
РОЗДІЛ IV. ГОСПОДАРСЬКЕ ПРАВО; ГОСПОДАРСЬКО-ПРОЦЕСУАЛЬНЕ ПРАВО

УДК 346.546

DOI <https://doi.org/10.24144/2788-6018.2025.04.1.66>

АНТИКОНКУРЕНТНІ УЗГОДЖЕНІ ДІЇ У ФОРМІ СПОТВОРЕННЯ РЕЗУЛЬТАТІВ ТЕНДЕРІВ, Т ОРГІВ, АУКЦІОНІВ, КОНКУРСІВ: ПРОБЛЕМИ ДОКАЗУВАННЯ

Єфімов О.М.,

*кандидат юридичних наук, доцент,
доцент кафедри приватного права,
Київський національний економічний університет
імені Вадима Гетьмана,
Юридичний інститут
ORCID: 0000-0003-1751-4780
e-mail: oleksandr.yefimov@yefimov-partners.com*

Білоусова Н.О.,

*кандидат юридичних наук, доцент,
доцент кафедри приватного права,
Київський національний економічний університет
імені Вадима Гетьмана,
Юридичний інститут
старший науковий співробітник
Науково-дослідного інституту інтелектуальної власності
Національної академії правових наук України,
ORCID: 0000-0003-4134-0856
e-mail: bilousova.nina@kneu.edu.ua*

Брошко Н.І.,

*аспірант,
Київський національний економічний університет
імені Вадима Гетьмана,
Юридичний інститут
ORCID: 0009-0006-8798-5974
e-mail: natalia.brozhko@yefimov-partners.com*

Єфімов О.М., Білоусова Н.О., Брошко Н.І. Антиконтентні узгоджені дії у формі спотворення результатів тендерів, торгів, аукціонів, конкурсів: проблеми доказування.

У статті досліджено ознаки антиконкурентних узгоджених дій у формі спотворення результатів торгів, аукціонів, конкурсів, тендерів (далі – торги).

Взято до уваги, що науковці до особливих характеристик антиконкурентних узгоджених дій відносять те, що вони завжди вчиняються групою осіб, мають повторюваність, можуть мати як національний, так і міжнародний масштаб та становлять небезпеку для функціонування ринкової економіки загалом та існування вільної конкуренції зокрема.

У межах дослідження систематизовано перелік ознак та обставин, які, на думку Антимонопольного комітету України та його органів (далі – АМКУ), можуть свідчити про наявність певних домовленостей між учасниками торгів та координації дій між ними.

Серед таких – регулярне надання поворотної фінансової допомоги; активні господарські операції; спільне користування офісними та складськими приміщеннями; використання одних і тих самих IP-адреси для участі в торгах, подання податкової звітності, входу в системи інтернет-бан-

кінгу, а також спільне програмне забезпечення при створенні тендерної документації; спільні працівники; одночасне подання тендерних пропозицій; звернення за банківськими гарантіями в один день; схожість технічних параметрів електронних документів, а також телефонна комунікація між керівниками учасників торгів.

В той же час, ці ознаки та обставини визначаються в межах реалізації одного із завдань АМКУ – участь у формуванні та реалізації конкурентної політики в частині контролю за узгодженими діями суб'єктів господарювання.

Очевидно, що обставини, встановлені АМКУ на підставі доказів, у випадку оскарження рішення АМКУ мають бути досліджені та оцінені судом з врахуванням загальної теорії доказів та доказування.

Тому особливу увагу приділено інституту доказування у цій категорії справ. Адже в переважній кількості випадків докази таких обставин є непрямими. А висновки про наявність ознак антиконкурентних узгоджених дій формуються за наявності сумнівів щодо такого факту, припущень та ймовірностей. Що є неприпустимим.

Тож, для того, щоб довести певний факт, сукупність непрямих доказів має бути такою, щоб нівелювати будь-які сумніви, будь-які припущення, будь-яку ймовірність.

Ключові слова: антиконкурентні узгоджені дії, публічні закупівлі, суб'єкти господарювання, економічна конкуренція, цифрові докази.

Yefimov O.M., Bilousova N.O., Brozhko N.I. Anti-competitive actions in the form of correction of the results of tender, bids, auctions, competitions: problems of proof.

The article examines signs of anti-competitive concerted actions in the form of distortion of the results of tenders, auctions, competitions, and bids (hereinafter referred to as tenders).

It is taken into account that scientists attribute to the special characteristics of anti-competitive concerted actions the fact that they are always committed by a group of persons, are repetitive, can have both a national and international scale, and pose a danger to the functioning of the market economy in general and the existence of free competition in particular.

The study systematizes a list of signs and circumstances which, in the opinion of the Antimonopoly Committee of Ukraine and its bodies (hereinafter referred to as the AMCU), may indicate the existence of certain agreements between participants in tenders and coordination of actions between them.

These include regular provision of repayable financial assistance; active business transactions; joint use of office and warehouse premises; use of the same IP addresses to participate in tenders, submit tax reports, log into online banking systems, and use shared software to prepare tender documentation; shared employees; simultaneous submission of tender proposals; applying for bank guarantees on the same day; similarity of technical parameters of electronic documents, as well as telephone communication between the managers of tender participants.

At the same time, these signs and circumstances are determined within the framework of one of the AMCU's tasks – participation in the formation and implementation of competition policy in terms of control over concerted actions of economic entities.

It is obvious that the circumstances established by the AMCU on the basis of evidence, in the event of an appeal against the AMCU's decision, must be investigated and assessed by the court, taking into account the general theory of evidence and proof.

Therefore, special attention is paid to the institution of evidence in this category of cases. After all, in the vast majority of cases, evidence of such circumstances is indirect. And conclusions about the presence of signs of anti-competitive concerted actions are formed in the presence of doubts about such a fact, assumptions, and probabilities. Which is unacceptable.

Therefore, in order to prove a certain fact, the body of circumstantial evidence must be such as to eliminate any doubts, any assumptions, any probabilities.

Key words: anti-competitive concerted actions, public procurement, business entities, economic competition, digital evidence.

Постановка проблеми. Досить поширеними наразі є випадки притягнення АМКУ до відповідальності учасників торгів за антиконкурентні узгоджені дії у формі спотворення результатів торгів. Проте обставини та докази, на підставі яких АМКУ ухвалює відповідне рішення, беруться до уваги без врахування та дотримання принципів доказування.

Мета дослідження: виявлення сутності та значення непрямих доказів в межах розслідування АМКУ щодо спотворення результатів торгів та під час оскарження рішень АМКУ в господарських судах. Дослідження спрямоване на з'ясування, чи виявлені факти і непрямі докази є достатніми для правової кваліфікації порушення законодавства про захист економічної конкуренції.

Стан опрацювання проблематики. Проблематика антиконкурентних узгоджених дій під час торгів перебуває на стадії активного дослідження, проте питання оцінки доказів та сукупності непрямих ознак усе ще залишаються дискусійними.

Цим питанням частково присвячено роботи таких вчених як Ю.В. Журик, С.Л. Оленюк, Т.І. Швидка, І.Ф. Коломієць тощо.

Виклад основного матеріалу. Згідно зі ст. 5 Закону України «Про захист економічної конкуренції» (далі – Закон), узгодженими діями є укладення суб'єктами господарювання угод у будь-якій формі, прийняття об'єднаннями рішень у будь-якій формі, а також будь-яка інша погоджена конкурентна поведінка (діяльність, бездіяльність) суб'єктів господарювання тощо.

Слід акцентувати увагу на такому критерії узгоджених дій як погоджена конкурентна поведінка. Тобто для доведення тієї обставини, що дії були узгодженими має бути доведено саме погодження конкурентної поведінки.

Особи, які чинять або мають намір чинити узгоджені дії, є учасниками узгоджених дій.

Стаття 6 Закону визначає, зокрема, що антиконкурентними узгодженими діями є узгоджені дії, які призвели чи можуть призвести до недопущення, усунення чи обмеження конкуренції. Отже, *сам факт погодження конкурентної поведінки не може свідчити про наявність узгоджених дій, якщо це не призвело чи не може призвести до недопущення, усунення чи обмеження конкуренції.* До прикладу, якщо на ринку два суб'єкти, які займають незначну частку ринку погоджують взаємну поведінку, а інші суб'єкти, які разом займають превалюючу частку ринку на таку погоджену поведінку жодним чином не реагують, то в такому разі відсутні підстави стверджувати про наявність антиконкурентних узгоджених дій. Антиконкурентними узгодженими діями, зокрема, визнаються узгоджені дії, які стосуються спотворення результатів торгів, аукціонів, конкурсів, тендерів. Знову ж таки, за відсутності спотворення результату торгів не можна стверджувати й про наявність антиконкурентних узгоджених дій.

Відповідно до ст. 35 Закону розгляд справ про порушення законодавства про захист економічної конкуренції починається з прийняття розпорядження про початок розгляду справи та закінчується прийняттям рішення у справі.

При цьому, відповідно до ст. 41 Закону доказами у справі можуть бути будь-які фактичні дані, які дають можливість встановити наявність або відсутність порушення. Ці дані встановлюються такими засобами: поясненнями сторін і третіх осіб, поясненнями службових осіб та громадян, письмовими доказами, речовими доказами і висновками експертів.

Така суттєва увага цього Закону та інших підзаконних актів до процедури отримання та оформлення доказів, свідчить про їх значимість у процедурі доведення факту узгодженості дій, які призвели чи можуть привести до спотворення результату торгів.

Чинна редакція статті 59 Закону визначає, що підставами для зміни, скасування чи визнання недійсними рішень органів Антимонопольного комітету України є: неповне з'ясування обставин, які мають значення для справи; недоведення обставин, які мають значення для справи і які визнано встановленими; невідповідність висновків, викладених у рішенні, обставинам справи; заборона концентрації, узгоджених дій відповідно до Закону України «Про санкції»; порушення або неправильне застосування норм матеріального чи процесуального права.

Отже, неповне з'ясування обставин АМКУ, як і недоведення обставин, які мають значення для справи і які визнано встановленими; невідповідність висновків, викладених у рішенні, обставинам справи нерозривно пов'язані із теорією доказів та доказування та процедурою їх отримання. Обставини, встановлені АМКУ на підставі доказів, у випадку оскарження рішення АМКУ мають бути досліджені та оцінені судом з врахуванням загальної теорії доказів та доказування.

Тугарова О.К. наголошувала на тому, що поняття «доказ» є одним із центральних і в юриспруденції, адже «навіть чи знайдеться ще якась галузь людської діяльності, де пізнання і доведення істини мали би настільки гостре за емоційною напругою сприйняття і настільки величезне за своїми соціальними наслідками значення, як це відбувається під час здійснення правосуддя» [2].

Відоме англійське прислів'я говорить: «Із ста кроликів ніколи не складеться кінь, а зі ста підозр ніколи не складеться доказ». У Рішенні Конституційного Суду України від 30 січня 2003 року № 3-рп/2003 зазначено: «Переконання слідчого і прокурора у вчиненні особою злочину не означає доведення її винуватості...».

Залежно від способу проведення або демонстрації доказу в логіці розрізняють докази прямі й непрямі. У прямому доказі істинність (хибність) тези безпосередньо впливає з істинних аргументів, без звернення до конкуруючих із тезою припущень; побудова непрямого доказу ґрунтується на відносинах суперечливих суджень, які виключають одне одного. Прямий доказ свідчить про категоричність відповідного твердження, у той час як непрямий – про ймовірність [2].

Тому і на практиці відправка конкурсної документації з однієї IP-адреси не свідчить, а лише може свідчити про узгодженість дій. І це в той час, як узгодженість дій може мати місце і в тому випадку, коли конкурсна документація відправлена з різних IP-адрес.

Звернемось до кримінального процесу. Складовими елементами принципу всебічного, повного і об'єктивного дослідження обставин справи у кримінальному процесі є основні принципи доказового права, до числа яких можна віднести такий: *висновки у справі мають ґрунтуватися на беззаперечно встановлених фактах* [3].

Інші науковці доповнюють, що прямі докази своїм змістом підтверджують або спростовують факт вчинення злочину конкретною особою, а непрямі докази дозволяють зробити тільки припущення про можливу причетність певної особи до вчинення злочину і безпосередньо встановлюють деякі доказові (проміжні) факти. І тільки на підставі певної сукупності непрямих доказів із додержанням певних умов можна буде зробити висновок про винність особи у вчиненні злочину. Проте така сукупність не повинна бути лише певної математичною, коли певна кількість (цифра) непрямих доказів перетворюється в абсолютну доведеність певного факту. *Сукупність непрямих доказів для доведення певного факту має бути такою, щоб виключити будь-які сумніви щодо такого факту, будь-які припущення, будь-яку ймовірність*. Саме по собі твердження про те, що сукупність тих чи інших фактів, кожен з яких свідчить про можливість, не перетворює таку сукупність у категоричність [4].

Старушкевич А. доходить висновку про те, що не поступаючись своїм значенням і силою прямим доказам, *непрямі докази потребують від слідчого високої якості слідчої роботи. Зауважуючи водночас, що правильно зібрані непрямі докази і їх цілкова доброякісність не завжди гарантують правильне вирішення справи по суті* [5].

Конструктивною є думка М. Є. Євгенєва, відповідно до якої зібрані непрямі докази мають бути настільки доброякісними й дослідженими з такою повнотою та ясністю, щоб за ними можна було дійти лише одного висновку [6].

Загальна теорія доказів лежить не лише в основі кримінальних проваджень, а й цивільних, господарських, адміністративних. З наведених вище нормативних норм вбачається, що вона лежить і в основі діяльності АМКУ, хоча би тому, що зібрані АМКУ докази можуть бути предметом дослідження та оцінки в суді, а суд керуватиметься у своїй процесуальній діяльності вже загальною «не пом'якшеною» теорією доказів та доказування.

Доказову базу доведення антиконкурентних узгоджених дій умовно можна поділити на:

- 1) прямі докази: – угоди, протоколи та ін.; безпосередня інформація від учасника змови;
- 2) непрямі докази, а саме дані, що свідчать про підозрілу поведінку суб'єктів господарювання, яка є несумісною з даними аналізу ситуації на ринку товару [7].

АМКУ доходить часто висновку про наявність антиконкурентних узгоджених дій підставі таких обставин: надання фінансової допомоги, господарські відносини, спільні працівники, сплата коштів майданчику, використання одних IP-адрес, спільне використання приміщень, комунікація між учасниками, синхронність дій, спільні характеристики файлів.

За наявності цих умов, з урахуванням перелічених досліджень науковців та згаданих раніше правових норм, не завжди можна категорично стверджувати, що встановлені АМКУ обставини зв'язку між деякими учасниками конкурсних процедур свідчать про узгодженість дій між ними. Особливо, за відсутності прямих доказів. Вказані обставини не можуть свідчити про погоджену конкурентну поведінку. Вони її не виключають. Але й без таких обставин погоджена конкурентна поведінка не є виключною.

У своїй сукупності непрямі докази часто становлять ймовірність, але не категоричність висновку про погоджену конкурентну поведінку, а отже й про наявність узгоджених дій. На практиці часом зібрані АМКУ непрямі докази та зроблені висновки вказують на те, що АМКУ не були перевірені та відкинуті всі можливі версії щодо осіб, які могли узгоджувати свої дії під час участі в торгах тощо.

Кінцевим результатом публічних закупівель є ефективне визначення постачальника, котрий повною мірою відповідає кваліфікаційним критеріям конкурсу й установив найнижчу ціну своєї продукції, робіт або послуг [7].

Але, на наше переконання, наявність інших учасників торгів спростовує можливість спотворення результату торгів за наявності узгоджених дій між двома учасниками без залучення до такої узгодженості інших 4-х чи 5-ти учасників, поведінка яких визначається ними самими. Тому коли ймовірні учасники змови не уклали договір із замовником, а переможцем визнано третю особу, то перші не отримали переваг над іншими учасниками, не перешкоджали переможцю торгів чи іншої конкурсної процедури. Тож, в будь-якому випадку, не можна говорити про можливість спотворення результатів торгів, коли ймовірна кількість учасників «змови» є значно меншою за сукупну кількість учасників.

Тому і маємо ситуацію, коли певна сукупність непрямих доказів не може формувати висновок бодай про можливість впливу на змагання між суб'єктами господарювання з метою здобуття завдяки власним досягненням переваг над іншими суб'єктами господарювання.

Висновок. Наявність в учасників торгів спільних працівників, поворотна фінансова допомога, використання одних IP-адрес (яке можливе навіть у всіх орендарів одного бізнес-центру), «сусідство» за фактичними адресами, контакти між учасниками, синхронність дій (мова не про інтервал у кілька хвилин, а цілий день; при цьому час на подання тендерних пропозицій досить обмежений); спільні характеристики файлів (а саме одного файлу, в умовах вільного доступу до шаблонів документів в мережі Інтернет та обмеженої кількості програмних забезпечень зі стандартними налаштуваннями) не можуть категорично стверджувати про узгодженість дій учасників саме в рамках тих чи інших торгів. Для категоричного ствердження необхідною є така кількість непрямих доказів, яка безумовно та безальтернативно підтверджує узгодженість дій учасників торгів.

СПИСОК ВИКОРИСТАНИХ ДЖЕРЕЛ:

1. Закон України «Про захист економічної конкуренції» від 11.01.2001 № 2210-III. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/2210-14#Text> (дата звернення: 18.06.2025).
2. Тугарова О.К. Логічна природа непрямих доказів у кримінальному процесі. URL: <https://www.legalposition.umsf.in.ua/archive/2018/1/16.pdf>.
3. Теорія доказів: підручник для слухачів магістратури юридичних вузів / Антонов К.В., Сачко О.В., Тертишник В.М., Уваров В.Г./ За заг. ред. д.ю.н, професора В.М. Тертишника. К.: Алерта, 2015.
4. Кримінальний процес: навч. посібник / Ю.П. Алєнін, Л.І. Аркуша [та ін.]; НУ «Одеська юридична академія». Одеса: Фенікс, 2020. 582 с. URL: https://library.megu.edu.ua:9443/jspui/bitstream/123456789/2868/1/2020%20%D0%9A%D1%80%D0%B8%D0%BC%D1%96%D0%BD%D0%B0%D0%BB%D1%8C%D0%BD%D0%B8%D0%B9_%D0%BF%D1%80%D0%BE%D1%86%D0%B5%D1%81_%D0%BF%D0%BE%D1%81%D1%96%D0%B1%D0%BD%D0%B8%D0%BA_2020_1.pdf.
5. Старушкевич А. Розслідування справи за непрямыми доказами: метод М.Є. Євгенєва. URL: <https://scispace.com/pdf/case-investigation-based-on-indirect-evidence-the-method-by-2axhtyjjmz.pdf>.
6. Коломієць І.Ф., Оленюк С.Л.. Антиконтентні узгоджені дії: економічна складова доведення. URL: <http://dspace.nbuv.gov.ua/bitstream/handle/123456789/12300/04-Kolomiets.pdf?sequence=1>.
7. Швидка Т.І. Економічна конкуренція: сучасний стан законодавчого забезпечення та перспективи його модернізації : монографія. Харків: Право, 2020. 376 с. URL: https://www.fpk.in.ua/images/biblioteka/2FMB_Pravo/Konkurentne-pravoShvidka_2020.pdf.