

О рисках, связанных с банковской гарантией при обеспечении исполнения государственных и муниципальных контрактов

Арлашов Андрей Николаевич

Студент (бакалавр)

Московский государственный юридический университет имени О.Е. Кутафина (МГЮА),
Москва, Россия

E-mail: arlashov.andrey@mail.ru

В соответствии со ст. 96 Федерального закона от 05.04.2013 N 44-ФЗ (далее Закон №44-ФЗ) "О контрактной системе в сфере закупок товаров, работ, услуг для обеспечения государственных и муниципальных нужд" исполнение государственного или муниципального контракта может обеспечиваться предоставлением банковской гарантии или внесением денежных средств на счёт заказчика.

В настоящее время институт банковской гарантии в ГК РФ был реформирован в институт независимой гарантии, что предстает закономерным в условиях развития права[1]. Однако регулирование данного способа обеспечения в Законе №44-ФЗ не изменилось.

Наиболее интересным вопросом при изучении независимой гарантии предстает характер независимости гарантийного обязательства. Вопрос о пределах независимости гарантийного обязательства является дискуссионным, и его актуальность находит отражение, как в научных трудах некоторых авторов[2], так и в судебной практике[3].

Следует поподробнее остановиться на рисках, существующих сегодня в системе государственных закупок, связанных с банковскими гарантиями:

1) Отзыв лицензии у банка не является основанием для прекращения гарантии и не влечет ее недействительности (если иное не предусмотрено самой банковской гарантией) (13 Федерального закона от 02.12.1990 N 395-1 "О банках и банковской деятельности", Закону №44-ФЗ заказчик не вправе требовать заменить банковскую гарантию на иную форму обеспечения, в случае когда у банка отозвана лицензия[4]. Тем не менее, данный риск может быть преодолен через включение специальных формулировок в текст контракта.

2) Незаклучение контракта между Принципалом и Бенефициаром после предоставления Банковской гарантии влечет имущественные потери для Принципала. Банковская гарантия независима, и она продолжает действие в случае незаклучения контракта или признания его недействительным. На практике возможность возращения вознаграждения, как правило, не закрепляется в договорах, что влечет потерю Принципалом денежных средств, потраченных за предоставление банковской гарантии. Это демонстрирует и судебная практика[5]. Преодоление подобных рисков возможно через включение определенных условий в текст договора между гарантом и принципалом.

3) На сегодняшний день одним из ярких примеров правонарушений в данной сфере является предоставление фальшивых банковских гарантий, что обусловлено экономической невыгодностью её получения[6]. Преодоление такого риска возможно через проверку реестров и запросов банку-гаранту.

4) Как показывает административная практика ФАС России, просрочка победителя в исполнении обязанности направить заказчику документ об обеспечении исполнения обязательств по контракту в установленный срок, даже на один день, ведет к включению сведений о таком лице в реестр недобросовестных поставщиков (РНП). И, хотя, подход арбитражных судов, по которому, в случае отсутствия доказательств умышленного уκλο-

нения лица от заключения контракта, внесение в РНП неправомерно, заслуживает поддержки, риски неправомерного включения в РНП всё равно существуют[7].

5) К сожалению, на сегодня сложилась практика некоторых гарантов, направленная на неоправданное сужение перечня обязательств, надлежащее исполнение которых гарантируется. В то время как представители бенефициара сосредоточены на изучении условий контракта, они очень часто не знают о независимости гарантии и необходимости проверки её условий, а также о возможности отказа в принятии банковской гарантии.

Преодоление рисков из последних двух пунктов возможно через внесение изменений в действующее законодательство: включение условий о необходимости опровержения добросовестности при включении в РНП и закрепления перечня обязательств, надлежащее исполнение которых всегда должно обеспечиваться.

6) Также проблемы возникают при конфликте формальной оценки гарантами полученных требований и явном злоупотреблении правом со стороны бенефициара[8].

Таким образом, в настоящее время при обеспечении государственных контрактов существуют вышеуказанные риски, однако указанные риски преодолимы через включение специальных формулировок в договоры или изменение действующего законодательства.

[1] Белов В.А. Независимая гарантия в измененном Гражданском кодексе Российской Федерации и актах - источниках международного торгового права // Вестник экономического правосудия Российской Федерации. 2015. N 4. С. 71 - 89.

[2] Основные проблемы частного права. Сборник статей к юбилею доктора юридических наук, профессора Александра Львовича Маковского" (отв. ред. В.В. Витрянский, Е.А. Суханов) ("Статут", 2010) Л.А. Новоселова О соотношении обязательства гаранта и обеспечиваемого обязательства, Меламед А.Л. Банковская гарантия - новый институт в российском законодательстве // Российская юстиция. 1995. N 7. С. 13.; Гонгало Б.М. Письме Минэкономразвития России от 26.01.2015 N Д28и-128

[5] Решение АС г. Москвы от 07 сентября 2015 г. по Делу № А40-91710/15

[6] Тасалов Ф.А. Контрактная система в сфере государственных закупок России и США: сравнительно-правовое исследование: монография. М.: Проспект, 2016. 240 с.

[7] Определение Верховного Суда РФ от 10.12.2015 N 308-КГ15-15910 по делу N А53-458/2015, Определение Верховного Суда РФ от 16.12.2015 N 308-КГ15-16581 по делу N А53-749/2015

[8] Решение Арбитражного суда г. Москвы от 03.03.2015 по делу № А40-159957/14

Постановления Девятого арбитражного апелляционного суда от 06.11.2015 № 09АП-43665/2015, 09АП-43667/2015 по делу № А40-31545/15