

AVELEX

Legal Group

в ФАС России

125993, г. Москва, Садовая-Кудринская, 11
Телефон: 8(499) 755-23-23, факс. 8(499) 755-23-24
Адрес электронной почты: delo@fas.gov.ru

Заявитель:

Общество с ограниченной ответственностью «АВЕЛЕКС»

Сокращенное наименование: **ООО «АВЕЛЕКС»**
Адрес: 196624, Г. САНКТ-ПЕТЕРБУРГ, ВН.ТЕР.Г. ПОСЕЛОК ПУШАРЫ, ПУШКИНСКАЯ УЛ., Д. 50, ЛИТЕРА А, КВ. 35
ИНН 7814696407
Телефон: 8(905) 213-84-80
Электронная почта: avelex.info@mail.ru

Заказчик: ОТКРЫТОЕ АКЦИОНЕРНОЕ ОБЩЕСТВО "ОБЪЕДИНЕННЫЕ ЭЛЕКТРОТЕХНИЧЕСКИЕ ЗАВОДЫ"

Адрес: 127343, г Москва, ул Сибиряковская, дом 5
Контактное лицо: [REDACTED]
Электронная почта: av.petrusha@elteza.ru
Телефон: [REDACTED]

Адрес сайта, на котором размещена информация о закупке: <http://zakupki.gov.ru>
Способ размещения закупки: Конкурс в электронной форме, участниками которого могут быть только субъекты малого и среднего предпринимательства
Закупка: № 32211867612
Адрес электронной площадки в информационно-телекоммуникационной сети «Интернет»:
<http://www.rts-tender.ru>

Наименование закупки: Открытый конкурс в электронной форме, участниками которого могут быть только субъекты малого и среднего предпринимательства № 783/ОКЭ-ОАО «ЭЛТЕЗА»/2022/СД на право заключения договора на комплексную поставку лесопиломатериалов для нужд ОАО "ЭЛТЕЗА"

Дата и время окончания подачи заявок: 07.12.2022 в 11:00 (МСК)

Жалоба

на незаконные действия (бездействие) Заказчика при проведении процедуры размещения заказа.

Номер извещения о закупке на официальном сайте ЕИС (zakupki.gov.ru): **32211867612**

Заказчик: ОТКРЫТОЕ АКЦИОНЕРНОЕ ОБЩЕСТВО "ОБЪЕДИНЕННЫЕ ЭЛЕКТРОТЕХНИЧЕСКИЕ ЗАВОДЫ"

Адрес: 127343, г Москва, ул Сибиряковская, дом 5
Контактное лицо: [REDACTED]
Электронная почта: av.petrusha@elteza.ru
Телефон: [REDACTED]

Оператор торгов: РТС-тендер, <http://www.rts-tender.ru>

**Указание на обжалуемые действия (бездействия) заказчика,
доводы жалобы:**

Считаем, что условия опубликованной Заказчиком документации противоречат нормам п. 2 ч. 1, ч. 6 ст. 3 Федерального закона от 18.07.2011 N 223-ФЗ «О закупках товаров, работ, услуг отдельными видами юридических лиц» (далее - Закон о закупках).

Как следует из содержания опубликованных Заказчиком извещения и документации, по результатам настоящей процедуры закупки должен быть заключен договор.

Вместе с тем, из содержания документации о закупке следует, что одним из критериев оценки заявок участников является цена договора на выполнение работ, оказание услуг.

При этом, в составе закупочной документации (п. 9., Извещения № 783/ОКЭ-ОАО «ЭЛТЕЗА»/2022/СД среди прочего, определено следующее условие:

«Под начальной (максимальной) ценой договора понимается предельная цена договора, указанная в пункте 1 Приложения № 1.1 к конкурсной документации.»

Предельная цена договора сформирована методом сопоставимых рыночных цен (анализа рынка), предусмотренным подпунктом 1 пункта 54 Положения о закупке товаров, работ, услуг для нужд заказчика и включает в себя все налоги, стоимость транспортных расходов до склада Заказчика, защитной упаковки, необоротной тары и прочие расходы Исполнителя, связанные с исполнением договора и составляет:

72 000 000,00 (Семьдесят два миллиона) рублей 00 копеек с учетом НДС

60 000 000,00 (Шестьдесят миллионов) рублей 00 копеек без учета НДС

Сведения о единичных расценках товаров установлены в Техническом задании, являющемся приложением к документации о закупке.»

В то же время, в тексте Приложения № 1.4 к конкурсной документации, в п. 1 таблицы «Критерии и порядок оценки и сопоставления конкурсных заявок», среди прочих, определен следующий порядок оценки и сопоставления ценовых предложений участников (критерий: «Сумма единичных расценок»):

«[Сумма единичных расценок] Оценивается путем деления минимальной суммы единичных расценок (без учета НДС) из всех предложенных участниками на сумму единичных расценок (без учета НДС), предложенную каждым (j-ым) участником»

В свою очередь, непосредственно в опубликованном в ЕИС извещении, и на сайте Оператора торгов Заказчиком установлено единственное значение НМЦК (Максимальное значение цены договора) в сумме 72 000 000,00 Р.

Иными словами, по смыслу установленного в документации порядка оценки, комиссия Заказчика при рассмотрении ценовых предложений участников закупки абсолютно незаконно подвергает коррекции стоимость ценового предложения ряда участников, фактически изменяя такое ценовое предложение при сопоставлении, на величину НДС.

Вышеизложенные действия Заказчика, выразившиеся в установлении и применении подобной методики (порядка оценки) сравнения предложений участников закупки по ценовому критерию, применяющих разные системы налогообложения, есть ни что иное как несоблюдение Заказчиком принципов равноправия, справедливости, отсутствия дискриминации по отношению к участникам закупки.

Законом о закупках в целях обеспечения единства экономического пространства, создания условий для своевременного и полного удовлетворения потребностей юридических лиц, указанных в ч. 2 ст. 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.

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.

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.

Данная правовая позиция нашла отражение в п. 6 Обзора судебной практики по вопросам, связанным с применением Федерального закона от 18.07.2011 N 223-ФЗ «О закупках товаров, работ, услуг отдельными видами юридических лиц», утвержденного Президиумом Верховного Суда Российской Федерации 16.05.2018г., что предполагает принятие названной позиции, при рассмотрении аналогичных ситуаций.

Таким образом, поскольку закупочная документация содержит различные правила сравнения ценовых предложений участников закупки в зависимости от применяемых им систем налогообложения, действия Заказчика противоречат требованиям п. 2 ч. 1 ст. 3 Закона о закупках, ввиду того что положения закупочной документации ведут к постановке отдельных участников закупки (в частности, применяющих упрощенную систему налогообложения) в уязвимое положение в сравнении с другими участниками, в отсутствии разумных причин выразившихся в установлении Заказчиком незаконных положений закупочной документации, связанных с удовлетворением его потребностей в качественном и своевременном выполнении работ (услуг), учитывая специфику объекта закупки.

В настоящем случае применение описанного выше, незаконного положения закупочной документации фактически приводит к необоснованному изменению величины цены, предложенной участником закупки, вопреки сформированному им ценовому предложению. Это не может не ставить участника, применяющего упрощенную систему налогообложения, в заведомо менее благоприятное положение в сравнении с участниками закупки, использующими общую систему налогообложения. Таким образом, явное преимущество при заключении договора с Заказчиком получают те участники закупки, которые являются плательщиками НДС.

Фактическое изменение цены, указанной в заявках участников, на сумму НДС для целей сравнения заявок участников закупки лишено законных оснований, поскольку участник, применяющий упрощенную систему налогообложения, не может быть

понуужден к увеличению предложенной им цены на сумму НДС по требованию Заказчика. Иное противоречило бы нормам законодательства о налогах и сборах.

В соответствии с пунктом 2 статьи 346.11 Налогового кодекса Российской Федерации (далее - Налоговый кодекс) применение упрощенной системы налогообложения организациями, в частности, предусматривает их освобождение от обязанности по уплате НДС. В силу п. 5 ст. 173 Налогового кодекса и правовой позиции, выраженной в постановлении Конституционного Суда Российской Федерации от 03.06.2014 N 17-П, обязанность по исчислению и уплате НДС может возникнуть лишь при выставлении налогоплательщиком, применяющим упрощенную систему налогообложения, по своей инициативе счета-фактуры с выделенной в нем суммой НДС.

Возможность установления разных значений цены для участников закупки (в зависимости от применяемой ими системы налогообложения), также не следует из положений ч. 10 ст. 4 Закона о закупках, согласно п. 5 которой в документации о конкурентной закупке должны быть указаны сведения о начальной (максимальной) цене договора (цена лота), либо формула цены, устанавливающая правила расчета сумм, подлежащих уплате заказчиком поставщику (исполнителю, подрядчику) в ходе исполнения договора, и максимальное значение цены договора, либо цена единицы товара, работы, услуги и максимальное значение цены договора.

Также, из буквального толкования ч. 22 ст. 3.2, ч. 10 ст. 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); победителем закупки признается лицо, предложившее лучшие условия поставки товаров, выполнения работ, оказания услуг; одним из критериев оценки при проведении закупки может являться цена договора.

В настоящем случае представляется, что Заказчик может быть финансово заинтересован в заключении договора с исполнителем, применяющим общую систему налогообложения, поскольку в таком случае согласно п. 2 ст. 171 Налогового кодекса 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.

В связи с этим выводы об экономической целесообразности установления подобных, незаконных положений закупочной документации представляются несостоятельными.

Принимая во внимание вышеизложенное и учитывая, что в рассматриваемом случае при сопоставлении ценовых предложений участников закупки с учетом НДС Заказчиком созданы условия, при которых заявке участника, не являющегося плательщиком НДС и предложившего наиболее низкую цену по сравнению с ценой участника, являющегося плательщиком НДС, в ходе сопоставления ценовых предложений будет присвоена искусственно и неправомерно заниженная оценка, очевиден вывод о нарушении Заказчиком требований п. 2 ч. 1, ч. 6 с. 3 Закона о закупках, что даёт основание для выдачи контрольным органом обязательного для исполнения предписания об устранении допущенных нарушений.

Вышеизложенная позиция подтверждается, решением и предписанием Санкт-Петербургского УФАС от 11.06.2019 г., вынесенными по жалобе N То2-368/19, а также последующим Определением Судебной коллегии по экономическим спорам Верховного Суда Российской Федерации от 23 апреля 2021 г. N 307-ЭС20-21065, где подтверждены законность и правомерность выводов антимонопольного органа о нарушении

требований п. 2 ч. 1, ч. 6 ст. 3 Закона о закупках, и равно выдача обязательного для исполнения предписания об устранении нарушений.

Также, считаем необходимым отдельно отметить, что отсутствие запросов со стороны участников закупки относительно вышеизложенных доводов (и любых иных), не может быть истолковано как смягчающее обстоятельство в пользу Заказчика. Нормами Закона о закупках не предусмотрена обязанность участников по совместному (дискуссионно-коллегиальному) с Заказчиком доведению до соответствия всем законодательным и судебным актам, первично размещенной Заказчиком документации. В свою очередь, размещение документации полностью соответствующей нормам действующего законодательства является прямой обязанностью Заказчика, и равно уполномоченных должностных лиц последнего.

По мнению Заявителя, вышеизложенные действия Заказчика не только нарушают положения Федерального закона норм 223-ФЗ «О закупках товаров, работ, услуг отдельными видами юридических лиц» от 18 июля 2011 г, но и противоречат требованиям Федерального закона № 135-ФЗ от 26 июля 2006 г. «О защите конкуренции». Согласно ч.1 ст.17 указанного закона **«При проведении торгов запрещаются действия, которые приводят или могут привести к недопущению, ограничению или устранению конкуренции...»**. Такие действия Заказчика не отвечают принципу справедливости, не обеспечивают равное (одинаковое) положение Участников размещения заказа в процессе размещения заказов для государственных нужд.

Помимо вышеизложенного, также обращаем внимание Комиссии контрольного органа на следующие обстоятельства

Установленный Заказчиком в составе документации, дискриминационный порядок оценки ценовых предложений участников закупки отнюдь не является для Заказчика частным случаем. Установление подобного порядка, прямо регламентировано, и вытекает из содержания утвержденного и опубликованного Заказчиком в ЕИС Положения о закупках (утв. 19.09.2022 г., Протокол № 7).

Так, непосредственно в тексте Положения о закупках, Заказчик сам для себя устанавливает в т. ч. следующий порядок оценки ценовых предложений участников:

«71. Условиями закупки может быть предусмотрено, что при проведении оценки и сопоставлении заявок комиссия осуществляет оценку по цене, предложенной участниками, но без учета НДС (и иных видов налогов).

72. В случае если начальная (максимальная) цена договора (цена лота) конкурентной закупки, указывается с учетом НДС, стоимость договора, заключаемого с участником, в том числе с победителем, не являющимся плательщиком НДС, определяется без учета НДС, но с учетом применяемой таким участником системы налогообложения.»

Фактически, по смыслу приведенных выше, установленных Заказчиком в Положении о закупках, правил оценки ценовых предложений, участники применяющие налоговые режимы отличные от общей системы налогообложения (в частности, упрощенную систему налогообложения), для получения сколь-либо значимых оценок по ценовому критерию изначально вынуждены снижать ценовое предложение на величину никак не менее двадцати процентов. В то же время, номинальное участие в закупке и подача ценового предложения, как таковые, для участников отнюдь не самоцель, такие действия участников предполагают последующие заключение и исполнение контракта, наряду с предшествующей подачей конкурентоспособного ценового предложения, что в свою очередь предполагает ещё большее снижение НМЦК. Однако, при изложенных обстоятельствах очевидно что участие в закупке участников применяющих налоговые режимы отличные от общей системы налогообложения

предстаёт крайне невыгодным, результатом чего является решение таких участников от отказа от участия в закупке уже на стадии ознакомления с установленным Заказчиком порядком оценки. Более того, даже в случае участия в закупке участников применяющих налоговые режимы отличные от общей системы налогообложения, впоследствии, со стороны Заказчика, в отношении таких участников может усматриваться демпинг, поскольку предложенная ими цена не соответствует действительной стоимости товара, работы, услуги, а надлежащее исполнение контракта по предложенной цене крайне затруднительно, либо вовсе невозможно.

Из вышеизложенного императивно следует что Заказчик уже на стадии согласования и последующей публикации в ЕИС собственного Положения о закупках создал и утвердил существенные преимущества для участников закупок использующих общую систему налогообложения, дискриминируя при этом потенциальных участников использующих иные налоговые режимы предусмотренные Налоговым кодексом.


Аналогичные вышеизложенным действия, выразившиеся в несоответствующим нормам права включении в положения о закупках, в части включения в положения о закупках правил (пунктов) незаконно ограничивающих доступ к возможному участию в закупке на конкурентной основе потенциальных участников являющихся поставщиками необходимых заказчику товаров, работ, услуг, нашли отражение в практике Верховного Суда Российской Федерации (Определения № 306-ЭС21-13429, № 306-ЭС21-13581 (копии прилагаются)). По результатам рассмотрения Положения о закупках заказчика, Верховным Судом Российской Федерации было принято Определение, о признании недействительным ряда пунктов Положения о закупках заказчика, которое также обязывает заказчика такие пункты из Положения о закупках исключить.

Просим Комиссию контрольного органа в рамках собственной компетенции, обязать Заказчика привести Положение о закупках последнего в соответствие с действующими нормативными и судебными актами путем исключения из Положения о закупках правил допускающих дискриминационное сравнение ценовых предложений участников в зависимости от применения такими участниками систем налогообложения предусмотренных Налоговым кодексом.

Принимая во внимание и руководствуясь вышеизложенным

ПРОСИМ:

1. Признать жалобу обоснованной
2. Приостановить проведение процедуры размещения данного заказа.
3. Признать нарушение Заказчиком ряда положений федеральных законов 135-ФЗ «О защите конкуренции», норм 223-ФЗ «О закупках товаров, работ, услуг отдельными видами юридических лиц».
4. Провести внеплановую проверку данной закупки.
5. Обязать Заказчика привести Положение о закупках последнего в соответствие с действующими нормативными и судебными актами
6. Выдать предписание об устранении выявленных нарушений.

Генеральный директор 

Приложения:

Копия документа, подтверждающего полномочия руководителя.

Копия Определения Судебной коллегии по экономическим спорам Верховного Суда Российской Федерации от 23 апреля 2021 г. N 307-ЭС20-21065.

Копия Определения Судебной коллегии по экономическим спорам Верховного Суда Российской Федерации от 16.09.2021 г. N 306-ЭС21-13429.

Копия Определения Судебной коллегии по экономическим спорам Верховного Суда Российской Федерации от 16.09.2021 г. N № 306-ЭС21-13581.

Копия Положения о закупках ОАО «ЭЛТЕЗА» утв. 19.09.2022 г., Протокол № 7.