РЕШЕНИЕ

по делу № 077/07/00-4657/2023 о нарушении

процедуры торгов и порядка заключения договоров

17.04.2023 г. Москва

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

Председательствующего Комиссии:

<...>

при участии посредством видеконференцсвязи представителей от <...>

в отсутствие <...>, извещенного надлежащим образом письмом Московского УФАС России от 07.04.2023 № НП/15215/23,

рассмотрев жалобу <...> (далее — Заказчик) при проведении открытого аукциона среди субъектов малого и среднего предпринимательства в электронной форме № 629/ОАЭ-ДКСС/23 на право заключения договора поставки беспилотных летательных аппаратов (опубликованного на сайте: https://223.rts-tender.ru/supplier/auction/Trade/View.aspx?Id=2688365&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, перенаправленная письмом ФАС России от 06.04.2023 № 28/26105/23.

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, 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 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.

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 снижение на «шаг аукциона» начальной (максимальной) цены договора (цены лота) производится без учета НДС.

Заказчик с доводами жалобы не согласился, представил письменные возражения и материалы, запрошенные антимонопольным органом.

Комиссия, изучив представленные в материалы дела документы и сведения,

установила следующее.

В соответствии с частью 1 статьи 2 Федерального закона от 18.07.2011 г. № 223-ФЗ «О закупках товаров, работ, услуг отдельными видами юридических лиц» (далее - Закон 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 (далее - положение о закупке).

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.

В соответствии с пунктом 2 части 1 статьи 3 Закона о закупках Заказчик при осуществлении закупочной процедуры должен руководствоваться принципами равноправия, справедливости, отсутствия дискриминации и необоснованных ограничений конкуренции по отношению к участникам закупки.

Согласно пункту 3.10.1 документации аукцион в электронной форме проводится в личном кабинете участника электронных процедур на ЭТЗП путем снижения на «шаг аукциона» начальной (максимальной) цены договора (цены лота) без учета НДС.

В силу пункта 3.10.2 документации «шаг аукциона» составляет от 0,5 до 5 процентов от начальной (максимальной) цены договора (цены лота) без учета НДС.

В соответствии с пунктом 3.20.10 документации участник аукциона, с которым заключается договор, в случаях, установленных аукционной 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.

Согласно пункту 2.1 проекта договора цена одной единицы Товара определена с учетом всех видов налогов (за исключением НДС), затрат, связанных с комплектной поставкой Товара и его доставкой Покупателю, погрузочно-разгрузочных работ, затрат связанных с хранением Товара и стоимости гарантийного обслуживания. Цены на Товар, указанные в Спецификации, не могут быть изменены в период действия настоящего Договора по требованию Поставщика.

В соответствии с пунктом 2.2 проекта договора общая цена настоящего Договора без учета НДС составляет _____ (_____), кроме того НДС - _____ (_____), всего с учетом НДС _____ (_____).

Цена настоящего Договора является твердой и неизменной на весь период действия Договора за исключением случаев, предусмотренных настоящим

Договором и действующим законодательством.

Заказчик на заседании Комиссии пояснил, что проводит торги исключительно по цене без учета НДС.

Вместе с тем, Комиссия отмечает, что проведение аукциона 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.

Во исполнение требований части 20 статьи 3.2 Закона о закупках, при проведении конкурса (и аналогичных процедур закупки) победитель определяется путем сравнения поступивших предложений и выигравшим признается лицо, предложившее наиболее выгодные условия исполнения договора.

В свою очередь, сравнение ценовых предложений лиц, находящихся на общей системе налогообложения без учета НДС, фактически заставляет участников, находящихся на упрощенной системе налогообложения, занижать свои предложения с целью конкуренции.

Указанный порядок оценки заявок фактически будет предоставлять лицам, являющимся плательщиками НДС, преимущество над лицами, не являющимися плательщиками указанного налога, так как последним, чтобы быть конкурентоспособными 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.

Примененное Заказчиком в данном случае искусственное уменьшение цены лица, являющегося плательщиком НДС (поскольку договор будет заключен с таким участником с НДС), создает неравные условия для участников закупки, что противоречит положениям Закона о закупках.

Предлагая определенную цену, участник несет риски при наличии лучшего предложения другого участника закупки, что в конечном итоге определяет конкуренцию при проведении закупки.

Таким образом, принимая во внимание, что договор с участником на общей системе налогообложения будет заключен по цене, превышающей ценовое предложение, принятое при ранжировании заявок, то есть не являющимся лучшим, Комиссия приходит к выводу, что установленный порядок подачи заявок, противоречит сути проведения выбранной формы закупочной процедуры.

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.

Указанная правовая позиция изложена в Определении Судебной коллегии по экономическим спорам Верховного Суда Российской Федерации от 23.04.2021 N 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, А40-281675/21, постановлениях Арбитражного суда Московского округа по делам А40-28330/2021, А40-68522/2021, Определениях Верховного Суда Российской Федерации от 17.12.2021 № 305-ЭС21-24102 по делу № А40-107093/2020, от 17.01.2021 №305-ЭС21-25880 по делу № А40-42974/2021, 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, от 19.01.2023 № 305-ЭС22-28015 по делу А40-245935/2021 и др.

При таких данных, действия Заказчика не соответствуют требованиям, установленным пунктом 2 части 1 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 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<...> при проведении Закупки обоснованной.

2. Установить в действиях Заказчика нарушения пункта 2 части 1 статьи 3 Закона о закупках.

3. Выдать Заказчику обязательное к исполнению предписание об устранении выявленных нарушений.

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