

РЕШЕНИЕ

054/01/18.1-384/2024

22 февраля 2024 года

г. Новосибирск

Комиссия Управления Федеральной антимонопольной службы по Новосибирской области (далее - Новосибирское УФАС России) по рассмотрению жалоб на нарушение процедуры торгов и порядка заключения договоров в составе:

<...>

рассмотрев жалобу Индивидуального предпринимателя Хорзова <...> (вх. № 2463-ЭП/24 от 13.02.2024 г.) на действия заказчика акционерного общества «Электромагистраль» (далее – АО «Электромагистраль») при проведении аукциона в электронной форме, участниками которого могут быть только субъекты малого и среднего предпринимательства, на право заключения договора на поставку кабеля алюминиевого (извещение № 32413233494 на сайте <...>),

в отсутствие Индивидуального предпринимателя Хорзова <...> (его представителя), надлежащим образом уведомленного о дате, времени и месте рассмотрения жалобы,

в присутствии представителя АО «Электромагистраль» - <...> (представитель по доверенности № 36/22 от 26.05.2022 г.),

УСТАНОВИЛА:

В Новосибирское УФАС России поступила жалоба Индивидуального предпринимателя Хорзова <...> (вх. № 2463-ЭП/24 от 13.02.2024 г.) на действия заказчика акционерного общества «Электромагистраль» (далее – АО «Электромагистраль») при проведении аукциона в электронной форме, участниками которого могут быть только субъекты малого и среднего предпринимательства, на право заключения договора на поставку кабеля алюминиевого (извещение № 32413233494 на сайте <...>).

Заявитель сообщает следующее.

В документации о закупке указано:

3. Начальная (максимальная) цена договора составляет: 760 965,75 руб. без НДС

4. Порядок формирования цены договора: Цена договора сформирована с учетом расходов на перевозку, страхование, уплату таможенных пошлин, налогов и других обязательных платежей, без учета НДС

Так же в проекте договора:

«3.1. Сумма договора определяется как сумма стоимости Товара, поставленной во исполнение настоящего договора. Дополнительно к стоимости Товара уплачивается НДС в соответствии с действующим законодательством (В случае если Поставщик не является Плательщиком НДС последнее предложение в договор не включается).».

При таком сравнении заявок Участников с уменьшением суммы НДС от цены предложенной участником являющимся плательщиками НДС не справедливо занижается цена, предложенная участником являющимся плательщиками НДС. При этом участник, не являющийся плательщиком НДС при этом является плательщиком налогов, предусмотренных УСН (упрощенной системой налогообложения).

В таком случае необходимо убавить ставку налога УСН от цены предложенной Участником, работающим на УСН. Однако данное так же будет не справедливым так как выбор системы налогообложения определяется Участником самостоятельно в зависимости от его финансово-хозяйственной деятельности, а свои преимущества и недостатки для Участников закупки имеются как при системе налогообложения с НДС, так и при УСН.

Кроме того, при заключении Заказчиком договора как с участником, являющимся плательщиком НДС, так и с участником не являющимся плательщиком НДС, согласно условиям договора, все расходы на поставку товара в том числе все налоги включены в стоимость договора. Таким образом требование п.п. 3 части 1, ст. 3 223-ФЗ о целевом и экономически эффективном расходовании денежных средств Заказчика выполняется вне зависимости от того является Участник закупки плательщиком НДС или использует УСН.

Способ сравнения заявок Участников используемый Заказчиком противоречит условиям 223-ФЗ, а именно п.п.2, 3 части 1, части 6 ст.3:

1. При закупке товаров, работ, услуг заказчики руководствуются следующими принципами:

2) равноправие, справедливость, отсутствие дискриминации и необоснованных ограничений конкуренции по отношению к участникам закупки;

3) целевое и экономически эффективное расходование денежных средств на приобретение товаров, работ, услуг (с учетом при необходимости стоимости жизненного цикла закупаемой продукции) и реализация мер, направленных на сокращение издержек заказчика;

В соответствии с подпунктом 1 пункта 10 статьи 3 223-ФЗ: Любой участник закупки вправе обжаловать в антимонопольном органе в порядке, установленном статьей 18.1 Федерального закона от 26 июля 2006 года № 135-ФЗ «О защите конкуренции», с учетом особенностей, установленных настоящей статьей, действия (бездействие) заказчика, комиссии по осуществлению закупок, оператора электронной площадки при закупке товаров, работ, услуг, если такие действия (бездействие) нарушают права и законные интересы участника закупки. Обжалование осуществляется в следующих случаях:

1) 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.

Правоприменительная практика:

Постановление Арбитражного суда Дальневосточного округа от 29.07.2015 N Ф03-

3011/2015 по делу № А73-14973/2014

По результатам проверки установлено, что в конкурсной документации установлен порядок сравнения (оценки) ценовых предложений участников, являющихся плательщиками НДС, без учета налога, что признано нарушением, выдано предписание. Решение: В удовлетворении требования отказано, так как созданы неравные условия участникам закупки, применяющим упрощенную систему налогообложения, по сравнению с участниками, являющимися плательщиками НДС.

Решение Санкт-Петербургского ТУ ФАС России №78_8017 15 апреля 2016 года

...ввиду того, что Организатором закупки по итогам Закупки договор заключается по цене, включающей все налоги, в отсутствие критериев оценки заявок наиболее предпочтительным для Организатора закупки предложением от участников Закупки будет являться предложение с наиболее низкой окончательной ценой вне зависимости от применяемой участником Закупки системой налогообложения, как не оказывающей никакого влияния на качество и полноту оказания услуг по договору. Исходя из изложенного по жалобе Заявителя Комиссия Санкт-Петербургского УФАС России усматривает в действиях закупочной комиссии Организатора закупки по неправомерному сравнению заявок участников Закупки по ценам без НДС, а также по неправомерному признанию победителем Закупки участника, предложившего наибольшую цену, нарушения п.п. 2, 3 ч. 1, ч. 6 ст. 3 Закона №223-ФЗ, выразившиеся в несоблюдении принципов равноправия, справедливости по отношению к участникам закупки, целевого и экономически эффективного расходования денежных средств.....

Определение Верховного Суда Российской Федерации по Делу № А56-75118/2019 от 23 апреля 2021 г.

... Принимая во внимание изложенное и учитывая, что в рассматриваемом случае при сопоставлении ценовых предложений участников запроса предложений с учетом НДС заказчиком были созданы условия, при которых заявке участника, не являющегося плательщиком НДС и предложившего наиболее низкую цену по сравнению с ценой участника, являющегося плательщиком НДС, был присвоен второй итоговый рейтинг и участник, предложивший лучшие условия оказания услуг, не стал победителем запроса предложений, антимонопольный орган пришел к правомерному выводу о нарушении портом требований пункта 2 части 1, части 6 статьи 3 Закона о закупках и выдал предписание об устранении допущенных нарушений...

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, постановлениях Девятого арбитражного апелляционного суда по делам № №А40-214462/20, А40-247662/20, А40-2023-62291 178780/2020, А40-230395/20, А40-4461/2021, А40-281675/21, постановлениях Арбитражного суда Московского округа по делам №№ А40-28330/2021, А40-68522/2021, Определениях Верховного Суда Российской Федерации от 17.12.2021 № 305-ЭС21-24102 по делу № А40-107093/2020, от 17.01.2021

№305-ЭС21-25880 по делу № А40-42974/2021, от 06.09.2022 №305-ЭС22-15109 по делу №А40-145152/2021, от 25.11.2022 №305-ЭС22-22824 по делу №А40-271366/21, от 19.01.2023 №305-ЭС22-28015 по делу №А40-245935/2021, от 04.09.2023 №303-ЭС-13304 по делу №А73-11461/2022, от 19.09.2023 года № 305-ЭС23-16816 по делу № А40-53893/2022 и др.

Таким образом установление указанных Критериев в Документации противоречит пункту 2 части 1 статьи 3 Федерального закона от 18.07.2011 № 223 ФЗ «О закупках товаров, работ, услуг отдельными видами юридических лиц».

Согласно п. 2 ч. 1 ст. 3 Федерального закона от 18.07.2011 № 223 ФЗ «О закупках товаров, работ, услуг отдельными видами юридических лиц» одним из принципов закупки товаров, работ, услуг является равноправие, справедливость, отсутствие дискриминации и необоснованных ограничений конкуренции по отношению к участникам закупки.

АО «Электромагистраль» представило следующие возражения на жалобу.

АО «Электромагистраль» считает жалобу ИП Хорзова необоснованной ввиду следующих обстоятельств.

22 августа 2018 г. Федеральной антимонопольной службой (далее также - ФАС России) издано письмо АД/66562/18 «По вопросу установления требований к участникам, применяющим различные системы налогообложения (уменьшение или увеличение предложенной максимальной начальной цены на сумму НДС)» (далее – Письмо).

Разъясняя отдельные положения Федерального закона от 18 июля 2011 г. № 223-ФЗ «О закупках товаров, работ, услуг отдельными видами юридических лиц» (далее также – Закон о закупках), ФАС России в Письме, в частности, указала:

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 налог на добавленную стоимость (далее также - НДС).

При этом наличие в документации о закупке нескольких значений начальной (максимальной) цены договора (цены лота) не соответствует положениям 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.

Согласно пункту 2 Постановления Правительства Российской Федерации от 26 августа 2013 г. № 728 «Об определении полномочий федеральных органов исполнительной власти в сфере закупок товаров, работ, услуг для обеспечения

государственных и муниципальных нужд и о внесении изменений в некоторые акты Правительства Российской Федерации», пункту 1 Положения о Федеральной антимонопольной службе, утвержденного постановлением Правительства Российской Федерации от 30 июня 2004 г. № 331 (далее - Положение о Федеральной антимонопольной службе), Федеральная антимонопольная служба является уполномоченным федеральным органом исполнительной власти, осуществляющим в числе прочего функции по контролю (надзору) в сфере закупок товаров, работ, услуг отдельными видами юридических лиц.

С целью реализации полномочий в установленной сфере деятельности ФАС России имеет право обобщать и анализировать практику применения законодательства Российской Федерации в установленной сфере деятельности, разрабатывать рекомендации по применению антимонопольного законодательства, давать юридическим и физическим лицам разъяснения по вопросам, отнесенным к компетенции службы (подпункты 5.4, 6.3 поименованного положения).

Реализуя предоставленные законом полномочия, ФАС России дала разъяснения по отнесенным к ее компетенции вопросам в форме Письма.

Письмо, как следует из его первого абзаца, было подготовлено ФАС России на основании пункта 5.4 Положения о Федеральной антимонопольной службе.

Данные разъяснения ФАС России направлены территориальным органам, а также размещены на официальном сайте указанной службы в сети «Интернет» (<...>).

Решением Верховного Суда Российской Федерации от 23 ноября 2023 г. № АКПИ23-809, в частности даны следующие разъяснения в части применения указанного Письма.

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 (часть 1 статьи 1).

Как указал Верховный Суд Российской Федерации в Обзоре судебной практики по вопросам, связанным с применением Федерального закона «О закупках товаров, работ, услуг отдельными видами юридических лиц», утвержденном Президиумом Верховного Суда Российской Федерации 16 мая 2018 г., для правильного разрешения указанной категории споров большое значение имеет надлежащее определение судами соотношения норм Закона о закупках, Гражданского кодекса Российской Федерации, Федерального закона от 26 июля 2006 г. № 135-ФЗ «О защите конкуренции», других федеральных законов и иных нормативных правовых актов Российской Федерации, а также принятых в соответствии с ними и утвержденных с учетом положений части 3 статьи 2 Закона о закупках правовых актов, регламентирующих правила закупки (далее - положение о закупке).

По смыслу частей 1 и 2 статьи 2 Закона о закупках закупочная деятельность заказчиков регулируется положением о закупках, принятым в соответствии с указанным законом, другими федеральными законами и нормативными правовыми актами Российской Федерации и содержащим положения, регламентирующие порядок подготовки и проведения закупок.

Частью 9 статьи 3.2, пунктом 5 части 9 и пунктами 5 и 7 части 10 статьи 4 Закона о закупках предусмотрено, что для проведения закупки заказчик должен сформировать закупочную документацию, в которую в обязательном порядке должны быть включены: 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; обоснование начальной (максимальной) цены договора либо цены единицы товара, работы, услуги, включая информацию о расходах на перевозку, страхование, уплату таможенных пошлин, налогов и других обязательных платежей.

На основании пункта 2 части 1 статьи 3 Закона о закупках к числу принципов, которыми должны руководствоваться заказчики при закупке товаров, работ, услуг, относятся равноправие (отсутствие дискриминации) участников закупки и недопустимость необоснованного ограничения конкуренции.

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

Возможность установления различных значений цены для участников закупки (в зависимости от применяемой ими системы налогообложения) не соответствует части 22 статьи 3.2 и части 10 статьи 4 Закона о закупках, из которых следует, что в закупочной документации должно быть установлено одно значение начальной (максимальной) цены для всех участников закупки вне зависимости от применяемой ими системы налогообложения, при этом учет возможности получения заказчиком налогового вычета по НДС при сравнении ценовых предложений участников закупки приводит к постановке участников, применяющих общую систему налогообложения, в неравное положение с участниками, применяющими другие налоговые режимы.

Указание в документации о закупке двух самостоятельных величин начальной (максимальной) цены договора с выделением НДС и без такового противоречит приведенному принципу равноправия и со всей очевидностью будет также противоречить грамматическому толкованию положений пунктов 5, 7 части 10 статьи 4 Закона о закупках в рассматриваемом аспекте правоотношений, при анализе которых следует также учитывать, что изменение условий налогообложения, произошедшее у одной из сторон сделки, например утрата продавцом (исполнителем, арендодателем и т.п.) статуса плательщика НДС и переход на применение специального налогового режима, по общему правилу, имеет только публично-правовые последствия и не влечет за собой пересмотр условий ранее совершенных названным лицом сделок, не может само по себе служить основанием для изменения цены договора.

Установленную договором цену покупатель (заказчик, арендатор) обязан уплатить вне зависимости от того, как продавец (исполнитель, арендодатель) должен распорядиться полученными средствами, в том числе безотносительно того, какие именно налоговые платежи в бюджет продавец (исполнитель, арендодатель) должен произвести в соответствии с законодательством о налогах и сборах и в каком размере.

Иное бы создало необоснованные экономические преимущества для участников закупок, не являющихся плательщиками НДС.

Согласно доводов жалобы ИП Хорзова Заказчик в документации о закупке разместил следующую информацию:

Начальная максимальная цена договора составляет 760 965,75 руб. без НДС.

Порядок формирования цены договора: цена договора сформирована с учетом расходов на перевозку, страхование, уплату таможенных пошлин, налогов и других обязательных платежей, без учета НДС.

Также в проекте договора (п. 3.1. Договора) указано, что дополнительно к стоимости Товара уплачивается НДС в соответствии с действующим законодательством (в случае, если Поставщик не является плательщиком НДС последнее предложение в договор не включается).

Указанные положения проекта договора заявитель жалобы ошибочно считает условием о сравнении заявок участников закупки, что таковым не является, поскольку условия сравнения заявок участников закупки (Критерии оценки и сопоставления заявок на участие) размещены в Приложении №8 к документации о закупки, где в частности указан единственный критерий оценки: наименьшая итоговая стоимость ценового предложения, при условии соответствия заявки на участие в закупке условиям закупочной процедуры, с учетом требований Постановления Правительства РФ № 925 от 16.09.2016 «О приоритете товаров российского происхождения, работ, услуг, выполняемых, оказываемых российскими лицами, по отношению к товарам, происходящим из иностранного государства, работам, услугам, выполняемым, оказываемым иностранными лицами».

Условие п. 3.1. Договора в данном случае, как ошибочно полагает заявитель жалобы, не выступает критерием оценки сравнения ценового предложения, а является уже условием, подлежащим включению в проект договора, заключаемого с победителем аукциона в электронной форме, в зависимости от применяемой победителем аукциона системы налогообложения — с НДС, если победитель применяет основную систему налогообложения и без НДС - если упрощенную.

На основании вышеизложенного, АО «Электромагистраль» в условиях закупочной документации (извещение №32413233494) в связи с установлением единой цены для всех участников, установлены равные возможности для участия в аукционе, при этом отсутствует дискриминация и необоснованные ограничения конкуренции по отношению к участникам закупки.

Документацией о закупке установлена единая цена (без учета НДС) для всех участников закупки, способ сравнения заявок (критерии оценки и сопоставления

заявок на участие) также, вопреки доводам жалобы не содержат сведений о том, что Заказчиком созданы преимущества плательщикам НДС, либо наоборот – налогоплательщикам, применяющим упрощенную систему налогообложения, что полностью соответствует положениям ч. 1 ст. 3 Федерального закона от 18.07.2011 № 223-ФЗ «О закупках товаров, работ, услуг отдельными видами юридических лиц» (далее – Закон о закупках).

Частью 1 статьи 3 Закона о закупках в частности установлено, что заказчики должны руководствоваться принципами равноправия, справедливости, отсутствия дискриминации и необоснованных ограничений конкуренции по отношению к участникам закупки.

Таким образом, принцип равноправия предполагает недопустимость предъявления различных требований к участникам закупки, находящимся в одинаковом положении, в отсутствие к тому причин объективного и разумного характера. При определении в конкурсной закупке начальной (максимальной) цены договора к обязанностям заказчика относится, в том числе установление одного значения цены договора (цены лота) для всех участников закупки, независимо от применяемой ими системы налогообложения, и указание на то, содержит или нет установленная цена НДС. Установленные правила оценки предложений должны позволять обеспечить равенство участников гражданского оборота.

Ссылки заявителя жалобы на судебную практику несостоятельны и некорректны, поскольку данная практика основана на иных обстоятельствах, а ссылки Заявителя на указанную судебную практику - ошибочны.

Заявитель не воспользовался своим правом, а именно – до написания жалобы в не обратился за разъяснениями закупочной документации к Заказчику - АО «Электромагистраль», в частности, за разъяснениями критериев оценки сравнения участников данной закупки, что и привело Заявителя к её ошибочному толкованию.

Исходя из вышесказанного, АО «Электромагистраль» при проведении аукциона в электронной форме, участниками которого могут быть только субъекты малого и среднего предпринимательства, соблюдены требования ФЗ «О закупках товаров, работ, услуг отдельными видами юридических лиц», а приведенные Заявителем в жалобе доводы несостоятельны и не могли повлиять на результат отбора участников закупки.

Рассмотрев по существу поступившую жалобу, представленные материалы и возражения, Комиссия Новосибирского УФАС России приходит к следующим выводам.

31.01.2024 АО «Электромагистраль» разместило в ЕИС извещение о проведении аукциона в электронной форме, участниками которого могут быть только субъекты малого и среднего предпринимательства, на право заключения договора на поставку кабеля алюминиевого (извещение № 32413233494 на сайте <...>).

Дата начала срока подачи заявок - 31.01.2024.

Дата и время окончания срока подачи заявок (по местному времени заказчика) - 13.02.2024 11:00.

Дата рассмотрения первых частей заявок - 16.02.2024.

Дата начала срока подачи ценовых предложений - 19.02.2024.

Дата рассмотрения вторых частей заявок - 22.02.2024.

Дата подведения итогов - 28.02.2024.

Согласно п. 3 Информационной карты начальная (максимальная) цена договора: 760 965,75 руб. без НДС.

Согласно п. 4 Информационной карты, порядок формирования цены договора: Цена договора сформирована с учетом расходов на перевозку, страхование, уплату таможенных пошлин, налогов и других обязательных платежей, без учета НДС.

Согласно п. 3.1 проекта договора, сумма договора определяется как сумма стоимости Товара, поставленной во исполнение настоящего договора. Дополнительно к стоимости Товара уплачивается НДС в соответствии с действующим законодательством (В случае если Поставщик не является Плательщиком НДС последнее предложение в договор не включается).

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 пункту 5 части 9 статьи 4 Закона о закупках в извещении о 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.

Согласно пунктам 5, 7 части 10 статьи 4 Закона о закупках в документации о закупке должны быть указаны, в том числе, сведения о ведении о начальной (максимальной) цене договора, либо формула цены и максимальное значение цены договора, либо цена единицы товара, работы, услуги и максимальное значение цены договора; обоснование начальной (максимальной) цены договора либо цены единицы товара, работы, услуги, включая информацию о расходах на перевозку, страхование, уплату таможенных пошлин, налогов и других обязательных платежей.

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.

То есть, в силу 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.

Из буквального толкования пунктов 5, 7 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), указав при этом содержит она НДС или нет; победителем признается лицо, предложившее наиболее низкую цену договора. При этом в Законе о закупках отсутствуют положения, позволяющие заказчику корректировать (уменьшать или увеличивать) предложенную участником закупки цену договора при оценке и сопоставлении заявок на участие в закупке, предоставлять хозяйствующим субъектам в зависимости от применяемой системы налогообложения преимущества при участии в закупках.

В данном случае применение спорных положений закупочной документации о том, что в случае, если в отношении победителя закупочной процедуры применяется упрощенная система налогообложения, договор заключается по его ценовому предложению без ставки НДС, а в случае, если в отношении победителя закупочной процедуры применяется общая система налогообложения, договор заключается по ценовому предложению со ставкой НДС, фактически приводит к увеличению размера цены договора с участником закупки, использующими общую систему налогообложения. Указанное ставит участника, применяющего упрощенную систему налогообложения, в заведомо менее благоприятное положение в сравнении с участниками закупки, использующими общую систему налогообложения, с которым договор будет заключен на сумму, увеличенную на сумму НДС.

Указанный вывод подтверждается, например, постановлением Седьмого арбитражного апелляционного суда от 04.09.2023 по делу № А45-14757/2023.

Из положений главы 21 Налогового кодекса Российской Федерации (далее - НК РФ) следует, что налог на добавленную стоимость представляет собой изъятие в бюджет части добавленной стоимости, создаваемой на всех стадиях производства, и определяется как разница между суммами налога, полученного исходя из стоимости реализованных товаров (услуг), и суммами налога, уплаченного поставщику за данные товары (услуги).

Согласно пункту 1 статьи 143 НК РФ налогоплательщиками налога на добавленную стоимость признаются: организации, индивидуальные предприниматели, лица, признаваемые налогоплательщиками налога на добавленную стоимость в связи с перемещением товаров через таможенную границу таможенного союза, определяемые в соответствии с таможенным законодательством Таможенного союза и законодательством Российской Федерации о таможенном деле.

В соответствии с пунктом 1 статьи 146 НК РФ объектом налогообложения

признаются следующие операции:

1) реализация товаров (работ, услуг) на территории Российской Федерации, в том числе реализация предметов залога и передача товаров (результатов выполненных работ, оказание услуг) по соглашению о предоставлении отступного или новации, а также передача имущественных прав.

В целях настоящей главы передача права собственности на товары, результатов выполненных работ, оказание услуг на безвозмездной основе признается реализацией товаров (работ, услуг);

2) передача на территории Российской Федерации товаров (выполнение работ, оказание услуг) для собственных нужд, расходы на которые не принимаются к вычету (в том числе через амортизационные отчисления) при исчислении налога на прибыль организаций;

3) выполнение строительно-монтажных работ для собственного потребления;

4) ввоз товаров на территорию Российской Федерации и иные территории, находящиеся под ее юрисдикцией.

В силу положений пункта 1 статьи 154 НК РФ налоговая база при реализации налогоплательщиком товаров (работ, услуг), если иное не предусмотрено настоящей статьей, определяется как стоимость этих товаров (работ, услуг), исчисленная исходя из цен, определяемых в соответствии со статьей 105.3 Налогового кодекса РФ, с учетом акцизов (для подакцизных товаров) и без включения суммы налога.

В соответствии с пунктом 1 статьи 168 НК РФ при реализации товаров (работ, услуг), передаче имущественных прав налогоплательщик (налоговый агент, указанный в пунктах 4, 5 и 5.1 статьи 161 настоящего Кодекса) дополнительно к цене (тарифу) реализуемых товаров (работ, услуг), передаваемых имущественных прав обязан предъявить к оплате покупателю этих товаров (работ, услуг), имущественных прав соответствующую сумму налога.

Согласно статье 346.11 НК РФ организации, применяющие упрощенную систему налогообложения, не признаются налогоплательщиками налога на добавленную стоимость, за исключением налога на добавленную стоимость, подлежащего уплате в соответствии с данным Кодексом при ввозе товаров на территорию Российской Федерации и иные территории, находящиеся под ее юрисдикцией (включая суммы налога, подлежащие уплате при завершении действия таможенной процедуры свободной таможенной зоны на территории Особой экономической зоны в Калининградской области), а также налога на добавленную стоимость, уплачиваемого в соответствии со статьями 161 и 174.1 Налогового кодекса РФ.

Следовательно, при определении в извещении о закупке, 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.

Таким образом, при проведении закупки победитель определяется путем

сравнения поступивших ценовых предложений и выигравшим признается лицо, предложившее наиболее низкую цену договора (если по остальным критериям предложения участников закупки совпадают).

При этом, цена договора, заключаемого по результатам закупки, устанавливается в соответствии с ценой, предложенной в заявке победителя (независимо от применяемой им системы налогообложения).

Указанное же в закупочной документации условие может привести к созданию участникам, являющимся плательщиками НДС, преимущественных условий по сравнению с участниками, применяющими упрощенную систему налогообложения, то есть привести к созданию неравных условий, что противоречит пункту 2 части 1 статьи 3 Закона о закупках.

Данная позиция подтверждается постановлением Арбитражного суда Западно-Сибирского округа по делу А67-3010/2021, решением Арбитражного суда Омской области по делу № А46-6096/2019. Указанная позиция подтверждена Постановлением Восьмого Арбитражного апелляционного суда, Постановлением Арбитражного суда Западно-Сибирского округа, Определением Верховного Суда Российской Федерации № 304-ЭС20-17548.

Аналогичная правовая позиция изложена в судебных актах, принятых при рассмотрении дел со схожими обстоятельствами: определение Верховного суда Российской Федерации № 304-КГ16-17592 от 11.04.2017 по делу № А27-24989/2015, постановление Арбитражного суда Западно-Сибирского округа от 13.05.2019 по делу № А75-10317/2018, постановление Арбитражного суда Дальневосточного округа от 29.07.2015 по делу № А73-14973/2014.

Федеральным законом от 26.07.2006 № 135-ФЗ «О защите конкуренции» и Законом о закупках установлены принципы, устанавливающие равные условия для всех участников закупки. В свою очередь, ранжирование участников торгов по применяемой ими системе налогообложения является неправомерным, так как не находится в сфере гражданско-правовых отношений, а относится к публичной сфере деятельности.

Системное толкование приведенных положений законодательства о закупках позволяет прийти к выводу о том, что при формулировании условий Аукционной документации заказчиком должны быть сформулированы такие правила оценки предложений, которые позволят обеспечить равенство участников гражданского оборота и единство подхода к оценке ценовых предложений.

Согласно Письму ФАС России от 22.08.2018 № АД/66562/18 «По вопросу установления требований, к участникам, применяющим различные системы налогообложения (уменьшение или увеличение предложенной максимальной начальной цены на сумму НДС)», заказчик не имеет правовых оснований производить какие-либо вычеты из ценовых предложений, применять иные особенности оценки и сопоставления заявок в отношении разных категорий налогоплательщиков.

На основании п. 2 ч. 1 ст. 3 Закона о закупках к числу принципов, которыми должны руководствоваться заказчики при закупке товаров, работ, услуг, относится равноправие (отсутствие дискриминации) участников закупки.

В данном случае применение спорных положений закупочной документации о том, что в случае, если в отношении победителя закупочной процедуры применяется упрощенная система налогообложения, договор заключается по его ценовому предложению без ставки НДС, а в случае, если в отношении победителя закупочной процедуры применяется общая система налогообложения, договор заключается по ценовому предложению со ставкой НДС, фактически приводит к увеличению размера цены договора с участником закупки, использующими общую систему налогообложения. Указанное ставит участника, применяющего упрощенную систему налогообложения, в заведомо менее благоприятное положение в сравнении с участниками закупки, использующими общую систему налогообложения, с которым договор будет заключен на сумму, увеличенную на сумму НДС.

Так, заказчик может быть финансово заинтересован в заключении договора с исполнителем, применяющим общую систему налогообложения, поскольку в таком случае согласно п. 2 ст. 171 НК РФ заказчик получает возможность применения налоговых вычетов при осуществлении собственной облагаемой НДС деятельности, то есть имеет возможность уменьшить величину своего налогового бремени.

Однако упомянутый имущественный интерес заказчика не связан непосредственным образом с удовлетворением его потребностей в качественном и своевременном выполнении работ (услуг) (ч. 1 ст. 1 Закона о закупках) и в силу законодательно закрепленного принципа равноправия (отсутствие дискриминации) участников закупки не может быть реализован за счет постановки участников закупки, применяющих упрощенную систему налогообложения, в заведомо уязвленное положение в сравнении с иными участниками гражданского оборота.

Таким образом, в действиях АО «Электромагистраль» при проведении аукциона в электронной форме, участниками которого могут быть только субъекты малого и среднего предпринимательства, на право заключения договора на поставку кабеля алюминиевого (извещение № 32413233494 на сайте <...>) усматривается нарушение порядка организации и проведения торгов.

Учитывая изложенные обстоятельства, руководствуясь ч. 20 ст. 18.1, ст. 23 Федерального закона от 26.07.2006 года № 135-ФЗ «О защите конкуренции», Комиссия Новосибирского УФАС России

РЕШИЛА:

1. Признать жалобу Индивидуального предпринимателя Хорзова (вх. № 2463-ЭП/24 от 13.02.2024 г.) на действия заказчика акционерного общества «Электромагистраль» при проведении аукциона в электронной форме, участниками которого могут быть только субъекты малого и среднего предпринимательства, на право заключения договора на поставку кабеля алюминиевого (извещение № 32413233494 на сайте <...>) обоснованной.

2. Выдать акционерному обществу «Электромагистраль» предписание о совершении действий, направленных на устранение нарушений порядка организации и проведения торгов.

Решение Комиссии может быть обжаловано в судебном порядке в течение трех месяцев со дня его принятия.