

РАЗВИТИЕ НОРМ ПО ОБЕСПЕЧЕНИЮ ИСПОЛНЕНИЯ ГОСУДАРСТВЕННЫХ И МУНИЦИПАЛЬНЫХ КОНТРАКТОВ — ПРОШЛОЕ И НАСТОЯЩЕЕ



ПАХОМОВА
Лариса Михайловна,

к.и.н., доцент кафедры гражданского и предпринимательского права государственного и муниципального управления, заведующий Региональным центром по обучению специалистов для системы госзакупок НИУ ВШЭ-Пермь



Одной из самых обсуждаемых новаций Закона № 44-ФЗ стали изменения норм по обеспечению исполнения контракта. Обеспечение исполнения контракта относится к способам обеспечения исполнения обязательств, определенных ст. 329 Гражданского кодекса РФ.

В соответствии с данной статьей ГК РФ к способам обеспечения обязательств относятся неустойка, залог, удержание имущества должника, поручительство, банковская гарантия, задаток и другие способы, предусмотренные законом или договором. Перечень способов обеспечения исполнения обязательств является открытым и может быть определен либо законом, либо договором. Кроме того, ГК РФ определяет, что недействительность соглашения об обеспечении исполнения обязательства не влечет недействительности этого обязательства (основного обязательства). При этом недействительность основ-

ного обязательства влечет недействительность обеспечивающего его обязательства, если иное не установлено законом. Данные нормы гражданского законодательства получили развитие в системе законодательства о государственных и муниципальных закупках.

Современное законодательство, определяющее систему российского прокьюремета в определении способов обеспечения исполнения обязательств и, в частности, обеспечения исполнения контракта прошло достаточно длительный путь развития. Так в базовой редакции основополагающего для системы государственных и муниципальных закупок закона № 94-ФЗ от 21.07.2005 г. «О размещении заказов на поставки товаров, выполнение работ, оказание услуг для государственных и муниципальных нужд» содержались нормы, устанавливающие, что в случае, если заказчиком, уполномоченным органом было установлено требование обеспечения исполнения контракта, государственный или муниципальный контракт заклю-

чался только после предоставления победителем аукциона или участником аукциона, с которым заключался контракт в случае уклонения победителя аукциона от заключения контракта, банковской гарантии, страхования ответственности по контракту или передачи заказчику в залог денежных средств в размере обеспечения исполнения контракта, указанном в извещении о проведении открытого аукциона. Способ обеспечения исполнения обязательства из перечисленных способов определялся таким участником аукциона самостоятельно. Если победителем аукциона или участником аукциона, с которым заключался контракт, являлось бюджетное учреждение, и заказчиком, уполномоченным органом было установлено требование обеспечения исполнения контракта, предоставление обеспечения исполнения контракта не требовалось. Такие же способы обеспечения исполнения контракта устанавливались и по результатам конкурса.

Далее, в соответствии с развивающейся практикой обеспечения исполнения контракта одна из форм обеспечения исполнения контракта в виде страхования ответственности показала негативные стороны применения в практике работы государственных и муниципальных заказчиков. В течение 2006–2009 гг. в практике работы с этим способом обеспечения отмечались неоднократные случаи предоставления подложных документов по страхованию ответственности, а в ряде случаев страховые компании, используя проблемные моменты оформления страховых полисов ответственности, не обеспечивали соответствующие выплаты заказчику при неисполнении основных обязательств по контракту. Уже в июле 2010 г. ФЗ № 240 от 27.07.2010 г. были внесены изменения в ФЗ № 94 и такой способ обеспечения исполнения контракта, как страхование ответственности, был отменен. При этом были введены дополнитель-



ные нормы, которые должны были обеспечить более жесткий режим применения такого способа обеспечения, как поручительство. В соответствии с ФЗ № 240 было определено, что в случае, если обеспечением исполнения контракта является договор поручительства, поручителем выступает юридическое лицо, государственная регистрация которого осуществлена в установленном порядке на территории Российской Федерации и которое соответствует следующим требованиям: 1) капитал и резервы поручителя, указанные в соответствующем разделе бухгалтерской отчетности, должны составлять не менее чем 300 миллионов рублей и превышать размер поручительства не менее чем в десять раз; 2) чистая прибыль поручителя должна превышать не менее чем в три раза размер поручительства или размер чистой прибыли поручителя должен составлять более чем 100 миллионов рублей; 3) стоимость основных средств (в части зданий) поручителя должна составлять не менее чем 300 миллионов рублей и превышать не менее чем в десять раз размер поручительства или стоимость указанных основных средств (в части зданий) должна составлять более чем 1 миллиард рублей. Соответствие поручителя обозначенным требованиям определялось по данным бухгалтерской отчетности за два последних отчетных года

или, если договор поручительства заключен до истечения срока представления годовой отчетности, установленного законодательством РФ о бухгалтерском учете, по выбору поручителя по данным бухгалтерской отчетности за два отчетных года, предшествующих последнему отчетному году. При этом соответствие поручителя требованиям определялось по данным бухгалтерской отчетности за каждый отчетный год.

Практика применения выделенных законом способов и ограничений по обеспечению исполнения контракта породила создание множества компаний, специализирующихся на предоставлении таких договоров поручительства, которые на первый взгляд юридически соответствовали нормам закона. При возникновении обязательств по предоставлению обеспечения уже со стороны поручителя такие компании оказывались либо в состоянии банкротства, либо не имели в реальности возможности выполнить обязательства в качестве поручителя. Дальнейшие изменения законодательства были определены как раз негативной практикой применения института поручительства. Уже с 23 июля 2012 г., согласно поправкам в Федеральный закон Российской Федерации от 20.07.2012 г. № 122-ФЗ «О внесении изменений в Федеральный закон «О размещении заказов на поставки това-



ров, выполнение работ, оказание услуг для государственных и муниципальных нужд» № 94-ФЗ от 21.07.2005 г., договор поручительства был исключен из способов обеспечения исполнения контракта. Таким образом, с момента вступления в силу ФЗ № 122 и до вступления в силу ФЗ № 44 от 05.04.2013 «О контрактной системе в сфере закупок товаров, работ и услуг для обеспечения государственных и муниципальных нужд» (с 20 июля 2012 г. до 1 января 2014 г.) было предусмотрено использование только двух способов обеспечения контракта – безотзывной банковской гарантии, выданной банком или иной кредитной организацией, или передачи заказчику в залог денежных средств, в том числе в форме вклада (депозита), в размере обеспечения исполнения контракта, установленном документацией об открытом аукционе в электронной форме или документацией о проведении открытого конкурса.

В 44-ФЗ порядок работы заказчиков с обеспечением исполнения контракта определен лишь ст. 96, при этом упоминание об обеспечении исполнения контракта также дается во всех нормах, посвященных способам определения поставщиков, подрядчиков, исполнителей.

44-ФЗ оставил способы обеспечения исполнения контракта неизменными, но ввел обязательность установления обеспечения исполнения контракта для процедуры конкурса и электронного аукциона. При этом государственным и муниципальным заказ-

чикам предоставляется право устанавливать обеспечение исполнения контракта в таких способах определения поставщика, как запрос котировок цен, в ряде случаев закупки путем запроса предложений и закупки у единственного поставщика, подрядчика, исполнителя. Исполнение контракта может обеспечиваться предоставлением банковской гарантии, выданной банком и соответствующей требованиям ст. 45 44-ФЗ, или внесением денежных средств на указанный заказчиком счет, на котором в соответствии с законодательством Российской Федерации учитываются операции со средствами, поступающими заказчику. Способ обеспечения исполнения контракта определяется участником закупки, с которым заключается контракт, самостоятельно. При этом одним из серьезных нововведений по обеспечению исполнения контракта стала норма о том, что срок действия банковской гарантии должен превышать срок действия контракта не менее чем на один месяц. Кроме того, ч. 6 ст. 96 определен размер обеспечения исполнения контракта, который должен составлять от 5 до 30% начальной (максимальной) цены контракта, указанной в извещении об осуществлении закупки. В случае если начальная (максимальная) цена контракта превышает 50 миллионов рублей, заказчик обязан установить требование обеспечения исполнения контракта в размере от 10 до 30% начальной (максимальной) цены контракта, но не менее чем в размере аванса (если контрактом предусмотрена выплата аванса). В случае если

аванс превышает 30% начальной (максимальной) цены контракта, размер обеспечения исполнения контракта устанавливается в размере аванса.

Данные нормы по обеспечению исполнения контракта обозначили с точки зрения правоприменительной практики ряд вопросов. Так, одним из ключевых является вопрос о возможности установления обеспечения исполнения контракта на основные обязательства по контракту и гарантийные обязательства. Такая возможность для заказчиков законом прямо не предусмотрена, но и не запрещена. Таким образом, имея контракты с длительными обязательствами по гарантийному обслуживанию заказчик имеет право разделить обязательства на основные и гарантийные, при этом установив обязательность обеспечения как основных, так и гарантийных обязательств. В этом случае нормы 44-ФЗ, определяющие обеспечение исполнения контракта, будут действовать на все виды обязательств, установленных заказчиком.

Законом также определена обязанность предоставления увеличенного обеспечения исполнения контракта в случае возникновения ситуации демпинга. В случае если предложенная в заявке участника закупки цена снижена на 25 и более процентов по отношению к начальной (максимальной) цене контракта, участник закупки, с которым заключается контракт, предоставляет обеспечение исполнения контракта с учетом либо в размере, превышающем в полтора раза размер обеспечения исполнения контракта, указанного в документации о проведении конкурса или аукциона, но не менее чем в размере аванса (если контрактом предусмотрена выплата аванса), либо подтверждает свою добросовестность. Такая конструкция закона прямо связана с начальной (максимальной) ценой контракта.

Кроме того, впервые законом предоставлена возможность в ходе исполнения контракта менять способ обеспечения исполнения контракта. Так, в соответствии с ч. 7 ст. 96 в ходе исполнения контракта поставщик (подрядчик, исполнитель) вправе предоставить заказчику обеспечение исполнения контракта, уменьшенное на размер выполненных обязательств, предусмотренных контрактом, взамен ранее предоставленного обеспечения исполнения контракта. При этом может быть изменен способ обеспечения исполнения контракта. Такая позиция законодателя кажется безусловно успешной, так как позволяет участникам минимизировать затраты, связанные с обеспечением исполнения контракта. При этом законом не определен механизм использования данной нормы. Нам кажется необходимым рекомендовать заказчикам установ-

ливать возможные алгоритмы такой замены в документации, возможно, делая их обязательным приложением к контракту. Кроме того, конструкция данной нормы является юридически незавершенной, так как возможность уменьшения размера обеспечения исполнения контракта на размер выполненных обязательств должна включать термин «пропорционально». Только тогда данная норма законодательства может быть как практически, так и юридически оправдана.

Таким образом, оставляя в силе всего два способа обеспечения исполнения контракта, законодатель обеспечил правопреемство норм от системы закупок по 94-ФЗ к контрактным отношениям. Данные способы являются для участников не новыми, но имеют в практике работы с ними ряд проблемных моментов.

Банковская гарантия в соответствии со ст. 368 ГК определяется как письменное обязательство, которое банк, иное кредитное учреждение или страховая организация (гарант) дают по просьбе другого лица (принципала) об уплате кредитором принципала (бенефициару) в соответствии с условиями даваемого гарантом обязательства денежную сумму по представлении бенефициаром письменного требования о ее уплате. При этом гражданское законодательство определяет, что предусмотренное банковской гарантией обязательство гаранта перед бенефициаром не зависит в отношениях между ними от того основного обязательства, в обеспечение исполнения которого она выдана, даже если в гарантии содержится ссылка на это обязательство.

До сих пор сохраняют свою актуальность юридические дискуссии о природе банковской гарантии, которые зачастую предлагают этот способ обеспечения считать самым спорным, но в то же время уникальным. Такая уникальность банковской гарантии, в основе которой лежит механизм перераспределения рисков, обуславливает возможность возложить на гаранта не только риск неисполнения обязательств принципалов перед бенефициаром, но и риск прекращения такого обязательства по причинам, не связанным с исполнением¹. Ряд авторов указывают на то, что банковская гарантия представляет собой материально абстрактное обязательство, непосредственной целью которого выступает обычный денежный платеж по требованию, никак не обусловленный фактом существования основного долга. При этом делается вывод о том, что место норм о банковской гарантии в структуре ГК в настоящее время определено неправильно. Если содержание этого обязательства абстрактно, если оно не дает возможности судить, с какой имен-

¹ Пометихина С.И. Правовая форма распределения обязательственного риска // Бизнес в законе, 2009, № 4. С.144.

но целью осуществляется платеж, то нормы о банковской гарантии как о безусловном платеже по требованию следовало бы разместить либо в общих положениях о сделках (подраздел 4 ч. 1 ГК), либо же в главе о расчетах (гл. 46 ГК)².

Несмотря на существование подобной позиции, можно считать такой способ обеспечения исполнения обязательств, как банковская гарантия, одним из наиболее надежных. При этом необходимо отметить, что определенные законом о контрактной системе способы обеспечения, с точки зрения правоприменительной практики имеют ряд проблемных моментов. Так, при оформлении банковской гарантии необходимо иметь в виду наличие специальных сроков оформления банковских гарантий и условий ее оформления, установленные гражданским законодательством, а также законодательством, регулирующим банковскую деятельность. Фактически участники — победители процедуры зачастую не успевают в соответствии с законодательством РФ к моменту заключения контракта оформить банковскую гарантию. При этом средний срок рассмотрения кредитной заявки на предоставление гарантии в банках составляет от двух до четырех недель. Именно поэтому практика работы участников закупок должна включать осуществление соответствующей деятельности по подготовке к оформлению будущей банковской гарантии задолго до подачи заявок в системе государственных и муниципальных закупок.

Немаловажной проблемой являются также значительные финансовые затраты, которые несут участники при оформлении банковской гарантии. Кроме того, банки зачастую требуют предоставления залога, покрывающего сумму гарантии.

Одной из известных практических проблем, существовавших в период работы заказчиков с 94-ФЗ, было существование так называемых серых банковских гарантий. Такая банковская гарантия являлась юридически достоверной, так как отвечала требованиям к ее оформлению, но не учитывалась на балансе банков, и под нее соответственно не осуществлялось необходимое резервирование согласно нормативам ЦБ РФ. Данная проблема разрешается в 44-ФЗ через требования, обозначенные ст. 45, по которой банковская гарантия, представленная для обеспечения исполнения контрактов, должна удовлетворять требованиям, установленным данной статьей.

Таким образом, не отрицая обеспечительный характер банковской гарантии, необходимо признать ряд как юридических, так и правоприменительных проблем в использовании данного

способа обеспечения исполнения обязательств, которые могут быть сняты либо изменением законодательства, определяющим сроки, либо, что представляется более сложным, внесением изменения в законодательство, определяющее этот способ обеспечения.

Более простым с точки зрения практики но юридически более сложным представляется второй способ — внесение денежных средств на указанный заказчиком счет, на котором в соответствии с законодательством РФ учитываются операции со средствами, поступающими заказчику. Законодатель в формировании нормы данного обеспечения уходит от редакции 94-ФЗ и предлагает рассматривать данное обязательство уже не через залог денежных средств, а как внесение денежных средств на соответствующий счет. Таким образом, правовая природа данного способа обеспечения уже не может рассматриваться как залог денежных средств, а больше тяготеет к природе гарантийного депозита. При этом в банковском законодательстве гарантийный депозит обычно является обеспечением кредитных отношений, с возможностью уплаты процентов на денежные средства, а в случае с обеспечением исполнения контрактов в системе закупок такие отношения могут расцениваться как удовлетворение во внесудебном порядке требования, связанного с нарушением контрактных обязательств, так и возможности удержания денежных средств до полного исполнения обязательств по контракту.

При этом способе участник вносит денежные средства в размере, установленным заказчиком на счет, указанный в извещении. В качестве такого счета используется специальный счет, на котором в соответствии с законодательством РФ учитываются операции со средствами заказчика. Проблема в использовании данного способа видится только в том, что участник, выбирая данный способ обеспечения, сознательно идет на значительные предпринимательские риски, фактически замораживая свои денежные средства на соответствующем счете. При этом необходимо иметь в виду, что данные средства исключаются из предпринимательской деятельности участника и не могут быть использованы для развития предпринимательских целей. Учитывая постоянную нехватку оборотных денежных средств для большего количества участников, данный способ обеспечения уже не кажется столь привлекательным, особенно для субъектов малого и среднего предпринимательства, а также участников, только начинающих свою предпринимательскую деятельность. Тем не менее с точки

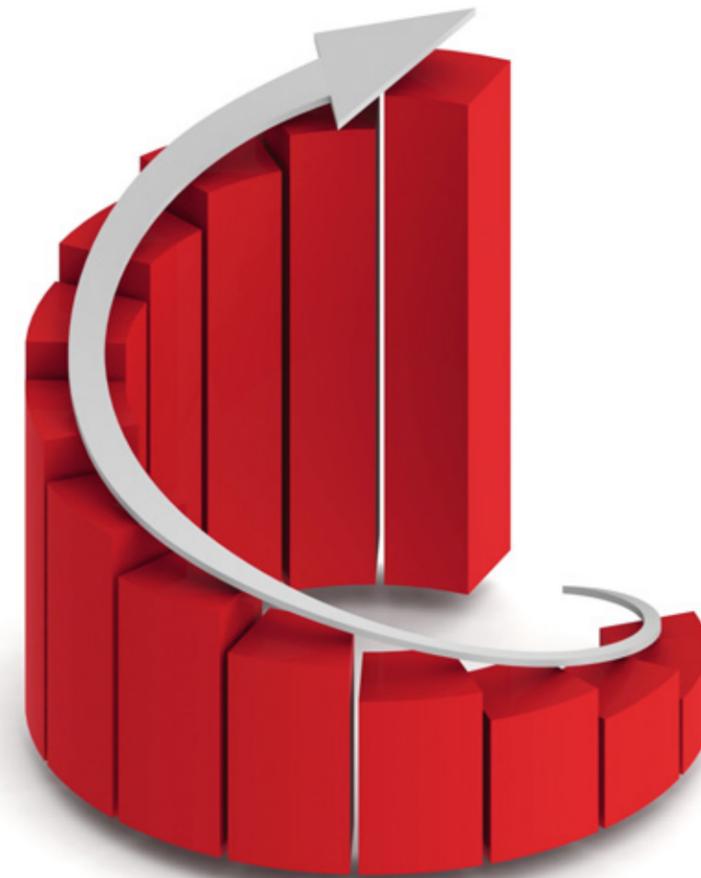
зрения практики участники чаще идут на использование именно данного способа в силу простого оформления и возможности рассчитывать в использовании данного способа только на свои силы.

Кроме того, законом не определен алгоритм возврата денежных средств, внесенных в качестве обеспечения исполнения контракта. Представляется целесообразным устанавливать порядок и срок возврата денежных средств непосредственно в государственных и муниципальных контрактах. При этом государственным и муниципальным заказчикам необходимо обращать внимание на возможность применения со стороны поставщиков, подрядчиков, исполнителей неустойки в виде пени за просрочку исполнения обязательств по возврату денежных средств в рамках Постановления Правительства от 25 ноября 2013 г. № 1063 «Об утверждении Правил определения размера штрафа, начисляемого в случае ненадлежащего исполнения заказчиком, поставщиком (подрядчиком, исполнителем) обязательств, предусмотренных контрактом (за исключением просрочки исполнения обязательств заказчиком, поставщиком (подрядчи-

ком, исполнителем), и размера пени, начисляемой за каждый день просрочки исполнения поставщиком (подрядчиком, исполнителем) обязательства, предусмотренного контрактом».

Таким образом, несмотря на появление более четких норм, регламентирующих обеспечение исполнения контракта, законодателем оставлены существенные пробелы в вопросе обеспечения исполнения контракта. Не ожидая ближайшего изменения законодательства по данному вопросу, государственным и муниципальным заказчикам необходимо самостоятельно регламентировать свою деятельность по работе с обеспечением исполнения контракта, либо принять соответствующие локальные нормативно-правовые акты, либо детально регламентировать механизмы работы с обеспечением, непосредственно прописывая условия государственных и муниципальных контрактов.

Обеспечение исполнения контракта должно стать одной из самых эффективных обеспечительных мер, которые позволяют заказчику работать более качественно по исполнению государственных и муниципальных контрактов. ■



² Новиков К.А. Понятие и способы обеспечения исполнения обязательств в гражданском праве. Автореферат на соискание степени канд. юр.н. М., 2012. С. 21.