

## **РЕШЕНИЕ**

**по делу № 077/07/00-3074/2021 о нарушении**

**процедуры торгов и порядка заключения договоров**

**26.02.2021 г. Москва**

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

Председательствующего Комиссии: членов Комиссии: при участии посредством видеоконференцсвязи представителей ОАО «РЖД», в отсутствие (уведомлена надлежащим образом письмом Московского УФАС России исх. № ЕО/9817/21 от 19.02.2021),

рассмотрев жалобу на действия ОАО «РЖД» при проведении запроса котировок в электронной форме на право заключения договора на оказание услуг по комплексной уборке внутренних помещений и мойке стекол административных зданий (реестровый № 32109989582) (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. По мнению Заявителя, нарушение его прав и законных интересов со стороны Заказчика выразилось в ненадлежащем формировании Закупочной документации.

Жалоба рассмотрена по правилам статьи 18.1 Закона о защите конкуренции.

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.

Из первого довода жалобы следует, что Заявитель не согласен с установлением в Закупочной документации нескольких значений НМЦ.

Извещение о проведении Закупки с начальной (максимальной) ценой договора в размере 3 675 625,73 руб. размещено в Единой информационной системе в сфере закупок (далее - Официальный сайт) 12.02.2021.

В разделе 9 Извещения Заказчик разместил следующие сведения:

«Начальная (максимальная) цена договора составляет 3 063 021,44 (Три миллиона шестьдесят три тысячи двадцать один) руб. 44 коп. без учета НДС, 3 675 625,73 (Три миллиона шестьсот семьдесят пять тысяч шестьсот двадцать пять) руб. 73 коп. с учетом НДС.

Начальная (максимальная) цена договора включает в себя все расходы, в том числе, стоимость расходных материалов, а также погрузо-разгрузочные работы по поставке расходного материала, страхование, уплату налогов, сборов и других обязательных платежей»

При этом на заседании Комиссии Заказчик обратил внимание на то, что отдельные налогоплательщики, которые в соответствии с Законом о закупках вправе принимать участие в закупочной процедуре, находятся на специальном налоговом режиме налогообложения, который предусмотрен частью 2 статьи 17 Налогового Кодекса Российской Федерации помимо общей системы налогообложения. Такие участники согласно части 2 статьи 346.1 Налогового Кодекса Российской Федерации по общему правилу не признаются плательщиками НДС. В виду вышеизложенного, для обеспечения принципа равноправия, справедливости, отсутствия дискриминации и необоснованных ограничений конкуренции по отношению к участникам закупки, провозглашенного статьей 3 Закона о закупках, Заказчик установил два значения НМЦ в Извещении.

Таким образом, с учетом конкретных фактических обстоятельств в их совокупности и взаимосвязи Комиссия приходит к выводу, что оспариваемые Заявителем права и законные интересы в данной части не нарушены, Заказчик действовал в рамках законодательства Российской Федерации.

Следующий довод Заявителя касается оспаривания установленного в закупочной документации условия об оценке участников, а именно положения, сформулированного в пункте 3.6.35.: «При оценке котировочных заявок сопоставляются предложения участников по цене без учета НДС».

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 требованиями пункта 1 части 10 статьи 3 Закона о Закупках.

Согласно позиции ФАС России, обозначенной в письме от 22.08.2018 № АД/66562/18, заказчик не имеет правовых оснований производить какие-либо вычеты из ценовых предложений, применять иные особенности оценки и сопоставления заявок в отношении разных категорий налогоплательщиков.

Закон о закупках устанавливает общие принципы закупки товаров, работ, услуг и основные требования к закупке товаров, работ, услуг юридическими лицами, указанными в части 2 статьи 1 Закона о закупках.

Согласно части 1 статьи 2 Закона о закупках при закупке товаров, работ, услуг заказчики руководствуются Конституцией Российской Федерации, гражданским кодексом Российской Федерации, Законом о закупка, другими федеральными законами и иными нормативными правовыми актами Российской Федерации, а также принятыми в соответствии с ними и утвержденными с учетом положений части 3 статьи 2 Закона о закупках.

В соответствии с частью 2 статьи 2 Закона о закупках Положение о закупках 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.

Закупочная процедура представляет собой совокупность действий заказчика, направленных на определение в порядке, установленном в положении о закупке, контрагента, с которым в последующем может быть заключен договор на лучших для заказчика условиях с точки зрения цены, качества и надежности закупаемых товаров (работ, услуг).

Согласно пунктам 5, 7 части 10 статьи 4 Закона о закупках в документации о закупке должны быть указаны сведения, определенные положением о закупке, в том числе сведения о начальной (максимальной) цене договора (цене лота) и порядок формирования цены договора (цены лота) (с учетом или без учета расходов на перевозку, страхование, уплату таможенных пошлин, налогов и других обязательных платежей).

Следовательно, при определении в документации о закупке начальной (максимальной) цены договора заказчик должен установить одно значение такой цены для всех участников закупки (независимо от применяемой ими системы налогообложения), указав при этом содержит или нет установленная цена НДС.

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

В свою очередь, Закон о закупках не содержит норм, указывающих на возможность при осуществлении сопоставления ценовых предложений участников закупочной процедуры, применения единого налогового базиса оценки цены предложений участников, то есть сопоставление цен без учета НДС.

Предпринимательская деятельность в силу положений статьи 2 ГК РФ, является самостоятельной, осуществляемой на свой риск, направленной на систематическое получение прибыли от пользования имуществом, продажи товара, выполнения работ или оказания услуг лицами, зарегистрированными в этом качестве в установленном законом порядке. Участники закупки, принимая решение об участии в закупке, самостоятельно формируют предложения по оцениваемым условиям закупки, исходя из своих возможностей, с учетом интереса одержать победу. 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.

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

Ни налоговое законодательство, ни Закон о закупках не содержат положений, допускающих предоставление плательщикам или неплатежникам НДС преимуществ при участии в закупках. Напротив, Закон о закупках в статье 3 определил базовые принципы, которыми должны руководствоваться заказчики при осуществлении закупок, а именно равноправие, справедливость, отсутствие дискриминации и необоснованных ограничений конкуренции по отношению к участникам закупки.

Вместе с тем Комиссия отмечает, что Заказчик, осуществляя закупки, обремененные публичным элементом, не может ставить претендентов на участие в закупке в неравное положение, только, исходя из невозможности, в дальнейшем принять к вычету названный налог. По сути, Заказчик, устанавливая названное спорное требование в Закупочной документации, в первую очередь, стремится получить собственную налоговую выгоду за счет последующего получения вычета, уменьшив собственную налогооблагаемую базу.

Вместе с тем, преследование названной цели заказчиком в целях минимизации налогового бремени не должно порождать негативные последствия для участников конкурентной процедуры.

Комиссия, проанализировав положения Закона о закупках, Налогового кодекса Российской Федерации, указывает на отсутствие положений, допускающих предоставление хозяйствующим субъектам, являющимся плательщиками НДС, преимуществ при участии в закупках. Применение при оценке заявок вычета НДС из ценовых предложений участников закупки, являющихся плательщиками указанного налога, может привести к созданию данным участникам преимущественных условий по сравнению с участниками, применяющими

упрощенную систему налогообложения, то есть к созданию неравных условий и, соответственно, ограничению конкуренции, что противоречит пункту 2 части 1, части 6 статьи 3 Закона о закупках.

Таким образом в данной части Комиссия приходит к выводу о признании довода обоснованным.

Также Заявитель оспаривает установленное в закупочной документации обязательное требование о наличии у участника закупки опыта выполнения работ.

Заказчик в разделе 1.9. части 1.9.1 Приложения к извещению (части 1 и 2) установил квалификационное требование к участникам, которое по мнению Заявителя ограничивает конкуренцию, а именно: «Участник должен иметь опыт оказания услуг и/или выполнения работ по уборке внутренних помещений, стоимость которых составляет не менее 20% (Двадцати процентов) начальной (максимальной) цены договора без учета НДС, установленной в приложении № 1.1 к извещению о проведении запроса котировок».

Комиссия соглашается с данными доводами жалобы Заявителя о том, что наличие у участников закупки опыта выполнения договоров не может являться критерием допуска к участию в Закупке в установленном Заказчиком виде, так как соответствие указанным требованиям не является гарантией надлежащего исполнения будущего обязательства по договору.

Установление вышеназванных требований в качестве допуска к дальнейшему участию в процедуре влечет за собой нарушение принципа равноправия и отсутствия необоснованных ограничений конкуренции по отношению к участникам Закупки, ограничивая количество участников, поскольку остальные участники, не имеющие опыта, объективно лишены возможности принять участие в Закупке.

Поскольку Заказчик вправе самостоятельно устанавливать требования к претендентам, условиям допуска к участию, к составу их заявок, перечню документов, представляемых претендентами для подтверждения их соответствия установленным в документации требованиям, то он обязан, в первую очередь, при формировании таких требований руководствоваться принципами провозглашенными Законом о закупках.

Также необходимо учесть, что наличие у Заказчика права по самостоятельному определению требований к участнику процедуры, не означает, что реализация данного права должна осуществляться произвольно.

Следовательно, требования должны устанавливаться Заказчиком таким образом, при котором обеспечиваются равные возможности (условия) для принятия участия в процедуре.

В свою очередь, учитывая, каким образом Заказчиком сформулировано требование к наличию у участника необходимого опыта, кадровых ресурсов, представляется возможным сделать вывод, что совокупность установленных условий направлено не на гарантированное и своевременное оказание услуг для обеспечения непрерывности и эффективности процесса обеспечения деятельности Заказчика, а имело целью ограничить конкуренцию.

Вместе с тем, оценивая вышеуказанные требования, Комиссия считает их

избыточными в качестве обязательных, поскольку отсутствие у участника на момент подачи заявки опыта выполнения работ не влияет на возможность надлежащего исполнения таким участником обязательств по договору, заключаемому по результатам Закупки.

При этом со стороны Заказчика не приведено обоснования установления данных требований именно к участнику Закупки.

В пункте 6 Обзора судебной практики по вопросам, связанным с применением Федерального закона от 18.07.2011 № 223-ФЗ «О закупках товаров, работ, услуг отдельными видами юридических лиц», утвержденного 16.05.2018 Президиумом Верховного Суда Российской Федерации разъяснено, что уменьшение числа участников закупки в результате предъявления к ним требований само по себе не является нарушением принципа равноправия, если такие требования предоставляют заказчику дополнительные гарантии выполнения победителем закупки своих обязательств и не направлены на установление преимуществ отдельным лицам либо на необоснованное ограничение конкуренции.

В свою очередь, обоснованность ограничения конкуренции посредством установления спорных требований в документации должна быть доказана со стороны Заказчика, как равно и невозможность проведения Закупки без предъявления соответствующего требования непосредственно к участнику Закупки.

На основании изложенного, Комиссия, приняла решение о признании жалобы Заявителя обоснованной, а в действиях Заказчика усматривается нарушение требований пункта 2 части 1 статьи 3, пункта 9 части 10 статьи 4 Закона о закупках.

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

## **РЕШИЛА:**

1. Признать жалобу Заявителя на действия ОАО «РЖД» частично обоснованной.
2. Установить в действиях Заказчика нарушение пункта 2 части 1 статьи 3, пункта 9 части 10 статьи 4 Закона о закупках
3. Выдать Заказчику обязательное для исполнения предписание об устранении допущенного нарушения.

Настоящее решение может быть обжаловано в арбитражный суд в течение трех месяцев со дня его принятия.

Председатель комиссии: члены комиссии: