

**ПРАВОВАЯ НЕОПРЕДЕЛЕННОСТЬ ОБЕСПЕЧИТЕЛЬНЫХ
МЕХАНИЗМОВ В КОНТРАКТНОЙ СИСТЕМЕ
РОССИЙСКОЙ ФЕДЕРАЦИИ**

Л. М. Пахомова

*Национальный исследовательский университет
«Высшая школа экономики», филиал в г. Перми*

Поступила в редакцию 14 июля 2019 г.

Аннотация: анализируются специфика форм обеспечения исполнения обязательств в системе контрактных отношений и неоднозначность судебной практики при применении таких обеспечительных механизмов. Сделан вывод о применении в системе контрактных отношений дополнительного обеспечительного механизма в виде антидемпинговых норм и необходимости дальнейшей регламентации механизмов обеспечения исполнения обязательств и отделения их от механизмов ответственности.

Ключевые слова: обеспечение исполнения обязательства, независимая гарантия, обеспечительный платеж, антидемпинговый механизм.

Abstract: the specificity of the forms of ensuring the fulfillment of obligations in the contractual relations system and the ambiguity of judicial practice in the application of such security mechanisms are analyzed. The conclusion is made about the application in the system of contractual relations of an additional security mechanism in the form of anti-dumping norms and the need to further regulate the mechanisms for ensuring the fulfillment of obligations and separating them from the responsibility mechanisms.

Key words: enforcement of an obligation, independent guarantee, security payment, anti-dumping mechanism.

Обеспечение исполнения обязательств является темой активного исследования с теоретической точки зрения со стороны как ученых-цивилистов, так и практиков, активно использующих правовые конструкции данного института в правоприменении. Так, в современной цивилистике указанные вопросы исследовались в работах Р. С. Бевзенко, В. А. Белова, М. И. Брагинского, В. В. Витрянского, Б. М. Гонгалло, О. С. Гринь, Д. В. Дождева, О. С. Иоффе, А. В. Егорова, В. С. Ема, А. А. Иванова, Т. И. Илларионовой, М. В. Кротова, Д. Г. Лаврова, А. В. Латынцева, А. А. Маковской, А. Л. Маковского, Н. А. Новикова, Л. А. Новоселовой, А. А. Павлова, Е. А. Павлодского, В. А. Плетнева, Н. Ю. Рассказовой, А. А. Рубанова, С. В. Сарбаша, Е. А. Суханова, Ю. К. Толстого, Т. А. Фадеевой, О. Ю. Шиловых, В. Ф. Яковлева и др. При этом позиции большинства исследователей разделились при определении механизмов обеспечения исполнения обязательств. Многие авторы склонны видеть глубокие противоречия в современных подходах в обеспечительном ме-

ханизме исполнения обязательств. Другие, наоборот, определяют развитие и практикоориентированность способов обеспечения исполнения обязательств.

Классическим остается подход, выраженный еще в 70-е гг. XX в. О. С. Иоффе, разделившим способы обеспечения исполнения обязательств по правовой природе на являющиеся мерами юридической ответственности и не являющиеся таковыми. К первым были отнесены неустойка и задаток, ко вторым – залог, поручительство и гарантия¹.

Б. М. Гонгало, определяя подходы к современным нормам гражданского законодательства по способам обеспечения исполнения обязательств считает, что есть все основания констатировать наличие тенденции к «размыванию» самого понятия обеспечения обязательств. Способами обеспечения обязательств признаются, по его мнению, любые правовые средства, которые в той или иной мере способствуют защите прав, обеспечивают права и охраняемые законом интересы, ставят одно лицо в более выгодное положение в сравнении с положением другого участника правоотношения и т. п. Б. М. Гонгало утверждает, что практически происходит подмена понятия: способами обеспечения обязательств объявляются правовые средства, обеспечивающие соответствие поведения участников правам и обязанностям в процессе развития любого (не только обязательственного) правоотношения, либо иные средства, в той или иной мере гарантирующие права одного из участников правовой связи².

Такие исследователи, как Н. В. Воронин, В. А. Бабанин, определяя сочетание экономических и юридических подходов, считают, что несмотря на многочисленные классификации всех способов, продолжающиеся дискуссии по данной тематике, необходимо обращать внимание на суть конкретного обязательства с учетом ситуации и особенностей юридической конструкции специальных обеспечительных мер, а также субъекта, являющегося обеспечителем обязательства, соответственно, действия кредитора по выбору способов будут зависеть от всего комплекса соответствующих элементов³.

О. С. Гринь, анализируя подходы, сложившиеся в отношении способов обеспечения исполнения обязательств, акцентирует внимание на двух основных функциях в отношении таких способов, выделяя стимулирующую функцию (стимулирование должника к надлежащему исполнению обязательств) и защитную (защита имущественного интереса кредитора в случае нарушения обязательств должником)⁴.

¹ См.: *Иоффе О. С.* Обязательственное право. М., 1975, С. 82.

² См.: *Гонгало Б. М.* Учение об обеспечении обязательств. Вопросы теории и практики. М., 2002.

³ См.: *Воронин Н. В., Бабанин В. А.* Поручительство. Банковская гарантия. Особенности правового регулирования обеспечения исполнения обязательств // Бухгалтер и закон. 2005. № 11.

⁴ См.: *Гринь О. С.* Основные подходы к пониманию способов обеспечения исполнения обязательств // Вектор юридической науки. Вестник ун-та имени Кутафина. 2016. № 10. С. 47.

И. И. Пучковская, подводя итог дискуссии о способах обеспечения исполнения обязательств, предлагает размежевать способы обеспечения исполнения обязательств и меры гражданско-правовой ответственности, признав неустойку именно мерой гражданско-правовой ответственности⁵.

В целом такой подход нельзя не поддержать. В современных правовых механизмах обеспечения исполнения обязательств скорее всего можно определять, что только поручительство, залог и удержание могут быть отнесены к способам обеспечения исполнения обязательств. Другие же способы существующих механизмов обеспечения исполнения обязательств необходимо отнести к иным юридическим конструкциям. Разные подходы к данному институту были определены изначально концепцией формирования гражданского законодательства и в последние время претерпевают значительные изменения. Так, в современной редакции Гражданского кодекса РФ вместо такого способа обеспечения исполнения обязательства, как банковская гарантия, появился способ обеспечения обязательства в виде независимой гарантии. Смена данного подхода была обусловлена необходимостью расширения использования данного способа обеспечения в современной экономической ситуации и расширения количества субъектов, способных обеспечивать гарантийные обязательства. При этом такое расширение потенциально снизит экономическую значимость этого обеспечительного механизма, учитывая, что при его введении в 90-е гг. XX в. он был одним из самых экономически устойчивых.

В теоретическом плане исследовательский формат часто определяется активными исследованиями обеспечительных механизмов в предпринимательской деятельности и ограничивается в государственно-хозяйственной деятельности значимостью обеспечительных механизмов и раскрытия особенностей их применения. В рамках исследования нередко остаются без должного внимания вопросы обеспечительных механизмов, которые на современном этапе развития законодательства вошли в сферу публичных закупок.

В системе публичных закупок, которая реализована на данном этапе через развитие системы контрактных отношений продолжают играть ключевую роль два основополагающих закона: Федеральный закон от 5 апреля 2013 г. № 44-ФЗ «О контрактной системе в сфере закупок товаров, работ, услуг для обеспечения государственных и муниципальных нужд» (далее – Закон № 44-ФЗ) и Федеральный закон от 18 июля 2011 г. № 223-ФЗ «О закупках товаров, работ, услуг отдельными видами юридических лиц»⁶ (далее – Закон № 223-ФЗ). В этой области продолжается активная практическая деятельность по применению механизмов обеспечения заявок на участие в закупках и обеспечения исполнения контрактов. При этом подходы по использованию данных механизмов пока далеки от единообразия.

⁵ См.: Пучковская И. И. О способах обеспечения исполнения обязательств как способах защиты // Вестник Брянского гос. ун-та. 2012. № 2.

⁶ Доступ из справ.-правовой системы «КонсультантПлюс».

В системе контрактных отношений обеспечение заявок определяется ст. 44 Закона № 44-ФЗ, а обеспечение исполнения контракта – ст. 96 Закона № 44-ФЗ и являются одними из самых востребованных институтов для защиты позиций государственных и муниципальных заказчиков при заключении государственных и муниципальных контрактов, используемых как в качестве форм обеспечения заявок, так и в качестве форм обеспечения исполнения контракта. Современная редакция Закона № 44-ФЗ устанавливает возможности применения двух способов обеспечительных механизмов в виде обеспечения заявок и обеспечения исполнения контрактов. Такими способами являются внесение денежных средств на соответствующий счет заказчика, который может быть истолкован как обеспечительный платеж или предоставление банковской гарантии. Выбор способа осуществляется участником самостоятельно. Определяя способы обеспечения, закон не дает общих признаков, характеризующих данные способы, но при этом прописывает конкретные нормы их применения. Необходимо отметить, что определяя обеспечение заявок и обеспечение исполнения контрактов одним родовым понятием – обеспечение исполнения обязательств, следует разделять их правовую суть с точки зрения их целей. Так, обеспечение заявок используется для побуждения участников не просто к подаче заявок, а их стимулирование к заключению контракта, тогда как обеспечение исполнения контракта является классическим вариантом обеспечения исполнения обязательств и стимулирует надлежаще исполнять условия, прописанные в государственном (муниципальном) контракте.

Кроме того, Закон № 44-ФЗ определяет еще один способ обеспечения исполнения обязательств, отнесенных к таковым ст. 329 ГК РФ – неустойку в виде штрафов и пени. Применение неустойки в системе публичных закупок является необходимой мерой ответственности и взыскивается при нарушении сроков со стороны как участников, так и заказчиков. Порядок применения неустойки характеризует такую неустойку как законную и определяет механизм ее применения как через нормы Закона № 44-ФЗ, так и специально принятого для работы заказчиков в данном направлении постановления Правительства от 30 августа 2017 г. № 1042 «Об утверждении Правил определения размера штрафа, начисляемого в случае ненадлежащего исполнения заказчиком, неисполнения или ненадлежащего исполнения поставщиком (подрядчиком, исполнителем) обязательств, предусмотренных контрактом (за исключением просрочки исполнения обязательств заказчиком, поставщиком (подрядчиком, исполнителем) и размера пени, начисляемой за каждый день просрочки исполнения поставщиком (подрядчиком, исполнителем) обязательства, предусмотренного контрактом, о внесении изменений в постановление Правительства Российской Федерации от 15 мая 2017 г. № 570»⁷. При этом вопрос, рассматривающий правовую природу неустойки, активно обсуждаемый с теоретической точки зрения в работах М. М. Агаркова,

⁷ Доступ из справ.-правовой системы «КонсультантПлюс».

В. В. Витрянского, Б. М. Гонгалов, Г. И. Меликова, В. Ф. Яковлева и др., в системе контрактных отношений приобретает практико-ориентированный характер и определяется только с позиции гражданско-правовой ответственности, и вряд ли в классическом понимании ст. 329 ГК РФ может быть отнесена к способам обеспечения исполнения обязательств. То есть неустойка в системе контрактных отношений может быть охарактеризована именно как мера гражданско-правовой ответственности и не отнесена к способам обеспечения исполнения обязательств, которые в Законе № 44-ФЗ четко поименованы.

Такое минимальное количество способов обеспечения обязательств в системе контрактных отношений определилось лишь относительно недавно. В период действия Федерального закона от 21 июля 2005 г. № 94-ФЗ «О размещении заказов на поставки товаров, выполнение работ, оказание услуг для государственных и муниципальных нужд»⁸ способы обеспечения исполнения обязательств в виде обеспечения заявок и обеспечения исполнения государственных и муниципальных контрактов были представлены страхованием ответственности, поручительством, внесением денежных средств и возможностью предоставлять банковскую гарантию. Два первых выделенных способа относительно за короткий период существования системы закупок показали неспособность выступать полноценными обеспечительными механизмами в силу того, что участники решались на предоставление фиктивных договоров поручительства. Страховой рынок также оказался не способным обеспечить исполнение обязательств при наступлении страхового случая, выделяемых в законе, и соответственно был убран из нормативно-правового акта.

Вступление в силу Закона № 44-ФЗ ознаменовало начало периода введения дополнительных требований для участников закупок при работе с обеспечительными механизмами. Так, с 1 января 2014 г. возможность выдавать банковскую гарантию была предоставлена только банкам, отвечающим требованиям, установленным ч. 1 ст. 45 Закона № 44-ФЗ. То есть в качестве обеспечения заявок или обеспечения исполнения контракта заказчики имели право принимать только те банковские гарантии, которые были выданы банками, включенными в предусмотренный ст. 74.1 НК РФ перечень банков, отвечающих установленным требованиям для принятия банковских гарантий в целях налогообложения. Помимо этого, банковская гарантия должна быть особым образом оформлена и внесена в реестр банковских гарантий.

Более простой механизм, такой как внесение денежных средств в качестве обеспечения заявок и обеспечения исполнения контракта, оказался с точки зрения практики более надежным. Участников контрактных отношений могли признать уклонившимися от заключения контрактов, если обеспечение исполнения контракта в виде денежных средств не пришло на счет, открытый заказчиками для совершения данных операций.

⁸ Доступ из справ.-правовой системы «КонсультантПлюс».

Дополнительными обеспечительными механизмами должны были стать нормы антидемпингового характера, определенные ст. 37 Закона № 44-ФЗ. Так, в соответствии с ч. 1 ст. 37 Закона № 44-ФЗ устанавливается, что если при проведении конкурса или аукциона начальная (максимальная) цена контракта составляет более чем 15 млн рублей и участникам закупки, с которыми заключается контракт, предложена цена контракта, которая на 25 % и более ниже начальной максимальной цены контракта, контракт заключается только после предоставления таким участникам обеспечения исполнения контракта в размере, превышающем в полтора раза размер обеспечения исполнения контракта, указанный в документации о проведении конкурса или аукциона, но не менее чем в размере аванса. При этом ч. 2 данной статьи устанавливается и второй вариант антидемпингового механизма, который применяется заказчиком также при снижении участникам цены контракта на 25 % и более, но уже связан с начальной (максимальной) ценой контракта 15 млн рублей и менее. Подтверждением возможности выполнять данные контракты со стороны участников будут такие обеспечительные механизмы, как обеспечение исполнения контракта, увеличенное в полтора раза, или информации, подтверждающей добросовестность такого участника на дату подачи заявок. При этом законом устанавливалось, что в случае проведения аукциона информация, определяющая выполнение участником соответствующих требований, предоставляется при проведении конкурса в составе заявки, а при проведении аукциона – при направлении заказчику подписанного проекта контракта. С введением процедур определения поставщика в электронной форме предоставление антидемпинговых механизмов производится участником при подписании контрактов при проведении как электронного конкурса, так и электронного аукциона. Таким образом, антидемпинговые меры при проведении конкурсов, аукционов должны были стать дополнительным механизмом правовой и финансовой защиты при снижении начальной максимальной цены контракта на 25 % и ниже.

Применение как обеспечительных, так и антидемпинговых механизмов Закона № 44-ФЗ в течение 2014–2018 гг. показали относительную применяемость данной нормы. Участники закупок при проведении процедур более продуманно подходили к снижению начальной (максимальной) цены контракта, особенно при проведении конкурсов. При проведении аукционов механизмы антидемпинга сыграли не такую сдерживающую для участников роль, как планировалось первоначально. Определяя при участии в соответствующей процедуре свои действия, участники обычно исходили из того, что нормы антидемпинга являются дополнительной гарантией исполнения контракта и должны быть сочетанием стандартных вариантов обеспечения, установленных ч. 4 ст. 96 Закона № 44-ФЗ и дополнительных, установленных ст. 37 Закона № 44-ФЗ. При этом ст. 96 указанного закона, определяя исполнение контракта в виде банковской гарантии или внесения денежных средств, никоим образом не определяла возможность применения только антидемпинговых механизмов в виде предоставления информации о достоверности как обеспе-

чения исполнения контракта. Таким образом, обеспечение исполнения контракта предоставлением банковской гарантии или внесением денежных средств в процессе применения Закона № 44-ФЗ определялись как основные обеспечительные механизмы исполнения контракта, а предоставления информации о добросовестности участника как дополнительные способы и только при наличии снижения цены контракта на 25 % и более начальной (максимальной) цены контракта.

При этом судебная практика по реализации обеспечительных механизмов с учетом антидемпинговых мер, в принципе, была достаточно однозначна. Так, в соответствии с постановлением Арбитражного суда Московского округа от 11 марта 2016 г. № Ф05-1273/2016⁹ была признана необходимостью исполнения участником требования предоставления обеспечения в превышающем порядке. Однако участником это требование не было исполнено по техническим причинам, что подтверждает позицию суда считать необходимым исполнить требование об обеспечении исполнения контракта в соответствии с механизмами антидемпинга, изложенными в ст. 37 Закона № 44-ФЗ. Подобные выводы следуют из рассмотрения материалов дела от 3 марта 2016 г. № А50-30890/2015, вынесенные решением Арбитражного суда Пермского края¹⁰, в рамках которого подтверждается необходимость предоставления обеспечения исполнения контракта в соответствии со ст. 37 Закона № 44-ФЗ. При этом действия участника, который ненадлежащим образом выполнил требования по предоставлению обеспечения, а именно не проверил информацию, содержащуюся в реестре исполненных контрактов, и не проявил должной степени «заботливости» и осмотрительности при представлении банковской гарантии и информации о контрактах, что судом было расценено как признаки недобросовестности в виде небрежности.

Новое прочтение данных норм относительно недавно дал Верховный Суд РФ в своем определении от 10 мая 2016 г. № 307-КГ16-3568¹¹. Так, согласно данному определению, принятому по кассационной жалобе ФКУ «Центр хозяйственного и сервисного обеспечения Управления Министерства внутренних дел РФ» на решение Арбитражного суда Мурманской области от 13 июля 2015 г., Мурманской области определяется следующее: участник закупки в рамках выигранной процедуры по итогам электронного аукциона выполнил требование по предоставлению обеспечения, предоставив только информацию подтверждающую добросовестность победителя аукциона. При этом победитель аукциона посчитал, что выполнение требования по обеспечению исполнения контракта в рамках антидемпинговых механизмов по ст. 37 Закона № 44-ФЗ являются исчерпывающим и означает со стороны участника полностью выполненные обязательства по обеспечению исполнения контракта. Фактически данный участник проигнорировал требование ст. 96 Закона № 44-ФЗ,

⁹ Доступ из справ.-правовой системы «КонсультантПлюс».

¹⁰ Там же.

¹¹ Там же.

устанавливающей обязательное требование по обеспечению исполнения контракта. В рамках произведенных действий соответствующий заказчик определил, что участник ненадлежаще выполнил требования по предоставлению обеспечения и подал информацию по данному участнику в реестр недобросовестных поставщиков (подрядчиков, исполнителей), что, собственно, и оспаривал участник. Таким образом, если следовать логике определения Верховного Суда, антидемпинговые нормы, описанные в ст. 37 Закона № 44-ФЗ в виде предоставления информации о добросовестности следовало считать новым механизмом обеспечения исполнения контракта, что фактически могло привести к полной остановке обеспечительных механизмов исполнения контракта, так как на практике участники могли воспользоваться возможностью, предоставленной указанным определением суда, а также руководствоваться необходимостью предоставления обеспечения исполнения контракта не в виде банковской гарантии и (или) внесения денежных средств, а только предоставлением информации о добросовестности. Данная позиция суда была использована на практике как участниками¹², которые посчитали антидемпинговый механизм вариантом обеспечения исполнения контракта, так и судами. Так, в постановлении Арбитражного суда Центрального округа от 9 июня 2016 г. № Ф10-1606/2016¹³ определяется, что из анализа положений ст. 37 и 70 Закона № 44-ФЗ не следует обязанность победителя аукциона предоставлять одновременно как обеспечение исполнения контракта, так и документы, подтверждающие добросовестность победителя аукциона. Кроме того, в постановлении указывается, что соответствующая позитивная информация о будущем контрагенте заказчика (о его позитивном опыте в сфере закупок) сама по себе несет обеспечительную нагрузку в той мере, какая воспринимается законодателем как необходимая и достаточная для исключения иного, денежного обеспечения в том или ином размере.

Такая правовая неопределенность обеспечительных механизмов Закона № 44-ФЗ фактически могла бы привести к большому количеству необеспеченных государственных и муниципальных контрактов, что крайне негативно отразилось бы на бюджетных правоотношениях РФ, особенно в сложных экономических условиях.

Данная ситуация разрешилась в соответствии с изменениями, внесенными в Закон № 44-ФЗ, а именно в ст. 37¹⁴. Изменение, определяющее, что информация, подтверждающая добросовестность такого участника на дату подачи заявки предоставляется одновременно с предоставлением таким участником обеспечения исполнения контракта в размере обеспечения исполнения контракта, указанном в документации о закупке.

¹² Определение Верховного Суда РФ от 28 марта 2017 г. № 302-КГ 17-1682.

¹³ Доступ из справ.-правовой системы «КонсультантПлюс».

¹⁴ О внесении изменений в Федеральный закон «О контрактной системе в сфере закупок товаров, работ, услуг для обеспечения государственных и муниципальных нужд»: федер. закон от 27 декабря 2018 г. № 502-ФЗ. Доступ из справ.-правовой системы «КонсультантПлюс».

Таким образом, произошло разделение антидемпинговых механизмов, определявших необходимость подтверждения выполнения обязательств по исполнению контрактов по цене, сниженной на 25 % и более от начальной (максимальной) цены контракта и собственно обеспечения исполнения контракта по тем условиям, которые закреплены в тексте контракта и не зависят от наличия демпинга при снижении цены контракта. Такая редакция ст. 37 Закона № 44-ФЗ стала необходимой как для приведения в надлежащий вид механизма обеспечения исполнения обязательств по контракту, так и для юридической защиты антидемпингового механизма системы контрактных отношений, что позволит в результате правоприменения таких норм создать соответствующую практику.

Кроме того, с 1 июня 2018 г. произошли изменения в требованиях к банкам, гарантии которых вправе принимать государственные и муниципальные заказчики в качестве обеспечения исполнения контрактов. Министерство финансов РФ размещает на своем сайте в сети «Интернет» перечень банков, которые, по данным Центрального банка Российской Федерации (далее – ЦБ РФ), соответствуют требованиям к размеру собственных средств (капитала) банка и уровню кредитного рейтинга, присвоенного российскому банку одним или несколькими кредитными рейтинговыми агентствами по национальной рейтинговой шкале для Российской Федерации в соответствии с определенной методологией ЦБ РФ.

Дальнейшее развитие обеспечения исполнения заявок и исполнения контрактов были определены новациями Федерального закона № 504¹⁵, внесшими изменения в Закон № 44-ФЗ и закрепившими более четкие требования к банкам, выдающим банковские гарантии, чем к самой банковской гарантии. С 1 января 2019 г. заказчики в качестве обеспечения заявок и обеспечения исполнения контрактов принимают банковские гарантии, которые должны быть выданы банками, удовлетворяющие новым требованиям, которые должно установить Правительство РФ. При этом такие требования к банкам определяют размер собственных средств (капитала) банка и уровень кредитного рейтинга, который будет присваиваться российской кредитной организации одним или несколькими кредитными рейтинговыми агентствами, сведения о которых внесены ЦБ РФ в реестр кредитных рейтинговых агентств. Такое внесение будет производиться по национальной рейтинговой шкале для РФ согласно методологии, соответствие которой требованиям ст. 12 Федерального закона от 13 июля 2015 г. № 222-ФЗ «О деятельности кредитных рейтинговых агентств в Российской Федерации, о внесении изменения в статью 76.1 Федерального закона «О Центральном банке Российской Федерации (Банке России)» и признании утратившими силу отдельных положений законодательных актов Российской Федерации» подтверждено ЦБ РФ.

¹⁵ О внесении изменений в Федеральный закон «О контрактной системе в сфере закупок товаров, работ, услуг для обеспечения государственных и муниципальных нужд»: федер. закон от 31 декабря 2017 г. № 504-ФЗ. Доступ из справ.-правовой системы «КонсультантПлюс».

Перечень банков, соответствующих установленным требованиям, ведется федеральным органом исполнительной власти по регулированию контрактной системы в сфере закупок на основании сведений, полученных от ЦБ РФ, и размещается на официальном сайте федерального органа исполнительной власти по регулированию контрактной системы в сфере закупок в информационно-телекоммуникационной сети «Интернет». В случае выявления обстоятельств, свидетельствующих о соответствии банка, не включенного в перечень, установленным требованиям либо о несоответствии банка, включенного в перечень, установленным требованиям, такие сведения направляются ЦБ РФ в федеральный орган исполнительной власти по регулированию контрактной системы в сфере закупок в течение пяти дней со дня выявления указанных обстоятельств для внесения соответствующих изменений в перечень.

Новые требования к банкам, которые устанавливаются в Закон № 44-ФЗ, направлены прежде всего на создание системы надежности не только банковских гарантий, но и надежности банков, которые выдают такие банковские гарантии в качестве обеспечения заявок и обеспечения исполнения контрактов. Данные изменения российского законодательства вполне объяснимы и связаны с ужесточением требований к коммерческим банкам, предъявляемым к ним ЦБ РФ. Безусловно, подобные новации создадут систему большей надежности банков, выдающих банковские гарантии и приведут к увеличению надежности самих банковских гарантий. Кроме того, в Обзоре судебной практики разрешения споров, связанных с применением законодательства о независимой гарантии, утвержденном Президиумом Верховного Суда 5 июня 2019 г., также определены подходы, которыми должны руководствоваться суды по применению законодательства по независимым гарантиям. В данном определении не учитывается специфика контрактных отношений и особенности применения независимых гарантий в системе контрактных отношений, а определяются только общие правовые позиции, которыми должны руководствоваться суды при разрешении любых споров при правоотношениях, связанных с независимой гарантией.

Таким образом, произошедшие изменения норм Закона № 44-ФЗ, разделившие антидемпинговый механизм и институт обеспечения исполнения контракта, безусловно, можно признать положительной практикой работы законодателей, определившей и решившей проблемность применения данной нормы. Внесенные изменения в ст. 37 и 96 Закона № 44-ФЗ в механизм обеспечения исполнения контракта четко установили необходимость обеспечения исполнения контракта, независимо от обязательств, возникающих у участника при наличии демпинга.

Выделяя внесенные изменения и определяя их безусловную значимость, необходимо говорить о дальнейшей модернизации института обеспечительных механизмов, закрепленных в Законе № 44-ФЗ. Определяющим в таких изменениях должно стать разделение механизмов ответственности контрагентов за неисполнение условий и собственно обеспечение исполнения обязательств. Кроме того, необходимо закреп-

пить в законе механизм работы с обеспечением исполнения контракта в случае неисполнения или ненадлежащего исполнения обязательств со стороны участника, более четко разделив конструкцию обеспечения исполнения обязательств и механизм ответственности за неисполненное обязательство по контракту. Несмотря на подход, выраженный в Обзоре Президиума Верховного Суда РФ от 28 июня 2017 г. (п. 29)¹⁶, определивший, что случае исполнения контракта с просрочкой обеспечительный платеж удерживается заказчиком в размере, равном размеру имущественных требований заказчика к исполнителю, если иное не предусмотрено контрактом; сумма денежных средств, превышающая указанный размер, подлежит взысканию с заказчика в качестве неосновательного обогащения. Пологаем, что необходимо выделять отдельную значимость обязательств в системе контрактных отношений. Неисполнение таких обязательств или ненадлежащее их исполнение чревато более серьезными не столько юридическими, сколько социальными последствиями. Так, недопоставка или некачественная поставка лекарственных препаратов прямо отражается на работе конкретного лечебного учреждения; или ненадлежащее выполнение обязательств, связанных с ремонтом дорог или вывозом снега, может повлечь более тяжелые последствия, чем неисполнение обязательств в обычной предпринимательской деятельности при наличии подобных нарушений. Соответственно, определение четких механизмов обеспечения исполнения обязательств и отделения их от механизмов ответственности, установление возможности удержания всего обеспечительного платежа и взыскания денежной суммы у банка за неисполнение или ненадлежащее исполнение любого или в целом неисполненного обязательства сможет привести к созданию большей надежности выполнения условий контракта в системе контрактных отношений. Такой механизм должен быть подкреплен более жестким контролем работы заказчиков с обеспечительными механизмами, не позволяющими такой механизм использовать для неконкурентных целей.

Таким образом, обеспечение исполнения обязательств в системе публичных закупок приобретает характер их разделения в процессе правоприменения именно на конкретные способы обеспечения исполнения обязательств в виде предоставления банковской гарантии и внесения денежных средств в виде депозита и способы ответственности за неисполнение обязательств в виде возможности взыскания неустойки в виде штрафа и пени. При этом в системе публичных закупок введен, по сути, новый обеспечительный механизм в виде применения норм антидемпингового характера, которые в полной мере отражают цивилистическую суть обеспечительных механизмов исполнения обязательств. Кроме того, такой обеспечительный механизм не только позволяет превентивно

¹⁶ Обзор судебной практики применения законодательства Российской Федерации о контрактной системе в сфере закупок товаров, работ, услуг для обеспечения государственных и муниципальных нужд : обзор Президиума Верховного Суда РФ от 28 июня 2017 г.

воздействовать на участников, не допуская либо уменьшая вероятность снижения начальных (максимальных) цен контрактов, но и при соответствующем применении антидемпингового механизма повышает обеспеченность выполнения обязательств со стороны участников контрактных отношений. Соответственно, практика публичных закупок предоставляет возможность вводить подобные правовые механизмы и для других участников предпринимательской деятельности, защищая возможность добросовестной, а не ценовой конкуренции.

Фактически, исследуя применение способов обеспечения исполнения обязательств в системе контрактных отношений, можно говорить о развитии в правоприменении основных решений по данным вопросам, а именно:

– в системе контрактных отношений произошло разделение способов обеспечения исполнения обязательств по правовой природе на порождающие ответственность и не имеющие таковой;

– введены механизмы дополнительного способа обеспечения исполнения обязательств, к которым можно отнести антидемпинговый механизм, используемый при снижении НМЦК на 25 % и более от начальной (максимальной) цены;

– присутствие в обеспечительных механизмах как стимулирующей, так и защитной функции;

– отсутствие, но необходимость дальнейшей регламентации механизмов обеспечения исполнения обязательств и отделения их от механизмов ответственности, установление возможности удержания всего обеспечительного платежа и взыскания денежной суммы у банка за неисполнение или ненадлежащее исполнение любого или в целом неисполненного обязательства.

Такие подходы позволяют создать эффективный обеспечительный механизм исполнения государственных, муниципальных контрактов и создадут систему стимулирования участников к надлежащему исполнению обязательств в системе контрактных отношений.