



## АРБИТРАЖНЫЙ СУД ГОРОДА МОСКВЫ

115191, г. Москва, ул. Большая Тульская, д. 17  
<http://www.msk.arbitr.ru>

**Именем Российской Федерации**

### РЕШЕНИЕ

**г. Москва**  
**22 июля 2011 года**

**Дело № А40-33401/11**  
**107-141**

Резолютивная часть решения объявлена 15 июля 2011 года.  
Полный текст решения изготовлен 22 июля 2011 года.

Арбитражный суд г. Москвы в составе судьи Ларина М.В., единолично, при ведении протокола секретарем судебного заседания Тереховым А.А., рассмотрев в открытом судебном заседании дело по заявлению ООО «Альянс Бизнес Центр» (ОГРН 1037743049233, 107076, г. Москва, ул. Электrozаводская, д. 33, стр. 4) к ИФНС России № 18 по г. Москва (ОГРН 1047718048289, 107113, г. Москва ул. Шумкина д. 25) о признании недействительным решение от 21.01.2011 № 4, обязать возвратить НДС за 2 квартал 2010 года в размере 8 021 945 руб., при участии представителей заявителя: Сафронов В.Л., доверенность от 27.04.2011, паспорт, Захаров Ю.В., доверенность от 01.02.2011, представителей заинтересованного лица: Кустов С.Н., доверенность от 17.01.2011, удостоверение,

### УСТАНОВИЛ:

ООО «Альянс Бизнес Центр» (далее – Общество, налогоплательщик) обратилось в суд с требованиями к ИФНС России № 18 по г. Москве (далее – Инспекция, налоговый орган):

- признать недействительным решение от 21.01.2011 № 4 об отказе в возмещении частично суммы НДС, заявленной к возмещению;
- обязать Инспекцию возвратить НДС за 2 квартал 2010 года в размере 8 021 945 руб.

Ответчик (Инспекция) возражал против удовлетворения требований по доводам отзыва от 05.05.2011 (том 3 л.д. 3-6).

Выслушав лиц участвующих в деле, исследовав и оценив, имеющиеся в деле документы, суд пришел к выводу о частичной обоснованности требований ЗАО «Тушинский комплекс» по следующим основаниям.

Как следует из материалов дела, Инспекция проводила в отношении Общества камеральную проверку уточненной налоговой декларации по НДС за 2 квартал 2010 года, по окончании проверки составлен акт камеральной проверки от 03.12.2010 № 6661 (том 3 л.д. 22-28), рассмотрены материалы проверки (протокол от 12.01.2011 – том 5 л.д. 1-2), вынесены решение от 21.01.2011 № 54 об отказе в привлечении к ответственности за совершение налогового правонарушения (том 1 л.д. 17-23), решение от 21.01.2011 № 4 об отказе в возмещении частично суммы НДС (том 1 л.д. 16).

Указанными решениями налоговый орган: решение от 21.01.2011 № 54 об отказе в привлечении к ответственности – отказал в возмещении НДС в сумме 8 021 945 руб.

(пункт 1), отказал в привлечении к ответственности на основании пункта 1 статьи 109 Налогового кодекса Российской Федерации (далее – НК РФ) – пункт 2; решение от 21.01.2011 № 4 об отказе в возмещении частично суммы НДС – отказал в возмещении НДС в сумме 8 021 945 руб.

По вопросу соблюдения досудебного порядка обжалования решения.

В соответствии с частью 2 статьи 148 АПК РФ арбитражный суд оставляет исковое заявление без рассмотрения, если после принятия его к производству установит, что истцом не соблюден претензионный или иной досудебный порядок урегулирования спора с ответчиком, если это предусмотрено федеральным законом или договором.

Согласно пункту 1 и 2 статьи 101.2 НК РФ (в редакции с 01.01.2009) решение о привлечении к ответственности или об отказе в привлечении к ответственности, принятое налоговым органом в порядке установленном статьей 101 НК РФ по результатам проведенной налоговой проверки (выездной или камеральной) может быть обжаловано налогоплательщиком до вступления его в законную силу (10 дней с даты принятия – пункт 9 статьи 101 НК РФ) путем подачи апелляционной жалобы, порядок направления, срок рассмотрения и принятие решения по которой определяется статьями 139 – 140 НК РФ.

Пунктом 5 статьи 101.2 НК РФ прямо предусмотрено, что решение о привлечении или об отказе в привлечении к ответственности может быть обжаловано в судебном порядке только после обжалования этого решения в вышестоящем налоговом органе, срок для обращения в суд исчисляется со дня, когда лицу, в отношении которого вынесено это решение, стало известно о вступлении его в законную силу (данная норма действует в отношении решений, принятых с 1 января 2009 года).

Постановлением Президиума ВАС РФ от 24.05.2011 № 18421/10 предусмотрено, что в силу положений статей 88, 176, 101, 101.2 НК РФ решение об отказе полностью или частично в возмещении заявленной налогоплательщиком суммы налога и решение о частичном возмещении суммы налога как основанные на установленных в ходе камеральной проверки обстоятельствах могут быть обжалованы в суд только после рассмотрения вышестоящим налоговым органом соответствующей жалобы налогоплательщика и проверки его доводов и обстоятельств, явившихся основанием как для отказа в возмещении, так и для принятия решения о привлечении (об отказе в привлечении) к налоговой ответственности.

Судом установлено и не отрицается Обществом, что решение от 21.01.2011 № 4 об отказе в возмещении частично суммы НДС, вынесенное по результатам камеральной проверки налоговой декларации по НДС за 2 квартал 2010 года в вышестоящий налоговый орган (УФНС России по г. Москве) в порядке установленном статьей 101.2 НК РФ путем подачи апелляционной жалобы на не вступившее в силу решение или в порядке установленном статьей 139 НК РФ путем подачи жалобы на вступившее в силу решение не обжаловалось, следовательно, налогоплательщик установленный пунктом 5 статьи 101.2 НК РФ, с учетом постановления Президиума ВАС РФ от 24.05.2011 № 18421/10, обязательный досудебный порядок урегулирования спора не выполнил.

Учитывая отсутствие соблюдения Обществом установленного статьей 101.2 НК РФ обязательного досудебного порядка урегулирования спора заявление налогоплательщика в части требований о признании недействительным решение от 21.01.2011 № 4 об отказе в возмещении частично суммы НДС, заявленной к возмещению на основании части 2 статьи 148 АПК РФ подлежит оставлению без рассмотрения.

По требованию о возврате НДС за 2 квартал 2010 года судом установлено следующее.

В соответствии с пунктом 1 Постановления Пленума Высшего Арбитражного Суда Российской Федерации от 18.12.2007 г. № 65 «О некоторых процессуальных вопросах, возникающих при рассмотрении арбитражными судами заявлений налогоплательщиков, связанных с защитой права на возмещение НДС, по операциям

облагаемым названным налогом по ставке 0 процентов» (далее – Постановление Пленума ВАС РФ от 18.12.2007 г. № 65) налогоплательщик, обращаясь в суд за защитой своего права на возмещение НДС, вправе предъявить как требование неимущественного характера - об оспаривании решения (бездействия) налогового органа, так и требование имущественного характера - о возмещении суммы НДС (далее - требование о возмещении НДС). При этом, в случае, если налогоплательщиком предъявлены в суд одновременно оба требования и по требованию неимущественного характера пропущен срок, установленный частью 4 статьи 198 АПК РФ, или в восстановлении пропущенного срока было отказано, суд обязан рассмотреть по существу требование имущественного характера, поскольку применительно к пункту 3 статьи 79 НК РФ такое требование может быть предъявлено в суд в течение трех лет считая со дня, когда налогоплательщик узнал или должен был узнать о нарушении своего права на возмещение НДС.

Судом установлено, что Общество 19.08.2010 представило уточненную налоговую декларацию по НДС за 2 квартал 2010 года (том 1 л.д. 24-27), в которой отразил следующие показатели: раздел 3 «расчет суммы налога, подлежащей уплате в бюджет по операциям по реализации товаров (работ, услуг)» сумма налога, исчисленного с операций по реализации товаров (работ, услуг) по соответствующим налоговым ставкам – 2 224 020 руб. (строка 120); налоговые вычеты – 32 620 310 руб. (строка 220), в том числе сумма налога, предъявленная налогоплательщику при приобретении на территории Российской Федерации товаров (работ, услуг) – 31 923 502 руб. (строка 130), включая предъявленную подрядными организациями (заказчиками-застройщиками) – 31 480 964 руб. (строка 140), сумма налога, исчисленная с сумм оплаты, частичной оплаты, подлежащая вычету с даты отгрузки соответствующих товаров (выполнения работ, оказания услуг) – 696 808 руб. (строка 200), сумма налога, исчисленная к уменьшению по разделу 3 и в целом по декларации составила 30 396 290 руб. (строка 240 раздела 3 и строка 050 раздела 1).

Инспекция, проверив документы подтверждающие вычеты, установила следующие нарушения в части суммы НДС в размере 8 021 945 руб., предъявленной подрядной организацией ООО «Гарантстройсервис» на выполненные строительно-монтажных работ при создании административного здания по адресу: г. Москва, ул. Электrozаводская, вл. 33, 1) директор и учредитель компании - подрядчика Леонов М.В. постановлением мирового судьи судебного участка № 164 от 08.08.2006 привлечен к ответственности предусмотренной статьей 14.25 КоАП РФ в виде дисквалификации (том 3 л.д. 8-9), то есть в период с 2006 по 2008 год не мог осуществлять руководство организацией и подписывать первичные документы; 2) встречной проверкой подрядчика (справка – том 3 л.д. 19) установлено, что организация деятельности не осуществляла, представляла «нулевую» отчетность, работников, средств и активов не имела, то есть не могла самостоятельно выполнять строительно-монтажные работы; 3) лицензия на строительство получена подрядчиком в марте 2006 года (том 3 л.д. 18), то есть после заключения договора подряда; 4) из анализа выписки банка (том 5 л.д. 28-116) следует, что подрядчиком не осуществлялись платежи, характерные для обычной хозяйственной деятельности, включая выплату заработной платы, уплата налогов, перечисление средств субподрядчикам, за материал, технику и инструменты.

По данным нарушениям судом установлено следующее.

Общество с апреля 2004 года осуществляло строительство административно-делового комплекса по адресу: г. Москва, ул. Электrozаводская, вл. 33, выступая в качестве инвестора. Функцию заказчика-застройщика в период с 2005 по 2006 год выполняла компания ООО «Строй Эксперт» на основании договора по созданию нового объекта капитального строительства от 24.01.2005 (том 3 л.д. 41-52), с апреля 2007 года по окончанию строительства (2009 год) функцию заказчика-застройщика, технического заказчика и генерального подрядчика выполняла компания ООО «Фирма ПАРМА» на основании договора от 04.04.2007 (том 3 л.д. 53-60). До заключения

договора с заказчиком-застройщиком ООО «Строй Эксперт» в январе 2005 года на объекте силами подрядчика ООО «Фирма ПАРМА» выполнялись в течение 2004 года земляные работы и возведение фундамента под зданием на основании договоров от 22.04.2004 и от 10.05.2004, актов о приемке выполненных работ по форме КС-2 (том 1 л.д. 28-106).

После завершения работ «нулевого цикла» и передаче функции строительства заказчику-застройщику ООО «Строй Эксперт», по его инициативе и предложению Общество заключило с подрядчиком ООО «Гарантстройсервис» договор строительного подряда от 25.12.2005 № 01-СП/2005 на выполнение строительно-монтажных работ по строительству капитального здания (стен, опорных колонн и перекрытий), которые производились в течение 2006 года и были завершены по акту по форме КС-2 от 31.03.2007, подписанному представителями Общества (инвестора), подрядчика и технического заказчика (ООО «Фирма ПАРМА»), подрядчиком выставлена счет-фактура от 31.03.2007 № 10 на сумму НДС - 8 021 945 руб., оплаченная платежными поручениями (том 2 л.д. 1-134).

Завершающий этап строительства (отделка здания) производилась заказчиком-застройщиком и генеральным подрядчиком ООО «Фирма ПАРМА» с апреля 2007 по декабрь 2008 года. Объект принят государственной комиссией и введен в эксплуатацию на основании разрешения на ввод объекта в эксплуатацию от 30.03.2009 выданного Мосгосстройнадзор (том 3 л.д. 62-64), право собственности зарегистрировано в 2011 году на основании свидетельств о регистрации права (том 3 л.д. 105-106).

Пунктом 1 Постановления Пленума ВАС РФ от 12.10.2006 г. № 53 «Об оценке арбитражными судами обоснованности получения налогоплательщиками налоговой выгоды» (далее – постановление Пленума ВАС РФ от 12.10.2006 г. № 53) предусмотрено, что представление налогоплательщиком в налоговый орган всех надлежащим образом оформленных документов, предусмотренных законодательством о налогах и сборах, в целях получения налоговой выгоды (право на получение возмещения налога) является основанием для ее получения, если налоговым органом не доказано, что сведения, содержащиеся в этих документах неполны, недостоверны или противоречивы.

Налоговая выгода, связанная с применением налоговых вычетов или уменьшением налоговой базы по сделке (хозяйственной операции) в соответствии с пунктами 2, 4 постановления Пленума ВАС РФ от 12.10.2006 г. № 53, с учетом позиции изложенной в постановлениях Президиума ВАС РФ от 20.04.2010 г. № 18162/09, от 25.05.2010 г. № 15658/09 может быть признана необоснованной при представлении налоговым органом доказательств нереальности совершенных хозяйственных операций, являющихся основанием для ее получения либо доказательств отсутствия у налогоплательщика должной осмотрительности при совершении соответствующей сделке, то есть при наличии недостоверных первичных документов подтверждающих эту хозяйственную операцию налогоплательщик, исходя из условий и обстоятельств совершения и исполнения соответствующей сделки, знал или должен был знать об указании контрагентом недостоверных сведений или о подложности представленных документов.

При этом, оформление сделки и первичных документов по ней за подписью лица, отрицающего их подписание и/или наличие у него полномочий руководителя (недостоверные документы по сделке), нарушение контрагентом по сделке налогового законодательства, участие в сделках посредников и осуществление транзитных платежей через счета в одном банке, использование специальных форм расчетов и источников платежей в силу пункта 5, 9 и 10 Постановления Пленума ВАС РФ от 12.10.2006 г. № 53 и перечисленных постановлений Президиума ВАС РФ сами по себе при отсутствии обстоятельств отраженных в пункте 5 постановления или осведомленности об этих обстоятельствах налогоплательщика в силу взаимозависимости или аффилированности не являются основанием для признания налоговой выгоды необоснованной.

Налоговый орган в качестве доказательств недостоверности сведений указанных в первичных документах, ссылается на дисквалификацию генерального директора подрядчика ООО «Гарантстройсервис» Леонова М.В. на основании постановления мирового судьи судебного участка № 164 от 08.08.2006 о привлечен к ответственности предусмотренной статьей 14.25 КоАП РФ в виде дисквалификации (том 3 л.д. 8-9). При этом, никаких доказательств фактического отсутствия передачи выполненных работ и подписания первичных документов (договора, акта, счета-фактуры) именно генеральным директором Леоновым М.В., с учетом того, что договор составлен в декабре 2005 года (до дисквалификации) Инспекция в нарушении части 5 статьи 200 АПК РФ не представила. Также не представлено ни одного доказательства возможной осведомленности налогоплательщика при заключении договора подряда и приемке выполненных подрядчиком работ (подписания акта) о принятии судом постановления от 08.08.2006 о дисквалификации Леонова М.В., с запретом работать на должности генерального директора любых организаций.

Судом установлено, что сведения о дисквалификации должностных лиц коммерческих организаций не публикуются в официальном издании (обратного налоговый орган не доказал), не отражаются в ЕГРЮЛ (в представленной выписки из ЕГРЮЛ в отношении подрядчика по состоянию на 07.02.2011 – том 1 л.д. 102-106, такая информация отсутствует), в связи с чем, ни налогоплательщик, ни рекомендовавший этого подрядчика заказчик-застройщик (ООО «Строй Эксперт»), ни технический заказчик (ООО «Фирма ПАРМА»), принимавший вместе с Обществом работы подрядчика в 2007 году, не знали и не могли знать о дисквалификации директора подрядчика. Налоговый орган в нарушении части 5 статьи 200 АПК РФ обратного не доказал.

Общество в подтверждении реальности выполненных спорным подрядчиком строительных работ на объекте по возведению здания (стен, колонн и перекрытий) представило следующие документы:

- акт по форме КС-2 от 31.03.2007 в подтверждении факта выполнения работ согласован и подписан не только заказчиком (налогоплательщик) и подрядчиком (ООО «Гарантстройсервис»), то также и техническим заказчиком (ООО «Фирма ПАРМА»),
- в договоре строительного подряда от 25.12.2005 № 01-СП/2005 прямо указано, что подрядчик рекомендован заказчиком-застройщиком объекта капитального строительства (ООО «Строй Эксперт»),
- в договоре на строительство с заказчиком-застройщиком ООО «Фирма ПАРМА» от 04.04.2007 (том 3 л.д. 53-60) подтвержден факт выполнения работ силами подрядчика ООО «Гарантстройсервис» в период с марта 2006 по конец 2006 года,
- фактическое выполнение работ и присутствие подрядчика на строительном участке подтверждается многочисленными предписаниями и актами ОАТИ (том 3 л.д. 107-118),
- заключение о соответствии построенного объекта капитального строительства требованиям технических регламентов и проектной документации от 11.02.2009 (том 3 л.д. 104) и разрешение на ввод объекта в эксплуатацию от 27.03.2009 (том 3 л.д. 62-64) подтверждают факт окончания строительства здания, стены и перекрытия которого строил подрядчик ООО «Гарантстройсервис».

Также Обществом проявлена должная осмотрительность при заключении сделки и контроле за ходом строительных работ в виде получения выписки из ЕГРЮЛ (том 3 л.д. 119-137) и регистрационных документов, включая лицензию на строительство (том 2 л.д. 13-16).

Довод налогового органа о получении лицензии после начала строительства и после заключения договора в марте 2006 году не свидетельствует об отсутствии должной осмотрительности и необоснованной выгоде, поскольку сами строительные работы начались в марте 2006 года после получения подрядчиком лицензии, копию которой он передал заказчику.

Также не принимается довод о невозможности выполнения работ силами подрядчика в виду отсутствия работников, представление нулевой отчетности и отсутствие техники и материалов, со ссылкой на результаты встречной проверки, поскольку из справки о встречной проверке (том 5 л.д. 4-6) следует, что отчетность сдавалась регулярно до 2009 года, иных данных, включая сведения об отсутствии активов, имущества, техники и работников справка не содержит.

Инспекция в нарушении части 5 статьи 200 АПК РФ никаких доказательств отсутствия реальности работ, выполненных силами подрядчика ООО «Гарантстройсервис» не представила, также не представлено доказательств осведомленности Общества о недостоверности документов и нарушении подрядчиком налогового законодательства в силу взаимозависимости или аффилированности (пункт 10 Постановления Пленума ВАС РФ от 12.10.2006 г. № 53).

Дополнительно реальность выполнения работ именно этим подрядчиком подтверждается анализом выписки по расчетным счетам в банках (том 5 л.д. 28-116), из которого следует, что компания – подрядчик осуществляло в течение 2006 – 2007 года обычную хозяйственную деятельность, оплачивала заработную плату на банковскую карту, уплачивала налоги, платила за транспортные услуг, строительные материалы и строительные работы, то есть не являлась «фирмой – однодневкой».

Согласно пункту 1 статьи 176 НК РФ в случае, если по итогам налогового периода сумма налоговых вычетов превышает общую сумму налога, исчисленную по операциям, признаваемым объектом налогообложения в соответствии с подпунктами 1 - 3 пункта 1 статьи 146 настоящего Кодекса, полученная разница подлежит возмещению (зачету, возврату) налогоплательщику в соответствии с положениями настоящей статьи.

Учитывая изложенное, судом установлено, что Обществом правомерно применены налоговые вычеты в размере 8 021 945 руб. отраженные в налоговой декларации по НДС за 2 квартал 2010 года по счетам-фактурам выставленным ООО «Гарантстройсервис» за выполненные строительно-монтажные работы, доводы Инспекции изложенные в решении 21.01.2011 № 54 об отказе в привлечении к ответственности и решение от 21.01.2011 № 4 об отказе в возмещении частично суммы НДС, а также в отзыве на заявление являются неправомерными, противоречащими фактическим обстоятельствам дела, в связи с чем, суд считает, что сумма НДС в размере 8 021 945 руб., отраженная в налоговой декларации по НДС за 2 квартал 2010 года подлежит возмещению Обществу на основании пункта 1, 6 статьи 176 НК РФ путем возврата по заявлению от 14.04.2011 (том 3 л.д. 100), в связи с отсутствием недоимки (справка на 14.06.2011 – том 3 л.д. 102).

Уплаченная Обществом при обращении в арбитражный суд государственная пошлина в размере 65 109 руб. 73 коп. подлежит взысканию с Инспекции на основании части 1 статьи 110 АПК РФ пропорционально удовлетворенным требованиям (63 109 руб. 73 коп.) в качестве возмещения понесенных ей судебных расходов, в виду отсутствия освобождение государственных органов, проигравших спор, от возмещения судебных расходов, отношения по распределению которых возникают между сторонами судебного разбирательства после уплаты заявителем государственной пошлины на основании статьи 110 АПК РФ и не регулируются главой 25.3 НК РФ (пункт 7 Информационного письма Президиума ВАС РФ от 11.05.2010 г. № 139), в остальной части (2 000 руб.) подлежит возврату на основании статьи 333.40 НК РФ.

На основании изложенного, руководствуясь статьями 137, 138 Налогового кодекса Российской Федерации и статьями 110, 167, 170, 201 Арбитражного процессуального кодекса Российской Федерации, суд

**РЕШИЛ:**

Оставить заявление от 01.04.2011 г. Общества с ограниченной ответственности «Альянс Бизнес Центр» к Инспекции Федеральной налоговой службы № 18 по г. Москве без рассмотрения на основании пункта 2 части 1 статьи 148 АПК РФ в части

требования о признании недействительным решения от 21.01.2011 г. № 4 об отказе в возмещении частично суммы НДС, заявленной к возмещению.

Обязать Инспекцию Федеральной налоговой службы № 18 по г. Москве (ОГРН 1047718048289, 107113, г. Москва ул. Шумкина д. 25) возратить Обществу с ограниченной ответственности «Альянс Бизнес Центр» (ОГРН 1037743049233, 107076, г. Москва, ул. Электрозаводская, д. 33, стр. 4) НДС за 2 квартал 2010 года в размере 8 021 945 (восемь миллионов двадцать одна тысяча девятьсот сорок пять) рублей.

Взыскать с Инспекции Федеральной налоговой службы № 18 по г. Москве в пользу Общества с ограниченной ответственности «Альянс Бизнес Центр» уплаченную государственную пошлину в размере 63 109 (шестьдесят три тысячи сто девять) рублей 73 (семьдесят три) копейки.

Возратить Обществу с ограниченной ответственности «Альянс Бизнес Центр» из федерального бюджета государственную пошлину в размере 2 000 (две тысячи) рублей.

Решение подлежит исполнению после вступления в законную силу.

Решение может быть обжаловано в Девятый арбитражный апелляционный суд в течении месяца со дня принятия.

**СУДЬЯ**

**М.В. Ларин**