

РЕШЕНИЕ №086/07/3-2183/2023

по результатам рассмотрения жалобы на действия (бездействие) заказчика при закупке товаров, работ, услуг в соответствии с Федеральным законом от 18.07.2011 №223-ФЗ «О закупках товаров, работ, услуг отдельными видами юридических лиц»

Резолютивная часть решения оглашена 11.01.2024 г. Ханты-Мансийск

Решение в полном объеме изготовлено 15.01.2024

Комиссия Управления Федеральной антимонопольной службы по Ханты-Мансийскому автономному округу - Югре (далее - Комиссия Ханты-Мансийского УФАС России) по рассмотрению жалоб в порядке, предусмотренном статьей 18.1 Федерального закона от 26.07.2006 № 135-ФЗ «О защите конкуренции» (далее - Закон о защите конкуренции) в составе:

Председатель комиссии:

- <.....>;

Члены комиссии:

- <.....>;

- <.....>;

в присутствии на заседании посредством онлайн-видеоконференции на заседании комиссии представителя заявителя ИП <.....>;

в отсутствие на заседании посредством онлайн-видеоконференции представителя заказчика АО <.....>, уведомленного надлежащим образом о времени и месте рассмотрения (исх. № ВТ/9339/23 от 27.12.2023) ;

рассмотрев жалобу ИП <.....> вх. № 13144-ЭП/23 от 25.12.2023) (далее – Жалоба) на действия АО <.....> при проведении запроса котировок в электронной форме, участниками которого могут быть только субъекты малого и среднего предпринимательства на поставку Видеосервера RV-SE2900 оператор PRO (реестровый номер извещения 32313100537),

УСТАНОВИЛА:

В Управление Федеральной антимонопольной службы по Ханты-Мансийскому автономному округу - Югре (далее - Ханты-Мансийское УФАС России) в порядке статьи 18.1 Закона о защите конкуренции поступила Жалоба ИП <.....> (вх. № 13144-ЭП/23 от 25.12.2023) (далее – Заявитель) на действия АО <.....> (далее – Заказчик) при проведении запроса котировок в электронной форме, участниками которого могут быть только субъекты малого и среднего предпринимательства на поставку Видеосервера RV-SE2900 оператор PRO (реестровый номер извещения 32313100537).

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».

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.

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, действия (бездействие) организатора торгов, оператора электронной площадки, конкурсной или аукционной комиссии могут быть обжалованы в антимонопольный орган также иным лицом (заявителем), права или законные интересы которого могут быть ущемлены или нарушены в результате нарушения порядка организации и проведения торгов.

В соответствии с частью 10 статьи 3 Федерального закона от 18.07.2011 № 223-ФЗ «О закупках товаров, работ, услуг отдельными видами юридических лиц» (далее - Закон о закупках) любой участник закупки вправе обжаловать в антимонопольном органе в порядке, установленном статьей 18.1 Закона о защите конкуренции, с учетом особенностей, установленных названной 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 том числе, в случае осуществления заказчиком закупки с нарушением требований Закона о закупках и (или) порядка подготовки и (или) осуществления закупки, содержащегося в утвержденном и размещенном в единой информационной системе положении о закупке такого заказчика.

В силу части 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.

Согласно материалам дела дата и время окончания срока подачи заявок (по местному времени заказчика) 25.12.2023, жалоба Заявителя поступила в Ханты-Мансийское УФАС России 23.12.2023.

В соответствии с частью 19 статьи 18.1 Закона о защите конкуренции, Ханты-Мансийским УФАС России в адрес Заявителя и Заказчика направлено Уведомление о поступлении жалобы и о приостановлении торгов до рассмотрения жалобы по существу. Рассмотрение жалобы было назначено на 11.01.2024.

Заявитель в своей Жалобе сообщает следующее.

1. Заказчиком в пункте 5 Начальная (максимальная) договора закупочной документации указано, следующее:

Начальная (максимальная цена) договора составляет: 888 000,00 руб. в том числе НДС 20 %.

Для лиц не являющимися плательщиками НДС, начальная максимальная цена договора

уменьшается на сумму налога НДС.

В случае, если претендент не является плательщиком НДС – предоставляется документ, подтверждающий его право на освобождение от уплаты НДС, с указанием положения НК РФ, являющегося основанием для освобождения.

2. Заказчиком в пункте 19 Критерии оценки заявок на участие в запросе котировок Закупочной документации указано, следующее:

Единственным критерием для определения Победителя является наименьшая цена предложения при условии соответствия самого предложения условиям настоящего запроса котировок.

Цена закупки, предлагаемая участником закупки, не может превышать начальную (максимальную) цену закупки, указанную в пункте 5.

В случае если цена закупки, указанная в заявке и предлагаемая участником закупки, превышает начальную цену закупки, указанную в пункте 5, участник закупки не допускается к участию в запросе котировок на основании несоответствия его заявки требованиям, установленным закупочной документацией.

При проведении оценки и сопоставлении заявок комиссия производит оценку по цене, предложенной участниками.

Если участник закупки освобождён от уплаты НДС и подтверждает это документально, исходя из права Заказчика, произвести налоговый вычет НДС в соответствии со статьей 171 НК РФ, в качестве единого базиса сравнения ценовых предложений всех участников используются цены предложений участников без учета НДС. Договор с победителем заключается исходя из налогового режима, с учетом применяемой таким участником системы налогообложения.

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.

Согласно части 2 статьи 2 Закона о закупках требования к закупке, в том числе порядок подготовки и осуществления закупок способами, указанными в частях 3.1 и 3.2 статьи 3 названного Закона, порядок и условия их применения, порядок заключения и исполнения договоров, а также иные связанные с обеспечением закупки положения устанавливаются заказчиками самостоятельно и включаются в положения о закупке.

При закупке товаров, работ, услуг заказчики руководствуются, в том числе принципами равноправия, справедливости, отсутствия дискриминации и необоснованных ограничений конкуренции по отношению к участникам закупки (пункт 2 части 1 статьи 3 Закона о закупках).

Принцип равноправия предполагает недопустимость предъявления различных требований к участникам закупки, находящимся 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.

Данная правовая позиция нашла отражение в пункте 6 Обзора судебной практики по вопросам, связанным с применением Закона о закупках, утвержденного Президиумом Верховного Суда Российской Федерации 16.05.2018.

При заключении контракта указывается, что цена контракта является твердой и определяется на весь срок исполнения контракта, а в случае, предусмотренном частью 24 статьи 22 Федерального закона от 05.04.2013 № 44-ФЗ «О контрактной системе в сфере закупок товаров, работ, услуг для обеспечения государственных и муниципальных нужд» (далее - Закон о контрактной системе), указываются цены единиц товара, работы, услуги и максимальное значение цены контракта, а также в случаях, установленных Правительством Российской Федерации, указываются ориентировочное значение цены контракта либо формула цены и максимальное значение цены контракта, установленные заказчиком в извещении об осуществлении закупки, документации о закупке (в случае, если настоящим Федеральным законом предусмотрена документация о закупке).

При заключении и исполнении контракта изменение его существенных условий не допускается, за исключением случаев, предусмотренных упомянутым Федеральным законом. В случае, если проектом контракта предусмотрены отдельные этапы его исполнения, цена каждого этапа устанавливается в размере, сниженном пропорционально снижению начальной (максимальной) цены контракта участником закупки, с которым заключается контракт (пункт 2 статьи 34 Закона о контрактной системе).

С учетом приведенных положений Закона о контрактной системе любой участник закупки, в том числе тот, который освобожден от уплаты НДС и применяет упрощенную систему налогообложения, вправе участвовать в закупке для обеспечения государственных и муниципальных нужд.

Контракт по итогам процедур закупки заключается и оплачивается заказчиком по цене, предложенной участником закупки, с которым заключается контракт, вне зависимости от применяемой данным участником системы налогообложения. Аналогичные выводы содержатся в пункте 32 Обзора судебной практики Верховного Суда Российской Федерации № 2 (2021)

Наличие у одних поставщиков обязанности по уплате НДС, а у других ее отсутствие – предпринимательский риск лиц, осуществляющих предпринимательскую деятельность и выбравших определенную систему налогообложения.

Таким образом, сравнение ценовых предложений участников закупки должно осуществляться по предложенной участниками цене без исключения НДС, соответственно, контракт должен заключаться заказчиком по цене победителя торгов вне зависимости от применяемой им системы налогообложения.

Указанный вывод соответствует правовой позиции Верховного суда Российской Федерации, изложенной в определениях от 30.05.2019 № 305-ЭС19-391 по делу № А40-88142/2018, от 23.09.2019 № 306-ЭС19-15999 по делу № А12-25318/2018.

Таким образом, Заявитель сообщает, что Заказчиком фактически установлено 2 (два) значения начальной цены в зависимости от системы налогообложения применяемой участником, а также при сравнении предложений участников закупки, допускающих уменьшение предложенной цены на размер НДС, Заказчик участникам – являющимся плательщиками НДС, создаёт преимущественные условия по сравнению с участником, применяющим упрощенную систему налогообложения, то есть создаёт неравные условия оценки ценовых предложений, чем ограничивает конкуренцию и нарушает пункт 2 части 1 статьи 3 Закона о закупках.

Закон о закупках не содержит положений, допускающих предоставление хозяйствующим субъектам, являющимся плательщиками налога на добавленную стоимость, преимуществ при

участии в закупках.

На основании вышеизложенного Заявитель считает, что Заказчиком при размещении электронного аукциона допущены нарушения статьи 18.1 Закона о защите конкуренции, а в действиях должностных лиц Заказчика содержится состав административного правонарушения.

Заказчик с доводами жалобы не согласился, в связи с чем представил в Управление письменные возражения (вх. № 116-ЭП/24 от 10.01.2024).

Проверив обоснованность доводов, приведенных в жалобе, в возражениях на нее и в выступлениях присутствовавших на заседании представителей участвующих в деле лиц, изучив материалы дела, Комиссия Ханты-Мансийского УФАС России приходит к следующим выводам.

Закупочная деятельность Заказчика регламентируется Положением о порядке проведения закупок товаров, работ, услуг в Акционерном обществе «Югорский промышленный холдинг» (далее - Положение о закупке).

В соответствии с извещением об осуществлении закупки (далее - Извещение):

1. Извещение размещено на сайте <https://zakupki.gov.ru> — 18.12.2023;
2. Начальная (максимальная) цена договора — 888 000,00 рублей;
3. Дата окончания срока подачи заявок на участие в закупке — 25.12.2023.

На основании части 6.1 статьи 3 Закона о закупках при описании в документации о конкурентной закупке предмета закупки заказчик должен руководствоваться следующими правилами:

1) в описании предмета закупки указываются функциональные характеристики (потребительские свойства), технические и качественные характеристики, а также эксплуатационные характеристики (при необходимости) предмета закупки;

2) в описание предмета закупки не должны включаться требования или указания в отношении товарных знаков, знаков обслуживания, фирменных наименований, патентов, полезных моделей, промышленных образцов, требования к товарам, информации, работам, услугам при условии, что такие требования влекут за собой необоснованное ограничение количества участников закупки, за исключением случаев, если не имеется другого способа, обеспечивающего более точное и четкое описание указанных характеристик предмета закупки;

3) в случае использования в описании предмета закупки указания на товарный знак необходимо использовать слова «(или эквивалент)», за исключением случаев:

а) несовместимости товаров, на которых размещаются другие товарные знаки, и необходимости обеспечения взаимодействия таких товаров с товарами, используемыми заказчиком;

б) закупок запасных частей и расходных материалов к машинам и оборудованию, используемым заказчиком, в соответствии с технической документацией на указанные машины и оборудование;

в) закупок товаров, необходимых для исполнения государственного или муниципального контракта;

г) закупок с указанием конкретных товарных знаков, знаков обслуживания, патентов, полезных

моделей, промышленных образцов, места происхождения товара, изготовителя товара, если это предусмотрено условиями международных договоров Российской Федерации или условиями договоров юридических лиц, указанных в части 2 статьи 1 настоящего Федерального закона, в целях исполнения этими юридическими лицами обязательств по заключенным договорам с юридическими лицами, в том числе иностранными юридическими лицами.

В соответствии с частью 10 статьи 4 Закона о закупках в документации о конкурентной закупке должны быть указаны: сведения о начальной (максимальной) цене договора (цена лота), либо формула цены, устанавливающая правила расчета сумм, подлежащих уплате заказчиком поставщику (исполнителю, подрядчику) в ходе исполнения договора, и максимальное значение цены договора, либо цена единицы товара, работы, услуги и максимальное значение цены договора (пункт 5); порядок формирования цены договора (цены лота) с учетом или без учета расходов на перевозку, страхование, уплату таможенных пошлин, налогов и других обязательных платежей (пункт 7); критерии оценки и сопоставления заявок на участие в такой закупке (пункт 13); порядок оценки и сопоставления заявок на участие в такой закупке (пункт 14).

В соответствии с частью 1 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.

Пунктами 1, 2 части 1 статьи 3 Закона о закупках установлено, что при закупке товаров, работ, услуг заказчики должны руководствоваться принципами информационной открытости закупки, равноправия, справедливости, отсутствия дискриминации и необоснованных ограничений конкуренции по отношению к участникам закупки.

Следуя 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.

Принцип равноправия предполагает недопустимость предъявления различных требований к участникам закупки, находящимся 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.

Пунктом 5 части I «ИНФОРМАЦИОННАЯ КАРТА» документации о закупке Заказчиком установлена начальная (максимальная) цена договора: начальная (максимальная цена) договора составляет: 888 000,00 руб. в том числе НДС 20 %. Для лиц не являющихся плательщиками НДС, начальная максимальная цена договора уменьшается на сумму налога НДС. В случае, если претендент не является плательщиком НДС – предоставляется документ, подтверждающий его право на освобождение от уплаты НДС, с указанием положения Налогового кодекса Российской Федерации (далее - НК РФ), являющегося основанием для освобождения.

В пункте 19 части I «ИНФОРМАЦИОННАЯ КАРТА» документации о закупке Заказчиком определено, что единственным критерием для определения Победителя является наименьшая цена предложения при условии соответствия самого предложения условиям настоящего

запроса котировок. Цена закупки, предлагаемая участником закупки, не может превышать начальную (максимальную) цену закупки, указанную в пункте 5. В случае если цена закупки, указанная в заявке и предлагаемая участником закупки, превышает начальную цену закупки, указанную в пункте 5, участник закупки не допускается к участию в запросе котировок на основании несоответствия его заявки требованиям, установленным закупочной документацией. При проведении оценки и сопоставлении заявок комиссия производит оценку по цене, предложенной участниками. Если участник закупки освобожден от уплаты НДС и подтверждает это документально, исходя из права Заказчика, произвести налоговый вычет НДС в соответствии со статьей 171 НК РФ, в качестве единого базиса сравнения ценовых предложений всех участников используются цены предложений участников без учета НДС. Договор с победителем заключается исходя из налогового режима, с учетом применяемой таким участником системы налогообложения.

Соответственно, Комиссия Ханты-Мансийского УФАС России делает вывод, что цена договора меняется в зависимости от применяемой участником системы налогообложения, что является нарушением пункта 2 части 1 статьи 3 Закона о закупках.

Так, в пункте 32 Обзора судебной практики Верховного Суда Российской Федерации № 2 (2021) указано на то, что корректировка заказчиком цены контракта, предложенной лицом, применяющим упрощенную систему налогообложения, при проведении закупки, не допускается, и поставленные товары (выполненные работы, оказанные услуги) оплачиваются по цене, указанной в контракте.

В соответствии с пунктом 2 статьи 346.11 НК РФ применение упрощенной системы налогообложения организациями, в частности, предусматривает их освобождение от обязанности по уплате НДС.

В силу пункта 5 статьи 173 НК РФ и правовой позиции, выраженной в постановлении Конституционного Суда Российской Федерации от 03.06.2014 № 17-П, обязанность по исчислению и уплате НДС может возникнуть лишь при выставлении налогоплательщиком, применяющим упрощенную систему налогообложения (далее - УСН), по своей инициативе счета-фактуры с выделенной в нем суммой налога.

Из буквального толкования части 16 статьи 3.2, пунктов 5, 7 части 10 статьи 4 Закона о закупках следует, что заказчик в документации о закупке должен установить одно значение начальной (максимальной) цены договора для всех участников закупки (независимо от применяемой системы налогообложения), указав при этом содержит она НДС или нет; победителем конкурса признается участник, заявка на участие в конкурентной закупке, окончательное предложение которого соответствует требованиям, установленным документацией о закупке, и заявка, окончательное предложение которого по результатам сопоставления заявок, окончательных предложений на основании указанных в документации о такой закупке критериев оценки содержит лучшие условия исполнения договора. При этом в Законе о закупках отсутствуют положения, позволяющие заказчику корректировать (уменьшать) предложенную участником закупки цену договора при оценке и сопоставлении заявок на участие в закупке, предоставлять хозяйствующим субъектам в зависимости от применяемой системы налогообложения преимущества при участии в закупках.

Комиссия Ханты-Мансийского УФАС России отмечает, что обязанность потенциального участника закупки, применяющего УСН определять цену без учета НДС, в то время как значение НМКД отражено в извещения с учетом НДС, является неправомерным.

Установленные Заказчиком при проведении запроса котировок в электронной форме требования к заявке участника закупки, применяющего упрощенную систему налогообложения, свидетельствует о предоставлении преимуществ при участии в закупке участникам - плательщикам НДС, по сравнению с участниками - не плательщиками НДС.

Заказчик может быть финансово заинтересован в заключении договора с поставщиком,

применяющим общую систему налогообложения, поскольку в таком случае согласно пункту 2 статьи 171 Налогового кодекса Российской Федерации он получает возможность применения налоговых вычетов при осуществлении собственной облагаемой НДС деятельности, то есть имеет возможность уменьшить величину своего налогового бремени.

Однако Комиссия Ханты-Мансийского УФАС России отмечает, что упомянутый имущественный интерес заказчика не связан непосредственным образом с удовлетворением его потребностей в качественном и своевременном выполнении работ (услуг) (часть 1 статьи 1 Закона о закупках) и в силу законодательно закрепленного принципа равноправия (отсутствие дискриминации) участников закупки не может быть реализован за счет постановки участников закупки, применяющих упрощенную систему налогообложения, в заведомо уязвленное положение в сравнении с иными участниками гражданского оборота (определение Судебной коллегии Верховного Суда Российской Федерации от 23.04.2021 по делу № А56-75118/2019).

Согласно части 20 статьи 18.1 Закона о защите конкуренции, по результатам рассмотрения жалобы по существу комиссия антимонопольного органа принимает решение о признании жалобы обоснованной или необоснованной и принимает решение о необходимости выдачи предписания, предусмотренного пунктом 3.1 части 1 статьи 23 настоящего Федерального закона.

С учетом изложенных обстоятельств, Комиссия Ханты-Мансийского УФАС России пришла к выводу о необходимости выдачи предписания АО <....>.

На основании вышеизложенного Комиссия Ханты-Мансийского УФАС России, руководствуясь положениями статьи 18.1 Закона о защите конкуренции,

РЕШИЛА:

1. Признать жалобу ИП <....> (вх. № 13144-ЭП/23 от 25.12.2023) на действия АО <....> при проведении запроса котировок в электронной форме, участниками которого могут быть только субъекты малого и среднего предпринимательства на поставку Видеосервера RV-SE2900 оператор PRO (реестровый номер извещения 32313100537), обоснованной.
2. Признать в действиях заказчика АО <....> нарушение пункта 2 части 1 статьи 3 Закона о закупках.
3. Выдать заказчику МАО <....> обязательное для исполнения предписание об устранении допущенного нарушения.