

РЕШЕНИЕ

по делу № 077/07/00-8959/2023 о нарушении

процедуры торгов и порядка заключения договоров
10.07.2023 г. Москва

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

Председательствующего:

<.....>,

членов Комиссии:

<.....>,

<.....>,

при участии посредством видеоконференцсвязи представителей ПАО «Мегафон», ФГБУ ФНКЦ ФМБА России,

рассмотрев жалобу ПАО «Мегафон» (далее — Заявитель) на действия ФГБУ ФНКЦ ФМБА России (далее — Заказчик) при проведении запроса котировок в электронной форме на право заключения договора на оказание услуг по СМС информированию пациентов (реестровый № 32312528433) (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 адрес Московского 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, 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.

Частью 10 статьи 3 Закона о закупках предусмотрен ряд случаев, позволяющих участникам закупок обжаловать в антимонопольный орган в порядке, установленном таким органом, действия (бездействие) заказчика при закупках товаров, работ, услуг, в их числе осуществление заказчиком закупки с нарушением требований настоящего Федерального закона и (или) порядка подготовки и (или) осуществления закупки, содержащегося в утвержденном и размещенном в единой информационной системе положении о закупке такого заказчика.

Жалоба Заявителя отвечает требованиями пункта 1 части 10 статьи 3 Закона о Закупках.

Заявитель в своей жалобе выражает несогласие с требованиями, установленными в документации в части требования о наличии лицензии на оказание телематических услуг связи.

По мнению Заявителя, требование Заказчика о наличии у участника Закупки лицензии на телематические услуги связи является избыточным.

При этом Заявитель также указывает на необходимость установления требований к участнику Закупки о наличии лицензии на услуги подвижной радиотелефонной связи.

Представитель Заказчика с доводами жалобы не согласился, представил письменные возражения и материалы.

Проверив обоснованность доводов, приведенных в жалобе, в возражениях на нее и в выступлениях присутствовавших на заседании представителей участвующих в деле лиц, изучив материалы дела, Комиссия приходит к следующим выводам.

В соответствии с частью 1 статьи 2 Закона о закупках при закупке товаров, работ, услуг заказчики руководствуются Конституцией Российской Федерации, Гражданским кодексом Российской Федерации, настоящим Федеральным законом, другими федеральными законами и иными нормативными правовыми актами Российской Федерации, а также принятыми в соответствии с ними и утвержденными с учетом положений части 3 настоящей статьи правовыми актами, регламентирующими правила закупки (далее - положение о закупке).

В силу части 2 статьи 2 Закона о закупках положение о закупке является документом, который регламентирует закупочную деятельность заказчика и должен содержать требования к закупке, в том числе порядок подготовки и проведения процедур закупки (включая способы закупки) и условия их

применения, порядок заключения и исполнения договоров, а также иные связанные с обеспечением закупки положения.

Комиссией установлено, что при проведении закупки Заказчик руководствовался Положением о закупке товаров, работ, услуг для нужд Федерального государственного учреждения «Федеральный научно-клинический центр специализированных видов медицинской помощи и медицинских технологий Федерального медико-биологического агентства», утвержденного Заместителем руководителя ФБА России 29.09.2022 (далее — Положение).

Согласно пункту 9 части 10 статьи 4 Закона о закупках в документации о закупке должны быть указаны установленные заказчиком требования к участникам закупки.

Как следует из материалов дела, 27.06.2023 Заказчик на сайте Единой электронной торговой площадки, а также на официальном сайте Единой информационной системы в сфере закупок (<http://zakupki.gov.ru>) (далее – ЕИС), разместил информацию о проведении запроса котировок в электронной форме на право заключения договора на оказание услуг по СМС информированию пациентов (реестровый № 32312528433) (далее – запрос котировок, процедура).

В соответствии с условиями Закупочной документации предметом закупки является оказание услуг по СМС информированию пациентов.

Согласно пункту 1.1 Проекта договора по настоящему Договору Исполнитель обязуется по заданию Заказчика оказать услуги по СМС информированию пациентов для нужд Заказчика и сдать результат Заказчику в соответствии с требованиями Технического задания, указанными в приложении № 1 к настоящему Договору, которое является его неотъемлемой частью (далее по тексту – Услуги).

В соответствии с пунктом 1 Технического задания исполнитель обязан обеспечить отправку СМС-сообщений из информационных баз Заказчика на номера абонентов операторов сотовой связи Российской Федерации.

Исходя из вышеуказанных положений Технического задания, пунктом 15 Информационной карты установлено требование о «наличии у участника закупки лицензий в области связи в соответствии со ст. 12 Федерального закона от 4 мая 2011 г. № 99-ФЗ «О лицензировании отдельных видов деятельности» и с Федеральным законом от 7 июля 2003 г. № 126-ФЗ «О связи» (лицензии на оказание телематических услуг связи).

Подтверждается участником предоставлением в составе заявки: копии лицензий или выписки из реестра лицензий или ссылки на информационный ресурс реестра лицензий в сети интернет.)».

Заявитель в жалобе указывает, что в соответствии со ст. 44.1 Федерального закона «О связи» от 07.07.2003 № 126-ФЗ (далее — Закон о связи) рассылка по сети подвижной радиотелефонной связи по инициативе заказчика осуществляется на основании договора, заключенного с оператором подвижной радиотелефонной связи, абоненту которого предназначена рассылка. Предметом закупки являются услуги по осуществлению рассылки оператором связи.

В соответствии со статьей 29 Закона о связи деятельность юридических лиц и индивидуальных предпринимателей по возмездному оказанию услуг связи

осуществляется только на основании лицензии на осуществление деятельности в области оказания услуг связи.

Также Заявитель в жалобе ссылается на письмо Роскомнадзора РФ от 14.03.2023 № 07-19990, в котором указано, что наличие лицензии на оказание услуги по смс-рассылки обязательно.

Таким образом, по мнению Заявителя, вне зависимости от содержания, то есть, для передачи коротких текстовых сообщений (индивидуального содержания) и для осуществления смс-рассылки (сообщений одинакового содержания) необходима лицензия на оказание услуг подвижной радиотелефонной связи и производить такую рассылку может только Оператор подвижной радиотелефонной связи.

Вместе с тем на заседании Комиссии Заказчик пояснил, что согласно требованиям Технического задания целями оказания услуг является индивидуальное информирование пациентов с использованием СМС сервиса о запланированном посещении врача, диагностических процедур, о запланированной госпитализации, результатах диагностических исследований, в т.ч. лабораторных и т.д. и описан порядок и требования к процессу информирования.

Заказчик также отметил, что сервис СМС – сообщений Исполнителя обеспечивает обмен данными между вычислительными устройствами (компьютерами Заказчика) и другим оборудованием и программным обеспечением и обеспечивает передачу информации, используя ресурсы сети «Интернет» и телефонной сети. Отправка СМС сообщений формируется Заказчиком, передается Исполнителю и затем в виде СМС-сообщений отправляется заданному абоненту, обслуживаемому любым сотовым оператором.

Исходя из совокупности описания условий и требований, изложенных в Техническом задании, следует, что Заказчику требуется наличие у Исполнителя специализированного программного обеспечения, с помощью которого СМС-сообщения будут доставляться до СМС-центров Операторов сотовой связи, а именно в описании предмета закупки (Техническое задание) указано следующее:

В Терминах дается определение такого специализированного программного обеспечения Исполнителя:

«СМС Сервис (Система)» – комплекс программно-аппаратных средств, включающих в себя организацию, проведение и техническую поддержку СМС-рассылок, с помощью которых Исполнитель оказывает услуги отправки СМС-сообщений.

Из описания Состава Услуг следует, что с помощью специализированного программного обеспечения, а также готовых инструментов (библиотек для подключения и сервисов), осуществляется отправка СМС-сообщений следующими способами:

- Отправка СМС-сообщений из МИС на базе ПП «Interin» в автоматическом режиме на основании событий и бизнес-процессов, создаваемых в МИС и в ручном режиме по команде пользователей программы.

- Отправка СМС-сообщений из «Журнала госпитализации» в автоматическом

режиме на основании событий и бизнес-процессов, создаваемых в ИС и в ручном режиме по команде пользователей программы.

- Отправка СМС-сообщений с сайта на базе системы 1С: Битрикс: Управление сайтом в автоматическом режиме на основании событий и бизнес-процессов, создаваемых в ИС и в ручном режиме по команде пользователей программы.

- Отправка СМС-сообщений из системы ip телефонии Asterisk.

Таким образом, в данном случае необходимо наличие у Исполнителя специализированного программного обеспечения, которое через подключаемые библиотеки с классами для работы API-сервиса Исполнителя, обеспечивающие взаимодействие программ Заказчика, в соответствии с требованиями, будут обеспечивать работоспособность имеющихся и настроенных систем Заказчика.

Кроме того, Заказчик пояснил, что такого взаимодействия достаточно для обеспечения отправки и получения коротких текстовых сообщений от Заказчика к Абонентам через SMS-шлюз Исполнителя, который взаимодействует с любым оператором связи.

Для передачи SMS-сообщений с помощью специализированного программного обеспечения Исполнителя, имеющего подключение по протоколу HTTP/HTTPS к сети подвижной радиотелефонной связи Оператора, на номера абонентов всех GSM/UMTS/LTE-сетей, Заказчик должен подключиться к API-интерфейсу Исполнителя по соответствующему протоколу и отправить запрос на отправку SMS-сообщения с указанием номера получателя и текста сообщения.

После получения запроса от Заказчика, Исполнитель с помощью специализированного оборудования передает SMS-сообщение по протоколу взаимодействия в сеть подвижной радиотелефонной связи.

Сообщение далее передается на номер абонента в соответствующей GSM/UMTS/LTE-сети, для доставки сообщения на номер абонента, Оператор использует также техническое оборудование и процессы, включая e-mail2sms шлюз (назначение EMAIL2SMS шлюзов, это пересылка входящей электронной почты на мобильные телефоны абонентов в виде SMS сообщений), обеспечивающие конвертацию в SMS-сообщения телематических электронных сообщений и передачу по сети электросвязи для последующей отправки абонентам всех сетей подвижной радиотелефонной сети связи.

Таким образом, оказание услуг включает в себя обеспечение передачи телематических электронных сообщений (отправки СМС сообщений пациентам) через сеть Интернет от Заказчика к пациентам с использованием Сервиса СМС-сообщений Исполнителя, имеющего веб-интерфейс, посредством подключения технических средств Исполнителя к инфраструктуре Заказчика через сеть Интернет с последующей конвертацией и передачей СМС сообщений пациентам – абонентам, обслуживаемым любыми сотовым оператором.

Кроме того, Комиссией установлено, что согласно письму Федеральной службы по надзору в сфере связи, информационных технологий и массовых коммуникаций от 20 сентября 2012 г. № 02/3489-ОГ лицензия на оказание телематических услуг связи необходима, если в процессе оказания услуг оператор предоставляет абонентам

и/или пользователям возможность доступа к информационным системам информационно-телекоммуникационных сетей, в том числе к сети Интернет, при этом самостоятельно организует техническую возможность такого доступа. В этом случае оператор самостоятельно осуществляет деятельность по приему, обработке, хранению, передаче, доставке сообщений электросвязи, то есть оказание услуг связи.

В соответствии с п. 4 разд. XVI Приложения 2 к Положению о лицензировании деятельности в области оказания услуг связи, утв. Постановлением Правительства РФ от 30.12.2020 № 2385 (далее - Положение о лицензировании оказания услуг связи), к лицензионным условиям осуществления деятельности в области оказания телематических услуг связи относится, в том числе, обеспечение предоставления абоненту и (или) пользователю:

- доступа к сети связи лицензиата;
- доступа к информационным системам информационно-телекоммуникационных сетей, в том числе к информационно-телекоммуникационной сети Интернет;
- приема и передачи телематических электронных сообщений.

При этом, Техническим заданием установлены следующие требования к системе:

Исполнитель предоставляет Заказчику учетные данные (имя пользователя и пароль) для входа в Систему отправки СМС-сообщений.

Система должна иметь веб-интерфейс, позволяющий отправлять СМС-сообщения, формировать отчеты со статусами доставки СМС-сообщений, контролировать баланс денежных средств Заказчика в Личном кабинете СМС сервиса.

Система отправки СМС-сообщений должна обеспечивать отправку СМС-сообщений из Интернет сайтов и используемых Заказчиком программ в соответствии с требованиями к сервису системы.

Система Исполнителя должна обеспечивать проверку «HLR»-статуса переданного мобильного номера на существование и его доступность.

Таким образом, оказание услуг, являющиеся предметом закупки предполагают также прием и передачу телематических электронных сообщений (обмен телематическими электронными сообщениями) между абонентским терминалом и информационной системой информационно-телекоммуникационной сети.

Комиссия также считает необходимым отметить, что согласно пункту 5.2.2 проекта договора Исполнитель имеет право привлечь к исполнению своих обязательств по договору других лиц – соисполнителей, обладающих специальными знаниями, навыками, квалификацией, специальным оборудованием, разрешениями, лицензиями и т. п., по видам (содержанию) услуг.

При этом, на вопрос Комиссии Заявитель пояснил, что у него имеется лицензия как на оказание телематических услуг, так и на оказание услуг подвижной радиотелефонной связи, что, в свою очередь, не лишает Заявителя возможности принять участие в Закупке.

Вместе с тем Комиссия обращает внимание, что 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.

Таким образом, антимонопольным органом подлежит выяснению вопрос действительности нарушения прав и законных интересов подателя жалобы оспариваемыми действиями.

В рассматриваемом случае, Заявителем не приведено доказательств, каким образом установление в Закупочной документации требования о необходимости наличия у участника лицензии на оказание телепатических услуг и отсутствие требования о наличии лицензии на оказание услуг подвижной радиотелефонной связи нарушает его права.

Кроме того, Комиссией установлено, что на участие в Закупке было подано 2 заявки, в составе которых были представлены лицензии, согласно требованиям документации, что также указывает на отсутствие конкуренции при установлении данного требования.

С учетом изложенного, на основе всестороннего исследования, оценки фактических обстоятельств и доказательств по делу в их совокупности и взаимосвязи Комиссия приходит к выводу, Комиссия Управления приходит к выводу о том, что установленные Заказчиком в документации требования не могут рассматриваться как ограничение круга потенциальных участников закупки.

При этом Комиссия принимает во внимание, что Заявитель заявку на участие в конкурсе не подавал.

Действительных доказательств нарушения прав оспариваемыми требованиями, Заявителем не представлено, равно как не представлено доказательств невозможности подать заявку на участие в оспариваемой закупке, учитывая наличие у Заявителя необходимых лицензий, в том числе, на требуемой лицензии на оказание телепатических услуг.

Заявитель как податель жалобы в антимонопольный орган и лицо, участвующее в деле, обязан вместе с жалобой представить соответствующие его позиции доказательства, подтверждающие или опровергающие оспариваемые обстоятельства. Как следует из материалов дела, заявителем такие документы приложены не были, обоснований и объективных доказательств наличия в действиях заказчика нарушений, помимо субъективной оценки таких действий, не представлено.

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.

Обратное будет противоречить не только балансу частных и публичных интересов, но и принципам добросовестной реализации и защиты своих гражданских прав (п. 3 ст. 1 Гражданского кодекса Российской Федерации (далее – ГК РФ), недопустимости извлечения преимуществ из своего незаконного или недобросовестного поведения (п. 4 ст. 1 ГК РФ) и злоупотребления правом (п. 1 ст. 10 ГК РФ).

С учетом изложенного, на основе всестороннего исследования, оценки фактических обстоятельств и доказательств по делу в их совокупности и взаимосвязи Комиссия приходит к выводу о необоснованности доводов жалобы.

На основании изложенного и руководствуясь частью 20 статьи 18.1 Закона о защите конкуренции, Комиссия

РЕШИЛА:

1. Признать жалобу ПАО «Мегафон» (ИНН: 7812014560; ОГРН: 1027809169585) на действия ФГБУ ФНКЦ ФМБА России (ИНН: 7724044189; ОГРН: 1027700089757) при проведении Закупки необоснованной.

2. Снять ограничения, наложенные письмами Московского УФАС России от 04.07.2023 № НП/27676/23.

Настоящее решение может быть обжаловано в арбитражном суде в течение трех месяцев со дня его принятия.