

РЕШЕНИЕ

по делу № 077/07/00-10511/2021 о нарушении

процедуры торгов и порядка заключения договоров

23.06.2021 г. Москва

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

Председательствующего: **рассмотрев жалобу ООО «АЕЕ Технолоджи Рус» (далее — Заявитель) на действия ФБУ «РОССТРОЙКОНТРОЛЬ» (далее — Заказчик) при проведении запроса котировок на право заключения договора на предоставление неисключительного лицензионного права на программное обеспечение MS Office Home and Business (реестровый № 321 10327086, далее — Закупка),**

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

УСТАНОВИЛА:

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

В соответствии с пунктом 1 части 1 статьи 18.1 Закона о защите конкуренции по правилам настоящей статьи антимонопольный орган рассматривает жалобы на действия (бездействие) юридического лица, организатора торгов, оператора электронной площадки, конкурсной комиссии или аукционной комиссии при организации и проведении торгов, заключении договоров по результатам торгов либо в случае, если торги, проведение которых является обязательным в соответствии с законодательством Российской Федерации, признаны несостоявшимися, а также при организации и проведении закупок в соответствии с Федеральным законом от 18.07.2011 № 223-ФЗ «О закупках товаров, работ, услуг отдельными видами юридических лиц» (далее — Закон о закупках), за исключением жалоб, рассмотрение которых предусмотрено законодательством Российской Федерации о контрактной системе в сфере закупок товаров, работ, услуг для обеспечения государственных и муниципальных нужд.

Согласно части 2 статьи 18.1 Закона о защите конкуренции действия (бездействие) организатора торгов, оператора электронной площадки, конкурсной или аукционной комиссии могут быть обжалованы в антимонопольный орган лицами, подавшими заявки на участие в торгах, а в случае, если такое обжалование связано с нарушением установленного нормативными правовыми актами порядка размещения информации о проведении торгов, порядка подачи заявок на участие в торгах, также иным лицом (заявителем), права или законные интересы которого могут быть ущемлены или нарушены в результате нарушения порядка организации и проведения торгов.

Жалоба Заявителя содержит довод об ограничении Заказчиком круга участников Запроса котировок и нарушении требования ч. 1 ст. 2, п. 9 ч. 10 ст. 4 Закона о закупках путем установления требований о наличии у участников Запроса котировок на момент подачи заявки исключительных прав на интеллектуальную собственность либо прав на использование интеллектуальной собственности в объеме, достаточном для исполнения договора. А также Довод Заявителя о возможности предоставить заказчику на иных гражданско-правовых основаниях, кроме лицензионного договора материальные носители, содержащие программное обеспечение MS Office Home and Business.

Заказчик с доводами жалобы не согласился и представил письменные возражения. Согласно

пояснениям Заказчика, в случае о предоставлении участниками закупки в составе заявки документов, подтверждающих правомерность поставки, начиная с дистрибутора из списка на официальном сайте Microsoft <https://partner.microsoft.com/ru-ru/licensing/distributors> само по себе не является нарушением требований Закона о закупках.

Указанное требование убедительно обосновано потребностями заказчика, предметом закупки, значимостью заключаемого договора, необходимостью идентификации документов с учетом условий технического задания, а также необходимо для подтверждения правомерности передачи прав на программное обеспечение в соответствии с Техническим заданием и гарантии соблюдения сроков передачи прав согласно объявленному Запросу котировок.

Данное требование Заказчика, равное для всех ее участников, согласуется с обычаями делового оборота и не влечет чрезмерных, избыточных ограничений к потенциальным участникам закупки.

Данный довод подтверждается Постановлением Арбитражного суда Северо-Западного округа от 13.03.2020 № Ф07-18377/2019 по делу № А56-25252/2019.

Данный довод подтверждается п. 4 «Обзора судебной практики по вопросам, связанным с применением Федерального закона от 18.07.2011 № 223-ФЗ «О закупках товаров, работ, услуг отдельными видами юридических лиц» (утв. Президиумом Верховного Суда РФ 16.05.2018) (далее - Обзор судебной практики).

Кроме того, как указано в п. 6 Обзора судебной практики, уменьшение числа участников закупки в результате предъявления к ним требований само по себе не является нарушением принципа равноправия, если такие требования предоставляют заказчику дополнительные гарантии выполнения победителем закупки своих обязательств и не направлены на установление преимуществ отдельным лицам либо на необоснованное ограничение конкуренции.

Исходя из содержания пункта 17 статьи 4 Закона о защите конкуренции, признаками ограничения конкуренции являются обстоятельства, создающие возможность для хозяйствующего субъекта или нескольких хозяйствующих субъектов в одностороннем порядке воздействовать на общие условия обращения товара на товарном рынке, вызывая сокращение числа хозяйствующих субъектов на данном рынке.

Заказчик указывает, что Закон о закупках не обязывает Заказчиков допускать к участию в закупке всех хозяйствующих субъектов, имеющих намерение получить прибыль в результате заключения договора. Иное противоречило бы принципу целевого и экономически эффективного расходования денежных средств, сокращения издержек заказчика, закрепленному пунктом 3 части 1 статьи 3 Закона о закупках и предполагающему наличие у заказчика права на установление в Закупочной документации способствующих тому требований к участникам закупки.

Также Заказчик пояснил, что в рассматриваемом Запросе котировок условие о предоставлении участниками закупки в составе заявки документов, подтверждающих правомерность поставки, начиная с дистрибутора из списка на официальном сайте Microsoft <https://partner.microsoft.com/ru-ru/licensing/distributors> позволяет судить о способности исполнить обязательства, предусмотренные Закупочной документацией, в связи с чем использование вышеуказанного условия является правомерным.

Принцип равноправия, в силу пункта 2 части 1 статьи 3 Закона о закупках, предполагает недопустимость предъявления различных требований к участникам закупки, находящимся в одинаковом положении, в отсутствие к тому причин объективного и разумного характера.

Установленные заказчиком требования, в равной мере применяются ко всем участникам закупки и, следовательно, не приводят к исключению из числа участников закупки хозяйствующих субъектов по причинам, не связанным с обеспечением удовлетворения потребностей заказчика.

Сама по себе невозможность участия в закупке отдельных хозяйствующих субъектов, не отвечающих предъявленным заказчиком требованиям, также не означает, что действия заказчика повлекли необоснованное ограничение конкуренции.

Таким образом, поскольку требования, установленные заказчиком в целях исключения риска неисполнения договора, в равной мере относятся ко всем хозяйствующим субъектам, имеющим

намерение принять участие в закупке, не приводят к нарушению антимонопольных запретов, то нарушения положений Закона о закупках отсутствуют.

Кроме того, Заказчик пояснил, что предмет закупки входит в перечень охраняемых объектов на результаты интеллектуальной деятельности в силу п. 2. ч. 1. ст. 1225 ГК РФ. К перечисленному в вышеуказанной статье перечню применимы положения ч. 1. ст. 1229 ГК РФ которой установлено, что правообладатель может по своему усмотрению разрешать или запрещать другим лицам использование результата интеллектуальной деятельности или средства индивидуализации. Как пояснил Заказчик, отсутствие запрета не считается согласием (разрешением). Именно наличие лицензионного или сублицензионного Договора является такого рода согласием правообладателя.

Тем самым, данное требование обусловлено подтверждением участника Запроса котировок возможности законной передачи прав на программное обеспечение и как следствие исполнение обязательств по договору, заключаемому по результатам Запроса котировок.

1. Довод Заявителя об отсутствии у него правовых оснований требовать от иных лиц (задействованных в цепочке лиц по предоставлению неисключительных прав), кроме своего контрагента по договору (лицензиара), документов, подтверждающих правомерность поставки (то есть всех договоров в цепочке, с указанием участников, а также существенных условий) также не соответствует фактическим обстоятельствам Запроса котировок.

Заказчик указал, что данное требование не указывает на необходимость предоставления всех условий заключенных договоров и (или) раскрытие информации составляющей какую-либо коммерческую тайну.

2. Довод Заявителя о возможности предоставить заказчику на иных гражданско-правовых основаниях чем лицензионный договор материальные носители, содержащие программное обеспечение MS Office Home and Business в соответствии со ст. 1280 ГК РФ вводит Комиссию в заблуждение и противоречит действующему законодательству РФ.

Заказчик указывает, что предметом закупки является предоставление неисключительного лицензионного права на результат интеллектуальной деятельности, а именно неисключительных (пользовательских) лицензионные права Microsoft Office Home and Business 2019 All Lng PKL Onlin CEE Only DwnLd C2R NR.

Предмет закупки входит в перечень охраняемых объектов на результаты интеллектуальной деятельности в силу п. 2. ч. 1. ст. 1225 ГК РФ.

В соответствии со ст. 1227 ГК РФ к интеллектуальным правам не применяются положения раздела II ГК РФ.

На основании вышеизложенного довод Заявителя о возможности предоставить Заказчику на иных гражданско-правовых основаниях чем лицензионный договор (к примеру поставка) материальные носители, содержащие программное обеспечение MS Office Home and Business противоречит действующему законодательству РФ, а именно ч. 2. ст. 1227 ГК РФ, переход права собственности на вещь не влечет переход или предоставление интеллектуальных прав на результат интеллектуальной деятельности или на средство индивидуализации, выраженные в этой вещи.

Кроме того, довод Заявителя о том, что Лицензионный договор с пользователем о предоставлении ему простой (неисключительной) лицензии на использование программы для ЭВМ или базы данных может быть заключен в упрощенном порядке в силу ч. 5. ст. 1286 ГК РФ не применим к сложившейся ситуации, поскольку лицензионное соглашение, опубликованное на официальном сайте Правообладателя по адресу https://www.microsoft.com/en-us/Userterms/Retail/Office/2019HomeandBusiness/Userterms_Retail_Office_2019HomeandBusiness_Russian.htm (далее – Условия лицензии) (прилагается) не подразумевает передачу прав третьим лицам.

Так п.п. А п. 2 Условия лицензии «**Программное обеспечение не продается, а предоставляется по лицензии.** В рамках настоящего соглашения мы предоставляем вам право установить (если вы приобрели программное обеспечение у розничного продавца) и запустить один экземпляр программного обеспечения на устройстве (лицензированное устройство), для одновременного использования одним лицом и при условии соблюдения вами всех условий настоящего соглашения.»

П.п. В п. 2 Условия лицензии «Ограничения. ... Например, настоящая лицензия не предоставляет вам какие-либо права на совершение следующих действий, и вы **не должны совершать такие действия**:

(ii) публиковать, **копировать и передавать** программное обеспечение, предоставлять его в прокат, аренду или временное пользование;

(iii) **передавать программное обеспечение (за исключением случаев, предусмотренных настоящим соглашением).**»

Дополнительно Комиссией установлено, что Заявитель подал заявку на участие в Запросе котировок, таким образом, он конклюдентно согласился (пункт 1 статьи 8 ГК РФ) со всеми условиями Закупочной документации.

Заказчик также отмечает, что Заявка Заявителя была отклонена в соответствии с п.п. 1 п. 8.1. Закупочной документации.

Заказчик отмечает, что обжалование в антимонопольном органе осуществляется в порядке, установленном статьей 18.1 Закона о защите конкуренции и происходит с учетом особенностей, установленных названной статьей, а также в соответствии с частью 11 статьи 3 Закона о закупках. Согласно указанной норме, если обжалуемые действия (бездействие) совершены заказчиком, комиссией по осуществлению закупок, оператором электронной площадки после окончания установленного в Закупочной документации срока подачи заявок на участие в закупке, обжалование таких действий (бездействия) может осуществляться только участником закупки, подавшим заявку на участие в закупке.

Таким образом, из буквального толкования приведенной нормы права следует, что законодателем разделены возможные к оспариванию действия организаторов закупки на совершенные до окончания срока подачи заявок и совершенные после этого срока. При этом, действия, совершенные организатором закупки до окончания такого срока, могут быть оспорены в антимонопольном органе абсолютно любыми лицами вне зависимости от факта подачи ими заявок на участие в закупке.

В свою очередь, действия, совершенные уже на стадии рассмотрения заявок, допустимы к обжалованию исключительно лицами, подавшими заявки на участие в закупке.

Кроме того, из положений части 10 статьи 3 Закона о закупках следует, что для обжалования подобных действий лицо, обращающееся в антимонопольный орган с жалобой, должно доказать нарушение оспариваемыми действиями своих законных прав и интересов либо прав и законных интересов неопределенного круга лиц - потенциальных участников закупки.

При этом границы антимонопольного контроля торгов оканчиваются при достижении баланса частных и публичных интересов, на необходимость соблюдения которого указал Конституционный Суд Российской Федерации в постановлении от 29.03.2011 № 2-П, а также стабильности публичных правоотношений. В то же самое время «баланс» означает равновесие и равноправие сторон в публичных правоотношениях, а не смещение вектора административной защиты в сторону одного из участников таких отношений без достаточных к тому оснований. Указанное означает недопустимость применения со стороны антимонопольного органа мер публично-правового принуждения на основании жалобы лица, не посчитавшего необходимым со своей стороны оспорить положения Закупочной документации до момента подачи своей заявки на участие в этой закупке, а попытавшегося обойти эти требования и впоследствии стремящегося сорвать закупочную процедуру после отказа ее организатора в допуске такому лицу к участию в этой закупке.

Обратное будет противоречить не только балансу частных и публичных интересов, но и принципам добросовестной реализации и защиты своих гражданских прав (часть 3 статьи 1 ГК РФ), недопустимости извлечения преимуществ из своего незаконного или недобросовестного поведения (часть 4 статьи 1 ГК РФ) и злоупотребления правом (часть 1 статьи 10 ГК РФ).

Установлено, что Заявитель, приняв участие в Закупке, подал жалобу на действия Заказчика после окончания срока подачи заявок.

В соответствии с информацией по реестровому № 32110327086, размещенной в ЕИС, дата и время окончания подачи заявок - 07.06.2021.

Вместе с тем Заказчик отмечает, что оспариваемые Заявителем положения Закупочной документации о проведении Запроса котировок, по его мнению, ограничивающие конкуренцию, подлежали обжалованию до окончания срока подачи заявок. В противном случае, реализация такого права за пределами окончания срока подачи заявок необоснованно затрагивает права и законные интересы иных участников Закупки, которые подали заявки в соответствии с условиями Закупочной документации.

Также следует отметить, что нарушения при составлении Закупочной документации могут быть подразделены на явные и скрытые, проявляющиеся только при злоупотреблении организаторами закупок своими правами при совершении тех или иных действий в рамках их проведения и не выявляемые при общей проверке Закупочной документации на предмет ее соответствия требованиям законодательства Российской Федерации о закупках. Скрытые нарушения в составе Закупочной документации могут быть выявлены и устранены контрольным органом при рассмотрении им жалобы участника закупки на последствия таких нарушений, что не будет являться злоупотреблением правом со стороны последних и не будет свидетельствовать о выходе административного органа за пределы предоставленных ему полномочий и доводов поданной жалобы (часть 13 статьи 3 Закона о закупках).

В то же самое время, оценивая содержание нарушения, на которое ссылается в настоящем случае Заявитель, следует признать, что подобное нарушение (в случае его действительного наличия в действиях Заказчика) являлось явным и не могло не быть обнаружено Заявителем при изучении им Закупочной документации.

При этом Комиссией установлено, что на участие в Запросе котировок было подано 5 заявок соответствующих требованиям, установленным в Закупочной документации, что в свою очередь свидетельствует о том, что потенциальные участники имеют возможность исполнить обязательства.

Согласно статье 10 ГК РФ, не допускаются осуществление гражданских прав исключительно с намерением причинить вред другому лицу, «действия в обход закона» с противоправной целью, а также иное заведомо недобросовестное осуществление гражданских прав (злоупотребление правом). Не допускается использование гражданских прав в целях ограничения конкуренции, а также злоупотребление доминирующим положением на рынке.

Кроме того, Заявитель конклюдентно согласился (часть 1 статьи 8 ГК РФ) на все условия Закупочной документации в момент подачи им заявки на участие в Запросе котировок. В связи с чем в действиях Заказчика отсутствуют нарушения требований действующего Закона о закупках, поскольку Заказчик действовал в строгом соответствии с требованиями собственной Закупочной документации, которая не была оспорена Заявителем в административном порядке.

На основании изложенного, Комиссия приняла решение признать жалобу заявителя необоснованной.

Комиссия, руководствуясь частью 20 статьи 18.1 Закона о защите конкуренции,

РЕШИЛА:

1. Признать жалобу **ООО «АЕЕ Технолоджи Рус»** (ИНН: 3305795646) на действия **ФБУ «РОССТРОЙКОНТРОЛЬ»** (ИНН: 7713035584) при проведении Закупки необоснованной.
2. Снять ограничения, наложенные письмом Московского УФАС России от 18.05.2021 № ЕО/35387/21.

Настоящее решение может быть обжаловано в арбитражный суд в течение трех месяцев со дня его выдачи.