

РЕШЕНИЕ

054/01/18.1-2293/2021

25 ноября 2021 года

г. Новосибирск

Комиссия Управления Федеральной антимонопольной службы по Новосибирской области (далее - Новосибирское УФАС России) по рассмотрению жалоб на нарушение процедуры торгов и порядка заключения договоров в составе:

рассмотрев посредством ВКС жалобу общества с ограниченной ответственностью «Транс-сервис» (далее – ООО «Транс-сервис») (вх. № 20276э от 17.11.2021 года) на действия заказчика ОАО «РЖД» при проведении открытого аукциона среди субъектов малого и среднего предпринимательства в электронной форме № 6028/ОАЭ-3-СИБ/21 на право заключения договора оказания услуг по обслуживанию квалифицированными проводниками служебно-технических вагонов (извещение № 32110782425 на сайте <https://zakupki.gov.ru/>),

в отсутствие представителя ООО «Транс-сервис», надлежащим образом уведомленного о дате, времени и месте рассмотрения жалобы,

в присутствии представителя ОАО «РЖД» – Журевича Владимира Николаевича (представитель по доверенности № 3-СИБ-69/Д от 19.11.2020 г.),

УСТАНОВИЛА:

В Новосибирское УФАС России поступила жалоба ООО «Транс-сервис» (вх. № 20276э от 17.11.2021 года) на действия заказчика ОАО «РЖД» при проведении открытого аукциона среди субъектов малого и среднего предпринимательства в электронной форме № 6028/ОАЭ-3-СИБ/21 на право заключения договора оказания услуг по обслуживанию квалифицированными проводниками служебно-технических вагонов (извещение № 32110782425 на сайте <https://zakupki.gov.ru/>).

Заявитель сообщает следующее.

По мнению подателя жалобы, заказчиком при проведении рассматриваемого открытого аукциона нарушены ст. 3, ст. 4 Федерального закона «О закупках товаров, работ, услуг отдельными видами юридических лиц» от 18.07.2011 № 223-ФЗ (далее - Закон о закупках), ч. 2, 3 п. 1 ст. 17 Федерального закона от 26.07.2006 № 135-ФЗ «О защите конкуренции».

Довод жалобы № 1.

Согласно ст. 3 Закона о закупках заказчики руководствуются принципами равноправия, справедливости, отсутствия дискриминации и необоснованных ограничений конкуренции по отношению к участникам закупки.

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

«Приведение ценовых предложений участников закупки к единому базису осуществляется путем вычета суммы НДС из цен, предлагаемых участниками закупки, являющимися плательщиками НДС», а именно: согласно положений

закупочной документации:

- 3.10.1. 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.

- 3.20.10. 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.

То есть участник на упрощенной системе налогообложения может подать заявку только на 80% от НМЦ, что ставит в неравные условия участников закупки по отношению к участникам с Общей системе налогообложения. Кроме того, по итогам закупки цена, предложенная участником закупки на Общей системе налогообложения будет увеличена на 20% и договор будет заключен по предложенной цене + 20%.

Таким образом, Заказчик нарушает принцип равноправия, справедливости, отсутствия дискриминации и необоснованных ограничений конкуренции по отношению к участникам закупки, применяя дискриминационный подход к порядку оценки заявок путем 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 этом согласно Положению Заказчика о проведении закупок, договор будет заключаться по цене, предложенной победителем закупки, вне зависимости от того, какую систему налогообложения он применяет. При этом для участников применяющих общую систему налогообложения цена увеличивается на 20%.

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.

Закон о закупках не содержит норм, указывающих на возможность при осуществлении сопоставления ценовых предложений участников закупочной процедуры, применения единого налогового базиса оценки цены предложений участников, то есть сопоставление цен без учета НДС.

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.

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, находящегося на упрощенной системе налогообложения, 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 УСН, 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 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 статье 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.

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 сути, Заказчик, устанавливая названное требование в документации, 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.

Данная позиция подтверждается Решениями Московского УФАС по делам №№ 077/07/00-6454/2021 от 22.04.2021, 077/07/00-6450/2021 от 22.04.2021, 077/07/00-12610/2021 от 23.07.2021, 077/07/00-16010/2021 от 10.09.2021, 077/07/00-17139/2021 от 28.09.2021, 077/07/00-2798/2021 от 20.02.2021 и кроме того Решением арбитражного суда города Москвы дело № А40- 67325/21-145-490 от 04 июня 2021 года и Постановлением Девятого арбитражного апелляционного суда г. Москвы № 09АП-45560/2021 от 23 августа 2021 года по делу № А40-67325/21.

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 руб. включая НДС;
- НМЦД руб. без учета НДС.

Податель жалобы полагает, что наличие в Закупочной документации нескольких значений НМЦД 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.

По мнению подателя жалобы, Заказчику было бы верно указать НМЦ составляет руб. в том числе НДС руб.

Данная позиция подтверждается Решениями Московского УФАС по делам №№077/07/00-6454/2021 от 22.04.2021, 077/07/00-6450/2021 от 22.04.2021, 077/07/00-12610/2021 от 23.07.2021, 077/07/00-16010/2021 от 10.09.2021, 077/07/00-17139/2021 от 28.09.2021, 077/07/00-2798/2021 от 20.02.2021 и кроме того Решением арбитражного суда города Москвы дело № А40- 67325/21-145-490 04 июня 2021 года и Постановлением Девятого арбитражного апелляционного суда г. Москвы № 09АП-45560/2021 от 23 августа 2021 года по делу № А40-67325/21.

Довод жалобы № 3.

Кроме того, 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 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 Положение о закупке товаров, работ, услуг для нужд ОАО «РЖД» пунктами 72-74 в нарушении Закона о закупках установлено:

- 72. 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);
- 73. 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;
- 74. Условиями конкурентной закупки может быть предусмотрено, что аукцион, переторжка проводятся по цене без учета НДС.

Таким образом, Заказчик нарушает принцип равноправия, справедливости,

отсутствия дискриминации и необоснованных ограничений конкуренции по отношению к участникам закупки, применяя дискриминационный подход к порядку оценки заявок путем 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.

Данная позиция подтверждается Решениями Московского УФАС по делам №№077/07/00-6454/2021 от 22.04.2021, 077/07/00-6450/2021 от 22.04.2021, 077/07/00-12610/2021 от 23.07.2021, 077/07/00-16010/2021 от 10.09.2021, 077/07/00-17139/2021 от 28.09.2021, 077/07/00-2798/2021 от 20.02.2021 и кроме того Решением арбитражного суда города Москвы дело № А40- 67325/21-145-490 04 июня 2021 года и Постановлением Девятого арбитражного апелляционного суда г. Москвы № 09АП-45560/2021 от 23 августа 2021 года по делу № А40-67325/21.

ОАО «РЖД» представило следующие возражения на доводы жалобы.

29 октября 2021 г. в Единой информационной системе в сфере закупок (далее – ЕИС), и на сайте <https://company.rzd.ru/> (раздел «Закупки и торги») и на сайте <http://rts-tender.ru> опубликованы извещение о проведении открытого аукциона и аукционная документация.

Начальная (максимальная) цена договора по Закупке составляет 3 202 294,40 руб. без учета НДС, 3 842 753,28 руб. с учетом НДС.

Дата начала подачи заявок – 29 октября 2021 г.

Дата окончания срока подачи заявок – 12 ноября 2021 г. в 06:00 ч. московского времени.

Рассмотрение первых частей заявок 19 ноября 2021 г.

Дата и время начала аукциона 09:30 московского времени 23 ноября 2021 г.

Рассмотрение вторых частей заявок 06» декабря 2021 г.

Подведение итогов закупки 6 декабря 2021 г.

Для участия в Закупке подано 10 заявок.

ООО «Транс - Сервис» обратился с жалобой в антимонопольный орган, где указало в качестве основания для обращения несогласие с требованиями закупочной документации.

1. Заказчик считает жалобу подлежащей оставлению без рассмотрения в силу следующих обстоятельств.

1.1. Жалоба Заявителя на закупочную документацию подана после окончания срока подачи заявок.

В соответствии с частью 11 статьи 3 Закона о закупках в случае, если обжалуемые действия (бездействие) совершены заказчиком, комиссией по осуществлению закупок, оператором электронной площадки после окончания установленного в документации о конкурентной закупке срока подачи заявок на участие в закупке,

обжалование таких действий (бездействия) может осуществляться только участником закупки, подавшим заявку на участие в закупке.

Участники закупки вправе оспорить положения закупочной документации до окончания срока подачи заявок, поскольку иное означало бы нарушение принципа равенства участников гражданских правоотношений (часть 1 статьи 1 ГК РФ).

Действия заявителя, не посчитавшего необходимым своевременно оспорить положения закупочной документации, следует расценить, как попытку обойти эти требования и сорвать закупочную процедуру.

Аналогичная позиция изложена антимонопольным органом в письме от 25.06.2019 № МЕ/53183/19, где указано, что жалоба на положения документации о закупке может быть направлена любым лицом в антимонопольный орган до окончания срока подачи заявок на участие в закупке.

Также, аналогичная позиция изложена в решениях ФАС России от 23.03.2021 № 223ФЗ-151/21, от 18.11.2020 № 223ФЗ-918/20, от 28.05.2020 № 223ФЗ-402/20, от 29.05.2020 № 223ФЗ-404/20, от 05.06.2020 №№ 223ФЗ-433/20, 223ФЗ-434/20, от 19.11.2020 № 223ФЗ-910/20, и Московского УФАС России от 18.03.2021 № 077/07/00-4205/2021, от 17.03.2021 № 077/07/00-3582/2021, от 01.03.2021 № 077/07/00-3103/2021, от 24.02.2021 № 077/07/00-2899/2021, от 03.06.2021 077/07/00-9153/2021, от 10.09.2021 № 077/07/00-16003/2021, от 07.09.2021 № 077/07/00-15101/2021.

Кроме того, вышеуказанная позиция изложена в Постановлении Арбитражного суда Московского округа от 16.10.2019 № Ф05-17130/2019 по делу № А40-26097/2019.

Следует отметить, что согласно правовой позиции антимонопольного органа (уведомления ФАС России о возврате жалоб от 19.10.2020 № 17/90546/20, от 07.09.2020 № 17/77158/20 решения ФАС России от 12.03.2021 № 223ФЗ-126/21, от 03.03.2021 № 223ФЗ-112/21, от 12.01.2021 № 223ФЗ-5/21, от 18.07.2018 № 223ФЗ-557/18) датой подачи жалобы является дата поступления жалобы в антимонопольный орган.

Аналогичная позиция изложена в Постановлениях Арбитражного суда Северо-Западного округа от 23.01.2018 № Ф07-14005/2017 по делу № А26-5362/2017, Двенадцатого арбитражного апелляционного суда от 15.02.2016 № 12АП-12953/2015 по делу № А06-6584/2015, Девятого арбитражного апелляционного суда от 08.12.2016 № 09АП-56212/2016 по делу № А40-78257/16, в которых указано, что датой подачи жалобы необходимо считать дату ее поступления непосредственно в антимонопольный орган.

Согласно Закупочной документации сроком окончания подачи заявок является 12.11.2021 в 06:00 ч. московского времени, при этом жалоба подана Заявителем 17.11.2021 (вх. № 20276э от 17.11.2021), то есть после окончания срока подачи заявок.

Таким образом, жалоба Заявителя в указанной части подлежит оставлению без рассмотрения.

1.2. В доводе № 3 жалобы Заявитель указывает, что требования, содержащиеся в Положении о закупке ОАО «РЖД» установлены в нарушение требований Закона о закупках.

В соответствии с частью 10 статьи 3 Закона о закупках любой участник закупки вправе обжаловать в антимонопольном органе в порядке, установленном статьей 18.1 Федерального закона от 26.07.2006 года № 135-ФЗ «О защите конкуренции», с учетом особенностей, установленных настоящей статьей, действия (бездействие) заказчика, комиссии по осуществлению закупок, оператора электронной площадки при закупке товаров, работ, услуг, если такие действия (бездействие) нарушают права и законные интересы участника закупки. Обжалование осуществляется в следующих случаях:

1) 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;

2) утратил силу. - Федеральный закон от 31.12.2017 № 505-ФЗ;

2.1) нарушение оператором электронной площадки при осуществлении закупки товаров, работ, услуг требований, установленных настоящим Федеральным законом;

3) неразмещение в единой информационной системе положения о закупке, изменений, внесенных в указанное положение, информации о закупке, информации и документов о договорах, заключенных заказчиками по результатам закупки, а также иной информации, подлежащей в соответствии с настоящим Федеральным законом размещению в единой информационной системе, или нарушение сроков такого размещения;

4) предъявление к участникам закупки требований, не предусмотренных документацией о конкурентной закупке;

5) осуществление заказчиками закупки товаров, работ, услуг в отсутствие утвержденного и размещенного в единой информационной системе положения о закупке и без применения положений Федерального закона от 5 апреля 2013 года N 44-ФЗ "О контрактной системе в сфере закупок товаров, работ, услуг для обеспечения государственных и муниципальных нужд", предусмотренных частью 8.1 настоящей статьи, частью 5 статьи 8 настоящего Федерального закона, включая нарушение порядка применения указанных положений;

6) неразмещение в единой информационной системе информации или размещение недостоверной информации о годовом объеме закупки, которую заказчики обязаны осуществить у субъектов малого и среднего предпринимательства.

Данный перечень является закрытым и не содержит в качестве основания для подачи жалобы несогласие участника (потенциального участника) с требованиями, установленными в положении о закупке Заказчика.

Кроме того, согласно письму Министерства экономического развития РФ от 17.02.2016 № ОГ-Д28-2554 заказчик вправе самостоятельно в положении о закупке определить порядок формирования цены договора, в том числе необходимость учета при формировании цены договора НДС. При проведении оценки по критерию «цена договора, цена единицы продукции» заказчик в положении о

закупке вправе предусмотреть порядок сравнения ценовых предложений участников закупки с учетом системы налогообложения, применяемой к таким участникам. В качестве единого базиса сравнения ценовых предложений могут использоваться цены предложений участников без учета НДС. Аналогичные вышеназванным требованиям в части сравнения ценовых предложений участников закупки указаны и в письме Министерства экономического развития РФ от 28.04.2016 № Д28и-1114.

При таких обстоятельствах в указанной части жалоба Заявителя подлежит оставлению без рассмотрения.

2. Заказчик не согласен с доводами жалобы и считает ее подлежащей признанию необоснованной в силу следующих обстоятельств.

В соответствии с Законом о закупках правовую основу закупок товаров, работ и услуг лицами, подпадающими под действие данного закона, составляют Конституция Российской Федерации, Гражданский кодекс Российской Федерации (далее – ГК РФ), непосредственно сам Закон о закупках, а также положение о закупке.

При этом положение о закупке в силу статьи 2 Закона о закупках является основополагающим документом, регламентирующим закупочную деятельность заказчика и должно содержать требования к закупке, в том числе порядок подготовки и проведения процедур закупки, включая способы закупки и условия их применения.

При организации и проведении Закупки Заказчик руководствовался Законом о закупках и Положением о закупке товаров, работ, услуг для нужд ОАО «РЖД», утвержденным советом директоров ОАО «РЖД» 28 июня 2018 г. (далее – Положение о закупке ОАО «РЖД»), а также аукционной документацией.

В соответствии с частью 5 статьи 3 Закон о закупках участником закупки является любое юридическое лицо или несколько юридических лиц, выступающих на стороне одного участника закупки, независимо от организационно-правовой формы, формы собственности, места нахождения и места происхождения капитала либо любое физическое лицо или несколько физических лиц, выступающих на стороне одного участника закупки, в том числе индивидуальный предприниматель или несколько индивидуальных предпринимателей, выступающих на стороне одного участника закупки.

Учитывая, что Налоговый кодекс Российской Федерации (далее - НК РФ) устанавливает как общие режимы налогообложения (общая система налогообложения), так и специальные режимы налогообложения (упрощенная система налогообложения) (статьи 13, часть 2 статьи 17 НК РФ), участие в закупочных процедурах в соответствии с частью 5 статьи 3 Закона о закупках вправе принимать лица, находящиеся как на общей, так и на упрощенной системе налогообложения.

В соответствии с пунктом 7 части 10 статьи 3 Закона о закупках в документации о конкурентной закупке должно быть указано 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.

Подпунктами 5, 7 пункта 243 раздела 28 Положения о закупке ОАО «РЖД» 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 приложении № 1.1 к закупочной документации указан порядок формирования начальной (максимальной) цены договора (далее – НМЦД), который включает все возможные расходы, связанные с оказанием услуг, в том числе расходы на оплату труда работников, накладные расходы, транспортные расходы, затраты на обеспечение персонала комплектами форменной и специальной одежды, необходимыми средствами индивидуальной защиты, на обучение и подготовку персонала и иные расходы, связанных с оказанием услуг по договору.

Учитывая, что в соответствии с частью 2 статьи 346.11 НК РФ организации, применяющие упрощенную систему налогообложения, не признаются налогоплательщиками НДС, в целях соблюдения принципов равноправия, справедливости, отсутствия дискриминации и необоснованных ограничений конкуренции по отношению к участникам закупки, установленных в пункте 2 части 1 статьи 3 Закона о закупках, Заказчиком в пункте 9 извещения о закупке указана НМЦД с учетом НДС и без учета НДС.

Правомерность установления НМЦД с учетом НДС и без учета НДС подтверждается решением Московского УФАС России от 02.03.2021 № 077/07/00-3214/2021.

Пунктом 3.10.1 аукционной документации Заказчик определил порядок проведения аукциона:

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.

Снижение НМЦД без учета НДС обусловлено обеспечением принципов равноправия и справедливости, закрепленных в пункте 2 части 1 статьи 3 Закона о закупках.

Учитывая, что принять участие в закупке могут, в том числе лица, находящиеся на упрощенной системе налогообложения, проведение аукциона путем снижения НМЦД с учетом НДС невозможно, поскольку в данном случае будут ущемлены права лиц, находящихся на упрощенной системе налогообложения, ввиду того, что они не являются плательщиками НДС.

При этом цену без НДС могут указать лица, находящиеся на любом режиме

налогообложения.

Таким образом, никаких указаний на применяемую систему налогообложения участника документацией не установлено.

Напротив, установление в закупочной документации условия о том, что участники, находящиеся на общей системе налогообложения производят снижение НМЦД с учетом НДС, а участники, находящиеся на упрощенной системе налогообложения, производят снижение НМЦД без учета НДС будет свидетельствовать об указании на применяемую систему налогообложения.

Министерство экономического развития Российской Федерации неоднократно в своих письмах указывало на правомерность сравнения ценовых предложений без учета НДС, так, например, в письмах от 28.04.2016 № Д28и-1114, от 26.05.2016 № Д28и-1372, от 19.08.2016 № Д28и-2169, от 17.02.2016 № ОГ-Д28-2554, от 07.04.2017 № Д28и-1975, от 15.02.2017 № Д28и-627 Министерство экономического развития Российской Федерации указало:

В качестве единого базиса сравнения ценовых предложений могут использоваться цены предложений участников без учета НДС.

Относительно ссылки Заявителя на письмо ФАС России от 22.08.2018 № АД-66562/18 Заказчик сообщил, что со стороны ОАО «РЖД» не производится никаких вычетов из ценовых предложений участников.

Аукцион проходит в личном кабинете участника электронных процедур на ЭТЗП. Ценовые предложения участники подают самостоятельно (пункт 3.10.3 закупочной документации). В соответствии с пунктом 3.10.15 информация о ходе аукциона отображается на странице аукциона на сайте ЭТЗП.

Требования аукционной документации установлены в полном соответствии с положениями ч. 6 ст. 3 Закона о закупках и подпункта 2,4 пункта 32 Положения о закупках ОАО «РЖД», в равной мере применяются ко всем участникам и не определялись в зависимости от применяемой ими системы налогообложения, что исключает нарушение принципов, установленных требованиями ч. 1 ст. 2 Закона о закупках.

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 силу пункта 3 части 1 статьи 3 Закона о закупках к числу принципов, которыми должны руководствоваться заказчики при закупке товаров, работ, услуг, относится целевое и экономически эффективное расходование денежных средств на приобретение товаров, работ, услуг (с учетом при необходимости стоимости

жизненного цикла закупаемой продукции) и реализация мер, направленных на сокращение издержек заказчика.

На основании части 2 статьи 2 Закона о закупках основным документом, регламентирующим закупочную деятельность заказчика является положение о закупке, которое должно 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.

Таким образом, заказчиком предоставлено право сформировать свою систему закупок в зависимости от особенностей осуществления деятельности, установив при необходимости дополнительные требования к участникам закупки. Данное право согласуется с целями и задачами Закона о закупках, направленного в первую очередь на выявление в результате закупочных процедур лица, исполнение контракта которым в наибольшей степени будет отвечать целям эффективного использования источников финансирования, удовлетворения потребности заказчиков в товарах, работах, услугах с необходимыми показателями цены, качества и надежности (определения Судебной коллегии по экономическим спорам Верховного Суда Российской Федерации от 27.04.2021 № 305-ЭС20-24221, от 31.07.2017 № 305-КГ17-2243, от 20.07.2017 № 305-КГ17-3423).

ОАО «РЖД» считает, что доводы, изложенные в жалобе, не обоснованы, не мотивированы, а со стороны ОАО «РЖД» нарушений не допущено.

Рассмотрев по существу поступившую жалобу, представленные материалы и возражения, Комиссия Новосибирского УФАС России приходит к следующим выводам.

ОАО «РЖД» осуществляет закупочную деятельность в соответствии с Законом о закупках, на основании Положения о закупке товаров, работ, услуг для нужд ОАО «РЖД», утвержденного советом директоров ОАО «РЖД» 28.06.2018 г., введенного в действие распоряжением ОАО «РЖД» от 12.07.2018 г. № 1481р (далее - Положение о закупке ОАО «РЖД»).

29.10.2021 года в Единой информационной системе в сфере закупки (далее - ЕИС) ОАО «РЖД» опубликовало извещение № 32110782425 о проведении открытого аукциона среди субъектов малого и среднего предпринимательства в электронной форме № 6028/ОАЭ-3-СИБ/21 на право заключения договора оказания услуг по обслуживанию квалифицированными проводниками служебно-технических вагонов (извещение № 32110782425 на сайте <https://zakupki.gov.ru/>).

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.

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.

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.

Согласно п. 72 Положения о закупке ОАО «РЖД» 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 ОАО «РЖД» 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 ОАО «РЖД» 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 ОАО «РЖД» 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 приложении № 1.1 к закупочной документации указан порядок формирования начальной (максимальной) цены договора (далее – НМЦД), который включает все возможные расходы, связанные с оказанием услуг, в том числе расходы на оплату труда работников, накладные расходы, транспортные расходы, затраты на обеспечение персонала комплектами форменной и специальной одежды, необходимыми средствами индивидуальной защиты, на обучение и подготовку персонала и иные расходы, связанных с оказанием услуг по договору.

Пунктом 3.10.1 Аукционной документации Заказчик определил порядок проведения аукциона:

Аукцион в электронной форме проводится в личном кабинете участника электронных процедур на ЭТП путем снижения на «шаг аукциона» начальной (максимальной) цены договора (цены лота) без учета НДС.

Согласно п. 3.10.2. Аукционной документации «Шаг аукциона» составляет от 0,5 до 5 процентов от начальной (максимальной) цены договора (цены лота) без учета НДС.

Согласно п. 3.20.10. Аукционной 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. 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 иных условий договора.

Согласно п. 2.1 раздела 2 Проекта договора возмездного оказания услуг цена настоящего Договора определяется с учетом объема фактически оказанных Услуг и цены за единицу Услуг и не должна превышать – _____ (_____) (без НДС).

Цена настоящего Договора увеличивается на НДС (20%) – _____ (_____) 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).

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.

Следовательно, 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).

Применение порядка оценки ценового предложения участника закупки, допускающего уменьшение ценового предложения участника, являющегося плательщиком НДС, может привести к созданию данным участникам преимущественных условий по сравнению с участниками, применяющими упрощенную систему налогообложения, то есть привести к созданию неравных условий, что противоречит пункту 2 части 1 статьи 3 Закона о закупках.

Указанная позиция подтверждается решением Арбитражного суда Омской области по делу № А46-6096/2019, а также Постановлением Восьмого Арбитражного апелляционного суда, Постановлением Арбитражного суда Западно-Сибирского округа, Определением Верховного Суда Российской Федерации № 304-ЭС20-17548.

Аналогичная правовая позиция изложена в судебных актах, принятых при рассмотрении дел со схожими обстоятельствами: определение Верховного суда Российской Федерации № 304-КГ16-17592 от 11.04.2017 по делу № А27-24989/2015, постановление Арбитражного суда Западно-Сибирского округа от 13.05.2019 по делу № А75-10317/2018, постановление Арбитражного суда Дальневосточного округа от 29.07.2015 по делу № А73-14973/2014.

Федеральным законом от 26.07.2006 года № 135-ФЗ «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.

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.

Согласно Письму ФАС России от 22.08.2018 № АД/66562/18 «По вопросу установления требований, к участникам, применяющим различные системы налогообложения (уменьшение или увеличение предложенной максимальной начальной цены на сумму НДС)», заказчик не имеет правовых оснований производить какие-либо вычеты из ценовых предложений, применять иные особенности оценки и сопоставления заявок в отношении разных категорий налогоплательщиков.

Согласно Обзору судебной практики Верховного Суда Российской Федерации № 3 (2021), утв. Президиумом Верховного Суда РФ 10.11.2021, на основании п. 2 ч. 1 ст. 3 Закона о закупках к числу принципов, которыми должны руководствоваться заказчики при закупке товаров, работ, услуг, относится равноправие (отсутствие дискриминации) участников закупки.

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.

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.

Довод ОАО «РЖД» о том, что рассматриваемая жалоба подлежит оставлению без рассмотрения в силу того, что жалоба заявителя на закупочную документацию подана после окончания срока подачи заявок, не принимается, поскольку указанная жалоба была принята ФАС России 11.11.2021 г. (вх. № 6028 от 11.11.2021 г.), то есть до окончания срока подачи заявок.

Таким образом, в действиях ОАО «РЖД» при проведении открытого аукциона среди субъектов малого и среднего предпринимательства в электронной форме № 6028/ОАЭ-З-СИБ/21 на право заключения договора оказания услуг по обслуживанию квалифицированными проводниками служебно-технических вагонов (извещение № 32110782425 на сайте <https://zakupki.gov.ru/>) установлены нарушения порядка организации и проведения торгов.

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

РЕШИЛА:

1. Признать жалобу ООО «Транс-сервис» (вх. № 20276э от 17.11.2021 года) на действия заказчика ОАО «РЖД» при проведении открытого аукциона среди субъектов малого и среднего предпринимательства в электронной форме № 6028/ОАЭ-З-СИБ/21 на право заключения договора оказания услуг по обслуживанию квалифицированными проводниками служебно-технических вагонов (извещение № 32110782425 на сайте <https://zakupki.gov.ru/>) обоснованной.

2. Выдать заказчику ОАО «РЖД» предписание о совершении действий, направленных на устранение нарушений порядка организации и проведения торгов.

Решение Комиссии может быть обжаловано в судебном порядке в течение трех месяцев со дня его принятия.