16475-СШ/Д26и от 18.06.2018

Минфин России

|  |
| --- |
| О проведении оценки регулирующего воздействия проекта федерального закона |
| На № 24-02-01/35142 от 24 мая 2018 г. |

ЗАКЛЮЧЕНИЕ

об оценке регулирующего воздействия

на проект федерального закона «О внесении изменений в статьи 2, 3.4 и 4 Федерального закона «О закупках товаров, работ, услуг отдельными видами юридических лиц»

Министерство экономического развития Российской Федерации
в соответствии с пунктом 26 Правил проведения федеральными органами исполнительной власти оценки регулирующего воздействия проектов нормативных правовых актов и проектов решений Евразийской экономической комиссии, утвержденных постановлением Правительства Российской Федерации
от 17 декабря 2012 г. № 1318 (далее – Правила проведения оценки регулирующего воздействия), рассмотрело проект федерального закона «О внесении изменений
в статьи 2, 3.4 и 4 Федерального закона «О закупках товаров, работ, услуг отдельными видами юридических лиц» (далее – проект акта), разработанный
и направленный для подготовки настоящего заключения Министерством финансов Российской Федерации (далее – разработчик), и сообщает следующее.

Проект акта направлен разработчиком для подготовки настоящего заключения впервые и разработан во исполнение поручения Правительства Российской Федерации от 1 марта 2016 г. № ДМ-П13-1100 и пункта 87 плана действия Правительства Российской Федерации, направленного на обеспечение стабильного социально-экономического развития Российской Федерации в 2016 г., утвержденного Председателем Правительства Российской Федерации
1 марта 2016 г. № 1349п-П13.

По информации представленной разработчиком проект акта разработан
в целях снятия административных барьеров для участия малых и средних предприятий в закупках товаров, работ, услуг, осуществляемых отдельными видами юридических лиц путем установления определенных требований к банковским гарантиям, предоставляемым субъектам малого и среднего предпринимательства
в качестве обеспечения заявок на участие в закупках и обеспечения исполнения договоров, заключенных по результатам конкурентных закупок..

Разработчиком проведено публичное обсуждение проекта акта и сводного отчета о проведении оценки регулирующего воздействия проекта акта
(далее – сводный отчет) в сроки с 12 апреля по 5 мая 2018 года посредством размещения указанных документов на официальном сайте
в информационно-телекоммуникационной сети «Интернет» по адресу: http://www.regulation.gov.ru/p/79937 (ID проекта: 02/04/04-18/00079937). В ходе публичного обсуждения проекта акта и сводного отчета замечания и предложения поступили от Новгородской области, Торгово-промышленной палаты Российской Федерации, граждан А.В. Меженцевой и В.П. Лагаевой. Данные замечания
и предложения были включены разработчиком в сводку предложений по итогам публичного обсуждения проекта акта и сводного отчета, в которой указана информация об их учете или причинах отклонения.

В процессе подготовки настоящего заключения в соответствии с пунктом 28 Правил проведения оценки регулирующего воздействия Минэкономразвития России в срок с 29 мая по 6 июня 2018 г. были проведены дополнительные публичные консультации по проекту акта с заинтересованными представителями предпринимательского сообщества с целью выявления их мнения относительно потенциальных рисков применения предлагаемого проектом акта регулирования.

По итогам проведения дополнительных публичных консультаций были получены отзывы от Российского союза промышленников и предпринимателей, ПАО «Аэрофлот», ПАО «Алроса», АО «АБ «Россия», ПАО Банк «ФК Открытие», Банк ВТБ (ПАО), Государственная корпорация «Банк развития
и внешнеэкономической деятельности (Внешэкономбанк)», ПАО «Газпром нефть», ПАО «Газпромбанк», АО «Дальневосточная генерирующая компания»,
АО «Зарубежнефть», АО АКБ «Новикомбанк», АО «НС Банк», ПАО «Банк «Санкт-Петербург», ПАО «Интер РАО», ОАО «РЖД», РОССИЙСКИЙ НАЦИОНАЛЬНЫЙ КОММЕРЧЕСКИЙ БАНК (ПАО), ГК «Автодор», ГК «Росатом», АКБ «РосЕвроБанк» (АО), АО «Россельхозбанк», ПАО «Россети», ПАО «Ростелеком», ПАО «Компания «Сухой», ПАО «Транснефть».

Не учтенные в настоящем заключении замечания и предложения указанных экспертов приведены в прилагаемой к настоящему заключению сводной таблице результатов проведения публичных консультаций.

Минэкономразвития России рекомендует разработчику дополнительно проработать указанные замечания и предложения и, по возможности, учесть их при доработке представленного проекта акта. Кроме того, считаем, что данные замечания и предложения могут быть использованы в дальнейшей работе
по совершенствованию законодательства Российской Федерации о закупках товаров, работ, услуг.

По результатам рассмотрения представленных разработчиком проекта акта
и сводного отчета установлено, что при подготовке данных документов процедуры, предусмотренные пунктами 9-23 Правил проведения оценки регулирующего воздействия, разработчиком соблюдены.

Вместе с тем по проекту акта имеются следующие замечания.

1. Проектируемой частью 31 статьи 3.4 Федерального закона
от 18 июля 2011 г. № 223-ФЗ «О закупках товаров, работ, услуг отдельными видами юридических лиц» (далее – Федеральный закон № 223-ФЗ) устанавливается, что отдельные виды юридических лиц (далее – заказчик) в качестве обеспечения заявки на участие в конкурентной закупке с участием субъектов малого и среднего предпринимательства (далее – субъекты МСП) или исполнения договоров принимают банковских гарантии, выданные исключительно банками, включенными в предусмотренный частью 1.2 статьи 45 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 – Федеральный закона № 44-ФЗ) перечень банков.

При этом согласно части 1 указанной статьи Федерального закона № 44-ФЗ заказчики в качестве обеспечения заявок и исполнения контрактов принимают банковские гарантии, выданные банками, соответствующими требованиям, установленным Правительством Российской Федерации[[1]](#footnote-1).

Как следует из приведенных выше норм Федерального закона № 44-ФЗ основными целями формирования перечня банков, имеющих право выдавать банковские гарантии для обеспечения заявок и исполнения контрактов, является
не только определение круга наиболее надежных и финансово устойчивых банков, способных в случаях, предусмотренных условиями выданных ими банковских гарантий исполнить в полном объеме возложенные на участников закупки - получателей банковских гарантий финансовые обязательства, но и исключить возможность участия в данном процессе банков, не обладающих достаточной финансовой устойчивостью и надежностью, в том числе и банков, находящихся под особым контролем со стороны Банка России, и предотвратить тем самым оборот финансово не обеспеченных банковских гарантий.

В этих условиях можно сделать вывод, что формирование перечня указанных банков призвано, прежде всего, гарантировать заказчикам и участникам закупок отсутствие финансовых рисков, связанных с возможностью выдачи финансово
не обеспеченных банковских гарантий или выдачи банковских гарантий
не надежными и финансово не устойчивыми банками.

Вместе с тем следует отметить, что проектируемой частью 38 статьи 3.4 Федерального закона № 223-ФЗ разработчик предлагает, в случае отзыва у банка лицензии на осуществлении банковских операций, обязать поставщика (подрядчика, исполнителя), предоставившего банковскую гарантию в качестве обеспечения исполнения договора, заключаемого по результатам конкурентной закупки
с участием субъекта МСП, предоставить новое обеспечение исполнения договора
в случае предъявления заказчиком соответствующего требования. Таким образом, при проектировании указанной нормы разработчик считает, что существует риск финансовой неустойчивости у банка, включенного в соответствующий перечень, который может привести к отзыву у него лицензии на осуществление банковских операций.

Исходя из буквального толкования данной нормы проекта акта, можно сделать вывод, что при проектировании указанного требования разработчиком не были учтены основные цели формирования перечня банков, имеющих право выдавать банковские гарантии для обеспечения заявок и исполнения контрактов,
и установленная Федеральным законом № 44-ФЗ обязанность участников закупки получать банковские гарантии исключительно в банках, включенных в указанный перечень. По мнению Минэкономразвития России, возложенная на участников закупки обязанность выбирать банк для получения банковской гарантии
из указанного перечня должно само по себе полностью исключать ответственность данных лиц за финансовое состояния выбранного ими банка и, соответственно, любые финансовые риски, которые могут возникнуть в связи с отзывом Банком России у такого бака лицензии.

В этой связи считаем, что проект акта в этой части нуждается в доработке.

Также проект акта необходимо дополнить порядком использования банковской гарантии, в случае исключения (в том числе в период действия банковской гарантии) банка из указанного перечня в связи с несоответствием тем или иным критериям, но в дальнейшем (в том числе в период действия банковской гарантии) опять включенным в данный перечень, а также в случаях исключения банка из перечня или отзыва лицензии после окончания процедур конкурентной закупки, но до окончания срока действия ранее выданной банковской гарантии.

2. По мнению большинства участников публичных консультаций, введение
в действие предлагаемого проектом акта регулирования потребует доработки программного обеспечения Единой информационной системы в сфере закупок,
в части возможности включения информации о выданных банковских гарантиях
в качестве обеспечения заявок и исполнения контракта субъектам МСП, претендующим на участие в конкурентной закупке в соответствии с положениями Федерального закона № 223-ФЗ.

В этой связи считаем необходимым предусмотреть в проекте акта отсрочку введения в действие предлагаемого им регулирования сроком не менее 180 дней.

На основе проведенной оценки регулирующего воздействия проекта акта
и с учетом информации, представленной разработчиком в сводном отчете, Минэкономразвития России сделан вывод о том, что представленный проект акта
не позволяет в полной мере достигнуть заявленных разработчиком цели введения
в действие предлагаемого проектом акта регулирования. Кроме того, в проекте акта содержатся положения, которые вводят избыточные административные и иные ограничения и обязанности для субъектов предпринимательской и иной экономической деятельности или способствуют их введению, а также способствуют возникновению необоснованных расходов субъектов предпринимательской и иной экономической деятельности или способствуют возникновению необоснованных расходов бюджетов всех уровней бюджетной системы Российской Федерации.

|  |
| --- |
| Приложениек заключению об оценке регулирующего воздействия на федерального закона |

**Сводная таблица не учтенных в заключении об оценке регулирующего воздействия замечаний и предложений
с заинтересованными представителями предпринимательского сообщества и иными экспертами по проекту федерального закона «О внесении изменений в статьи 2, 3.4 и 4 Федерального закона «О закупках товаров, работ, услуг отдельными видами юридических лиц»**

| **№**  | **Замечания и (или) предложения** |
| --- | --- |
| **1** |    Негативные последствия принятия данного проекта акта возможны в отношении заказчиков и связаны с ограничением их свободы в установлении не противоречащих Гражданскому кодексу Российской Федерации условий банковских гарантий.    На практике установление повышенных требований к банковским гарантиям (банкам - гарантам) связано с имеющимися случаями предоставления участниками закупки поддельных гарантий/гарантий финансово неустойчивых банков.   Вместе с тем для решения проблемы фиктивных/некачественных гарантий законопроектом устанавливаются требования к банкам, а также включение информации о выданных гарантиях в реестр банковских гарантий. |
| **2** |    Проект акта предусматривает установление Правительством Российской Федерации дополнительных требований к банковским гарантиям (часть 43 статьи 3.4 Федерального закона № 223-ФЗ в редакции Законопроекта).    Данное положение повышает правовую неопределенность и представляется избыточным, с учетом уже установленных законопроектом требований к банкам и выдаваемым ими банковским гарантиям.  |
| **3** |    Замечания, касающиеся описания условий банковской гарантии (п.32 статьи 3.4. изменений в Закон № 223-ФЗ, который изложен по аналогии требованиям к банковской гарантии, выдаваемой в соответствии с Федеральным законом № 44-ФЗ):1. Размер неустойки за неисполнение гарантом требования бенефициара в размере 0,1 % от суммы требования за каждый день просрочки, фактически это 36,5% годовых при текущем размере ключевой ставке Банка России - 7,25%., что является избыточным. Предлагается ограничиться размером неустойки для гаранта равной двойной ключевой ставке Банка России. Размер неустойки необходимо также снизить для гарантий, выдаваемых в соответствии Федеральным законом № 44-ФЗ.2. Условие согласно которому исполнением обязательства гаранта является фактическое поступление денежных средств на счет заказчика, что могло бы соответствовать Федеральному закону № 161-ФЗ «О национальной платежной» системе только в случае обслуживания заказчика у банка-гаранта, в противном случае исполнением денежных обязательств гаранта будет считаться фактическое поступление денежных средств на корреспондентский счет обслуживающего заказчика банка. Требуется уточнение в этой части |
| **4** |    Проект акта предусматривает, что срок действия гарантии исполнения договора должен превышать срок исполнения определенных заказчиком обязательств не менее чем на один месяц. При этом прямо не предусматривается возможность предоставления гарантий на отдельные этапы работ, что допускает возможность различных трактовок данного пункта и возникновения спорных ситуаций при определении срока действия гарантии. Предложенная законопроектом максимальная унификация условий банковских гарантий не позволит заказчикам гибко применять имеющиеся в банковской практике инструменты обеспечения обязательства, в том числе, такие виды гарантий, как гарантия возврата аванса и гарантия гарантийного периода, обеспечивающие специфические виды рисков, возникающих в ходе исполнения договоров. Детализированные нормы Федерального закона № 223-ФЗ не позволят заказчикам при формировании условий закупок учитывать специфику отдельных видов закупок/ договоров и устанавливать индивидуальные условия в документации о закупке.   Проект акта не регламентирует процесс предъявления заказчиками требований платежа по гарантиям исполнения обязательств (механизм расчета суммы требования, конкретные обязательства, при нарушении которых заказчик имеет право предъявить требование по банковской гарантии), что ведет к повышенным рискам банков при выдаче гарантий, обеспечивающих исполнение договоров в рамках Федерального закона № 223-ФЗ.   С учетом сказанного, предлагаемые изменения в Федеральный закон № 223-ФЗ (в части унификации условий банковских гарантий) затруднят получение участниками закупок банковских гарантий в обеспечение исполнения договоров за счет возможного ужесточения требований гарантов к выдаче таких гарантий, несущих повышенные риски предъявления заказчиками необоснованных требований платежа. |
| **5** |    Предлагаемые изменения фактически не предусматривают каких-либо требований в отношении использования других возможных способов обеспечения обязательств, а также не содержат однозначной трактовки того, обязан ли заказчик предусмотреть для участников закупки (при подаче заявки/ исполнении договора) возможность выбора из различных способов обеспечения, предусмотренных законодательством. |
| **6** |    Считаем законодательное регулирование условий (содержания) банковских гарантий до завершения работы по внесению изменений в положения Федерального закона № 44-ФЗ относительно банковских гарантий преждевременным. Кроме того, полагаем необходимым учесть предстоящее с 1 июля 2018 г. вступление в силу Постановления Правительства Российской Федерации от 29 мая 2018 г. № 608 в части требования о том, что информация о банковских гарантиях, предоставляемых в качестве обеспечения заявок и исполнения контрактов, не размещается на официальном сайте zakupki.gov.ru. |
| **7** |    Проектируемая часть 33 статьи 3.4 Федерального закона от Федерального закона № 223-ФЗ предусматривает: «В случае, предусмотренном извещением о конкурентной закупке с участием субъектов малого и среднего предпринимательства, документацией о такой закупке, в банковскую гарантию включается условие о праве заказчика на бесспорное списание денежных 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, соответствующее условиям банковской гарантии и направленное до окончания срока действия банковской гарантии.».    При этом в соответствии с ч. 1 ст. 374 Гражданского кодекса Российской Федерации «1. Требование бенефициара об уплате денежной суммы по независимой гарантии должно быть представлено в письменной форме гаранту с приложением указанных в гарантии документов.».    Согласно ч. 1 ст. 165.1 Гражданского кодекса Российской Федерации «1. Заявления, уведомления, извещения, требования или иные юридически значимые сообщения, с которыми закон или сделка связывает гражданско-правовые последствия для другого лица, влекут для этого лица такие последствия с момента доставки соответствующего сообщения ему или его представителю.»    Таким образом, в целях приведения нормы в соответствие с Гражданского кодекса Российской Федерации, полагаем, что в ч. 33 ст. 3.4 законопроекта слово «направленное» должно быть заменено словами «полученное гарантом». |
| **8** |    Проект акта не содержит обязательств заказчика направить в банк-гарант подписанное уполномоченным лицом заказчика уведомление об отказе заказчика от прав по ранее выданной гарантии.   С учетом независимого и безотзывного характера банковской гарантии до получения банком указанного уведомления, ранее выданная банковская гарантия будет продолжать действовать и оставаться в силе, что существенно затруднит возможность получения участником закупки другого обеспечения. |
| **9** |    Часть 31 статьи 3.4 проекта акта: слова «или исполнения договоров» заменить словами «или исполнения договоров, заключаемых по результатам таких закупок,».   Подпункт 2) части 32 статьи 3.4 проекта акта: слова «на счет заказчика;» заменить словами «на счет заказчика, указанный в требовании по банковской гарантии;».   Часть 40 статьи 3.4: просим слова «уплата денежных сумм по банковской гарантии» заменить словами «предъявление требования платежа по банковской гарантии».   Часть 41 статьи 3.4: просим слова «Банковская гарантия, информация о ней и документы», указанные в начале данного пункта, заменить словами «Информация о банковской гарантии и документы» (по аналогии с Федеральным законом № 44-ФЗ). Обращаем внимание, что, согласно Федеральному закону № 44-ФЗ, в реестре банковских гарантий размещается копия банковской гарантии, а не сама банковская гарантия.   Часть 43 статьи 3.4: просим исключить слова «форма банковской гарантии,». Требование в отношении формы банковской гарантии отсутствует в Федеральном законе № 44-ФЗ. У банков-гарантов могут различаться тексты (формы) гарантий при условии, что гарантии, выдаваемые а рамках Федеральных законов № 223-ФЗ и № 44-ФЗ, соответствуют установленным требованиям. Указание формы требования также считаем излишним и предлагаем удалить.   Часть 44 статьи 3.4: формулировка не содержит упоминания про закрытый реестр банковских гарантий. Предлагаем изложить данную часть по аналогии с частью 11 статьи 45 Федерального закона № 44-ФЗ. Также просим учесть предстоящее с 1 июля 2018 г. вступление в силу Постановления Правительства РФ от 29 мая 2018 г. № 608 в части требования о том, что информация о банковских гарантиях, предоставляемых в качестве обеспечения заявок и исполнения контрактов, не размещается на официальном сайте zakupki.gov.ru. |
| **10** |    Подпункт 3) части 32 статьи 3.4: предлагаем исключить данный подпункт.   Данный подпункт имеет неоднозначную трактовку и является излишним, поскольку пунктом 1 статьи 370 Гражданского кодекса Российской Федерации установлено, что предусмотренное независимой гарантией обязательство гаранта перед бенефициаром не зависит от отношений между принципалом и гарантом, а также от каких-либо других обязательств, даже если в независимой гарантии содержатся ссылки на них. В банковской практике по другим видам гарантий, за исключением гарантий в рамках Федерального закона № 44-ФЗ, «отлагательное условие» не используется. В настоящее время банки-гаранты вынуждены включать данное условие только в гарантии, выдаваемые в рамках Федерального закона № 44-ФЗ, без какой-либо смысловой нагрузки. Аналогичная ситуация сложится в отношении гарантий, выдаваемых в рамках Федерального закона № 223-ФЗ, если данный подпункт не будет исключен.  |
| **11** |    Согласно ч. 33 ст. 3.4 проекта акта, в случае, предусмотренном извещением о конкурентной закупке с участием субъектов малого и среднего предпринимательства, документацией о такой закупке, в банковскую гарантию включается условие о праве заказчика на бесспорное списание денежных 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, соответствующее условиям банковской гарантии и направленное до окончания срока действия банковской гарантии.   Данное условие предоставляет заказчику с одной стороны чрезмерные полномочия в отношении гаранта, а с другой стороны - ограничивает право заказчика самостоятельно определить условия, при которых у него возникает право на бесспорное списание средств со счетов гаранта.   Согласно ст. 375 Гражданского кодекса Российской Федерации, гарант должен рассмотреть требование бенефициара и приложенные к нему документы в течение 5 дней со дня, следующего за днем получения требования. Условиями независимой гарантии может быть предусмотрен иной срок рассмотрения требования, не превышающий 30 дней.   Учитывая изложенное, Федеральный закон № 223-ФЗ не должен ограничивать право заказчика определять по своему усмотрению срок, в течение которого гарант должен произвести платеж. Целесообразно, чтобы такой срок заказчик определял, исходя из положений ст. 375 Гражданского кодекса Российской Федерации.   Кроме того, условие о праве на бесспорное списание денежных средств со счетов гаранта увеличивает риск злоупотребления правом со стороны заказчика. Более того, такое условие не позволяет гаранту воспользоваться правом приостановить платеж на срок до 7 дней, предусмотренное п. 2 ст. 376 Гражданского кодекса Российской Федерации, если гарант имеет разумные основания полагать, что какой-либо из документов является недостоверным, основное обязательство является недействительным и пр.Кроме того, согласно Гражданскому кодексу Российской Федерации, требование должно быть «представлено», а не «направлено». |
| **12** |    Часть 36 статьи 3.4: слова «должен превышать срок исполнения определенных заказчиком обязательств» заменить словами «должен превышать срок исполнения определенных заказчиком обязательств по договору».   При этом с учетом практики работы в рамках Федерального закона № 44-ФЗ и ранее направлявшихся предложений банковского сообщества о возможности выдачи гарантий на разные виды обязательств и разные этапы работ полагаем введение вышеуказанной нормы проблемной для развития данного банковских гарантий как инструмента обеспечения обязательств в рамках Федерального закона № 223-ФЗ. |
| **13** |    В соответствии с условиями проектируемой части 38 статьи 3.4 Федерального закона № 223-ФЗ в случае отзыва лицензии у банка, выдавшего банковскую гарантию обеспечения исполнения договора, заказчик вправе потребовать от поставщика (исполнителя, подрядчика) предоставления нового обеспечения, размер которого подлежит уменьшению на сумму оплаченных заказчиком товаров, работ, услуг.    Учитывая, что в рамках исполнения договора заказчиком может быть произведена оплата еще не поставленных товаров (работ, услуг) на условиях авансирования, сокращение размера нового обеспечения на сумму выплаченного контрагенту аванса не в полной мере обеспечивает защиту интересов заказчика. В связи с этим, полагаем возможным установить в указанной норме условие о том, вновь предоставляемое поставщиком (исполнителем, подрядчиком) обеспечение исполнения договора уменьшается на сумму фактически поставленных и принятых заказчиком товаров (работ, услуг).   Также отмечаем, чторасчет нового обеспечения исполнения договора следует рассчитывать от суммы неисполненных обязательств пропорционально. Поскольку требование обеспечения исполнения обязательств по договору может включать обеспечение исполнения основных договорных обязательств и обеспечение исполнения гарантийных обязательств, то необходимо однозначно установить, что при уменьшении размера банковской гарантии сумма не может быть ниже размера обеспечения гарантийных обязательств. |
| **14** |    Устанавливается исчерпывающий перечень документов, представляемых заказчиком (бенефициаром) одновременно с требованием платежа (аналогичен перечню, установленному Правительством Российской Федерации в соответствии с Федеральным законом №44-ФЗ) (подпункт 4 части 32 статьи 3.4 проекта закона).   Исчерпывающий перечень документов, предоставляемых вместе с требованием платежа по гарантии исполнения договора, ограничивает возможности его сторон по установлению условиями гарантий перечня документов, отражающих содержание обеспечиваемого договора. Данный перечень может отличаться в зависимости от обязательств по контракту.   Считаем целесообразным не устанавливать исчерпывающий перечень документов, предоставляемых вместе с требованием платежа по гарантии исполнения контракта |
| **15** |    Согласно проектируемой части 32 статьи 3.4 Федерального закона № 223-ФЗ банковская гарантия предоставляется участниками в качестве обеспечения заявок на участие в конкурентных процедурах, так и исполнения договоров. Считаем необходимым разграничить какие дополнительные сведения должна содержать каждая из банковских гарантий. |
| **16** |    В соответствии с частью 44 статьи 3.4. проекта акта предусмотрена обязанность Банка по включению информации и документов в Реестр банковских гарантий не позднее одного рабочего дня, следующего за датой выдачи гарантии или дня внесения в нее изменений. В соответствии с Гражданским кодексом Российской Федерации (ст. 371) внесение изменений в банковскую гарантию возможно в случае если первоначальными условиями гарантии предусмотрена данная возможность.    Часть 32. Ст. 3.4. Проекта, определяющая требования к содержанию банковской гарантии однозначно не предусматривает в себе включение в гарантию условия о возможности внесения в нее изменений. Считаем целесообразным дополнить часть 32 данным условием. |
| **17** |    В соответствии с п.41 статьи 3.4 проект акта содержит требование по направлению гарантом Принципалу выписки из Реестра банковских гарантий (аналогичное требование содержится в п.8 ст.45Федерального закона №44-ФЗ). Учитывая, что Принципал и Бенефициар могут самостоятельно проверить размещение информации о банковской гарантии в Реестре банковских гарантий и сформировать выписку, просим рассмотреть возможность отмены требования по направлению Принципалу выписки из Реестра банковских гарантий. |
| **18** |    Предложение распространить действие проекта акта на все закупки, а не только на закупки, проводимые только среди субъектов малого и среднего предпринимательства.    Следует отметить, что в закупках, осуществляемых в соответствии с Федеральным законом «О контрактной системе в сфере закупок товаров, работ, услуг для обеспечения государственныхи муниципальных нужд», правила, предлагаемые проектом акта, действуют на все закупки. |
| **19** |    В соответствии с постановлением Правительства Российской Федерации от 12 апреля 2018 № 440 банки, выдающие банковские гарантии, должны обладать собственными средствами (капиталом) в размере не менее 300 млн. рублей.   Вместе с тем, в соответствии с пунктами 18, 19 постановления Правительства Российской Федерации от 11 декабря 2014 № 1352 «Об особенностях участия субъектов малого и среднего предпринимательства в закупках товаров, работ, услуг отдельными видами юридических лиц», заказчик обязан осуществить закупки товаров, работ, услуг, включенных в перечень, в случае, если начальная максимальная цена договора (лота) не превышает 200 миллионов рублей у субъектов малого и среднего предпринимательства, а в случае, если начальная максимальная цена договора (лота) на включенные в перечень товары, работы, услуги превышает 200 млн. рублей, но не превышает 400 млн. рублей, заказчик вправе осуществить их у субъектов малого и среднего предпринимательства.   Таким образом, банковские гарантии, выданные банками, объем собственных средств которых соотносится с ценой всего одного договора, заключаемого заказчиком с субъектом малого и среднего предпринимательства (что окажется возможным, в случае принятия проекта акта), вызывает сомнение в способности такого заказчика удовлетворить весь объем предъявленных к исполнению банковских гарантий, в случае выдачи хотя бы десяти.   При этом вероятность наступления указанных событий, в случае принятия комментируемого проекта акта, с учетом имеющейся практики проведения закупок, крайне велика.   Учитывая изложенное, в случае вступления проекта акта в силу в предложенной редакции, банковские гарантии не смогут исполнять свою основную функцию при проведении закупок - быть надлежащим способом обеспечения исполнения обязательства. |
| **20** |    Уточнения требует пункт 3 части 32 проекта акта, в соответствии с которым банковская гарантия должна быть безотзывной и помимо сведений, предусмотренных пунктом 4 статьи 368 Гражданского кодекса Российской Федерации, должна содержать отлагательное условие, предусматривающее заключение договора предоставления банковской гарантии по обязательствам принципала, возникшим из договора при его заключении, в случае предоставления банковской гарантии в качестве обеспечения исполнения договора.   Вместе с тем, банковская гарантия является односторонней сделкой банка, а договор о предоставлении банковской гарантии — двухсторонней сделкой, заключаемой между банком-гарантом и принципалом. В связи с этим включение в одностороннюю сделку условия о заключении договора в будущем, противоречит общим требованиям к сделкам и лишено практического смысла, в том числе, поскольку для заключения договора необходимо волеизъявление двух сторон, а включённое в банковскую гарантию обязательство является исключительно обязательством банка и не создаёт обязательств для принципала.   Кроме того, не ясен практический смысл ограничения возможности принципала предоставить на исполнение договора банковскую гарантию, выданную другим банком.   Более того, представляется некорректным использование термина «отлагательное условие» по смыслу ст. 157 Гражданского Кодекса Российской Федерации, поскольку предлагаемое в законопроекте «отлагательное условие» не связано с возникновением прав и обязанностей по основной сделке — банковской гарантии. |
| **21** |    Подпункт 4 части 32 Проекта из окончательного текста документа должен быть исключен, так как указанный перечень документов (утв. постановлением Правительства Российской Федерации от 08.11.2013 № 1005) содержит документы, получение которых в сжатые сроки может быть затруднительным, что может привести к пропуску срока на предъявление требования по банковской гарантии. К числу таких документов, например, могут быть отнесены платёжное поручение о перечислении аванса с отметками банков и документ, подтверждающий факт наступления гарантийного случая в соответствии с условиями контракта.Таким образом, предлагаемое положение необоснованно усложняет отлаженные в соответствии с текущими требованиями законодательства механизмы взаимоотношений заказчика и поставщиков. |
| **22** |    Поскольку гарантии, планируемые к выдаче банками субъектам МСП, по своим условиям аналогичны гарантиям, выдаваемым в рамках Федерального закона № 44-ФЗ, такие гарантии будут выдаваться на невыгодных самим банкам условиях (бесспорное списание, введение неустойки, перечень документов, не подтверждающий зачастую факта наступления обстоятельств, являющихся основанием для выплаты по гарантии и т.п.). Поэтому для банковского бизнеса введение законопроекта может иметь негативные последствия. Руководствуясь возможным наступлением таких последствий, банки, возможно, будут предпочитать не выдавать гарантии субъектам МСП. |
| **23** |    В п. 38 не достаточно полно урегулирована процедура действий поставщика/Заказчика в случае отзыва лицензии у банка, выдавшего гарантию: не ясно, сохранится ли за Заказчиком право предъявления требования о новой гарантии по истечении 1 месяца с момента отзыва лицензии. При реализации п. 38 могут возникнуть сложности. Поставщик может не выполнить требование о месячном сроке представления новой гарантии, если требование заказчика будет предъявлено незадолго до окончания этого срока.  |
| **24** |    Проект акта предусматривает, что в случае проведения конкурентной закупки с участием субъектов МСП банковские гарантии, удовлетворяющие требованиям части 12 статьи 45 Федерального закона № 44-ФЗ, принимаются Заказчиком от всех участников закупки. При этом Участниками таких закупок могут быть как субъекты МСП, так и не субъекты МСП. Принятие банковских гарантий банков, удовлетворяющих требованиям части 12 статьи 45 Федерального закона № 44-ФЗ, от участников закупки, не являющихся субъектами МСП, не в полной мере соответствует заявленной цели принятия законопроекта – снятию барьеров для участия малых и средних предприятий в закупках, проводимых отдельными видами юридических лиц |
| **25** |    В проектируемой норме части 32 статьи 3.4 Федерального закона № 223-ФЗ содержится исчерпывающий перечень информации, которая должна быть указана в банковской гарантии дополнительно к сведениям, указанным в пункте 4 статьи 368 Гражданского кодекса Российской Федерации. При этом в проектируемой норме части 33 статьи 3.4 Федерального закона № 223-ФЗ содержится дополнительное требование, которое указывается в банковской гарантии. Вместе с тем в части 43 статьи 3.4 Закона № 223-ФЗ содержится норма о том, что дополнительные требования к банковской гарантии устанавливаются Правительством Российской Федерации. Таким образом, в законопроекте информация о требованиях к банковской гарантии содержится в разных пунктах, что не обеспечивает логическую системность и смысловую завершенность проекта документа. |

1. В настоящее время требования к банкам, которые вправе выдавать банковские гарантии для обеспечения заявок и исполнения контактов установлены постановлением Правительства Российской Федерации
от 12 апреля 2018 г. № 440, вступившим в силу с 1 июня 2018 г. [↑](#footnote-ref-1)