

Потужніший двигун як ознака покращення якості предмета закупівлі та відсутність податкової операції як ознака підробки аналогічного договору

Однією з підстав для внесення змін до договору про закупівлю відповідно до ч. 4 ст. 36 Закону є покращення якості предмета закупівлі за умови, що таке покращення не призведе до збільшення суми, визначеної в договорі. Як бачимо з тексту норми, єдиним обмеженням використання даного пункту є заборона збільшувати загальну ціну договору, а покращення може стосуватися як товару, так і послуги чи роботи. Щоб скористатися даною нормою, замовникові ще до внесення змін до договору необхідно подбати про отримання від контрагента документального підтвердження факту покращення предмета закупівлі.

Варіанти покращення якості предмета закупівлі можуть бути доволі різноманітними й залежать від специфіки предмета закупівлі. З нижченаведеного рішення узаємо, який параметр транспортного засобу було визнано як покращення якості предмета закупівлі та надав можливість постачальникові замінити модель автомобіля, зазначену в тендерній пропозиції, на іншу.

У рубриці «Судова практика» журналу «Радник в сфері державних закупівель» № 7 (94) за липень 2019 року на стор. 48 ми розглядали фіскальну службу як орган державної влади, до якого замовник може звернутися на підставі ч. 7 ст. 28 Закону для перевірки інформації, поданої учасником на підтвердження такого кваліфікаційного критерію, як наявність працівників відповідної кваліфікації, які мають необхідні знання та досвід. Нижченаведене ж рішення показує, як фіскальна служба може допомогти перевірити дійсність договору, наданого учасником як документальне підтвердження досвіду виконання аналогічного договору.

Наприклад, якщо учасник має досвід продажу автомобілів, то з високою ймовірністю такий учасник є платником ПДВ, а тому учасник повинен подавати до фіскальних органів інформацію, зокрема, щодо ПДВ за договором, який надають у складі тендерної пропозиції.

Як дізнаємося з рішення, прокурор використовує можливість перевірити у фіскальній службі інформацію щодо відображення в податковій звітності учасника даних, які стосуються наданого для підтвердження кваліфікації договору. Як не дивно, підозри прокурора виявилися небезпідставними: учасник дійсно не відобразив у податковій звітності операцію за аналогічним договором, а тому такий договір має ознаки фіктивності. Разом з тим суд робить неочікувані висновки, про які дізнаємось нижче.



Постанова Східного апеляційного господарського суду від 25 березня 2019 року у справі № 913/416/18

Позиція прокуратури. Прокурор наголошує на тому, що при ухваленні оскаржуваного рішення господарським судом першої інстанції не було надано належної оцінки доданому прокурором до позовної заяви листу Головного управління Державної фіскальної служби в Луганській області від 05.05.2018 № 2924/9/12-52-12-01-32, з якого видно, що ТОВ «Х» (учасник процедури закупівлі) **не відображало в податковій звітності здійснення розрахунків з ТОВ «У», що, на думку прокурора, викликає сумнів у фактичному виконанні вказаного договору** та як наслідок свідчить про те, що тендерна пропозиція ТОВ «Х» не відповідає вимогам тендерної документації.

Безпідставно не було прийнято як належний та допустимий доказ у даній справі висновок судової автотоварознавчої експертизи від 07.06.2018 № 622, проведеної в межах кримінального провадження, відкритого за ознаками злочину, передбаченого ч. 2 ст. 364 Кримінального Кодексу України, яким було встановлено, що технічні характеристики автомобілів сміттєвоз порталний KGP 8.2 «Кобальт» та сміттєвоз порталний KGP 8.1 «Кобальт» не відповідають технічним вимогам до предмета закупівлі в частині вантажопідйомності устаткування та габаритних розмірів автомобілів по висоті.

Позиція суду. Щодо аналогічного договору в складі тендерної пропозиції учасника. Колегія суддів зазначає, що посилання прокурора на лист Головного управління Державної фіскальної служби в Луганській області від 05.05.2018 № 2924/9/12-52-12-01-32, з якого видно, що ТОВ «Х» не відображало в податковій звітності здійснення розрахунків з ТОВ «У», що, на думку прокурора, викликає сумнів у фактичному виконанні вказаного договору та як наслідок свідчить про те, що тендерна пропозиція ТОВ «Х» не відповідає вимогам тендерної документації, **є безпідставним, оскільки недотримання контрагентом ТОВ «Х» вимог податкового законодавства не може свідчити про відсутність факту реального здійснення господарської операції.**

Позиція суду. Щодо внесення замовником змін до договору про закупівлю в частині покращення якості предмета закупівлі.

Відповідач (замовник) доручив КП «Севєродонецьккомунсервіс» здійснити

порівняльний аналіз технічних характеристик сміттєвозів порталних KGP-8.2 та KGP-8.1. Отримано відповідь про те, що сміттєвоз порталний KGP-8.2 на шасі Foton Daimler обладнаний двигуном Cummins ISF3.8S потужністю 160 кінських сил, натомість автомобіль KGP-8.1 на шасі Foton Daimler обладнаний двигуном Perkins Ti потужністю 135 кінських сил. Інших принципових характеристик, що могли б впливати на здатність сміттєвоза до перевезення твердих побутових відходів в стандартному бункері обсягом 8 м³, у даних моделях сміттєвозів немає. **Отже, саме тип двигуна зі збільшеною потужністю і є покращенням якості предмета закупівлі й таким, що не призвело до збільшення суми, визначеної в договорі.**

Висновок

Щодо аналогічного договору. Хоча апеляційний суд і зазначив, що недотримання контрагентом вимог податкового законодавства не може свідчити про відсутність факту реального здійснення господарської операції, та замовник може визначати в умовах тендерної документації, що для поданих учасниками аналогічних договорів з ПДВ одним з доказів фактичного здійснення господарської операції буде дотримання сторонами аналогічного договору вимог податкового законодавства, у тому числі обов'язкового відображення в податковій звітності операції за аналогічним договором. У такому випадкові, якщо учасник надасть для підтвердження кваліфікації договір, за яким не було подано податкову звітність, то відповідно до ч. 7 ст. 28 Закону після отримання достовірної інформації про невідповідність учасника вимогам кваліфікаційних критеріїв замовник зможе відхилити тендерну пропозицію такого учасника.

Щодо внесення змін до договору про закупівлю в частині покращення якості предмета закупівлі. Зважаючи на те, що покращення якості предмета закупівлі залежить від його специфіки, у даному випадкові підставою для внесення змін до договору слугувало покращення якості (збільшення потужності двигуна).