



СУД ЕВРАЗИЙСКОГО ЭКОНОМИЧЕСКОГО СОЮЗА

ОСОБОЕ МНЕНИЕ
судьи Нешатаевой Т.Н.
(дело № СЕ-2-2/1-22-БК)

22 ноября 2022 года

город Минск

Не соглашаюсь с консультативным заключением Большой коллегии Суда Евразийского экономического союза от 22 ноября 2022 года (далее соответственно – консультативное заключение, Суд) по делу по заявлению Евразийской экономической комиссии (далее – Комиссия, ЕЭК) о разъяснении положений пункта 18 Протокола о порядке регулирования закупок (приложение № 25 к Договору о Евразийском экономическом союзе от 29 мая 2014 года; далее – Протокол). Суд не учел современные основы правового регулирования Евразийского экономического союза (далее – ЕАЭС, Союз), цели его развития, предполагающие постепенность и поступательность.

Исходя из изложенного и в соответствии с пунктом 1 статьи 79 Регламента Суда Евразийского экономического союза, утвержденного Решением Высшего Евразийского экономического совета от 23 декабря 2014 года № 101, заявляю особое мнение.

Формально вопрос Комиссии касался наличия обязанности государства – члена Союза имплементировать нормы об обеспечении заявок на участие в закупках – абзацев шестого и седьмого пункта 18 Протокола – в свое национальное законодательство. Большая коллегия Суда пришла к выводу о наличии у государства-члена Союза такой обязанности. Но в действительности ответ на вопрос Комиссии в консультативном заключении отсутствует.

Итак, вопрос Комиссии касается того, должно ли национальное законодательство предусматривать, что частные средства, обеспечивающие заявки на участие в закупке, поступают на счета заказчика (бюджетные счета), или возможен иной вариант (могут оставаться заблокированными на специальных счетах участников закупок). Именно второй вариант предусмотрен подпунктом 1 пункта 5 статьи 44 Федерального закона от 5 апреля 2013 года № 44-ФЗ «О контрактной системе в сфере закупок товаров, работ, услуг для

обеспечения государственных и муниципальных нужд» (в действующей редакции; далее – федеральный закон). Это предполагает, что денежные средства множества участников закупок не перечисляются на счет заказчика и, как следствие, не становятся частью денежной массы, аккумулируемой на счете заказчика (бюджетном счете государства – члена Союза), но остаются собственностью участников конкурсных процедур.

Большая коллегия Суда сослалась на статью 31 Венской конвенции о праве международных договоров от 23 мая 1969 года (далее – Венская конвенция), устанавливающую, что 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. Однако фактически данная статья Венской конвенции применена не была: в консультативном заключении Суд ограничился лишь грамматическим толкованием пункта 18 Протокола, исключив иные методы, предусмотренные этой статьей, – телеологический, систематический, исторический, и не учитывал контекст (в том числе последующую практику государств), объект, цели Договора о Евразийском экономическом союзе от 29 мая 2014 года (далее – Договор). Кроме того, Большая коллегия Суда не учла статью 32 Венской конвенции, согласно которой возможно обращение к дополнительным средствам толкования (например, подготовительным материалам).

Ограниченность грамматическим толкованием привела к явно неразумному результату, согласно которому можно сделать вывод о возможности контрреформы законодательства о государственных (муниципальных) закупках, отказа от проведенной цифровизации, отката на несколько лет назад в данной сфере. Выводы, изложенные в консультативном заключении, не соответствуют праву Союза, материалам дела, компетенции Суда, так как Большая коллегия Суда:

(1) не проанализировала уровень допустимой суверенной дискреции государств – членов Союза в сфере скоординированной политики, допускающей приоритет национального законодательства в сфере регулирования государственных (муниципальных) закупок согласно Договору;

(2) не изучила актуальность и адекватность действующего национального регулирования обеспечения заявки на участие в государственной (муниципальной) закупке с точки зрения иных международных обязательств государства – члена Союза.

Считаю указанные аспекты ключевыми для разрешения настоящего дела и сожалею, что не удалось убедить коллег правильно соотносить компетенцию Союза и суверенное право государства регулировать общественные отношения на своей территории (особенно в таких

чувствительных сферах, как государственные (муниципальные) закупки, национальная регистрация юридических лиц), а также установить баланс публичных и частных интересов (составную часть public order, то есть публичного порядка согласно общим принципам права и статье 29 Договора) в вопросе регулирования обеспечения заявки на участие в государственных (муниципальных) закупках.

1. О скоординированной политике

Для ответа на вопрос Комиссии Большой коллегии Суда следовало установить степень допустимой дискреции государств – членов Союза по принятию национального законодательства в сфере регулирования государственных (муниципальных) закупок в силу Договора согласно требованиям скоординированной политики.

Государства – члены Союза заключили Договор и тем самым учредили Союз, в рамках которого обеспечивается свобода движения товаров, услуг, капитала и рабочей силы (пункт 1 статьи 1 Договора). Союз является международной организацией региональной экономической интеграции, обладающей международной правосубъектностью (пункт 2 статьи 1 Договора), наделен компетенцией в пределах и объемах, установленных Договором и международными договорами в рамках Союза (пункт 1 статьи 5 Договора).

При этом передача компетенции осуществлена двумя способами: наднациональным – единая политика, создание унифицированных обязательных норм прямого действия для государственных органов, физических (юридических) лиц государств – членов Союза; межгосударственным – скоординированная и согласованная политики, которые предполагают создание национального законодательства в сферах согласования воли государств.

В компетенцию Союза государства-члены передали существенный объем полномочий по регулированию (частичному) различных сфер общественных отношений (таможенно-тарифное, техническое регулирование, защита внутреннего рынка и множество иных). Однако государства – члены Союза не самоустранялись от регулирования отношений в тех сферах, которые они зарезервировали за собой в рамках скоординированной и согласованной политик. Соответственно, установление степени дискреции и объема суверенных прав государства – члена Союза по принятию норм национального законодательства в конкретной сфере общественных отношений зависит от того, передана ли такая сфера для регулирования на уровень Союза полностью или зарезервирована (полностью или в части) государствами за собой согласно Договору.

В Союзе объем суверенных прав государств-членов юридико-технически оформлен в виде передачи соответствующей сферы в единую, скоординированную или согласованную политику в рамках Союза (статья 1 Договора).

Согласно статье 2 Договора «единая политика» – политика, осуществляемая государствами-членами в определенных ими сферах, предусмотренных Договором, предполагающая применение государствами-членами унифицированного правового регулирования, в том числе на основе решений органов Союза в рамках их полномочий.

«Скоординированная политика» – политика, предполагающая осуществление сотрудничества государств-членов на основе общих подходов, одобренных в рамках органов Союза, необходимых для достижения целей Союза, предусмотренных Договором.

«Согласованная политика» – политика, осуществляемая государствами-членами в различных сферах, предполагающая гармонизацию правового регулирования, в том числе на основе решений органов Союза, в такой степени, которая необходима для достижения целей Союза, предусмотренных Договором.

Следовательно, в силу Договора отнесения конкретной сферы общественных отношений к единой, скоординированной или согласованной политике зависит как объем суверенных прав государств – членов Союза по установлению норм права в такой сфере, так и метод нормообразования. В единой политике центральная роль принадлежит регуливающим органам Союза, которые наделены государствами-членами полномочиями по принятию норм, обладающих прямым действием и применяющихся непосредственно. Результатом реализации «единой» политики является унификация (приведение к единому стандарту) правового регулирования (наивысшая степень интеграции).

В согласованной и скоординированной политике ключевым для правового регулирования продолжает быть сотрудничество государств – членов Союза. Основное различие данных политик заключается в том, что при реализации согласованной политики государства-члены проводят гармонизацию (то есть сближение) своего внутреннего законодательства, основываясь в том числе на решениях органов Союза. В скоординированной политике государства – члены Союза сотрудничают в конкретной сфере на основе общих подходов, одобренных в Союзе (обычный для международного права метод согласования воле).

Нормы, статьи, институты, разделы, части Договора сформулированы таким образом, что конкретную сферу общественных отношений не всегда возможно поместить в один из видов политик. Так, например, в консультативном заключении от 4 апреля 2017 года Суд установил, что регулирование конкуренции в ЕАЭС охватывает единую,

согласованную и скоординированную политики, поскольку включает в себя как регулирование конкуренции на трансграничных рынках товаров, отнесенное к сфере ведения Комиссии (единая политика), так и вопросы соответствия национального антимонопольного законодательства тем основам, которые заложены в Договоре (согласованная политика), а также сотрудничества в сфере защиты конкуренции (скоординированная политика).

Применительно к сфере государственных (муниципальных) закупок отметим, что Договор, Протокол позволяют установить к какой из политик (единой, скоординированной, согласованной) она относится. Именно этот вопрос был ключевым в запросе ЕЭК. В такой ситуации Большая коллегия Суда должна была разъяснить, к какой политике следует отнести регулирование государственных (муниципальных) закупок и, как следствие, установить объем суверенных прав, которые государства зарезервировали за собой в данной сфере общественных отношений.

В праве Союза отсутствуют унифицированные нормы, принятые в том числе на основе решений органов Союза, которые бы регулировали отношения в сфере государственных (муниципальных) закупок, а также отсутствуют акты, свидетельствующие об обязательствах по проведению гармонизации национального законодательства государств – членов Союза. Следовательно, в настоящее время невозможно признать сферу государственных закупок в качестве составных частей единой и (или) согласованной политики.

Вместо этого пунктом 1 статьи 88 Договора установлено, что государства – члены Союза определяют цели и принципы регулирования в сфере государственных (муниципальных) закупок. Далее определяется, что регулирование отношений в сфере закупок осуществляется в законодательстве государства-члена о закупках и в международных договорах государств-членов.

Указанные в пункте 1 статьи 88 Договора цели и принципы регулирования в сфере государственных (муниципальных) закупок являются теми общими подходами в данной сфере, на основе которых осуществляется сотрудничество государств – членов Союза согласно определению скоординированной политики, данному в статье 2 Договора.

Пункт 3 Протокола предусматривает, что при применении Протокола, если из положений законодательства государства-члена не следует иной смысл, чем установлено Протоколом, приведение законодательства государства-члена в соответствие с настоящим Протоколом не требуется.

Взаимосвязанное прочтение статьи 2 Договора, нормы-принципа, изложенной в пункте 1 статьи 88 Договора, пункта 3 Протокола

показывает, что государства – члены Союза согласились, что сфера государственных (муниципальных) закупок регулируется преимущественно их национальным законодательством. Каких-либо изменений в национальное законодательство о государственных (муниципальных) закупках вносить не требуется, если не искажены общие подходы – цели и принципы. Отдельно следует подчеркнуть, что пункт 1 статьи 88 Договора предусматривает, что государственные закупки регулируются международными договорами государств-членов, что предполагает, что в этой сложной и многогранной сфере имеют значение различные международные договоры государств – членов Союза по тематике государственных закупок, в том числе прямо не входящие в право Союза (например, статья 9 Конвенции Организации Объединенных Наций против коррупции от 31 октября 2003 года требует «создания надлежащих систем закупок, которые основываются на прозрачности, конкуренции и объективных критериях принятия решений и являются эффективными, среди прочего, с точки зрения предупреждения коррупции»; Конвенция по борьбе с подкупом иностранных должностных лиц при осуществлении международных коммерческих сделок от 17 декабря 1997 года также возлагает обязанности на государства по борьбе со взяточничеством в сфере государственного заказа).

Последующая практика государств – членов Союза также показывает, что они осуществляют сотрудничество между собой в контексте регулирования государственных (муниципальных) закупок. Так, в преамбуле проекта Соглашения о взаимном признании банковских гарантий при осуществлении государственных (муниципальных) закупок (утверждено распоряжением Коллегии Евразийской экономической комиссии от 28 сентября 2022 года № 169) указывается, что государства – члены Союза «выражают заинтересованность в укреплении сотрудничества в области государственных (муниципальных) закупок на долгосрочной и стабильной основе».

Следовательно, государства – члены Союза отнесли сферу государственных закупок к скоординированной политике, в рамках которой они осуществляют сотрудничество согласно статье 88 Договора и Протоколу, обязуясь соблюдать *смысл* Договора, но не проводить гармонизацию законодательства и (или) создавать и руководствоваться едиными правилами, принятыми на основе решений органов Союза (единая политика).

В таком контексте к скоординированной политике относится межгосударственное интеграционное сотрудничество государств – членов Союза на основе общих подходов (целей, принципов), изложенных в международном договоре, но с сохранением суверенной

компетенции государств-членов по созданию национального регулирования в соответствующей сфере.

В единой политике орган Союза создает унифицированную норму, которая напрямую включается в национальное законодательство.

В согласованной политике происходит гармонизация законодательства на основе решения органа Союза (решение имплементируется в национальное законодательство).

2. Общий подход – обеспечение в виде гарантийного денежного взноса, банковской гарантии

При разрешении вопроса о необходимости имплементации нормы пункта 18 Протокола Большая коллегия Суда в целом учла, что национальное законодательство, регулирующее сферу государственных (муниципальных) закупок, соответствует общим подходам, заложенным в Договоре. Оно предусматривает оба вида обеспечения заявок на участие в государственных (муниципальных) закупках: денежный взнос и независимая (банковская) гарантия (по выбору участника).

Однако Большая коллегия Суда отказалась признать, что национальное законодательство, сохраняя общие подходы, может совершенствоваться, что соответствует скоординированной политике: в момент принятия федерального закона статья 44 данного акта предусматривала два способа обеспечения заявок – внесение денежных средств на счет заказчика и банковскую гарантию (редакция от 5 апреля 2013 года). В 2021 году подход был изменен, в результате чего регулирование стало более совершенным (статья 5 Федерального закона от 2 июля 2021 года № 360-ФЗ «О внесении изменений в отдельные законодательные акты Российской Федерации»): согласно действующей на данный момент редакции пункта 5 статьи 44 федерального закона при проведении электронных процедур обеспечение заявки на участие в закупке предоставляется одним из следующих способов:

а) путем блокирования денежных средств, внесенных участником закупки на собственный банковский счет, открытый таким участником в банке, включенном в перечень, утвержденный Правительством Российской Федерации;

б) путем предоставления независимой гарантии, соответствующей требованиям статьи 45 федерального закона.

Как ожидается, с 1 января 2023 года норма будет дополнена положением о том, что заблокированные денежные средства блокируются для их перевода в случаях, предусмотренных настоящей статьей, на счет, на котором в соответствии с национальным законодательством

учитываются операции со средствами, поступающими заказчику, или в соответствующий бюджет бюджетной системы Российской Федерации.

Последнее порождено практикой: при невыполнении условий государственного заказа возникали сложности с разблокировкой средств обеспечения в многочисленных национальных коммерческих банках.

Такое регулирование введено с целью упрощения подачи заявок на участие в закупках, их обеспечения и быстрого возврата внесенных в качестве обеспечения денежных средств. В итоге блокирование и разблокирование денежных средств происходит оперативно, средства перечисляются на счет заказчика в случае признания заявки успешной; у заявителей, чья заявка не была признана успешной, отсутствует необходимость истребования денежных средств со счета заказчика. Как следствие, нивелируется угроза незаконного пользования чужими денежными средствами (статья 395 Гражданского кодекса Российской Федерации) на бюджетных счетах.

Из этого следует, что национальное регулирование становится более современным, нацеленным как на защиту прав участников закупок, так и на защиту бюджетных средств от списания процентов за пользование частными деньгами. Иными словами, в законодательстве найден баланс частных и публичных интересов. Никаких привилегий для российских участников закупок относительно лиц из государств – членов Союза в нем не установлено. Все граждане, субъекты хозяйствования в общем рынке должны действовать по одним правилам (иное – патернализм).

3. О формулировках «должно быть установлено» и «принимаются в том числе», и другое

Отметим, что грамматический анализ, приведенный в консультативном заключении Большой коллегии Суда, не является полным и последовательным, не учитывает, что в формулировках норм абзацев четвертого и пятого пункта 18 Протокола использованы разные глаголы («должно быть установлено» и «принимаются»), то есть речь идет о разных действиях, которые относятся к разным субъектам. В абзаце четвертом логическим субъектом действия, выраженного глаголом «устанавливать», является государство-член («законодательством государства-члена о закупках должно быть установлено»). Такие же конструкции употреблены в абзацах первом и втором пункта 18 Протокола. То есть обычное словоупотребление для обязывания государства-члена закрепить норму в своем законодательстве включает глагол «устанавливать». Последнее относится к необходимости установить не менее 2 способов (видов) обеспечения заявки на участие в закупке и обеспечения исполнения договора (контракта) о закупке.

В абзаце пятом субъект действия, выраженного глаголом «принимать», не указан, но перечислены лица, действующие в области государственных (муниципальных) закупок. К таким лицам отнесены заказчики, поставщики, организаторы закупок, операторы электронной торговой площадки и т.д.

В материалах дела содержится письмо Министерства экономического развития Российской Федерации от 23 декабря 2013 года с приложением проекта Протокола, где в рассматриваемой норме присутствуют только абзацы первый и второй, которые предлагается дополнить словами: «При этом заказчики в качестве обеспечения заявок и исполнения договоров (контрактов) принимают банковские гарантии, выданные банками в порядке и случаях, установленных законодательством государства-члена». В такой редакции нормы четко виден субъект действия, выраженного глаголом «принимать» – это заказчик.

Следовательно, глагол «принимается» не предписывает действий государствам-членам. Последнее подтверждается ответом Государственного института русского языка имени А.С. Пушкина на запрос Суда (процитированным в консультативном заключении фрагментарно и выборочно), где сказано: «Глагол «принимаются» в функции сказуемого употреблен в форме 3 лица множественного числа и относится к однородным членам «гарантийный денежный взнос», «банковская гарантия», которые связаны с конструкцией «в том числе» отношениями включения. В связи с этим можно констатировать, что в качестве обеспечения исполнения договора может быть принято любое из перечисленных в тексте обеспечений (гарантийный денежный взнос, банковская гарантия), а также другие обеспечительные гарантии, не указанные в тексте. Вывод об их обязательном установлении в законодательстве государства-члена с лингвистической точки зрения не следует. В представленном фрагменте текста речь идет только о том, что в законодательстве должно быть установлено не менее двух способов (видов) обеспечения заявки».

Таким образом, норма абзаца пятого пункта 18 Протокола говорит только о том, что в качестве обеспечения допустимо использовать гарантийный денежный взнос и банковскую гарантию. Отсюда следует, что в праве Союза отсутствует требование к законодательству государств – членов Союза о необходимости закрепления нормы о поступлении частных денежных средств, предоставляемых в качестве обеспечения, только на бюджетный счет (счет заказчика). Кроме того, формулировка пункта 18 Протокола не может свидетельствовать о том, что всем юридическим лицам должны быть доступны оба способа обеспечения, им может быть доступно гораздо больше способов.

Из заявления Комиссии следует, что национальное регулирование, дословно не закрепившее формулировку пункта 18 Протокола, может рассматриваться как «барьер» для развития интеграции, устанавливающий неодинаковые условия на рынке государственных закупок.

Договор не содержит определения понятия «барьер», при этом употребляя данный термин в различных ситуациях: например, в подпункте 16 пункта 1 статьи 51 Договора одним из принципов технического регулирования в рамках Союза поименовано недопущение установления избыточных барьеров для ведения предпринимательской деятельности; в статье 55 Договора установлено обязательство по устранению технических барьеров во взаимной торговле с третьими странами; в пункте 3 статьи 92 Договора одной из целей заявлено устранение барьеров в промышленной сфере; в подпункте 8 пункта 4 статьи 92 Договора закреплено право государств реализовывать иные меры, направленные на устранение барьеров и развитие взаимовыгодного сотрудничества в сфере промышленной политики.

Учитывая, что требования к средствам обеспечения государственных закупок устанавливаются в законодательстве государства-члена (абзац восьмой пункта 18 Протокола), подчеркнем, что все участники таких закупок должны соблюдать правила национального законодательства – предоставить обеспечение на специальном счете (если такой открыт) или независимую (банковскую) гарантию. Оба указанных способа соответствуют публичному порядку как государства-члена, так и Союза в целом согласно статье 29 Договора. Публичный порядок (универсально-международный, регионально-интеграционный, национальный) предполагает соблюдение тех запретов, которые установлены международными принципами и договорами для ограничения свобод в целях поддержания правопорядка в целом (запрет рабства, пиратства, геноцида, апартеида и иного в международном публичном праве; запрет скрывать личный закон иностранного юридического лица, безвозмездного пользования чужими денежными средствами в предпринимательских отношениях и иное). Все эти элементы заложены в статье 29 Договора, их раскрытие происходит в конкретной ситуации, в том числе путем формирования судебной практики. Статья 29 Договора достаточно полно определяет элементы публичного порядка региональной интеграции, включая правопорядок, который традиционно предполагает баланс публичных и частных интересов и не противоречит общепринятому в международном публичном и частном праве.

Заметим также, что понятие «барьер» раскрыто в нормативных актах Комиссии, которая является единственным органом, уполномоченным устанавливать наличие барьера. Так, согласно пункту 4 Методологии

разделения препятствий на внутреннем рынке Евразийского экономического союза на барьеры, изъятия и ограничения и признания барьеров устраненными (утверждена решением Коллегии Евразийской экономической комиссии от 2 февраля 2021 года № 10) «барьером» считаются препятствия для свободного движения товаров, услуг, капитала, рабочей силы в рамках функционирования внутреннего рынка Союза и их доступа на рынки государств-членов, возникшие вследствие несоответствия норм законодательства государств-членов либо сложившейся в государствах-членах правоприменительной практики праву Союза (за исключением тех случаев, которые определены в статье 29 Договора).

Заметим, что свободное движение юридических лиц в Союзе не предусмотрено, они остаются в сфере действия национального права.

Следовательно, для установления барьера требуется выявить несоответствие законодательства государства – члена Союза либо правоприменительной практики праву Союза.

Государственная регистрация юридических лиц, а также порядок их деятельности, установленный в государстве-члене, определяются правом порядком этого государства-члена.

В сфере государственных (муниципальных) закупок, являющейся частью скоординированной политики в рамках Союза и урегулированной преимущественно законодательством государств – членов Союза, которое не должно входить в противоречие с общими подходами Протокола, в принципе не может возникнуть противоречий, если соблюден смысл договоренностей (общие подходы, цели, принципы), – в данном случае использованы два способа обеспечения заявки на участие в закупке.

Из заявления Комиссии можно сделать вывод, что требования к иностранным юридическим лицам из государств – членов Союза открывать счета, регистрировать филиалы, компании и т.д. по национальным законам считаются барьером. Однако в любом правовом порядке такие правила необходимо соблюдать, так как они соответствуют публичному порядку суверенного государства. Следует учитывать, что юридическим лицом из государства – члена Союза фактически может быть материнская компания из третьей страны (см. особое мнение от 12 октября 2022 года по делу № СЕ-2-1/1-22-БК), для которой упрощенный допуск к государственному заказу в ЕАЭС не предусмотрен. Ссылка на национальный режим не исключает соблюдения требований законодательства о регистрации и открытии счетов, которые являются общими для национальных и иностранных юридических лиц. Общее союзное правовое регулирование статуса юридических лиц в настоящее время в ЕАЭС не предусмотрено. Как национальные, так и иностранные юридические лица, в том числе из государств – членов Союза, должны

соблюдать существующие национальные правила в области государственных (муниципальных) закупок.

Таким образом, государства обязаны установить не менее двух способов обеспечения, но реализация способов обеспечения заявки на участие в государственных (муниципальных) закупках любого участника из государств – членов Союза должна соответствовать национальному законодательству.

Современные условия развития интеграции не позволяют перевести государственные (муниципальные) закупки в единую политику. Во всяком случае последнее не является задачей Суда ЕАЭС, этот вопрос вне его компетенции. Попытка Комиссии решить политико-экономический вопрос юридическим путем не служит целям поступательного развития интеграции.

Вывод

Развитие международного права, в том числе права Союза, и развитие национального права во многом взаимосвязаны. В некоторых сферах национальное право может опережать международное в своем развитии – как следствие, международный договор впоследствии воспринимает достижения национального права. В настоящем деле проявилась именно эта ситуация – цифровизация национального законодательства о государственных (муниципальных) закупках привела к созданию более сбалансированных норм, не противоречащих Протоколу.

В такой ситуации в совершенствовании с учетом цифровизации нуждаются нормы международного договора. В отсутствие такого правового развития, на наш взгляд, государство – член Союза вправе задействовать статью 29 Договора в целях защиты своего (и общего, интеграционного) публичного порядка.

Судья

Т.Н. Нешатаева