Документ предоставлен КонсультантПлюс

КонсультантПлюс, 04.03.2015

**ПУТЕВОДИТЕЛЬ ПО СПОРАМ В СФЕРЕ ГОСЗАКАЗА**

**Установление в документации о торгах требований, связанных с применяемой участниками системой налогообложения, в том числе УСН**

**Подробнее о правовой проблеме**

Заявки на участие в конкурсе, электронном аукционе должны содержать документы и информацию, указанные в документации о закупке. Их перечень заказчик формирует исходя из требований, установленных законом.

Ранее требования к составу заявок устанавливались в ч. 3 - 3.3 ст. 25, ч. 2 - 2.2 ст. 35, ч. 4 - 6 ст. 41.8 Федерального закона от 21.07.2005 N 94-ФЗ "О размещении заказов на поставки товаров, выполнение работ, оказание услуг для государственных и муниципальных нужд" (далее - Закон N 94-ФЗ).

Сходное правовое регулирование предусмотрено в ч. 2, 5 ст. 51, ч. 3 - 5, 6 ст. 66 Федерального закона от 05.04.2013 N 44-ФЗ "О контрактной системе в сфере закупок товаров, работ, услуг для обеспечения государственных и муниципальных нужд" (далее - Закон N 44-ФЗ).

Согласно названным Законам перечень документов и информации, которые должны быть указаны в конкурсной (аукционной) документации, является закрытым. Сведения о применяемой участниками системе налогообложения в него не включены.

Однако на практике возникают случаи, когда заказчик устанавливает требование о представлении таких сведений. Это обусловлено тем, что начальная (максимальная) цена контракта определяется с учетом НДС. Если участник закупки применяет УСН, он не включает НДС в предлагаемую цену контракта.

В ряде случаев заказчики, ссылаясь на то, что в заявке не приведены сведения о применении УСН, отказываются заключать контракт с участником, если названный налог не выделен в цене контракта.

В других ситуациях заказчики пытаются предупредить возникновение споров об оплате контракта, заключенного с подрядчиком, который применяет УСН. Для этого в документацию о закупке включается условие об уменьшении цены контракта на сумму НДС в случае, если победителем закупки будет являться неплательщик данного налога.

Также нередко заказчики, составляя проект контракта, указывают в нем конкретный размер НДС (например, 18%). Участники закупки, применяющие УСН, могут посчитать данное требование ограничивающим их право на участие в закупке, а также влекущим невозможность заключить контракт на условиях закупки. Это обосновано тем, что в предлагаемой такими участниками цене контракта, а следовательно, и в заключаемом с ними контракте НДС может не выделяться.

Таким образом, возникает вопрос: правомерно ли предусматривать в документации о закупке требования, связанные с применяемой участниками системой налогообложения?

|  |  |  |
| --- | --- | --- |
| Карточка вопроса | | |
| 1. Правомерно ли устанавливать в документации о торгах требование о том, что участники размещения заказа должны указать в заявке сведения о применяемой ими системе налогообложения? >>> | Подход арбитражных судов | Установление требования неправомерно >>> |
| Возможные последствия признания действий заказчика (уполномоченного органа) неправомерными >>> | | |
| 2. Правомерно ли устанавливать в документации о закупке требование о снижении цены контракта, предложенной участником, на сумму НДС, если победителем будет являться неплательщик такого налога? >>> | Подход арбитражных судов (с учетом практики по Закону N 44-ФЗ) | Установление требования неправомерно >>> |
| Возможные последствия признания действий заказчика (уполномоченного органа) неправомерными >>> | | |
| 3. Правомерно ли предусматривать в проекте контракта указание на то, что его цена включает НДС? >>> | Подход арбитражных судов 1 (с учетом практики по Закону N 44-ФЗ) | Установление требования правомерно >>> |
| Подход арбитражных судов 2 (с учетом практики по Закону N 44-ФЗ) | Установление требования неправомерно >>> |
| Возможные последствия признания действий заказчика (уполномоченного органа) неправомерными >>> | | |

**1. Правомерно ли устанавливать в документации о торгах требование о том, что участники размещения заказа должны указать в заявке сведения о применяемой ими системе налогообложения?**

**Подход арбитражных судов:** Установление требования неправомерно.

**Внимание!** В результате анализа судебной практики выявлены решения территориального органа ФАС России, в соответствии с которыми установление требования признано неправомерным (Решения Белгородского УФАС России от 23.07.2009 N 4155/2, от 10.03.2010 N 823/2, от 04.05.2010 N 2082/2).

Постановления ФАС Центрального округа >>>

Постановления Девятнадцатого арбитражного апелляционного суда >>>

*Постановление ФАС Центрального округа от 24.05.2011 по делу N А08-4391/2010-17*

**Требование заказчика:** признать недействительным решение антимонопольного органа.

**Обстоятельства дела:** В документации об аукционе установлено требование о том, что участники размещения заказа должны представить в составе заявки сведения о применяемой ими системе налогообложения. Такое требование признано антимонопольным органом незаконным.

**Вывод и обоснование суда:** Действия заказчика неправомерны. Решение антимонопольного органа оставлено в силе.

Согласно ч. 3 ст. 35 Закона N 94-ФЗ запрещается требовать от участника размещения заказа иное, за исключением документов и сведений, предусмотренных ч. 2 данной статьи.

*Постановление ФАС Центрального округа от 23.03.2011 по делу N А08-3231/2010-26*

**Требование заказчика:** признать недействительным решение антимонопольного органа.

**Обстоятельства дела:** В документации об аукционе установлено требование о том, что участники размещения заказа должны указать в заявках сведения о применяемой ими системе налогообложения. Такое требование признано антимонопольным органом незаконным.

**Вывод и обоснование суда:** Действия заказчика неправомерны. Решение антимонопольного органа оставлено в силе.

Законом N 94-ФЗ установлен исчерпывающий перечень сведений и документов, которые должна включать заявка на участие в торгах. Сведения о применяемой участником размещения заказа системе налогообложения в этом перечне не упомянуты. Требовать от участников представления документов и сведений, не предусмотренных Законом N 94-ФЗ, не допускается. Таким образом, законодательно запрещено предъявлять к участнику размещения заказа требование об указании сведений о применяемой им системе налогообложения.

*Постановление Девятнадцатого арбитражного апелляционного суда от 28.12.2011 по делу N А08-6348/2010 (данное Постановление оставлено без изменения (Постановление ФАС Центрального округа от 16.04.2012 по делу N А08-6348/2010))*

**Требование заказчика:** признать недействительным решение антимонопольного органа.

**Обстоятельства дела:** В документации о торгах установлено требование о том, что участники размещения заказа должны представить в составе заявки сведения о применяемой ими системе налогообложения. Такое требование признано антимонопольным органом незаконным.

**Вывод и обоснование суда:** Действия заказчика неправомерны. Решение антимонопольного органа оставлено в силе.

Законом N 94-ФЗ не установлено, что участники размещения заказа должны предоставлять информацию о применяемой ими системе налогообложения. Требовать от участников предъявления документов и сведений, не предусмотренных данным Законом, не допускается. В связи с этим суд отклонил довод заказчика о том, что в Законе N 94-ФЗ отсутствует прямой запрет на установление требования о включении в заявку информации о применяемой системе налогообложения.

*См. также:* Возможные последствия действий заказчика (уполномоченного органа) в зависимости от их квалификации >>>

**2. Правомерно ли устанавливать в документации о закупке требование о снижении цены контракта, предложенной участником, на сумму НДС, если победителем будет являться неплательщик такого налога?**

**Подход арбитражных судов (с учетом практики по Закону N 44-ФЗ):** Установление требования неправомерно.

**Документы, основанные на нормах Закона N 44-ФЗ**

*Решение Арбитражного суда Республики Северная Осетия - Алания от 18.11.2014 по делу N А61-2186/14*

**Требование заказчика:** признать незаконным решение антимонопольного органа.

**Обстоятельства дела:** В аукционную документацию включено требование снизить на сумму НДС цену контракта, предложенную победителем закупки, если им будет являться неплательщик такого налога. Антимонопольный орган признал действия заказчика нарушающими ч. 10 ст. 70 Закона N 44-ФЗ.

**Вывод и обоснование суда:** Действия заказчика неправомерны. Решение антимонопольного органа оставлено в силе.

Контракт заключается и оплачивается заказчиком по цене, предложенной победителем, вне зависимости от того, какую систему налогообложения применяет последний. При этом в ходе исполнения контракта цена может быть снижена по соглашению сторон без изменения количества товаров, объема работ, услуг и иных условий. Следовательно, действия заказчика по снижению цены контракта на сумму НДС до заключения самого контракта являются нарушением Закона N 44-ФЗ.

*Решение Арбитражного суда Республики Северная Осетия-Алания от 04.09.2014 по делу N А61-2187/14*

**Требование заказчика:** признать незаконным решение антимонопольного органа.

**Обстоятельства дела:** В аукционную документацию включено требование о снижении цены контракта, предложенной победителем закупки, на сумму НДС, если победителем будет являться неплательщик такого налога. Антимонопольный орган признал действия заказчика неправомерными.

**Вывод и обоснование суда:** Действия заказчика неправомерны. Решение антимонопольного органа оставлено в силе.

Цена контракта может быть снижена по соглашению сторон без изменения объема работ и иных условий только при его исполнении (пп. "а" п. 1 ч. 1 ст. 95 Закона N 44-ФЗ). Контракт заключается и оплачивается в соответствии с ценой, предложенной победителем аукциона, вне зависимости от того, какую систему налогообложения он применяет. Установление условия о снижении цены контракта на сумму НДС противоречит ч. 10 ст. 70 Закона N 44-ФЗ.

*См. также:* Возможные последствия действий заказчика (уполномоченного органа) в зависимости от их квалификации >>>

**3. Правомерно ли предусматривать в проекте контракта указание на то, что его цена включает НДС?**

**Подход арбитражных судов 1 (с учетом практики по Закону N 44-ФЗ):** Установление требования правомерно.

**Документы, основанные на нормах Закона N 44-ФЗ**

Постановления Арбитражного суда Уральского округа >>>

Решения Арбитражного суда Челябинской области >>>

*Постановление Арбитражного суда Уральского округа от 24.12.2014 N Ф09-8814/14 по делу N А76-11597/2014*

**Требование заказчика:** признать незаконным решение антимонопольного органа.

**Обстоятельства дела:** Заказчик предусмотрел в проекте контракта условие о том, что общая стоимость работ включает НДС в размере 18%. Антимонопольный орган признал заказчика нарушившим ч. 1 ст. 34 Закона N 44-ФЗ, поскольку наличие данного требования ограничивает круг участников лицами, которые не используют УСН, что может привести к невозможности заключить контракт на условиях, установленных в документации о закупке.

**Вывод и обоснование суда:** Действия заказчика правомерны. Решение антимонопольного органа в рассматриваемой части признано недействительным.

Аукционная документация и проект контракта не содержат положений, ограничивающих участие в закупке в зависимости от применяемой участником системы налогообложения. Как указал суд первой инстанции (см. Решение Арбитражного суда Челябинской области от 31.07.2014 N А76-11597/2014), сумма НДС признается прибылью победителя, не являющегося плательщиком налога. Победитель самостоятельно несет ответственность за соответствие ценового предложения требованиям нормативных актов. Кроме того, по соглашению сторон цена контракта может быть снижена без изменения объема работ и иных условий контракта, в том числе на сумму НДС.

*Решение Арбитражного суда Челябинской области от 27.10.2014 по делу N А76-16817/2014*

**Требование заказчика:** признать незаконным решение антимонопольного органа.

**Обстоятельства дела:** Заказчик предусмотрел в проекте контракта условие, согласно которому цена контракта включает в том числе НДС. По мнению антимонопольного органа, наличие данного условия может привести к нарушению ч. 1 ст. 34, ч. 10 ст. 70 Закона N 44-ФЗ, в случае если контракт будет заключаться с участником закупки, применяющим УСН.

**Вывод и обоснование суда:** Действия заказчика правомерны. Решение антимонопольного органа оставлено в силе как не нарушающее прав и законных интересов заказчика.

Аукционная документация и проект контракта не содержат положений, которые ограничивают участие в закупке в зависимости от вида налогового режима, применяемого участником закупки. Сумма НДС признается прибылью победителя, не являющегося плательщиком налога. Победитель самостоятельно несет ответственность за соответствие ценового предложения требованиям нормативных актов.

**Подход арбитражных судов 2 (с учетом практики по Закону N 44-ФЗ):** Установление требования неправомерно.

**Документы, основанные на нормах Закона N 44-ФЗ**

*Решение Арбитражного суда Приморского края от 26.12.2014 по делу N А51-30088/2014*

**Требование заказчика:** признать незаконным решение антимонопольного органа.

**Обстоятельства дела:** Победитель аукциона, применяющий УСН, предложил заказчику исключить НДС из проекта контракта. Заказчик отказался. Антимонопольный орган признал его действия нарушающими ч. 10 ст. 70 Закона N 44-ФЗ и обязал заказчика внести изменения в проект контракта путем исключения условий по уплате НДС.

**Вывод и обоснование суда:** Действия заказчика неправомерны. Решение антимонопольного органа оставлено в силе.

При оплате контракта, который был заключен с победителем аукциона, в том числе применяющим УСН, уменьшение цены на сумму НДС не производится. Контракт всегда заключается по цене, предложенной победителем закупки. Она может быть изменена только в случаях, определенных в ст. 95 Закона N 44-ФЗ.

Таким образом, заказчик нарушил ч. 10 ст. 70 Закона N 44-ФЗ, не включив в проект контракта цену, предложенную победителем аукциона.

*См. также:* Возможные последствия действий заказчика (уполномоченного органа) в зависимости от их квалификации >>>

**Возможные последствия действий заказчика**

**(уполномоченного органа) в зависимости от их квалификации**

**Внимание!** О порядке применения норм Кодекса РФ об административных правонарушениях при привлечении к административной ответственности за нарушения законодательства РФ о размещении заказов, допущенные как до 1 января 2014 г., так и после этой даты, см. Письмо ФАС России от 23.01.2014 N ИА/2111/14.

|  |  |  |
| --- | --- | --- |
| Квалификация действий заказчика (уполномоченного органа) | Возможные последствия при установлении нарушения | |
| ФАС России <1> | арбитражным судом |
| Установление в документации о торгах требования о том, что заявки участников размещения заказа должны включать сведения о применяемой ими системе налогообложения, может быть признано нарушением одной или нескольких из следующих норм Закона N 94-ФЗ:  - ч. 4 ст. 25;  - ч. 3 ст. 35;  - ч. 7 ст. 41.8 | 1. Выдача предписания о внесении изменений в документацию о торгах и (или) об аннулировании торгов.  Обязанность: исполнение предписания.  2. Привлечение к административной ответственности по ч. 4 ст. 7.30 КоАП РФ должностного лица заказчика, утвердившего документацию о торгах.  Наказание: штраф в размере 1% начальной (максимальной) цены контракта, но не менее 5000 руб. и не более 30 000 руб.  3. Привлечение к административной ответственности по ч. 4.2 ст. 7.30 КоАП РФ (в редакции, действовавшей до 1 января 2014 г.) должностного лица заказчика, утвердившего документацию о торгах <2>.  Наказание: штраф в размере 3000 руб. | 1. Признание процедуры размещения заказа недействительной.  2. Признание заключенного контракта недействительным и применение последствий недействительности сделки |
| Установление в документации о закупке требования о снижении цены контракта на сумму НДС, если победителем будет являться неплательщик такого налога, может быть признано нарушением ч. 10 ст. 70 Закона N 44-ФЗ | 1. Выдача предписания о внесении изменений в документацию о торгах и (или) об аннулировании торгов.  Обязанность: исполнение предписания.  2. Привлечение к административной ответственности по ч. 4.2 ст. 7.30 КоАП РФ должностного лица заказчика, утвердившего документацию о закупке.  Наказание: штраф в размере 3000 руб. | 1. Признание процедуры определения поставщика (подрядчика, исполнителя) недействительной.  2. Признание заключенного контракта недействительным и применение последствий недействительности сделки |

--------------------------------

<1> Данные последствия выявлены исходя из анализа судебной практики, норм Закона N 94-ФЗ, Закона N 44-ФЗ и положений Кодекса РФ об административных правонарушениях, устанавливающих ответственность за нарушение указанных Законов.

<2> Привлечение к ответственности на основании данной нормы в указанной редакции было возможно в случае, если правонарушение совершено до 1 января 2014 г. (п. 2 Письма ФАС России от 23.01.2014 N ИА/2111/14). С 1 января 2015 г. привлечение к административной ответственности за такое нарушение невозможно в силу действия предусмотренного в ст. 4.5 КоАП РФ годичного срока привлечения к административной ответственности.