

ООО «Медснабсервис»
Юр. адрес: 193079, г. Санкт-Петербург, ул. Народная, 1Б,5 Н.
ИНН 4345088437 КПП 781101001
ОГРН: 1044316559980

Исх. № 01
дата: 10.01.2019г.

Куда: Управление Федеральной антимонопольной службы
по Тюменской области
625048, г. Тюмень, ул. Холодильная, д. 58 "А"

От кого: ООО "МЕДСНАБСЕРВИС"
ИНН: 4345088437
Адрес: 193079, г. Санкт-Петербург, ул. Народная, 1Б,5 Н.
e-mail: mss@center-light.ru;
контактное лицо: Махлачев В.А.

**Жалоба на действия (бездействия) заказчика, уполномоченного органа,
уполномоченного учреждения, специализированной организации,
комиссии по осуществлению закупок.**

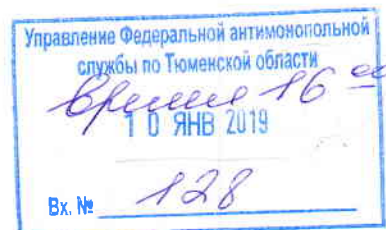
1. **Заказчик:** ООО "Поликлиника консультативно-диагностическая им. Е.М. Нигинского" Адрес: 625026 г. Тюмень, ул. Мельникайте 89-а.
2. **Участник размещения заказа (заявитель):** ООО "МЕДСНАБСЕРВИС", ИНН: 4345088437. Адрес: 193079, г. Санкт-Петербург, ул. Народная, 1Б,5 Н; телефон: 89127347666; факс: нет; e-mail: mss@center-light.ru контактное лицо: Махлачев Владимир Александрович.
3. **Адрес официального сайта на котором размещена информация о закупке:** www.zakupki.gov.ru
1. **Номер извещения:** Реестровый номер запроса котировок 31807312989.
4. **Предмет аукциона:** «Услуги по ремонту компьютерного томографа Somatom Emotion 6 (серийный номер 43954) с заменой рентгеновского излучателя, согласно технического задания.».

Дата опубликования извещения о проведении электронного аукциона:
17.12.2018 г.

В соответствии со ст. 3 Федеральный закон от 18.07.2011 N 223-ФЗ (ред. от 07.06.2017) "О закупках товаров, работ, услуг отдельными видами юридических лиц" (далее – Закон о закупках) устанавливается создание равных условий для обеспечения конкуренции между участниками закупок. Любое заинтересованное лицо имеет право в соответствии с законодательством Российской Федерации и иными нормативными правовыми актами стать поставщиком (подрядчиком, исполнителем).

Пунктом 3 Раздела 4 Документации об аукционе в электронной форме № 31807312989 предусмотрено следующее:

- копии лицензий или письменное разрешение на используемое диагностическое и обновляемое программное обеспечение для данного оборудования.



Пунктом 5.6. Документации об аукционе в электронной форме № 31807312989 предусмотрено следующее:

- Наличие соответствующих лицензий или разрешение правообладателя в письменной форме на используемое диагностическое и обновляемое программное обеспечение КТ.

Приложением №1 к документации об аукционе в электронной форме № 31807312989 Техническое задание предусмотрено следующее:

- Запасная часть должна быть официально ввезена на территорию Российской Федерации. Исполнитель должен предоставить документальные подтверждения (копия ГТД) официальной поставки на территорию Российской Федерации (Основание: Таможенный кодекс Таможенного союза, Федеральный закон от 27.11.2010 N 311-ФЗ "О таможенном регулировании в Российской Федерации", Административный регламент Федеральной таможенной службы по исполнению государственной функции по ведению таможенного реестра объектов интеллектуальной собственности, утвержденным приказом ФТС России от 13.08.2009 N 1488 (зарегистрирован Минюстом России 14.12.2009, рег. N 15592)

- Исполнитель должен предоставить копию регистрационного удостоверения Минздрава России на оборудование, содержащее в своем составе поставляемые запчасти

- Исполнитель должен предоставить копию действующего сертификата соответствия Госстандарта России на оборудование, содержащее в своем составе поставляемые запчасти.

Объектом закупки по аукциону является Услуги по ремонту компьютерного томографа Somatom Emotion 6 (серийный номер 43954) с заменой рентгеновского излучателя, согласно технического задания.

Одним из основных документов, регулирующих деятельность по техническому обслуживанию медицинской техники, являются Методические рекомендации «Техническое обслуживание медицинской техники», введенные в действие письмом МЗ РФ от 27.03.2003г. №293-22/233 (далее – Методические рекомендации).

Согласно пункту 5.2 Методических рекомендаций, к видам работ по техническому обслуживанию медицинской техники, отнесены:

- ввод в эксплуатацию;
- контроль технического состояния;
- периодическое и текущее техническое обслуживание;
- текущий ремонт.

Разделом 2 «Термины и определения» указанных Методических рекомендаций установлено, что:

Ремонт медицинской техники - совокупность мероприятий и операций по восстановлению исправности и работоспособности изделий медицинской техники.

Текущий ремонт медицинской техники - неплановый ремонт, выполняемый без частичного или полного восстановления ресурса изделия медицинской техники путем замены и (или) восстановления отдельных деталей или сменных комплектующих частей с послеремонтным контролем технического состояния изделия в объеме, установленном в эксплуатационной документации.

Результатом ремонта медицинской техники является восстановление работоспособности медицинской техники на первоначальном уровне, а не улучшение его технических характеристик по сравнению с первоначальными, что является модернизацией, и не входит в объем техобслуживания.

Таким образом, предмет договора по аукциону - Услуги по ремонту компьютерного томографа Somatom Emotion 6 (серийный номер 43954) с заменой рентгеновского излучателя, согласно технического задания, никаким образом не

предполагает возникновение у Заказчика прав на результаты интеллектуальной деятельности, т.к. в процессе оказания услуги Исполнителем не создаются новые объекты интеллектуальных прав.

Данная позиция нашла свое подтверждение в решениях органов ФАС, например, в решении Адыгейского УФАС России от 23.04.2014 по делу N К-26/14:

В ходе заседания Комиссии УФАС представитель уполномоченного органа пояснил, что заказчиком в документации установлено требование об обладании участником закупки исключительными правами на результаты интеллектуальной деятельности, если в связи с исполнением контракта заказчик приобретает права на такие результаты, за исключением случаев заключения контрактов на создание произведений литературы или искусства, исполнения, на финансирование проката или показа национального фильма.

В пункте 1 ст. 1225 ГК РФ содержится исчерпывающий перечень результатов интеллектуальной деятельности и приравненных к ним средств индивидуализации юридических лиц, товаров, работ, услуг и предприятий, которым предоставляется правовая охрана: 1) произведения науки, литературы и искусства; 2) программы для ЭВМ; 3) базы данных; 4) исполнения; 5) фонограммы; 6) сообщение в эфир или по кабелю радио- или телепередач (вещание организаций эфирного или кабельного вещания); 7) изобретения; 8) полезные модели; 9) промышленные образцы; 10) селекционные достижения; 11) топологии интегральных микросхем; 12) секреты производства (ноу-хау); 13) фирменные наименования; 14) товарные знаки и знаки обслуживания; 15) наименования мест происхождения товаров; 16) коммерческие обозначения.

В решении Адыгейского УФАС России от 23.04.2014 по делу N К-26/14 отмечено, что согласно извещению о проведении аукциона и документации об аукционе предметом закупки является поставка лекарственных средств для нужд ГБУЗ РА "К" в I полугодии 2014 года, что не предусматривает передачи заказчику исключительных прав на какие-либо результаты интеллектуальной деятельности или средства индивидуализации, в связи с чем требование об обладании правами на них не может быть применено заказчиком.

Таким образом, в нарушение ст. 3 Федеральный закон от 18.07.2011 N 223-ФЗ (ред. от 07.06.2017) "О закупках товаров, работ, услуг отдельными видами юридических лиц" (далее – Закон о закупках) заказчиком в документации об аукционе установлено требование об обладании участником закупки исключительными правами на результаты интеллектуальной деятельности.

На основании изложенного можно сделать вывод: в случае, если объект (предмет) закупки не предусматривает передачу заказчику исключительных прав на какие-либо результаты интеллектуальной деятельности или средства индивидуализации, требование об обладании правами на них не может быть применено заказчиком, то есть установлено в документации о закупке.

Такая позиция содержится и в решении Челябинского УФАС России от 12.11.2015 по делу N 762-ж/2015.

УФАС России по Республике Адыгея от 3 июня 2014 г. по делу № К-56/14. Спор, который разрешил антимонопольный орган, касался документации электронного аукциона, предметом которого была поставка легкового автомобиля. Естественно, в этом случае никакие права на интеллектуальную собственность заказчик не приобретает, но, тем не менее, требование о наличии их у участников были закреплены в аукционной документации. Антимонопольный орган подчеркнул, что это недопустимо.

Подобный подход встречается и в практике других регионов. Региональные управления ФАС России приходят к однозначному выводу: если в рамках закупки заказчик не приобретает интеллектуальные права, то требовать от участников декларацию соответствия он не имеет права (решение УФАС по Новосибирской области от 8 июля 2014 г. по делу № 08-01-243).

УФАС России по Ростовской области обратило внимание и на другой момент, подчеркнув, что если требование об обладании интеллектуальными правами установлено

без необходимости, то участники закупки вправе ему не соответствовать (решение УФАС России по Ростовской области от 7 июля 2014 г. по делу № 1309/03).

Дополнительным подтверждением того, что в связи с исполнением контракта у Заказчика не возникают права на результаты интеллектуальной деятельности, является тот факт, что Заказчик в контракте не установил предмет и способы использования результатов интеллектуальной деятельности.

Положениями части 4 Гражданского кодекса Российской Федерации установлено, что передача неисключительных прав на использование программного обеспечения оформляется лицензионным/сублицензионным договором. Существенными условиями таких договоров являются предмет и способы использования результатов интеллектуальной деятельности.

Вместе с тем, проект государственного контракта документации об Аукционе в электронной форме не содержит указания на способ использования результатов интеллектуальной деятельности.

Таким образом, отсутствие в проекте государственного контракта документации об Аукционе в электронной форме указания на способ использования результатов интеллектуальной деятельности не соответствует части 2 статьи 34 Закона о размещении заказов, что нарушает часть 1 статьи 41.6 Закона о размещении заказов.

Указанные нарушения содержат признаки состава административного правонарушения, ответственность за совершение которого предусмотрена частью 4.2 статьи 7.30 Кодекса Российской Федерации об административных правонарушениях.

Несмотря на тот факт, что эта позиция ФАС была сформулирована в период действия Федерального закона от 21 июля 2005 г. № 94-ФЗ "О размещении заказов на поставки товаров, выполнение работ, оказание услуг для государственных и муниципальных нужд"), решение ФАС основано на нормах части 4 Гражданского Кодекса, в которую за прошедший период не вносились изменения, касающиеся оснований принятого решения.

Судебная практика устанавливает, что требование о наличии исключительных прав при осуществлении технического обслуживания в подобной ситуации фактически сводит на нет конкуренцию. (Постановление ФАС Уральского округа от 10 июня 2013 г. № Ф09-2121/13 по делу № А50-11517/2012). Соответственно, для оказания технической поддержки участнику закупки не требуется обладать исключительными правами или иметь лицензионный договор с правообладателем. Подобное требование со стороны заказчика неправомерно ограничивает доступ к участию в госзакупке и предоставляет необоснованные преимущества участникам, обладающим исключительными правами на ПО.

Дополнительным аргументом в пользу неправомерности установления такого требования служит тот факт, что осуществление сопровождения программных продуктов не относится к использованию произведения. Следовательно, пользователями программного продукта являются лица, установившие и использующие его, которые обладают неисключительным правом на использование программы, а не лица, осуществляющие ее обслуживание. В связи с этим, например, специализированная компьютерная организация может осуществлять обслуживание программного 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).

Общая идея, получившая закрепление в судебных решениях, заключается в том, что техническая поддержка и поддержание надежности функционирования программы не являются способами ее использования и не означают передачу исполнителю прав на данную программу, в связи с чем не являются нарушением исключительных прав

(постановление ФАС Уральского округа от 10 июня 2013 г. № Ф09-2121/13 по делу № А50-11517/2012).

В соответствии с п.2 ст. 1270 ГК РФ, использованием произведения независимо от того, совершаются ли соответствующие действия в целях извлечения прибыли или без такой цели, считается, в частности:

1) воспроизведение произведения, то есть изготовление 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. При этом запись произведения на электронном носителе, в том числе запись в память ЭВМ, также считается воспроизведением. Не считается воспроизведением краткосрочная запись произведения, которая носит временный или случайный характер и составляет неотъемлемую и существенную часть технологического процесса, имеющего единственной целью правомерное использование произведения либо осуществляемую информационным посредником между третьими лицами передачу произведения в информационно-телекоммуникационной сети, при условии, что такая запись не имеет самостоятельного экономического значения;

(пп. 1 в ред. Федерального закона от 12.03.2014 N 35-ФЗ)

(см. текст в предыдущей редакции)

2) распространение произведения путем продажи или иного отчуждения его оригинала или экземпляров;

3) публичный показ произведения, то есть любая демонстрация оригинала или экземпляра произведения непосредственно либо на экране с помощью пленки, диапозитива, телевизионного кадра или иных технических средств, а также демонстрация отдельных кадров аудиовизуального произведения без соблюдения их последовательности непосредственно либо с помощью технических средств в месте, открытом для свободного посещения, или в месте, где присутствует значительное число лиц, не принадлежащих к обычному кругу семьи, независимо от того, воспринимается произведение в месте его демонстрации или в другом месте одновременно с демонстрацией произведения;

4) импорт оригинала или экземпляров произведения в целях распространения;

5) прокат оригинала или экземпляра произведения;

6) публичное исполнение произведения, то есть представление произведения в живом исполнении или с помощью технических средств (радио, телевидения и иных технических средств), а также показ аудиовизуального произведения (с сопровождением или без сопровождения звуком) в месте, открытом для свободного посещения, или в месте, где присутствует значительное число лиц, не принадлежащих к обычному кругу семьи, независимо от того, воспринимается произведение в месте его представления или показа либо в другом месте одновременно с представлением или показом произведения;

7) сообщение в эфир, то есть сообщение произведения для всеобщего сведения по радио или телевидению, за исключением сообщения по кабелю. При этом под сообщением понимается любое действие, посредством которого произведение становится доступным для слухового и (или) зрительного восприятия независимо от его фактического восприятия публикой. При сообщении произведений в эфир через спутник под сообщением в эфир понимается прием сигналов с наземной станции на спутник и передача сигналов со спутника, посредством которых произведение может быть доведено до всеобщего сведения независимо от его фактического приема публикой. Сообщение кодированных сигналов признается сообщением в эфир, если средства декодирования предоставляются неограниченному кругу лиц организацией эфирного вещания или с ее согласия;

(в ред. Федерального закона от 12.03.2014 N 35-ФЗ)

(см. текст в предыдущей редакции)

8) сообщение по кабелю, то есть сообщение произведения для всеобщего сведения по радио или телевидению с помощью кабеля, провода, оптического волокна или аналогичных средств. Сообщение кодированных сигналов признается сообщением по кабелю, если средства декодирования предоставляются неограниченному кругу лиц организацией кабельного вещания или с ее согласия;
(в ред. Федерального закона от 12.03.2014 N 35-ФЗ)
(см. текст в предыдущей редакции)

8.1) ретрансляция, то есть прием и одновременное сообщение в эфир (в том числе через спутник) или по кабелю полной и неизменной радио- или телепередачи либо ее существенной части, сообщаемой в эфир или по кабелю организацией эфирного или кабельного вещания;

(пп. 8.1 введен Федеральным законом от 12.03.2014 N 35-ФЗ)

9) перевод или другая переработка произведения. При этом под переработкой произведения понимается создание производного произведения (обработки, экранизации, аранжировки, инсценировки и тому подобного). Под переработкой (модификацией) программы для ЭВМ или базы данных понимаются любые их изменения, в том числе перевод такой программы или такой базы данных с одного языка на другой язык, за исключением 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;

10) практическая реализация архитектурного, дизайнерского, градостроительного или садово-паркового проекта;

11) доведение произведения до всеобщего сведения таким образом, что любое лицо может получить доступ к произведению из любого места и в любое время по собственному выбору (доведение до всеобщего сведения).

В соответствии с п.3 ст. 1270 ГК РФ практическое применение положений, составляющих содержание произведения, в том числе положений, представляющих собой техническое, экономическое, организационное или иное решение, не является использованием произведения применительно к правилам настоящей главы, за исключением использования, предусмотренного подпунктом 10 пункта 2 настоящей статьи.

На основании изложенного, Заявитель считает, при таком предмете контракта как Услуги по ремонту компьютерного томографа Somatom Emotion 6 (серийный номер 43954) с заменой рентгеновского излучателя, согласно технического задания, не могут устанавливаться требования к участнику, «Обладание участником закупки исключительными правами на результаты интеллектуальной деятельности, если в связи с исполнением контракта заказчик приобретает права на такие результаты, за исключением случаев заключения контрактов на создание произведений литературы или искусства, исполнения, на финансирование проката или показа национального фильма»;

Исполнитель по контракту не должен иметь разрешение правообладателя на использование программного обеспечения при оказании услуги по техническому обслуживанию медицинского оборудования.

Еще раз обращаем внимание, что сервисное программное обеспечение является программой ЭВМ, установленной на оборудовании Заказчика. Статья 1270 ГК РФ не содержит таких положений, что под использованием программы ЭВМ понимается ее практическое применение, в том числе, лицом, не являющимся правообладателем ПЭВМ (персонального компьютера) в память которого была записана программа.

Кроме того, согласно пункту 3 статьи 1270 ГК РФ практическое применение положений, составляющих содержание произведения, в том числе положений, представляющих собой техническое, экономическое, организационное или иное решение,

не является использованием произведения применительно к правилам настоящей главы, за исключением использования, предусмотренного подпунктом 10 пункта 2 настоящей статьи (реализация архитектурного проекта).

Таким образом практическое применение программ ЭВМ, лицом, которое не осуществляло запись данных программ в память ЭВМ, и, не является собственником ЭВМ (персонального компьютера) не попадает под понятие использования произведения, которое изложено в статье 1270 ГК РФ.»

(Из Постановления Суда по интеллектуальным правам от 1 июля 2015 г. № С01-52/2014 по делу № А53-37035/2012).

Кроме всего изложенного, в силу также вытекающих из статей 17 (часть 3), 19 (части 1 и 2) и 55 (часть 3) Конституции Российской Федерации принципов равенства и справедливости, на основе которых осуществляется регулирование и государственная, в том числе судебная, защита прав и законных интересов (частных и публичных) участников рыночного взаимодействия, праву каждого на свободное использование своих способностей и имущества для предпринимательской и иной не запрещенной законом экономической деятельности корреспондирует обязанность ответственного отношения к правам и свободам тех, кого затрагивает такая деятельность.

Соответственно, федеральное законодательство по таким предметам ведения Российской Федерации, как установление правовых основ единого рынка, таможенное регулирование, федеральные экономические службы, гражданское законодательство и правовое регулирование интеллектуальной собственности (статья 71, пункты "ж", "о", Конституции Российской Федерации), равно как и основанные на нем правоприменительные, включая судебные, акты должны обеспечивать баланс и надлежащую защиту прав и деловой репутации обладателя исключительного права на товарный знак, знак обслуживания, с одной стороны, и прав импортеров и приобретателей товаров, на которых он размещен, - с другой.

Товары иностранного производства, на которых их производителем размещены товарные знаки, могут быть правомерно приобретены вне пределов Российской Федерации и впоследствии перемещаться через ее границу. Фактически на территорию Российской Федерации такие товары могут поставляться как самим производителем либо иным хозяйствующим субъектом по согласованию с ним, так и хозяйствующим субъектом без согласования с производителем или с выбранными им официальными дистрибьюторами, т.е. в порядке параллельного импорта. В таких случаях баланс и защита прав и законных интересов производителей как обладателей исключительного права на товарный знак и их официальных дистрибьюторов, с одной стороны, и импортеров и потребителей - с другой, достигается посредством нормативно-правового регулирования и на его основе - в случае спора - обеспечивается правосудием.

В целях учета указанных конкурирующих прав и интересов в их сопряжении законодательство многих стран использует принцип исчерпания прав (первой продажи или введения в оборот), означающий, по общему правилу, ограничение действия исключительного права на товарный знак, т.е. свободный оборот товаров, если они на законных основаниях уже введены в гражданский оборот непосредственно правообладателем или с его согласия. При этом возможность импорта продукции независимо от согласия производителя товара или его официального дистрибьютора (параллельный импорт) во многом зависит от того, какой вид (режим) исчерпания прав установлен в правовой системе того государства, на территорию которого ввозится соответствующая продукция, - национальный, региональный или международный. Национальное исчерпание прав означает, что на территории определенного государства исключительное право на размещенный правообладателем на конкретном товаре товарный знак, подлежащее правовой охране на территории данного государства, исчерпывается с момента первого введения товара в гражданский оборот непосредственно правообладателем или с его согласия на территории данного государства. Региональное

исчерпание прав предполагает исчерпание правообладателем исключительного права на товарный знак в рамках таможенной территории нескольких государств. При международном исчерпании прав исключительное право на товарный знак признается исчерпанным по отношению к конкретному товару с момента его первого введения в гражданский оборот непосредственно правообладателем или с его согласия на территории любого государства.

В статье 6 Соглашения Всемирной торговой организации по торговым аспектам права интеллектуальной собственности от 15 апреля 1994 года, обязательного для всех государств - участников ВТО, оговаривается, что данное Соглашение не затрагивает вопросы исчерпания прав интеллектуальной собственности. Таким образом, решение этих вопросов передается на усмотрение самих государств-участников, к числу которых относится и Россия (Постановление Конституционного Суда Российской Федерации от 13 февраля 2018 г. N 8-П.)

На основании ст. 17 Федерального закона от 26.07.2006г. № 135-ФЗ «О защите конкуренции» и на основании ст. 3 Закона о закупках,

Прошу:

исключить из документации об электронном аукционе № 31807312989 требование о предоставлении документов, подтверждающих соблюдение прав правообладателя, а именно исключить п. 3 раздела 4 и п. 5.6.

Кроме этого, прошу исключить из технического задания Приложение №1 документации об аукционе в электронной форме № 31807312989 следующие требования к Участнику:

- Запасная часть должна быть официально ввезена на территорию Российской Федерации. Исполнитель должен предоставить документальные подтверждения (копия ГТД) официальной поставки на территорию Российской Федерации (Основание: Таможенный кодекс Таможенного союза, Федеральный закон от 27.11.2010 N 311-ФЗ "О таможенном регулировании в Российской Федерации", Административный регламент Федеральной таможенной службы по исполнению государственной функции по ведению таможенного реестра объектов интеллектуальной собственности, утвержденным приказом ФТС России от 13.08.2009 N 1488 (зарегистрирован Минюстом России 14.12.2009, рег. N 15592).
- Исполнитель должен предоставить копию регистрационного удостоверения Минздрава России на оборудование, содержащее в своем составе поставляемые запчасти.
- Исполнитель должен предоставить копию действующего сертификата соответствия Госстандарта России на оборудование, содержащее в своем составе поставляемые запчасти.

Приложение:

1. Решение единственного участника ООО «Медснабсервис»



Махлачев Владимир Александрович