

Бути чи не бути членом тендерного комітету службовою особою?

У даній публікації ми розмірковуємо над одним з ключових питань, яке час від часу хвилює замовників: чи є член тендерного комітету, включаючи голову, його заступника та секретаря, службовою особою? Чи набувають статусу службової особи рядові працівники замовника лише у зв'язку з фактом включення їх до тендерного комітету?

Кожен працівник, якого роботодавець-замовник включає до складу тендерного комітету чи призначає уповноваженою особою, повинен чітко усвідомлювати, чим йому це загрожує. У статті «Організація роботи тендерного комітету (уповноваженої особи): від А до Я», що вийшла друком у журналі «Радник в сфері державних закупівель» [№ 11 (74) за листопад 2017 року, стор. 8–15], ми вже торкалися цього питання. А сьогодні розглянемо детально, хто такі службові особи та чому практично будь-який працівник замовника, включений до складу тендерного комітету, автоматично набуває не лише нових посадових обов'язків, але й нового статусу, а отже — і нових граней відповідальності.

Нічне жахиття посадовця — стаття 364 Кримінального кодексу України

У правозастосовній практиці терміни «посадова особа» і «службова особа» зазвичай використовують як синоніми у значенні, наведеному в статті 18 та примітці до статті 364 КК України. Відповідно до частини 3 статті 18 КК України службовими особами є 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.

Примітка до статті 364 КК України для цілей застосування цієї та деяких інших статей цього кодексу звужує коло службових осіб, вказуючи, що згадані організаційно-розпорядчі чи адміністративно-господарські функції мають виконуватися не на всіх підприємствах, в установах та організаціях, а лише на державних чи комунальних; при цьому до державних та комунальних підприємств прирівнюють 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.

У контексті діяльності тендерного комітету/уповноваженої особи нас не цікавить перша складова наведених визначень — «функції представників влади чи місцевого самоврядування», адже це сфера владного управління, а не закупівельного процесу. Натомість у рамках статті зосередимося на другій складовій, а саме — **«виконанням організаційно-розпорядчих чи адміністративно-господарських функцій»**. Адже **статусу службової особи** в розумінні статті 18 та примітки до статті 364 КК України **набуває будь-яка особа, що виконує у визначених органах та організаціях постійно, тимчасово чи за спеціальними повноваженнями організаційно-розпорядчі чи адміністративно-господарські функції**.

Порівняємо коло органів та організацій, зазначених у другій частині примітки до статті 364 КК України, з колом замовників, визначених у пункті 9 частини 1 статті 1 Закону України «Про публічні закупівлі» (далі — Закон про публічні закупівлі, Закон). Так, до замовників Закон про публічні закупівлі відносить органи державної влади та органи соціального страхування, створені відповідно до закону, а також юридичні особи (підприємства, установи, організації) та їх об'єднання, які забезпечують потреби держави або територіальної громади, якщо таку діяльність не здійснюють на промисловій чи комерційній основі, за наявності однієї з таких ознак: юридична особа є розпорядником, одержувачем бюджетних коштів; органи державної влади чи органи місцевого самоврядування або інші замовники володіють більшістю голосів у вищому органі управління юридичної особи; у статутному капіталі юридичної особи державна або комунальна частка акцій (часток, паїв) перевищує 50 відсотків. До замовників також належать юридичні особи та/або суб'єкти господарювання, які здійснюють діяльність в окремих сферах господарювання та відповідають хоча б одній з таких ознак: органам державної влади, органам влади Автономної Республіки Крим, органам місцевого самоврядування належить частка у статутному капіталі суб'єкта господарювання в розмірі більше ніж 50 відсотків або такі органи володіють більшістю голосів у вищому органі суб'єкта господарювання чи правом призначати більше половини складу виконавчого органу або наглядової ради суб'єкта господарювання; наявність спеціальних або ексклюзивних прав.

Як бачимо, коло органів та організацій, зазначених у другій частині примітки до статті 364 КК України, практично збігається з колом замовників, визначених у пункті 9 частини 1 статті 1 Закону про публічні закупівлі, (винятком, наприклад, є підприємство, що здійснює діяльність в окремих сферах господарювання за наявності ексклюзивних прав, однак з державною часткою в статутному капіталі менше 50 %). А це означає, що практично будь-який працівник замовника, що виконує організаційно-розпорядчі чи адміністративно-господарські функції, незалежно від підстави їх виконання: за трудовим договором чи спеціальним повноваженням, постійно чи тимчасово — є службовою особою в розумінні примітки до статті 364 КК України, а отже суб'єктом т. зв. службових злочинів.

Будь-який працівник замовника (з деякими винятками щодо кола замовників), що виконує

організаційно-розпорядчі чи адміністративно-господарські функції, незалежно від підстави їх виконання: за трудовим договором чи спеціальним повноваженням, постійно чи тимчасово — є службовою особою в розумінні примітки до статті 364 КК України, а отже може бути притягнутий до кримінальної відповідальності за службові злочини, зокрема, зловживання службовим становищем, службову недбалість, службове підроблення або розтрату шляхом зловживання службовим становищем.

Організаційно-розпорядчі та адміністративно-господарські функції

Поняття організаційно-розпорядчих та адміністративно-господарських обов'язків роз'яснено в судовій практиці, зокрема Постанові Пленуму Верховного Суду України від 26.04.2002 № 5 «Про судову практику у справах про хабарництво».

Організаційно-розпорядчі обов'язки — це обов'язки щодо здійснення керівництва галуззю промисловості, **трудоим колективом, ділянкою роботи, виробничою діяльністю окремих працівників на підприємствах**, в установах чи організаціях незалежно від форми власності.

Відповідно до абзацу 3 частини 2 статті 11 Закону про публічні закупівлі керівництво роботою тендерного комітету здійснює його голова. Голову тендерного комітету призначає замовник, який організовує роботу комітету та є персонально відповідальним за виконання покладених на комітет функцій. Голова тендерного комітету завжди є службовою особою за ознакою керівництва ділянкою роботи/діяльністю окремих працівників, незалежно від своєї основної посади. Наприклад, вироком Новомосковського суду Дніпропетровської області від 13.11.2014 у справі № 183/6986/14 засуджено за зловживання службовим становищем (частина 1 статті 364 КК України) інженера з ремонту доріг комунального підприємства, призначеного головою тендерного комітету. Детальніше — приклад 1.



Приклад 1

Витяг з вироку Новомосковського міськрайонного суду Дніпропетровської області від 13.11.2014 у справі № 183/6986/14

...13 січня 2014 року директором КП «НККП» винесено наказ «Про затвердження змін до складу та функцій комітету з конкурсних торгів» № 8 відповідно до якого **інженера по ремонту доріг КП «НККП» ОСОБА_1 призначено головою тендерного комітету КП «НККП».**

<...>

Голова здійснює керівництво роботою комітету з конкурсних торгів, організовує його роботу і несе персональну відповідальність за виконання покладених на комітет функцій, а отже **наділений правом здійснювати організаційно-розпорядчі функції, тобто згідно п. 1 примітки до ст. 364 КК України є службовою особою...***

* З повним текстом вироку можна ознайомитися за посиланням <http://reyestr.court.gov.ua/Review/41404061>.

Оскільки повноваження заступника завжди так чи інакше дублюють повноваження керівника [додатково див. пункт 2.4 Примірного положення про тендерний комітет або уповноважену особу (осіб), затвердженого наказом Мінекономрозвитку від 30.03.2016 № 557, далі — Примірне положення № 557], то заступник голови тендерного комітету є службовою особою так само, як і його голова. Наприклад, вироком Богунського районного суду м. Житомира від 25.09.2013 у справі № 295/4578/13-к засуджено заступника голови тендерного комітету, який виконував організаційно-розпорядчі повноваження, передбачені відповідним положенням про тендерний комітет, за спеціальними повноваженнями. Детальніше — приклад 2.



Приклад 2

Витяг з вироку Богунського районного суду м. Житомира від 25.09.2013 у справі № 295/4578/13-к

...ОСОБА_2 відповідно до наказу від 23.05.2008 року № 32-ОС Державної інспекції з карантину рослин по Житомирській області був призначений на посаду юрисконсульта 1-ї категорії даної установи... надалі був включений до складу

тендерного комітету Державної інспекції з карантину рослин по Житомирській області та... призначений на посаду заступника голови тендерного комітету вказаної інспекції та, **будучи службовою особою, виконував організаційно-розпорядчі функції за спеціальним повноваженнями**, передбаченими «Положенням про тендерний комітет Державної інспекції з карантину рослин по Житомирській області»...

...Внаслідок незаконних дій заступника голови тендерного комітету ОСОБА_2, **які виразились у зловживанні службовою особою своїм службовим становищем** в інтересах третіх осіб та в службовому підробленні, Державна інспекція з карантину рослин по Житомирській області... перерахувала на рахунок ТОВ «Агріка-Терра» кошти в сумі — 4 790 000 грн, чим було заподіяно істотної шкоди державним інтересам в особі Державної інспекції з карантину рослин по Житомирській області на вказану суму, що спричинило тяжкі наслідки...

* З повним текстом вироку можна ознайомитися за посиланням <http://reyestr.court.gov.ua/Review/33677231>.

Організаційно-розпорядчі функції можуть впливати з конкретних обов'язків члена тендерного комітету, на що вказав Богунський районний суд м. Житомира у тому самому вирокові від 25.09.2013 у справі № 295/4578/13-к стосовно іншого обвинуваченого — члена тендерного комітету. Детальніше — приклад 3.



Приклад 3

Витяг з вироку Богунського районного суду м. Житомира від 25.09.2013 у справі № 295/4578/13-к

...ОСОБА_1 відповідно до «Положення про тендерний комітет», затвердженого начальником Державної інспекції з карантину рослин по Житомирській області 07.11.2008 року, **був призначений на посаду члена тендерного комітету** вказаної інспекції та, **будучи службовою особою виконував організаційно-розпорядчі функції за спеціальними повноваженнями**, передбаченими «Положенням про тендерний комітет Державної інспекції з карантину рослин по Житомирській області».

...10 червня 2009 року під час засідання тендерного комітету... члена тендерного комітету ОСОБА_1 **було визначено відповідальним за розробку тендерної документації в технічній її частині та вибору критеріїв оцінки**, що було оформлено протоколом № 8 вт. Крім того, відповідно до абзацу 2, п. 5.4.1, ст. 5 «Положення...», **на ОСОБА_1 була покладена «Персональна відповідальність за підготовку та розроблення технічних завдань і характеристик предметів закупівель при проведенні тендерних процедур, дослідження товарних ринків та складання моніторингу цін на момент проведення процедур закупівель»**.

Внаслідок незаконних дій члена тендерного комітету ОСОБА_1, що виразились у **зловживанні своїм службовим становищем в інтересах третіх осіб та службовому підробленні**... заподіяно істотної шкоди державним інтересам в особі Державної інспекції з карантину рослин по Житомирській області на вказану суму, що спричинило тяжкі наслідки.

* З повним текстом вироку можна ознайомитися за посиланням <http://reyestr.court.gov.ua/Review/33677231>.

Адміністративно-господарські обов'язки — це обов'язки з управління або розпорядження державним, колективним чи приватним майном (установлення порядку його зберігання, переробки, реалізації, забезпечення контролю за цими операціями тощо).

Відповідно до статті 11 Закону про публічні закупівлі тендерний комітет створюють на засадах колегіальності, відповідно до яких він і діє. Його завдання — організація та проведення публічних закупівель. Тендерний комітет або уповноважена особа (особи):

планує закупівлі, складає та затверджує річний план закупівель;

здійснює вибір процедури закупівлі;

проводить процедури закупівель;

забезпечує рівні умови для всіх учасників, об'єктивний та чесний вибір переможця;

забезпечує складання, затвердження та зберігання відповідних документів з питань публічних закупівель, визначених цим Законом;

забезпечує оприлюднення інформації та звіту щодо публічних закупівель відповідно до Закону;

здійснює інші дії, передбачені цим Законом.

Окрім того, відповідно до пункту 2.9 Примірного положення № 557 члени комітету мають право, зокрема, брати участь у плануванні видатків і визначенні потреби в товарах, роботах та послугах, які закуповуватимуть. Інакше кажучи, саме тендерний комітет/уповноважена особа вирішують, яким чином витратити гроші замовника та з ким укласти відповідний договір. Тож кожен член тендерного комітету (включаючи також і голову, і секретаря) наділений адміністративно-господарськими обов'язками. Детальніше — приклад 4.



Приклад 4

Витяг з вироку Бериславського районного суду Херсонської області від 10.01.2011 у справі № 1-71/11

...ОСОБА_1, **будучи службовою особою, займаючи посаду секретаря тендерного комітету** Львівського навчально-виховного комплексу «Початкова школа-гімназія-інтернат»... діючи умисно, в інтересах третіх осіб, **використовуючи службове становище всупереч інтересів служби...** достовірно знаючи про невідповідність тендерної пропозиції на участь у проведенні торгів — ТОВ «Авіра-Трейдінг» кваліфікаційним вимогам тендерної документації... ініціювала винесення питання на засіданні тендерного комітету щодо внесення змін до тендерної документації по проведенню торгів на закупівлю товарів за державні кошти (вугілля), яке в подальшому прийнято та як наслідок, в інтересах ТОВ «Авіра-Трейдінг» з тендерної документації виключено вимоги щодо надання учасниками ряду документів, що вимагаються для підтвердження відповідності пропозиції учасника кваліфікаційним вимогам...

...Злочинні дії ОСОБА_1 слід кваліфікувати за ч. 2 ст. 364 КК України, а саме зловживання службовим становищем, тобто умисне, в інтересах третіх осіб, використання службовою особою службового становища всупереч інтересам служби, що спричинило тяжкі наслідки охоронюваним законом державним та громадським інтересам, у вигляді заподіяння матеріальних збитків, які у 250 і більше разів

перевищують неоподатковуваний мінімум доходів громадян...

* З повним текстом вироку можна ознайомитися з посиланням
<http://reyestr.court.gov.ua/Review/19660157>.

Зробимо застереження, що наведена судова практика хоча і сформована на ґрунті вже нечинного сьогодні законодавства про державні закупівлі, однак, зважаючи на схожість нормативно-правового регулювання, цілком придатна для використання сьогодні для демонстрації загальних тенденцій у питанні відповідальності членів тендерного комітету. Стосовно притягнення до кримінальної відповідальності уповноваженої особи наразі ще немає судової практики. Водночас оскільки уповноважена особа — сама собі і голова, і секретар, то вона є службовою особою одразу за двома ознаками — за здійснення організаційно-розпорядчих функцій з керівництва ділянкою роботи та за здійснення адміністративно-господарських функцій щодо управління коштами.

А що з адміністративною відповідальністю?

Адміністративна відповідальність за правопорушення у сфері закупівель передбачена статтею 164-14 Кодексу України про адміністративні правопорушення (далі — КУпАП). На відміну від КК України КУпАП оперує терміном «посадові особи»: заміна терміну «службова особа» на «посадова» відбулася ще 1995 року, у зв'язку з чим, наприклад, Державна інспекція України з питань праці в роз'ясненні від 24.07.2014 вказала, що поняття «посадова особа» та «службова особа» є синонімічними, тож для з'ясування кола посадових осіб слід звертатися до вже згаданої нами примітки до статті 364 КК України. Аналогічна позиція висловлена в листі Мін'юсту від 22.02.2013 № 1332-0-26-13/11 (з повним текстом можна ознайомитися, зокрема, за посиланням <https://zakon.help/article/posadovi-osobi>).

Відповідно до статті 14 КУпАП **посадові особи підлягають адміністративній відповідальності за адміністративні правопорушення, пов'язані з недодержанням установлених правил у сфері охорони порядку управління, державного і громадського порядку, природи, здоров'я населення та інших правил, забезпечення виконання яких входить до їх службових обов'язків.**

Зважаючи на викладене, **для визначення суб'єктів відповідальності за статтею 164-14 КУпАП слід використовувати поняття службової особи, наведене у статті 18 та примітці до статті 364 КК України.**

Оскільки вище ми вже продемонстрували, що **членство в тендерному комітеті**

покладає на особу відповідні організаційно-розпорядчі та адміністративно-господарські обов'язки, тобто перетворює на службу, незалежно від основної її посади, то кожен член тендерного комітету, включаючи його голову, заступника голови та секретаря, може бути відповідальним за статтею 164-14 КУпАП як служба (посадова) особи замовника. При цьому з огляду на проголошений у статті 61 Конституції України принцип індивідуального характеру будь-якої відповідальності кожен відповідатиме лише за свій вчинок, за неналежне виконання покладених саме на нього службових обов'язків, розподіл яких своєю чергою відбувається відповідно до затвердженого замовником положення про тендерний комітет (уповноважену особу).

Висновки

Викладене вкотре демонструє: не буває повноважень та обов'язків без відповідальності. Тож закликаємо членів тендерних комітетів та уповноважених осіб діяти пильно та розсудливо, згідно із Законом та в інтересах своїх роботодавців-замовників і не забувати, що:

Якщо людина є керівником чи заступником керівника будь-якої ланки та/або будь-якої ділянки, а так само, якщо ця людина має бодай найменше відношення до процесу прийняття рішень щодо розпорядження коштами/майном юридичної особи, то вона набуває статусу службової особи.

Усі члени тендерного комітету, включаючи його голову, заступника голови та секретаря, а також уповноважені особи замовника є службовими (посадовими) особами в розумінні статті 18 КК України та статті 14 КУпАП у зв'язку з виконанням організаційно-розпорядчих та/або адміністративно-господарських функцій, що передбачені Законом України про публічні закупівлі, Примірним положенням № 557 та відповідним внутрішнім положенням замовника про тендерний комітет/уповноважену особу.

Кримінальна та адміністративна відповідальність є не лише індивідуальною, але й невідворотною, тож зрештою кожен відповідь лише за свої власні правопорушення.