

РЕШЕНИЕ

29.03.2023 Дело № 073/06/106-153/2023

г. Ульяновск

Комиссия Управления Федеральной антимонопольной службы по Ульяновской области по контролю закупок в составе:

- председателя - заместителя руководителя управления – начальника отдела <...>,
- заместителя начальника отдела <...>,
членов - специалиста-эксперта <...>.,
в присутствии - от Агентства государственных закупок Ульяновской области:
(с - <...> (Доверенность № 40 от 24.03.2023 г.),
использованием - от Министерства просвещения и воспитания Ульяновской
системы области, комиссии по осуществлению закупок:
видеоконференц- - <...> (Доверенность № 19-д от 06.03.2023 г., паспорт),
связи), - от ООО «Электронные машины»:
- <...> (Доверенность № 1 от 23.03.2023 г.),

рассмотрев дело № 073/06/106-153/2023 по жалобе ООО «Электронные машины» (далее - заявитель) на положения извещения о проведении электронного аукциона № 0168500000623000936 (наименование объекта закупки – «Шифр: 73-2023-нр5213. Камера

видеонаблюдения в рамках федерального проекта «Цифровая образовательная среда» национального проекта «Образование» в части обновления материально-технической базы образовательных организаций для внедрения цифровой образовательной среды и развития цифровых навыков обучающихся»; заказчик – Министерство просвещения и воспитания Ульяновской области (далее – заказчик), уполномоченный орган – Агентство государственных закупок Ульяновской области (далее – уполномоченный орган); начальная (максимальная) цена контракта – 743 380,00 руб., срок окончания подачи заявок 23.03.2023 г. в 09 час. 00 мин.) по признакам нарушения Федерального закона «О контрактной системе в сфере закупок товаров, работ, услуг для обеспечения государственных и муниципальных нужд» от 05.04.2013 г. № 44-ФЗ (далее - Закон о контрактной системе) в порядке, предусмотренном Административным регламентом, утвержденным приказом ФАС России от 19.11.2014 г. № 727/14,

УСТАНОВИЛА:

Вх. № 1603-ЭП/23 от 23.03.2023 г. (дата размещения в ЕИС – 22.03.2023 г.) в Ульяновское УФАС России поступила жалоба ООО «Электронные машины» на

положения извещения о проведении электронного аукциона № 0168500000623000936.

По мнению заявителя жалобы, заказчиком неправомерно не установлен запрет на допуск программного обеспечения, происходящего из иностранных государств, для целей осуществления закупок для обеспечения государственных и муниципальных нужд, установленный Постановлением Правительства РФ от 16.11.2015 г. №1236 «Об установлении запрета на допуск программного обеспечения, происходящего из иностранных государств, для целей осуществления закупок для обеспечения государственных и муниципальных нужд» (далее — Постановление № 1236), поскольку неотъемлемой частью любого электронного оборудования (устройства) является программное обеспечение, обеспечивающее его функционирование и выполняющее функцию системы управления. Таким образом, закупаемые заказчиком устройства являются электронно-вычислительной машиной со встроенным программным обеспечением, ввиду чего у заказчика возникает обязанность установить запрет на допуск программного обеспечения, происходящего из иностранных государств.

В составе жалобы заявителем также представлены сведения из реестра российского программного обеспечения, свидетельствующие о наличии у видеочамер программного обеспечения для обработки и кодировании видеоинформации.

Таким образом, по мнению заявителя, вне зависимости от объекта закупки, если закупаемый товар содержит в своем составе программное обеспечение, у заказчика возникает обязанность установить запрет на допуск программного обеспечения, происходящего из иностранных государств.

Данная правовая позиция, изложенная в Определении Верховного Суда РФ от 6 ноября 2020 г. № 305-ЭС20-18037 по делу № А40-177649/2019, указывает на необходимость установления запрета на допуск иностранного программного обеспечения, в том числе, в случае закупки оборудования с предустановленным программным обеспечением (встроенным программным обеспечением, микрокодом), с так называемым «вшитым» ПО.

При этом, по мнению заявителя, из буквального толкования положений Постановления №1236 следует, что главным условием установления запрета является нахождение ПО в едином реестре российских программ для электронных вычислительных машин и баз данных.

При этом любая цифровая камера видеонаблюдения в своем составе имеет постоянное запоминающее устройство, отвечающее за хранение и функционирование программного обеспечения камеры. Заявитель также обращает внимание, что наличие технических характеристик, используемых заказчиком при описании видеочамер, невозможны без встроенного программного обеспечения, и отвечают за predetermined функции устройства (HD-формат FullHD 1080p).

Также заявитель считает, что у заказчика была обязанность установить запрет согласно подпункту «а» пункта 2.1 Постановления № 1236, так как видеочамеры являются непосредственно материальным носителем встроенного программного обеспечения.

Согласно ГОСТ 15971-90 классифицирует «ЭВМ» как «Вычислительная машина, основные функциональные устройства которой выполнены на электронных компонентах», «Совокупность технических средств, создающая возможность проведения обработки информации и получение результата в необходимой форме. Как правило, в состав ЭВМ входит и системное программное обеспечение».

Согласно сведениям единого реестра российских программ для электронных вычислительных машин и баз данных к классам программного обеспечения относится также встроенное программное обеспечение.

Таким образом, по мнению заявителя, заказчик обязан был установить запрет на допуск программного обеспечения, происходящего из иностранных государств, предусмотренный Постановлением № 1236.

Вх. № 1679-ЭП/23 от 27.03.2023 г. и № 1695-ЭП/23 от 28.03.2023 г. в Ульяновское УФАС России от заказчика и уполномоченного органа, соответственно, поступили возражения на жалобу, содержащие указание, в том числе на следующее.

Из положений Постановления № 1236 следует, что под программным обеспечением понимается в том числе поставка программного обеспечения на материальных носителях, а также поставка оборудования, на которое в рамках исполнения контракта, подлежит установка программного обеспечения. Аналогичные выводы содержатся в письме Минцифры России от 15.12.2022 г. № П11-2-05-106-94501. При этом объектом закупки является поставка камер видеонаблюдения (код позиции КТРУ 26.70.13.000-00000004) и описание объекта закупки не содержит в качестве характеристики товара наличие программного обеспечения и не определяет его значение, а также не требует установки отдельного ПО. В связи с чем заказчик и уполномоченный орган полагают, что обязанность по применению Постановления № 1236 в рассматриваемом случае отсутствует.

На заседании Комиссии 28.03.2023 г., проводимом в дистанционном режиме, представитель заявителя поддержал доводы жалобы, представители уполномоченного органа и заказчика с доводами жалобы не согласились, поддержали представленные письменные возражения, в рассмотрении жалобы объявлялся перерыв до 15:30 29.03.2023 г. для документального анализа материалов по делу.

В единой информационной системе (www.zakupki.gov.ru) 15.03.2023 г. было опубликовано извещение о проведении электронного аукциона № 0168500000623000936, наименование объекта закупки – «Шифр: 73-2023-нр5213. Камера видеонаблюдения в рамках федерального проекта «Цифровая образовательная среда» национального проекта «Образование» в части обновления материально-технической базы образовательных организаций для внедрения цифровой образовательной среды и развития цифровых навыков обучающихся» (начальная (максимальная) цена контракта – 743 380,00 руб.).

Согласно протоколу подачи ценовых предложений от 23.03.2023 г. на участие в указанной закупке поступило 10 заявок, ценовые предложения поступали от 7 участников, цена была снижена на 46,69 %.

В соответствии с протоколом подведения итогов электронного аукциона от

27.03.2023 г. заявки 9 участников признаны несоответствующими требованиям извещения и законодательства и отклонены.

Рассмотрев представленные материалы, Комиссия приняла решение признать жалобу ООО «Электронные машины» необоснованной. При этом Комиссия исходила из следующего.

Частью 3 статьи 14 Закона о контрактной системе предусмотрено, что в целях защиты основ конституционного строя, обеспечения обороны страны и безопасности государства, защиты внутреннего рынка Российской Федерации, развития национальной экономики, поддержки российских товаропроизводителей нормативными правовыми актами Правительства Российской Федерации устанавливаются запрет на допуск товаров, происходящих из иностранных государств, работ, услуг, соответственно выполняемых, оказываемых иностранными лицами, и ограничения допуска указанных товаров, работ, услуг.

Пунктом 2 Постановления Правительства Российской Федерации от 16 ноября 2015 г. № 1236 «Об установлении запрета на допуск программного обеспечения, происходящего из иностранных государств, для целей осуществления закупок для обеспечения государственных и муниципальных нужд» (далее - Постановление № 1236) установлен запрет на допуск программ для электронных вычислительных машин и баз данных, реализуемых независимо от вида договора на материальном носителе и (или) в электронном виде по каналам связи, происходящих из иностранных государств (за исключением программного обеспечения, включенного в единый реестр программ для электронных вычислительных машин и баз данных из государств - членов Евразийского экономического союза, за исключением Российской Федерации (далее - реестр евразийского программного обеспечения), а также исключительных прав на такое программное обеспечение и прав использования такого программного обеспечения (далее - программное обеспечение и (или) права на него), для целей осуществления закупок для обеспечения государственных и муниципальных нужд, за исключением следующих случаев:

а) в едином реестре российских программ для электронных вычислительных машин и баз данных (далее - реестр российского программного обеспечения) и реестре евразийского программного обеспечения отсутствуют сведения о программном обеспечении, соответствующем тому же классу программного обеспечения, что и программное обеспечение, планируемое к закупке;

б) программное обеспечение, сведения о котором включены в реестр российского программного обеспечения и (или) реестр евразийского программного обеспечения и которое соответствует тому же классу программного обеспечения, что и программное обеспечение, планируемое к закупке, по своим функциональным, техническим и (или) эксплуатационным характеристикам не соответствует установленным заказчиком требованиям к планируемому к закупке программному обеспечению.

При этом, в соответствии с пунктом 2.1 Постановления № 1236 предусмотрено, что для целей применения пункта 2 Постановления № 1236 под программным обеспечением понимают программное обеспечение и (или) права на него вследствие выполнения следующих контрактных обязательств:

а) поставка на материальном носителе и (или) в электронном виде по каналам связи, а также предоставление в аренду или в пользование программного обеспечения посредством использования каналов связи и внешней информационно-технологической и программно-аппаратной инфраструктуры, обеспечивающей сбор, обработку и хранение данных (услуги облачных вычислений);

б) поставка, техническое обслуживание персональных электронных вычислительных машин, устройств терминального доступа, серверного оборудования и иных средств вычислительной техники, на которых программное обеспечение подлежит установке в результате исполнения контракта;

в) выполнение работ, оказание услуг, связанных с разработкой, модификацией, модернизацией программного обеспечения, в том числе в составе существующих автоматизированных систем, если такие работы или услуги сопряжены с предоставлением заказчику прав на использование программного обеспечения или расширением ранее предоставленного объема прав;

г) оказание услуг, связанных с сопровождением, технической поддержкой, обновлением программного обеспечения, в том числе в составе существующих автоматизированных систем, если такие услуги сопряжены с предоставлением заказчику прав на использование программного обеспечения или расширением ранее предоставленного объема прав.

Частью 1 статьи 49 Закона о контрактной системе установлено, что электронный аукцион начинается с размещения в единой информационной системе извещения об осуществлении закупки.

В соответствии с пунктом 5 части 1 статьи 42 Закона о контрактной системе при осуществлении закупки путем проведения открытых конкурентных способов заказчик формирует с использованием единой информационной системы, подписывает усиленной электронной подписью лица, имеющего право действовать от имени заказчика, и размещает в единой информационной системе извещение об осуществлении закупки, содержащее, в том числе, следующую информацию: наименование объекта закупки, информация (при наличии), предусмотренная правилами использования каталога товаров, работ, услуг для обеспечения государственных и муниципальных нужд, установленными в соответствии с частью 6 статьи 23 Закона о контрактной системе, указание (в случае осуществления закупки лекарственных средств) на международные непатентованные наименования лекарственных средств или при отсутствии таких наименований химические, группировочные наименования.

Так, согласно извещению о проведении электронного аукциона № 0168500000623000936 объектом закупки является: камера видеонаблюдения, код позиции КТРУ - 26.70.13.000-00000004.

Позиция КТРУ - 26.70.13.000-00000004 не содержит такой характеристики, как «программное обеспечение», «встроенное программное обеспечение».

Согласно пункту 15 части 1 статьи 42 Закона о контрактной системе при осуществлении закупки путем проведения открытых конкурентных способов заказчик формирует с использованием единой информационной системы,

подписывает усиленной электронной подписью лица, имеющего право действовать от имени заказчика, и размещает в единой информационной системе извещение об осуществлении закупки, содержащее информацию об условиях, о запретах и об ограничениях допуска товаров, происходящих из иностранного государства или группы иностранных государств, работ, услуг, соответственно выполняемых, оказываемых иностранными лицами, в случае, если такие условия, запреты и ограничения установлены в соответствии со статьей 14 Закона о контрактной системе.

При этом, согласно извещению о проведении электронного аукциона № 0168500000623000936 заказчиком не установлен запрет на допуск программного обеспечения, происходящего из иностранных государств, для целей осуществления закупок для обеспечения государственных и муниципальных нужд» предусмотренный Постановлением № 1236.

Пунктом 1 частью 2 статьи 42 Закона о контрактной системе предусмотрено, что извещение об осуществлении закупки, должно содержать описание объекта закупки в соответствии со статьей 33 Закона о контрактной системе, в форме электронного документа.

Приложением к извещению № 0168500000623000936 является файл с описанием объекта закупки, который включает в себя наименование поставляемого товара, наименование и единицы измерения показателей товара, требования к значению показателей, требования заказчика к указанию значений показателей товаров.

Предметом закупки в данной ситуации является оборудование, а не программное обеспечение. Программы, которые могут поставляться с оборудованием, являются встроенными микропрограммами, необходимыми для функционирования закупаемого оборудования.

Встроенная микропрограмма разработана производителем для конкретного электронного оборудования (устройства) и не может рассматриваться как ПО в привычном понимании. Она может быть установлена только на то устройство, для которого разработана. Микропрограмма - является комплексным устройством, рассматривать отдельно аппаратную и программную части недопустимо, поскольку они не могут функционировать друг без друга.

Видеокамера – это автономное портативное электронное устройство, основной функцией которого является захват и запись видео. Full HD 1080p – это разрешение 1920x1080 точек (2 138 400 пикселей) и частотой кадров не менее 24/сек. Видеокамеры, а также другие устройства со встроенными камерами, такие как ноутбуки, смартфоны и планшетные компьютеры, могут снимать видео 1080p, кодируя его в формате прогрессивного сегментированного кадра.

Формат Full HD 1080p, установленный заказчиком в техническом задании напрямую зависит от типа матрицы видеокамеры, а не от программного обеспечения, т.е. разрешение видеокамеры измеряется количеством точек по высоте и ширине матрицы.

Все функции современных цифровых видеокамер реализованы посредством аппаратных средств, а также обеспечены базовой настройкой (далее – «Прошивкой») набором постоянных инструкций для связи внутренних аппаратных

средств с другими устройствами в системе, а также выполнением собственных интеллектуальных функций, и содержащихся в энергонезависимой памяти данных устройства.

«Прошивка» камер является неотъемлемой частью данных устройств, поставляется комплектно, смонтирована на предприятии-изготовителе устройств и не является программным обеспечением для электронных вычислительных машин и баз данных.

«Прошивка» не соответствует критериям пункта 2 Постановления № 1236, поскольку не поставляется на материальном носителе и (или) в электронном виде по каналам связи, не подлежит установке, не подлежит разработке, модификации, модернизации.

Кроме того, права на использование «прошивки», как отдельного компонента, отсутствуют, так как данный компонент не является отдельным элементом, то есть не может быть использован отдельно от устройства, не может быть изменен или заменен, не может быть применен в качестве программного обеспечения для ЭВМ и баз данных (аналогичные выводы содержатся в постановлении Арбитражного суда Северо-Кавказского округа от 20.06.2022 г. по делу № А53-27158/2021).

При этом, объект закупки - Камера видеонаблюдения, а также предмет контракта, не попадает под определения программного обеспечения, установленные пунктом 2.1 Постановления № 1236, а так же описание объекта закупки не содержит такой характеристики, как «программное обеспечение».

В рамках данной закупки приобретается камера видеонаблюдения с определенными функциями/опциями. Конечным объектом закупки является именно камера видеонаблюдения, а не ПО. Заказчиком не предусмотрено заключение лицензионных (сублицензионных) договоров на право использования ПО, которые заключаются при использовании ПО в его классическом понимании.

Законом о контрактной системе, а также Постановлением № 1236 не регламентированы случаи применения рассматриваемого запрета при закупках оборудования с предустановленным программным обеспечением (встроенным программным обеспечением), без которого применения данного оборудования невозможно, и в извещении не предусмотрена необходимость установки программного обеспечения и передачи прав на него в результате исполнения обязательств по контракту.

Таким образом, поставка техники (оборудования) с предустановленным производителем программным обеспечением не является объектом регулирования Постановления № 1236.

При этом положения постановления № 1236 не содержит условия о том, что главным условием установления запрета является именно нахождение ПО в едином реестре российских программ для электронных вычислительных машин и баз данных, вопреки утверждениям заявителя, поскольку условия при которых запрет, предусмотренный постановлением № 1236 подлежит установлению изложены в пункте 2(1) Постановления №1236.

Ссылка заявителя на правовую позицию, изложенную в Определении Верховного

Суда РФ от 06.11.2020 г. № 305-ЭС20-18037 по делу № А40-177649/2019 не может быть принята во внимание, поскольку положения технического задания по процедуре № 0129200005319001554, в рамках которой проводились судебные разбирательства, изначально содержали в себе требования к аппаратно-программному комплексу сбора, обработки, хранения информации, получаемой от автоматических скоростных комплексов весового и габаритного контроля и электронного взаимодействия с внешними информационными системами, то есть содержала требования к программным модулям специального программного обеспечения, через которые аппаратно-программному комплексу необходимо осуществлять работу. Кроме того, объектом закупки № 0129200005319001554 являлось оказание услуг аренды автоматизированной системы весогабаритного контроля, что не соотносится с объектом закупки по рассматриваемому делу.

Кроме того, в письме № П11-2-05-106-94501 от 15.12.2022 г. Минцифры России также оговорено, что законодательством дополнительно не регламентированы случаи применения запрета, предусмотренного Постановлением № 1236, когда объектом закупки являются камеры видеонаблюдения с предустановленным программным обеспечением, без которого применение видеоборудования по назначению невозможно, и в извещении или документации о закупке не предусмотрена необходимость установки программного обеспечения и передачи прав на него вследствие выполнения контрактных обязательств.

В рамках данной процедуры заказчиком закупается оборудование, при этом отдельная поставка либо установка (при исполнении контракта) программного обеспечения не предусмотрена, требования к такому обеспечению не предъявлены.

Вследствие чего, Комиссия Ульяновского УФАС России приходит к выводу о правомерности действий заказчика в части неприменения запрета, предусмотренного Постановлением № 1236, при проведении электронного аукциона № 0168500000623000936 и жалоба ООО «Электронные машины» является необоснованной.

Учитывая изложенное, Комиссия, руководствуясь частью 1 статьи 2, пунктом 1 части 15, пункта 2 части 22 статьи 99, частью 8 статьи 106 Закона о контрактной системе,

РЕШИЛА:

Признать жалобу ООО «Электронные машины» необоснованной.

Председатель комиссии: <...>

<...>

Члены комиссии:

<...>

Решение может быть обжаловано в судебном порядке в течение трех месяцев со дня его принятия.