

РЕШЕНИЕ ПО ДЕЛУ №7-11/73

(027/10/18.1-746/2022)

15 июня 2022 года
Хабаровск

г.

Комиссия Управления Федеральной антимонопольной службы по Хабаровскому краю в составе председательствующего: членов комиссии Хабаровского УФАС России,

в присутствии представителей:

- **ООО «МакларенПрофЭко»** - Малова Н.А. по доверенности от 13.04.2022 №18,

- **ОАО «РЖД»** - Ляпин Д.В. – по доверенности от 02.09.2021 №ДВОСТ НЮ-129/Д; Гутлянская Н.В. – по доверенности от 10.06.2021 №ЦСС-530/Д,

рассмотрев жалобу ООО «МакларенПрофЭко» на действия ОАО «РЖД» при проведении открытого конкурса среди субъектов малого и среднего предпринимательства в электронной форме на право заключения договора выполнения работ по разработке и сопровождению согласования нормативной документации по природоохранной деятельности (извещение № 742/ОКЭ-ЦСС/22), материалы дела №7-11/73 (027/10/18.1-746/2022),

УСТАНОВИЛА:

В Хабаровское УФАС России поступила жалоба ООО «МакларенПрофЭко» на действия ОАО «РЖД» при проведении открытого конкурса среди субъектов малого и среднего предпринимательства в электронной форме на право заключения договора выполнения работ по разработке и сопровождению согласования нормативной документации по природоохранной деятельности (извещение № 742/ОКЭ-ЦСС/22).

По мнению подателя жалобы, заказчиком при проведении рассматриваемого открытого аукциона нарушены ч. 6 ст. 3, п. 2 ч. 1 ст. 3 Федерального закона «О закупках товаров, работ, услуг отдельными видами юридических лиц» от 18.07.2011 № 223-ФЗ (далее - Закон о закупках).

Довод жалобы №1:

Вопреки требованиям Закона о закупках, Заказчик в закупочной документации установил следующее незаконное условие, ограничивающее конкуренцию:

«Наличие в документации о закупке 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», а именно: согласно положений закупочной документации:

- 3.12.6 При оценке конкурсных заявок по критерию «цена договора» сопоставляются предложения участников по цене без учета НДС в порядке, предусмотренном приложением №1.4 конкурсной документации.

- 3.12.12 Победителем признается участник, заявке которого присвоено наибольшее количество баллов по итогам оценки и, соответственно, первый порядковый номер.

- 3.21.2 Цены необходимо приводить в рублях с учетом всех возможных расходов участника.

- 3.21.3 Для целей единообразного подхода к расчету сумм ценового предложения суммы с учетом НДС необходимо рассчитываются следующим образом: цена единицы товаров, работ, услуг без учета НДС, округленная до двух знаков после запятой, умножается на количество, полученное значение округляется до двух знаков после запятой и умножается на 1,2 (либо иной коэффициент в зависимости от ставки НДС, применяемой в отношении участника).

- 3.24.10 Участник конкурса, с которым заключается договор, в случаях, установленных конкурсной документацией, обязан заключить договор на условиях аукционной документации, аукционной 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.

Довод жалобы № 2.

Согласно пунктам 5, 7 части 10 статьи 4 Закона о закупках в документации о закупке должны быть указаны, в том числе, сведения о начальной (максимальной) цене договора (далее - НМЦД) с учетом ИЛИ без учета расходов на перевозку, страхование, уплату таможенных пошлин, налогов и других обязательных платежей.

Следовательно, при определении в документации о закупке НМЦД 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.

Однако, в Извещении закупки и в документации закупки установлено два значения НМЦД:

- НМЦД 819 600, 00 руб. включая НДС;
- НМЦД 683 000, 00 руб. без учета НДС.

Факт указания заказчиком цены в извещении с учетом НДС не свидетельствует о том, что у участника закупочной процедуры, находящегося на упрощенной системе налогообложения, появляется обязанность по представлению ценового предложения, «очищенного» от НДС лишь потому, что он не является плательщиком указанного налога. Ни одна норма действующего законодательства не наделяет участников торгов, находящихся на упрощенной системе налогообложения, особым статусом, обязывающем занижать или завышать ценовые предложения при участии в конкурентных процедурах на величину налога на добавленную стоимость лишь в силу того, что они не являются плательщиками налога.

ОАО «РЖД» представлен отзыв от 14.06.2022 №228/ДВОСТРЦОЗ, в соответствии с которым считает жалобу необоснованной в полном объеме.

Заслушав представителей заказчика, рассмотрев материалы дела, комиссия пришла к следующему выводу.

Жалоба рассматривается комиссией по правилам статьи 18.1 Федерального закона от 26.07.2006 № 135-ФЗ «О защите конкуренции»

(далее - Закон о защите конкуренции).

В соответствии с частями 1, 2 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.

В соответствии с частью 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 определения и обоснования начальной (максимальной) цены договора, цены договора, заключаемого с единственным поставщиком (исполнителем, подрядчиком), включая порядок определения формулы цены, устанавливающей правила расчета сумм, подлежащих уплате заказчиком поставщику (исполнителю, подрядчику) в ходе исполнения договора (далее - формула цены), определения и обоснования цены единицы товара, работы, услуги, определения максимального значения цены договора, порядок подготовки и осуществления закупок способами, указанными в частях 3.1 и 3.2 статьи 3 данного Федерального закона, порядок и условия их применения, порядок заключения и исполнения договоров, а также иные связанные с обеспечением закупки положения.

Закон о закупках не определяет порядок закупки товаров, работ, услуг, а устанавливает обязанность заказчиков разработать и утвердить положение о закупке – документ, регламентирующий закупочную деятельность заказчика и содержащий требования к закупке, в том числе порядок подготовки и проведения процедур закупки (способы закупки) и условия их применения, порядок заключения и исполнения договоров, в связи с чем заказчик вправе самостоятельно установить в положении о закупке способы закупок, порядок и условия их применения.

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 части 1 статьи 1 Закона о закупках целями регулирования данного закона являются обеспечение единства экономического пространства, создание условий для своевременного и полного удовлетворения потребностей заказчиков в товарах, работах, услугах, в том числе для целей коммерческого использования, с необходимыми показателями цены, качества и надежности, эффективное использование денежных средств, расширение возможностей участия юридических и физических лиц в закупке товаров, работ, услуг для нужд заказчиков и стимулирование такого участия, развитие добросовестной конкуренции, обеспечение гласности и прозрачности закупки, предотвращение коррупции и других злоупотреблений.

В соответствии с пунктом 3 части 1 статьи 3 Закона о закупках заказчики обязаны исходить из принципа целевого и экономически эффективного расходования денежных средств на приобретение товаров, работ, услуг (с учетом при необходимости стоимости жизненного цикла закупаемой продукции) и реализация мер, направленных на сокращение издержек заказчика.

Согласно пункту 5 части 9 статьи 4 Закона о закупках в извещении 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.

Согласно пунктам 5, 7 части 10 статьи 4 Закона о закупках в документации о закупке должны быть указаны, в том числе, сведения о ведении 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.

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

Закупка проводится в соответствии с Законом о закупках, Положением о закупке товаров, работ, услуг для нужд ОАО «РЖД», утвержденное приказом советом директоров от 28.06.2018 (далее – Положение о закупке), размещенного на официальном сайте в ЕИС www.zakupki.gov.ru.

Перечень документов, представляемых участниками для подтверждения их соответствия установленным требованиям, предусматривается в документации о конкурентной закупке. В документации о конкурентной закупке могут быть включены и иные требования к участникам, не перечисленные в пунктах 199 - 201 настоящего Положения. Включение таких требований допускается при наличии у заказчика соответствующего обоснования (пункт 202 Положения о закупке).

Не допускается предъявлять к участникам требования, которые не указаны в документации о конкурентной закупке. Требования, предъявляемые к участникам, установленные в документации о конкурентной закупке, применяются в равной степени ко всем участникам закупки (пункт 203 Положения о закупке).

Согласно п. 72 Положения о закупке условиями закупки может быть предусмотрено, что при проведении оценки и сопоставлении заявок комиссия производит оценку по цене, предложенной участниками, но без учета НДС (и иных видов налогов).

Согласно п. 73 Положения о закупке 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.

Согласно п. 74 Положения о закупке условиями конкурентной закупки

может быть предусмотрено, что аукцион, переторжка проводятся по цене без учета НДС.

Подпунктами 5, 7 пункта 243 раздела 28 Положения о закупке установлено, что в документации о конкурентной закупке должны быть указаны следующие сведения:

5) 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;

7) 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).

В соответствии с требованиями Постановления Правительства Российской Федерации от 06.03.2022 г. № 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» Заказчик не осуществляет размещение в Единой информационной системе в сфере закупок сведений о закупке товаров, работ, услуг (далее - ЕИС) информации о поставщике (подрядчике, исполнителе), с которым заключен договор по результатам закупки.

24.05.2022 на сайте www.company.rzd.ru в разделе «Закупки и торги» и на сайте www.rts-tender.ru опубликовано извещение о проведении открытого конкурса и конкурсная документация.

Начальная (максимальная) цена договора - 683 000,00 руб. без учета НДС, 819 600,00 руб. с учетом НДС. Срок подачи заявок – с 24.05.2022 по 07.06.2022. Дата рассмотрения 1 частей заявок – 08.06.2022. Рассмотрение 2 частей заявок – 22.06.2022. Дата подведения итогов – 22.06.2022.

В силу п. 3.9.1 конкурсной документации конкурсные заявки участников рассматриваются на соответствие требованиям, изложенным в конкурсной документации, на основании представленных в составе конкурсных заявок документов, а также иных источников информации, предусмотренных конкурсной документацией, законодательством Российской Федерации, в том числе официальных сайтов

государственных органов, организаций в сети Интернет.

В соответствии с п. 9 извещения начальная (максимальная) цена договора составляет 683 000,00 руб. без учета НДС, 819 600,00 руб. с учетом НДС. Начальная (максимальная) цена договора сформирована в соответствии с методом сопоставимых рыночных цен (анализ рынка), предусмотренным подпунктом 1 пункта 54 Положения о закупке товаров, работ, услуг для нужд ОАО «РЖД», включает в себя все возможные расходы, связанные с выполнением работ, в том числе расходы на материалы. Оплату труда работников, командировочные расходы и иные затраты, которые могут возникнуть в ходе выполнения работ.

Согласно п. 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 п. 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.

Из положений главы 21 Налогового кодекса Российской Федерации (далее - НК РФ) следует, что налог на добавленную стоимость представляет собой изъятие в бюджет части добавленной стоимости, создаваемой на всех стадиях производства, и определяется как разница между суммами налога, полученного исходя из стоимости реализованных товаров (услуг), и суммами налога, уплаченного поставщику за данные товары (услуги).

Согласно пункту 1 статьи 143 НК РФ налогоплательщиками налога на добавленную стоимость признаются: организации, индивидуальные предприниматели, лица, признаваемые налогоплательщиками налога на добавленную стоимость в связи с перемещением товаров через таможенную границу таможенного союза, определяемые в соответствии с таможенным законодательством Таможенного союза

и законодательством Российской Федерации о таможенном деле.

В соответствии с пунктом 1 статьи 146 НК РФ объектом налогообложения признаются следующие операции:

1) реализация товаров (работ, услуг) на территории Российской Федерации, в том числе реализация предметов залога и передача товаров (результатов выполненных работ, оказание услуг) по соглашению о предоставлении отступного или новации, а также передача имущественных прав.

В целях настоящей главы передача права собственности на товары, результатов выполненных работ, оказание услуг на безвозмездной основе признается реализацией товаров (работ, услуг);

2) передача на территории Российской Федерации товаров (выполнение работ, оказание услуг) для собственных нужд, расходы на которые не принимаются к вычету (в том числе через амортизационные отчисления) при исчислении налога на прибыль организаций;

3) выполнение строительно-монтажных работ для собственного потребления;

4) ввоз товаров на территорию Российской Федерации и иные территории, находящиеся под ее юрисдикцией.

В силу положений пункта 1 статьи 154 НК РФ налоговая база при реализации налогоплательщиком товаров (работ, услуг), если иное не предусмотрено данной статьей, определяется как стоимость этих товаров (работ, услуг), исчисленная исходя из цен, определяемых в соответствии со статьей 40 Кодекса, с учетом акцизов (для подакцизных товаров) и без включения в них налога.

В соответствии с пунктом 1 статьи 168 НК РФ при реализации товаров (работ, услуг), передаче имущественных прав налогоплательщик (налоговый агент, указанный в пунктах 4, 5 и 5.1 статьи 161 настоящего Кодекса) дополнительно к цене (тарифу) реализуемых товаров (работ, услуг), передаваемых имущественных прав обязан предъявить к оплате покупателю этих товаров (работ, услуг), имущественных прав соответствующую сумму налога.

Согласно статье 346.11 НК РФ индивидуальные предприниматели, применяющие упрощенную систему налогообложения, не признаются налогоплательщиками налога на добавленную

стоимость, за исключением налога на добавленную стоимость, подлежащего уплате в соответствии с Кодексом при ввозе товаров на территорию Российской Федерации и иные территории, находящиеся под ее юрисдикцией (включая суммы налога, подлежащие уплате при завершении действия таможенной процедуры свободной таможенной зоны на территории Особой экономической зоны в Калининградской области), а также налога на добавленную стоимость, уплачиваемого в соответствии со статьями 161 и 174.1 Кодекса.

Законом о защите конкуренции и Законом о закупках установлены принципы, устанавливающие равные условия для всех участников закупки. В свою очередь, ранжирование участников торгов по применяемой ими системе налогообложения является неправомерным, так как не находится в сфере гражданско-правовых отношений, а относится к публичной сфере деятельности.

Принцип равноправия предполагает недопустимость предъявления различных требований к участникам закупки, которые находятся в одинаковом положении, в отсутствие к тому причин объективного и разумного характера. Это, в частности, означает, что допустимым может быть признано установление заказчиком требований, которые в равной мере применяются ко всем участникам закупки и не приводят к исключению из числа участников закупки хозяйствующих субъектов по причинам, не связанным с обеспечением удовлетворения потребностей заказчика.

Системное толкование приведенных положений законодательства о закупках позволяет прийти к выводу о том, что при формулировании условий конкурсной документации заказчиком должны быть сформулированы такие правила оценки предложений, которые позволят обеспечить равенство участников гражданского оборота и единство подхода к оценке ценовых предложений.

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 привести к созданию неравных условий и, соответственно, ограничению конкуренции, что противоречит пункту 2 части 1 статьи 3 Закона о закупках.

Данные требования законодательства согласуются с тем, что предпринимательская деятельность в силу положений статьи 2 ГК РФ,

является самостоятельной, осуществляемой на свой риск деятельностью, 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.

Аналогичные выводы содержатся в Обзоре судебной практики Верховного Суда Российской Федерации № 3 (2021), утв. Президиумом Верховного Суда РФ 10.11.2021.

Указанное так же относится к установлению в закупочной документации двух начальных максимальных цен договоров. По мнению Комиссии Хабаровского УФАС России, при определении в извещении 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, цена договора, заключаемого по результатам закупки, устанавливается в соответствии с ценой, предложенной в заявке победителя (независимо от применяемой им системы налогообложения).

Закрепление в Положении о закупках права установления такого порядка оценки не может свидетельствовать о правомерности проведения рассматриваемой закупки, в том числе в связи с тем, что указанная норма предоставляет заказчику право на установление соответствующих положений, но не предписывает соответствующую обязанность.

На основании изложенного, Комиссия Хабаровского УФАС России приходит к выводу об обоснованности доводов жалобы в части применения порядка оценки ценового предложения участника закупки, допускающего уменьшение ценового предложения участника, являющегося плательщиком НДС, а также в части установления двух начальных максимальных цен договора (с учетом НДС и без учета НДС). В действиях заказчика устанавливается

нарушение пункта 2 части 1 статьи 3 Закона о закупках, что образует состав административного правонарушения, предусмотренного частью 7 статьи 7.32.3 Кодекса российской Федерации об административных правонарушениях.

В соответствии с частью 17 статьи 18.1 Закона о защите конкуренции при рассмотрении жалобы по существу комиссия антимонопольного органа рассматривает обжалуемые акты и (или) действия (бездействие) организатора торгов, оператора электронной площадки, конкурсной или аукционной комиссии, уполномоченного органа и (или) организации, осуществляющей эксплуатацию сетей. В случае, если в ходе рассмотрения жалобы комиссией антимонопольного органа установлены иные нарушения в актах и (или) действиях (бездействии) организатора торгов, оператора электронной площадки, конкурсной или аукционной комиссии, уполномоченного органа и (или) организации, осуществляющей эксплуатацию сетей, комиссия антимонопольного органа принимает решение с учетом всех выявленных нарушений.

В соответствии с частью 20 статьи 18.1 Закона о защите конкуренции по результатам рассмотрения жалобы по существу комиссия антимонопольного органа принимает решение о признании жалобы обоснованной или необоснованной и в случае, если жалоба признана обоснованной, либо в случае установления иных не являющихся предметом обжалования нарушений (нарушений порядка организации и проведения торгов, заключения договоров по результатам торгов или в случае признания торгов несостоявшимися, нарушений порядка осуществления в отношении юридических лиц и индивидуальных предпринимателей, являющихся субъектами градостроительных отношений, процедур, включенных в исчерпывающие перечни процедур в сферах строительства) принимает решение о необходимости выдачи предписания, предусмотренного пунктом 3.1 части 1 статьи 23 настоящего Федерального закона.

Исходя из установленных обстоятельств, Комиссия Хабаровского УФАС России приходит к выводу о необходимости выдачи ОАО «РЖД» предписания.

Учитывая изложенные обстоятельства, руководствуясь ч. 20 ст. 18.1, ст. 23 Федерального закона от 26.07.2006 года № 135-ФЗ «О защите конкуренции», Комиссия Хабаровского УФАС России

РЕШИЛА:

1. Признать жалобу ООО «МакларенПрофЭко» на действия ОАО «РЖД» при проведении открытого конкурса среди субъектов малого и среднего предпринимательства в электронной форме на право заключения договора выполнения работ по разработке и сопровождению согласования нормативной документации по природоохранной деятельности (извещение № 742/ОКЭ-ЦСС/22) **обоснованной.**

2. Признать действия ОАО «РЖД» при проведении указанной закупки нарушающими п. 2 ч. 1 ст. 3 Федерального закона от 18.07.2011 № 223-ФЗ «О закупках товаров, работ, услуг, отдельными видами юридических лиц».

3. Выдать ОАО «РЖД» предписание об устранении нарушения порядка организации и проведения закупки.

4. Передать материалы дела уполномоченному должностному лицу для решения вопроса о возбуждении дела об административном правонарушении.

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