

Номер Извещения: 32312818386
Начальная цена: 73 800 000,00 р.

ЖАЛОБА

на действия заказчика в порядке статьи 18.1 Федерального закона от 06.07.2006 № 135-ФЗ «О защите конкуренции»

02.10.2023 на официальном сайте государственных закупок zakupki.gov.ru (далее – **ЕИС**) размещено извещение № 32312818386 о проведении закупки в форме открытого конкурса в электронной форме, участниками которого могут быть только субъекты малого и среднего предпринимательства, № 12/ОКЭ-ТТК-С/2023/КЦ на право заключения договора на оказание услуг по организации рассылки сообщений для нужд ООО «ТТК-Связь».

Согласно положениям Документации в состав услуги по организации рассылки сообщений включены услуги по организации отправки исходящих сообщений разного типа, а именно: SMS-Сообщений, Сообщений Viber, E-mail-Сообщений, VK/OK Сообщений, Flash Call, WhatsApp Business сообщений.

Кроме того, согласно Документации *«участник должен иметь разрешительные документы на право осуществления деятельности, предусмотренной предметом закупки, а именно на оказание телематических услуг связи и на оказание услуг связи по передаче данных, за исключением услуг связи по передаче данных для целей*

передачи голосовой информации. В подтверждение наличия разрешительных документов участник предоставляет действующие на момент подачи заявки лицензии: на оказание телематических услуг связи и на оказание услуг связи по передаче данных, за исключением услуг связи по передаче данных для целей передачи голосовой информации».

При этом необходимо отметить, что согласно пункту 2 части 1 статьи 3 Федерального закона от 18.07.2011 № 223-ФЗ «О закупках товаров, работ, услуг отдельными видами юридических лиц» (далее - **Закон № 223-ФЗ**) при закупке товаров, работ, услуг заказчики руководствуются принципом равноправия, справедливости, отсутствия дискриминации и необоснованных ограничений конкуренции по отношению к участникам закупки.

Заявитель считает, что при осуществлении закупки Заказчиком необоснованно в состав одного лота объединены услуги, которые относятся к разным товарным рынкам, технологически и функционально не связаны между собой и в отношении которых законодательством установлено различное регулирование, а также предъявляются самостоятельные требования.

1. Так, согласно положениям Документации состав услуги предусматривает отправку SMS-Сообщений, исполнитель должен *«обеспечивать рассылку Сообщений, в том числе по сети подвижной радиотелефонной связи (то есть массовую отправку одинаковых Сообщений Абонентам с целью распространения какой-либо информации)»*. *«Сообщения рассылаются абонентам всех операторов подвижной радиотелефонной связи»*.

В соответствии с Документацией *««SMS», «SMS-Сообщение» (Short Message Service, русская транскрипция: «СМС») – короткое текстовое сообщение, состоящее из букв или символов, набранных в определенной последовательности, предназначенное для передачи по сети подвижной связи Оператора от Заказчика Абоненту.»*

Пункт 2 ст. 44.1 Федерального закона от 07.07.2003 г. № 126-ФЗ «О связи» (далее – Закон о связи) предусматривает следующее: рассылка по сети подвижной радиотелефонной связи по инициативе заказчика рассылки осуществляется на основании договора, заключенного с оператором подвижной радиотелефонной связи, абоненту которого предназначена рассылка. Предметом указанного договора являются услуги по осуществлению рассылки оператором связи.

Согласно опубликованному в ЕИС ответу Заказчика от 16.10.2023 на запрос разъяснений использоваться будет одно имя - Заказчика.

Согласно документации «*Имя отправителя*», «*Индекс сокращенного набора номера*», «*ИСНН*», «*Индивидуальная подпись отправителя*» – *уникальный код идентификации, выделенный Оператором, представляющий собой набор латинских букв, цифр, иных символов, используемый Заказчиком при отправке Сообщения*».

Следовательно, рассылка осуществляется не от имени Исполнителя, а от имени Заказчика и именно он по смыслу части 2 статьи 44.1 Закона о связи является инициатором рассылки и должен иметь договор с оператором подвижной радиотелефонной связи, т.е. с лицом, которое обладает лицензией на оказание услуг подвижной радиотелефонной связи.

Частью 3 указанной статьи установлено, что рассылка по сети подвижной радиотелефонной связи, осуществляемая с нарушением требований Закона о связи, является незаконной.

В соответствии с п. 32) ст. 2 Закона о связи под услугой связи понимается деятельность по приему, обработке, хранению, передаче, доставке сообщений электросвязи или почтовых отправлений.

В соответствии с пунктом 22.1) Закона о связи рассылка по сети подвижной радиотелефонной связи - автоматическая передача абонентам коротких текстовых сообщений (сообщений, состоящих из букв и (или) символов, набранных в определенной последовательности) по сети подвижной радиотелефонной связи.

Оказание услуг подвижной радиосвязи регулируется Правилами оказания услуг телефонной связи, утвержденными постановлением Правительства Российской Федерации от 09.12.2014 № 1342.

Отношения, возникающие между федеральными органами исполнительной власти, органами исполнительной власти субъектов Российской Федерации, юридическими лицами и индивидуальными предпринимателями в связи с осуществлением лицензирования отдельных видов деятельности, урегулированы Федеральным законом от 4 мая 2011 г. № 99-ФЗ «О лицензировании отдельных видов деятельности» (далее - Закон № 99-ФЗ).

В соответствии с пунктом 2 статьи 3 Закона № 99-ФЗ лицензия - специальное разрешение на право осуществления юридическим лицом или индивидуальным предпринимателем конкретного вида деятельности (выполнения работ, оказания услуг,

составляющих лицензируемый вид деятельности), которое подтверждается записью в реестре лицензий.

При указанных обстоятельствах в нарушение предъявляемых законодательством требований, Заказчик не предъявляет к участникам требование о наличии лицензии на оказание услуг подвижной радиотелефонной связи.

Позиция ПАО «МегаФон» соответствует подходу регулятора в области связи, подтверждается сложившейся практикой антимонопольных органов, а также судов по рассматриваемому вопросу.

Согласно пункту 7 Обзора судебной практики применения законодательства Российской Федерации о контрактной системе в сфере закупок товаров, работ, услуг для обеспечения государственных и муниципальных нужд, утвержденного Президиумом Верховного Суда Российской Федерации 28.06.2017 указано, что возможность привлечения иных лиц (субподрядчиков) для исполнения государственного (муниципального) контракта не исключает необходимость наличия действующей лицензии у участников закупки.

В соответствии с п. 5 ПП РФ от 16.03.2009 № 228 «О Федеральной службе по надзору в сфере связи, информационных технологий и массовых коммуникаций», Федеральная служба по надзору в сфере связи, информационных технологий и массовых коммуникаций (далее - **Роскомнадзор**) осуществляет, в том числе, федеральный государственный контроль (надзор) в области связи и за лицензированием деятельности, в том числе контроль за соблюдением лицензиатами лицензионных условий и требований.

Роскомнадзор в своем письме от 14.03.2023 №07-19990 (**Приложение №1**) по вопросу смс—рассылок указывает, что наличие лицензии на оказание услуги по смс-рассылке обязательно:

«В случае если передача коротких текстовых сообщений осуществляется по сети подвижной радиотелефонной связи, то необходимым условием для осуществления такой деятельности является наличие у оператора связи лицензии на оказание услуг подвижной радиотелефонной связи.

Законодательством в области связи выделена отдельная категория передачи коротких текстовых сообщений – рассылка по сети подвижной радиотелефонной связи, под которой согласно п. 22.1 ст. 2 Федерального закона от 07.07.2003 № 126-ФЗ «О связи» (далее – Закон о связи) понимается автоматическая передача абонентам коротких текстовых сообщений (сообщений, состоящих из букв и (или)

символов, набранных в определенной последовательности) по сети подвижной радиотелефонной связи или передача абонентам коротких текстовых сообщений с использованием нумерации, не соответствующей российской системе и плану нумерации, а также сообщений, передача которых не предусмотрена договором о межсетевом взаимодействии с иностранными операторами связи.

Для осуществления деятельности по рассылке по сети подвижной радиотелефонной связи коротких текстовых сообщений (смс-рассылка), т.е. массовой отправки разным адресатам сообщения одинакового содержания, необходимо наличие у оператора связи лицензии на оказание услуг подвижной радиотелефонной связи, а также получение согласно п. 1 ст. 44.1 Закона о связи предварительного согласия абонента, выраженного посредством совершения им действий, однозначно идентифицирующих этого абонента и позволяющих достоверно установить его волеизъявление на получение рассылки».

Кроме того, согласно позиции, изложенной в письме Роскомнадзора от 16.08.2023 №07-70072 (**Приложение №2**):

«Услуга по организации сервиса рассылки исходящих SMS-сообщений посредством представления заказчику рассылки соответствующего программного обеспечения (личного кабинета, интерфейса и т.п.) является самостоятельной услугой и к услугам связи не относится. Наличие какой-либо лицензии на оказание услуг связи для предоставления сервиса по обеспечению отправки SMS-сообщений не требуется.

При этом непосредственно услуга связи по рассылке, т.е. по отправке SMS-сообщений по сети подвижной радиотелефонной связи, оказывается исключительно операторами подвижной радиотелефонной связи, обеспечивающими прием, обработку, хранение, передачу, доставку сообщений электросвязи - SMS-сообщений».

Данная позиция также подтверждается сложившейся практикой антимонопольных органов, а также судов по рассматриваемому вопросу. Так, решением Московского УФАС России от 18.04.2023 №077/06/106-5018/2023 (Приложение №3) Московское УФАС России признало жалобу ПАО «Мегафон» обоснованной в части не установления требований к участникам закупки о наличии лицензии на оказание услуг подвижной радиотелефонной связи, неправомерного установления требований к участникам закупки о наличии лицензии на оказание телематических услуг связи, ненадлежащим образом формирования положений извещения об осуществлении закупки, не

установления срока исполнения, а также цены отдельных этапов исполнения контракта и пришло к выводу о наличии в действиях Заказчика нарушения п. 9 ч. 1 ст. 42, п. 15 ч. 1 ст. 42, ч. 6 ст. 31, п. 12 ч. 1 ст. 42 Закона о контрактной системе.

Указанное решение оставлено без изменения Арбитражным судом города Москвы (**Приложение №4**), согласно решению которого антимонопольный орган пришел к верному выводу о том, что Заказчик неправомерно не установил требование о наличии лицензии на оказание услуг подвижной радиотелефонной связи.

Дополнительным подтверждением может служить, например, решение Тверского УФАС от 22.09.2023 по делу 069/06/105-804/2023 (**Приложение №5**), и(или) решение Вологодского УФАС от 27.09.2023 № 035/06/31-712/2023 (04-11/269-23) (**Приложение №6**), решение Московского областного УФАС по делу от 28.04.2023 № 050/07/223-13932/2023 (**Приложение №7**).

Более того, Документация в составе услуги подразумевает 1.21. «FlashCall», которая определяется, как *«услуга технического доступа к сервису Исполнителя, позволяющая Заказчику доставлять коды на мобильный терминал Абонента с помощью входящего звонка, последние 4 цифры номера которого будут являться кодом или с помощью входящего звонка с проговариванием голосом 4-значного цифрового кода (Voice Code)»*. Следовательно, так услуга предполагает совершение вызова на номер абонента, ее реализация также осуществляется по сетям подвижной радиотелефонной связи и, следовательно, требует наличие лицензии на оказание услуг подвижной радиотелефонной связи.

2. В Определении Верховного Суда РФ от 12.12.2013 № АПЛ13-538 указано, что телематические услуги связи - это любые услуги связи, предусматривающие использование кибернетического пространства. Одним из видов оказания этих услуг является, в частности, предоставление доступа к сети Интернет.

В Решениях Магаданского УФАС России от 21.12.2016 по делу № 04-30/143-2016, Приморского УФАС России от 29.05.2018 N 476/04-2018, в частности, отмечается: телематические услуги связи - это комплекс услуг, которые оператор предоставляет клиентам в части электронных коммуникаций, с присвоением каждому из них кода идентификации (адреса). Сюда не входят услуги телефонной, телеграфной и почтовой связи. Термин «телематическая связь» подразумевает использование только кибернетического пространства.

Таким образом, телематические услуги связи могут быть применимы к рассылке по мессенджерам и/или в социальных сетях, на электронную почту, а именно: Сообщений Viber, E-mail-Сообщений, VK/OK Сообщений, Flash Call, WhatsApp Business.

Учитывая изложенное, а также то обстоятельство, что федеральные операторы подвижной радиотелефонной связи являются одними из крупнейших налогоплательщиков страны (в частности ПАО «МегаФон»), то не установление лицензионных требований на услуги ПРТС к участникам закупки и установление ограничения участия только для СМП нарушает права и законные интересы заявителя.

Кроме того, согласно подпункту «х» пункта 7 Положения об особенностях участия субъектов малого и среднего предпринимательства в закупках товаров, работ, услуг отдельными видами юридических лиц, годовом объеме таких закупок и порядке расчета указанного объема, утвержденного постановлением Правительства Российской Федерации от 11.12.2014 N 1352 (далее - Положение), не учитываются при расчете в соответствии с пунктом 5 Положения совокупного годового стоимостного объема договоров, заключенных заказчиками, в том числе с субъектами малого и среднего предпринимательства, по результатам закупок, при расчете в соответствии с пунктом 5(1) Положения совокупного годового стоимостного объема закупок, планируемых к осуществлению в соответствии с проектом плана закупки или утвержденным планом закупки, при расчете в соответствии с пунктом 5(2) Положения годового объема закупки инновационной продукции, высокотехнологичной продукции у субъектов малого и среднего предпринимательства и при расчете в соответствии с пунктом 5(3) Положения годового объема закупки инновационной продукции, высокотехнологичной продукции, которую планируется в соответствии с проектом плана закупки товаров, работ, услуг или проектом плана закупки инновационной продукции, высокотехнологичной продукции, лекарственных средств (в части первого года его реализации) либо указанными утвержденными планами осуществить по результатам закупки, участниками которой являются только субъекты малого и среднего предпринимательства услуги подвижной радиотелефонной связи.

Любой участник закупки вправе обжаловать в антимонопольном органе в порядке, установленном статьей 18.1 Федерального закона от 26 июля 2006 года №135-ФЗ «О защите конкуренции», с учетом особенностей, установленных настоящей статьей, действия (бездействие) заказчика, комиссии по осуществлению закупок, оператора электронной площадки при закупке товаров, работ, услуг, если такие действия (бездействие) нарушают права и законные интересы участника закупки.

С учетом изложенного, руководствуясь ч. 10 ст. 3 Федерального закона от 18.07.2011 №223-ФЗ "О закупках товаров, работ, услуг отдельными видами юридических лиц" и ст. 18.1 Федерального закона от 26.07.2006 №135-ФЗ «О защите конкуренции»,
ПАО «МегаФон»

ПРОСИТ:

1. Приостановить процедуру заключения договора по результатам осуществления данной закупки;
2. Признать жалобу ПАО «МегаФон» обоснованной;
3. Выдать Заказчику предписание об устранении нарушений.

Приложение:

1. Письмо Роскомнадзора от 14.03.2023 №07-19990;
2. Письмо Роскомнадзора от 16.08.2023 №07-70072;
3. Решение Московского УФАС от 18.04.2023 №077/06/106-5018/2023;
4. Решение Арбитражного суда города Москвы по делу №А40-105245/23-92-832;
5. Решение Тверского УФАС от 22.09.2023 по делу 069/06/105-804/2023;
6. Решение Вологодского УФАС от 27.09.2023 № 035/06/31-712/2023 (04-11/269-23);
7. Решение Московского областного УФАС по делу от 28.04.2023 № 050/07/223-13932/2023;
8. Копия доверенности представителя.