



СУД ЕВРАЗИЙСКОГО ЭКОНОМИЧЕСКОГО СОЮЗА

КОНСУЛЬТАТИВНОЕ ЗАКЛЮЧЕНИЕ

11 января 2021 года

город Минск

Большая коллегия Суда Евразийского экономического союза
в составе:

председательствующего, судьи-докладчика Айриян Э.В.,
судей Ажибраимовой А.М., Баишева Ж.Н., Колоса Д.Г.,
Нешатаевой Т.Н., Сейтимовой В.Х., Скрипкиной Г.А., Туманяна А.Э.,
Федорцова А.А., Чайки К.Л.,

при секретаре судебного заседания Винник В.В.,
исследовав материалы дела, заслушав судью-докладчика,
руководствуясь пунктами 46, 47, 50, 68, 69, 73 - 75, 96, 98 Статута
Суда Евразийского экономического союза, статьями 14, 19, 72, 75, 85
Регламента Суда Евразийского экономического союза,

предоставляет следующее консультативное заключение по
заявлению Евразийской экономической комиссии о разъяснении
положений Договора о Евразийском экономическом союзе от 29 мая
2014 года.

1. Вопрос заявителя

Евразийская экономическая комиссия (далее – Комиссия, ЕЭК) обратилась в Суд Евразийского экономического союза (далее – Суд) с заявлением о разъяснении положений Договора о Евразийском экономическом союзе от 29 мая 2014 года (далее – Договор).

В заявлении Комиссии указано, что в соответствии с пунктами 11 и 31 Протокола о порядке регулирования закупок (приложение № 25 к Договору), (далее – Протокол), государство – член Евразийского экономического союза вправе в одностороннем порядке, установленном своим законодательством о закупках, установить в

исключительных случаях особенности осуществления закупок отдельных видов товаров, работ и услуг и изъятия из национального режима на срок не более 2 лет соответственно.

Как следует из заявления Комиссии, положениями раздела XXII «Государственные (муниципальные) закупки» Договора и Протокола, запрет на повторное (многократное) установление особенностей осуществления закупок отдельных видов товаров, работ, услуг и изъятий из национального режима в сфере государственных (муниципальных) закупок не установлен. Условие их установления заключается в исключительности случаев для их введения.

Комиссией совместно с заинтересованными министерствами и ведомствами государств – членов Союза проведена работа по вопросу сближения позиций в отношении возможности повторного установления изъятия из национального режима в сфере государственных (муниципальных) закупок, которая не привела к выработке единообразного подхода к данному вопросу.

Комиссия просит Суд предоставить консультативное заключение о разъяснении положений пунктов 11 и 31 Протокола в части возможности однократности либо многократности установления государствами – членами Евразийского экономического союза особенностей осуществления закупок отдельных видов товаров, работ, услуг и изъятий из национального режима в сфере государственных (муниципальных) закупок в установленном порядке.

Постановлением Большой коллегии Суда от 14 октября 2020 года заявление Комиссии принято к производству.

2. Выводы Суда

2.1. В соответствии с пунктом 1 статьи 31 Венской Конвенции о праве международных договоров от 23 мая 1969 года (далее – Венская Конвенция) договор должен толковаться добросовестно в соответствии с обычным значением, которое следует придать терминам договора в их контексте, а также в свете объекта и целей договора.

Положением пункта 2 статьи 31 Венской Конвенции установлено, что для целей толкования договора контекст охватывает, кроме текста, включая преамбулу и приложения:

а) любое соглашение, относящееся к договору, которое было достигнуто между всеми участниками в связи с заключением договора;

б) любой документ, составленный одним или несколькими участниками в связи с заключением договора и принятый другими участниками в качестве документа, относящегося к договору.

Большая коллегия Суда отмечает, что в преамбуле Договора закреплено стремление укрепить экономики государств – членов Евразийского экономического союза и обеспечить их гармоничное развитие и сближение, а также гарантировать устойчивый рост деловой активности, сбалансированную торговлю и добросовестную конкуренцию.

В число основных принципов функционирования Союза статья 3 Договора включает обеспечение взаимовыгодного сотрудничества, равноправия и учета национальных интересов государств-членов. Положения статьи 4 Договора одной из основных целей Союза определяют стремление к формированию единого рынка товаров, услуг, капитала и трудовых ресурсов в рамках Союза.

Цели и принципы регулирования в сфере государственных (муниципальных) закупок закреплены в Разделе XXII Договора.

Пунктом 1 статьи 88 Договора к целям и принципам регулирования в сфере государственных закупок отнесены: регулирование отношений в сфере закупок законодательством государства-члена о закупках и международными договорами государств-членов; предоставление государствам-членам национального режима в сфере закупок.

Пунктом 3 данной статьи установлено, что закупки в государствах-членах осуществляются согласно Протоколу.

В соответствии с пунктом 1 Протокола определяется порядок регулирования закупок.

Подлежащие разъяснению пункт 11 Протокола включен в раздел II. «Требования в сфере закупок», пункт 31 – в раздел III. «Национальный режим и особенности его обеспечения».

Согласно пункту 11 Протокола государство-член вправе в одностороннем порядке в своем законодательстве о закупках установить особенности осуществления закупок, связанные с необходимостью соблюдения конфиденциальности информации о потенциальных поставщиках до окончания осуществления закупки, а также в исключительных случаях на срок не более 2 лет – особенности осуществления закупок отдельных видов товаров, работ и услуг.

Решения и действия в отношении установления таких особенностей принимаются в порядке, предусмотренном пунктами 32 и 33 Протокола.

Положение пункта 31 Протокола устанавливает, что государство-член вправе в одностороннем порядке, установленном своим законодательством о закупках, установить в исключительных случаях изъятия из национального режима на срок не более 2 лет.

2.2. Для целей разъяснения Большая коллегия Суда применяет «Порядок рассмотрения ЕЭК уведомлений государств – членов Евразийского экономического союза о принятии актов об установлении государствами-членами изъятий из национального режима в сфере государственных (муниципальных) закупок, обращений государств-членов по вопросам отмены таких актов, а также принятия Комиссией решений о необходимости отмены таких актов», утвержденный Решением Совета Евразийской экономической комиссии от 23 ноября 2015 года № 69 (далее – Порядок).

Порядок определяет рассмотрение Комиссией уведомлений об актах государств-членов об установлении ими особенностей и изъятий из национального режима в сфере государственных (муниципальных) закупок; рассмотрение обращений об отмене актов; проведение консультаций; принятие решений о необходимости отмены актов.

Порядок устанавливает процедуру рассмотрения Комиссией трех видов уведомлений:

1. О принятии актов об установлении изъятий из национального режима.

2. О принятии актов об установлении государствами-членами особенностей осуществления закупок.

3. О принятии актов об осуществлении конкретной закупки у определенного потенциального поставщика.

Приложения 1 и 2 к Порядку содержат Перечень показателей и сведений, представляемых для обоснования необходимости принятия акта и обращения об отмене акта, а также используемых ЕЭК для подготовки заключений о наличии либо об отсутствии оснований для принятия решения о необходимости отмены акта (далее – Перечень).

2.3. Пунктом 2 Протокола национальный режим определяется как режим, предусматривающий, что каждое государство-член для целей закупок обеспечивает товарам, работам и услугам, происходящим с территорий государств-членов, потенциальным поставщикам государств-членов и поставщикам государств-членов, предлагающим такие товары, выполняющим работы и оказывающим услуги, режим не менее благоприятный, чем предоставляемый товарам, работам и

услугам, происходящим с территории своего государства-члена, а также потенциальным поставщикам и поставщикам своего государства, предлагающим такие товары, выполняющим работы и оказывающим услуги.

В соответствии с пунктом 6 Порядка изъятием из национального режима является установленное актом одного государства-члена ограничение доступа потенциальных поставщиков (подрядчиков, исполнителей) других государств-членов к участию в процедурах государственных закупок конкретных товаров (работ, услуг) либо ограничение доступа к государственным закупкам, осуществляемым в определенных отраслях экономики.

Согласно пункту 8 Порядка к уведомлению об акте, направляемому уполномоченным органом в Комиссию, правительства государств-членов и уполномоченные органы, прилагаются в числе прочих следующие документы (материалы) и сведения:

«б) обоснование необходимости принятия акта, которое в том числе включает следующие сведения:

обоснование исключительности случая, включая информацию, предусмотренную пунктом 9 Порядка, если принимаемый акт устанавливает особенности осуществления государственных закупок отдельных видов товаров (работ, услуг) или изъятия из национального режима. При этом ссылка на любой подпункт пункта 9 Порядка не является достаточным обстоятельством для обоснования исключительности случая».

Указания на признаки, на основании которых производится оценка и классификация исключительности случаев, определенные в пункте 9 Порядка, не являются в силу подпункта б) пункта 8 Порядка достаточным обстоятельством для обоснования исключительности случая.

Согласно пункту 11 Порядка для целей обоснования необходимости принятия акта, в том числе исключительности случая, установления особенностей осуществления государственных закупок отдельных видов товаров (работ, услуг) или изъятий из национального режима, вместе с уведомлением об акте могут представляться сведения согласно приложению № 2 в отношении государства-члена, направляющего уведомление об акте.

Указанное приложение № 2 содержит Перечень из 10 макроэкономических показателей и сведений, представляемых государствами-членами, к которым отнесены также специфические

характеристики товара (работы, услуги), позволяющие сделать вывод о допустимости и необходимости изъятия из национального режима.

Большая коллегия Суда считает, что исходя из взаимосвязанного прочтения положений статьи 88 Договора, пунктов 11 и 31 Протокола следует вывод о том, что нормы пунктов 11 и 31 Протокола не содержат нормативного закрепления однократности установления государствами – членами Союза особенностей осуществления закупок отдельных видов товаров, работ, услуг и изъятий из национального режима на срок не более 2 лет.

Данной нормой международного договора государствам – членам Союза предоставлено право на неоднократное установление таких особенностей.

Большая коллегия Суда отмечает, что словосочетание «в исключительных случаях» не тождественно понятиям однократности и ограничения количества установлений государством-членом особенностей и изъятий из национального режима при осуществлении государственных (муниципальных) закупок.

Право государства-члена на реализацию предоставленных нормами пунктов 11 и 31 Протокола правомочий является безусловным, относится к национальной компетенции и не может быть ограничено как в отношении количества применения особенностей и изъятий из национального режима при проведении закупок на товар, который ранее уже являлся предметом установления особенностей и изъятий из национального режима, так и в отношении иных товаров, работ, услуг.

Государства-члены обосновывают исключительность случаев в соответствии с пунктами 11 и 31 Протокола для установления особенностей осуществления закупок отдельных видов товаров, работ, услуг на срок не более 2 лет, а также изъятий из национального режима на срок не более 2 лет, с учетом положений пункта 9 и приложения № 2 к Порядку.

Данный вывод согласуется с результатом мониторинга Комиссии практики применения в государствах – членах Союза положений пунктов 11 и 31 Протокола в части неоднократности установления особенностей и изъятий, который был представлен Комиссией на запрос Суда. Повторные особенности закупок и изъятия из национального режима за период с 1 января 2015 года по 31 декабря 2019 года установлены 29 актами государств-членов: в Республике Беларусь принято 9 актов, в Российской Федерации – 20 актов. Остальные государства-члены также придерживаются позиции о

неоднократном установлении таких особенностей и изъятий из национального режима.

Иное толкование пунктов 11 и 31 Протокола лишает государство-член возможности после применения особенностей или изъятия из национального режима при наступлении одного исключительного случая применять соответствующие меры и адекватно реагировать на исключительную ситуацию при наступлении иного или повторения того же случая, что может привести к негативным последствиям, нарушив при этом разумный паритет между целью построения единого экономического пространства и учетом национальных интересов государства-члена.

2.4. Большая коллегия Суда констатирует, что суверенному праву государства-члена устанавливать на основании пунктов 11, 31 Протокола особенности и изъятия корреспондирует право другого государства-члена при получении уведомления об их установлении инициировать проведение консультаций без возможности их игнорирования. Данное право реализуется при получении уведомления об установлении особенностей и изъятий до принятия акта, которым предполагается их установление. Целью проводимых консультаций является сближение позиций государств-членов, участвующих в них, относительно вводимых изъятий и особенностей.

Государство-член после принятия акта, которым установлены особенности и изъятия, вправе направить в Комиссию обращение о необходимости отмены актов об установлении государствами-членами особенностей осуществления государственных закупок и изъятий из национального режима.

Комиссией при рассмотрении уведомления об акте, устанавливающем особенности или изъятия, оценивается наличие документов (материалов) и сведений, указанных в пунктах 8, 10 и 11 Порядка, их соответствие положениям пунктов 11, 31 и 32 Протокола в части срока действия особенностей или изъятий из национального режима, срока направления уполномоченным органам уведомления об акте, наличия обоснования принятия акта в соответствии с пунктами 11 и 31 Протокола и исключительности случая. По результатам такой оценки готовится заключение, которое направляется в правительства государств-членов и уполномоченные ими органы.

По итогам рассмотрения обращения Комиссия в срок, не превышающий 10 рабочих дней с даты проведения консультаций и (или) истечения сроков, указанных в пункте 24 Порядка, готовит

заключение о наличии либо об отсутствии оснований для принятия решения о необходимости отмены акта, которое включает в себя итоги анализа, предусмотренного подпунктом «б» пункта 21 Порядка. В частности, такой анализ проводится по показателям и сведениям, предусмотренным приложением № 2 к Порядку (при этом ни один из указанных показателей в отдельности не является достаточным для проведения анализа), в том числе на предмет: негативных экономических последствий для экономик государств-членов вследствие принятия акта; ущерба отрасли экономики одного или нескольких государств-членов вследствие принятия акта.

Учитывая сформулированный Судом в Консультативном заключении от 7 декабря 2018 года о разъяснении применения пункта 2 статьи 97 Договора подход, реализация Комиссией своих полномочий возможна в тесной связи с принципом пропорциональности как одним из общих принципов права Союза.

В целях соблюдения принципа пропорциональности следует устанавливать, соответствует ли ограничение достижению поставленной задачи и предусматривает ли только то, что необходимо для ее достижения.

Изложенное позволяет сформулировать вывод о том, что тест пропорциональности включает в себя проверку двух компонентов:

действительно ли предлагаемая мера (в частности, установление особенностей, изъятий из национального режима) будет способствовать в конкретной ситуации решению одной поставленных задач;

пределы соразмерности указанной меры для достижения заявленной цели.

Второй компонент теста пропорциональности предполагает подтверждение отсутствия менее ограничительных способов достижения той же цели.

2.5. С учетом изложенного, Большая коллегия Суда считает обоснованным предоставить следующее разъяснение вопроса заявителя.

Положениями пунктов 11 и 31 Протокола о порядке регулирования закупок (приложение № 25 к Договору о Евразийском экономическом союзе от 29 мая 2014 года) не предусмотрена однократность установления государствами – членами Евразийского экономического союза особенностей осуществления закупок

отдельных видов товаров, работ, услуг, и изъятий из национального режима в сфере государственных (муниципальных закупок).

3. Заключительные положения

Копию консультативного заключения направить заявителю.

Текст консультативного заключения опубликовать на официальном интернет-сайте Суда.

Председательствующий,
судья-докладчик

судьи

Э.В.Айриян

А.М.Ажибраимова

Ж.Н.Баишев

Д.Г.Колос

Т.Н.Нешатаева

В.Х.Сейтимова

Г.А.Скрипкина

А.Э.Туманян

А.А.Федорцов

К.Л.Чайка