

Решение № 03-10.1/180-2017

о признании жалобы обоснованной

19 июля 2017 г.

г. Омск

Комиссия Омского УФАС России по контролю в сфере закупок на территории Омской области (далее – Комиссия) в составе: <...>,

рассмотрев жалобу ООО «Грандвэй» (далее также заявитель, Общество) на действия муниципального предприятия города Омска «Тепловая компания» (далее – заказчик), связанные с заключением договора по результатам проведения электронного аукциона на поставку водосчетчиков горячей воды и водосчетчиков холодной воды (реестровый номер «31.042.17») (извещение № 0600600005417000040) (далее – электронный аукцион),

в отсутствие представителя заявителя, заявившего (вх. № 5694э от 13.07.2017) ходатайство о рассмотрении жалобы в его отсутствие;

в присутствии представителей заказчика – <...>,

У С Т А Н О

1. В Омское УФАС России поступила (вх. № 5653э от 12.07.2017) жалоба заявителя, в которой указано, что при заключении контракта заказчиком нарушены требования Федерального закона от 05.04.2013 № 44-ФЗ «О контрактной системе в сфере закупок товаров, работ и услуг для обеспечения государственных и муниципальных нужд» (далее – Федеральный закон о контрактной системе).

2. На запрос Омского УФАС России (исх. № 03-5558э от 12.07.2017) заказчиком были представлены (вх. № 5769 от 18.07.2017) возражения на доводы жалобы и материалы электронного аукциона, из которых следует, что 14.06.2017 на официальном сайте единой информационной системы www.zakupki.gov.ru (далее – официальный сайт) были размещены извещение о проведении электронного аукциона и документация об электронном аукционе с начальной (максимальной) ценой контракта 117466,45 руб.

В соответствии с протоколом рассмотрения заявок на участие в электронном аукционе от 26.06.2017 на участие в закупке поступило две заявки, одному участнику отказано в допуске к участию в аукционе; электронный аукцион признан несостоявшимся.

Согласно протоколу рассмотрения заявки единственного участника от 29.06.2017 заявка ООО «Грандвэй» была признана соответствующей требованиям, установленным документацией об аукционе.

Из хронологии заключения договора, представленной оператором электронной площадки ООО «РТС-тендер» и заказчиком следует, что 30.06.2017 проект договора размещен заказчиком на официальном сайте.

04.07.2017 проект договора был отклонен ООО «Грандвэй» и размещен протокол разногласий № 1 к проекту договора.

06.07.2017 проект договора повторно размещен заказчиком без учета протокола разногласий № 1 к проекту контракта. В этот же день проект договора был отклонен участником и направлен протокол разногласий № 2 к проекту договора.

11.07.2017 проект договора повторно размещен заказчиком без учета протокола разногласий № 2 к проекту контракта.

В соответствии с требованием Омского УФАС России (исх. № 03-5558э от 12.07.2017) определение поставщика было приостановлено заказчиком в части заключения контракта до рассмотрения жалобы по существу (вх. № 5769 от 18.07.2017).

3. В результате рассмотрения жалобы, представленных материалов, пояснений представителей заказчика и осуществления в соответствии с частью 15 статьи 99 Федерального закона о контрактной системе внеплановой проверки Комиссия установила следующее.

В жалобе заявителя указано: «ООО «Грандвэй» применяет упрощенную систему налогообложения и не является плательщиком НДС (на основании п. 2 ст. 346.11 НК РФ: организации, применяющие упрощенную систему налогообложения, не признаются налогоплательщиками НДС). При размещении проекта контракта по итогам аукциона на поставку водосчетчиков горячей воды и водосчетчиков холодной воды Заказчиком указана цена контракта с учетом НДС, в перечне предоставляемых документов Поставщиком указана счет-фактура.

В соответствии с частью 4 статьи 70 Закона N 44-ФЗ ООО «Грандвэй» 04.07.2017 и 06.07.2017 опубликовало протокол разногласий к проекту государственного контракта, выразив несогласие по поводу включения Заказчиком НДС, счет-фактуры с обоснованием данной позиции.

Муниципальное предприятие г.Омска «Тепловая компания» (Заказчик) проигнорировало протокол разногласий. Таким образом, Заказчик вынуждает ООО «Грандвэй» подписать контракт на своих условиях.

Считаем действия заказчика нарушающими требования Закона № 44-ФЗ о контрактной системе по следующим основаниям:

НДС — это налог на добавленную стоимость. Этим налогом облагаются предприятия, находящиеся на общей системе налогообложения.

Согласно п.4 ст.3 44-ФЗ участником закупки может быть любое юридическое лицо независимо от его организационно-правовой формы, формы собственности, места нахождения и места происхождения капитала. Из данной нормы следует, что организации, применяющие специальные режимы налогообложения (ЕСХН, ЕНВД, УСН, ПСН), вправе участвовать в госзакупках наравне с участниками, применяющими основную систему налогообложения (ОСНО). Т.е. 44-ФЗ не установлено никаких ограничений для участников закупок в зависимости от применяемого ими налогового режима.

В соответствии с частью 1 статьи 34 Закона N 44-ФЗ 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 № 44-ФЗ извещение об осуществлении закупки или приглашение принять участие в определении поставщика (подрядчика, исполнителя), документация о закупке, заявка, окончательное предложение не предусмотрены. При этом согласно части 2 статьи 34 Закона № 44-ФЗ при заключении контракта указывается, что цена контракта является твердой и определяется на весь срок исполнения контракта, а в случаях, установленных Правительством Российской Федерации, указываются ориентировочное значение цены контракта либо формула цены и максимальное значение цены контракта, установленные заказчиком в документации о закупке. При заключении и исполнении контракта изменение его условий не допускается, за исключением случаев, предусмотренных указанной статьей и статьей 95 Закона N 44-ФЗ.

Вместе с тем сведения о применяемой участниками системе налогообложения не включены в перечень документов и сведений, которые участники закупки должны представлять в составе заявки на участие в закупке. Законом № 44-ФЗ не определен порядок действий заказчика в случае, если победитель конкурентной процедуры использует упрощенную систему налогообложения.

Фактически Заказчик всегда должен указывать начальную (максимальную) цену контракта уже с учетом налога на добавленную стоимость. Если поставщик не является плательщиком НДС (например, он находится на УСН), то при заключении контракта при указании цены контракта вместо суммы НДС ставится прочерк, либо указывается "НДС не облагается". Ведь по общему правилу организации, применяющие упрощенную систему налогообложения (УСН), не признаются плательщиками НДС. Поэтому заключая контракт с Заказчиком, они не выставляют ему НДС (не выписывают счета-фактуры).

Этого мнения придерживается Федеральная антимонопольная служба в своем письме от 06.10.2011 г. №АЦ/39173, Минфин России в письме от 02.02.2011 г. № 03-07-07/02, Минэкономразвития России в письмах от 27.09.2010 г. № Д22-1740, № Д22-1741.

В письме ФАС РФ от 06.10.2011 г. №АЦ/39173 говорится следующее: "...Установленная в контракте стоимость оплаты выполнения работ является обязательством Заказчика оплатить контракт в установленном размере при надлежащем его исполнении. Контракт заключается и оплачивается Заказчиком по цене победителя торгов вне зависимости от применения системы налогообложения...».

В письме Минфина России от 02.02.2011 г. № 03-07-07/02 отражена следующая позиция: "...при заключении контрактов на поставки товаров, выполнение работ, оказание услуг для муниципальных нужд с налогоплательщиками, применяющими упрощенную систему налогообложения и, соответственно, не являющимися налогоплательщиками налога на добавленную стоимость, цену контракта следует рассчитывать без налога на добавленную стоимость...".

В письмах Минэкономразвития России от 27.09.2010 г. № Д22-1740, № Д22-1741 говорится следующее: "...контракт заключается и оплачивается заказчиком по цене победителя торгов вне зависимости от применения системы налогообложения у победителя. Сумма, предусмотренная контрактом за выполненный объем работ, должна быть оплачена победителю торгов в установленном контрактом размере..."

Исходя из вышеизложенного:

- любой участник закупки, в том числе, применяющий налоговый "спецрежим", вправе участвовать в закупках на общих основаниях;

- контракт заключается и оплачивается Заказчиком по цене победителя вне зависимости от применяемой последним системы налогообложения;

- применение победителем аукциона "спецрежима" не влечет изменения условий контракта».

В свою очередь из вышеуказанных возражений заказчика следует:

«В процессе заключения договора на электронной площадке победителем было предложено заключить договор на иных условиях, а именно с исключением из цены договора НДС. МП г. Омска «Тепловая компания» отказало победителю во внесении изменений в договор.

Считаю действия МП г. Омска «Тепловая компания» в части отказа от внесения изменений в договор законными и обоснованными, учитывая следующее.

Согласно ст. 34 федерального закона № 44-ФЗ 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 настоящим Федеральным законом извещение об осуществлении закупки или приглашение принять участие в определении поставщика (подрядчика, исполнителя), документация о закупке, заявка, окончательное предложение не предусмотрены

Документацией о закупке (проектом контракта) было предусмотрено, что цена контракта включает в себя НДС, что подразумевает под собой, что и контракт должен быть заключен с учетом НДС, независимо от применяемой победителем системы налогообложения

Данная позиция подтверждается, в том числе Решением ФАС России от 13.07.2016 по делу № ВП -353/16, согласно которому в соответствии с частью 1 статьи 34 Закона о контрактной системе 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. В связи с отсутствием в Законе о контрактной системе положений, позволяющих заказчику внести изменения в проект контракта на этапе его заключения, контракт заключается по иене, предложенной победителем.

Определением Верховного Суда Российской Федерации от 25.08.2016 № 310-КГ-16-10142 также подтверждается указанная позиция. В определении указано, что удовлетворяя заявленные требования, судебные инстанции, руководствуясь положениями части 1 статьи 34 и части 10 статьи 70 Закона N 44-ФЗ, исходили из того, что государственный контракт заключается на условиях, указанных в извещении о проведении электронного аукциона. В связи с тем, что в проекте договора, размещенного управлением Пенсионного фонда при проведении аукциона было указано, что стоимость работ

включает в себя НДС, суды установили, что государственный контракт должен быть заключен на соответствующих условиях, и пришли к выводу о незаконности ненормативных актов антимонопольного органа.

Таким образом, действия МП г. Омска «Тепловая компания» по отказу ООО «Грандвэй» во внесении изменений в договор на этапе его заключения законны и правомерны, а жалоба является необоснованной и не подлежащей удовлетворению».

Комиссия не может согласиться с указанной позицией и считает, что заказчик не вправе принуждать к уплате налога на добавленную стоимость (далее – НДС) участника закупки, применяющего в силу Налогового кодекса Российской Федерации упрощенную систему налогообложения, исходя из нижеизложенного.

Согласно части 4 статьи 64 Федерального закона о контрактной системе к документации об электронном аукционе прилагается проект контракта, который является неотъемлемой частью этой документации.

Комиссия отмечает, что в пункте 4.1 раздела 4 проекта договора установлено следующее условие: «Цена контракта составляет _____ (_____) рублей, **НДС _____**».

При этом в пункте 4.6 данного раздела указано, что оплата поставленного товара производится заказчиком на основании выставленного поставщиком **счета-фактуры (счета)** и товарной накладной.

Таким образом, проектом договора предусмотрена возможность при заключении договора с участником закупки, в отношении которого действует специальный налоговый режим, не указывать сумму **НДС и счет-фактуру**.

Комиссией установлено, что 30.06.2017 заказчиком через оператора электронной площадки заявителю направлен проект договора с указанием цены договора 117466,45 руб., в том числе **НДС 18% - 21143,96 руб. и счета-фактуры**. При этом в графах «Цена за единицу товара (в т.ч. НДС) руб.», «Сумма (в т.ч. НДС) руб.» по всем пяти позициям товаров, а также в строке «ИТОГО, руб., в т.ч. НДС» Приложения № 1 «Спецификация» к проекту договора (далее – Приложение № 1), направленного заказчиком вместе с проектом договора, также указана цена с суммой **НДС**.

04.07.2017 проект договора был отклонен участником и направлен протокол разногласий № 1 к проекту договора, в котором, в частности указано:

«4.1. Цена договора составляет 117466,45 руб., **НДС не предусмотрен** (на основании п. 2 ст. 346.11 НК РФ: организации, применяющие упрощенную систему налогообложения, не признаются налогоплательщиками НДС).

4.6. На основании выставленного поставщиком **счета** и товарной накладной (согласно п. 3 ст. 169 НК РФ счета-фактуры должны составлять только те хозяйствующие субъекты, которые являются плательщиком НДС).

Приложение № 1 к договору на поставку товара. ИТОГО, руб. **НДС не предусмотрен: 117466,45 руб.**».

06.07.2017 заказчиком отклонен протокол разногласий № 1 и повторно направлен проект договора с Приложением № 1 без изменений. В этот же день проект договора был отклонен участником и направлен протокол разногласий № 2 к проекту договора, в

котором предложена вышеуказанная редакция проекта договора и Приложения № 1.

11.07.2017 заказчиком вновь направлен проект договора с Приложением № 1 без учета протокола разногласий № 2.

В силу части 1 статьи 34 Федерального закона о контрактной системе **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 указанным Федеральным законом извещение об осуществлении закупки или приглашение принять участие в определении поставщика (подрядчика, исполнителя), документация о закупке, заявка, окончательное предложение не предусмотрены.

Частью 2 статьи 70 Федерального закона установлено, что в течение пяти дней с даты размещения в единой информационной системе указанного в части 8 статьи 69 Федерального закона о контрактной системе протокола заказчик размещает в единой информационной системе без своей подписи **проект контракта, который составляется путем включения цены контракта, предложенной участником электронного аукциона, с которым заключается контракт, информации о товаре (товарном знаке и (или) конкретных показателях товара), указанной в заявке на участие в таком аукционе его участника, в проект контракта, прилагаемый к документации о таком аукционе.**

Согласно части 10 статьи 70 Федерального 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.**

Комиссия считает, что вышеуказанные действия заказчика противоречат приведенным нормам Федерального закона о контрактной системе, в связи с чем признала жалобу заявителя **обоснованной**.

На основании изложенного, руководствуясь подпунктом «б» пункта 1 части 3, частью 4 и пунктом 1 части 15 статьи 99, частью 8 статьи 106 Федерального закона о контрактной системе, Комиссия

Р Е Ш И Л А:

1. Признать **обоснованной** жалобу ООО «Грандвэй» на действия муниципального предприятия города Омска «Тепловая компания», связанные с заключением договора по результатам проведения электронного аукциона на поставку водосчетчиков горячей воды и водосчетчиков холодной воды (реестровый номер «31.042.17») (извещение № 0600600005417000040).

2. Признать в действиях муниципального предприятия города Омска «Тепловая компания» нарушение части 1 статьи 34, частей 2 и 10 статьи 70 Федерального закона о контрактной системе.

3. На основании части 22 статьи 99 Федерального закона о контрактной системе выдать муниципальному предприятию города Омска «Тепловая компания» и оператору электронной площадки ООО «РТС-тендер» предписание об устранении нарушений законодательства о контрактной системе в сфере закупок.

Настоящее решение может быть обжаловано в судебном порядке в течение трех месяцев со дня его принятия.

ПРЕДПИСАНИЕ № 03-10.1/180-2017

об устранении нарушений законодательства в сфере закупок

19 июля 2017 г.

г. Омск

Комиссия Омского УФАС России по контролю в сфере закупок на территории Омской области (далее – Комиссия) в составе: <...>,

рассмотрев жалобу ООО «Грандвэй» на действия муниципального предприятия города Омска «Тепловая компания», связанные с заключением договора по результатам проведения электронного аукциона на поставку водосчетчиков горячей воды и водосчетчиков холодной воды (реестровый номер «31.042.17») (извещение № 0600600005417000040) (далее – электронный аукцион),

установив в действиях заказчика нарушение части 1 статьи 34, частей 2 и 10 статьи 70 Федерального закона от 05.04.2013 № 44-ФЗ «О контрактной системе в сфере закупок товаров, работ и услуг для обеспечения государственных и муниципальных нужд» (далее – Федеральный закон о контрактной системе),

на основании своего Решения от 19.07.2017 № 03-10.1/180-2017, руководствуясь пунктом 2 части 22, частью 23 статьи 99, частью 8 статьи 106 Федерального закона о контрактной системе,

П Р Е Д П И С

1. Муниципальному предприятию города Омска «Тепловая компания» **в срок до 01.08.2017** направить ООО «Грандвэй» проект договора со всеми приложениями с указанием цены договора с учетом применения Обществом упрощенной системы налогообложения.

2 .Оператору электронной площадки ООО «РТС-тендер» обеспечить муниципальному предприятию города Омска «Тепловая компания» возможность выполнения действий, указанных в пункте 1 настоящего предписания.

3. Муниципальному предприятию города Омска «Тепловая компания», оператору электронной площадки ООО «РТС-тендер» **проинформировать** Омское УФАС России об исполнении действий, указанных в пунктах 1 и 2 настоящего предписания, **в срок до 02.08.2017 в письменном виде с приложением подтверждающих документов.**

Контроль исполнения предписания возложить на <...>.

Настоящее предписание может быть обжаловано в судебном порядке в течение трех месяцев со дня его принятия.

Невыполнение должностным лицом заказчика, должностным лицом уполномоченного органа, должностным лицом уполномоченного учреждения, членом комиссии по осуществлению закупок, оператором электронной площадки, специализированной организацией **в установленный срок законного предписания влечет за собой административное наказание в виде административного штрафа** в соответствии с частью 7 статьи 19.5 Кодекса Российской Федерации об административных правонарушениях.