ПРАВООБЛАДАТЕЛИ И ГОСЗАКУПКИ

Дмитрий БОРОДИН,
юрист Группы технологий и инвестиций,
юридическая фирма VEGAS LEX,
г. Москва

Участие в государственных закупках сегодня является коммерчески привлекательным направлением развития бизнеса для многих частных компаний. Неудивительно, что недобросовестные участники оборота стремятся получить государственные заказы любыми доступными способами, в том числе ценой нарушения прав третьих лиц. Одной из проблем в связи с этим является нарушение исключительных прав правообладателей со стороны участников закупок в тех случаях, когда исполнение контракта требует наличия соответствующих прав у поставщика.

Без шансов

Наиболее остро данная проблема стоит в сфере государственных закупок лекарственных средств, где правонарушители побеждают в закупках на поставку препаратов, защищенных патентами, в сфере закупок дорогого оборудования (в том числе медицинского) – здесь объектом нарушения чаще всего выступают товарные знаки, а также в сфере закупок программного обеспечения, охраняемого прежде всего как объект авторского права.

Федеральный закон от 05.04.2013 № 44-ФЗ «О контрактной системе в сфере закупок товаров, работ, услуг для обеспечения государственных и муниципальных нужд» не предъявляет к участникам закупки общего требования о наличии у них интеллектуальных прав и/или о соблюдении исключительных прав третьих лиц. Так, согласно п. 8 ч. 1 ст. 31 Закона № 44-ФЗ, которая содержит исчерпывающий перечень требований к участникам закупки (если не считать те случаи, когда дополнительные требования к участникам закупки могут быть установлены Правительством РФ), требование об обладании исключительными правами на результаты интеллектуальной деятельности может быть предъявлено к участнику закупки только в том случае, если в связи с исполнением контракта заказчик приобретает права на такие результаты (в качестве исключения из данного правила закон указывает на заключение контрактов на создание произведений литературы или искусства, исполнения, на финансирование проката или показа национального фильма).

При этом заказчик вправе отстранить участника закупки от участия в определении поставщика или отказать победителю в заключении контракта только в случае несоответствия участника закупки требованиям, установленным в указанной статье (ч. 9 ст. 31 Закона № 44-ФЗ).

Таким образом, Закон № 44-ФЗ не только не оставляет возможности госзаказчикам установить в условиях закупки требование о наличии у ее участников соответствующих интеллектуальных прав, но и не позволяет отклонить заявку участника даже в том случае, когда заказчику известно об отсутствии таких прав у участника. Соответственно нет формальных оснований и для оспаривания результатов таких госзакупок в судебном порядке.

Данные выводы подтверждаются правоприменительной практикой антимонопольных органов (решения Адыгейского УФАС от 23.04.2014 по делу № К-26/14, Челябинского УФАС от 18.07.2014 по делу № 419-ж/2014, Кемеровского УФАС России от 29.07.2015 по делу № 296/3-2015) и судов. В частности, в одном деле участник закупки лекарственных средств обратился в суд с требованием признать решение ФАС России об отказе в признании незаконными действия госзаказчика, отклонившего заявку участника в силу отсутствия у последнего прав на реализацию охраняемого патентом лекарственного средства, недействительным. Суды первых двух инстанций отказали заявителю, однако суд кассационной инстанции отменил судебные акты нижестоящих судов, указав, что госзаказчик был не вправе отклонять заявку на том основании, что у участника отсутствуют права, необходимые для реализации запатентованного лекарственного средства, так как такое основание не предусмотрено законом (Постановление ФАС МО от 17.02.2014 № Ф05-17393/2013 по делу № А40-32698/13-17-317). В этом деле речь шла о требованиях Федерального закона от 21.07.2015 № 94-ФЗ «О размещении заказов на поставки товаров, выполнение работ, оказание услуг для государственных и муниципальных нужд», действовавшего на тот момент. Однако выводы, сделанные судом, в полной мере применимы и к ныне действующему законодательству о госзакупках.

Описанный формальный подход почти не оставляет правообладателям шансов на успешную защиту своих прав в рамках специального законодательства.

Возможности гражданского законодательства

Общие средства защиты исключительных прав предусмотрены ч. 4 ГК РФ. В рассматриваемой ситуации правообладатели обычно предъявляют одно или несколько следующих требований:

– о пресечении действий, нарушающих право или создающих угрозу его нарушения;

– об изъятии и уничтожении контрафактных товаров;

– о возмещении убытков;

– о взыскании компенсации.

Однако эффективность перечисленных способов защиты на практике ограниченна. Так, предъявление требования о запрете правонарушителю участвовать в определении поставщика, заключать контракт по итогам конкурса или осуществлять его исполнение, как правило, малоэффективно, так как к моменту вступления решения суда в силу контракт в большинстве случаев уже будет исполнен.

Практике известны случаи, когда суд запрещал правонарушителю участие в закупках на будущее. Так, в деле № А40-30124/2015 суды двух инстанций удовлетворили требования правообладателя о запрете ответчикам производить, предлагать к продаже, продавать или иным образом вводить в гражданский оборот или хранить для этих целей (а также участвовать в аукционах на поставку) лекарственные препараты под любым торговым наименованием, содержащие запатентованное вещество, до даты истечения срока действия патента (Постановление Девятого ААС от 27.04.2016 № 09АП-1634/2016-ГК по делу № А40-30124/2015; аналогичная позиция отражена в Постановлении Девятого ААС от 21.04.2016 № 09АП-10802/2016-ГК по делу № А40-30012/2015).

Вместе с тем вопрос контроля за исполнением такого решения и возможность оспаривания госконтракта, заключенного с его нарушением, остается открытым.

Судебная практика по требованию об изъятии и уничтожении контрафактных товаров, являющихся предметом закупки, складывается неоднозначно. Часть судов отказывает в удовлетворении такого требования ввиду его неисполнимости (Постановление Девятого ААС от 27.04.2016 № 09АП-1634/2016-ГК по делу № А40-30124/2015), другие – удовлетворяют (Постановление Тринадцатого ААС от 09.07.2014 по делу № А21-9440/2013). Тем не менее следует учитывать, что даже в последнем случае реально исполнить такой судебный акт может быть крайне проблематично, особенно в том случае, если товар уже был поставлен госзаказчику.

Независимо от использования вышеуказанных средств защиты правообладатель вправе потребовать от нарушителя денежного возмещения в виде убытков либо компенсации. В первом случае для определения размера денежного возмещения, подлежащего взысканию с нарушителя, правообладатель может среди прочего использовать стоимость товара по контракту, поставленного с нарушением исключительных прав. Однако для этого необходимо, чтобы правообладатель лично участвовал в закупке и проиграл правонарушителю. В противном случае доказать наличие упущенной выгоды будет крайне сложно (Постановление Суда по интеллектуальным правам от 29.12.2014 № С01-1152/2014 по делу № А40-162480/2013).

Наиболее популярным способом защиты исключительных прав является взыскание компенсации, определяемой одним из способов, предусмотренных ГК РФ (правообладатель вправе потребовать компенсацию в размере от десяти тыс. до пяти млн руб., определяемом по усмотрению суда исходя из характера нарушения, либо в размере двукратной стоимости контрафактных товаров или права использования соответствующих объектов интеллектуальной собственности (ст. 1301, 1311, 1406.1, 1515, 1537 ГК РФ). Практика взыскания компенсации за нарушения в ходе госзакупок в целом складывается в пользу правообладателей (постановления Тринадцатого ААС от 09.07.2014 по делу № А21-9440/2013; Суда по интеллектуальным правам от 18.07.2016 № С01-436/2016 по делу № А76-5078/2015, от 10.09.2015 № С01-675/2015 по делу № А40-105604/2013). Тем не менее суды часто снижают заявленный размер компенсации, особенно в тех случаях, когда он рассчитывается произвольно исходя из характера правонарушения.

Так, в деле № А76-5078/2015 суды трех инстанций, определяя размер компенсации, подлежащей взысканию с участника закупки в пользу обладателей прав на товарные знаки, учли факт принятия ответчиком достаточных мер к установлению легальности товара, добровольному прекращению нарушения прав, отсутствие обстоятельств, свидетельствующих об ущемлении прав истцов, а также вступившие в законную силу судебные акты по делам о взыскании компенсаций с поставщиков, у которых ответчик закупал товар. В итоге сумма компенсации была снижена судами с двух млн до одного млн руб. (Постановление Суда по интеллектуальным правам от 18.07.2016 № С01-436/2016 по делу № А76-5078/2015).

Отдельного внимания заслуживает вопрос привлечения к ответственности за нарушение исключительных прав госзаказчика. В этой связи важную для практики позицию высказал Суд по интеллектуальным правам в деле № А40-105604/2013. Суд указал, что помимо соблюдения законодательства о размещении заказов (на тот момент еще действовал Федеральный закон от 21.07.2015 № 94-ФЗ «О размещении заказов на поставки товаров, выполнение работ, оказание услуг для государственных и муниципальных нужд», но выводы, сделанные судом, в полной мере применимы и к ныне действующему законодательству о госзакупках) от заказчика также требуется принятие всех мер для соблюдения авторских и смежных прав правообладателя, и взыскал с него компенсацию (Постановление Суда по интеллектуальным правам от 10.09.2015 № С01-675/2015 по делу № А40-105604/2013). Данный подход в определенном смысле идет вразрез с формальной позицией судов и антимонопольных органов в рамках споров по Закону № 44-ФЗ и в то же время подчеркивает важность выбора надлежащего способа защиты.

Применение обеспечительных мер

Как было отмечено выше, к моменту вступления в силу судебного акта госконтракт уже может быть исполнен, а полученные победителем средства переведены на счета третьих лиц. И даже если правообладателю удастся получить денежное возмещение, оно может оказаться существенно ниже реального ущерба правообладателя от потери контракта.

В таких условиях целесообразно применение обеспечительных мер с целью недопущения заключения и/или исполнения государственного контракта правонарушителем. Правообладатели чаще всего заявляют одно из следующих требований:

– приостановить проведение закупки, оформления протокола по итогам закупки, запретить заключение госконтракта;

– наложить арест на образцы/экземпляры товара, выпущенные с нарушением исключительных прав;

– запретить правонарушителям исполнение уже заключенных госконтрактов.

Однако суды неохотно удовлетворяют такие требования, ссылаясь главным образом на риск нарушения прав третьих лиц и публичного интереса (постановления Тринадцатого ААС от 11.03.2014 по делу № А42-8591/2013; Суда по интеллектуальным правам от 17.09.2015 по делу № А40-30124/2015, от 23.09.2015 № С01-790/2015 по делу № А40-30012/2015). Так, в Постановлении от 04.06.2014 № Ф07-3576/2014 по делу № А42-8594/2013 ФАС СЗО указал: «Суд также принял во внимание пояснения министерства о том, что число таких граждан на территории Мурманской области (обладающих правом на льготное лекарственное обеспечение) составляет 14 448 человек (за счет федерального бюджета) и 68 904 человека (за счет средств регионального бюджета). Отсутствие для указанных граждан необходимой лекарственной терапии может повлечь тяжелые последствия для их здоровья или смерть».

Вместе с тем перечень обеспечительных мер, установленный ч. 1 ст. 91 АПК РФ, является открытым, в связи с чем правообладатель может сформулировать требования таким образом, чтобы соблюсти баланс интересов сторон спора и третьих лиц. Одним из возможных вариантов может быть наложение ареста на денежные средства победителя закупки, с тем чтобы не создавать угрозы для срыва поставок социально значимых товаров и в то же время обеспечить возможность реального взыскания убытков или компенсации.

Резюмируя, необходимо отметить, что на сегодняшний день возможности успешной защиты исключительных прав правообладателей в ходе госзакупок существенно ограниченны. Единственным относительно эффективным способом является взыскание компенсации с правонарушителя, однако такой способ далеко не всегда позволяет возместить реальные потери правообладателя. Средства защиты, связанные с отменой, оспариванием или приостановлением закупочных процедур, наталкиваются, с одной стороны, на формальный подход правоприменителя, а с другой, – на необходимость соблюдения публичных интересов.