



СУД ЕВРАЗИЙСКОГО ЭКОНОМИЧЕСКОГО СОЮЗА

ОСОБОЕ МНЕНИЕ судьи Колоса Д.Г.

город Минск

5 февраля 2021 года

В Суд Евразийского экономического союза (далее, соответственно – Суд, Союз) поступило заявление Евразийской экономической комиссии (далее – Комиссия) о разъяснении положений Договора о Евразийском экономическом Союзе от 29 мая 2014 г. (далее – Договор), Протокола о порядке регулирования закупок, являющегося приложением № 25 к Договору (далее – Протокол), и Перечня случаев осуществления закупок из одного источника либо у единственного поставщика (исполнителя, подрядчика), являющегося приложением № 3 к Протоколу (далее – Перечень).

Постановлением Большой коллегии Суда от 3 февраля 2021 г. (далее – Постановление) в принятии заявления к производству отказано.

Регламент Суда Евразийского экономического союза, утвержденный Решением Высшего Евразийского экономического совета от 23 декабря 2014 г. № 101 (далее – Регламент Суда), наделяет судью правом в случае несогласия с решением Суда или его отдельными положениями заявить особое мнение при вынесении решения Суда (пункт 1 статьи 79 Регламента Суда).

Полагаю, что отказ в принятии заявления к производству противоречит Договору, Статуту Суда Евразийского экономического союза, являющемуся приложением № 2 к Договору (далее – Статут Суда), и Регламенту Суда.

В этой связи, не соглашаясь с вынесенным Постановлением и пользуясь предоставленным мне правом, заявляю особое мнение.

1. Комиссия просила разъяснить правовое содержание термина «законодательные акты государства – члена Союза», используемого в пункте 6 Перечня, в его системной взаимосвязи с положениями статьи 88 Договора и Протокола.

В заявлении Комиссия указала, что в соответствии с пунктом 3 статьи 88 Договора закупки в государствах – членах Союза осуществляются согласно Протоколу.

Согласно пункту 10 Протокола закупки из одного источника либо у единственного поставщика (исполнителя, подрядчика) осуществляются с учетом требований пункта 10 приложения № 1 к Протоколу в случаях, предусмотренных Перечнем.

Одним из таких случаев (пункт 6 Перечня) является приобретение товаров, работ и услуг у конкретного лица, определенного **законодательными актами государства – члена Союза**, а также приобретение товаров, работ и услуг, поставка, выполнение или оказание которых может осуществляться исключительно органами исполнительной власти в соответствии с их полномочиями или подведомственными им государственными учреждениями, государственными (унитарными) предприятиями, юридическими лицами, 100 процентов голосующих акций (долей участия) которых принадлежат государству, соответствующие полномочия которых устанавливаются **законодательными актами государства – члена Союза**, актами главы государства – члена Союза.

Вопрос Комиссии, требующий разъяснения Суда, связан с необходимостью определения объема правового содержания термина «законодательный акт государства – члена Союза», используемого в указанном пункте Перечня в двух случаях:

а) как основание для осуществления закупки из одного источника либо у единственного поставщика (приобретение товаров, работ и услуг у конкретного лица, определенного **законодательными актами государства – члена Союза**);

б) в качестве правового акта, устанавливающего полномочия государственных учреждений, государственных унитарных предприятий, юридических лиц, 100 процентов голосующих акций (долей участия) которых принадлежат государству, подведомственным органам исполнительной власти (соответствующие полномочия которых установлены **законодательными актами государства – члена Союза**, актами главы государства – члена Союза).

2. Согласно пункту 2 Статута Суда целью деятельности Суда является обеспечение в соответствии с положениями Статута Суда единообразного применения государствами-членами и органами Союза Договора, международных договоров в рамках Союза, международных договоров Союза с третьей стороной и решений органов Союза.

Единообразное применение Договора государствами-членами и органами Союза предполагает наличие у них единого понимания содержания используемых в Договоре терминов.

В связи с высокой вероятностью различий в квалификации правовых понятий в национальном законодательстве государств, для источников права международной природы характерна автономная квалификация, то есть определение содержания терминов для целей данного акта в самом его тексте. Аналогичный подход используется и в Договоре, статья 2 которого содержит квалификацию используемых в нем общих правовых понятий, например, «государства-члены», «унификация законодательства», «гармонизация законодательства». Там же установлено правило, согласно которому иные понятия, используемые в Договоре, понимаются в значениях, приведенных в соответствующих разделах Договора и приложениях к нему.

Ни статья 2 Договора, ни раздел XXII Договора, ни Протокол, ни Перечень не раскрывают значение понятия «законодательные акты государства – члена Союза».

В заявлении Комиссии указано, что объем правового содержания термина «законодательный акт государства – члена Союза» непосредственно влияет на единообразное применение в государствах – членах Союза пункта 6 Перечня, включая создание равных конкурентных условий для доступа к участию в государственных закупках хозяйствующих субъектов государств – членов Союза.

Сам факт обращения Комиссии в Суд свидетельствует об отсутствии единого понимания положений права Союза, разъяснение которых запрашивается, более того, о различных подходах к правовому содержанию имеющегося в Перечне термина «законодательные акты государства – члена Союза» прямо указано в самом заявлении.

Обращаю внимание, что пунктом 34 Протокола предусмотрен механизм возможных действий в случае неисполнения государством-членом в нарушение принципа *pacta sunt servanda* своих обязательств, предусмотренных разделом XXII Договора и Протоколом. В этом случае другие государства-члены вправе обратиться в Комиссию, которая принимает решение об отсутствии факта нарушения либо о признании факта нарушения и необходимости его устранения государством-членом. При невыполнении государством-членом решения о необходимости устранения выявленного нарушения по истечении 2 месяцев со дня его принятия, каждое из других государств-членов в одностороннем порядке вправе не распространять национальный режим на такое государство-член, о чем незамедлительно направляет уведомление в Комиссию и каждому из государств-членов.

Как следствие, запрошенное толкование является крайне важным для государств-членов исходя из соблюдения принципа их законных ожиданий, для Комиссии же эффективное выполнение возложенных

на нее функций и принятие соответствующих праву Союза решений в условиях правовой неопределенности представляется невозможным.

При таких обстоятельствах Суд в рамках компетенции по разъяснению *ex officio* обязан осуществлять толкование терминов, дефиниции которых в Договоре отсутствуют.

Исходя из этого, отказ Суда от разъяснения по заявлению органа Союза, уполномоченного на обращение в Суд, содержащихся в Договоре положений прямо противоречит цели деятельности Суда и интересам интеграции.

3. Руководствуясь пунктом 46 Статута Суда, Суд по заявлению государства-члена или органа Союза осуществляет разъяснение положений Договора, международных договоров в рамках Союза и решений органов Союза.

Полагаю, что Суд обладает предметной *ratione materiae* и субъектной *ratione personae* компетенцией по рассмотрению данного дела, в связи с чем у Большой коллегии Суда отсутствовали основания для отказа в принятии заявления Комиссии к производству.

3.1. Вопрос Комиссии о разъяснении норм Договора, Протокола и Перечня относится к предметной компетенции Суда, поскольку термин «законодательный акт государства – члена Союза», имеющийся в Договоре, может являться предметом толкования. При этом его содержание должно разъясняться Судом в консультативном заключении, предоставляемом по результатам рассмотрения заявления.

В качестве единственного основания для отказа в приеме заявления к производству Большая коллегия Суда сослалась на подпункт «в» пункта 1 статьи 10 Регламента Суда, указав, что в заявлении о разъяснении могут ставиться лишь вопросы, требующие толкования положений Договора, международных договоров в рамках Союза и решений органов Союза.

Вместе с тем в соответствии с подпунктом «в» пункта 1 статьи 10 Регламента Суда в заявлении государства-члена или органа Союза о разъяснении указываются положения Договора, международных договоров в рамках Союза и решений органов Союза, по которым требуется разъяснение.

Подлежащий разъяснению термин «законодательный акт государства – члена Союза» содержится в пункте 6 Перечня, являющегося приложением № 3 к Протоколу, который, в свою очередь, является приложением № 25 к Договору. В заявлении есть указание на данный термин, а также на статью 88 Договора и Перечень, в системной взаимосвязи с положениями которых запрошено толкование.

Таким образом, в заявлении Комиссии прямо указано положение Договора, по которому требуется разъяснение, а вывод Большой коллегии Суда о том, что определение содержания термина «законодательный акт государства – члена Союза» не относится к компетенции Суда, противоречит праву Союза.

То обстоятельство, что в национальном законодательстве государств – членов Союза термин «законодательный акт» может иметь различное содержание, не является для Суда основанием для отказа в его толковании применительно к значению, которое придается ему правом Союза.

Как следствие, по критерию *ratione materiae* заявление Комиссии относится к компетенции Суда.

3.2. По субъектному критерию правом на обращение в Суд с заявлением о разъяснении положений Договора, международных договоров в рамках Союза и решений органов Союза обладают государства-члены и органы Союза.

Комиссия является постоянно действующим регулирующим органом Союза (пункт 1 Положения о Евразийской экономической комиссии, являющегося приложением № 1 к Договору), к основным задачам которого отнесены обеспечение условий функционирования и развития Союза, а также выработка предложений в сфере экономической интеграции в рамках Союза.

Комиссия является органом Союза, в связи с чем наделена *locus standi* на обращение в Суд с заявлением о разъяснении Договора в соответствии с пунктом 46 Статута Суда.

Таким образом, по критерию *ratione personae* заявление Комиссии также соответствует компетенции Суда.

3.3. С учетом изложенного, отказ Большой коллегии Суда в принятии к производству заявления о разъяснении, рассмотрение которого входит в компетенцию Суда, не основан на праве Союза и может быть расценен как уклонение от осуществления Судом своих обязанностей.

4. Основывая отказ в принятии заявления Комиссии к производству на утверждении о том, что сфера государственных (муниципальных) закупок не отнесена Договором к единой политике, требующей унифицированного правового регулирования, Большой коллегии Суда следовало быть последовательной и указать, какой конкретно вид или виды политик реализуются в Союзе в сфере государственных (муниципальных) закупок, а также обосновать, каким образом данное обстоятельство может препятствовать разъяснению Судом положений, содержащихся в Договоре.

При этом следует учитывать, что сфера государственных (муниципальных) закупок уже являлась предметом толкования Суда с формулированием соответствующих правовых позиций в консультативном заключении от 11 января 2021 г. по заявлению Комиссии о разъяснении положений Договора.

Кроме того, анализ предыдущей практики Суда показывает, что Большой коллегией Суда предоставлялись консультативные заключения в том числе по вопросам, не отнесенным Договором к единой политике, в частности, от 7 декабря 2018 г. по заявлению Комиссии о разъяснении положений Договора, касающихся количественных ограничений к профессиональным спортсменам, от 20 ноября 2017 г. по заявлению Министерства транспорта и дорог Кыргызской Республики о разъяснении пункта 13 Порядка регулирования доступа к услугам железнодорожного транспорта, включая основы тарифной политики, являющегося приложением № 2 к Протоколу о скоординированной (согласованной) транспортной политике (приложение № 24 к Договору), о применении унифицированного тарифа к грузовым перевозкам в транзитном сообщении с участием территории третьих стран.

Таким образом, отнесение той или иной сферы отношений, регулируемых Договором и иными актами права Союза, к единой, согласованной либо скоординированной политике никоим образом не оказывает влияния на наличие у Суда компетенции принимать и рассматривать заявления государств-членов и органов Союза о разъяснении положений Договора.

Также считаю необходимым отметить, что, утверждая о неотнесении сферы государственных (муниципальных) закупок к единой политике, Большая коллегия Суда привела в качестве обоснования выдержку из абзаца второго пункта 1 статьи 88 Договора о регулировании отношений в сфере закупок законодательством государства-члена о закупках.

Видится некорректным такой избирательный подход к цитированию лишь тех положений нормы права Союза, которые соответствуют последующему выводу, и игнорирование иных положений той же нормы, ставящих такой вывод под сомнение.

Во-первых, тем же абзацем вторым пункта 1 статьи 88 Договора к числу целей и принципов регулирования в сфере государственных (муниципальных) закупок относится регулирование отношений в сфере закупок не только законодательством государства-члена о закупках, но и **международными договорами государств-членов.**

Во-вторых, требования к тому, каким образом должно выстраиваться законодательство государства-члена о закупках, содержатся в пункте 3 статьи 88 Договора, устанавливающим, что **закупки в государствах-**

членах осуществляются согласно приложению № 25 к Договору (Протокол), находящемуся в прямой взаимосвязи с приведенным абзацем вторым пункта 1 статьи 88 Договора.

Как представляется, сделав вывод о неотнесении сферы государственных (муниципальных) закупок к единой политике на этапе рассмотрения вопроса о принятии заявления к производству, Большая коллегия Суда фактически подменила процедуру рассмотрения заявления о разьяснении, следствием чего явились нарушение стадийности судопроизводства и преждевременность данного вывода.

5. Поскольку Большая коллегия Суда отказала в приеме заявления о разьяснении к производству, что препятствует дальнейшему движению дела, имея особое мнение по данному вопросу, полагаю необходимым высказать позицию по существу положений права Союза, толкование которых запрашивалось Комиссией, в целях обеспечения их единообразного понимания и применения.

При осуществлении разьяснения Судом применяется Венская конвенция Организации Объединенных Наций о праве международных договоров от 23 мая 1969 г. (далее – Венская конвенция), которая содержит правила и принципы их толкования. В частности, пунктом 1 статьи 31 Венской конвенции установлено общее правило толкования о том, что международный договор должен толковаться добросовестно в соответствии с обычным значением, которое следует придавать терминам международного договора в их контексте, а также в свете объекта и целей международного договора.

Специальное значение придается термину в том случае, если установлено, что участники имели такое намерение (пункт 4 статьи 31 Венской конвенции).

При толковании принимается во внимание преамбула и приложения к международному договору, последующие соглашения и практика применения международного договора, а также любые соответствующие нормы международного права, применяемые в отношениях между участниками (пункты 2, 3 статьи 31 Венской конвенции). Также используются дополнительные средства толкования (статья 32 Венской конвенции).

Таким образом, уяснение содержания терминов международного договора и их разьяснение подчиняются формальной логике, объекту и целям договора для установления подлинных намерений сторон до и при подписании договора и последующем его применении.

Анализ текста Договора, Протокола и Перечня показывает использование в них различных указаний на правовые акты государств-членов:

- «нормативный правовой акт государства-члена» в сфере закупок (подпункты 3, 5 пункта 29 Протокола);
- «акт» об установлении изъятий (пункты 32, 33 Протокола);
- «законодательство государства-члена» о закупках (пункты 35-41 Протокола);
- «законодательный акт государства-члена» (пункт 6 Перечня);
- «законодательство государства-члена» (пункт 29 Перечня);
- «акт главы государства-члена» (пункт 6 Перечня);
- «распоряжение главы государства-члена, распоряжение высшего органа исполнительной власти государства-члена по решению или поручению главы государства-члена» (пункт 14 Перечня).

В этой связи представляется правильным вывод о том, что использование вариативных формулировок в отсылке к правовым актам государств-членов для регулирования отношений в сфере государственных (муниципальных) закупок очевидным образом указывает на их наполнение создателями Договора нетождественным содержанием, которое в самом Договоре и Протоколе специально не раскрывается.

В международной практике регулирования закупок применяются схожие подходы. Так, в рамках многосторонней торговой системы Всемирной торговой организации в Соглашении о государственных закупках (*Revised Agreement on Government Procurement and WTO related legal instruments, text amended on 30 March 2012*) также прослеживается многообразие используемой терминологии правовых актов, касающейся сторон данного Соглашения: «*laws*», «*regulations*», «*administrative procedures*», «*rules*», «*procedures*», «*practices*» (статья 22). В Директиве Европейского союза о государственных закупках от 26 февраля 2014 г. № 2014/24/EU используется терминология: «*national law*» (пункт 16 преамбулы), «*national legislative provision*» (пункт 32 преамбулы), «*national legislation*» (пункт 98 преамбулы).

Принимая во внимание участие в Договоре стран с различным государственным устройством и отличающимися подходами к системе правовых актов, а также отсутствие унифицированного регулирования данного вопроса на уровне права Союза, единственно возможным является отнесение тех или иных правовых актов к определенному виду уполномоченными на это субъектами государств-членов в рамках национального законодательства.

Таким образом, норму права Союза о регулировании «законодательным актом государства – члена Союза» контекстуально следует рассматривать как отсылочную к правовой системе соответствующего государства-члена, которая определяет юридическое содержание этого понятия.

Выступая в межгосударственных отношениях в рамках Договора, каждое государство сохраняет свой суверенитет. Доктринальный подход к институту суверенитета государства позволяет констатировать, что в состав суверенной верховной государственной власти входит независимость, позволяющая каждому государству-члену решать свои национальные задачи, определяя государственное устройство, наделяя государственные органы полномочиями на издание, принятие тех или иных видов актов и определяя их юридическую силу.

Как следует из подготовительных материалов к заседанию Коллегии Комиссии, на котором было принято решение о направлении в Суд заявления, предпосылкой для обращения в Суд послужила практика закупки у единственного поставщика, осуществляемой на основании пункта 6 Перечня, в соответствии с Законом субъекта Российской Федерации.

Квалификация с точки зрения нормотворческого процесса понятия, признаков, видов национальных законодательных актов и их юридической силы очевидно относится к исключительной компетенции государства-члена как суверена.

Приведенное выше позволяет сделать вывод о том, что каждое государство-член правомочно самостоятельно определять содержание термина «законодательный акт государства – члена Союза» исходя из его легальной дефиниции, находящейся в правовом поле национального законодательства, либо его позиционирования в системе национальных правовых актов.

6. На основании изложенного прихожу к выводу, что Большой коллегии Суда необходимо было принять к производству заявление Комиссии и предоставить консультативное заключение о том, что содержание термина «законодательный акт государства – члена Союза» в отсутствие его специального значения в Договоре, Протоколе и Перечне должно пониматься в его обычном значении, которое придается ему нормами национального законодательства соответствующего государства-члена Союза.

Судья

Д.Г. Колос