



СУД ЕВРАЗИЙСКОГО ЭКОНОМИЧЕСКОГО СОЮЗА

ОСОБОЕ МНЕНИЕ **судьи Федорцова А.А.** **(консультативное заключение о разъяснении пунктов 11 и 31** **Протокола о порядке регулирования закупок)**

11 января 2021 года

город Минск

Большая коллегия Суда Евразийского экономического союза (далее, соответственно – Большая коллегия, Суд) по запросу Евразийской экономической комиссии (далее – Комиссия, ЕЭК) разъяснила положения пунктов 11 и 31 Протокола о порядке регулирования закупок (приложение № 25 к Договору о Евразийском экономическом союзе от 29 мая 2014 года, далее, соответственно – Протокол, Договор о ЕАЭС).

Большая коллегия Суда пришла к выводу, что положениями пунктов 11 и 31 Протокола не предусмотрена однократность установления государствами – членами Евразийского экономического союза (далее – Союз, ЕАЭС) особенностей осуществления закупок отдельных видов товаров, работ, услуг и изъятий из национального режима в сфере государственных (муниципальных) закупок (далее – закупки).

Считаю, что выводы Большой коллегии, изложенные в консультативном заключении, не соответствуют целям и принципам функционирования ЕАЭС и не основаны на праве Союза.

Полагаю, что право Союза не предусматривает возможность повторного установления особенностей осуществления закупок в отношении отдельных видов товаров, работ, услуг, повторного установления одних и тех же изъятий из национального режима. Это следует из:

анализа положений Протокола в свете объекта и целей Договора о ЕАЭС, положений решения Совета Евразийской экономической комиссии от 23 ноября 2015 года № 69;

оценки подготовительных материалов, относящихся к формированию права Союза в сфере закупок;

обстоятельств заключения Договора о ЕАЭС.

Выражая свое особое мнение, исхожу из того, что разъяснение, толкование и развитие права Союза должны быть направлены на реализацию целей и принципов, заложенных в Договоре о ЕАЭС.

1. Положения пунктов 11 и 31 Протокола в контексте целей создания и принципов функционирования Союза

Учреждая Союз, государства-члены желали укрепить свои экономики, обеспечить их гармоничное развитие и сближение, а также гарантировать устойчивый рост деловой активности, сбалансированную торговлю и добросовестную конкуренцию (преамбула Договора о ЕАЭС).

Для решения этой задачи государства договорились, что в рамках Союза обеспечивается свобода движения товаров, услуг, капитала и рабочей силы (статья 1 Договора о ЕАЭС).

Были провозглашены основные цели Союза, одной из которых является формирование единого рынка товаров, услуг, капитала и трудовых ресурсов в рамках Союза (статья 4 Договора о ЕАЭС).

Одним из основных принципов функционирования Союза является соблюдение принципов рыночной экономики и добросовестной конкуренции (абзац пятый статьи 3 Договора о ЕАЭС).

Общесоюзные цели и принципы получили развитие на отраслевом уровне. В соответствии со статьей 88 Договора о ЕАЭС государства-члены определили цели и принципы регулирования в сфере закупок, основными из которых являются:

предоставление государствам-членам национального режима в сфере закупок;

обеспечение беспрепятственного доступа потенциальных поставщиков и поставщиков государств-членов к участию в закупках, проводимых в электронном формате;

развитие конкуренции, а также противодействие коррупции и другим злоупотреблениям в сфере закупок.

Каждое из государств-членов обеспечивает в отношении товаров, работ и услуг, происходящих с территорий других государств-членов, а также в отношении потенциальных поставщиков и поставщиков других государств-членов, предлагающих такие товары, работы и услуги, национальный режим в сфере закупок (пункт 30 Протокола).

Изыятия из национального режима и особенности осуществления закупок отдельных видов товаров (работ, услуг) – это исключения, которые ограничены как по основаниям, так и по срокам их применения, из общего правила о равном (недискриминационном) доступе хозяйствующих субъектов, их товаров, работ и услуг, к закупкам.

Основываясь на целях, задачах и принципах ЕАЭС, в том числе в сфере регулирования закупок, полагаю, что толкование и разъяснение положений Договора о ЕАЭС, касающихся исключений из естественного порядка функционирования экономического союза, не может быть расширительным и противоречащим целям и задачам Союза.

По моему убеждению, право Союза и логика межгосударственного интеграционного взаимодействия требуют последовательного движения к установлению равных экономических условий для всех хозяйствующих субъектов на всем пространстве ЕАЭС, в том числе в сфере закупок.

2. Грамматическое толкование пунктов 11 и 31 Протокола

Базовый способ толкования международного договора – грамматический – позволяет сделать вывод об «однократном характере» реализации права, изложенного в пунктах 11 и 31 Протокола, исходя из анализа взаимосвязанных терминов «установить», «в исключительных случаях» и «на срок не более 2 лет».

Ключевой смысл международных обязательств, изложенных в указанных пунктах Протокола, выражает глагол «установить». Он является глаголом совершенного вида, определяет действие, достигшее своего внутреннего предела, по достижении которого оно должно исчерпать себя, прекратиться.

Обращаю внимание, что в тексте Договора о ЕАЭС при изложении обязательств сторон помимо формулировки «государства-члены вправе **установить**» (пункты 11 и 31 Протокола) используется словосочетание «государства-члены вправе **устанавливать**» (пункт 3 статьи 74 Договора о ЕАЭС).

Данные формулировки, на мой взгляд, содержат различные подходы к механизму реализации прав государств. Так, если во втором случае предполагается возможность многократного установления (устанавливать), то в первом случае – только однократность (установить).

Используя в пунктах 11 и 31 Протокола термин «установить» применительно к соответствующей ограничительной мере, договаривающиеся стороны намеревались подчеркнуть возможность лишь однократного ее установления.

Кроме того, полагаю, что однократность следует из указания в пунктах 11 и 31 Протокола на исключительный и временный характер мер по ограничению доступа к государственным закупкам.

Иное толкование лишает полезного действия положения пунктов 11 и 31 Протокола о том, что ограничения и изъятия могут быть установлены в исключительных случаях и на срок не более 2 лет.

Договором о ЕАЭС установлен пресекательный срок, который не допускает действие соответствующих изъятий (особенностей) за пределами указанных временных рамок.

Более того, Договором о ЕАЭС не предусматривается продление срока действия соответствующих изъятий (особенностей).

3. Положения пунктов 11 и 31 во взаимосвязи с иными положениями Протокола

Прежде всего, обращаю внимание на иерархическое соотношение норм о закупках, содержащихся в основной части Договора о ЕАЭС и приложениях к нему.

Раздел XXII Договора о ЕАЭС устанавливает цели и принципы регулирования в сфере закупок и представляет собой базисное регулирование. В свою очередь, в Протоколе (приложении № 25 к Договору) установлен порядок регулирования закупок (исполнительный регламент), который должен подчиняться своей правовой основе, а значит и правилу о национальном режиме в сфере закупок.

Дополнительно необходимо отметить, что абзац второй пункта 11 Протокола в части, касающейся принятия решений и действий в отношении установления соответствующих особенностей осуществления закупок, отсылает к порядку, предусмотренному пунктами 32 и 33 Протокола.

Данная отсылка означает применение к актам об установлении государствами-членами соответствующих особенностей осуществления закупок тех же положений, что и в отношении актов об установлении изъятий в соответствии с пунктом 31 Протокола.

Изложенный в пунктах 32 и 33 Протокола механизм включает в себя, в частности:

заблаговременное информирование государств-членов и Комиссии о принятии акта;

проведение консультаций заинтересованных сторон;

право Комиссии принять решение о необходимости отмены акта, обязанность государства-члена обеспечить внесение соответствующих изменений в такой акт (признать его утратившим силу), последствия в случае неисполнения решения Комиссии о необходимости отмены акта.

В соответствии с абзацем третьим пункта 33 Протокола принят Порядок рассмотрения Евразийской экономической комиссией 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 ЕЭК), который по смыслу пункта 3 статьи 31 Венской конвенции о праве международных договоров от 23 мая 1969 года подлежит учету наряду с контекстом Договора как «соответствующие нормы международного права, применяемые в отношениях между участниками».

Данный Порядок, как и Договор о ЕАЭС, также не содержит положений о повторном введении одного и того же ограничения (изъятия) в отношении конкретных товаров (работ, услуг) либо продления срока действия такого ограничения (изъятия).

Следует отметить, что в Протоколе совещания по вопросам государственных (муниципальных) закупок от 22 февраля 2018 года № 23-7/пр под председательством директора Департамента конкурентной политики и политики в области закупок ЕЭК с участием представителей всех государств-членов сказано следующее:

«По мнению участников совещания, Договором о Союзе может быть предусмотрена допустимость повторного установления изъятий из национального режима, при условии внесения соответствующих изменений в Порядок ЕЭК, утвержденный решением Совета ЕЭК от 23.11.2015 № 69 (в части увеличения срока направления уведомлений о повторном установлении изъятий, расширения пакета обосновывающих документов, права Комиссии на запрос необходимых для рассмотрения уведомления дополнительных документов, проведение Комиссией соответствующих консультаций, механизма принятия решений в Комиссии и обжалования таких решений)».

Таким образом, экспертные оценки свидетельствуют о недопустимости повторного установления изъятия из национального режима без урегулирования данного вопроса в Порядке ЕЭК.

Из этого я заключаю, что и по этому основанию повторное установление изъятия из национального режима в настоящее время недопустимо, поскольку корректировки Порядка ЕЭК не производились.

4. Подготовительные материалы и обстоятельства заключения Договора о ЕАЭС

До вступления в силу Договора о ЕАЭС регулирование вопросов закупок осуществлялось в соответствии с Соглашением о государственных (муниципальных) закупках от 9 декабря 2010 года (далее – Соглашение).

Абзац первый статьи 4 Соглашения предусматривал, что в исключительных случаях Стороны могут на срок не более 2 лет в одностороннем порядке законодательством государства Стороны устанавливать изъятия из национального режима.

С учетом преемственности правового регулирования в ходе евразийской экономической интеграции полагаю обоснованным отметить, что в представленных Комиссией по запросу Суда протоколах заседаний Комиссии таможенного союза прослеживается намерение государств-учредителей ЕАЭС придерживаться национального режима в сфере закупок без изъятий и ограничений.

Казахстанская сторона еще в 2010 году настаивала «на предоставлении с 2017 года национального режима без возможности установления изъятий, даже через согласование с Комиссией таможенного союза, поскольку создание единого экономического пространства предусматривает равную конкуренцию между поставщиками Сторон»; Российская и Белорусская стороны считали необходимым приблизить эти сроки (Протокол заседания Комиссии таможенного союза по рассмотрению хода выполнения Плана действий по формированию Единого экономического пространства Республики Беларусь, Республики Казахстан и Российской Федерации, приложение к решению Комиссии таможенного союза от 21 сентября 2010 года № 409).

Полагаю, что все способы толкования пунктов 11 и 31 Протокола указывают на то, что право Союза не предусматривает возможность неоднократного установления изъятий из национального режима и установления особенностей осуществления закупок одних и тех же видов товаров, работ, услуг.

Толкование пунктов 11 и 31 Протокола требует, чтобы государства в рамках регулирования механизма принятия ограничительных мер исходили из возможности только однократного их установления.

На основании изложенного прихожу к выводу, что пункты 11 и 31 Протокола предусматривают только однократную возможность установления государствами в исключительных случаях на срок не более 2 лет особенностей осуществления закупок отдельных видов товаров, работ, услуг, изъятий из национального режима в сфере закупок.

Судья

А.А.Федорцов