

УДК 346.546

Тетяна Швидка,*канд. юрид. наук, асистент кафедри господарського права
Національного юридичного університету імені Ярослава Мудрого*

ВИЗНАЧЕННЯ СКЛАДУ АНТИКОНКУРЕНТНИХ УЗГОДЖЕНИХ ДІЙ У ФОРМІ СПОТВОРЕННЯ РЕЗУЛЬТАТІВ ТЕНДЕРІВ ЯК ВИДУ КОНКУРЕНТНИХ ПРАВОПОРУШЕНЬ

Стаття присвячена розгляду антиконкурентних узгоджених дій, які стосуються спотворення результатів торгів, аукціонів, конкурсів, тендерів як прояву змови учасників або замовників та учасників публічних закупівель. У статті зроблено детальний аналіз складу даного правопорушення та виділені основні складники, необхідні для застосування до правопорушників відповідальності, сумірної зі шкодою. Поряд із цим розглянуто приклади найбільш популярних корупційних та спекулятивних схем у сфері здійснення публічних закупівель, розглянуті найбільш актуальні проблеми стосовно оскарження публічних закупівель та процесуальних моментів випадків відхилення пропозицій замовниками.

Ключові слова: антиконкурентні узгоджені дії, економічна конкуренція, торги, тендери, конкурсні процедури, публічні закупівлі, тендерні (цінові) пропозиції, замовник, учасник торгів, спотворення результатів торгів.

Постановка проблеми. Змови під час здійснення публічних закупівель мають місце досить часто, що шкодить функціонуванню конкуренції та є конкурентним правопорушенням, за яке передбачена відповідальність. Але процес притягнення до відповідальності є справжньою перепоною у роботі антимонопольних органів, так само і як і процес виявлення, розслідування та доказування факту правопорушення. Недостатність законодавчого врегулювання процесуальних моментів розкриття таких змов та аналізу складу конкурентних правопорушень потребує ретельної уваги з боку державних органів та закріплення відповідних питань за законодавчому рівні, модернізації законодавства та запозичення норм із зарубіжного досвіду.

Мета статті – розглянути антиконкурентні узгоджені дії як прояв змови учасників або замовників та учасників публічних закупівель, що призвели до спотворення результатів торгів, аукціонів, конкурсів, тендерів, зробити детальний аналіз складу даного правопорушення, а також на основі типових схем обминання закону та принципу змагальності запропонувати зміни до законодавства України з точки зору як матеріального права, так і процесуальних аспектів.

Аналіз останніх досліджень і публікацій. Дослідженням у сфері конкурентного права займалися О. Каштанов, О. Бакалінська, О. Безух, Т. Удалов, С. Ва-

літов, Н. Борсук тощо, проблемам публічних закупівель у своїх працях приділяють увагу А. Олефір, О. Колтик, О. Новицький, Є. Очерedyкo тощо, але конкретно питанням притягнення до відповідальності за спотворення результатів тендерів, торгів, аукціонів, конкурсів не було приділено багато уваги в аспекті правової науки.

Виклад основного матеріалу. Конкуренція є основою функціонування ринкової економіки, що передбачає вільне здійснення господарської діяльності на основі принципу багатоманітності та свободи здійснення підприємницької діяльності. Основним спрямуванням конкурентної політики держави є здійснення конкурентної боротьби за допомогою добросовісних методів. Антимонопольний комітет України здійснює контроль за дотриманням законодавства про захист економічної конкуренції та сприяє розвитку добросовісної конкуренції. Поряд із цим завданням Антимонопольного комітету є захист конкуренції у сфері державних закупівель [2].

Сфера публічних та ледарних закупівель є ареною для здійснення конкурентних правопорушень у вигляді антиконкурентних узгоджених дій, що призвели до спотворення результатів тендерів, торгів, аукціонів, конкурсів. На жаль, рівень змов у сфері публічних закупівель вкрай високий, що є наслідком прогалин у конкурентному законодавстві.

Розглядаючи такий вид конкурентних правопорушень, як антиконкурентні узгоджені дії, потрібно звернути увагу на їх особливості та класифікацію. Особливістю антиконкурентних узгоджених дій є те, що вони завжди вчиняються групою осіб і не можуть бути вчинені одиничним суб'єктом. Антиконкурентні узгоджені дії можуть мати як національний, так і міжнародний масштаб. Класифікувати їх можна за ступенем взаємовідносин між учасниками на горизонтальні, вертикальні, конгломератні та змішані узгоджені дії. Але треба напевно встановити факт змови. Велике значення має повторюваність таких правопорушень, що можуть мати ознаки довготривалої змови, яка у світовій літературі отримала назву картелю, або мати одноразовий характер. Частіше за все антиконкурентні узгоджені дії мають прихований характер і мають назву "джентельменські угоди", або неформальні. За спрямуванням змови можуть мати прямий умисел – перешкоджання конкуренції – або мати зовсім інше спрямування. Спрямуванням антиконкурентних змов може бути координація конкурентної поведінки на ринку, що передбачає встановлення певних квот, обмежень, нав'язувань умов придбання товарів, застосування різних умов до рівнозначних покупців тощо. Але всі ці змови становлять небезпеку для функціонування ринкової економіки загалом та існування вільної конкуренції зокрема. Антиконкурентні узгоджені дії є забороненими у всьому світі, за них передбачена відповідальність згідно із законодавством.

За законодавством України за антиконкурентні узгоджені дії передбачена відповідальність у вигляді штрафу. Максимальний розмір штрафу може становити до 10 відсотків доходу суб'єкта господарювання за останній звітний рік. Підставою для застосування відповідальності є ст. 52 Закону України "Про захист економічної конкуренції" [1]. Але закон визначає лише максимальну межу штрафу. На жаль, натепер на законодавчому рівні не затверджено жодної методики обчислення штрафів за конкурентні правопорушення. На нашу думку, така методика повинна включати диференціацію правопорушень та передбачати застосування відповідальності для кожного конкурентного випадку, враховуючи ступінь шкоди, завданої економіці та конкретному суб'єкту.

На законодавчому рівні ЄС цю проблему було вирішено шляхом прийняття окремого нормативного документа, який передбачає порядок визначення розміру штрафу за порушення у сфері конкуренції. Розроблена спеціальна методика призначення штрафів

за антиконкурентні узгоджені дії, що дає можливість адекватно визначити розмір штрафу залежно від наслідків [9].

Обчислення штрафів пов'язане саме з доходом підприємства, але ні для кого не секрет, що ведеться чорна бухгалтерія та рівень незаконно одержаного прибутку в Україні набагато більший, ніж закріплений у поданих документах. Більш того, Закон передбачає випадки не встановлення доходу суб'єкта господарювання та сплати штрафу у фіксованому розмірі – двадцять тисяч неоподаткованих мінімумів доходів громадян.

Отже механізм накладення штрафів за антиконкурентні узгоджені дії, що призвели до спотворення результатів тендерів, потребує удосконалення у частині як притягнення до відповідальності, так і розрахунку суми штрафу.

Вагоме значення для визначення відповідальності має врахування пом'якшуючих чи обтяжуючих обставин. Законодавство ЄС передбачає наявність вичерпного переліку таких обставин, закріпленого у спеціальному нормативно-правовому акті, виданому Комісією ЄС [9]. Світова практика передбачає застосування системи *Linien* у разі змов, що означає надання послаблень під час визначення розміру штрафу залежно від співпраці суб'єкта господарювання із правозастосовними органами та надання доказової бази, що значно полегшує розкриття змов. Це значно полегшує роботу з виявлення антимонопольними та правоохоронними органами факту узгодженої поведінки. У вітчизняному законодавстві також передбачена норма стосовно звільнення від відповідальності особи, яка раніше за всіх повідомила про злочин та надала необхідні дані. Практика ЄС враховує наявність обтяжуючих обставин для правопорушників – учасників узгоджених дій, що відмовилися від співпраці з Європейською Комісією у розкритті правопорушення. Обтяжуючими обставинами, зокрема, визнаються ознаки повторюваності вчинення правопорушень, роль організатора та підбурювача в ньому тощо.

Т. Г. Удалов проаналізував склад правопорушень у сфері захисту економічної конкуренції [10]. На основі розгляду законодавчих норм та позицій науковців автором було зроблено власний аналіз конкретного виду правопорушення, передбаченого п. 4 ч. 2 ст. 6 Закону України "Про захист економічної конкуренції", у виді антиконкурентних узгоджених дій, що стосуються спотворення результатів тендерів, торгів, аукціонів, конкурсів.

До складу будь-якого правопорушення входять об'єкт, об'єктивна сторона, суб'єкт,

суб'єктивна сторона. Визначивши всі складники, можна зрозуміти більш детально ознаки таких правопорушень та визначити алгоритм застосування відповідальності, наявність пом'якшуючих та обтяжуючих обставин під час кваліфікації правопорушення та застосування відповідальності.

Регулювання конкурентних правопорушень має фрагментарний характер, немає чітких визначень правопорушень, механізму притягнення до відповідальності, чіткого алгоритму визначень розміру штрафів тощо. Аналіз конкурентних правопорушень, зокрема антиконкурентних узгоджених дій, вказує на те, що такі правопорушення можуть мати формальний або матеріальний склад. Дефініція ст. 6 Закону України «Про захист економічної конкуренції» визначає антиконкурентні узгоджені дії як узгоджені дії, що призвели чи можуть призвести до усунення чи обмеження конкуренції. Отже, наслідки можуть настати, а можуть і не настати. Для визначення розміру штрафу це не має суттєвого значення.

Розглянемо складники антиконкурентних узгоджених дій, що призводять до спотворення результатів тендерів. Об'єктом цих правопорушень є суспільно-економічні відносини, що виникають під час проведення тендерів, публічних закупівель, аукціонів, конкурсів. Ці відносини мають форму змови, але характер змови може мати різні форми: це може бути змова між учасником і замовником, змова між учасниками, змова між учасником і тендерним комітетом.

Для визначення об'єктивної сторони мають значення лише дії учасників закупівель, які спрямовані на спотворення результатів торгів, порушення принципів вільної конкуренції, принципу недискримінації суб'єктів господарювання, рівного доступу до ринку як споживачів, так і підприємців; порушення прав підприємців щодо рівної можливості брати участь у тендерах. Ці дії мають форму змови. Наслідки, що настали через змову, не мають значення для кваліфікації та призначення відповідальності. Сам факт змови вже є правопорушенням. На наш погляд, наслідки мають велике значення для кваліфікації правопорушення. Масштабність наслідків повинна бути врахована під час визначення виду відповідальності та розрахунку розміру штрафу.

Як зазначалося вище, суб'єктом конкурентних правопорушень можуть бути як одиничні суб'єкти господарювання, так і групі. Зокрема, антиконкурентні узгоджені дії можуть вчинятися лише групою суб'єктів господарювання. Учасниками змови можуть бути або рівнозначні суб'єкти, що є конкурентами, або вертикальні, що не є конкурентами, це може бути змова між постачаль-

ником і продавцем, покупцем і продавцем. Антиконкурентні дії можуть мати і форму конгломератних змов або змішаних. Однією з особливостей є те, що у публічних закупівлях завжди бере участь держава в ролі замовника, а отже, суб'єктом може також виступати держава в особі органів державної влади, місцевого самоврядування, органів адміністративно-господарського управління та контролю, та такі дії вже будуть кваліфікуватися за ст. 15 Закону України «Про захист економічної конкуренції» [1].

Змістом суб'єктивної сторони є наявність таких складників, як вина, мотив і мета. Вина може бути у формі прямого та непрямого умислу. Спотворення результатів частіше за все відбувається через змову, але якщо мала місце якась помилка, збій в електронній системі, то можна розглядати спотворення і без змови, а отже за відсутності умислу. Метою правопорушень у формі антиконкурентних узгоджених дій, що призвели до спотворення результатів торгів, може бути усунення, обмеження конкуренції, але частіше за все головною метою є отримання власної переваги над іншими учасниками, задоволення власних потреб завдяки використанню методів недобросовісної конкуренції, перешкоджання участі інших учасників, що має кінцевою метою спотворення результатів торгів або тендерів. Ці правопорушення можуть мати як корисливий, так і некорисливий мотив.

Якщо йдеться про антиконкурентні дії органів влади, органів місцевого самоврядування, органів адміністративно-господарського управління та контролю, то вони можуть виявлятися, зокрема, у наданні переваги одним суб'єктам над іншими без законних на це підстав, що ставить у дискримінаційне положення інших учасників, створює несприятливі умови одним учасникам поряд з іншими та обмежує або усуває вільну конкуренцію. Але цей вид правопорушень має також формальний склад, а отже, наслідки не мають значення, що є недоліком законодавства.

На кваліфікацію правопорушення і визначення відповідальності, на нашу думку, повинна впливати також наявність застосування санкцій за такого роду правопорушення у попередніх періодах, масштабність та вартість тендерної пропозиції, ступінь усунення конкуренції тощо. Урахування всіх факторів у сукупності, в тому числі допомоги у розкритті та попередженні змов, узгодженої поведінки під час публічних закупівель, є край актуальним.

У 2016 році було прийнято новий Закон України «Про публічні закупівлі», основною метою якого є забезпечення ефективного прозорого здійснення закупівель, створення конку-

рентного середовища у сфері публічних закупівель, запобігання проявам корупції у цій сфері та розвиток добросовісної конкуренції [3].

Новий Закон передбачає застосування електронної форми проведення торгів [3], що була запроваджена задля зниження рівня спекуляції та корупції у сфері публічних закупівель.

Антимонопольний комітет є органом оскарження публічних закупівель [2]. Також необхідно пам'ятати про можливість звернення до Державної аудиторської служби, прокуратури, НАБУ, Рахункової палати, СБУ тощо. Не можна залишити поза увагою електронну платформу dozorro.org [https://dozorro.org], що здійснює громадський контроль державних закупівель, надає можливість уникнути зловживань з боку учасників та допуску недобросовісних учасників до тендерів.

Але Новий Закон не вирішив усіх проблемних питань щодо спотворень результатів та проведення прозорої досконалої електронної системи. З появою електронної платформи ProZorro одразу з'явилися корупційні схеми обминання закону, спекулювання та порушення основних принципів тендерних закупівель.

Оскаржити процес проведення публічних закупівель із порушенням вимог закону не так просто і легко. По-перше, висока ціна подання скарги (5 000 гривень – оскарження товарів (послуг), 15 000 грн – робіт). По-друге, оскаржити можна лише надпорогові показники закупівлі товарів, тобто вищі за 200 тис грн щодо товарів (послуг), 1,5 млн – м щодо робіт. По-третє, Антимонопольний комітет, навіть якщо знайде ознаки правопорушення у проведенні закупівель, не визнає вас автоматично переможцем, а лише надає можливість взяти участь, у тендері, якщо він проводитиметься заново. Цей факт дещо зупиняє суб'єктів, які постраждали від нечесного проведення тендеру.

Доцільним було б урегулювання процесуальних питань стосовно правопорушень у сфері конкуренції та закріплення їх у кодифікованому акті. Концепція Конкуренційного процесуального кодексу України була схвалена розпорядженням Кабінету Міністрів України від 18 березня 2002 року, але такий акт так і не було прийнято [5]. Не менш важливим моментом є приведення норм сфери публічних закупівель у відповідність до умов СОТ [6] та директив Європейського Союзу [11], що дасть можливість запровадити у національне законодавство принципи відкритості, прозорості, громадського контролю, які є основою для запобігання корупції у вказаній сфері.

Україна приєдналася до угоди СОТ про державні закупівлі на підставі Закону України «Про приєднання України до Угоди про державні закупівлі» від 16.03.2016 [7].

Як зазначає А. Олефір, для удосконалення процедур проведення публічних закупівель доцільно імплементувати у вітчизняне законодавство правила угоди щодо строків для подання тендерних пропозицій, черговості перевірки технічної відповідності тендерних пропозицій та їх оцінки, закріплення порядку консультування замовників і постачальників з метою врегулювання спору без звернення до Антимонопольного комітету України або до суду [8].

Висновки.

Зробивши аналіз антиконкурентних узгоджених дій, що призвели до спотворення результатів тендерів, торгів, автор виділяє об'єкт, об'єктивну сторону, суб'єкт, суб'єктивну сторону. Об'єктом є відносини під час проведення закупівель, що можуть бути між учасником і замовником, між учасниками та між учасником і тендерним комітетом. Ці відносини повинні мати характер змови.

Об'єктивну сторону становлять змови між суб'єктами, переліченими вище. Сам факт змови вже є правопорушенням. Наслідки та причинно-наслідковий зв'язок значення для кваліфікації не має. Але, на нашу думку, повинен мати значення для застосування обтяжуючих чи пом'якшуючих обставин.

Суб'єктами є учасники змов в особі суб'єктів господарювання або органів державної влади, місцевого самоврядування, органів адміністративно-господарського управління та контролю.

Суб'єктивна сторона передбачає наявність вини, мотиву і мети. У цих правопорушеннях вина може мати форму прямого та непрямого умислу. Мотив також може бути як корисливий, так і некорисливий. Мета може бути загальною, така як усунення, обмеження конкуренції, але частіше за все головною метою є отримання власної переваги над іншими учасниками, задоволення власних потреб завдяки використанню методів недобросовісної конкуренції, перешкоджання участі інших учасників, що має кінцевою метою спотворення результатів торгів або тендерів.

Враховуючи рівень і кількість спотворень тендерів, можна з упевненістю стверджувати, що механізм публічних закупівель потребує ретельного аналізу, перегляду на законодавчому рівні як з точки зору проведення тендерів, так і з точки зору повноважень АМКУ у сфері виявлення, припинення зазначених правопорушень та застосування відповідальності.

Потребує детальної уваги та закріплення на законодавчому рівні питання механізмів регулювання відносин у сфері публічних закупівель. Необхідність закріплення механізмів виявлення, розслідування, доказування та притягнення до відповідальності є очевидною.

Закон зачіпає питання застосування відповідальності у вигляді штрафу за антиконкурентні узгоджені дії, що призвели до спотворення результатів тендерів, лише фрагментарно. Особливої уваги потребує розроблення методики визначення штрафів, застосування та врахування пом'якшуючих чи обтяжуючих обставин. На кваліфікацію правопорушення і застосування відповідальності, на нашу думку, повинна впливати також наявність застосування санкцій за такого роду правопорушення у попередніх періодах, масштабність та вартість тендерної пропозиції, ступінь усунення конкуренції тощо.

Завдяки зробленому аналізу складу такого правопорушення, як антиконкурентні узгоджені дії, що призвели до спотворення результатів тендерів, торгів, запропоновано на законодавчому рівні закріпити окрему статтю, присвячену конкретно цьому виду правопорушення. А в більш масштабному вигляді конкурентне законодавство потребує кодифікації як процесуальних моментів, так і норм матеріального права, зокрема тих, що стосуються застосування заходів юридичної відповідальності.

Список використаних джерел:

1. Про захист економічної конкуренції: Закон України від 11.01.2001 № 2210-III. Відомості Верховної Ради України. 2001. № 12. Ст. 64.

Статья посвящена рассмотрению антиконкурентных согласованных действий, касающихся искажения результатов торгов, аукционов, конкурсов, тендеров как проявления сговора участников или заказчиков и участников публичных закупок. В статье сделан детальный анализ состава данного правонарушения и выделены основные составляющие, необходимые для применения к правонарушителям ответственности, соразмерной с вредом. Наряду с этим рассмотрены примеры наиболее популярных коррупционных и спекулятивных схем в сфере осуществления публичных закупок, рассмотрены наиболее актуальные проблемы относительно обжалования публичных закупок и процессуальных моментов случаев отклонения предложений заказчиками.

Ключевые слова: антиконкурентные согласованные действия, экономическая конкуренция, торги, тендеры, конкурсные процедуры, публичные закупки, тендерные (ценовые) предложения, заказчик, участник торгов.

The article is devoted to the consideration of anticompetitive concerted actions concerning the distortion of the results of auctions, auctions, tenders, tenders as a manifestation of conspiracy of the participants, or customers and participants in public procurement. The article makes a detailed analysis of the structure of this offense, and identifies the main components necessary for the application to offenders of liability, proportionate to the damage. Along with this are considered examples of the most popular corruption and speculative schemes in the field of public procurement, considered the most actual problems regarding the appeal of public procurement and procedural moments of cases of rejection of offers by customers.

Key words: anti-competitive concerted actions, economic competition, auction, tenders, competitive procedures, public procurement, tender (price) offers, customer, bidder, distortion of auction results.

2. Про Антимонопольний комітет України : Закон України від 26.11.1993 № 3659-XII. Відомості Верховної Ради України. 1993. № 50. Ст. 472.

3. Про публічні закупівлі : Закон України від 25 грудня 2015 р. № 922-VIII. Відомості Верховної Ради . 2016. № 9. Ст. 89.

4. Борсук Н. Я. Антиконтентні узгоджені дії суб'єктів господарювання як один із видів порушення законодавства про захист економічної конкуренції. Наше право. 2010. № 2, ч. 2. С. 102–107.

5. Про схвалення Концепції Конкуренційного процесуального кодексу України : Розпорядження Кабінету Міністрів України від 18.03.2002. № 145-р. URL: <http://zakon4.rada.gov.ua/laws/show/145-2002-p>.

6. Угода про державні закупівлі COT: Міжнародний документ від 15.04.1994. URL: http://zakon5.rada.gov.ua/laws/show/981_050/page2

7. Про приєднання України до Угоди про державні закупівлі: Закон України від 16.03.2016 № 1020-VIII. Відомості Верховної Ради. 2016. № 16. Ст. 166.

8. Олефір А. Угода про державні закупівлі COT: правові наслідки для України. Підприємництво, господарство і право. 2017. № 3. С. 79-84.

9. Guidelines on method of setting fines imposed pursuant to Article 23 (2) (a) of Regulation № 1/2003. URL: www.trc.government.bg/euro_documents/download/7528

10. Удалов Т. Г. Конкурентне право: навчальний посібник. Київ: Школа, 2004. 496 с.

11. Directive 2014/24/EU of the European Parliament and of the Council «On public procurement and repealing Directive 2004/18/EC» of 26 February 2014. URL: http://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=uriserv%3AOJ.L_.2014.094.01.0065.01.ENG.