

Комиссия Управления Федеральной антимонопольной службы по Оренбургской области по рассмотрению дела № 05-10-09/2015 в составе:

Председатель Комиссии – <...> – заместитель руководителя Управления,

Члены Комиссии:

<...> – начальник отдела контроля финансовых рынков, информации и анализа,

<...> – главный специалист-эксперт отдела контроля финансовых рынков, информации и анализа,

<...> – главный специалист-эксперт отдела контроля финансовых рынков, информации и анализа,

<...> – ведущий специалист-эксперт отдела контроля финансовых рынков, информации и анализа,

с участием на заседании Комиссии:

от Ответчиков:

ООО «МастерСофт» – представитель по доверенности <...>;

**от заинтересованных
лиц:**

ООО «МастерСофт-ИТ» – представитель по доверенности <...>

в отсутствие представителя заявителя ООО «Компьютеры Ян» уведомленного о месте, дате и времени проведения заседания Комиссии надлежащим образом;

в отсутствие представителей ответчиков:

- ООО «ИСС Дистрибьюшн» (Представительства ООО «ИСС Дистрибьюшн» в Приволжском федеральном округе), уведомленного о месте, дате и времени проведения заседания Комиссии надлежащим образом;

- Компании MERLION- ООО «МЕРЛИОН», уведомленного о месте, дате и времени проведения заседания Комиссии надлежащим образом;

в отсутствие представителей заинтересованных лиц:

- ООО «Бинар», уведомленного о месте, дате и времени проведения заседания Комиссии надлежащим образом;

- ООО «Стимар», уведомленного о месте, дате и времени проведения заседания Комиссии надлежащим образом;

- ООО «Рарус-Софт», уведомленного о месте, дате и времени проведения заседания Комиссии надлежащим образом;

в отсутствие представителей лиц, располагающих сведениями об обстоятельствах дела:

- УФМС по Оренбургской области уведомленного о месте, дате и времени проведения заседания Комиссии надлежащим образом;

- ООО «ТриКСервис», уведомленного о месте, дате и времени проведения заседания Комиссии надлежащим образом,

рассмотрев дело № 05-10-09/2015 по признакам нарушения Обществом с ограниченной ответственностью «ИСС Дистрибьюшн» (представительство в Приволжском федеральном округе); Компанией MERLION - ООО «МЕРЛИОН» и Обществом с ограниченной ответственностью «МастерСофт» части 5 статьи 11 Федерального закона от 26.07.2006 № 135-ФЗ «О защите конкуренции» (далее-Закон о защите конкуренции, Закон № 135-ФЗ), выразившегося в координации экономической деятельности хозяйствующих субъектов, которая привела к установлению или поддержанию цен (тарифов), скидок, надбавок (доплат) и (или) наценок, а также к отказу от заключения договоров с определенными покупателями (продавцами).

Руководствуясь статьей 48.1 Федерального закона от 26.07.2006 № 135-ФЗ «О защите конкуренции»,

УСТАНОВИЛА:

<...> в ФАС России (вх. № <...>) и в Оренбургское УФАС России (вх. <...>) обратилось ООО «Компьютеры Ян» (далее-Заявитель, Общество) с заявлением о возможном нарушении антимонопольного законодательства в сфере закупок программного обеспечения.

Руководствуясь п. 4 Положения о Федеральной антимонопольной службе,

утвержденного Постановлением Правительства РФ от 30.06.2004 № 331 и п. 4.24 Положения о территориальном органе Федеральной антимонопольной службы, утвержденного приказом ФАС России от 23.07.2015 № 649/15, Федеральная антимонопольная служба уполномочила Оренбургское УФАС России рассмотреть представленное обращение (письмо от <...>, письмо от <...>).

Согласно обращению Заявителя обстоятельства дела заключались в следующем:

20.04.2015 на официальном сайте Российской Федерации в сети Интернет для размещения информации о размещении заказов на поставки товаров, выполнение работ, оказание услуг (zakupki.gov.ru) Управлением Федеральной миграционной службы по Оренбургской области для собственных нужд была размещена закупка на оказание услуг по продлению неисключительных пользовательских прав (лицензий) на антивирусную программу с объявленной начальной максимальной ценой контракта 100 000,00руб. (изв. № 0153100004515000042).

Положениями документации заказа было установлено требование к объекту закупки – продление неисключительных пользовательских прав (лицензии) на антивирусную программу Eset NoD32 Security Business Edition. В соответствии с п.1 ч. 1 ст. 33 Федерального закона от 05.04.2013 № 44-ФЗ «О контрактной системе в сфере закупок товаров, работ, услуг для обеспечения государственных и муниципальных нужд» эквивалент не допускался, в связи с тем, что именно данное программное обеспечение используется заказчиком для построения защиты более 80% его IT инфраструктуры.

Рассмотрев объявленную закупку, Заявитель-ООО «Компьютеры Ян» принял решение участвовать в ней.

Ввиду того, что реализация антивирусных решений ESET в России и странах СНГ осуществляется через партнерский канал, представляющий собой цепочку: Дистрибьютор – Партнер – Конечный заказчик.

(Дистрибьюторы – компании, обладающие широкой партнерской сетью. Дистрибьюторы не работают напрямую с конечными пользователями, их основная задача – продвижение и стимулирование продаж решений ESET в партнерской сети (см. www.esetnod32.ru/partners/collaboration/. Дистрибьюторами ESET являются MONT, IC, Merlion, SoftKey).

При подготовке к аукциону, следуя партнерской схеме, Заявителем были запрошены ценовые предложения у дистрибьютеров Eset.

Так, дистрибьютером MERLION по предмету закупки была оговорена его стоимость в размере <...>руб.

05.05.2015 в ходе проведения закупки, Заявитель, предложив самое минимальное предложение о цене контракта, был признан победителем по настоящей закупке (см. таблицу № 1). Ценовое предложение победителя ООО «Компьютеры Ян» составило 86 637.00руб.

Таблица № 1

Результат проведения электронного аукциона

согласно Протоколу № 0153100004515000042-3 подведения итогов электронного

аукциона на

оказание услуг по продлению неисключительных пользовательских прав (лицензий) на антивирусную программу для нужд УФМС России по Оренбургской области от 05.05.2015.

Порядковый номер <...> ранжированный по мере убывания цены	№ заявки	Дата и время (местное, GMT+5) последнего предложения участника	Наименование участника электронного аукциона	Минимальное предложение о цене ГК, руб.
1	3	05.05.2015 г. в 09:32:44	ООО «Компьютеры ЯН»	<u>86 637.00</u>
2	5	05.05.2015 г. в 09:32:08	ООО «МастерСофт»	<u>87 137.00</u>
3	7	<...>	<...>	<...>
4	1	<...>	<...>	<...>
5	6	<...>	<...>	<...>
6	2	<...>	<...>	<...>
7	4	<...>	<...>	<...>

В целях исполнения предмета закупки Заявитель обратился к тому же дистрибьютеру MERLION с заявкой на оформление неисключительных прав для УФМС по Оренбургской области.

Однако, сотрудниками компании в оформлении лицензии было отказано.

Со слов Заявителя отказ мотивирован следующим: «...Eset NoD отказал в размещении заказа, поскольку объявленный аукцион был защищен, неисключительные права необходимо купить только у ООО «Мастер Софт». Сотрудники ООО «Мастер Софт» работали с заказчиком-УФМС по Оренбургской области, устанавливали демонстративные версии продуктов, вели переговоры для склонения заказчика к покупке продуктов Eset NoD...их труд должен быть вознагражден денежно...».

Согласно письменным пояснениям Заявителя, «...для проведения защищенного аукциона, по результатам которого программные решения Eset NoD32 купят у конкретного партнера, партнеру необходимо до размещения закупки направить электронную форму регистрации сделки. Пункт **«предоставление ТЗ на определенное решение, защита тендера от конкурентных решений»** подразумевает заранее составленную заказчику документацию, в которой будут указаны конкретные требования и аукцион становится защищенным для партнера, направившего в Eset NoD32 данную форму. Таким образом, если в аукционе побеждает другой партнер (участник), то победителя заставят купить продукт у нужного партнера, который изначально направил форму и защитил аукцион под себя».

В результате отказа дистрибьютера MERLION и производителя Eset в прямой выдаче

неисключительных (пользовательских) прав (лицензии) на антивирусную программу, Заявитель вынужден был купить права на лицензии антивирусной программы Eset NoD32 у своего конкурента по закупке - ООО «МастерСофт» по цене, на которую «опустился» ООО «МастерСофт» при проведении закупки - <...>руб. Денежные средства были перечислены Заявителем платежным поручением № <...> от 19.05.2015 на расчетный счет ООО «МастерСофт-ИТ» (ИНН <...>).

В соответствии со ст. 9 Закона о защите конкуренции установлено, что ООО «МастерСофт» и ООО «МастерСофт-ИТ» составляют одну группу лиц. Руководителем указанных хозяйствующих субъектов является одно и тоже лицо - <...> (ч. 1 п. 2 ст. 9).

Учредителями данных субъектов выступают: <...>, владеющий долей 50% уставного капитала по каждому обществу и <...>, аналогично владеющий долей в уставном капитале каждого общества размером 50%.

Кроме того, со слов Заявителя, в 2014 году в аналогичную ситуацию попало ООО «Бинар» (ИНН <...>). При проведении закупки по продлению прав на программное обеспечение Eset NoD32 для Администрации г. Бузулука ООО «Бинар» было признано победителем. При заказе прав на программное обеспечение дистрибьютеры отказали ООО «Бинар» в поставке, направив Общество за покупкой программного продукта в ООО «МастерСофт» по цене, установленной ООО «МастерСофт».

Ч.5 ст. 11 Закона о защите конкуренции запрещает физическим лицам, коммерческим организациям осуществлять координацию экономической деятельности хозяйствующих субъектов, если такая координация приводит к любому из последствий, которые указаны в ч. 1-3 ст. 11, которые не могут быть признаны допустимыми в соответствии со ст. 12 и 13 Закона о защите конкуренции или которые не предусмотрены иными федеральными законами.

Под координацией экономической деятельности следует понимать согласование действий хозяйствующих субъектов третьим лицом, не входящим в одну группу лиц ни с одним из таких хозяйствующих субъектов и не осуществляющим деятельности на товарном рынке, на котором осуществляется согласование действий хозяйствующих субъектов.

В ходе анализа представленных документов в действиях ООО «ИСС Дистрибьюшн» (представительство в Приволжском федеральном округе); Компании MERLION - ООО «МЕРЛИОН» и ООО «МастерСофт» усмотрены возможные признаки нарушения ч. 5 ст. 11 Закона о защите конкуренции, выразившегося в координации экономической деятельности хозяйствующих субъектов, которая привела к установлению или поддержанию цен (тарифов), скидок, надбавок (доплат) и (или) наценок, а также к отказу от заключения договоров с определенными покупателями (продавцами).

Приказом Управления Федеральной антимонопольной службы по Оренбургской области от 03.08.2015 № <...> возбуждено дело № 05-10-09/2015. Приказом Оренбургского УФАС России от 06.10.2015 № <...> председателем Комиссии по рассмотрению данного дела назначен заместитель руководителя Управления –<...>

В ходе рассмотрения дела Заявитель поддержала заявленные доводы.

ООО ИСС «Дистрибьюшн» в материалы дела представлены письменные пояснения, согласно которым ООО ИСС «Дистрибьюшн» не осуществляет координацию экономической деятельности хозяйствующих субъектов, приводящей к установлению или поддержанию цен, а также к отказу от заключения договоров с определенными покупателями (продавцами). ООО «Компьютеры Ян» за предоставлением партнерского сертификата не обращалось, статус партнера Обществу не присваивался, ID ООО «Компьютеры Ян» также не присваивался и не использовался.

ООО «МастерСофт» вменяемое правонарушение не признало, считает действия Общества правомерными, не влекущими неблагоприятных экономических последствий для состояния конкуренции. Доводы Заявителя не имеют никакого документального подтверждения, построены лишь на переписке, которую при помощи технических средств можно сфабриковать.

ООО «МЕРЛИОН» сообщило о том, что не является и никогда не было дистрибьютером компании ESET. ООО «Мерлион» никогда не вступало с ООО «Компьютеры Ян», ООО «МастерСофт» и ООО «МастерСофт ИТ» в договорные или иные хозяйственные отношения, указанные компании никогда не были контрагентами ООО «Мерлион».

Исследовав представленные в материалы дела доказательства в их взаимосвязи и достаточности для принятия решения, заслушав лиц, участвующих в деле, Комиссия Оренбургского УФАС России приходит к следующему.

20.04.2015 на официальном сайте для размещения информации о размещении заказов опубликовано извещение о проведении электронного аукциона на оказание услуг по продлению неисключительных пользовательских прав (лицензий) на антивирусную программу для нужд УФМС России по Оренбургской области. Начальная максимальная цена контракта составляла 100 000,00руб.

Согласно положениям документации объявленной закупки предмет электронного аукциона, количество лотов составляет: аукцион состоит из 1 (одного) лота – оказание услуг по продлению неисключительных пользовательских прав (лицензий) на антивирусную программу для нужд УФМС России по Оренбургской области.

Наименование программы и количество лицензий: ESET NOD32 Smart Security Business Edition – 120 (сто двадцать) шт. В соответствии с п.1 ч.1 ст.33 Федерального закона № 44-ФЗ эквивалент не допускается, в связи с тем, что именно данное программное обеспечение используется заказчиком для построения защиты более 80% его ИТ-инфраструктуры.

Согласно письменным объяснениям УФМС по Оренбургской области основными причинами выбора антивирусной программы компании ESET является: наличие всех необходимых степеней защиты, использование данной антивирусной программы уже более 5 лет, в связи с чем, продление лицензии обходится с каждым годом

дешевле, нежели приобретение лицензии на иную антивирусную программу и т.д. (объяснения от <...>). Документация и техническое задание на программное обеспечение были разработаны самостоятельно сотрудниками УФМС России по Оренбургской области, без привлечения третьих лиц. До проведения рассматриваемого электронного аукциона сотрудниками ООО «МастерСофт» работа по установке демонстрационных версий антивирусного программного обеспечения в УФМС по Оренбургской области не осуществлялась (пояснения от <...>).

Таким образом, довод Заявителя о «склонении» Заказчика в пользу выбора продукции компании ESET и предлагаемых услуг ООО «МастерСофт» по поставке данной продукции не подтверждается материалами дела, выбор Заказчика обоснован объективными причинами.

В качестве обоснования своей позиции и доводов ООО «Компьютеры Ян» представлена электронная переписка (скриншоты страниц) с менеджером по работе с партнерами в Приволжском Федеральном округе <...>. По мнению Комиссии, представленные скриншоты страниц электронной переписки не могут служить доказательством незаконных действий ООО «ИСС Дистрибьюшн», поскольку указанный электронный адрес <...>. не соответствует электронному адресу, указанному ООО «ИСС Дистрибьюшн» как электронный адрес своего работника - <...> (письменные пояснения от <...>).

Согласно информации, размещенной на официальном сайте www.esetnod32.ru и представленной компанией ESET в материалы дела, Компания ESET — международный разработчик антивирусного программного обеспечения, эксперт в области защиты от киберпреступности и компьютерных угроз — была основана в 1992 году. Штаб-квартира ESET находится в Словакии. Компания представлена более чем в 180 странах. ESET стала пионером в области создания технологий обнаружения угроз, которые позволяют находить и обезвреживать как известные, так и новые вредоносные программы.

Представительство ESET в России осуществляется ООО «ИСС Дистрибьюшн» (115280, г. Москва, ул. Ленинская Слобода, д. 26), представительство ESET в Приволжском федеральном округе (443086, г. Самара, ул. Складенко, д. 26, офис 11).

Партнерская сеть российского представительства ESET охватывает более 90 городов и включает три компании-дистрибьютора – «IC», MONT, Merlion. Реализация антивирусных решений ESET в России и странах СНГ осуществляется через партнерский канал, представляющий собой цепочку:

Дистрибьютор – Партнер – Конечный заказчик

Дистрибьюторы – компании, обладающие широкой партнерской сетью.

Дистрибьюторы не работают напрямую с конечными пользователями, их основная задача – продвижение и стимулирование продаж решений ESET в партнерской сети.

Компании со статусом eDistributor могут осуществлять поставки электронных лицензий посредством специального сервиса ESET.

Партнеры ESET - компании, занимающиеся прямыми поставками решений ESET

конечным заказчиком.

ESET предоставляет своим партнерам: персонального менеджера; маркетинговую и PR-поддержку; обучение и сертификацию.

Партнерами компании ESET в г. Оренбурге являются: ООО «МастерСофт ИТ» Corporate Premier Partner (460052, г. Оренбург, ул. Монтажников, д.26/2), ООО МК Компани Corporate Partner (460000, г. Оренбург, ул. Новая, д.4, офис 3.1), МОНТ (123557, г. Москва, ул. Пресненский вал, д.14) и Парус-Софт Оренбург (460000, г. Оренбург, ул. Монтажников, д. 23, эт. 3).

Таким образом, согласно установленной партнерской схеме, для осуществления закупки программного обеспечения компании ESET потенциальному заказчику следует обращаться к партнерам компании ESET.

По сведениям ООО «ИСС Дистрибьюшн» ООО «Компьютеры Ян» партнером компании ESET не является, за выдачей партнерского сертификата не обращалось (письменные пояснения от <...>), документальных подтверждений обратного Обществом не представлено.

Аргумент ООО «Компьютеры Ян» об отказе в поставке программного обеспечения компаниями ООО «Стимар» и ООО «Рарус-Софт» по причине «защиты» спорной закупки для ООО «МастерСофт» документально не подтвержден.

07.03.2014 между ООО «Стимар» и ООО «Компьютеры Ян» заключен сублицензионный договор № <...>, по условиям которого ООО «Стимар»-лицензиат предоставляет (передает) ООО «Компьютеры Ян» (сублицензиат) сублицензии на использование программ для электронно-вычислительных машин (программы для ЭВМ) и баз данных (права пользования) (п. <...>). За предоставляемые права пользования сублицензиат обязуется уплачивать лицензиату вознаграждение, размер которого указывается в счете на оплату, выставляемом лицензиатом на основании предварительной письменной заявки сублицензиата (п. <...>). Лицензиат обязан предоставить сублицензиату права пользования в течение 15 рабочих дней с момента поступления на расчетный счет лицензиата денежных средств в полном размере вознаграждения, предусмотренного счетом на оплату (п. <...>).

Согласно условиям, представленного в материалы дела договора № <...>, заключенного между ООО «Компьютеры Ян» (Партнер) и ООО «Рарус-Софт» (Поставщик) 09.07.2013, Партнер приобретает, а Поставщик продает программные продукты, являющиеся объектами авторских прав и охраняемых законами РФ.

П. <...> договора регулируется порядок заказа программного продукта: заказ указывается в Заявке (форма Заявки на заказ в приложении № 1 к настоящему Договору) и предоставляется Партнером в электронной или письменной форме посредством направления в адрес Поставщика. Согласно п. <...> договора, Партнер производит 100% предоплату за партию программного продукта по безналичному расчету путем перечисления на расчетный счет Поставщика всей суммы, причитающейся Поставщику за каждую партию программного продукта.

По условиям лицензионного договора № АДР-1 1444, заключенного между ООО

«Компьютеры Ян» (лицензиат) и ООО «Рарус-Софт» (лицензиар), лицензиар, имея соответствующие полномочия от правообладателей, обязуется передавать лицензиату неисключительные права на программы для ЭВМ и базы данных-программные продукты (п. <...>). Заказ на поставляемые программные продукты указывается в Заявке (форма Заявки на заказ в приложении № 1 к настоящему Договору) и предоставляется лицензиатом в электронной или письменной форме посредством направления в адрес лицензиара (п. <...>). Согласно п. <...> лицензиат производит 100% предоплату за партию программного продукта по безналичному расчету путем перечисления на расчетный счет лицензиара всей суммы, причитающейся лицензиару за каждую партию программного продукта.

Таким образом, доказательств надлежащего исполнения своих обязательств, согласно условиям указанных выше договоров, по заказу прав пользования у ООО «Стимар» и (или) программного продукта у ООО «Рарус-Софт» ООО «Компьютеры Ян» не представлено.

Для квалификации заключенного хозяйствующими субъектами соглашения в качестве антиконкурентного, необходимо доказать, что заключение соглашения между хозяйствующими субъектами привело или может привести к ограничению конкуренции, установить причинно-следственную связь между заключением соглашения между хозяйствующими субъектами на товарном рынке и наступлением (либо возможности наступления) отрицательных последствий.

В силу п. 17 ст. 4 Закона о защите конкуренции к признакам ограничения конкуренции относятся сокращение числа хозяйствующих субъектов, не входящих в одну группу лиц, на товарном рынке, рост или снижение цены товара, не связанные с соответствующими изменениями иных общих условий обращения товара на товарном рынке, отказ хозяйствующих субъектов, не входящих в одну группу лиц, от самостоятельных действий на товарном рынке, определение общих условий обращения товара на товарном рынке соглашением между хозяйствующими субъектами или в соответствии с обязательными для исполнения ими указаниями иного лица либо в результате согласования хозяйствующими субъектами, не входящими в одну группу лиц, своих действий на товарном рынке, иные обстоятельства, создающие возможность для хозяйствующего субъекта или нескольких хозяйствующих субъектов в одностороннем порядке воздействовать на общие условия обращения товара на товарном рынке, а также установление органами государственной власти, органами местного самоуправления, организациями, участвующими в предоставлении государственных или муниципальных услуг, при участии в предоставлении таких услуг требований к товарам или к хозяйствующим субъектам, не предусмотренных законодательством Российской Федерации.

В ходе рассмотрения дела, Комиссией Оренбургского УФАС России не установлена причинно-следственная связь между действиями ООО «ИСС Дистрибьюшн» (представительство в Приволжском федеральном округе); Компании MERLION - ООО «МЕРЛИОН», ООО «МастерСофт» и негативными последствиями для осуществления деятельности ООО «Компьютеры Ян» по исполнению государственного контракта, заключенного по итогам проведения закупки в электронной форме.

Заявителем не представлено доказательств необоснованного согласования действий, координации экономической деятельности вышеназванных хозяйствующих субъектов при осуществлении деятельности, в том числе доказательств, что действия последних привели к негативным последствиям для осуществления деятельности Заявителя.

Таким образом, признаки нарушения ч. 5 ст. 11 Федерального закона № 135-ФЗ от 26.07.2006 «О защите конкуренции» в действиях ООО «ИСС Дистрибьюшн» (представительство в Приволжском федеральном округе); Компании MERLION - ООО «МЕРЛИОН» и ООО «МастерСофт» не нашли своего подтверждения.

В соответствии с п. 2 ч. 1 ст. 48 Закона о защите конкуренции в случае отсутствия нарушения антимонопольного законодательства в рассматриваемых комиссией действиях (бездействии), Комиссия прекращает рассмотрение дела о нарушении антимонопольного законодательства.

Руководствуясь п. 2 ч. 1 ст. 48, ст. 49 Федерального закона от 26.07.2006 № 135-ФЗ «О защите конкуренции», Комиссия Оренбургского УФАС России по делу № 05-10-09/2015 о нарушении антимонопольного законодательства,

РЕШИЛА:

1. Рассмотрение дела № 05-10-09/2015 прекратить в связи с отсутствием нарушения антимонопольного законодательства в рассматриваемых действиях ответчиков.

Председатель Комиссии

<...>

Члены Комиссии

<...>

Решение может быть обжаловано в течение трех месяцев со дня его принятия в суд или в арбитражный суд.