

РЕШЕНИЕ

по делу № 077/07/00-958/2019 о нарушении

процедуры торгов и порядка заключения договоров

16.04.2019 г. Москва

Комиссия Московского УФАС России по рассмотрению жалоб на нарушение процедуры торгов и порядка заключения договоров (далее - Комиссия)

при участии представителей:

от ООО «ОСК «ИНФОТРАНС» - <...> (по доверенности от 14.12.2017 № 4-833), <...> (по доверенности от 09.01.2019 № 3), <...> (по доверенности от 09.01.2019 № 2), <...> (по доверенности от 12.03.2019 № 37),

от ООО «СТЕ» - <...> (по доверенности от 03.04.2019 № СТЕ-2019/010),

рассмотрев жалобу ООО «СТЕ» (далее также - Заявитель) на действия ООО «ОСК «ИНФОТРАНС» (далее - Заказчик) при проведении запроса котировок в электронной форме на право заключения договора на передачу неисключительных прав на использование программного обеспечения (лицензий) (реестровый № 31907565898) (далее — Закупка),

в соответствии со ст. 18.1 Федерального закона от 26.07.2006 № 135-ФЗ «О защите конкуренции» (далее – Закон о защите конкуренции),

УСТАНОВИЛА:

В адрес Московского УФАС России поступила жалоба Заявителя на действия Заказчика при проведении Закупки.

По мнению Заявителя, Заказчиком установлены положения Закупочной документации, противоречащие Федеральному закону от 18.07.2011 № 223-ФЗ «О закупках товаров, работ, услуг отдельными видами юридических лиц» (далее – Закон о закупках).

Проанализировав заявленные доводы, Комиссия приходит к выводу о возможности рассмотрения указанной жалобы в порядке ст. 18.1 Закона о защите конкуренции, учитывая случаи, предусмотренные ч. 10 ст. 3 Закона о закупках.

Заказчик с доводами жалобы не согласился.

Комиссия, оценив всю представленную информацию в её совокупности и взаимной связи, признает жалобу обоснованной в части по следующим основаниям.

Заказчиком 22.02.2019 в ЕИС размещено извещение о проведении Закупки.

В тексте жалобы Заявитель указывает на неправомерность установления требования о заключении договора исключительно лишь с Лицензиаром

программного обеспечения. По мнению Заявителя данное требование, установленное в проекте договора Закупочной документации, ограничивает круг потенциальных участников конкурентной процедуры.

Согласно проекту договора Закупочной документации, договор по результатам Закупки заключается между Заказчиком и Лицензиаром (Сублицензиаром).

Комиссия отмечает, что договор заключенный непосредственно с Лицензиаром, является договором исключительной лицензии. При этом предметом Закупки является передача неисключительных прав на использование программного обеспечения (лицензий).

Таким образом, Заказчик, установив требование о заключение договора исключительно с Лицензиарами, заведомо исключил возможность участия в Закупке и заключения договора с хозяйствующими субъектами имеющими неисключительные лицензии и имевшими намерение принять участие в Закупке (при принятии решения о целесообразности такого участия), но не соответствующими предъявленным требованиям к подрядчику, что поставило их в неравное положение с иными подрядными организациями, и, как следствие, допустил ограничение конкуренции.

Заказчик в материалы дела не представил доказательств, обосновывающих принципиальную необходимость закупки программного обеспечения у Лицензиара.

В свою очередь, в составе Закупочной документации отсутствует какое-либо экономическое или иное обоснование, позволяющее сделать вывод о действительно реальной необходимости закупки программного обеспечения исключительно у Лицензиара.

В соответствии с п. 2 ч. 1 ст. 3 Закона о закупках при закупке товаров, работ, услуг заказчики должны руководствоваться, в том числе, принципом равноправия, справедливости, отсутствия дискриминации и необоснованных ограничений конкуренции по отношению к участникам закупки.

Однако в настоящем случае, как усматривается из материалов дела, названные принципы Заказчиком соблюдены не были.

Исходя из изложенного, данный довод жалобы признается Комиссией обоснованным.

Также Заявитель обжалует установление в Закупочной документации требования, о проведении демонстрации функционала программного обеспечения, для определения Заказчиком соответствия поставляемого товара.

По мнению Заявителя, данное требование является избыточным, поскольку соответствие товара участника возможно установить из документов в составе заявки.

Согласно п. 3.8 Закупочной документации, в связи с невозможностью определения Лицензиатом соответствия функционала ПО требованиям технического задания в рамках предоставленных участником документов и информации, содержащихся в заявках, участник обеспечивает проведение демонстрации функционала ПО в

соответствии с Техническим заданием, включающей в себя, но не ограничивающейся:

- установкой на оборудование Лицензиата серверной и клиентской части;
- проверкой на соответствие п.1, п.2, п.3 и п.4 Технического задания согласно «чек-листу» (Приложение № 1 к данному техническому заданию).

Демонстрация проводится на этапе рассмотрения заявок Участников на территории РФ в г. Ярославль.

Согласно п. 257 Положения о закупках проведение переговоров заказчиком, членами комиссий и экспертных групп с участником закупки в отношении заявок на участие в закупке, в том числе в отношении заявки, поданной таким участником, не допускается до выявления победителя закупки, за исключением случаев, предусмотренных Положением о закупках.

В соответствии с п. 3.6.4 Закупочной документации при осуществлении проведения запроса котировок проведение переговоров заказчика с оператором ЭТЗП и оператора ЭТЗП с участником запроса котировок в электронной форме не допускается в случае, если в результате этих переговоров создаются преимущественные условия для участия в запросе котировок и (или) условия для разглашения конфиденциальной информации.

При этом изложенный в Закупочной документации процесс проведения демонстрации, полностью противоречит требованиям Положения о закупках и Закупочной документации.

Так, Лицензиат уведомляет участника посредством указанных в составе заявки каналов связи о намерении провести демонстрацию функционала программного обеспечения не позднее 3 (трех) рабочих дней до предполагаемой даты проведения демонстрации с указанием времени и конкретного адреса. Участник не позднее 1 (одного) рабочего дня с момента получения уведомления от Лицензиата должен отправить на адрес электронный почты Лицензиата список лиц (Ф.И.О., должность и название организации), участвующих в демонстрации функционала программного обеспечения. К установленной дате участник обеспечивает присутствие по указанному в уведомлении адресу уполномоченных лиц, а также наличие необходимого дополнительного оборудования позволяющего провести демонстрацию функционала программного обеспечения. Наличие ПКМТ, программно-аппаратных мощностей серверной и клиентской частей обеспечивает Лицензиат в соответствии с Техническим заданием. В ходе проведения демонстрации Лицензиат совместно с участником заполняют «чек-лист», в котором отражают соответствие предлагаемого программного обеспечения требованиям настоящего Технического задания. В случае отсутствия на демонстрации представителей участника, оповещенных надлежащим образом, демонстрация признается не состоявшейся, а функционал программного обеспечения не подтвержденным требованиям Технического задания.

Таким образом, сам процесс проведения демонстрации, является по своей сути проведением переговоров, создающем преимущественные условия для участия в конкурентной закупке.

Комиссия отмечает, что предоставленное Заказчику право на самостоятельное определение критериев допуска заявок к участию в закупочной процедуре направлено на предоставление ему возможности выбора потенциального контрагента, наиболее полно отвечающего предъявляемым требованиям, а потому способного в наиболее короткие сроки обеспечить Заказчика необходимыми ему качественными товарами, работами или услугами. В то же самое время такое право Заказчика не является безусловным и безграничным и оканчивается тогда, когда вместо выбора наилучшего контрагента по объективным показателям такое право используется для целей искусственного сокращения количества участников закупки с тем, чтобы обеспечить победу конкретному хозяйствующему субъекту. В этом случае действия Организатора и Заказчика приобретают характер злоупотребления правом, как в данном случае.

В связи с этим установление дополнительного механизма отбора, который способен исключить из числа возможных участников Закупки лиц, имеющих как соответствующие намерения, так и соответствующие возможности, не может отвечать правилам и принципам проведения закупок, установленным в законодательстве.

Таким образом, следует признать, что установленная Заказчиком практика включения спорного требования в состав Закупочной документации, учитывая, что в любом случае товары обязаны быть переданы равнозначно качественно, не является общепринятым и допустимым способом защиты от действий недобросовестного контрагента, и, как следствие, основания расценивать отнесение данного бремени на участника как обоснованное требование отсутствуют.

Применительно к ч. 10 ст. 4 Закона о закупках критерии оценки и сопоставления заявок должны быть объективными, исчисляемыми и администрируемыми, однако в рассматриваемом случае среди прочего в Закупочной документации не содержится исчерпывающего перечня оснований для отклонения заявки после проведения демонстрации.

Комиссия в данном случае приходит к выводу о ненадлежащем формировании Заказчиком своей Закупочной документации в части установления в ней критериев оценки и сопоставления заявок, что, в свою очередь, является нарушением требований п. 13 ч. 10 ст. 4 Закона о закупках.

В данном случае критерии составлены так, что они не зависят от объективных факторов.

Соответственно, Комиссия усматривает нарушение Заказчиком положений п. 1 и 2 ч. 1 ст. 3, ч. 10 ст. 4 Закона о закупках, поскольку Закупочная документация не соответствует положениям действующего законодательства, а требования, указанные Заказчиком, приводят к нарушению вышеупомянутых принципов.

В этой связи Комиссия признает данный довод жалобы Заявителя обоснованным.

Кроме того, Заявитель обжалует установление в Закупочной документации возможности представления банковской гарантии как на бумажном носителе, так и в электронном виде.

По мнению Заявителя, поданная банковская гарантия в бумажном виде, при условии проведения Закупки в электронном виде, может быть в любой момент заменена заинтересованными лицами.

Формулировка положений Закупочной документации фактически оставляет на усмотрение участника определение вида и формата предоставления банковской гарантии.

Кроме того, из пояснений представителя Заказчика следует, что предоставление оригинала банковской гарантии на бумажном носителе, установлено для расширения возможностей участников Закупки. Также участники Закупки не лишены возможности обеспечения участия в Закупке посредством предоставления банковской гарантии в электронной форме.

Довод Заявителя о том, что установленное требование необоснованно предоставляет преимущество заинтересованным лицам не нашел документального подтверждения, поскольку достаточных и достоверных доказательств тому представлено не было.

Комиссия отмечает, что относительно довода о выборе формы представления банковской гарантии в действиях Заказчика не усматриваются признаки нарушения действующего законодательства в компетенции антимонопольного органа, в связи с чем данный довод Заявителя признается необоснованным.

Также Заявитель указывает, что в Закупочной документации установлено требование о наличии предлагаемого участниками программного обеспечения в реестре единых российских программ для электронных вычислительных машин и баз данных (далее - Реестр). При этом технические характеристики программного обеспечения в Закупочной документации не соответствуют характеристикам программного обеспечения, содержащимся в Реестре.

Заявитель, в подтверждение своих доводов, представил сравнительную таблицу с наименованиями программного обеспечения.

Комиссией принималось решение об отложении рассмотрения дела для представления Заказчиком сведений о наличии программного обеспечения, предложенного участниками в Реестре.

Из представленной информации и сведений следует, что на участие в Закупке поступило три заявки от ООО «Сервионика», ООО «Принт-Эксперт» и АО «Админора».

ООО «Сервионика» к поставке предложило одно из программных обеспечений, указанных Заявителем в жалобе (Print-X). При этом ООО «Сервионика» является правообладателем данного программного обеспечения в соответствии со свидетельством о государственной регистрации программы для ЭВМ № 22019611308.

В соответствии с заявкой участника, программный продукт Print-X полностью соответствует требованиям Технического задания, при этом согласно сравнительной таблице Заявителя, данное программное обеспечение не соответствует Техническому заданию.

АО «Админора» согласно заявке предлагается программное обеспечение PrinterGuard. Данное программное обеспечение также внесено в реестр (свидетельство № 22018663129), но не было проверено Заявителем на предмет соответствия требованиям Технического задания, из чего может следовать, что анализ, проведенный Заявителем, неполный, и не включает в себя весь список возможного к предоставлению в рамках Закупки программного обеспечения.

ООО «Принт-Эксперт» к поставке предлагается программное обеспечение, проверенное Заявителем (PrintXpert), при этом участник также является правообладателем данного программного обеспечения, согласно свидетельству № 22018616201.

В соответствии со сравнительной таблицей Заявителя программное обеспечение PrintXpert не соответствует требованиям п. 1.10 -1.11, 2.1.2, 3.2.1, 3.3, 3.4, 3.5, 3.6, 3.8 Технического задания.

При этом в соответствии с заявкой правообладателя, программное обеспечение соответствует п. 1.10 — 1.11, 2.1.2, 3.3, 3.4, 3.8 Технического задания.

В этой связи у Заказчика имелись правовые и фактические основания для установления своей потребности в определенных требованиях к товарам, а Комиссия признает довод жалобы необоснованным.

В этой связи Комиссия, руководствуясь ч. 20 ст. 18.1 Закона о защите конкуренции.

РЕШИЛА:

1.

1. Признать жалобу ООО «СТЕ» (ИНН: 9721071090, ОГРН: 1187746909844) на действия ООО «ОСК «ИНФОТРАНС» (ИНН: 7708316597, ОГРН: 1177746447218) при проведении Закупки обоснованной в части довода об установлении требования о заключении договора исключительно с Лицензиаром и довода об установлении требования демонстрации программного обеспечения, в остальной части - необоснованной.
2. Признать в действиях Заказчика и Организатора нарушение пп. 1, 2 ч. 1 ст. 3, п. 13 ч. 10 ст. 4 Закона о закупках..
3. Выдать Заказчику обязательное для исполнения предписание об устранении выявленных нарушений.

Настоящее решение может быть обжаловано в порядке, установленном главой 24 Арбитражного процессуального Кодекса, в Арбитражном суде г. Москвы в течение 3 месяцев с даты его принятия.

ПРЕДПИСАНИЕ

по делу № 077/07/00-958/2019 о нарушении

процедуры торгов и порядка заключения договоров

16.04.2019 г. Москва

Комиссия Московского УФАС России по рассмотрению жалоб на нарушение процедуры торгов и порядка заключения договоров (далее - Комиссия)

руководствуясь п. 3.1 ч. 1 ст. 23 Федерального закона от 26.07.2006 № 135-ФЗ «О защите конкуренции», на основании своего решения от 16.04.2019 по делу № 077/07/00-958/2019,

ПРЕДПИСЫВАЕТ:

ООО «ОСК «ИНФОТРАНС» (далее - Заказчик) устранить нарушения, допущенные при проведении запроса котировок в электронной форме на право заключения договора на передачу неисключительных прав на использование программного обеспечения (лицензий) (реестровый № 31907565898):

1.
 1. Заказчику отменить протоколы, составленные в ходе проведения Закупки.
 2. Заказчику вернуть участникам Закупки ранее поданные заявки с уведомлением о прекращении действия данных заявок и о возможности подать новые заявки на участие в Закупке.
 3. Заказчику внести изменения в Документацию с учётом решения Комиссии от 16.04.2019 по делу № 077/07/00-958/2019.
 4. Заказчику продлить срок приема заявок на участие в Закупке таким образом, чтобы он составлял не менее 5 рабочих дней с момента размещения информации о внесении изменений в Документацию до даты окончания приема заявок.
 5. Заказчику завершить проведение Закупки в соответствии с требованиями Гражданского кодекса Российской Федерации, Федерального закона от 18.07.2011 № 223-ФЗ «О закупках товаров, работ, услуг отдельными видами юридических лиц», Закупочной документации.
 6. Заказчику разместить информацию о каждом действии по исполнению предписания в течение трех дней после выполнения пункта в Единой информационной системе в сфере закупок zakupki.gov.ru (далее — ЕИС)
 7. Заказчику исполнить настоящее предписание в срок до 26.08.2019.
 8. Заказчику о выполнении настоящего предписания сообщить в адрес Московского УФАС России в срок до 28.08.2019 с приложением подтверждающих документов.
 1. Настоящее предписание может быть обжаловано в арбитражный суд в течение трех месяцев со дня его выдачи.

Примечание:

1. За невыполнение в установленный срок законного предписания антимонопольного органа статьей 19.5 Кодекса Российской Федерации об административных правонарушениях предусмотрена административная

ОТВЕТСТВЕННОСТЬ.

1.

2. Привлечение к ответственности, предусмотренное законодательством, не освобождает от обязанности исполнить предписание антимонопольного органа.