



## СУД ЕВРАЗИЙСКОГО ЭКОНОМИЧЕСКОГО СОЮЗА

---

### ОСОБОЕ МНЕНИЕ

Судьи Кишкембаева А.Б.  
(дело № Р-3/24)

город Минск

14 ноября 2024 года

В соответствии с пунктом 1 статьи 79 Регламента Суда Евразийского экономического союза, утвержденного решением Высшего Евразийского экономического совета от 23 декабря 2014 года № 101, используя предоставленное данной нормой право, заявляю особое мнение в отношении выводов Большой коллегии Суда Евразийского экономического союза (далее – Большая коллегия) в консультативном заключении по заявлению Агентства по защите и развитию конкуренции Республики Казахстан (далее – Агентство), о разъяснении положений Договора о Евразийском экономическом союзе от 29 мая 2014 года (далее – Договор).

1. Большой коллегией принято в производство обращение Агентства, как уполномоченного органа государства-члена, в Суд Евразийского экономического союза (далее – Суд), в части разъяснения следующих вопросов:

- наделена ли в соответствии с правом Евразийского экономического союза (далее – Союз, ЕАЭС) Евразийская экономическая комиссия (далее – Комиссия) полномочиями по установлению монопольно высокой цены на закупках товаров (работ, услуг) в случае осуществления закупок из одного источника либо у единственного поставщика (исполнителя, подрядчика) или положения статьи 76 Договора касаются исключительно установления, поддержания монопольно высокой цены на товарном рынке, исключая закупки?

- могут ли согласно праву Союза «закупки» признаваться «товарным рынком»?

Рассмотрев указанные вопросы, Большая коллегия в консультативном заключении от 13 ноября 2024 года сделала

следующие выводы:

«16.1. Государственные (муниципальные) закупки, независимо от способа их совершения, не являются отдельным товарным рынком, но являются формой приобретения товара (работы, услуги) на соответствующем трансграничном товарном рынке, на который распространяются общие принципы и правила конкуренции.

16.2. Комиссия в соответствии с положениями пункта 7 статьи 76 Договора наделена полномочиями по пресечению фактов установления, поддержания на трансграничных товарных рынках монопольно высокой или монопольно низкой цены товаров (работ, услуг) хозяйствующим субъектом, занимающим доминирующее положение, независимо от формы приобретения этих товаров (работ, услуг).

Пресечение нарушений общих правил конкуренции на трансграничных рынках осуществляется Комиссией в каждом случае с учетом всех обстоятельств, в порядке предусмотренном Протоколом об общих принципах и правилах конкуренции (приложение № 19 к Договору). При несогласии хозяйствующего субъекта с конкретным решением Комиссии, оно может быть оспорено в Суде Евразийского экономического союза.».

Не оспаривая выводы консультативного заключения о наличии у Комиссии компетенции, предусмотренной пунктом 7 статьи 76 Договора, считаю, что их формулировка не разъясняет поставленные перед Большой коллегией вопросы по существу.

Это вызвано тем, что Большая коллегия Суда пришла к мнению о том, что «разъяснению по настоящему делу подлежат положения статьи 76 Договора, подпункта 19 пункта 2 Протокола об общих принципах и правилах конкуренции (приложение № 19 к Договору), абзаца четвертого пункта 2 Протокола о порядке регулирования закупок (приложение № 25 к Договору).» (пункт 2 консультативного заключения). В этой связи Большая коллегия ограничила круг подлежащих исследованию и оценке вопросов, сделав вывод, что «по настоящему делу необходимо разъяснение контрольных полномочий Комиссии именно в сфере конкуренции. Разъяснение же положений Договора о контрольных полномочиях Комиссии по обеспечению соблюдения права Союза о государственных (муниципальных) закупках заявителем не запрашивается» (пункт 7 Консультативного заключения).

Однако, по существу вопрос Агентства заключается в наличии/отсутствии у Комиссии полномочий по установлению монопольно высокой цены при осуществлении закупок, а также в случаях

осуществления закупок из одного источника либо у единственного поставщика (исполнителя, подрядчика).

2. Большая коллегия Суда ссылается 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 в консультативном заключении Суд ограничивается лишь формально-юридическим толкованием вышеперечисленных норм Договора с приложениями, исключая иные методы, предусмотренные этой статьей Венской конвенции, – телеологический, систематический, исторический. В результате, проблемы правового регулирования, которые послужили поводом для обращения заявителя в Суд, остались за рамками исследования.

В соответствии с пунктом 50 Статута Суда (приложение № 2 к Договору, далее – Статут Суда), «Суд при осуществлении правосудия применяет:

- 1) общепризнанные принципы и нормы международного права;
- 2) Договор, международные договоры в рамках Союза и иные международные договоры, участниками которых являются государства-стороны споры;
- 3) решения и распоряжения органов Союза;
- 4) международный обычай как доказательство всеобщей практики, признанной в качестве правовой нормы».

Учитывая значение правовых позиций Суда, выраженных в консультативных заключениях, для формирования права Союза и национальной судебной практики государств-членов Союза, представляется важным, не ограничиваясь буквальным формально-юридическим толкованием положений Договора, принимать во внимание контекст обращения, обстоятельства, послужившие основанием и поводом к обращению за консультативным заключением Суда, а также юридические последствия использования вырабатываемых Судом правовых позиций.

Исходя из изложенного, при формулировке мотивировочной части и выводов консультативного заключения представляется важным опираться на широкое толкование как норм международного права, так и права Союза, регламентирующего компетенцию Евразийской экономической комиссии и национальных государственных органов в сфере конкуренции и закупок.

По существу предметом исследования и судебной оценки по данному делу должен быть вопрос о наличии/отсутствии компетенции

Комиссии на наднациональном уровне осуществлять контроль за соответствием закупок из одного источника либо у единственного поставщика (исполнителя, подрядчика) нормам права Союза о защите конкуренции, регулировании государственных (муниципальных) закупок и механизме осуществления такого контроля.

Однако текст консультативного заключения не дает конкретного однозначного ответа по этому вопросу, уводя в освещение полномочий Комиссии по защите конкуренции путем контроля за деятельностью хозяйствующих субъектов на товарном рынке.

3. Учитывая, что практическое значение выводов Суда обусловлено разрешением конкретной правовой дилеммы, представляется необходимым исходить из следующих концептуальных позиций:

*Относительно наличия компетенции Комиссии по установлению монопольно высокой цены на закупках товаров (работ, услуг) в случаях осуществления закупок из одного источника либо у единственного поставщика (исполнителя, подрядчика):*

3.1. Развитие конкуренции определено в пункте 1 статьи 88 Договора как одно из целей и принципов регулирования в сфере государственных (муниципальных) закупок, а правовые механизмы их реализации регламентируются специальными нормами Договора.

Согласно пункту 2 статьи 8 Договора органы Союза действуют в пределах полномочий, которые предоставлены им настоящим Договором и международными договорами в рамках Союза. В пункте 3 статьи 18 Договора предусматривается определение компетенции Комиссии в приложении № 1 к Договору.

Согласно пункту 3 Положения о Евразийской экономической комиссии (приложение № 1 к Договору) Комиссия осуществляет свою деятельность в ряде сфер, определенных Договором и международными договорами в рамках Союза, включая сферу естественных монополий и сферу государственных (муниципальных) закупок, исключительно в пределах полномочий, предусмотренных Договором и международными договорами в рамках Союза.

Как показывает анализ положений пункта 7 статьи 76 Договора, раздела III Протокола об общих принципах и правилах конкуренции (Приложение № 19 к Договору), раздела IV Протокола о порядке регулирования закупок (Приложение № 25 к Договору), у Комиссии отсутствует прямая компетенция устанавливать монопольно высокую цену при проведении закупок.

Согласно пункту 42 Статута Суда в компетенцию Суда не входит наделение органов Союза дополнительной компетенцией помимо той, которая прямо

предусмотрена Договором и (или) международными договорами в рамках Союза.

Следует отметить, что предусмотренная в пункте 9 раздела III Протокола об общих принципах и правилах конкуренции (Приложение № 19 к Договору) компетенция Комиссии на пресечение нарушений общих правил конкуренции на трансграничных рынках не означает наделение Комиссии полномочиями по установлению монопольно высокой цены при осуществлении закупок, поскольку изложенные выше нормы статей 8 и 18 Договора исключают наличие у Комиссии и других органов Союза подразумеваемых полномочий.

3.2. Анализ положений Протокола об общих принципах и правилах конкуренции (Приложение № 19 к Договору), включая раздел IV о санкциях за нарушение общих правил о конкуренции, дает понимание деяний, которые отнесены к сфере контроля и оценки со стороны Комиссии в качестве нарушающих общие правила конкуренции. Они предполагают наличие возможности для самостоятельности хозяйствующих субъектов при осуществлении действий на товарном рынке.

Деяние, квалифицируемое как нарушение правил конкуренции на трансграничном рынке, выражается в форме неправомерного *волевого* поведения физических и юридических лиц, которое вызывает негативные правовые последствия в отношении условий обращения товаров на товарном рынке (за исключением финансовых рынков), охватывающем территории двух и более государств-членов.

Подпункт 8) пункта 2 раздела I Протокола об общих принципах и правилах конкуренции (Приложение № 19 к Договору) определяет «конкуренцию» как состязательность хозяйствующих субъектов (субъектов рынка), при которой самостоятельными действиями каждого из них исключается или ограничивается возможность каждого из них в одностороннем порядке воздействовать на общие условия обращения товаров на соответствующем товарном рынке.

Следует отметить, что при осуществлении закупок из одного источника либо у единственного поставщика (исполнителя, подрядчика) у последнего отсутствует возможность установления цены выше цены заказчика. При таком способе закупки установление, поддержание монопольно высокой или монопольно низкой цены товара хозяйствующим субъектом (субъектом рынка), занимающим доминирующее положение, не представляется возможным.

В соответствии со статьей 22 Федерального закона Российской Федерации «О контрактной системе в сфере закупок товаров, работ, услуг для обеспечения государственных и муниципальных нужд»

начальная (максимальная) цена контракта и в предусмотренных настоящим Федеральным законом случаях цена контракта, заключаемого с единственным поставщиком (подрядчиком, исполнителем), определяются и обосновываются заказчиком посредством применения метода или нескольких методов, установленных в пункте 1 указанной статьи.

Законодательство о закупках Республики Беларусь также содержит нормы, из которых следует, что цену закупки определяет и устанавливает заказчик, которая является предельной стоимостью предмета государственной закупки. Предложения участников открытого конкурса, процедуры запроса ценовых предложений в случае их превышения предельной стоимости предмета, установленной заказчиком, - отклоняются. Не допускается заключение договора по цене, превышающей предельную стоимость предмета. Таким образом, по законодательству такую цену поставщика нельзя квалифицировать как монополюно высокую цену.

3.3. Действия хозяйствующего субъекта, осуществляемые в качестве участника закупок, в случае осуществления закупок у одного источника или у единственного поставщика, не могут быть отнесены к сфере оценки уполномоченным органом на предмет соблюдения статьи 76 Договора, в силу следующего:

Целями и принципами регулирования в сфере государственных (муниципальных) закупок (раздел XXII Договора) определены способы осуществления закупок и требования к порядку их проведения.

В соответствии с пунктом 10 названных Требований к организации и проведению конкурса, запроса ценовых предложений (запроса котировок), запроса предложений, аукциона и закупки у одного источника либо у единственного поставщика (исполнителя, подрядчика) (приложение № 1 к Протоколу о порядке регулирования закупок – приложению № 25 к Договору, далее – Требования к организации и проведению конкурса...) – закупка из одного источника либо у единственного поставщика (подрядчика, исполнителя) осуществляется при наличии расчета и обоснования цены договора (контракта) о закупке.

В пункте 2 Протокола об общих принципах и правилах конкуренции (приложение N 19 к Договору) "монополюно высокая цена" – это цена, установленная занимающим доминирующее положение хозяйствующим субъектом (субъектом рынка), если эта цена превышает сумму необходимых для производства и реализации такого товара расходов и прибыли и цену, которая сформировалась в условиях конкуренции на товарном рынке, сопоставимом по составу покупателей или продавцов товара, условиям обращения товара, условиям доступа

на товарный рынок, государственному регулированию, включая налогообложение и таможенно-тарифное регулирование (далее - сопоставимый товарный рынок), при наличии такого рынка на территории Союза или за ее пределами.

Учитывая, что определение обоснованной цены товара при таком способе закупок осуществляет заказчик, причем сам способ закупки у одного источника либо у единственного поставщика вызван отсутствием конкуренции между поставщиками на товарном рынке, выявление монопольно высокой цены при таком способе закупок не может быть отнесено к полномочиям Комиссии.

*Относительно вопроса о соотношении понятий «товарный рынок» и «закупка»:*

3.4. Данный вопрос, как усматривается из контекста обращения, поставлен на разрешение Большой коллегии Суда в связи с его концептуальным значением для разграничения компетенции Комиссии в разных сферах – защиты конкуренции и государственных закупок.

В этом аспекте существенное значение для установления компетенции Комиссии имеет отнесение конкретной сферы правового регулирования к «единой», «скоординированной», «согласованной» политике, определения которых даны в статье 2 Договора.

Как установлено ранее Судом в консультативном заключении от 4 апреля 2017 года по делу № Р-1/17, конкурентное право Союза включает все три вида политик, а именно: к единой политике относятся правила в сфере защиты конкуренции на трансграничных рынках, к скоординированной политике – защита конкуренции на национальных рынках; в соответствии с пунктом 4 статьи 74 Договора государства-члены проводят согласованную конкурентную (антимонопольную) политику в отношении действий хозяйствующих субъектов (субъектов рынка) третьих стран, если такие действия могут оказать негативное влияние на состояние конкуренции на товарных рынках государства-членов. Согласно правовым позициям Суда, основанным в том числе на пункте 1 Приложения № 19 к Договору, правила в сфере защиты конкуренции на трансграничных рынках урегулированы правом Союза и относятся к единой политике (к сфере наднационального регулирования).

Что касается государственных (муниципальных) закупок, то в этой области регулирования проводится скоординированная политика, как это усматривается из пункта 1 статьи 88 Договора и пункта 35 Протокола о порядке регулирования закупок (Приложение № 25 к Договору).

Не оспаривая мотивировку консультативного заключения по настоящему делу о соотношении юридических определений

«товарный рынок» и «закупки», закрепленных в праве Союза, считаю важным отметить, что в сочетании с нормами о разной сфере регулирования этих правоотношений, это лишь дает основания для вывода о том, что Комиссия при проведении расследования о нарушении общих правил конкуренции на трансграничном рынке проводит анализ товарного рынка в целом, не выделяя из него отдельные сделки, совершенные в рамках закупок. Закупки как форма приобретения товара должны учитываться при определении параметров соответствующего товарного рынка, например, объема товарного рынка и долей хозяйствующих субъектов на товарном рынке (пункт 3 Методики оценки состояния конкуренции, утвержденной решением Совета Комиссии от 30 января 2013 года № 7).

Вместе с тем, что касается пресечения нарушений общих правил конкуренции на трансграничных рынках, Комиссия обладает компетенцией, закрепленной в Договоре. Пресечение же нарушений в сфере государственных закупок, которые согласно Договору устанавливаются в законодательстве государств-членов, к компетенции Комиссии не отнесено.

Подпункт 1 пункта 1 статьи 76 Договора запрещает установление, поддержание монопольно высокой или монопольно низкой цены товара занимающим доминирующее положение хозяйствующим субъектом (субъектом рынка), результатом которых являются или могут являться недопущение, ограничение, устранение конкуренции и(или) ущемление интересов других лиц. При этом исходя из определения понятий «доминирующее положение», «хозяйствующий субъект (субъект рынка)», «монопольно высокая цена», данных в Приложении № 19 к Договору, Комиссия наделена полномочиями по установлению монопольно высокой цены товара занимающим доминирующее положение хозяйствующим субъектом (субъектом рынка) на трансграничном товарном рынке в рамках расследования в отношении хозяйствующего субъекта.

Однако, Комиссия не наделена полномочиями по проверке соблюдения правил проведения закупок или формирования цены при осуществлении закупок. Данный вопрос отнесен к сфере регулирования национальным законодательством государств-членов Союза.

3.5. В аспекте практической ценности правовых позиций Суда, в том числе для национальной правоприменительной деятельности, считаю важным, с учетом положений пункта 50 Статута Суда, обратиться также к доктринальному толкованию понятий «товарный рынок» и «закупки», а также правоприменительной практике международно-правовых и национальных институтов стран-участниц Союза.

Так, в конкурентном праве содержание понятия закупок (государственных закупок) определяется функциями закупок с экономической точки зрения. С этих позиций закупки выполняют роль инструмента макроэкономической политики (государственных инвестиций и/или расходов); а также выступают рабочим инструментом, обеспечивающим потребности государственного сектора. Одновременно закупки, регулируя вопросы государственного сектора, содержат признаки инструмента административно-правового регулирования.

В этой связи в конкурентном праве используется понятие «рынок (государственных) закупок» (public procurement markets) или «публичный рынок» (public markets), который в отличие от «товарного рынка» субсидируется и строго регулируется государством<sup>1</sup>.

Руководство Организации экономического сотрудничества и развития по борьбе со сговором на торгах при осуществлении государственных закупок (февраль, 2009)<sup>2</sup>, описывая риски и действия в процессе закупок, относительно компетенции антимонопольных органов рекомендует устанавливать с ними отношения по обмену информацией, консультированию и т.п. При этом данное Руководство не содержит ни одного положения, допускающего вывод о прямом регулировании или контроле со стороны антимонопольного органа за формированием цены на рынке закупок.

Директива 2014/24/ЕС Европейского парламента и Совета от 26 февраля 2014 года «О государственных закупках»<sup>3</sup> не отражает какие-либо полномочия Европейской комиссии устанавливать монополю высокую цену или каким-то иным способом реагировать на ценообразование во время закупок.

Согласно пункту 37 нормативного постановления Пленума Верховного Суда Российской Федерации № 2 «О некоторых вопросах, возникающих в связи с применением судами антимонопольного законодательства»<sup>4</sup> от 4 марта 2021 года, «действия хозяйствующих субъектов при осуществлении закупки товаров, работ, услуг у единственного поставщика согласно положению о закупке, принятому в соответствии с Законом о закупках, не могут быть рассмотрены на предмет нарушения статьи 17 Закона о защите конкуренции».

Также, как и в Директиве 2014/24/ЕС, общий подход заключается в том, что антимонопольный орган вправе в рамках своих полномочий реагировать на процедуру проведения закупок (к примеру, на предмет

---

<sup>1</sup> Graells, Albert Sanchez. Public procurement and the EU competition rules. Bloomsbury Publishing, 2015, p.38-39.

<sup>2</sup> [https://www.oecd.org/ru/publications/p\\_4cc88621-ru.html](https://www.oecd.org/ru/publications/p_4cc88621-ru.html)

<sup>3</sup> <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX%3A02014L0024-20240101>

<sup>4</sup> [https://www.consultant.ru/document/cons\\_doc\\_LAW\\_378656/805e4721b177ea832d19ce60f7cb917252e4d102/](https://www.consultant.ru/document/cons_doc_LAW_378656/805e4721b177ea832d19ce60f7cb917252e4d102/)

сговора участников), но не в отношении законности или обоснованности установления цены товара или услуги, сложившейся на торгах.

Этот вывод согласуется и с пунктом 3 статьи 76 Договора, где прямо предусмотрен правовой запрет на соглашения между хозяйствующими субъектами (субъектами рынка) государств-членов, являющихся конкурентами, действующими на одном товарном рынке, которые приводят или могут привести к повышению, снижению или поддержанию цен на торгах.

Взаимосвязанное толкование норм Протокола о порядке регулирования закупок (Приложение № 25 к Договору), Методики оценки состояния конкуренции приводит к выводу о том, что право Союза позволяет характеризовать участников закупок как субъектов, действующих на одном товарном рынке, а условия обращения товара подлежат оценке при определении продуктовых границ рынка в каждом конкретном случае, причем условия конкурсного отбора поставщиков товара для государственных и муниципальных нужд расцениваются в качестве барьера для входа на товарный рынок.

Такой подход полностью согласуется с содержанием пп. 1) п.1 статьи 76 Договора, которым установление, поддержание монопольно высокой или монопольно низкой цены товара выведено в самостоятельное деяние, квалифицируемое в качестве нарушения в области конкуренции (но не в области закупок).

4. Как было указано выше, пункт 10 Требований к организации и проведению конкурса... – относительно регулирования цены закупки из одного источника либо у единственного поставщика (подрядчика, исполнителя) предусматривает лишь необходимость наличия расчета и обоснования цены договора (контракта) о закупке. При этом нормами права Союза не предусмотрена необходимость принятия методики или порядка определения цены контракта или стоимости предмета закупки.

Названный пункт 10 предусматривают определение законодательством государства-члена только требований к размещению информации о закупке из одного источника либо у единственного поставщика (подрядчика, исполнителя).

5. С учетом изложенного выводы Большой коллегии о наличии у Комиссии в соответствии с положениями пункта 7 статьи 76 Договора полномочий по пресечению фактов установления, поддержания на трансграничных товарных рынках монопольно высокой или монопольно низкой цены товаров (работ, услуг) хозяйствующим субъектом, занимающим доминирующее положение, независимо от формы приобретения этих товаров (работ, услуг), следует понимать как основанные на разъяснении лишь контрольных полномочий Комиссии

в сфере конкуренции, без разъяснения норм Договора о регулировании в области государственных (муниципальных) закупок.

6. Касательно поставленного заявителем вопроса о полномочиях Комиссии по установлению монопольно высокой цены в случае осуществления закупок из одного источника либо у единственного поставщика (исполнителя, подрядчика) необходимо отметить, что закупка из одного источника сама по себе не может быть предметом контрольных полномочий Комиссии по выявлению монопольно высокой цены. Компетенция Комиссии по выявлению нарушения общих правил конкуренции, выразившегося в установлении, поддержании монопольно высокой или монопольно низкой цены товара реализуется путем исследования трансграничных товарных рынков в целом и поведения поставщиков на конкретном трансграничном рынке.

Судья

А.Б. Кишкембаев