

Решение

по делу о нарушении законодательства о контрактной системе в сфере закупок № 05-02/168-16

12.09.2016 г.

г. Курган

Резолютивная часть решения объявлена 12.09.2016 года.

Решение изготовлено в полном объеме 15.08.2016 года.

Комиссия Управления Федеральной антимонопольной службы по Курганской области по контролю в сфере закупок на территории Курганской области (далее - Комиссия Курганского УФАС России)

рассмотрев жалобу Индивидуального предпринимателя Менцель Анны Владимировны (далее – ИП Менцель А.В.) на действия заказчика Федерального казенного учреждения «Центр хозяйственного и сервисного обеспечения Управления Министерства внутренних дел Российской Федерации по Курганской области» (далее – ФКУ «ЦХиСО УМВД России по Курганской области») при осуществлении закупки путем проведения электронного аукциона на выполнение работ по текущему ремонту системы пожарной и охранной сигнализации в административных зданиях УМВД России по Курганской области (извещение № 0843100000216000138), руководствуясь статьями 99, 106 Федерального закона от 05.04.2013г. № 44-ФЗ «О контрактной системе в сфере закупок товаров, работ, услуг для обеспечения государственных и муниципальных нужд» (далее – Закон о контрактной системе),

УСТАНОВИЛА

В Курганское УФАС России поступила жалоба (вх. № 5371 от 06.09.2016 №5371) ИП Менцель А.В. на действия заказчика ФКУ «ЦХиСО УМВД России по Курганской области» при осуществлении закупки путем проведения электронного аукциона на выполнение работ по текущему ремонту системы пожарной и охранной сигнализации в административных зданиях УМВД России по Курганской области (извещение № 0843100000216000138)

В жалобе заявитель указал, что Заявка ИП Менцель А.В. подана 16.08.2016 в 10:53 (по времени сервера площадки), аукцион прошел 22.08.2016 г. (по времени сервера площадки), протокол подведения итогов и определения победителя опубликован 26.08.2016 г. Дата публикации проекта контракта: 31.08.2016 г.

Из аукционной документации, проекта контракта, а также ответов на протокол разногласий следует, что контракт будет заключаться с НДС 18 %, в том числе в случае, если участник размещения заказа работает по упрощенной системе

налогообложения.

В п. 3.1 Проекта контракта указано: «Цена Контракта определяется в соответствии с результатами электронного аукциона и составляет 111 307 (Сто одиннадцать триста семь) рублей 83 копейки, в том числе НДС 18% 16 979 (шестнадцать тысяч девятьсот семьдесят девять) рублей 17 копеек».

Полагает, что действия Заказчика неправомерны, так как согласно ст.346.11 Налогового кодекса РФ индивидуальные предприниматели, применяющие упрощенную систему налогообложения, не признаются налогоплательщиками налога на добавленную стоимость, следовательно освобождаются от уплаты НДС. Указание на то, что в локальном сметном расчете, являющемся приложением к аукционной документации, указано, что сметная стоимость составлена с учетом НДС по ставке 18% не обязывает ИП Менцель А.В. уплачивать НДС, так как смета является обоснованием начальной (максимальной) цены контракта. Участник закупки ИП Менцель А.В. участвует в аукционе путем снижения начальной (максимальной) цены контракта, учитывая, что в цену контракта НДС не входит.

Представители Заказчика представили письменные возражения по доводам, изложенным в жалобе.

С доводами, изложенными в жалобе, не согласны по основаниям, указанным в возражении.

Просят признать жалобу необоснованной.

Руководствуясь административным регламентом по рассмотрению жалоб, утвержденным приказом Федеральной антимонопольной службы России от [19.11.2014 № 727/14](#), ст.ст. 99, 106 Закона о контрактной системе в сфере закупок, Комиссией Курганского УФАС России установлено, что 08.08.2016 в ЕИС опубликовано извещение о проведении электронного аукциона на выполнение работ по текущему ремонту системы пожарной и охранной сигнализации в административных зданиях УМВД России по Курганской области (извещение № 0843100000216000138).

Дата начала подачи заявок – 08.08.2016.

Дата окончания срока подачи заявок – 17.08.2016.

Заказчиком является ФКУ «ЦХиСО УМВД России по Курганской области».

На момент рассмотрения жалобы комиссией Курганского УФАС России контракт не заключен.

Согласно п. 4 статьи 3 Закона о контрактной системе участник закупки - **любое юридическое лицо независимо от его организационно-правовой формы, формы собственности, места нахождения и места происхождения капитала**, за исключением юридического лица, местом регистрации которого является государство или территория, включенные в утверждаемый в соответствии с [подпунктом 1 пункта 3 статьи 284](#) Налогового кодекса Российской Федерации [перечень](#) государств и территорий, предоставляющих льготный налоговый режим налогообложения и (или) не предусматривающих раскрытия и предоставления

информации при проведении финансовых операций (офшорные зоны) в отношении юридических лиц (далее - офшорная компания), **или любое физическое лицо, в том числе зарегистрированное в качестве индивидуального предпринимателя.**

Частью 1 статьи 34 Закона о контрактной системе установлено, что контракт заключается на условиях, предусмотренных извещением об осуществлении закупки или приглашением принять участие в определении поставщика (подрядчика, исполнителя), документацией о закупке, **заявкой, окончательным предложением участника закупки, с которым заключается контракт,** за исключением случаев, в которых в соответствии с Законом о **контрактной системе** извещение об осуществлении закупки или приглашение принять участие в определении поставщика (подрядчика, исполнителя), документация о закупке, заявка, окончательное предложение не предусмотрены.

В силу ч. 2 ст. 34 Закона о контрактной системе цена контракта является твердой и определяется на весь срок его исполнения.

В соответствии с частью 10 статьи 70 Закона о **контрактной системе, контракт** заключается на условиях, указанных в извещении о проведении электронного аукциона и документации о таком аукционе, **по цене, предложенной его победителем.**

Согласно [статье 346.11](#) Налогового кодекса 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 настоящим [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 [статьей 174.1](#) настоящего Кодекса.

В соответствии с ч. 2 ст. 709 ГК РФ, цена в договоре подряда включает компенсацию издержек подрядчика и причитающееся ему вознаграждение.

Включение НДС в цену **контракта приведет к неполучению подрядчиком дохода в том размере, на который он рассчитывал при участии в аукционе.**

Необходимо различать гражданско-правовые и публично-правовые отношения. Уплата цены контракта в полном объеме, является гражданско-правовой обязанностью заказчика перед исполнителем по контракту, предусмотренной законом.

Публично-правовые отношения по уплате налога на добавленную стоимость в бюджет складываются между налогоплательщиком и государством.

Статьей 8 Закона о контрактной системе гарантируется создание равных условий для обеспечения конкуренции между участниками закупки. **Поскольку участником закупки может быть лицо, применяющее любой режим налогообложения, предусмотренный налоговым законодательством, в НМЦК необходимо включать**

НДС, иначе для лиц, применяющих общий режим налогообложение не будет обеспечен доступ к закупкам.

Исходя из вышеизложенного, при проведении любых закупок независимо от метода определения НМЦК, будь то проектно- сметный метод или рыночный, и независимо от того, прописано это в документации или нет, НДС в расчете должен присутствовать, в противном случае, будет нарушен принцип обеспечения конкуренции, гарантированный ст. 8 Закона о контрактной системе.

Закон о контрактной системе относится к административной отрасли права, для которой характерно императивное применение. Следовательно, если Законом о контрактной системе право заказчика прямо не предусмотрено, он не вправе самостоятельно его себе предоставлять.

Такой вывод основан также на абзаце 2 п. 2 ст. 1 ГК РФ, которым предусмотрено, что гражданские права могут быть ограничены на основании федерального закона и только в той мере, в какой это необходимо в целях защиты основ конституционного строя, нравственности, здоровья, прав и законных интересов других лиц, обеспечения обороны страны и безопасности государства.

Правовая и экономическая природа НМЦК отличается от цены обычного гражданского правового договора. Закон о контрактной системе определяя НМЦК как одно из публичных условий контракта исходит из принципа экономической обоснованности осуществляемой закупки. Участник закупки, заявляясь на аукцион, **соглашается с НМЦК как стартовым условием**, поскольку цель аукциона - соперничество путем ценовой конкуренции, выражающейся в понижении НМЦК. **Субъект малого предпринимательства, заявляющийся на аукцион оценивает свои возможности с позиций возможности торговаться путем снижения НМЦК, учитывая, что в стоимость, которую он для себя определил как допустимую НДС не входит, поскольку он не является плательщиком данного налога.**

Частью 1 ст. 8 Конституции РФ гарантируется единство экономического пространства, свободное перемещение товаров, услуг и финансовых средств, поддержка конкуренции, свобода экономической деятельности.

Конституционный Суд РФ в Постановлении от 21.01.1997 № 5-П «По делу о проверке конституционности положений абзаца второго пункта ст. 18 и ст. 20 Закона РФ от 27.12.1991г. «Об основах налоговой системы в РФ» указал: «... Таким образом, из Конституции РФ, а именно из закрепленных в ней равенства прав и свобод человека и гражданина, запрета на их ограничение иначе, как федеральным законом, единство экономического пространства, свободного перемещения товаров, услуг и финансовых средств, признания и защиты государством всех форм собственности, свободы экономической деятельности, обуславливающих соответственно принципы единой финансовой, в том числе налоговой, политики и единства налоговой системы, установления налогов только законом, равного налогового бремени, вытекает, что общие принципы налогообложения и сборов относятся к основным гарантиям, установление которых федеральным законом обеспечивает реализацию и соблюдение основ конституционного строя, основных прав и свобод человека и гражданина, принципов федерализма в РФ».

Вышеизложенная позиция основана на толковании норм материального права, а

так же в рамках осуществления государственной политики по поддержке и развитию субъектов малого предпринимательства и конституционную гарантию свободы экономической деятельности, выражающейся в данном случае в праве участника закупки, применяющего специальный режим налогообложения, включать в цену те налоги, плательщиком которых он является.

Правовой позиции о том, что заказчик не вправе снижать цену победителя на сумму НДС придерживаются и Минэкономразвития РФ и Минфин РФ.

Так, Минэкономразвития России в письме от 12.12.2014 N Д28и-2787 указало: «...с учетом положений Закона N 44-ФЗ контракт заключается и оплачивается заказчиком по цене победителя закупок вне зависимости от применения системы налогообложения у победителя».

Указанный довод подтверждается разъяснением Министерства экономического развития от 25.07.2016 № Д284-1924, направленном на письмо Курганского УФАС России от 01.07.2016 №01-10/3253-1, в котором указана аналогичная позиция.

Минфин России в письме от 05.09.2014 N 03-11-11/44793 сообщило: «... при оплате товаров (работ, услуг), поставляемых (выполняемых, оказываемых) в рамках муниципального контракта, заключенного с победителем электронного аукциона, в том числе являющимся налогоплательщиком, применяющим упрощенную систему налогообложения, уменьшение цены контракта на сумму налога на добавленную стоимость не производится и поставленные товары (выполненные работы, оказанные услуги) оплачиваются по цене, указанной в контракте».

ФАС России в письме от 13.07.2016 №РП/47481/1, направленном на обращение Курганского УФАС России от 01.07.2016 №01-05/3252-16, указала: «В связи с отсутствием в Законе о контрактной системе положений, позволяющих заказчику корректировать цену контракта в зависимости от применяемой победителем системы налогообложения, контракт заключается по цене, предложенной победителем. При этом победитель при формировании своего ценового предложения предлагает цены контракта с учетом всех налогов и сборов, которые он обязан уплатить в соответствии с положениями НК РФ».

Довод представителей заказчика ФКУ «ЦХиСО УМВД России по Курганской области» о том, что к протоколам разногласий ИП Менцель А.В. необходимо прикрепить документы, подтверждающие применение упрощенной системы налогообложения, **не находит своего подтверждения**, в связи с тем, что Документацией электронного аукциона не предусмотрена обязанность победителя аукциона прикреплять при заключении контракта (в том числе при направлении протокола разногласий) указанных документов.

Согласно Протоколу разногласий к государственному контракту от 01.09.2016 в п. 4.2 контракта: «Аванс не предусмотрен. Оплата производится в порядке, предусмотренном в проекте государственного контракта, а именно: безналичным расчетом, в течение 20 банковских дней, после выполнения 100% объема работ и подписания актов выполненных работ, унифицированной формы КС-2, КС-3. Подрядчик представляет Заказчику одновременно с актами формы КС-2, КС-3 исполнительную документацию на выполненные работы, а также счет и **счет-фактуру**» **ИП Менцель А.В. просит изложить в следующей редакции:** «Аванс не предусмотрен. Оплата производится в порядке, предусмотренном в проекте

государственного контракта, а именно: безналичным расчетом, в течение 20 банковских дней, после выполнения 100% объема работ и подписания актов выполненных работ, унифицированной формы КС-2, КС-3. Подрядчик представляет Заказчику одновременно с актами формы КС-2, КС-3 исполнительную документацию на выполненные работы, а также счет».

Проект контракта направлен ФКУ «ЦХиСО УМВД России по Курганской области» ИП Менцель А.В., по результатам рассмотрения протокола разногласий п. 4.2 изложен в редакции Подрядчика.

Согласно ч. 1 ст. 169 Налогового кодекса Российской Федерации (часть вторая) от 05.08.2000 N 117-Ф [счет-фактура](#) является документом, служащим основанием для принятия покупателем предъявленных продавцом товаров (работ, услуг), имущественных прав (включая комиссионера, агента, которые осуществляют реализацию товаров (работ, услуг), имущественных прав от своего имени) сумм налога к вычету в порядке, предусмотренном настоящей главой.

В соответствии с Определением Конституционного суда Российской Федерации от 29.03.2016 №460-О: «одним из проявлений диспозитивности в регулировании налоговых правоотношений выступает право лиц, не являющихся плательщиками налога на добавленную стоимость, или налогоплательщиков, освобожденных от исполнения обязанностей налогоплательщика, связанных с его исчислением и уплатой, вступить в правоотношения по уплате данного налога, что в силу [пункта 5 статьи 173](#) Налогового кодекса Российской Федерации возлагает на таких лиц обязанность выставлять покупателю счет-фактуру с выделением в нем суммы налога и, соответственно, исчислять сумму данного налога, подлежащую уплате в бюджет. Обязанность по уплате налога на добавленную стоимость в данном случае обусловлена не только наличием одного лишь факта реализации товаров (работ, услуг), но и связана с выставлением покупателю счета-фактуры с выделением суммы данного налога. Впоследствии такой документ будет служить основанием для принятия покупателем предъявленных продавцом товаров сумм налога на добавленную стоимость к вычету ([Постановление](#) от 3 июня 2014 года N 17-П). Лица, не являющиеся плательщиками налога на добавленную стоимость, **имеют возможность выбора наиболее оптимального способа организации экономической деятельности и налогового планирования: они вправе либо сформировать цену товаров (работ, услуг) без учета сумм налога на добавленную стоимость и, соответственно, без выделения этих сумм в выставляемых покупателю счетах-фактурах, что повышает ценовую конкурентоспособность соответствующих товаров (работ, услуг), либо выставить контрагенту по конкретным операциям по реализации товаров (работ, услуг) счета-фактуры с выделением суммы налога на добавленную стоимость**, притом что эта сумма налога на добавленную стоимость подлежит уплате в бюджет ([пункт 5 статьи 173](#) Налогового кодекса Российской Федерации). Во втором случае у такого лица возникает обязанность по уплате налога на добавленную стоимость, несмотря на то, что изначально он не признавался плательщиком данного налога (определения Конституционного Суда Российской Федерации от 7 ноября 2008 года [N 1049-О-О](#) и от 13 октября 2009 года [N 1332-О-О](#))».

Согласно Письму Министерства Финансов Российской Федерации (Минфин России) от 20.07.2016 №03-07-09/42413, направленному в ответ на обращение Курганского УФАС России от 01.07.2016 №01-10/3254-1: пп. 1 п. 5 ст. 173 Налогового

Кодекса Российской Федерации (далее – НК РФ) предусмотрена обязанность по уплате налога на добавленную стоимость в бюджет, лицами, не являющимися налогоплательщиками налога на добавленную стоимость, или налогоплательщиками, освобожденными от исполнения обязанностей налогоплательщика, связанных с исчислением и уплатой данного налога, только в случае выставления покупателю счетов- фактур с учетом суммы налога на добавленную стоимость. Включение данной нормы в текст главы 21 «Налог на добавленную стоимость» НК РФ обусловлено необходимостью компенсации сумм налога на добавленную стоимость, принимаемых покупателями к вычету на основании выставленных счетов-фактур лицами, не являющимися налогоплательщиками налога на добавленную стоимость, или налогоплательщиками, освобожденными от исполнения обязанностей налогоплательщика, связанных с исчислением и уплатой указанного налога. На основании подпункта 3 пункта 2 статьи 170 НК РФ суммы налога на добавленную стоимость, предъявленные организации-победителю электронного аукциона, применяющей упрощенную систему налогообложения, поставщиками товаров (работ, услуг), включаются в стоимость товаров (работ, услуг), поставляемых (выполняемых, оказываемых) в рамках государственного контракта.

Довод представителей Заказчика, что индивидуальный предприниматель, применяющий упрощенную систему налогообложения, вправе возместить уплаченный НДС **не находит своего подтверждения**, так как возмещение налога подтверждается представлением счет-фактуры, а предоставление подрядчиком Заказчику счет – фактуры исключено Заказчиком из Проекта контракта (согласно Протоколу разногласий).

Таким образом, довод заявителя ИП Менцель А.В. является **обоснованным**.

Внеплановая проверка закупки Комиссией Курганского УФАС России **не проводилась** в связи с проведением внеплановой проверки по жалобе Общества с ограниченной ответственностью производственно – коммерческая компания «Курганспецэлектромонтаж» на действия заказчика ФКУ «ЦХиСО УМВД России по Курганской области» при осуществлении закупки путем проведения электронного аукциона на выполнение работ по текущему ремонту системы пожарной и охранной сигнализации в административных зданиях УМВД России по Курганской области (извещение № 0843100000216000138).

Исследовав предоставленные материалы, руководствуясь статьей 106 Закона о контрактной системе, Комиссия Курганского УФАС России,

РЕШИЛА:

1. Признать жалобу ИП Менцель А.В. **обоснованной**.

2. Признать в действиях заказчика ФКУ «ЦХиСО УМВД России по Курганской области» нарушения **ч. 1 ст. 34, ч. 2 ст. 70 Закона от контрактной системе**, выразившиеся в заключение контракта по цене, не соответствующей цене, предложенной победителем электронного аукциона.

3. Выдать заказчику ФКУ «ЦХиСО УМВД России по Курганской области» предписание об устранении нарушений **ч. 1 ст. 34, ч. 2 ст. 70 Закона о контрактной системе** путем внесения изменений в проект контракта при его направлении победителю в части установления цены контракта в редакции протокола разногласий от 05.09.2016 года, предложенного ИП Менцель А.В.

Решение может быть обжаловано в арбитражный суд в течение трех месяцев