

Договір з фізичною особою: усі «за» і «проти»

Договір з фізичною особою, що жодним чином не зареєструвала свою підприємницьку чи професійну діяльність, рідко зустрінеш на вебпорталі PROZORRO. Однак практично в кожного замовника може знайтись принаймні один такий договір.

Одні кажуть, що це майже те саме, що наймана праця. Прихильники цього підходу спираються на два основні аргументи:

Єдиний соціальний внесок що за найманих працівників, що за осіб, залучених за договором ЦПХ, — 22 %;

бюджетні установи оплачують винагороду за договором ЦПХ за тим самим KEKB, що й заробітну плату штатним працівникам, а саме 2110 «Оплата праці».

Такі відчайдухи сміливо укладають договори ЦПХ на тривалий строк, незважаючи на їхню ціну та розмір нарахувань на винагороду (22 % ЄСВ).

Інші категорично заперечують можливість укладення договору ЦПХ на суму, що перевищує порогові значення для проведення процедур закупівель, однак при укладенні допорогових договорів не обмежують себе в тривалості договору. При цьому дехто, обраховуючи ціну договору, бере до уваги лише розмір винагороди саме виконавцю, а дехто додає до цієї суми і ЄСВ, сплата якого лягає на замовника.

Чи законні такі договори? Які ризики при роботі з фізичною особою, не зареєстрованою як підприємець чи особа, що здійснює незалежну професійну діяльність? І як правильно себе від цих ризиків убезпечити? Читайте у цій статті.

Договір з фізичною особою: дозволено чи заборонено?

Ані Закон України «Про публічні закупівлі» (далі — [Закон](#)), ані Особливості 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, затверджені постановою Уряду від 12.10.2022 № 1178 (далі — [Особливості](#)), **не містять жодних заборон** для фізичних осіб на участь у процедурах закупівель чи спрощених закупівлях, а тим більше на укладення договорів без використання електронної системи закупівель.

Ба більше, пункт 37 частини 1 статті 1 Закону прямо визначає фізичних осіб серед учасників процедур закупівель / спрощених закупівель. Саме на цю норму посилається Мінекономіки у своїй консультації № 208/2020, стверджуючи, що **фізичні особи можуть**

вільно брати участь у закупівлях.

Аргументи «проти» вже не такі прямі та безапеляційні. Так, пункт 6 частини 1 статті 1 Закону визначає договір про закупівлю саме як господарський договір, і можна було б стверджувати, що фізичні особи без статусу самозайнятих, не будучи суб'єктами господарювання, не можуть бути сторонами цього договору, якби не одне «але» — у законодавстві немає нормативного визначення господарського договору.

Те саме стосується й обов'язку реєстрації підприємницької діяльності, якщо особа займається якоюсь діяльністю на платній основі систематично / регулярно. Оразу постає питання, як підтвердити оту систематичність / регулярність, і чому саме замовник має тим займатися.

В окремих випадках про діяльність без реєстрації взагалі не йтиметься: наприклад, без реєстрації діяльності неможливо отримати ліцензію, та й реєстрація на майданчику для участі в запиті цінових пропозицій точно свідчитиме саме про підприємництво.

Так, доходимо висновку, що згідно з Конституцією України та загальноновизнаними принципами права дозволено усе, що не заборонено — на цьому й стоїмо. Отже, законодавство України не забороняє ані фізичним особам брати участь у публічних закупівлях / спрощених закупівлях, ані замовникам укладати договори з фізичними особами, що не зареєструвались як самозайняті, незалежно від ціни таких договорів та способу їх укладення.

За потреби скористайтесь взірцем [договору на закупівлю послуг \(прямий договір\)](#).

Ризики укладення договору з фізичною особою

Якщо предмет закупівлі «товари», замовнику загалом байдуже, у кого купляти. Єдина різниця полягатиме в тому, у якому суді розглядатиметься спір між сторонами договору, якщо поставка піде не за планом: якщо постачальник ФОП — то це господарська юрисдикція; якщо постачальник звичайна фізична особа — то це місцевий (районний) суд загальної юрисдикції за місцезнаходженням відповідача.

Натомість якщо предмет закупівлі «роботи» чи «послуги», то тут для замовника грає роль і сам факт реєстрації підприємцем, і система оподаткування контрагента.

По-перше, будь-який договір з фізичною особою, що не зареєструвала свою діяльність, означає обов'язок замовника сплатити єдиний соціальний внесок у розмірі 22 % від ціни послуг (і, звісно ж, виконати роль податкового агента в частині сплати податку на доходи фізичних осіб та військового збору).

По-друге, якщо фізична особа зареєстрована як ФОП на єдиному податку, то це може бути виключно платник третьої групи, адже лише їм дозволено працювати з юридичними особами, якими є абсолютно всі замовники публічних закупівель.

По-третє, навіть якщо замовник переконався, що його контрагент — ФОП на третій групі

єдиного податку, то потрібно додатково зважити на очікувану вартість закупівлі, адже для всіх ФОП-єдиноподатників встановлено граничні суми доходу, у разі перевищення яких ФОП втрачає статус платника єдиного податку і зобов'язаний перейти на загальну систему оподаткування та зареєструватися платником ПДВ, що означає для замовника потенційний ризик здорожчання договору на 20 % від вартості залишку неоплачених станом на відповідну дату послуг.

Користувачі порталу Радник часто завантажують [шпаргалку уповноваженої особи щодо вартісних меж](#), завантажуйте і ви!

Незаконні хитрощі

На практиці деякі замовники, небезпідставно сумніваючись у законності своїх правочинів, намагаються «заховати» договір про закупівлю робіт чи послуг, укладений з фізичною особою, від очей перевіряючих, а разом обійти вимогу щодо реєстрації бюджетних зобов'язань (якщо замовник — бюджетна установа).

З цією метою замовник, замість подати договір на реєстрацію в Казначейство, присвоює підряднику / виконавцю табельний номер і включає виплату за договором про надання послуг / робіт до відомості на виплату заробітної плати. Про такі договори замовники не звітують в електронній системі закупівель і навіть не публікують план закупівель. Казначейство (чи банківська установа) платежі за такими договорами також ніяк не ідентифікує, адже бачить лише «заробітну плату».

Застерігаємо замовників не грати в такі ігри.

По-перше, такий хід можна приховати лише від моніторингу, але не від [ревізії](#): щоб виявити приховані платежі, аудиторам достатньо порівняти будь-яку платіжну відомість на заробітну плату зі штатною чисельністю працівників станом на відповідну дату. Потребу в таких договорах також доволі легко виявити — достатньо порівняти штатну та фактичну чисельність працівників, оцінивши наповненість штату і ступінь виконання поточних завдань.

Приклад: якщо в установі є авто, на яке купляється і списується пальне, але немає штатного водія і при цьому за жодною посадовою особою це авто не закріплене як службове, то одразу постане питання: хто їздить на авто?

По-друге, сам по собі факт включення оплати за договором ЦПХ до відомості на виплату заробітної плати жодним чином [не змінює правової природи як самого договору](#), так і відповідного платежу. Тобто винагорода за договором ЦПХ не перетвориться на заробітну плату лише на тій підставі, що включена у зарплатну відомість, і цивільно-правові відносини не перетворяться на трудові — виконавець за договором не зможе розраховувати на оплату відпустки чи лікарняних.

Водночас замовник може сам собі зробити проблему, якщо виконавець, знаючи про такі «маневри» замовника, звернеться до суду про визнання трудового договору укладеним. У

перспективі замовник може не просто програти суд, але й отримати штраф за допуск працівника до роботи без повідомлення органів ДПС (у розмірі 10 мінімальних заробітних плат, стаття 265 КЗпП), а то й кримінальну справу за грубе порушення законодавства про працю (стаття 172 ККУ).

Подекуди договори ЦПХ укладають зі своїми ж працівниками: тут і табельного номера окремого присвоювати не треба, вже один в наявності. Звертаємо увагу замовників, що будь-який договір ЦПХ про надання послуг чи виконання робіт аудиторів будуть розглядати через призму посадових обов'язків цього конкретного працівника — виконавця договору чи будь-якої іншої штатної одиниці, і в 9 з 10 випадків побачать порушення.

Як правило, йтиметься про те, що робота, на яку укладено договір ЦПХ, становить суть виробничої функції працівника, тобто за її виконання сам підрядник / виконавець договору ЦПХ (чи хтось інший зі штатних працівників) вже отримує заробітну плату і на жодні додаткові винагороди за договором ЦПХ не має права.

Якщо цей варіант виключається, то буде розглянуто питання допустимості суміщення чи внутрішнього сумісництва (у випадку, якщо працівник займає одну посаду і додатково за договором виконує якісь відмінні від основних обов'язки). І навіть якщо й тут порушень не буде виявлено, то замовника (особливо, якщо йдеться про бюджетну установу) все одно можуть звинуватити у завищенні фонду оплати праці на розмір заробітної плати за вакантною посадою, робота за якою доручена за договором ЦПХ.

Читайте відповідь [Мінекономіки про закупівлю за договором цивільно-правового характеру \(ЦПХ\) з урахуванням Особливостей](#).

Запобіжники в тендерній документації / оголошенні про проведення спрощеної закупівлі

Як зазначалось вище, купівля товарів у фізичної особи для замовника жодних додаткових витрат не несе, а отже й сам факт (не)реєстрації як ФОП особливого значення не має. ЄСВ на такі договори не нараховується, а суму винагороди (плату за товар) навіть бюджетні установи сплачуватимуть за такими договорами за КЕКВ 2210 «Предмети, матеріали, обладнання та інвентар» (тобто як при купівлі товарів у будь-якої іншої особи).

Інша річ, якщо предмет закупівлі — роботи чи послуги. Щоб виключити ризик участі в тендері на закупівлю послуг / робіт фізичної особи, не зареєстрованої як суб'єкт підприємницької діяльності, достатньо включити до тендерної документації / оголошення про проведення спрощеної закупівлі вимоги про надання документа, що підтверджує державну реєстрацію особи як самозайнятої (відповідно, у вигляді ФОП чи особи, що здійснює незалежну професійну діяльність).

Одразу зауважимо, що у 2020 році в консультаціях Мінекономіки такий хід називався дискримінаційним. Однак консультація Мінекономіки має виключно рекомендаційний

характер, і насправді єдиний компетентний орган для надання висновку про наявність чи відсутність дискримінації — це не Мінекономіки, а Антимонопольний комітет України (далі — АМКУ).

У свою чергу, АМКУ визнає дискримінаційними лише ті умови, які учасник об'єктивно не може виконати або ж які мають явно надмірний характер. Якщо припустити, що якась фізична особа, яка жодним чином не зареєструвала свою професійну діяльність, забажає оскаржити вимоги тендерної документації до АМКУ, то їй доведеться обґрунтувати неможливість виконання оскаржуваної вимоги. На наш погляд, переконливі доводи такому скаржнику буде знайти нелегко, оскільки процедура реєстрації ФОП не займає занадто тривалий строк (наприклад, реєстрація ФОП у Дії може зайняти 10 хвилин за умови наявності всіх необхідних документів).

Висновки:

Законодавство України не забороняє ані фізичним особам брати участь в публічних закупівлях / спрощених закупівлях, ані замовникам укладати договори з фізичними особами, що не зареєструвались як самозайняті, незалежно від ціни таких договорів та способу їх укладення.

При укладенні договорів поставки товарів з фізичними особами ризики мінімальні.

При укладенні договорів про закупівлю послуг чи робіт постає питання додаткового навантаження у вигляді ЄСВ. Таке питання замовник на власний розсуд може вирішити шляхом включення відповідних умов до тендерної документації / оголошення про проведення спрощеної закупівлі.

Читайте більше:

[«Щодо договору, укладеного з фізичною особою»;](#)

[«Судові рішення під час воєнного стану: які умови цивільно-правових договорів є істотними?».](#)