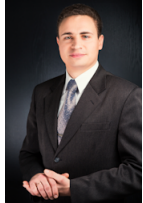


Відповідальність за порушення у сфері публічних закупівель

№09, 04 березня 2021



Кирило Казак ,
адвокат, партнер
ЮК "КПД КОНСАЛТИНГ"



Андрій Петришак ,
адвокат
ЮФ "КПД Консалтинг"

Головна стаття
Контроль і перевірки АМКУ

Компетентна думка

Зміни до Закону про АМКУ й окремий орган оскарження публічних закупівель
Нецінові критерії оцінки тендерних пропозицій
Оскарження процедур закупівель
Про роботу тендерного комітету
Оскарження процедур публічних закупівель
Ризики в разі проведення та участі в закупівлях
Питання відповідальності у сфері публічних закупівель

З 19 квітня 2020 року введено в дію нову редакцію Закону України "Про публічні закупівлі" від 25.12.2015 р. № 922-VIII (далі – Закон № 922), яким, серед іншого, суттєво розширено перелік порушень, за які можливе притягнення до відповідальності, та посилено відповідальність у галузі публічних закупівель.

Відповідно до ст. 44 Закону № 922 за порушення вимог, установлених цим Законом та нормативно-правовими актами, прийнятими на виконання цього Закону, відповідальність несуть такі категорії осіб:

- уповноважені особи, службові (посадові) особи замовників;
- службові (посадові) особи та члени органу оскарження;
- службові (посадові) особи Уповноваженого органу, службові (посадові) особи центрального органу виконавчої влади, що реалізує державну політику у сфері державного фінансового контролю;
- службові (посадові) особи органів, що здійснюють казначейське обслуговування бюджетних коштів (обслуговуючого банку).

Крім того, ця стаття вказує, що за:

- придбання товарів, робіт і послуг до/без проведення процедур закупівель / спрощених закупівель, відповідно до вимог цього Закону, та
- укладення договорів, що передбачають оплату замовником товарів, робіт і послуг до/без проведення процедур закупівель / спрощених закупівель, визначених цим Законом, та

– порушення вимог цього **Закону** службові (посадові) особи, уповноважена особа замовника та керівники замовників несуть відповідальність згідно із законами України.

Деталізації, які саме види відповідальності та види діянь є караними, **Закон № 922** не містить.

Своєю чергою адміністративну відповідальність у сфері закупівель визначено в **статті 164-14 Кодексу України про адміністративні правопорушення** (далі – КУпАП).

Указана стаття містить **виключний** перелік складів правопорушень, за вчинення яких посадові особи контролюючого органу мають право скласти адміністративний протокол, а саме:

- порушення порядку визначення предмета закупівлі;
- несвоєчасне надання або ненадання замовником роз'яснень щодо змісту тендерної документації;
- тендерну документацію складено не у відповідності до вимог закону;
- розмір забезпечення тендерної пропозиції, установлений у тендерній документації, перевищує межі, визначені законом;
- неоприлюднення або порушення строків оприлюднення інформації про закупівлі;
- ненадання інформації, документів у випадках, передбачених законом;
- порушення строків розгляду тендерної пропозиції;
- придбання товарів, робіт і послуг до/без проведення процедур закупівель / спрощених закупівель відповідно до вимог закону;
- застосування конкурентного діалогу або торгів з обмеженою участю, або переговорної процедури закупівлі на умовах, не передбачених законом;
- невідхилення тендерних пропозицій, які підлягали відхиленню відповідно до закону;
- відхилення тендерних пропозицій на підставах, не передбачених законом або не у відповідності до вимог закону (безпідставне відхилення);
- укладення з учасником, який став переможцем процедури закупівлі, договору про закупівлю, умови якого не відповідають вимогам тендерної документації та/або тендерної пропозиції переможця процедури закупівлі;
- внесення змін до істотних умов договору про закупівлю у випадках, не передбачених законом;
- внесення недостовірних персональних даних до електронної системи закупівель та неоновлення в разі їх зміни;
- порушення строків оприлюднення тендерної документації;
- невиконання рішення Антимонопольного комітету України як органу оскарження за результатами розгляду скарг суб'єктів оскарження, подання яких передбачено законом;
- укладення договорів, які передбачають оплату замовником товарів, робіт і послуг до/без проведення процедур закупівель / спрощених закупівель, визначених законом.

Учинення дій, визначених **статтею 164-14 КУпАП**, тягне за собою відповідальність у вигляді накладення штрафу на службових (посадових), уповноважених осіб замовника в розмірі від ста неоподатковуваних мінімумів доходів громадян (1700 грн) до десяти тисяч неоподатковуваних мінімумів доходів громадян (170000 грн).

Однак, як свідчить огляд судової практики, більшість справ, порушених за цією статтею, закінчується для особи, яку притягають до адміністративної відповідальності, закриттям справи у зв'язку із закінченням на момент розгляду справи про адміністративне правопорушення строків накладення адміністративного стягнення.

При цьому задля уникнення вказаної ситуації відповідними змінами, внесеними до [Закону № 922](#), строк накладення адміністративного стягнення **продовжено для більш грубих правопорушень**, передбачених частинами 3 – 6 [ст. 164-14 КУпАП](#). Відтепер адміністративне стягнення за такі правопорушення може бути накладено протягом **шести місяців із дня його виявлення**, але не пізніше двох років із дня його вчинення.

Згідно з приписами частин 1, 2 [ст. 164-14](#), [ст. ст. 221, 234-1 КУпАП](#) застосовувати штрафи мають право органи Державної аудиторської служби України. При цьому постанову органу Державної аудиторської служби України можна оскаржити до місцевого загального суду.

Також органи Державної аудиторської служби України мають право виявляти порушення, за які передбачено штрафи за частинами 3 – 6 [ст. 164-14 КУпАП](#), але застосовувати такі штрафи (приймати постанову про притягнення порушника до відповідальності) може виключно місцевий загальний суд.

Крім того, із проаналізованої судової практики вбачається, що поширеними є випадки повернення судом адміністративного матеріалу уповноваженому органу, що його направив, унаслідок виявлених процесуальних недоліків під час складання протоколів про адміністративні правопорушення й оформлення матеріалів справи.

При цьому в деяких випадках суд, зважаючи на характер вчиненого правопорушення, особу правопорушника відповідно до [статті 22 КУпАП](#), ураховуючи малозначність вчиненого адміністративного правопорушення звільняє порушника від адміністративної відповідальності й обмежується усним зауваженням.

Одночасно з посиленням адміністративної відповідальності за вчинення порушень у галузі публічних закупівель наразі так і залишилось невирішеним питання притягнення службових (посадових) осіб до кримінальної відповідальності за порушення проведення процедур закупівель. Цьому питанню вже було присвячено матеріал у 2019 – 2020 роках, але для актуалізації інформації вважаємо за потрібне проаналізувати його і в цій статті.

Тому під час кваліфікації діянь у сфері публічних закупівель слід керуватися наявними статтями [Кримінального кодексу України](#) (далі – [КК України](#)).

З огляду на те, що у відповідній сфері основними учасниками є службові (посадові) особи з боку замовника, то й кваліфікацію їх дій здійснюють за статтями розділу "Службові злочини" або за статтями інших розділів [Особливої частини КК України](#), які передбачають відповідальність спеціальних суб'єктів – службових осіб.

Як показує практика, дії учасників публічних закупівель кваліфікують за такими статтями:

- [ст. 191 КК України](#) – заволодіння чужим майном шляхом зловживання службовою особою своїм службовим становищем;
- [ст. 210 КК України](#) – нецільове використання бюджетних коштів, здійснення видатків бюджету чи надання кредитів з бюджету без установлених бюджетних призначень або з їх перевищенням;
- [ст. 364 КК України](#) – зловживання службовим становищем;
- [ст. 366 КК України](#) – службове підроблення;
- [ст. 367 КК України](#) – службова недбалість;
- [ст. 368 КК України](#) – отримання неправомірної вигоди.

Відповідальність інших учасників процесу публічних закупівель визначають або як співучасть у вчиненні службових злочинів службовими особами замовника, або як самостійну відповідальність службових осіб юридичних осіб приватного права (наприклад, [ст. 364¹ КК України](#)), або, як варіант, за статтями [КК України](#), що передбачають відповідальність для загального суб'єкта (не для службової особи). До таких статей можна віднести, зокрема, [ст. 190 КК України](#) (шахрайство), [ст. 358 КК України](#) (підроблення документів).

При цьому в Єдиному державному реєстрі судових рішень вироки за вказаною категорією справ є дуже нечисленими.

Бувають виправдувальні вироки, за якими осіб виправдовують через недоведеність їх участі у вчиненні кримінального правопорушення.

Численною є практика визнання судами особи винною зі звільненням від відповідальності у зв'язку із закінченням строків давності (ст. 49 КК України) або застосування ст. 75 КК України – іспитового строку до осіб, які вчинили ці кримінальні правопорушення.

Зважаючи на інформацію про численні зловживання й порушення під час проведення процедур публічних закупівель, надто несподівано виглядає картина з притягненням відповідних осіб до відповідальності, зокрема й кримінальної. Кількість вироків вимірюється десятками.

Така невідповідність може бути обумовлена або вадами законодавства і правоохоронної системи (недосконалість Закону № 922, відсутність у КК України спеціальних норм, що передбачають відповідальність за порушення у сфері публічних закупівель, реформування правоохоронних органів, низький рівень професійної підготовки правоохоронців), або відсутністю в державного апарату дійсної волі на боротьбу зі зловживаннями у сфері публічних закупівель.

Оскільки обсяги публічних закупівель становлять достатньо великі суми (за даними ДП "Прозорро", станом на 01.01.2020 серед 4,1 млн оголошених закупівель кількість успішно завершених закупівель становить більш ніж 3,5 млн з очікуваною вартістю – 1,973 трлн грн), уявляється, що цей напрям має привертати увагу як організаторів торгів, так і законодавців, державного апарату (контролюючих органів, правоохоронців тощо).

Насамперед є доцільним, за аналогією з Кодексом України про адміністративні правопорушення, упровадити спеціальні статті до КК України щодо відповідальності за порушення у сфері публічних закупівель. Критерієм розмежування адміністративної та кримінальної відповідальності може бути, наприклад, сума заподіяної шкоди, а відповідно і ступінь суспільної небезпеки діяння.

З одного боку, це є ускладненням Кримінального кодексу України, збільшенням кількості статей у цьому нормативному акті. Але, з іншого боку, спеціальна стаття з бланкетною диспозицією (яка відсилає до Закону № 922 в частині діянь, за які встановлено відповідальність), спростить доказування у кримінальному провадженні, надасть можливість в суді обом сторонам посилатись на спеціальні норми Закону № 922, а не підводити порушення у цій сфері під службові злочини, диспозиції яких є досить розпливчастими і потребують доведення кожної складової злочину в аспекті сфери публічних закупівель.

Так, наявна ситуація у кримінальному законі є певним простором для правоохоронців і дає їм змогу притягувати до відповідальності "піонерів" у "схемах" роботи у сфері публічних закупівель, але водночас це підґрунтя для зловживання силовими відомствами, можливість використовувати важелі кримінального процесуального примусу проти певних осіб у замовних кримінальних провадженнях. Сторони захисту така прогалина також створює певні труднощі, оскільки нечіткість формулювання обвинувачення та складу злочину ускладнює захист, вимагає створення складних конструкцій. Цього не потрібно було б у разі чіткого визначення диспозицій статей. Сторони кримінального провадження в такому разі виходили б із конкретного формулювання порушення, яке або наявне, або відсутнє, і межі якого не можуть виходити за процедуру публічних закупівель та етапи цієї процедури. Тобто якщо всіх вимог дотримано, збитків немає – немає і відповідальності. Якщо є порушення і до того ж є збитки, тоді відповідальності не уникнути.

Тому в цій сфері ще є простір для роботи нашого законодавця. І, сподіваємось, він не відкладатиме це питання надовго.

© ТОВ "ІАЦ "ЛІГА", ТОВ "ЛІГА ЗАКОН", 2021

У разі цитування або іншого використання матеріалів, розміщених у цьому продукті ЛІГА:ЗАКОН, посилання на ЛІГА:ЗАКОН обов'язкове. Повне або часткове відтворення чи тиражування будь-яким способом цих матеріалів без письмового дозволу ТОВ "ЛІГА ЗАКОН" заборонено.

© ТОВ "Інформаційно-аналітичний центр "ЛІГА", 2021

© ТОВ "ЛІГА ЗАКОН", 2021