



ОЛЕКСІЙ ЛЕОНІДОВИЧ ЗАЙЦЕВ,

кандидат юридичних наук, доцент,
Харківський національний університет внутрішніх справ,
кафедра цивільно-правових дисциплін;
 <https://orcid.org/0000-0001-9530-3941>,
e-mail: zal2007zal@ukr.net;

ОЛЕКСАНДР РОМАНОВИЧ ШИШКА,

кандидат юридичних наук, доцент,
Харківський національний університет внутрішніх справ,
кафедра цивільно-правових дисциплін;
 <https://orcid.org/0000-0002-1396-0508>,
e-mail: sesh131213@gmail.com

КОНЦЕПЦІЯ «НІКЧЕМНІСТЬ ДОГОВОРУ» В ДЕРЖАВНИХ ЗАКУПІВЛЯХ

Проаналізовано шляхи виникнення та закріплення у процедурі публічних закупівель інституту нікчемного договору. Узагальнено наукові напрацювання, присвячені дослідженню питань щодо нікчемності договорів у різних галузях права України. Установлено й охарактеризовано основні концептуальні суперечності між нікчемним договором у публічних закупівлях та цивільно-правовою доктриною нікчемного правочину. Критично проаналізовано поняття «нікчемність договору» в державних закупівлях через його аналіз та зіставлення з розумінням нікчемного правочину в цивільному праві України. Запропоновано основні (незмінні) умови визнання договору нікчемним у державних закупівлях. Сформульовано узагальнене поняття нікчемного договору в державних закупівлях.

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

Оригінальна стаття

ВСТУП. Якість будь-якої системи права залежить від рівня правової визначеності норм, що становлять її основу. При цьому важливим фактором стабільності права є належна встановленість і визначеність кожного його елемента, повнота і несуперечність. Це сприяє досягненню мети правового регулювання. Проте не всі елементи права мають належне правове визначення в нормах позитивного права. Іноді деякі з них не збігаються з основними концептуальними підходами, що вказує на певну проблему системного характеру (Шишка, 2018, с. 105). Однією з проблем належної правової визначеності є норми, якими вноrmовується визнання договору нікчемним у державних закупівлях.

Варто почати з того, що правова модель недійсних правочинів у цивільному праві України хоча на перший погляд і здається досить зрозумілою та нормативно впорядкованою, але досі продовжує приховувати безліч теоретичних і практичних проблем. Із цього приводу варто нагадати, що ще з часів римського права одним із дискусійних питань було і досі залишається визначення юридичної природи недійсних правочинів та їх місця в си-

стемі юридичних фактів. Цивільний кодекс України використовує поняття «нікчемність» 61 раз і в цьому він є єдиним щодо його праворозуміння. Так, відповідно до ч. 2 ст. 215 ЦК України правочин є недійсним, якщо його недійсність встановлена законом (нікчемний правочин).

Водночас законодавство у сфері державних закупівель намагається використовувати механізм, опрацьований цивілістами, за допомогою передбачення та закріплення в тендерному праві поняття «нікчемність договору». На етапі виникнення інституту закупівель, а саме в Розпорядженні Кабінету Міністрів України «Про заходи щодо підготовки і проведення Міжнародного тендеру з розв'язання проблеми перетворення об'єкта "Укриття" Чорнобильської АЕС в екологічно безпечну систему» від 12 серпня 1993 р. № 604-р. про недійсність договору взагалі не згадувалося. Однак уже в наступному акті, який запровадив закупівлі у внутрішніх відносинах України, а саме у Постанові Кабінету Міністрів України «Про організацію та проведення торгів (тендерів) у сфері державних закупівель товарів (робіт, послуг)» від 28 червня 1997 р. № 694 тричі

використовувалося поняття «результати не-дійсних торгів» (Зайцев, 2017). Фіналом ре-цепції механізму «недійсності» стало ухвален-ня 19 вересня 2019 р. Закону України «Про внесення змін до Закону України “Про публічні закупівлі” та деяких інших законодавчих актів України щодо вдосконалення публічних за-купівель» № 114-IX¹, який містить у собі теж три згадування про «недійсність», але лише у значенні нікчемного договору, що значно зву-жує можливості у правозастосовній діяльності.

МЕТА І ЗАВДАННЯ ДОСЛІДЖЕННЯ. *Ме-тою* статті є критичний аналіз концепції «нік-чемність договору» в державних закупівлях, а також виявлення в нормах законодавства про публічні закупівлі алогізмів, що прямо суперечать нормам цивільного законодавства про нікчемний правочин. *Завдання* статті – уза-гальнити основні концептуальні суперечності між нікчемним договором у законодавстві про публічні закупівлі та цивільно-правовим нік-чемним правочином.

ОГЛЯД ЛІТЕРАТУРИ. Науковий потенціал дослідження проблем недейсних правочинів у публічних правовідносинах не зменшується і сьогодні. В Україні серед дисертаційних досліджень на цю тематику можна виділити кандидатські дисертації В. О. Кучер (2005) «Нікчемні правочини», О. П. Білан (2021) «Пра-вочини, які порушують інтереси держави і суспільства, його моральні засади в цивільно-му законодавстві України», І. В. Руцак (2012) «Правочини, що порушують публічний поряд-ок, і їх недейсність», В. І. Жекова (2006) «Пра-вочини, які порушують публічний порядок за цивільним законодавством України», О. В. Пе-рової (2010) «Недейсність правочину, який порушує публічний порядок». Результатом наукового пошуку у сфері публічних за-купівель стали дисертаційні дослідження О. Л. Юдіцького (2013) «Правове регулювання закупівель товарів, робіт і послуг за державні кошти», Я. В. Петруненко (2013) «Господарсь-ко-правові основи державних закупівель в Україні», А. О. Олефіра (2014) «Господарське-правове забезпечення державних закупівель у сфері охорони здоров'я», М. С. Письменної (2018) «Методологія та організація аналізу і

контролю закупівель за державні кошти», А. О. Сошникової (2015) «Теоретичні засади здійснення публічних закупівель» та О. Ю. Ку-репіної (2020) «Правове регулювання публіч-ної закупівлі вугілля для соціально значущих об'єктів», у яких започатковано вирішення проблем державних закупівель. Поряд із цим завдання, що в них вирішувалися, перебували поза межами цивільного права, а саме на пе-рехресті економічної науки з державним управлінням, господарським та адміністративним галузями права. Все це обумовило спробу вирішення практичних проблем кон-цепції «нікчемності договору» в державних закупівлях крізь призму цивільно-правового аналізу нікчемного правочину.

МЕТОДОЛОГІЯ ДОСЛІДЖЕННЯ. У статті було використано загальнонаукові та спе-ціальні наукові методи пізнання правових явищ, а саме порівняльно-правовий, історич-ний, формально-логічний, діалектичний та інші методи.

Порівняльно-правовий метод було викори-стано для визначення спільних та відмінних рис недейсних договорів у сфері закупівель і загальноцивілістичних недейсних правочинів. За допомогою історичного методу продемон-стровано генезу поняття «недейсний договір» і законодавчого регулювання та правозасто-совної практики в недейсних правочинах. Формально-логічний метод був використаний для аналізу понятійного апарату та змісту чин-ного законодавства, яке регулює недейсні пра-вочини та недейсні договори. Діалектичний ме-тод надав можливість розглянути проблеми застосування цивільно-правових наслідків учи-нення недейсних правочинів та недейсних до-говорів у сфері публічних закупівель.

Наукова новизна результатів дослідження має похідний характер, оскільки є подальшим розвитком ідей авторів, які на основі комплекс-ного дослідження, але з погляду цивілістичної науки здійснюють аналіз проблематики ци-вільно-правового регулювання процедури здійснення публічних закупівель, результатом чого є запропоновані нові наукові положення та пропозиції щодо вдосконалення законодавства у сфері публічних закупівель.

РЕЗУЛЬТАТИ ДОСЛІДЖЕННЯ ТА ДИСКУСІЯ. Оскільки п. 1 ст. 36 Закону України «Про публічні закупівлі»² (далі – Закон)

¹ Про внесення змін до Закону України «Про публічні закупівлі» та деяких інших законодав-чих актів України щодо вдосконалення публічних закупівель : Закон України від 19.09.2019 № 114-IX // База даних (БД) «Законо-давство України» / Верховна Рада (ВР) України. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/114-20> (дата звернення: 06.07.2021).

² Про публічні закупівлі : Закон України від 25.12.2015 № 922-VIII // БД «Законодавство України» / ВР України. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/922-19> (дата звернення: 06.07.2021).

закріплює, що договір про публічну закупівлю укладається відповідно до приписів Цивільного кодексу України та Господарського кодексу України з урахуванням особливостей, визначених саме цим Законом, дозволяємо собі одразу поєднати визначення договору про закупівлю, що міститься у п. 5 ст. 1 Закону, та визначення договору, передбаченого ч. 1 ст. 626 ЦК України, завдяки чому 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, виконання робіт (Зайцев, Ясечко, 2021).

Відповідно до ст. 43 Закону договір про закупівлю є нікчемним у разі:

1) якщо замовник уклав договір про закупівлю до/без проведення процедури закупівлі / спрощеної закупівлі згідно з вимогами Закону;

2) укладення договору про закупівлю, який відрізняється від змісту тендерної пропозиції / пропозиції за результатами електронного аукціону (зокрема, ціни за одиницю товару) переможця процедури закупівлі / спрощеної закупівлі або узгодженої ціни пропозиції учасника у разі застосування переговорної процедури, крім випадків визначення грошового еквівалента зобов'язання в іноземній валюті та/або випадків перерахунку ціни за результатами електронного аукціону в бік зменшення ціни тендерної пропозиції / пропозиції учасника без зменшення обсягів закупівлі;

3) укладення договору в період оскарження процедури закупівлі в Антимонопольному комітеті України;

4) укладення договору з порушенням строків, тобто не раніше ніж через 10 днів з дати оприлюднення в електронній системі закупівель повідомлення про намір укласти договір про закупівлю, але не пізніше ніж через 20 днів з дня ухвалення рішення про намір укласти договір про закупівлю відповідно до вимог тендерної документації та тендерної пропозиції переможця процедури закупівлі; у разі обґрунтованої необхідності строк для укладання договору може бути продовжено до 60 днів (Zaitsev et al., 2021).

Легальне визначення нікчемного правочину міститься у ч. 2 ст. 215 ЦК України, відповідно до якої правочин є нікчемним, якщо його недійсність встановлено законом. У цьому разі визнання такого правочину недійсним судом непотрібне. Водночас слід пам'ятати, що в

цивільному законодавстві (ст. 204 ЦК України) існує презумпція правомірності правочину, і він вважається правомірним, тобто дійсним, доти, доки його недійсність не буде встановлено судом.

Нікчемний правочин вважається недійсними за самим фактом його укладення з моменту укладення незалежно від бажання сторін, подання позову чи рішення суду – це «мертворождені правочини». Головна їх відмінність від оспорюваних полягає в тому, що сторони та треті особи не мусять отримувати рішення суду, щоб застосувати наслідки визнання правочину недійсним, але у випадках, установлених ЦК України, нікчемний правочин може бути визнано судом дійсним (Zaitsev et al., 2020).

До вичерпного переліку нікчемних правочинів у цивільному праві належать такі:

1) антисоціальні (такі, що суперечать за своїм змістом цивільному законодавству і моральним засадам суспільства);

2) правочини, недійсні через недотримання запропонованої законом форми;

3) укладені малолітніми особами за межами своєї дієздатності;

4) правочини з недієздатними;

5) вчинення правочину без дозволу органу опіки і піклування, якщо це прямо передбачено законодавством;

6) правочини, які порушують публічний порядок (Кройтор та ін., 2016).

Аналізуючи зміст ст. 43 Закону та ч. 2 ст. 215 ЦК України, можемо зробити попередній висновок про те, що договір про закупівлю є нікчемним, якщо він порушує публічний порядок.

Аналогічно це питання вирішується і у судовій практиці. Так, у постанові Восьмого апеляційного адміністративного суду від 14 травня 2021 р., справа № 460/8484/20, поряд з іншими порушеннями зазначено, що тендерна документація замовника не відповідає вимогам Переліку формальних помилок, затвердженому Наказом Міністерства розвитку економіки, торгівлі та сільського господарства України (далі – Мінекономіки) від 15 квітня 2020 р. № 710 (далі – Наказ № 710), зареєстрованому у Міністерстві юстиції України 29 липня 2020 р. під № 715/34998, чим порушено вимоги п. 19 ч. 2 ст. 22 Закону України «Про публічні закупівлі», а отже, закупівля UA-2020-08-18-002304-b вважається закінченою з моменту укладення договору про закупівлю, а саме з 26 жовтня 2020 р., то внесення будь-яких змін до тендерної документації чи зміна ухвалених рішень щодо процедури проведення

публічної закупівлі з боку позивача не є можливими, отже, договір визнається нікчемним.

Аналіз нікчемного договору про закупівлю крізь призму недійсного правочину в теорії права дає можливість віднести їх до групи неправомірних дій. У цьому разі і нікчемні договори про закупівлю, і недійсні правочини як неправомірні факти належать до однієї категорії юридичних фактів, зважаючи на використання концепції «нікчемність» стосовно обох цих категорій. Однак під час віднесення недійсних правочинів до правопорушень необхідно враховувати діалектичну єдність обов'язкових елементів правопорушення: заподіяння шкоди, неправомірності дії, правового зв'язку між неправомірною дією та завданою шкодою і вини порушника. Визначення цивільного правопорушення саме через сукупність об'єктивних та суб'єктивних елементів міцно закріпилося в науці цивільного права. Тобто якщо недійсний правочин містить у собі всі елементи цивільного правопорушення, він належить за правовою природою до цивільного правопорушення. Відсутність якогось з елементів складу правопорушення в разі вчинення недійсного правочину (наприклад, протиправності, вини чи шкоди) свідчить про неможливість кваліфікації його як правопо-

рушення, проте для визнання його недійсним достатньо лише однієї об'єктивної ознаки – його невідповідності нормам цивільного законодавства. Для нікчемного договору про закупівлю теж достатньо лише однієї об'єктивної ознаки – його невідповідності нормам закону. Тому пропонуємо визначення *нікчемного договору про закупівлю* як такого, що порушує публічний порядок, укладається з недотриманням процедури, передбаченої у законі, й унеможливорює визнання його в судовому порядку дійсним.

ВИСНОВКИ. Отже, правочин, учинений із порушенням загальних вимог, які є необхідними для його чинності, належить до неправомірних дій, а отже, до правопорушень. Проте, незважаючи на недійсність правочину, з погляду об'єктивного права, за певних умов такі правочини можуть визнаватися судом дійсними, оскільки не порушують конкретних суб'єктивних прав інших осіб, не завдають шкоди, не містять ознаки протиправності тощо. Для нікчемного договору про закупівлю не передбачено судовий порядок визнання його чинним, тому порушення процедури укладення договорів про закупівлю, безумовно, тягне визнання його нікчемним, незважаючи навіть на факт його укладання та виконання.

СПИСОК БІБЛІОГРАФІЧНИХ ПОСИЛАНЬ

1. Білан О. П. Правочини, які порушують інтереси держави і суспільства, його моральні засади, у цивільному законодавстві України : автореф. дис. ... канд. юрид. наук : 12.00.03. Київ, 2021. 18 с.
2. Жеков В. І. Правочини, які порушують публічний порядок за цивільним законодавством України : автореф. дис. ... канд. юрид. наук : 12.00.03. Одеса, 2006. 20 с.
3. 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.
4. Зайцев О. Л., Ясечко С. В. Договір про публічні закупівлі з погляду приватного права. *Право і безпека*. 2021. № 1 (80). С. 139–140.
5. Курепіна О. Ю. Правове регулювання публічної закупівлі вугілля для соціально значущих об'єктів : дис. ... канд. юрид. наук : 12.00.04. Київ, 2020. 200 с.
6. Кучер В. О. Нікчемні правочини : автореф. дис. ... канд. юрид. наук : 12.00.03. Львів, 2005. 16 с.
7. 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.
8. Перова О. В. Недійсність правочину, який порушує публічний порядок : автореф. дис. ... канд. юрид. наук : 12.00.03. Харків, 2010. 18 с.
9. Петруненко Я. В. Господарсько-правові основи державних закупівель в Україні : автореф. дис. ... канд. юрид. наук : 12.00.04. Одеса, 2013. 20 с.
10. 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.
11. Руцак І. В. Правочини, що порушують публічний порядок, і їх недійсність : дис. ... д-ра юрид. наук : 12.00.03. Київ, 2012. 223 с.
12. Сошникова А. О. Теоретичні засади здійснення публічних закупівель. *Часопис Київського університету права*. 2015. № 3. С. 221–226.
13. 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. 384 с.
14. Шишка О. Р. Рівень правової визначеності концепту цивільного права як гарантія правової безпеки та стабільності права: до постановки проблеми // Безпека як правовий концепт : виступи учасників Всеукр. наук.-практ. конф. (м. Київ, 20 квіт. 2018 р.) / Нац. ун-т «Одеська юридична академія». Київ : Ліра-К, 2018. С. 105–111.

15. 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.
16. Legal nature of invalid transactions / O. Zaitsev, V. Kroitor, A. Isaiev et al. *Systematic Reviews in Pharmacy*. 2020. Vol. 11, No. 11. Pp. 533–536.
17. The Necessity to Adapt the Public Procurement Contract to Private Law (Eu Law) / O. Zaitsev, T. Maslennykova, V. Kravchuk et al. *Journal of Legal, Ethical and Regulatory Issues*. 2021. Vol. 24, Iss. 1. URL: <https://www.abacademies.org/articles/the-necessity-to-adapt-the-public-procurement-contract-to-private-law-eu-law-10840.html> (дата звернення: 06.07.2021).

Надійшла до редакції: 09.07.2021

ЗАЙЦЕВ А. Л., ШИШКА А. Р. КОНЦЕПЦІЯ «НИЧТОЖНОСТЬ ДОГОВОРА» В ГОСУДАРСТВЕННЫХ ЗАКУПКАХ

Проанализированы пути возникновения и закрепления в процедуре публичных закупок института ничтожного договора. Обобщены научные наработки, посвященные исследованию вопросов о ничтожности договоров в различных отраслях права Украины. Установлены и охарактеризованы основные концептуальные противоречия между ничтожным договором в публичных закупках и гражданско-правовой доктриной ничтожной сделки. Критически проанализировано понятие «ничтожность договора» в государственных закупках путем его анализа и соотнесения с пониманием ничтожной сделки в гражданском праве Украины. Предложены основные (постоянные) условия признания договора ничтожным в государственных закупках. Сформулировано обобщенное понятие ничтожного договора в государственных закупках.

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

ZAITSEV O. L., SHYSHKA O. R. THE CONCEPT OF "VOID CONTRACT" IN PUBLIC PROCUREMENT

The way of origin and consolidation in the public procurement procedure of the institute of a void contract, which was first formulated as "the result of invalid bidding", is analyzed.

The scientific developments devoted to the issues of voidness of transactions and scientific research in the field of public procurement in Ukraine are summarized.

The author's definition of the procurement contract is given: it is an agreement between the Customer and the Participant (more parties), aimed at establishing, transferring or terminating property rights and obligations, which is concluded as a result of the procurement procedure and provides for ownership of property services or works.

The grounds for declaring the procurement contract null and void are listed, namely: concluding a procurement contract before or without the procurement procedure, concluding a procurement contract that differs from the content of the tender offer / offer based on the results of the electronic auction; concluding an agreement during the period of appealing the procurement procedure to the Antimonopoly Committee of Ukraine; concluding a contract in violation of the terms.

The main conceptual differences between a void contract in public procurement and the civil law doctrine of a void transaction are established and characterized. The main difference from void transactions is that the parties and third parties do not have to obtain a court decision to apply the consequences of declaring a transaction invalid, but in cases established by the Civil Code of Ukraine, a void transaction may be recognized by a court as valid.

The notion of "void contract" in public procurement is critically analyzed through the prism of understanding and essential conditions of general civilization of invalid contract, as it is not possible to recognize such a contract valid in court.

The definition of a void contract in public procurement as one that violates public order, is concluded in violation of the procedure provided by law, and makes it impossible to recognize it valid in court.

Key words: tender, public procurement, contract, procurement contract, essential terms of the procurement contract, voidness of the procurement contract.

Цитування (ДСТУ 8302:2015): Зайцев О. Л., Шишка О. Р. Концепція «нікчемність договору» в державних закупівлях. *Право і безпека*. 2021. № 3 (82). С. 131–135. DOI: <https://doi.org/10.32631/pb.2021.3.14>.

Citation (APA): Zaitsev, O. L., & Shyshka, O. R. (2021). The Concept of "Void Contract" in Public Procurement. *Law and Safety*, 3(82), 131–135. <https://doi.org/10.32631/pb.2021.3.14>.