

Комментарии РАСК ко второй редакции законопроекта о строительном подряде

Первая версия проекта ФЗ «О строительном подряде для государственных и муниципальных нужд, а также нужд отдельных юридических лиц», разработанная НОСТРОЙ, в ходе обсуждения получила около 300 замечаний, 120 комментариев и предложений по доработке, констатируют аналитики РАСК и утверждают, что вторая редакция законопроекта, представленная на обсуждение в начале мая, не только не учитывает замечаний экспертного сообщества и профильного министерства, но и имеет ряд изменений, способных негативно повлиять на сферу строительства. СРОпортал предлагает своим читателям ознакомиться с выводами Аналитического департамента Рейтингового агентства строительного комплекса по второй версии законопроекта.

Обсуждение законопроекта «О строительном подряде для государственных и муниципальных нужд, а также нужд отдельных юридических лиц» проходило в период с 17 февраля по 31 марта 2015 года. Экспертное сообщество и представители Минстроя РФ в достаточной степени раскритиковали законопроект за непроработанность отдельных положений, наличие концептуальных ошибок, усугубляющих проблемы коррупции в строительной сфере, а также увеличивающих административные барьеры в строительстве. В частности, эксперты нашего агентства направили материал, в котором перечислили ряд существенных замечаний, без устранения которых функционирование данного проекта как федерального закона не представляется возможным. К таковым были отнесены:

- Определение квалификации участника закупки силами саморегулируемой организации (СРО), в которой он состоит;

- Распространение норм данного ФЗ только на строительство, без учета отрасли проектирования и инженерных изысканий;
- Увеличение административных барьеров и финансовой нагрузки на строительные компании, в частности, на малый бизнес и как следствие, возможное удорожание строительства на 5-6%;
- Конкурентные переговоры как форма проведения закупки, прописанная в законопроекте, подвержены повышенным рискам развития коррупционной деятельности в сфере государственных закупок.

По завершении обсуждения первой редакции законопроекта в сжатые сроки (немногим больше месяца), а именно 6 мая, была вынесена на общественное обсуждение вторая редакция проекта ФЗ «О строительном подряде для государственных и муниципальных нужд, а также нужд отдельных юридических лиц». В новой редакции не были учтены замечания экспертного сообщества, а также замечания Министерства строительства и ЖКХ, изложенные в письме Национальному объединению строителей за подписью заместителя министра Ю.У. Рейльяна, в котором указано, что данный законопроект в целом **Минстроем России не поддерживается**. Во второй версии законопроекта остались непроработанными вопросы, озвученные выше, а также появился ряд изменений, которые не только не улучшают данный проект, а увеличивают его отрицательное воздействие на сферу строительства.

Также, как и в первой редакции документа, в новой его версии по-прежнему отсутствуют формальные признаки проекта федерального закона: **отсутствует статья с перечнем определений и понятий**, используемых в рамках данного законопроекта; четко не определен предмет регулирования закона, а именно **на какие виды работ будет распространяться данный законопроект** – на все объекты строительства, реконструкции, капитального ремонта и реконструкции объектов капитального строительства или же только на виды работ, прописанные в приказе Минрегионразвития от 30 декабря 2009 г. N 624.

Во второй редакции осталась не устраненной проблема

определения квалификации участника закупки. Данная обязанность осталась за саморегулируемой организацией, и из этого сохранился ряд проблем.

Во-первых, в статье 16 определено требование к участникам закупок в виде наличия декларации о квалификации участника закупки строительного подряда, удовлетворяющей требованиям статьи 17, 18 настоящего ФЗ. В соответствии с частью 6 статьи 17, **декларация о квалификации формируется членом СРО на основе данных информационной системы СРО**, содержащей информацию о ее членах. Декларация утверждается СРО, причем информация, каким образом СРО проверяет достоверность предоставленных данных, из новой редакции была удалена.

Единственное, что косвенно указывает на порядок проверки декларации, это часть седьмая статьи 17, в которой указано, что декларация о квалификации подтверждает наличие у члена СРО свободных собственных производственных мощностей или подтвержденной возможности использовать привлеченные производственные мощности, достаточные для производства работ строительного подряда в необходимом объеме с требуемыми характеристиками, а также персонала с необходимыми для выполнения данных работ квалификационными характеристиками. В части 6 статьи 17 определено: «При необходимости СРО проводит проверку соответствия имеющейся в информационной системе информации о члене СРО». Столь размытое определение «при необходимости» подтверждения квалификации члена СРО дает скорее право, но не обязывает проводить проверки представленных данных в информационную систему членом СРО.

Таким образом, в рамках формулировок статей 17, 18, и 21 нигде не регламентируется обязанность проверять представленные данные членом СРО по его квалификации. Они обязаны принять порядок утверждения декларации о квалификации, но не обязанность осуществления контрольных мероприятий при определении квалификации члена СРО, что по сути является различными понятиями. В соответствии с частью 11 статьи 17, СРО вправе обязать своих членов самостоятельно вносить

информацию о своей квалификации в информационную систему. Данная формулировка позволит недобросовестным СРО самоустраниться от качественного осуществления контроля за квалификацией своих членов, повысить коммерциализацию саморегулирования.

Кроме того, в соответствии с частью 3 статьи 17, требования к квалификации участника закупок устанавливаются в закупочной документации в строгом соответствии с требованиями проектно-сметной документации. Возникает вопрос достаточности у СРО специалистов с необходимым уровнем квалификации, которые способны установить данное соответствие. Учитывая объем заключаемых государственных закупок в сфере строительства, а также всего выше перечисленного, нормы данной статьи представляются нереализуемыми.

Остался нерешенным вопрос экспертного сообщества об ответственности СРО за выдачу квалификационных деклараций, несоответствующие требованиям конкурсной документации закупки. Данную ответственность СРО несет за счет своих компенсационных фондов. За весь период существования системы саморегулирования в России в сфере строительства были лишь единичные случаи выплат из компенсационного фонда на обеспечение компенсации за ненадлежащее выполнение работ членом СРО. Мы ожидаем, что в рамках данного законопроекта может сложиться аналогичная ситуация, и при всей «прозрачности закона» заказчики рискуют столкнуться с тем, что возмещение за счет компенсационного фонда получить будет затруднительно.

В соответствии с частью 5 статьи 18, заказчик может провести анализ квалификации исполнителя только после завершения процедуры выбора подрядчика и заключении договора строительного подряда, а также, в соответствии с частью 4 этой же статьи, декларация о квалификации, утвержденная СРО, на этапе выбора подрядчика, является исчерпывающим документом, подтверждающим квалификацию участника закупки строительного подряда. Данные нормы полностью **лишают заказчика возможности проверки достоверности сведений о квалификации**

участников конкурса, что может отразиться на эффективности расходования бюджетных средств.

Во-первых, заказчик до заключения договора не может удостовериться и проверить квалификацию исполнителя и предположить уровень предоставления конечных услуг. Во-вторых, данное обстоятельство может увеличить срок реализации проектов в государственной сфере, так как если заказчик убедится в отсутствии достаточной квалификации на этапе подписанного договора, то это может привести к процедуре разрыва данного договора и проведении закупочной процедуры повторно. В условиях несвоевременности финансирования большого числа государственных организаций из различных уровней бюджетной системы, это может привести к не освоению бюджетных средств в конкретном финансовом году, а также к снижению эффективности их использования.

Кроме того, в рамках данного законопроекта СРО, выдавшее такое свидетельство, в данном случае никакой ответственности не несет, оно только уведомляется вместе с национальным объединением о наличии несоответствия (часть 5 статьи 18). Механизм компенсаций возможных потерь заказчика, возникающих в такой ситуации, за счет срыва сроков строительства объекта по вине СРО, а также дополнительных расходов, связанных с проведением повторных конкурсных процедур, в законопроекте не проработан.

Пункт 9 статьи 16, который определяет отстранение участника закупки строительного подряда от участия в конкурентных процедурах определения подрядчика или отказ от заключения договора подряда с победителем процедуры, определения подрядчика осуществляется в любой момент до заключения договора, если заказчик или комиссия по осуществлению закупок обнаружит, что участник закупки строительного подряда предоставил недостоверную информацию в отношении своего соответствия указанным требованиям, одним из которых является требование к предоставленной квалификации. Таким образом, появляется прямое противоречие части 5 статьи 18 и части 9

статьи 16, это **может привести к неоднозначной трактовке норм федерального закона, что является недопустимым.**

Во второй редакции законопроекта **остался непроработанным вопрос, связанный с требованиями к порядку подготовки и утверждения деклараций о квалификации и с требованиями к форме декларации о квалификации.** В соответствии с частью второй статьи 21 законопроекта, данные требования определяет национальное объединение саморегулируемых организаций, то есть НОСТРОЙ. Являясь неотъемлемой и важнейшей частью разрабатываемой системы оценки квалификации строительных компаний, данные требования, для рассмотрения экспертным сообществом, предоставлены не были. Напомним, что в первой редакции законопроекта, данный вопрос входил в компетенцию национального объединения строителей и озвучен не был.

Кроме того, возникает вопрос об определении закрытых и открытых способов закупок строительного подряда. Частью 2 статьи 24 определено, что заказчик выбирает способ определения подрядчика в соответствии с положениями главы 3 законопроекта. В рамках данной главы **нигде не определено, по каким критериям заказчик должен определить способ проведения закупки.**

Отдельные положения, касающиеся проведения конкурса, описанные в главе 3 законопроекта, остались не проработанными. Частью 4 статьи 40 устанавливается перечень критериев оценки участников конкурса, к которым отнесены:

- 1) цена контракта;
- 2) сроки выполнения подрядных работ;
- 3) квалификация участников закупки, в том числе наличие у них на праве собственности или ином законном основании оборудования и других материальных ресурсов, специалистов и иных работников определенного уровня квалификации;
- 4) опыт работы, связанного с предметом договор строительного подряда;

5) деловая репутация.

Исходя из норм данной части, декларация, подтверждающая квалификацию участника закупки, напрямую не является критерием оценки участника конкурса. В части 4 статьи 18 определено, что декларация о квалификации, утвержденная СРО, на этапе выбора подрядчика является исчерпывающим документом, подтверждающим квалификацию участника закупки строительного подряда, и заказчик не вправе требовать иных документов, подтверждающих квалификацию.

Одновременно с этим часть 5 статьи 40 устанавливает, что заказчик вправе устанавливать по своему усмотрению не предусмотренные частью 4 настоящей статьи критерии оценки заявок и их величины значимости. При этом заказчик обязан в закупочной документации привести обоснование критериев, установленных им и не упомянутых в части 4. Таким образом, действие части 5 в практическом применении закона может полностью нивелировать не только действие норм части 4 статьи 40, но и действие положений всего закона, так как **появляется возможность установления наиболее «выгодных» весовых коэффициентов и критериев для выбора конкретного победителя.**

В части 5 статьи 40 определено, что если участник закупки не проводит снижение цены, то ему автоматически должно присуждаться ноль баллов по критерию «цена». Если же участник проводит понижение на 15% от первоначальной максимальной цены, указанной в конкурсной документации, то ему присваивается максимальное число баллов по данному критерию. В соответствии с частью 6 пунктом 3 статьи 39, заявку участника комиссия по закупкам отклоняет от дальнейшего рассмотрения, если он понижает цену более чем на 15%. Начальная максимальная цена контракта формируется исходя из проектно-сметной документации, в которой должны быть предусмотрены как стоимость осуществления работ, так и цена строительных материалов, в строгом соответствии с нормативами, **возникает вопрос, почему снижение данной цены именно на 15% должно оцениваться на максимальное число баллов?** За счет чего участник конкурса

должен проводить данное понижение (для получения максимального числа баллов)? За счет снижения качества используемых материалов или за счет нарушения нормативов строительства?

Остались без ответа вопросы, связанные с оплатой «дополнительных обязательных услуг» предусмотренных данным проектом, а именно право заказчика установить банковское сопровождение по объекту закупки, а по контрактам свыше 500 млн. рублей обязанность, а также страхование объекта строительства при контрактах свыше 10 млн. рублей, статья 16 «Требования к участникам закупки строительного подряда». В данной статье оговорено, что участник закупки строительного подряда в составе заявки должен предоставить заказчику соглашение с банком, предусматривающее в случае заключения заказчиком с участником закупки строительного подряда договора подряда на сумму свыше 500 млн. рублей, предоставление банком участнику закупки строительного подряда обеспечения исполнения договора подряда, а также обязательство банка заключить с участником закупки договор о банковском сопровождении. При этом нигде не оговорено за счет каких средств планируется производить данные расходы.

Скорее всего, банки за подобное обслуживание будут брать определенную комиссию в процентах от суммы контракта. В итоге данные расходы лягут на плечи исполнителей, которые в свою очередь, с целью сохранения своей маржи, будут перекладывать их на заказчика, либо с минимальным понижением цены контракта (или ее сохранением). А учитывая то, что максимальные оценки участники могут получить, только снизив цену на 15%, то, скорее всего, будет снижаться качество строительства и производиться экономия на работах и стройматериалах. Первый вариант приводит нас к удорожанию строительства, второй – к снижению качества. Все это противоречит целям данного законопроекта, в которых его разработчики указывают диаметрально противоположные вещи: повышение качества строительства, повышение эффективности госрасходов (статья 1).

Каких-либо единых требований к самим банкам и страховым

организациям, имеющим право на осуществление подобной деятельности, вторая редакция законопроекта, так же как и первая не установила, а все относится к компетенции конкретного заказчика (статья 25), что также является упущением со стороны разработчиков, так как компетенция конкретного заказчика в данных вопросах может быть недостаточной.

Что касается страхования самого объекта строительства, то тут нет никаких пояснений, а именно неясно на какой срок страхуется объект, какие страховые случаи имеются в виду, не уточнен размер страхового возмещения. От этих переменных зависят расходы строительной организации по оплате страховых услуг. В рамках законопроекта в обязательном порядке необходимо разработать требования к страховым и банковским организациям, претендующим на оказание данных услуг. В связи с внедрением банковского сопровождения и страхования объектов строительства, **по нашим оценкам возможно удорожание объектов строительства до 5-6% от первоначальной цены контракта.**

Дополнительные расходы строительных компаний в первую очередь ударят по малому бизнесу, что также противоречит целям законопроекта, в которых указано, что его введение позволит расширить возможности участия юридических и физических лиц в закупке строительного подряда для нужд заказчиков (статья 1). **Данные условия напрямую выгодны только банкам и страховым компаниям, у которых появляется огромный и стабильный рынок.**

Статьей 15 законопроекта вводится новое понятие **«Коллективный участник закупки строительного подряда»**. Суть данного определения сводится к тому, что одна организация берет на себя функции организатора строительства и распределяет между другими участниками определенные виды работ. По сути дела, сохраняется все тот же субподряд. Единственным мотивом внедрения подобной формы правоотношений является наложение на коллективного участника таких же требований по банковскому сопровождению и страхованию объекта строительства после заключения контракта, как и на обычного участника.

К тому же отдельные нормы данного законопроекта «мотивируют» к созданию формы коллективного участия в государственных закупках. Так, часть 2 статьи 14 определяет, что участник закупки, выбранный заказчиком в качестве подрядчика и заключивший с заказчиком договор строительного подряда, выполняет своими силами не менее 75% объема работ, предусмотренного сметной документацией по объекту строительного подряда. Часть 2 статьи 17 определяет, что участник закупки должен обладать квалификацией, необходимой для выполнения предусмотренного закупочной документацией договора подряда. В случае коллективного участника закупки, его квалификация складывается из квалификации лиц, образующих коллективного участника. При этом каждый участник закупки обязан иметь квалификацию, достаточную для выполнения той части работ, которая предписана ему документами об образовании коллективного участника.

Таким образом, данный **законопроект может простимулировать создание большого числа коллективных участников, причем правоприменительного опыта в данном вопросе в нашей стране нет**, в связи с этим возможны дополнительные риски, связанные с взаимодействием заказчика и исполнителя в форме коллективного участника по вопросам реализации договоров строительного подряда.

Вводится новое понятие для государственных закупок – **«конкурентные переговоры»**. В соответствии со статьей 47 конкурентные переговоры являются конкурентным способом закупки, при котором заказчик заранее информирует подрядчиков о потребности в работах, приглашает подавать заявки, а комиссия по закупкам рассматривает их на соответствие требованиям документации о закупке. Организатор переговоров проводит переговоры не менее чем с двумя не аффилированными между собой участниками закупки, оценивает соответствующие заявки (с учетом результатов переговоров) и определяет победителя по совокупности критериев, объявленных в документации о закупке. После организатор имеет право, но не

обязанность, заключить договор с победителем. Конкурентные переговоры могут проводиться в случаях, когда заказчику требуется дополнительная информация относительно возможности осуществления строительства сложных и уникальных объектов и квалификации подрядчиков. Проведение процедуры конкурентных переговоров допускается в случае сметной стоимости, превышающей 500 млн. рублей. Порядок, по которому проводятся конкурентные переговоры, описанный в статье 55, не выдерживает никакой критики по противодействию коррупции в системе госзаказа. В соответствии с частью 2 статьи 55, переговоры могут вестись в отношении любых требований заказчика и любых предложений участника касательно условий выполнения работ, условий и формы договора, условий и порядка привлечения участником субподрядчиков. **Сама по себе схема, при которой участники могут на конфиденциальных условиях обсудить условия исполнения контракта с заказчиком, порождает серьезные коррупционные риски**, что также противоречит цели создания данного законопроекта, а именно предотвращение коррупции и иных злоупотреблений при осуществлении закупок строительного подряда (статья 1). Комиссия может злоупотреблять возложенными на нее функциями и объявлять, что по результатам конкурентных переговоров победила «нужная компания» по «объективным» условиям.

Опыт практического применения действующего законодательства в сфере государственных закупок показал, что назрела необходимость его корректировки с целью учета индивидуальных особенностей государственных закупок в сфере строительства. Осуществление госзакупок по данным видам деятельности в рамках 44-ФЗ и 223-ФЗ, которые не учитывают всей специфики строительной отрасли, выявили ряд неустранимых проблем: необоснованный демпинг, некачественное строительство, неэффективность государственных расходов. По данным Минэкономразвития примерно 41,6% проведенных государственных закупок в той или иной степени приходятся на сферу строительства, при этом в действующих нормативно-правовых актах, положений, учитывающих особенности данной деятельности,

не предусмотрено. Решение этой проблемы может быть осуществлено как внесением изменений в действующие федеральные законы, так и отдельными постановлениями Правительства РФ, главное, чтобы они обеспечили достижение конкретных целей – повышение конкуренции, увеличение эффективности расходования бюджетных средств, повышение качества строительства, устранение коррупции и иных злоупотреблений в сфере государственных закупок. Концепции, изложенные в законопроекте НОСТРОЙ «О строительном подряде для государственных и муниципальных нужд, а также нужд отдельных юридических лиц» осуществить реализацию данных целей на сегодняшний момент не позволяют.

Считаем, что **самым действенным способом**, позволяющим повлиять на эффективность закупочной деятельности в строительстве может стать внедрение системы независимых отраслевых рейтингов. Использование независимых рейтинговых оценок – распространенная международная практика при выборе контрагентов. Внедрение процедуры аккредитации рейтинговых агентств при Министерстве строительства и ЖКХ РФ по нашему мнению позволит не допустить «коммерциализацию» рейтингования и обеспечит сопоставимость оценок рейтинговых агентств.

**Материал подготовлен Аналитическим департаментом
«Рейтингового агентства строительного комплекса»**

Источник: <http://rask.ru/>