20.07.2017 Провадження № 1-кп/331/393/2017

Єдиний унікальний номер 335/11704/16-к

У Х В А Л А

підготовчого судового засідання

20 липня 2017 року місто Запоріжжя

Колегія суддів Жовтневого районного суду міста Запоріжжя у складі:

головуючого судді Стратій Є.В.

суддів Скользнєвої Н.Г., Антоненка М.В.

при секретарі Качан К.К.

за участі прокурора Лєскіна М.С.

захисника ОСОБА_1

обвинуваченого ОСОБА_2

розглянувши у підготовчому судовому засіданні в залі суду в місті Запоріжжі обвинувальний акт у кримінальному провадженні, внесеному до Єдиного реєстру досудових розслідувань за № 42014080060000006 від 12.06.2014 року, у відношенні ОСОБА_2 за ознаками кримінального правопорушення, передбаченого ч. 2 ст. 364 КК України,-

встановила:

06 липня 2017 року до Жовтневого районного суду міста Запоріжжя за визначеною ухвалою колегії суддів судової палати з розгляду кримінальних справ апеляційного суду Запорізької області від 20 червня підсудністю надійшов обвинувальний акт у кримінальному провадженні за обвинуваченням ОСОБА_2 у скоєнні кримінального правопорушення, передбаченого ч. 2 ст. 364 КК України.

Згідно тексту обвинувального акту розпорядженням Запорізького міського голови № 641к від 08.06.2012 року ОСОБА_2 призначено на посаду начальника Комунального підприємства «Управління капітального будівництва» Запорізької міської ради з 17.07.2012 року по 16.07.2015 року, уклавши з ним контракт.

Відповідно до контракту з начальником КП «Управління капітального будівництва» ОСОБА_2, на останнього покладено обовязок безпосередньо і через сформований апарат здійснювати поточне управління підприємством, забезпечувати його прибуткову діяльність, ефективне використання і збереження майна підприємства.

Також відповідно до цього контракту керівник підприємства має право: укладати договори; розпоряджатися коштами підприємства; накладати на працівників підприємства стягнення; у межах компетенції видавати накази та інші розпорядчі акти, обовязкові для всіх підрозділів і працівників підприємства.

Таким чином ОСОБА_2, у відповідності до Примітки 1 до статті 364 КК України, є особою, яка постійно обіймає в органі місцевого самоврядування посаду, повязану з виконанням організаційно-розпорядчих та адміністративно-господарських функцій, і є службовою особою.

У визначеному Законом України «Про здійснення державних закупівель» порядку комітетом з конкурсних торгів Управління **в 2012 році проведено процедуру закупівлі «відкриті торги» по обєкту «ОСОБА_3 спорту «Юність» в м. Запоріжжя.**

За результатами процедури закупівлі КП «Управління капітального будівництва» Запорізької міської ради укладено договір № 33/12 від 24.10.2012 року із ТОВ «Буд-Енерго-Стандарт» (далі Договір).

Згідно п. 1.1 зазначеного Договору замовник доручає, а підрядник забезпечує відповідно до проектної документації та умов договору виконати будівельно-монтажні та пусконалагоджувальні роботи, а також постачання необхідного обладнання та устаткування, відповідно до специфікації, по обєкту «ОСОБА_3 спорту «Юність» у м. Запоріжжі.

Відповідно до п. 3.1 Договору договірна ціна є твердою та визначається відповідно до вимог нормативних документів у сфері ціноутворення у будівництві, зокрема ДБН Д.1-1-2000, на основі проектно-кошторисної документації, що є невідємною частиною договору та складає **93622403,88 гривень**. З них вартість обладнання складає **34683848,28 гривень**.

Відповідно до розділу XV «Додатки до договору» невідємною частиною договору є специфікація на обладнання, що постачає підрядник.

У специфікації, яка є додатком № 3 до Договору, зазначено найменування обладнання, одиниця виміру, кількість та ціна обладнання, що постачається на обєкт. У тому числі: **«Сухі орошувальні охолоджувачі» вартістю 512500 гривень; «Припливно-витяжна установка ТП-ZCN» вартістю 387429,16 гривень; «Блок осушення повітря» вартістю 384000 гривень.**

Відповідно до п. 3.3.3.1 ДБН Д.1-1-2000 тверді договірні ціни встановлюються не змінними на весь обсяг будівництва та не уточнюються.

Відповідно до ст. 189 Господарського кодексу України, ціна є істотною умовою господарського договору.

Згідно з п. 5 загальних умов укладання та виконання договорів підряду в капітальному будівництві, затверджених Постановою Кабінету міністрів України № 668 від 01.08.2005 року істотними умовами договору підряду є договірна ціна. Відповідно до ст. 3 Закону України «Про здійснення державних закупівель» принципами здійснення закупівель, зокрема, є максимальна економія та ефективність, запобігання корупційним діям і зловживанням.

Згідно ч. 5 ст. 40 вказаного Закону, умови договору про закупівлю не повинні відрізнятися від змісту пропозиції конкурсних торгів або цінової пропозиції (у тому числі ціни за одиницю товару) переможця процедури закупівлі. Істотні умови договору про закупівлю не можуть змінюватися після його підписання до виконання зобовязань сторонами в повному обсязі.

Проте, начальник КП «Управління капітального будівництва» ОСОБА_2, будучи особою, яка постійно обіймає на комунальному підприємстві посаду, повязану з виконанням організаційно-розпорядчих та адміністративно-господарських функцій, і є службовою особою, будучи відповідальним за розпорядження коштами комунального підприємства, 16.05.2013 року, знаходячись у приміщенні КП «Управління капітального будівництва», яке розташоване за адресою: м. Запоріжжя, пр. Соборний, буд. № 60-Б, в порушення ч. 5 ст. 40 Закону «Про здійснення державних закупівель», діючи з прямим умислом, спрямованим на зловживання службовим становищем, всупереч інтересам служби, діючи в інтересах ТОВ «Буд-Енерго-Стандарт», уклав **додаткову угоду № 2**, якою вніс зміни в п. 3.1 договору № 33/12 від 24.10.2012 року, виклавши його в наступній редакції: « договірна ціна є динамічною та визначається

відповідно до вимог нормативних документів у сфері ціноутворення у будівництві», що, відповідно до п. 3.3.3.3 ДБН Д.1-1-2000, дає змогу уточнювати ціни протягом всього строку будівництва.

В подальшому начальник КП «Управління капітального будівництва» ОСОБА_2, будучи особою, яка постійно обіймає на комунальному підприємстві посаду, повязану з виконанням організаційно-розпорядчих та адміністративно-господарських функцій, і є службовою особою, будучи відповідальним за розпорядження коштами комунального підприємства, 12.12.2013 року, знаходячись у приміщенні КП «Управління капітального будівництва», яке розташоване за адресою: м. Запоріжжя, пр. Соборний, буд. № 60-Б, в порушення ст. 3 та ч. 5 ст. 40 Закону «Про здійснення державних закупівель», діючи з прямим умислом, спрямованим на зловживання службовим становищем, всупереч інтересам служби, діючи в інтересах ТОВ «Буд-Енерго-Стандарт», підписав із директором зазначеного товариства **додаткову угоду № 4** від 12.12.2013 року, якою внесено зміни до розділу XV «Додатки до договору» та викладено його в наступній редакції: «невідємною частиною договору є специфікація на обладнання, що постачає підрядник» (додаток № 3/2 від 12.12.2013 року).

Вказаною специфікацією (додаток № 3/2 від 12.12.2013 року) уточнено назви та змінено ціни на окремі одиниці обладнання. Зокрема, «Сухі орошувальні охолоджувачі» вартістю 512500 гривень змінено на **«охолоджувач гілкою Refrson» вартістю 833708,83**; «Припливно-витяжна установка ТП-ZCN» вартістю 387429,16 гривень змінено на **«Кліматична припливно-витяжна установка зони льодового поля зовнішнього виконання з калорифером та повітря охолоджувачем» вартістю 1076973,33 гривень**; «Блок осушення повітря» вартістю 384000 гривень змінено на **«Блок осушення повітря» вартістю 848420,83 гривень.**

В подальшому, 27.12.2013 року КП «Управління капітального будівництва» підписано із ТОВ «Буд-Енерго-Стандарт» акт приймання-передачі устаткування та видаткову накладну № БУ-221, відповідно до **яких КП «Управління капітального будівництва» одержано від ТОВ «Буд-Енерго-Стандарт»** «охолоджувач гілкою Refrson» **2 шт. вартістю 833708,83 кожна**, без ПДВ; «Кліматична припливно-витяжна установка зони льодового поля зовнішнього виконання з калорифером та повітря охолоджувачем» 1 шт. вартістю 1076973,33 гривень, без ПДВ; «Блок осушення повітря» вартістю 848420,83 гривень, без ПДВ. В подальшому КП «Управління капітального будівництва» здійснено оплату вказаного обладнання.

Згідно висновку судово-економічної експертизи № 82\11.2 від 25.08.2016 року ціни на обладнання, які змінено додатковою угодою № 4 від 12.12.2013 року та які КП «Управління капітального будівництва» прийнято по видатковій накладній № БУ-221 від 27.12.2013 року, **збільшено на 2155659,19** гривень та сплачено на розрахунковий рахунок ТОВ «Буд-Енерго-Стандарт».

Таким чином, начальник КП «Управління капітального будівництва» ОСОБА_2, будучі особою, яка постійно обіймає на комунальному підприємстві посаду, повязану з виконанням організаційно-розпорядчих та адміністративно-господарських функцій, і є службовою особою, будучи відповідальним за розпорядження коштами комунального підприємства, в порушення ст. 3 та ч. 5 ст. 40 Закону України Про здійснення державних закупівель», діючи з прямим умислом, спрямованим на зловживання службовим становищем, всупереч інтересам служби, діючи в інтересах ТОВ «Буд-Енерго-Стандарт», підписав додаткові угоди № 2 від 16.05.2013 року та № 4 від 12.12.2013 року до договору № 33/12 від 24.10.2012 року, чим змінено істотні умови договору, а саме ціни на обладнання, яке, відповідно до специфікації, має поставити ТОВ «Буд-Енерго-Стандарт», чим спричинено збитки у розмірі 2155659,19 гривень, що у двісті пятдесят і більше разів перевищує неоподатковуваний мінімум доходів громадян і що є тяжкими наслідками.

Кримінальне провадження підсудне Жовтневому районному суду м. Запоріжжя.

В підготовчому судовому засіданні захисником обвинуваченого адвокатом ОСОБА_1 заявлено клопотання про повернення обвинувального акта прокурору, оскільки в тексті обвинувального акту невірно зазначено адресу вчинення правопорушення. Адвокат вказав на те, що вірною адресою КП «Управління капітального будівництва» є: м. Запоріжжя, вул. Незалежної України, буд. № 60-Б.

Обвинувачений підтримав клопотання захисника, просив повернути обвинувальний акт прокурору.

Прокурор вважає, що обвинувальний акт відповідає вимогам КПК України, підстави для закриття або зупинення провадження у справі відсутні і наявні всі підстави для призначення судового розгляду. При цьому визнав, що в тексті обвинувального акту дійсно допущено технічну помилку, а саме - невірно зазначено адресу, за якою вчинено правопорушення.

Вислухавши думку учасників процесу, дослідивши матеріали кримінального провадження, колегія суддів дійшла висновку, що обвинувальний акт підлягає поверненню прокуророві з наступних підстав.

Згідно п. 3 ч. 3 ст. 314 КПК України у підготовчому судовому засіданні суд має право прийняти рішення про повернення обвинувального акту прокурору, якщо він не відповідає вимогам КПК України.

Згідно ч. 1 ст. 9 КПК України під час кримінального провадження суд, слідчий суддя, прокурор, керівник органу досудового розслідування, слідчий, інші службові особи органів державної влади зобов'язані неухильно додержуватися вимог Конституції України, цього Кодексу, міжнародних договорів, згода на обов'язковість яких надана Верховною Радою України, вимог інших актів законодавства.

Відповідно до положень ч. 5 ст. 216 КПК України детективи Національного антикорупційного бюро України здійснюють досудове розслідування злочинів, передбачених ст. 364 КК України, якщо розмір предмета злочину або завданої ним шкоди в пятсот і більше разів перевищує розмір прожиткового мінімуму для працездатних осіб, встановленої законом на час вчинення злочину.

Так, в обвинувальному акті зазначено, що начальник КП «Управління капітального будівництва» ОСОБА_2, будучі особою, яка постійно обіймає на комунальному підприємстві

посаду, повязану з виконанням організаційно-розпорядчих та адміністративно-господарських функцій, і є службовою особою, будучи відповідальним за розпорядження коштами комунального підприємства, в порушення ст. 3 та ч. 5 ст. 40 Закону України Про здійснення державних закупівель», діючи з прямим умислом, спрямованим на зловживання службовим становищем, всупереч інтересам служби, діючи в інтересах ТОВ «Буд-Енерго-Стандарт», підписав додаткові угоди № 2 від 16.05.2013 року та № 4 від 12.12.2013 року до договору № 33/12 від 24.10.2012 року, чим змінено істотні умови договору, а саме ціни на обладнання, яке, відповідно до специфікації, має поставити ТОВ «Буд-Енерго-Стандарт», чим спричинено збитки у розмірі 2155659,19 гривень. Таким чином, завдана шкода у 500 і більше разів перевищує розмір прожиткового мінімуму для працездатних осіб, встановленого законом на час вчинення злочину.

Отже, відповідно до положень ч. 5 ст. 216 КПК України, досудове розслідування у даному кримінальному провадженні мали здійснювати детективи Національного антикорупційного бюро України.

При цьому, в порушення вказаних вимог закону, досудове розслідування проводилось слідчим СВ Вознесенівського ВП Дніпровського ВП ГУ НП в Запорізькій області ОСОБА_4 та процесуальне керівництво здійснювали прокурори Запорізької місцевої прокуратури № 2: ОСОБА_5, ОСОБА_6, ОСОБА_7, ОСОБА_8 та ОСОБА_9

Відповідно до ч. 5 ст. 36 КПК України заборонено доручати здійснення досудового розслідування кримінального правопорушення, віднесеного до підслідності Національного антикорупційного бюро України, іншим органам досудового розслідування.

Всупереч положенням ст. 216 КПК України, вказане кримінальне провадження не було своєчасно передано за підслідністю компетентному органу досудового розслідування.

Крім цього, Спеціалізована антикорупційна прокуратура, відповідно до вимог ч. 5 ст. 8 Закону України «Про прокуратуру», є єдиним самостійним структурним підрозділом Генеральної прокуратури України, уповноваженим здійснювати нагляд за додержанням законів під час проведення оперативно-розшукової діяльності та досудового слідства Національним антикорупційним бюро України.

Таким чином, затвердження даного обвинувального акта прокурором, який здійснює нагляд за додержанням законів під час досудового розслідування у формі процесуального керівництва досудовим розслідуванням прокурором Запорізької місцевої прокуратури № 2 є незаконним, оскільки суперечить вимогам ч. 5 ст. 8 Закону України «Про прокуратуру».

Відповідно до ч. 4 ст. 110 КПК України, обвинувальний акт є процесуальним рішенням, яким прокурор висуває обвинувачення у вчиненні кримінального правопорушення і яким завершується досудове розслідування.

Згідно вимог ч. 2 ст. 291 КПК України, обвинувальний акт має містити такі відомості: найменування кримінального провадження та його реєстраційний номер; анкетні відомості кожного обвинуваченого (прізвище, імя, по батькові, дата та місце народження, місце проживання, громадянство); анкетні відомості кожного потерпілого (прізвище, імя, по батькові, дата та місце народження, місце проживання, громадянство); прізвище, імя, по батькові та займана посада слідчого, прокурора; виклад фактичних обставин кримінального правопорушення, які прокурор вважає встановленими, правову кваліфікацію кримінального правопорушення з посиланням на положення закону і статті (частини статті) закону України про кримінальну відповідальність та формулювання обвинувачення; обставини, які обтяжують чи помякшують покарання; розмір шкоди, завданої кримінальним правопорушенням; підстави застосування заходів кримінально - правового характеру щодо юридичної особи, які прокурор вважає встановленими; розмір витрат на залучення експерта (у разі проведення експертизи під час досудового розслідування); дату та місце його складення та затвердження.

При цьому, згідно вимог ст. 291 КПК України, в даному підсумковому документі досудового розслідування не повинно бути жодних внутрішніх суперечностей, граматичних помилок і описок, всі складові частини цього документу повинні бути узгоджені як між собою, так і з доданими до нього додатками.

При складанні обвинувального акта і додатків до нього слідчий вимоги закону не виконав, про що свідчать наступні факти.

Так, в обвинувальному акті вказано, що «начальник КП «Управління капітального будівництва» ОСОБА_2, будучі особою, яка постійно обіймає на комунальному підприємстві посаду, повязану з виконанням організаційно-розпорядчих та адміністративно-господарських функцій, і є службовою особою, будучи відповідальним за розпорядження коштами комунального підприємства, у порушення ст. 3 та ч. 5 ст. 40 Закону, діючи з прямим умислом, спрямованим на зловживання службовим становищем, всупереч інтересам служби, діючи в інтересах ТОВ «Буд-Енерго-Стандарт», підписав додаткові угоди № 2 від 16.05.2013 року та № 4 від 12.12.2013 року до договору № 33/12 від 24.10.2012 року, чим змінено істотні умови договору, а саме ціни на обладнання, яке, відповідно до специфікації, має поставити ТОВ «Буд-Енерго-Стандарт», чим спричинено збитки у розмірі 2155659,19 гривень, що у двісті пятдесят і більше разів перевищують неоподатковуваний мінімум доходів громадян і є тяжкими наслідками.

Своїми умисними діями ОСОБА_2 вчинив злочин, передбачений ч. 2 ст. 364 КК України, - зловживання службовим становищем, тобто умисне, в інтересах третіх осіб, використання службовою особою службового становища всупереч інтересам служби, якщо воно завдало тяжких наслідків державним інтересам.

Потерпілих у кримінальному провадженні немає.

У ході досудового розслідування цивільний позов не заявлявся.»

Відповідно до ч. 2 статті 364 КК України зловживання владою або службовим становищем, тобто умисне, з метою одержання будь-якої неправомірної вигоди для самої себе чи іншої фізичної або юридичної особи використання службовою особою влади чи службового становища всупереч інтересам служби, якщо воно завдало істотної шкоди охоронюваним законом правам, свободам та інтересам окремих громадян або державним чи громадським інтересам, або інтересам юридичних осіб, якщо воно спричинило тяжкі наслідки, - карається позбавленням волі на строк від трьох до шести років з позбавленням права обіймати певні посади чи займатися певною діяльністю на строк до трьох років, зі штрафом від пятисот до однієї тисячі неоподатковуваних мінімумів доходів громадян.

Згідно примітки 4 до статті 364 КК України, тяжкими наслідками у статтях 364-367 вважаються такі наслідки, які у двісті пятдесят і більше разів перевищують неоподатковуваний мінімум доходів громадян.

Слідчим в обвинувальному акті вказано, що інкримінованим ОСОБА_2 кримінальним правопорушенням завдано тяжких наслідків державним інтересам, а також зазначено, що спричинено збитки у розмірі 2155659, 19 гривень.

В подальшому, не зважаючи на те, що інкримінованим ОСОБА_2 кримінальним правопорушенням завдано тяжких наслідків державним інтересам, а також спричинено збитки у розмірі 2155659,19 гривень особою, яка постійно обіймає на комунальному підприємстві посаду, повязану з виконанням організаційно-розпорядчих та адміністративно-господарських функцій, і є службовою особою, будучи відповідальним за розпорядження коштами комунального підприємства**,** слідчий зазначає, що потерпілі у даному кримінальному провадженні відсутні, а цивільний позов не заявлено.

Статтею 55 КПК України, передбачено, що потерпілим у кримінальному провадженні може бути фізична особа, якій кримінальним правопорушенням завдано моральної, фізичної або майнової шкоди, а також юридична особа, якій кримінальним правопорушенням завдано майнової шкоди.

Відповідно до статті 140 Конституції України, місцеве самоврядування є правом територіальної громади - жителів села чи добровільного обєднання у сільську громаду жителів кількох сіл, селища та міста - самостійно вирішувати питання місцевого значення в межах Конституції і законів України.

Місцеве самоврядування здійснюється територіальною громадою в порядку, встановленому законом, як безпосередньо, так і через органи місцевого самоврядування: сільські, селищні, міські ради та їх виконавчі органи.

Органами місцевого самоврядування, що представляють спільні інтереси територіальних громад сіл, селищ та міст, є районні та обласні ради.

Питання організації управління районами в містах належить до компетенції міських рад.

Сільські, селищні, міські ради можуть дозволяти за ініціативою жителів створювати будинкові, вуличні, квартальні та інші органи самоорганізації населення і наділяти їх частиною власної компетенції, фінансів, майна.

Згідно з п. 5 ч. 1 ст. 1 Закону України «Про місцеве самоврядування в Україні», представницький орган місцевого самоврядування - виборний орган (рада), який складається з депутатів і відповідно до закону наділяється правом представляти інтереси територіальної громади і приймати від її імені рішення.

Статтями 2, 10 Закону України «Про місцеве самоврядування в Україні» встановлено, що місцеве самоврядування в Україні - це гарантоване державою право та реальна здатність територіальної громади - жителів села чи добровільного об'єднання у сільську громаду жителів кількох сіл,

селища, міста - самостійно або під відповідальність органів та посадових осіб місцевого самоврядування вирішувати питання місцевого значення в межах Конституції і законів України.

Місцеве самоврядування здійснюється територіальними громадами сіл, селищ, міст як безпосередньо, так і через сільські, селищні, міські ради та їх виконавчі органи, а також через районні та обласні ради, які представляють спільні інтереси територіальних громад сіл, селищ, міст.

Сільські, селищні, міські ради є органами місцевого самоврядування, що представляють відповідні територіальні громади та здійснюють від їх імені та в їх інтересах функції і повноваження місцевого самоврядування, визначені Конституцією України, цим та іншими законами.

Таким чином, в підсумковому документі досудового розслідування маються суттєві суперечності, а саме вказано, що діями ОСОБА_2 завдано тяжких наслідків державним інтересам, а також спричинено збитки у розмірі 2155659, 19 гривень та, разом з цим, слідчий дійшов висновку про те, що потерпілі у даному кримінальному провадженні відсутні.

Крім того, в тексті обвинувального акту наявна помилка, а саме невірно зазначено, адресу вчинення. Так, в тексті обвинувального акту значиться, що правопорушення вчинено у приміщенні КП «Управління капітального будівництва», за адресою: м. Запоріжжя, пр. Соборний, буд. № 60-Б, в той час як фактично юридичною адресою КП «УКБ» є: м. Запоріжжя, вул. Незалежної України, буд. № 60-Б, тобто наслідком такої помилки є зміна територіальної підсудності кримінального провадження.

Отже, наведені обставини свідчать про невідповідність обвинувального акту вимогам ст.291 КПК України, у звязку з чим він підлягає поверненню прокурору.

З огляду на викладене, порушення закону, допущені під час досудового розслідування, а також невідповідність обвинувального акту вимогам ст. 291 КПК України, перешкоджають призначенню кримінального провадження до судового розгляду, оскільки досудове розслідування даного кримінального провадження, а також затвердження обвинувального акта по даному кримінальному провадженню, проводили не уповноважені на це особи, ав підсумковому документі досудового розслідування містяться помилки та суттєві суперечності.

На підставі викладеного та керуючись ст.ст. 216, 291, 314 КПК України, колегія суддів -

ухвалила:

Повернути обвинувальний акт у кримінальному провадженні, внесеному до Єдиного реєстру досудових розслідувань за № 42014080060000006 від 12.06.2014 року, у відношенні ОСОБА_2 за ознаками кримінального правопорушення, передбаченого ч. 2 ст. 364 КК України, прокурору Запорізької місцевої прокуратури № 2, для усунення недоліків, зазначених в ухвалі, протягом розумного строку.

Ухвала може бути оскаржена в апеляційному порядку до апеляційного суду Запорізької області через Жовтневий районний суд міста Запоріжжя протягом семи днів з дня її оголошення.

Головуючий: **Є.В. Стратій**

Суддя: **Н.Г. Скользнєва**

Суддя: **М.В. Антоненко**