



## СЕМНАДЦАТЫЙ АРБИТРАЖНЫЙ АПЕЛЛЯЦИОННЫЙ СУД

### ПОСТАНОВЛЕНИЕ № 17АП-4050/2013-АК

г. Пермь

08 мая 2013 года

Дело № А60-49373/2012

Резолютивная часть постановления объявлена 06 мая 2013 года.  
Постановление в полном объеме изготовлено 08 мая 2013 года.

Семнадцатый арбитражный апелляционный суд в составе:  
председательствующего Савельевой Н. М.  
судей Борзенковой И.В., Гуляковой Г.Н.  
при ведении протокола судебного заседания секретарем Вихаревой М.М.  
при участии:  
от заявителя ООО "Мостстройпроект" (ОГРН 1036603143257, ИНН 6659005273) – Курченков А.В., доверенность от 20.12.2012  
от заинтересованного лица Межрайонной ИФНС России №24 по Свердловской области (ОГРН 1116659010291, ИНН 6678000016) – Широков А.Г., доверенность от 01.04.2013, Суханова О.А., доверенность от 25.03.2013, Роднов К.В., доверенность от 26.04.2013.  
лица, участвующие в деле, о месте и времени рассмотрения дела извещены надлежащим образом в порядке статей 121, 123 Арбитражного процессуального кодекса Российской Федерации, в том числе публично, путем размещения информации о времени и месте судебного заседания на Интернет-сайте Семнадцатого арбитражного апелляционного суда,  
рассмотрел в судебном заседании апелляционные жалобы заявителя ООО "Мостстройпроект", заинтересованного лица Межрайонной ИФНС России №24 по Свердловской области  
на решение Арбитражного суда Свердловской области  
от 22 февраля 2013 года  
по делу № А60-49373/2012  
по заявлению ООО "Мостстройпроект" к Межрайонной ИФНС России №24 по Свердловской области  
о признании недействительным ненормативного правового акта,  
установил:

Общество с ограниченной ответственностью «Мостстройпроект» (далее – заявитель, общество, налогоплательщик) обратилось в Арбитражный суд Свердловской области с заявлением о признании недействительным решения межрайонной инспекции Федеральной налоговой службы №24 по Свердловской области №109-16/27 от 19.09.2012 в части привлечения к ответственности по п. 1 ст. 122 Налогового кодекса Российской Федерации за неполную уплату налога на прибыль и НДС (при отсутствии оснований – снизить размер штрафа в 2 раза), начисления пеней по налогу на прибыль и НДС, недоимки по налогу на прибыль и НДС, а также снизить размер ответственности по ст. 123 Налогового кодекса Российской Федерации в 2 раза.

Решением Арбитражного суда Свердловской области от 22 февраля 2013 года заявленные требования удовлетворены частично: признано недействительным решение межрайонной инспекции Федеральной налоговой службы №24 по Свердловской области №109-16/27 от 19.09.2012 в части начисления налога на прибыль в размере 6 326 217 рубля, НДС в размере 5 693 592 рублей, соответствующих сумм пени и штрафов, как несоответствующее налоговому законодательству, в удовлетворении оставшейся части требований отказано.

Не согласившись с указанным судебным актом, заявитель и заинтересованное лицо обратились с апелляционными жалобами.

Заинтересованное лицо просит отменить решение суда в части признания недействительным решения межрайонной инспекции Федеральной налоговой службы №24 по Свердловской области №109-16/27 от 19.09.2012 о начислении налога на прибыль в размере 6 326 217 рубля, НДС в размере 5 693 592 рублей, соответствующих сумм пени и штрафов, ссылаясь на то, что по договору субподряда, заключенному с ООО «УралПромСтрой», сначала общество заключило дополнительное соглашение № 1 от 24.02.2009 с ООО «УралПромСтрой» на субподрядные работы, а лишь через две недели договор строительного подряда с заказчиком ЗАО «Европейское»; сначала 24.04.2009 общество сдало подрядные работы заказчику ЗАО «Европейское», а затем 26.04.2009 приняло работы у субподрядчика; отсутствует деловая цель получения прибыли, так как стоимость работ по договору подряда равна стоимости работ по договору субподряда; от имени подрядчика документы подписаны неустановленным лицом, директор ООО «УралПромСтрой» в своих показаниях указал, что не имеет отношения к деятельности данной организации; ООО «УралПромСтрой» является проблемным контрагентом, так как отсутствует по месту юридической регистрации, у него отсутствуют необходимые материальные и трудовые ресурсы для ведения деятельности, налоги исчисляет в минимальных размерах; общество имело в штате достаточное количество работников и средств для самостоятельного выполнения указанных работ; факт выполнения обществом работ самостоятельно, без привлечения субподрядных организаций подтверждается показаниями свидетелей Сморонова Н.В., Николаева Д.В., Домина В.В.,

Тепайкина Н.И.

Заявитель в своей апелляционной жалобе просит решение суда отменить в части отказа в удовлетворении заявленных требований о признании недействительным решения межрайонной инспекции Федеральной налоговой службы № 24 по Свердловской области №109-16/27 от 19.09.2012 в части отказа в снижении суммы штрафа по налогу на доходы физических лиц (ст.123 НК РФ). При этом указывает на то, что за просрочку уплаты НДФЛ налогоплательщик уже понес ответственность в виде пеней; обществом допущены минимальные нарушения, суммы налога перечислены добровольно, без выставления требования об уплате налога, часть недоимки вызвана допущенной ошибкой в исчислении суточных по командировкам, бюджету не был причинен ущерб, налогоплательщик привлекается к налоговой ответственности впервые.

Представители заинтересованного лица в судебном заседании доводы своей жалобы поддержали, просят решение суда первой инстанции отменить в обжалуемой части, свою апелляционную жалобу - удовлетворить.

Представитель заявителя в судебном заседании доводы своей жалобы поддержал, просит решение суда первой инстанции отменить в обжалуемой части, свою апелляционную жалобу - удовлетворить.

Законность и обоснованность судебного акта проверены арбитражным судом апелляционной инстанции в порядке, предусмотренном ст. 266, 268 Арбитражного процессуального кодекса Российской Федерации.

Как следует из материалов дела, Межрайонной инспекцией Федеральной налоговой службы №24 по Свердловской области проведена выездная налоговая проверка деятельности общества с ограниченной ответственностью «Мостстройпроект» по вопросам соблюдения законодательства о налогах и сборах в части правильности, полноты исчисления и своевременности уплаты в бюджеты различного уровня налогов: налога на прибыль, налога на добавленную стоимость, налога на имущество организаций, транспортного налога за период с 01 января 2008 года по 31 декабря 2010 года; налога на доходы физических лиц за период с 01 января 2008 года по 01 ноября 2011 года, единого социального налога, страховых взносов на обязательное пенсионное страхование за период с 01 января 2008 года по 31 декабря 2009 года.

В результате проверки установлены факты неуплаты налогоплательщиком налога на прибыль, налога на добавленную стоимость, налога на доходы физических лиц, составлен акт №109-16/27 от 20.08.2012 и вынесено решение №109-16/27 от 19.09.2012 о привлечении к ответственности за совершение налогового правонарушения. Названным решением обществу доначислены налог на прибыль в сумме 6 326 217 рублей, соответствующие пени в размере 2 364 017 рублей 76 копеек, штраф за неполную уплату налога на прибыль по п. 1 ст. 122 Налогового кодекса Российской Федерации в размере 1 265 243 рублей, НДС в сумме 5 693 592 рублей соответствующие пени в размере 164 815 рублей 55 копеек, штраф за неполную уплату НДС по п. 1 ст. 122 Налогового кодекса

Российской Федерации в размере 760 000 рублей, НДС в сумме 260 рублей, соответствующие пени в размере 219 563 рублей 92 копеек и штраф за несвоевременное перечисление НДС по п. 1 ст. 123 Налогового кодекса Российской Федерации в размере 595 850 рублей.

Решением Управления Федеральной налоговой службы по Свердловской области №1274/12 от 16.11.2012 решение 109-16/27 от 19.09.2012 оставлено без изменения.

Не согласившись с решением 109-16/27 от 19.09.2012 в части, общество с ограниченной ответственностью «Мостстройпроект» обратилось с заявлением в Арбитражный суд Свердловской области.

Суд первой инстанции заявленные требования удовлетворил частично: признал недействительным решение межрайонной инспекции Федеральной налоговой службы № 24 по Свердловской области №109-16/27 от 19.09.2012 в части начисления налога на прибыль в размере 6 326 217 рубля, НДС в размере 5 693 592 рублей, соответствующих сумм пени и штрафов, как несоответствующее налоговому законодательству, в удовлетворении остальной части заявленных требований отказал.

Заинтересованное лицо оспаривает судебный акт в части доначисления НДС и налога на прибыль организаций по договору субподряда, заключенному с ООО «УралПромСтрой», полагает, что факт получения необоснованной налоговой выгоды подтвержден материалами дела.

Заявитель оспаривает выводы суда первой инстанции в части отказа в уменьшении размера штрафа по ст.123 НК РФ и применении положений статей 112 и 114 НК РФ, при этом указывает на обстоятельства смягчающие налоговую ответственность и не учтенные судом первой инстанции.

Указанные доводы исследованы судом апелляционной инстанции и не подлежат удовлетворению в связи со следующим.

Объектом налогообложения по налогу на прибыль организаций в силу ст. 247 Налогового кодекса Российской Федерации признается полученная налогоплательщиком прибыль, т.е. полученные доходы, уменьшенные на величину произведенных расходов.

Расходами согласно ст. 252 Налогового кодекса Российской Федерации признаются обоснованные (экономически оправданные) и документально подтвержденные затраты (а в случаях, предусмотренных ст. 265 Кодекса, убытки), осуществленные (понесенные) налогоплательщиком.

Под обоснованными расходами (затратами) понимаются экономически оправданные затраты, оценка которых выражена в денежной форме. Под документально подтвержденными расходами понимаются затраты, подтвержденные документами, оформленными в соответствии с законодательством Российской Федерации. Расходами признаются любые затраты при условии, что они произведены для осуществления деятельности, направленной на получение дохода.

Следовательно, условиями отнесения затрат на расходы в целях исчисления налога на прибыль являются их связь с хозяйственной

деятельностью налогоплательщика и документальное подтверждение осуществления таких затрат. Не обоснованные и документально не подтвержденные затраты не признаются расходами и не учитываются при исчислении подлежащего уплате налога на прибыль.

Согласно п. 1 ст. 172 Налогового кодекса Российской Федерации налоговые вычеты, предусмотренные ст. 171 настоящего Кодекса, производятся на основании счетов-фактур, выставленных продавцами при приобретении налогоплательщиком товаров (работ, услуг). Вычетам подлежат, если иное не установлено настоящей статьей, только суммы налога, предъявленные налогоплательщику и уплаченные им при приобретении товаров (работ, услуг) после принятия на учет указанных товаров (работ, услуг) с учетом особенностей, предусмотренных настоящей статьей, и при наличии соответствующих первичных документов.

В соответствии со ст. 169 Налогового кодекса Российской Федерации счет-фактура является документом, служащим основанием для принятия покупателем предъявленных продавцом товаров (работ, услуг), имущественных прав сумм налога к вычету в порядке, предусмотренном главой 21 Налогового кодекса Российской Федерации. Счета-фактуры, составленные и выставленные с нарушением порядка, установленного пунктами 5 и 6 ст. 169 Налогового кодекса Российской Федерации, не могут являться основанием для принятия предъявленных покупателю продавцом сумм налога к вычету или возмещению.

Конституционный Суд Российской Федерации в определении от 16.10.2003 №329-О разъяснил, что в сфере налоговых правоотношений действует презумпция добросовестности. Однако правоприменительные органы не вправе истолковывать понятие «добросовестные налогоплательщики» как возлагающее на налогоплательщиков дополнительные обязанности, не предусмотренные законодательством.

Обязанность налогового органа доказать обоснованность оспариваемого ненормативного правового акта следует из ч. 5 ст. 200 Арбитражного процессуального кодекса Российской Федерации.

Согласно правовой позиции, изложенной в Постановлении Пленума Высшего Арбитражного Суда Российской Федерации от 12.10.2006 №53, при оценке обоснованности заявленной налогоплательщиком налоговой выгоды следует исходить из презумпции добросовестности налогоплательщика и иных участников правоотношений в сфере экономики.

Предполагается, что действия налогоплательщика, имеющие своим результатом получение налоговой выгоды, экономически оправданы, а сведения, содержащиеся в налоговой декларации и бухгалтерской отчетности, - достоверны.

Представление налогоплательщиком всех надлежащим образом оформленных документов в налоговый орган в целях получения налоговой выгоды является достаточным для ее получения, если налоговым органом не представлены суду доказательства недостоверности или противоречивости указанных в документах сведений. О необоснованности получения налоговой

выгоды, в частности, могут свидетельствовать подтвержденные доказательствами доводы налогового органа о наличии таких обстоятельств, как невозможность реального осуществления налогоплательщиком хозяйственных операций с учетом времени, места нахождения имущества или объема материальных ресурсов, экономически необходимых для производства товаров, выполнения работ или оказания услуг, совершение операций с товаром, который не производился или не мог быть произведен в объеме, указанном налогоплательщиком, учет для целей налогообложения только тех хозяйственных операций, которые непосредственно связаны с возникновением налоговой выгоды, отсутствие необходимых условий для достижения результатов соответствующей экономической деятельности (Постановление Пленума ВАС РФ от 12.10.2006 № 53).

Как следует из материалов дела, заявителем заключены договоры строительного подряда с ЗАО «Европейское» и ОАО «Трест Уралтрансспецстрой», которые выступали в качестве заказчика и генподрядчика (заявитель – генеральный подрядчик и подрядчик). С целью исполнения указанных условий договоров заявителем заключены договоры субподряда с ООО «УралПромСтрой».

В обоснование принятых по операциям с данным контрагентом расходов при исчислении налога на прибыль и вычетов по НДС обществом был представлен договор строительного подряда №10-3/2009 от 10.03.2009, заключенный с ЗАО «Европейское» (заказчик), предметом которого являлось выполнение работ по устройству буронабивных свай в количестве 220 единиц под фундамент на объекте: жилой дом, строительный №60, во 2 квартале микрорайона «Европейский» в г.Екатеринбурге.

Согласно п. 1.2 данного договора Подрядчик обязуется выполнить работы, указанные собственными силами или привлеченными силами, согласно действующим нормам и правилам. Стоимость работ ориентировочно составляет 7 000 000 рублей, в том числе НДС 18% (п.2 данного договора).

Налогоплательщиком по названному договору представлены счет-фактура № 62 от 30.04.2009 на общую сумму 7 000 009 рублей 99 копеек, в том числе НДС 1 067 798 рублей 13 копеек, справка о стоимости выполненных работ (КС-2) от 24.04.2009 за период с 10.03.2009 по 24.04.2009 на сумму 7 000 009 рублей 99 копеек, т.ч. НДС, акт о приемке выполненных работ (КС-2) от 24.04.2009 за период с 10.03.2009 по 24.04.2009 на сумму 7 000 009 рублей 99 копеек, в т.ч. НДС, счет-фактура № 62 от 30.04.2009 г. на сумму 7 000 009 рублей 99 копеек, в т.ч. НДС (18 %) 1 067 798 рублей 13 копеек.

Также налоговому органу в обоснование расходов и налоговых вычетов по НДС был представлен договор строительного подряда №786 от 14.10.2008 заключенный с ОАО «ТрестУралтрансспецстрой» (Генподрядчик) - общество с ограниченной ответственностью «Мостстройпроект» - Субподрядчик. Заказчиком по данному договору является МУ «Благоустройство».

Предметом договора являлось выполнение строительно-монтажных работ по объекту: «Строительство транспортной развязки и разных уровнях на

пересечении улиц Серафимы Дерябиной-Гурзуфской-Репина в г.Екатеринбурге», передача этих работ Генподрядчику и их оплата. Согласно п. 3 данного договора цена договора 176 937 010 рублей, в том числе НДС 18 %.

С целью исполнения вышеуказанных договоров проверяемым налогоплательщиком было привлечено ООО «УралПромСтрой»:

24.02.2009 между ООО «Мостстройпроект» и ООО «УралПромСтрой» было заключено дополнительное соглашение № 1, к договору строительного подряда № 03-6/2008 от 03 июня 2008 года, где общество с ограниченной ответственностью «Мостстройпроект» выступает как «Генподрядчик», а ООО «УралПромСтрой» как «Субподрядчик». Предметом договора является обязанность по выполнению работ по сооружению буронабивных свай диаметром 530 мм, на Объекте: жилой дом, строительный № 60 во 2 квартале микрорайона «Европейский» в г. Екатеринбурге и сдача результата обществу с ограниченной ответственностью «Мостстройпроект». Субподрядчик обязуется выполнить все работы по устройству буронабивных свай надлежащего качества (п.2.1.1 договора №03-6/2008 от 03.06.2008). Согласно п. 2 дополнительного соглашения к данному договору стоимость работ по данному дополнительному соглашению ориентировочно составляет 7 000 000 руб., в т.ч. НДС (18 %). Сроки выполнения данных работ на объекте, необходимость привлечения техники, поставка материалов дополнительным соглашением № 1 от 24.02.2009 г. не оговорены.

Локальные сметные расчеты, по которым можно определить, какие работы были запланированы, на данном объекте налогоплательщиком не представлены.

20 апреля 2009 года между ООО «Мостстройпроект» и ООО «УралПромСтрой» было заключено дополнительное соглашение №2 к договору строительного подряда №03-6/2008 от 03 июня 2008 года, где ООО «Мостстройпроект» выступает как «Генподрядчик», а ООО «УралПромСтрой» как «Субподрядчик». Предметом договора является обязанность выполнить работы по устройству буронабивных свай диаметром 1500 мм с устройством технологических площадок, на Объекте: транспортная развязка в разных уровнях на пересечении улиц С.Дерябиной-Гурзуфская-Репина в г. Екатеринбурге и сдача результата таких работ ООО «Мостстройпроект». Согласно п. 2 общая стоимость работ по данному дополнительному соглашению ориентировочно составляет 30000000 руб., в т.ч. НДС (18 %).

Налогоплательщиком по названным договорам представлены:

- счет-фактура №308 от 30.04.2009 на сумму 7000000 руб., в т.ч. НДС 1067796 рублей 61 копеек; акт о приемке выполненных работ (КС-2) от 26.04.2009 за период с 10.03.2009 по 25.04.2009 на сумму 700000, в т.ч. НДС; справка о стоимости выполненных работ (КС-3) от 26.04.2009 за период с 10.03.2009 по 25.04.2009 на сумму 7000000 руб., в т.ч. НДС.

- счет-фактуры №412 от 25.05.2009 на сумму 5 413 580 руб., в т.ч. НДС 825 800 руб., №519 от 24.07.2009 на сумму 16 871 426,59 руб., в т.ч. НДС 2 543 607,45 руб.; №603 от 04.09.2009 на сумму 8 039 672 руб., в т.ч. НДС 1 226

390,64 руб.; акт о приемке выполненных работ (КС-2) от 25.05.2009 за период с 21.04.2009 по 20.05.2009 на сумму 5 413 580 руб., в т.ч. НДС, от 24.07.2009 за период с 21.06.2009 по 20.07.2009 на сумму 16 871 426,59 руб., в т.ч. НДС, от 25.05.2009 за период с 21.07.2009 по 31.08.2009 на сумму 8 039 672 руб., в т.ч. НДС.

Все представленные первичные документы со стороны ООО «УралПромСтрой» подписаны от имени директора Лузина Алексея Николаевича.

Инспекцией в порядке ст. 90 Налогового кодекса Российской Федерации 15.05.2012 был проведен допрос указанного лица, который дал показания о том, что фактически директором указанной организацией ООО «УралПромСтрой» не является, финансово-хозяйственные документы от имени данного юридического лица не подписывали, доверенностей не выдавал. Согласно проведенному опросу Лузин Алексей Николаевич сменил фамилию на Мусс 13.11.2008 в связи со вступлением в брак. С конца 2007 г. по настоящее время он работал монтажником в ООО «Стеклодом ЕКБ», кроме данного рабочего места он нигде не работал. Примерно в 2006 г. Лузин А.Н. за вознаграждение зарегистрировал данную организацию. Фактически свое отношение к данному юридическому лицу Лузин А.Н. отрицает, никаких документов от имени ООО «УралПромСтрой» он не подписывал, никакой финансово-хозяйственной деятельности он не вел, доверенностей на ведение финансово-хозяйственной деятельности никому не выдавал. Общество с ограниченной ответственностью «Мостстройпроект» ему не знакомо.

По мнению налогового органа, ООО «УралПромСтрой» обладает признаками фирмы «однодневки»: не имеет основных и транспортных средств, численности работников, расходы на хозяйственные нужды не производит, отчетность по налогам представляет без отражения оборотов, по зарегистрированному юридическому адресу не находится, отсутствуют необходимые условия для ведения и достижения результатов соответствующей экономической деятельности (управленческий и технический персонал, производственные активы, складские помещения, транспортные средства).

Инспекция не отрицая факт выполнения на объектах заказчиков работ, полагает, что работы были выполнены силами самого заявителя (ООО «Мостстройпроект»), а не силами субподрядчика ООО «УралПромСтрой».

Судом первой инстанции, оценив надлежащим образом имеющиеся в деле доказательства, пришел к верному выводу, что налогоплательщик осуществляет реальную хозяйственную деятельность; при этом и в спорный период, и в настоящее время привлекает к выполнению работ субподрядчиков.

При этом факт выполнения работ субподрядчиками подтверждается первичными документами (актами КС-2, справками КС-3).

При заключении договора поставки заявитель, проявляя должную осмотрительность, удостоверился в правоспособности субподрядчика и его надлежащей государственной регистрации в качестве юридического лица, получив соответствующую выписку из Единого государственного реестра



юридических лиц, Устав ООО «УралПромСтрой», свидетельство о госрегистрации, решение № 2 от 23.01.2007 о назначении директором Лузина А.Н., лицензию от 25.07.2007 на строительство зданий и сооружений.

Доказательства аффилированности заявителя и ООО «УралПромСтрой», их взаимозависимости, а также возврата денежных средств заявителю, налоговым органом не предоставлено.

В судебном заседании свидетель А.В. Нестеров, предупрежденный, в соответствии с ч. 4 ст. 56 Арбитражного процессуального кодекса Российской Федерации, об уголовной ответственности за дачу ложных показаний, пояснил, что он является начальником участка на объектах, строящихся заявителем и непосредственно находится на стройплощадках. Согласно показаниям свидетеля, на 2-х спорных объектах он в проверяемый период присутствовал. Работы (установка свай) выполнялись силами ООО «Мостстройпроект» (рабочие и техника) частично, а частично привлекались субподрядные организации. Непосредственно с руководителями субподрядчиков А.В. Нестеров не общается; руководство сообщает ему о том, что привлечены субподрядчики, сообщает телефон контактного лица (мастера, прораба и т.п.) и решение производственных вопросов ведется непосредственно с ним. На объектах с пропускным режимом А.В. Нестеров отвечает за проверку списков работников субподрядчиков и оформление им пропусков; но в рассматриваемых объектах пропускного режима не было. Контроль за тем, от какого лица присутствуют рабочие на площадке (проверка списков и т.д.) фактически не ведется, достаточно факта их прибытия и обозначения им объема работы. При этом для работы по установке свай требуется 3-4 человека и техника. А.В. Нестеров указал, что рабочие субподрядчиков на объектах были, но как назывался субподрядчик «УралСтрой», «Промстрой», «УралПромСтрой» - не помнит.

Таким образом, довод налогового органа о том, что из показаний свидетелей следует безусловный вывод о выполнении работ самим налогоплательщиком, без привлечения субподрядчиков, материалами дела не подтверждается.

Налоговым органом не представлено безусловных доказательств, подтверждающих, что намерением и целью (направленностью) деятельности налогоплательщика было не получение экономического эффекта в результате реальной предпринимательской деятельности, а лишь возмещение из бюджета налога, является верным.

Доводы заинтересованного лица о том, что от имени субподрядчиков документы подписаны неустановленными лицами, директор ООО «УралПромСтрой» в своих показаниях указал, что не имеет отношения к деятельности данной организации, был предметом рассмотрения суда первой инстанции и ему дана надлежащая правовая оценка.

Лузин А.Н. отрицает причастность к деятельности субподрядчика, вместе с тем, указывает в протоколе, что в 2006 г. за вознаграждение регистрировал

данную организацию; при этом почерковедческая экспертиза его подписи на документах, подписанных от имени ООО «УралПромСтрой», не проводилась.

Доводы заинтересованного лица о том, что сначала общество заключило дополнительное соглашение № 1 от 24.02.2009 с ООО «УралПромСтрой» на субподрядные работы, а лишь через две недели договор строительного подряда с заказчиком ЗАО «Европейское»; сначала 24.04.2009 общество сдало подрядные работы заказчику ЗАО «Европейское», а затем 26.04.2009 приняло работы у субподрядчика, были предметом рассмотрения суда первой инстанции, и им была дана надлежащая правовая оценка.

Судом первой инстанции верно указано, что данные ситуации могут возникнуть на практике при осуществлении реальных хозяйственных операций, и не означают, что работы субподрядчиками не выполнялись. Также оплата работ субподрядчиков производилась не авансом, а по факту выполнения работ; поскольку источником оплаты работ субподрядчиков были средства перечисленные заказчиком генподрядчику, а эти средства перечисляются только после сдачи работ заказчику, акты выполнения работ с субподрядчиками подписывались после сдачи работ заказчику и оплаты им работ.

Довод заинтересованного лица о том, что показаниями свидетелей Николаева Д.В., Домнина В.В., Тепайкина Н.И. подтверждается факт осуществления работ силами общества, а не субподрядной организации, был предметом рассмотрения суда первой инстанции и ему дана надлежащая правовая оценка.

Свидетели пояснили, что на объектах работало ООО «Мостстройпроект», вместе с тем, факт частичного выполнения работ обществом, а частично с привлечением субподрядной организации, подтвержден материалами дела, а также лицом, осуществлявшим непосредственный контроль на объектах строительства.

Довод заинтересованного лица об отсутствии экономического смысла во взаимоотношениях при выполнении подрядных работ, не принимается судом апелляционной инстанции в связи с тем, что опровергается справкой общества с приложением квалифицированной сметы, свидетельствующей о том, что стоимость аналогичных работ, выполненных обществом, была бы выше стоимости работ, выполненных ООО «УралПромСтрой».

Довод заинтересованного лица о том, что общество имело в штате достаточное количество работников и средств для самостоятельного выполнения указанных работ, отклоняется. Как следует из пояснений, в проверяемый период общество имело большое количество объектов, на которых осуществляло работы по установке свай, в связи с чем, у него возникла производственная необходимость в переброске техники на другие объекты, и привлечении к работам субподрядчиков. Указанный довод налоговым органом не опровергнут.

В связи с изложенным суд первой инстанции обоснованно удовлетворил требование заявителя о признании недействительным решения межрайонной

инспекции Федеральной налоговой службы №24 по Свердловской области №109-16/27 от 19.09.2012 в части начисления налога на прибыль в размере 6 326 217 рубля, НДС в размере 5 693 592 рублей, соответствующих сумм пени и штрафов.

В соответствии с п. 4 ст. 112 Налогового кодекса Российской Федерации при наложении санкций за налоговые правонарушения суд устанавливает обстоятельства, смягчающие или отягчающие ответственность налогоплательщика за совершение таких правонарушений, и учитывает эти обстоятельства в порядке, установленном ст. 114 Налогового кодекса Российской Федерации.

В силу п. 3 ст. 114 Налогового кодекса Российской Федерации при наличии хотя бы одного смягчающего ответственность обстоятельства размер штрафа подлежит уменьшению не меньше чем в два раза по сравнению с размером, установленным соответствующей статьей Налогового кодекса РФ.

Пунктом 19 Постановления Пленума Высшего Арбитражного Суда РФ и Верховного Суда РФ N 41/9 от 11.06.1999 "О некоторых вопросах, связанных с введением в действие части первой Налогового кодекса Российской Федерации" установлено, что если при рассмотрении дела о взыскании санкции за налоговое правонарушение будет установлено хотя бы одно из смягчающих ответственность обстоятельств, перечисленных в пункте 1 статьи 112 НК РФ, суд при определении размера подлежащего взысканию штрафа обязан в соответствии с пунктом 3 статьи 114 Кодекса уменьшить его размер не менее чем в два раза по сравнению с предусмотренным соответствующей нормой главы 16 Кодекса.

Перечень смягчающих ответственность обстоятельств содержится в статье 112 НК РФ и не является исчерпывающим.

В соответствии с п.п. 3 п. 1 ст. 112 Налогового кодекса Российской Федерации суды имеют право признавать смягчающими ответственность налогоплательщика неограниченный круг обстоятельств.

В силу статей 112 и 114 Налогового кодекса Российской Федерации, статьи 71 Арбитражного процессуального кодекса Российской Федерации мера ответственности за совершение конкретного правонарушения устанавливается судом на основании всестороннего, полного и объективного исследования имеющихся в деле доказательств, которые суд оценивает по своему внутреннему убеждению, суду предоставлено право оценки представленных сторонами доказательств и признания того или иного обстоятельства определяющим ответственность лица.

Таким образом, суд не может произвольно снизить размер штрафа; наличие смягчающих ответственность обстоятельств должно быть подтверждено документами, и обязанность по доказыванию таких обстоятельств возложена законом на налогоплательщика.

Доказательств наличия обстоятельств, предусмотренных ст. 112 НК РФ, заявителем в нарушение требований ст. 65 АПК РФ, суду не представлено.

Вывод суда первой инстанции о том, что факт погашения недоимки по НДС в ходе проверки, смягчающим обстоятельством не является, а лишь свидетельствует о выполнении возложенной законом обязанности по перечислению налога в бюджет с нарушением установленных законодательством сроков, является верным. Иных обстоятельств, смягчающих налоговую ответственность, общество в суде первой инстанции не заявляло.

На основании изложенного решение суда первой инстанции отмене не подлежит. Основания для удовлетворения апелляционных жалоб отсутствуют.

В соответствии со ст.104 АПК РФ следует возвратить ООО "Мостстройпроект" (ОГРН 1036603143257, ИНН 6659005273) государственную пошлину из федерального бюджета в сумме 1000 (Одна тысяча) руб. 00 коп. как излишне уплаченную по платежному поручению № 236 от 19.03.2013.

Руководствуясь статьями 104, 176, 258, 266, 268, 269, 271 Арбитражного процессуального кодекса Российской Федерации, Семнадцатый арбитражный апелляционный суд

#### ПОСТАНОВИЛ:

Решение Арбитражного суда Свердловской области от 22 февраля 2013 года по делу № А60-49373/2012 оставить без изменения, апелляционные жалобы – без удовлетворения.

Возвратить ООО "Мостстройпроект" (ОГРН 1036603143257, ИНН 6659005273) государственную пошлину из федерального бюджета в сумме 1000 (Одна тысяча) руб. 00 коп. как излишне уплаченную по платежному поручению № 236 от 19.03.2013.

Постановление может быть обжаловано в порядке кассационного производства в Федеральный арбитражный суд Уральского округа в срок, не превышающий двух месяцев со дня его принятия, через Арбитражный суд Свердловской области.

Председательствующий

Н.М.Савельева

Судьи

И.В.Борзенкова

Г.Н.Гулякова