

Наявність в учасника працівників відповідної кваліфікації, які мають необхідні знання та досвід: практика замовників

Згідно зі статтею 16 [Закону України «Про публічні закупівлі»](#) (далі — Закон) для участі у закупівлі учасник повинен підтвердити свою відповідність кваліфікаційним критеріям. Замовник може встановити один або декілька кваліфікаційних критеріїв, один з них — **наявність в учасника процедури закупівлі працівників відповідної кваліфікації, які мають необхідні знання та досвід (далі — критерій)**. У зв'язку з застосуванням критерію виникає декілька питань:

У яких випадках доцільно застосовувати критерій?

Які документи має вимагати замовник для підтвердження відповідності критерію?

Що треба врахувати замовнику при встановленні вищезазначеного критерію?

Відповімо на ці питання та зробимо доцільні висновки далі у статті.

У яких випадках доцільно застосовувати критерій?

Закон прямо не передбачає, коли і який саме з критеріїв вибрати замовникам. Як свідчить практика, кваліфікаційний критерій «наявність в учасника процедури закупівлі працівників відповідної кваліфікації» доцільно зазначати, коли предмет закупівлі передбачає постачання товару разом з послугами з його монтажу та введення в експлуатацію, надання послуг чи виконання робіт працівниками певної кваліфікації. ([Гармонізація системи державних закупівель в Україні зі стандартами ЄС. Коментарі до законодавства України про публічні закупівлі/ О. Шатковський, С. Яременко// арк. 62](#)).

Але завжди треба пам'ятати, що головна мета замовника — це забезпечення потреби, тому слід врахувати, чи дійсно у вашому випадку встановлення даного критерію — це не надмірна вимога, що ускладнює процедуру закупівлі, а перевірка надійності постачальника / виконавця / надавача послуг.

Які документи має вимагати замовник для

підтвердження відповідності критерію?

Статтею 16 Закону передбачено, що замовник вимагає від учасників процедури закупівлі подання ними **документально підтвердженої інформації** про їх відповідність кваліфікаційним критеріям. Тобто, окрім довідки про наявність працівників, яка є носієм інформації, замовнику доцільно вимагати і документи, які підтвердять інформацію, зазначену у довідці: *штатний розклад, дипломи, сертифікати тощо.*

Приклад № 1

Оголошення № [UA-2021-04-02-002914-b](#), послуги з супроводу державної реєстрації права приватної власності на об'єкти нерухомого майна замовника, в тому числі підготовки та виготовлення необхідних документів, супровід / надання інших послуг, які необхідні для такої реєстрації.

Враховуючи специфіку предмета закупівлі, замовником застосовано декілька кваліфікаційних критеріїв, один з них — наявність в учасника процедури закупівлі працівників відповідної кваліфікації, які мають необхідні знання та досвід. На підтвердження даного критерію замовник вимагає від учасників таку інформацію та її документальне підтвердження:

1. довідку учасника у довільній формі про наявність станом на ____ року не менше 1 (одного) працівника за основним місцем роботи, що має відповідну кваліфікацію, знання та досвід, необхідні для виконання робіт, передбачених предметом закупівлі, за професією технік або інженер, або експерт з інвентаризації об'єктів нерухомого майна, який пройшов професійну атестацію Атестаційної архітектурно-будівельної комісії Міністерства регіонального розвитку, будівництва та житлово-комунального господарства України, має чинний протягом терміну надання послуг за цією закупівлею кваліфікаційний сертифікат відповідального виконавця окремих видів робіт (послуг), пов'язаних зі створенням об'єктів архітектури, та внесений у реєстр атестованих осіб, який перебуває у трудових відносинах «за основним місцем роботи» з учасником;
2. завірені відповідним чином копія кваліфікаційного сертифіката та копія трудової книжки працівника, зазначеного у довідці;
3. діючі посвідчення по охороні праці працівників, які будуть залучені до надання послуг за цією закупівлею, за ДБН А.3.2-2-2009 НПАОП 45.2-7.02-12 «Охорона праці і промислова безпека у будівництві»;
4. протокол(и) або витяг(и) з протоколу засідання комісії з перевірки знань з питань охорони праці, який(и), став(ли) підставою для видачі таких посвідчень.

Вимога тендерної документації стосовно кількості працівників

Замовники можуть встановити вимогу **стосовно кількості працівників** певної кваліфікації. Але така вимога замовника повинна бути обґрунтована.

Приклад № 2. Рішення Органу оскарження на користь замовника

Оголошення № [UA-2020-05-05-001499-b](#), ДК 021:2015:75240000-0: Послуги із забезпечення громадської безпеки, охорони правопорядку та громадського порядку, рішення № 10596-р/пк-пз 28.05.2020 01.06.2020.

Вимога тендерної документації: у додатку 1 до тендерної документації замовником встановлено вимогу про загальну кількість осіб, з якими учасником укладено трудовий договір. На підтвердження даної інформації учасник надає довідку про загальну кількість осіб, з якими учасником укладено трудовий договір станом на перше число місяця, у якому надається тендерна пропозиція (не менше 35 осіб).

Позиція скаржника: скаржник вважає цю вимогу дискримінаційною щодо нього, оскільки чинне трудове законодавство надає роботодавцю право самостійно визначати штат і чисельність працівників. При цьому Ліцензійні умови провадження охоронної діяльності, затверджені постановою Кабміну № 960 від 18.11.2015, не передбачають вимоги щодо штатної чисельності ліцензіата.

Позиція замовника: з урахуванням критеріїв, встановлених у тендерній документації, замовником вираховано мінімальну кількість працівників, які повинні бути задіяні для виконання умов договору про закупівлю, а саме: 35 працівників (охоронники для забезпечення чергування на об'єктах замовника, працівники, які задіяні в роботі груп швидкого реагування та роботі пульту централізованого спостереження, водіїв). Тільки за наявності такої мінімальної кількості працівників може бути забезпечено змінність персоналу відповідно до вимог трудового законодавства України щодо тривалості перерви в роботі між змінами.

Позиція Органу оскарження: скаржник не довів та документально не підтвердив необхідність внесення змін до тендерної документації в цій частині, а також документально не підтвердив неможливість виконання вказаної умови тендерної документації та не довів, яким чином наведена вище умова тендерної документації порушує права та законні інтереси скаржника, пов'язані з участю у процедурі закупівлі, у зв'язку з чим відсутні підстави для задоволення скарги.

Приклад № 3. Рішення Органу оскарження на користь учасника

При повному або частковому копіюванні чи цитуванні будь-якої інформації з порталу "Радник у сфері публічних закупівель" ви зобов'язані вказувати джерело інформації (ст. 176 ККУ). Джерело:
https://radnuk.com.ua/praktyka_zakupivel/tenderna_dokumentatsiya/naiavnist-v-uchasnyka-pratsivnykiv-vidpovidnoi-kvalifikatsii-iaki-maiut-neobkhidni-znannia-ta-dosvid-praktyka-zamovnykiv/



Оголошення № [UA-2021-01-05-003127-с](#), ДК 021:2015:90910000-9: Послуги з прибирання, рішення № 1553-р/пк-пз від 28.01.2021.

Вимога тендерної документації: у додатку 4 до тендерної документації замовником встановлено вимогу про наявність не менш ніж 23 прибиральників, 1 двірника, 1 спеціаліста по догляду за рослинами, не менше 2 спеціалістів з верхолазних робіт.

Позиція скаржника: скаржник вважає дану вимогу дискримінаційною щодо нього, оскільки чисельність штату для виконання умов технічного завдання визначається згідно з Міжгалузевими нормами чисельності робітників, що обслуговують громадські будівлі (будівлі управлінь, конструкторські і проєктні організації), затверджені наказом Міністерства праці та соціальної політики України від 11.05.2004 № 105. Дані міжгалузеві норми прийнятті ще у 2004 році, коли ще не було спеціалізованого обладнання та інвентарю для прибирання.

Для виконання технічного завдання згідно з міжгалузевими нормами достатньо 18 прибиральниць. Скаржник звертає увагу, що замовник торгів жодним чином не обґрунтовує необхідність наявності окремих працівників для певних видів робіт, а саме: 1 спеціаліста по догляду за рослинами, не менше 2 спеціалістів з верхолазних робіт. Дані роботи можуть виконувати ті ж прибиральниці службових приміщень, які пройшли відповідну підготовку щодо догляду за рослинами та навчання для виконання робіт на висоті.

Для виконання умов технічного завдання буде задіяна матеріально-технічна база (підлогомийна машина, пилосос та інша техніка), яка значно полегшує роботу прибиральниць службових приміщень та зменшує необхідну кількість прибиральниць службових приміщень для виконання технічного завдання. Отже, для виконання умов закупівлі немає необхідності залучати навіть 18 прибиральниць службових приміщень.

Встановлення певної кількості працівників порушує права працівників на працю (суміщення професій), які гарантуються статтею 43 Конституції України.

Позиція Органу оскарження: замовник не довів необхідність встановлення наведеної вище умови тендерної документації в наведеній редакції. За таких умов участь у процедурі закупівлі зможуть взяти лише учасники, у яких чисельність штату не менша ніж 23 прибиральники, 1 двірник, 1 спеціаліст по догляду за рослинами та не менше 2 спеціалістів з верхолазних робіт, що є дискримінаційним щодо інших суб'єктів господарювання, у тому числі скаржника. Враховуючи вищевикладене, замовник повинен усунути наведені вище невідповідності шляхом внесення відповідних змін до тендерної документації.

Вимога тендерної документації стосовно субпідрядників / співвиконавців для закупівлі робіт або послуг

Якщо для закупівлі робіт або послуг замовник встановлює такий кваліфікаційний критерій, як наявність в учасника процедури закупівлі працівників відповідної кваліфікації, які мають необхідні знання та досвід, учасник може для підтвердження своєї відповідності такому критерію залучити спроможності інших суб'єктів господарювання як субпідрядників / співвиконавців.

Зверніть увагу, що Закон надає саме право учаснику залучити спроможності інших суб'єктів господарювання як субпідрядників / співвиконавців, а не можливість замовника встановити дану вимогу (абзац 2 частина 3 статті 16 Закону). Розглянемо практику Органу оскарження з цього питання.

Приклад № 4

Оголошення № [UA-2021-01-13-000454-b](#), ДК 021:2015:79990000-0: Різні послуги, пов'язані з діловою сферою, рішення № 1921-р/пк-пз від 03.02.2021.

Вимога тендерної документації: відповідно до пункту 7 розділу III Інструкції з підготовки тендерної документації замовником зазначено: *інформація про субпідрядника / співвиконавця (у випадку закупівлі робіт чи послуг) — не передбачено.*

Позиція скаржника: скаржник вважає дану вимогу дискримінаційною щодо нього. Скаржник, посилаючись на абзац 2 частини 3 статті 16 Закону, зазначає, що заборонивши залучення субпідрядника, замовник суттєво знижує конкуренцію та дискримінує учасників, які планують залучення таких суб'єктів.

Позиція Органу оскарження: наведена умова тендерної документації не узгоджується з вимогами Закону, що не дає змоги учасникам належним чином сформулювати свої тендерні пропозиції, що є дискримінаційним щодо інших суб'єктів господарювання, у тому числі скаржника. Враховуючи вищевикладене, замовник повинен усунути наведені вище невідповідності шляхом внесення відповідних змін до тендерної документації.

Вимога тендерної документації стосовно обробки персональних даних

Оскільки кваліфікаційний критерій стосується інформації про фізичних осіб, обов'язково

враховуємо вимогу щодо згоди на обробку персональних даних. Але враховуємо її правильно.

Приклад № 5

Оголошення № [UA-2021-02-23-003586-a](#), ДК 021:2015: 15530000-2: Вершкове масло, рішення № 5948-р/пк-пз від 24.03.2021.

Вимога тендерної документації: додатком 6 до тендерної документації встановлена форма листа – згоди на обробку персональних даних осіб, персональні дані яких надаються у складі тендерної пропозиції, якою встановлено, що лист подається від фізичної особи, однак формою передбачено, що згода повинна бути завірена печаткою за наявності.

Позиція скаржника: скаржник зазначає, що фізична особа, яка надає згоду на обробку своїх персональних даних, не може мати власну печатку. Відповідно до статті 2 Закону України «Про захист персональних даних»: *персональні дані — відомості чи сукупність відомостей про фізичну особу, яка ідентифікована або може бути конкретно ідентифікована.*

Згода суб'єкта персональних даних — добровільне волевиявлення фізичної особи (за умови її поінформованості) щодо надання дозволу на обробку її персональних даних відповідно до сформульованої мети їх обробки, висловлене у письмовій формі або у формі, що дає змогу зробити висновок про надання згоди.

Отже, наявність печатки на листі-згоді фізичної особи на обробку персональних даних не передбачена нормами чинного законодавства. Така неоднозначна вимога фактично надає можливість зловживання замовником, оскільки замовник на власний розсуд може визначати правильність або неправильність подання інформації відповідно до форми, визначеної в тендерній документації.

Позиція Органу оскарження: наведена вище вимога документації («МП за наявності») не узгоджується з вимогами чинного законодавства, що не дає можливості учасником оформити свої тендерні пропозиції належним чином, що є дискримінаційним щодо таких суб'єктів господарювання, зокрема скаржника. Враховуючи вищевикладене, замовник повинен усунути наведені вище невідповідності шляхом внесення відповідних змін до тендерної документації.

Чи можна підтвердити критерій довідкою, в якій

зазначено інформацію лише щодо одного працівника?

Кваліфікаційний критерій «наявність в учасника процедури закупівлі працівників відповідної кваліфікації, які мають необхідні знання та досвід» передбачає:

підтвердження наявності саме *працівників*. Згідно з частиною 3 статті 1 [Закону України «Про охорону праці»](#), працівник — особа, яка працює на підприємстві, в організації, установі та виконує обов'язки або функції згідно з трудовим договором (контрактом);

наявність одного або більше працівників.

Приклад № 6. Позиція Органу оскарження на користь замовника

Оголошення № [UA-2021-06-01-012154-b](#), ДК 021:2015: 71320000-7 — Послуги з інженерного проектування, рішення № 14404-р/пк-пз від 25.06.2021.

Вимога тендерної документації: відповідно до частини 1 додатка 1 до тендерної документації учасники у складі своїх тендерних пропозицій мають надати довідку, в якій зазначається інформація про наявність працівників відповідної кваліфікації, які мають необхідні знання та досвід для належного виконання даного замовлення (обов'язкова наявність працівника: який здійснює інженерно-будівельне проектування у частині кошторисної документації, з наданням у складі тендерної пропозиції кваліфікованого сертифіката відповідального виконавця окремих робіт (послуг), пов'язаних зі створенням об'єктів архітектури (інженер-проектувальник), виданого відповідно до норм чинного законодавства; який здійснює інженерно-будівельне проектування у частині забезпечення безпеки експлуатації, забезпечення захисту від шуму, з наданням у складі пропозиції оригіналу кваліфікаційного сертифіката відповідального виконавця окремих видів робіт (послуг), пов'язаних зі створенням об'єкта архітектури). У даній довідці зазначаються П.І.Б., посада, номер, дата та назва документа, яким підтверджується факт працевлаштування працівників.

Позиція скаржника: скаржник вважає вищезазначену вимогу дискримінаційною, такою, що порушує положення статті 5 Закону, а також принципи публічних закупівель в частині того, що відповідно до частини 3 статті 64 Господарського кодексу України підприємство самостійно визначає свою організаційну структуру, встановлює чисельність працівників і штатний розпис. Вважає, що вимогою щодо штатних працівників замовник втручається в господарську діяльність потенційних учасників.

Відповідно до листа Мінсоцполітики від 23.05.2017 № 10620/0/2-17/13 в окремих випадках робота може виконуватись не за трудовим договором, а на іншій юридичній підставі. Зокрема, можливе виконання роботи за договором цивільно-правового характеру.



Позиція Органу оскарження: скаржник не довів та документально не підтвердив необхідність внесення змін до документації в цій частині, а також документально не підтвердив неможливість виконання вказаної умови тендерної документації та не довів, яким чином наведена вище умова документації порушує права та законні інтереси скаржника, пов'язані з участю у процедурі закупівлі, у зв'язку з чим відсутні підстави для задоволення скарги в цій частині.

Приклад № 7. Позиція Органу оскарження на користь учасника

Оголошення № [UA-2021-07-15-005100-а](#), ДК 021:2015:39160000-1: Шкільні меблі, рішення № 17899-р/пк-пз від 04.08.2021.

Вимога тендерної документації: відповідно до пункту 2 додатка 1 до тендерної документації учасники на підтвердження кваліфікаційного критерію «наявність в учасника процедури закупівлі працівників відповідної кваліфікації, які мають необхідні знання та досвід» у складі своїх тендерних пропозицій мають надати довідку в довільній формі, в якій зазначається така інформація: наявність працівників відповідної кваліфікації, які мають необхідні знання та досвід. Штатний розпис та накази про призначення працівників, що зазначені в довідці.

Позиція скаржника: скаржник вважає вищезазначену вимогу дискримінаційною, такою, що порушує положення статті 5 Закону, а також принципи публічних закупівель в частині того, що він має досвід виконання низки аналогічних договорів та хоче взяти участь у цій закупівлі, проте не має можливості, оскільки в нього відсутні працівники, які знаходяться у штаті.

Скаржник залучає працівників на підставі договорів цивільно-правового характеру, тому не може надати на підтвердження відповідності кваліфікаційного критерію саме штатний розпис та накази про призначення працівників. Скаржник не має потреби залучати саме штатних працівників, оскільки наявність роботи для них залежить від наявності замовлень та їх обсягу. За потреби він залучає додаткових виконавців для виконання умов договорів на підставі договорів цивільно-правового характеру. Також скаржник повідомляє, що на якість поставки товару відповідно до предмета закупівлі жодним чином не впливає той факт, чи працівник штатний, чи залучений за цивільно-правовим договором.

Позиція Органу оскарження: дії замовника в частині встановлення у тендерній документації наведених вище вимог порушують вимоги статті 5 та частини 4 статті 22 Закону, якими передбачена недискримінація учасників, а також права та законні інтереси скаржника, пов'язані з його участю у процедурі закупівлі, та принципи недискримінації учасників та рівного ставлення до них, передбачені статтею 5 Закону. Враховуючи вищевикладене, замовник повинен усунути наведені вище невідповідності

шляхом внесення відповідних змін до тендерної документації в цій частині.

Приклад № 8. Позиція суду на користь замовника

Справа № 640/1042/19. Замовник вимагає від учасників довідку про наявність працівників відповідної кваліфікації, які мають необхідні знання та досвід, та довідку у довільній формі про наявність працівників, їх кількість, досвід роботи, підписану уповноваженою посадовою особою, яка має підтвердити спроможність учасника виконати необхідні послуги шляхом наявності в учасника відповідної кількості працівників, передбачених у штатному розписі підприємства.

Для укомплектування 36 шкільних їдалень Оболонського району міста Києва учасник повинен мати не менше 36 кухарів та 36 мийників посуду, або 36 кухонних працівників, які мають досвід роботи у сфері харчування. Зазначене, на думку скаржника, свідчить про порушення позивачем законних інтересів потенційних учасників процедури закупівлі, зокрема ТОВ «ХХХ».

Позиція Верховного Суду: можливість ТОВ «ХХХ» укласти відповідні цивільно-правові договори з необхідною кількістю працівників, на яку вказує ТОВ «ХХХ» у своїй скарзі, та на яку посилається відповідач у касаційній скарзі, не відповідає умовам статті 16 Закону (яка передбачає вимогу щодо наявності саме працівників, а не будь-яких інших осіб відповідної кваліфікації) та, окрім того, не є підтвердженою жодними доказами.

Висновки

Критерій «наявність в учасника процедури закупівлі працівників відповідної кваліфікації» доцільно зазначати, коли предмет закупівлі передбачає надання послуг чи виконання робіт.

Замовники можуть встановити вимогу стосовно кількості працівників певної кваліфікації. Проте таку вимогу замовник має обґрунтувати.

Для закупівлі робіт або послуг учасник може для підтвердження своєї відповідності залучити спроможності інших суб'єктів господарювання як субпідрядників / співвиконавців.

Замовнику слід враховувати вимогу щодо згоди на обробку персональних даних.



Щодо підтвердження наявності саме працівників (осіб, які працюють на підприємстві, в організації, установі та виконують обов'язки або функції згідно з трудовим договором (контрактом)) та наявності одного або більше працівників, рекомендуємо враховувати практику Органу оскарження, рішення судів та рекомендацій Уповноваженого органу, що викладені, зокрема, у цій статті.

Принагідно читайте на порталі RADNUK.COM.UA такі статті:

«Вимога щодо матеріально-технічної бази за територіальним принципом: правильно чи ні?»;

«Підтвердив матеріально-технічну базу, а технологію — ні!!! Відхиляють чи ні? Позиція суду»;

«Як замовникові встановити вимоги до матеріально-технічної бази?»;

Додатково пропонуємо переглянути вебінар на тему: Кваліфікаційні критерії за статтею 16 Закону України «Про публічні закупівлі»