РЕШЕНИЕ
по делу № 077/07/00-19950/2022 о нарушении

процедуры торгов и порядка заключения договоров

16.01.2023 г. Москва

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

Председательствующего:

<.....>,

членов Комиссии:

<.....>,

<.....>,

при участии посредством видеоконференцсвязи представителей<.....>,»,

в отсутствие представителей ИП <.....>,, извещенных надлежащим образом письмом Московского УФАС России от 30.12.2022 № НП/67069/22,

рассмотрев жалобу ИП <.....>, (далее - Заявитель) на действия <.....>, (далее — Заказчик) при проведении открытого конкурса среди субъектов малого и среднего предпринимательства в электронной форме № 2299/ОКЭ-ЦСС/22 на право заключения договора на оказания услуг по уборке внутренних помещений административных зданий (https://223.rts-tender.ru/supplier/auction/Trade/View.aspx?Id=2611200&sso=1&code=-5#1, 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.

Рассмотрение жалобы проводилось в дистанционном режиме посредством видеоконференцсвязи.

Инструкция по подключению и использованию системы TrueConf размещена на официальном сайте Московского УФАС России по ссылке: https://moscow.fas.gov.ru/page/17962.

Заявлений о невозможности подключения к сеансу в назначенное время, а также возражений относительно рассмотрения жалобы посредством видеоконференцсвязи от Заявителя, которому направлялось уведомление о

принятии жалобы к рассмотрению в Управление не поступало.

Таким образом, учитывая, что указанное лицо надлежащим образом извещено о дате, времени и способе рассмотрения жалобы заблаговременно, Комиссия Московского УФАС считает возможным провести дистанционное рассмотрение жалобы в отсутствие представителей Заявителя.

Согласно части 16 статьи 18.1 Закона о защите конкуренции, рассмотрение жалобы по существу осуществляется комиссией антимонопольного органа. Неявка лиц, надлежащим образом уведомленных (уведомленных посредством направления антимонопольным органом уведомления, предусмотренного частью 11 настоящей статьи) о времени и месте рассмотрения жалобы по существу, не является препятствием для такого рассмотрения.

При этом в жалобе Заявителя содержатся ссылки на нарушение Заказчиком статьи 17 Закона о защите конкуренции.

Настоящее заседание Комиссии было проведено в рамках статьи 18.1 Закона о защите конкуренции, при этом в части доводов о возможном нарушении статьи 17 Закона о защите конкуренции данная жалоба принята в работу в рамках статьи 44 Закона о защите конкуренции и ответ будет дан дополнительно.

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.

Согласно доводам жалобы, нарушение со стороны Заказчика при проведении закупочной процедуры выразилось в ненадлежащем формировании закупочной документации, в связи с тем, что на стадии оценки и сопоставления заявок для целей сравнения ценовые предложения всех участников также учитываются без НДС, что по мнению Заявителя ведет к созданию неравных стартовых закупочных условий, которые в свою очередь ставят в значительное преимущественное положение участников закупки, применяющих общую систему налогообложения.

Заказчик с доводами жалобы не согласился, представил письменные возражения.

Комиссия, изучив представленные в материалы дела документы и сведения, установила следующее.

Комиссией установлено, что 08.12.2022 Заказчик в соответствии с Постановлением Правительства РФ от 06.03.2022 N 301 «Об основаниях неразмещения в единой информационной системе в сфере закупок товаров, работ, услуг для обеспечения государственных и муниципальных нужд сведений о закупках товаров, работ, услуг, информации о поставщиках (подрядчиках, исполнителях), с которыми заключены договоры» на официальном сайте Оператора ЭТП (https://www.rts-tender.ru/) на сайте https://www.rts-tender.ru/ разместил информацию о проведении открытого конкурса среди субъектов малого и среднего предпринимательства в электронной форме № 2299/ОКЭ-ЦСС/22 на право заключения договора на оказания услуг по уборке внутренних помещений административных зданий (далее – конкурс, процедура).

Так, Техническим заданием (Приложение № 1.1 к конкурсной документации) установлена начальная (максимальная) цена договора:

- 5 480 380,89 (всего без учета НДС).

- 6 576 457,07 (всего с учетом НДС).

В соответствии с пунктом 3.12.6 конкурсной документации при оценке конкурсных заявок по критерию «цена договора» сопоставляются предложения участников по цене без учета НДС в порядке, предусмотренном приложением № 1.4 конкурсной документации.

В соответствии с пунктом 3.21.2 конкурсной документации цены необходимо приводить в рублях с учетом всех возможных расходов участника.

Согласно пункту 3.24.10 конкурсной документации Участник конкурса, с которым заключается договор, в случаях, установленных конкурсной документацией, обязан заключить договор на условиях конкурсной документации, конкурсной заявки и своего технического и ценового предложения. Стоимость договора определяется на основании стоимости ценового предложения такого участника без учета НДС, с учетом применяемой им системы налогообложения.

По согласованию сторон договор может быть заключен с победителем, участником, с которым заключается договор, по цене ниже, чем указана в его ценовом предложении без изменения остальных условий договора.

В связи с тем, что в соответствии со статьей 171 Налогового кодекса РФ заказчик имеет право применить налоговый вычет НДС в отношении приобретаемых товаров (работ, услуг), единый базис сравнения ценовых предложений: без учета НДС.

Приведение ценовых предложений участников закупки к единому базису осуществляется путем вычета суммы НДС из цен, предлагаемых участниками закупки, являющимися плательщиками НДС.».

На заседании Комиссии Заказчик пояснил, что Заказчиком не производится никаких вычетов из ценовых предложений участников, при сопоставлении ценовых предложений Заказчиком установлено одно значение НМЦД – заявки оцениваются без учета НДС.

При этом сопоставление ценовых предложений участников по цене без учета НДС в порядке, предусмотренном документацией, дает возможность сравнивать цены на товары, работы, услуги с учетом их реальной стоимости (без учета налогового 3 преимущества в виде освобождения от обязанности по уплате НДС участниками, применяющими упрощенную систему налогообложения).

Таким образом, применяемый Заказчиком порядок сопоставления ценовых предложений напротив направлен на увеличение количества участников закупки путем предоставления равных возможностей для ценовой конкуренции при проведении торгов за счет нивелирования налогового преимущества в виде освобождения от обязанности по уплате НДС участниками, применяющими упрощенную систему налогообложения.

Помимо этого Заказчик отметил, что при применении указанного способа сопоставления ценовых предложений у участников закупки, применяющих упрощенную систему налогообложения, появляется возможность получения необоснованной выгоды за счет завышения цены товара, работы, услуги в случае снижения НМЦД на сумму, не превышающую размер НДС

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.

Факт указания заказчиком начальной (максимальной) цены в извещении с учетом НДС не свидетельствует о том, что у участника закупочной процедуры, являющегося плательщиком НДС, появляется обязанность по предоставлению ценового предложения без НДС лишь потому, что он не является плательщиком названного налога.

При этом, если при оценке участников, являющихся плательщиками НДС, размер НДС будет вычитаться из их ценовых предложений, это будет 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, 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.

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.

Кроме того, в Российской Федерацией 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.

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 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, 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 п. 2 ст. 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 ВС РФ и антимонопольного органа.

Ссылки Заказчика на решения ФАС России от 16.09.2021 № 223ФЗ-507/21, Московского УФАС России от 02.03.2021 № 077/07/00-3214/2021, от 07.04.2022 № 077/07/00-5234/2022 также не могут быть приняты во внимание, поскольку в рамках рассмотрения указанных дел рассматривалось установление Заказчиком нескольких значений НМЦ. При этом, в рамках настоящего заседания Заявителем оспаривается сопоставление ценовых предложений.

С учетом изложенного, на основе всестороннего исследования, оценки фактических обстоятельств и доказательств по делу в их совокупности и взаимосвязи Комиссия приходит к выводу об 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 И П <.....>, на действия <.....>, при проведении Закупки обоснованной.

2. Установить в действиях Заказчика нарушения пункта 2 части 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 принятия.