

**АРБИТРАЖНЫЙ СУД ГОРОДА МОСКВЫ**

115191, г.Москва, ул. Большая Тульская, д. 17

<http://www.msk.arbitr.ru>**Р Е Ш Е Н И Е****Именем Российской Федерации**

город Москва

Дело № А40-193384/16-51-1929

22 марта 2017 года

Резолютивная часть решения объявлена 03 марта 2017 года

Решение в полном объеме изготовлено 22 марта 2017 года

Арбитражный суд города Москвы в составе:

Судьи Козленковой О.В., единолично,

при ведении протокола судебного заседания секретарем Денисовым Д.С.,

рассмотрев в открытом судебном заседании дело по исковому заявлению общества с ограниченной ответственностью «Новые Облачные Технологии» (ОГРН 1147746237660)

к Министерству строительства и жилищно-коммунального хозяйства Российской Федерации (ОГРН 1127746554320), обществу с ограниченной ответственностью «ГЕОКЭПИТАЛ» (ОГРН 1057749353474)

о признании недействительными электронного аукциона № 0195100000516000040, государственного контракта № 0195100000516000040-0453946-01 от 30 августа 2016 года

при участии:

от истца – Кокурин К.С., по дов. № б/н от 15 сентября 2016 года;

от ответчика – ООО «ГЕОКЭПИТАЛ» – Мельников В.И., по дов. № 3625/16 от 12 декабря 2016 года;

от ответчика – Министерство строительства и жилищно-коммунального хозяйства Российской Федерации – Цимбалов В.Ю., по дов. № 8-с от 17 февраля 2017 года; Мацаева Т.В., по дов. № 9-с от 22 февраля 2017 года;

**У С Т А Н О В И Л:**

Общество с ограниченной ответственностью «Новые Облачные Технологии» (далее – истец) обратилось в Арбитражный суд города Москвы с иском к Министерству строительства и жилищно-коммунального хозяйства Российской Федерации (далее – ответчик), обществу с ограниченной ответственностью «ГЕОКЭПИТАЛ» (далее – соответчик) о признании недействительными электронного аукциона № 0195100000516000040, государственного контракта № 0195100000516000040-0453946-01 от 30 августа 2016 года.

Ответчики против удовлетворения заявленных требований возражали по доводам, изложенным в письменных отзыхах.

Рассмотрев заявленные требования, заслушав представителей сторон, исследовав и оценив в материалах дела доказательства, суд пришел к следующим выводам.

В обоснование заявленных требований истец указал, что 28 июля 2016 года Министерством строительства и жилищно-коммунального хозяйства Российской Федерации на сайте единой информационной системы в сфере закупок было

размещено «Извещение о проведении электронного аукциона от 28.07.2016 №0195100000516000040» на оказание услуг по предоставлению (продлению) неисключительных прав (лицензий) на использование программного обеспечения Microsoft и программных средств антивирусной защиты.

В соответствии с протоколом подведения итогов электронного аукциона от 19.08.2016 № 0195100000516000040-3, ООО «ГЕОКЭПИТАЛ» признано победителем электронного аукциона. 30 августа 2016 года между ответчиками был заключен государственный контракт № 0195100000516000040-0453946-01.

Истец считает, что торги были проведены с нарушением правил, установленных законом, и должны быть признаны недействительными в связи со следующим.

При проведении электронного аукциона ответчик нарушил положения ст. 17 Федерального закона «О защите конкуренции» от 26.07.2006 № 135-ФЗ (далее - Федеральный закон № 135-ФЗ), путем совершения действий, которые привели к ограничению конкуренции.

В соответствии со ст. 17 Федерального закона № 135-ФЗ, при проведении торгов запрещаются действия, которые приводят или могут привести к недопущению, ограничению или устранению конкуренции.

Ответчик в нарушение ст. 17 Федерального закона № 135-ФЗ, специально установил в документации об аукционе (копия прилагается) избыточные и несоответствующие объективным потребностям ответчика требования к закупаемому программному обеспечению, относящемуся к классу «Офисные приложения», которые в совокупности свойственны только одному программному обеспечению конкретного производителя программного обеспечения - иностранной Корпорации Microsoft.

В пункте 6.3. Обоснования невозможности соблюдения запрета на допуск программного обеспечения, происходящего из иностранных государств, для целей осуществления закупок для обеспечения государственных и муниципальных нужд (стр. 73 Документации об аукционе), размещенного ответчиком на сайте единой информационной системы в сфере закупок, (далее - обоснование) были предусмотрены определенные требования к закупаемому программному обеспечению по классу «Офисные приложения».

Анализ указанных требований, по мнению истца, позволяет сделать вывод о том, что некоторые из них специально установлены ответчиком под конкретное программное обеспечение -Microsoft Office Standard, с целью ограничить возможность закупки программного обеспечения других производителей. К таким требованиям в том числе относится: возможность программирования макросов на языке Visual Basic; получение данных при помощи PowerPivot (средства расширенной аналитической обработки данных электронных таблиц); наличие средств и инструментов для создания презентаций (включая презентации PowerPoint, в том числе форматов .ppt и .pptx без необходимости конвертирования форматов).

При этом у ответчика отсутствуют объективные потребности в приобретении программного обеспечения с такими характеристиками на каждое рабочее место из 400 заявленных (по количеству закупаемых лицензий), что подтверждается следующим: функциональная характеристика «Возможность программирования макросов на языке Visual Basic» может применяться только очень ограниченным количеством сотрудников Ответчика, так как предназначена исключительно для программистов (сотрудников ИТ-отдела ответчика) и требует специальных знаний в области программирования, что делает данный функционал не востребовавшимся для подавляющего большинства сотрудников ответчика; характеристика «Получение данных при помощи PowerPivot (средства расширенной аналитической обработки данных электронных таблиц)» может применяться только очень ограниченным количеством сотрудников Ответчика, занимающихся аналитической обработкой данных, так как предназначена для обработки больших объемов данных, что делает

данный функционал не востребоваанным для подавляющего большинства сотрудников ответчика; средства и инструменты для создания презентаций могут применяться только очень ограниченным количеством сотрудников ответчика, так как создание презентаций как способ предоставления информации является узко-специализированной обязанностью отдельных категорий персонала ответчика.

В разъяснении положений документации об электронном аукционе от 12.08.2016 № РДЗ, размещенном ответчиком на сайте единой информационной системы в сфере закупок, ответчик пояснил, что: функциональная характеристика «Возможность программирования макросов на языке Visual Basic» необходима для оптимизации работы структурных подразделений Минстроя России и сокращения времени при обработке данных, поступающих из разных источников в электронном виде. Данное разъяснение носит формальный характер и никоим образом не свидетельствует об объективной потребности Ответчика в приобретении программного обеспечения с указанной характеристикой в таком количестве; характеристика «Получение данных при помощи PowerPivot (средства расширенной аналитической обработки данных электронных таблиц)» необходима для всех рабочих станций, так как в соответствии с основными направлениями деятельности, структурными подразделениями заказчика осуществляется сбор и рассылка отчетов с использованием средства расширенной аналитической обработки данных электронных таблиц. Данное разъяснение носит формальный характер и никоим образом не свидетельствует об объективной потребности ответчика в приобретении программного обеспечения с указанной характеристикой в таком количестве; у ответчика уже установлены офисные приложения, которые обладают выше перечисленным функционалом и необходимы для обеспечения полноценной работы имеющейся инфраструктуры, а также полностью совместимы с программным обеспечением ответчика. Данное разъяснение носит формальный характер и никоим образом не свидетельствует об объективной потребности ответчика в приобретении программного обеспечения с указанными выше характеристиками.

В соответствии с Приложением «Технические данные и характеристики ПО» к Техническому заданию, объектом закупки является в том числе «продление технической поддержки и возможность использования новых версий продукта имеющейся лицензии сроком на 3 года» в отношении программного обеспечения Microsoft Office Standard, которое отсутствует в Едином реестре российских программ для электронных вычислительных машин и баз данных. При этом у ответчика уже есть бессрочное право использования установленной у ответчика версии программного обеспечения Microsoft Office Standard, включая право получения обновлений в пределах данной версии. Данное право ответчик должен был получить в рамках заключенного с Корпорацией Microsoft соглашения Enterprise Agreement (EA) № E4275472, на которое ответчик ссылается в аукционной документации (стр. 53, 83 аукционной документации). С учетом периодичности выпуска Корпорацией Microsoft новых версий программного обеспечения Microsoft Office, которая обычно составляет около 3 лет, ответчик может вообще не получить новую версию программного обеспечения Microsoft Office Standard, если она не будет выпущена в срок, на который ответчик приобретает возможность использования новых версий программного обеспечения Microsoft Office Standard, либо получить новую версию только к окончанию этого срока.

Таким образом, по мнению истца, у ответчика не могло быть объективной потребности в получении столь редко выходящих новых версий программного обеспечения Microsoft Office Standard, и в рамках электронного аукциона ответчик мог осуществить замену установленного у ответчика программного обеспечения Microsoft Office Standard на эквивалентное российское программное обеспечение, которое в том числе предусматривало бы возможность получения новых версий и технической

поддержки в течение 3 лет. Данная замена могла быть проведена без дополнительных трат, т.е. в пределах денежных средств, выделенных ответчиком на закупку продления технической поддержки и возможности использования новых версий программного обеспечения Microsoft Office Standard на 3 года.

Учитывая вышеизложенное, довод ответчика о несовместимости программного обеспечения МойОфис с программным обеспечением, установленным у ответчика, не может рассматриваться как оправдание для закупки иностранного программного обеспечения, так как ответчик имел возможность в пределах той же суммы денежных средств, расходуемых на закупку возможности получения новых версий программного обеспечения Microsoft Office Standard, осуществить закупку российского программного обеспечения МойОфис, с возможностью получения новых версий и технической поддержкой в течение 3 лет.

Истец указал, что является производителем российского программного обеспечения МойОфис по классу «офисные приложения», эквивалентного программному обеспечению Microsoft Office Standart. В связи с тем, что ответчик установил избыточные и несоответствующие объективным потребностям ответчика требования к закупаемому программному обеспечению, истец не мог быть допущен к участию в электронном аукционе, так как для участия в указанном аукционе истцу потребовалось бы приобретать программное обеспечение другого производителя - иностранной Корпорации Microsoft, что возможно только при наличии действующего партнерского статуса с указанным производителем. С учетом того, что истец и Корпорация Microsoft являются конкурентами, то есть хозяйствующими субъектами, осуществляющими продажу товаров на одном товарном рынке, обязанность приобретать для участия в электронном аукционе программное обеспечение производителя - конкурента, вместо возможности осуществить продажу собственного программного обеспечения, поставила бы истца в экономически невыгодное и зависимое от конкурента положение, что привело бы нарушению прав и законных интересов Истца в сфере предпринимательской деятельности.

Таким образом, действия ответчика, по мнению истца, привели к ограничению конкуренции при проведении торгов.

Истец также указал, что при проведении электронного аукциона ответчик нарушил положения пп. 1 ч. 1 ст. 33 Федерального закона «О контрактной системе в сфере закупок товаров, работ, услуг для обеспечения государственных и муниципальных нужд» от 05.04.2013 № 44-ФЗ (далее - Федеральный закон № 44-ФЗ).

В соответствии с пп. 1 ч. 1 ст. 33 Федерального закона 44-ФЗ, в описание объекта закупки не должны включаться требования или указания в отношении товарных знаков, при условии, что такие требования влекут за собой ограничение количества участников закупки, за исключением случаев, если не имеется другого способа, обеспечивающего более точное и четкое описание характеристик объекта закупки. При этом обязательным условием является включение в описание объекта закупки слов «или эквивалент», за исключением случаев несовместимости товаров, на которых размещаются другие товарные знаки, и необходимости обеспечения взаимодействия таких товаров с товарами, используемыми заказчиком, а также случаев закупок запасных частей и расходных материалов к машинам и оборудованию, используемым заказчиком, в соответствии с технической документацией на указанные машины и оборудование.

В соответствии с Приложением «Технические данные и характеристики ПО» к Техническому заданию, объектом закупки является в том числе «продление технической поддержки и возможность использования новых версий продукта имеющейся лицензии сроком на 3 года» в отношении программного обеспечения Microsoft Office Standard. При этом в описание объекта закупки не включены слова «или эквивалент». В Приложении «Технические данные и характеристики ПО» к

Техническому заданию, ответчик указал, что эквивалент недопустим в виду продления (сроком на 3 года) неисключительных прав (лицензий) на использование и воспроизведение имеющегося лицензионного программного обеспечения в рамках ранее заключенного соглашения Enterprise Agreement (EA) № E4275472.

При этом у ответчика уже есть бессрочное право использования установленной у ответчика версии программного обеспечения Microsoft Office Standard и фактически ответчик закупает не продление лицензий на использование и воспроизведение имеющегося у ответчика программного обеспечения Microsoft Office Standard, а возможность использования новых версий программного обеспечения Microsoft Office Standard. Ответчик вместо возможности использования новых версий программного обеспечения Microsoft Office Standard, мог приобрести эквивалентное российское программное обеспечение, включая право на получение новых версий и техническую поддержку в течение 3 лет, и заменить установленное у него программное обеспечение Корпорации Microsoft на эквивалентное российское программное обеспечение без дополнительных трат, т.е. в пределах денежных средств, выделенных им на закупку продления технической поддержки и возможности использования новых версий программного обеспечения Microsoft Office Standard на 3 (три) года.

Таким образом, указание в аукционной документации на недопустимость эквивалента программного обеспечения неправомерно, а решение ответчика о продлении лицензии на использование Microsoft Office Standard, при установленном ответчиком запрете предлагать эквивалентное программное обеспечение, ограничило количество участников закупки и не позволило истцу принять участие в электронном аукционе.

Истец указал, что ответчик при проведении электронного аукциона нарушил положения ст. 14 Федерального закона № 44-ФЗ и нормы Постановления Правительства РФ от 16.11.2015 № 1236 «Об установлении запрета на допуск иностранного программного обеспечения при закупках для государственных и муниципальных нужд (далее - Постановление).

В соответствии с п.2 указанного Постановления, 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, а также исключительных прав на такое программное обеспечение и прав использования такого программного обеспечения 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 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 Единый реестр российских программ для электронных вычислительных машин и баз данных 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.

В указанных случаях, необходимо подготовить обоснование невозможности соблюдения запрета на допуск программного обеспечения, происходящего из иностранных государств, для целей осуществления закупок для обеспечения государственных и муниципальных нужд.

В Обосновании, размещенном ответчиком на сайте единой информационной системы в сфере закупок, указано, что программное обеспечение МойОфис, сведения о котором включены в Единый реестр российских программ для электронных

вычислительных машин и баз данных и которое соответствует тому же классу программного обеспечения, что и программное обеспечение, являющееся объектом закупки, не соответствует характеристикам программного обеспечения, являющегося объектом закупки.

При этом в обосновании не указаны функциональные, технические и (или) эксплуатационные характеристики (в том числе их параметры), по которым программное обеспечение МойОфис, сведения о котором включены в Единый реестр российских программ для электронных вычислительных машин и баз данных, не соответствует установленным Ответчиком требованиям к программному обеспечению, являющемуся объектом закупки, что является нарушением пп. г. п. 3 «Порядка подготовки обоснования невозможности соблюдения запрета на допуск программного обеспечения, происходящего из иностранных государств, для целей осуществления закупок для обеспечения государственных и муниципальных нужд» утвержденного Постановлением, и свидетельствует о том, что ответчик перед проведением электронного аукциона не проводил тестирование отечественного программного обеспечения и не обращался к российским разработчикам (в том числе к Истцу) и их партнерам за информацией об отечественном программном обеспечении и предложениями по реализации задач ответчика с помощью отечественных технологий.

02 сентября 2016 года ФАС в рамках проведения внеплановой проверки по обращению истца признала в действиях ответчика нарушения ч. 3 ст. 14, п. 1 ч. 1 ст. 64 Федерального закона 44-ФЗ (Решение по делу № П-154/16 о результатах внеплановой проверки соблюдения законодательства Российской Федерации о контрактной системе в сфере закупок). В связи с тем, что на момент проведения внеплановой проверки государственный контракт между ответчиками уже был заключен, предписание об устранении нарушений законодательства Российской Федерации выдано не было.

Ответчик, не указав характеристики, по которым программное обеспечение МойОфис не соответствует установленным ответчиком требованиям к программному обеспечению, являющемуся объектом закупки, фактически осуществил немотивированную закупку иностранного программного обеспечения в обход прямого законодательного запрета.

В результате этого, были нарушены права и законные интересы истца - производителя российского программного обеспечения в сфере предпринимательской деятельности, и созданы препятствия для осуществления истцом предпринимательской деятельности путем лишения истца возможности участвовать в электронном аукционе и предлагать к закупке программное обеспечение собственной разработки.

Суд считает, что требования истца не подлежат удовлетворению в связи с нижеследующим.

В соответствии со статьей 447 Гражданского кодекса Российской Федерации (далее – ГК РФ) договор, если иное не вытекает из его существа, может быть заключен путем проведения торгов с лицом, выигравшим торги.

В силу пункта 1 статьи 449 ГК РФ торги, проведенные с нарушением правил, установленных законом, могут быть признаны судом недействительными по иску заинтересованного лица. Признание торгов недействительными влечет недействительность договора, заключенного с лицом, выигравшим торги.

Как установлено судом, истец участником аукциона не являлся, заявку на участие в аукционе не подавал, следовательно, его права, либо законные интересы нарушены не были.

В пункте 1 информационного письма Президиума ВАС РФ от 22.12.2005 № 101 разъяснено, что лицо, обращающееся с требованием о признании торгов недействительными, должно доказать наличие защищаемого права или интереса с использованием мер, предусмотренных гражданским законодательством. Нарушение порядка проведения торгов не может являться основанием для признания торгов

недействительными по иску лица, чьи имущественные права и интересы данными нарушениями не затрагиваются и не могут быть восстановлены при применении последствий недействительности заключенной на торгах сделки.

Как установлено судом, по результатам аукциона 30 августа 2016 года между ответчиками заключен государственный контракт, цена которого составила 15 105 963 руб. 96 коп. В соответствии с подписанными обеими сторонами актами от 19 сентября 2016 года №№ 1, 2, платежными поручениями от 28 сентября 2016 года №№ 230394, 230396, обязательства ответчиков друг перед другом исполнены в полном объеме.

Согласно правовой позиции Президиума ВАС РФ, изложенной в Постановлении от 20.01.2004 № 10623/03, применение п. 1 ст. 449 ГК РФ в отношении торгов, проведенных с нарушением правил, установленных законом, в случае признания их недействительными по иску заинтересованного лица должно повлечь восстановление нарушенных прав истца.

При этом в качестве последствий нарушения правил проведения торгов возможность проведения повторных торгов не установлена.

Признание торгов недействительными и приведение сторон государственного контракта в первоначальное положение с возвращением полученного по сделке невозможно и, следовательно, не приводит к восстановлению субъективных прав истца, если заключенный по итогам контракт уже исполнен.

Согласно Определению Конституционного Суда РФ от 16.07.2009 № 739-О-О, если договоры частично исполнены, признание торгов недействительными не приведет к восстановлению истца в правах участника торгов.

На основании ч. 1 ст. 65 АПК РФ каждое лицо, участвующее в деле, должно доказать обстоятельства, на которые оно ссылается как на основание своих требований и возражений.

В силу ч. 1 ст. 66 АПК РФ доказательства представляются лицами, участвующими в деле.

Кроме того, согласно ст. 68 АПК РФ обстоятельства дела, которые согласно закону должны быть подтверждены определенными доказательствами, не могут подтверждаться в арбитражном суде иными доказательствами.

При таких данных, суд приходит к выводу об отсутствии оснований для удовлетворения исковых требований.

Руководствуясь ст.ст. 9, 65, 110, 123, 156, 167-170 АПК РФ, суд

#### РЕШИЛ:

В удовлетворении исковых требований отказать.

Решение может быть обжаловано в течение месяца с момента принятия в Девятый арбитражный апелляционный суд.

Судья:

О.В. Козленкова