

УГОЛОВНО-ПРАВОВЫЕ РИСКИ ГОСКОНТРАКТА

Работа с государственными заказчиками, наряду с преимуществами, в виде обеспечения компании на долгий период времени большим объемом работы, а также гарантированного размера оплаты, несет в себе целый ряд уголовно-правовых рисков, и связано это, прежде всего с тем, что вопрос касается бюджетных денежных средств, контроль за законностью расходования которых, особый. И если, уголовное дело по факту хищения, вытекающее из взаимоотношений между коммерческими организациями, может быть возбуждено только при наличии заявления потерпевшего (ч. 3 ст. 20 УПК РФ), то в случае, когда вопрос касается «освоения» бюджета, для возбуждения уголовного дела, правоохранителям достаточно рапорта об обнаружении признаков преступления, составленного ими же самими, либо формального заявления, поданного конкурентами или иными заинтересованными лицами.

В соответствии со статьей 107 Федерального закона от 05 апреля 2013 года №44-ФЗ «О контрактной системе в сфере закупок товаров, работ, услуг для обеспечения государственных и муниципальных нужд» (далее - Закон «О контрактной системе»), лица, виновные в нарушении законодательства о контрактной системе в сфере закупок, несут, в том числе, и уголовную ответственность в соответствии с законодательством Российской Федерации. О какой же именно ответственности и за что, может идти речь?

В настоящей статье я расскажу о том, какие ситуации при исполнении госзаказа могут повлечь возбуждение уголовного дела, а также о том, как снизить, либо вообще исключить вероятность предъявления претензий уголовно-правового характера.

1. ЗАКЛЮЧЕНИЕ КОНТРАКТА С ЗАВЫШЕНИЕМ СТОИМОСТИ РАБОТ

Приведенная схема, является наиболее «популярной» при «освоении» бюджетных денежных средств. Суть ее состоит в том, что цена контракта, заключаемого между госзаказчиком и подрядной организацией, намеренно завышается. Одним из основных препятствий при реализации данной схемы, является, установленная Законом «О контрактной системе», необходимость проведения торгов, но данная проблема решается путем составления конкурсной и аукционной документации, условий конкурса, таким образом, что выполнить их может только заранее определенная компания.

Выявление правоохранителями факта намеренного завышения стоимости работ, прежде всего, может обернуться предъявлением претензий по ст. 159 УК РФ «Мошенничество», предусматривающей наказание в виде лишения свободы сроком до 10 лет. Хищение, по мнению сотрудников полиции, заключается в том, что стоимость конкретных работ по контракту намеренно завышается (обман), и

это приводит к противоправному и безвозмездному перечислению бюджетных средств подрядчику в пределах произведенного завышения.

Выявление схемы правоохранителями:

Привлечение к уголовной ответственности за применение указанной схемы станет возможным, если сотрудниками полиции будут установлены 2 факта:

Факт хищения (противоправного безвозмездного изъятия чужого имущества, причинившего ущерб собственнику), который доказывается установлением фактов:

а. сговора между госзаказчиком и подрядчиком о завышении стоимости работ (получение показаний нечестных работников данных организаций или участников переговоров, установление оперативного наблюдения);

б. создания условий для победы в конкурсе (аукционе) и заключения договора по завышенной цене с конкретным исполнителем (анализ конкурсной (аукционной), договорной и бухгалтерской документации, показания членов конкурсной (аукционной) комиссии и недопущенных участников закупки);

с. перечисления денежных средств подрядчику (получение финансовых документов организаций, выписки о движении денежных средств по счетам);

д. причинения ущерба (проведение экспертиз, в ходе которых устанавливается реальная стоимость работ, а также размер произведенного завышения этой стоимости).

Факт обмана - намеренного необоснованного завышения стоимости контракта, при наличии осведомленности участников сделки о реальной стоимости работ. Осведомленность выявляется свидетельскими показаниями, установлением объективных данных в соответствии с которыми лица не могли не знать о реальной стоимости работ (обнаружение в личном компьютере данных о просмотре веб-страниц с рыночными ценами

работ, проектов смет с реальной стоимостью работ и т.д.).

2. НЕНАДЛЕЖАЩЕЕ ИСПОЛНЕНИЕ КОНТРАКТА

Неадекватное исполнение подрядчиком работ, при их полной оплате, также несет в себе риск предъявления претензий в совершении мошенничества. В такой ситуации, хищение правоохранителями усматривают в том, что подрядчиком, при умышленном невыполнении всего объема работ, предусмотренных контрактом, денежные средства были получены в полном размере и это привело к противоправному и безвозмездному перечислению денежных средств в пределах стоимости невыполненных (ненадлежащим образом выполненных) работ. На практике, нередко имеют место ситуации, когда ненадлежащее выполнение работ, повлекшее возникновение спора хозяйствующих субъектов с рассмотрением в арбитражном суде, расценивается правоохранителями как хищение и влечет за собой возбуждение уголовного дела по ст. 159 УК РФ.

Факт хищения доказывается установлением фактов:

а. ненадлежащего качества работ, выполненных подрядной организацией (проведение экспертиз по оценке качества работ);

б. невыполнения всего объема работ, предусмотренных контрактом (проведение экспертиз по оценке объема выполненных работ, допрос лиц, привлеченных к выполнению работ, получение и анализ документации по закупке материалов, оборудования, необходимых для выполнения работ);

с. представления заказчику актов по форме КС-2 с информацией о невыполненных работах (работах ненадлежащего качества), справок о стоимости выполненных работ по форме КС-3 и счетов на оплату по контракту в полном размере (получение и анализ актов выполненных работ, справок о стоимости выполненных работ, счетов, сопроводительных писем на передачу указанных

документов, проведение почерковедческих экспертиз, допрос подписантов документации);

d. перечисления денежных средств подрядчику в полном объеме (получение финансовых документов организаций, выписки о движении денежных средств по счетам).

e. причинения ущерба (проведение экспертиз, в ходе которых устанавливается конкретный размер ущерба - стоимость невыполненных работ или работ ненадлежащего качества, оплата за которые произведена госзаказчиком).

Факт обмана - намеренное включение невыполненных работ или работ ненадлежащего качества в акты, выставление счетов на всю сумму контракта, при наличии осведомленности подписантов данной документации о ненадлежащем исполнении подрядчиком обязательств по контракту. Данные обстоятельства устанавливаются объективными данными, в соответствии с которыми сдача работ невозможна без понимания об их качестве и объемах выполнения (сложившаяся модель финансово-хозяйственной деятельности, предусматривающая осведомленность подписантов документации о ходе и порядке выполнения работ, а также об объемах и качестве выполненных работ, перед их сдачей госзаказчику).

Также следует учитывать, что к уголовной ответственности, в зависимости от фактических обстоятельств, могут быть привлечены не только представители подрядной организации, но и госзаказчика, если будет установлено, что подписание актов выполненных работ представителями заказчика и оплата, были произведены при осведомленности последних о ненадлежащем качестве этих работ и имел место сговор с подрядчиком.

3. ПРИВЛЕЧЕНИЕ ФИКТИВНОГО СУБПОДРЯДЧИКА

Суть схемы состоит в том, что подрядчик заключает фиктивный договор с субподрядной организацией, которая работы не выполняет и, зачастую, не имеет возможности их выполнить (отсутствует необходимая материально-техническая база и работники). Все работы выполняются силами подрядной организации, сдаются госзаказчику и оплачиваются. Сделка же с субподрядной организацией не носит реальный характер, а заключаются лишь с одной целью - выведения денежных средств и последующего их обналичивания.

При выявлении полицией факта заключения договора субподряда,

не имеющего под собой реального исполнения, мошенническими могут быть расценены две ситуации:

▪ Работы, переданные субподрядчику, имеют ненадлежащее качество, в связи с чем, не должны были приниматься и оплачиваться как подрядчиком, так и госзаказчиком. В этом случае, предъявление претензий в мошенничестве будет обоснованным, при выявлении правоохранителями доказательств наличия умысла на получение денежных средств за работы ненадлежащего качества (порядок и основания выявления преступления, аналогичны ситуации, описанной в разделе 2).

▪ Работы, переданные субподрядчику, имеют надлежащее качество, однако последним они не выполнялись. Отсутствие доказательств реальности выполнения работ субподрядной организацией также может стать основанием предъявления правоохранителями претензий в совершении хищения денежных средств со всеми вытекающими из этого последствиями. Несмотря на наличие реальных результатов работы, полицейскими может быть занята следующая позиция: сделка, заключенная с субподрядчиком фактически не выполнялась, произведено безвозмездное перечисление средств в адрес последнего, а значит, совершено хищение.

Выявление мошенничества правоохранителями:

Факт хищения доказываемся установлением фактов:

a. сговора между подрядчиком и субподрядчиком о заключении фиктивного договора (получение показаний нелояльных работников данных компаний или участников переговоров, установление оперативного наблюдения);

b. невыполнения работ силами субподрядчика (оценка уровня материально-технического оснащения субподрядчика и квалификации его работников, допрос лиц, указанных в качестве исполнителей, либо установление факта отсутствия таких лиц вообще);

c. выполнения работ силами подрядчика (установление и допрос лиц, реально выполнявших работы по договору; получение и анализ документов по пропускному режиму на строительных объектах - журналы учета, заявки на проход строителей и проезд транспорта);

d. перечисления денежных средств субподрядной организации (получение финансовых документов компаний, выписки

по счетам о движении денежных средств).

e. причинение ущерба (анализ договорной и бухгалтерской документации; проведение экспертиз, в ходе которых выявляется конкретный размер ущерба).

Факт обмана - использование фиктивной договорной и бухгалтерской документации позволило похитить денежные средства. Осведомленность подписантов документации по сделке, о ее фиктивности, подтверждается установлением объективных данных, в соответствии с которыми подписание договора субподряда невозможно без проведения согласования его условий, а приемка выполненных работ невозможна без их проверки (положения должностных инструкций, сложившаяся модель финансово-хозяйственной деятельности, предусматривающая необходимость согласования условий договоров, а также приемки и проверки результатов работ и т.д.).

Аналогичные риски несет в себе и заключение, во исполнение контракта, иных видов фиктивных договоров (возмездного оказания услуг, поставки и т.д.).

4. НЕДОБОРОСОВЕСТНОСТЬ КОНТРАГЕНТА

Если в рамках исполнения контракта будет заключен договор на выполнение работ, оказание услуг или закупку необходимых строительных материалов и оборудования с контрагентом, который окажется недобросовестным налогоплательщиком («фирмой-однодневкой»), а подрядчиком не будет проявлена должная осмотрительность, налоговые органы могут признать необоснованным включение последних расходов на оплату работ (услуг, строительных материалов или оборудования) этой организации в состав затрат, при расчете налога на прибыль, а также признать неправомерными налоговые вычеты по НДС по данным сделкам. Принимая такие решения, налоговики основываются на позиции Пленума Высшего арбитражного суда РФ, отраженной в постановлении №53 от 12.10.2006 г., в котором указывается, что налоговая выгода может быть признана необоснованной, если налоговым органом будет доказано, что налогоплательщик действовал без должной осмотрительности и осторожности и ему должно было быть известно о нарушениях, допущенных контрагентом.

При этом, если в течение двух месяцев со дня истечения срока исполнения требования об уплате налогов на основании решения о

привлечении к ответственности за совершение налогового правонарушения компания не уплатит суммы недоимки, размер которой позволяет предполагать факт совершения нарушения законодательства о налогах и сборах, содержащего признаки преступления, налоговые органы в течение 10 дней будут обязаны передать материалы в следственные органы для принятия решения о возбуждении уголовного дела – ч.3 ст.32 НК РФ. Поступление таких материалов правоохранителям, в соответствии с ч.1.1 ст. 140 УПК РФ, является законным поводом для возбуждения уголовного дела по ст.199 УК РФ «Уклонение от уплаты налогов и (или) сборов с организации», причем принятие такого решения не зависит от факта оспаривания решения налоговой в арбитражном суде.

Для справки: Возбуждение уголовного дела по ч. 1 ст. 199 УК РФ возможно при образовании недоимки на сумму более 2 млн. руб. за период в пределах 3-х финансовых лет, а возбуждение уголовного дела по ч.2 данной статьи – на сумму более 10 млн. руб., либо наличие доказательств совершения деяния группой лиц по предварительному сговору (например, генеральный директор и главный бухгалтер). Статья предусматривает наказание в виде лишения свободы на срок до 6-ти лет.

Привлечение к уголовной ответственности за уклонение от уплаты налогов станет возможным, если правоохранителями будут установлены 2 факта:

Осведомленности о недобросовестности контрагента как налогоплательщика (допрос работников подрядчика и контрагента, изучение материалов, полученных из налоговой (не проявление должной осмотрительности при выборе контрагента), а также установление факта сговора на заключение сделки с недобросовестным контрагентом).

Умышленного включения в налоговую декларацию заведомо ложных сведений (допрос работников подрядчика, получение доказательств фиктивности сделки, изучение должностных обязанностей подписантов отчетности, анализ договорной и бухгалтерской документации, материалов из налоговой, проведение почерковедческих экспертиз с целью установления конкретных лиц, подписавших договоры и налоговые декларации).

Возмещение НДС по сделкам с «однодневкой»:

Обращение подрядчика в налоговую инспекцию за возмещением НДС по сделке с недобросовест-

ным налогоплательщиком, может обернуться предъявлением претензий в мошенничестве, если такие средства реально были возмещены, или в покушении на мошенничество, если налоговая в возмещении отказала. Хищение, по мнению правоохранителей, заключается в том, что сделка с контрагентом изначально носила фиктивный характер, НДС последним с данной сделки не уплачен, а одной из целей ее заключения являлось хищение бюджетных денежных средств, путем обращения в налоговые органы за необоснованным возмещением НДС.

Выявление мошенничества правоохранителями:

Факт хищения доказывается установлением фактов:

а. сговора между представителями подрядчика и контрагента о заключении договора для последнего хищения бюджетных денежных средств путем предъявления НДС к возмещению;

б. осведомленности о недобросовестности контрагента как налогоплательщика (допрос работников компаний, изучение материалов, полученных из налоговой);

с. представления в налоговый орган декларации, с заявленным НДС к возмещению;

д. перечисления возмещенного НДС из бюджета на счет подрядной организации (решение налоговой о возмещении НДС, выписки по счетам компании).

е. причинения ущерба (анализ договорной и бухгалтерской документации, материалов, полученных из налоговой; проведение экспертиз, в ходе которых устанавливается конкретный размер необоснованного возмещения НДС).

Обман: обращение в налоговую за возмещением НДС по сделке с недобросовестным контрагентом, позволило ввести в заблуждение сотрудников налогового органа, которыми и было принято решение о возмещении НДС.

Описанные ситуации (основания возбуждения уголовных дел) при сути работе многих строительных компаний, но их руководство не привлечено к уголовной ответственности, и, возможно, никогда и не будет привлечено. Это связано с тем, что для наступления уголовно-правовых рисков, недостаточно наличия оснований, необходимо еще и наличие причин их реализации.

Причины реализации уголовно-правовых рисков

Причинами реализации уголовно-правовых рисков являются

действия или события, в результате которых по вышеописанным основаниям правоохранителями проводится доследственная проверка, а впоследствии и возбуждается уголовное дело. Наиболее распространенными из них являются:

Внутрикорпоративные конфликты. Споры и разногласия между руководством компании и иными заинтересованными лицами (акционеры, участники, лица, претендующие на должность руководителя и др.), располагающими информацией о нарушениях в деятельности фирмы, могут обернуться обращением последних в правоохранительные органы.

Трудовые споры. Недружественное увольнение работника, обладающего информацией, компрометирующей деятельность компании, несет в себе значительный риск, поскольку он также может обратиться в правоохранительные органы и представить вышеуказанную информацию.

Деятельность налоговых и правоохранительных органов. Ситуации, когда налоговые органы в ходе проведения мероприятий налогового контроля выявляют в работе организации признаки уголовно-наказуемого деяния и направляют соответствующие материалы в правоохранительные органы, а также когда правоохранительные органы при проведении проверок и расследования уголовных дел получают сведения, свидетельствующие о наличии в деятельности руководства организации признаков преступления.

Недобросовестная конкуренция и рейдерство. Конкуренты и рейдеры, располагающие сведениями о нарушениях в работе компании, нередко, особенно в сфере строительного бизнеса, обращаются в правоохранительные органы с предоставлением имеющейся у них информации и инициируют проведение проверки, а затем и возбуждение уголовного дела.

Последствия возбуждения уголовного дела

Возбуждение уголовного дела неизбежно влечет за собой проведение обысков, с изъятием документации и электронных носителей информации, допросов, выемок и иных следственных действий, что «крайне болезненно» сказывается на работе компании, поскольку приводит к вмешательству в ее финансово-хозяйственную деятельность и непредвиденным временным, финансовым и моральным потерям. С учетом того, что расследование уголовного дела на практике может длиться

неопределенный период времени, масштаб указанных последствий для компании может быть столь велик, что она его попросту «не переживет».

Кроме того, в рамках уголовного дела может быть наложен арест на счета и имущество компании, что фактически заблокирует ее работу, а подозреваемые и обвиняемые в совершении преступления (прежде всего руководство фирмы), несут еще и риск реальной изоляции от общества, путем заключения под стражу или домашнего ареста, а в случае направления дела в суд – реального лишения свободы.

Практические рекомендации по защите

Минимизировать либо вовсе исключить риски возбуждения уголовных дел, вытекающие из работы с государственными заказчиками, можно двумя путями:

а. изменив схему финансово-хозяйственной деятельности компании;

б. защитив информацию о ее деятельности.

В этой связи, практические рекомендации можно разделить на две группы.

1. Изменение схемы финансово-хозяйственной деятельности.

▪ Исключите аффилированность в схеме взаимоотношений «Государственный заказчик – Подрядчик». Выявление наличия аффилированности между руководством госзаказчика и подрядной организацией существенно облегчит задачу правоохранительных органов при принятии решения о возбуждении уголовного дела, поскольку такая аффилированность будет истолкована как обстоятельство, подтверждающее наличие умысла и сговора на совершение хищения путем завышения стоимости контракта или приемки работ ненадлежащего качества.

▪ Выполняйте весь объем работ, предусмотренных контрактом. Данная рекомендация является одной из наиболее эффективных, поскольку фактически исключает риск возбуждения уголовного дела в связи с ненадлежащим исполнением контракта. А при «заказных» уголовных делах, создает серьезные препятствия в их направлении в суд, так как проведение объективной и независимой экспертизы сделает несостоятельной версию правоохранителей.

▪ Предъявляйте госзаказчику акты только на выполненные работы. Даже если работы выполнены не в полном объеме, отсутствие подписанных актов и, как следствие, неоплата невыполнен-

ных работ, исключают возможность предъявления каких-либо претензий уголовно-правового характера по соответствующему основанию.

▪ Заключайте только реальные договоры субподряда. Наличие неопровержимых доказательств исполнения договора субподряда силами субподрядной организации исключает риск предъявления претензий в мошенничестве в связи с заключением фиктивной сделки. То же самое касается и взаимоотношений с иными контрагентами при заключении договоров возмездного оказания услуг и поставки, во исполнение контракта.

▪ Снижайте налоговые риски, влекущие возникновение уголовно-правовых. Это может быть сделано путем:

- выявления (посредством уголовно-правового аудита) и исключения из схемы ведения бизнеса, сомнительных контрагентов и сделок;

- проверки существующих контрагентов на предмет налоговой добросовестности, проявления должной осмотрительности, в том числе при выборе новых контрагентов;

- не предъявления НДС к возмещению по сделкам с недобросовестными контрагентами и по фиктивным сделкам;

- уплаты выявленной недоимки, если ее размер достаточен для возбуждения уголовного дела, что исключит возможность передачи соответствующих материалов правоохранителям, при этом в случае отмены арбитражным судом решения налогового органа, излишне уплаченные средства могут быть зачтены в счет предстоящих платежей, либо возвращены.

▪ Снижайте риски возникновения внутрикорпоративных конфликтов. В связи с тем, что указанная причина возбуждения уголовных дел не редкость, принимая участие в создании либо развитии конфликта интересов, рекомендуется соотносить риски, которые могут быть понесены, и цели, ради которых этот конфликт возникает.

▪ Исключайте случаи некорректных увольнений. Расторгая трудовые отношения с работником, располагающим компрометирующей информацией о работе компании, следует объективно оценивать последствия, которые может повлечь недружественное увольнение.

2. Защита информации о деятельности компании.

Если по каким-то причинам, внести изменения в схему финансово-хозяйственной деятельности не

представляется возможным, либо в организации уже существуют описанные основания и причины возникновения уголовно-правовых рисков, следует принять меры по защите доказательств, которые собирают правоохранители для принятия решения о возбуждении уголовного дела и его последующего направления в суд. По экономическим преступлениям стражи порядка, прежде всего, собирают три типа основных доказательств: документы, электронные носители информации и свидетельские показания, поэтому компании необходимо реализовать меры по защите всех указанных источников информации:

▪ Организуйте «правильное» хранение документов и электронных носителей информации:

- вывезите из офиса документы, компрометирующие работу компании, а также перенесите сервер в отдельный офис или на территорию другого государства - это позволит исключить неконтролируемое изъятие в компании документации и информации;

- введите режим коммерческой тайны, который позволит признать незаконным изъятие документации и электронных носителей информации без судебного решения.

▪ Подготовьте сотрудников компании к доследственной (полицейской) проверке, обыску, допросу. Сотрудники компании должны знать свои права и уметь ими пользоваться. Разъясните работникам компании их право не отвечать на вопросы сотрудников полиции в ходе опроса при доследственной проверке, а также право отказаться от дачи показаний на основании ст. 51 Конституции РФ в ходе допроса - это позволит сделать процесс опроса и допроса, контролируемым. Проведите для сотрудников компании обучающий семинар по тактике поведения при взаимоотношениях с правоохранителями.

И помните, что максимально снизить вероятность возбуждения уголовного дела и привлечения конкретных лиц к уголовной ответственности, позволит только комплексное проведение вышеуказанных мероприятий и своевременное приглашение адвоката, который специализируется на защите от уголовного преследования по экономическим преступлениям.

*Сердюк Алексей Викторович
Адвокат "Департамента
защиты бизнеса"*

*Московской коллегии адвокатов
"Князев и партнёры"*