

# Штатні працівники ≠ особи, які працюють по цивільно-правовому договору

Відповідно до статті 16 [Закону України «Про публічні закупівлі»](#) (далі — Закон) замовник вимагає від учасників процедури закупівлі подання ними документально підтвердженої інформації про їх відповідність кваліфікаційним критеріям. Одним із таких критеріїв є наявність в учасника процедури закупівлі працівників відповідної кваліфікації, які мають необхідні знання та досвід.

Як відомо, працю фізичних осіб можна використовувати на підставі як трудових, так і цивільних відносин.

Тому постає кілька питань щодо використання цього кваліфікаційного критерію:

чи може учасник на підтвердження цього кваліфікаційного критерію підтверджувати наявність як штатних працівників, так і осіб, які працюють на підставі цивільного договору?

чи правомірно встановлювати в тендерній документації наявність виключно штатних працівників?

якщо на вимогу тендерної документації щодо наявності штатних працівників учасник у тендерній пропозиції надав інформацію про наявність працівників по цивільно-правовому договору, чи варто замовнику надавати учаснику 24 години на завантаження документів щодо штатних працівників.

Щоб відповісти на ці питання, звернемось до законодавчих норм та практики Постійно діючої адміністративної колегії Антимонопольного комітету України з розгляду скарг про порушення законодавства у сфері публічних закупівель (далі — Колегія) та судів.

Так, у статті 21 Кодексу законів про працю (далі — КЗпП) зазначено, що трудовий договір — це угода між працівником і власником підприємства, установи, організації або уповноваженим ним органом чи фізичною особою, за якою працівник зобов'язується виконувати роботу, визначену цією угодою, а власник підприємства або уповноважений ним орган чи фізична особа зобов'язується виплачувати працівникові зарплату і забезпечувати умови праці, необхідні для виконання роботи, передбачені законодавством про працю, колективним договором і угодою сторін.

Тобто ознаками трудового договору є:

сторонами є роботодавець та працівник;

підпорядкування правилам внутрішнього трудового розпорядку;

дотримання правил охорони праці на підприємстві, в установі, організації тощо;

систематична виплата заробітної плати.

З огляду на норми Цивільного кодексу України (далі — ЦКУ) цивільно-правовий договір — це домовленість двох або більше сторін, спрямована на встановлення, зміну або припинення цивільних прав та обов'язків. Найпоширенішими серед таких цивільних договорів є договори на виконання робіт, наприклад **договори підряду та про надання послуг**.

Ознаки цивільно-правового договору:

сторонами за договором є виконавець та замовник;

особа самостійно організовує виконання роботи;

не підпорядковується правилам внутрішнього трудового розпорядку;

особа не зараховується до штату юридичної особи, з якою у неї наявні правовідносини;

результат виконання робіт / надання послуг фіксується в окремому документі — акті надання послуг / виконаних робіт.

Згідно з Податковим кодексом України (далі — ПКУ) працівник — це фізична особа, яка безпосередньо власною працею виконує трудову функцію згідно з укладеним з роботодавцем трудовим договором (контрактом) відповідно до закону.

Натомість, як ми уже зазначали вище, особою, яка виконує роботу чи надає послуги, є виконавець. Водночас у Законі йдеться про наявність в учасника процедури закупівлі **працівників** відповідної кваліфікації, які мають необхідні знання та досвід.

Та все ж для більшої ясності в цьому питанні звернемося до практики Колегії та судів

## Практика Колегії



**Рішення № 11969-р/пк-пз від 31.05.2021, оголошення**  
**[UA-2021-04-06-004454-с.](#)**

**Умови тендерної документації:** підпунктом 1.2 додатка 4 тендерної документації замовником визначено такі умови: учасник повинен мати в наявності офіційно працевлаштованих працівників відповідної кваліфікації.

**Позиція скаржника:** зазначені вимоги замовника є дискримінаційними і такими, що порушують його права та законні інтереси й ускладнюють можливість взяти участь у цій публічній закупівлі.

Питання, пов'язані з обліком штатних працівників, регулюються наказом Держкомстату від 28.09.2005 № 286 «Про затвердження Інструкції зі статистики кількості працівників», зареєстрованим у Міністерстві юстиції України 30.11.2005 за № 1442/11722. Згідно з пунктом 1.1 цієї Інструкції її дія поширюється на всіх юридичних осіб, їхні філії, представництва та інші відокремлені підрозділи (далі — підприємства), а також на фізичних осіб — підприємців, які використовують найману працю. Абзацом 4 пункту 1.8 цієї ж Інструкції передбачається три види працівників:

штатні працівники;

зовнішні сумісники;

працюючі за цивільно-правовими договорами.

Отже, вимога щодо наявності лише штатних працівників є необґрунтованою та дискримінаційною щодо скаржника і тих суб'єктів господарювання, які відповідно до норм чинного законодавства використовують працівників, що працюють за цивільно-правовими договорами та / або за сумісництвом.

**Позиція Колегії:** замовник не обґрунтував та документально не підтвердив необхідності встановлення вищезазначеної вимоги тендерної документації у наведеній редакції та повинен внести відповідні зміни. За таких умов участь у процедурі закупівлі зможуть взяти лише учасники, які мають саме не менше двох працівників за переліком посад, визначених у тендерній документації, та з досвідом роботи у товаристві саме не менше

двох місяців, що є дискримінаційним щодо інших суб'єктів господарювання, у тому числі скаржника. Згідно з частиною четвертою статті 5 Закону замовники не мають права встановлювати жодних дискримінаційних вимог до учасників. Частиною 4 статті 22 Закону передбачено, зокрема, що тендерна документація не повинна містити вимог, що обмежують конкуренцію та призводять до дискримінації учасників.

**Коментар:** Колегія у своїх рішеннях вимогу щодо підтвердження наявності виключно працівників, які входять до штату роботодавця, трактує як дискримінаційну, і зобов'язує замовників змінювати документацію в цій частині. Учасники, зі свого боку, мають оскаржувати такі вимоги замовника щодо наявності штатних працівників. Якщо не оскаржують умови тендерної документації, вони повинні надавати саме те, що вимагає замовник. При цьому Колегія задовольняє такі скарги.

## Судова практика



14.05.2020.

**Постанова Верховного Суду у справі № [826/18068/17](#) від**

**Обставини справи:** замовник / позивач, Державне підприємство «М», оголосив процедуру відкритих торгів з публікацією англійською мовою № [UA-2017-10-20-000781-а](#), «ДК 021:2015 — 55320000-9 — Послуги з організації харчування». Згідно з тендерною документацією передбачено надання таких документів:

1. наявність працівників відповідної кваліфікації, які мають необхідні знання та досвід:

1.1. наявність штатних працівників (працівників, що працюють за трудовими договорами) (вимагається у в кількості не менше 24 осіб (20 осіб для барів бізнес-залів, 4 особи для бару Прем'єр VIP-зали)), які мають кваліфікацію бармена (з обов'язковим зазначенням такої інформації: прізвище, ініціали, посада, стаж та / або досвід роботи на ній, № та дата відповідного посвідчення, сертифіката, свідоцтва тощо). На підтвердження наданої інформації необхідно надати копії відповідних посвідчень / сертифікатів / свідоцтв тощо на кожну особу.

Після оприлюднення вказаного оголошення та тендерної документації ФОП «Л» звернувся до Колегії зі скаргою, в якій посилається на наявність у тендерній документації умов, що дискримінують та обмежують його права та законні інтереси як учасника та інших

потенційних учасників, а також просить зобов'язати замовника внести зміни до тендерної документації.

Рішенням Колегії замовника зобов'язано внести зміни до тендерної документації. Замовник / позивач звернувся до суду з позовом до Колегії / відповідача, третя особа — ФОП «Л».

**Позиція позивача:** спірне рішення відповідача є протиправним та необґрунтованим.

**Позиція суду:** суди попередніх інстанцій встановили, що згідно зі змістом поданої ФОП «Л» скарги скаржник посилався на обмеження прав учасників на укладання цивільно-правових відносин відповідно до статті 208 ЦКУ.

Чинне законодавство України передбачає різні способи оформлення договірних відносин роботодавця з найманими працівниками, зокрема укладення трудового договору (безстрокового, строкового, у формі контракту) згідно з главою III КЗпП або укладення цивільно-правового договору на виконання робіт або на надання послуг.

Зазначені способи оформлення договірних відносин розрізняються обсягом прав і обов'язків сторін договору, організацією відносин між найнятою особою та роботодавцем. Так, виконання робіт або надання послуг за цивільно-правовим договором передбачає самостійну організацію особою виконання роботи, відсутність підпорядкування внутрішньому трудовому розпорядку, відсутність права на одержання допомоги з соціального страхування, спрямованість договору на отримання одного разового результату, а не на тривалий зв'язок між двома сторонами.

Суди встановили, що умова щодо наявності штатних працівників (які працюють на умовах трудового договору), а не працівників, які працюють на підставі цивільно-правових договорів, не може вважатися дискримінаційною умовою взагалі, а лише свідчить про намір позивача як замовника тендерної процедури мати справу з суб'єктами господарювання, які планують стабільну роботу протягом тривалого періоду часу, а не розраховують виконати разове замовлення.

За цих обставин Верховний Суд погоджується з висновками судів попередніх інстанцій про те, що посилання на статтю 208 Цивільного кодексу України в спірних правовідносинах не може бути визнане обґрунтованим, оскільки небажання скаржника укладати трудові договори зі своїми працівниками не може обмежувати права інших суб'єктів господарювання, які не вважають таку форму організації роботи для себе прийнятною.

Враховуючи викладене, **Верховний Суд вважає правильним висновки судів першої та апеляційної інстанцій про безпідставність висновку АМКУ про дискримінаційний характер вказаної умови тендерної документації та зобов'язання внести до неї зміни в частині цієї умови.**



29.01.2021.

## Постанова Верховного Суду у справі № [640/1042/19](#) від

**Обставини справи:** управління освіти Оболонської районної в м. Києві державної адміністрації звернулося до Окружного адміністративного суду міста Києва з адміністративним позовом до АМКУ про визнання протиправним та скасування рішення № 12960-р/пк-пз від 19.12.2018, в частині, яка стосується зобов'язання позивача внести зміни до тендерної документації щодо вимоги надати довідку про наявність працівників відповідної кваліфікації та довідку про наявність працівників.

**Позиція позивача:** вважаючи рішення відповідача протиправним в частині, що стосується вимоги про внесення змін до тендерної документації щодо наявності працівників відповідної кваліфікації, які мають необхідні знання та досвід, позивач звернувся до суду з вимогою про скасування рішення у відповідній частині.

**Позиція суду:** приймаючи оскаржувані рішення, судами попередніх інстанцій були проаналізовані відповідні положення КЗпП, ПКУ, ЦКУ, Закону України «Про охорону праці», та зроблено висновок про те, що особа, яка виконує роботу на підставі цивільно-правового договору, не отримує статусу працівника, а тому вимоги тендерної документації, встановлені позивачем, є законними та не містять ознак дискримінації.

Верховний Суд погоджується із зазначеним висновком та зауважує, що можливість ТОВ «П» укласти відповідні цивільно-правові договори з необхідною кількістю працівників, на яку вказує ТОВ «П» 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.

Верховний Суд зауважує, що відповідачем під час розгляду справи в судах попередніх інстанцій не наведено належних та змістовних обґрунтувань на підтвердження того, яким чином вимога позивача стосовно наявності у штаті потенційних учасників процедури закупівлі працівників з відповідними кваліфікацією та досвідом роботи є дискримінаційною щодо ТОВ «П» або іншого потенційного учасника процедури закупівлі. Доводи відповідача про те, що вимоги конкурсної документації замовника про необхідність надання довідок про наявність у штаті працівників з відповідною кваліфікацією та досвідом роботи є дискримінаційними, колегія суддів вважає

безпідставними, оскільки дискримінація передбачає створення нерівних умов для конкретної особи або групи осіб серед інших. У цьому ж випадку вказані вимоги конкурсної документації поширювались не лише на ТОВ «П» або конкретну групу суб'єктів господарювання, а на всіх потенційних учасників конкурсних торгів, і обов'язкові до виконання всіма суб'єктами господарювання, які бажають взяти участь у процедурі закупівлі.

З урахуванням викладеного, суд дійшов висновку, що вимоги тендерної закупівлі позивача повністю узгоджуються з положеннями статті 16 Закону, відповідно до яких замовник має право установити такий кваліфікаційний критерій, як наявність працівників відповідної кваліфікації, які мають необхідні знання та досвід. Отже, за цих обставин вказані вимоги не можна вважати дискримінаційними, про що справедливо зазначено судами першої та апеляційної інстанцій.

**Коментар:** суди, у свою чергу, не погоджувались з позицією Колегії, зазначаючи, що встановлення в тендерній документації вимоги про надання в тендерній пропозиції виключно штатних працівників не є дискримінаційними, оскільки така вимога абсолютно не суперечить статті 16 Закону.

**Позиція редакції:** вимоги замовника щодо наявності в учасника саме штатних працівників без можливості залучення осіб за цивільно-правовими договорами та / або конкретної кількості працівників певної кваліфікації, та / або надання певних конкретних посвідчень обмежують конкуренцію та призводять до дискримінації учасників.

Учасникам варто оскаржувати таку вимогу, практика Колегії показує, що такі скарги задовольняють. Так, дійсно є випадки, коли суди займають протилежну позицію, проте не кожен замовник звертається до суду і не кожен зможе довести свою позицію. Окрім цього, не зважаючи на наявне рішення Верховного Суду, практика Колегії не змінюється.

Замовникам не радимо встановлювати такі вимоги та прив'язуватися виключно до штатних працівників, бо такими діями буде суттєво звужене коло учасників, та при оскарженні таких вимог Колегія зобов'яже вносити зміни, що призведе до затягування процедури закупівлі.

Більше читайте на порталі [RADNUK.COM.UA](https://radnuk.com.ua) такі статті:

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

**«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?»»