

## РЕШЕНИЕ

### по делу № 049/07/3-33/2024

14.02.2024

г. Магадан

Комиссия Управления Федеральной антимонопольной службы по Магаданской области по контролю в сфере закупок товаров, работ, услуг отдельными видами юридических лиц, (далее – Комиссия) при участии представителей ПАО «Магаданэнерго» (далее – Заказчик) <...> (дов. № 183 от 21.12.2023), <...> (дов. № 7 от 25.01.2024), представителя ООО «Компания 2020» (далее – Заявитель) <...>, имеющего право действовать от имени лица без доверенности, рассмотрев жалобу (вх. № 364/24 от 31.01.2024) на действия Заказчика при проведении запроса предложений в электронной форме на право заключения договора поставки электродов (реестровый номер извещения 32413215883).

Информация о поступившей жалобе, в соответствии с частью 11 статьи 18.1 Федерального закона от 26.07.2006 № 135-ФЗ «О защите конкуренции» (далее – Закон о защите конкуренции), размещена на официальном сайте Федеральной антимонопольной службы «База решений и правовых актов» <https://br.fas.gov.ru>.

В жалобе Заявитель указал на неправомерные положения извещения о проведении закупки.

Изучив представленные документы и материалы, руководствуясь положениями Федерального закона от 18.07.2011 № 223-ФЗ «О закупках товаров, работ, услуг отдельными видами юридических лиц» (далее - Закон о закупках), статьей 18.1 Закона о защите конкуренции, Комиссия Управления Федеральной антимонопольной службы по Магаданской области,

### УСТАНОВИЛА:

1. 26.01.2024 Заказчиком на официальном сайте Единой информационной системы (далее – ЕИС) [zakupki.gov.ru](http://zakupki.gov.ru) размещено извещение о проведении запроса предложения в

электронной форме на право заключения договора поставки электродов (реестровый номер извещения 32413215883).

Максимальное значение цены договора: 1 975 761,60 рубль (без учета НДС).

Дата окончания срока подачи заявок: 07.02.2024. Дата подведения итогов: 04.03.2024.

Протоколом № 20/5.1.1-123 от 12.02.2024 Заказчик отменил проведение закупки.

2. Согласно доводу жалобы Заказчик неправомерно установил в извещении о проведении закупки начальную (максимальную) цену договора без учета НДС. При этом, согласно извещению, договор будет заключен по цене победителя закупки, увеличенной на сумму НДС в случае, если победитель является плательщиком НДС. Если же участник, ставший победителем, находится на упрощенной системе налогообложения, то предложенная им цена при заключении договора увеличена не будет. По мнению Заявителя, данные условия ставят в неравное положение участников с разными системами налогообложения и нарушают принципы равноправия, справедливости, отсутствия дискриминации и необоснованных ограничений конкуренции по отношению к участникам закупки.

В ходе заседания Комиссии 08.02.2024 представитель Заявителя поддержал доводы жалобы.

Представитель Заказчика ходатайствовал об отложении рассмотрения дела в связи с необходимостью уточнения позиции стороны. Также от Заказчика ранее 07.02.2024 поступило письменное ходатайство о переносе рассмотрения дела.

Вместе с тем, от Заказчика не поступили запрошенные уведомлением № МР/315/24 от 01.02.2024 документы и мотивированный отзыв на жалобу.

В целях всестороннего и полного рассмотрения дела Комиссия пришла к выводу о необходимости получения и анализа дополнительных документов и информации. Срок рассмотрения дела определением № МР/404/24 от 08.02.2024 был продлен до 20.02.2024. Рассмотрение дела назначено на 14.02.2024.

Публичное акционерное общество энергетики и электрификации «Магаданэнерго» осуществляет закупки товаров, работ, услуг в

соответствии со статьей 2 Закона о закупках.

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 (положение о закупке).

Согласно выписке из протокола № 18-23 от 27.12.2023 заседания совета директоров ПАО «Магаданэнерго» присоединилось к Единому положению о закупке продукции для нужд Группы РусГидро (далее – Положение о закупке), утвержденному решением совета директоров ПАО «РусГидро» 22.12.2023 (протокол № 367).

В соответствии с частью 3.1 статьи 3 Закона о закупках конкурентные закупки осуществляются следующими способами:

1) путем проведения торгов (конкурс (открытый конкурс, конкурс в электронной форме, закрытый конкурс), аукцион (открытый аукцион, аукцион в электронной форме, закрытый аукцион), запрос котировок (запрос котировок в электронной форме, закрытый запрос котировок), запрос предложений (запрос предложений в электронной форме, закрытый запрос предложений);

2) иными способами, установленными положением о закупке и соответствующими требованиями части 3 настоящей статьи.

В соответствии с пунктом 2 части 1 статьи 3 Закона о закупках при закупке товаров, работ, услуг заказчики руководствуются принципами равноправия, справедливости, отсутствия дискриминации и необоснованных ограничений конкуренции по отношению к участникам закупки.

В силу части 6 статьи 3 Закона о закупках заказчик определяет требования к участникам закупки в документации о конкурентной закупке в соответствии с положением о закупке. 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 пункту 10 извещения о проведении рассматриваемой закупки начальная (максимальная) цена договора составляет 1 975 761,60 рубль (без учета НДС).

Пунктом 4.5.6 документации о закупке установлены следующие сведения о начальной (максимальной) цене Договора (цене лота):

4.5.6.1 В соответствии с Извещением НМЦ установлена в размере, указанном в пункте 1.2.12.

4.5.6.2 Итоговая стоимость заявки (цена Договора) должна включать в себя сумму всех расходов, предусмотренных Техническими требованиями Заказчика и проектом Договора (разделы 8 и 9), а также сумму налогов и других обязательных платежей, подлежащих уплате в соответствии с нормами законодательства РФ. При этом сумма НДС (в случае его уплаты) выделяется отдельно и не входит в итоговую стоимость заявки Участника, являющегося плательщиком НДС.

4.5.6.3 Заявка будет отклонена, в случае если цена заявки без учета НДС превышает установленную НМЦ (пункт 1.2.12).

В соответствии с пунктом 1.2.12 документации НМЦ составляет 1 975 761,60 руб., без учета НДС.

Согласно пункту 4.9.6 документации одним из оснований для отклонения заявки участника является несоответствие предлагаемых договорных условий требованиям Документации о закупке, в том числе превышение цены заявки установленного размера НМЦ.

В силу пункта 4.12.1 документации оценка и сопоставление заявок, признанных Закупочной комиссией соответствующими по результатам проведения отборочной стадии (подраздел 4.9), осуществляется в соответствии с критериями и порядком оценки, установленными в разделе 13 (приложение № 6 – «Порядок и критерии оценки и сопоставления заявок»).

Согласно указанному порядку оценка заявок производится по двум критериям:

- цена договора (заявки) без учета НДС со значимостью критерия 80%;
- отношение Участника закупки к производителю предлагаемой продукции со значимостью критерия 20%.

Таким образом, положениями извещения и документации о закупке установлено, что основным критерием оценки заявок участников запроса предложений является цена заявки. При этом сравнение цен происходит по цене заявки без НДС.

Заказчик в своих письменных пояснениях от 12.02.2024 № МЭ/20-2-542, а также в пояснениях представителей Заказчика на заседании Комиссии 14.02.2024 указали, что при установлении оспариваемых положений извещения исходили из права заказчика определять начальную цену договора и порядок оценки на основании положения о закупке и потребности заказчика.

Пунктом 6.8.5 Положения о закупке установлено, что начальная максимальная цена может устанавливаться и доводиться до сведения Участников закупки либо с учетом НДС, либо без НДС (с соответствующим обозначением). При указании цены без НДС до сведения Участников должно быть доведено, что договор будет заключаться по цене с добавлением НДС (за исключением случаев, когда закупаемая продукция не облагается НДС).

Также, согласно пункту 7.5.7.5 Положения о закупке, оценка и сопоставление заявок осуществляются в соответствии с критериями и процедурами, указанными в документации о закупке. При этом оценка предпочтительности заявок по ценовым критериям осуществляется в едином базисе – без учета НДС.

По мнению заказчика, положения извещения не противоречат указанным нормам Положения о закупке и не ставят участников в неравноправное положение.

Заказчик указал, что сравнение цен участников без учета НДС и в последующем заключение договора по цене, увеличенной на сумму НДС (в случае, если победитель закупки является плательщиком НДС) отвечает потребности Заказчика, а именно: снижение суммы НДС, подлежащей уплате Заказчиком в бюджет, за счет применения вычета по НДС на сумму «входящего» НДС, то есть, оплаты

Заказчиком товаров, услуг, работ с учетом НДС.

Кроме того, Заказчик в подтверждение своей позиции сослался на ряд писем Министерства экономического развития РФ, в которых указывается на допустимость при проведении закупок отдельными видами юридических лиц указания начальной цены договора без учета НДС.

Представитель Заявителя в заседании 14.02.2024 поддержал ранее высказанную позицию и доводы жалобы.

В отношении рассматриваемых обстоятельств и пояснений сторон Комиссия указывает следующее.

Участник конкурентной закупки, определяя свое ценовое предложение, вправе исходить из конечной цены, по которой, в соответствии с положениями извещения, будет заключен договор. При этом способ сравнения предложений участников, установленный Заказчиком, не должен приводить к дискриминации участников.

В рассматриваемой закупке НМЦ определена Заказчиком без учета НДС (пункт 1.2.12 Документации о закупке), ценовые предложения участников закупки подлежат сравнению по цене без учета НДС (пункт 13.1 Документации о закупке).

В случае, если победителем закупки станет участник, применяющий общую систему налогообложения (далее – ОСН), то договор с ним будет заключен не по предложенной данным участником цене, которая сравнивалась с ценовыми предложениями иных участников, а по цене, увеличенной на сумму НДС, что следует из пункта 4.5.6.2 Документации о закупке.

Участник, применяющий упрощенную систему налогообложения (далее – УСН), вынужден конкурировать с ценами, предложенными участниками, являющимися плательщиками НДС, которые при заключении договора будут увеличены на сумму НДС, в то время как, для участника на УСН цена договора увеличена не будет.

Таким образом, участник на ОСН имеет возможность снижать свое предложение (основанное на предполагаемой им конечной цене договора) на сумму НДС.

Данный вывод подтверждается пунктом 4.9.6 документации, согласно которому цена договора, предложенная участником закупки, не

может превышать установленного размера НДС, что приведет к признанию заявки не соответствующей требованиям извещения.

Кроме того, пунктом 7.3.1 документации о закупке установлена форма коммерческого предложения, являющегося необходимой частью заявки на участие. Согласно данной форме участник указывает предложение о цене договора с НДС и о цене без НДС.

Однако участник, применяющий УСН имеет возможность указать только цену без НДС, так как не является плательщиком данного налога.

В такой ситуации участник на ОСН имеет преимущество перед участником на УСН, так как первый имеет возможность снизить свое предложение на сумму НДС (с учетом того, что окончательная цена договора для него будет включать НДС), получая таким образом преимущество при сравнении предложений.

Аналогичного мнения придерживается Арбитражный суд Тюменской области в решении по делу № А70-3543/2021 от 23.06.2021. Суд указывает: «Применение при оценке заявок вычета НДС из ценовых предложений участников закупки, использующих ОСН, может привести к созданию данным участникам преимущественных условий по сравнению с участниками, применяющими УСН, то есть, к созданию неравных условий и соответственно ограничению конкуренции, что противоречит пункту 2 части 1, части 6 статьи 3 Закона о закупках.

Заказчик не имеет правовых оснований производить какие-либо вычеты из ценовых предложений, применять иные особенности оценки и сопоставления заявок в отношении разных категорий налогоплательщиков».

Данное решение поддержано Верховным судом РФ (Определение по делу № 304-ЭС22-2729 от 04.04.2022): «При исследовании обстоятельств дела установлено, что при сопоставлении ценовых предложений участников запроса котировок без учета НДС заказчиком созданы условия, при которых участник закупки, не являющийся плательщиком НДС и предложивший наиболее низкую цену по сравнению с ценой участника, являющегося плательщиком НДС, может не стать победителем закупки в случае, если после исключения НДС из ценового предложения участника, находящегося на общей системе налогообложения, его ценовое предложение окажется меньше цены, предложенной участником, применяющим

упрощенную систему налогообложения.

Принимая во внимание установленные обстоятельства, суды пришли к выводу о том, что установленный заказчиком при проведении запроса котировок порядок оценки и сопоставления заявок участников, применяющих разные режимы налогообложения, свидетельствует о предоставлении преимуществ при участии в закупке участникам – плательщикам НДС, по сравнению с участниками – не плательщиками НДС».

Комиссия также отмечает, что примененный Заказчиком оспариваемый способ оценки заявок – по цене без НДС, направлен на снижение налоговой нагрузки Заказчика, что прямо следует из его пояснений. Достижение данной цели возможно только при осуществлении закупок у плательщиков НДС. Таким образом, лицам, применяющим ОСН создается преимущество при участии в закупках, что противоречит принципам равноправия и отсутствия дискриминации.

Как указывается в пункте 33 «Обзора судебной практики Верховного суда РФ № 3 (2021), утвержденном Президиумом ВС РФ 10.11.2021: «Заказчик может быть финансово заинтересован в заключении договора с исполнителем, применяющим общую систему налогообложения, поскольку в таком случае согласно пункту 2 статьи 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 № 223-ФЗ) и в силу законодательно закрепленного принципа равноправия (отсутствие дискриминации) участников закупки не может быть реализован за счет постановления участников закупки, применяющих упрощенную систему налогообложения, в заведомо уязвленное положение в сравнении с иными участниками гражданского оборота».

Вместе с тем, предусмотренная извещением о рассматриваемой закупке и Положением о закупке возможность увеличения цены договора, предложенной победителем, на сумму НДС, если победитель является плательщиком налога, противоречит иным нормам Положения о закупке и извещения, являясь таким образом

неправомерной.

Согласно пункту 1.1 «Термины и определения» Положения о закупке начальная (максимальная) цена договора – предельно допустимая цена договора (лота, единицы продукции), превышение которой исключает возможность заключения договора/недопустимо для заключения договора по итогам проведения закупки.

Также в разделе «Термины и определения» документации о закупке определено, что начальная (максимальная) цена договора – предельно допустимая цена договора (лота), выше размера которой не может быть заключен договор по итогам проведения закупки.

В рассматриваемой закупке предложение победителя, находящегося на ОСН, увеличенное на сумму НДС, может превысить начальную (максимальную) цену договора, что противоречит указанным положениям, так как договор будет заключен по цене, превышающей НМЦД.

В отношении ссылок Заказчика на письма Министерства экономического развития РФ Комиссия указывает, что данные письма не обладают юридической силой, так как Минэкономразвития РФ не наделено компетенцией по разъяснению законодательства Российской Федерации.

В действиях Заказчика Комиссия устанавливает нарушение **пункта 2 части 1 и части 6 статьи 3** Закона о закупках. Жалоба признана обоснованной.

На основании изложенного, в соответствии с частью 20 статьи 18.1 Закона о защите конкуренции, Комиссия Управления Федеральной антимонопольной службы по Магаданской области

РЕШИЛА:

1. Признать жалобу ООО «Компания 2020» на действия Заказчика – Публичного акционерного общества энергетики и электрификации «Магаданэнерго», при проведении запроса предложений в электронной форме на право заключения договора поставки электродов (реестровый номер извещения 32413215883) обоснованной.
2. Признать в действиях Заказчика нарушения пункта 2 части 1 и части 6 статьи 3 Закона о закупках.

3. Предписание об устранении выявленных нарушений не выдавать в связи с отменой закупки.
4. Передать материалы дела должностному лицу управления для принятия решения о возбуждении дела об административном правонарушении.

Решение Комиссии Управления Федеральной антимонопольной службы по Магаданской области может быть обжаловано в судебном порядке в течение трех месяцев со дня его принятия.