

Взыскание неустойки в рамках законодательства РФ о контрактной системе в сфере закупок¹

Аннотация. В статье представлен анализ антимонопольной и судебной практики в отношении определения размера неустойки и порядка ее взыскания в соответствии с законодательством РФ о контрактной системе.

Автор рассматривает вопрос о форме закрепления в контракте заказчиком условия об ответственности, анализируя и объясняя подходы антимонопольных органов и судов. Отдельное внимание уделяется вопросам удержания неустойки из банковской гарантии и денежных средств.

Показано соотношение механизмов неустойки, банковской гарантии и денежных средств. Исследуются вопросы соотношения штрафа, пени и оснований для их применения, доказывается тезис о необоснованно завышенном размере законной неустойки в отношении поставщиков, проведен анализ рисков в связи с завышенным размером штрафных санкций как для заказчиков, так и в отношении поставщиков.

В статье рассматривается вопрос штрафных санкций с точки зрения необходимости обеспечения баланса частных и публичных интересов в рамках контрактной системы.

Ключевые слова: закупки, неустойка, штраф, пени, контрактная система, контракты, поставщики, заказчики, банковская гарантия, удержание обеспечения, арбитражные суды.

DOI: 10.17803/1994-1471.2017.80.7.073-082

В силу ч. 4 ст. 34 Федерального закона от 05.04.2013 № 44-ФЗ «О контрактной системе в сфере закупок товаров, работ, услуг для обеспечения государственных и муниципальных нужд» (далее — Закон № 44-ФЗ) в контракт включается обязательное условие об ответственности заказчика и поставщика

за неисполнение или ненадлежащее исполнение обязательств, предусмотренных контрактом.

Исходя из этого может быть два способа определения условия об ответственности в контракте: либо отсылка к Правилам определения размера неустойки², либо дублирование

¹ Основа данной статьи была подготовлена и представлена на круглом столе «Новеллы гражданского законодательства и судебной практики по вопросам исполнения и обеспечения исполнения обязательств», состоявшемся 16 февраля 2017 г. в Университете имени О.Е. Кутафина (МГЮА).

² См.: постановление Правительства РФ от 25 ноября 2013 г. № 1063 «Об утверждении Правил определения размера штрафа, начисляемого в случае ненадлежащего исполнения заказчиком, 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» // СЗ РФ. 2013. № 48. Ст. 6266.

© Тасалов Ф. А., 2017

* Тасалов Филипп Артемьевич, кандидат юридических наук, руководитель отдела по нормотворческой работе ООО «РТС-тендер»

msal@msal.ru

125993, Россия, г. Москва, Садовая-Кудринская ул., д. 9

заказчиком всех возможных случаев определения размера неустойки в проекте контракта.

Согласно позиции ФАС России заказчиком целесообразно устанавливать в проекте контракта под отлагательным условием все возможные значения размеров штрафа, а включение в проект контракта ссылки на Правила определения размера неустойки, вместо установления вышеуказанных размеров штрафа, пени, не является надлежащим исполнением обязанности заказчика по установлению размеров неустойки³. Некоторые арбитражные суды придерживаются аналогичной позиции⁴.

Размеры штрафов в Правилах определения размера неустойки недвусмысленно привязаны к цене, по которой заключается контракт (без диапазонных значений, которые действительно могли бы создавать неопределенность по вопросу определения размера неустойки), а в отношении пени установлена формула. Логика антимонопольного ведомства заключается в том, что на момент размещения заказчиком в Единой информационной системе в сфере закупок проекта контракта и документации о закупке цена контракта неизвестна и участник закупки должен иметь ясность по вопросу размера штрафных санкций исходя из анализа документации о закупке без отсылки к Правилам определения размера неустойки.

По исследуемому вопросу существует и противоположная судебная практика.

Так, антимонопольный орган счел, что условия проекта контракта о том, что в случае несоблюдения сроков оказания услуг кредитор уплачивает заемщику пени, размер которых

исчисляется в соответствии с п. 6—8 Правил определения размера неустойки, противоречат ч. 4 ст. 34 Закона № 44-ФЗ. Заказчик с приведенным обоснованием контрольного органа не согласился и обратился в арбитражный суд.

Арбитражный суд кассационной инстанции поддержал позицию заказчика и счел, что все потенциальные участники конкурсных процедур, а затем и лицо, с которым заключен контракт, понимают, каким образом будет исчисляться размер пени в случае допущения поставщиком просрочки исполнения обязательств⁵.

Отсутствие в контракте даты и номера акта Правительства РФ, которым установлены размеры штрафных санкций, но указание на наличие такого акта Правительства РФ путем дублирования заказчиком ч. 7 ст. 34 Закона № 44-ФЗ в контракте также признается арбитражными судами надлежащим исполнением заказчиком обязанности по определению условия об ответственности⁶.

Оценивая правомерность приведенных диаметрально противоположных позиций ФАС России и арбитражных судов, следует подчеркнуть, что неустойка, предусмотренная Законом № 44-ФЗ, является законной⁷. Тот факт, что правила определения размера штрафных санкций закреплены в подзаконном акте, а не в Законе № 44-ФЗ, на юридическую природу законной неустойки не влияет.

В этом случае в силу п. 1 ст. 332 ГК РФ кредитор вправе требовать уплаты законной неустойки независимо от того, предусмотрена ли обязанность ее уплаты соглашением сторон.

³ См.: разъяснения ФАС России «О включении в контракт условий об уплате неустойки (штрафа, пени), а также об уменьшении суммы, подлежащей уплате физическому лицу в случае заключения с ним контракта, на размер налоговых платежей, связанных с оплатой контракта» // URL: <http://fas.gov.ru/documents/documentdetails.html?id=1101> (дата обращения: 08.01.2017).

⁴ См.: постановление Арбитражного суда Московского округа от 20 августа 2015 г. по делу № А40-185474/14 // СПС «КонсультантПлюс»; постановление Арбитражного суда Московского округа от 8 сентября 2015 г. по делу № А40-190364/14 // СПС «КонсультантПлюс»; постановление Арбитражного суда Московского округа от 8 сентября 2015 г. по делу № А40-194703/14 // СПС «КонсультантПлюс».

⁵ См.: постановление Арбитражного суда Волго-вятского округа от 23 марта 2016 г. по делу № А79-3535/2015 // СПС «КонсультантПлюс».

⁶ См.: постановление Арбитражного суда Волго-Вятского округа от 27 октября 2016 г. № Ф01-4596/2016 по делу № А43-25389/2015 // СПС «КонсультантПлюс».

⁷ См.: постановление Пленума Верховного Суда РФ от 24 марта 2016 г. № 7 «О применении судами некоторых положений Гражданского кодекса Российской Федерации об ответственности за нарушение обязательств». П. 78 // СПС «КонсультантПлюс».

А если учесть, что в ч. 4 ст. 34 Закона № 44-ФЗ не сказано, что заказчик обязан устанавливать все правила определения размера штрафных санкций в проекте контракта, то, разумеется, заказчик не связан обязанностью по дублированию Правил определения размера неустойки в проекте контракта.

При определении размера пени, устанавливаемой за просрочку поставщиком исполнения обязательств, в контракты заказчиками, как правило, заимствуется из Закона № 44-ФЗ (ч. 7 ст. 34) общее правило о том, что размер пени должен быть не менее чем 1/300 ставки рефинансирования ЦБ РФ.

В отличие от размера пени в отношении просрочки исполнения обязательств заказчиком, составляющей 1/300 ставки рефинансирования ЦБ РФ (ч. 5 ст. 34 Закона № 44-ФЗ), размер пени в отношении поставщика может быть увеличен.

Судебной практике известны случаи, когда установление пени в отношении просрочки исполнения обязательства поставщиком в большем размере, чем предусмотрено ч. 7 ст. 34 Закона № 44-ФЗ, например 1 %, признается правомерным⁸.

Так, Верховный Суд РФ справедливо подчеркнул, что Закон № 44-ФЗ и Правила определения размера неустойки закрепляют только нижний предел ответственности подрядчика в виде пени («не менее чем 1/300 действующей на дату уплаты пени ставки рефинансирования ЦБ РФ») и не запрещают увеличивать размер пени соглашением сторон⁹.

Практический интерес представляет и другая позиция Верховного Суда РФ о возможности одновременного взыскания заказчиком штрафа и пени в отношении поставщика для случаев неисполнения поставщиком обязательства.

Так, Судебная коллегия по экономическим спорам Верховного Суда РФ указала, что в случае неисполнения обязательств поставщиком по контракту, когда заказчик в принципе не

получил исполнения от поставщика, одновременное начисление заказчиком штрафа и пени за просрочку исполнения обязательства соответствует Закону № 44-ФЗ¹⁰.

Коллегия судей в рассмотренном деле не согласилась с позицией арбитражных судов трех инстанций о том, что Закон № 44-ФЗ и Правила определения размера неустойки разграничивают ответственность поставщика: за просрочку — в виде пени, а за неисполнение или ненадлежащее исполнение, за исключением просрочки, — в виде штрафа¹¹.

В отношении позиции Верховного Суда РФ по рассмотренному делу необходимо иметь в виду, что одновременное взыскание заказчиком штрафа и пени возможно только в случаях ненадлежащего исполнения поставщиком своих обязательств, включая их просрочку.

Например, поставщик осуществил поставку товара с просрочкой, а по итогам приемки продукции заказчик выяснил, что товар не соответствует требованиям национального стандарта, указанным в документации о закупке. В этом случае заказчик обязан требовать взыскания штрафа за поставку некачественной продукции и пени за просрочку поставщиком определенного этапа поставки.

Напротив, если имело место неисполнение поставщиком обязательства, заказчик вправе взыскать только штраф, поскольку в силу ч. 7 ст. 34 Закона № 44-ФЗ пеня начисляется заказчиком за *просрочку исполнения поставщиком обязательства*, а не за его неисполнение. В пользу такого вывода говорит и то, что в данной норме законодатель предусмотрел, что размер пени исчисляется от цены контракта, *уменьшенной на сумму, пропорциональную объему обязательств, предусмотренных контрактом и фактически исполненных поставщиком*.

Таким образом, можно утверждать, что Верховный Суд РФ при рассмотрении комментируемого дела вышел за пределы положений за-

⁸ См.: определение Верховного Суда РФ от 31 марта 2016 г. по делу № 306-ЭС15-15659 // СПС «КонсультантПлюс».

⁹ См.: определение Верховного Суда РФ от 31 марта 2016 г. по делу № 306-ЭС15-15659.

¹⁰ См.: определение Верховного Суда РФ от 9 марта 2017 г. по делу № 302-ЭС16-14360 // СПС «КонсультантПлюс».

¹¹ См.: решение Арбитражного суда Красноярского края от 22 марта 2016 г. по делу № А33-28174/2015 // СПС «КонсультантПлюс».

конодательства о контрактной системе в части допустимости взыскания заказчиком штрафа и пени для случаев неисполнения поставщиком обязательств по контракту.

В то же самое время Верховный Суд РФ в рамках другого дела поддержал позицию арбитражных судов трех инстанций, суть которой сводится к тому, что при нарушении поставщиком срока поставки товара заказчик может взыскать только пени за просрочку, а одновременное взыскание заказчиком штрафа и пени «нельзя признать правомерным, поскольку исходя из смысла Гражданского кодекса РФ за одно и то же правонарушение не могут применяться две меры ответственности»¹².

В этом контексте интересна аргументация арбитражного суда первой инстанции, воспринятая вышестоящими судами, о недопустимости применения заказчиком к поставщику двух мер ответственности — штрафа и пени.

Не вызывает сомнений, что разграничение в Законе № 44-ФЗ оснований для начисления штрафа и пени, которые дифференцируются в контракте, означает, что эти основания являются разными по своей юридической природе. Следовательно, просрочка исполнения обязательства и его неисполнение не являются «одним и тем же правонарушением».

Так, в отличие от приведенной судебной практики, по одному из дел арбитражный суд кассационной инстанции справедливо указал, что «контрактом предусмотрено два вида ответственности за совершенно разные нарушения: пеня начисляется за просрочку исполнения обязательств, штраф применяется за иные нарушения, связанные с ненадлежащим исполнением обязательств, за исключением просрочки исполнения обязательств по контракту»¹³. Таким образом, коллегия судей обоснованно по-

считала правомерными выводы судов первой и апелляционной инстанции о том, что единовременное применение данных мер ответственности не является двойным взысканием.

Необходимо отметить, что размер законной неустойки, предусмотренный постановлением Правительства РФ от 25 ноября 2013 г. № 1063, как представляется, нарушает баланс частных и публичных интересов.

Если предельный размер ответственности заказчика, за исключением просрочки исполнения обязательства, ограничен 2,5 % цены контракта, то в отношении ответственности поставщика этот показатель составляет уже 10 % цены контракта, в 4 раза превышая размер неустойки в отношении заказчика. Неудивительно, что завышенный и экономически необоснованный размер законной неустойки в отношении поставщиков уже привел к появлению судебной практики, в рамках которой суды снижают размер неустойки, начисленной заказчиком поставщику¹⁴.

Этот системный дефект законодательства усугубляется еще несколькими факторами.

Первый заключается в возможности заказчика определять повышенный размер пени в отношении поставщика, что, как уже было отмечено, было подтверждено Верховным Судом РФ. Аналогичной возможности, как уже было отмечено ранее, лишен поставщик, поскольку размер пени в отношении заказчика не может быть иной, кроме 1/300 ставки рефинансирования ЦБ РФ от неуплаченной в срок суммы (ч. 5 ст. 34 Закона № 44-ФЗ).

Вместе с тем с точки зрения экономических интересов сторон контракта абсолютно неясно, почему просрочка в исполнении обязательства поставщиком должна влечь больший размер ответственности, чем просрочка заказчика

¹² См.: решение Арбитражного суда Хабаровского края от 15 июля 2015 г. по делу № А73-4913/2015 // СПС «КонсультантПлюс». (Оставлено в силе постановлением Арбитражного суда Дальневосточного округа от 24 ноября 2015 г. № Ф03-4928/2015 // СПС «КонсультантПлюс». Подтверждено определением Верховного Суда РФ от 2 марта 2016 г. по делу № 303-ЭС16-329 // СПС «КонсультантПлюс».)

¹³ См.: постановление Арбитражного суда Западно-Сибирского округа от 25 марта 2016 г. № Ф04-204/2016 по делу № А27-7970/2015 // СПС «КонсультантПлюс».

¹⁴ См.: постановление Арбитражного суда Волго-Вятского округа от 16 мая 2016 г. № Ф01-1474/2016 по делу № А43-25253/2015 // СПС «КонсультантПлюс»; постановление Арбитражного суда Дальневосточного округа от 13 февраля 2017 г. № Ф03-6564/2016 по делу № А59-680/2016 // СПС «КонсультантПлюс»; постановление Арбитражного суда Дальневосточного округа от 20 сентября 2016 г. № Ф03-4395/2016 по делу № А51-25248/2015 // СПС «КонсультантПлюс».

в своевременном исполнении обязанности по оплате лицу принятых и выполненных работ, поставленных товаров, оказанных услуг.

Второй фактор проявляется в том, что разработчики Правил определения размера неустойки, установив экономически необоснованные размеры штрафов в отношении поставщиков, не предусмотрели, за что именно заказчики могут взыскивать штрафные санкции.

Формулировка о том, что штрафы взыскиваются за неисполнение или ненадлежащее исполнение поставщиком обязательств, за исключением их просрочки (п. 4 Правил), предоставляет заказчикам возможность произвольно определять в проекте контракта основания для начисления штрафов в отношении поставщиков за любое, даже незначительное нарушение условий контракта, за исключением просрочки. Повлиять на усмотрение заказчика в этом вопросе поставщик не может.

Необходимо учитывать, что сочетание завышенных штрафных санкций и свободы заказчика в определении оснований для их применения ставит поставщика в зависимость от заказчика, который, с одной стороны, обязан начислять неустойку, с другой — не несет никакой ответственности за отказ от начисления штрафных санкций.

Единственным объяснением подхода разработчиков к Правилам определения размера неустойки может служить стремление государства ограничить возможность поставщиков по взысканию средств бюджета в форме штрафных санкций.

Однако подобный подход полностью игнорирует экономические интересы поставщиков и ставит их в зависимость от усмотрения заказчика. Между тем известно, к чему приводит неограниченная свобода усмотрения в сочетании со значительными полномочиями.

Наконец, как бы парадоксально это ни казалось, завышенный размер ответственности поставщиков часто оборачивается против самих заказчиков. Проявляется это в том, что поставщик, возместивший банку в порядке регресса

сумму неустойки, ранее выплаченную кредитной организацией заказчику в соответствии с условиями банковской гарантии, может впоследствии предъявить заказчику иск о снижении размера законной неустойки и взыскании неосновательного обогащения в части суммы, определяемой как разница между размером законной неустойки и суммы, до которой она была снижена.

Судебная практика по исследуемому вопросу не носит массового характера, но подтверждает возможность снижения размера неустойки на основании п. 1 ст. 333 ГК РФ.

Так, по одному из дел подрядчик, справедливо ссылаясь на безусловный и безотзывный характер обязательства гаранта, после удовлетворения регрессного требования банка о выплате суммы неустойки, ранее уплаченной банком заказчику, обратился в суд с иском к заказчику о снижении размера законной неустойки и взыскании неосновательного обогащения. Суды апелляционной и кассационной инстанций¹⁵, а также Верховный Суд РФ¹⁶ поддержали исковые требования подрядной организации и уменьшили размер законной неустойки, взыскав с заказчика неосновательное обогащение в размере, который был определен судом как разница между размером законной неустойки и суммы, до которой она была снижена. Аналогичные решения принимаются и другими арбитражными судами¹⁷.

Распространена практика включения заказчиками в контракты следующего условия: в случае, если причиненный исполнителем ущерб и (или) неустойка не могут быть возмещены за счет предоставленного обеспечения исполнения контракта и исполнителем в установленный срок не уплачены указанные в требовании заказчика сумма возмещения ущерба и (или) неустойки, заказчик осуществляет зачет указанной задолженности при оплате контракта.

Необходимо учитывать, что несмотря на наличие ссылки в контракте на зачет начисленной суммы неустойки в счет оплаты по кон-

¹⁵ См.: постановление Арбитражного суда Северо-Западного округа от 6 октября 2014 г. по делу № А56-57603/2013 // СПС «КонсультантПлюс».

¹⁶ См.: определение Верховного Суда РФ от 16 марта 2015 г. № 307-ЭС14-7753 // СПС «КонсультантПлюс».

¹⁷ См.: постановление Арбитражного суда Волго-Вятского округа от 16 мая 2016 г. № Ф01-1474/2016 по делу № А43-25253/2015 // СПС «КонсультантПлюс».

тракту и рассмотрение подобных юридически значимых действий в качестве способа прекращения исполнения обязательства, такие действия не будут являться зачетом. Дело в том, что ВАС РФ, рассматривая вопрос правомерности договорного условия, предусматривавшего право заказчика на удержание суммы санкций, начисленных подрядчику за нарушение сроков выполнения работ, при осуществлении окончательных расчетов, указал, что такое условие не противоречит гражданскому законодательству Российской Федерации, но в то же время не является зачетом по смыслу ст. 410 ГК РФ¹⁸. К сожалению, ВАС РФ в данном решении не указал аргументы, на основании которых пришел к выводу об отсутствии совокупности признаков зачета требований для приведенного договорного условия.

Известно, что для применения зачета необходимо наличие встречного требования, которое должно носить однородный характер и срок по которому по общему правилу должен наступить (ст. 410 ГК РФ). Исходя из ст. 410 ГК РФ и судебной практики для прекращения обязательства зачетом заявление о зачете должно быть получено соответствующей стороной¹⁹.

Несмотря на наличие встречного требования (требование поставщика оплатить исполненное по контракту и требование заказчика по погашению начисленной суммы неустойки) признак однородности у приведенных обязательств заказчика и поставщика, как представляется, отсутствует.

Как справедливо отмечает Б. М. Гонгалло, следует различать неустойку как способ обеспечения исполнения обязательства и взыскание неустойки как меру ответственности²⁰.

В таком случае, даже с учетом общего признака денежного обязательства для взыскания неустойки и оплаты по контракту признака однородности у данных обязательств нет.

Взыскание неустойки и «обычные» платежи по контракту имеют разную юридическую природу: в первом случае речь идет об одной из мер гражданско-правовой ответственности, во втором случае имеется в виду «обычное» денежное обязательство в рамках заключенного сторонами контракта.

Квалификация рассматриваемого договорного условия в качестве зачета означала бы, что заказчик в таком случае должен, во-первых, уведомить поставщика о необходимости погашения начисленной суммы неустойки (ч. 6 ст. 34 Закона № 44-ФЗ), а после отказа поставщика либо отсутствия ответа на обращение заказчика также направить поставщику заявление о зачете встречных однородных требований (ст. 410 ГК РФ).

Между тем отсутствие признака однородности обязательств заказчика и поставщика позволяет освободить заказчика от обязанности направлять поставщику заявление о зачете после направления требования оплаты поставщиком начисленной суммы штрафных санкций.

Тем не менее включение в контракт условия об удержании начисленной суммы неустойки из суммы оплаты по контракту не противоречит ГК РФ и Закону № 44-ФЗ.

Для применения такого механизма заказчику потребуется включить указанное условие в проект контракта и направить поставщику требование об оплате неустойки с установлением срока для выполнения такого требования (ч. 6 ст. 34 Закона № 44-ФЗ). В случае отказа поставщика от погашения начисленной суммы неустойки заказчик вправе применить удержание неустойки из суммы оплаты по контракту.

Арбитражные суды поддерживают такие условия контрактов и справедливо ссылаются на положения ст. 421 ГК РФ, в соответствии с которой стороны свободны в заключении договора

¹⁸ См.: постановление Президиума ВАС РФ от 19 июня 2012 г. № 1394/12 по делу № А53-26030/2010 // СПС «КонсультантПлюс».

¹⁹ См.: информационное письмо Президиума ВАС РФ от 29 декабря 2001 г. № 65 «Обзор практики разрешения споров, связанных с прекращением обязательств зачетом встречных однородных требований». П. 4 // СПС «КонсультантПлюс».

²⁰ См.: Залог, банковская гарантия и другие способы обеспечения исполнения обязательств : Постатейный комментарий главы 23 Гражданского кодекса Российской Федерации / под ред. Б. М. Гонгалло, П. В. Крашенинникова. М. : Статут, 2010.

и могут определять его условия по своему усмотрению, включая установление в контракте условия об удержании начисленной суммы неустойки из стоимости работ по контракту²¹.

Широко распространена практика включения заказчиками в контракты условия о возможности удержания заказчиком начисленной суммы неустойки из обеспечения исполнения по контракту.

С учетом возможности выбора поставщиком способа обеспечения исполнения обязательств по контракту (ч. 3 ст. 96 Закона № 44-ФЗ) — внесение денежных средств либо предоставление банковской гарантии — необходимо отдельно остановиться на реализации заказчиком права по удержанию неустойки в зависимости от выбранного поставщиком способа обеспечения исполнения обязательств.

Так, арбитражные суды трех инстанций, а также Верховный Суд РФ отказали заказчику в удовлетворении его требования о взыскании с поставщика неустойки, поскольку сумма удержанных заказчиком денежных средств, внесенных поставщиком в обеспечение исполнения обязательств по контракту, была больше, чем размер начисленной заказчиком неустойки²².

Иными словами, суды посчитали, что денежные средства, представленные поставщиком заказчику, обеспечивают исполнение обязательств, включая обязательства по выплате начисленной суммы неустойки и, если сумма неустойки не превышает суммы удержанного обеспечения, заказчик не имеет права требовать взыскания неустойки.

Приведенный пример судебной практики носит единичный характер и вряд ли может быть поддержан.

Закон № 44-ФЗ не предусматривает возможности «зачета» штрафных санкций и денежных средств в качестве обеспечения исполнения контракта. Более того, механизмы использования обеспечения исполнения кон-

тракта в виде денежных средств (ст. 96 Закона № 44-ФЗ) и взыскания неустойки (ст. 34 Закона № 44-ФЗ) должны применяться заказчиками отдельно.

Объективной причиной для появления таких судебных актов является отсутствие в условиях контрактов четкого разграничения механизмов взыскания неустойки и денежных средств, предоставленных поставщиком, в качестве обеспечения исполнения обязательств по контракту.

Большинство заказчиков ограничиваются дублированием правил об обеспечении исполнения в контрактах из ст. 96 Закона № 44-ФЗ, принимая на себя все риски, связанные с приведенным выше судебным решением.

Вместе с тем есть и другие примеры, показывающие, как заказчики могут снизить риски принятия подобных судебных решений.

С практической точки зрения весьма удачным представляется установленное заказчиком договорное условие, согласно которому неустойка взыскивается заказчиком с поставщика за любую просрочку исполнения обязательства, а в случаях существенной просрочки, более 30 дней, заказчик также удерживает сумму обеспечения исполнения контракта.

Заказчик в таком случае отдельно взыскивает неустойку и может для случаев существенной просрочки не возвращать денежные средства, обеспечивающие надлежащее исполнение обязательств поставщика.

Подобные договорные условия, как верно отметила коллегия судей арбитражного суда кассационной инстанции, не противоречат нормам Закона № 44-ФЗ и положениям ГК РФ²³.

Неоднозначную правовую оценку получили случаи, когда заказчик взыскивает неустойку в рамках требования к гаранту в соответствии с условиями банковской гарантии.

С одной стороны, Министерство экономического развития РФ полагает, что неустойка может быть уплачена из средств банковской

²¹ См.: постановление Арбитражного суда Поволжского округа от 28 апреля 2016 г. № Ф06-5329/2015 по делу № А65-6437/2015 // СПС «КонсультантПлюс».

²² См.: постановление Арбитражного суда Уральского округа от 29 июля 2016 г. № Ф09-7764/16 по делу № А71-7904/2015 // СПС «КонсультантПлюс». (Оставлено в силе определением Верховного Суда РФ от 7 декабря 2016 г. № 309-ЭС16-16123 // СПС «КонсультантПлюс»).

²³ См.: постановление Арбитражного суда Северо-Кавказского округа от 15 июня 2016 г. по делу № А53-26813/2015 // СПС «КонсультантПлюс».

гарантии, в случае если условиями выдачи банковской гарантии не предусмотрено иное²⁴. Отдельно в указанном разъяснении федерального органа исполнительной власти отмечается (ошибочно), что судебная практика по вопросу взыскания неустойки в счет банковской гарантии отсутствует.

С другой стороны, то же самое ведомство посчитало, что неустойка не может быть оплачена за счет средств банковской гарантии, т.к. является не основным обязательством по контракту, исполнение которого обеспечено банковской гарантией²⁵.

Как показывает анализ судебно-арбитражной практики, суды взыскивают с банков суммы начисленных заказчиком штрафных санкций в счет требования по банковской гарантии.

Например, коллегией судей арбитражного суда было установлено, что заказчиком была предъявлена обществу претензия об уплате пени за нарушение срока выполнения работ, требование истца было оставлено обществом без удовлетворения. Банк отказал в удовлетворении требования заказчика о выплате неустойки в связи с тем, что представленное требование не соответствует условиям банковской гарантии.

Арбитражный суд кассационной инстанции указал, что в силу ст. 370 ГК РФ предусмотренное банковской гарантией обязательство гаранта перед бенефициаром не зависит в отношениях между ними от того основного обязательства, в обеспечение исполнения которого она выдана, даже если в гарантии содержится ссылка на это обязательство. Следовательно, суд пришел к выводу о правомерности решения арбитражного суда первой инстанции, который иск заказчика удовлетворил²⁶.

Вместе с тем для правильного разрешения подобных споров необходимо учитывать и действующее законодательство, и условия конкретной банковской гарантии.

Так, в силу п. 2 ч. 2 ст. 45 Закона № 44-ФЗ банковская гарантия должна содержать указание на *обязательства принципала*, в обеспечение которых гарант выдает гарантию бенефициару.

В рассматриваемом контексте каких-либо препятствий для включения в банковскую гарантию условия об обеспечении гарантией в том числе обязательства поставщика по выплате заказчику начисленной суммы неустойки не существует. Этот вывод подтверждается уже сложившейся банковской практикой выдачи банковских гарантий и рассмотрения требований заказчиков по ним кредитными организациями.

В то же время более узкий подход к функции независимой гарантии получил свое закрепление в ГК РФ: в силу п. 4 ст. 368 в независимой гарантии должно быть определено *основное обязательство*, исполнение по которому обеспечивается такой гарантией. Из упоминания законодателем только основного обязательства вытекает, что обязательство по погашению суммы неустойки не является основным обязательством и не может обеспечиваться независимой гарантией для целей гражданского законодательства РФ.

Представляется, что законодатель в рамках Закона № 44-ФЗ намеренно выбрал общую формулировку об обязательствах принципала, а не только об основном обязательстве принципала по контракту, что позволяет заказчикам взыскивать суммы неустоек в счет требований к гаранту. С учетом формулировки ч. 1 ст. 2 Закона № 44-ФЗ о том, что законодательство РФ о контрактной системе основывается в том числе на положениях ГК РФ, а не состоит из норм данного Кодекса, установление в Законе № 44-ФЗ специальных правил использования банковских гарантий не противоречит гражданскому законодательству.

Оценивая риски заказчика при удержании суммы неустойки из цены контракта и истребовании штрафных санкций в рамках отношений по банковской гарантии, подчеркнем, что и в том и в другом случае заказчик несет риск уменьшения арбитражным судом размера законной неустойки, удержание которой было произведено заказчиком до вступления в законную силу решения арбитражного суда о снижении размера начисленных штрафных

²⁴ См.: письмо Минэкономразвития России от 15 февраля 2016 г. № Д28и-416 // СПС «КонсультантПлюс».

²⁵ См.: письмо Минэкономразвития России от 19 августа 2016 г. № Д28и-2160 // СПС «КонсультантПлюс».

²⁶ См.: постановление Арбитражного суда Московского округа от 3 июня 2016 г. по делу № А40-97676/15 // СПС «КонсультантПлюс».

санкций. Как следствие, заказчик будет обязан вернуть неосновательно полученные денежные суммы в счет начисленной неустойки, размер которой был впоследствии снижен арбитражным судом (п. 1 ст. 1102 ГК РФ).

В случаях, когда удержание производилось заказчиком в счет оплаты по контракту или из суммы денежных средств, внесенных поставщиком в обеспечение исполнения договора, истцом по кондикционному иску будет поставщик.

Если сумма неустойки была истребована заказчиком от кредитной организации в соответствии с условиями банковской гарантии, то истцом по иску о возврате неосновательного обогащения будет либо поставщик, возместивший сумму штрафных санкций банку в порядке

регресса (п. 1 ст. 379 ГК РФ), либо банк с момента удовлетворения требования заказчика о взыскании начисленной суммы неустойки, если поставщик регрессное требование банка не удовлетворил.

Именно поэтому заказчиком не стоит полностью отказываться от взыскания начисленной неустойки в судебном порядке, несмотря на длительность судебной процедуры взыскания по сравнению с механизмом удержания, поскольку рисков в части последующего возврата истребованной суммы неустойки при таком варианте, в отличие от выше рассмотренных случаев, здесь нет, за исключением, естественно, возможности снижения неустойки судом первой инстанции по заявлению ответчика²⁷.

БИБЛИОГРАФИЯ

1. Залог, банковская гарантия и другие способы обеспечения исполнения обязательств : постатейный комментарий главы 23 Гражданского кодекса Российской Федерации / под ред. Б. М. Гонгалов, П. В. Крашенинникова. — М. : Статут, 2010.

Материал поступил в редакцию 20 февраля 2017 г.

PENALTIES UNDER THE RF LEGISLATION IMPOSED ON THE PROCUREMENT CONTRACT SYSTEM²⁸

TASALOV Philipp Artemyevich — PhD, Head of the Department for Rule-Making Work at "RTS-Tender," ООО
msal@msal.ru
125993, Russia, Moscow, Sadovaya-Kudrinskaya Str., 9

Review. *The article analyzes antimonopoly and judicial practice of determining the amount of penalty and the procedure of charging it under the RF Law "On the Procurement Contract System." The author considers the manner in which the contractor entrenches conditions that stipulate liability in the contract analyzing and explaining approaches of antimonopoly authorities and courts. Particular attention is paid to the penalty retention from a bank guarantee and monetary funds. The article shows interrelation between the mechanisms of penalty, bank guarantee and monetary funds. The author examines the issues of interrelation between fines, penalties and grounds for imposing them, justifies the statement concerning unreasonably high amount of legal penalties imposed on suppliers, analyzes risks associated with excessive amount of penalties for both customers and suppliers. The article proposes to address the issue of penalties in terms of the need to balance private and public interests within the framework of the procurement contractual system.*

²⁷ См.: постановление Пленума Верховного Суда РФ от 24 марта 2016 г. № 7 «О применении судами некоторых положений Гражданского кодекса Российской Федерации об ответственности за нарушение обязательств». П. 72 // СПС «КонсультантПлюс».

²⁸ The basis for this article was prepared and presented at the Round Table Conference "Novels of the Civil Legislation and Jurisprudence Concerning Performance and Enforcement of Obligations" held on 16 February 2017 at the Kutafin Moscow State Law University (MSAL).

Keywords: *procurements, penalty, fines, penalties, contractual system, contracts, suppliers, customers, bank guarantee, withholding of security, arbitration courts.*

REFERENCES (TRANSLITERATION)

1. Zalog, bankovskaja garantija i drugie sposoby obespechenija ispolnenija objazatel'stv : postatejnyj kommentarij glavy 23 Grazhdanskogo kodeksa Rossijskoj Federacii / pod red. B. M. Gongalo, P. V. Krasheninnikova. — M. : Statut, 2010.