

Развитие управленческого потенциала в инновационной экономике

ПРОБЛЕМЫ ИСПОЛЬЗОВАНИЯ БАНКОВСКОЙ ГАРАНТИИ В КАЧЕСТВЕ СПОСОБА ОБЕСПЕЧЕНИЯ ИСПОЛНЕНИЯ КОНТРАКТА В РАМКАХ КОНТРАКТНОЙ СИСТЕМЫ

Видзяйло Юлия Александровна

Финансовый университет, Москва, Россия

E-mail: yavidz@mail.ru

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, Закон) устанавливает общее правило, согласно которому обеспечение исполнения контракта, заключаемого по результатам определения поставщика (подрядчика, исполнителя) является обязательным.

Часть 3 статьи 96 Закона закрепляет два возможных способа обеспечения исполнения контракта: внесение денежных средств на счет заказчика либо предоставление банковской гарантии. Притом правом выбора способа обеспечения обладает не заказчик, а участник закупки, с которым такой контракт заключается.

Как показывает практика, участники часто отдают предпочтение именно банковской гарантии, поскольку перечисление суммы обеспечения на счет заказчика фактически означает изъятие денежных средств из оборота соответствующего хозяйствующего субъекта. В силу этого участнику закупки, с которым заключается контракт, иногда выгоднее «подарить» банку вознаграждение за выдачу банковской гарантии, чем обездвижить более крупную сумму денег на счете заказчика.

В связи с этим актуальным становится рассмотрение проблем использования банковской гарантии в качестве обеспечения исполнения контракта согласно Федеральному закону №44-ФЗ.

В пункте 4 статьи 96 Закона указано, что контракт может быть заключен только после предоставления участником закупки, с которым заключается контракт, обеспечения исполнения контракта в соответствии с Федеральным законом №44-ФЗ.

Применительно к рассматриваемому нами способу обеспечения исполнения контракта это означает, что участник закупки, с которым данный контракт заключается, должен предоставить заказчику банковскую гарантию, соответствующую установленным законом требованиям.

Общие требования к банковским гарантиям, используемым для целей контрактной системы, содержатся в Гражданском кодексе Российской Федерации, а специальные - в статье 45 Федерального закона №44-ФЗ. Названная статья предусматривает не только выдачу гарантий банками, включенными в перечень, установленный статьей 74.1 Налогового кодекса, но и обязательность включения в текст гарантий определенных условий, например условия, согласно которому исполнением обязательств гаранта является фактическое поступление денежных сумм на счет заказчика и т.д.

Дополнительные требования к банковской гарантии могут содержаться в извещении об осуществлении закупки, приглашении принять участие в определении поставщика (подрядчика, исполнителя), документации о закупке, проекте контракта, который заключается с единственным поставщиком (подрядчиком, исполнителем).

В частности, в силу прямого указания пункта 3 статьи 45 Закона, заказчик вправе установить требование, согласно которому в банковскую гарантию должно быть включено условие о праве заказчика на беспорочное списание денежных средств со счета гаранта,

если гарантом в срок не более чем пять рабочих дней не исполнено требование заказчика об уплате денежной суммы по банковской гарантии, направленное до окончания срока ее действия.

Следует иметь в виду, что включение этого требования в извещение об осуществлении закупки или документацию зачастую не только не позволяет сделать обеспечение исполнения контракта более надежным, как может показаться на первый взгляд, но и, наоборот, способно усугубить ситуацию. Дело в том, что до сих пор не все банки соглашались включать данное условие в текст гарантии (очевидно, что наличие такого условия противоречит их интересам), поэтому участники закупки, с которыми заключается контракт, могут оказаться неспособными представить надлежащую банковскую гарантию в установленные сроки. В то же время для заказчика принятие гарантии, не соответствующей установленным требованиям, является нарушением, влекущим административную ответственность. Внесение изменений в извещение о проведении закупки, документацию о закупке уже невозможно. Следовательно, страдает либо участник закупки, который в результате непредоставления требуемой гарантии считается уклонившимся от заключения контракта, либо заказчик, пошедший на нарушение закона.

Согласно пункту 5 статьи 96 Закона, в случае непредоставления участником закупки обеспечения исполнения контракта в срок, установленный для заключения контракта, такой участник считается уклонившимся от заключения контракта. Хотя данная норма говорит лишь о случае непредоставления банковской гарантии, представляется, что негативные последствия в виде признания участника закупки уклонившимся от заключения контракта применяются и в случае, когда в установленный срок гарантия предоставлена, но она не соответствует требованиям закона, извещения об осуществлении закупки, документации о закупке и т.д.

Так в какой же срок участник закупки, с которым заключается контракт, должен предоставить заказчику банковскую гарантию? Закон гласит: в установленный для заключения контракта срок. Однако здесь необходимо учитывать ряд моментов.

Во-первых, контракт считается заключенным с момента подписания его заказчиком. Так, например, согласно пункту 8 статьи 70 Закона с момента размещения в единой информационной системе подписанного заказчиком контракта он считается заключенным.

Во-вторых, в статьях, посвященных заключению контракта по результатам осуществления различных способов определения поставщика (подрядчика, исполнителя), установлены различные сроки заключения контракта. Так, например, если контракт заключается по результатам конкурса, такой срок составляет двадцать дней.

Наконец, учитывая, что нормы Закона предусматривают для каждого способа определения поставщика сроки совершения отдельных действий по заключению контракта (в частности, по подписанию контракта и предоставлению обеспечения), то неправомерно утверждать, что банковская гарантия должна быть предоставлена в срок, установленный для заключения контракта. Она должна быть предоставлена в срок, установленный для этого законом.

Так, в случае заключения контракта по результатам проведения электронного аукциона действуют следующие правила. Согласно пункту 3 статьи 70 Закона, в течение пяти дней с даты размещения заказчиком в единой информационной системе проекта контракта победитель электронного аукциона размещает в единой информационной системе подписанный проект контракта, а также документ, подтверждающий предоставление обеспечения исполнения контракта и подписанный усиленной электронной подписью указанного

лица. Если вместо этого им была инициирована процедура урегулирования разногласий, то вышеуказанные действия по подписанию контракта и подтверждению предоставления обеспечения в силу пункта 6 статьи 70 Закона должны быть совершены победителем аукциона в течение трех рабочих дней с даты размещения заказчиком доработанного проекта контракта либо отказа учесть замечания победителя.

При этом с момента размещения подписанного победителем проекта контракта и предоставления им обеспечения у заказчика есть всего три рабочих дня для того, чтобы разместить на электронной площадке подписанный со своей стороны контракт.

Здесь необходимо иметь в виду правило пункта 5 статьи 45 Закона, устанавливающее для заказчика срок в три рабочих дня для рассмотрения поступившей к нему банковской гарантии.

Получается, что заказчик в трехдневный срок должен успеть не только рассмотреть банковскую гарантию на предмет ее соответствия предъявляемым требованиям, но и разместить на электронной площадке подписанный контракт.

В статье 54 Закона указано, что контракт по результатам проведения конкурса может быть заключен не ранее чем через десять, но не позднее чем через двадцать дней с даты размещения в единой информационной системе протокола рассмотрения и оценки заявок на участие в конкурсе или при проведении закрытого конкурса - с даты подписания такого протокола. Притом победителю конкурса дается десять дней для подписания контракта и предоставления одновременно со всеми экземплярами контракта документов, подтверждающих наличие обеспечения его исполнения. Если указанные документы в установленный срок заказчику не переданы, то такой победитель признается уклонившимся от заключения контракта.

В свою очередь, у заказчика есть десять дней для подписания контракта и передачи одного его экземпляра контрагенту, притом отсчет этого срока, как и в случае с электронным аукционом, начинается с момента получения указанных документов от участника закупки.

Итак, учитывая приведенные выше положения, возникает вполне закономерный вопрос: как должен поступить заказчик в случае, когда представленная в качестве обеспечения банковская гарантия не соответствует установленным требованиям?

Безусловно, в силу пункта 6 статьи 45 Закона он должен отказать в ее принятии. Пункт 7, в свою очередь, гласит о том, что в этом случае заказчик в течение трех рабочих дней информирует в письменной форме или в форме электронного документа об этом лицо, предоставившее банковскую гарантию, с указанием причин, послуживших основанием для отказа.

Закон не дает ответа на следующий вопрос: означает ли отказ в принятии банковской гарантии признание участника закупки, с которым заключается контракт, уклонившимся от его заключения? И может ли заказчик отправить банковскую гарантию на доработку?

Очевидно, что ответ на последний вопрос будет отрицательным в случае, если речь идет об электронном аукционе. Дело в том, что документ, подтверждающий предоставление обеспечения исполнения контракта подписывается усиленной электронной подписью победителя аукциона и не может быть изменен им или отменен. Следовательно, в случае отказа в принятии банковской гарантии заказчик вынужден признать победителя электронного аукциона уклонившимся от заключения контракта. Ни о каком изменении банковской гарантии речи идти не может.

Посмотрим, таким ли образом этот вопрос решается при заключении контракта по результатам проведения конкурса.

У победителя конкурса есть десять дней для совершения предусмотренных законом действий. Предположим, что он представит подписанные экземпляры контракта и банковскую гарантию в первый же день течения этого срока. Заказчик, в кратчайший срок рассмотрев гарантию и обнаружив ее несоответствие предъявляемым требованиям, отказывает в ее принятии, обосновывая причины такого отказа. Если победитель конкурса до истечения десятидневного срока успеет предоставить исправленную банковскую гарантию, должен ли заказчик ее принять? Полагаем, что да. Обосновывается это, во-первых, тем, что в Законе отказ в принятии гарантии не назван в качестве основания признания участника закупки, с которым заключается контракт, уклонившимся от его заключения. Во-вторых, пункт 5 статьи 96 Закона в качестве такого основания называет непредоставление надлежащего обеспечения в срок. Если срок пропущен, то участник признается уклонившимся. Если он предоставил банковскую гарантию не с первой попытки, но в пределах установленного срока, то нарушения в этом усматриваться, на наш взгляд, не должно. Другое дело, что десять календарных дней - все же маленький срок для осуществления второй попытки.

Как показывает практика, во избежание неблагоприятных последствий, связанных с отказом в принятии представленной банковской гарантии, участники закупок, с которыми должны заключаться контракты, предпочитают согласовывать с заказчиком текст гарантии еще до ее выдачи банком. Для урегулирования разногласий по тексту гарантии заказчикам нередко приходится общаться и напрямую с банком принципала. Пожалуй, предварительное согласование текста банковской гарантии является на сегодня наиболее рациональным выходом из сложившейся ситуации.

Источники и литература

- 1) Федеральный закон от 05.04.2013 № 44-ФЗ "О контрактной системе в сфере закупок товаров, работ, услуг для обеспечения государственных и муниципальных нужд" // СЗ РФ. 08.04.2013. № 14. Ст. 1652.