

УДК 336.711:338.24

А.М. ПАХОМОВА, к.ист.н., доцент кафедры государственного и муниципального управления, доцент кафедры гражданского и предпринимательского права, заведующий Региональным центром подготовки специалистов для системы государственных закупок Пермский филиал ФГАОУ ВПО «Национальный исследовательский университет «Высшая школа экономики», г. Пермь, ул. Студенческая, 38

доцент кафедры государственного и муниципального управления ФГБОУ ВПО «Пермский государственный национальный исследовательский университет», г. Пермь, ул. Букирева, 15  
Электронный адрес: rsgperm@gmail.com

## **БАНКОВСКАЯ ГАРАНТИЯ КАК СПОСОБ ОБЕСПЕЧЕНИЯ ЗАЯВОК И ОБЕСПЕЧЕНИЯ ИСПОЛНЕНИЯ ГОСУДАРСТВЕННЫХ И МУНИЦИПАЛЬНЫХ КОНТРАКТОВ В СИСТЕМЕ КОНТРАКТНЫХ ОТНОШЕНИЙ**

В статье рассматриваются особенности банковской гарантии как способа обеспечения заявок и обеспечения исполнения контракта в системе контрактных отношений РФ. Цель статьи – определить развитие и особенности банковской гарантии в системе контрактных отношений в сравнительной характеристике с Гражданским кодексом РФ в период изменений до 2014 г. и после этого. Банковская гарантия в системе контрактных отношений определяется как особый вид обеспечения исполнения обязательств и может быть рассмотрен как частный случай обеспечения, согласно Гражданскому кодексу РФ по последним изменениям гражданского законодательства. Анализ показал, что развитие института банковской гарантии в системе государственных и муниципальных закупок характеризуется дискретностью, определяющую прерывность, нестабильность данного способа в развитии законодательства о закупочной деятельности. Кроме того, можно говорить об особенностях банковской гарантии в системе контрактных отношений, которые определяются в трех плоскостях: особые правила оформления банковской гарантии, установленные ФЗ от 5 апреля 2013 г. № 44-ФЗ «О контрактной системе в сфере закупок товаров, работ, услуг для обеспечения государственных и муниципальных нужд» и подзаконными актами; особый субъектный состав, существующий в банковской гарантии; особый характер взаимоотношений между субъектами, обозначенными в банковской гарантии в отношении регрессных требований. Пути преодоления возникающих трудностей в правоприменительной практике развития контрактных отношений видятся в создании новых механизмов обеспечения исполнения обязательств и, возможно, в переходе на международные нормы ее урегулирования, через присоединение к Нью-Йоркской конвенции ООН 1995 г. о независимых банковских гарантиях и резервных аккредитивах.

*Ключевые слова:* банковская гарантия; контрактные отношения; способ обеспечения заявок; способ обеспечения исполнения контракта; государственный и муниципальные заказчики; регрессные требования

### **Введение**

Банковская гарантия, как способ обеспечения исполнения обязательств, традиционно является одним из самых надежных обеспечительных механизмов в системе современного гражданского законодательства. При этом банковская гарантия, как способ обеспечения исполнения обязательств, впервые

была введена в Гражданский кодекс РФ в 1994 г. статьей 368 и определялась как обязательство, в силу которого банк, иное кредитное учреждение или страховая организация (гарант) дают по просьбе другого лица (принципала) письменное обязательство уплатить кредитору принципала (бенефициару) в соответствии с условиями даваемого гарантом обязательства денежную сумму по представлении бенефициаром письменного требования о ее уплате [4]. Ранее термин «гарантия» применялся в качестве синонима понятия «порука» (ст. 68 Основ гражданского законодательства 1961 г.) [14], а позже – для обозначения отдельного вида поручительства (ст. 210 ГК 1964 г.) [3]. Банковскую гарантию использовали в международных расчетах для обеспечения обязательств советских организаций, согласно Положению Внешторгбанка СССР № 1 от 25 декабря 1985 г. [11].

В зарубежной практике банковскую гарантию принято называть *demand guarantee* – обеспечение по требованию. Известно, что при разработке положений ГК о банковской гарантии российские законодатели руководствовались унифицированными правилами «Uniform Rules for Demand Guarantees», разработанными Международной торговой палатой. Они характеризуют банковскую гарантию как: *unconditional* (безусловную); *independent* (независимую); *abstract* (абстрактную) [20, с. 2].

Юридическая природа банковской гарантии в РФ определяет обеспечение надлежащего исполнения принципалом его обязательства перед бенефициаром (основного обязательства). При этом ценность именно конструкции банковской гарантии заключается в независимости платежного обязательства гаранта от основного обязательства между принципалом и бенефициаром [19, с. 4].

В науке гражданского права исследованием проблем банковской гарантии занимались такие ученые, как В.В. Витрянский, Б.М. Гонгало, Л.Г. Ефимова, О.М. Олейник, Е.А. Павлодский и др. При этом и как в части теоретической разработанности данного вида обеспечения исполнения обязательств, так и практического применения банковских гарантий в экономической деятельности.

В современных исследовательских работах поднимаются вопросы неурегулированности отношений кредитора, должника и третьего лица (гаранта) при доминирующем положении кредитора. При этом обычно неучтенными остаются интересы гаранта, не рассматривается детально плоскость юридической и экономической заинтересованности банков (страховых организаций) в выдаче гарантий.

### **Изменение правовой конструкции банковской гарантии в гражданском законодательстве. Развитие законодательства о государственных и муниципальных закупках в разрезе банковской гарантии**

Современный интерес к правовой природе банковской гарантии был определен введением данного института в правовые механизмы государственных и муниципальных закупок. Кроме того, последние изменения гражданского законодательства в способах обеспечения исполнения обязательств вообще ликви-



дировали название данного способа обеспечения исполнения обязательств и ввели понятия независимой гарантии. Теперь, в соответствии со ст. 368 ГК РФ о независимой гарантии, гарант принимает на себя по просьбе другого лица (принципала) обязательство уплатить указанному им третьему лицу (бенефициару) определенную денежную сумму в соответствии с условиями данного гарантом обязательства независимо от действительности обеспечиваемого такой гарантией обязательства. Фактически, правая суть независимой гарантии остается аналогичной сути банковской гарантии, в соответствии с прежней редакцией ГК РФ. По новой редакции ГК РФ расширяется субъектный состав лиц, имеющих право выдавать независимые гарантии. Независимые гарантии могут выдаваться банками или иными кредитными организациями (банковские гарантии), а также другими коммерческими организациями. Таким образом, выдача банковских гарантий становится частным случаем независимой гарантии и будет регламентироваться как ГК РФ, так и нормативно-правовыми актами, определяющими специфику работы с банковской гарантией. К такой сфере, где банковские гарантии регламентируются специальными нормами, относится система государственных и муниципальных закупок.

В системе государственных и муниципальных закупок банковская гарантия, как обеспечительная мера, впервые упоминается в указе Президента РФ от 8 апреля 1997 г. № 305 «О первоочередных мерах по предотвращению коррупции и сокращению бюджетных расходов при организации закупки продукции для государственных нужд» [10]. При этом, ни в более раннем нормативно-правовом акте, регламентирующем систему размещения государственного заказа, таком как федеральный закон от 13 декабря 1994 г. № 60-ФЗ «О поставках продукции для федеральных государственных нужд» [12], ни в более позднем – федеральном законе от 6 мая 1999 г. № 97-ФЗ «О конкурсах на размещение заказов на поставки товаров, выполнение работ, оказание услуг для федеральных государственных нужд», которые являлись базовыми для регламентации государственного и муниципального заказа, не содержалось упоминания о банковской гарантии [8]. Указ Президента РФ от 8 апреля 1997 г. № 305 определял, что обеспечением заявки на участие в торгах (конкурсе) может быть банковская гарантия, залог, а также поручительство. Определяя банковскую гарантию как способ обеспечения заявки, Указ не определял механизмы обеспечения исполнения контракта. Данный нормативно-правовой акт, определяя такой способ обеспечения, указывает, что конкурсная документация может предусматривать, что лицо, предоставившее обеспечение заявки на участие в торгах (конкурсе), и поручитель обеспечения заявки (при наличии такового), а также форма и условия обеспечения заявки должны быть приемлемыми для заказчика. При этом информация о такой приемлемости является требованием не заказчика от поставщика, а наоборот, именно поставщик может потребовать от заказчика подтверждения приемлемости лица, готового предоставить обеспечение заявки, или предполагаемого поручителя. При наличии такого запроса заказчик обязан незамедлительно направить ответ на такой запрос. Получение информации о такой приемлемости не лишает заказчика права отклонить обеспечение заявки на том основании, что данное лицо или поручитель стали неплатежеспособными или утратили кредитоспособность.



Данным нормативно-правовым актом также были установлены пороговые значения истребования способов обеспечения заявок. При закупках продукции на сумму менее 2500 установленных законом размеров минимальной месячной оплаты труда заказчик был вправе не требовать от поставщика предоставления обеспечения заявки на участие в торгах (конкурсе). Размер обеспечения заявки на участие в торгах (конкурсе) не мог превышать 3 процентов предполагаемой цены государственного контракта. Кроме того, заказчик должен был незамедлительно вернуть документ об обеспечении заявки на участие в торгах (конкурсе) или обеспечить его возвращение после наступления одного из следующих событий: а) истечения срока действия обеспечения заявки на участие в торгах (конкурсе); б) заключения государственного контракта и предоставления обеспечения исполнения этого контракта, если предоставление такого обеспечения было предусмотрено конкурсной документацией; в) прекращения заказчиком торгов (конкурса) без заключения государственного контракта; г) отзыва заявки на участие в торгах (конкурсе) до истечения срока представления заявок, если конкурсной документацией не предусмотрено, что такой отзыв не допускается [10]. Таким образом, выделяя обеспечительные механизмы в зарождающейся системе государственных и муниципальных закупок, данный нормативно-правовой акт еще отдельно не устанавливает нормы в части обеспечения исполнения контракта, но уже предусматривает обеспечение заявок участников, фактически выстраивая обеспечительные механизмы обязательности заключения контрактов, что является уже нормами по эффективности использования бюджетных денежных средств. При этом законодательство о государственных и муниципальных закупках предлагает несколько видов обеспечения, отдельно не выделяя банковскую гарантию, что, несомненно, обеспечивает участникам более широкие экономические рычаги для вариативности применения обеспечительных механизмов на начальной этапе развития законодательства о закупках.

Дальнейшее развитие институт банковской гарантии получает в федеральном законе от 21 июля 2005 г. № 94-ФЗ «О размещении заказов на поставки товаров, выполнении работ, оказании услуг для государственных и муниципальных нужд», который был основополагающим для системы государственного и муниципального заказа в период с 2006 по 2013 год [13]. Банковская гарантия вводится в данный нормативно-правовой акт не как способ обеспечения заявок, а как способ обеспечения исполнения контрактов при проведении только двух процедур – открытого конкурса и аукциона, в том числе электронного аукциона. При этом обеспечение исполнения контракта было правом, а не обязанностью государственных и муниципальных заказчиков. Кроме того, даже если заказчиком было установлено обеспечение исполнения контракта, а победитель при проведении процедуры являлся бюджетным учреждением, данное требование на такие субъекты не распространялось.

Практика применения банковской гарантии показала основные пробелы данного обеспечительного механизмы в сложных экономических условиях развития государственного и муниципального заказа. Основными проблемами применения банковских гарантий стала возможность их выдачи не банками, а компаниями, не имеющими ни экономических, ни правовых возможностей



для такого оформления. Рынок «серых» банковских гарантий, по различным оценкам, в конце 2012 г. мог составлять до двух третей от всех выданных гарантий на территории РФ.

Ключевым решением как юридических, так и экономических проблем обеспечительных механизмов системы государственных и муниципальных закупок стало принятие 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 – ФЗ № 44) [9].

### **Современное развитие норм о банковской гарантии в законодательстве о государственных и муниципальных закупках**

В современных контрактных отношениях банковская гарантия, в соответствии с ФЗ № 44, является способом обеспечения как заявок, так и исполнения контракта. Ключевой новацией ФЗ № 44 стало установление четких правил оформления банковской гарантии и введение реестра банковских гарантий. Императив данного нормативно-правового акта – обязательное оформление банковских гарантий только теми банками, которые включены в предусмотренный ст.74.1. Налогового кодекса РФ перечень и соответствуют установленным требованиям для принятия банковских гарантий, отвечающих целям налогообложения. Ведение такого перечня осуществляется на сайте Министерства финансов РФ ([www.minfin.ru](http://www.minfin.ru)), на 1 сентября 2015 г. в данном перечне находятся 345 банков [16].

ФЗ № 44, определяя правовой характер банковской гарантии, указывает на ее безотзывной характер и устанавливает обязательные условия для ее оформления. К таким обязательным условиям, в соответствии с законом, отнесены:

1) сумма банковской гарантии, подлежащая уплате гарантом заказчику в установленных ч. 13 ст. 44 ФЗ № 44 случаях, или сумма банковской гарантии, подлежащая уплате гарантом заказчику в случае ненадлежащего исполнения обязательств принципалом, в соответствии со ст. 96 ФЗ № 44;

2) обязательства принципала, надлежащее исполнение которых обеспечивается банковской гарантией;

3) обязанность гаранта уплатить заказчику неустойку в размере 0,1% денежной суммы, подлежащей уплате, за каждый день просрочки;

4) условие, согласно которому исполнением обязательств гаранта по банковской гарантии является фактическое поступление денежных сумм на счет, на котором, в соответствии с законодательством Российской Федерации, учитываются операции со средствами, поступающими заказчику;

5) срок действия банковской гарантии с учетом требований статей 44 и 96 ФЗ № 44;

6) отлагательное условие, предусматривающее заключение договора предоставления банковской гарантии по обязательствам принципала, возникшим из контракта при его заключении, в случае предоставления банковской гарантии в качестве обеспечения исполнения контракта;

7) установленный Правительством Российской Федерации перечень документов, предоставляемых заказчиком банку одновременно с требованием об осуществлении уплаты денежной суммы по банковской гарантии.



Для исполнения данных норм Правительством РФ было принято постановление от 8 ноября 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». В документе определено, что банковская гарантия оформляется в письменной форме на бумажном носителе или в форме электронного документа, подписанного усиленной неквалифицированной электронной подписью лица, имеющего право действовать от имени банка (далее – гарант), с учетом ряда дополнительных требований. Это право заказчика представлять письменное требование об уплате денежной суммы и (или) ее части по банковской гарантии в случае ненадлежащего выполнения или невыполнения поставщиком (подрядчиком, исполнителем) обязательств, обеспеченных банковской гарантией, а также в случаях, установленных ч. 13 ст. 44 ФЗ № 44; право заказчика по передаче права требования по банковской гарантии при перемене заказчика в случаях, предусмотренных законодательством Российской Федерации, с предварительным извещением об этом гаранта; условия о том, что расходы, возникающие в связи с перечислением денежных средств гарантом по банковской гарантии, несет гарант; перечень документов, представляемых заказчиком банку одновременно с требованием об осуществлении уплаты денежной суммы по банковской гарантии [6]. Кроме того, данным постановлением также закрепляются условия, которые недопустимо включать в банковскую гарантию: положение о праве гаранта отказывать в удовлетворении требования заказчика о платеже по банковской гарантии в случае непредоставления гаранту заказчиком уведомления о нарушении поставщиком (подрядчиком, исполнителем) условий контракта или расторжении контракта (за исключением случаев, когда направление такого уведомления предусмотрено условиями контракта или законодательством Российской Федерации); требования о предоставлении заказчиком гаранту отчета об исполнении контракта; требования о предоставлении заказчиком гаранту одновременно с требованием об осуществлении уплаты денежной суммы по банковской гарантии документов, не включенных в перечень документов, представляемых заказчиком банку одновременно с требованием об осуществлении уплаты денежной суммы по банковской гарантии, утвержденный рассматриваемым постановлением Правительства РФ. В акте также определяется форма оформления банковской гарантии, в том случае если она предоставляется в письменной форме на бумажном носителе на нескольких листах. Такая банковская гарантия должна иметь нумерацию на всех листах, а листы гарантии должны быть прошиты, подписаны и скреплены печатью гаранта. Подобные требования к оформлению банковской гарантии обусловлены и позицией Пленума Высшего арбитражного суда РФ, которая сформулирована в постановлении от 23 марта 2012 г. № 14 «Об отдельных вопросах практики разрешения споров, связанных с оспариванием банковских гарантий» [7].

Таким образом, данные требования к оформлению банковской гарантий в системе государственных и муниципальных закупок являются новацией и могут быть определены как необходимость создания такого способа обеспечения исполнения обязательств, который должен стать максимально надежным



при выполнении условий государственного и муниципального контракта и перечислении участнику бюджетных денежных средств. Содержание данных нормативно-правовых актов позволяет говорить о том, что ФЗ № 44 и постановление Правительства РФ от 8 ноября 2013 г. № 1005 в части определения норм, связанных с оформлением банковской гарантии, являются теми немногими актами, которые устанавливают систему четких и достаточно определенных правил при оформлении банковской гарантии.

Новацией закона необходимо считать возможность включения в банковскую гарантию условия о праве заказчика на беспорочное списание денежных средств за счет 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 действия банковской гарантии. Такая конструкция может быть установлена государственным и муниципальным заказчиком в извещении об осуществлении закупки, документации о закупке, проекте контракта, заключаемого с единственным поставщиком (подрядчиком, исполнителем).

#### **Особенности банковской гарантии в законодательстве о контрактной системе**

Рассматривая специфику банковской гарантии для системы государственных и муниципальных закупок, необходимо учитывать следующее: особые правила оформления банковской гарантии, установленные ФЗ № 44 и подзаконными актами (что было рассмотрено выше); особый субъектный состав, существующий в банковской гарантии; особый характер взаимоотношений между субъектами, указанными в документе банковской гарантии в отношении регрессных требований.

Особый субъектный состав в правовой характеристике банковских гарантий в системе контрактных отношений определяется наличием в качестве бенефициара государственного и муниципального заказчика, которым может выступать также бюджетное учреждение. Специфической особенностью таких отношений по субъектному составу будет определение государственного или муниципального заказчика, которыми по ФЗ № 44, могут являться государственные или муниципальные органы власти, Государственная корпорация по атомной энергии «Росатом», Роскосмос, орган управления государственным внебюджетным фондом, государственные или муниципальные казенные учреждения либо учреждения, действующие от имени субъекта Российской Федерации. Только государственные и муниципальные заказчики уполномочены принимать на себя бюджетные обязательства и, соответственно, действовать от имени Российской Федерации, субъекта Российской Федерации или муниципального образования. Такая особенность определяет и специфику принципала, такого субъекта, который является участником закупочного процесса и подал заявку на участие в процедуре определения поставщика. Таким образом, выделяя особенности бенефициара и принципала, необходимо говорить, что таковыми в этих правоотношениях могут стать только те, кто обладает полномочиями выступать в роли заказчиков по своему правовому статусу, и, следовательно, только те участники, которые подали заявку



на участие в процедуре определения поставщика, исполнителя, подрядчика, что значительно сужает круг субъектных правоотношений, возникающих при оформлении банковских гарантий.

Особый субъектный состав банковской гарантии в системе государственных и муниципальных закупок продиктован соответствующими требованиями концепции ФЗ № 44. Говоря о гаранте, законодатель исходил из необходимости определения наиболее экономически стабильных и соответствующих банковскому законодательству банков. Такое сужение субъектов – гарантов в системе контрактных отношений продиктовано потребностью эффективного использования бюджетных средств. Оплата по исполнению контрактов может наступать только после качественного исполнения контрактных отношений, что, собственно, и обеспечивает институт банковской гарантии. При этом банковская гарантия в системе государственных и муниципальных закупок в силу своего обеспечительного характера получила более широкое применение, так как при получении банковской гарантии принципал фактически проходит соответствующую проверку со стороны банка-гаранта. Такая конструкция действий, как на этапе подачи заявок, так и на стадии исполнения контракта, является еще одним способом проверки поставщика – участника. Этот дополнительный механизм, опосредованно используемый в процессе получения банковской гарантии, является безусловным плюсом для эффективной работы в системе государственных и муниципальных закупок. В то же время в системе государственных и муниципальных закупок несколько иначе выглядит роль регрессного обязательства, определяющего характер банковской гарантии.

Определяя специфику банковской гарантии в системе государственных и муниципальных закупок, необходимо иметь в виду неопределенность регрессного характера таких банковских гарантий. Так, в соответствии с редакцией ст. 379 ГК РФ, действовавшей до 1 июня 2015 г., право гаранта потребовать от принципала в порядке регресса возмещения сумм, уплаченных бенефициару по банковской гарантии, определяется соглашением гаранта с принципалом, во исполнение которого была выдана банковская гарантия. То есть в силу исполнения гарантом принятого на себя обязательства перед бенефициаром гарант приобретает регрессное требование к должнику, становится кредитором по регрессному обязательству. В цивилистической науке вопрос о природе регрессных требований банковской гарантии имеет неоднозначную трактовку. Ключевым в такой дискуссии остается вопрос о праве гаранта предъявить регрессное требование либо только в случае прямого указания в соглашении между гарантом и принципалом или без такого соглашения, в силу закона. Данная проблематика неоднократно поднималась в исследованиях известных цивилистов: часть исследователей склонны видеть отсутствие регрессных обязательств в самой банковской гарантии, если оно специально не оговаривается в соглашении между гарантом и принципалом. Такой точки зрения придерживается В.В. Витрянский, отмечая, что норма, содержащаяся в ст. 379 ГК РФ, не устанавливает правила, по которому право гаранта на регрессные требования к принципалу возникает из соглашения с последним [1, с. 481–482]. Следовательно, он делает вывод, что право на регрессное требование



к принципалу является безусловным, а в соглашение необходимо включать не условия о возникновении такого права, а сведения об объеме требования. В противном случае «отказ гаранту в праве на регрессное требование к принципалу по сути является признанием законности неосновательного обогащения на стороне принципала, что было бы верхом несправедливости, поскольку в нашем случае в роли принципала выступает должник, не исполнивший основного обязательства» [2, с. 12]. Такой исследователь регрессных обязательств, как А.В. Сахаров, предлагает обратиться к трудам дореволюционного цивилиста А.Х. Гольмстена, который писал, что «формальным основанием права регресса является *prima facie* закон, а затем и договор. Регресс, как обязательство, есть обязательство *ex lege*. Право регресса при наличии определенных условий возникает в силу закона; для возникновения его активного проявления воли не требуется – оно необходимо лишь для осуществления его. Но норма, закон, участвующий в порождении права регресса, ни в римском праве, ни в современных кодификациях не является общей нормой, обнимающей все разновидности права регресса. Но такое отклонение законодателя от прямой и определенной формулировки права регресса делу не вредит; благодаря этому все-таки нельзя сказать, что нет нормы, определяющей право регресса. Когда мы говорим, что для возникновения известного права необходима соответствующая норма, то этим вовсе не сказано, что норма должна быть *ad hoc* формулирована; данный закон может быть законом выводим; таким во многих случаях и является закон, на котором основано право регресса» [18].

По мнению Е.А. Павлодского, если такое соглашение отсутствует или в нем не оговорено право предъявления регрессного требования, то гарант не сможет предъявить к принципалу регрессных требований [15, с. 34]. Подобного же мнения придерживается С.В. Сарбаш, считая, что возможность предъявления гарантом регрессных требований к принципалу «предоставлена гаранту при наличии договора с принципалом, где оговорено это право» [17, с. 96].

Такое различие во мнениях, по мнению А.В. Сахарова, является следствием разночтений гражданского законодательства и определяется в одних случаях буквальным толкованием юридического правила, закрепленного в п. 1 ст. 379 ГК РФ, а в других – исходит из концептуальных подходов обязательственного права. А.В. Сахаров предлагает рассматривать обязательства гаранта перед бенефициаром необходимо учитывая следующие положения:

- гарант предоставляет обеспечение вместо принципала, но это не означает акт дарения бенефициару;
- привлечение гаранта для обеспечения исполнения основного обязательства необходимо лишь для того, чтобы кредитор смог без особых затруднений удовлетворить свой имущественный интерес за счет быстрого получения денежного возмещения при нарушении обязательств со стороны принципала;
- банковская гарантия, в соответствии с нормами Гражданского кодекса РФ, является способом обеспечения исполнения обязательств, но, при этом должны быть выполнены и обязательства принципала.

Поэтому действия гаранта по уплате суммы без последующего обращения к принципалу в порядке регрессных требований, исходя из субъектного состава, должны рассматриваться как не соответствующие п. 4 ст. 575 ГК РФ,



а действия должника, отказывающегося возместить уплаченные гарантом денежные средства в порядке регрессных требований, – как сбережение имущества за счет другого лица (ст. 1102 ГК РФ) [5].

Современная редакция норм ГК РФ по обеспечению обязательств через независимую гарантию вообще не содержит понятия регрессных требований. При этом статья 379 ГК РФ определяет, что принципал обязан возместить гаранту выплаченные в соответствии с условиями независимой гарантии денежные суммы, если соглашением о выдаче гарантии не предусмотрено иное. Гарант не вправе требовать от принципала возмещения денежных сумм, уплаченных бенефициару не в соответствии с условиями независимой гарантии или за нарушение обязательства гаранта перед бенефициаром, за исключением случаев, если соглашением гаранта с принципалом предусмотрено иное либо принципал дал согласие на платеж по гарантии. Таким образом, современная редакция ст. 379 исходит из безусловных обязательств возмещения гаранту денежных сумм, но определяет возможность определить и иное соглашением о выдаче гарантии. Фактически редакция ГК РФ, действовавшая до 1 июня 2015 г., исходила из приоритетности права гаранта потребовать возмещение сумм, уплаченных бенефициару. Редакция же статьи по независимой гарантии определяет обязанность возмещения гаранту таких денежных сумм, акцентируя внимание на безусловности данного обязательства, которое тем не менее может быть изменено соглашением о выдаче гарантии.

Говоря об исследованиях регрессных обязательствах в правоотношениях, связанных с банковской гарантией, следует понимать, что такие правоотношения в системе государственных и муниципальных закупок могут отличаться рядом правовых особенностей. Регрессные обязательства между банком-гарантом и участником-принципалом могут возникнуть только на основании соглашения, которое может быть заключено между ними. При этом заключение такого соглашения будет являться для участника-принципала, который уже оплатил стоимость банковской гарантии, дополнительным риском и, возможно, скажутся на уменьшении количества выдаваемых банковских гарантий. Нам кажется более уместным в системе государственных и муниципальных закупок вообще рассматривать банковские гарантии без регрессных обязательств, считая возможным их возникновение только в случае внесения изменений в ФЗ № 44. Вместе с тем развитие института банковских гарантий и практики требований регрессных обязательств будет зависеть от позиции банков-гарантов и в целом от развития банковской гарантии в системе обеспечительных механизмов контрактной системы.

### **Выводы**

Развитие института банковской гарантии в системе государственных и муниципальных закупок характеризуется дискретностью, что делает применение данного способа обеспечения в развитии законодательства о закупочной деятельности нестабильным. Кроме того, можно говорить об особенностях банковской гарантии в системе контрактных отношений, что определяется в трех плоскостях: особые правила оформления банковской гарантии, установленные ФЗ № 44 и подзаконными актами; особый субъектный состав,



существующий в банковской гарантии; особый характер взаимоотношений между субъектами, указанными в банковской гарантии в отношении регрессных требований. Выделяя специфику банковской гарантии для системы государственных и муниципальных закупок, необходимо понимать: нормы, определяющие банковскую гарантию в ФЗ № 44, после вступления в силу новой редакции ГК РФ будут являться специальными, так как современная редакция ГК РФ не содержит понятия "банковская гарантия", а исходит из конструкции понятия "независимая гарантия". При этом в современной редакции ГК устанавливается, что независимую гарантию могут выдавать банки или иные кредитные организации, а также другие коммерческие организации. Банковская гарантия, по сути, становится одной из разновидностей независимой гарантии в системе государственных и муниципальных закупок.

Соответственно, оставаясь обеспечением заявок и обеспечением контракта, по субъектному составу и, по сути, юридической конструкции, нормы, определяющие банковскую гарантию по ФЗ № 44, не будут являться противоречием между новой редакцией ГК РФ и ФЗ № 44. При этом специфика правоотношений в рамках применения ФЗ № 44 определяет отсутствие регрессных обязательств в банковской гарантии в системе государственных и муниципальных закупок. Такое отсутствие может быть преодолено через формирование правоприменительной практики по регрессным обязательствам, но в этом случае будет поставлен под сомнение данный институт в системе контрактных отношений в силу неэффективности экономического интереса ее оформления для участников государственных и муниципальных закупок. Таким образом, банковская гарантия в системе контрактных отношений является особым видом обеспечения исполнения обязательств и может быть рассмотрена как частный случай обеспечения, по Гражданскому кодексу РФ, по последним изменениям в гражданском законодательстве. Преодоление возникающих трудностей будет лежать в плоскости создания новых механизмов обеспечения исполнения обязательств и, возможно, использования международных норм ее урегулирования, через присоединение к Нью-Йоркской конвенции ООН 1995 г. о независимых банковских гарантиях и резервных аккредитивах.

#### Список литературы

1. Брагинский М.И., Витрянский В.В. Договорное право: Общие положения. М.: Статут, 1997. 682 с.
2. Витрянский В.В. Существенные условия договора в отечественной цивилистике и правоприменительной практике // Вестн. ВАС РФ. 2002. № 7.
3. Гражданский кодекс РСФСР: постановление ВС РСФСР от 11 июня 1964 г. // Ведомости Верхов. Совета РСФСР. 1964. № 24, ст. 407.
4. Гражданский кодекс Российской Федерации. Часть первая: федер. закон Рос. Федерации от 30 нояб. 1994 г. № 51-ФЗ // Собр. законодательства Рос. Федерации. 1994. № 32, ст. 3301.
5. Гражданский кодекс Российской Федерации. Часть вторая: федер. закон Рос. Федерации от 26 янв. 1996 г. № 14-ФЗ // Собр. законодательства Рос. Федерации. 1996. № 5, ст. 410.



6. *О банковских* гарантиях, используемых для целей Федерального закона «О контрактной системе в сфере закупок товаров, работ, услуг для обеспечения государственных и муниципальных нужд»: постановление Правительства Рос. Федерации от 8 нояб. 2013 г. № 1005 // Собр. законодательства Рос. Федерации. 2013. № 46, ст. 5947.

7. *Об отдельных* вопросах практики разрешения споров, связанных с оспариванием банковских гарантий: постановление Пленума ВАС РФ от 23 марта 2012 г. № 14 // Вестн. ВАС РФ. 2012. № 5.

8. *О конкурсах* на размещение заказов на поставки товаров, выполнение работ, оказание услуг для государственных нужд: федер. закон Рос. Федерации от 6 мая 1999 г. № 97-ФЗ // Рос. газета. 1999. 13 мая.

9. *О контрактной* системе в сфере закупок товаров, работ, услуг для обеспечения государственных и муниципальных нужд: федер. закон Рос. Федерации от 5 апр. 2013 г. № 44-ФЗ // Рос. газета. 2013. 12 апр.

10. *О первоочередных* мерах по предотвращению коррупции и сокращению бюджетных расходов при организации закупки продукции для государственных нужд: указ Президента Рос. Федерации от 8 апр. 1997 г. № 305 // Рос. газета. 1997. 15 апр.

11. *О порядке* совершения банковских операций по международным расчетам: инструкция Внешторгбанка СССР от 25 дек. 1985 г. № 1. М.: Финансы и статистика, 1986.

12. *О поставках* продукции для федеральных государственных нужд: федер. закон Рос. Федерации от 13 дек. 1994 г. № 60-ФЗ // Рос. газета. 1994. 21 дек.

13. *О размещении* заказов на поставки товаров, выполнении работ, оказании услуг для государственных и муниципальных нужд: федер. закон Рос. Федерации от 21 июля 2005 г. № 94-ФЗ // Рос. газета. 2005. 28 июля.

14. *Основы* гражданского законодательства Союза ССР и союзных республик: постановление ВС СССР от 8 дек. 1961 г. // Ведомости Верхов. Совета СССР. 1961. № 50, ст. 525.

15. *Павлодский Е.А.* Договоры организаций и граждан с банками. М.: Статут, 2000.

16. *Перечень* банков, соответствующих требованиям пункта 3 статьи 74.1 Налогового кодекса Российской Федерации, по состоянию на 01.09.2015 [Электронный ресурс]. URL: [http://minfin.ru/common/upload/library/2015/10/main/Perechen\\_Bankov\\_010915.pdf](http://minfin.ru/common/upload/library/2015/10/main/Perechen_Bankov_010915.pdf) (дата обращения: 31.10.2015).

17. *Сарбаи С.В.* Обеспечение исполнения кредитных обязательств // Закон. 1997. № 2.

18. *Сахаров А.В.* Правовое регулирование регрессивных обязательств, возникающих в сфере предпринимательской деятельности [Электронный ресурс]: автореф. дис. ... канд. юрид. наук. М., 2010. 26 с. URL: <http://law.edu.ru/book/book.asp?bookID=1379011> (дата обращения: 22.10.2015).

19. *Соболева Н.В.* Банковская гарантия как способ обеспечения исполнения обязательств и практика ее применения в банковской деятельности [Электронный ресурс]: автореф. дис. ... канд. юрид. наук. Томск, 2005. 29 с. URL: <http://law.edu.ru/book/book.asp?bookID=1191838> (дата обращения: 22.10.2015).



20. *Uniform Rules for Demand Guarantees (URDG): UN Commission on International Trade Law (UNCITRAL) // Official Guide to ICC URDG 758. 2011. June.*

Получено 02.11.2015

#### References

1. Braginskij, M.I. and Vitryanskij, V.V. (1997), *Dogovornoe pravo: Obshchie polozeniya* [Contract law: general provisions], Statut, Moscow, Russia.
2. Vitryanskij, V.V. (2002), "Essential Terms of the Contract in Domestic Civil Law and Practice", *Vestnik Vysshego Arbitrazhnogo Suda Rossijskoj Federacii*, no. 7.
3. Grazhdanskiy kodeks RSFSR [The Civil Code of the Russian SFSR] (1964), Resolution of the Supreme Soviet of the Russian SFSR dated 11 July 1964, *Vedomosti Verkhovnogo Soveta RSFSR*, no 24, art. 407.
4. Grazhdanskiy kodeks Rossijskoj Federatsii (chast' pervaya) [The Civil Code of the Russia (Part 1)] (1994), Federal Law no. 51-FZ dated 30 November 1994, *Sobranie zakonodatel'stva Rossijskoj Federacii*, no. 32, art. 3301.
5. Grazhdanskiy kodeks Rossijskoj Federatsii (chast' vtoraya) [The Civil Code of the Russia (Part 2)] (1996), Federal Law no. 14-FZ dated 26 January 1996, *Sobranie zakonodatel'stva Rossijskoj Federacii*, no. 5, art. 410.
6. O bankovskikh garantiyakh, ispol'zuemykh dlya tseley Federal'nogo zakona "O kontraktnoj sisteme v sfere zakupok tovarov, rabot, uslug dlya obespecheniya gosudarstvennykh i munitsipal'nykh nuzhd" [On demand guarantee used for the purposes of the Federal Law "On contract system in state and municipal procurement of goods, works and services for state and municipal needs"] (2013), Government resolution of the Russian Federation no. 1005 dated 8 November 2013, *Sobranie zakonodatel'stva Rossijskoj Federacii*, no. 46, art. 5947.
7. Ob otдел'nykh voprosakh praktiki razresheniya sporov, svyazannykh s osparivaniem bankovskikh garantiy [On some issues of dispute resolution practices associated with the defense of demand guarantee] (2012), Resolution of the Plenum of Supreme Commercial Court of the Russian Federation no. 14 dated 23 March 2012, *Vestnik Vysshego Arbitrazhnogo Suda Rossijskoj Federacii*, no. 5.
8. O konkursax na razmeshchenie zakazov na postavki tovarov, vypolnenie rabot, okazanie uslug dlya gosudarstvennykh nuzhd [On competitions on placing of orders for deliveries of goods, performance of works, rendering of services for state needs] (1999), Federal Law no. 97-FZ dated 6 May 1999, *Rossijskaya gazeta* dated 13 May.
9. O kontraktnoj sisteme v sfere zakupok tovarov, rabot, uslug dlya obespecheniya gosudarstvennykh i munitsipal'nykh nuzhd [On contract system in state and municipal procurement of goods, works and services for state and municipal needs], Federal Law no. 44-FZ dated 5 April 2013, *Rossijskaya gazeta* dated 12 April.
10. Opervoocherednyxmeraxpopredotvrashcheniyukorruptciiisokrashcheniyu byudzhetyh raskhodov pri organizacii zakupki produkcii dlya gosudarstvennykh nuzhd [On priority measures for the prevention of corruption and budget cuts in



the organization of the procurement of products for state needs], Presidential Edict of the Russian Federation no.305 dated 8 April 1997, *Rossiyskaya gazeta* dated 15 April.

11. *O poryadke soversheniya bankovskikh operacij po mezhdunarodnym raschetam* [On the procedure of banking operations for international settlements] (1986), Vneshtorgbank USSR instruction no. 1 dated 25 December 1985, *Finansy i statistika*, Moscow, Russia.

12. *O postavkax produkcii dlya federalnyh gosudarstvennyh nuzhd* [On the supply of products for federal state needs] (1994), Federal Law no. 60-FZ dated 13 December 1994, *Rossiyskaya gazeta* dated 21 December.

13. *O razmeshchenii zakazov na postavki tovarov, vypolnenii rabot, okazanii uslug dlya gosudarstvennyh i municipalnyh nuzhd* [On placing orders for goods, works and services for state and municipal needs] (2005), Federal Law no. 94-FZ dated 21 July 2005, *Rossiyskaya gazeta* dated 28 July.

14. *Osnovy grazhdanskogo zakonodatelstva Soyuza SSR i soyuznyh respublik* [Fundamentals of civil legislation of the USSR and Union Republics of the USSR] (1961), Resolution of the Supreme Soviet of the USSR dated 8 December 1961, *Vedomosti Verkhovnogo Soveta SSSR*, no. 50, art. 525.

15. Pavlodskij, E.A. (2000), *Dogovory organizacij i grazhdan s bankami* [Contracts of organizations and citizens with the banks], Statut, Moscow, Russia.

16. The official site of Ministry of Finance of the Russian Federation (2015), *Perechen bankov, sootvetstvuyushhih trebovaniyam punkta 3 stat'ii 74.1 Nalogovogo kodeksa Rossijskoj Federacii po sostoyaniyu na 01.09.2015* [The list of banks that meet the requirements of paragraph 3 of Article 74.1 of the Tax Code of the Russian Federation as of 1 September 2015], available at: [http://minfin.ru/common/upload/library/2015/10/main/Perechen\\_Bankov\\_010915.pdf](http://minfin.ru/common/upload/library/2015/10/main/Perechen_Bankov_010915.pdf) (Accessed 31 October 2015).

17. Sarbash, S.V. (1997), "Providing credit commitments", *Zakon*, no. 2.

18. Sakharov, A.V. (2010), *Legal regulation of regressive obligations arising in business*, Abstract of Ph.D. dissertation, Civil law; business law; family law; private international law, The RSUH Institute for Economics, Management and Law, Moscow, Russia [Online], available at: <http://law.edu.ru/book/book.asp?bookID=1379011> (Accessed 22 October 2015).

19. Soboleva, N.V. (2005), *Demand guarantee as a way to ensure the fulfillment of the obligations and practice of its application in banking*, Abstract of Ph.D. dissertation, Civil law; business law; family law; private international law, Tomsk State University, Tomsk, Russia [Online], available at: <http://law.edu.ru/book/book.asp?bookID=1191838> (Accessed 22 October 2015).

20. *Uniform Rules for Demand Guarantees (URDG)* (2011), UN Commission on International Trade Law (UNCITRAL), Official Guide to ICC URDG 758, June, Vienna, Austria.



## **DEMAND GUARANTEE AS A WAY TO ENSURE THE BIDS AND TO ENFORCE STATE AND MUNICIPAL CONTRACTS IN THE CONTRACT SYSTEM**

**Larisa M. Pakhomova**

*The Higher School of Economics Perm, 38 Studencheskaya str., Perm, 614070, Russia*

*Perm State University, 15 Bukirev str., Perm, 614990, Russia*

*E-mail: rcgperm@gmail.com*

The article considers the features of the demand guarantee as a way to ensure the bids and to enforce the contracts in the contract system of the Russian Federation. The article is aimed to determine the development and features of the demand guarantee in the contract system in the comparison with the Civil Code of the Russian Federation in the period up to 2014 and thereafter. The demand guarantee in the contract system is defined as a special type of enforcing of pursuance of obligations and may be considered as a special case of providing the Civil Code according to the latest changes in civil legislation. The analysis shows that development of the institution of the demand guarantee in the system of the state and municipal procurement is characterized by distinctness that defines discontinuity and instability of this method in the development of procurement legislation. In addition, we can talk about the features of the demand guarantee in the contract system that are defined in three areas: the special rules of registration of the demand guarantee established by Law no. 44 dated 05 April 2013 "On the contract system in the procurement of goods, works and services for state and municipal needs" and by by-laws; particular subjects structure, existing in the demand guarantee and the special nature of the relationship between the subjects outlined in the demand guarantee in respect of recourse requirements. The conclusion is that the ability to overcome the difficulties in enforcement practice of development in the contract system will lie in creating new mechanisms of ensuring of pursuance of obligations and the possible transition to international standards of its settlement by adherence to United Nations Convention on Independent Guarantees and Stand-By Letters of Credit (New-York, 1995).

*Key words: demand guarantee; a contract system; a method to ensure the bids; a method of enforcing of pursuance of a contract; state and municipal customers; recourse requirements*