

РАССМОТРЕНИЕ В РАМКАХ АРБИТРАЖНОЙ ПРОЦЕДУРЫ СПОРОВ В СВЯЗИ С КОНТРАКТАМИ НА ГОСУДАРСТВЕННЫЕ ЗАКУПКИ В БОСНИИ И ГЕРЦЕГОВИНЕ

Аннотация. Автор исследует возможности использования арбитражной процедуры для разрешения споров, возникающих в связи с заключением договора государственной закупки, в Боснии и Герцеговине. Автором проанализирована природа договора государственной закупки и сделан вывод, что данный договор имеет частноправовой характер, поэтому разрешение сопряженных с исполнением договора споров возможно в арбитражном судопроизводстве.

Ключевые слова: государственные закупки, арбитраж, разрешение споров, Босния и Герцеговина.

DOI: 10.17803/2311-5998.2021.77.1.065-072



Зинка ГРБО,
профессор
предпринимательского и
корпоративного права,
заместитель декана
по международному
сотрудничеству
юридического
факультета Сараевского
университета,
арбитр Арбитражного суда
при Торговой палате
Боснии и Герцеговины,
член Международного
арбитражного суда
при Международной
торговой палате
directorate.
internationalcouncil@
msal.ru
71000, Босния и
Герцеговина, Сараево,
Obala Kulinabana, 7

Z. GRBO,

*Professor of Business and Company Law at the Faculty of Law,
Vice-Dean for International Relations,
University of Sarajevo,
member of the International Court of Arbitration
of International Chamber of Commerce (ICC),
arbitrator at the List of Arbitrators
of the Arbitration Centre attached
to the Chamber of Commerce of Bosnia and Herzegovina
directorate.internationalcouncil@msal.ru
71000, Bosnia and Herzegovina, Sarajevo, Obala Kulinabana, 7*

ARBITRATION OF THE DISPUTES IN CONNECTION WITH PUBLIC PROCUREMENT CONTRACTS IN BOSNIA AND HERZEGOVINA

Abstract. In the article, the author analyses the possibilities of using arbitration procedure to settle disputes arising from the conclusion of a public procurement contract in Bosnia and Herzegovina. The author studies the nature of the public procurement contract and concludes that this contract is of a private legal nature, so the resolution of disputes related to the execution of the contract is possible in arbitration proceedings.

Keywords: public procurement, arbitration, dispute resolution, Bosnia and Herzegovina.

Введение

Традиционные методы разрешения споров не всегда эффективны, несмотря на постоянное стремление к их усовершенствованию. Арбитражный суд как нетрадиционный, но, безусловно, очень удобный способ разрешения споров используется во всем мире для экономии времени и затрат.

В настоящей статье предпринята попытка выступить в поддержку урегулирования споров, связанных с контрактами на государственные закупки в Боснии и Герцеговине, в арбитражном суде.

Нормативно установлено, что спор должен подлежать рассмотрению в арбитражном суде в соответствии с законодательством. То, что в законодательстве Боснии и Герцеговины отсутствует определение контракта на государственные закупки, обозначающее его правовой характер, можно рассматривать как препятствие для включения в него арбитражной оговорки.

Но краткий анализ позволяет привести достаточно аргументов для того, чтобы считать включение арбитражной оговорки в контракт о государственных закупках не только возможным, но и целесообразным.

Данный факт имеет особое значение для рассмотрения национальных дел о государственных закупках, поскольку в международных контрактах обычно всегда имеется арбитражная оговорка.

Государственные органы Боснии и Герцеговины как договаривающаяся (и в основном ответственная) сторона обычно находятся в положении, исключающем проведение переговоров, когда речь идет о контракте на государственные закупки, если другая сторона не является отечественной организацией.

Это свидетельствует о том, что споры, связанные с контрактами на государственные закупки, в Боснии и Герцеговине фактически подлежат арбитражному разбирательству.

Кроме того, в национальном законодательстве достаточно положений, позволяющих разрешать споры, возникающие из контрактов о государственных закупках или в связи с ними, в порядке арбитражного судопроизводства.

Тем не менее, когда при заключении договора стороны являются резидентами Боснии и Герцеговины, не принято указывать арбитражный суд в качестве способа разрешения спора в контрактах о государственных закупках или использовать в качестве юридического документа *ex post*¹.

Арбитрабельность в сравнительной перспективе

Арбитрабельность (*возможность рассмотрения спора в арбитражном суде*) расценивается как готовность государства разрешить спор способом, альтернативным рассмотрению в национальных судах государства.

¹ Будучи членом комиссии по закупкам в нескольких случаях, мы были свидетелями заключения десятков внутренних договоров о государственных закупках, которые предусматривают юрисдикцию суда, а не арбитража в положениях о разрешении споров.

К арбитражным относятся споры, которые могут быть разрешены арбитром или арбитражным трибуналом, чья компетенция по принятию решений установлена национальными правовыми источниками.

Таким образом, арбитрабельность относится к вопросам национального регулирования. Законы государства могут ограничивать круг подведомственных дел, непосредственно предусматривая те правовые вопросы, в отношении которых государственные суды обладают исключительной юрисдикцией (*rationae materiae*).

С другой стороны, все перечисленные споры могут быть разрешены в арбитражном суде. Обычно и чаще всего это частные юридические вопросы, которые не выходят за рамки гражданско-правовой сферы, т.е. затрагивают коммерческие контракты.

Проблема возникает в ситуации, когда не очевидно, что тот или иной контракт подпадает под понятие гражданско-правового или частного.

Таким образом, если какой-либо правовой вопрос подходит для рассмотрения в арбитражном судопроизводстве, прежде всего это должно быть предусмотрено правовой системой, в юрисдикции которой действует арбитражный суд и (или) в которой решение арбитражного суда будет признано и (или) приведено в исполнение.

Правовые последствия, вытекающие из того, что спор не может быть передан в арбитражный суд, будут негативными для будущего решения. Решение арбитражного суда, вынесенное по вопросу, не подлежащему рассмотрению в арбитражном суде, как правило, отменяется.

Однако (не)арбитрабельность подвержена юрисдикционным изменениям в сторону расширения сферы ее применения на глобальном уровне. В качестве примера можно указать споры, возникающие из права интеллектуальной собственности, антимонопольного права, трудового права, корпоративные споры и т.д.

Нет необходимости доказывать, что в контракте о государственных закупках всегда в качестве одной из сторон выступает государство. Государство как сторона в гражданском/коммерческом арбитраже имеет такое же положение, как любое юридическое лицо, т.е. выступает как частное лицо.

Государство в такой ситуации осуществляет свою власть не *jure imperii*, а *jure gestionis*. Проще говоря, государство как сторона договора должно рассматриваться и рассматривается как любой другой хозяйствующий субъект или организация.

Если добавить к этому тот факт, что арбитражный суд по определению является независимым органом разрешения споров, то следует предположить, что перевод государства с позиции *jure imperii* на позицию *jure gestionis* является довольно сложным. Для государства однозначно предпочтительнее участвовать в процессе в собственных (государственных) судах, чем в каком-либо независимом органе.

Однако правовые системы в странах мира различны, и, соответственно, различен национальный подход к определению правовой природы контракта между частными и государственными органами имеет свои особенности. Лишь в некоторых странах законодатель принял решения в этой сфере с целью продемонстрировать различные подходы в регулировании вопроса об арбитражном суде.

Сопоставив имеющиеся правовые системы, можно сделать вывод, что споры, возникающие в связи с исполнением контракта о государственных закупках, преимущественно подлежат рассмотрению в арбитражных судах. Интересно и



показательно, что в некоторых государствах, например в Перу, арбитражный суд является обязательным; споры определенной категории подлежат урегулированию исключительно в арбитражных судах².

В 1998 г. в Перу введен в действие Закон о государственных закупках, который предписывает, чтобы любые споры между правительством и частным сектором по контрактам на государственные закупки в обязательном порядке разрешались путем примирения или арбитражного судопроизводства. Причина принятия такой нормы уходит корнями в идею создания более надежного государства, а также стремление иметь более эффективную процедуру правовой защиты в области государственных закупок, что представляется разумным и должно стать примером для подражания, по крайней мере в Боснии и Герцеговине.

В Турции недавно внесены поправки в типовые контракты по государственным закупкам, прилагаемые к Правилам осуществления государственных закупок, вступившим в силу 19 января 2018 г. Вместо того чтобы обращаться в турецкие суды, органы публичной власти могут выбирать арбитражное разбирательство по спорам, возникающим в связи с исполнением соглашения о закупках.

Стамбульский арбитражный центр (ISTAC) будет проводить внутренние арбитражные разбирательства. Для международных арбитражных разбирательств государственные органы могут выбирать между арбитражем *ad hoc*, в котором применяется турецкий Закон о международном арбитраже № 4686, и арбитражем Стамбульского арбитражного центра³.

В Турции, а также в Болгарии и Румынии, по всей видимости, споры, возникающие в связи с исполнением договора о государственных закупках, являются арбитражными по выбору.

Другой режим существует в России, где подобные споры вообще не являются арбитражными.

Примечательно, что споры, связанные с публичными закупками, носят временно неарбитражный характер — до принятия закона, устанавливающего порядок определения арбитражного органа для рассмотрения такой категории дел.

В декабре 2018 г. и Верховный Суд РФ при пересмотре судебной практики, и законодатель подтвердили, что запрет на госзакупки должен толковаться в узком смысле и не должен распространяться на закупочные контракты российских государственных компаний. Однако в соответствии с законодательством, регулирующим данный вопрос, Россия становится обязательным местом арбитража⁴.

На Украине к неарбитражным относятся споры, возникающие во время заключения, изменения, расторжения и исполнения контрактов о государственных закупках, за исключением гражданско-правовых аспектов таких договоров о государственных закупках⁵.

² URL: http://arbitrationblog.kluwerarbitration.com/2018/12/14/lessons-perus-legacy/?doing_wp_cron=1589811116.8101119995117187500000 (дата обращения: 18.05.2020).

³ URL: <https://globalarbitrationnews.com/turkey-istac-arbitration-is-now-an-alternative-for-public-procurement-agreement-disputes/> (дата обращения: 18.05.2020).

⁴ URL: <https://globalarbitrationreview.com/jurisdiction/1005758/russia> (дата обращения: 18.05.2020).

⁵ URL: <https://globalarbitrationreview.com/jurisdiction/1005743/ukraine> (дата обращения: 18.05.2020).

В болгарском праве в арбитражном судопроизводстве разрешаются лишь вопросы гражданского или коммерческого имущественного спора⁶.

Хотя споры, возникающие в связи с государственными закупками, не упоминаются, «мы можем прийти к выводу, что у назначающей стороны государственных закупок есть законная возможность включить арбитражную оговорку в проект договора о государственных закупках, и такая возможность дает преимущества по сравнению со стандартной судебной процедурой»⁷.

Исходя из позиции румынской доктрины, сложная процедура государственных закупок состоит из двух этапов — административного и гражданского; вся административная процедура находится под юрисдикцией судов, в то время как с момента заключения контракта стороны могут заключать арбитражные конвенции; также можно предположить, что договор о государственных закупках считается частным по своему характеру⁸.

Право Боснии и Герцеговины

Законодательство Боснии и Герцеговины не предусматривает прямого запрета на разрешение споров, связанных с процедурой государственных закупок, в арбитраже, однако и не содержит разрешающих положений. В этом контексте необходимо изучить два соответствующих правовых источника, а именно Закон о государственных закупках (ЗГЗ) и Закон о контрактах и деликтах (ЗКД)⁹ в качестве *leges speciales*.

В соответствии со ст. 2 ЗГЗ договор о государственной закупке — это договор с финансовым интересом, который заключается в письменной форме между одним или несколькими поставщиками и одним или несколькими заказчиками и направлен на закупку товаров, услуг или выполнение работ. Никаких дополнительных характеристик ЗГЗ не содержит.

Однако из определения, очевидно, следует, что договор о государственных закупках носит гражданский/частный характер, а юрисдикцией в отношении его

⁶ URL: <https://iclg.com/practice-areas/international-arbitration-laws-and-regulations/bulgaria> (дата обращения: 19.05.2020).

⁷ *Sabin Ivanov Subev*. Arbitration Clause in a Contract for Public Procurement, International Conference Knowledge-Based Organization, 21(2), 2015. P. 519 // URL: https://www.researchgate.net/publication/284813473_Arbitration_Clause_In_A_Contract_For_Public_Procurement (дата обращения: 19.05.2020).

⁸ *Sandru D.-M.* Commercial Arbitration in Public Procurement Experiences of the International Commercial Court Attached to the Chamber of Commerce and Industry of Romania, 2017, p. 79 // URL: https://www.researchgate.net/publication/320345207_commercial_arbitration_in_public_procurement_experiences_of_the_international_commercial_arbitration_court_attached_to_the_chamber_of_commerce_and_industry_of_romania_daniel-mihail-sandru (дата обращения: 19.05.2020).

⁹ Official Gazette of SFRY No. 29/78, 39/85 ; Official Gazette of Republic of Bosnia and Herzegovina No. 2/92, 13/93, 13/94 ; Official Gazette of Federation of Bosnia and Herzegovina No. 29/03, 42/11 ; Official Gazette of Republika Srpska No. 17/93, 3/96.



действительности, приведения в исполнение, расторжения или нарушения является гражданский суд. Для подтверждения данной гипотезы следует обратиться к ст. 72(2) ЗГЗ, которая говорит, что договор о государственной закупке заключен в соответствии с законодательством о договорах и деликтах в Боснии и Герцеговине, и ст. 118 ЗГЗ, которая предусматривает, что к ответственности договаривающихся сторон за выполнение обязательств по договору о государственных закупках применяются соответствующие положения законодательства о договорах и деликтах.

«Выполнение обязательств по договору о госзакупках» включает в себя все содержание классического исполнения договора купли-продажи: поставку товара, несоответствие товара, расторжение договора, аннулирование договора, возмещение убытков и т.д. Положения ст. 2, 72(2) и 118 ЗГЗ представляют собой достаточное правовое основание для того, чтобы договаривающаяся сторона могла разрешить потенциальный спор в арбитражном порядке, в соответствии с принципом *pacta sunt servanda*.

Предпосылкой для разрешения спора в арбитражном судопроизводстве является, как уже упоминалось выше, готовность государства легализовать этот способ разрешения споров в качестве метода, альтернативного гражданскому судопроизводству (*rationae jurisdictionis*).

В этой связи необходимые условия соблюдаются в соответствии с Гражданским процессуальным законом Боснии и Герцеговины¹⁰. В обоих указанных законодательных актах содержатся одни и те же соответствующие положения об арбитраже в качестве способа урегулирования споров. К сожалению, в Боснии и Герцеговине нет закона, регулирующего арбитражное судопроизводство в качестве *lex specialis*. Хотя отсутствие правовых норм в этой области влечет трудности, законодательной инициативы, направленной на их урегулирование, нет.

Контракт на государственные закупки, как правило, не представляет собой «торговые отношения», т.е. это не коммерческий, а, скорее, классический гражданский договор.

В соответствии со ст. 25(2) LCT¹¹ коммерческими считаются только договоры, заключенные между не менее чем двумя юридическими лицами, зарегистрированными для осуществления коммерческой деятельности.

Если контракт о государственных закупках заключен с целью поставки товаров / выполнения работ / оказания услуг для функционирования государства (общественного интереса), то, вполне понятно, коммерческие условия не могут быть выполнены.

¹⁰ Статьи 434—453 Гражданско-процессуального закона Боснии и Герцеговины // *Official Gazette of Federation of Bosnia and Herzegovina*. No. 53/03, 73/05, 19/06, 98/15 ; статьи 434—453 Гражданско-процессуального закона Республики Сербской // *Official Gazette of Republika Srpska*. No. 58/2003, 61/2013.

¹¹ В настоящем Законе под контрактами в сфере экономики понимаются контракты, заключаемые предприятиями и другими юридическими лицами, занимающимися экономической деятельностью, а также владельцами магазинов и другими физическими лицами, осуществляющими зарегистрированную хозяйственную деятельность с целью осуществления такой деятельности, или в связи с такой деятельностью.

Вместе с тем существует возможность урегулирования спора, возникшего в связи с контрактом о государственных закупках, в арбитражном порядке в Иностранной торговой палате Боснии и Герцеговины. Например, если контракт о государственных закупках заключен между частным хозяйствующим субъектом и государственной/общественной компанией.

Тем не менее в Боснии и Герцеговине возможно арбитражное разбирательство по спору, возникшему в связи с контрактами на государственные закупки.

В соответствии с ЗГЗ арбитраж *ad hoc* рассматривается как институциональный орган. Кроме того, как представляется, положения ЗГЗ, касающиеся арбитража, в основном подходят для арбитражного разбирательства *ad hoc*. В этом случае договаривающиеся стороны должны нести ответственность за организационные аспекты арбитража. Это было бы более эффективным, менее дорогостоящим и менее трудоемким выбором для сторон, чем традиционное судебное разбирательство в любых национальных судах. При сравнении финансовых и временных аспектов традиционного разрешения споров в государственных судах и арбитражной процедуры в Иностранной торговой палате Боснии и Герцеговины становится очевидным, какой метод является более приемлемым и желательным.

Требования соблюдения общественных интересов

Арбитражное разбирательство согласно определению, помимо прочего, является одним из способов урегулирования негосударственных и конфиденциальных споров, в то время как публичные закупки представляют собой категорию, основанную на принципе открытости. Хотя эти два принципа противопоставляют друг другу, они имеют одинаковую ценность. Речь идет об эффективности их реализации.

В то время как стороны, участвующие в арбитражном разбирательстве, хотели бы продолжить взаимное деловое сотрудничество, по окончании спора граждане как инвесторы в государственные закупки хотели бы, чтобы их деньги были использованы по назначению. Стороны также стремятся обосновать свое участие в разрешении спора путем выбора арбитражного разбирательства в качестве непубличной процедуры.

При этом любой спор, касающийся публичных закупок, является и должен быть публичным и прозрачным; хотя довольно сложно найти баланс между публичными и частными интересами.

Это соотношение должно быть изучено в контексте обоснованности наличия (раскрытия) информации. Государство как участник контракта о государственных закупках находится в двойственном правовом режиме. Во время процедуры торгов это режим публичного права (*jure imperii*), в то время как после подписания контракта государство становится участником частноправовых отношений (*jure gestionis*), т.е. правовые последствия контракта о публичных закупках носят частноправовой характер, а экономические и политические последствия имеют публично-правовое значение.

Сценарий, при котором необходимо найти баланс между частными и государственными интересами, напоминает сценарий инвестиционного арбитража. Тот же способ следует применять по аналогии.



Нормативные требования, касающиеся узаконивания прозрачности в споре из контракта о публичных закупках или в связи с ним, урегулированным в арбитражном порядке, могут быть выполнены путем изменения законодательства о публичных закупках.

По нашему мнению, возможно реализовать цель государственных закупок, установив арбитраж в качестве механизма разрешения споров. Там, где, с одной стороны, есть частное лицо, занимающееся предпринимательской деятельностью с государственными денежными средствами, с другой стороны, должны преобладать общественные интересы. Раскрытие соответствующей информации в отношении любой правовой процедуры, связанной с государственными денежными средствами, должно рассматриваться как политический инструмент в руках налогоплательщиков.

Контракты на государственные закупки должны заключаться и исполняться в общественных интересах. Кто может лучше, чем сами налогоплательщики, оценить их эффективность?

«Защитные меры»

Вопрос о возможности арбитражного урегулирования спора, возникающего в Боснии и Герцеговине в связи государственными контрактами, зависит от характера самого контракта и цели государственных закупок.

Не вызывает сомнения (в доктрине), что контракт о государственных закупках носит характер *suī generis*, что указывает на его промежуточное положение — между частной и государственной сферой.

Когда дело доходит до ответа на доктринальный вопрос о природе контрактов на государственные закупки, то возникает практическая необходимость определить, какие источники права применяются для разрешения спора. Как ранее отмечалось, существует достаточно оснований для обращения к источникам частного права.

Споры в отношении этих обязательств подлежат рассмотрению в арбитражном производстве и должны быть открытыми для обеспечения эффективности процедуры и легитимности политической элиты.

БИБЛИОГРАФИЯ

1. Грбо З. Актуальные проблемы государственных компаний в Боснии и Герцеговине // Вестник Университета имени О.Е. Кутафина (МГЮА). — 2020. — № 2 (66).
2. *Sabin Ivanov Subev*. Arbitration Clause in a Contract for Public Procurement // International Conference Knowledge-Based Organization. — 2015. — 21 (2).
3. *Sandru D.-M.* Commercial Arbitration in Public Procurement Experiences of the International Commercial Court Attached to the Chamber of Commerce and Industry of Romania // *Curentul juridic. The Juridical Current Journal*. — 2017. — No. 3. — P. 71—85.