



**ШЕСТНАДЦАТЫЙ АРБИТРАЖНЫЙ АПЕЛЛЯЦИОННЫЙ СУД
ИМЕНЕМ РОССИЙСКОЙ ФЕДЕРАЦИИ
ПОСТАНОВЛЕНИЕ**

г. Ессентуки
06 марта 2017 года

Дело № А15-2703/2016

Резолютивная часть объявлена 28 февраля 2017 года

Постановление в полном объеме изготовлено 06 марта 2017 года

Шестнадцатый арбитражный апелляционный суд в составе:
председательствующего Афанасьевой Л.В.,
судей: Белова Д.А., Семенова М.У.,
при ведении протокола судебного заседания секретарем судебного заседания
Макаровым О.Ю.,
рассмотрев в открытом судебном заседании апелляционную жалобу Управления
ФНС России по Республике Дагестан на решение Арбитражного суда Республики
Дагестан от 10 октября 2016 года по делу № А15-2703/2016 (судья Магомедов Р.М.),
по заявлению открытого акционерного общества «Бабаюртовское ДЭП №5», ОГРН
1070547000039,
к Управлению ФНС России по Республике Дагестан,
о признании полностью недействительным решения Управления ФНС России по
РД №НХ-18/02 от 03.02.2016 об отказе в привлечении к ответственности за совершение
налогового правонарушения,
при участии в судебном заседании представителя Управления ФНС России по РД
– Акимов Т.А. по доверенности №05/401 от 30.12.2016;

Установил:

открытое акционерное общество «Бабаюртовское ДЭП №5» обратилось в
Арбитражный суд Республики Дагестан с заявлением к Управлению ФНС России по РД о

признании полностью недействительным решения №НХ-18/02 от 03.02.2016 об отказе в привлечении к ответственности за совершение налогового правонарушения.

Решением Арбитражного суда Республики Дагестан от 10 октября 2016 года требования удовлетворены.

Суд признал недействительным, несоответствующим Налоговому кодексу Российской Федерации решение Управления ФНС России по РД №НХ-18/02 от 03.02.2016 об отказе в привлечении к ответственности за совершение налогового правонарушения и взыскал с Управления ФНС по РД в пользу ОАО «Бабаюртовское ДЭП» 3000 руб. судебных расходов по уплате госпошлины.

Решение мотивировано задачи там, что задачи повторной проверки, исходя из предмета повторной выездной проверки общества, обстоятельств и финансово-хозяйственных операций, исследовавшихся в ее рамках, управлением не реализовывались. Повторная выездная налоговая проверка, хотя и оформлена управлением в порядке, предусмотренном пунктом 10 статьи 89 Кодекса, фактически таковой не являлась, поскольку была осуществлена с целью доначисления налогов по кругу тех обстоятельств и правонарушений и по взаимоотношениям с теми же контрагентами, которые были выявлены в результате первоначальной налоговой проверки.

Управление ФНС России по Республике Дагестан подало апелляционную жалобу, в которой просит решение суда отменить как незаконное и необоснованное. Управление указывает, что повторной выездной налоговой проверкой проведены дополнительные мероприятия, подтвердившие факт отсутствия реальности по операциям с контрагентами ООО «Юг-Строй», ООО «ТрейдМаркет», ООО «Росэкспресс» и ООО «Профит», поэтому у общества не было оснований включать стоимость товаров (работ, услуг) в расходы при исчислении ЕН по УСН и получать налоговый вычет по НДС.

Представитель управления доводы поддержал.

Общество в отзыве просило отказать в удовлетворении апелляционной жалобы, ссылаясь на законность решения суда.

Общество ходатайствовало об отложении дела, ссылаясь на возможность предоставления новых документов. Суд отклонил ходатайство, поскольку дополнительные доказательства апелляционным судом принимаются в исключительных случаях; рассмотрение дела уже откладывалось; доказательств реального запроса документов у контрагентов документов не имеется; общество имело достаточное время обосновать свою позицию.

Выслушав представителя Управления, изучив материалы дела, оценив доводы жалобы и отзыва, и проверив законность судебного акта в порядке, установленном главой

34 Арбитражного процессуального кодекса Российской Федерации, арбитражный апелляционный суд пришел к выводу, что решение подлежит отмене.

Из материалов дела усматривается.

МРИ ФНС России №15 по РД проведена выездная налоговая проверка общества за 2011-2012 годы, по результатам которой составлен акт №12 от 27.08.2014, на основании которого инспекцией вынесено решение о привлечении к ответственности за совершение налогового правонарушения от 02.10.2014 №12.

Решением обществу доначислены НДС в размере 3279276руб., налог на прибыль - 3643640руб., УСН - 1153966руб., начислена пеня в сумме 1441396руб., и оно привлечено к налоговой ответственности в виде взыскания штрафных санкций в соответствии со статьей 122 НК РФ в размере 1615376руб.

Не согласившись с решением управления и посчитав его незаконным и нарушающим его права, заявитель в порядке статей 101.2, 139 Налогового кодекса Российской Федерации (далее - НК РФ, Кодекс), обратился с жалобой в УФНС России по РД.

По результатам рассмотрения жалобы общества УФНС России по РД решение инспекции от 02.10.2014 №12 отменило.

Решением от 25.02.2015 № СХ-1811 управление на основании пп 1 п.10 статьи 89 НК РФ в порядке контроля за деятельностью нижестоящей налоговой инспекции назначило повторную выездную налоговую проверку общества за 2012 год.

Управлением проведена повторная выездная налоговая проверка, по результатам которой составлен акт № 09 от 08.12.2015.

03.02.2016 Управлением принято решение об отказе в привлечении к ответственности за совершение налогового правонарушения №НХ-18/02, которым начислен налог по УСН - 984918руб., НДС - 4130252руб., налог на прибыль в ФБ - 478917руб., налог на прибыль в РБ - 4310253руб. и пени в сумме 3026592руб.

Общество обжаловало решение Управления в ФНС России.

Решением ФНС России от 18.05.2016 решение УФНС по РД от 03.02.2015 оставлено без изменения.

В порядке статей 137 и 138 НК РФ общество обратилось с заявлением в арбитражный суд об оспаривании решения УФНС России по РД.

Решения, действия (бездействия) налоговых органов могут быть признаны судом незаконными (недействительными) при наличии одновременно двух условий: несоответствия их закону или иному нормативному правовому акту и нарушения ими прав и охраняемых законом интересов заявителя (статьи 198 и 201 АПК РФ).

Таким образом, в предмет доказывания по делу входит несоответствие оспариваемых решений действующему законодательству, а также факт нарушения прав и законных интересов заявителя в сфере предпринимательской и иной экономической деятельности.

По смыслу части 1 статьи 65 и части 5 статьи 200 АПК РФ обязанность доказывания соответствия оспариваемого ненормативного правового акта закону или иному нормативному правовому акту, законности принятия оспариваемого решения, а также обстоятельств, послуживших основанием для принятия оспариваемого акта, возлагается на орган или лицо, которые приняли акт.

Признавая недействительным решение управления, Арбитражный суд РД удовлетворил заявленные требования истца на основании следующих обстоятельств.

- в ходе повторной проверки управлением проверена деятельность общества по взаимоотношениям с одними и теми же контрагентами за один и тот же период.
- Управление отменяя решения первичной налоговой проверки дав оценку доводам общества о проявлении должной осмотрительности при выборе контрагентов, наличия реальных хозяйственных отношений с заявленными контрагентами признала доводы налогоплательщика обоснованными, также управление согласилось с доводами общества, отметив, что неправомерные действия поставщика товара, не свидетельствуют о недобросовестных намерениях налогоплательщика.
- Управление отменяя решение по результатам первичной проверки указав на неполноту проведенных мероприятий налогового контроля управлением в ходе мероприятий налогового контроля не проведены те мероприятия, не проведение которых отмечено в решении управления от 12.01.2015 №16-08/00028 принятого по жалобе общества на решение №12 от 03.10.14.
- управлением не исследованы выписки банка по счетам налогоплательщика и контрагентов, не изучены и не проанализированы счета-фактуры (нет указания ни на одну счет-фактуру), не изучены договора поставки, не опрошены материально ответственные лица налогоплательщика, не проверен факт поступления и оприходования ТМЦ, не опрошены лица, которые принимали выполненные работы, не доказан факт не проявления должной осмотрительности при выборе контрагента, не проверено отсутствие документального подтверждения полномочий руководителя контрагента, копий документов удостоверяющих его личность, либо его представителя, не проверена информация о фактическом местонахождении контрагента, его складских и/или производственных либо торговых площадей.
- Управление необоснованно доначислило НДС в сумме 569 352 руб., по счет фактуре № 36 от 31.05.2012г.

- Фактически повторная выездная налоговая проверка хотя и оформлена Управлением в порядке, предусмотренном пунктом 10 статьи 89 Кодекса, фактически таковой не являлась, поскольку была осуществлена с целью доначисления налогов по кругу тех обстоятельств и правонарушений и по взаимоотношениям с теми же контрагентами, которые были выявлены в результате первоначальной налоговой проверки.

При этом судом первой инстанции не учтено следующее.

В соответствии с пунктом 10 статьи 89 НК РФ повторной выездной налоговой проверкой налогоплательщика признается выездная налоговая проверка, проводимая независимо от времени проведения предыдущей проверки по тем же налогам и за тот же период.

При назначении повторной выездной налоговой проверки ограничения, указанные в пункте 5 настоящей статьи, не действуют. При проведении повторной выездной налоговой проверки может быть проверен период, не превышающий трех календарных лет, предшествующих году, в котором вынесено решение о проведении повторной выездной налоговой проверки.

Повторная выездная налоговая проверка налогоплательщика может проводиться вышестоящим налоговым органом - в порядке контроля за деятельностью налогового органа, проводившего проверку.

Согласно постановлениям Президиума Высшего Арбитражного суда Российской Федерации от 28.07.2009 N 5172/09 и от 25.05.2010 N 17099/09, а также правовой позиции, изложенной в пункте 2 постановления Конституционного Суда Российской Федерации от 17.03.2009 N 5-П, согласно которой повторная выездная налоговая проверка, проводимая вышестоящим налоговым органом в порядке контроля за деятельностью налогового органа, осуществившего первоначальную выездную налоговую проверку, должна отвечать критериям необходимости, обоснованности и законности, с тем, чтобы не превратиться в инструмент подавления экономической самостоятельности и инициативы, чрезмерного ограничения свободы предпринимательства и права собственности. Иной подход создавал бы налогоплательщику препятствия для свободного волеизъявления в процессе реализации права на обжалование (Постановление Президиума ВАС РФ от 28.07.2009 N5172/09).

Основанием для принятия решения о назначении повторной выездной проверки явились служебные записки начальника отдела досудебного урегулирования налоговых споров Управления Абдуллаева М.О. и начальника контрольного отдела № 3 Управления ФНС России по РД Алиева Т.А., из которого следует, что Инспекцией в ходе выездной налоговой проверки проведены не все мероприятия налогового контроля в отношении

проверяемого лица, и не до конца проанализирован вопрос отсутствия финансово-хозяйственной деятельности общества по взаимоотношениям со следующими контрагентами ООО «Юг-Строй», ООО «ТрейдМаркет», ООО «Росэкспресс» и ООО «Профит». Инспекцией не проанализированы банковские выписки по расчетным счетам обществе для установления фактического перечисления денежных средств на расчетные счета вышеуказанных контрагентов; не был проведен опрос руководителей вышеуказанных контрагентов общества по вопросу заключения договоров поставки товарно-материальных ценностей и фактической перевозки товаров; учитывались критерии оценки рисков утвержденных приказом ЗГНС России от 30.05.2007 № ММ-З-06/333®; налоговая нагрузка у общества ниже ее среднего уровня по хозяйствующим субъектам в конкретной отрасли (виду экономической деятельности); в налоговой отчетности отражены значительные суммы налоговых вычетов за определенный период. Доля вычетов по НДС от суммы начисленного с налоговой базы налога превышает 89 % за период 12 месяцев (у общества вычетов составляет 95 %) и, следовательно, инспекцией не были исследованы и проверены данные обстоятельства; не проанализирован факт не проявления должной осмотрительности выборе контрагентов. У общества отсутствуют: личные контакты с руководителем (уполномоченными должностными лицами) компании-поставщика и руководителя (уполномоченных должностных лиц) компании-покупателя при обсуждении условий поставки, а также при подписи договоров; документальное подтверждение полномочий руководителя компании-контрагента, копий документов, удостоверяющих его личность; документальное подтверждение полномочий представителя контрагента, копии документа, удостоверяющего его личность; информация о фактическом местонахождении контрагента, а также местонахождении складских и/или торговых помещений; не изучены счет-фактуры; не изучены договора поставки; не опрошены материально ответственные лица налогоплательщика, не проверен факт поступления и оприходования ТМЦ; не опрошены лица, которые принимали выполненные работы.

Вышеизложенные недостатки были устранены при проведении повторной выездной налоговой проверки.

Вывод Арбитражного суда РД о том, что в ходе повторной проверки Управлением проверена деятельность общества по взаимоотношениям с одними теми же контрагентами за один и тот же период, а потому решение является недействительным, сделан без учета положений . 10 ст. 89 НК РФ, содержащих указание на то, что при назначении повторной выездной налоговой проверки ограничения, указанные в п. 5 ст. 89 НК РФ, не действуют. НК РФ проводить повторную налоговую проверку по одним и тем же налогам за тот же налоговый период.

Предметом повторной выездной налоговой проверки является правильность исчисления и своевременность уплаты (удержания, перечисления) по всем налогам и сборам за период 01.01.2012г. по 31.12.2012г., по НДС с 01.07.2012г. по 31.12.2012г. По итогам мероприятий налогового контроля составлен акт повторной выездной налоговой проверки № 09 от 08.12.2015г. и вынесено решение об отказе к привлечению к ответственности за совершение налогового правонарушения № НХ-18/02 от 03.02.2016г. Указанным решением начислен налог по УСН - 984 918 рублей, НДС - 4 310 252 рублей, налог на прибыль организаций в федеральный бюджет - 478 917 рублей, налог на прибыль организаций в республиканский бюджет - 4 310 253 рублей, а также пени в сумме - 3 026 592 рублей.

С целью подтверждения правомерности произведенных расходов по приобретению материально-товарных ценностей и финансово-хозяйственных отношений в адрес контрагентов, в соответствии со ст. 93.1 НК РФ, Управлением были направлены поручения об истребовании документов (информации) у контрагентов общества. В адрес ИФНС России по Ленинскому району г. Махачкалы направлено поручение № 18-11/02762 от 25.03.2015г. об истребовании документов (информации) у ООО «Юг-строй». Получен ответ о неисполнении требования о представлении документов, также лица ответственные за финансово-хозяйственную деятельность в Инспекцию не явились.

По дополнительной информации, ООО «Юг-Строй» относится к категории налогоплательщиков, представляющих в налоговый орган налоговую отчетность с нулевыми показателями, свидетельствующую о неведении налогоплательщиком реальной финансово хозяйственной деятельности.

В ходе первичной проверки проведен осмотр территорий, помещений ООО «Юг-Строй» (протокол осмотра территорий, помещений № 5 от 25.06.2014. и № 08 17 от 30.06.2014г.). Согласно составленным протоколам данный налогоплательщик по юридическому адресу, указанному в учредительных документах не находится.

Также организация имеет признаки характерные фирмам - «однодневки»: отсутствие по адресу, указанному в учредительных документах; не представление налоговой бухгалтерской отчетности; неисполнение требований о представлении документов (информации); отсутствие у организации основных средств и производственных мощностей, для реального осуществления финансово-хозяйственной деятельности; крайне низкая налоговая нагрузка по виду деятельности (производство общестроительных работ по возведению зданий); справки о доходах формы № 2 НДФЛ в инспекцию не представлены.

В ходе допроса руководителя ООО «Юг-Строй» Гитинова Шамиля Абдуллаевича (Протокол допроса свидетеля № 18-19/02 от 22.09.2015г.), в ходе которого установлено

отсутствие у организации основных средств и человеческих ресурсов для реального осуществления финансовой деятельности, наличие фиктивного документооборота с целью обналичивания денежных средств и получения необоснованной налоговой выгоды.

В адрес ИФНС России № 8 по г. Москве направлено поручение истребовании документов (информации) № 18-11/02759@ от 25.03.2015г. отношении ООО «Профит» и получен ответ исполнителя о том, что контрагенту направлено требование о предоставлении документов (информации). Согласно письму ИФНС № 8 Москве руководителем и учредителем организации является Калачев Александр Витальевич. Последняя бухгалтерская отчетность организации была представлена за 9 месяцев 2012г.

Инспекцией направлен запрос от 16.06.2014г. № 24.-20/001870дсп в УВД по ЦАО ГУ МВД России по г. Москве об установлении местонахождения руководителя организации и уведомление учредителю организации для вызова на допрос.

По сведениям инспекции исполнителя учредитель на допрос не явился. По данным федерального информационного ресурса «Единый государственный реестр юридических лиц» (ФИР «ЕГРЮЛ») Калачев А.В. являлся руководителем следующих организаций: ООО «Парус», ООО «Пропит», ООО «Стратос», ООО «Соломон», ООО «Дормостпроект», ООО «Коммунальная компания» и ООО «Ария». Согласно сведениям ФИРА «Сведения о физических лицах» Калачев А.В. от ООО «Профит» доход в 2012г. не получал.

Согласно сведениям, сформированным в ФИР ПК «ВАИ» за период с 01.01.2012г. по 21.10.2015г. ООО «Профит» обладает следующими критериями риска: представление «нулевой» бухгалтерской отчетности; отсутствие основных средств; отсутствие работников и лиц, привлеченных договорам гражданско-правового характера; имеется массовый учредитель (участник) - физическое лицо.

Из материалов поступивших в УЭБ и ПК МВД ГУ МВД России по г. Москве (вх. 4/21/11428 от 25.07.2013г.) усматривается, что ООО «Профит» юридическому адресу г. Москва, 4-й Красносельский переулок д. 5 не располагается. Проведенным оперативно-розыскным мероприятием установить фактическое место нахождения ООО «Профит» не представилось возможным. По данному адресу, указанному выше находится инженерная служба Красносельского района ЦАО г. Москвы.

По взаимоотношениям с ООО «Росэкспресс» в Межрайонную ИФНС России № 13 по РД направлено поручение об истребовании документов (информации) у ООО «Росэкспресс» № 18-11/0203 8@ от 05.03.2015. Получен ответ 01/ИС/002982@ от 28.09.2015г., что налогоплательщик по требованию налогового органа исполнителя документы, подтверждающие финансово-хозяйственные взаимоотношения с обществом не представил. В ходе первичной проверки произведен осмотр территорий, помещений №

29/9 от 15.05.2014г. По результатам осмотра установлено, что по юридическому адресу РД, Шамильский район Хебда офисные помещения отсутствуют. В протоколе № 29/9 от 15.05.2014г., фиксируется факт отсутствия офисных помещений по юридическому адресу. Управление не отрицает наличие офисных помещений по фактическому адресу: Россия, Республика Дагестан, Махачкала, пр. Шамиля, 35 офис 22. Наличие процессуальных нарушений при оформлении протокола осмотра № 29/9 15.05.2014г., не меняет факта отсутствия офисных помещений по юридическому адресу и не отрицает их наличие по фактическому адресу. Данный факт подтверждается истцом в исковом заявлении.

Учредителем и руководителем ООО «Росэкспресс» с 2008г. является Давудов Абдусалам Загидович.

В соответствии со ст. 90 НК РФ, проведен допрос Даудова Абдусалама Загидовича (протокол допроса свидетеля № 18-19/01 от 31.08.2015г.), из которого следует, что в ООО «Росэкспресс» численный состав работников составляет 1 человек, основных средств, автотранспортных средств, складских помещений имеется и не имелось, договора с истцом подписывались формально и фиктивно, никакой поставки изначально не планировалось, отгрузки товара не было, работников не было и договора не заключались; первичных документов взаимоотношениям с истцом не имеется и представить не может; средства за фиктивные поставки перечислялись на расчетный «Росэкспресс» в ООО «Новый Коммерческий Банк», которые в дальнейшем снимались в кассу ООО «Росэкспресс» наличными и в дальнейшем передавались представителю истца. С этих фиктивных сделок руководитель ООО «Росэкспресс» получал 1000 руб. с 1 000 000 рублей.

По взаимоотношениям с ООО «ТрейдМаркет» по поводу поставки товарной накладной и счету-фактуре № 17 от 08.08.2012г. жидкого битума количестве 80 тонн на сумму 1296000 руб. в ИФН России № 26 по г направлено поручение об истребовании документов (информации) у «ТрейдМаркет» № 18-11/02760@ от 25.03.2015г. Получен ответ, что документы, подтверждающие взаимоотношения с ОАО «Бабаюртовское ДЭШ инспекцию налогоплательщик не представил.

По дополнительной информации, полученной от инспекции исполнителя ООО «ТрейдМаркет» состояло на учете в инспекции с 19.01.2012г., по решению налогового органа 13.04.2015г. предприятие исключено из ЕГРЮЛ. Последняя бухгалтерская отчетность представлена за 2012г. Организация относится к категории налогоплательщиков, представляющих «нулевую» отчетность.

Учредителем и руководителем предприятия является Урекин Михайлович, прописанный по адресу г. Москва, ул. Сталеваров 14, д. 5, кв. 59.

С целью проведения допроса Урекина К.М., в соответствии со ст. 90 ИФНС России № 20 по г. Москве направлено поручение о допросе свидетеля 11/05036@ от 01.06.2015г. Однако, свидетель на допрос в налоговый орган явился.

ИФНС России № 20 по г. Москве письмом № 18-09/21242@ от 02.06.2015г. направила копии ранее проведенных протоколов допроса Урекина К.М.

В данных протоколах свидетель сообщает, что одновременно номинальным учредителем и генеральным директором в 42 организациях, к которым фактически отношения не имеет. Доверенность на представление интересов в каких-либо организациях ни на него, ни от его лица не выдавались.

По сведениям МВД России по РД, полученным от УЭБ и ПК России по г. Москве письмом № 4/21/11930 от 15.08.2013г., и объяснениям от 02.08.2015г. генеральный директор ООО «ТрейдМаркет» - Урекин К.М. сообщает, что руководителем организации не является, решение о создании предприятия не принимал, взнос в уставной капитал не осуществлял, подписи под учредительными документами декларациями, счет-фактурами, договорами, приказами, доверенностями и иными документами, в которых он выступает в качестве руководителя (учредителя), являются поддельными. Все письма и заявления, сделанные ранее от его имени о том, что является учредителем, руководителем и о том, что подписывал какие-либо документы, касающиеся финансово-хозяйственной деятельности ООО «ТрейдМаркет» просит считать недействительным.

По данным ФИР «Сведения о физических лицах», в 2012г Урекин К.М. получал доходы от ООО «Релсервис», ООО «Рапсодия», ЗАО «Прогрессивтехнолоджи», ЗАО «СТГ», ООО «Медиум», ООО «АПС», ООО «Надежность и качество», ООО «Маркер» и ООО «Голфстрим», однако доход от ООО «ТрейдМаркет» не получал.

По сведениям, сформированным в ФИР ПК «ВАИ» за период с 01.01.2012г. по 21.10.2015г. ООО «Трейд-Маркет» обладает следующими критериями риска: представление «нулевой» бухгалтерской отчетности; отсутствие основных средств; представление «нулевой» налоговой отчетности; отсутствие работников и лиц, привлеченных по договорам гражданско-правового характера; имеется массовый учредитель (участник) - физическое лицо; непредставление налоговой отчетности; имеется массовый руководитель - физическое лицо; неисполнение требований о представлении документов (информации).

Вышеуказанные обстоятельства в совокупности, а также в совокупности с другими обстоятельствами свидетельствуют о получении налогоплательщиком необоснованной налоговой выгоды.

Согласно правовой позиции Президиума ВАС РФ, отраженной постановлением от 25.05.2010г. № 15658/09, по условиям делового оборота при осуществлении выбора

контрагентов оценивается деловая репутация и платежеспособность контрагента, риск не исполнения обязательств и представления обеспечения их исполнения, наличие у контрагента необходимые ресурсов (производственных мощностей, технологического оборудования) квалифицированного персонала) и опыта.

Арбитражный суд Республики Дагестан, удовлетворяя заявленные требования истца и указывая на не проведенные мероприятия, не в полной мере изучил документы, полученные в ходе повторной проверки и не дал им правовую оценку.

Так, суд не дал оценку того, как контрагенты могли осуществиться операции при отсутствии основных средств, производственных мощностей, трудовых ресурсов, складских помещений, транспортных средств, офисных помещений, отсутствии первичной документации подтверждающей взаимоотношения; не учел показания руководителей контрагентов, которые утверждают, что реальных операций не было, договора носили фиктивный характер, документацию представить не могут в связи с отсутствием реальных хозяйственных операций с обществом.

Суд первой инстанции так же не дал оценки наличия деловой цели закупки товаров в Москве, не учло особенности битума как скоропортящегося товара при закупке и перевозке из Москвы.

Согласно п. 3 Постановления Пленума ВАС РФ от 12.10.2006 N 53 "Об оценке арбитражными судами обоснованности получения налогоплательщиком налоговой выгоды", налоговая выгода может быть признана необоснованной, в частности, в случаях, если для целей налогообложения учтены операции не в соответствии с их действительным экономическим смыслом или учтены операции, не обусловленные разумными экономическими или иными причинами целями делового характера).

В силу п 5. п. 6 Постановления Пленума ВАС РФ от 12.10.2006 N 53 "Об оценке арбитражными судами обоснованности получения налогоплательщиком налоговой выгоды" о необоснованности налоговой выгоды могут также свидетельствовать подтвержденные доказательствами доводы налогового органа о наличии следующих обстоятельств: невозможность реального осуществления налогоплательщиком указанных операций с учетом времени, места нахождения имущества или объема материальных ресурсов, экономически необходимых для производства товаров, выполнения работ или оказания услуг; отсутствие необходимых условий для достижения результатов соответствующей экономической деятельности в силу отсутствия управленческого или технического персонала, основных средств, производственных ИКТНВОВ, складских помещений, транспортных средств; учет для целей налогообложения только тех хозяйственных операций, которые непосредственно связаны с возникновением налоговой выгоды, если для данного вида деятельности также требуется совершение и учет иных

хозяйственных операций; совершение операций с товаром, который не производился или не мог быть произведен в объеме, указанном налогоплательщиком в документах бухгалтерского учета.

В случае наличия особых форм расчетов и сроков платежей, свидетельствующих о групповой согласованности операций, суду необходимо исследовать, обусловлены ли они разумными экономическими или иными причинами (деловыми целями).

Судам необходимо иметь в виду, что следующие обстоятельства сами по себе не могут служить основанием для признания налоговой выгоды необоснованной: создание организации незадолго до совершения хозяйственной операции; - взаимозависимость участников сделок; неритмичный характер хозяйственных операций; нарушение налогового законодательства в прошлом; разовый характер операции; осуществление операции не по месту нахождения налогоплательщика; осуществление расчетов с использованием одного банка; осуществление транзитных платежей между участниками взаимосвязанных хозяйственных операций; использование посредников при осуществлении хозяйственных операций. Однако эти обстоятельства в совокупности и взаимосвязи с иными обстоятельствами, в частности, указанными в пункте 5 настоящего Постановления, могут быть признаны обстоятельствами, свидетельствующими о получении налогоплательщиком необоснованной налоговой выгоды.

Согласно п. 10. Постановления Пленума ВАС РФ от 12.10.2006 N 53 "Об оценке арбитражными судами обоснованности получения налогоплательщиком налоговой выгоды" факт нарушения контрагентом налогоплательщика своих налоговых обязанностей сам по себе не является доказательством получения налогоплательщиком необоснованной налоговой выгоды. Налоговая выгода может быть признана необоснованной, если налоговым органом будет доказано, что налогоплательщик действовал без должной осмотрительности и осторожности, и ему должно было быть известно о нарушениях, допущенных контрагентом, в частности, в силу отношений взаимозависимости или аффилированности налогоплательщика с контрагентом.

Материалами повторной налоговой проверки подтверждено, что по взаимоотношения общества со следующими контрагентами ООО «Юг-Строй», ООО «ТрейдМаркет», ООО «Росэкспресс» и ООО «Профит» не носили реального характера; фирмы относятся к числу фирм-однодневок, не ведущих реальной экономической деятельности, договора заключались и документы оформлялись для вида, с целью получения необоснованной налоговой выгоды.

На этом основании, в нарушение требований п.1 статьи 346.16, статьи 252 НК РФ налогоплательщик не обоснованно завысил расходы по УСН на сумму 10 039 662,

получил необоснованную налоговую выгоду, уменьшив сумму налога по УСН на 984 918 рублей.

В нарушение статей 246, 247, 252, 265 НК общество при исчислении налога на прибыль неправомерно увеличило расходы, принимаемые в целях налогообложения путем списания затрат по приобретению ТМЦ и за оказание услуг, что привело к уменьшению налоговой базы для исчисления налога на прибыль за 2012 год 28 043 747 рублей и не исчислению и неуплате налога на прибыль 4 789 170 рублей.

В нарушение требований статей 171, 172 НК РФ общество необоснованно применило налоговые вычеты по операциям, не носящим реального характера, что повлекло неуплату НДС 5 047 874 рубля, в том числе 3 квартал – 3 210 092 руб., 4 квартал 1 837 782 рубля.

На неуплаченные суммы налога правомерно, в соответствии со статьей 75 НК РФ начислены пени.

Поскольку сговор налогоплательщика с налоговой инспекцией не установлен, штраф в соответствии с абзацем 7 пункта 10 статьи 89 НК РФ правомерно не начислялся.

Довод общества о том, что материальные ценности учтены в учете, поэтому могли быть учтены при исчислении налогов по рыночным ценам, неприемлем, поскольку доказательств реального приобретения товаров не имеется.

Довод о том, что общество проявило должную осмотрительность в выборе контрагентов, отклоняется, поскольку обществом не представлено доказательств того, что при выборе контрагентов ООО «Юг-Строй», ООО «ТрейдМаркет», ООО «Росэкспресс» и ООО «Профит» в качестве контрагентов им были оценены не только условия сделки и коммерческая привлекательность, но и деловая репутация, а также риск неисполнения обязательств и наличия у них персонала. Заявитель не осуществил действий, направленных на максимальное уменьшение рисков при осуществлении хозяйственной деятельности.

Вывод суда первой инстанции о не изучении Управлением счетов-фактур, выписок банка и иной документации является необоснованным, так как в решении не указано, какие именно счет-фактуры, выписки банка и другая документация не были изучены Управлением. Спора по этим обстоятельствам нет; общество не оспаривает величину расходов и сумму вычетов по названным контрагентам.

Вывод о том, что Управление не анализировало факт оприходования МТЦ, является необоснованным. Повторной проверкой подтверждено наличие фиктивных финансово-хозяйственных отношений между обществом и контрагентами и необходимые мероприятия для подтверждения данного факта были проведены в полной мере.

В 3 квартале 2012г. ОАО «Бабаюртовская ДЭП №5» перечислил «Юг-Строй» денежные средства по оплате за выполненные строительно-монтажные работы на сумму - 3 732 422 руб., (в том числе НДС - 569 352 руб.).

Истец в исковом заявлении считает необоснованным доначисление НДС в сумме 569 352 руб., по взаимоотношениям с ООО «Юг-строй».

Как следует из материалов дела, вышеуказанная сумма была перечислена платежным поручением 118 от 03.07.2012г. за выполненные ООО «Юг-строй» строительно-монтажные работы по счету-фактуре № 36 от 31.05.2012г. Счет-фактура и акт выполненных работ форма КС- 2 № 2 от 31.05.2012г. были учтены обществом в 1 полугодии 2012г. по УСН. В книге покупок указанная счет-фактура не отражалась, к вычету указанные суммы не принимались и соответственно по ним нельзя отказать в вычете по НДС в книге покупок.

Согласно п. 2 ст. 346. 17 НК РФ расходами налогоплательщика признаются затраты после их фактической оплаты.

Управление правомерно не учло в расходах НДС по счет фактуре № 36 от 31.05.2012г., так оплата была произведена 03.07.2012г., когда общество утратило право нахождения на УСН. Факт перечисления суммы по платежному поручению № 118 от 03.07.2012г., отсутствие фиксации в книге покупок счет-фактуры № 36 от 03.07.2012г., также подтверждается обществом в исковом заявлении.

Признание расходов в виде сумм налога на добавленную стоимость налогоплательщиком, применяющим упрощенную систему налогообложения, производится на основании документов, подтверждающих фактическую уплату сумм налога, счетов-фактур, а также при условии соблюдения правил по их заполнению. Данная позиция также изложена в Письме Минфина РФ от 24.09.2008 №03-11-04/2/147.

Доводы апелляционной жалобы подтвердились.

Суд первой инстанции неправильно применил нормы права, выводы не соответствуют обстоятельствам и материалам дела, что является основанием для отмены судебного решения.

Руководствуясь статьями 266, 268, 269, 270, 271 Арбитражного процессуального кодекса Российской Федерации, арбитражный апелляционный суд,

ПОСТАНОВИЛ:

Апелляционную жалобу удовлетворить.

Решение Арбитражного суда Республики Дагестан от 10 октября 2016 года по делу № А15-2703/2016 - отменить.

В удовлетворении требований открытого акционерного общества «Бабаюртовское ДЭП №5» (ОГРН 1070547000039) - отказать.

Постановление вступает в законную силу с момента его принятия и может быть обжаловано в Арбитражный суд Северо-Кавказского округа в двухмесячный срок через суд первой инстанции.

Председательствующий

Л.В. Афанасьева

Судьи

Д.А. Белов

М.У. Семенов