


УДК 347.44

DOI: <https://doi.org/10.32631/pb.2021.1.19>


ОЛЕКСІЙ ЛЕОНІДОВИЧ ЗАЙЦЕВ,

кандидат юридичних наук, доцент,
Харківський національний університет внутрішніх справ;

 <https://orcid.org/0000-0001-9530-3941>,
e-mail: zal2007zal@ukr.net;

СВІТЛАНА ВАДИМІВНА ЯСЕЧКО,

кандидат юридичних наук, доцент,
Харківський національний університет внутрішніх справ;

 <https://orcid.org/0000-0003-4058-9959>,
e-mail: iasechko.sv@gmail.com

ДОГОВІР ПРО ПУБЛІЧНІ ЗАКУПІВЛІ З ПОГЛЯДУ ПРИВАТНОГО ПРАВА

Указано на шлях виникнення та закріплення в українському праві процедури публічних закупівель. Узагальнено наукові роботи, присвячені розгляду питань державних закупівель із різних галузей права України. Установлено й охарактеризовано основні концептуальні суперечності між договором про закупівлю та цивільно-правовим договором. Запропоновано основні (незмінні) умови проведення публічних закупівель за весь час існування незалежної правової системи України. Сформульовано узагальнене поняття договору про закупівлю. Здійснено критичний аналіз договору про закупівлю з погляду розуміння та істотних умов загальноцивілістичного договору.

Ключові слова: тендер, публічні закупівлі, договір, договір про закупівлю, істотні умови договору про закупівлю, форма договору.

Оригінальна стаття

Постановка проблеми

У національне законодавство незалежної України публічні закупівлі було введено шляхом ухвалення Розпорядження Кабінету Міністрів України «Про заходи щодо підготовки і проведення Міжнародного тендеру з вирішення проблеми перетворення об'єкта “Укриття” Чорнобильської АЕС в екологічно безпечну систему» від 12 серпня 1993 р. № 604-р. Метою цього акта індивідуальної дії було уповноваження Міністра у справах захисту населення від наслідків аварії на Чорнобильській АЕС, а також його заступника (заступників) представляти перед міжнародними організаціями уряд України. Основним предметом виступали заходи з підготовки та проведення першого в Україні тендеру. Додатковим предметом було здійснити під час міжнародних переговорів пошук необхідних та достатніх джерел фінансування зазначених робіт. За результатами цього розпорядження Європейська комісія оголосила тендер на розроблення ТЕО стабілізації наявного «Укриття» та спорудження «Укриття-2» у межах програми «Tacis». 12 вересня 1994 р. консорціум «Alliance» (на чолі з французькою компанією «Camrepon Bernard SGE»), що виграв тендер, у межах договору розпочав роботи над техніко-економічним обґрунтуванням.

Наступним кроком законодавчого закріплення тендерів виступило Положення щодо порядку організації та проведення міжнародних торгів (тендерів) в Україні від 21 жовтня 1993 р. № 871, відповідно до якого визначався порядок організації та проведення в Україні виключно міжнародних торгів (тендерів) для іноземних, а також українських підприємств, установ та організацій, що гарантувало замовникові виконання у межах узгодженої вартості необхідних поставок товарів, обсягів робіт і послуг.

І вже остаточно з 1997 р. процедура закупівель була запроваджена на внутрішньому ринку України відповідно до Постанови Кабінету Міністрів України «Про організацію та проведення торгів (тендерів) у сфері державних закупівель товарів (робіт, послуг)» від 28 червня 1997 р. № 694¹. Ухвалений 19 вересня 2019 р. Закон України «Про внесення змін до Закону України “Про публічні закупівлі” та деяких інших законодавчих актів України що-

¹ Див.: Зайцев О. Л. Вплив інтеграційних тенденцій на розвиток тендерного права // Вплив інтеграційних тенденцій на розвиток вітчизняного права : матеріали всеукр. наук.-практ. інтернет-конф. (м. Одеса, 24 лют. 2017 р.) / редкол.: В. П. Маковій та ін. Одеса : ОДУВС, 2017. С. 72–74.

до вдосконалення публічних закупівель» № 114-IX¹ містить у собі квінтесенцію 23 років роботи законодавця над постійним і часто необґрунтованим ускладненням процедури закупівлі. Тобто стартувавши з першого (і єдиного) тендера, викликаного глобальною техногенною катастрофою, ми опинилися в ситуації, коли державні установи абсолютно всі свої закупівлі здійснюють виключно публічно, а починаючи з 50 тисяч гривень, – шляхом оголошення відкритих торгів.

Стан дослідження проблеми

Окрім практиків-консультантів, активно здійснювали наукові дослідження у сфері державних закупівель науковці різних галузей права. Результатом наукового пошуку стали дисертаційні дослідження О. Л. Юдіцького «Правове регулювання закупівель товарів, робіт і послуг за державні кошти» [1], Я. В. Петруненка «Господарсько-правові основи державних закупівель в Україні» [2], А. О. Олефіра «Господарське-правове забезпечення державних закупівель у сфері охорони здоров'я» [3], М. С. Письменної «Методологія та організація аналізу і контролю закупівель за державні кошти» [4] й А. О. Сошникова «Теоретичні засади здійснення публічних закупівель» [5], у яких започатковано вирішення проблем державних закупівель. Але завдання, що в них виконуються, перебувають поза межами цивільного права, а саме на перехресті економічної науки з державним управлінням, господарським та адміністративним правом. Зазначеним вище обумовлюється спроба вирішення практичних проблем договору про закупівлю крізь призму цивільно-правового аналізу.

Мета і завдання дослідження

Метою статті є критичний аналіз договору про закупівлю за допомогою цивільно-правового інструментарію та розроблення критеріїв виявлення в нормах про публічні закупівлі алогізмів, які прямо суперечать нормам цивільного законодавства про договір. *Завданням* статті – узагальнити основні концептуальні суперечності між договором про закупівлю та цивільно-правовим договором.

¹ Про внесення змін до Закону України «Про публічні закупівлі» та деяких інших законодавчих актів України щодо вдосконалення публічних закупівель : Закон України від 19.09.2019 № 114-IX // База даних «Законодавство України» / Верховна Рада України. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/114-20> (дата звернення: 14.12.2020).

Наукова новизна дослідження має похідний характер, оскільки є подальшим розвитком ідей автора, який на підставі комплексного вивчення, але з погляду цивілістичної науки, аналізує проблематику цивільно-правового здійснення публічних закупівель та розробляє нові наукові положення та пропозиції щодо вдосконалення законодавства у сфері публічних закупівель.

Виклад основного матеріалу

З моменту появи у праві України державних закупівель законодавець неодноразово змінював їх форму, наповнення та процедуру, але незмінними залишались дві основні умови торгів.

По-перше, переказування грошових коштів з державного бюджету на оплату відплатних правочинів (договорів, контрактів), укладених з переможцями торгів (тендерів) – постачальниками, підрядниками та/або послугонадавачами, здійснюється лише через Головне управління та територіальні органи Державного казначейства або уповноважені банки. Підставою оплати виступає звіт про результати проведення публічних закупівель під час закупівлі товарів, робіт або послуг. Банківські установи зобов'язані під час оплати за договорами про закупівлю самостійно перевіряти наявність звіту про результати проведення закупівлі. Це здійснюється шляхом перегляду його наявності в загальнодоступній системі електронних закупівель PROZORRO (<https://prozorro.gov.ua>). У разі відсутності саме в системі PROZORRO звіту про результати проведення процедури закупівлі *платіжне доручення вважається оформленим неналежним чином та нікчемним*.

По-друге, вартість закупівель повинна була дорівнювати або перевищувати суму, еквівалентну 100 000 доларів США. На початку сторіччя курс НБУ становив 189,6000 гривень за 100 доларів, тобто виходила сума приблизно 200 000 гривень. Але, нехтуючи первинною логікою законодавця та фактичним рівнем інфляції гривні в Україні з того часу, ця вимога продовжує застосовуватися до всіх замовників. Тому процедура публічної закупівлі товарів та послуг *узагальнено застосовується*, якщо вартість закупівлі не є меншою, ніж 200 000, а робіт – 1 500 000 гривень [6].

Визначившись із передумовами укладення договору про закупівлю, наведемо його легальне визначення. Відповідно до пункту 5 ст. 1 Закону України «Про публічні закупівлі» (далі – Закон) договір про публічну закупівлю – це домовленість, що досягається між замовником

та учасником за наслідками проведених під час процедури закупівлі дій та передбачає набуття права власності на майно, надання послуг чи виконання робіт (виключно майнових прав). Також пункт 1 ст. 36 Закону закріплює, що договір про публічну закупівлю укладається відповідно до приписів Цивільного кодексу України (ЦК України) та Господарського кодексу України з урахуванням особливостей, визначених саме цим Законом. Цивільно-правове поняття договору, яке міститься в пункті 1 ст. 626 ЦК України, визначає договір як домовленість двох або більшої кількості сторін, спрямовану на виникнення, перехід або припинення суб'єктивних цивільних прав та юридичних обов'язків. Господарський кодекс України не містить визначення договору, тому, механічно об'єднавши два визначення, отримуємо третє, в якому *договір про закупівлю – домовленість між замовником та учасником (більшою кількістю сторін), спрямована на встановлення, перехід або припинення майнових прав та обов'язків, що укладається за результатами проведення процедури закупівлі та передбачає набуття права власності на майно, надання послуг або виконання робіт*. Недосконалість такого підходу законодавця є очевидною і полягає в такому.

Концепція домовленості між сторонами (як підстава виникнення договірних зобов'язань), на якій ґрунтується все приватне право, підмінюється результатами проведення процедури закупівлі (звітом про результати проведення закупівлі шляхом його автоматичної генерації в електронній системі закупівель), тобто договір про закупівлю укладається не на підставі домовленості, а на підставі звіту в електронній системі закупівель.

Домовленість двох або більше сторін у вищезазначеному понятті обмежується визначеним та поіменованим статусом *замовника та учасника*, тобто сторони перестають бути юридично рівними. Тобто *замовниками* можуть бути лише дві групи суб'єктів. Перша – органи державної влади, місцевого самоврядування та соціального страхування, які були створені відповідно до закону. Друга – юридичні особи публічного права (їх об'єднання), які повинні забезпечувати функції держави або територіальних громад, за винятком промислової чи комерційної діяльності. У свою чергу, *учасник процедури публічної закупівлі* – фізична особа, фізична особа-підприємець або юридична особа (вони можуть як бути резидентами, так і ні), яка подала пропозицію для участі в тендері або вступила у переговори із замовником у випадку застосування перего-

ворної процедури закупівлі. Зрозуміло, що здебільшого статуси замовника та учасника є актуальними на стадії «до визначення переможця». І хоча ст. 627 ЦК України передбачає, що сторони майбутнього договору є вільними щодо обрання форми домовленості, можуть вибирати контрагента та на свій розсуд визначати умови договірної правовідносини, але їх очевидна нерівноправність чітко прослідковується у ст. 32 Закону у контексті надання замовникові можливості на власний розсуд відмінити закупівлю в разі:

1) відсутності подальшої потреби у замовника в закупівлі;

2) неможливості усунення порушень законодавства з питань публічних закупівель, що були в діях, як правило, замовника;

3) скорочення видатків замовника під час здійснення закупівлі товарів, робіт або послуг.

Отже, замовники в порушення цивільно-правового принципу рівності сторін завжди матимуть переваги у становищі перед учасниками публічної закупівлі у разі розірвання або зміни умов договору.

Закон із незрозумілих підстав обмежує встановлення, зміну або припинення цивільних прав та обов'язків лише до таких цивільно-правових об'єктів: набуття прав власності на майно (товари), надання послуг (включно з комунальними) або виконанням робіт (включно з капітальним будівництвом). У свою чергу, ЦК України у розділі III «Окремі види зобов'язань» містить 26 глав, у яких закріплено окремі види договірних зобов'язань (від купівлі-продажу до спільної діяльності) [7]. Навіть такий розповсюджений цивільно-правовий договір, як оренда, не може бути віднесений до набуття права власності на товари, надання послуг або виконання робіт.

Але такі концептуальні суперечності між договором про закупівлю та цивільно-правовим договором, закладені вже у визначенні, продовжують прирошуватися у спеціальних відмінностях.

Припустимо, що, за логікою законодавця, сторони договору про закупівлю досягають згоди шляхом проведення процедури закупівлі. Тобто коли замовник включив умови у проєкт договору, ґрунтуючись на нормах абзацу 1 ч. 1 ст. 638 ЦК України, такі умови і є обов'язковим умовами, щодо яких за позицією замовника повинен надати згоду учасник. Отже, подаючи тендерну пропозицію, учасник погоджується з проєктом договору про закупівлю, й у випадку визнання переможцем процедури закупівлі він може підписати вже узгоджений договір, зміст і текст якого не повинні

суперечити та відрізнятись від включеного до оголошення та тендерної документації проекту договору про закупівлю. Водночас із цього правила є виняток: це особливий порядок переговорної процедури закупівлі, в якій укладаються договори за результатами застосування попередньої домовленості, предмет якої прямо передбачено законодавством. Однак ст. 35 Закону не містить чіткої вимоги щодо обов'язку замовника погоджувати з учасниками під час попередніх переговорів проект майбутнього договору. Відповідно до ч. 3 ст. 631 ЦК України сторони можуть передбачити, що умови договору застосовуються до відносин, які виникли до його укладення між ними. Прямо протилежна норма міститься в господарському праві, оскільки на зобов'язання, що виникли у сторін до укладення ними договору, не поширюються умови укладеного господарського договору, якщо текстом договору не передбачено інше (ч. 7 ст. 180 ГК України). Однак застосувати цю норму можна лише тоді, коли сторони договору вступили в правовідносини ще до моменту (календарної дати) його укладення (підписання).

Наступна відмінність полягає у визначенні ціни договору. Ціна договору про закупівлю – це вартість товарів, робіт чи послуг, зазначена у тендерній пропозиції учасника-переможця процедури закупівлі (ураховуючи результати електронного аукціону). Цінова умова договору про закупівлю не може відрізнятись від змісту тендерної пропозиції за результатами аукціону (серед іншого ціни за одиницю товарів, робіт чи послуг) переможця процедури публічної закупівлі або ціни (цін за лот) пропозиції учасника у разі застосування переговорної процедури навіть у бік її зменшення. Інші істотні умови договору про закупівлю (предмет, строк і тощо) теж за загальним правилом не можуть змінюватись після його укладення і до стадії повного виконання сторонами зобов'язань, крім випадків, передбачених законом. Однак це положення прямо суперечить ст. 651 ЦК України, яка лише допускає, що зміна або розірвання договору можуть відбуватись за домовленістю сторін, якщо інше не встановлено договором або законом. Зрозуміло, що жоден замовник не може укласти дого-

вір на суму більшу, ніж результат переможця в аукціоні, але автор не поділяє позицію законодавця, яка прямо забороняє сторонам відповідно до їх згоди укласти договір на суму меншу, ніж результат аукціону.

Наступну відмінність пов'язано з формою договору. Відповідно до абз. 1 ч. 1 ст. 638 ЦК України договір вважається укладеним, якщо майбутні сторони в передбаченій формі досягли згоди стосовно усіх істотних умов договору. Стаття 205 ЦК передбачає, що правочини (договори) можуть вчинятись усно (вербально) або в письмовій (документальній), серед іншого електронній, формі. Сторони мають право вільно обирати форму майбутнього договору, якщо інше не встановлено законом. Як бачимо, дотримуючись норм ЦК, який передбачає можливість укладення договорів в електронній формі, замовник і переможець торгів можуть укласти договори про закупівлю в електронній формі, якщо мають для цього відповідні технічні й організаційно-правові передумови. Оскільки Закон не містить прямої вказівки на форму договору про закупівлю, можемо припустити, що договір про закупівлю може укладатись в електронній формі. Але повідомлення про намір укласти договір про закупівлю обов'язково оприлюднюється протягом одного дня з дня ухвалення рішення про визначення переможця процедури закупівлі, а договір про закупівлю – протягом двох днів із дня його укладення. Договір про закупівлю укладається відповідно до норм Цивільного та Господарського кодексів України з урахуванням особливостей, визначених законом.

Висновки

1. Поняття «договір про закупівлю» не відповідає концепції цивільно-правового договору.
2. Порядок укладення договору про закупівлю не відповідає порядку укладення цивільно-правового договору.
3. Форма договору про закупівлю відповідає формі укладення цивільно-правового договору частково.
4. Момент виникнення правовідносин за договором про закупівлю не відповідає порядку виникнення правовідносин цивільно-правового договору.

Список бібліографічних посилань

1. Юдіцький О. Л. Правове регулювання закупівель товарів, робіт і послуг за державні кошти : автореф. дис. ... канд. юрид. наук : 12.00.04. Київ, 2013. 18 с.
2. Петруненко Я. В. Господарсько-правові основи державних закупівель в Україні : автореф. дис. ... канд. юрид. наук : 12.00.04. Одеса, 2013. 20 с.
3. Олефір А. О. Господарсько-правове забезпечення державних закупівель в сфері охорони здоров'я : автореф. дис. ... канд. юрид. наук : 12.00.04. Харків, 2014. 27 с.

4. Письменна М. С. Методологія та організація аналізу і контролю закупівель за державні кошти : автореф. дис. ... д-ра економ. наук : 08.00.09. Одеса, 2018. 43 с.
5. Сошникова А. О. Теоретичні засади здійснення публічних закупівель. *Часопис Київського університету права*. 2015. № 3. С. 221–226.
6. Зайцев О. Л. Розвиток договору закупівель товарів, робіт і послуг за державні кошти // Проблеми цивільного права та процесу : тези доп. учасників наук.-практ. конф., присвяч. світлій пам'яті О. А. Пушкіна (м. Харків, 25 трав. 2018 р.) / МВС України, Харків. нац. ун-т внутр. справ, Всеукр. громад. орг. «Асоціація цивілістів України». Харків : ХНУВС, 2018. С. 148–151.
7. Цивільне право України : навч. посіб. : у 2 ч. / за заг. ред. В. А. Кройтора, О. Є. Кухарева, М. О. Ткалича. Запоріжжя : Гельветика, 2016. Ч. 2. 352 с.

Надійшла до редколегії 17.12.2020

ЗАЙЦЕВ А. Л., ЯСЕЧКО С. В. ДОГОВОР О ПУБЛИЧНЫХ ЗАКУПКАХ С ТОЧКИ ЗРЕНИЯ ЧАСТНОГО ПРАВА

Указан путь возникновения и закрепления в украинском праве процедуры публичных закупок. Обобщены научные работы, посвященные рассмотрению вопросов государственных закупок по различным отраслям права Украины. Установлены и охарактеризованы основные концептуальные противоречия между договором о закупке и гражданско-правовым договором. Предложены основные (постоянные) условия проведения публичных закупок за все время существования независимой правовой системы Украины. Сформулировано обобщенное понятие договора о закупке. Сделан критической анализ договора о закупке с позиции понимания и существенных условий общецивилистического договора.

Ключевые слова: тендер, публичные закупки, договор, договор о закупке, существенные условия договора о закупке, форма договора.

ZAITSEV O. L., YASECHKO S. V. CONTRACT FOR PUBLIC PROCUREMENT IN TERMS OF PRIVATE LAW

The authors have analyzed the way of the origin and consolidation of the public procurement procedure in the Ukrainian national law from 1993 till the present day. That allowed us to determine the main conditions of public procurement, which have not changed during the whole period of existence of the independent legal system of Ukraine, and to critically evaluate them. Namely, the basis for payment is a report on the results of public procurement during the procurement of goods, works or services, and the cost of procurement should have been equal to or have exceeded the amount of UAH 200,000.

The main scientific works focused on the consideration of public procurement issues in various branches of Ukrainian law have been summarized. The concept of the contract for procurement has been generalized and its features have been listed: the contract for procurement is an agreement between the customer and the participant (most of the parties), aimed at establishing, transferring or terminating property rights and obligations, which is concluded as a result of the procurement procedure and which provides the acquisition of freehold interest in the property, provision of services or performance of works. The main conceptual contradictions between the contract for procurement, the civil contract and the commercial agreement have been established and characterized. Based on the analysis of tender, civil and commercial legislation, the authors have carried out a critical analysis of the contract for procurement in terms of understanding and essential terms of the general civil contract, namely: violation of the concept of free agreement between the parties, non-compliance with equality of the rights, unreasonable narrowing of the contract for procurement up to the provision of services, performance of works or acquisition of ownership for goods, which contradicts the draft contract included in the tender documentation, the impossibility of reducing the contract price in the direction of reduction as agreed by the parties, the lack of electronic form of the contract for procurement provided by the tender legislation.

Key words: tender procedure, public procurement, a contract, contract for procurement, essence of contract for procurement, form of contract.