

2. Малиновський А. А. Злоупотребление правом. — М., 2002. — С. 8, 9.
3. Исмагилов Р. Р. Право злоупотребления или злоупотребление правом // Право и политика. — 2000. — № 7. — С. 14–20.
4. Яцешко Т. С. Категория шиканы в гражданском праве: История и современность. — М.: Статут, 2003. — С. 35, 59.
5. Грибапов В. П. Пределы осуществления и защиты гражданских прав. — М., 2000. — С. 40, 63.
6. Агарков М. М. Проблема злоупотребления правом в советском гражданском праве // Известия АН СССР. Отд-ние экономики и права. — 1946. — № 6. — С. 427.
7. Самойлова М. В. Право личной собственности граждан СССР: Автореф. дис... канд. юрид. наук: 12.00.03. — 1965. — С. 19.
8. Бару М. И. О ст. 1 Гражданского кодекса // Советское государство и право. — 1958. — № 12. — С. 118.
9. Братусь С. Н. О пределах осуществления гражданских прав // Советское государство и право. — 1967. — № 3. — С. 82.
10. Рясенцев В. А. Условия и юридические последствия отказа в защите гражданских прав // Советское государство и право. — 1962. — № 9. — С. 8–9.
11. Доманжо В. Ответственность за вред, причиненный путем злоупотребления правом // Ученые записки Казанского Императорского университета. — Казань, 1913. — Кн. 5. — С. 5.
12. Германское право. Ч. 1. Гражданское уложение: Пер. с нем. — М., 1996.
13. Ergman BGB Pandkommentar. Bd. 1. — Munster Westfalen, 1972. — S. 399.
14. Годсе Е. Общая теория обязательств. — М., 1948. — С. 327.
15. Гражданское и торговое право капиталистических государств. — М., 1966. — С. 48.

УДК 347.441.142

Н. Ю. Голубева

ЮРИДИЧНА ПРИРОДА КОНКУРСУ З МЕТОЮ УКЛАДАННЯ ДОГОВОРУ

Незважаючи на розповсюдженість на практиці відносин у зв'язку із організації конкурсів, це явище до останнього часу, на жаль, не привертає уваги вчених-цивілістів. За останній час, принаймні з 1965 року, не з'явилося жодної статті, присвяченої публічній обіцянці винагороди чи публічному конкурсу. Аналізу піддається тільки особливий вид конкурсу, а саме: конкурс як спосіб укладання договору, але й ці статті присвячені лише окремим питанням даного виду конкурсу чи проблемам організації конкурсів з метою укладання договору в окремих галузях господарства [1].

Конкурс у загальноприйнятому розумінні (від лат. concurs) — змагання, конкуренція, що мають метою виділити кращих, найкращих з числа його учасників, участь у змаганні за нагороду, місце, звання. Тому до нього прибігають усякий раз, коли необхідно одержати кращий з числа можливих результат.

Конкурси можуть оголошуватися не тільки для одержання кращих результатів інтелектуальної діяльності, вчинення визначеної дії, виконання роботи, що регулюється гл. 78 ЦК України, але і з метою виявлення кращого партнера для укладання договору. Ці випадки не регулюються нормами про публічну обіцянку винагороди за результатами конкурсу, а регулюються спеціальними нормами. Стаття 650 ЦК України передбачає, що «особливості укладання дого-

ворів на біржах, аукціонах, конкурсах визначаються відповідними актами цивільного законодавства».

Цивільний кодекс не дає відповіді на запитання, чи є конкурс, передбачений ст. 650 ЦК України, прикладом конкурсу в розумінні гл. 78 ЦК України. На жаль, законодавець дуже стисло регулює особливості укладання договорів на біржах, аукціонах та конкурсах, відсилаючи нас до інших нормативних актів цивільного законодавства. Аналіз таких нормативних актів не тільки не дає змоги відповісти на поставлене нами питання, але й містить плутанину щодо термінів. Тому насамперед треба з'ясувати, в яких випадках у законодавчих актах йде мова саме про конкурс та що мається на увазі під цим терміном.

Часто в нормативно-правових актах законодавець застосовує термін «тендер» для позначення поняття конкурс в розумінні ст. 650 ЦК України (далі — конкурс) [2]. «Тендер» — це пряме запозичення з англійської мови (*tender* — офіційна пропозиція), що позначає конкурси. Слово «тендер» прийшло в Україну з міжнародної ділової практики й означає покупку на конкурсній основі будь-яких товарів чи послуг. Тому за смисловим навантаженням ці терміни рівнозначні, однак прийнято застосовувати термін «тендер» у тих випадках, коли мова йде про конкурс як про форму укладання договору. Але користатися таким терміном бажано було б тільки у міжнародних відносинах. Для внутрішніх відносин необхідно використовувати термін «конкурс» саме тому, що конкурс і тендер — це рівнозначні поняття.

Аналіз останніх нормативно-правових актів дає змогу стверджувати, що поступово термін «конкурс» замінює термін «тендер» у правових нормах [3]. Уявляється доцільним застосовувати термін «конкурс» для всіх конкурсів, це буде сприяти стандартизації законодавства, процедур і документації, що, у свою чергу, вплине на зниження витрат засновників конкурсів і учасників конкурсу на участь в них. Іноді у нормативно-правових актах зустрічається вживання терміна «тендер» у розумінні торгів [4], хоча, на наше переконання, таке становище не повинно існувати, тому для єдиного розуміння згаданих термінів законодавцю треба визначитися та упорядкувати їх вживання.

Крім того, законодавець невірно трактує іноді деякі поняття. Так, наказом Держкомціпаперів України затверджене Положення про реєстрацію фондів бірж та торговельно-інформаційних систем і регулювання їх діяльності № 9 від 15.01.1997 р., в якому міститься таке трактування поняття аукціону: «...конкурсний спосіб організації торгівлі». Виходить, що аукціон — це форма конкурсу, але це не так. І аукціон, і конкурс є самостійними способами організації торгів, їх поєднує те, що вони є конкурентними способами такої торгівлі.

Непослідовність законодавця виявляється і тому, що він іноді поняття «публічні торги» (які, як відомо, можуть бути організовані у формі конкурсів чи аукціонів) ототожнює з поняттям «аукціон». Наприклад, це свідчить з назви деяких нормативно-правових актів: Положення про порядок проведення аукціонів (публічних торгів) з реалізації заставленого майна, затверджене постановою КМУ від 22 грудня 1997 р. № 1448. Таке становище призвело до того, що деякі дослідники теж тлумачать публічні торги саме як аукціон [5].

Звісно, названі неузгодженості у правовому регулюванні різноманітних конкурсів пов'язані з існуванням великої кількості нормативно-правових актів з цього приводу та відсутністю єдиного підходу, концепції до конкурсів як способу укладання договорів.

Не існує у юридичній літературі єдиної думки про юридичну природу конкурсу, який проводиться з метою укладання договору з переможцем, як і немає досліджень з метою систематизувати та упорядкувати існуючі погляди та нормативно-правову регламентацію такого виду конкурсу. Це, мабуть, і породило відсутність єдиного розуміння конкурсу на укладання договору у нормативно-правових актах. Звісно, що засновник конкурсу та його учасники особливо не турбуються про правову природу своїх дій, які направлені на проведення конкурсу чи на участь у ньому: чи здійснюють вони правочин, чи укладають між собою договори, чи вступають у недоговірне зобов'язання. Але така прогалина повинна бути усунена хоч б для того, щоб чітко визначити чи виникають, які та в який момент, права та обов'язки у засновника конкурсу та в учасників конкурсу.

В юридичній літературі по-різному пояснюють юридичну природу оголошення конкурсу. Загалом всі підходи до цього питання можна поділити на три групи, де оголошення конкурсу розглядається, по-перше, як запрошення до оферт, по-друге, як оферта, по-третє, як односторонній правочин.

Погляд на оголошення конкурсу як на запрошення до оферт найпоширеніший у нормативно-правових актах України, що, напевне, пояснюється запозиченням цього погляду із зарубіжного цивільного законодавства. Наприклад, правове регулювання комерційних конкурсів у Республіці Болгарії, Швейцарії здійснюється на основі правового регулювання договорів, а саме порядку заяви оферти та отримання акцепту, а публічне сповіщення про проведення конкурсу розглядається як «виклик оферт» [6].

Деякі українські нормативно-правові акти теж сприйняли такий погляд на правову природу оголошення конкурсу [7], як і окремі дослідники, що розглядають повідомлення про проведення конкурсу при приватизації державного майна як запрошення до оферт [8].

Погляд на оголошення конкурсу як на оферту теж пропонується деякими дослідниками [9]. На їх думку, публікація сповіщення про проведення конкурсу є публічною офертою до всіх учасників ринку укласти договір про проведення конкурсу, а сповіщена в певній формі згода на участь у конкурсі — акцепт на оферту. Тобто оферта направлена не на укладання договору, задля якого, власне, і проводиться конкурс, а на укладання договору про проведення конкурсу. Заперечення викликає насамперед можливість визнання виникнення договору про проведення конкурсу. На нашу думку, яка збігається з думкою законодавця, який визначає конкурсні відносини як недоговірні зобов'язальні відносини. Засновник конкурсу та його учасники не вступають у договірні відносини, а — в зобов'язання у зв'язку з конкурсом, тому вже з цих причин названа точка зору не може бути прийнята за вірну.

Погляд на оголошення конкурсу на право укладання договору як на односторонній правочин розповсюджений в сучасних російських підручниках, що по-

яснюється існуванням п. 5 ст. 1057 ЦК РФ, який містить таке положення: «До публічного конкурсу, який містить зобов'язання укласти з переможцем конкурсу договір, правила, передбачені цією главою, застосовуються постільки, поскільки ст. ст. 447–449 (присвячених укладанню договорів на торгах. — Г. Н.) цього Кодексу не передбачене інше». Тобто законодавець недвозначно визначив, що конкурс як вид торгів є різновидом публічного конкурсу, що дає змогу розповсюдити всі положення, які стосуються публічного конкурсу, на конкурс, ціллю якого є укладання договору з переможцем і навпаки. Тому якщо такий конкурс є різновидом публічної обіцянки винагороди, то оголошення конкурсу за своєю юридичною природою є одностороннім правочином.

Таким чином, якщо дві перші позиції не визнають конкурс на право укладання договору різновидом публічної обіцянки винагороди, то третя — визнає. На жаль, український законодавець не висловився з цього приводу, що може привести до різного тлумачення юридичної природи такого конкурсу на практиці. Існує багато нормативно-правових актів, які регулюють конкурсні відносини в різних сферах, але єдиного підходу до його регулювання нема. Незрозуміло, чи можна використовувати норми про публічний конкурс при вирішенні спірних питань конкурсу, ціллю якого є укладання договору з переможцем?

Ми не можемо визнати оголошення конкурсу запрошенням до ofert, тому що у науці цивільного права запрошенням до ofert визнається пропозиція про укладання договору, звернена до невизначеного кола осіб, яка містить всі істотні умови майбутнього договору, але не виражає наміру особи, що зробила пропозицію, бути зв'язаною договором на запропонованих умовах з кожним, хто відгукнеться на таку пропозицію [10]. Оголошення конкурсу не може бути визнано запрошенням до ofert, тому що конкурс як змагання має на меті не укладання договору, а визначення переможця конкурсу; і завершується він не укладанням основного договору, задля якого він проводиться, а підписанням протоколу про результати конкурсу. Договір, який буде укладений потім, не охоплюється зобов'язанням у зв'язку з конкурсом, а є окремим двостороннім правочином.

Крім того засновник конкурсу хоч і не виражає наміру бути зв'язаним договором на запропонованих умовах з кожним, хто відгукнеться на конкурсну пропозицію, але з його одностороннього правочину — оголошення конкурсу — випливає обов'язок розглянути всі пропозиції. Потім з конкурсних відносин (організаційно-правових) випливає обов'язок оцінити пропозиції та визначити найкращу з них. Без таких обов'язків втрачається смисл проведення конкурсу. Звичайно, якщо визнати конкурс запрошенням до ofert, то засновник конкурсу не буде зв'язаний своєю пропозицією. В цьому разі конкурс як дієвий інститут цивільного права втрачає свою практичну значущість. Постраждалою стороною будуть звичайно учасники конкурсу, які, витративши свою енергію, час, гроші, виявляються незахищеними з боку свавілля засновника конкурсу. А таке свавілля буде цілком законним, якщо визнати конкурс запрошенням до ofert.

Невірною також уявляється точка зору, яка висловлена у літературі, що між засновником конкурсу та учасником конкурсу шляхом конкурсу встановлюються договірні відносини (купівлі-продажу, оренди і т.п.), що і визначають юридичну природу зобов'язань, які виникли на їх основі. «Роль односторонніх правочинів зводиться до визначення одного з їхніх суб'єктів (набувача), але не їхнього змісту» [11]. У цьому випадку незрозуміло, як з договірних відносин впливає обов'язок укласти договір, якого на момент вчинення указаних правочинів ще не існує. В рамках якого зобов'язання виникає такий обов'язок?

Якщо визнати конкурс у розумінні ст. 650 ЦК України різновидом публічної обіцянки винагороди за результатами конкурсу, такі питання відпадають самі собою. Загальним для обох видів конкурсу є те, що використовуються вони для вибору виконавців, постачальників, спеціалістів з числа осіб, які задовольняють визначеним кваліфікаційним вимогам.

Але хоч конкурс в розумінні ст. 650 ЦК України ми вважаємо різновидом публічної обіцянки винагороди за результатами конкурсу, але визнаємо, що він є досить специфічним. Це можна пояснити тим, що він має більш комерційний характер. Правове регулювання звичайного конкурсу (у розумінні гл. 78 ЦК України) робить його структуру досить неекономічною, що звичайно не може бути прийнятним для конкурсу у розумінні ст. 650 ЦК України. Деякі питання повинні мати зовсім інше правове регулювання, але при збереженні загального підходу.

Аналіз нормативно-правових актів України дає змогу стверджувати, що конкурси оголошуються за двома причинами. По-перше, відповідно до вимог корпоративної політики закупівель. По-друге, для того, щоб одержати кращий продукт, роботу, послугу та ін. за кращу ціну, тобто щоб знайти найкращого контрагента для майбутнього договору.

Наприклад, згідно із Законом України «Про закупівлю товарів, робіт і послуг за державні кошти» [12] основним засобом закупівлі товарів, робіт, послуг для державних потреб є відкриті торги. Торги проводяться у двох формах: аукціону і конкурсу. Широко використовується конкурс на торгах при приватизації державної і комунальної власності [13].

Крім того, конкурси проводяться при продажу нерухомості (не тільки в зв'язку з приватизацією), іншого майна (у тому числі конфіскованих митними органами предметів контрабанди), при оренді нежилых приміщень та земельних ділянок для комерційної діяльності, при продажу експортних квот, в інвестиційній діяльності, а також в інших галузях господарської діяльності. Вони мають на меті виявлення конкретного суб'єкта, з яким повинен бути укладений договір. Майно передається тому з учасників конкурсу, хто запропонував найкращі для засновника конкурсу умови. Власне кажучи, конкурс може застосовуватися при укладанні будь-яких договорів, які направлені на продаж майна чи прав. Але навряд чи можливе застосування цього інституту при здійсненні договорів, які не сумісні за своєю сутністю із конкурсом: договорів про сумісну діяльність, дарування.

Конкурс, якщо він проводиться коректно, — дуже зручний механізм одер-

жання від фірм, що беруть участь у ньому, найкращих пропозицій (тимчасових і фінансових) щодо постачання продукції чи виконання якого-небудь проекту, тому що в цьому випадку немає потреби переконувати фірму знизити ціни — це зроблять її конкуренти.

Основними недоліками проведення конкурсів України є: по-перше, не формуються чи не доводяться до учасників опис і умови конкурсів; по-друге, у більшості випадків компанія-засновник уже досить жорстко орієнтована на двох потенційних виконавців. Багато питань виникає після повідомлення про поразку в конкурсі. Як правило, цікавляться причинами відхилення заявки. Це цілком закономірні запити: вони свідчать про бажання учасників довідатися про свої недоліки і постаратися уникнути помилок у майбутньому. Можна запропонувати законодавцю ввести правило про обов'язкове надання засновником конкурсу звітів учасникам конкурсу відразу ж після закінчення конкурсу, які б дозволяли аналізувати достоїнства і недоліки заявок учасників конкурсу. Відповіді на запити учасників, що програли, часто дозволяють зняти образи, гнів і підозри, засновані на нестачі інформації, отриманій при розкритті конвертів із заявками.

Зазначені недоліки організації проведення конкурсів в Україні можна звести до мінімуму, якщо уніфікувати норми, які стосуються проведення конкурсів, що містяться у різноманітних правових актах. Для вироблення єдиного підходу у правовому регулюванні конкурсу на право укладання договору треба враховувати специфіку та відмінність указаного конкурсу та конкурсу, про який йдеться у гл. 78 ЦК України.

Специфіка конкурсу, який розглядається, полягає в декількох моментах:

1. Суб'єктами конкурсу, як правило, є юридичні та фізичні особи, які займаються підприємництвом. Особливим суб'єктом є держава, органи державної влади та органи місцевого самоврядування і підпорядковані їм установи та організації, які мають право буди засновником конкурсів, які проводяться для закупівлі товарів, робіт і послуг за державні кошти.

2. Як правило, комерційна направленість цього конкурсу вимагає специфічного регулювання правил щодо оголошення конкурсу, внесення змін в його умови, відмову від проведення конкурсу.

3. Обов'язки засновника конкурсу на право укладання договору мають відмінності від таких при конкурсі, який регулюється гл. 78 ЦК України. Засновник конкурсу повинен підписати протокол про результати конкурсу чи протокол про укладання основного договору в майбутньому з особою, яка визнана переможцем конкурсу, без такого обов'язку конкурс втрачає свій смисл. Засновник конкурсу у розумінні гл. 78 ЦК України зобов'язаний видати винагороду і (чи) моральне заохочення.

В чинному законодавстві України відсутній єдиний правовий акт, що регулює порядок проведення публічних торгів у формі конкурсів (зокрема, і аукціонів теж). З огляду на те, що нормативно-правові акти по-різному визначають деякі терміни, по-різному регулюють однакові питання, виникає необхідність визначення загальних норм, які б регулювали основні питання конкурсів в рамках

ЦК України. Це допоможе уніфікувати підходи до правового регулювання одних і тих же питань у різних нормативно-правових актах. Можливо, доцільним буде визначення основних правил про конкурси, ціллю яких є укладання договорів з переможцями, у ЦК України, у главі присвяченій укладанню договорів.

Література і примітки

1. Каган Е., Сухадольский Г. Правовая природа конкурса // *Хозяйство и право*. — 2001. — № 2. — С. 49–51; Данилова П. В. Конкурсы и аукционы на право пользования недрами: проблемы правового регулирования // *Экологическое право*. — 2002. — № 2. — С. 40–44; Тендери: питання і відповіді // *Фінансово-економічний вісник закладів освіти*. — 2002. — № 6. — С. 45–47.
2. Методичні рекомендації з розробки конкурсної пропозиції (оферти) претендента, затвержені наказом Держкоммістобудування України № 87 від 28 травня 1997 р.
3. Так, фактично виключили терміп «тендер» з вжитку та замінили його на терміп «конкурс». Зміни та доповнення, що вносяться до постанов Кабінету Міністрів України, затвержені постановою Кабінету Міністрів України від 27 вересня 2000 р. № 1469 // *Офіційний вісник України*. — 1997 — Ч. 28. — С. 41.
4. Тимчасовий порядок проведення операцій з купівлі та продажу валютних надходжень на Тендерах Центру клірингових розрахунків при Українській міжбанківській валютній біржі затверджений інструкцією НБУ № 19010/2943-7594 від 16.12.1993; Про закупівлю товарів, робіт і послуг за державні кошти: Закон України від 22 лютого 2000 р. // *Відомості Верховної Ради*. — 2000. — № 20. — С. 148.
5. *Хозяйственный кодекс Украины: Комментарий*. — Х.: ООО «Одиссей», 2004. — С. 406.
6. Правовое регулирование организации и проведения коммерческих конкурсов, аукционов и торгов: Обзор зарубежного законодательства // *Журнал российского права*. — 1999. — № 2. — С. 122–133.
7. Наприклад, такий підхід зберігається у Законі України від 22 лютого 2000 року «Про закупівлю товарів, робіт і послуг за державні кошти»; Методичних рекомендаціях з розробки конкурсної пропозиції (оферти) претендента, затверджених наказом Держкоммістобудування України № 87 від 28 травня 1997 р. та ін. Варто наголосити, що більшість нормативно-правових актів унікають терміпів оферта-акцепт, а застосовують терміп «конкурсна пропозиція».
8. Демченко П. С. Договір купівлі-продажу об'єктів приватизації. — К.: Фронт, 2000. — С. 115.
9. Каган Е., Сухадольский Г. Правовая природа конкурса // *Хозяйство и право*. — 2001. — № 2. — С. 49–51.
10. *Гражданское право: Учебник. Ч. 1 / Под ред. А. Г. Калпина, А. И. Масляева.* — М.: Юристъ, 1997. — С. 392; *Зобов'язальне право: Теорія і практика: Павч. посіб. / За ред. О. В. Дзери.* — К.: Юріком Інтер, 1998. — С. 35.
11. *Гражданское право. Т. 11, полутом 2: Учебник / Отв. ред. Е. А. Суханов.* — М.: Бек, 2000. — С. 385.
12. *Відомості Верховної Ради*. — 2000. — № 20. — С. 148.
13. Див., наприклад, ст. 15 Закону України «Про приватизацію державного майна» від 4 березня 1992 р. та ст. 3 Закону України «Про приватизацію великих державних підприємств (малу приватизацію)» від 6 березня 1992 р. визначають, що одним із способів приватизації є продаж за конкурсом.