

Зайцев Олексій Леонідович

кандидат юридичних наук, професор, завідувач кафедри цивільно-правових дисциплін факультету № 4 Харківського національного університету внутрішніх справ

### «НІКЧЕМНІ ДОГОВОРИ» В ДЕРЖАВНИХ ЗАКУПІВЛЯХ

Науковий потенціал дослідження проблем недійсних правочинів в публічних правовідносинах не зменшується й до сьогодні. В Україні серед дисертаційних досліджень із даної тематики можна виділити кандидатські дисертації В. О. Кучер «Нікчемні правочини» (2005), О. П. Білан «Правочини, які порушують інтереси держави і суспільства, його моральні засади в цивільному законодавстві України» (2021), І. В. Рушак «Правочини, що порушують публічний порядок, і їх недійсність» (2012), В. І. Жекова «Правочини, які порушують публічний порядок за цивільним законодавством України» (2006), О. В. Перової «Недійсність правочину, який порушує публічний порядок» (2010). Результатом наукового пошуку в сфері публічних закупівель стали дисертаційні дослідження О. Л. Юдіцького «Правове регулювання закупівель товарів, робіт і послуг за державні кошти» (2013), Я. В. Петруненко «Господарсько-правові основи державних закупівель в Україні» (2013), А. О. Олефіра «Господарське-правове забезпечення державних закупівель у сфері охорони здоров'я» (2014), М. С. Письменної «Методологія та організація аналізу і контролю закупівель за державні кошти» (2018), А. О. Сошникова «Теоретичні засади здійснення публічних закупівель» (2015), О. Ю. Курепіни «Правове регулювання публічної закупівлі вугілля для соціально значущих об'єктів» (2020), у яких започатковано вирішення проблем державних закупівель. Поряд з цим, завдання, що в них вирішувалися, знаходилися поза межами цивільного права, а саме, на перехресті економічної науки з державним управлінням, господарським та адміністративним галузями права. Все це обумовило

зробити спробу вирішення практичних проблем концепції «нікчемності договору» в державних закупівлях через призму цивільно-правового аналізу нікчемного правочину.

П. 1 ст. 36 ЗУ «Про публічні закупівлі» (надалі Закону) закріплює, що договір про публічну закупівлю укладається у відповідності до приписів Цивільного кодексу України (надалі ЦК 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 отримуємо третє, в якому договір про закупівлю – домовленість між Замовником та Учасником (більшого числа 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. Постанова КМУ № 1178 «Про затвердження особливостей здійснення публічних закупівель товарів, робіт і послуг для замовників, передбачених Законом України “Про публічні закупівлі”, на період дії правового режиму воєнного стану в Україні та протягом 90 днів з дня його припинення або скасування», не скасувавши Закон України “Про публічні закупівлі” істотно збільшила кількість закупівель, активувавши питання визнання їх нікчемними.

Відповідно до п. 21 Постанови № 1178 Договір про закупівлю є нікчемним у разі:

- 1) коли замовник уклав договір про закупівлю з порушенням вимог, визначених пунктом 5 особливостей;
- 2) укладення договору про закупівлю з порушенням вимог пункту 18 особливостей;
- 3) укладення договору про закупівлю в період оскарження відкритих торгів відповідно до статті 18 Закону та особливостей;
- 4) укладення договору з порушенням строків, передбачених абзацами третім та четвертим пункту 49 особливостей, крім випадків зупинення

перебігу строків у зв'язку з розглядом скарги органом оскарження відповідно до статті 18 Закону з урахуванням особливостей;

5) коли назва предмета закупівлі із зазначенням коду за Єдиним закупівельним словником не відповідає товарам, роботам чи послугам, що фактично закуплені замовником.

Легальне визначення нікчемного правочину міститься у ч. 2 ст. 215 ЦК України, до якої нікчемним є правочин, якщо його недійсність встановлена законом. У цьому разі визнання такого правочину недійсним судом не вимагається. У той же час 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 встановлена судом.

Нікчемний правочин вважаються недійсними за самим фактом їх укладання з моменту укладання, незалежно від бажання сторін, пред'явлення позову чи рішення суду – «мертвонароджені правочини». Головна їх відмінність від оспорюваних полягає в тому, що сторони та треті особи не повинні отримувати рішення суду, щоб застосувати наслідки визнання правочину недійсним, але у випадках, встановлених ЦК України, нікчемний правочин може бути визнаний судом дійсним.

До вичерпного переліку нікчемних правочинів в цивільному праві належать:

- 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 14.05.2021, справа № 460/8484/20 поряд з іншими порушеннями зазначено, що тендерна документація замовника не відповідає вимогам Переліку формальних помилок, затвердженого наказом Міністерства розвитку економіки, торгівлі та сільського господарства України (далі — Мінекономіки) від 15.04.2020 № 710, зареєстрованим у Міністерстві юстиції України 29.07.2020 під № 715/34998 (далі — Наказ № 710), чим порушено вимоги п. 19 ч. 2 ст 22 Закону України «Про публічні закупівлі» і таким чином закупівлі UA-2020-08-18-002304-б вважається закінченою з моменту укладення договору про закупівлю, а саме з 26.10.2020, то внесення будь-яких змін до тендерної документації чи зміна прийнятих рішень щодо процедури проведення публічної закупівлі зі сторони позивача не вбачається за можливе, таким чином договір визнається нікчемним.

Аналіз нікчемного договору про закупівлю через призму недійсного правочину в теорії права дозволяє їх віднесення до групи неправомірних дій. У даному випадку нікчемні договори про закупівлю так і недійсні правочини як неправомірні факти відносяться до одної категорії юридичних фактів, зважаючи на використання концепції «нікчемність» відносно цих обох категорій. Однак, при віднесенні 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 вина порушника. Визначення цивільного правопорушення саме через сукупність об'єктивних та суб'єктивних елементів міцно закріпилося у науці цивільного права. Тобто, якщо недійсний правочин містить у собі всі елементи цивільного правопорушення, він відноситься за правовою природою до цивільного

правопорушення. Відсутність якогось із елементів складу правопорушення при вчиненні недійсного правочину (наприклад, протиправності, вини чи шкоди) свідчить про неможливість кваліфікації його як правопорушення, 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 наступне визначення нікчемного договору про закупівлю, як такого, який порушує публічний порядок, укладений з недотриманням процедури, передбаченою у Законі, та унеможливорює визнання його в судовому порядку дійсним.

Таким чином, в якості висновку, пропонуємо, правочин, учинений із порушенням загальних вимог, які є необхідними для чинності правочину відноситься до неправомірних дій, а отже – до правопорушень. Проте, незважаючи на недійсність правочину з точки зору 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 передбачений судовий порядок визнання його чинним, тому порушення процедури укладання договорів про закупівлю безумовно тягне визнання його нікчемним не зважаючи навіть на факт його укладання та виконання.