

РЕШЕНИЕ

по делу № 077/07/00-2404/2024 о нарушении

процедуры торгов и порядка заключения договоров

28.02.2024

г. Москва

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

Председательствующего:

«..»;

членов Комиссии:

«..»,

«..»,

«..»,

рассмотрев жалобу «..» (далее - Заявитель) на действия АО «МОСЭНЕРГОСБЫТ» (далее - Заказчик), ООО «ИНТЕР РАО-ЦЕНТР УПРАВЛЕНИЯ ЗАКУПКАМИ» (далее — Организатор) при проведении открытого запроса предложений в электронной форме, на право заключения договора капитального ремонта кровли здания АО «Мосэнергосбыт» по адресу: г. Москва, ул. Касимовская, д. 23 для нужд АО «Мосэнергосбыт» (реестровый № 32413301744, 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 и Организатора при проведении Закупки.

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, оператора электронной площадки, закупочной 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» (в редакции, действующей на дату размещения Положения о закупках) (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, закупочной 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 требованиям пункта 1 части 10 статьи 3 Закона о Закупках.

Согласно доводам жалобы, нарушение со стороны Заказчика при проведении закупочной процедуры выразилось в ненадлежащем формировании закупочной документации, а именно: неправомерное установление в документации положений, согласно которым на стадии оценки и сопоставления заявок для целей сравнения ценовые предложения всех участников учитываются без НДС.

По мнению Заявителя, в случае, если победителем закупки станет участник, применяющий общую систему налогообложения (далее – ОСН), то договор с ним будет заключен не по предложенной данным участником цене, которая сравнивалась с ценовыми предложениями иных участников, а по цене, увеличенной на сумму НДС.

Заказчик и Организатор с доводами жалобы не согласились, представили письменные возражения и материалы, запрошенные антимонопольным органом.

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.

Заказчик осуществляет свою закупочную деятельность на основании Закона о закупках и Положения о порядке проведения закупок товаров, работ, услуг для нужд АО «Мосэнергосбыт» от 25.07.2023 (далее — Положение о закупке).

Согласно пункту 6 Извещения о проведении закупки, организатором закупки является ООО «ИНТЕР РАО-ЦЕНТР УПРАВЛЕНИЯ ЗАКУПКАМИ».

Комиссией установлено, что 19.02.2024 Заказчик на сайте Единой электронной торговой площадки, а также на официальном сайте Единой информационной системы в сфере закупок (<http://zakupki.gov.ru>) (далее – ЕИС), разместил информацию о проведении открытого запроса предложений в электронной форме, на право заключения договора капитального ремонта кровли здания АО

«Мосэнергосбыт» по адресу: г. Москва, ул. Касимовская, д. 23 для нужд АО «Мосэнергосбыт» (реестровый № 32413301744).

Начальная (максимальная) цена договора: 5 030 800,52 рублей.

Дата начала срока подачи заявок: 19.02.2024.

Дата и время окончания срока подачи заявок: 14.03.2024 (12:00).

Дата подведения итогов: 07.05.2024.

Изучив представленные материалы, Комиссия отмечает следующее.

Согласно пункту 5.7.1 Закупочной документации, цена заявки на участие в закупке должна включать в себя все расходы и риски, связанные с выполнением работ, услуг, поставкой и доставкой товаров и материалов на условиях, определенных в договоре. При этом в цену заявки на участие в закупке включаются любые сборы и пошлины, расходы и риски, связанные с выполнением договора, в том числе гарантийного срока эксплуатации товара и другие затраты.

В случае заключения рамочного договора цена заявки участника может соответствовать начальной (максимальной) цене договора (лота). В цену заявки на участие в закупке не включается налог на добавленную стоимость (НДС), уплачиваемый согласно законодательству Российской Федерации.

В соответствии с пунктом 5.7.4 Закупочной документации, в цену заявки на участие в закупке не включается налог на добавленную стоимость (НДС), уплачиваемый согласно законодательству Российской Федерации.

В силу пункта 5.6.2 Закупочной документации, в случае превышения в заявке Участника закупки начальной (максимальной) цены договора, указанной в пункте 12 Извещения, экспертная оценка такой заявки не проводится, заявка отклоняется как не соответствующая требованиям закупочной документации.

Пунктом 9.1 Закупочной документации о закупке установлена форма коммерческого предложения, входящего в состав заявки на участие в Закупке.

Согласно данной форме участник указывает предложение о цене договора с НДС и о цене без НДС.

При этом Комиссия отмечает, что участник, применяющий упрощенную систему налогообложения, имеет возможность указать только цену без НДС, так как не является плательщиком данного налога.

На заседании Комиссии Заказчик пояснил, что согласно пункту 9.7 Закупочной документации спецификацию (коммерческое предложение) необходимо представлять при закупке на поставку товаров (форма №5). Кроме того, Заказчик отметил, что указание строки стоимости с НДС определяет механизм расчетов по договору в случае если подрядчик является плательщиком НДС.

Также на заседании Комиссии Заказчик отметил, что согласно пункту 3 формы № 1 «Письмо о подаче оферты», если в результате заключения договора по результатам закупки начисление НДС происходить не будет, то участник не

заполняют графы «Кроме того НДС, руб», «итого с НДС, руб» с указанием причины незаполнения в свободной форме.

Таким образом, указанные обстоятельства, позволяют обеспечить возможность сопоставления по критерию «цена» заявок участников, использующих разные системы налогообложения.

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 ценовых предложений участников, являющихся плательщиками НДС, размер НДС не будет учитываться, это фактически будет 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, 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 обстоятельствах, оценка ценовых предложений участников закупки без учета НДС могла бы иметь место в том случае, если цена договора не включала бы НДС (закупаемые товары, работы, услуги не подлежали налогообложению), 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.

Оценка заявок без НДС, в том числе, 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.

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 при заполнении формы коммерческого предложения что, в свою очередь, является неправомерным, так как приведение ценовых предложений участников Закупки к единому налоговому базису, создает неравные стартовые закупочные условия, ставит в значительное преимущественное положение участников закупки, применяющих общую систему налогообложения.

Указанная правовая позиция изложена в Определении Судебной коллегии по экономическим спорам Верховного Суда Российской Федерации от 23.04.2021

№ 307-ЭС20-21065 по делу № 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, 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, А40-281675/21, постановлениях Арбитражного суда Московского округа по делам №№ А40-107093/2020, А40-42974/2021, А40-28330/2021, А40-68522/2021, Определениях Верховного Суда Российской Федерации от 06.09.2022 года № 305 - ЭС22-15109 по делу №А40-145152/2021, от 25.11.2022 № 305-ЭС22-22824 по делу № А40-271366/21 и др.

В частности, в пункте 33 Обзора судебной практики Верховного Суда Российской Федерации № 3 (2021) от 10.11.2021 суд указал, что Заказчик может быть финансово заинтересован в заключении договора с исполнителем, применяющим общую систему налогообложения, поскольку в таком случае согласно пункту 2 статьи 171 НК РФ заказчик получает возможность применения налоговых вычетов при осуществлении собственной облагаемой НДС деятельности, то есть имеет возможность уменьшить величину своего налогового бремени. Однако упомянутый имущественный интерес заказчика не связан непосредственным образом с удовлетворением его потребностей в качественном и своевременном выполнении работ (услуг) (часть 1 статьи 1 Закона о закупках) и в силу законодательно закрепленного принципа равноправия (отсутствие дискриминации) участников закупки не может быть реализован за счет постановки участников закупки, применяющих упрощенную систему налогообложения, в заведомо уязвленное положение в сравнении с иными участниками гражданского оборота.

Относительно ссылки Заказчика на Определение Судебной коллегии по экономическим спорам Верховного Суда Российской Федерации от 04.04.2022 № 307-ЭС21-28680 Комиссия отмечает, что в указанном судебном акте сделаны выводы исключительно об отсутствии в Законе о закупках обязательных правил для заказчиков, предписывающих уменьшить цену договора на размер НДС, исключив формулировку об НДС, либо обязывающих Заказчика сформулировать условия документации с НДС и без НДС, то есть разработать условия документации и сформировать цену договора в зависимости от применения системы налогообложения участником закупки, что согласуется позициями судов по ранее указанным делам и Обзоре Верховного Суда Российской Федерации и антимонопольного органа.

При таких обстоятельствах, Комиссия приходит к выводу об обоснованности данного довода жалобы и несоответствии действий Заказчика требованиям, установленным пунктом 2 части 1 и части 6 статьи 3 закона о закупках.

С учетом изложенного, на основе всестороннего исследования, оценки фактических обстоятельств и доказательств по делу в их совокупности и взаимосвязи Комиссия приходит к выводу о частичной обоснованности доводов жалобы.

На основании изложенного и руководствуясь частью 20 статьи 18.1, пунктом 3.1 части 1 статьи 23 Закона о защите конкуренции, Комиссия

РЕШИЛА:

1. Признать жалобу «..» («..») на действия АО «Мосэнергосбыт» («..») и ООО «Интер РАО – Центр управления закупками» («..») при проведении Закупки обоснованной.
2. Установить в действиях Заказчика нарушения пункта 2 части 1 и части 6 статьи 3 Закона о закупках.
3. Выдать обязательное к исполнению предписание об устранении выявленных нарушений.

Настоящее решение может быть обжаловано в арбитражный суд в течение трех месяцев со дня его принятия.