

Правовой анализ особенностей практики применения банковской гарантии в сфере государственных закупок

Е. А. Манько

Старший специалист 3-го разряда Арбитражного суда г. Москвы.
Адрес: Арбитражный суд г. Москвы, 115191, Москва, ул. Большая Тульская, д. 17.
E-mail: manko666@mail.ru

Legal Analysis of the Practice of Applying Bank Guarantee in the Field of Public Procurement

E. A. Manko

3rd Category Senior Specialist of the Moscow Arbitration Court.
Address: The Moscow Arbitration Court, 17 Bolshaya Tulsкая, Moscow, 115191, Russian Federation.
E-mail: manko666@mail.ru

Аннотация

В представленной статье автором предпринята попытка проанализировать наиболее важные вопросы и актуальные проблемы, возникающие при применении таких способов обеспечения исполнения обязательств, существующих в гражданском праве, как банковская гарантия и поручительство. Автором была поставлена цель решить следующие научные задачи: анализ генезиса правоотношений, возникающих в сфере правового регулирования института поручительства и банковской гарантии в законодательстве и правоприменительной практике Российской Федерации; исследование регламентации данных обеспечительных способов в современном российском праве, включая специфику правового статуса субъектов; характеристика особенностей применения данных способов в сфере государственных закупок; анализ проблем в данной правовой сфере, актуальных материалов судебной практики и формирование предложений, направленных на совершенствование законодательства, регулирующего поручительство и банковскую гарантию в современном гражданском обороте. Автор уделяет внимание случаям выдачи поддельных документов в данной сфере. Также рассматривается случай коллизии норм в положениях Гражданского кодекса Российской Федерации и Закона № 395-ФЗ «О банках и банковской деятельности», которые будут и в дальнейшем способствовать возникновению риска материальных потерь, неисполнения государственного (муниципального) контракта.

Ключевые слова: право, поручительство, независимая гарантия, банковская гарантия, гарант, принципал, бенефициар, заказчик, поставщик, правовое регулирование, контрактная система, закупки для обеспечения государственных и муниципальных нужд, судебная практика.

Abstract

The article attempts to analyze the most important issues and current problems arising in the application of a bank guarantee and surety. The purpose of the study is to solve the following scientific problems: analysis of the genesis of legal relations arising in the field of legal regulation of the institution of surety and bank guarantee in the legislation and law enforcement practice of the Russian Federation; a study of the regulation of these methods of securing a transaction in modern Russian law, including the specifics of the legal status of subjects; the characteristics of the application of these methods in the field of public procurement; analysis of relevant materials of judicial practice and the formation of proposals aimed at improving the legislation governing the surety and the bank guarantee. The author pays attention to the cases of issuing forged documents in this area, and also considers a case of conflict of the rules in the provisions of the Civil Code of the Russian Federation and the Law No. 395-FZ "On Banks and Banking Activities", which will contribute to the risk of material losses, non-execution of a state (municipal) contract.

Keywords: law, guarantee, independent guarantee, bank guarantee, guarantor, principal, beneficiary, customer, supplier, legal regulation, contract system, procurement for state and municipal needs, judicial practice.

Основные цели законодательства о контрактной системе в современном гражданском обороте – своевременное и эффективное удовлетворение публичных и общественных потребностей и интересов, доступный к всеобщему пониманию процесс осуществления процедур закупок для специалистов в данной сфере и ее участников, необходимая конкуренция, ее прозрачность и эффективность, снижение удельного веса преступлений в сфере коррупции и изменение в сторону уменьшения затрат бюджетных средств [3. – С. 119].

Как показывает анализ осуществления подобных мер в 2017 и в 2018 гг., данный период общественного генезиса отмечен увеличением количества площадок публичных закупок (ЭТП) до шести; с целью контроля закупок лекарственных средств, преимущественно в общественных интересах, сформирована специальная информационно-аналитическая система (ИАС). Появление данной системы необходимо признать прогрессивным правовым явлением, поскольку на ее основе Минздравом России возможен активный мониторинг цен в каждом сегменте. В современной России активизировалось общественное обсуждение тендеров, – согласно статистическим данным, более активно при крупной закупке товаров, работ и услуг, что является значительным прогрессом в структуре иных положительных аспектов института централизованных публичных закупок.

Прогрессивным явлением в сфере государственных и муниципальных закупок представляется необходимым признать активизацию такого способа обеспечения обязательств, как банковская гарантия, и исключение применения в данной правовой области поручительства. Как демонстрирует статистика, с каждым годом правовое регулирование банковской гарантии как активно развивающегося обеспечительного способа совершенствуется. Согласно статистическим данным Министерства экономического развития Российской Федерации, за 2017 г. удельный вес контрактов, по которым поставщиками были сформированы банковские гарантии, составил 18,3%, что в два раза превысило аналогичный показатель в 2016 г.

В рамках Федерального закона от 5 апреля 2013 г. № 44-ФЗ «О контрактной системе в сфере закупок товаров, работ, услуг для обеспечения государственных и муниципальных нужд» (далее – Закон о контрактной системе) участнику закупок для публичных целей регламентирована возмож-

ность обеспечить заявку на участие в торгах как путем внесения денежных средств, так и в виде банковской гарантии, что представляется достаточно важным и актуальным в современном гражданском обороте. Избрание банковской гарантии как обеспечительного способа участия в конкурсе либо в аукционе при публичной закупке приобретает обязательный характер с целью подтверждения соответствующей сделки в электронных закупках. В связи с этим выдача подобных обеспечительных гарантий приобрела популярность, стала на «поток», а отдельные банки начали специализироваться исключительно на данной достаточно ликвидной услуге [2. – С. 2–3].

Необходимо констатировать, что при осуществлении государственных (муниципальных) закупок представляется возможным формирование исключительно безотзывных и непередаваемых гарантий с формированием определенного бенефициаром сроком действия. В силу внесения изменений в законодательство по проведению публичных закупок заказчиками принимаются гарантии от ограниченного числа банков, которые должны соответствовать необходимым требованиям: банк должен обладать соответствующей лицензией Банка России на реализацию полномочий в сфере банковских операций; иметь практический опыт в сфере финансовых услуг не менее пяти лет; обладать собственным капиталом банковского учреждения в размере не менее одного миллиарда рублей; являться законным исполнителем и регулятором действующих нормативов на протяжении не менее полугода; не выступать в качестве лица, в отношении которого осуществляется процедура по финансовому оздоровлению, которая инициирована регулятором.

В соответствии с национальными нормативами, в целях обеспечения исполнения контракта в сфере публичных закупок банковская гарантия должна обладать структурой других притязаний: подобная гарантия может быть сформирована банком, который включен в Перечень банков, отвечающих соответствующим требованиям, в актуальном виде поддерживается на официальном сайте Министерства финансов Российской Федерации и обладает принципом открытости. В связи с подобными требованиями государственный (муниципальный) заказчик не обладает правомочием предъявления иных, дополнительных притязаний к банкам-гарантам.

Показательным и резонансным в указанной связи следует признать Постановление ФАС Се-

веро-Западного округа от 18 июня 2014 г. по делу № А56-54795/2013, аргументы которого активно применялись судами в 2018 г. Суд, рассматривая дело, признал в качестве незаконного формирование правительством Санкт-Петербурга дополнительных требований к банкам-гарантам. Так, среди подобных притязаний фигурировало: наличие генеральной лицензии на осуществление банковских операций, собственный капитал в размере 5 млрд рублей, участие в системе обязательного страхования вкладов физических лиц. Суд пришел к выводу, что предъявленные требования к банку входят в противоречие с действующими нормативными положениями, в частности, статьи 45 Закона о контрактной системе, статьи 12 Закона «О деятельности кредитных рейтинговых агентств в Российской Федерации, о внесении изменения в статью 76.1 Федерального закона "О Центральном банке Российской Федерации (Банке России)" и признании утратившими силу отдельных положений законодательных актов Российской Федерации», регламентирующих структуру требований к банкам-гарантам.

При избрании в качестве обеспечительного способа банковской гарантии, конкурсная документация об аукционе должна содержать совокупность информации: сведения о размере обеспечения заявок, условиях банковской гарантии, которые должны соответствовать требованиям, изложенным в пункте 2 статьи 45 Закона о контрактной системе. Так, в силу закона банковская гарантия должна иметь следующие обязательные сведения: цену гарантии, которая подлежит оплате гарантом заказчику в предусмотренных частью 15 статьи 44 Закона ситуациях, либо цену гарантии, подлежащую оплате в ситуации исполнения обязательств принципалом ненадлежащим образом; обязательства принципала, исполнение которых обеспечивается гарантией; обязанность гаранта, связанную с оплатой заказчику денежной суммы в размере 0,1%, которая должна быть оплачена (за каждый день просрочки).

Банковская гарантия, применяемая в сфере публичных закупок, помимо изложенного, должна обладать следующими признаками: содержать условие, вследствие которого исполнением обязательств гаранта в силу данного обеспечительного способа признается факт поступления денежных средств на счет, в котором отражаются все операции со средствами, поступающими заказчику; срок действия гарантии; отлагательное условие, предусматривающее заключение дого-

вора предоставления банковской гарантии по обязательствам принципала, возникшим из контракта при его заключении, в случае предоставления банковской гарантии в качестве обеспечения исполнения контракта; нормативно установленная структура документов, выдаваемых заказчиком банку вместе с притязанием об оплате денежных средств в силу банковской гарантии.

Представляется важным отметить: законодатель регламентирует, что в ситуации, установленной извещением об осуществлении публичной закупки, документацией, проектом государственного (муниципального) контракта, совершаемого с единственным поставщиком (подрядчиком, исполнителем), данный документ должен содержать положение о праве заказчика в отношении бесспорного списания денежных активов со счета гаранта в ситуации, когда гарантом в период времени не более чем пять рабочих дней не отмечено исполнение притязаний заказчика об оплате денежных средств по банковской гарантии, сформированное и направленное до окончания действия банковской гарантии. Закон при этом формирует явный запрет о включении в положения банковской гарантии притязаний о представлении заказчиком гаранту судебных актов, которые содержат информацию о неисполнении принципалом гражданско-правовых обязательств, обеспечиваемых гарантией.

Необходимо отметить, что, несмотря на особые требования к банковской гарантии при публичных закупках со стороны законодателя, практика демонстрирует случаи выдачи поддельных документов в данной сфере. С целью избежать подобных актуальных проблем при использовании электронных публичных закупок было регламентировано императивное правило о размещении копии оформленных надлежащим образом банковских гарантий на сайте государственных закупок. Однако, как свидетельствует практика применения данной правовой конструкции, увеличивающиеся притязания со стороны законодателя не препятствуют осуществлению подделки копии банковских гарантий ведущих банков, выдавая их за собственные документы. Выявить подобные поддельные банковские гарантии представляется возможным исключительно специалистам в финансовой сфере с достаточно высокой степенью профессионализма. Данные обстоятельства позволяют констатировать необходимость более эффективного обучения и переподготовки специалистов данной сферы, фор-

мирования в высших учебных заведениях отдельных факультетов, которые осуществляют профессиональное обучение в сфере государственных и муниципальных закупок (с привлечением в качестве преподавателей ведущих практиков).

Решение актуальных проблем поддельных банковских гарантий в современной России усматривается также в упрощении со стороны банковских учреждений данной банковской процедуры в отношении участников электронных публичных торгов, например, путем введения электронной гарантии по общему совершенному шаблону.

Выявляя проблемы в сфере применения банковской гарантии при публичных закупках, необходимо сказать об отсутствии на современном этапе четкой регламентации со стороны законодателя, а также позиций высших судебных инстанций в отношении правомерности требования заказчиков о предоставлении новой банковской гарантии взамен прежней, сформированной поставщиком банком с отозванной Центральным банком лицензией. В результате противоречия в положениях Гражданского кодекса Российской Федерации (ГК РФ) (статьи 378, 379) и пункта 1 статьи 23 Закона № 395-ФЗ «О банках и банковской деятельности» будут и в дальнейшем способствовать возникновению риска материальных потерь, неисполнения государственного (муниципального) контракта. В связи с этим заказчику необходимо заранее внести определенность в отношении необходимости замены гарантии поставщиком при исполнении заказа, отметив данное положение в контракте.

В отношении применения в публичных закупках другого способа обеспечения исполнения обязательств – поручительства – необходимо отметить, что до вступления в юридическую силу Закона о контрактной системе данный способ обеспечения представлял собой одну из ведущих обеспечительных мер публичного контракта. Однако подобное положение просуществовало в России всего два года: в действующей редакции закона формулировка поручительства в сфере государственных закупок отсутствует. Прежняя схема применения поручительства в данной сфере: в силу положений ГК РФ (часть 1 статьи 361) поручитель (юридическое либо физическое лицо) принимал на себя ответственность перед кредитором отвечать за исполнение иным лицом основного обязательства. В результате можно отметить, что данный способ обеспечения исполнения обязательств в сфере государственных

закупок представлял собой трехстороннее соглашение (государственный либо муниципальный заказчик, исполнитель и поручитель).

Таким образом, договор поручительства, применяемый прежде в публичных закупках, представлял собой трехсторонний договор, в котором активное участие принимал государственный (муниципальный) заказчик, что отличает данную правовую конструкцию от активно применяемой в сфере публичных закупок банковской гарантии, в которой банк-гарант не имеет прямого отношения к контракту, реализуя исключительно наблюдательные функции. В 2018 г. отмечена активизация использования в данной области банковской гарантии. В качестве основных изменений в сфере публичных закупок необходимо отметить следующее: с 1 июля 2019 г. представляется возможным обеспечить заявку на участие в электронной процедуре посредством гарантии, выданной банком, входящим в специальный перечень; на данном этапе в 2018 г. обеспечить заявку необходимо исключительно при начальной цене публичного контракта более 5 млн рублей; средства подлежат сохранению на специальных счетах в уполномоченных банках; до 30 июня 2019 г. обеспечение заявки в электронном аукционе, в открытом аукционе в электронной форме, в электронном конкурсе (открытом, двухэтапном, с ограниченным участием) будет осуществляться в денежной форме (пункт 52 статьи 1 Федерального закона от 31 декабря 2017 г. № 504-ФЗ «О внесении изменений в Федеральный закон "О контрактной системе в сфере закупок товаров, работ, услуг для обеспечения государственных и муниципальных нужд"») (последняя редакция).

Правовое регулирование ответственности за нарушение гражданско-правовых обязательств в банковской гарантии силы и поручительства по обеспечительным обязательствам в сфере публичных закупок – особая форма государственного регулирования экономических отношений в данной сфере [5. – С. 41].

Специфика банковской гарантии, в отличие от поручительства, заключается в ее независимости от основного обязательства, в обеспечение которого она формируется, что предполагает фактически беспорную выплату в случае предоставления гаранту правильно оформленной заявки, которая соответствует притязаниям гарантии. Особое значение имеет тот факт, что гарант в силу пункта 2 статьи 370 ГК РФ не вправе формировать притязания против бенефициа-

ра, вытекающие из основного обязательства. Данные факты накладывают отпечаток на юридическую ответственность в указанной сфере.

Анализ положений закона о контрактной системе позволяет констатировать, что данный нормативный источник содержит незначительное число норм права в отношении особенностей юридической ответственности в отношении банковской гарантии по обеспечительным обязательствам. В соответствии с данным фактом, подобная ответственность применяется по общим правилам гражданского законодательства. Так, согласно статье 375.1 ГК РФ, ответственность бенефициара определена следующим образом: бенефициар обязан возместить гаранту или принципалу убытки, которые причинены вследствие представления документов с признаком недостоверности либо того, что сформированное притязание необоснованно.

По взаимоотношениям бенефициара и гаранта в связи с активизацией применения банковской гарантии в публичных закупках сложилась обширная судебная практика. Так, отдельные споры возникают в связи с установленным сроком банковской гарантии. По общему правилу срок банковской гарантии, которую поставщик вправе предъявить заказчику в обеспечение исполнения обязательств по публичному контракту, должен превышать срок действия контракта не менее чем на один месяц (часть 3 статьи 96 Закона о контрактной системе). В подобном случае формирование условия публичного контракта о том, что данное соглашение действует до полного исполнения сторонами возложенных контрактом обязательств, способствует невозможности для поставщика точным образом установить срок действия банковской гарантии. Представляется, что подобные сегменты соглашения обоснованно признаются национальными антимонопольными органами в качестве фактов несоблюдения заказчиком действующего закона.

Судебная практика демонстрирует, что комиссия Федеральной антимонопольной службы России достаточно часто отмечает: установление государственным заказчиком срока окончания действия контракта – «до полного исполнения сторонами обязательств по настоящему контракту» – не позволяет суду уяснить информацию о точных сроках исполнения сторонами возложенных обязательств и влечет неправомерное отсутствие в документации требований к обеспечению по контракту. В подобном случае наличие

данного договорного условия влечет недействительность банковской гарантии. Тождественные по аргументации решения принимают иные государственные контрольные органы в сфере государственных закупок, находя активную поддержку в судебной практике.

Ответственность по банковской гарантии в форме отказа в ее принятии заказчиком может возникнуть также в связи с отсутствием в банковской гарантии условий об обеспечении гарантийных обязательств (если подобное требование установлено заказчиком в документации) О. А. Беляева справедливо отмечает: «Несмотря на неакцессорность банковской гарантии, данный способ обеспечения исполнения обязательств обладает особым постконтрактным характером» [1. – С. 1]. Тем не менее практика демонстрирует, что суды в ряде случаев принимают противоположную позицию. Так, Верховный суд Российской Федерации в своем определении от 21 марта 2017 г. № 305-ЭС17-1681 выразил поддержку нижестоящих арбитражных судов в том, что отсутствие в банковской гарантии условий об обеспечении гарантийных обязательств (если подобное требование указано заказчиком в документации) – основание для отказа в принятии данного документа заказчиком.

Гражданско-правовая ответственность по данному обеспечительному способу может быть выражена в виде неустойки от суммы банковской гарантии. Как демонстрирует практика, правовая оценка по данному вопросу неоднозначна, особенно в случаях, когда заказчик формирует притязания о взыскании неустойки по отношению к банку-гаранту по банковской гарантии, применяемой в сфере публичных закупок. В подобной ситуации Минэкономразвития России в своем письме от 15 февраля 2016 г. № Д28и-416 отмечает, что требования по неустойке могут быть удовлетворены из средств банковской гарантии, если другие правила не предусмотрены условиями гарантии.

Как показывает практика судов, осуществляется взыскание с банков сумм, соответствующих сформированным заказчиком штрафным санкциям в счет притязаний по банковской гарантии. Так, Арбитражный суд Московского округа в своем Постановлении от 3 июня 2016 г. по делу № А40-97676/15 установил, что банк выразил отказ в удовлетворении требования заказчика о взыскании неустойки, аргументируя позицию тем, что представленное требование входит в проти-

воречие с условиями банковской гарантии. Кассационная инстанция отметила, что, согласно статье 370 ГК РФ, установленное гарантией гражданско-правовое обязательство гаранта перед бенефициаром не является зависимым в отношениях между данными субъектами от основного обязательства, в обеспечение исполнения которого она сформирована, даже если в гарантии содержится ссылка на обязательство.

Исходя из вышеизложенного, суд сформировал резолюцию о правомерности акта арбитражного суда первой инстанции, удовлетворившего иск заказчика. Вместе с тем представляется, что с целью эффективного судебного решения необходимо принимать во внимание как действующие нормативы о государственных (публичных) закупках, так и положения ГК РФ, а также условия конкретной банковской гарантии. Так, в соответствии с положением пункта 2 части 2 статьи 45 Закона о контрактной системе, гарантия должна обладать информацией в отношении обязательств принципала, в обеспечение которых гарант формирует, выдает гарантию бенефициару. В подобной ситуации (в рассматриваемом контексте) отсутствуют помехи для внесения в банковскую гарантию условия об обеспечении гарантией, включая обязательства поставщика по выплате заказчику установленной договором неустойки. Необходимо также учитывать положения пункта 4 статьи 368 ГК РФ в отношении более узкой интерпретации функции гарантии, согласно которой в банковской гарантии должно быть указано основное обязательство, исполнение по которому обеспечивается подобной гарантией.

Как демонстрирует судебная практика, оценивая риски заказчика между избранием возможности применения неустойки из суммы контракта

либо штрафных санкций в связи с использованием банковской гарантии, необходимо принять во внимание, что в обоих случаях на заказчика возлагается риск возможности изменения арбитражным судом законной неустойки в сторону уменьшения, применение которой было осуществлено заказчиком до вступления в юридическую силу судебного акта об уменьшении размера начисленных штрафных санкций [4. – С. 28–36]. Вследствие изложенного заказчик будет призван осуществить возврат неосновательного обогащения в виде полученных денежных средств в счет установленной неустойки, объем которой был впоследствии уменьшен судом (пункт 1 статьи 1102 ГК РФ). В ситуациях, когда удержание осуществлялось в счет оплаты по контракту либо из сумм, которые внесены поставщиком в рамках обеспечительных мер по договору, в качестве истца по кондикционному иску будет признан поставщик.

Подводя итог, можно резюмировать следующее. Государственная закупка в современной России – способ закупки, посредством которого государство осуществляет удовлетворение публичных нужд. Прогрессивным явлением в сфере подобных закупок представляется необходимым признать активизацию банковской гарантии и исключение из положений действующего законодательства в данной области поручительства. В результате банковская гарантия не только позволяет определить серьезность намерений исполнителя или участника тендера, но и призвана обеспечить максимальную защиту органов государственной (муниципальной) власти от возможного ущерба, причиняемого отказом или невыполнением (ненадлежащим исполнением) обязательств со стороны принципала, что представляется достаточно важным.

Список литературы

1. *Беляева О. А.* Гарантийные обязательства в государственных и муниципальных контрактах // Аукционный вестник. – 2015. – № 236. – С. 1–2.
2. *Иваненко А. В.* Независимая (банковская) гарантия как финансово-правовой инструмент // Имущественные отношения в РФ. – 2017. – № 9 (192). – С. 98–103.
3. *Кохан В. В.* Основные проблемы в области правового регулирования государственных закупок, возможные пути их решения // Молодой ученый. – 2017. – № 47. – С. 119–121.
4. *Тасалов Ф. А.* Проблемы использования банковской гарантии в качестве способа обеспечения контрактных обязательств: риски и издержки участников закупок // Вестник арбитражной практики. – 2017. – № 4. – С. 28–36.
5. *Хабаров С. А.* Некоторые вопросы гражданской правообъектности производных финансовых инструментов и ценных бумаг // Гражданское право. – 2015. – № 5. – С. 42–45.