

**Управление Федеральной антимонопольной службы по г.
Москве**

Адрес: 107078, г. Москва, Мясницкий проезд, дом 4, стр. 1

Телефон/факс: +7(495) 784-75-05

Факс: Факс: +7 (495) 607-31-41

E-mail: to77@fas.gov.ru

Заказчик:

ФЕДЕРАЛЬНОЕ ГОСУДАРСТВЕННОЕ АВТОНОМНОЕ
УЧРЕЖДЕНИЕ "НАЦИОНАЛЬНЫЙ МЕДИЦИНСКИЙ
ИССЛЕДОВАТЕЛЬСКИЙ ЦЕНТР ЗДОРОВЬЯ ДЕТЕЙ"
МИНИСТЕРСТВА ЗДРАВООХРАНЕНИЯ РОССИЙСКОЙ
ФЕДЕРАЦИИ.

(ФГАУ "НМИЦ ЗДОРОВЬЯ ДЕТЕЙ" МИНЗДРАВА
РОССИИ).

Адрес (место нахождения) : 119991, ГСП-1, город Москва,
проспект Ломоносовский, дом 2, Строение 1.

Почтовый адрес:119296, г Москва, р-н Гагаринский, пр-кт
Ломоносовский, дом 2, корпус 1.

ИНН 7736182930; КПП 773601001.

Контактное должностное лицо: Зам. начальника отдела

Номер контактного телефона:

Заявитель жалобы:

ООО «СВК-ТРЕЙД»

Юридический адрес: 600001, Владимирская обл., г. Владимир,
ул. Студеная гора, д. 34, офис 506.

Тел.

E-mail.

**Жалоба на положение аукционной документации
реестровый номер закупки: 32009626029.**

Наименование объекта закупки: Оказание услуг по текущему ремонту магнитно-резонансного томографа производства Дженерал Электрик Optima MR450W (RU1086MR05), инв.№4-91147#2541)

Способ размещения закупки - электронный аукцион.

Наименование электронной площадки в информационно-телекоммуникационной сети «Интернет»: АО «Сбербанк-АСТ» (УТП).

Адрес электронной площадки в сети Интернет: <http://utp.sberbank-ast.ru>

Дата начала срока подачи заявок 29.10.2020 (МСК) .

Дата и время окончания срока подачи заявок на участие в электронном аукционе - 16.11.2020 в 08:00 (МСК)

Дата подведения итогов: - 20.11.2020 (МСК)

Начальная цена –11 494 715,27 руб.

Общество с ограниченной ответственностью «СВК-ТРЕЙД» - (далее – «Общество»), планировало принять участие в закупке №32009626029, но не смогли подать заявку в виду ряда ограничений, установленных в аукционной документации Заказчика, противоречащих, по нашему мнению, действующему Законодательству РФ, регламентирующего подобные закупки.

1. Заказчик в нарушение положений действующего законодательства не ответил в установленном порядке на запрос Заявителя о разъяснении спорных положений аукционной документации.

Общество в установленном порядке подало запрос на разъяснение 09.11.2020. Принтскрин из личного кабинета прилагается. Заказчик на запрос не ответил.

Доводы жалобы.

При проведении закупки необходимо соблюдать принцип информационной открытости. В содержание этого принципа входит право участника закупки направить заказчику не позднее чем за три рабочих дня до даты окончания срока подачи заявок запрос о даче разъяснений извещения или документации о закупке.

У заказчика есть корреспондирующая обязанность: дать разъяснения в течение трех рабочих дней с даты поступления запроса.

Верховный суд указывает на возможность обжаловать действия заказчика, если тот нарушает принцип информационной открытости. Например, Верховный суд обращает внимание, что при рассмотрении жалоб антимонопольный орган вправе выносить решения и предписания, которые необходимы для восстановления прав участников закупки. В частности, такой инструмент может быть использован и при нарушении заказчиком принципа информационной открытости при проведении закупки.

Одновременно с этим антимонопольные органы считают, что формально исполнять обязанности по разъяснению положений закупочной документации также недопустимо.

Пример: компания обратилась в УФАС с жалобой на действия заказчика при проведении закупки. Указала, что обращалась к заказчику с запросом о разъяснении положений документации, чтобы устранить нарушение в части характеристик товара. Заказчик изменения в документацию не внес.

В возражениях заказчик уточнил, что в запросе не было вопроса, только описательный характер ошибок и просьба изменить документацию. Поэтому обращение принял, но на содержательную часть не ответил. УФАС расценило такой подход к даче разъяснений как формальный. Процедуру запросов создали, чтобы в случае противоречий в документации оперативно внести изменения, удовлетворить потребности участников процедуры и заказчиков.

В этой связи довод заказчика, что ему не обязательно содержательно отвечать на запрос, если там нет вопросительного знака, УФАС оценило как ошибочный и неправомерный. Действия заказчика признали нарушением Части 3 статьи 3.2 Закона о

закупках. Если заказчик не дал разъяснений, это может привести к тому, что закупку признают неконкурентной. После этого госорган выдаст заказчику предписание устранить нарушения, если они повлияли на результаты закупочной процедуры и привели к нарушению прав и законных интересов заявителя.

Суды также запрещают заказчикам включать в закупочную документацию и положения о закупке нормы, которые позволяют им не разъяснять спорные требования документации. Право самостоятельно разрабатывать и определять виды и порядок проведения закупочных процедур не освобождает заказчиков от обязанности соблюдать другие требования закона.

Указанные нарушения являются основаниями для обращения с данной жалобой.

На основании п.10 ст. 3 Федерального закона от 18.07.2011 N 223-ФЗ (ред. от 31.07.2020) "О закупках товаров, работ, услуг отдельными видами юридических лиц" (с изм. и доп., вступ. в силу с 31.08.2020)

2. Положения аукционной документации Заказчика: Раздел XI описание предмета закупки; пункт 5.4 -содержит следующие требования, предъявляемые к оказанию Услуг:

По требованию Заказчика Исполнитель в течение 5 рабочих дней, с даты запроса Заказчика, обязуется предоставить документы, подтверждающие соблюдение прав правообладателя на применяемое программное обеспечение, а также подтверждения от уполномоченного представителя производителя в части корректности используемых для оказания услуг инструментов, материалов и т. п.

Доводы жалобы.

Считаем указанное требование незаконным. Общество не оспаривает, что в соответствии с **п. 2 ч. 1 ст. 1225** ГК РФ результатами интеллектуальной деятельности и приравненными к ним средствами индивидуализации юридических лиц, которым предоставляется правовая охрана (интеллектуальной собственностью), являются программы для электронных вычислительных машин (программы для ЭВМ).

Между тем Заказчик не учитывает специфику, что это за ПО и подлежит ли защите как самостоятельный объект и при каких условия.

Так, согласно п. 1 статьи 38 ФЗ от 21.11.2011 № 323-ФЗ «Об основах охраны здоровья граждан в Российской Федерации» (далее ФЗ № 323) медицинскими изделиями являются любые инструменты, аппараты, приборы, оборудование, материалы и прочие изделия, применяемые в медицинских целях отдельно или в сочетании между собой, а также вместе с другими принадлежностями, необходимыми для применения указанных изделий по назначению, **включая специальное программное обеспечение(ПО)** и предназначенные производителем для профилактики, диагностики, лечения и медицинской реабилитации заболеваний, мониторинга состояния организма человека, проведения медицинских исследований, восстановления, замещения

Важно, что в соответствии с п. 4 статьи 38 ФЗ № 323 на территории Российской Федерации разрешается обращение медицинских изделий, зарегистрированных в соответствии с Правилами государственной регистрации медицинских изделий, утвержденными Постановлением Правительства РФ от 27.12.2012 г. № 1416.

Документом, подтверждающим факт государственной регистрации медицинского изделия, является Регистрационное удостоверение на изделие медицинской техники и согласно которому программное обеспечение является принадлежностью магнитно-

резонансного томографа Optima MR450w (RU1086MR05), инв.№4-91147#2541)(с принадлежностями), и соответствующие необходимые права на программное обеспечение для исследования, несмотря на утверждение об обратном, были переданы Заказчику вместе с вышеназванным томографом в составе, указанном в регистрационном удостоверении, в рамках первичного контракта поставки (купли-продажи) в ФГАУ "НМИЦ ЗДОРОВЬЯ ДЕТЕЙ" МИНЗДРАВА РОССИИ.

Программное обеспечение, в том числе упомянутое Заказчиком в п.5.4 документации - не приобреталось отдельно как предмет покупки(товар), не имело своей отдельной цены, и не обозначалось в наименовании объекта закупки в тот период. Вряд ли Дженерал Электрик при первичной поставке передавал права на использование ПО установленного в МРТ - в аренду, или на иных правах — путём заключения отдельного лицензионного договора с Заказчиком.

Таким образом, в силу п. 1 ч. 1 ст. 1280 Гражданского кодекса Российской Федерации **Заказчик является лицом, правомерно владеющим экземпляром программы для ЭВМ, и соответственно вправе без разрешения автора или иного правообладателя и без выплаты дополнительного вознаграждения осуществлять действия, необходимые для функционирования программы для ЭВМ или базы данных (в том числе в ходе использования в соответствии с их назначением), включая запись и хранение в памяти ЭВМ (одной ЭВМ или одного пользователя сети), внесение в программу для ЭВМ или базу данных изменений исключительно в целях их функционирования на технических средствах пользователя, исправление явных ошибок.**

Иного программного обеспечения, кроме того, что установлено на Томограф магнитно-резонансный Optima MR450w (RU1086MR05), инв.№4-91147#2541) с принадлежностями, принадлежащего Заказчику, для выполнения работ по текущему ремонту в соответствии с условиями аукциона, не требуется, соответственно, и требование к Исполнителю о предоставлении документов, подтверждающих соблюдение прав правообладателя на применяемое программное обеспечение, является необоснованным, тем более что услуга по текущему ремонту томографа, не является способом использования установленного программного обеспечения (в соответствии с п. 2 ст. 1270 ГК РФ, в котором перечислены виды использования ПО) и не означает передачу исполнителю прав на данную программу, в связи с чем не является нарушением авторских прав применение установленного программного обеспечения.

Так, **п. 2 ст. 1270** ГК РФ содержит перечень действий, под которым понимается использование результата интеллектуальной деятельности, например:

воспроизведению произведения, то есть изготовлению одного и более экземпляра произведения или его части в любой материальной форме, в том числе в форме звуко- или видеозаписи, изготовление в трех измерениях одного и более экземпляра двухмерного произведения и в двух измерениях одного и более экземпляра трехмерного произведения;

- распространению произведения путем продажи или иного отчуждения его оригинала или экземпляров;

- публичному показу произведения;

- импорту оригинала или экземпляров произведения в целях распространения;

- прокату оригинала или экземпляра произведения;

- публичному исполнению произведения;

— сообщению в эфир, то есть сообщение произведения для всеобщего сведения по радио или телевидению; и тому подобное.

Более того, в пп. 9 п. 2 ст. 1270 ГК РФ указано, что не является использованием

произведения его адаптации, то есть внесения изменений, осуществляемых исключительно в целях функционирования программы для ЭВМ или базы данных на конкретных технических средствах пользователя или под управлением конкретных программ пользователя.

Таким образом, перечисленные действия Исполнителя по текущему ремонту Томографа магнитно-резонансного Optima MR450w (RU1086MR05), инв.№4-91147#2541), в соответствии с нормами ст. 1270 ГК РФ не относятся к использованию установленного в МРТ программного обеспечения.

Исполнитель может осуществлять обслуживание системы МРТ как комплекса и при отсутствии исключительных и неисключительных прав на объект интеллектуальной собственности (**Постановление Тринадцатого арбитражного апелляционного суда от 3 декабря 2012 г. по делу № А56-27112/2012**).

Считаем необходимым исключить требование п. 5.4 о предоставлении документов, подтверждающих соблюдение прав правообладателя на применяемое программное обеспечение.

3. Раздел XI описание предмета закупки вторая часть пункта 5.4 содержит следующие требования, предъявляемые к оказанию Услуг:

...а также подтверждения от уполномоченного представителя производителя в части корректности используемых для оказания услуг инструментов, материалов и т. п.

Доводы жалобы.

Считаем данное требование незаконным, поскольку содержит неопределенность в возложении обязанности: что понимается «уполномоченного представителя производителя», производителя чего? МРТ как системы, или же производителя инструментов или материалов? Если МРТ, то тут можно понять, что это Дженерал Электрик, а в отношении инструментов (отвёрток, ключей и т.п) тоже предоставлять документ? Но подобные инструменты или материалы не обязательно лицензируются, не сертифицируются и не проходят проверки. Каким документом должно быть получено подтверждение, например сообщение в месенджере подойдёт? Неопределенность в установленном требовании позволяет произвольно применять его к участникам.

Кроме того, Заказчик установил критерий допустимости использования инструментов, материалов как «корректность». В каких величинах или пределах или границах Заказчик сообщает для участников пределы этой «корректности», в чём она измеряется? Заявитель лишён данным критерием установить насколько «корректны» имеющиеся у него инструменты и материалы, что бы определить своё соответствие требованиям Заказчика и принять участие в закупке.

Статья 3 пункт 1 Федеральный закон от 18.07.2011 N 223-ФЗ (ред. от 31.07.2020) "О закупках товаров, работ, услуг отдельными видами юридических лиц" (с изм. и доп., вступ. в силу с 31.08.2020) устанавливает для Заказчика ряд принципов, в т.ч.:

4) отсутствие ограничения допуска к участию в закупке путем установления неизмеряемых требований к участникам закупки.

Подобное требование «корректности» части используемых для оказания услуг инструментов, материалов ставит Исполнителя без установления понятных достоверных границ, в зависимость от произвольного «усмотрения» третьих лиц, и

нарушает принципы равноправия и справедливости, заявленные в Статье 3. пункте 1, подпункте 2 и 4 Закона 223-ФЗ.

Считаем необходимым и просим Вас исключить требование п. 5.4 о предоставлении подтверждения от уполномоченного представителя производителя в части корректности используемых для оказания услуг инструментов, материалов и т. п.

4. Раздел XI описание предмета закупки, Технические, функциональные характеристики необходимого к поставке товара, пп. 1.2 и 1.3 содержат необоснованные данные относительно производителя и страны происхождения запасной части, необходимой для ремонта.

Доводы жалобы.

Заказчик в п.п.1.2 и 1.3. аукционной документации в части требований в отношении **Высокочастотного усилителя 1.5T XRFD 16 kW RF Amplifier FRU Collector** устанавливает следующие конкретные требования:

Производитель - GE MedicalSystems;

Страна происхождения - Соединенные Штаты.

Однако, производство (завод) по выпуску именно требуемой запасной части по каталожному номеру 5317905-17 - высокочастотный усилитель 1.5T XRFD 16 kW RF Amplifier FRU Collector, расположено в Китайской Народной Республике, а не США. И выпускается для GE фирмой Analogic. Соответственно производителем этой отдельной запасной части для ремонта в требуемом значении термина «производитель» GE являться не может и страна производства по всем документам будет КНР.

Другого производителя именно требуемой запчасты по каталогу кроме фирмы Analogic нет.

Данный довод подтверждается наклейкой на запчасты (фото прилагается).

Противоречия и несоответствия в требованиях Заказчика к вышеназванной запчасты по фирме производителю и стране происхождения - не позволяют Заявителю жалобы, при наличии возможности выполнить работы, стать участником закупки и позволяют Заказчику в по необоснованным требованиям или отклонить заявку или отказаться подписать контракт сославшись на своё описание требований к предмету.

Просим Вас исключить пп. 1.2 и 1.3, либо указать корректные данные относительно производителя и страны происхождения запасной части:

1.2	Производитель	Analogic
1.3	Страна происхождения	Китайская Народная Республика

просим:

Принять данную жалобу для рассмотрения по существу, провести внеплановую проверку и обязать Заказчика внести изменения в

аукционную документацию, исключив обжалуемые пункты.

Приложение:

1. Копия выписки из ЕГРЮЛ
2. Копия решения №1 и приказа №1.
3. Фото наклейки **Высокочастотного усилителя 1.5T XRFD 16 kW RF Amplifier FRU Collector** .
4. Два скриншота страницы личного кабинета Заявителя по направлению запроса Заказчику.

Директор ООО «СВК-ТРЕЙД»