

Два изъяна банковских гарантий, которые могут сорвать заключение госконтракта

Для заключения государственного или муниципального контракта победителю торгов необходимо предоставить заказчику обеспечение, которым часто выступает банковская гарантия. Правда, не все компании относятся к оформлению таких документов с должной осмотрительностью и вниманием. В то время как такой подход может стоить поставщику, подрядчику или исполнителю не только контракта, но и вылиться для него в дорогостоящие судебные тяжбы.

Обеспечение

П

оложениями Федерального закона от 21.07.2005 № 94-ФЗ «О размещении заказов на поставки товаров, выполнение работ, оказание услуг для государственных и муниципальных нужд» (далее — Закон о закупках) установлено обязательное правило о предоставлении победителем торгов обеспечения исполнения контракта в форме, указанной заказчиком. Самым распространенным и самым действенным обеспечительным инструментом в данной сфере считается банковская гарантия. Вместе с тем банковская гарантия при всем ее удобстве не всегда выступает надежным способом обеспечения исполнения по государственным и муниципальным контрактам.

В судебной практике четко вырисовываются две группы дел, связанные с банковскими гарантиями по контрактам, заключаемым в соответствии с процедурами Закона о закупках. Первая категория дел — дела о предоставлении победителями торгов сфальсифицированных гарантий, которые проникают на рынок через посреднические фирмы с сомнительной репутацией. Вторая категория — дела, возникающие в связи с досрочным прекращением обязательств гарантов по банковским гарантиям в результате отзыва лицензий на осуществление банковских операций.

Остановимся подробнее на этих двух категориях, соответствующих рискам для участников и заказчиков торгов, а также способах предотвращения неблагоприятных последствий.

Первая категория дел: сфальсифицированные гарантии

Типичным в наши дни становится вариант взаимодействия участника торгов для получения банковской гарантии с юридическим лицом — посредником. Как правило, такой посредник обещает очень быстрое оформление банковской гарантии (буквально за час) на необходимую сумму и за «полцены». Перечислить вознаграждение за выдачу банковской гарантии предлагается не в банк, а прямо посреднику или указанному им третьему лицу. Посредник в качестве подтверждения собственной добросовестности и реальности оказываемых им услуг вручает клиенту внушительный пакет документов, среди которых и учредительные документы банка-гаранта,

и соглашение об оказании посреднических услуг, и доверенности, и прочие бумаги, об истинном происхождении которых остается только догадываться.

Участники торгов, не пренебрегая возможностью сэконоимить, зачастую забывают, что бесплатный сыр обычно бывает только в мышеловке. Мышеловкой в данном случае может оказаться реестр недобросовестных поставщиков, в который гарантированно попадет победитель торгов, который предоставил заказчику банковскую гарантию, полученную от такого посредника.

Совсем недавно проверка банковских гарантий производилась государственными и муниципальными заказчиками выборочно, в основном в отношении подозрительных гарантий. Сейчас без такой предварительной проверки не заключается ни один контракт, а заказчики утверждают специальные правила проверки обеспечительных документов победителей торгов (см., например, распоряжение Правительства Москвы от 11.10.2011 № 792-РП).

Обычно проверка гарантии осуществляется путем направления в адрес банка-гаранта запроса о подтверждении факта принятия им соответствующих обязательств и их объема. Кроме того, заказчик может самостоятельно проверить факт внесения сведений о гаранте в справочник кредитных организаций, зарегистрированных на территории России, размещенный на официальном сайте ЦБ РФ, проверить там же информацию о возможном отзыве лицензии у гаранта.

Заказчик, получивший от банка-гаранта опровержение сведений о выдаче гарантии, имеет право отказать от заключения контракта с победителем, не запрашивая у него нового обеспечения. Основанием для отказа является тот факт, что предоставленное обеспечение собственно обеспечением не является, а значит, победитель не выполнил необходимых действий, предшествующих заключению контракта. Сведения о победителе, предоставившем сфальсифицированную гарантию, направляются заказчиком в ФАС России, которая осуществляет ведение реестра недобросовестных поставщиков (постановления Правительства РФ от 20.02.2006 № 94, от 15.05.2007 № 292, от 30.06.2004 № 331) для решения вопроса о признании данного лица уклонившимся от заключения контракта и включения сведений о нем в указанный реестр.

Иногда случается и так, что победитель торгов, искренне веря в действительность предоставленной заказчику банковской гарантии, обращается в антимонопольный орган с жалобой на действия заказчика, неправомочно отказавшегося заключить с ним контракт по причине ненадлежащего обеспечения.

И в том и другом случае ФАС России будет обязана разобрататься в ситуации и отреагировать по результатам провер-

ки, подтвердив или опровергнув факт уклонения победителя от заключения контракта. Лицо, признанное антимонопольным органом уклонившимся от заключения контракта и внесенное в реестр, вправе обжаловать это решение в суд.

В целом подход арбитражных судов к разрешению дел данной категории уже сформирован (постановления ФАС Западно-Сибирского округа от 17.08.2012 по делу № А70-8487/2011, Московского округа от 18.01.2013 по делу № А40-19622/2012, от 24.09.2012 по делу № А40-113203/2011).

По мнению судов, предоставление ненадлежащей банковской гарантии правомерно рассматривается заказчиками и антимонопольным органом как уклонение от заключения контракта. Если участник торгов по небрежности не принимает необходимых мер по соблюдению норм и правил, необходимых для заключения контракта, он создает условия, влекущие невозможность подписания контракта.

Факт обращения за получением банковской гарантии не напрямую в банк, а к посреднической организации является для судов подтверждением того, что победитель торгов действовал неосмотрительно. Победитель торгов, который не вступал в непосредственные отношения с банком и не проверил достоверность полученного от посредника документа, названного банковской гарантией, но предъявил этот документ в качестве обеспечения обязательств по контракту, не может считаться выполнившим требования Закона о закупках о действительном обеспечении контракта.

Меньшая стоимость посреднической услуги по сравнению со стоимостью аналогичных банковских услуг, по мнению арбитражных судов, сама по себе является тем обстоятельством, которое ставит под сомнение обоснованность и реальность таких услуг и вызывает необходимость проверки достоверности подобной посреднической сделки.

Вторая категория дел: отзыв лицензии у гаранта

Встречаются на практике и такие ситуации, когда уже в процессе исполнения контракта, заключенного по результатам торгов, становится известно об отзыве у банка-гаранта лицензии на осуществление банковских операций. Как правило, сначала заказчик обращается к исполнителю по контракту с просьбой предоставить иное обеспечение взамен утраченного. Но выполнять эту просьбу исполнители обычно не торопятся. В результате мирно договориться не получается, и неудовлетворенная сторона идет в суд.

По данной категории дел суды также имеют отработанные подходы (постановления ФАС Московского округа от 25.12.2012 по делу № А40-13301/2012, от 25.12.2012 по делу № А40-13298/2012, от 28.02.2012 по делу № А40-19637/2011).

Так, удовлетворение иска о понуждении исполнителя предоставить надлежащее обеспечение обязательств возможно, только если такой контракт содержит специальное условие о соответствующей обязанности исполнителя. Если на момент заключения контракта исполнителем было выполнено обязательство в части обеспечения исполнения обязательств по контракту в форме банковской гарантии и предоставленная банковская гарантия отвечала требованиям, установленным контрактом, оснований считать его обязательства неисполненными не имеется. Отзыв лицензии банка-гаранта произошел не по вине исполнителя, и это обстоятельство само по себе не является основанием для возложения на исполнителя обязанности повторного предоставления обеспечения по договору.

Заказчик в такой ситуации вправе подать иск о расторжении контракта по причине существенного нарушения обязательства. Суд может удовлетворить подобные требования, если контракт содержит положение об обязанности исполнителя предоставить заказчику иное (новое) надлежащее обеспечение исполнения взамен прежнего, ставшего недействительным.

Проверять гарантии стоит самостоятельно

Подводя итог, хочется еще раз подчеркнуть важность получения банковской гарантии непосредственно в банке. Идеальный вариант — заранее согласовать выдачу гарантии с несколькими хорошо зарекомендовавшими себя банками. Это повлечет более трудоемкую и длительную процедуру. Но и результат, по сравнению с предложениями посредников, будет качественно отличаться и свидетельствовать о добросовестности участника торгов в выборе контрагентов.

Стоит также проверить надежность банка-гаранта с помощью электронных ресурсов ЦБ РФ. Полезной может быть информация о соответствии размера предоставленной гарантии капиталу банка (сведения размещены на сайте ЦБ РФ в показателе «Собственные средства, капитал» формы 134 справочника по кредитным организациям, зарегистрированным на территории РФ), с учетом максимального допустимого числового значения норматива максимального размера риска на одного заемщика или группу связанных заемщиков (Н6), а также информация о соответствии совокупной величины банковских гарантий, учтенных в Реестре гарантийных обязательств ЕАИСТ, капиталу банка, с учетом максимально допустимого числового значения норматива максимального размера крупных кредитных рисков (Н7) (гл. 5 Инструкции ЦБ РФ от 03.12.2012 № 139-И).

Дарья Шагрова,
юрист Арбитражной практики
VEGAS LEX