

ФЕДЕРАЛЬНАЯ АНТИМОНОПОЛЬНАЯ СЛУЖБА

УПРАВЛЕНИЕ ФЕДЕРАЛЬНОЙ АНТИМОНОПОЛЬНОЙ СЛУЖБЫ ПО ИВАНОВСКОЙ ОБЛАСТИ

(Ивановское УФАС России)

153000, г. Иваново, ул. Жарова, д. 10; тел: (4932) 32-85-73, факс: (4932) 32-63-60; e-mail: fo37@fas.gov.ru

РЕШЕНИЕ №037/06/33-214/2022 (07-15/2022-058)

Дата оглашения решения: 13 мая 2022 года

город Иваново

Дата изготовления решения: 17 мая 2022 года

Комиссия Управления Федеральной антимонопольной службы по Ивановской области по контролю в сфере закупок (далее – Комиссия Ивановского УФАС России) в составе:

<...>;

заседание проведено в режиме видеоконференцсвязи при участии представителей:

Правительства Ивановской области (далее - Заказчик): <...>,<...>,<...>;

ООО «ТДЮС» (далее - Заявитель): <...>;

в отсутствие представителей Департамента конкурсов и аукционов Ивановской области (информация о содержании жалобы, а также о месте и времени рассмотрения жалобы была своевременно направлена указанному лицу),

рассмотрев жалобу ООО «ТДЮС» на действия Правительства Ивановской области при проведении электронного аукциона на оказание услуг по предоставлению неисключительных прав (лицензий) на использование обновления программного обеспечения для видеоконференцсвязи Vinteo Server (извещение 0133200001722001281), и в результате осуществления внеплановой проверки в соответствии с п. 1 ч. 15 ст. 99 Федерального закона от 05.04.2013 №44-ФЗ «О контрактной системе в сфере закупок товаров, работ, услуг для обеспечения государственных и муниципальных нужд» (далее – Закон о контрактной системе),

УСТАНОВИЛА:

04.05.2022 в Управление Федеральной антимонопольной службы по Ивановской области поступила жалоба ООО «ТДЮС» на действия Правительства Ивановской области при проведении электронного аукциона на оказание услуг по предоставлению неисключительных прав (лицензий) на использование обновления программного обеспечения для видеоконференцсвязи Vinteo Server (извещение 0133200001722001281).

Согласно **первому доводу жалобы**, Заказчик, в нарушение положений п. 1 ч. 1 ст. 33 Закона о контрактной системе, указал конкретный товарный знак («Vinteo Server для 30 HD1080 CAL», «Vinteo Server для 30 HD720 CAL», «Vinteo Server Standard» и «Vinteo Server Voice only 20раск») при описании объекта закупки без возможности поставки эквивалента или без указания на несовместимость объекта закупки с товарами, используемыми Заказчиком.

В соответствии со **вторым доводом жалобы** Правительство Ивановской области в извещении о проведении закупки незаконно установило требование о наличии у участника закупки документа, подтверждающего наличие исключительных или неисключительных прав на программу для ЭВМ (Свидетельство о государственной регистрации программы для ЭВМ, выданное Федеральной службой по интеллектуальной собственности, патентам и товарным знакам) и/или иного документа, подтверждающего наличие неисключительных прав на результат интеллектуальной собственности, заключенный между правообладателем и участником размещения заказа) в соответствии со статьями 1229 и 1233 Гражданского кодекса Российской Федерации (часть четвертая) от 18.12.2006 № 230-ФЗ.

В **третьем доводе жалобы** Заявитель указал, что предмет закупки определен с нарушением Закона о контрактной системе, так как в него включены услуги по технической поддержке, что не соответствует выбранному Заказчиком коду общероссийского классификатора продукции по видам экономической деятельности, а именно - 58.29.50.000 (Услуги по предоставлению лицензий на право использовать компьютерное программное обеспечение).

Согласно **четвертому доводу жалобы** Заказчик, учитывая положения извещения о проведении закупки и ответа на запрос о даче разъяснений положений извещения о проведении закупки, сформулировал предмет закупки таким образом, что не представляется возможным определить конкретный результат оказанных услуг, то есть будет ли это просто переход

программного обеспечения на новейшую версию производителя ПО (далее - ПО), либо модернизация ПО, которая повлечет переработку ПО, с появлением отдельных неисключительных прав.

В соответствии с **пятым доводом жалобы** Заказчик при ответе на запрос о даче разъяснений положений извещения о проведении закупки не ответил о возможности представления лицензионного (или сублицензионного) договора, в качестве документа, подтверждающего наличие неисключительных прав на результат интеллектуальной собственности.

Правительство Ивановской области в своих возражениях на жалобу, а также его представители на заседании Комиссии Ивановского УФАС России указали, что не согласны с доводами жалобы Заявителя, нарушений при проведении закупки допущено не было.

Рассмотрев представленные ООО «ТДИЮС» и Правительством Ивановской области документы, заслушав представителей лиц, участвующих в рассмотрении жалобы, проведя внеплановую проверку в соответствии с ч. 15 ст. 99 Закона о контрактной системе, Комиссия Ивановского УФАС России установила следующее.

25.04.2022 на официальном сайте единой информационной системы в сфере закупок в информационно-телекоммуникационной сети Интернет (www.zakupki.gov.ru) было размещено извещение 0133200001722001281 о проведении электронного аукциона на оказание услуг по предоставлению неисключительных прав (лицензий) на использование обновления программного обеспечения для видеоконференцсвязи Vinteo Server.

В соответствии с извещением о проведении электронного аукциона, протоколом, составленным при определении поставщика (подрядчика, исполнителя):

- начальная (максимальная) цена контракта – 1 294 541,67 руб.;
- дата и время окончания подачи заявок – 13.05.2022 08:00;
- дата проведения процедуры подачи предложений о цене контракта – 13.05.2022;
- дата подведения итогов определения поставщика – 17.05.2022;
- в соответствии с протоколом подачи ценовых предложений №ЦПА1 от 13.05.2022 участниками электронного аукциона были поданы следующие ценовые предложения:

Идентификационный номер участника	Дата и время подачи ценового предложения/заявки	Порядковый номер заявки	Предложенная цена, р
150	12.05.2022 11:32 (МСК)	1	1 288 068,96
111	12.05.2022 20:39 (МСК)	2	1 294 541,67

Комиссия Ивановского УФАС России считает **первый довод жалобы** необоснованным по следующим основаниям.

В соответствии с п. 1 ч. 1 ст. 33 Закона о контрактной системе в описании объекта закупки указываются функциональные, технические и качественные характеристики, эксплуатационные характеристики объекта закупки (при необходимости). В описание объекта закупки не должны включаться требования или указания в отношении товарных знаков, знаков обслуживания, фирменных наименований, патентов, полезных моделей, промышленных образцов, наименование страны происхождения товара, требования к товарам, информации, работам, услугам при условии, что такие требования или указания влекут за собой ограничение количества участников закупки. Допускается использование в описании объекта закупки указания на товарный знак при условии сопровождения такого указания словами "или эквивалент" либо **при условии несовместимости товаров, на которых размещаются другие товарные знаки, и необходимости обеспечения взаимодействия таких товаров с товарами, используемыми заказчиком**, либо при условии закупок запасных частей и расходных материалов к машинам и оборудованию, используемым заказчиком, в соответствии с технической документацией на указанные машины и оборудование.

Заказчики, осуществляющие закупку, при описании объекта закупки должны таким образом определить требования к закупаемым товарам, работам, услугам, чтобы, с одной стороны, повысить шансы на приобретение товара именно с теми характеристиками, которые им необходимы, соответствуют их потребностям, а с другой стороны, необоснованно не ограничить количество участников закупки.

Согласно приложению «Описание объекта закупки» к извещению о проведении закупки при указании на конкретные товарные знаки Заказчик делает ссылку на следующие положения: на основании п. 1 ч. 1 ст. 33 Закона о контрактной системе в настоящем Техническом задании содержится указание на товарный знак в виде наименования программного обеспечения «Vinteo» (программа для ЭВМ), в связи с необходимостью обеспечения взаимодействия программы для ЭВМ, право использования на которого передаётся по условиям закупки, с уже используемым Заказчиком программным обеспечением. Указанное программное обеспечение установлено и используется на рабочих местах Заказчика.

Как следует из представленных Заказчиком документов, а именно сертификата на программные лицензии ПО Сервер видеоконференций «Vinteo», Заказчик имеет неисключительные лицензии на использование ПО «Vinteo Server для 30 HD1080 CAL», «Vinteo Server для 30 HD720 CAL», «Vinteo Server Standard» и «Vinteo Server Voice only 20pack», что не позволяет применять обновление иного ПО. На данный факт также указывает информационное письмо от 11.05.2022 от ООО «Винтео».

Таким образом, указанные обстоятельства исключают возможность приобретения лицензий на обновления иных

производителей, что свидетельствует об отсутствии нарушений в действиях Заказчика при указании конкретных товарных знаков при описании объекта закупки.

Относительно **второго довода жалобы** Комиссией Ивановской области установлено следующее.

В соответствии с пп. «н» п. 1 ч. 1 ст. 43 Закона о контрактной системе для участия в конкурентном способе заявка на участие в закупке, если иное не предусмотрено Законом о контрактной системе, должна содержать информацию и документы об участнике закупки, в том числе и документы, подтверждающие соответствие участника закупки требованиям, установленным п. 1 ч. 1 ст. 31 Закона о контрактной системе, документы, подтверждающие соответствие участника закупки дополнительным требованиям, установленным в соответствии с ч. 2 и 2.1 (при наличии таких требований) ст. 31 Закона о контрактной системе, если иное не предусмотрено Законом о контрактной системе.

П. 1 ч. 1 ст. 31 Закона о контрактной системе предусмотрено, что при осуществлении закупки заказчик устанавливает единые требования к участникам закупки, в том числе о соответствии требованиям, установленным в соответствии с законодательством Российской Федерации к лицам, осуществляющим поставку товара, выполнение работы, оказание услуги, являющихся объектом закупки.

Согласно п. 1.13 приложению «Требования к содержанию, составу заявки на участие в электронном аукционе и инструкция по ее заполнению» к извещению о проведении проверки перечень документов, подтверждающих соответствие требованиям, установленным в соответствии с законодательством Российской Федерации к лицам, осуществляющим поставку товара, выполнение работы, оказание услуги, являющихся объектом закупки, - документ, подтверждающий наличие у участника закупки исключительных или неисключительных прав на программу для ЭВМ (Свидетельство о государственной регистрации программы для ЭВМ, выданное Федеральной службой по интеллектуальной собственности, патентам и товарным знакам) и/или иной документ, подтверждающий наличие неисключительных прав на результат интеллектуальной собственности, заключенный между правообладателем и участником размещения заказа) в соответствии со статьями 1229 и 1233 Гражданского кодекса Российской Федерации (часть четвертая) от 18.12.2006 №230-ФЗ.

На основании п. 1 ст. 1233 Гражданского кодекса Российской Федерации 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).

В соответствии с п. 1 ст. 1236 Гражданского кодекса Российской Федерации 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).

Исходя из положений п. 1 ст. 1229 Гражданского кодекса Российской Федерации, другие лица не могут использовать соответствующие результат интеллектуальной деятельности или средство индивидуализации без согласия правообладателя, за исключением случаев, предусмотренных Гражданским кодексом Российской Федерации. Использование результата интеллектуальной деятельности или средства индивидуализации (в том числе их использование способами, предусмотренными Гражданским кодексом Российской Федерации), если такое использование осуществляется без согласия правообладателя, является незаконным и влечет ответственность, установленную Гражданским кодексом Российской Федерации, другими законами, за исключением случаев, когда использование результата интеллектуальной деятельности или средства индивидуализации лицами иными, чем правообладатель, без его согласия допускается Гражданским кодексом Российской Федерации.

Согласно пп. 9 п. 2 ст. 1270 Гражданского кодекса Российской Федерации использованием произведения независимо от того, совершаются ли соответствующие действия в целях извлечения прибыли или без такой цели, считается, в частности: 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.

Учитывая изложенное, поскольку обновление версий ПО является самостоятельным объектом закупки требование к участникам закупки о наличии исключительных или неисключительных прав на данную программу соответствует требованиям Закона о контрактной системе.

Комиссия Ивановского УФАС России считает **третий довод** жалобы необоснованным по следующим основаниям.

Согласно приложению «Описание объекта закупки» к извещению о проведении закупки Заказчиком установлены следующие требования к оказываемым услугам:

1. В рамках действия неисключительных прав (лицензий) Исполнитель предоставляет Заказчику обновления, которые включают техническую поддержку:

2. Техническая поддержка должна предоставляться Исполнителем в рабочие дни Заказчика с понедельника по пятницу с 9.00 до 18.00 через Интернет.

3. Техническая поддержка должна обеспечивать возможность получения специалистами и пользователями Заказчика информационной помощи по установке и обновлению программного обеспечения и его компонентов, в том числе:

- ответов на вопросы, а также получение инструкций относительно процесса установки, обновлению и применения программного обеспечения;

- ответов на вопросы о наличии проблем в работе программного обеспечения, а также помощи в определении того, является ли данная проблема результатом сбоя программного обеспечения, ошибок настройки или же она вызвана проблемами, связанными с внешними условиями использования или установкой иного программного обеспечения.

Из данных положений извещения о проведении закупки, а также учитывая, что согласно п. 3.1 приложения к извещению о проведении закупки «Проект контракта» срок оказания услуг составляет 5 рабочих дней с даты подписания Контракта, Комиссия Ивановского УФАС России приходит к выводу о том, что указанная техническая поддержка направлена не на техническое сопровождение, определенное отдельным кодом общероссийского классификатора продукции по видам экономической деятельности, а относится к случаям, когда представленная Исполнителем лицензия не сможет корректно взаимодействовать с ПО.

Комиссия Ивановского УФАС России считает **четвертый довод** жалобы обоснованным в силу следующих обстоятельств.

Согласно приложению «Описание объекта закупки» к извещению о проведении закупки исполнение обязательств по контракту состоит, в том числе из предоставления заказчику неисключительных прав (лицензий) на использование обновлений программного обеспечения для видеоконференцсвязи Vinteo Server для 30 HD1080 CAL (для 30 подключений), Vinteo Server для 30 HD720 CAL (для 30 подключений), Vinteo Server Standard , Vinteo Server Voice only 20pack.

В своих возражениях на жалобу Заказчик указал, что Обновление ПО Vinteo распространяется в виде патчей, состав которых находится в открытом доступе в разделе «База знаний ИМТЕО» по ссылке: https://wiki.vinteo.com/wiki/%D0%9E%D0%B1%D0%BD%D0%BE%D0%B2%D0%BB%D0%B5%D0%BD%D0%B8%D1%8F_%D1%81%D0%B5%D1%8C Также, согласно пояснениям представителя Заказчика, закупка направлена на приобретение патчей с исправлением технических неисправностей, которые перечислены на официальном сайте производителя ПО. Однако указанные пояснения противоречат фактическим обстоятельствам дела и не могут свидетельствовать о действительной потребности Заказчика, поскольку на момент рассмотрения жалобы у Заказчика уже установлено последнее обновление, опубликованное на сайте правообладателя (патч v27.0.0 (13.12.2021) и все ранее выпущенные патчи).

Кроме того, согласно пояснениям представителей Заказчика, данным на рассмотрении жалобы, основными факторами для необходимости приобретения обновлений ПО являются: потребность Заказчика в своевременном устранении типичных ошибок, улучшении функционала ПО, обеспечение взаимосвязи ПО с иными приложениями и браузерами.

В процессе рассмотрения жалобы от представителей Правительства Ивановской области также поступили пояснения о том, что согласно личному звонку представителя производителя ПО, после окончания действия лицензии вышло новое обновление, затрагивающее вопрос безопасности.

Стоит отметить, что на официальном сайте производителя ПО отсутствует информация о выпущенном обновлении, что не позволяет оценить достоверность наличия новых обновлений.

Проводимая Заказчиком закупка, исходя из пояснений представителей Заказчика, фактически направлена на приобретение обновлений, которые еще не выпущены производителем ПО.

Комиссия Ивановского УФАС России не может учитывать представленное Заказчиком обоснование, так как все внесенные изменения в программу уже были приобретены Заказчиком в 2020 и 2021 годах, кроме того, Правительством Ивановской области не представлено доказательств того, что ошибки при работе ПО будут устранены в последующих версиях ПО, выпущенных в 2022 году.

4. 1 ст. 12 Закона о контрактной системе предусмотрено, что государственные органы, органы управления государственными внебюджетными фондами, муниципальные органы, казенные учреждения, иные юридические лица в случаях, установленных Законом о контрактной системе, при планировании и осуществлении закупок должны исходить из необходимости достижения заданных результатов обеспечения государственных и муниципальных нужд.

Исходя из описания объекта закупки также не представляется возможным определить результативность и эффективность проведенной закупки, так как по истечении представленной лицензии также присутствует вероятность неисправления определенных ошибок, что приведет к необоснованному расходованию бюджетных средств.

Таким образом, Комиссия Ивановского УФАС России приходит к выводу о необоснованности проведения закупки и нарушении Заказчиком положений ч. 1 ст. 12 Закона о контрактной системе.

Комиссия Ивановского УФАС России считает **пятый довод** жалобы необоснованным по следующим основаниям.

В соответствии с ч. 5 ст. 42 Закона о контрактной системе любой участник закупки, зарегистрированный в единой информационной системе, вправе направить с использованием электронной площадки заказчику не более чем три запроса о даче разъяснений положений извещения об осуществлении закупки при проведении электронного конкурса и электронного аукциона не позднее чем за три дня до окончания срока подачи заявок на участие в закупке. Не позднее одного часа с момента поступления такого запроса оператор электронной площадки направляет его с использованием электронной площадки заказчику. Не позднее двух дней со дня, следующего за днем поступления заказчику запроса о даче

разъяснения положений извещения об осуществлении закупки, заказчик формирует с использованием единой информационной системы, подписывает усиленной электронной подписью лица, имеющего право действовать от имени заказчика, и размещает в единой информационной системе разъяснение положений извещения об осуществлении закупки с указанием предмета запроса, но без указания участника закупки, от которого поступил такой запрос. Такие разъяснения не должны изменять суть извещения об осуществлении закупки.

28.04.2022 на официальном сайте на запрос о даче разъяснений положений извещения о закупке:

Вопрос 4. Заказчиком в п. 1.13 требований к заявке представлено обязательное условие предоставления участником: «Документ, подтверждающий наличие у участника закупки исключительных или неисключительных прав на программу для ЭВМ (Свидетельство о государственной регистрации программы для ЭВМ, выданное Федеральной службой по интеллектуальной собственности, патентам и товарным знакам) и/или иной документ, подтверждающий наличие неисключительных прав на результат интеллектуальной собственности, заключенный между правообладателем и участником размещения заказа) в соответствии со статьями 1229 и 1233 Гражданского кодекса Российской Федерации (часть четвертая) от 18.12.2006 № 230-ФЗ.» Является ли надлежащим выполнением данного пункта предоставление участником лицензионного (сублицензионного) договора с правообладателем? В связи с тем, что участник не может достоверно располагать сведениями о победе в закупочной процедуре, во избежание необоснованных финансовых затрат со стороны участника, может ли документ, подтверждающий наличие у участника закупки неисключительных прав на программу на ЭВМ на этапе сдачи-приемки?

даны следующие разъяснения:

Ответ: В соответствии п. 1.13 требований к заявке установлено обязательное условие предоставления участником: «Документ, подтверждающий наличие у участника закупки исключительных или неисключительных прав на программу для ЭВМ (Свидетельство о государственной регистрации программы для ЭВМ, выданное Федеральной службой по интеллектуальной собственности, патентам и товарным знакам) и/или иной документ, подтверждающий наличие неисключительных прав на результат интеллектуальной собственности, заключенный между правообладателем и участником размещения заказа) в соответствии со статьями 1229 и 1233 Гражданского кодекса Российской Федерации (часть четвертая) от 18.12.2006 № 230-ФЗ.» В связи с этим предоставление в составе заявки на участие в закупке данного документа является для участника обязательным условием.

Таким образом, по мнению Комиссии Ивановского УФАС России, Заказчик конкретно ответил на вопрос о предоставлении в составе заявки на участие в закупке документа, подтверждающего наличие неисключительных прав на результат интеллектуальной собственности, **заключенного между правообладателем и участником размещения заказа**), что исключает возможность представления сублицензионного договора, а ссылки на ст. 1229 и 1233 ГК РФ связаны с указанием на один из возможных видов распоряжения исключительным правом в виде заключения лицензионного договора.

Учитывая представленные документы и пояснения представителей лиц, Комиссия Ивановского УФАС России приходит к выводу о том, что данный довод жалобы не нашел своего подтверждения.

Учитывая изложенное, а также тот факт, что выявленные нарушения Закона о контрактной системе свидетельствует о наличии признаков состава административного правонарушения, предусмотренного ч. 4.2 ст. 7.30 Кодекса Российской Федерации об административных правонарушениях, руководствуясь ст. 99, 106 Закона о контрактной системе, Комиссия Ивановского УФАС России

РЕШИЛА:

1. Признать жалобу ООО «ТДЮС» на действия Правительства Ивановской области при проведении электронного аукциона на оказание услуг по предоставлению неисключительных прав (лицензий) на использование обновления программного обеспечения для видеоконференцсвязи Vinteo Server (извещение 0133200001722001281) обоснованной в части четвертого довода жалобы.
2. Установить в действиях Правительства Ивановской области нарушение ч. 1 ст. 12 Закона о контрактной системе.
3. Выдать предписание об устранении нарушения законодательства о контрактной системе.
4. Передать материалы настоящей жалобы уполномоченному должностному лицу Ивановского УФАС России для принятия решения в соответствии с Кодексом Российской Федерации об административных правонарушениях.

Решение может быть обжаловано в судебном порядке в течение трех месяцев с даты его принятия.

Подписи членов Комиссии