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, устанавливающем, что **закупки в государствах-**

членах осуществляются согласно приложению № 25 к Договору (Протокол), находящемся 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 разъяснении, следствием чего явились нарушение стадийности судопроизводства и преждевременность данного вывода.

5. Поскольку Большая коллегия Суда отказала в приеме заявления о разъяснении 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 разъяснения 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 разъяснение 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