

УДК 342.1

DOI <https://doi.org/10.24144/2788-6018.2024.01.48>

ГОСПОДАРСЬКО-ПРАВОВА ВІДПОВІДАЛЬНІСТЬ ЗА АНТИКОНКУРЕНТНІ УЗГОДЖЕНІ ДІЇ У ФОРМІ СПОТВОРЕННЯ РЕЗУЛЬТАТІВ ТЕНДЕРІВ, ТОРГІВ, АУКЦІОНІВ, КОНКУРСІВ ЯК ПРОЯВ УЗГОДЖЕНОЇ ПОВЕДІНКИ УЧАСНИКІВ ЗАКУПІВЕЛЬ

Швидка Т.І.,

докторка юридичних наук, доцентка,
доцентка кафедри господарського права
Національного юридичного університету
імені Ярослава Мудрого, Харків, Україна,

адвокат

ORCID: 0000-0002-6152-2705

e-mail: Raketa7770@gmail.com

Швидка Т.І. Господарсько-правова відповідальність за антиконкурентні узгоджені дії у формі спотворення результатів тендерів, торгів, аукціонів, конкурсів як прояв узгодженої поведінки учасників закупівель.

Стаття присвячена розгляду питання узгодженої поведінки учасників та замовників публічних закупівель. Обґрунтовано необхідність дотримання принципів конкурентності у процедурі публічних закупівель. Ключовим моментом при проведенні закупівель є дотримання умов конкурентного відбору переможця закупівель, усунення можливості перемоги «потрібних» учасників та подолання корупції і спекуляцій. Регулювання механізмів здійснення публічних закупівель є поєднанням господарсько-правового та адміністративного правового аспекту. Відносини, які виникають в процесі здійснення закупівель мають різні аспекти правового регулювання, так само і суб'єктами правопорушень у цій сфері можуть бути як суб'єкти господарювання, так і органи державної влади, місцевого самоврядування, управління й контролю. Доведено, що публічні закупівлі передбачають собою конкурентний відбір переможця, з дотриманням усіх інших принципів закупівель, передбачених Законом України «Про публічні закупівлі». Наголошено, що основна мета Закону «Про публічні закупівлі» - забезпечення ефективних та прозорих закупівель, створення конкурентного середовища в сфері публічних закупівель, запобігання корупції та розвиток чесної конкуренції. Державні установи повинні здійснювати закупівлі відповідно до особливих вимог конфіденційності та безпеки, а також з урахуванням національних інтересів. Аргументовано, що на сьогодні сфера публічних закупівель є досить корумпованою, та зафіксовано багато випадків порушень основних базових принципів Закону, що призводить до спотворення результатів тендерів, торгів, аукці-

онів конкурсів. Спотворення відбувається через узгоджену поведінку учасників закупівель, або учасників та замовників. Тобто узгоджені дії можуть бути вертикальні та горизонтальні, також можуть мати місце змішані та конгломератні дій. Будь-яка узгоджена поведінка при здійсненні публічних закупівель, порушує умови конкуренції, є забороненою та тягне за собою відповідальність згідно із законодавством України. У статті наголошено на тому, що доведення факту змови при здійсненні закупівель та реальне притягнення до відповідальності порушників є складним питанням, що потребує удосконалення як з точки зору теоретичних моментів, так і процесуальних. Звісно, держава заінтересована у забезпеченні прозорого здійснення публічних закупівель, а досягти такого можна завдяки запровадженню чіткого механізму, подолання корупційної складової. Аргументовано, що важливу роль у даному інституті відіграють регулювання і контроль з боку державних органів. Держава діє як особливий замовник, який є виразником публічних інтересів. Використання такого правового інструменту, як публічні закупівлі товарів, робіт і послуг дає державі право обрати суб'єктів господарювання, які виконуватимуть державне замовлення на найвигідніших умовах ринку, на засадах додержання умов конкурентності. На жаль, не завжди можна спостерігати чесні та справедливі закупівлі.

Акцентовано увагу, що подолання великої кількості змов у сфері публічних закупівель та забезпечення дотримання принципів чесної конкурентної боротьби при здійсненні закупівель, є одним із завдань Антимонопольного комітету України, як органу оскарження публічних закупівель. Проте проблемними залишаються питання боротьби та впровадження дієвих механізмів запобігання виникнення змов між суб'єктами публічних закупівель, та як наслідок процесу-

альних аспектів щодо оскарження та притягнення правопорушників до відповідальності за узгоджені дії, що призвели до спотворення результатів тендерів (торгів).

Ключові слова: антиконкурентні узгоджені дії; економічна конкуренція; торги; тендери; конкурсні процедури; публічні закупівлі; замовник; учасник торгів, сптворення результатів тендерів, торгів, аукціонів, конкурсів, господарсько-правова відповідальність

Shvydka T. Economic and legal responsibility for anti-competitive concerted actions in the form of correction of the results of tender, bids, auctions, competitions as a manifestation of concerted behavior of procurement participants.

The article is devoted to consideration of the issue of coordinated behavior of participants and customers of public procurement. The need to observe the principles of competition in the public procurement procedure is substantiated. The key point in conducting procurement is compliance with the conditions of competitive selection of the procurement winner, elimination of the possibility of victory of the "necessary" participants and overcoming corruption and speculation. Regulation of public procurement mechanisms is a combination of economic and legal and administrative legal aspects. Relations that arise in the process of procurement have different aspects of legal regulation, as well as the subjects of offenses in this area can be both business entities and bodies of state power, local self-government, management and control. It has been proven that public procurement involves a competitive selection of the winner, in compliance with all other procurement principles stipulated by the Law of Ukraine "On Public Procurement". It was emphasized that the main purpose of the Law "On Public Procurement" is to ensure effective and transparent procurement, create a competitive environment in the field of public procurement, prevent corruption and develop fair competition. Public institutions must make purchases in accordance with special requirements of confidentiality and security, as well as taking into account national interests. It is argued that today the field of public procurement is quite corrupt, and many cases of violations of the main basic principles of the Law have been recorded, which leads to the distortion of the results of tenders, trades, and auctions. Distortion occurs due to the concerted behavior of procurement participants, or participants and customers. That is, concerted actions can be vertical and horizontal, mixed and conglomerate actions can also take place. Any concerted behavior during public procurement violates the terms of competition, is prohibited and entails liability in accordance with

the legislation of Ukraine. The article emphasizes that proving collusion in procurement and actually bringing violators to justice is a complex issue that requires improvement both from the point of view of theoretical points and procedural aspects. Of course, the state is interested in ensuring transparent implementation of public procurement, and this can be achieved thanks to the introduction of a clear mechanism to overcome the corruption component. It is argued that regulation and control by state bodies play an important role in this institute. The state acts as a special customer, which is an expression of public interests. The use of such a legal instrument as public procurement of goods, works and services gives the state the right to choose business entities that will fulfill the state order on the most favorable market terms, on the basis of compliance with the terms of competition. Unfortunately, it is not always possible to observe honest and fair procurement.

Attention was drawn to the fact that overcoming a large number of conspiracies in the field of public procurement and ensuring compliance with the principles of fair competition during procurement is one of the tasks of the Antimonopoly Committee of Ukraine, as a public procurement appeals body. However, issues of combating and implementing effective mechanisms to prevent the occurrence of collusion between public procurement entities and, as a consequence, procedural aspects regarding appeals and prosecution of offenders for concerted actions that led to the distortion of the results of tenders (tenders) remain problematic.

Key words: anti-competitive concerted actions; economic competition; auction; tenders; competitive procedures; public procurement; customer; bidder, falsification of the results of tenders, trades, auctions, contests, economic and legal responsibility.

Постановка проблеми. Розглядаючи інститут публічних закупівель з точки зору господарсько-правового аспекту, та наголошуючи на такій важливій складовій закупівель як «дотримання умов конкурентного відбору переможця», як одного із головних принципів закупівель, необхідно зосередити увагу на тому, що порушення даного принципу призводить до спотворення результатів закупівель. Спотворення результатів торгів (тендерів, аукціонів, конкурсів) є проявом антиконкурентної узгодженої поведінки, що підриває головне призначення закупівель - вибір переможця на чесних та конкурентних засадах.

Порівняно невелика відповідальність, наявність законодавчих прогалин є факторами, що обумовлюють розповсюдженість такого господарського правопорушення як спотворення результатів торгів, тендерів, аукціонів, боротьба з яким має здійснюватися через співпрацю між науков-

цями та законодавцем з метою підготовки ґрунтовної нормативної основи попередження та протидії вчиненню зазначеного правопорушення.

Обрана тема статті характеризується недостатньою науковою розробленістю, зокрема наразі існує потреба у подальших дослідженнях з метою визначення поняття «спотворення результатів торгів, тендерів, аукціонів», шляхів мінімізації та подолання аналізованого явища.

Аналіз останніх досліджень і публікацій.

Сфера публічних закупівель є досить актуальною серед науковців, її досліджують економісти та дослідженню складу, передумов та проблематики вчинення антиконкурентних узгоджених дій у формі спотворення результатів торгів, тендерів, аукціонів, механізму, присвятили свої праці такі науковці-правники як О. М. Клименко, М. Ю. Покальчук, О.П. Віхров, В.К. Малолітнева, Я.В. Петруненко, А.О. Олефір, О.Л. Юдицький, А.О. Сошніков та ін. Проте дане питання залишається наразі актуальним, враховуючи статистику правопорушень згідно із даними звіту Антимонопольного комітету України за останні роки.

Мета статті. Проаналізувати законодавче регулювання публічних закупівель та прогалини у діючому законодавстві, віднайти шляхи удосконалення законодавчого регулювання механізму здійснення закупівель та застосування превентивних дієвих методів боротьби із узгодженою поведінкою суб'єкта закупівель. Виокремлення шляхів попередження його вчинення та протидії у разі виявлення ознак складу досліджуваного правопорушення у поведінці учасників публічних закупівель, є нагальною проблемою сучасності.

Виклад основного матеріалу. Забезпечення економічної конкуренції, змагальності між суб'єктами господарювання при здійсненні закупівель з метою здобуття переваг над іншими суб'єктами господарювання завдяки власним досягненням, чесна боротьба за найвигіднішу позицію – все це основні умови здійснення публічних закупівель. Метою закупівель є обрання переможця за його реальні переваги – ціну та якість. Добросовісність економічної конкуренції є основною передумовою нормального функціонування сфери господарювання.

Останнім часом значної поширеності набуло порушення правових засад економічної конкуренції, що виявляється, зокрема у формі недобросовісної конкуренції, зловживання монополією (домінуючим) становищем на ринку, антиконкурентних узгоджених дій, а саме тих, що здійснюються шляхом спотворення результатів торгів, тендерів, аукціонів, негативно впливаючи на сферу публічних закупівель.

Процес публічних закупівель являє собою взаємодію суб'єктів господарювання та владних суб'єктів, у процесі якої вони зобов'язані дотри-

муватися низки нормативних положень, аби у результаті було досягнуто максимальної економії, ефективності та пропорційності. Надзвичайно важливим під час їх проведення є забезпечення конкуренції між суб'єктами господарювання та дотримання принципів здійснення публічних закупівель.

Одним з проявів антиконкурентних узгоджених дій учасників публічних закупівель чинним законодавством визнається спотворення результатів торгів, тендерів, аукціонів. Згідно із ч. 1 ст. 5 ЗУ «Про захист економічної конкуренції», узгодженими діями є укладення угод (незалежно від форми), прийняття у будь-якій формі рішень або будь-яка інша погоджена поведінка (дія чи бездіяльність) суб'єктів господарювання [1]. Відповідно до ч. 1 ст. 6 вищезгаданого Закону, антиконкурентними узгодженими діями визнаються узгоджені дії суб'єктів господарювання, які призвели чи можуть призвести до недопущення, усунення або обмеження конкуренції, зокрема у формі спотворення результатів торгів, тендерів, аукціонів (п. 4 ч. 2 ст. 6 Закону) [1].

Також дії щодо недопущення, усунення, обмеження чи спотворення конкуренції можуть вчинятися й публічно-владними суб'єктами, що впливає з приписів ст. 15 ЗУ «Про захист економічної конкуренції», шляхом прийняття нормативних актів, надання вказівок, укладення угод, вчинення інших дій чи бездіяльності [1].

Аналізуючи наведені вище нормативні положення, можна дійти висновку, що окреслені дії можуть здійснюватися як суб'єктами господарювання, так і органами державної влади, місцевого самоврядування, органами адміністративно-господарського управління та контролю [1].

Необхідно зазначити, що наразі чинне законодавство не закріплює визначення поняття «спотворення результатів торгів, тендерів, аукціонів», у результаті чого воно доволі широко тлумачиться на розсуд Антимонопольного комітету, як органу, уповноваженого розглядати скарги щодо порушення процедури публічної закупівлі [2, с. 216]. Саме тому доцільно визначити згаданий вище термін як дії учасників закупівель, пов'язані з взаємодією між ними з метою порушення засад конкурентного законодавства шляхом перешкоджання чесному визначенню переможця торгів.

Розглядаючи механізм спотворення результатів тендерів, торгів, аукціонів, необхідно зазначити, що він являє собою дії учасників публічних закупівель, спрямовані на досягнення змови задля отримання безпідставних переваг та обходу належної конкурентної процедури закупівлі. Виокремлюють низку типових способів спотворення результатів тендерів, торгів, аукціонів як прояву антиконкурентних узгоджених дій (наведений нижче перелік не є вичерпним):

а) «карусель переможців», що характерно для ситуацій, за яких протягом певного періоду часу проводиться сукупність процедур з метою закупівлі схожих або однакових робіт, товарів та послуг, наприклад, для реалізації програм розвитку комунальної інфраструктури у декількох населених пунктах в межах однієї адміністративно-територіальної одиниці, підготовки навчально-виховних заходів до нового навчального року тощо [3, с. 45].

Основними ознаками, що свідчать про факт змови є: участь одних і тих самих учасників (або групи учасників) у всіх конкурсних процедурах, члени цієї групи виграють значну кількість конкурсів із закупівлі однакових або подібних товарів, робіт, послуг [3, с. 45];

б) компенсація співучаснику з боку переможця, що найчастіше трапляється у випадках, коли предметом закупівлі є специфічні товари, роботи, послуги, через що такі тендери не є поширеними, саме тому учасники змови домовляються, що переможець надасть їм компенсацію, зокрема у вигляді частини замовлення [3, с. 45];

в) неправдоподібна схожість пропозицій, у разі закупівлі робіт, що можуть бути виконані у різний спосіб, проте пропозиції учасників зводяться до одного чи небагатьох можливих способів, різниця між якими буде проявлятися лише в ціні. В описаній ситуації, в основі тендерних пропозицій всіх учасників змови – єдиний зразок, тобто документи, підготовлені одним учасником, яким притаманні спільні індивідуальні ознаки у вигляді незвичної конструкції речень, арифметичних, граматичних, технічних помилок, вживання рідкоживаних термінів тощо [3, с. 46];

г) завищення цінових пропозицій, що проявляється через подання учасниками значно вищих цінових пропозицій, ніж дійсна вартість товарів, робіт, послуг. Виявити факт змови у даному випадку можливо шляхом порівняння цінових пропозицій учасників щодо предмета закупівлі та ринкових цін на нього, або ж на основі незалежної оцінки експерта.

Очевидним є факт змови у разі, якщо учасники не надали належного обґрунтування заявленої ціни (воно є непереконливим) або ж таке обґрунтування взагалі відсутнє [3, с. 45].

Варто додати, що вірогідність змови між учасниками закупівель підвищується у разі, якщо предмет закупівлі не може бути представлений широким колом учасників (наприклад, закупівля робіт та послуг щодо проектування та будівництва залізничних колій, електростанцій, мостів), адже у такому випадку підвищується впевненість учасників у тому, що їх наміри не будуть розкриті, і навпаки, чим більша кількість учасників, що можуть представити відповідні товари, роботи, послуги, тим більшим є ризик викриття протиправних дій [3, с. 46].

Спотворення результатів торгів, тендерів, аукціонів являє собою господарське правопорушення, що є формою здійснення антиконкурентних узгоджених дій. Правові наслідки його вчинення визначаються Законами України «Про захист економічної конкуренції» (від 11.01.2001 року), «Про публічні закупівлі» (від 25.12.2015 року) [6]. Зокрема відповідно до ст. 52 ЗУ «Про захист економічної конкуренції» [1], вчинення антиконкурентних узгоджених дій тягне за собою відповідальність для винних суб'єктів у вигляді штрафу у розмірі до десяти відсотків доходу (виручки) суб'єкта господарювання від реалізації продукції (товарів, робіт, послуг) за останній звітний рік, який передував року, в якому накладається штраф [1]. Доцільно зазначити, що ефективність даної міри покарання для суб'єктів, винних у спотворенні результатів торгів, тендерів, аукціонів є сумнівною з огляду на розповсюдженість правопорушення.

У разі підозри щодо наявності змови між учасниками публічних закупівель, яка може спричинити спотворення результатів торгів, тендерів, аукціонів, відповідні суб'єкти можуть звернутися зі скаргою до Антимонопольного комітету України, уповноваженого накладати стягнення на осіб, винних у порушенні конкурентного законодавства.

Варто додати, що згідно з положеннями ч. 4 ст. 17 ЗУ «Про публічні закупівлі», вчинення антиконкурентних узгоджених дій, проявом яких є спотворення результатів тендерів суб'єктом господарювання (учасником), що притягувався до відповідальності за дане правопорушення протягом останніх трьох років є підставою для прийняття замовником рішення про відмову в участі у процедурі закупівлі, з подальшим обов'язковим відхиленням тендерної пропозиції або ж відмови в участі у переговорній процедурі закупівлі [4]. Значення такого обмеження полягає у тому, що законодавець намагається додатково захистити конкурентне середовище та справити виховний вплив на порушника, для того, аби уникнути у майбутньому повторення правопорушення.

Питання протидії та попередження даного різновиду антиконкурентних узгоджених дій в умовах сьогодення залишається невирішеним, про що свідчить кількість справ, які перебувають на розгляді Антимонопольного комітету України. Згідно зі Зведеними відомостями на офіційному веб-порталі АМКУ, у період з 2020 року по 2023 рік, було розглянуто більше 1000 скарг щодо спотворення результатів торгів. Надалі його рішення нерідко оскаржуються до суду на підставі положень ст. 59 ЗУ «Про захист економічної конкуренції», яка закріплює підстави для зміни, скасування чи визнання недійсними рішень органів Антимонопольного комітету України [1].

Значна кількість випадків спотворення результатів торгів, тендерів, аукціонів пов'язана з системними недосконаlostями законодавчого регулювання боротьби з антиконкурентними узгодженими діями у сфері публічних закупівель, незначним розміром відповідальності суб'єктів правопорушення. З метою подолання окресленої вище проблеми доцільно вжити наступних заходів:

1) розробити та прийняти Конкуренційний процедурний (процесуальний) кодекс, який би міг детально врегулювати процедуру розгляду скарг АМКУ щодо спотворення результатів торгів, тендерів, аукціонів, закріплюючи принципи (засади) розгляду даної категорії справ, гарантії для суб'єктів, дії яких оскаржуються [4, с. 73], посиливши контроль з боку держави, запровадивши чіткі механізми виявлення та розслідування правопорушень, доказування факту їх вчинення та порядку притягнення до відповідальності [4, с. 74].

Слід зазначити, що кожна справа за участю органів АМКУ характеризується певними особливостями та специфікою, є індивідуальною, на чому також було наголошено у постанові Верховного Суду у складі Касаційного господарського суду від 28 січня 2020 року у справі № 910/6507/19 [5]. Тому необхідним є прийняття у майбутньому нормативного акта спрямованого на регламентацію процесу розгляду аналізованих правопорушень;

2) запровадити кримінальну відповідальність за спотворення результатів торгів, тендерів, аукціонів, доповнивши Кримінальний кодекс України новою статтею під назвою «спотворення результатів торгів, тендерів, аукціонів», застосовної щодо правопорушень, які завдали значної шкоди;

3) розробити методичку обчислення штрафу, що має ґрунтуватися на диференційованому підході та встановлювати розмір штрафу для кожного порушника індивідуально, з урахуванням ступеня шкоди, завданого економіці та конкретному суб'єкту [4, с. 74]. Також можливим варіантом є підвищення розміру штрафу саме для цього різновиду правопорушень.

Необхідно зазначити, що існує так званий «чорний список» Антимонопольного комітету України, до якого потрапляють учасники публічних закупівель – суб'єкти господарювання, дані про яких містяться у Зведених відомостях на офіційному веб-сайті Комітету. В умовах сьогодення в Україні немає офіційного реєстру порушників, проте вже відбулася інтеграція системи «Prozorro» зі Зведеними відомостями АМКУ, у результаті чого інформація про факт вчинення суб'єктом відповідних порушень у минулому відображається у протоколі розгляду тендерних пропозицій [7], що є важливим кроком у подоланні пробле-

ми поширеності спотворення результатів торгів, тендерів, аукціонів.

Висновки. Підсумовуючи вищевикладене, необхідно зазначити, що серед найпоширеніших правопорушень у сфері економічної конкуренції чільне місце посідають антиконкурентні узгоджені дії учасників публічних закупівель у формі спотворення результатів торгів, тендерів, аукціонів, про що свідчить практика розгляду відповідних скарг органами Антимонопольного комітету України.

Зазначене правопорушення характеризується значною кількістю типових способів (схем) його вчинення, а також відповідним складом, що включає в себе чотири елементи – об'єкт й об'єктивну сторону, суб'єкт і суб'єктивну сторону, у змісті яких розкриваються особливості конкретного порушення.

Виявити факт змови суб'єктів господарювання учасників публічних закупівель можливо, якщо проаналізувати їх поведінку та виявити у ній подібні риси, однак такі, що не можуть вважатися збігом обставин у ситуації, що склалася: наприклад, вживання однакової термінології у документації, однакових помилок, участь афілійованих осіб, схожість або навпаки велика розбіжність у цінових пропозиціях учасників.

Поширеність цієї категорії правопорушень обумовлена наявними законодавчими прогалинами у нормативному регулюванні. У зв'язку з цим, для попередження та ефективної протидії окресленому виду порушень у сфері публічних закупівель доцільно опрацювати питання відповідальності суб'єктів, винних у спотворенні результатів торгів, тендерів, аукціонів, збільшивши розмір штрафних санкцій щодо винних суб'єктів, шляхом введення кримінальної відповідальності за таке спотворення залежно від повторності правопорушень, завданої шкоди, прийняти нормативний акт, спрямований на врегулювання процесуальної сторони розслідування АМКУ скарг на антиконкурентну узгоджену поведінку, зокрема у формі спотворення результатів торгів, тендерів, аукціонів.

СПИСОК ВИКОРИСТАНОЇ ДЖЕРЕЛ:

1. Про захист економічної конкуренції: Закон України від 11 січня 2001 року № 2210-III. *Відомості Верховної Ради*. 2001. № 12. Ст. 64. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/2210-14#n52> (дата звернення: 06.11.2023).
2. Швидка Т.І. Публічні закупівлі в системі господарсько-правових відносин. *Аналітично-порівняльне правознавство*. № 4. 2023. С. 214-219. URL: <http://journal-app.uzhnu.edu.ua/article/view/287238/281152>.
3. Клименко О., Настенко Г. Питання виявлення антиконкурентних узгоджених дій та

- корупційних злочинів у сфері державних закупівель. *Науковий часопис Національної академії прокуратури України*. № 3. 2015. С. 43-50. URL: <http://www.chasopysnaru.gov.ua/ua/pdf/7-2015/klimenko.pdf>.
4. Швидка Т. Визначення складу антиконкурентних узгоджених дій у формі спотворення результатів тендерів як виду конкурентних правопорушень. *Підприємництво, господарство і право*. № 7. 2018. С. 70-74. URL: <http://pgp-journal.kiev.ua/archive/2018/7/12.pdf>.
 5. Постанова Верховного Суду у складі Касаційного господарського суду від 28 січня 2020 року у справі № 910/6507/19. URL: <https://reyestr.court.gov.ua/Review/87214541> (дата звернення: 07.11.2023).
 6. Про публічні закупівлі: Закон України від 25 грудня 2015 року № 922-VIII. *Відомості Верховної Ради*. 2016. № 9. Ст. 98. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/922-19> (дата звернення: 08.11.2023).
 7. «Чорний список» АМКУ інтегрували у систему «Prozorro». E-tender : веб-сайт. URL: <https://e-tender.ua/news/chornij-spisok-amku-integruvali-u-sistemu-prozorro-679>.