

РЕШЕНИЕ

по делу № 077/07/00-13930/2022 о нарушении
процедуры торгов и порядка заключения договоров

15.09.2022

г. Москва

Комиссия Московского УФАС России по рассмотрению жалоб на нарушение процедуры торгов и порядка заключения договоров (далее – Комиссия) в составе:

....

при участии посредством видеоконференцсвязи представителей ИП... АО «НПО «Прибор» имени С.С. Голембиовского»,

рассмотрев жалобу ИП ... (далее - Заявитель) на действия АО «НПО «Прибор» имени С.С. Голембиовского» (далее - Заказчик) при проведении закрытого запроса предложений в электронной форме без квалификационного отбора одноэтапного на право заключения договора на поставку химической продукции для нужд Богородского филиала АО «НПО «Прибор» имени С.С. Голембиовского» (реестровый № 221430500088, процедура № 0823-2022-00570, размещенная на сайте www.astgoz.ru, далее — Закупка),

в соответствии со статьей 18.1 Федерального закона от 26.07.2006 № 135-ФЗ «О защите конкуренции» (далее — Закон о защите конкуренции),

УСТАНОВИЛА:

В адрес Московского УФАС России поступила жалоба Заявителя на действия Заказчика при проведении Закупки, перенаправленная письмом ФАС России от 08.09.2022 № 28/84022/22.

В соответствии с пунктом 1 части 1 статьи 18.1 Закона о защите конкуренции по правилам настоящей статьи антимонопольный орган рассматривает жалобы на действия (бездействие) юридического лица, организатора торгов, электронной площадки, конкурсной комиссии или аукционной комиссии при организации и проведении торгов, заключении договоров по результатам торгов либо в случае, если торги, проведение которых является обязательным в соответствии с законодательством

Российской Федерации, признаны несостоявшимися, а также при организации и проведении закупок в соответствии с Федеральным законом от 18.07.2011 № 223-ФЗ «О закупках товаров, работ, услуг отдельными видами юридических лиц» (далее — Закон о закупках), за исключением жалоб, рассмотрение которых предусмотрено законодательством Российской Федерации о контрактной системе в сфере закупок товаров, работ, услуг для обеспечения государственных и муниципальных нужд.

Согласно части 2 статьи 18.1 Закона о защите конкуренции действия (бездействие) организатора торгов, оператора электронной площадки, конкурсной или аукционной комиссии могут быть обжалованы в антимонопольный орган лицами, подавшими заявки на участие в торгах, а в случае, если такое обжалование связано с нарушением установленного нормативными правовыми актами порядка размещения информации о проведении торгов, порядка подачи заявок на участие в торгах, также иным лицом (заявителем), права или законные интересы которого могут быть ущемлены или нарушены в результате нарушения порядка организации и проведения торгов.

Частью 10 статьи 3 Закона о закупках предусмотрен ряд случаев, позволяющих участникам закупок обжаловать в антимонопольный орган в порядке, установленном таким органом, действия (бездействие) заказчика при закупках товаров, работ, услуг, в их числе осуществление заказчиком закупки с нарушением требований настоящего Федерального закона и (или) порядка подготовки и (или) осуществления закупки, содержащегося в утвержденном и размещенном в единой информационной системе положении о закупке такого заказчика.

Жалоба Заявителя отвечает требованиями пункта 1 части 10 статьи 3 Закона о Закупках.

Согласно доводам, изложенным в жалобе, Заявитель выражает несогласие с положениями Закупочной документации в части требования о предоставлении образцов продукции и указания в составе заявки производителя товара.

Также Заявитель не согласен с установленным порядком оценки заявок путем приведения ценовых предложений участников закупки к единому налоговому базису.

Заказчик с доводами жалобы не согласился, представил письменные возражения и материалы.

Проверив обоснованность доводов, приведенных в жалобе, в возражениях на нее и в выступлениях присутствовавших на заседании

представителей участвующих в деле лиц, изучив материалы дела, Комиссия приходит к следующим выводам.

В соответствии с частью 1 статьи 2 Закона о закупках при закупке товаров, работ, услуг заказчики руководствуются Конституцией Российской Федерации, Гражданским кодексом Российской Федерации, настоящим Федеральным законом, другими федеральными законами и иными нормативными правовыми актами Российской Федерации, а также принятыми в соответствии с ними и утвержденными с учетом положений части 3 настоящей статьи правовыми актами, регламентирующими правила закупки (далее - положение о закупке).

В силу части 2 статьи 2 Закона о закупках положение о закупке является документом, который регламентирует закупочную деятельность заказчика и должен содержать требования к закупке, в том числе порядок подготовки и проведения процедур закупки (включая способы закупки) и условия их применения, порядок заключения и исполнения договоров, а также иные связанные с обеспечением закупки положения.

Комиссией установлено, что 31.08.2022 Заказчик на официальном сайте Оператора ЭТП (<https://www.astgoz.ru>) разместил информацию о проведении закрытого запроса предложений в электронной форме без квалификационного отбора одноэтапного на право заключения договора на поставку химической продукции для нужд Богородского филиала АО «НПО «Прибор» имени С.С. Голембиовского» (реестровый № 221430500088, процедура № 0823-2022-00570).

Так, в соответствии с порядком оценки по критерию «Цена договора или цена за единицу продукции» в случае, если среди допущенных заявок имеются заявки участников закупки, применяющих упрощенный режим налогообложения, то сравнение цен заявок производится без НДС.

В соответствии с п.2.1.7 Приложения №6 ЕПоЗ ГК «Ростех» «в случае, если в качестве единого базиса оценки использовались цены участников без учета НДС, то договор с победителем закупки / лицом, представившим наилучшее предложение, являющимся плательщиком НДС, заключается по цене, предложенной им в заявке на участие в закупке с учетом суммы НДС».

Как пояснил Заказчик возможность применения оценки заявок по критерию «Цена договора или цена за единицу продукции» «без учета НДС» предусмотрена разделом 2.1 «Критерий оценки заявок» Приложения № 6 ЕПоЗ ГК «Ростех» (п.п. 2.1.2-2.1.8) и установлена на основании п. 2.1.3 Приложения №6 ЕПоЗ ГК «Ростех» с учетом согласования главной бухгалтерией Общества возможности и экономической эффективности применения налогового вычета (копия

согласования прилагается).

Указанный порядок направлен на достижения основного принципа осуществления закупок: «обеспечение целевого и экономически эффективного расходования денежных средств на приобретение продукции (с учетом, при необходимости, стоимости жизненного цикла закупаемой продукции) и реализация мер, направленных на сокращение издержек заказчика».

Вместе с тем, Комиссия отмечает, что проведение оценок заявок подобным образом неправомерно на основании следующего.

Законом о закупках в целях обеспечения единства экономического пространства, создания условий для своевременного и полного удовлетворения потребностей юридических лиц, указанных в части 2 статьи 1 названного Закона, в товарах, работах, услугах с необходимыми показателями цены, качества и надежности, эффективного использования денежных средств, расширения возможностей участия юридических и физических лиц в закупке товаров, работ и услуг для нужд заказчиков и стимулирования такого участия, развития добросовестной конкуренции, обеспечения гласности и прозрачности закупки, предотвращения коррупции и других злоупотреблений установлены общие принципы и основные требования к закупке товаров, работ, услуг.

В свою очередь, приведение заказчиком ценовых предложений участников к единому налоговому базису фактически заставляет участников, находящихся на упрощенной системе налогообложения, занижать свои предложения.

При этом, если при оценке участников, являющихся плательщиками НДС, размер НДС будет вычитаться из их ценовых предложений, это будет фактически предоставлять им преимущество над лицами, не являющимися плательщиками указанного налога, так как последним, чтобы быть конкурентноспособными придется снижать свое предложение как минимум на размер НДС. Вместе с тем для лиц, не являющихся плательщиками НДС, в любом случае установлена своя система налогообложения и предусмотренное законодательством право на освобождение от уплаты соответствующего налога, которого фактически лишает Заказчик путем установления такого порядка оценки.

Ни одна норма действующего законодательства не наделяет участников торгов, находящихся на упрощенной системе налогообложения, особым статусом, обязывающим их занижать ценовые предложения при участии в конкурентных процедурах на величину налога на добавленную стоимость лишь в силу того, что они не являются плательщиками налога.

Установление в Положении о закупках такого права не может свидетельствовать о правомерности проведения оспариваемой закупки, в том числе в связи с тем, что указанная норма предоставляет Заказчику право на установление соответствующих положений, но не предписывает соответствующую обязанность.

При оценке ценовых предложений участников закупочной процедуры по стоимости без НДС лица, применяющие упрощенную систему налогообложения, будут поставлены в заведомо невыгодные условия закупки, поскольку, в отличие от лиц, применяющих общую систему налогообложения, будут обязаны уплатить налог на доходы (статьи 346.11, 346.14 НК РФ) в размере 6 % от суммы полученного дохода (пункт 1 статьи 346.20 НК РФ).

Таким образом, чистая прибыль лиц, применяющих упрощенную систему налогообложения, будет изначально ниже по сравнению с лицами, находящимися на общей системе налогообложения, что априори ставит их в заведомо невыгодное положение в рамках рассматриваемой закупочной процедуры и способствует их отказу от участия в закупочной процедуре лишь на основании применения ими упрощенной системы налогообложения. Увеличение же такими лицами своих ценовых предложений при подаче заявок (для исключения последующего исполнения договора в убыток собственным интересам) исключит возможность их победы в закупочной процедуре ввиду более привлекательного ценового предложения, сделанного лицом, применяющим общую систему налогообложения.

При таких данных, оценка ценовых предложений участников закупки без учета НДС могла бы иметь место в том случае, если начальная (максимальная) цена договора не включала бы НДС, поскольку в этом случае участники, как и в случае включения НДС в стоимость договора, были бы поставлены в одинаковое положение при формировании своих ценовых предложений и не должны были бы занижать свои предложения с целью получения возможности победить в закупочной процедуре и впоследствии исполнять условия договора в ущерб и убыток собственным интересам и возможностям.

Примененное Заказчиком в данном случае уменьшение цены лица, являющегося плательщиком НДС, создает неравные условия для участников закупки, что противоречит положениям Закона о закупках. Предлагая определенную цену, участник несет риск получения меньшего количества баллов при наличии лучшего предложения другого участника закупки, что в конечном итоге определяет конкуренцию при проведении закупки.

Кроме того, в Российской Федерации системно и последовательно реализуется политика поддержки субъектов малого и среднего предпринимательства, в рамках которой, например, был принят Федеральный закон от 24.07.2007 № 209-ФЗ «О развитии малого и среднего предпринимательства в Российской Федерации», создана Федеральная Корпорация по развитию малого и среднего предпринимательства, последовательно увеличиваются квоты участия указанных субъектов в закупках для обеспечения государственных и муниципальных нужд и корпоративных закупок, в связи с чем рассматриваемые действия заказчика по ущемлению прав лиц, не являющихся плательщиками НДС, фактически противоречат государственной политике Российской Федерации, направленной на поддержку и развитие субъектов малого и среднего предпринимательства.

Согласно части 6 статьи 3 Закона о закупках не допускается предъявлять к участникам закупки, к закупаемым товарам, работам, услугам, а также к условиям исполнения договора требования и осуществлять оценку и сопоставление заявок на участие в закупке по критериям и в порядке, которые не указаны в документации о закупке. Требования, предъявляемые к участникам закупки, к закупаемым товарам, работам, услугам, а также к условиям исполнения договора, критерии и порядок оценки и сопоставления заявок на участие в закупке, установленные заказчиком, применяются в равной степени ко всем участникам закупки, к предлагаемым ими товарам, работам, услугам, к условиям исполнения договора.

В данном случае применение спорного положения закупочной документации фактически приводит к увеличению размера цены, предложенной участником закупки, применяющим упрощенную систему налогообложения, помимо его воли и вопреки сформированному им ценовому предложению, что не может не ставить участника, применяющего упрощенную систему налогообложения, в заведомо менее благоприятное положение в сравнении с участниками закупки, использующими общую систему налогообложения, ценовые предложения которых принимаются заказчиком без корректировки в сторону увеличения.

Таким образом, преимущество в заключении договора с заказчиком получают те участники закупки, которые являются плательщиками НДС.

Комиссия, в свою очередь, отмечает, что в настоящем случае Заказчик установил требование, согласно которому участники Закупки должны самостоятельно проводить налоговый вычет, что в свою очередь является неправомерным, так как данное требование приведения

ценовых предложений участников Закупки к единому налоговому базису, создает неравные стартовые закупочные условия, ставит в значительное преимущественное положение участников закупки, применяющих общую систему налогообложения.

При таких обстоятельствах, Комиссия приходит к выводу о несоответствии действий Заказчика требованиям, установленным частью 6 статьи 3, а также пунктом 2 части 1 статьи 3 закона о закупках.

Указанная правовая позиция изложена в Определении Судебной коллегии по экономическим спорам Верховного Суда Российской Федерации от 23.04.2021N 307-ЭС20-21065 по делу N А56-75118/2019, а также в «Обзоре судебной практики Верховного Суда Российской Федерации № 3 (2021)», утвержденном Президиумом Верховного Суда РФ 10.11.2021, а также в решениях Арбитражного суда города Москвы по делам №№ А40-212495/20, А40-45461/2021, А40-254872/20, А40-19759/2022, А40-281675/21 постановлениях Девятого арбитражного апелляционного суда по делам №№ А40-214462/20, А40-247662/20, А40-178780/2020, А40-230395/20, А40-4461/2021, А40-245935/2021, постановлениях Арбитражного суда Московского округа по делам №№ А40-107093/2020, А40-42974/2021, А40-28330/2021, А40-68522/2021 и др.

В связи с чем, довод Заявителя о неправомерном установлении порядка оценки по критерию «Цена договора или цена за единицу продукции» путем приведения ценовых предложений участников закупки к единому налоговому базису признается Комиссией обоснованным.

Также Заявитель указывает, что Заказчиком неправомерно включено в Закупочную документацию требование к участнику закупки о предоставлении образцов продукции, а также производителя предлагаемой к поставке продукции.

Согласно пункту 9 части 10 статьи 4 Закона о закупках в документации о закупке должны быть указаны установленные заказчиком требования к участникам закупки.

В соответствии с разделом 4.6 Закупочной документации описание продукции должно быть подготовлено участником процедуры закупки в соответствии с требованиями п. 13 информационной карты.

При описании продукции участник процедуры закупки обязан подтвердить соответствие поставляемой продукции требованиям документации о закупке в отношении всех показателей, которые в ней установлены.

При описании продукции участником процедуры закупки должны

указываться точные, конкретные, однозначно трактуемые и не допускающие двусмысленного толкования показатели, за исключением случаев, когда допускается представление описания в ином порядке в соответствии с требованиями к продукции (разд. 9) и подразделом 7.4.

В случае если в разд. 9 указаны товарные знаки, знаки обслуживания, патенты, полезные модели, промышленные образцы, наименования мест происхождения товара или наименования производителей, сопровождаемые словами «или эквивалент», участник процедуры закупки при описании продукции обязан подтвердить соответствие предлагаемой продукции показателям эквивалентности, установленным в документации о закупке.

При описании продукции участник процедуры закупки должен использовать общеизвестные (стандартные) показатели, термины и сокращения в соответствии с законодательством и требованиями настоящей документации о закупке.

Нарушение участником процедуры закупки требований к описанию продукции, установленных настоящим подразделом и п. 13 информационной карты, является основанием для отказа в допуске к участию в закупке.

Так, пунктом 13 Информационной карты уставлены следующие требования к описанию продукции:

подробное предложение участника процедуры закупки в отношении продукции, включающее в себя указание производителя и страны происхождения товара, предложения в отношении функциональных характеристик (потребительских свойств), эксплуатационных характеристик, количественных и качественных характеристик товара (в том числе с предоставлением образцов продукции) по форме Технического предложения, установленной в подразделе 7.4

Порядок предоставления образцов продукции:

Образцы продукции должны быть предоставлены в отношении позиций 10, 17, 23, 35, 59 Технического задания.

Образцы должны быть представлены в универсальной фасовке общего объема не менее:

- по позиций 10 – 0,5 кг.;
- по позиций 17 – 1,0 кг.;
- по позиций 23 – 0,2 кг.;

- по позиций 35 – 1 шт.;

- по позиций 59 – 0,2 кг.

Образцы должны быть новыми (которые не были в употреблении, в том числе не были восстановлены, у которых не были восстановлены потребительские свойства).

Образцы должны быть предоставлены до даты окончания подачи заявок по адресу: 117587, г. Москва, ул. Кировоградская д.1. Участник закупки самостоятельно осуществляет доставку образцов, в том числе несет расходы по доставке.

Ответственным за принятие образцов является контактное лицо, указанное в п. 3 Информационной карты. Ответственное лицо расписывается в получении образцов продукции.

Образцы должны сопровождаться действующими паспортами качества производителя или лаборатории, имеющей государственную аккредитацию, (в отношении позиции 35 Технического задания – декларацией соответствия), подтверждающими соответствие образца указанным в Техническом задании стандартам, нормам и техническим регламентам.

Образцы должны быть представлены в упаковке. Все представляемые образцы и сопровождающие их паспорта качества производителя или лаборатории, имеющей государственную аккредитацию, (в отношении позиции 35 Технического задания – декларацией соответствия), подтверждающие соответствие образца указанным в Техническом задании стандартам, нормам и техническим регламентам, должны быть помещены в одну коробку (тару), на которой должно быть указано: «не вскрывать до_____» (до даты открытия доступа к заявкам, поданным в электронной форме).

К образцу должен быть прикреплен ярлык «Образец-эталон», на котором указывается информация, совпадающая с номером заявки, не должны указываться сведения об участнике закупки, а именно любые сведения, идентифицирующие их (наименование, адрес местонахождения, номер контактного телефона, адрес электронной почты, сайт в информационно-телекоммуникационной сети «Интернет» и т.п.).

Организатор расписывается в получении образцов продукции.

Образцы не подлежат возврату.

Определение соответствия образца Требованиям к продукции осуществляется по следующим параметрам:

соответствие внешнего вида Требованиям к продукции;

соответствие образца изложенным в Техническом задании техническим требованиям к продукции, а также указанным стандартам, нормам и техническим регламентам, включая маркировку, предусмотренную данными регламентами;

наличие действующих паспортов качества производителя или лаборатории, имеющей государственную аккредитацию, (в отношении позиции 35 Технического задания – декларацией соответствия), подтверждающих соответствие образца указанным в Техническом задании стандартам, нормам и техническим регламентам.

На заседании Комиссии Заказчик пояснил, что описание продукции в составе заявки без указания производителя является декларативным и не позволяет подтвердить соответствие предлагаемой данным участником закупки продукции требованиям извещения и документации о закупке в отношении всех показателей, которые в ней установлены. Зачастую, при подготовке заявки участники закупки копируют установленные заказчиком качественные характеристики товара, удаляя параметры эквивалентности и указывая параметр либо по нижнему, либо по верхнему пределу, и указывают в качестве производителя посредническую компанию, либо свою собственную компанию. Закупочная комиссия Общества при проверке заявок на предмет оценки соответствия предлагаемой участниками закупки продукции требованиям заказчика, исходя из указанных участником закупки производителей продукции, оценивает путем изучения официального сайта указанного производителя, путем направления официального запроса в адрес указанного производителя, информации о поставках в рамках исполненных договоров и т.д. о том, что заявленная участником компания действительно является производителем продукции, соответствующей требуемой Заказчику категории качества по стандартам ГОСТ/ТУ/ТР/ТС.

Таким образом, указание производителя участником процедуры закупки в Форме Технического предложения, установленной в подразделе 7.4, является обязательным требованием установленным документацией о закупке, ЕПоЗ ГК «Ростех», Распоряжением № 89 от 01.07.2015 (в редакции Распоряжения №131 от 25 июля 2018 года) ГК «Ростех».

В части установления требования о предоставлении образцов продукции Заказчик пояснил, требование о предоставлении образцов является минимально необходимым для подтверждения соответствия предлагаемой данным участником закупки продукции требованиям извещения и документации о закупке в отношении всех показателей,

которые в ней установлены, поскольку закупаемая продукция используется Обществом в процессе производства изделий, в первую очередь, для выполнения Государственного оборонного заказа, а также для исполнения иных договорных обязательств, а поставка некачественной продукции не только может потребовать времени на расторжение договора и проведение повторной закупки, но и повлиять на качество готовой продукции, поставляемой Заказчикам, что в конечном итоге может повлечь за собой срыв поставок и наложение штрафных санкций на Общество в связи с неисполнением Государственного оборонного заказа и иных договорных обязательств.

Вместе с тем Комиссия расценивает доводы Заказчика критически на основании следующего.

Согласно статье 456 Гражданского кодекса Российской Федерации продавец обязан передать покупателю товар, предусмотренный договором купли-продажи. Если иное не предусмотрено договором купли-продажи, продавец обязан одновременно с передачей вещи передать покупателю ее принадлежности, а также относящиеся к ней документы (декларацию соответствия, технический паспорт, сертификат качества и т.п.), предусмотренные законом, иными правовыми актами или договором.

Таким образом, исходя из указанных положений законодательства Российской Федерации, Заказчик не вправе требовать образцы товара, которыми участник не может обладать, не приобретая соответствующего товара, при поставке которого передаются соответствующие документы, такие как: сертификат соответствия, технические условия и так далее, а также документы, подтверждающие результат лабораторных исследований соответствующих товаров.

С учетом изложенного требование о представлении в составе заявки участника образцов товаров, указанных в Техническом задании, обременяет участника закупки заблаговременно произвести/приобрести указанную в Техническом задании Приложения продукцию.

Кроме того, при отсутствии обязанности производителя/дилера продукции как-либо реагировать на соответствующие запросы участников закупки о представлении сертификатов соответствия возможность участников закупки подать заявку на участие в запросе предложений в соответствии с вышеуказанными требованиями Закупочной документации всецело зависит от волеизъявления третьих лиц - производителя/дилера, его официального представителя, что противоречит пункту 2 части 1 статьи 3, пункту 9 части 10 статьи 4 Закона

о закупках.

При этом Закон о закупках не устанавливает обязанности участника закупки иметь товар, предлагаемый к поставке по предмету закупки, в наличии на момент подачи заявки на участие в закупке, в связи с чем участник может не обладать информацией о соответствующих свойствах товара, предлагаемого к поставке, при заполнении заявки на участие в закупке.

На основании вышеизложенного Комиссия приходит к выводу о том, что вышеуказанные требования являются избыточными, поскольку для их исполнения Заказчик устанавливает необходимость для участника закупочной процедуры в том числе произвести/приобрести соответствующий товар.

Комиссия также обращает внимание на то, что ссылки Заказчика на выполнение государственного оборонного заказа в данном случае не применимы, поскольку оспариваемая закупка не проводится в рамках ГОЗ. Кроме того, Заказчиком не приведено обоснований необходимости предоставления образцов продукции по 5 позициям и указания производителя продукции.

В свою очередь Комиссия отмечает, что при закупке товаров, работ, услуг заказчики руководствуются принципом равноправия, справедливости, отсутствия дискриминации и необоснованных ограничений конкуренции по отношению к участникам закупки (пункт 2 части 1 статьи 3 Закона о закупках).

Вместе с тем действия Заказчика в настоящем случае упомянутым целям и принципам не соответствовали, поскольку объективно повлекли за собой их нарушение. Между тем, указанные действия Заказчика влекут за собой не только нарушение принципов равноправия и справедливости (пункт 1 статьи 3 Закона о закупках), но и принципа недопустимости извлечения преимуществ из своего незаконного или недобросовестного поведения (пункт 4 статьи 1 ГК РФ) и злоупотребления правом (пункт 1 статьи 10 ГК РФ).

Дополнительно Комиссия отмечает, что на участие в данной Закупке была подана только одна заявка.

С учетом вышеизложенного, Комиссия приняла решение о признании жалобы Заявителя обоснованной и необходимости выдачи Заказчику предписания.

На основании изложенного и руководствуясь частью 20 статьи 18.1 Закона о защите конкуренции, Комиссия

РЕШИЛА:

1. Признать жалобу ИП ... (ИНН: 710501799206; ОГРНИП: 318715400074447) на действия АО «НПО «Прибор» имени С.С. Голембиовского» (ИНН: 7726700943; ОГРН: 1127746541427) необоснованной в части не получения ответа на запрос разъяснений, в части определения начальной максимальной цены договора оставить жалобу без рассмотрения, в остальной части признать жалобу обоснованной.

2. Установить в действиях Заказчика нарушение пункта 2 части 1, части 6 статьи 3 Закона о закупках.

3. Выдать обязательное для исполнения предписание об устранении выявленных нарушений.

Настоящее решение может быть обжаловано в Арбитражном суде в течение трех месяцев со дня его принятия.