

уведомление о поступлении жалобы и
о приостановлении торгов

В Управление Федеральной антимонопольной службы по Новосибирской области (далее – Новосибирское УФАС России) поступила жалоба ООО «МакларенПрофЭко» (вх. № 20831-ЭП/22 от 22.12.2022 г.) на действия заказчика Открытого акционерного общества «Российские железные дороги» (далее – ОАО «РЖД») при проведении торгов в форме запроса котировок среди субъектов малого и среднего предпринимательства в электронной форме № 4018/ЗКТЭ-ЦДИ ЦВ/22 на право заключения договора оказания услуг по разработке природоохранной документации.

Заявитель сообщает следующее.

По мнению подателя жалобы требования п. 2 ч. 1 ст. 3, а также ч. 6 ст. 3 Федерального закона от 18.07.2011 г. № 223-ФЗ «О закупках товаров, работ, услуг отдельными видами юридических лиц» (далее – Закон о закупках).

Так, Заказчик на сайте <https://company.rzd.ru>, а также на сайте www.rftstender.ru 15.12.2022 г. разместил информацию о проведении запроса котировок среди субъектов малого и среднего предпринимательства в электронной форме № 4018/ЗКТЭ-ЦДИ ЦВ/22 на право заключения договора оказания услуг по разработке природоохранной документации.

Установленная извещением Начальная (максимальная) цена составляет:

- 728 921,00 (с учетом НДС),

- 607 434,16 (без учета НДС).

Согласно п. 9 Извещения, и Разделу 1 Приложения 1.1. к извещению о проведении запроса котировок (Техническое задание), Начальная (максимальная) цена договора, цена единицы услуги сформирована методом сопоставимых рыночных цен (анализ рынка), предусмотренным подпунктом 1 пункта 54 Положения о закупке товаров, услуг, услуг для нужд ОАО «РЖД» и включает все расходы исполнителя, расходные средства и материалы, транспортные расходы, а также все налоги и сборы (в том числе НДС), предусмотренные законодательством Российской Федерации.

Применяемая при расчете начальной (максимальной) цены ставка НДС: 20%.

Согласно разделу 7 Приложения 1.1 к извещению о проведении запроса котировок (Техническое задание), Цена за единицу каждого наименования услуг без учета НДС подлежит снижению от начальной пропорционально снижению начальной (максимальной) цены договора без учета НДС, полученному по итогам проведения запроса котировок (коэффициент тендерного снижения).

Согласно п. 3.8.2 Приложения 3 к извещению о проведении запроса котировок (Порядок проведения запроса котировок), Лучшей признается котировочная заявка, которая отвечает всем требованиям, установленным в извещении, и содержит наиболее низкую цену товаров, работ, услуг. При наличии нескольких равнозначных котировочных заявок лучшей признается та, которая поступила раньше.

Согласно разделу 3.16. Приложения 3 к извещению о проведении запроса котировок (Порядок проведения запроса котировок),

3.16.1. Ценовое предложение предоставляется участником средствами ЭТЗП в соответствии с функционалом ЭТЗП. Прикрепление отдельного документа, предусматривающего ценовое предложение, на ЭТЗП не требуется.

3.16.2. Цены необходимо приводить в рублях с учетом всех возможных расходов участника.

3.16.3. Для целей единообразного подхода к расчету сумм ценового предложения суммы с учетом НДС необходимо рассчитываются следующим образом: цена единицы товаров, работ, услуг без учета НДС, округленная до двух знаков после запятой, умножается на количество, полученное значение округляется до двух знаков после запятой и умножается на 1,2 (либо иной коэффициент в зависимости от ставки НДС, применяемой в отношении участника).

Согласно п. 3.19.1. Приложения 3 к извещению о проведении запроса котировок (Порядок проведения запроса котировок), Договор по результатам запроса котировок заключается на условиях, которые предусмотрены проектом договора, извещением о проведении запроса котировок и заявкой участника запроса котировок, с которым заключается договор.

Согласно п. 3.19.10. Приложения 3 к извещению о проведении запроса котировок (Порядок проведения запроса котировок), Участник запроса котировок, с которым заключается договор, в случаях, установленных приложением к извещению о проведении запроса котировок, обязан заключить договор на условиях извещения о проведении запроса котировок, котировочной заявки и своего технического и ценового

предложения. Стоимость договора определяется на основании стоимости ценового предложения такого участника без учета НДС, с учетом применяемой им системы налогообложения.

Согласно п. 2.1. проекта договора, Цена настоящего Договора составляет –___(____) (без НДС). Цена настоящего Договора увеличивается на НДС (%) – () рублей копеек, и составляет всего с НДС – () рублей копеек (В случае, если Исполнитель является плательщиком НДС либо организацией, по отношению к которой Заказчик является налоговым агентом по НДС). Цена договора включает все виды налогов (в том числе НДС), все возможные расходы, связанные с оказанием услуг, в том числе расходы на материалы, расходы на оплату труда работников, транспортные расходы, командировочные расходы и иные затраты, которые могут возникнуть в ходе оказания услуг.

8.1. Согласно позиции ФАС России, обозначенной в письме от 22.08.2018 № АД/66562/18 наличие в документации о закупке нескольких значений начальной (максимальной) цены договора (цены лота) не соответствует положениями Закона о закупках и может привести к неоднозначному толкованию таких положений участниками закупки и необъективной оценке своих возможностей при определении в заявке ценового предложения такого участника.

Из буквального толкования 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, и указание на то, содержит или нет установленная цена НДС.

Таким образом, Заказчик, выставив два ценовых значения, ставит участников плательщиков и неплательщиков НДС в неравное положение, нарушая ст. п. 2 ч. 1 ст. 3 Закона о закупках (принцип равноправия), и ущемляет права участников, находящихся на УСН.

8.2. Общая система налогообложения (ОСНО) – согласно п. 1 ст. 146 объектом налогообложения признаются реализация товаров (работ, услуг). Налоговая ставка НДС устанавливается в размере 20%.

Упрощенная система налогообложения (УСН) – согласно п.1 ст. 346 объектом налогообложения являются доходы. Налоговая ставка устанавливается в размере 6%.

Приведение ценовых предложений участников закупки к единому базису осуществляется путем вычета суммы НДС из цен, предлагаемых участниками закупки, являющимися плательщиками НДС, а сопоставления предложенных участниками цен проводится без учета

НДС.

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

Факт указания заказчиком начальной (максимальной) цены в извещении с учетом НДС не свидетельствует о том, что у участника закупочной процедуры, являющегося плательщиком НДС, появляется обязанность по предоставлению ценового предложения без НДС лишь потому, что он не является плательщиком названного налога.

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 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).

Оценка ценовых предложений должна осуществляться исключительно в том виде, в котором ценовые предложения поданы участниками, и за какую итоговую цену участник готов выполнить работы, оказать услуги.

8.3. Общая система налогообложения для Заказчика предусматривает увеличение цены договора на 20% за счет добавления НДС. При этом упрощенная система налогообложения никаким образом не отражается на итоговой стоимости договора.

Соответственно 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.

Согласно ч.1 ст. 171 НК РФ, налогоплательщик на ОСНО имеет право уменьшить общую сумму налога, исчисленную в соответствии со статьей 166 НК РФ, на установленные настоящей статьей налоговые вычеты.

Согласно п.3 ст. 171 НК РФ, право на указанные налоговые вычеты имеют покупатели - налоговые агенты, состоящие на учете в налоговых органах и исполняющие обязанности налогоплательщика в соответствии с главой 21 НК РФ «Налог на добавленную стоимость».

Согласно ч. 2 ст. 171 НК РФ, вычетам подлежат суммы налога, предъявленные налогоплательщику при приобретении товаров (работ, услуг), а также имущественных прав на территории Российской Федерации в отношении товаров (работ, услуг), а также имущественных прав, приобретаемых для осуществления операций, признаваемых объектами налогообложения.

Согласно п.2 ст. 346.11 НК РФ, применение упрощенной системы налогообложения организациями предусматривает их освобождение от обязанности по уплате налога на прибыль организаций, налога на имущество организаций. Организации, применяющие упрощенную систему налогообложения, не признаются налогоплательщиками налога на добавленную стоимость. Соответственно, участник, находящийся на УСН, налоговый вычет, в отличие от плательщика НДС, получить не может, т.к. не является налоговым агентом по НДС.

Кроме того, плательщики НДС могут минимизировать налоговую нагрузку по НДС, увеличив вычеты по налогу за счет приобретаемого имущества организации (в лизинг, по кредитному договору), уменьшая таким образом сумму НДС к уплате в бюджет.

Соответственно, Заказчик, устанавливая начальную (максимальную) цену с учетом и без учета НДС, и будучи плательщиком НДС, стремится получить собственную налоговую выгоду за счет последующего

получения вычета НДС, уменьшив собственную налогооблагаемую базу.

Закон о закупках 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.

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.

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.

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.

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

РФ 10.11.2021, а также в решениях Арбитражного суда города Москвы по делам №№ А40-212495/20, А40-45461/2021, А40-254872/20, А40-19759/2022, А40-281675/21 постановлениях Девятого арбитражного апелляционного суда по делам №№ А40-214462/20, А40-247662/20, А40-178780/2020, А40-230395/20, А40-4461/2021, А40-245935/2021, постановлениях Арбитражного суда Московского округа по делам №№ А40-107093/2020, А40-42974/2021, А40-28330/2021, А40-68522/2021.

Кроме того, Комиссией Московского УФАС России 20.06.2022 вынесено Решение по делу № 077/07/00-8993/2022, где 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).

Также, 19.04.2022 Комиссией Московского УФАС России было вынесено Решение по делу № 077/07/00-5769/2022 о нарушении процедуры торгов и порядка заключения договоров, по аналогичной жалобе на действие Заказчика (ОАО «РЖД»), нарушающие п.2 ч.1 и ч.6 ст. 3 Закона о закупках, где Комиссия Московского УФАС России пришла к выводу об обоснованности доводов жалобы по следующим основаниям:

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).

Также аналогичные Решения были приняты и Решение УФАС по Хабаровскому краю (Решение по делу № 027/10/18.1-746/2022 от 15.06.2022), УФАС по Забайкальскому краю (Решение по делу № 075/07/03-15/2022 от 18.05.2022), УФАС по Красноярскому краю (Решение по делу № 024/07/3-1091/2022 от 16.05.2022), а также Решение УФАС по Новосибирской области (Решение по делу № 0054/01/18.1-969/2022 от 03.06.2022), Решение УФАС по Ярославской области (Решение по делу №

076/10/18.1-457/2022 от 03.06.2022, Решение по делу № 076/10/18.1-462/2022 от 03.06.2022), Решение УФАС по Саратовской области (Решение по делу № 064/07/3-389/2022 от 14.06.2022, Решение по делу № 064/07/3-411/2022 от 15.06.2022), Решение УФАС по Санкт-Петербургу (Решение по делу №02/14672/22 от 16.06.2022).

На основании вышеизложенного, Заявитель считает, что условия, указанные в закупке, документации и заявке, нарушают права ООО «МПЭ», как участника закупки, находящегося на упрощенной системе налогообложения, в связи с тем, что участники, находящиеся на общей системе налогообложения находятся в более выгодных условиях и их уровень рентабельности становится выше, в случае заключения договора.

На основании изложенного, в соответствии с требованиями п.1 ч.10 ст.3 Закона о закупках, ч.2 ст.18.1 Федерального закона от 26.07.2006 года № 135-ФЗ «О защите конкуренции» податель жалобы просит:

- 1) Признать настоящую жалобу обоснованной;
- 2) Обязать заказчика, устранить нарушения.

Информация о поступлении указанной жалобы размещена на официальном сайте Управления Федеральной антимонопольной службы по Новосибирской области: www.novosibirsk.fas.gov.ru.

В соответствии с частью 15 статьи 18.1 Федерального закона от 26.07.2006 года № 135-ФЗ «О защите конкуренции» организатор торгов, оператор электронной площадки, конкурсная или аукционная комиссия, действия (бездействие) которых обжалуются, обязаны представить на рассмотрение жалобы по существу документацию о торгах, изменения, внесенные в конкурсную документацию, документацию об аукционе, заявки на участие в конкурсе, заявки на участие в аукционе, протоколы вскрытия конвертов с заявками на участие в конкурсе, протоколы рассмотрения заявок на участие в конкурсе, протоколы рассмотрения заявок на участие в аукционе, протоколы оценки и сопоставления заявок на участие в конкурсе, протоколы аукциона, аудио-, видеозаписи и иные документы и сведения, составленные в ходе организации и проведения торгов.

На основании вышеизложенного **ОАО «РЖД»** надлежит представить в Новосибирское УФАС России в срок **до 30.12.2022 года** документы и сведения, указанные в части 15 статьи 18.1 Федерального закона от 26.07.2006 года № 135-ФЗ «О защите конкуренции».

Со дня направления уведомления, торги приостанавливаются до

рассмотрения жалобы на действия (бездействие) организатора торгов, оператора электронной площадки, конкурсной или аукционной комиссии по существу.

В случае принятия жалобы к рассмотрению организатор торгов, которому направлено уведомление о поступлении жалобы и о приостановлении торгов до рассмотрения жалобы по существу, не вправе заключать договор до принятия антимонопольным органом решения по жалобе. Договор, заключенный с нарушением установленного требования, является ничтожным.

Рассмотрение жалобы по существу состоится комиссией Управления Федеральной антимонопольной службы по Новосибирской области **09.01.2023 года в 14-00 часов** по адресу: г. Новосибирск, ул. Кирова, 3, кабинет 1004.

Организатор торгов, оператор электронной площадки, конкурсная или аукционная комиссия, заявитель, а также лица, подавшие заявки на участие в торгах, вправе направить в антимонопольный орган возражение на жалобу или дополнение к ней и участвовать в рассмотрении жалобы лично или через своих представителей (при наличии доверенностей на участие в рассмотрении жалобы или документов, подтверждающих полномочия руководителя; документов, удостоверяющих личность).

Возражение на жалобу направляется в антимонопольный орган *не позднее, чем за два рабочих дня до дня рассмотрения жалобы.*

Уведомляем о возможности рассмотрения жалобы путём использования систем видеоконференцсвязи (далее - ВКС) с использованием системы TrueConf.

Для участия в рассмотрении жалобы Новосибирским УФАС России посредством ВКС следует пройти по ссылке: [<...>](#) и ожидать сеанса связи. Наличие включенных видеокамеры и микрофона обязательно.

О возможности обеспечения связи сообщить заранее (не позднее, чем за два рабочих дня) по электронной почте to54@fas.gov.ru.

Обращаем внимание, что участие в рассмотрении жалобы в дистанционном формате возможно исключительно при заблаговременном (за 24 часа до планируемого заседания) направлении на электронную почту to54@fas.gov.ru документов, подтверждающих полномочия лица, представляющего интересы участника по делу, его контактных данных (номер телефона, электронный почтовый адрес), а также при предъявлении во время подключения к

видеоконференцсвязи документов, удостоверяющих личность.

В случае неявки лица, участвующего в рассмотрении жалобы или его представителя, жалоба может быть рассмотрена в отсутствие указанного лица.

При этом лицо или его представители вправе участвовать при рассмотрении жалобы лично. Рассмотрение состоится по адресу: г. Новосибирск, ул. Кирова, 3, этаж 10, каб. 1004, регистрация в кабинете 1016, этаж 10. Лицо или его представители допускаются к рассмотрению при соблюдении масочного режима и иных мер, связанных с недопущением распространения новой коронавирусной инфекции (COVID-19).