

# УПРАВЛЕНИЕ ФЕДЕРАЛЬНОЙ АНТИМОНОПОЛЬНОЙ СЛУЖБЫ

## ПО ТЮМЕНСКОЙ ОБЛАСТИ

625048, г. Тюмень, ул. Холодильная, 58а тел. 50-31-55

### ЗАКЛЮЧЕНИЕ ОБ ОБСТОЯТЕЛЬСТВАХ ДЕЛА № 072/01/17-116/2023

21.09.2023 г. Тюмень

Комиссия Управления Федеральной антимонопольной службы по Тюменской области по рассмотрению дела о нарушении антимонопольного законодательства в составе:

«...»

рассмотрев в режиме видеоконференцсвязи, посредством плагина «TrueConf» дело № 072/01/17-116/2023 по признакам нарушения ГКУ ТО «...» (далее также - ГКУ ТО «...», Учреждение, Ответчик) ч. 1 ст. 17 Федерального закона РФ от 26.07.2006 № 135-ФЗ «О защите конкуренции» (далее также – Закон о защите конкуренции), выразившегося в ограничении конкуренции при проведении закупочных процедур на заключение договора по оказанию услуг по созданию, сопровождению и модернизации ГИС «...»,

в присутствии представителей:

Ответчика – «...» (доверенность №27 от 30.03.2023 г.);

представителя заинтересованного лица: - ООО «...» -. (доверенность №12 от 01.06.2023 г.);

в отсутствие представителя заинтересованного лица – ООО «...», уведомлённого о дате, времени и месте рассмотрения настоящего дела надлежащим образом,

УСТАНОВИЛА:

В Тюменское УФАС России поступило заявление ООО «...» о необходимости проверки действий ГКУ ТО «...», связанных с проведением запроса котировок в электронной форме, для оказания услуг по обновлению версии платформы государственной информационной системы «...».

По результатам рассмотрения заявления и материалов в действиях Учреждения были установлены признаки нарушения ч.1 ст. 17 Закона о защите конкуренции.

В соответствии с частью 12 статьи 44 Закона о защите конкуренции приказом от 13.03.2023 № 27/23 возбуждено дело по признакам нарушения ГКУ ТО «...» ч.1 ст.17 Закона о защите конкуренции.

В ходе рассмотрения заявления установлено следующее.

Согласно абз.2 письма Минцифры России от 07.09.2021 № П11-2-05-200-38749 «О рассмотрении обращений субъектов предпринимательской деятельности и заинтересованных лиц в сфере информационных технологий» при применении понятий "разработка", "адаптация", "модификация", "установка", "тестирование",

"сопровождение", "программа для электронных вычислительных машин (далее - "ЭВМ"), база данных, (программное средство и информационный продукт вычислительной техники)" следует руководствоваться действующими законами, подзаконными актами, техническими регламентами, утвержденными федеральными органами государственной власти документами по стандартизации (национальными стандартами, предварительными национальными стандартами, сводами правил, рекомендациями по стандартизации, техническими спецификациями (отчетами), общероссийскими классификаторами технико-экономической и социальной информации), а также международными стандартами.

При отсутствии применимых в конкретном случае актов государственных органов допустимо руководствоваться смыслом, обычно придаваемым указанным понятиям при осуществлении деятельности в сфере информационных технологий, и закрепленным в общедоступных словарях, справочниках, энциклопедиях и т.п.

В соответствии с п.3.47. «ГОСТ Р 51904-2002. Государственный стандарт Российской Федерации. Программное обеспечение встроенных систем. Общие требования к разработке и документированию» (далее также – ГОСТ Р 51904-2002) под программным обеспечением (далее также – ПО) понимается совокупность компьютерных программ и программных документов, необходимых для эксплуатации этих программ

Согласно п.3.52 ГОСТ Р 51904-2002, под разработкой программного обеспечения понимается набор действий, результатом выполнения которых являются программные средства. **Разработка ПО** может включать в себя **новую разработку, модификацию, многократное использование, перепроектирование или любое другое действие, требуемое для создания программных средств.**

Согласно п.3.11 ГОСТ Р 51904-2002 модификация исходного кода, исполняемого объектного кода или сопутствующих документов относительно их базовой линии является изменением программного обеспечения.

Понятие «обновление ПО» либо «обновление версии платформы» в действующем законодательстве не содержится, однако, исходя из смысла, придаваемого указанному понятию, можно сделать вывод о том, что под обновлением ПО понимается протестированный накопительный набор исправлений, обновлений для системы безопасности, критических обновлений и обновлений. Сами обновления также могут содержать дополнительные исправления для внутренних ошибок, найденных после выпуска продукта. Обновление ПО может также содержать ограниченное количество изменений структуры и функций, включенных по запросам пользователей.

Следовательно, разработка ПО, модификация ПО и обновление ПО - это совокупность действий, направленных на создание и обеспечение функционирования ПО.

В соответствии с п.2.1 устава ГКУ ТО «...», утвержденного приказом департамента информатизации Тюменской области от 19.01.2012 №10-од (далее также – Устав ГКУ ТО «...»), казенное учреждение создано в целях реализации предусмотренных законодательством Российской Федерации полномочий органов государственной власти Тюменской области в сфере развития информационных технологий,

направленных на удовлетворение общественно-политических и экономических потребностей органов власти, организаций различных форм собственности и населения Тюменской области.

Согласно п.2.2 Устава ГКУ ТО «...», для достижения целей, указанных в п.2.1 Устава ГКУ ТО «...», Учреждение осуществляет в установленном законодательством РФ порядке следующие виды деятельности:

1) исполнение, в том числе, следующих функций:

- по обеспечению разработки, ведения и развития информационных систем, обеспечивающих поддержку деятельности органов исполнительной власти, объединение их на основе общей информационно-технологической инфраструктуры Тюменской области;

- заказчика при заключении государственных контрактов и иных гражданско-правовых договоров, в том числе обеспечения государственных органов Тюменской области, государственных учреждений, контроль и координацию деятельности которых осуществляют указанные органы, средствами вычислительной техники, программного обеспечения и сетевого оборудования, территориальных органов федеральных органов власти по Тюменской области средствами вычислительной техники при реализации возложенных на них обязанностей в пределах полномочий Тюменской области по предметам совместного ведения Российской Федерации и Тюменской области, посредством осуществления закупок в соответствии с законодательством о контрактной системе в сфере закупок товаров, работ, услуг для обеспечения государственных и муниципальных нужд в установленном порядке;

2) оказание, том числе услуг по предоставлению программного обеспечения, инженерной, вычислительной и информационно-телекоммуникационной инфраструктуры, в том числе на основе «облачных технологий».

Следовательно, ГКУ ТО «...» наделено полномочиями по проведению государственных и муниципальных закупок, связанных с созданием государственных информационных систем, а также предоставлению программного обеспечения.

Так, в целях реализации своих функций по обеспечению разработки, ведения и развития информационных систем, обеспечивающих поддержку деятельности органов исполнительной власти, объединение их на основе общей информационно-технологической инфраструктуры Тюменской области ГКУ ТО «...» 31.10.2018 г. на сайте (<https://zakupki.gov.ru/>) было размещено извещение № 0167200003418006102 о проведении электронного аукциона на оказание услуг по созданию, настройке и наполнению информационной системы автоматизации деятельности государственной жилищной инспекции Тюменской области (далее также – Электронный аукцион), согласно которому:

дата и время начала срока подачи заявок: 31.10.2018 10 часов 43 минут;

дата и время окончания срока подачи заявок: 15.11.2018 08 часов 00 минут;

дата окончания срока рассмотрения заявок на участие в электронном аукционе: 16.11.2018

дата проведения аукциона в электронной форме: 19.11.2018;

начальная (максимальная) цена контракта: 1 080 000 рублей 00 копеек.

Также к извещению о проведении Электронного аукциона была приложена документация Электронного аукциона (далее также – Аукционная документация), в состав которой входят следующие документы:

- Описание объекта закупки (Приложение №1 к Аукционной документации);
- проект государственного контракта (Приложение №2 к Аукционной документации);
- обоснование начальной (максимальной) цены контракта (Приложение №3 к Аукционной документации).

Так, из Описания объекта закупки следует, что предметом закупки является оказание услуг по созданию, настройке и наполнению информационной системы автоматизации деятельности государственной жилищной инспекции Тюменской области.

В соответствии с п.3 Описания объекта закупки, в ходе исполнения обязательства поставщику необходимо совершить действия по развертыванию и базовой настройке системы автоматизации деятельности государственной жилищной инспекции Тюменской области (далее также – ГИС «...»).

Согласно п.4.1. Описания объекта закупки, система автоматизации деятельности ГИС «ГЖИ ТО» должна содержать следующие подсистемы:

- Администрирование;
- Жилищный фонд;
- Инспекционная деятельность;
- Обращения;
- Лицензирование;
- Капитальный ремонт;
- Аналитическая отчетность;
- База знаний;
- Документы.

Таким образом, результатом проведения Электронного аукциона будет заключение государственного контракта на **создание ПО системы** автоматизации деятельности ГИС «...», состоящей из ряда элементов подсистемы.

Согласно протоколу подведения итогов Электронного аукциона от 19.11.2018 г., было подано две заявки:

- ООО «...» с ценой предложения 630 599 рублей 99 копеек;

- ООО «...» (далее также – ООО «...») с ценой предложения 625 200 рублей 00 копеек

По результатам проведения Электронного аукциона между ГКУ ТО «...» и ООО «...» 12.12.2018 г. был заключен государственный контракт №93/18 на оказание услуги **по созданию**, настройке и наполнению государственной информационной системы ГИС «...», дата окончания срока исполнения контракта 31.12.2018 г.

Согласно акту оказанных услуг от 19.12.2018 г., по государственному контракту от 12.12.2018 г. №93/18 ООО «...» были оказаны услуги по созданию ГИС «...» в полном объеме.

Следовательно, действия, связанные с разработкой ГИС «...», были исполнены ООО «...» в рамках государственного контракта №93/18 от 12.12.2018 г., что подтверждается актом оказанных услуг от 19.12.2018 г., в котором отражено, что ГИС «...» соответствует требованиям, установленным в описании объекта закупки.

Здесь следует отметить, что в рамках государственного контракта от 12.12.2018 г. №93/18, согласно акту приема-передачи прав использования программного обеспечения от 19.12.2018 г. ООО «...» осуществил передачу ГКУ ТО «...» программного обеспечения «...», правообладателем которого является ООО «...», а также 21.12.2018 г. между ГКУ ТО «...» и ООО «...» было заключено сублицензионное соглашение, предметом которого явилась передача прав на программное обеспечение «...» сроком до 31.12.2019 г.

Так, согласно п.4.1. сублицензионного соглашения от 21.12.2018 г. ГКУ ТО «...» имеет право на использование программного обеспечения следующими способами: хранить и устанавливать программное обеспечение в память ЭВМ, воспроизводить программное обеспечение путем его записи в память ЭВМ.

В соответствии с п.4.2 сублицензионного соглашения от 21.12.2018 г. сублицензиат и/или **пользователь обязуется не распространять программное обеспечение третьим лицам** путем продажи, проката, сдачи внаем, предоставления займа или иными другими способами отчуждения.

**Таким образом, уже в момент разработки ГИС «...» у ГКУ ТО «...» отсутствовал объем прав достаточный для проведения модернизации ГИС «...», а также для заключения сублицензионного соглашения с иными хозяйствующими субъектами на период модернизации ПО, что в дальнейшем привело к фактическому предоставлению преимуществ правообладателю - ООО «...» и его партнерам, хозяйствующим субъектам, с которыми заключены лицензионные соглашения.**

В связи с необходимостью повышения производительности ГИС «...» и создания технологической базы для последующего расширения функциональных возможностей системы, а также создания условий для внедрения дополнительных интеграционных механизмов с федеральной системой ГИС ЖКХ и СМЭВ ГКУ ТО «...» 23.09.2022 г. на сайте (<https://zakupki.gov.ru/>) были размещены:

1) извещение №0167200003422006148 о проведении запроса котировок в электронной форме на оказание услуг по **обновлению версии платформы** государственной информационной системы «Государственная жилищная

инспекция Тюменской области» (далее также – Запрос котировок):

дата и время начала срока подачи заявок: 23.09.2022 15 часов 20 минут;

дата и время окончания срока подачи заявок: 30.09.2022 08 часов 00 минут;

дата подведения итогов определения поставщика: 04.10.2022;

начальная (максимальная) цена контракта: **2 100 000 рублей 00 копеек**;

2) документация Запроса котировок (далее также – Документация), в состав которой входят следующие документы:

- Описание объекта закупки (Приложение №1 к Документации), далее также – Описание объекта закупки №1;

- проект государственного контракта (Приложение №2 к Документации);

- обоснование начальной (максимальной) цены контракта (Приложение №3 к Документации);

- Требования к содержанию, составу заявки, инструкция по ее заполнению (Приложение №4 к Документации).

Согласно протоколу подведения итогов Запроса котировок от 30.09.2022 г., было подано две заявки:

- ООО «...» с ценой предложения 2 050 000 рублей 00 копеек;

- ООО «...» с ценой предложения 1 600 000 рублей 00 копеек, - с которым 05.10.2022 г. был заключен контракт №109/22.

В связи с невозможностью исполнения контракта №109/22 от 05.10.2022 г., а именно отсутствием у ООО «...» лицензионного соглашения на применение программного обеспечения «...», между ООО «...» и ГКУ ТО «...» было заключено соглашение от 27.10.2022 г. о расторжении контракта №109/22 от 05.10.2022 г.

Так, в связи с расторжении контракта №109/22 от 05.10.2022 г. ГКУ ТО «...» был проведен запрос котировок в электронной форме (номер уведомления в ЕИС №0167200003422008153), начальная цена которого составляет 2 050 000 рублей 00 копеек, по результатам которого был заключен контракт №144/22 от 30.11.2022 г. на оказание услуг по обновлению версии платформы государственной информационной системы «...» с единственным поставщиком - ООО «...» сроком действия до 31.12.2022 г., в связи с признанием запроса котировок №0167200003422008153 несостоявшимся и признанием единственной заявки – ООО «...» соответствующей требованиям документации.

В ходе исследования Документации запроса котировок было установлено следующее.

Так, из Описания объекта закупки следует, что предметом закупки является **оказание услуг по обновлению версии платформы ГИС «...» ТО: построение и развертывание системы на новой версии платформы (Акцент 2.0).**

Сроки и место оказания услуг:

- начало оказания услуг – с даты заключения контракта;
- окончание оказания услуг – не позднее 15 ноября 2022 года;
- место оказания услуг - удаленно с использованием телекоммуникационных каналов Интернет.

В соответствии с п.2.1 Описания объекта закупки, объектом закупки является система автоматизации производственных процессов (далее также – Система автоматизации), которая была создана на базе программного обеспечения «...» (далее также – ПО), правообладателем которого является ООО «...» (далее также – Правообладатель).

В п.3.1. Описания объекта закупки, зафиксированы технические требования системы, исходя из которых следует, что система должна представлять собой многопользовательскую информационно-телекоммуникационную систему обработки и передачи информации с различным уровнем доступа пользователей к обрабатываемой информации, а также служебной информации ограниченного доступа, не составляющей государственную тайну, получаемой в рамках выполнения участниками своих функций.

При этом, согласно п.3.2. Описания объекта закупки №1 система включает в свой состав следующие функциональные подсистемы:

- подсистема «Жилищный фонд»;
- подсистема «Контрольно-надзорная деятельность»;
- подсистема «Административное делопроизводство»;
- подсистема «Обращения»;
- подсистема «Лицензирование»;
- подсистема «Капитальный ремонт»;
- подсистема аналитической отчетности и мониторинга;
- подсистема ведения справочников и классификаторов;
- подсистема сервисного взаимодействия;
- подсистема администрирования.

Следовательно, исходя из буквального толкования Описания объекта закупки, по результатам проведения Запроса котировок на поставщика возлагается обязательство по обновлению версии платформы ГИС «...», построенной на базе ПО, правообладателем которой является ООО «...».

Для того, чтобы подтвердить факт того, что результатом проведения Запроса котировок является обновление версии платформы ГИС «...» необходимо сравнить описание объекта закупки, содержащегося в документации Электронного

аукциона и в документации Запроса котировок.

Элементы системы ГИС «...»

п.4.1 описания объекта закупки Электронного аукциона (2018), по итогам которой и была построена ГИС «...»

п.3.2. описания объекта закупки Запроса котировок (2022), на модификацию ГИС «...»

- Администрирование;
- Жилищный фонд;
- Инспекционная деятельность;
- Обращения;
- Лицензирование;
- Капитальный ремонт;
- Аналитическая отчетность;
- База знаний;
- Документы.
- «Жилищный фонд»;
- «Контрольно-надзорная деятельность»;
- «Административное делопроизводство»;
- «Обращения»;
- «Лицензирование»;
- «Капитальный ремонт»;
- подсистема аналитической отчетности и мониторинга;
- подсистема ведения справочников и классификаторов;
- подсистема сервисного взаимодействия;
- подсистема администрирования.

Следовательно, несмотря на наличие общих ключевых подсистем, системы ГИС «...», разработанной в результате Электронного аукциона и Запроса котировок имеют существенные различия, которые фактически являются модификацией элементов системы ГИС «...» относительно их базовой линии, отсюда следует, что более поздний вариант ГИС «...» поглощает ранний вариант ГИС «...».



Согласно п.3.11 ГОСТ Р 51904-2002 модификация исходного кода, исполняемого объектного кода или **сопутствующих документов относительно их базовой линии** является изменение программного обеспечения.

Таким образом, объем вносимых изменений в ГИС «...», которым предстояло произвести в рамках Запроса котировок, не позволяет в полной мере утверждать, что внесение изменений в систему ГИС «...» будет являться всего лишь обновлением действующей системы. В данном случае, корректнее всего говорить об изменении программного обеспечения, посредством **модификации элементов ГИС «...», относительно их базовой линии.**

Таким образом, по результатам проведения Запроса котировок на поставщика возлагается изменение программного обеспечения посредством модификации ГИС «...», построенной на базе ПО, правообладателем которого является ООО «...».

В соответствии со ст.1261 ГК РФ авторские права на все виды программ для ЭВМ (в том числе на операционные системы и программные комплексы), которые могут быть выражены на любом языке и в любой форме, включая исходный текст и объектный код, охраняются так же, как авторские права на произведения литературы. Программой для ЭВМ является представленная в объективной форме совокупность данных и команд, предназначенных для функционирования ЭВМ и других компьютерных устройств в целях получения определенного результата, включая подготовительные материалы, полученные в ходе разработки программы для ЭВМ, и порождаемые ею аудиовизуальные отображения.

Здесь следует отметить, что согласно п.1 ст.1240.1 ГК РФ право на получение патента и исключительное право на результат интеллектуальной деятельности, созданный при выполнении государственного или муниципального контракта для государственных и муниципальных нужд, принадлежат лицу, выполняющему государственный или муниципальный контракт (исполнителю), за исключением случаев, установленных пунктами 3 и 4 настоящей статьи.

Вместе с тем, в соответствии с п.7 ст.1240.1 ГК РФ, если исключительное право на результат интеллектуальной деятельности, созданный при выполнении работ по государственному или муниципальному контракту для государственных или муниципальных нужд, принадлежит не Российской Федерации, не субъекту Российской Федерации или не муниципальному образованию, правообладатель по требованию государственного или муниципального заказчика обязан предоставить указанному им лицу безвозмездную простую (неисключительную) лицензию на использование такого результата интеллектуальной деятельности для государственных или муниципальных нужд. Данная обязанность распространяется на лицо, к которому от этого правообладателя перешло по договору или на ином установленном законом основании право на получение патента или исключительное право на результат интеллектуальной деятельности, созданный при выполнении работ по государственному или муниципальному контракту для государственных или муниципальных нужд.

Отсюда следует, что права на результаты интеллектуальной деятельности, созданные за счет бюджетных средств, принадлежат Российской Федерации, субъектам Российской Федерации, органам местного самоуправления, если это предусмотрено государственным контрактом/договором. В случае принадлежности исключительного права не Российской Федерации

правообладатель обязан заключить с госзаказчиком договор о безвозмездном предоставлении права на использование такого результата интеллектуальной деятельности **при изготовлении поставляемых товаров либо выполнении подрядных работ для государственных нужд**, аналогичная позиция подтверждается и судебной практикой (Обзор судебной практики по делам, связанным с разрешением споров о защите интеллектуальных прав, утв. Президиумом Верховного Суда РФ 23.09.2015).

Так, между ГКУ ТО «...» и ООО «...» 11.12.2018 г. было заключено лицензионное соглашение, предметом которого являлось предоставление ГКУ ТО «...» в бессрочное пользование программного обеспечения «...», аналогичные лицензионные соглашения были заключены 14.12.2018 г. и 19.04.2019 г. (далее также – Лицензионные соглашения). В соответствии с п.4.1. Лицензионных соглашений лицензиат (ГКУ ТО «...») и/или пользователь имеет право использовать программное обеспечение на рабочем месте или сервере (рабочих местах или серверах) в соответствии с объемом и типом приобретенных лицензий, назначением, следующими способами: хранить и устанавливать программное обеспечение в память ЭВМ, воспроизводить Программное обеспечение путем его записи в память ЭВМ.

Вместе с тем, согласно п. 4.2.Лицензионных соглашений, лицензиат (ГКУ ТО «...») и/или пользователь **обязуется не распространять программное обеспечение третьим лицам путем продажи, проката, сдачи внаем, предоставления займа или иными другими способами отчуждения.**

Отсюда следует, что несмотря на наличие заключенных между ГКУ ТО «...» и ООО «...» Лицензионных соглашений, данные соглашения **не позволяли Учреждению совершать самостоятельные действия по модернизации ГИС «...», а также отчуждать коммерческие права на ПО третьим лицам.**

Так, согласно пп.2 п.1 ст.1225 ГК РФ, результатами интеллектуальной деятельности и приравненными к ним средствами индивидуализации юридических лиц, товаров, работ, услуг и предприятий, которым предоставляется правовая охрана (интеллектуальной собственностью), являются, в том числе, программы для электронных вычислительных машин (программы для ЭВМ).

В соответствии с абз.2 п.1 ст.1229 ГК РФ, правообладатель может по своему усмотрению разрешать или запрещать другим лицам использование результата интеллектуальной деятельности или средства индивидуализации.

Согласно п.1 ст.1233 ГК РФ, правообладатель может распорядиться принадлежащим ему исключительным правом на результат интеллектуальной деятельности или на средство индивидуализации любым не противоречащим закону и существу такого исключительного права способом, в том числе путем его отчуждения по договору другому лицу (договор об отчуждении исключительного права) или предоставления другому лицу права использования соответствующих результата интеллектуальной деятельности или средства индивидуализации в установленных договором пределах (лицензионный договор).

Так, в соответствии с п.1 ст.1236 ГК РФ лицензионный договор может предусматривать:

1) предоставление лицензиату права использования результата интеллектуальной деятельности или средства индивидуализации с сохранением за лицензиаром права выдачи лицензий другим лицам (простая (неисключительная) лицензия);

2) предоставление лицензиату права использования результата интеллектуальной деятельности или средства индивидуализации без сохранения за лицензиаром права выдачи лицензий другим лицам (исключительная лицензия).

Между тем, согласно п.1 ст.1238 ГК РФ, при письменном согласии лицензиара лицензиат может по договору предоставить право использования результата интеллектуальной деятельности или средства индивидуализации другому лицу (сублицензионный договор), однако ГКУ ТО «...» бездействовало и не воспользовалось предусмотренным правом.

Следует отметить, что согласно п.2 ст.1238 ГК РФ, по сублицензионному договору сублицензиату могут быть предоставлены права использования результата интеллектуальной деятельности или средства индивидуализации только в пределах тех прав и тех способов использования, которые предусмотрены лицензионным договором для лицензиата.

Так, исходя из содержания п. 4.2.Лицензионного соглашения от 19.04.2019, лицензиат (ГКУ ТО «...»), действовавший в момент проведения Запроса котировок, и/или пользователь не обязуется распространять программное обеспечение третьим лицам путем продажи, проката, сдачи внаем, предоставления займа или иными другими способами отчуждения, **следовательно, ГКУ ТО «...» не обладало объемом прав, достаточным для заключения сублицензионного соглашения с третьими лицами.**

Отсюда следует, что, фактически, разработка системы базы данных должна осуществляться на основании ПО, чьи авторские права принадлежат третьему лицу, и как следствие, такое лицо вправе самостоятельно по своему усмотрению распоряжаться своим авторским правом. Следовательно, использование при модернизации, обновлении ГИС «...» программного обеспечения Универсальная отчетность «...» возможно только с согласия правообладателя ПО – ООО «...».

Таким образом, Лицензионные соглашения, в том числе от 19.04.2019 г., **не могли обеспечить возможности исполнение работ, перечисленных в Описания объекта закупки.**

Следует отметить, что в соответствии с п.2.2. Устава ГКУ ТО «...» для достижения целей, указанных в п.2.1. Устава, Учреждение оказывает, в том числе:

**- услуги по предоставлению программного обеспечения, инженерной, вычислительной и информационно-телекоммуникационной инфраструктуры, в том числе на основе «облачных технологий»;**

**- исполняет функции по обеспечению разработки, ведения и развития информационных систем,** обеспечивающих поддержку деятельности органов исполнительной власти, объединение их на основе общей информационно-технологической инфраструктуры Тюменской области.

Отсюда следует, что ГКУ ТО «...» самостоятельно(своим действием/бездействием)

создало ситуацию, при которой **не могло предоставить возможность по исполнению работ, перечисленных в Описании объекта закупки**, хозяйствующим субъектам, которые хотели бы принять участие в Запросе котировок, **но не могли этого сделать**, в связи с **отсутствием** заключенного с правообладателем ПО – ООО «...» **лицензионного соглашения**.

Следовательно, фактически принять участие в Запросе котировок могли только хозяйствующие субъекты, которые заключили лицензионное соглашение на использование ПО с правообладателем – ООО «...». Однако, согласно ответу на запрос информации, направленной хозяйствующим субъектам (исх. №ДП/2921/23 от 18.05.2023 г.), шесть хозяйствующих субъектов, с которыми ООО «...» заключили лицензионное соглашение на использование ПО, **не приняли участие в Запросе котировок по различным основаниям**.

Вместе с тем, из представленных в материалы дела сведений следует, что ООО «...» направляло в адрес ООО «...» предложение о заключении лицензионного договора на использование ПО, однако Правообладатель отказался от заключения лицензионного соглашения «в связи с отсутствием у ООО «...» специалистов для качественного исполнения контракта». Следовательно, ООО «...» не могло использовать программного обеспечения Универсальная отчетность «Акцент 2.0», указанное в Описании закупки, при исполнении контракта №109/22 от 05.10.2022 г.

Кроме того, ООО «...» направляло в адрес ГКУ ТО «...» запросы от 11.10.2022 г. (исх. №1204), от 12.10.2022 г. (исх. №1221) о возможности при оказании услуг по обновлению версии платформы государственной информационной системы «...» использования программного обеспечения, отличного от ПО, правообладателем которого является ООО «...», однако, ГКУ ТО «...» в ответ на указанные запросы сообщило, что при оказании услуг по обновлению версии платформы государственной информационной системы «...» использование программного обеспечения отличного от ПО Документацией не предусмотрено.

В этой связи, ООО «...» было вынуждено заключить соглашение от 27.10.2022 г. о расторжении контракта №109/22 от 05.10.2022 г. с Заказчиком.

Следует отметить, что согласно ответу на запрос хозяйствующим субъектам от 21.07.2023 г. (исх. №ИВ/4238/23) помимо ООО «...», как минимум один хозяйствующий субъект (АО «...») не смог принять участие в Запросе котировок, в том числе и по причине отсутствия лицензионного соглашения на использование ПО, правообладателем которого является ООО «...».

Отсюда следует, что установление требования об использовании при выполнении работ, перечисленных в Описании объекта закупки, программного обеспечения «Акцент», «Акцент 2.0» без наличия возможности обеспечить исполнение обязательств ограничило участие хозяйствующих субъектов.

Так, уже после расторжения контракта №109/22 от 05.10.2022 г. ГКУ ТО «...» был проведен запрос котировок в электронной форме (номер уведомления в ЕИС №0167200003422008153) на оказание услуг по обновлению версии платформы государственной информационной системы «...», по результатам которого был заключен контракт №144/22 от 30.11.2022 г. с правообладателем ПО - ООО «...».

Следовательно, факт заключения контракта №144/22 от 30.11.2022 г. на оказание услуг по обновлению версии платформы государственной информационной системы «...» с правообладателем ПО - ООО «...» подтверждает возможность участия ООО «...» либо хозяйствующих субъектов, заключивших с ним лицензионное соглашение на использование ПО.

Кроме того, уже после заключения между ГКУ ТО «...» и ООО «...» соглашения от 27.10.2022 г. о расторжении контракта №109/22 от 05.10.2022 г., между ООО «...» и ГКУ ТО «...» было заключено лицензионное соглашение от 15.12.2022 г. №12-22-4161 (далее также – Лицензионный договор от 15.12.2022 г.).

Так, согласно п.4.1. Лицензионного соглашения от 15.12.2022 г. лицензиат и/или конечный пользователь имеет право использовать программное обеспечение следующим образом: **использование, воспроизведение и модернизация программного обеспечения.**

В соответствии с п.4.2. Лицензионного соглашения от 15.12.2022 г. лицензиат и/или конечный пользователь **обязуются не распространять** программное обеспечение третьим лицам путем продажи, проката, сдачи внаем, предоставления в займы или иными другими способами отчуждения, не предусмотренными условиями настоящего лицензионного договора.

Следует отметить, что Тюменским УФАС России были проанализированы предоставленные департаментом информатизации Тюменской области сведения о всех контрактах/договорах по созданию, разработке, а также обновлению и модернизации Информационной системы.

Государственные контракты №3 от 31.01.2020 г., №20 от 28.02.2020 г., № 07/20 от 24.03.2020 г., №94/20 от 28.12.2020 г., №26/21 от 29.06.2021 г., №40/22 от 04.05.2022 г. на оказание услуг по развитию программного обеспечения «Универсальная отчетность «...», на основании которой построена Система автоматизации были заключены по результатам закупки с единственным поставщиком - ООО «...», в связи с признанием единственной заявки - ООО «...» соответствующей требованиям документации и, соответственно, признанием электронных аукционов №№0167200003420007558, 0167200003421002939, 0167200003422001705 несостоявшимися .

Таким образом, единственным исполнителем работ, связанных с созданием, разработкой, обновлением и модернизацией Информационной системы является ООО «...».

Совокупность вышеуказанных фактов:

- об отсутствии прав на заключение сублицензионного соглашения на использование программного обеспечения «Универсальная отчетность «...» у ГКУ ТО «...»;

- о отсутствии до 15.12.2022 г. в Лицензионных соглашениях возможности самостоятельной модернизации ГИС «...»;

- о неполучении ГКУ ТО «...» письменного согласия ООО «...» на предоставление права пользования программного обеспечения «...» на период исполнения

контракта;

- о ежегодном заключении контрактов на оказание услуг по обновлению версии платформы ГИС «...», с неизменным исполнителем услуг, который одновременно является разработчиком этого программного обеспечения, -

указывают на возможность оказания услуг по сопровождению и модификации платформы государственной информационной системы «...» только ООО «...».

**Таким образом, ГКУ ТО «...» не предоставляя доступ к ПО для надлежащего исполнения государственных контрактов, тем самым фактически возлагает обязанность на ООО «...» по отбору (оценке хозяйствующих субъектов) участников закупок, то есть предоставляет возможность ООО «...» отсеивать конкурентов, имеющих возможность исполнения контрактов на оказание услуг по обновлению версии платформы государственной информационной системы «...».**

В соответствии с п. 7 ст. 4 Закона о защите конкуренции, конкуренция - соперничество хозяйствующих субъектов, при котором самостоятельными действиями каждого из них исключается или ограничивается возможность каждого из них в одностороннем порядке воздействовать на общие условия обращения товаров на соответствующем товарном рынке.

Под недопущением конкуренции следует понимать такую ситуацию, когда в результате принятия соответствующим органом акта и (или) осуществления действия (бездействия) исключается любая возможность конкуренции.

Ограничение конкуренции подразумевает то, что в результате принятия соответствующим органом акта и (или) осуществления действия (бездействия) существенно снижается возможность конкуренции.

Устранение конкуренции свидетельствует о том, что в результате принятия соответствующим органом акта и (или) осуществления действия (бездействия) постепенно устраняется (минимизируется) возможность конкуренции.

В соответствии с ч. 1 ст. 17 Закона о защите конкуренции при проведении торгов запрещаются действия, которые приводят или могут привести к недопущению, ограничению или устранению конкуренции, в том числе нарушение порядка определения победителя торгов (п. 3).

Таким образом, в указанных действиях Учреждения присутствуют признаки нарушения ч. 1 ст. 17 Закона о защите конкуренции.

На основании ч. 5.1 ст. 45 Закона о защите конкуренции при рассмотрении дела о нарушении антимонопольного законодательства антимонопольный орган проводит анализ состояния конкуренции в объеме, необходимом для принятия решения о наличии или об отсутствии нарушения антимонопольного законодательства.

В соответствии с пп. 1.3, 10.10 Порядка проведения анализа состояния конкуренции на товарном рынке, утв. приказом ФАС России от 28 апреля 2010 г. № 220, по делам, возбужденным по признакам нарушения ст. 17 Закона о защите конкуренции, анализ состояния конкуренции на товарном рынке включает следующие этапы:

- а) определение временного интервала исследования товарного рынка;
- б) определение предмета торгов,
- в) определение состава хозяйствующих субъектов, участвующих в торгах.

Так, в целях проведения анализа состояния конкуренции:

временной интервал в данном случае определен следующими временными промежутками:

- 31.10.2018 г. по 31.12.2018 г. – с даты размещения извещения о проведении электронного аукциона на оказание услуг по созданию, настройке и наполнению информационной системы автоматизации деятельности государственной жилищной инспекции Тюменской области номер извещения в ЕИС № 0167200003418006102 до даты исполнения контракта;

- 23.09.2022 г. по 05.10.2022 г. – с даты размещения извещения о проведении запроса котировок в электронной форме на оказание услуг по обновлению версии платформы государственной информационной системы «...», номер извещения в ЕИС 0167200003422006148, до даты заключения договора;

- 18.11 2022 г. по 31.12.2022 г. - с даты размещения извещения о проведении запроса котировок в электронной форме на оказание услуг по обновлению версии платформы государственной информационной системы «...», номер извещения в ЕИС 0167200003422008153, до даты исполнения договора;

- 07.12.2022 г. по 31.12.2024 г. – с даты размещения извещения о проведении электронного аукциона на оказание услуг по сопровождению, настройке и адаптации программного обеспечения «...», номер извещения в ЕИС 0167200003422009038, до даты исполнения договора;

предмет торгов соответствует предмету Электронного аукциона и Запроса котировок, определен как оказание услуг по обновлению версии платформы государственной информационной системы «...»;

участниками торгов являются лица, принявшие участие в Электронном аукционе и Запросе котировок:.

На основании вышеизложенного Тюменское УФАС России, руководствуясь ст. 48.1 Закона о защите конкуренции приходит **к заключению о нарушении** ГКУ ТО «» ч.1 ст.17 Закона о защите конкуренции, что выразилось в необеспечении ГКУ ТО «» доступа победителя закупки к работе с программным обеспечением «», на котором базируется ГИС «...», для проведения работ по обновлению и модернизации указанной системы, при этом, фактически предоставив возможность ООО «...» осуществлять отбор участников закупок, то есть совершать действия по ограничению доступа хозяйствующих субъектов – конкурентов к исполнению государственных контрактов на соответствующих торгах.

«...»

Лица, участвующие в деле, вправе представить комиссии пояснения, доказательства и приводить доводы в письменной форме в отношении

обстоятельств, изложенных в заключении об обстоятельствах дела, до окончания рассмотрения дела о нарушении антимонопольного законодательства и оглашения резолютивной части решения по нему на заседании комиссии.