

## **РЕШЕНИЕ**

**по делу № 077/07/00-15595/2021 о нарушении  
процедуры торгов и порядка заключения договоров  
03.09.2021 г. Москва**

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

при участии представителей <.....>; ООО «Авиакомпания «Победа»,

рассмотрев жалобу <.....> (далее — Заявитель) на действия ООО «Авиакомпания «Победа» при проведении открытого запроса предложений в электронной форме на право заключения договора на изготовление, пошив и хранение форменной одежды для летных и кабинных экипажей ООО «Авиакомпания «Победа» (реестровый № 32110558583) (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.

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, 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.

16.08.2021 на сайте Единой информационной системы в сфере закупок было опубликовано извещение о проведении закупки и закупочная документация.

Заявитель в своей жалобе выражает несогласие с требованиями, установленными в Закупочной документации.

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

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.

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 пунктом 1 части 10 статьи 4 Закона о закупках в

документации о конкурентной закупке должны быть указаны требования к безопасности, качеству, техническим характеристикам, функциональным характеристикам (потребительским свойствам) товара, работы, услуги, к размерам, упаковке, отгрузке товара, к результатам работы, установленные заказчиком и предусмотренные техническими регламентами в соответствии с законодательством Российской Федерации о техническом регулировании, документами, разрабатываемыми и применяемыми в национальной системе стандартизации, принятыми в соответствии с законодательством Российской Федерации о стандартизации, иные требования, связанные с определением соответствия поставляемого товара, выполняемой работы, оказываемой услуги потребностям заказчика. Если заказчиком в документации о закупке не используются установленные в соответствии с законодательством Российской Федерации о техническом регулировании, законодательством Российской Федерации о стандартизации требования к безопасности, качеству, техническим характеристикам, функциональным характеристикам (потребительским свойствам) товара, работы, услуги, к размерам, упаковке, отгрузке товара, к результатам работы, в документации о закупке должно содержаться обоснование необходимости использования иных требований, связанных с определением соответствия поставляемого товара, выполняемой работы, оказываемой услуги потребностям заказчика.

1. Пунктом 6 Закупочной документации установлено, что начальная (максимальная) цена договора составляет не более 127 033 950,00 (Сто двадцать семь миллионов тридцать три тысячи девятьсот пятьдесят) рублей 00 копеек без НДС или 152 440 740,00 (Сто пятьдесят два миллиона четыреста сорок тысяч семьсот сорок) рублей 00 копеек с НДС.

В случае если в закупке принимают участие нерезиденты РФ или Участники, находящиеся в соответствии с Налоговым кодексом РФ на специальном налоговом режиме, то цена предложения Участника не должна превышать начальную (максимальную) цену, рассчитанную без НДС.

Цена договора при проведении названной закупочной процедуры является предметом оценки. Полученное значение ценового рейтинга заявки является балльной оценкой по данному критерию и учитывается в итоговом рейтинге с учетом весового коэффициента.

Цена договора при проведении названной закупочной процедуры является предметом оценки. Полученное значение ценового рейтинга заявки является балльной оценкой по данному критерию и учитывается в

итоговом рейтинге с учетом весового коэффициента.

Частью 1 статьи 3 Закона о закупках установлено, что заказчики должны руководствоваться принципами равноправия, справедливости, отсутствия дискриминации и необоснованных ограничений конкуренции по отношению к участникам закупки.

Фактически в проект договора, подлежит включению цена, предложенная победителем в заявке на участие.

Таким образом, лицо, находящееся на упрощенной системе налогообложения, вынуждено заключить государственный контракт по более низкой цене, чем лица, находящиеся на общей системе налогообложения.

У участника закупки, находящегося на упрощенной системе налогообложения, не появляется обязанность по предоставлению ценового предложения «очищенного» от НДС лишь потому, что он не является плательщиком названного налога.

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

Ни налоговое законодательство, ни Закон о закупках не содержат положений, допускающих предоставление плательщикам НДС преимуществ при участии в закупках. Напротив, Закон о закупках в ст. 3 определил базовые принципы, которыми должны руководствоваться заказчики при осуществлении закупок, а именно равноправие, справедливость, отсутствие дискриминации и необоснованных ограничений конкуренции по отношению к участникам закупки.

При этом Заказчик обращает внимание на то, что по мнению Минэкономразвития России, Заказчик вправе установить в документации о закупке правило о том, что «в качестве единого базиса сравнения ценовых предложений могут использоваться цены предложений участников без учета НДС» (письма от 30.09.2015 № Д28и-2782, от 28.04.2016 № Д28и-1114).

Вместе с тем Комиссия Управления отмечает, что Заказчик, осуществляя закупки, обремененные публичным элементом, не может ставить претендентов на участие в закупке в неравное положение, только исходя из невозможности в дальнейшем принять к вычету названный

налог.

По своей сути, Заказчик, устанавливая названное спорное требование в документации, в первую очередь, стремится получить собственную налоговую выгоду за счет последующего получения вычета, уменьшив собственную налогооблагаемую базу.

Вместе с тем, преследование названной цели Заказчиком в целях минимизации налогового бремени не должно порождать негативные последствия для участников конкурентной процедуры, в виде отказа в допуске в праве на участие в закупке по причине указания обществом в заявке ценового предложения, не отвечающего документации.

В связи с чем Комиссия признает довод Заявителя обоснованным.

2. Приложением № 9 установлен порядок оценки и сопоставления конкурсных заявок Участников стоимостной критерий совокупная стоимость предложения Участника, руб. без НДС.

В соответствии с ч. 6 ст. 3 Закона о закупках не допускается осуществлять оценку и сопоставление заявок на участие в закупке по критериям и в порядке, которые не указаны в документации о закупке. Критерии и порядок оценки и сопоставления заявок на участие в закупке, установленные заказчиком, применяются в равной степени ко всем участникам закупки и к предложенным ими условиям исполнения договора.

Кроме того, согласно позиции ФАС России, обозначенной в письме от 22.08.2018 № АД/66562/18, заказчик не имеет правовых оснований производить какие-либо вычеты из ценовых предложений, применять иные особенности оценки и сопоставления заявок в отношении разных категорий налогоплательщиков.

В данном случае участники, находящиеся на упрощённой системе налогообложения, будут вынуждены учитывать при подаче заявки пункт 4.2.6 Документации, в соответствии с которым в случае признания их победителем из их ценового предложения будет вычтен установленный в Извещении о проведении закупки размер НДС, вследствие чего договор будет заключен по заниженной цене, которая будет невыгодна для участника, находящегося на упрощённой системе налогообложения.

То есть, при подаче ценового предложения в отличие от лиц, находящихся на общей системе налогообложения и уплачивающих НДС, цена договор с лицами, не уплачивающими НДС будет снижена на размер НДС. Таким образом, при равных ценовых предложениях в составе заявки участники ставятся в неравные условия.

Предпринимательская деятельность в силу положений статьи 2 ГК РФ, 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.

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. Применение при оценке заявок вычета НДС из ценовых предложений участников закупки, являющихся плательщиками указанного налога, может привести к созданию данным участникам преимущественных условий по сравнению с участниками, применяющими упрощенную систему налогообложения, то есть к созданию неравных условий и, соответственно, ограничению конкуренции, что противоречит пункту 2 части 1, части 6 статьи 3 Закона о закупках.

Доводы Заказчика об обратном, по существу сводятся к несогласию с позицией Заявителя и основаны на праве установления такого порядка оценки Положением о закупке.

В свою очередь, Комиссия отмечает, что 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 установления соответствующих положений, но не предписывает соответствующую обязанность. При этом доводов и доказательств, подтверждающих отсутствие дискриминации по отношению к различным категориям налогоплательщиков, Заказчиком не представлено, а Комиссией не установлено.

Комиссия также отмечает, что 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 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. Вместе с тем в указанном случае данное лицо также будет лишено предоставленного законом права не оплачивать размер НДС.

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 предложений признается лицо, предложившее лучшие условия поставки товаров, выполнения работ, оказания услуг; одним из критериев оценки при проведении закупки может являться цена договора.

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.

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.

3. Пунктом 9 Закупочной документации установлен порядок оценки и сопоставления заявок участников по критерию «Качество образцов форменной одежды», в соответствии с которым Итоговая оценка образцов форменной одежды и образцов тканей, предоставленных каждым Участником, определяется в соответствии с методикой оценки образцов (Приложение № 1 к Приложению 9 к документации открытого конкурентного отбора).

Вместе с тем, в пункте 11 Технического задания указано, что до окончания срока подачи заявок на участие в закупочной процедуре, указанного в закупочной документации, участник предоставляет

Заказчику выкрашенные образцы ткани, размером 15x15 см и образцы Товара.

Образцы должны быть предоставлены Участником не позднее срока окончания приема заявок, установленного закупочной документацией.

Заказчик, согласно представленным письменным возражениям указывает на то, что установление данного критерия обусловлено необходимостью обеспечения безопасности жизни и здоровья сотрудников Авиакомпании, для ношения которыми и предназначена форменная одежда.

С учетом изложенного, Комиссия отмечает, что данное требование установлено документацией в качестве допускового критерия и тем самым возлагает на участника обязанность нести коммерческие убытки, которые не предусмотрены действующим законодательством.

При этом Комиссия отмечает, что участник закупки может не являться производителем поставляемого товара, соответственно получение таких образцов зависит от волеизъявления третьих лиц, отсутствие образцов поставляемого товара не влияет на возможность надлежащего исполнения таким участником обязательств по контракту, заключаемому по результатам аукциона (торгов), поскольку такие товары могут быть приобретены участником закупки после подведения итогов закупки.

В свою очередь, отказ от предоставления испрашиваемых заявителем документов и образцов товара будет являться непреодолимым препятствием для участника закупки в подаче заявки, поскольку потенциальному участнику придется изыскивать все возможные способы для приобретения товара без гарантии того, что он станет победителем, и, соответственно, такой товар будет реализован.

Аналогичная позиция изложена в решении Арбитражного суда по делу № А40-75723/20-121 (законность подтверждена Постановлением Московского округа от 12.07.2021), решении Арбитражного суда по делу № А40-51226/2021 (законность подтверждена Постановлением Девятого Арбитражного Апелляционного суда от 27.08.2021).

В связи с чем Комиссия признает данный довод Заявителя обоснованным.

В соответствии с п. 2.1.1 соответствие участника закупки требованиям, устанавливаемым в соответствии с законодательством Российской Федерации к лицам, осуществляющим поставки товаров, выполнение работ, оказание услуг, являющихся предметом закупки со ссылкой, содержащей следующей информацией: имеется в виду наличие у

участника закупки соответствующих лицензий, сертификатов, допусков от саморегулируемых организаций, сублицензионного договора с правообладателем ПО и т. п.

Между тем, согласно п. 2.1.14 дополнительные требования к участникам закупок по правоспособности и квалификации устанавливаются в документации о закупке, в том числе при установлении Правительством Российской Федерации особенностей участия в закупке субъектов малого и среднего предпринимательства.

Кроме того, требования к участникам закупки установлены непосредственно в данном разделе документации, в связи с чем у участников отсутствует понимание об установлении дополнительных требований.

В свою очередь Заказчик поясняет, что все общие требования к содержанию, оформлению и составу заявки на участие в закупке предусмотрены приложением 3 к закупочной документации «Требования к содержанию заявки и порядок проведения открытого конкурентного отбора», все конкретные требования, в том числе требования к квалификации участников закупки указаны в п. 6 и п. 7 закупочной документации.

Учитывая, что изготовление, пошив и хранение форменной одежды для летных и кабинных экипажей не относится законодательством к лицензируемой деятельности, Заказчик в документации не устанавливает требований о предоставлении соответствующих лицензий, патентов и т.п.

В связи с чем, Комиссия не усматривает оснований в нарушениях действиях Заказчика.

Пунктом 2.1.13 в части требования к правоспособности участника не привлечение участника закупки - юридического лица к административной ответственности за совершение административного правонарушения, предусмотренного статьей 19.28 Кодекса Российской Федерации об административных правонарушениях, в течение двух лет до момента подачи заявки на участие в закупке.

Статья 19.28 КоАП РФ «Незаконное вознаграждение от имени юридического лица» устанавливает ответственность за административные правонарушения, связанные с действиями с коррупционной составляющей, и требование Заказчика о не привлечении участника закупки - юридического лица к административной ответственности по указанной статье не может свидетельствовать о

нарушении законодательства в сфере закупок.

Комиссия отмечает, указанная правовая норма установлена в отношении юридических лиц и не имеет отношения к Заявителю, который является индивидуальным предпринимателем.

В соответствии с пунктом 6 Обзора судебной практики по вопросам, связанным с применением Федерального закона от 18.07.2011 N 223-ФЗ "О закупках товаров, работ, услуг отдельными видами юридических лиц" (утв. Президиумом Верховного Суда РФ 16.05.2018) уменьшение числа участников закупки в результате предъявления к ним требований само по себе не является нарушением принципа равноправия, если такие требования предоставляют заказчику дополнительные гарантии выполнения победителем закупки своих обязательств и не направлены на установление преимуществ отдельным лицам либо на необоснованное ограничение конкуренции.

При этом Заявителем не доказано, что включение указанного требования способствует созданию преимущества конкретному хозяйствующему субъекту.

В связи с чем Комиссия в данном случае не усматривает оснований в нарушении прав Заявителя.

4. Заявителем также оспаривается, что Заказчика ненадлежащим образом установлены требования к коллективному участнику.

Пунктом 2.3.5.4 предусмотрены требования для коллективного участника закупки:

а) документ, подтверждающий объединение лиц, выступающих на стороне одного участника закупки (коллективного участника), и право конкретного участника закупки участвовать в закупке от имени членов коллективного участника (оригинал или нотариально заверенная копия);

б) документы и сведения в соответствии с п. 7.5.5.1 – 7.5.5.3 от каждого члена коллективной заявки. При этом документы и сведения, указанные в соответствии

с перечислением: а), н), о) 7.5.5.1; а), е), ж) 7.5.5.2; а), д), е) 7.5.5.3, предоставляются от коллективного участника в целом.

Однако, как пояснил Заявитель, в Приложении № 3 «Требования к содержанию заявки участника запроса предложений и порядок проведения запроса предложений» не содержатся пп. 7.5.5.1 — 7.5.5.3.

Вместе с тем Заказчик пояснил, что приложение 3 к закупочной

документации «Требования к содержанию заявки и порядок проведения открытого конкурентного отбора» в части порядка описания состава документов для коллективного участника закупки содержит в себе активную ссылку на пункты приложения 3, в которых перечислены состав и перечень предоставляемых документов в составе заявки участника.

Заявитель указывает, что в документации ненадлежащим образом установлены требования к составу коллективной заявки.

Довод Заявителя не может быть признан обоснованным, так как приложение 3 к закупочной документации «Требования к содержанию заявки и порядок проведения открытого конкурентного отбора» в части порядка описания состава документов для коллективного участника закупки содержит в себе активную ссылку на пункты приложения 3, в которых перечислены состав и перечень предоставляемых документов в составе заявки участника. Учитывая отсутствие запросов на разъяснение положений закупочной документации, а также наличие заявок на участие в закупочной процедуре, положения закупочной документации были ясны всем желающим принять участие в закупочной процедуре.

Любой участник, желающий принять участие в закупочной процедуре, согласно ч. 10 ст. 4 Закона о закупках должен подавать заявки на участие согласно требованиям к содержанию, оформлению и составу заявки на участие в закупке, указанным в документации о закупке в соответствии с положением о закупке заказчика. Соответственно, все участники закупки имеют возможность ознакомиться с Положением о закупке товаров, работ, услуг Заказчика, вследствие чего у них отсутствуют вопросы к положениям закупочной документации, что подтверждается отсутствием запросов на разъяснения положений закупочной документации.

Таким образом, данный довод жалобы признан необоснованным.

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

Комиссия, руководствуясь частью 20 статьи 18.1 Закона о защите конкуренции,

**РЕШИЛА:**

1. Признать жалобу <.....> (ИНН: 434510145681; ОГРНИП: 310434501900034) на действия ООО «Авиакомпания «Победа» (ИНН: 9705001313; ОГРН: 5147746103380 ) при проведении Закупки частично обоснованной.

2. Признать в действиях Заказчика нарушение пункта 1 части 10 статьи 4, пункта 2 части 1 статьи 3, части 6.1 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 выдачи.