

УДК 343.102

DOI <https://doi.org/10.32849/2663-5313/2019.6.51>**Дарія Лазарева,***канд. юрид. наук,**старший викладач кафедри кримінального процесу**Дніпровського державного університету внутрішніх справ*

ПРОБЛЕМНІ ПИТАННЯ ДОСУДОВОГО РОЗСЛІДУВАННЯ ЗЛОЧИНІВ У СФЕРІ ПУБЛІЧНИХ ЗАКУПІВЕЛЬ, ЩО ВИНИКЛИ ВНАСЛІДОК НЕДОСКОНАЛОГО ЗАКОНОДАВЧОГО РЕГУЛЮВАННЯ

У статті проведено системний аналіз вимог національного законодавства щодо особливостей проведення процедури публічних закупівель, за результатами якого визначено основні прогалини нормативного-правового регулювання, що ускладнюють процес доказування під час проведення досудового розслідування та призводять до існування корупційного складника під час проведення тендерів. Зроблено висновок, що відсутність затвердженої на законодавчому рівні методики визначення збитків у сфері публічних закупівель унеможливило виконання органом досудового розслідування вимог п. 6 ч. 2 ст. 242 КПК України.

Ключові слова: публічні закупівлі, злочини у сфері публічних закупівель, тендер, бюджетні кошти, конкурсні торги, тендерний комітет.

Постановка проблеми. Забезпечення потреб державних органів та органів місцевого самоврядування досягається шляхом проведення особливої процедури – публічних закупівель, яка має на меті забезпечити ефективне і прозоре використання коштів державного й місцевих бюджетів усіх рівнів, створити оптимальні умови для розвитку конкурентного середовища та мінімізувати корупційні прояви в зазначеній сфері. Наша держава, прийнявши 25 грудня 2015 року Закон України «Про публічні закупівлі» № 922-VIII, стала на шлях реформування сектору державних закупівель, запровадивши електронну процедуру їх здійснення й забезпечивши публічний доступ до всієї інформації із центральної бази даних про електронні тендерні торги, що оголошені з 31 липня 2016 року [1].

Однак результат аналізу слідчо-судової практики засвідчив той факт, що механізм проведення тендерів, запроваджений новими законодавчими нормами, є недосконалим, через те що корупційні ризики зберігаються на всіх етапах проведення конкурсних торгів: від планування закупівлі до виконання договору про закупівлю та здійснення розрахунків за ним.

На підтвердження зазначеної інформації вважаємо за доцільне навести аналітичні дані, оприлюднені Національною поліцією

України. Згідно зі звітом про стан протидії корупції, за 12 місяців 2017 року правоохоронними органами закінчено досудове слідство з направленням до суду обвинувального акта в 339 кримінальних правопорушеннях, учинених у бюджетній системі [2], тоді як за аналогічний період 2018 року цей показник збільшився до 446 закінчених кримінальних правопорушень [3].

Окрім того, за оцінками спеціалістів, річні втрати від корупційних зловживань у сфері державних закупівель становлять 10–15% видаткової частини державного бюджету, або 35–50 млрд. грн. [4].

Вищенаведені обставини свідчать про актуальність теми дослідження й необхідність виявлення прогалин у законодавчому регулюванні сфері публічних закупівель з метою забезпечення проведення якісного досудового розслідування зазначеної категорії злочинів, а також подолання наявних і потенційних корупційних ризиків під час проведення електронних торгів.

Проблематиці боротьби з неефективним використанням бюджетних коштів і їх розкраданням, зокрема характеристики предмета й умов учинення злочинів у сфері державних закупівель, особливостям проведення обшуку та призначення експертизи під час розслідування зазначеної категорії злочинів, приділялась досить значна увага в працях

В.І. Василичука, П.І. Зінова, В.В. Коряка, А.М. Меденцева, О.С. Мельникова. Водночас низка питань залишається недостатньо висвітленою, зокрема це стосується проблемних питань досудового розслідування злочинів у сфері публічних закупівель, що виникли внаслідок недосконалого законодавчого регулювання.

Мета статті – провести системний аналіз вимог національного законодавства щодо особливостей проведення процедури публічних закупівель, за результатами якого визначити основні прогалини нормативного-правового регулювання, що ускладнюють процес доказування під час проведення досудового розслідування та призводять до існування корупційного складника під час проведення тендерів.

Виклад матеріалу дослідження. З моменту створення і станом на кінець 2018 року всього в електронній системі закупівель зареєстровано майже 35 тис. організаторів закупівель і понад 210 тис. учасників закупівель. Оголошено 2,730 млн. закупівель очікуваною вартістю приблизно 2,072 трлн. грн., із яких – 458 тис. надпорогових закупівель з очікуваною вартістю 1,626 трлн. грн., 784 тис. допорогових закупівель з очікуваною вартістю майже 235 млрд. грн., та опубліковано 1,488 млн. звітів про укладені договори на суму 210 млрд. грн.

При цьому, порівняно з 2017 роком, відсоток відхилених учасників організаторами (дискваліфікацій) у конкурентних закупівлях у 2018 році не змінився і становить 10%. Найбільший відсоток дискваліфікацій протягом 2018 року спостерігався у відкритих торгах – 13% – і в переговорній процедурі (для потреб оборони) – 16%. Окрім того, у 2018 році зріс відсоток дискваліфікацій у переговорній процедурі (для потреб оборони), порівняно з 2017 роком, з 12% до 16%, натомість зменшився у відкритих торгах із публікацією англійською мовою – з 3% до 2% [5].

Водночас упродовж 2018 року Держаудитслужбою України та її міжрегіональними територіальними органами досліджено питання закупівель під час проведення 858 заходів державного фінансового контролю (ревізій та аудитів) і встановлено процедурних порушень у сфері закупівель на загальну суму 22,0 млрд. грн.

За результатами таких заходів державного фінансового контролю складено й направлено до суду 333 протоколи [6] за статтею 164-14 Кодексу України про адміністративні правопорушення за порушення законодавства у сфері закупівель [7].

Також у ході реалізації протягом 2018 року Держаудитслужбою України своїх повноважень щодо контролю закупівель шляхом аналізу документів, розміщених в інформаційно-телекомунікаційній системі Prozorro, та інформації, наданої замовниками на запити Держаудитслужби та її міжрегіональних територіальних органів, запобігли порушенням у сфері закупівель за понад 2,4 тис. процедурами закупівель на загальну суму 21,3 млрд. грн., а саме: скасовано процедури закупівель на суму 20,1 млрд. грн. і розірвано укладені договори на загальну суму 1,2 млрд. грн.

Окрім того, у 2018 році Держаудитслужба та її міжрегіональні територіальні органи завершили 151 моніторинг закупівель, яким охоплено понад 6,6 млрд. грн. За результатами 57 моніторингів закупівель встановлено порушень на суму 452,7 млн. грн.

Найпоширенішими в цій сфері названі такі порушення: недотримання порядку оприлюднення інформації про закупівлю (38,7%); невідхилення замовником тендерної пропозиції учасника, яка не відповідає умовам тендерної документації (11,3%); недотримання порядку визначення предмета закупівлі (11,3%); укладення договору без застосування процедури закупівлі (11,3%); ненакладення електронного цифрового підпису на форми документів у сфері публічних закупівель (9,7%); порушення під час складання тендерної документації (9,7%); проведення переговорної процедури за відсутності визначених підстав (4,8%); порушення під час складання та виконання договорів (3,2%) [6].

Окрім того, варто зазначити, що варіативність корупційних ризиків безпосередньо залежить від стадії проведення публічної закупівлі. Пропонуємо розглянути корупційний складник кожного етапу проведення тендеру:

1) планування закупівель. На цій стадії процесу недобросовісні замовники нерідко умисно затверджують непотрібні, занижені або, навпаки, завищені, низькоякісні чи занадто розкішні покупки; закупівлі, які насправді не потрібні в найближчому майбутньому, або закупівлі товарів, які можуть бути доставлені тільки тоді, коли вони більше будуть не потрібні. Також на практиці трапляються випадки, коли предмет закупівлі в річному плані поділено на частини з метою уникнення проведення визначених законом процедур, а також невинуватими жодними обставинами періодичність і доцільність закупівлі одних і тих самих предметів закупівлі замість інших, необхідних замовнику.

Наприклад, шляхом аналізу інформації про тендери, замовником яких була Служба

автомобільних доріг у Луганській області, виявлено, що в обсяг робіт з ремонту доріг на території Луганської області включено ремонтні роботи на тимчасово окупованих територіях [8].

Існування вищезазначених ризиків стало можливим більшою мірою через те, що цей етап не є публічним та оцінку потреб замовник здійснює ще до початку самої процедури закупівлі;

2) подання й розкриття пропозицій конкурсних торгів. Саме на цьому етапі після з'ясування найменувань учасників потребують особливої уваги такі потенційні корупційні елементи:

- пов'язаність учасників між собою та наявність неформальних ознак, які у своїй сукупності можуть свідчити про факти змови учасників на торгах. Наприклад, підтвердженням наявності неформальних зв'язків між учасниками може бути зазначення однакових телефонних номерів, сусідніх адрес учасників, спільних службових осіб. З метою протидії цьому корупційному складникові вважаємо за доцільне закріпити в Законі України «Про публічні закупівлі» [9] обов'язок членів тендерного комітету здійснювати перевірку засновників, кінцевих бенефіціарних власників і керівників учасників закупівлі шляхом аналізу інформації, яка міститься в державних національних реєстрах і базах даних;

- конфлікт інтересів. Визначений законодавством обов'язок щодо повідомлення про кінцевого бенефіціара юридичних осіб створює також можливості для аналізу на предмет наявності конфлікту інтересів між учасниками та замовниками. Наприклад, кінцевим бенефіціаром компанії-переможця тендеру може бути службова чи посадова особа замовника, яка має відповідні повноваження щодо надання вказівок членам тендерного комітету [10];

- проведення 3-етапних торгів, черговість ставок у яких визначається на першому етапі та є незмінною протягом усієї процедури торгів. Унаслідок цього той учасник, чия ставка буде останньою, перебуває в більш вигідному становищі, оскільки йому вже відомі ставки інших учасників, знизивши свою ставку хоча б на 1 копійку, він стає переможцем торгів [11];

3) на етапі розгляду й оцінювання пропозицій конкурсних торгів можливе існування таких корупційних ризиків:

- особиста зацікавленість членів і/або голови тендерного комітету під час визначення переможця торгів з метою переслідування власних інтересів або в інтересах того, хто надає цим особам неправомірну вигоду;

- відсутність чітких критеріїв відбору переможця тендеру;

На цій стадії на особливу увагу потребує дослідження законності підстав відхилення пропозицій тих учасників, у яких вона була найбільш економічно вигідною;

4) корупційними складниками на етапі укладення договору про закупівлю та здійснення розрахунків є:

- спроби змінити умови контракту після того, як визначено переможця, але перш, ніж він був підписаний. Наприклад, підрядник може наполягати на значних змінах до контракту, щоб унести більш тривалий період часу для поставки та/або більш високих цін на товари чи послуги. Такий перегляд може зробити весь процес тендеру марним і непрозорим;

- поставка підрядником товарів більш низької якості або інших специфікацій, ніж зазначено в договорі. Товари, послуги або роботи, узгоджені в договорі, можуть бути замінені гіршими аналогами, можливо, в спробі компенсувати витрати хабарництва;

- умисне проведення державними посадовими особами неналежного нагляду за станом виконання робіт, що в результаті призводить до несвоечасного виявлення неякісних товарів, послуг і роботи;

- змова між корумпованою компанією та корумпованою посадовою особою призводить до зростання цін часто через укладення додаткових угод до договору, які суттєву змінюють умови останнього;

- залучення підрядником до виконання робіт або надання послуг субпідрядної організації, до якої фактично не було застосовано прозорої процедури відбору та яка фактично не несе відповідальності за свою роботу [10].

При цьому процес доказування вищезазначених процедурних порушень публічних закупівель, що призвели до спричинення матеріальних збитків державному або місцевим бюджетам, ускладнюється як з боку недосконалого законодавчого регулювання, так і через методологічні особливості розслідування злочинів зазначеної категорії.

Так, на думку А.М. Меденцева, слідчий під час розслідування злочинів повинен дослідити великий масив документів (розпорядчі документи замовника стосовно функціонування комітету з конкурсних торгів і річного плану закупівель; протоколи засідань комітету з конкурсних торгів, у тому числі протоколи розкриття, оцінювання, порівняння отриманих (цінових) пропозицій учасників, прийняття рішення про переможця торгів; документацію конкурсних торгів, кваліфікаційну документацію або запит цінових пропозицій; копії документів,

наданих учасниками на запит замовників; пропозиції учасників торгів, відомості про які зафіксовані в протоколі розкриття цих пропозицій; укладені договори про закупівлю та звіти про їх виконання), проведення тимчасового доступу до яких значно затягує строки досудового розслідування [12, с. 126].

Водночас, на думку В.І. Василичука та В.Р. Сливенка, найбільшою проблемою під час визначення збитків у разі виявлення порушень законодавства у сфері державних закупівель, наприклад, за кваліфікацією кримінального діяння, передбаченого ст. 191 Кримінального кодексу (далі – КК) України [13], є відсутність єдиної методики обчислення таких збитків (останню спробу винести на розгляд Кабінету Міністрів України проекту методики Держфінінспекцією здійснено в лютому 2013 року). Зазначене унеможливає відшкодування виявлених збитків. Винні особи фактично можуть бути притягнуті тільки до адміністративної відповідальності (в разі повторного порушення у сфері публічних закупівель можливе лише накладення максимального штрафу в розмірі 25 500 грн., навіть у разі завдання державі матеріальних збитків на мільярдні суми) [14].

На нашу думку, існування раніше перелічених ризиків і проблемних питань під час розслідування злочинів зазначеної категорії стало можливим через прогалини в чинному законодавстві України у сфері публічних закупівель, а саме:

- на законодавчому рівні не встановлено порядок формування членами тендерного комітету очікуваної ціни під час складання річного плану державних закупівель і подальшого проведення конкурсних торгів;

- відсутність нормативного регулювання переліку джерел інформації, якими мають керуватися члени тендерних комітетів під час визначення справедливої (середньоринкової) ціни, тоді як різні джерела інформації (Управління статистики, Міністерство економічного розвитку і торгівлі тощо) надають інформацію щодо середньоринкових цін на ту чи іншу продукцію, яка суттєво різниться;

- на законодавчому рівні не встановлені чіткі вимоги до порядку формування членами тендерного комітету документації конкурсних торгів, що, у свою чергу, дає можливість формувати вказану документацію шляхом установлення дискримінаційних вимог до потенційного кола учасників, аби позбавити можливості участі в конкурсних торгах учасників, які не увійшли в змову (тобто умисне встановлення додаткових вимог до учасників, нечітке або двояке трактування вимог до предмета закупівель тощо). При цьому до теперішнього часу на законодавчому рів-

ні не закріплене поняття «дискримінаційні вимоги до учасників» (ст. 1 Закону № 1197) і перелік вимог до учасників, що є дискримінаційними й обмежують конкуренцію (ст. 22 Закону № 1197) [9];

- неможливість проведення відповідних судових економічних експертиз у разі допущення членами тендерного комітету вимог законодавства у сфері публічних закупівель і наявності фактів неправомірного вибору переможців або неправомірного відхилення пропозицій конкурсних торгів учасників через відсутність затвердженої Кабінетом Міністрів України Методики щодо визначення збитків у сфері державних закупівель;

- на законодавчому рівні не визначені поняття «змова учасників процедури закупівлі» й «ознаки змови учасників процедури закупівлі»;

- відсутність у чинному кримінальному процесуальному законі норм щодо порядку розгляду клопотань слідчого/прокурора про проведення позапланової документальної (виїзної/невиїзної) перевірки, а також повноважень слідчого судді щодо розгляду таких клопотань та ухвалення рішення за результатами їх розгляду, що, у свою чергу, унеможливає проведення Держаудитслужбою України в рамках кримінального провадження перевірок у сфері закупівель і визначення розміру матеріальних збитків під час розслідування злочинів зазначеної категорії;

- відсутність передбаченої КК України відповідальності [13] за правопорушення у сфері публічних закупівель.

Висновки

Отже, можна зробити **висновки**, що зазначені вище проблемні питання досудового розслідування злочинів у сфері публічних закупівель, які виникли внаслідок недосконалого законодавчого регулювання, призводять до неможливості проведення судових експертиз щодо визначення розміру матеріальних збитків, шкоди немайнового характеру, шкоди довкіллю, заподіяної кримінальним правопорушенням, як того вимагають положення ст. 242 Кримінального процесуального кодексу (далі – КПК) України [15], і, відповідно, притягнення винних осіб до кримінальної відповідальності, хоча, як убачається, наприклад, із диспозиції ст. 191 КК України, розтрата майна або заволодіння ним шляхом зловживання службовим становищем належить до злочинів із матеріальним складом, у зв'язку з чим настання наслідків у вигляді матеріальних збитків є обов'язковою ознакою злочину, передбаченого ст. 191 КК України.

Згідно з п. 3 ч. 1 ст. 91 КПК України, у кримінальному провадженні підлягають

доказуванню вид і розмір шкоди, завданої кримінальним правопорушенням.

Тобто за неможливості встановити розмір матеріальних збитків за порушення у сфері публічних закупівель повідомлення про підозру особам, причетним до їх учинення, є неможливим.

Список використаних джерел:

1. Офіційний портал оприлюднення інформації про публічні закупівлі України Prozorro. URL: <https://prozorro.gov.ua/about>.

2. Звіт про стан протидії корупції – за 2017 рік / Міністерство внутрішніх справ України. URL: https://mvs.gov.ua/upload/file/koriya_f0661712.xls.

3. Звіт про стан протидії корупції за 2018 рік за формою № 1-КОР / Міністерство внутрішніх справ України. URL: [https://mvs.gov.ua/upload/file/f0661812_2_\(2\).xls](https://mvs.gov.ua/upload/file/f0661812_2_(2).xls).

4. Іванов О.В. Щодо подолання корупції у сфері державних закупівель в Україні. Аналітична записка / Національний інститут стратегічних досліджень при Президентіві України. URL: <http://www.niss.gov.ua/articles/1486>.

5. Звіт, що містить аналіз функціонування системи публічних закупівель та узагальнену інформацію про результати здійснення контролю у сфері закупівель 2018 рік / Міністерство економічного розвитку і торгівлі України. URL: <http://www.me.gov.ua/Documents/Download?id=56aa9516-079c-449d-b67a-ae56589dcd9>.

6. Публічний звіт про діяльність Державної аудиторської служби України за 2018 рік / Державна аудиторська служба України. Офіційний веб-сайт. URL: <http://dkrs.kmu.gov.ua/kru/doccatalog/document?id=146550>.

7. Кодекс України про адміністративні правопорушення (статті 1–212–21). URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/80731-10>.

8. СОУ 42.1-37641918-105:2013, ДК 021:2015 (45230000-8 Будівництво трубопроводів, ліній зв'язку та електропередач, шосе, доріг, аеродромів і залізничних доріг; вирівнювання поверхонь). Експлуатаційне утримання та поточний дрібний ремонт автомобільних доріг загального користування місцевого значення у Луганській області. Публічні закупівлі Prozorro. URL: <https://prozorro.gov.ua/tender/UA-2018-02-15-001434-c>.

9. Про публічні закупівлі: Закон України від 25.12.2015 № 922-VIII. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/922-19>.

10. Щербан О. Викриття та попередження корупції під час проведення державних закупівель: як виявити та кому повідомити: конспект лекції. Література та інфографіка: Найкращі онлайн-курси України та світу PROMETHEUS. URL: https://edx.prometheus.org.ua/assets/courseware/v1/40413829c21ef1cd9ae3c6696b8320e4/c4x/NAUKMA/ANTICOR101/asset/%D0%94%D0%B5%D1%80%D0%B6%D0%B0%D0%B2%D0%BD%D1%96_%D0%B7%D0%B0%D0%BA%D1%83%D0%BF%D1%96%D0%B2%D0%BB%D1%96_%D0%BA%D0%BE%D0%BD%D1%81%D0%BF%D0%B5%D0%BA%D1%82.docx.

11. Не все так прозоро в системі Prozorro. *Juscutum Legal Engineering*. URL: <https://juscutum.com/ne-vse-tak-prozoro-v-sistemi-prozorro/>.

12. Меденцев А.М. Слідчі ситуації початкового етапу розслідування злочинів у сфері державних закупівель. *Право і Безпека*. 2014. № 4. С. 123–127.

13. Кримінальний кодекс України: Закон України від 05.04.2001 № 2341-III. URL: <http://zakon.rada.gov.ua/laws/show/2341-14>.

14. Василичук В.І., Сливенко В.Р. Удосконалення кримінальної відповідальності за злочини у сфері державних закупівель. URL: http://elar.naiu.kiev.ua/bitstream/123456789/625/2/vasulchuk_ua.pdf.

15. Кримінальний процесуальний кодекс України: Закон України від 13.04.2012 № 4651-VI. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/4651-17>.

В статті проведено системний аналіз вимог національного законодавства касательно особенностей проведения процедуры публичных закупок, по результатам которого определены основные пробелы нормативно-правового регулирования, которые усложняют процесс доказывания во время проведения досудебного расследования и приводят к существованию коррупционной составляющей при проведении тендерных торгов. Сделан вывод, что отсутствие утвержденной на законодательном уровне методики определения ущерба в сфере публичных закупок делает невозможным выполнение органом досудебного расследования требований п. 6 ч. 2 ст. 242 УПК Украины.

Ключевые слова: публичные закупки, преступления в сфере публичных закупок, бюджетные средства, ущерб в сфере публичных закупок.

In the article the system analysis of the requirements of the national legislation regarding the special aspects of conduction of the procedure of the public procurement by the results of which the main blind spots of the statutory regulations are established, which complicate the legal process of proving guilt during carrying out the pretrial investigation and lead to the existence of corruption element when holding tenders. The conclusion is made that the absence of legally established methods of determining the losses in the sphere of public procurement disables carrying out the requirements of Art. 242, para. 6 part 2 of Criminal Procedure Code of Ukraine by the government institutional body of pretrial investigation.

Key words: public procurement, crimes in public procurement sphere, tender, budget resources, competitive bidding, tender committee, losses in public procurement sphere, minimizing corruption.