше, «итоговый» строительный контроль осуществляет застройщик в рамках строительного контроля заказчика, в рамках которого проверяются осуществление строительного контроля подрядчиком и привлеченными им лицами.

В соответствии с частью 2 статьи 52 ГрК РФ работы по договорам о

строительстве, реконструкции, капитальном ремонте объектов капитального строительства, заключенным с иными, чем застройщик, технический заказчик, лицами, могут выполняться индивидуальными предпринимателями или юридическими лицами, не являющимися членами таких саморегулируемых организаций. Данная норма может быть применена по аналогии к отношениям по осуществлению строительного контроля лицом, привлеченным подрядчиком по договору.

Исходя из изложенного осуществление строительного контроля подрядчика привлеченным подрядчиком юридическим лицом (индивидуальным предпринимателем) не требует членства такого лица в саморегулируемой организации.

В связи с этим далее в настоящей аналитической справке будут рассмотрены только вопросы, связанные с осуществлением строительного контроля заказчика.

4. Застройщик, самостоятельно, без привлечения технического заказчика, осуществляющий строительный контроль, обязан быть членом саморегулируемой организации.

Отдельного рассмотрения требует вопрос о необходимости членства в саморегулируемой организации застройщика, осуществляющего строительный контроль своими силами, без передачи этой функции техническому заказчику.

В соответствии с частью 3 статьи 52 ГрК РФ лицом, осуществляющим строительство, реконструкцию, капитальный ремонт объекта капитального строительства, может являться застройщик либо индивидуальный предприниматель или юридическое лицо, заключившие договор строительного подряда.

Согласно части 3¹ той же статьи застройщик вправе осуществлять строительство, реконструкцию, капитальный ремонт объектов капитального строительства самостоятельно при условии, что он является членом саморегулируемой организации в области строительства, реконструкции, капитального ремонта объектов капитального строительства, если иное не предусмотрено статьей 52 ГрК РФ, либо с привлечением иных лиц по договору строительного подряда.

Анализ правоприменительной практики показывает, что органы государственного строительного надзора и суды придерживаются позиции, согласно которой осуществление строительного контроля заказчика является работой, оказывающей влияние на безопасность объектов капитального строительства, и требует наличия членства в саморегулируемой организации. Исходя из этого органы государственного строительного надзора и суды признают застройщика, осуществляющего строительный контроль без привлечения технического заказчика, самостоятельно осуществляющим строительство (определение Верховного Суда Российской Федерации от 23.12.2019 № 302-ЭС19-23604 по делу № А19-2488/2019, постановление Арбитражного суда Восточно-Сибирского округа от 03.09.2019 по тому же делу, определение Верховного Суда Российской Федерации от 21.10.2019 № 309-ЭС19-18504 по делу № А71-16106/2018, постановление Арбитражного суда Уральского округа от 16.07.2019 № Ф09-3383/19 по делу № А71-16106/2018, постановление Арбитражного суда Уральского округа от 17.11.2020 № Ф09-6174/20 по делу № А76-51461/2019). Из перечисленных судебных актов видно, что в таких случаях судами не учитывается факт наличия привлеченного подрядчика, поскольку строительный контроль заказчика не может осуществляться подрядчиком.

Таким образом, исходя из изложенного и сложившейся правоприменительной практики застройщик, самостоятельно осуществляющий строительный контроль без передачи данной функции иному лицу, в частности, техническому заказчику, считается самостоятельно осуществляющим строительство по смыслу части 3¹ статьи 52 ГрК РФ,

а потому должен быть членом саморегулируемой организации.

Данная позиция соответствует основным целям саморегулируемых организаций, в частности целям предупреждения причинения вреда жизни или здоровью физических лиц, имуществу физических или юридических лиц, государственному или муниципальному имуществу, окружающей среде, жизни или здоровью животных и растений, объектам культурного наследия (памятникам истории и культуры) народов Российской Федерации вследствие недостатков работ, которые оказывают влияние на безопасность объектов капитального строительства и выполняются членами саморегулируемых организаций; повышения качества осуществления строительства, реконструкции, капитального ремонта, сноса объектов капитального строительства (пункты 1, 2 части 1 статьи 55¹ ГрК РФ). Так, застройщик, являющийся членом саморегулируемой организации, обязан выполнять обязательные требования, устанавливаемые такой саморегулируемой организацией, в частности, стандартов, квалификационных стандартов, требований к членству, в частности, требований к наличию в определенном количестве специалистов по организации строительства, которые должны подписывать акты при проведении строительного контроля. Кроме того, в силу части 5 статьи 60 ГрК РФ саморегулируемая организация, членом которой является застройщик, самостоятельно осуществляющий строительный контроль, несет ответственность из средств компенсационного фонда возмещения вреда за вред, причиненный, в том числе, некачественным осуществлением строительного контроля.

5. Членство лица, осуществляющего строительный контроль, в саморегулируемой организации, является обязательным вне зависимости от размера обязательств в случае, если такое лицо заключает договор с региональным оператором в соответствии с жилищным законодательством.

В соответствии с частью 3 статьи 182 ЖК РФ, к выполнению инженерных изысканий, подготовке проектной документации, осуществлению капитального ремонта объектов капитального строительства региональный оператор обязан привлечь индивидуального предпринимателя или юридическое лицо, являющихся членами соответственно саморегулируемой организации в области инженерных изысканий, архитектурно-строительного проектирования, строительства, реконструкции, капитального ремонта объектов капитального строительства.

Положения данной статьи являются специальными по отношению к нормам ГрК РФ, в связи с чем указанное в части 2¹ статьи 52 ГрК РФ исключение из общего правила об обязательности членства в саморегулируемой организации в соответствии с частью 3 статьи 182 ЖК РФ не распространяется на индивидуальных предпринимателей и юридических лиц, осуществляющих строительный контроль за выполнением работ по договорам строительного подряда, заключенным с региональным оператором (письмо Минстроя России от 24.04.2019 № 14816-ТБ/02).

Также в соответствии с подпунктом «а» пункта 23 Положения о привлечении специализированной некоммерческой организацией, осуществляющей деятельность, направленную на обеспечение проведения капитального ремонта общего имущества в многоквартирных домах, подрядных организаций для оказания услуг и (или) выполнения работ по капитальному ремонту общего имущества в многоквартирном доме, утвержденного Постановлением № 615, к участникам предварительного отбора на включение в реестр квалифицированных подрядных организаций по предмету электронного аукциона «оказание услуг по осуществлению строительного контроля» устанавливается требование о наличии членства в саморегулируемой организации в области строительства, реконструкции, капитального ремонта объектов капитального

строительства.

6. В настоящее время сформирована правоприменительная практика, согласно которой решение вопроса об обязанности лица, осуществляющего строительный контроль, быть членом саморегулируемой организации, а также определение необходимого уровня ответственности такого лица по обязательствам необходимо осуществлять исходя из размера обязательств по договору строительного подряда, контроль за выполнением работ по которому должен осуществляться в рамках строительного контроля.

Законодательством остаются неурегулированными вопросы о том, как определять размер обязательств, исходя из которого должен решаться вопрос об обязанности лица, осуществляющего строительный контроль, быть членом саморегулируемой организации, а также как определять размер обязательств, исходя из которого должен определяться необходимый уровень ответственности такого лица.

Имеется два возможных подхода к решению данного вопроса:

- исходить из стоимости работ по договору строительного подряда, контроль за осуществлением работ по которому осуществляется;

- исходить из стоимости услуг, оказываемых по договору о строительном контроле.

При решении вопроса об обязанности лица, осуществляющего строительный контроль, быть членом саморегулируемой организации, необходимо учитывать следующее.

В соответствии с частью 2¹ статьи 52 ГрК РФ индивидуальный предприниматель или юридическое лицо, не являющиеся членами саморегулируемых организаций в области строительства, реконструкции, капитального ремонта объектов капитального строительства, могут выполнять работы по договорам строительного подряда, заключенным с застройщиком, техническим заказчиком, лицом, ответственным за эксплуатацию здания, сооружения, региональным оператором, в случае, если размер обязательств по каждому из таких договоров не превышает трех миллионов рублей.

Положения части 2¹ статьи 52 ГрК РФ распространяются на лиц, являющихся техническими заказчиками, в силу прямого указания в пункте 22 статьи 1 ГрК РФ.

Анализ правоприменительной практики показывает, что суды и антимонопольные органы в данном вопросе также исходят из применения к отношениям по осуществлению строительного контроля по аналогии положений о членстве в саморегулируемой организации технического заказчика и в целом из признания строительного контроля деятельностью по строительству.

Исходя из этого для осуществления строительного контроля заказчика привлеченным застройщиком лицом не требуется членство такого лица в саморегулируемой организации в случае, предусмотренном частью 2¹ статьи 52 ГрК РФ.

Поскольку членство в саморегулируемой организации также не требуется лицам, осуществляющим функции технического заказчика, поименованным в части 2² статьи 52 ГрК РФ (в силу прямого указания в пункте 22 статьи 1 ГрК РФ), лицам, осуществляющим строительный контроль, поименованным в части 2² статьи 52 ГрК РФ, также не требуется быть членами саморегулируемых организаций.

Результаты анализа судебной практики, практики антимонопольных органов, а также разъяснений Минстроя России позволяют сделать вывод о том, что преобладающей является позиция, согласно которой решение вопроса о необходимости членства лица, осуществляющего строительный контроль, быть

членом саморегулируемой организации, а также определение необходимого уровня ответственности такого лица по обязательствам необходимо осуществлять исходя из размера обязательств по договору строительного подряда, контроль за выполнением работ по которому должен осуществляться в рамках строительного контроля.

Так, в письме Минстроя России от 04.09.2018 № 37059-ТБ/02 сформулирована позиция, согласно которой исключение из общего правила об обязательности членства в саморегулируемой организации, предусмотренное частью 2¹ статьей 52 ГрК РФ, распространяется на индивидуальных предпринимателей и юридических лиц, осуществляющих строительный контроль за выполнением работ по договорам о строительстве, реконструкции, капитальном ремонте объектов капитального строительства, заключенным с застройщиком, техническим заказчиком, лицом, ответственным за эксплуатацию здания, сооружения, региональным оператором, размер обязательств по которым не превышает трех миллионов рублей.

Таким образом, при решении вопроса об обязательности членства лица, осуществляющего строительный контроль, по мнению Минстроя России, необходимо исходить из размера обязательств по договорам строительного подряда.

В письме от 05.04.2018 № 13789-ТБ/02 Минстрой России указал, что уровень ответственности юридических лиц и индивидуальных предпринимателей, выполняющих функции технического заказчика, определяется исходя из размера обязательств по договорам подряда на выполнение инженерных изысканий, на подготовку проектной документации или договорам строительного подряда, планируемых к заключению такими лицами от имени застройщика. Аналогичная позиция также выражалась в письме Минстроя России от 02.11.2016 № 36341-ХМ/02.

Таким образом, определение уровня ответственности технического заказчика по обязательствам, по мнению Минстроя России, должно происходить исходя из размера обязательств по договору подряда, планируемого к заключению от имени застройщика.

В письме Минстроя России от 12.02.2021 № 5265-ТБ/02 Минстрой России сформулировал позицию об определении уровня ответственности члена саморегулируемой организации, осуществляющего строительный контроль.

В данном письме министерство сослалось на части 10-13 статьи 55¹⁶ ГрК РФ, согласно которым уровень ответственности по компенсационному фонду возмещения вреда саморегулируемой организации определяется исходя из максимальной стоимости договора подряда, который планируют выполнять индивидуальный предприниматель, юридическое лицо, уровень ответственности по компенсационному фонду обеспечения договорных обязательств саморегулируемой организации - исходя из предельного размера обязательств по договорам подряда, которые индивидуальный предприниматель, юридическое лицо намерены заключить с использованием конкурентных способов. В этой связи, по мнению Минстроя России, обязательность членства в саморегулируемой организации, а также уровень ответственности члена саморегулируемой организации, имеющего намерение выполнять по договору строительный контроль, определяются исходя из размера обязательств по договору о строительстве, реконструкции, капитальном ремонте объекта капитального строительства, по которому планируется осуществление этого строительного контроля.

Сходную позицию занимают и антимонопольные органы. Так, они указывают, что членство в саморегулируемой организации требуется для осуществления строительного контроля, если стоимость строительства контролируемого объекта будет превышать три миллиона рублей, что подтверждается сводным сметным расчетом (Решения Якутского УФАС России от 10.06.2020 по делу № 014/06/59-

1510/2020, 014/06/59-1515/2020, а также от 20.05.2020 по делу № 014/06/59-1208/2020, 014/06/59-1233/2020, Решения Челябинского УФАС России от 09.04.2020 по делу № 074/06/99-482/2020(31-ВП/2020), от 30.09.2019 по делу № 074/06/99-1811/2019(156-ВП/2019), Решение Омского УФАС России от 28.05.2020 № 055/04/69-534/2020 и др.).

В Решении Карельского УФАС России от 26.07.2019 по делу № 010/06/105-493/2019 комиссия указала, что у члена СРО, осуществляющего строительный контроль, должен быть уровень ответственности, соответствующий стоимости договора на строительство, а не договора на осуществление строительного контроля.

Указанная выше преобладающая позиция антимонопольных органов также находит свое отражение в судебной практике. Так, в постановлении Арбитражного суда Центрального округа от 21.10.2020 № Ф10-3629/2020 по делу № А83-9093/2019 (определением Верховного Суда Российской Федерации от 05.02.2021 № 310-ЭС20-23921 по делу № А83-9093/2019 отказано в передаче кассационной жалобы для рассмотрения в судебном заседании Судебной коллегии по экономическим спорам Верховного Суда Российской Федерации), постановлении Арбитражного суда Волго-Вятского округа от 02.10.2020 № Ф01-13179/2020 по делу № А38-9434/2019 судами были сделаны выводы о том, что строительный контроль неразрывно связан с работами по строительству, реконструкции, стоимость которых составляет более 3 млн. руб., в связи с чем требование о необходимости членства лица, осуществляющего строительный контроль, в саморегулируемой организации установлено правомерно.

В постановлении Тринадцатого арбитражного апелляционного суда от 05.10.2020 по делу № А26-12695/2019 судом была выражена позиция, в соответствии с которой, участнику закупки на передачу функций технического заказчика (осуществление строительного контроля) уровень ответственности которого (1-ый уровень) не соответствовал размеру обязательств по контракту на выполнение работ по объекту «Строительство здания общеобразовательной организации в г. Петрозаводске, микрорайоне «Древлянка-6» жилого района «Древлянка-II», мощностью 1350 мест» (993.358.084,06 руб.) аукционной комиссией было правомерно отказано (данное постановление Тринадцатого арбитражного апелляционного суда было оставлено без изменения постановлением Арбитражного суда Северо-Западного округа от 04.02.2021 по делу № А26-12695/2019).

Противоположная позиция, встречающаяся в меньшем количестве решений, выражена в решении Краснодарского УФАС России от 23.09.2020 № 1646/2020-КС по делу № 023/06/64-4672/2020, в котором антимонопольный орган признал неправомерным установление требования к участникам закупки о наличии членства в саморегулируемой организации, так как начальная (максимальная) цена контракта (стоимость услуг по строительному контролю) не превышала трех миллионов рублей.

Таким образом, на данный момент преобладающей в правоприменительной практике (практике антимонопольных органов и судов), а также в разъяснениях Минстроя России является позиция, согласно которой решение вопроса о необходимости членства лица, осуществляющего строительный контроль, быть членом саморегулируемой организации, а также определение необходимого уровня ответственности такого лица по обязательствам необходимо осуществлять исходя из размера обязательств по договору строительного подряда, контроль за выполнением работ по которому должен осуществляться в рамках строительного контроля.

7. Лица, осуществляющие строительный контроль, несут гражданско-правовую ответственность перед заказчиком строительных работ за ненадлежащее качество оказанных услуг по строительному контролю.

Из анализа положений законодательства о градостроительной деятельности, положений гражданского законодательства следует, что лицо, осуществляющее строительный контроль, несет ответственность перед заказчиком за качество оказанных услуг по строительному контролю. Если в результате ненадлежащего выполнения услуг строительного контроля заказчику причинены убытки, они должны быть возмещены лицом, осуществляющим строительный контроль.

В соответствии с частью 2 статьи 15 ГК РФ под убытками понимаются расходы, которые лицо, чье право нарушено, произвело или должно будет произвести для восстановления нарушенного права, утрата или повреждение его имущества (реальный ущерб), а также неполученные доходы, которые это лицо получило бы при обычных условиях гражданского оборота, если бы его право не было нарушено (упущенная выгода).

При рассмотрении указанного вопроса под убытками следует понимать те расходы, которые понес или будет вынужден понести заказчик для устранения недостатков, которые были выявлены после завершения работ подрядчиком. Стоимость причиненных заказчику убытков не ограничивается ценой договора на оказание услуг по строительному контролю.

При этом не имеет правового значения, что некачественные работы были выполнены непосредственно подрядчиком, а не лицом, осуществляющим строительный контроль.

Так, при разрешении дела № А31-8465/2016 суды возложили на лицо, ненадлежащим образом осуществившее строительный контроль, обязанность возместить заказчику убытки в связи с недостатками осуществленных строительных работ. Суды отклонили довод общества, осуществляющего строительный контроль, о необоснованном возложении на него ответственности за ненадлежащий результат работ, подрядчиком в отношении которых оно не является (определение Верховного Суда Российской Федерации от 05.02.2019 № 301-ЭС18-24208 по делу № А31-8465/2016, постановление Арбитражного суда Волго-Вятского округа от 10.10.2018 № Ф01-4335/2018 по тому же делу).

Следует отметить, что суды при рассмотрении требований заказчика к лицу, осуществляющему строительный контроль, оценивают факт первоначального обращения к подрядчику за устранением нарушений до обращения к лицу, осуществляющему строительный контроль. Так, из судебных актов по делу № А31-8465/2016 усматривается, что заказчик изначально обратился с требованием о выполнении гарантийных обязательств в адрес подрядчика, судом требования были удовлетворены в полном объеме, подрядчиком решение не исполнено. Заказчик был вынужден обратиться к подрядчику с требованием о взыскании убытков, которые выразились в стоимости работ, выполнение которых потребуется для устранения недостатков. В связи с неисполнением подрядчиком указанных решений суда заказчик обратился к организации, которая осуществляла строительный контроль на объекте.

В постановлении Второго арбитражного апелляционного суда от 22.06.2018 по делу № А31-8465/2016 суд сделал вывод о том, что до предъявления иска к лицу, осуществляющему строительный контроль, заказчик предпринял должные и достаточные меры до устранения нарушения подрядчиком.

Заказчик вправе обратиться с требованием о возмещении убытков к организации, осуществляющей строительный контроль без предварительного

обращения к подрядчику в случае, если недостатки выполненных подрядчиком работ носили явный характер и организация, осуществляющая строительный контроль, не указала на них заказчику. Как указано в постановлении Первого арбитражного апелляционного суда от 08.12.2015 по делу № А43-7954/2014 недостатки выполненных работ носят явный характер... при таких обстоятельствах, подписав без замечаний в качестве ответственного лица по осуществлению строительного контроля стороны ... акты освидетельствования скрытых работ, согласовав к приемке заказчиком ... работы, выполненные строительным подрядчиком с недостатками, и не заявив о данных недостатках, ответчик в силу пункта 2 статьи 723 Гражданского кодекса Российской Федерации лишил истца права ссылаться на указанные недостатки в последующем при предъявлении к подрядчику требований по качеству работ. При этом являются ли недостатки явными по данному делу определяла строительная экспертиза.

Несмотря на наличие указанных выше судебных актов по делам № А43-7954/2014 и № А31-8465/2016, практика по взысканию убытков заказчиком с организаций, осуществляющих строительный контроль, крайне немногочисленна.

8. Саморегулируемая организация несет субсидиарную ответственность за неисполнение или ненадлежащее исполнение ее членами обязательств по договорам об осуществлении строительного контроля из средств компенсационного фонда обеспечения договорных обязательств.

Как было обосновано выше, лицо, осуществляющее строительный контроль (за исключением случаев, предусмотренных частями 2¹ и 2² статьи 52 ГрК РФ), обязано быть членом саморегулируемой организации в сфере строительства.

В силу части 2 статьи 55¹⁶ ГрК РФ саморегулируемая организация 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, договорам строительного подряда или договорам подряда на осуществление сноса, заключенным с использованием конкурентных способов заключения договоров, дополнительно формирует компенсационный фонд обеспечения договорных обязательств в случаях, предусмотренных частями 2 и 4 статьи 55⁴ ГрК РФ.

Согласно части 3 статьи 55⁸ ГрК РФ член саморегулируемой организации имеет право выполнять инженерные изыскания, осуществлять подготовку проектной документации, строительство, реконструкцию, капитальный ремонт, снос объектов капитального строительства по договору подряда на выполнение инженерных изысканий, подготовку проектной документации, по договору строительного подряда, по договору подряда на осуществление сноса, заключаемым с использованием конкурентных способов заключения договоров, при соблюдении в совокупности следующих условий:

1) наличие у саморегулируемой организации, членом которой является такое лицо, компенсационного фонда обеспечения договорных обязательств, сформированного в соответствии со статьями 55⁴ и 55¹⁶ ГрК РФ;

2) если совокупный размер обязательств по указанным выше договорам не превышает предельный размер обязательств, исходя из которого таким лицом был внесен взнос в компенсационный фонд обеспечения договорных обязательств.

Таким образом, лицо, заключающее договор на осуществление строительного контроля с использованием конкурентных способов заключения договоров, обязано внести взнос в компенсационный фонд обеспечения договорных обязательств.

Частью 2 статьи 60¹ ГрК РФ предусмотрено, что саморегулируемая организация в пределах одной четвертой доли средств компенсационного фонда обеспечения договорных обязательств несет субсидиарную ответственность в случае неисполнения или ненадлежащего исполнения членом саморегулируемой организации функций технического заказчика по договору, заключённому с использованием конкурентных способов заключения договоров.

Поскольку суды, при удовлетворении требований заказчика к организации, осуществляющей строительный контроль, применяют положения статьи 15 ГК РФ и квалифицируют расходы заказчика, которые он понес или должен будет понести для восстановления своего нарушенного права, как реальный ущерб, а саморегулируемая организация в соответствии с положениями статьи 60¹ ГрК РФ обязана возместить реальный ущерб в случае ненадлежащего выполнения своими членами функций технического заказчика, то при взыскании с лица, осуществляющего строительный контроль, понесённых убытков в связи с ненадлежащим исполнением функций технического заказчика по договору на осуществление строительного контроля, заключённого с использованием конкурентных способов заключения договоров, саморегулируемая организация в соответствии с частью 2 статьи 60¹ ГрК РФ будет нести субсидиарную ответственность в пределах одной четвёртой доли средств компенсационного фонда обеспечения договорных обязательств.

Председатель

Научно-консультативной комиссии

М.В. Федорченко

Руководитель рабочей группы

Н.А. Яровая

Ответственный секретарь

А.А. Сидоркин