

Кримінальна відповідальність у сфері публічних закупівель (частина I)

Усе частіше замовники замислюються над законодавчим регулюванням відповідальності у сфері публічних закупівель, а з огляду на введення в дію нової редакції Закону України «Про публічні закупівлі» (далі — Закон) дане питання є вкрай актуальним. Є різні види відповідальності, але більш за усе закупівельників турбують питання кримінальної відповідальності. Стосовно цього розкажемо сьогодні.

Підставою кримінальної відповідальності є вчинення особою суспільно небезпечного діяння, яке містить склад злочину, у зв'язку з чим, перш за все маємо з'ясувати, що таке склад злочину та його ознаки.

Так, складом злочину є певна сукупність ознак, що встановлені у Кримінальному кодексі України, що визначають вчинене суспільно небезпечне діяння як злочин.

Тільки сукупність усіх передбачених законом ознак складу може бути підставою кримінальної відповідальності.

Зазначені ознаки поділяються на об'єктивні та суб'єктивні. Кожний склад злочину передбачає певний набір ознак викладений у відповідній статті Кримінального кодексу України.

Об'єктом злочину є ті суспільні відносини, що охороняються законом та на які посягає злочин завдаючи тим самим шкоди.

Предмет злочину – будь-які речі матеріального світу, з певними властивостями яких у Кримінальному кодексі України пов'язана наявність у діях особи ознак конкретного складу злочину. Не всі злочини є предметними.

Об'єктивна сторона — зовнішня сторона діяння, яка виражається у вчиненні передбаченого законом діяння (дії чи бездіяльності), що заподіює чи створює загрозу заподіяння шкоди об'єкту злочину.

В залежності від того, коли злочин вважається закінченим складу злочинів поділяються на:

матеріальний – злочин вважається закінченим з моменту настання небезпечних наслідків.

Для об'єктивної сторони таких складів злочинів обов'язковою ознакою об'єктивної сторони є причинно-наслідковий зв'язок між діянням (дією чи бездіяльністю) та наслідками таких дій.

Встановлення причинно-наслідкового зв'язку означає надання відповіді на питання чи призвело діяння до настання певного наслідку та з чієї вини.

За відсутності наслідків указані злочини кваліфікуються як замах на вчинення злочину.

формальний – злочин вважається закінченим з моменту вчинення протиправного діяння.

Суб'єктом злочину є фізична осудна особа, яка вчинила злочин у віці, з якого відповідно до Кримінального кодексу України може наставати відповідальність.

Крім того, окремим видом суб'єктів злочину є службові особи які постійно, тимчасово чи за спеціальним повноваженням здійснюють функції представників влади чи місцевого самоврядування, а також постійно чи тимчасово обіймають в органах державної влади, органах місцевого самоврядування, на підприємствах, в установах чи організаціях посади, пов'язані з виконанням організаційно-розпорядчих чи адміністративно-господарських функцій, або виконують такі функції за спеціальним повноваженням, яким особа наділяється повноважним органом державної влади, органом місцевого самоврядування, центральним органом державного управління із спеціальним статусом, повноважним органом чи повноважною службовою особою підприємства, установи, організації, судом або законом.

Для цілей цієї статті слід більш детально розглянути таких суб'єктів злочину, як службові особи.

Так, основними ознаками таких суб'єктів є:

постійне, тимчасове, чи за спеціальним повноваженням здійснюють функції представників влади або місцевого самоврядування;

постійне або тимчасове обіймання посад в органах державної влади, органах місцевого самоврядування пов'язані з виконанням організаційно-розпорядчих чи адміністративно-господарських функцій;

постійне або тимчасове обіймання посад на підприємствах, в установах чи організаціях посади, пов'язані з виконанням організаційно-розпорядчих чи адміністративно-господарських функцій або виконують такі функції за спеціальним повноваженням, яким особа наділяється повноважним органом державної влади, органом місцевого самоврядування, центральним органом державного управління із спеціальним статусом, повноважним органом чи повноважною службовою особою підприємства, установи, організації, судом або законом.

До представників влади належать, зокрема, працівники державних органів та їх апарату, які наділені правом у межах своєї компетенції ставити вимоги, а також приймати рішення, обов'язкові для виконання юридичними і фізичними особами незалежно від їх відомчої належності чи підлеглості.

Організаційно-розпорядчі функції – це обов'язки по здійсненню керівництва галуззю промисловості, трудовим колективом, ділянкою роботи, виробничою діяльністю окремих працівників на підприємствах, в установах чи організаціях незалежно від форми

власності. Такі функції виконують, зокрема, керівники міністерств, інших центральних органів виконавчої влади, державних та комунальних підприємств, установ і організацій, їх заступники, керівники структурних підрозділів (начальники цехів, завідувачі відділами, лабораторіями, кафедрами), їх заступники, особи, які керують ділянками робіт (майстри, виконроби, бригадири тощо).

Адміністративно-господарські функції – це обов’язки по управлінню або розпорядженню майном (установлення порядку його зберігання, переробки, реалізації, забезпечення контролю за цими операціями тощо). Такі повноваження в тому чи іншому обсязі є у начальників господарських, постачальних, фінансових відділів і служб, завідуючих складами, їх заступників, керівників відділів підприємств тощо. Особа є службовою не тільки тоді, коли вона здійснює відповідні функції чи виконує обов’язки постійно, а й тоді, коли вона робить це тимчасово або за спеціальним повноваженням, за умови, що зазначені функції чи обов’язки покладені на неї правомочним органом або правомочною службовою особою.

Працівники підприємств, установ, організацій, які виконують професійні (адвокат, лікар, вчитель тощо), виробничі (наприклад, водій) або технічні (друкарка, охоронник, тощо) функції, можуть визнаватися службовими особами лише за умови, що поряд із цими функціями вони виконують організаційно-розпорядчі або адміністративно-господарські обов’язки.

Для цілей статей [364](#), [368](#), [368-5](#), [369](#) Кримінального кодексу України до державних та комунальних підприємств прирівнюються юридичні особи, у статутному фонді яких відповідно державна чи комунальна частка перевищує 50 відсотків або становить величину, що забезпечує державі чи територіальній громаді право вирішального впливу на господарську діяльність такого підприємства.

Враховуючи вищевказане, члени тендерного комітету, уповноважені особи, а також інші особи, що задіяні у процесі закупівель є суб’єктами злочинів у сфері службової діяльності, які більш детально будуть розглянуті далі.

Водночас, якщо особа не здійснює функції представника влади або місцевого самоврядування, а також у випадку відсутності у такої особи організаційно-розпорядчих або адміністративно-господарських функцій, така особа не вважається службовою, у розумінні кримінального законодавства.

При визначенні того, чи є особа спеціальним суб’єктом інкримінованого злочину, суд має виходити із сукупності всіх обставин, які можуть свідчити про наявність чи відсутність ознак службової особи. Відсутність в особи однієї з таких ознак, наприклад підпорядкування їй інших осіб або повноважень здійснювати керівництво трудовим колективом, не може бути єдиною та вирішальною ознакою того, що особа не має службових повноважень, оскільки не виключено наявності в неї інших ознак службової особи.

Суб’єктивна сторона — це внутрішня сторона злочину, бо вона включає ті психічні

процеси, що характеризують свідомість і волю особи в момент вчинення злочину.

Ознаками суб'єктивної сторони є:

вина є психічне ставлення особи до вчинюваної дії чи бездіяльності та її наслідків, виражене у формі умислу або необережності та є обов'язковою ознакою суб'єктивної сторони будь-якого складу злочину;

умисел форма вини характерна для всіх злочинів, окрім тих, що вчинені з необережності;

мета є характерною ознакою певних видів злочинів;

мотив є обов'язковою ознакою певних злочинів.

Умисел поділяється на прямий і непрямий:

Прямим є умисел, якщо особа усвідомлювала суспільно небезпечний характер свого діяння (дії або бездіяльності), передбачала його суспільно небезпечні наслідки і бажала їх настання.

Непрямим є умисел, якщо особа усвідомлювала суспільно небезпечний характер свого діяння (дії або бездіяльності), передбачала його суспільно небезпечні наслідки і хоча не бажала, але свідомо припускала їх настання.

Доцільно розглянути більш детально окремі злочини (склади цих злочинів) у сфері службової діяльності, що можуть бути інкриміновані членам тендерних комітетів та уповноваженим особам у сфері публічних закупівель.

Прийняття пропозиції, обіцянки або одержання неправомірної вигоди службовою особою неправомірної вигоди, а так само прохання надати таку вигоду для себе чи третьої особи за вчинення чи невчинення такою службовою особою в інтересах того, хто пропонує, обіцяє чи надає неправомірну вигоду, чи в інтересах третьої особи будь-якої дії з використанням наданої їй влади чи службового становища.

З об'єктивної сторони такий злочин має наступні ознаки:

По-перше, це дія, а саме:

прийняття пропозиції одержання неправомірної вигоди (надання згодив вчинити певні дії за винагороду);

прийняття обіцянки щодо одержання неправомірної вигоди;

прохання надати неправомірну вигоду;

одержання неправомірної вигоди.

По- друге, даний склад злочину є формальним, тобто злочин вважається закінченим з моменту вчинення дії.

Одержання неправомірної вигоди є закінченим злочином коли службова особа прийняла хоча б частину такої вигоди.

Якщо ж службова особа виконала певні дії, спрямовані на одержання хабара, але не одержала його з причин, які не залежали від її волі, такі дії належить кваліфікувати як замах на вчинення цього злочину.

По-третє, даний злочин має предмет, як ознаку об'єктивної сторони складу злочину відносно дії щодо одержання неправомірної вигоди.

Оскільки одержання неправомірної вигоди є корисливим злочином, його предмет має виключно майновий характер. Ним можуть бути майно (гроші, цінності та інші речі), право на нього (документи, які надають право отримати майно, користуватися ним або вимагати виконання зобов'язань тощо), будь-які дії майнового характеру (передача майнових вигод, відмова від них, відмова від прав на майно, безоплатне надання послуг, туристичних путівок, проведення будівельних або ремонтних робіт тощо).

Послуги, пільги і переваги, які не мають майнового характеру не можуть визнаватися предметом неправомірної вигоди. Одержання їх може розцінюватись як інша (некорислива) заінтересованість при зловживанні владою чи службовим становищем.

Необхідно вказати, що неправомірною вважається вигода надана у в завуальованій формі – під виглядом укладення законної договору, безпідставного нарахування премії, нееквівалентної оплати послуг різного характеру (консультації, експертизи тощо).

З суб'єктивної сторони злочин має такі ознаки:

По - перше, наявність вини у формі прямого умислу.

По - друге, наявність мети одержання будь-якої неправомірної вигоди.

По - третє, наявність корисного мотиву.

Відповідальність за одержання неправомірної вигоди настає лише за умови, що службова особа одержала або прийняла пропозицію щодо одержання її за виконання чи невиконання таких дій, які вона могла або повинна була виконати з використанням наданої їй влади, покладених на неї організаційно-розпорядчих чи адміністративно-господарських обов'язків, або таких, які вона не уповноважена була вчинювати, але до вчинення яких іншими службовими особами могла вжити заходів завдяки своєму службовому становищу.

Наприклад, забезпечення певними технічними засобами, у тому числі формування потреби та підготовці технічних вимог до предмету закупівлі належить згідно положення

одному структурному підрозділу, а безпосереднє використання здійснює інший структурний підрозділ до повноважень якого згідно положення не належить формування потреби. При цьому уповноважена особа такого підрозділу надає пропозиції щодо закупівлі технічних засобів певного постачальника з метою отримати неправомірну винагороду.

Одержання службовою особою незаконної винагороди від підлеглих чи підконтрольних осіб за протегування чи потурання, за вирішення на їх користь питань, які входять до її компетенції, також слід розцінювати як одержання неправомірної вигоди.

Дії винних належить визнавати прийняттям пропозиції одержання неправомірної вигоди й у тих випадках, коли умови одержання матеріальних цінностей або послуг хоча спеціально і не обумовлювались, але учасники злочину усвідомлювали, що особа пропонує неправомірну вигоду з метою задоволення тих чи інших власних інтересів або інтересів третіх осіб.

Наприклад, потенційний учасник процедури закупівлі пропонує внести у тендерну документацію певні вимоги, що обмежують конкуренцію пропонуючи розмір в умови отримання винагороди визначити через певний проміжок часу.

Слід зауважити, що об'єктивна сторона даного злочину полягає в одержанні або прийнятті пропозиції неправомірної вигоди в будь-якій формі.

При цьому виконання чи невиконання службовою особою відповідних дій перебуває за межами складу цього злочину, відповідальність настає незалежно від того, до чи після вчинення цих дій було одержано неправомірну вигоду, був чи не був він обумовлений до їх вчинення, виконала чи не виконала службова особа обумовлене, збиралася чи ні вона це робити.

Якщо виконані службовою особою у зв'язку з неправомірної вигоди дії самі є злочинними, наприклад службове підроблення або зловживання владою чи службовим становищем тощо вчинене кваліфікується сукупністю злочинів, тобто за статтю одержання неправомірної вигоди та за статтею службове підроблення.

Склад цього злочину наявний не лише тоді, коли службова особа одержала неправомірну вигоду або пропозицію про її одержання для себе особисто, а й тоді, коли вона зробила це в інтересах третьої особи.

У разі коли службова особа, яка, одержуючи гроші чи матеріальні цінності для передачі іншій службовій особі як неправомірну винагороду, мала намір не передавати їх, а привласнити, відповідальність настає не за одержання неправомірної вигоди, а за шахрайство та зловживання владою чи службовим становищем, а за наявності до того підстав – і за відповідними частинами статей 27, 15 та 369 Кримінального кодексу України як підбурювання до замаху на надання неправомірної вигоди.

Наприклад, службова особа, яка є керівником відділу, що здійснює формування вимог тендерної документації одержує кошти начебто для їх передачі директору департаменту,

оскільки він уповноважений подавати пропозиції тендерному комітету.

Подібна ситуація може бути й щодо члена тендерного комітету.

Дії особи, яка сприяла у вчиненні злочину тому, хто одержав неправомірну вигоду, або організувала цей злочин, або підбурила до його вчинення, належить кваліфікувати як співучасть.

Разом з цим, співучастю у злочині є умисна спільна участь декількох суб'єктів злочину у вчиненні умисного злочину.

Співучасниками злочину є:

Виконавцем (співвиконавцем) – особа, яка у співучасті з іншими суб'єктами злочину безпосередньо чи шляхом використання інших осіб, що відповідно до закону не підлягають кримінальній відповідальності за скоєне, вчинила злочин.

Організатор це особа, яка організувала вчинення злочину (злочинів) або керувала його (їх) підготовкою чи вчиненням. Організатором також є особа, яка утворила організовану групу чи злочинну організацію або керувала нею, або особа, яка забезпечувала фінансування чи організувала приховування злочинної діяльності організованої групи або злочинної організації.

Наприклад, керівник підприємства призначив довірених людей для організації та проведення закупівель та керує їх діяльність та отримує неправомірну вигоду від злочинних дій таких осіб.

Підбурювачем є особа, яка умовлянням, погрозою, примусом або іншим чином схилила іншого співучасника до вчинення злочину.

Наприклад, в склад тендерного комітету входять керівник та його підлеглий. При цьому керівник схиляє підлеглого прийняти певне рішення та отримати неправомірну винагороду.

Пособником є особа, яка порадами, вказівками, наданням засобів чи знарядь або усуненням перешкод сприяла вчиненню злочину іншими співучасниками, а також особа, яка заздалегідь обіцяла переховати злочинця, знаряддя чи засоби вчинення злочину, сліди злочину чи предмети, здобуті злочинним шляхом, придбати чи збути такі предмети, або іншим чином сприяти приховуванню злочину.

При цьому питання про кваліфікацію дій співучасника вирішується у кожному конкретному випадку з урахуванням спрямованості його умислу виходячи з того, в чиїх інтересах, на чийй стороні і за чиєю ініціативою – того, хто дав, чи того, хто одержав, пропонував незаконну винагороду, – він діяв.

Не є співучастю не обіцяне заздалегідь переховування злочинця, знарядь і засобів вчинення злочину, слідів злочину чи предметів, здобутих злочинним шляхом, або придбання чи збут таких предметів.

Не є співучастю обіцяне до закінчення вчинення злочину неповідомлення про достовірно відомий підготовлюваний або вчинюваний злочин. Такі особи підлягають кримінальній відповідальності лише у випадках, коли вчинене ними діяння містить ознаки іншого злочину.

Види покарань:

Основні покарання:

штраф від однієї тисячі до тисячі п'ятисот неоподатковуваних мінімумів доходів громадян;

арешт на строк від трьох до шести місяців;

позбавлення волі на строк від двох до чотирьох років.

Додаткове покарання – позбавлення права обіймати певні посади чи займатися певною діяльністю на строк до трьох років.

У разі вчинення тих самих дій предметом яких була неправомірна вигода у значному розмірі призначаються нижченаведені покарання.

Основне покарання – позбавлення волі на строк від трьох до шести років.

Додаткове покарання – позбавлення права обіймати певні посади чи займатися певною діяльністю на строк до трьох років.

Неправомірною вигодою в значному розмірі вважається вигода, що в сто і більше разів перевищує неоподатковуваний мінімум доходів громадян.

Крім того, більш суворе покарання передбачено за вчинення тих самих дій:

якщо предметом була неправомірна вигода у великому розмірі – така, що у двісті і більше разів перевищує неоподатковуваний мінімум доходів громадян.

вчинених службовою особою, яка займає відповідальне становище. Такими особами є особи, зазначені у [пункті 1](#) примітки до статті 364 Кримінального кодексу України, посади яких згідно із [статтею 6](#) Закону України “Про державну службу” належать до категорії “Б”, судді, прокурори і слідчі, а також інші, крім зазначених у пункті 3 примітки до статті 368 Кримінального кодексу України, керівники і заступники керівників органів державної влади, органів місцевого самоврядування, їх структурних підрозділів та одиниць.

вчинених за попередньою змовою групою осіб.

вчинених повторно.

вчинених у поєднанні з вимаганням неправомірної вигоди.

Щодо визначення розміру неправомірної вигоди

Враховуючи, що розмір неправомірної вигоди є кваліфікаційною ознакою, яка впливає на покарання предмет неправомірної вигоди підлягає оцінці в грошовій формі.

При визначенні вартості предмета даного злочину, як правило з мінімальних цін, за якими в даній місцевості на час вчинення злочину можна було вільно придбати річ або одержати послуги такого ж роду та якості.

Розмір неправомірної вигоди розраховується виходячи з розміру неоподаткованого мінімуму доходів громадян установленого законодавством України на момент вчинення цього злочину

Разом з цим, **не об'єднане єдиним умислом одержання декількох винагород, не може кваліфікуватись як одержання неправомірної винагороди у великому (особливо великому) розмірі, навіть якщо загальна їх сума перевищує останній.**

У зв'язку з цим послідовне одержання однієї винагороди у великому розмірі а іншої – в особливо великому розмірі кваліфікується за сукупністю злочинів, тобто за частинами другою і третьою статті 368 Кримінального кодексу України.

За умови, що умисел службової особи при одержанні декількох неправомірних винагород був спрямований на збагачення у великих розмірах її дії розцінюються як один злочин.

Наприклад, слідством встановлено, що в певний період часу (після отримання пропозиції неправомірної вигоди) особа планувала здійснити купівлю цінної речі, при цьому не маючи таких коштів і цей час співпадає з часом отриманням декількох неправомірних винагород. Отже її умисел був спрямований на отримання неправомірної вигоди у великому розмірі з метою купівлі цінної речі.

Якщо при умислі службової особи на одержання неправомірної винагороди у великому розмірі фактично отримано тільки частину незаконної винагороди з причин, що не залежали від її волі, вчинене кваліфікується як замах на одержання неправомірної винагороди у великому розмірі.

Щодо визначення повторності вчинення злочину

Одночасне одержання службовою особою неправомірної вигоди від декількох осіб належить кваліфікувати як вчинене повторно тоді, коли така неправомірна вигода надається, за вчинення дій в інтересах кожної особи, яка дає таку неправомірну винагороду, а службова особа усвідомлює, що одержує його від декількох осіб.

Одержання службовою особою в декілька прийомів однієї неправомірної винагороди за

виконання чи невиконання дій, обумовлених із тим, хто його дає, потрібно розглядати як продовжуваний злочин, у зв'язку з чим такі дії не можуть кваліфікуватися за ознакою повторності.

Не можуть кваліфікуватись як вчинені повторно дії у випадках, коли:

судимість за раніше вчинений злочин знята або погашена в передбаченому законом порядку;

на момент вчинення особою нового злочину минули строки давності притягнення її до відповідальності за раніше вчинений злочин;

особа була звільнена від відповідальності за раніше вчинений злочин у встановленому законом порядку.

Щодо вчинення злочину за попередньою змовою групою осіб

Злочин вчинено за попередньою змовою групою осіб у разі його вчинення спільно декількома службовими особами (дві або більше), які заздалегідь, тобто до його початку, про це домовилися (як до, так і після надходження пропозиції про надання неправомірної вигоди, але до її одержання).

Співвиконавцями слід вважати службових осіб, що одержали неправомірну вигоду за виконання чи невиконання дій, які кожна з них могла або повинна була виконати з використанням службового становища. Для кваліфікації одержання неправомірної вигоди як злочину вчиненого за попередньою змовою групою осіб не має значення, як були розподілені ролі між співвиконавцями, чи всі вони повинні були виконувати або не виконувати дії, обумовлені з тим, хто дав незаконну винагороду, чи усвідомлював він, що в одержанні неправомірної вигоди беруть участь декілька службових осіб. Злочин вважається закінченим з моменту, коли неправомірну вигоду отримав хоча б один із співвиконавців.

Розмір одержаної групою осіб неправомірної вигоди визначається загальною вартістю одержаних цінностей чи послуг. Якщо незаконна вигода отримана у великому розмірі, кожен із співучасників злочину, якому про це було відомо, несе відповідальність за одержання незаконної вигоди у великих розмірах, навіть якщо розмір одержаного ним особисто не є великим.

Службова особа, яка одержала неправомірну вигоду без попередньої домовленості з іншою службовою особою, а після цього передала тій його частину, несе відповідальність за сукупність злочинів – одержання та надання неправомірної вигоди.

Одержання неправомірної вигоди вчинене у поєднанні з вимаганням такої неправомірної вигоди

Вимаганням неправомірної вигоди визнається її вимагання службовою особою з погрозою вчинення або невчинення з використанням влади чи службового становища дій, які можуть заподіяти шкоду правам чи законним інтересам того у кого вимагається така вигода або умисне створення нею умов, за яких особа вимушена дати неправомірну вигоду з метою запобігання шкідливим наслідкам щодо своїх прав і законних інтересів.

У випадках, коли особа, незважаючи на вчинення щодо неї дій, спрямованих на те, щоб примусити її дати неправомірну вигоду, з тих чи інших причин цього не зробила, дії службової особи, яка його вимагала, залежно від конкретних обставин справи належить кваліфікувати як готування до одержання неправомірної вигоди шляхом вимагання чи як замах на вчинення такого злочину.

При цьому вимагання з боку службової особи можливе лише за умови, що шляхом надання неправомірної вигоди особа захищає свої законні права.

На відміну цього, у разі якщо особа, що надає неправомірну вигоду зацікавлена у незаконній, неправомірній поведінці службової особи, прагне обійти закон, домогтися своїх незаконних інтересів тощо, то вимагання виключається.

Основне покарання - позбавлення волі на строк від п'яти до десяти років

Додаткові покарання - позбавлення права обіймати певні посади чи займатися певною діяльністю на строк до трьох років та конфіскація майна.

У разі, якщо всі вищенаведені діяння вчинені службовою особою, яка займає особливо відповідальне становище або предметом злочину є незаконна вигода в особливо великому розмірі призначаються такі види покарань:

Основне покарання - позбавлення волі на строк від восьми до дванадцяти років

Додаткове покарання - позбавлення права обіймати певні посади чи займатися певною діяльністю на строк до трьох років та конфіскація майна.

Перелік службових осіб, які займають особливо відповідальне становище наведено у примітці до статті 368 Кримінального кодексу України, серед них: члени Кабінету Міністрів України перші заступники та заступники міністрів, особи, посади яких згідно із [статтею 6](#) Закону України "Про державну службу" належать до категорії "А", особи, посади яких згідно із [статтею 14](#) Закону України "Про службу в органах місцевого самоврядування" віднесені до першої та другої категорій посад в органах місцевого самоврядування.

Незаконна вигода в особливо великому розмірі є такою, що у п'ятсот і більше разів перевищує неоподатковуваний мінімум доходів громадян.

Продовження цієї тематики читайте у статті Наталії Заєць «**Кримінальна відповідальність у сфері публічних закупівель (частина II)**» на порталі **RADNUK.COM.UA**