

РЕШЕНИЕ

Резолютивная часть решения оглашена 19.01.2023г.

Решение в полном объеме изготовлено 24.01.2023г. г. Иркутск

Комиссия Иркутского УФАС России по контролю соблюдения законодательства о закупках, торгах, порядке заключения договоров, порядке осуществления процедур, включенных в исчерпывающие перечни процедур в сферах строительства (далее – Комиссия) в составе:

Председатель Комиссии:;

Члены Комиссии:

в отсутствие представителя заявителя — ООО «АльянсПрофЭко» – заявлено ходатайство о рассмотрении жалобы без участия заявителя;

при участии представителей заказчика — ОАО «РЖД» - (доверенность), (доверенность), (доверенность), (доверенность);

рассмотрев жалобу в порядке, установленном ст. 18.1. Федерального закона от 26.07.2006г. № 135-ФЗ «О защите конкуренции» (далее – Закон о защите конкуренции),

УСТАНОВИЛА:

В Управление Федеральной антимонопольной службы по Иркутской области (далее – Иркутское УФАС России) обратилось ООО «АльянсПрофЭко» с жалобой на действия заказчика – ОАО «РЖД» при организации и проведении закупки – запроса котировок среди субъектов малого и среднего предпринимательства в электронной форме № 4083/ЗКТЭ-ЦДРП/22 на право заключения договора оказания услуг по разработке проекта и установлению санитарно-защитных зон для ПМС-45.

Заявитель считает, что условия закупки и положения извещения о проведении запроса котировок нарушают права участников закупки, находящихся на упрощенной системе налогообложения, в связи с тем, что участники закупки, находящиеся на общей системе налогообложения, находятся в более выгодных условиях и их уровень рентабельности становится выше в случае заключения договора.

Заказчик считает доводы, изложенные в жалобе необоснованными, представил письменные возражения по существу жалобы.

До начала рассмотрения представителем Заказчика заявлено ходатайство о видеосъемке заседания Комиссии по рассмотрению жалобы. Положениями

ст.18.1 Закона о защите конкуренции не предусмотрены права участников рассмотрения жалобы на ведение фото-, аудио-, видеосъемки заседания Комиссии антимонопольного органа. Ходатайство ОАО «РЖД» оставлено без удовлетворения ввиду отсутствия правовых оснований и процессуальной целесообразности.

В ходе заседания Комиссии Иркутского УФАС России Заказчик возражал относительно доводов жалобы, поддержал доводы, изложенные в возражениях на жалобу.

Комиссия, исследовав имеющиеся материалы, доводы жалобы, возражения заказчика, представленные документы, установила следующее.

В соответствии с п.1 ч.1 ст.18.1 Закона о защите конкуренции антимонопольный орган рассматривает жалобы на действия (бездействие) юридического лица, организатора торгов, оператора электронной площадки, конкурсной или аукционной комиссии при организации и проведении торгов, заключении договоров по результатам торгов или 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 июля 2011 года N 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.

Часть 10 ст. 3 Закона о закупках предусмотрен ряд случаев, позволяющих участникам 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.

Заказчиком осуществлялась закупка товаров, работ и услуг в соответствии с Законом о закупках и Положением о закупке товаров, работ, услуг для нужд ОАО «РЖД», утвержденным решением совета директоров ОАО «РЖД» от 28 июня 2018 г. (далее - Положение о закупке).

ОАО «РЖД» на сайте Электронной торговой площадки «РТС-тендер» www.rts-tender.ru размещено извещение № 4083/ЗКТЭ-ЦДРП/22 о проведении запроса котировок среди субъектов малого и среднего предпринимательства в электронной форме № 4083/ЗКТЭ-ЦДРП/22 на право заключения договора оказания услуг по разработке проекта и установлению санитарно-защитных зон для ПМС-45.

Ознакомившись с указанной информацией ООО «АльянсПрофЭко» была подана жалоба в Иркутское УФАС России.

Из пояснений ОАО «РЖД» следует, что, по мнению Заказчика, указание начальной максимальной цены договора (далее — НМЦД) как без учета НДС, так и с учетом НДС обеспечивает прозрачность закупки, ее информационную открытость и

способствует однозначному толкованию условий закупки. ОАО «РЖД» указано единственное значение НМЦД и сведения о расходах на уплату НДС в рамках данной цены, заказчиком не указывалось нескольких различных значений НМЦД.

Также Заказчик пояснил, что положение документации об оценке заявок без учета НДС применяется в равной степени ко всем участникам, использующим тот или иной режим налогообложения, и направлено на обеспечение возможности сопоставления ценовых предложений участников, использующих именно равные режимы налогообложения. Кроме того, ОАО «РЖД» не производит никаких вычетов из ценовых предложений участников.

Рассмотрев доводы жалобы, пояснения сторон, Комиссия Иркутского УФАС России приходит к следующим выводам.

В подпункте 5 пункта 243 Положения о закупке указано, что в документации о конкурентной закупке должны быть указаны сведения о начальной (максимальной) цене договора, либо формула цены и максимальное значение цены договора, либо цена единицы товара, работы, услуги и максимальное значение цены договора.

В силу пункта 70 Положения о закупке начальная (максимальная) цена договора (цена лота), цена договора, заключаемого с единственным поставщиком (исполнителем, подрядчиком), может указываться как с учетом, так и без учета НДС.

В техническом задании приложения № 1.1 к закупочной документации указан порядок формирования начальной (максимальной) цены договора (далее - НМЦД), который «включает в себя все возможные расходы Исполнителя, в том числе расходы на приобретение расходных средств и материалов, транспортные расходы, включая расходы на перевозку, расходы на страхование, уплату таможенных пошлин, налогов, сборов и других обязательных платежей, а также иные расходы, которые возникнут или могут возникнуть в ходе исполнения договора».

Согласно пункту 9 извещения «Начальная (максимальная) цена договора составляет 460 000,00 (Четыреста шестьдесят тысяч) руб. 00 коп. без учета НДС, 552 000,00 (Пятьсот пятьдесят две тысячи) руб. 00 коп. с учетом НДС.

Начальная (максимальная) цена договора, цена единицы услуги сформирована методом сопоставимых рыночных цен (анализа рынка), предусмотренным подпунктом 1 пункта 54 Положения о закупке товаров, работ, услуг для нужд ОАО «РЖД», и включает в себя все возможные расходы Исполнителя, в том числе расходы на приобретение расходных средств и материалов, транспортные расходы, включая расходы на перевозку, расходы на страхование, уплату таможенных пошлин, налогов, сборов и других обязательных платежей, а также иные расходы, которые возникнут или могут возникнуть в ходе исполнения договора».

Закон о закупках устанавливает общие принципы закупки товаров, работ, услуг и основные требования к закупке товаров, работ, услуг юридическими лицами, указанными в части 2 статьи 1 Закона о закупках.

Согласно части 1 статьи 2 Закона о закупках при закупке товаров, работ, услуг

заказчики руководствуются Конституцией Российской Федерации, гражданским кодексом Российской Федерации, Законом о закупках, другими федеральными законами и иными нормативными правовыми актами Российской Федерации, а также принятыми в соответствии с ними и утвержденными с учетом положений части 3 статьи 2 Закона о закупках.

Согласно пункту 2 части 1 статьи 3 Закона о закупках, при закупке товаров, работ, услуг, заказчики руководствуются следующими принципами: равноправие, справедливость, отсутствие дискриминации и необоснованных ограничений конкуренции по отношению к участникам закупки.

Согласно пунктам 5, 7 части 10 статьи 4 Закона о закупках в документации о закупке должны быть указаны сведения о начальной (максимальной) цене договора, либо формула цены и максимальное значение цены договора, либо цена единицы товара, работы, услуги и максимальное значение цены договора; обоснование начальной (максимальной) цены договора либо цены единицы товара, работы, услуги, включая информацию о расходах на перевозку, страхование, уплату таможенных пошлин, налогов и других обязательных платежей.

Следовательно, при определении в документации о закупке начальной (максимальной) цены договора заказчик должен установить одно значение такой цены для всех участников закупки (независимо от применяемой ими системы налогообложения), указав при этом содержит или нет установленная цена НДС.

При этом наличие в закупочной документации нескольких значений начальной (максимальной) цены договора (цены лота) не соответствует положениям Закона о закупках и может привести к неоднозначному толкованию таких положений участниками закупки и необъективной оценке своих возможностей при определении в заявке ценового предложения такого участника.

В соответствии с пунктом 2 статьи 346.11 Налогового кодекса Российской Федерации применение упрощенной системы налогообложения организациями, в частности, предусматривает их освобождение от обязанности по уплате НДС.

В силу пункта 5 статьи 173 Налогового кодекса Российской Федерации и правовой позиции, выраженной в постановлении Конституционного Суда Российской Федерации от 03.06.2014 № 17-П, обязанность по исчислению и уплате НДС может возникнуть лишь при выставлении налогоплательщиком, применяющим упрощенную систему налогообложения, по своей инициативе счета-фактуры с выделенной в нем суммой налога.

Возможность установления разных значений цены для участников закупки (в зависимости от применяемой ими системы налогообложения), также не следует из положений части 10 статьи 4 Закона о закупках, согласно пункту 5 которой в документации о конкурентной закупке должны быть указаны сведения о начальной (максимальной) цене договора (цена лота), либо формула цены, устанавливающая правила расчета сумм, подлежащих уплате заказчиком поставщику (исполнителю, подрядчику) в ходе исполнения договора, и максимальное значение цены договора, либо цена единицы товара, работы, услуги и максимальное значение цены договора.

Напротив, из буквального толкования части 22 статьи 3.2, части 10 статьи 4 Закона о закупках следует, что заказчик в документации о закупке должен установить одно значение начальной (максимальной) цены договора для всех участников закупки (независимо от применяемой системы налогообложения); победителем в запросе котировок признается участник закупки, заявка которого соответствует требованиям, установленным извещением о проведении запроса котировок, и содержит наиболее низкую цену договора.

В соответствии с пунктами 13, 14 части 10 статьи 4 Закона о закупках в документации о закупке должны быть указаны сведения, определенные положением о закупке, в том числе критерии и порядок оценки и сопоставления заявок на участие в закупке.

При этом 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 свою очередь Закон о закупках не содержит норм, указывающих на возможность при осуществлении оценки заявок участников закупочной процедуры применения единого базиса оценки цены предложений участником без учета НДС.

Предпринимательская деятельность, в силу положений статьи 2 Гражданского кодекса Российской Федерации, является самостоятельной, осуществляемой на свой риск, направленной на систематическое получение прибыли от пользования имуществом, продажи товара, выполнения работ или оказания услуг лицами, зарегистрированными в этом качестве в установленном законом порядке.

Участники закупки, принимая решение об участии в закупке, самостоятельно формируют предложения по оцениваемым условиям закупки, исходя из своих возможностей, с учетом интереса одержать победу. 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.

Установление единой НМЦД в качестве критерия для оценки ценовых предложений не свидетельствует о неравных условиях для участников закупки, а являются предпринимательскими расходами и рисками лиц, осуществляющих предпринимательскую деятельность и выбравших определенную систему налогообложения.

В силу ч. 29 ст. 3.4 Закона о закупках договор по результатам конкурентной закупки с участием субъектов малого и среднего предпринимательства заключается на условиях, которые предусмотрены проектом договора, документацией о конкурентной закупке, извещением об осуществлении конкурентной закупки и заявкой участника такой закупки, с которым заключается договор.

Согласно п.373 Положение о закупке договор заключается на условиях и по цене, указанных в извещении о проведении запроса котировок и в котировочной заявке победителя или участника, с которым заключается договор или с согласия таких лиц на условиях более выгодных для заказчика.

Пунктом 73 Положения о закупке установлено, что в случае если начальная (максимальная) цена договора (цена лота) указывается с учетом НДС, стоимость договора, заключаемого с участником, в том числе с победителем, не являющимся плательщиком НДС, определяется без учета НДС, но с учетом применяемой таким участником системы налогообложения.

Соответственно, исходя из буквального толкования положений аукционной документации и Положения о закупках заказчика в их взаимосвязи, следует, что договор заключается по цене предложенной победителем аукциона, которая определяется без учета НДС.

При этом, указание в пункте 73, что стоимость договора определяется с учетом применяемой таким участником системы налогообложения не позволяет заказчику толковать данное положение как увеличение стоимости договора на НДС для победителя, являющегося налогоплательщиком НДС. Подобное толкование может повлечь неустранимое противоречие и фактически будет означать «заключение договора по цене без учета НДС, но с учетом НДС».

2.

1. Вместе с тем, согласно п.2.1 проекта договора «Общая цена настоящего Договора составляет _____ (_____) рублей __ копеек (без НДС) (Условие о ставке и сумме НДС может быть исключено при оформлении договора с контрагентом-победителем аукциона в случае, если он использует упрощенную систему налогообложения или его деятельность освобождена от обложения НДС в соответствии с определенными статьями Налогового кодекса РФ. В таком случае из договора исключаются все условия о выставлении и предоставлении счетов-фактур).

Цена настоящего Договора увеличивается на НДС _____ (_____) рублей __ копеек, и составляет всего с НДС _____ (_____) рублей __ копеек (В случае, если Исполнитель является плательщиком НДС, либо организацией, по отношению к которой Заказчик является налоговым агентом по НДС)».

Таким образом, проектом договора установлено, что цена договора увеличивается на НДС, если победитель аукциона является плательщиком НДС.

Вместе с тем, Заказчиком в Проекте договора не установлено, что цена договора также увеличивается на процент налога, уплачиваемого победителем, находящегося на упрощенной системе налогообложения.

Однако, субъекты, которые применяют упрощенную систему налогообложения не освобождены от уплаты налогов. Так упрощенную систему налогообложения можно применять при соблюдении лимита по доходам и числу работников и других ограничений. Вместо НДС и налога на прибыль платят один налог: с доходов по ставке 6% или с доходов, уменьшенных на расходы, по ставке 15%

(статья 346.20 НК РФ).

При этом, Комиссия Иркутского УФАС России отмечает, что право заказчика увеличивать цену договора на НДС не установлена ни Законом о закупках, ни Положением о закупках.

Таким образом, увеличение заказчиком цены договора на размер налога, уплачиваемого только плательщиками НДС, в то время как в отношении лиц, находящихся на упрощенной системе налогообложения цена такого договора не увеличивается на размер уплачиваемого ими налога, влечет нарушение заказчиком принципов равноправия, справедливости, отсутствия дискриминации и необоснованных ограничений конкуренции по отношению к участникам закупки.

Принцип равноправия, справедливости, отсутствия дискриминации и необоснованных ограничений конкуренции по отношению к участникам закупки, установленный в пункте 2 части 1 статьи 3 Закона о закупках, предполагает недопустимость предъявления различных требований к участникам закупки, находящимся в одинаковом положении, в отсутствие к тому причин объективного и разумного характера.

Комиссия, проанализировав положения Закона о закупках, Налогового кодекса Российской Федерации, указывает на отсутствие положений, допускающих предоставление хозяйствующим субъектам, являющимся плательщиками НДС, преимуществ при участии в закупках.

Учитывая изложенное Комиссия Иркутского УФАС России приходит к выводу о нарушении Заказчиком требований, установленных в пункте 2 части 1 статьи 3 Закона о закупках, пунктах 73 и 373 Положения о закупке, выразившемся в неправомерном установлении двух значений НМЦД и установлении различного порядка формирования цены договора, заключаемого с победителем, являющимся плательщиком НДС, и с победителем, не являющимся плательщиком НДС.

По результатам рассмотрения жалобы Комиссия Иркутского УФАС России пришла к выводу о нарушении Заказчиком пункта 2 части 1 статьи 3, Закона о закупках, пунктов 73 и 373 Положения о закупке, а также о необходимости выдачи предписания об устранении выявленных нарушений.

На основании изложенного и руководствуясь частью 20 статьи 18.1 Федерального закона от 26.07.2006 г. № 135-ФЗ «О защите конкуренции» Комиссия,

РЕШИЛА:

1. Признать жалобу ООО «АльянсПрофЭко» на действия заказчика – ОАО «РЖД» при организации и проведении закупки –запроса котировок среди субъектов малого и среднего предпринимательства в электронной форме № 4083/ЗКТЭ-ЦДРП/22 на право заключения договора оказания услуг по разработке проекта и установлению санитарно-защитных зон для ПМС-45, обоснованной;

2. Признать заказчика нарушившим пункт 2 части 1 статьи 3 Федерального закона от 18.07.2011 г. № 223-ФЗ «О закупках товаров, работ, услуг отдельными видами юридических лиц», пункты 73 и 373 Положения о закупке товаров, работ, услуг для нужд ОАО «РЖД»;

3. Выдать Заказчику – ОАО «РЖД» обязательное для исполнения предписание об устранении выявленных нарушений;

4. Направить копии решения сторонам по жалобе.

Решение, принятое по результатам рассмотрения жалобы на действия (бездействие) заказчика, уполномоченного органа, специализированной организации, конкурсной, аукционной или котировочной комиссии, может быть обжаловано в судебном порядке в течение трех месяцев со дня его принятия

Председатель Комиссии

Члены Комиссии