

## Решение № 04-01/92-2016

по жалобе ООО «Продвижение»

(закупка № 0190200000316002202)

07 апреля 2016 года

г. Салехард

Комиссия по контролю в сфере закупок, торгов, иных способов закупок и порядка заключения договоров на территории Ямало-Ненецкого автономного округа, в составе:

<...>,

рассмотрев жалобу ООО «Продвижение» (г. Хабаровск) на действия Заказчика ГБУЗ "Ямало-Ненецкий окружной центр профилактики и борьбы со СПИД" (ИНН: 8905025856) при проведении электронного аукциона «Оказание услуг по приобретению пользовательских, лицензионных прав на программное обеспечение» (закупка № 0190200000316002202),

УСТАНОВИЛА:

В Управление Федеральной антимонопольной службы по Ямало-Ненецкому автономному округу поступила жалоба ООО «Продвижение» на действия Заказчика ГБУЗ "Ямало-Ненецкий окружной центр профилактики и борьбы со СПИД" при проведении электронного аукциона «Оказание услуг по приобретению пользовательских, лицензионных прав на программное обеспечение».

Начальная (максимальная) цена контракта – 50 000,00 руб.

По мнению Заявителя, Заказчиком был направлен для подписания проект контракта на оказание услуг по приобретению пользовательских, лицензионных прав на программное обеспечение, где в Приложении № 1 к контракту № 2202 было прописано наименование антивируса «KASPERSKY ENDPOINT SECURITY», что не соответствует поданной заявке победителя аукциона.

Из жалобы установлено.

Первая часть заявки, поданной ООО «Продвижение» содержала «согласие» на оказание услуги и текстовый документ в котором был предложен Dr. WebEnterpriseSecuritySuite, что является эквивалентом антивирусному программному обеспечению, заявленному в документации об аукционе KASPERSKY ENDPOINT SECURITY. Предложенный ООО «Продвижение» продукт соответствовал указанным в документации № 0190200000316002202 техническим характеристикам и значительно экономичен, что немаловажно для государственных учреждений.

Аукционная комиссия приняла решение о допуске ООО «Продвижение» к участию в процедуре подаче ценовых предложений. Соответственно приняла предложение

на оказание услуг с использованием антивирусного программного обеспечения Dr. WebEnterpriseSecuritySuite.

22.03.2016 г. Заказчиком был направлен для подписания проект контракта на оказание услуг по приобретению пользовательских, лицензионных прав на программное обеспечение, где в Приложении № 1 к контракту № 2202 было прописано наименование антивируса «KASPERSKY ENDPOINT SECURITY», что не соответствует поданной заявке победителя аукциона.

Соответственно, 24.03.2016 г. ООО «Продвижение» разместило протокол разногласий, в котором просил внести изменения в соответствии с первой частью заявки на участие в электронном аукционе, а именно указать антивирусное программное обеспечение Dr. WebEnterpriseSecuritySuite. Однако, 24.03.2016 г. Заказчик отказался от внесения соответствующих изменений в проект контракта, нарушая тем самым ч.1. ст. 54 ФЗ РФ № 44, в которой указывается, что по результатам конкурса контракт заключается на условиях, указанных в заявке на участие в конкурсе, поданной участником конкурса, с которым заключается контракт.

Повторно протокол разногласий был направлен Заказчику 28.03.2016 г.

29.03.2016 г. Заказчик снова разместил проект контракта без удовлетворения требований ООО «Продвижение».

Следовательно, Заказчик требовал подписать контракт на условиях, не соответствующих поданной и одобренной комиссией заявке.

Заявитель указывает, что согласно ст.1225 Гражданского Кодекса РФ программы для ЭВМ (антивирусное программное обеспечение является таковым) – это результат интеллектуальной деятельности. Права на пользование передаются по лицензионному/сублицензионному договору – это ст.1235/1238 ГК РФ. Лицензия, которая сейчас имеется у заказчика – это и есть их право на законное пользование программным обеспечением. Закончился срок лицензии, следовательно, прекратились основания для законного использования. Возникает необходимость для приобретения нового антивирусного ПО, заказчики должны приобрести новое программное обеспечение вне зависимости от торговой марки, производителя. Так называемое «продление» – это лишь программа, которая влияют на ценовую политику между поставщиком и разработчиком программного обеспечения, то есть это скидки и ничего больше. Объектом закупки, предметом контракта по Закону должно быть «передача неисключительных прав на антивирусное программное обеспечение». Указывая конкретное наименование без указания на рассмотрение эквивалента нарушает законодательство о контрактной системе.

Заявитель соглашается с тем, что, приобретение лицензии, то есть законных прав на использование антивирусного программного обеспечения, указанного Заказчиком разработчика имело место быть, однако программное обеспечение, представленное ООО «Продвижение» (Dr. WebEnterpriseSecuritySuite) имеет сертификаты качества, отвечает техническим характеристикам, отечественного производства, значительно экономит расходование бюджетных средств, а также, главное, достигается конечная цель приобретения – это защита рабочих станций и файловых серверов.

Из вышеуказанного следует, что приобретение неисключительных (лицензионных) прав на антивирусное программное обеспечение является услугой для выполнения которой используется продукция, которая имеет характеристики и определенный торговый знак.

ООО «Продвижение» в соответствии с пп. а п. 1 ч. 3 ст. 66 ФЗ РФ № 44 при размещении заявки дал согласие на поставку товара и предложил для поставки товар, в отношении которого в документации о таком аукционе содержится указание на товарный знак (его словесное обозначение) и предложил для поставки товар, который является эквивалентным товару, указанному в данной документации, конкретные показатели товара, соответствующие значениям эквивалентности, установленным данной документацией.

В соответствии с п. 1 ч. 1 ст. 33 Закона № 44-ФЗ Заказчик при описании в документации о закупке объекта закупки не должен включать требования или указания в отношении товарных знаков, знаков обслуживания, фирменных наименований, патентов, полезных моделей, промышленных образцов, наименование места происхождения товара или наименование производителя, а также требования к товарам, информации, работам, услугам при условии, что такие требования влекут за собой ограничение количества участников закупки, за исключением случаев, если не имеется другого способа, обеспечивающего более точное и четкое описание характеристик объекта закупки. На несовместимость с уже использованного антивирусного программного обеспечения в конкурсной документации Заказчика не было указаний.

Заказчик в документации к аукциону указал конкретную торговую марку, а также характеристики, которыми должно обладать антивирусное программное обеспечение. Тем самым, пытаясь ограничить число участников электронного аукциона и конкуренцию.

Согласно п.1. ст. 33 ФЗ № 44 Заказчик в таком случае должен подразумевать поставку эквивалента.

Заявитель обращает внимание, данная закупка не является услугой по продлению. Это приобретение не исключительных пользовательских прав. Именно права на программный продукт необходимо приобрести заказчику. Как услугу эту закупку можно рассматривать только в том случае если у заказчика уже есть новая лицензия на 2016 год и ее просто необходимо продлить.

Так же, к проекту контракта должно быть приложение «сублицензионный договор».

Такового не имеется в аукционной документации.

Следовательно, Заказчик нарушает ГК РФ в части передачи прав на интеллектуальную собственность (а программное обеспечение именно таковой и является).

Рассмотрев доводы жалобы, проведя внеплановую проверку соблюдения положений Закона о контрактной системе при осуществлении рассматриваемой закупки, Комиссия установила следующее.

Согласно [пункту 1 части 1 статьи 64](#) Закона о контрактной системе, документация об электронном аукционе наряду с информацией, указанной в извещении о проведении такого аукциона, должна содержать наименование и описание объекта закупки и условия контракта в соответствии со [статьей 33](#) Закона о контрактной системе, в том числе обоснование начальной (максимальной) цены контракта.

В соответствии с [пунктом 1 части 1 статьи 33](#) Закона о контрактной системе заказчик при описании в документации о закупке объекта закупки должен руководствоваться следующими правилами:

- Описание объекта закупки должно носить объективный характер. В описании объекта закупки указываются функциональные, технические и качественные характеристики, эксплуатационные характеристики объекта закупки (при необходимости). В описании объекта закупки не должны включаться требования или указания в отношении товарных знаков, знаков обслуживания, фирменных наименований, патентов, полезных моделей, промышленных образцов, наименование места происхождения товара или наименование производителя, а также требования к товарам, информации, работам, услугам при условии, что такие требования влекут за собой ограничение количества участников закупки, за исключением случаев, если не имеется другого способа, обеспечивающего более точное и четкое описание характеристик объекта закупки. Документация о закупке может содержать указание на товарные знаки в случае, если при выполнении работ, оказании услуг предполагается использовать товары, поставки которых не являются предметом контракта. При этом обязательным условием является включение в описание объекта закупки слов "или эквивалент", за исключением случаев несовместимости товаров, на которых размещаются другие товарные знаки, и необходимости обеспечения взаимодействия таких товаров с товарами, используемыми заказчиком, а также случаев закупок запасных частей и расходных материалов к машинам и оборудованию, используемым заказчиком, в соответствии с технической документацией на указанные машины и оборудование.

Предметом контракта является оказание услуг по приобретению пользовательских, лицензионных прав на программное обеспечение Антивирус Kaspersky Endpoint Security.

Согласно [пункту 2 части 3 статьи 66](#) Закона о контрактной системе первая часть заявки на участие в электронном аукционе должна содержать согласие участника такого аукциона на выполнение работы или оказание услуги на условиях, предусмотренных документацией о таком аукционе, при проведении такого аукциона на выполнение работы или оказание услуги.

Таким образом, аукционная документация, при проведении аукциона на оказание услуги, содержит требование предоставления согласия участника аукциона на оказание услуги на условиях, предусмотренных документацией об аукционе.

ООО «Продвижение» при подаче заявки на электронную торговую площадку Россельторг продекларировало согласие участника на выполнение работ и оказание услуг на условиях, предусмотренных документацией об электронном аукционе.

Согласно протоколу рассмотрения единственной заявки ООО «Продвижение»

признано победителем электронного аукциона.

На основании части 2 статьи 70 Закона о контрактной системе в течение пяти дней с даты размещения в единой информационной системе указанного в части 8 статьи 69 настоящего Федерального закона протокола заказчик размещает в единой информационной системе без своей подписи проект контракта, который составляется путем включения цены контракта, предложенной участником электронного аукциона, с которым заключается контракт, информации о товаре (товарном знаке и (или) конкретных показателях товара), указанной в заявке на участие в таком аукционе его участника, в проект контракта, прилагаемый к документации о таком аукционе.

В регламентированный срок Заказчик направил ООО «Продвижение» для подписания проект контракта.

В соответствии с частью 4 статьи 70 Закона о контрактной системе победитель электронного аукциона, с которым заключается контракт, в случае наличия разногласий по проекту контракта, размещенному в соответствии с частью 2 настоящей статьи, размещает в единой информационной системе протокол разногласий, подписанный усиленной электронной подписью лица, имеющего право действовать от имени победителя такого аукциона. При этом победитель такого аукциона, с которым заключается контракт, указывает в протоколе разногласий замечания к положениям проекта контракта, не соответствующим извещению о проведении такого аукциона, документации о нем и своей заявке на участие в таком аукционе, с указанием соответствующих положений данных документов.

24 марта 2016 года участник направил Заказчику протокол разногласий с требованием изменить наименование предмета контракта (прописать наименование антивирусного программного обеспечения с учетом первой части заявки ООО «Продвижение»).

Частью 5 статьи 70 Закона о контрактной системе установлено, что в течение трех рабочих дней с даты размещения победителем электронного аукциона в единой информационной системе в соответствии с частью 4 настоящей статьи протокола разногласий заказчик рассматривает протокол разногласий и без своей подписи размещает в единой информационной системе доработанный проект контракта либо повторно размещает в единой информационной системе проект контракта с указанием в отдельном документе причин отказа учесть полностью или частично содержащиеся в протоколе разногласий замечания победителя такого аукциона. При этом размещение в единой информационной системе заказчиком проекта контракта с указанием в отдельном документе причин отказа учесть полностью или частично содержащиеся в протоколе разногласий замечания победителя такого аукциона допускается при условии, что победитель такого аукциона разместил в единой информационной системе протокол разногласий в соответствии с частью 4 настоящей статьи не позднее чем в течение тринадцати дней с даты размещения в единой информационной системе протокола, указанного в части 8 статьи 69 настоящего Федерального закона.

Изучив представленный участником протокол разногласий, Заказчик повторно направил обществу проект контракта для подписания и ответ на протокол разногласий с обоснованием отказа в его принятии.

28 марта 2016 года ООО «Продвижение» повторно опубликован протокол разногласий.

Заказчик приобретает право на использование антивирусного программного обеспечения ранее установленного программного продукта, что также указывается в официальных разъяснениях.

Аукцион объявлен на предоставление права на использование программного обеспечения (далее - ПО) на условиях (простой) неисключительной лицензии, а не продление действующей лицензии на ПО, т.к. лицензионное соглашение Правообладателя предоставляется только на срок действия лицензии, а по истечении срока использования ПО (лицензии) конечный пользователь не вправе далее использовать ПО, в связи с чем право на использование необходимо именно приобретать на новый срок по лицензионному \ сублицензионному договору.

В описание закупки не включен «или эквивалент» ПО, т. к. переустановка и закупка отличного от имеющегося ПО влечёт за собой риски некорректной работы ПО со специальным программным обеспечением, ранее установленным у Заказчика, удаление и установку нового программного, т. е. с позиции пункта 1 статьи 33 Федерального закона от 05.04.2013 № 44-ФЗ «О контрактной системе в сфере закупок товаров, работ, услуг для обеспечения государственных и муниципальных нужд» - это несовместимость используемого Заказчиком ПО и ПО с другим товарным знаком.

Комиссия принимает доводы Заказчика и приходит к выводу об отсутствии в его действиях нарушений Закона о контрактной системе.

На основании изложенного и руководствуясь [пунктом 1 части 15](#), [пунктом 2 части 22 статьи 99](#), [частью 8 статьи 106](#) Закона о контрактной системе, Комиссия

РЕШИЛА:

Признать жалобу ООО «Продвижение» (г. Хабаровск) на действия Заказчика ГБУЗ "Ямало-Ненецкий окружной центр профилактики и борьбы со СПИД" (ИНН: 8905025856) при проведении электронного аукциона «Оказание услуг по приобретению пользовательских, лицензионных прав на программное обеспечение» (закупка № 0190200000316002202) необоснованной.

В соответствии с частью 9 статьи 106 Закона о контрактной системе, решение, принятое по результатам рассмотрения жалобы по существу, может быть обжаловано в судебном порядке в течение трех месяцев с даты его принятия.