

УДК 343.37

DOI <https://doi.org/10.24144/2788-6018.2022.01.47>

ДЕМПІНГ ЯК КРИМІНАЛЬНЕ ПРАВОПОРУШЕННЯ У СФЕРІ ПУБЛІЧНИХ ЗАКУПІВЕЛЬ

Гута В.І.,

аспірантка кафедри кримінального,
кримінально-виконавчого права та кримінології
Академії Державної пенітенціарної служби,
<https://orcid.org/0000-0002-2236-2999>

Гута В.І. Демпінг як кримінальне правопорушення у сфері публічних закупівель.

Стаття присвячена розгляду демпінгу як кримінального правопорушення в сфері публічних закупівель. Досліджено, що вітчизняне кримінальне законодавство наразі не містить кримінального правопорушення, яке б характеризувало ознаки демпінгу як суспільно небезпечного посягання. Однак, на практиці, в залежності від наслідку демпінгових дій, таке явище за своєю суттю та наслідками цілком можливо розглядати в аспекті кримінального правопорушення.

У статті здійснено аналіз визначення демпінгу з позицій національного та міжнародного законодавства. Розглянуто значення демпінгу у науково-довідкових джерелах та працях окремих науковців. Зроблено узагальнюючий висновок, що демпінг є, насамперед, проявом недобросовісної конкуренції, який знаходить втілення в умисному заниженні цін на товари, послуги, роботи задля отримання переваг над іншими конкурентами та з метою отримання прибутку.

Акцентовано увагу на особливих рисах демпінгу як протиправного діяння, яких це явище набуває під час здійснення закупівель товарів, робіт і послуг для забезпечення потреб держави та територіальних громад. Окремо зосереджено увагу на розгляді кожної складової, а саме конкретних ознаках кримінального правопорушення, а також предметі і межах доказування. Вказується і на ключові риси суб'єктів, яким спричиняється збиток внаслідок демпінгових операцій та суб'єктів, які можуть бути притягнуті до відповідальності за вчинення вказаного діяння.

Досліджено об'єктивну та суб'єктивну сторони демпінгу як кримінального правопорушення під час закупівельних процедур.

Наведено та охарактеризовано основні прояви демпінгу під час здійснення публічних закупівель. Здійснено порівняння протиправних демпінгових діянь із діяннями, зовнішній прояв яких тотожний демпінгу, однак за своєю суттю ним не є.

Виокремлено визначальні ознаки, які характеризують демпінг під час публічних закупівель як кримінальне правопорушення. Розглянуто та про-

аналізовано наслідки демпінгу у сфері публічних закупівель, які виявляються у спричиненні матеріальної шкоди, нецільовому використанні коштів та банкрутстві. Наголошено на важливості та необхідності удосконалення законодавчого регулювання питання, що розглядається.

Ключові слова: кримінальне правопорушення, ознаки кримінального правопорушення, демпінг, публічні закупівлі.

Huta V. Dumping as a criminal offense in the field of public procurement.

The article is devoted to the consideration of dumping as a criminal offense in the field of public procurement. It is investigated that the domestic criminal legislation does not currently contain a criminal offense that would characterize the signs of dumping as a socially dangerous encroachment. However, in practice, depending on the consequences of dumping, such a phenomenon in its nature and consequences may well be considered in the aspect of a criminal offense.

The article analyzes the definition of dumping from the standpoint of national and international law. The importance of dumping in scientific reference sources and works of individual scientists is considered. It is a general conclusion that dumping is, first of all, a manifestation of unfair competition, which is embodied in the deliberate lowering of prices for goods, services, work in order to gain an advantage over other competitors and to make a profit.

Emphasis is placed on the special features of dumping as an illegal act, which this phenomenon acquires during the procurement of goods, works and services to meet the needs of the state and local communities. Special attention is paid to the consideration of each component, namely the specific features of the criminal offense, as well as the subject and limits of evidence. It also indicates the key features of the entities that are harmed by the dumping transactions and the entities that may be held liable for the act.

The objective and subjective aspects of dumping as a criminal offense during procurement procedures have been studied.

The main manifestations of dumping during public procurement are presented and described. A comparison of illegal dumping acts with acts, the external manifestation of which is identical to dumping, but in essence it is not.

The defining features that characterize dumping during public procurement as a criminal offense are highlighted. The consequences of dumping in the field of public procurement, which are manifested in causing material damage, misuse of funds and bankruptcy, are considered and analyzed. The importance and necessity of improving the legislative regulation of the issue under consideration were emphasized.

Key words: criminal offense, signs of criminal offense, dumping, public procurement.

Постановка проблеми. Розділ VII Кримінального кодексу України «Кримінальні правопорушення у сфері господарської діяльності» не містить кримінального правопорушення, яке б характеризувало ознаки демпінгу як протиправного діяння. Однак, наслідки цього явища можуть дійсно перешкоджати господарській діяльності державних і недержавних суб'єктів і тягнути за собою збитки. Близьким до демпінгу є реалізація контрабандної продукції, яка збувається за заниженими цінами.

Актуальність розгляду демпінгу як кримінального правопорушення в сфері публічних закупівель обумовлено проблемами, що виникають у суб'єктів закупівель у зв'язку із поданням неправдивої цінової інформації, що тягне за собою в подальшому спричинення збитків не тільки державі у вигляді не передбачених ціновою політикою витрат, а й збитками, пов'язаними з недобросовісною конкуренцією.

Аналіз досліджень. Проблемам та специфіці даного явища присвячені праці як зарубіжних, так і вітчизняних науковців: Б. Баласса, В. Боровських, Дж. Вайнера, Ю. Герасима, М. Дороніної, І. Железнякової, Ч. Кіндлебергера, М. Кордена, Д. Лук'яненка, Ю. Макогона, Дж. Міда, Г. Мюрдаля, В. Новицького, Ю. Пахомова, А. Поручника, В. Сіденка, Я. Тінбергена, А. Філіпенка, Т. Циганкової, В. Чужикова, Ю. Шишкова, І. Школи, О. Шниркова. Проте, питання демпінгу як кримінально-протиправного діяння у сфері публічних закупівель залишаються недостатньо вивченими та потребують уточнень у кримінально-правовому аспекті.

Постановка завдання. Метою викладеного в статті дослідження є всебічний аналіз ознак демпінгу у публічних закупівлях як кримінального правопорушення, вивчення основних його ознак та суспільно небезпечних наслідків для вказаної сфери.

Виклад основного матеріалу дослідження. Демпінг, як негативне явище, можливо розглядати не тільки як порушення господарського

законодавства, а й як адміністративне і кримінальне правопорушення, в залежності від наслідку демпінгових дій.

Визначення демпінгу міститься у кількох нормативних актах, однак відсутнє у кримінальному праві. Зокрема, одне з визначень демпінгу міститься в ст. 1 Закону України «Про захист національного товаровиробника від демпінгового імпорту» – це ввезення на митну територію України товару за цінами, нижчими від порівняної ціни на подібний товар у країні експорту, що заподіює шкоду національному товаровиробнику подібного товару [1].

Дане визначення не у повній мірі стосується публічних закупівель, оскільки містить відсилання щодо імпорту. У сфері публічних закупівель найчастіше укладаються договори саме із вітчизняними товаровиробниками і надавачами послуг. Демпінгом, у даному випадку, є певна процедура штучного заниження цін на товари, послуги, роботи.

Енциклопедія сучасної України визначає демпінг як продаж товарів на ринку за цінами, нижчими від ринкових, або собівартістю їх виробництва [2], однак недоліком такого визначення є відсутність у ньому послуг і робіт: визначення містить лише продаж товарів.

Ст. 4 Генеральної угоди з тарифів і торгівлі 1994 року визначає демпінг як ситуацію, при якій товари однієї країни потрапляють на ринок іншої за вартістю, меншою ніж нормальна вартість товарів [3], однак дане визначення стосується цінової політики під час торгівлі між державами. Позитивним у даному визначенні є характеристика дії – складової об'єктивної сторони – заниження ціни на товар.

Железнякова І. визначає демпінг як один з методів недобросовісної конкуренції, при якому продаж товарів або послуг на внутрішньому або зовнішньому ринку здійснюється за навмисно заниженими цінами [4]. Тобто, основним у визначенні демпінгу є господарське поняття недобросовісної конкуренції. На переконання вищезазначеної дослідниці демпінг характеризується двома ознаками об'єктивної сторони: демпінгування не пов'язане із зменшенням собівартості виробництва товару і продавець умисно реалізує товар за низькими цінами для залучення покупців, що негативно відбивається на конкурентах.

Боровських В. Д. порівнює демпінг із шахрайством – вид суспільно-небезпечного посягання на кошти іншої юридичної або фізичної особи. На прикладі страхування він демонструє приклад «відчайного демпінгу», при якому реалізуються страхові поліси, а страхувальник при цьому неспроможний сформувати страхові резерви і тому не зможе компенсувати страхові втрати при виникненні страхових випадків [5, с. 45]. Тобто, вказаний автор вбачає у таких діях об'єктив-

ну сторону шахрайства, оскільки такі дії носять умисний характер і мають на меті отримання незаконного прибутку через зловживання довірою.

Аналізуючи вищевикладене, слід визначити демпінг як прояв недобросовісної конкуренції, об'єктивним вираженням якої є умисне заниження цін на товари, послуги, роботи задля отримання переваг над іншими конкурентами та з метою отримання прибутку.

Якщо розглядати демпінг як кримінальне правопорушення у сфері господарських відносин, необхідно уточнення кожної складової, а саме конкретних ознак кримінального правопорушення, а також предмета і меж доказування.

Предметом закупівлі, відповідно до законодавства, є товари, роботи чи послуги, що закуповуються замовником у межах єдиної процедури закупівлі або в межах проведення спрощеної закупівлі, щодо яких учасникам дозволяється подавати тендерні пропозиції або пропозиції на переговорах [6].

Учасники договорів надають замовникам товари, роботи, послуги і отримують за це кошти. Якщо мова йде про спричинені збитки, про них зазначається у випадках невиконання умов договорів, коли у договори вносяться зміни про раптове підвищення цін, поставляється невідповідний умовам договору товар або неякісно виконуються послуги.

Межі доказування демпінгу не виходять за межі умов договору і стосуються лише умов, погоджених сторонами раніше.

Суб'єкти, яким спричиняється збиток внаслідок демпінгових операцій, можна умовно поділити на дві категорії.

Першу категорію складають учасники публічних закупівель – замовники, які визначаються законодавством: органи державної влади, правоохоронні органи, органи місцевого самоврядування, територіальні громади; пенсійний фонд України, страхові цільові фонди; юридичні особи, які є підприємствами, установами, організаціями та їх об'єднання, які забезпечують потреби держави. Основним показником є розпорядження бюджетними коштами, тому збитки спричиняються саме державі, державному бюджетові.

Другою категорією є юридичні особи, фізичні особи, підприємці, які постраждали внаслідок недобросовісної конкуренції, що призвело до тяжких наслідків у вигляді упущеної вигоди, банкрутства, простою тощо, тобто тих дій, які пов'язуються з реалізацією своїх основних функцій, що знаходиться у причинному зв'язку з отриманням прибутку, доходу.

Об'єктом кримінального правопорушення є суспільні відносини, які охороняються законом про кримінальну відповідальність, благо, якому спричиняється шкода [7].

Об'єктом демпінгу є цінова політика, встанов-

лена умовами публічної закупівлі, виконання конкретних умов договору.

Цінова політика діє у сфері надання послуг, і має свій прояв у:

- постачанні природного газу (транспортування, розподіл, зберігання, видобуток тощо);
- постачанні теплової енергії (виробництво, транспортування);
- постачанні електричної енергії;
- водопостачанні і водовідведенні;
- заходах меліорації;
- послугах з користування залізничним транспортом;
- послугах повітряного транспорту;
- послугах поштового зв'язку;
- розробці природних копалин [6].

В новій редакції Закону «Про публічні закупівлі» встановлено принципово нове поняття – аномально низька ціна, яке передбачає процедуру зупинення цінового демпінгу, адже у тендерах нерідко перемагали пропозиції, ціни в яких є значно нижчими з-поміж інших запропонованих. Як наслідок, учасник процедури закупівлі зазвичай використовував демпінг аби перемогти, а потім за допомогою додаткових угод нівелював його ж результати [8].

Якщо проаналізувати політику зміни цін на користування, наприклад, природним газом, протягом 2021 року, то слід зазначити про неодноразову зміну тарифів, що зумовлювало зміну цін від постачальників послуг. Як приклад, слід навести динаміку цін на природній газ для бюджетних організацій, складену за даними Національної акціонерної компанії «Нафтогаз України»:

01.01.2015 – 5900,00 грн. (ціна), 7719,12 грн. (кінцева ціна);

01.01.2016 – 5780,00 грн.; 7815,24 грн.

01.01.2017 – 6293,00 грн.; 9254,04 грн.

01.01.2018 – 8144,00 грн.; 10652,04 грн.

01.01.2019 – 6235,51 грн.; 8361,85 грн.

01.01.2020 – 7592,81 грн.; 9300,00 грн.

Динаміка демонструє поступове підвищення цін на газ, при цьому кількість тендерів, укладених з НАК «Нафтогаз України» на жовтень 2021 року становить 51133.

Відповідно ст. 41 ч.5 п. 2 Закону України «Про публічні закупівлі» зазначено, що істотні умови договору не повинні змінюватись з моменту його підписання до виконання зобов'язань сторонами у повному обсязі. Виключенням є: збільшення ціни за одиницю товару до 10 відсотків пропорційно збільшенню ціни такого товару на ринку у разі коливання ціни такого товару на ринку за умови, що така зміна не призведе до збільшення суми, визначеної в договорі про закупівлю, – не частіше ніж один раз на 90 днів з моменту підписання договору про закупівлю/внесення змін до такого договору щодо збільшення ціни за одиницю товару [6].

Тобто при необґрунтованому збільшенні ціни частіше, ніж раз на 90 днів збільшення ціни більш, ніж на 10%, в діях виконавця є ознакою демпінгу.

Суб'єктом кримінального правопорушення є фізична особа, яка його вчинила у віці, з якого настає кримінально відповідальність (ст. 18 КК України). Виходячи із положень ч. 2 ст. 18 КК України, суб'єкт демпінгу є спеціальним – фізична осудна особа, яка вчинила у віці, з якого може наставати кримінальна відповідальність, кримінальне правопорушення, суб'єктом якого може бути лише певна особа. Таке визначення може стосуватись лише учасника аукціону, тендеру, торгу, публічної закупівлі. Суб'єкт демпінгу має ознаки спеціального суб'єкту: фізична особа (юридична особа), осудна особа, суб'єкт господарювання, рід діяльності (підприємець) тощо. Однією із головних ознак такого суб'єкту (демпінгу) є перебування у договірних відносинах з іншим суб'єктом господарювання (учасник договору про публічну закупівлю), якому неправомірними діями демпінгуючого спричинено (спричиняється) значний матеріальний збиток.

Конкурентна процедура, відповідно до Закону України «Про публічні закупівлі», передбачає здійснення конкурентного відбору учасників за процедурами закупівлі відкритих торгів [6]. Переможцем стає учасник, пропозиція якого відповідає всім умовам, в тому числі і вимозі економічного змісту. Це положення Закону констатує свідомий вибір учасником економічно вигідної замовнику пропозиції, підтверджує здійснення вільного волевиявлення. Також це положення і обумовлює вибір з поміж інших переможця.

Раптове, без пояснення, без обговорення перед підписанням або вступу в дію договору, без дії форс-мажорних обставин, підвищення цін на товари, роботи, послуги, що завдає значних збитків замовнику, свідчить про умисел, продуманість такого стратегічного ходу: угоду підписано, конкурентів усунуто, всі формальності щодо здійснення самої процедури торгів залишено в минулому. Дані обставини, які сприяють виникненню довіри у замовника, повинні супроводжуватись подальшими добросовісними діями.

Суб'єктом демпінгу є постачальник послуг, робіт, постачальник товару, який своїми діями спричинив шкоду державі. Наслідки його дій (бездіяльності) знайшли відображення у матеріальних збитках, які понесла держава (її представник).

Об'єктивна сторона складу кримінального правопорушення знаходить відображення у дії або бездіяльності, які спричиняють суспільно небезпечні наслідки. Це зовнішня, проявлена сторона кримінального правопорушення, яка має дві складові – суспільно небезпечне діяння, наслідки (або загроза їх настання). Це обов'язкові ознаки об'єктивної сторони складу кримінального правопорушення. Ознакою об'єктивної сторони також

є діяння, що має зв'язок із певним способом, часом, місцем, із використанням засобів, знарядь, предметів, що є факультативними ознаками.

Демпінг у публічних закупівлях проявляється у вигляді дій з незаконного, необґрунтованого обставинами або законом підвищення цін на товари, послуги, роботи, всупереч діючим умовам договору. При цьому відмова від договору (розірвання), як і виконання його за неправомірно завищеними цінами, спричиняє тяжкі наслідки. Такими прикладами можуть бути: залишення без опалення військової частини, залишення без водопостачання військового госпіталю тощо. Тобто складається ситуація, при якій замовник несе збитки за будь-яких умов, а виконавець отримує неправомірну наданим (не наданим послугам) вигоду, а також позбавляє можливостей на якийсь період часу інших виконавців.

Об'єктивна сторона демпінгу виражається у наступних діях:

- збут неякісної, неліквідної продукції за заниженими цінами;
- збут контрабанди і контрафакту;
- різке невмотивоване зниження цін, а потім стрімке їх підвищення;
- укладання договору закупівлі без наміру його виконання.

Наслідки демпінгу проявляються у спричиненні збитків державі, нецільовому використанні коштів, банкрутстві.

Не є демпінгом вихід на ринок нового суб'єкта надання послуг, товарів, робіт, оскільки він не обізнаний з ринковими цінами; акційні тимчасові пропозиції, тому що вони мають на меті розширити базу клієнтів; збут надлишкової продукції для недопущення її знищення. Тобто, не є демпінгом дії, які вчинено без умислу спричинення майнової шкоди замовнику в особі держави.

Також проявами демпінгу є: раптовість, дія без домовленості, протягом короткого періоду часу, порушення істотних умов договору, протиправність, спричинення майнової шкоди, неможливість компенсації цієї шкоди.

Наслідками демпінгу є спричинення матеріальної шкоди у значному і великому розмірі. У значному розмірі – якщо її розмір в двадцять і більше разів перевищує неоподаткований мінімум доходів громадян, а у великому – якщо її розмір у двісті і більше разів перевищує неоподатковуваний мінімум доходів громадян. Спричинення шкоди в особливо великому розмірі внаслідок демпінгу теж не виключається – якщо її розмір в тисячу і більше разів перевищує неоподатковуваний мінімум доходів громадян [9].

Суб'єктивна сторона демпінгу характеризується прямим умислом та корисливим мотивом, а вчиненню кримінально протиправних дій передують підготовка. Мета дій, пов'язаних із демпінгом – отримання неправомірної вигоди, прибутку.

Висновки. Таким чином, розглядаючи демпінг як явище, поширене серед суб'єктів господарювання, під час проведення процедури публічних закупівель, можна виокремити ознаки, які характеризують його як кримінальне правопорушення. Серед таких ознак – умисне, свідоме, штучне заниження цін на товари, роботи і послуги з корисливих мотивів, які після укладення договору знаходять свій вияв у одноразовому або кількразовому підвищенні цін, ненаданні послуг, невиконанні робіт, постачанні неякісного товару, що тягне за собою збитки для держави від значних до особливо великих розмірів. Однак, питання кримінальної відповідальності за такі дії на практиці досі обумовлене рядом проблем, серед яких відсутність єдиного підходу до кваліфікації зазначеного діяння, недосконалий механізм визначення заподіяних збитків, доказування та розслідування. Відтак, досліджуваний феномен потребує подальшої наукової розробки та законодавчого устанавлення.

СПИСОК ВИКОРИСТАНИХ ДЖЕРЕЛ:

1. Про захист національного товаровиробника від демпінгового імпорту: Закон України від 22.12.1998 № 330-XIV. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/330-14#Text>. (дата звернення: 17.03.2022).
2. Демпінг. Енциклопедія сучасної України. URL: https://esu.com.ua/search_articles.php?id=21483 (дата звернення: 17.03.2022).
3. Генеральна угода з тарифів і торгівлі 1994 р. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/995_264#Text. (дата звернення: 17.03.2022).
4. Железнякова І. Що таке демпінг: види, наслідки, плюси і мінуси. URL: <https://www.pricecontrol.com.ua/ua/shho-take-demping-vidi-naslidki-plyusi-i-minusi/>. (дата звернення: 17.03.2022).
5. Боровских В. Д. Квалификация и расследование преступлений в экономической деятельности (на примере преступлений в сфере страхования). Новосибирск: Юридический факультет, 2017. 207 с.
6. Про публічні закупівлі: Закон України від 25.12.2015 № 922-VIII. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/922-19#Text>. (дата звернення: 17.03.2022).
7. Кримінальний кодекс України: Закон України від 05.04.2001 № 2341-III. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/2341-14#Text>. (дата звернення: 17.03.2022).
8. Чабан Н. Чи можливе застосування антидемпінгового механізму у спрощеній закупівлі. URL: https://radnuk.com.ua/praktyka_zakupivel/doporogi/chy-mozhlyve-zastosuvannia-antydempinhovoho-mekhanizmu-u-sproshchenij-zakupivli/. (дата звернення: 17.03.2022).
9. Про внесення змін до Кримінального кодексу України щодо захисту прав інтелектуальної власності: Закон України від 09.02.2006 № 3423-IV. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/3423-15>. (дата звернення: 17.03.2022).