

РЕШЕНИЕ

по делу № 077/07/00-20565/2021 о нарушении
процедуры торгов и порядка заключения договоров

29.11.2021 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 ООО
«Слаботочные решения», ФГАУ НИИ «Восход»;

в отсутствие представителей АО «ЕЭТП», извещенных надлежащим образом
письмом Московского УФАС России от 25.11.2021 № ЕИ/71884/21,

рассмотрев жалобу ООО «Слаботочные решения» (далее — Заявитель) на
действия ФГАУ НИИ «Восход» (далее — Заказчик) при проведении аукциона в
электронной форме, участниками которого могут быть только субъекты малого и
среднего предпринимательства, на право заключения договора на оказание
услуг по проектно-изыскательским работам противопожарной защиты в здании
ФГАУ НИИ «Восход» по адресу: г. Москва ул. Удальцова д. 85 (реестровый №
32110770696, далее - Закупка) (далее - Жалоба),

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.

Согласно доводам жалобы, Заявитель оспаривает требования закупочной
документации в ходе проведения закупочной процедуры.

Заказчик с доводами жалобы не согласился, представил письменные возражения.

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 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, закупочной 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» (в редакции, действующей на дату размещения Положения о закупках) (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, закупочной 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 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.

В ходе рассмотрения жалобы установлено следующее.

27.10.2021 Заказчиком на официальном сайте единой информационной системы в сфере закупок <http://zakupki.gov.ru> размещено извещение № 32110770696 о проведении аукциона в электронной форме, участниками которого могут быть только субъекты малого и среднего предпринимательства на оказание услуг по проектно-изыскательским работам противопожарной защиты в здании ФГАУ НИИ «Восход» по адресу: г. Москва ул. Удальцова д. 85.

В соответствии с частью 1 статьи 2 Федерального закона от 18.07.2011 г. № 223-ФЗ «О закупках товаров, работ, услуг отдельными видами юридических лиц» (далее - Закон 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 (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.

При проведении Закупки Заказчик руководствовался нормами Закона о закупках и Положения о закупке товаров, работ, услуг для нужд ФГАУ «НИИ «Восход», утвержденного протоколом Наблюдательного совета от 08.04.2021 № 1/2021 (далее – Положение).

Довод № 1.

В своей жалобе Заявитель указывает, что закупочная документация содержит положения, имеющие внутренние противоречия, а также противоречия законодательству Российской Федерации, в частности, относительно пункта 8 Технического задания и пункта 5.8 проекта договора.

Пунктом 8 технического задания закупочной документации установлен порядок сдачи-приемки оказанных услуг: разработанная документация должна иметь положительное экспертное заключение в части проверки достоверности определения сметной стоимости, выданное организацией по проведению государственной экспертизы в соответствии Постановлением Правительства РФ от 05.03.2007 № 145 «О порядке организации и проведения государственной экспертизы проектной документации и результатов инженерных изысканий»

По мнению Заявителя, данный пункт предполагает, что экспертиза осуществляется силами исполнителя.

В свою очередь, в пункте 5.8 договора указано, что для проверки предоставленных Исполнителем результатов Услуг, предусмотренных Договором, в части их соответствия условиям Договора Заказчик вправе провести экспертизу. Экспертиза результатов Услуг, предусмотренных Договором, проводится Заказчиком своими силами или силами привлеченных экспертов, экспертных организаций.

Заявитель указывает, что данные положения противоречат друг другу и нормам Градостроительного кодекса Российской Федерации от 29.12.2004 № 190-ФЗ (далее — Градостроительный кодекс).

Комиссия отмечает следующее.

Пункт 8 технического задания регламентирует порядок сдачи-приемки оказанных услуг в части определения перечня разработанной проектной документации, ее количества, а также ее содержания, как результата оказанных услуг, подлежащей сдаче Заказчику по окончании оказания услуг Исполнителем.

При этом, в качестве требований к содержанию указано, что разработанная документация должна иметь положительное экспертное заключение в части проверки достоверности определения сметной стоимости, выданное организацией по проведению государственной экспертизы в соответствии Постановлением Правительства РФ от 05.03.2007 № 145 «О порядке организации и проведения государственной экспертизы проектной документации и результатов инженерных изысканий».

В свою очередь, пункт 5.8 проекта договора регламентирует порядок сдачи-приемки оказанных услуг в части взаимодействия Заказчика и Исполнителя при сдаче-приемки оказанных услуг, права и обязанности указанных лиц.

То есть, в рассматриваемом случае определено, что для проверки предоставленных Исполнителем результатов Услуг, предусмотренных Договором, в части их соответствия условиям Договора Заказчик вправе провести экспертизу. Экспертиза результатов Услуг, предусмотренных Договором, проводится Заказчиком своими силами или силами привлеченных экспертов, экспертных организаций. Срок приемки оказанных Услуг увеличивается на срок проведения экспертизы, но не более, чем на 10 (Десять) рабочих дней.

Комиссия указывает, что в первом случае это конкретный документ, предусмотренный законодательством, а во втором случае - процесс проверки результатов оказанных услуг с правом Заказчика привлечь к осуществлению этого процесса третье (стороннее) лицо.

Заявитель также указывает, что обязанность проведения экспертизы возложена на Заказчика.

Согласно пункту 10 статьи 1 Градостроительного кодекса, здание Заказчика является объектом капитального строительства («объект капитального строительства» - здание, строение, сооружение, объекты, строительство которых не завершено (далее - объекты незавершенного строительства), за исключением некапитальных строений, сооружений и неотделимых улучшений земельного участка (замощение, покрытие и другие).

Согласно пункту 14.2 статьи 1 Градостроительного кодекса, капитальный ремонт объектов капитального строительства (за исключением линейных объектов) - замена и (или) восстановление строительных конструкций объектов капитального строительства или элементов таких конструкций, за исключением несущих строительных конструкций, замена и (или) восстановление систем инженерно-технического обеспечения и сетей инженерно-технического обеспечения объектов капитального строительства или их элементов, а также замена отдельных элементов несущих строительных конструкций на аналогичные или иные улучшающие показатели таких конструкций элементы и (или) восстановление указанных элементов.

То есть, работы по замене (созданию) новой системы автоматической-пожарной сигнализации (пожарной защиты) здания Заказчика являются работами по капитальному ремонту.

Также, согласно части 2 статьи 8.3 Градостроительного кодекса, в случае, если сметная стоимость строительства, финансируемого с привлечением средств бюджетов бюджетной системы Российской Федерации, средств юридических лиц, созданных Российской Федерацией, субъектами Российской Федерации, муниципальными образованиями, юридических лиц, доля в уставных (складочных) капиталах которых Российской Федерации, субъектов Российской Федерации, муниципальных образований составляет более 50 процентов, превышает десять миллионов рублей, указанная сметная стоимость строительства подлежит проверке на предмет достоверности ее определения в ходе проведения государственной экспертизы проектной документации. При проведении капитального ремонта объектов капитального строительства указанная сметная стоимость подлежит такой проверке в случаях, установленных Правительством Российской Федерации. В случае, если указанная сметная стоимость строительства не превышает десять миллионов рублей, указанная сметная стоимость строительства подлежит такой проверке, если это предусмотрено договором.

На основании пункта 27(4) Положения об организации и проведении государственной экспертизы проектной документации и результатов инженерных изысканий, утвержденного постановлением Правительства Российской Федерации от 05.03.2007 № 145 (далее соответственно – Постановление № 145), проверке сметной стоимости подлежит сметная стоимость капитального ремонта объектов капитального строительства в случае, если такой капитальный ремонт включает замену и (или) восстановление всех видов систем инженерно-технического обеспечения или всех видов сетей инженерно-технического обеспечения.

Согласно пункту 27(5) Постановления № 145, в случае если сметная стоимость капитального ремонта объектов капитального строительства не превышает 10 млн. рублей, такая сметная стоимость подлежит проверке достоверности ее определения, если это предусмотрено договором.

Соответственно, в рассматриваемом случае сметная стоимость работ по замене (созданию) новой системы автоматической-пожарной сигнализации (пожарной защиты) здания Заказчика подлежит проверке сметной стоимости на предмет ее достоверности.

Согласно части 3.4 статьи 49 Градостроительного кодекса, государственной экспертизе подлежат проектная документация и результаты инженерных изысканий, выполненных для подготовки такой документации в том числе объекты, сметная стоимость строительства, реконструкции, капитального ремонта которых в соответствии с требованиями Градостроительного кодекса подлежит проверке на предмет достоверности ее определения, за исключением случаев строительства, реконструкции, капитального ремонта линейных объектов и сооружений на них для выполнения мероприятий по подключению (технологическому присоединению) объектов капитального строительства к сетям газораспределения.

Таким образом, Комиссия установила, что наличие законодательной необходимости проверки сметной стоимости на предмет ее достоверности обуславливает законодательную необходимость прохождения государственной экспертизы проекта.

В свою очередь, Комиссия обращает внимание, что частью 1 статьи 49 Градостроительного кодекса установлено, что проектная документация объектов капитального строительства и результаты инженерных изысканий, выполненных для подготовки такой проектной документации, подлежат экспертизе, за исключением случаев, предусмотренных частями 2, 3, 3.1 и 3.8 настоящей статьи.

Экспертиза проектной документации и (или) экспертиза результатов инженерных изысканий проводятся в форме государственной экспертизы или негосударственной экспертизы. Застройщик, технический заказчик или лицо, обеспечившее выполнение инженерных изысканий и (или) подготовку проектной документации в случаях, предусмотренных частями 1.1 и 1.2 статьи 48 настоящего Кодекса, по своему выбору направляет проектную документацию и результаты инженерных изысканий на государственную экспертизу или негосударственную экспертизу, за исключением случаев, если в соответствии с настоящей статьей в отношении проектной документации объектов капитального строительства и результатов инженерных изысканий, выполненных для подготовки такой проектной документации, предусмотрено проведение государственной экспертизы.

Таким образом, вышеуказанные нормоположения ГрК РФ позволяют направлять проектную документацию на согласование как застройщику, техническому заданику. Так и иным лицам, обеспечивающим выполнение инженерных изысканий и (или) подготовку проектной документации.

Комиссия, исходя из совокупности вышеуказанных положений ГрК РФ, приходит к выводу, что в рассматриваемом случае Заказчик правомерно возложил обязанность проведения экспертизы на Заявителя, поскольку в рассматриваемом случае Исполнитель по договору является лицом, обеспечивающим выполнение инженерных изысканий и (или) подготовку проектной документации и данное условие не противоречит нормам Градостроительного кодекса Российской Федерации.

В связи с чем Комиссия Управления не усматривает оснований для признания нарушений в действиях Заказчика по данному доводу.

С учетом изложенного, Комиссия приходит к выводу о необоснованности данного довода жалобы.

Довод № 2.

Заявитель указывает, что в закупочной документации в пункте № 11 технического задания, Заказчик установил следующие условия: в случае, если договор заключается с физическим лицом или с исполнителем договора, использующим упрощенную систему налогообложения, цена договора (цена лота), (установленная с учетом НДС) уменьшается на величину налога на добавленную стоимость, в части, подлежащей налогообложению НДС.

В абз. 2 пункта 19.9.16 Положения установлено, что в случае, если договор

заключается с физическим лицом, за исключением индивидуальных предпринимателей и иных занимающихся частной практикой лиц, оплата такого договора уменьшается на размер налоговых платежей, связанных с оплатой договора.

Комиссия устанавливает следующее.

В соответствии с частью 5 статьи 3 Закона о закупках участником закупки является любое юридическое лицо или несколько юридических лиц, выступающих на стороне одного участника закупки, независимо от организационно-правовой формы, формы собственности, места нахождения и места происхождения капитала либо любое физическое лицо или несколько физических лиц, выступающих на стороне одного участника закупки, в том числе индивидуальный предприниматель или несколько индивидуальных предпринимателей, выступающих на стороне одного участника закупки.

Положения Налогового кодекса Российской Федерации (далее – НК РФ) предусматривают общий и специальный режимы налогообложения, в связи с чем принять участие в закупке вправе лица, находящиеся как на общей системе налогообложения, так и на упрощенной системе налогообложения.

Таким образом, по мнению Заказчика, содержание закупочной документации относительно заключения и порядка оплаты по договору Исполнителю, применяющему упрощенную систему налогообложения, основаны на нормах Закона о закупках и Положения.

Также Заказчик указывает, что подано 4 заявки, один из участников находится на общей системе налогообложения (далее — ОСН), остальные — на упрощенной системе налогообложения (далее — УСН).

Таким образом, в случае сопоставления ценовых предложений участника, находящегося на ОСН с учетом НДС и участников, находящихся на УСН без учета НДС Заказчик тем самым предоставит преимущественное положение участникам, находящимся на упрощенной системе налогообложения, поскольку для участников, находящихся на общей системе налогообложения будет невыгодным участие в закупочных процедурах, так как для победы в закупках такие участники будут вынуждены существенно занижать свои предложения и поставлять товары, выполнять работы, оказывать услуги себе в убыток. Данный вывод обусловлен тем, что при указании ценового предложения участники, находящиеся на общей системе налогообложения будут вынуждены учитывать НДС, который они будут должны оплатить, в случае признания их победителем. При этом участники, находящиеся на упрощенной системе налогообложения данный налог не платят.

В рассматриваемом случае Заказчик, устанавливая такое требование, создает ценовое преимущество для участников закупки, использующих основную систему налогообложения ОСН, поскольку участник Закупки, использующий ОСНО, в таком случае заключает контракт по более выгодной цене, может использовать возврат НДС и не платит налог, уплачиваемый участником, который использует УСН.

В соответствии с частью 10 статьи 3.2 Закона о закупках, заявки на участие в конкурентной закупке представляются согласно требованиям к содержанию,

оформлению и составу заявки на участие в закупке, указанным в документации о закупке в соответствии с настоящим Федеральным законом и положением о закупке заказчика.

Согласно пункту 9 части 10 статьи 4 Закона о закупках в документации о закупке должны быть указаны установленные заказчиком требования к участникам закупки.

В соответствии с пунктами 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.

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.

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 свою очередь, приведение заказчиком ценовых предложений участников к единому налоговому базису фактически заставляет участников, находящихся на упрощенной системе налогообложения, занижать свои предложения. Управление утверждает, что 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 этом управление 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 и способствует их отказу от участия в закупочной процедуре лишь на основании применения ими упрощенной системы налогообложения. 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.

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 таких обстоятельствах, Комиссия приходит к выводу о несоответствии действий Заказчика требованиям, установленным частью 6 статьи 3, а также

пунктом 2 части 1 статьи 3 Закона о закупках.

Указанная правовая позиция нашла отражение в Определении Судебной коллегии по экономическим спорам Верховного Суда Российской Федерации от 23.04.2021 № 307-ЭС20-21065 по делу № А56-75118/2019.

На основе всестороннего исследования, оценки фактических обстоятельств и доказательств по делу в их совокупности и взаимосвязи Комиссия приходит к выводу о обоснованности данного довода жалобы, в связи с чем Комиссия считает необходимым выдать Заказчику обязательное для исполнения предписание о внесении изменений в документацию с учетом настоящего решения.

В этой связи, Комиссия усматривает в действиях Заказчика нарушение положений Закона о защите конкуренции и признает жалобу Заявителя частично обоснованной.

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 «Слаботочные решения» (ОГРН: 1217800117776, ИНН: 7806589472) на действия ФГАУ НИИ «Восход» (ОГРН: 1167746289248, ИНН: 7729498813) при проведении Закупки частично обоснованной.
2. Установить в действиях ФГАУ НИИ «Восход» (ОГРН: 1167746289248, ИНН: 7729498813) нарушения частью 6 статьи 3, а также пунктом 2 части 1 статьи 3 Закона о закупках.
3. Выдать обязательное для исполнения предписание.

Настоящее решение может быть обжаловано в Арбитражном суде в течение трех месяцев со дня его принятия.