

Заявитель: ООО «Д»

Заказчик: «О»

Оператору электронной площадки:

АО «Е»

Уведомление о поступлении жалобы

(№014/07/3-2214/2021)

Управление Федеральной антимонопольной службы по Республике Саха (Якутия) в соответствии с частью 11 статьи 18.1 Федерального закона от 26.07.2006 № 135-ФЗ «О защите конкуренции» (далее также – Закон о защите конкуренции) уведомляет о поступлении жалобы ООО «Д» (вх. № 9386 э от Т) на действия (бездействие) заказчика «О» при проведении публикуемого (открытого) аукциона в электронной форме на право приобретения программного обеспечения антивирусной защиты и защиты почтовых серверов

1. Заказчик установил в проекте договора условие об освобождении стоимости лицензий от НДС на основании подп. 26 п. 2 ст. 149 НК РФ, что противоречит другим условиям документации о закупке и влечёт невозможность участия участников с программными продуктами, не включёнными в Реестр российского ПО.

Согласно Форме заявки, размещённой в п. 8.2 Приложения № 8 «Образцы форм» к Документации о закупке, в заявке указывается предлагаемая участником цена как с НДС, так и без НДС.

В Коммерческом предложении (форма 8.3 в том же Приложении №8) заполняется таблица, предполагающая возможность свободного указания ставки НДС.

В Плане распределения объёмов внутри коллективного участника (форма 8.4 там же) приведена таблица, предполагающая указание цены с НДС.

В Документации о закупке не установлено запрета предлагать программные продукты, не включённые в Реестр российского ПО и в силу этого облагаемые НДС 20%.

Напротив, в пунктах 2.1.13, 2.1.29, а также в разделе 7 Документации о закупке Заказчик установил необходимость применения приоритета российских товаров, работ, услуг, предусмотренного Постановлением Правительства РФ № 925.

В соответствии с Постановлением Правительства РФ № 925, при проведении

торгов по Закону 223-ФЗ должен быть установлен приоритет для товаров, работ, услуг российского происхождения, заключающийся в том, что в процессе оценки и сопоставления заявок для российских продуктов применяется 15%-ный дисконт. Иными словами, российские продукты находятся в преимущественном положении по сравнению с иностранными и имеют больше шансов быть выбранными Заказчиком за счёт того, что их стоимость в процессе оценки и сопоставления заявок рассматривается как более низкая (на 15%), чем она на самом деле заявлена участником.

При этом Постановлением Правительства РФ № 925 не установлено полного запрета на допуск программного обеспечения иностранных производителей к торгам по Закону 223-ФЗ.

Такой запрет будет представлять собой необоснованное ограничение конкуренции, не соответствующее Постановлению Правительства РФ № 925 и действующему законодательству РФ о защите конкуренции.

В нарушение указанных положений и вышеназванных пунктов и разделов своей собственной Документации о закупке, Заказчик установил в Проекте договора (Приложение № 9.1 к Документации о закупке) следующие оговорки:

А) в п. 5.1 Проекта договора: «Общий размер вознаграждения за предоставление Лицензии (Цена): _____, НДС не облагается на основании пп. 26 п. 2 ст. 149 НК РФ.»;

Б) в Спецификации – Приложении № 1 к Договору – таблицу, содержание которой исключает возможность указания НДС 20%, а также оговорку под таблицей: «НДС не облагается на основании пп. 26 п. 2 ст. 149 НК РФ.»;

В) в Форме Акта передачи прав использования ПО – Приложении № 3 к Договору – аналогичную таблицу, не предусматривающую возможности указать НДС 20%, а также аналогичную оговорку под таблицей: «НДС не облагается на основании пп. 26 п. 2 ст. 149 НК РФ».

При этом не предусмотрено никаких сносок, примечаний или иных положений, позволяющих при заключении договора изменить данные условия и применить к цене НДС 20%.

В подп. 5 п. 4.4.1 Документации о закупке прямо сказано, что «несогласие с редакцией договора, опубликованного в составе закупочной документации», является основанием признать такого участника уклонившимся от заключения контракта, что влечёт внесение его в Реестр недобросовестных поставщиков.

Отсюда следует, что изменяемыми являются лишь те условия Проекта договора, по которым поставлены прочерки или пустые ячейки таблиц.

Правила формирования условий договора и протокола разногласий к нему, изложенные в п. 4.3.22-4.3.24 Документации о закупке, предусматривают лишь

возможность корректировки тех пунктов и условий, которые не соответствуют Документации о закупке, Извещению и прочим упомянутым там документам, а если рассматривать данные положения во взаимосвязи с подп. 5 п. 4.4.1 Документации о закупке – то получается, что протокол разногласий может касаться лишь заполнения «прочерков» и пустых полей в Проекте договора, но не корректировки остальных его условий.

Тем самым, Заказчик по сути установил невозможность предложения программных продуктов иных, чем освобождаемые от НДС на основании подп. 26 п. 2 ст. 149 НК РФ.

В случае предложения таких продуктов будет невозможно заключить договор на условиях, определённых Заказчиком, предложение иных условий приведёт к признанию участника уклонившимся и включению в Реестр недобросовестных поставщиков, а заключение с Заказчиком договора на его условиях приведёт к нарушению участником налогового законодательства РФ – незаконному применению льготы по НДС.

Согласно подп. 26 п. 2 ст. 149 НК РФ, не облагаются НДС операции по реализации прав использования только программ для ЭВМ, включённых в единый реестр российских программ для ЭВМ баз данных (Реестр российского ПО).

В данный Реестр могут быть включены только программные продукты российских производителей. Программы для ЭВМ иностранных вендоров в него не включаются, и к ним применяется НДС 20%.

Таким образом, Заказчик необоснованно ограничил конкуренцию, не допуская возможности заключения договора с участником, предлагающим программные продукты иностранного производителя, которые хотя и соответствуют техническим требованиям Заказчика, но не включены в Реестр российского ПО.

Заказчик поставил таких участников в ситуацию, когда им приходится либо нарушить налоговое законодательство РФ, необоснованно применив льготу по НДС, либо потребовать изменения формулировок Проекта договора, что приведёт к признанию их уклонившимися от заключения контракта и включению в Реестр недобросовестных поставщиков.

2. Заказчик искусственно объединил в одном лоте закупку лицензий на разнородное программное обеспечение (антивирус и антиспам) и установил требования об их едином производителе, что влечёт необоснованное ограничение конкуренции

Предметом торгов является приобретение программного обеспечения антивирусной защиты и защиты почтовых серверов (антиспам).

При этом программное обеспечение антивирусной защиты – это семейство

программных продуктов, защищающих информационные системы пользователей от вредоносного ПО, то есть причиняющего ущерб имуществу и инфраструктуре пользователя путём активации скрытых программных кодов (алгоритмов).

Антиспам – это семейство программных продуктов, осуществляющих фильтрацию входящих почтовых сообщений пользователей и блокирующих почтовые сообщения, не являющиеся вредоносными, но являющиеся нежелательными – «спам» (рекламного содержания и т.п.).

Данные виды программных продуктов не взаимосвязаны друг с другом и производятся разными производителями.

Каких-либо причин объединять их закупку в единый лот с технологической, экономической или иной разумной хозяйственной точки зрения не имеется.

В ряде сфер, например в финансовой и банковской (в частности, при защите банковских платёжных систем), наоборот – даже нормативно установлены обязательные требования к эшелонированной защите автоматизированных систем, включающие требование к «мультивендорности», т.е. разные компоненты защитного ПО должны быть отдельными друг от друга и принадлежать разным производителям.

Между тем, Заказчик объединил их в единый лот, а более того – установил в п. 1.3 Технических требований (Приложение № 9.1 к Документации о закупке), что они должны принадлежать единому производителю.

При этом в п. 7.1 Технических требований Заказчик установил требования к антиспаму, представляющие собой дословное копирование из документа «Техническое задание KASPERSKY ENDPOINT SECURITY FOR BUSINESS» от Лаборатории Касперского, размещённого в публичных общедоступных источниках -https://www.robotx.ru/certificates/225-TZ_-_KESB_Total
<https://support.kaspersky.com/help>, а именно:

Пункт 7.1 Технических требований Заказчика:

«7.1. ПО должно поставляться в виде:

7.1.1.ISO-образа, с предустановленной операционной системой, почтовым-сервером и средствами защиты почтового трафика,

7.1.2.Виртуального почтового шлюза (OVA-шаблона) с предустановленной операционной системой, почтовым-сервером и средствами защиты почтового трафика».

Страница 14 «Технического задания KASPERSKY ENDPOINT SECURITY FOR BUSINESS» (скриншот):

Документ «Техническое задание KASPERSKY ENDPOINT SECURITY FOR BUSINESS» от

Лаборатории Касперского, скачанный по вышеуказанной ссылке, прилагается к настоящей жалобе.

Как видно из сравнительной таблицы соответствия продуктов разных производителей данным требованиям (приложение к настоящей жалобе), единственным производителем, отвечающим данным требованиям, является Лаборатория Касперского.

Таким образом, ограничивая возможность предоставления антиспама ряда производителей, за счёт искусственного объединения разнородных продуктов (антивирус и антиспам) в единый лот и установления необоснованного требования об их принадлежности одному производителю Заказчик создал ситуацию, необоснованно ограничивающую конкуренцию, и фактически не допустил возможность участия лиц, предлагающих программные продукты, отличные от ПО Лаборатории Касперского.

3. Заказчик установил искусственные требования к антивирусному ПО, потребность в которых у него отсутствует, но которым отвечает только один производитель

В Приложении № 9.1 к Документации о закупке – «Технические требования» - содержатся следующие требования к антивирусному ПО:

«2.3.48. контроль сетевых подключений типа сетевой мост, с возможностью блокировки одновременной установки нескольких сетевых подключений;

2.3.49. создание специальных правил, запрещающих или разрешающих установку и/или запуск программ для всех или для определенных групп пользователей (Active Directory или локальных пользователей/групп), компонент должен контролировать приложения как по пути нахождения программы, метаданным, сертификату или его отпечатку, контрольной сумме, так и по заранее заданным категориям приложений, предоставляемым производителем программного обеспечения, компонент должен работать в режиме черного или белого списка, а также в режиме сбора статистики или блокировки;

2.3.52. ведение журнала событий о записи и/или удалении файлов на съемных дисках».

Названные требования сформулированы путём дословного копирования из документа «Техническое задание KASPERSKY ENDPOINT SECURITY FOR BUSINESS» от Лаборатории Касперского, размещённого в публичных общедоступных источниках - https://www.robotx.ru/certificates/225-TZ_-_KESB_Total
<https://support.kaspersky.com/help>.

Как текст, так и взаимное расположение указанных пунктов в Технических требованиях Заказчика абсолютно идентично Техническому заданию Лаборатории Касперского.

Названным требованиям не отвечает антивирусное обеспечение ни одного производителя, кроме Лаборатории Касперского (сравнительную таблицу с информацией с сайтов производителей прилагаем).

Названные требования нехарактерны для классического антивирусного программного обеспечения, а относятся к DLP-системам (Data Leak Prevention, защита от утечки данных).

Потребность в данном функционале именно антивирусного программного обеспечения у Заказчика отсутствует, доказательством чему является тот факт, что ранее у Заказчика было установлено и в настоящее время успешно функционирует антивирусное программное обеспечение ESET (производитель – ESET spol. s r.o., Словацкая Республика), в котором данных функций не имеется.

Указанные выше нарушения, каждое взятое в отдельности, а также их общая совокупность во взаимосвязи между собой указывает на то, что в данной закупочной процедуре Заказчик установил как «скрытые», так и очевидные требования, не обусловленные его реальной потребностью, а направленные на создание необоснованного конкурентного преимущества конкретному производителю ПО.

Согласно части 15 статьи 18.1 Закона о защите конкуренции, заказчик, организатор торгов, конкурсная или аукционная комиссия, действия (бездействие) которых обжалуются, **в срок не позднее Т года** обязаны представить антимонопольному органу на рассмотрение жалобы по существу следующие надлежащим образом заверенные и подшитые документы наручным способом либо по электронной почте на адрес to14@fas.gov.ru.

1. Положение о закупке в редакции, действующей в период проведения вышеуказанной закупки.
2. Письменные возражения на жалобу по всем доводам заявителя с приложением подтверждающих документов.
3. Решение об отмене закупки в электронном виде;
4. Иные документы и сведения, имеющие значения по указанным выше обстоятельствам.

В целях надлежащей подготовки сторонами к рассмотрению жалобы по существу, заказчику, организатору торгов, конкурсной или аукционной комиссии, направить копии возражения на жалобу, иные документы и

сведения, имеющие значения по указанным выше обстоятельствам на электронный адрес заявителя не позднее чем за один день до рассмотрения жалобы по существу.

Согласно части 12 статьи 18.1 Закона о защите конкуренции, организатор торгов, оператор электронной площадки, конкурсная или аукционная комиссия, действия (бездействие) которых обжалуются, в течение одного рабочего дня с момента получения уведомления *обязаны известить лиц, подавших заявки на участие в торгах, о факте поступления жалобы, ее содержании, месте и времени ее рассмотрения.*

В соответствии с частями 11, 18 статьи 18.1 Закона о защите конкуренции **заказчику, оператору электронной площадки надлежит приостановить закупку в части заключения контракта (договора) до рассмотрения жалобы по существу.**

В соответствии с частью 19 статьи 18.1 Закона о защите конкуренции, в случае принятия жалобы к рассмотрению организатор торгов, которому в порядке, установленном частью 11 настоящей статьи, направлено уведомление, не вправе заключать договор до принятия антимонопольным органом решения по жалобе. Договор, заключенный с нарушением требования, установленного настоящим пунктом, является ничтожным.

Частью 13 статьи 18.1 Закона о защите конкуренции предусмотрено право организатора торгов, оператора электронной площадки, конкурсной или аукционной комиссии, заявителя, а также лиц, подавших заявки на участие в торгах направления в антимонопольный орган возражения на жалобу или дополнение к ней и участия в рассмотрении жалобы лично или через своих представителей.

Сторонам для рассмотрения дела № **014/07/3-2214/2021** по существу, необходимо до начала рассмотрения жалобы направить на электронную почту to14@fas.gov.ru документы, подтверждающие полномочия лиц, участвующих в рассмотрении жалобы (доверенность на представителя с приложением копии документа, удостоверяющего его личность, либо копию решения об избрании законного представителя юридического лица с приложением копии документа, удостоверяющего его личность). Такие документы и информация должны быть подписаны ЭЦП, за исключением случаев ее отсутствия по уважительной причине. В случае направления Стороной документов, не подписанных ЭЦП, при рассмотрении жалобы представитель такой Стороны обязан продемонстрировать членам Комиссии Якутского УФАС России оригиналы указанных документов и в ходе своего выступления подтвердить (озвучить под аудиозапись), что копии таких документов направлены от имени этой Стороны.

При невозможности участия в режиме видеоконференцсвязи не позднее даты и времени начала рассмотрения жалобы в электронной форме

уведомить Управление Федеральной антимонопольной службы по Республике Саха (Якутия) (т.500-567 (доб.128), to14@fas.gov.ru.

Информация о рассмотрении указанной жалобы размещена на сайте Управления Федеральной антимонопольной службы по Республике Саха (Якутия) <http://br.fas.gov.ru>.

Обращаем Ваше внимание на то, что в силу положений части 5 статьи 19.8 Кодекса Российской Федерации об административных правонарушениях непредставление в федеральный антимонопольный орган, его территориальных орган сведений (информации), либо представление заведомо недостоверных сведений (информации) влечет наложение административного штрафа. Наложение административного наказания не освобождает от обязанности предоставления в антимонопольный орган запрашиваемых документов и информации.

ВриО Руководителя Управления

М.