

ПРОБЛЕМЫ РЕАЛИЗАЦИИ В ГОСУДАРСТВЕННЫХ (МУНИЦИПАЛЬНЫХ) КОНТРАКТАХ ПОЛОЖЕНИЙ, ПОЗВОЛЯЮЩИХ ИЗМЕНЯТЬ (УМЕНЬШАТЬ) РАЗМЕР И СПОСОБ ОБЕСПЕЧЕНИЯ ИСПОЛНЕНИЯ КОНТРАКТА



**АХВЕРДЯН
Анатолий Артурович,**

специалист в области закупки товаров (работ, услуг) для обеспечения государственных и муниципальных нужд, бакалавр юриспруденции (СПбГУ), магистр юриспруденции (СПбГУ, направление «Гражданский процесс. Арбитражный процесс»)

Институт обеспечения исполнения контракта занимает особое место в регулировании контрактной системы. Как известно, в качестве обеспечения участник закупки может внести денежные средства на счет заказчика или предоставить банковскую гарантию (ч. 3 ст. 96 Федерального закона от 05.04.2013 г. № 44-ФЗ «О контрактной системе в сфере закупок товаров, работ, услуг для обеспечения государственных и муниципальных нужд» (далее — Закон о контрактной системе)). При реализации первого способа особых трудностей у заказчиков не возникает, однако при выборе второго ряд вопросов практического характера присутствует.

1) Рассматривая момент фактического «изменения» государственного (муниципального) контракта, а именно изменения способа обеспечения, необходимо обратиться к вопросу о вступлении в силу банковских гарантий в соответствии с Законом о контрактной системе и Гражданским кодексом РФ (далее — ГК РФ). Так, в силу ст. 373 ГК

РФ независимая гарантия вступает в силу с момента ее отправки (передачи) гарантом, если в гарантии не предусмотрено иное. Однако законодатель не раскрывает сущность данного распорядительного действия. Кроме того, в ряде случаев вместо «отправки, передачи» употребляется термин «выдача гарантии» (п. 4 ст. 371 ГК РФ). В большинстве банковских гарантий моментом вступления в силу указывается момент ее выдачи. Таким образом, банки заменяют диспозитивное правило, установленное в ст. 373 ГК РФ. При этом в ГК РФ нет никаких уточнений относительно того, кому предполагается выдача (передача) банковской гарантии: бенефициару, принципалу или третьему лицу.

На наш взгляд, конечной целью волевого распорядительного действия отправки (передачи), выдачи гарантии является вступление ее в силу в момент фактического завладения участником данных правоотношений.

Также остается вопросом, должен ли заказчик при замене и предоставлении новой банковской гарантии проверять ее на соответствие законода-





тельству о контрактной системе, в том числе в части включения в нее отлагательного условия, предусматривающего заключение договора предоставления банковской гарантии по обязательствам принципа, возникшим из контракта при его заключении, в случае предоставления банковской гарантии в качестве обеспечения исполнения контракта (п. 6 ч. 2 ст. 45 Закона о контрактной системе).

С одной стороны, ст. 45 Закона о контрактной системе не дает нам свободы усмотрения в этом вопросе. Пункт 2 ст. 45 Закона о контрактной системе сформулирован таким образом, что позволяет говорить об обязательности включения в банковскую гарантию условий, указанных в данной правовой норме.

С другой стороны, при системном толковании Закона о контрактной системе, включение указанного условия обязательно на этапе определения поставщика, который заканчивается заключением контракта. Однако в рассматриваемой ситуации речь идет уже о другой стадии — стадии исполнения контракта. В связи с этим соблюдение вышеуказанного требования не является обязательным.

Заключение контракта рассматривается законодателем как необходимое условие для заключения договора предоставления банковской гарантии. Вместе с тем обеспечение исполнения контракта должно быть предоставлено участником закупки вместе с подписанным проектом контракта, а не после заключения контракта (ч. 3 ст. 54; ч. 3 ст. 70 Закона о контрактной системе). Включение указанного условия в банковскую гарантию не соблюдается большинством заказчиков, а если такое условие и включается, то фактически банковская гарантия вступает в силу с момента ее выдачи. В таком случае, необходимо найти компромисс. Таким компромиссом на этапе исполнения контракта, на наш взгляд, будет выступать вступление в силу банковской гарантии в момент подписания дополнительного соглашения к контракту. С этого момента у бенефициара появляется право требования к гаранту в рамках суммы, уменьшенной на размер исполненных обязательств.

2) Одним из условий реализации права поставщика (подрядчика, исполнителя), предусмотренного ч. 7 ст. 96 Закона о контрактной системе,

является частичное исполнение обязательства, в результате чего заказчику предоставляется обеспечение, уменьшенное на сумму исполненных обязательств. Без соблюдения такого условия право не может быть реализовано. По смыслу данного положения вновь предоставленный способ обеспечения исполнения контракта должен быть уменьшен пропорционально выполненным обязательствам в любом случае, иначе конечная цель правового регулирования не достигается. Интересы заказчика в такой ситуации не нарушаются, однако норма направлена на реализацию права подрядчика, защиту, в конечном счете, его интереса.

3) Порядок предоставления нового обеспечения раскрывает правовую природу данного института и, в целом, одинаково трактуется заказчиками. Так, подрядчик после частичного исполнения обязательства обращается к заказчику с просьбой о замене первоначального способа обеспечения, при этом зачастую у подрядчика уже имеется выданная банком гарантия, вступившая в силу (до заключения дополнительного соглашения к контракту). Соответственно, подрядчик, не дожидаясь ответа заказчика, уверен в том, что его право будет реализовано — способ обеспечения будет заменен. Можно ли рассматривать это право подрядчика как безусловное? Практика отказов со стороны заказчиков в замене способа или предоставления обеспечения, уменьшенного на размер исполненных обязательств, отсутствует. Между тем это не означает, что заказчик не может отказать подрядчику даже при соблюдении требований, предъявляемых к банковской гарантии — согласно ст. 45 Закона о контрактной системе и Постановлению Правительства РФ от 08.11.2013 г. № 1005 «О банковских гарантиях, используемых для целей Федерального закона "О контрактной системе в сфере закупок товаров, работ, услуг для обеспечения государственных и муниципальных нужд"», так как иначе утрачивается смысл такого обращения. Анализируя приведенные правовые нормы, отметим, что отказ представляется обоснованным только в том случае, если банковская гарантия не соответствует вышеуказанным требованиям законодательства о контрактной системе. В иных случаях такой отказ следует считать неправомерным.

Большинство заказчиков в контрактах или в дополнительных соглашениях к ним указывают, что «в случае, если по каким-либо причинам обеспечение исполнения обязательств по контракту перестало быть действительным, закончилось свое действие или иным образом перестало обеспечивать исполнение подрядчиком своих обязательств по контракту, подрядчик обязуется в течение 10 (десяти) дней предоставить Заказчику иное (новое) надлежащее обеспечение исполне-

ние обязательств по контракту». Это абсолютно логически правильное, разумное положение, обеспечивающее интересы заказчика. Однако Закон о контрактной системе не позволяет предоставлять новое обеспечение исполнения контракта без выполнения обязательств. Несмотря на отсутствие соответствующего положения, предоставление иного (нового) обеспечения исполнения контракта подрядчиком не подпадает под регулирование административного метода, который характерен для Закона о контрактной системе, и выражается в детальном регламентировании процедуры закупки. Исполнение подрядчиком данной обязанности будет происходить уже не на этапе определения поставщика, который заканчивается заключением контракта, а на стадии его исполнения, где стороны являются равными субъектами гражданско-правовых отношений.

Соответственно, представляется неверной судебная практика, утверждающая, что возможность требовать предоставления нового обеспечения или внесения изменения в действующее обеспечение на стадии исполнения контракта Законом о контрактной системе не предусмотрена (Постановление Арбитражного суда Северо-Кавказского округа от 10.11.2016 г. № Ф08-8463/2016 по делу № А53-11454/2016).

Однако есть и положительная тенденция в этом вопросе. Так, если в контракте прописана обязанность подрядчика по предоставлению нового обеспечения, суд пытается решить проблему правового вакуума и говорит не о новом предоставлении, а о замене одного обеспечения другим, ссылаясь на ч. 7 ст. 96 Закона о контрактной системе, которая, напротив, регулирует изменение (уменьшение) размера и способа обеспечения исполнения контракта только при условии частичного исполнения своего обязательства (Постановление Тринадцатого арбитражного апелляционного суда от 09.02.2017 г. № 13АП-32508/2016 по делу № А56-44793/2016). Дополнительно суды удовлетворяют требования о взыскании неустойки в виде пени по государственным контрактам с подрядчика за неисполнение предоставления нового способа обеспечения (новой банковской гарантии), таким образом признавая данную обязанность подрядчика действительной и вытекающей из договора.

Учитывая положительный импульс судебной практики, направленный на защиту интересов заказчика в обеспечении исполнения контракта, Закон о контрактной системе в этой части нуждается в корректировке. Необходима тщательная проработка механизмов реализации изменения (уменьшения) размера обеспечения исполнения контракта, а также замены способа обеспечения исполнения контракта. ■