

РЕШЕНИЕ

по делу № 077/07/00-8993/2022 о нарушении

процедуры торгов и порядка заключения договоров

20.06.2022 г. Москва

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

при участии посредством видеоконференцсвязи представителей ООО «МакларенПрофЭко», ОАО «РЖД»,

рассмотрев жалобу ООО «МакларенПрофЭко» (далее — Заявитель) на действия ОАО «РЖД» (далее — Заказчик) при проведении конкурентного отбора в электронной форме № 51/КОТЭ-ДКРЭ/22 на право заключения договора оказания услуг по разработке проекта санитарно-защитной зоны на объекте Западно-Сибирской дирекции капитального ремонта и реконструкции объектов электрификации и электроснабжения (опубликованного на сайте <https://223.rtstender.ru/supplier/auction/Trade/View.aspx?id=2408136&ssso=1&code=-5#1>, далее — Закупка),

в соответствии со статьей 18.1 Федерального закона от 26.07.2006 № 135-ФЗ «О защите конкуренции» (далее — Закон о защите конкуренции),

УСТАНОВИЛА:

В адрес Московского УФАС России поступила жалоба Заявителя на действия Заказчика при проведении Закупки.

В соответствии с пунктом 1 части 1 статьи 18.1 Закона о защите конкуренции по правилам настоящей статьи антимонопольный орган рассматривает жалобы на действия (бездействие) юридического лица, организатора торгов, оператора электронной площадки, конкурсной комиссии или аукционной комиссии при организации и проведении торгов, заключении договоров по результатам торгов либо в случае, если торги, проведение которых является обязательным в соответствии с законодательством Российской Федерации, признаны несостоявшимися, а также при организации и проведении закупок в соответствии с Федеральным законом от 18.07.2011 № 223-ФЗ «О закупках товаров, работ, услуг отдельными видами юридических лиц» (далее — Закон о закупках), за исключением жалоб, рассмотрение которых предусмотрено законодательством Российской Федерации о контрактной системе в сфере закупок товаров, работ, услуг для обеспечения государственных и муниципальных нужд.

Согласно части 2 статьи 18.1 Закона о защите конкуренции действия (бездействие) организатора торгов, оператора электронной площадки, конкурсной или аукционной комиссии могут быть обжалованы в антимонопольный

орган лицами, подавшими заявки на участие в торгах, а в случае, если такое обжалование связано с нарушением установленного нормативными правовыми актами порядка размещения информации о проведении торгов, порядка подачи заявок на участие в торгах, также иным лицом (заявителем), права или законные интересы которого могут быть ущемлены или нарушены в результате нарушения порядка организации и проведения торгов.

Частью 10 статьи 3 Закона о закупках предусмотрен ряд случаев, позволяющих участникам закупок обжаловать в антимонопольный орган в порядке, установленном таким органом, действия (бездействие) заказчика при закупках товаров, работ, услуг, в их числе осуществление заказчиком закупки с нарушением требований настоящего Федерального закона и (или) порядка подготовки и (или) осуществления закупки, содержащегося в утвержденном и размещенном в единой информационной системе положении о закупке такого заказчика.

Жалоба Заявителя отвечает требованиям пункта 1 части 10 статьи 3 Закона о Закупках.

Согласно доводам жалобы, Заявителем оспаривается наличие в документации о закупке нескольких значений начальной (максимальной) цены договора (цены лота).

По мнению Заявителя, оценка ценовых предложений участников осуществляется Заказчиком по приведенной цене (без НДС), что по мнению Заявителя, является дискриминационным и нарушает права участников Закупки, не являющихся плательщиками НДС.

При этом, как указывает Заявитель, общая система налогообложения для Заказчика предусматривает увеличение цены договора на 20% за счет добавления НДС. При этом в случае, если победителем станет участник (не плательщик НДС), цена договора не поменяется.

В случае же, если победителем окажется участник (плательщик НДС), ценовое предложение в договоре увеличивается на сумму НДС, что является изменением цены договора.

Таким образом, по мнению Заявителя, участники, находящиеся на ОСН, поставлены в преимущественное положение по сравнению с участниками, находящимися на УСН.

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

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 приходит к следующим выводам.

В соответствии с частью 1 статьи 2 Закона о закупках, при закупке товаров, работ, услуг заказчика руководствуются Конституцией Российской Федерации, Гражданским кодексом Российской Федерации, настоящим Федеральным законом, другими федеральными законами и иными нормативными правовыми

актами Российской Федерации, а также принятыми в соответствии с ними и утвержденными с учетом положений части 3 настоящей статьи правовыми актами, регламентирующими правила закупки (далее - положение о закупке).

В силу части 2 статьи 2 Закона о закупках положение о закупке является документом, который регламентирует закупочную деятельность заказчика и должен содержать требования к закупке, в том числе порядок подготовки и проведения процедур закупки (включая способы закупки) и условия их применения, порядок заключения и исполнения договоров, а также иные связанные с обеспечением закупки положения.

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

Согласно пунктам 13, 14 части 10 статьи 4 Закона о закупках в документации о закупке должны быть указаны сведения, определенные положением о закупке, в том числе критерии и порядок оценки и сопоставления заявок на участие в закупке.

Комиссией установлено, что Заказчиком 24.05.2022 на сайте электронной торговой площадки «РТС-тендер» (<https://223.rts-tender.ru/>) размещено извещение о проведении Закупки (далее также — закупочная процедура).

Согласно пункту 9 Извещения, начальная (максимальная) цена договора составляет **518 200,00** (Пятьсот восемнадцать тысяч двести) руб. 00 коп. без учета НДС, **621 840,00** (Шестьсот двадцать одна тысяча восьмьсот сорок) руб. 00 коп. с учетом НДС.

Начальная (максимальная) цена договора, цена единицы услуги сформирована методом сопоставимых рыночных цен (анализ рынка), предусмотренным подпунктом 1 пункта 54 Положения о закупке товаров, работ, услуг для нужд ОАО «РЖД», и включает все возможные расходы, связанные с оказанием услуги, в том числе расходы на оплату труда работников, транспортные расходы и другие обязательные платежи, которые могут возникнуть при оказании услуги, а также все виды налогов.

Согласно пункту 3.6.13 Приложения 3 к Извещению «Порядок проведения конкурентного отбора» (далее — Приложение 3), конкурентный отбор проводится в электронной форме в личном кабинете участника электронных процедур на ЭТЗП путем снижения начальной (максимальной) цены договора (цены лота) без учета НДС, указанной в приложении № 1.1 документации конкурентного отбора.

Пунктом 3.6.17 закупочной документации установлено, что участники конкурентного отбора представляют свои предложения о цене договора (цене лота), при этом цена предложений не должна быть равна или превышать начальную (максимальную) цену договора (цену лота).

Согласно пункту 3.16.12 Приложения 3, участник, с которым по итогам конкурентного отбора заключается договор, обязан заключить договор на

условиях документации конкурентного отбора и поданной им заявки (в том числе предложения о цене, нового предложения о цене). Стоимость договора определяется исходя из предложения такого участника о цене (нового предложения такого участника о цене) без учета НДС. При этом также учитывается применяемая таким участником система налогообложения.

Согласно пункту 3.6.28 Приложения 3, победителем конкурентного отбора признается участник, предложивший наиболее низкую цену договора (цену лота), или, если при проведении конкурентного отбора цена договора (цена лота) снижена до нуля и конкурентный отбор проводится на право заключить договор, наиболее высокую цену договора (цену лота), при условии соответствия технического предложения, представленного таким участником, требованиям документации о конкурентном отборе.

Заказчик на заседании Комиссии подтвердил, что Закупочной документацией предусмотрены два варианта указания начальной (максимальной) цены (с учетом НДС или без такового налога).

В соответствии с пунктом 5 части 10 статьи 4 Закона о закупках, в документации о конкурентной 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.

Комиссия отмечает, что возможность установления разных значений цены для участников закупки (в зависимости от применяемой ими системы налогообложения) не следует из положений части 10 статьи 4 Закона о закупках.

Напротив, из буквального толкования части 22 статьи 3.2, 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).

При этом в настоящем случае Заказчиком фактически предусмотрены в Закупочной документации оба варианта указания начальной (максимальной) цены (с НДС и без НДС).

Вместе с тем, исходя из пункта 3.6.13 Приложения 3, подача ценовых предложений участниками закупки осуществляется путем снижения начальной (максимальной) цены договора (цены лота) без учета НДС.

По мнению Заявителя, Заказчик, что устанавливая подобный порядок оценки, стремится получить собственную налоговую выгоду за счет последующего получения вычета, уменьшив собственную налогооблагаемую базу. Кроме того, Заявитель указывает, что приведение Заказчиком ценовых предложений участников к единому налоговому базису фактически заставляет участников, находящихся на упрощенной системе налогообложения, занижать свои предложения.

На заседании Комиссии Заказчик пояснил, что оценка ценовых предложений участников закупки проводится по представленной участниками цене без учета НДС, в том числе ценовых предложений участников, находящихся на общей системе налогообложения.

В свою очередь, Комиссия Управления считает проведение сравнения ценовых предложений участников подобным образом неправомерным на основании следующего.

Законом о закупках в целях обеспечения единства экономического пространства, создания условий для своевременного и полного удовлетворения потребностей юридических лиц, указанных в части 2 статьи 1 названного Закона, в товарах, работах, услугах с необходимыми показателями цены, качества и надежности, эффективного использования денежных средств, расширения возможностей участия юридических и физических лиц в закупке товаров, работ и услуг для нужд заказчиков и стимулирования такого участия, развития добросовестной конкуренции, обеспечения гласности и прозрачности закупки, предотвращения коррупции и других злоупотреблений установлены общие принципы и основные требования к закупке товаров, работ, услуг.

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

Принцип равноправия предполагает недопустимость предъявления различных требований к участникам закупки, находящимся в одинаковом положении, в отсутствие к тому причин объективного и разумного характера. Указанное, 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.

В свою очередь, приведение заказчиком ценовых предложений участников к единому налоговому базису фактически заставляет участников, находящихся на упрощенной системе налогообложения, занижать свои предложения.

При этом, если при оценке участников, являющихся плательщиками НДС, размер НДС будет вычитаться из их ценовых предложений, это будет фактически предоставлять им преимущество над лицами, не являющимися плательщиками указанного налога, так как последним, чтобы быть конкурентноспособными придется снижать свое предложение как минимум на размер НДС. Вместе с тем для лиц, не являющихся плательщиками НДС, в любом случае установлена своя система налогообложения и предусмотренное законодательством право на освобождение от уплаты соответствующего налога, которого фактически лишает Заказчик путем установления такого порядка оценки.

Ни одна норма действующего законодательства не наделяет участников торгов, находящихся на упрощенной системе налогообложения, особым статусом, обязывающим их занижать ценовые предложения при участии в конкурентных процедурах на величину налога на добавленную стоимость лишь в силу того, что они не являются плательщиками налога. Установление в Положении о закупках такого права не может свидетельствовать о правомерности проведения оспариваемой закупки, в том числе в связи с тем, что указанная норма предоставляет Заказчику право на установление соответствующих положений, но

не предписывает соответствующую обязанность.

При этом Комиссия отмечает, что при оценке ценовых предложений участников закупочной процедуры по стоимости без НДС лица, применяющие упрощенную систему налогообложения, будут поставлены в заведомо невыгодные условия закупки, поскольку, в отличие от лиц, применяющих общую систему налогообложения, будут обязаны уплатить налог на доходы (статьи 346.11, 346.14 НК РФ) в размере 6 % от суммы полученного дохода (пункт 1 статьи 346.20 НК РФ).

Таким образом, чистая прибыль лиц, применяющих упрощенную систему налогообложения, будет изначально ниже по сравнению с лицами, находящимися на общей системе налогообложения, что априори ставит их в заведомо невыгодное положение в рамках рассматриваемой закупочной процедуры. Увеличение же такими лицами своих ценовых предложений при подаче заявок (для исключения последующего исполнения договора в убыток собственным интересам) исключит возможность их победы в закупочной процедуре ввиду более привлекательного ценового предложения, сделанного лицом, применяющим общую систему налогообложения.

При таких данных, как считает Комиссия, оценка ценовых предложений участников закупки без учета НДС могла бы иметь место в том случае, если бы в документации была указана одна начальная (максимальная) цена договора, которая не включала бы НДС, поскольку в этом случае участники, как и в случае включения НДС в стоимость договора, были бы поставлены в одинаковое положение при формировании своих ценовых предложений и не должны были бы занижать свои предложения с целью получения возможности победить в закупочной процедуре и впоследствии исполнять условия договора в ущерб и убыток собственным интересам и возможностям.

По мнению Комиссии, примененное Заказчиком в данном случае уменьшение цены лица, являющегося плательщиком НДС, создает неравные условия для участников закупки, что противоречит положениям Закона о закупках. 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.

Кроме того, в Российской Федерации системно и последовательно реализуется политика поддержки субъектов малого и среднего предпринимательства, в рамках которой, например, был принят Федеральный закон от 24.07.2007 № 209-ФЗ «О развитии малого и среднего предпринимательства в Российской Федерации», создана Федеральная Корпорация по развитию малого и среднего предпринимательства, последовательно увеличиваются квоты участия указанных субъектов в закупках для обеспечения государственных и муниципальных нужд и корпоративных закупок, в связи с чем рассматриваемые действия заказчика по ущемлению прав лиц, не являющихся плательщиками НДС, фактически противоречат государственной политике Российской Федерации, направленной на поддержку и развитие субъектов малого и среднего предпринимательства.

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.

В данном случае применение спорного положения закупочной документации фактически приводит к увеличению размера цены, предложенной участником закупки, применяющим упрощенную систему налогообложения, помимо его воли и вопреки сформированному им ценовому предложению, что не может не ставить участника, применяющего упрощенную систему налогообложения, в заведомо менее благоприятное положение в сравнении с участниками закупки, использующими общую систему налогообложения, ценовые предложения которых принимаются заказчиком без корректировки в сторону увеличения.

Таким образом, преимущество в заключении договора с заказчиком получают те участники закупки, которые являются плательщиками НДС.

В настоящем случае Заказчик установил требование, согласно которому участники Закупки должны самостоятельно проводить налоговый вычет, что в свою очередь является неправомерным, так как данное требование 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 и не отвечает требованиям части 6 статьи 3 Закона о закупках, а также пункту 2 части 1 статьи 3 закона о закупках.

Указанная правовая позиция изложена в Определении Судебной коллегии по экономическим спорам Верховного Суда Российской Федерации от 23.04.2021 N 307-ЭС20-21065 по делу N А56-75118/2019, а также в «Обзоре судебной практики Верховного Суда Российской Федерации № 3 (2021)», утвержденном Президиумом Верховного Суда РФ 10.11.2021.

С учетом изложенного, на основе всестороннего исследования, оценки фактических обстоятельств и доказательств по делу в их совокупности и взаимосвязи Комиссия приходит к выводу об обоснованности доводов жалобы.

В соответствии с подпунктом «а» пункта 3.1 части 1 статьи 23 Закона о защите конкуренции антимонопольный орган выдает организатору торгов, оператору электронной площадки, конкурсной или аукционной комиссии, продавцу государственного или муниципального имущества, организатору продажи обязательные для исполнения предписания о совершении действий, направленных на устранение нарушений порядка организации и проведения торгов, продажи государственного или муниципального имущества (далее в настоящем пункте - торги), порядка заключения договоров по результатам торгов или в случае признания торгов несостоявшимися, в том числе предписания об отмене протоколов, составленных в ходе проведения торгов, о внесении изменений в документацию о торгах, извещение о проведении торгов, об аннулировании торгов.

Вместе с тем, с настоящим случае Комиссия приходит к выводу о

нецелесообразности выдачи предписания по следующим основаниям.

Комиссией установлено, что на участие в оспариваемой процедуре было подано 6 заявок, все заявки допущены к участию. При этом на упрощенной системе налогообложения находятся 5 участников (включая Заявителя), один участник (ООО «Алтайпроект») находится на общей системе налогообложения.

При этом, согласно Протоколу проведения торгов конкурентного отбора № 51/КОТЭ-ДКРЭ/22 от 08.06.2022, все участники, за исключением Заявителя, приняли участие в торговой сессии.

Согласно Протоколу рассмотрения заявок № 51/КОТЭ-ДКРЭ/22/1 от 17.06.2022, по результатам процедуры подачи участниками предложений о цене лучшее предложение о цене (318 200,00 руб. без НДС) представлено участником № 4 (ООО «Академия Профразвития»), второе предложение о цене (318 999,98 руб. без НДС) представлено участником № 2 (ООО «СОВЭКС»), при этом оба указанных участника находятся на УСН.

Вместе с тем, единственным участником, находящимся на общей системе налогообложения, было сделано самое невыгодное предложение о цене (385 000,00 руб. без НДС).

Победителем Закупки признан Участник, применяющий упрощенную систему налогообложения.

Таким образом, Комиссия приходит к выводу об отсутствии необходимости выдачи обязательного для исполнения предписания, поскольку предложенная единственным участником, находящимся на общей системе налогообложения, цена (385 000,00 руб. без НДС) является наименее выгодной среди других ценовых предложений и не повлияла на формирование лучшей конкурентной цены по итогам закупочной процедуры.

На основании изложенного и руководствуясь частью 20 статьи 18.1, пунктом 3.1 части 1 статьи 23 Закона о защите конкуренции, Комиссия

РЕШИЛА:

1. Признать жалобу ООО «МакларенПрофЭко» (ИНН 9717096013, ОГРН 1207700402304) на действия ОАО «РЖД» (ИНН 7708503727, ОГРН 1037739877295) при проведении Закупки обоснованной.
2. Установить в действиях Заказчика нарушение пункта 2 части 1, части 6 статьи 3 Закона о закупках.
3. Обязательное для исполнения предписание о внесении изменений в Закупочную документацию Заказчику не выдавать.

Настоящее решение может быть обжаловано в арбитражный суд в течение трех

месяцев со дня его принятия.