

РЕШЕНИЕ

г. Москва

Резолютивная часть решения объявлена «21» мая 2024 года.

В полном объеме решение изготовлено «28» мая 2024 года.

Коллегиальный орган Федеральной антимонопольной службы (далее – Апелляционная коллегия) в составе: председателя Апелляционной коллегии: <...> – <...>; заместителя председателя Апелляционной коллегии: <...> – <...>; членов Апелляционной коллегии: <...> – <...>; <...> – <...>.

при участии: представителя ООО «Интербридж консалтинг»: <...> (по доверенности); представителя Департамента информатизации Тюменской области (далее – Департамент): <...> (по доверенности); представителя государственного казенного учреждения Тюменской области «Центр информационных технологий Тюменской области» (далее – ГКУ ТО «ЦИТ ТО»): <...> (по доверенности); представителя ООО «Бизнес-Сенсорика»: <...> (по доверенности); представителя Тюменского УФАС России: <...> – <...>.

рассмотрев на заседании Апелляционной коллегии жалобу ООО «Интербридж Консалтинг» на решение Тюменского УФАС России от 05.12.2023 по делу о нарушении антимонопольного законодательства № 072/01/16-32/2023 (далее – Жалоба) (уведомление о дате, времени и месте рассмотрения жалобы размещено на официальном сайте ФАС России www.fas.gov.ru в информационно-телекоммуникационной сети «Интернет»),

руководствуясь частью 10 статьи 23 Федерального закона от 26.07.2006 № 135-ФЗ «О защите конкуренции» (далее – Закон о защите конкуренции), Апелляционная коллегия

УСТАНОВИЛА:

В ФАС России в порядке статьи 23 Закона о защите конкуренции поступила жалоба ООО «Интербридж консалтинг» на решение Тюменского УФАС России от 05.12.2023 по делу о нарушении антимонопольного законодательства № 072/01/16-32/2023 (далее соответственно – Решение, Дело).

Решением Департамент и ГКУ «ЦИТ ТО» признаны нарушившими часть 1 статьи 17 Закона о защите конкуренции путём неуказания требований к участникам закупок о необходимости обладания правом на переработку (модификацию) и адаптацию программы для ЭВМ «Школьные обеды» (далее – программа «Школьные обеды») № 0167200003420006415, № 0167200003421006670, № 0167200003422000598 и невозможности исполнения контрактов в отсутствие указанных прав, что привело (могло привести) к недопущению, ограничению, устранению конкуренции на соответствующих торгах и, как следствие, на рынке выполнения работ по сопровождению и развитию (модернизации) государственной информационной системы АИС «Учет питания».

ООО «Интербридж Консалтинг» с вынесенным Решением не согласно, считает, что Решение нарушает единообразие в применении антимонопольными органами норм антимонопольного законодательства и просит его отменить.

В частности, в Жалобе приведены следующие доводы:

– действия Департамента, ГКУ «ЦИТ ТО» и ООО «Бизнес-Сенсорика» должны быть квалифицированы по пункту 3 части 4 статьи 11 и пунктам 1 и 3 статьи 16 Закона о защите

конкуренции. Так, Комиссия не дала оценку доводу о сговоре между Департаментом, ГКУ «ЦИТ ТО», ООО «Бизнес-Сенсорика», ООО «Бизнес и перспективы» и ООО «Программы и решения» при проведении закупок со снижением на 0,1-0,5% от начальной (максимальной) цены контракта;

– Комиссией не исследована связь между ООО «Бизнес-Сенсорика» и ООО «Тюмбит-АСУ».

В ходе рассмотрения Жалобы установлено следующее.

В Тюменское УФАС России поступило заявление ООО «Интербридж Консалтинг» на действия Департамента, ГКУ «ЦИТ ТО» и ООО «Бизнес-Сенсорика» по признакам нарушения статьи 16 Закона о защите конкуренции.

Приказом Тюменского УФАС России № 12/23 от 30.01.2023 возбуждено дело по признакам нарушения пункта 4 статьи 16 Закона о защите конкуренции в отношении указанных лиц.

В ходе рассмотрения дела по причине отсутствия доказательств наличия соглашения между Департаментом, ГКУ «ЦИТ ТО» и ООО «Бизнес-Сенсорика», с учетом постановления Правительства Российской Федерации от 24.03.2022 № 448 «Об особенностях осуществления государственного контроля (надзора), муниципального контроля в отношении аккредитованных организаций, осуществляющих деятельность в области информационных технологий, и о внесении изменений в некоторые акты Правительства Российской Федерации» (далее – Постановление № 448) ООО «Бизнес-Сенсорика», входящее в реестр аккредитованных ИТ-компаний, было исключено из состава ответчиков по Делу, действия Департамента и ГКУ «ЦИТ ТО» были переклассифицированы как содержащие признаки нарушения части 1 статьи 17 Закона о защите конкуренции.

В Решении указано, что в 2016 году по результатам проведения открытого конкурса № 0167200003416007100, заказчиком которого выступил Департамент, был заключен контракт с ООО «Бизнес-Сенсорика» № 079/ИС от 05.12.2016 по созданию и внедрению АИС «Учет питания».

Для создания АИС «Учет питания» ООО «Бизнес-Сенсорика» использовало программу «Школьные обеды», разработчиком и правообладателем которой является ООО «Тюмбит-АСУ».

Между ООО «Тюмбит-АСУ» и ООО «Бизнес-Сенсорика» был заключен договор неисключительной лицензии № БС201672 от 01.12.2016, согласно которому ООО «Бизнес-Сенсорика» предоставлены неисключительные права на программу «Школьные обеды», в том числе на ее переработку (модификацию) и адаптацию.

По договору неисключительной лицензии от 18.01.2017 ООО «Бизнес-Сенсорика» передало Департаменту неисключительное право использования программы «Школьные обеды», без передачи права на ее переработку (модификацию).

В ходе проведения аукциона № 0167200003420006415 на оказание услуг по сопровождению и развитию АИС «Учет питания», заказчиком которого выступил Департамент, победителем признано ООО «Интербридж Консалтинг», с которым заключен контракт № 037-э/ИС от 30.11.2020.

ООО «Интербридж Консалтинг» подало заявку на участие в указанном аукционе, поскольку в документации отсутствовали требования о необходимости обладания правами на переработку (модификацию) программы «Школьные обеды».

Исполнение контракта № 037-э/ИС от 30.11.2020 ООО «Интербридж Консалтинг» удалось обеспечить только при привлечении ООО «Бизнес-Сенсорика» в качестве субподрядчика по договору № БС2020009 от 21.12.2020.

При проведении аукционов на право выполнения работ по сопровождению и развитию АИС «Учет питания» № 0167200003421006670, № 0167200003422000598 (контракты № 65/21 от 22.11.2021, № 16/22 от 28.03.2022), заказчиком которых являлся ГКУ «ЦИТ ТО», победителем было признано ООО «Бизнес-Сенсорика», при этом в документации также отсутствовали условия о необходимости обладания правами на внесение изменений в программу «Школьные обеды».

Вышеуказанные обстоятельства являлись препятствием для доступа к торгам и оказанию услуг по сопровождению и развитию АИС «Учет питания» хозяйствующих субъектов, не обладающих соответствующими исключительными (неисключительными) правами на программу «Школьные обеды».

На основании изложенного, Решением Комиссии Тюменского УФАС России (далее – Комиссия) Департамент, ГКУ «ЦИТ ТО» признаны нарушившими часть 1 статьи 17 Закона о защите конкуренции.

По результатам рассмотрения жалобы ООО «Интербридж Консалтинг» на решение Тюменского УФАС России от 05.12.2023 по делу о нарушении антимонопольного законодательства № 072/01/16-32/2023 Апелляционная коллегия установила следующее.

В соответствии с частью 1 статьи 17 Закона о защите конкуренции при проведении торгов, запроса котировок цен на товары, запроса предложений запрещаются действия, которые приводят или могут привести к недопущению, ограничению или устранению конкуренции.

Признаки ограничения конкуренции указаны в пункте 17 статьи 4 Закона о защите конкуренции, данный перечень не является исчерпывающим.

Таким образом, для установления нарушения части 1 статьи 17 Закона о защите конкуренции требуется в том числе установление конкретных действий организатора соответствующих торгов, запроса котировок, запроса предложений; установление признаков ограничения конкуренции, а также причинно-следственной связи между такими действиями и недопущением, ограничением или устранением конкуренции или возможностью наступления указанных последствий.

В соответствии с пунктом 1 статьи 1259 Гражданского кодекса Российской Федерации (далее – ГК РФ) к объектам авторских прав также относятся программы для ЭВМ, которые охраняются как литературные произведения. Согласно статье 1260 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.

Согласно пункту 1 статьи 1270 ГК РФ автору произведения или иному правообладателю принадлежит исключительное право использовать произведение в соответствии со статьей 1229 ГК РФ в любой форме и любым не противоречащим закону способом. Способы использования произведения приведены в пункте 2 статьи 1270 ГК РФ, к которым, в частности, относится перевод или другая переработка произведения (подпункт 9).

В отношении программ для ЭВМ и баз данных под переработкой произведения (модификацией) понимаются любые их изменения (аналогичная позиция изложена в пункте 87 постановления Пленума Верховного Суда Российской Федерации от 23.04.2019 № 10 «О применении части четвертой Гражданского кодекса Российской Федерации»).

В период проведения закупки на право создания АИС «Учет питания» действовали положения

нормы статьи 1298 ГК РФ, согласно которым исключительное право на произведение науки, литературы или искусства, созданное по государственному или муниципальному контракту для государственных или муниципальных нужд, принадлежит исполнителю, являющемуся автором либо иным выполняющим государственный или муниципальный контракт лицом, если государственным или муниципальным контрактом не предусмотрено, что это право принадлежит Российской Федерации, субъекту Российской Федерации или муниципальному образованию, от имени которых выступает государственный или муниципальный заказчик, либо совместно исполнителю и Российской Федерации, исполнителю и субъекту Российской Федерации или исполнителю и муниципальному образованию.

При этом, как следует из материалов Дела, Департамент и ГКУ «ЦИТ ТО» не обращались к ООО «Тюмбит-АСУ» с целью приобретения прав на внесение изменений в программу «Школьные обеды», что не исключает в дальнейшем возможности приобретения соответствующих прав указанными лицами для обеспечения возможности исполнения контрактов по сопровождению и развитию АИС «Учет питания» любым исполнителем, который будет определен конкурентным способом.

При проведении закупок № 0167200003420006415 (заказчик – Департамент), № 0167200003421006670 и № 0167200003422000598 (заказчик – ГКУ «ЦИТ ТО») заказчиками не были указаны требования о необходимости обладания правами на внесение изменений (модификацию) в программу «Школьные обеды» для исполнения контрактов. Вместе с тем в случае отсутствия указанных прав исполнение контрактов, по результатам проведения закупок № 0167200003420006415, № 0167200003421006670 и № 0167200003422000598, являлось невозможным, что привело (могло привести) к недопущению, ограничению или устранению конкуренции.

С учетом изложенного, Апелляционная коллегия соглашается с выводами, изложенными в Решении Тюменского УФАС России, что рассматриваемые действия Департамента и ГКУ «ЦИТ ТО» нарушают положения части 1 статьи 17 Закона о защите конкуренции.

По доводу Жалобы о том, что действия Департамента, ГКУ «ЦИТ ТО» и ООО «Бизнес-Сенсорика» должны были быть квалифицированы по пункту 3 части 4 статьи 11 и пунктам 1 и 3 статьи 16 Закона о защите конкуренции, Апелляционная коллегия отмечает следующее.

В Решении отмечено, что в ходе рассмотрения Дела Комиссией признаки нарушения пункта 4 статьи 16 Закона о защите конкуренции не были подтверждены, поскольку в материалах Дела отсутствуют доказательства, подтверждающие, что ООО «Бизнес-Сенсорика» каким-либо образом участвовало и (или) могло оказывать влияние на действия Департамента при организации и проведении отбора исполнителя контракта на право выполнения работ по созданию и настройке АИС «Учет питания».

В материалах Дела не представлено документов, которые могут свидетельствовать о взаимодействии между Департаментом и ООО «Бизнес-Сенсорика» с целью заключения или реализации антиконкурентного соглашения.

Согласно части 1 статьи 1296 ГК РФ исключительное право на программу для ЭВМ, базу данных или иное произведение, созданные по договору, предметом которого было создание такого произведения (по заказу), принадлежит заказчику, если договором между подрядчиком (исполнителем) и заказчиком не предусмотрено иное.

В соответствии с пунктом 2.6 описания объекта закупки (приложение № 1 к контракту № 079/ИС от 05.12.2016) исключительные права на использованные при создании АИС «Учет питания» программы для ЭВМ и все их составляющие – остаются за Исполнителем.

Таким образом, само по себе заключение государственного контракта в 2016 году, предусматривающего, что при создании системы АИС «Учет питания» исключительные права на программы ЭВМ остаются у исполнителя не противоречило действовавшему на тот момент

гражданскому законодательству и не может свидетельствовать о заключении антиконкурентного соглашения при отсутствии иных доказательств.

В рамках рассмотрения жалобы Апелляционной коллегией представитель заявителя по жалобе также не указал на наличие таких доказательств. При этом ООО «Интербридж Консалтинг» в Жалобе также не приведены обстоятельства и не представлены сведения, которые бы опровергали выводы, изложенные в Решении.

Согласно части 1 статьи 51² Закона о защите конкуренции решение и (или) выданное на его основании предписание по делу о нарушении антимонопольного законодательства могут быть пересмотрены по новым и (или) вновь открывшимся обстоятельствам комиссией, принявшей такое решение и (или) выдавшей такое предписание, в том числе в случае выявления обстоятельств, которые не были и не могли быть известны на момент оглашения резолютивной части решения по делу, но имеют существенное значение для правильного разрешения дела.

Таким образом, при наличии оснований, предусмотренных указанной нормой, в случае выявления антимонопольным органом обстоятельств, которые не были известны на момент принятия рассматриваемого Решения, и имеющих существенное значение для правильного разрешения Дела, включая получение доказательств заключения и реализации антиконкурентного соглашения между рассматриваемыми лицами, не исключается возможность повторной оценки действий (бездействия) ООО «Бизнес-Сенсорика» и ООО «Тюмбит-АСУ» на предмет их соответствия требованиям статьи 16 Закона о защите конкуренции в порядке части 1 статьи 51² Закона о защите конкуренции.

Также установлено, что по результатам рассмотрения Тюменским УФАС России заявления ООО «Интербридж Консалтинг» по признакам нарушения пункта 2 части 1, пункта 3 части 4 статьи 11 Закона о защите конкуренции территориальным органом ФАС России принято самостоятельное решение об отказе в возбуждении дела о нарушении антимонопольного законодательства в отношении ООО «Бизнес-Сенсорика», ООО «Бизнес и перспективы», ООО «Программы и решения», ООО «Каскад-Про» в связи с истечением срока давности рассмотрения дела согласно статье 41¹ Закона о защите конкуренции (письмо Тюменского УФАС России от 17.10.2022 № ИВ/4592/22), которое не относится к предмету обжалования в Апелляционной коллегии, в связи с чем довод жалобы об отсутствии оценки Комиссией связи между ООО «Бизнес-Сенсорика» и ООО «Тюмбит-АСУ» подлежит отклонению.

Доводы Жалобы, исследованные Апелляционной коллегией в полном объеме, не свидетельствуют о наличии оснований для отмены Решения.

С учетом изложенного, Апелляционная коллегия приходит к выводу, что Решение не нарушает единообразие в применении антимонопольными органами норм антимонопольного законодательства.

Согласно части 10 статьи 23 Закона о защите конкуренции по итогам рассмотрения жалобы на решение и (или) предписание территориального антимонопольного органа коллегияльный орган вправе оставить жалобу без удовлетворения; отменить решение и (или) предписание территориального антимонопольного органа или изменить решение и (или) предписание территориального антимонопольного органа.

На основании изложенного, руководствуясь частью 10 статьи 23 Закона о защите конкуренции, Апелляционная коллегия

РЕШИЛА:

жалобу ООО «Интербридж Консалтинг» на решение Тюменского УФАС России от 05.12.2023 по делу о нарушении антимонопольного законодательства № 072/01/16-32/2023 оставить без удовлетворения.

Председатель

Апелляционной
коллегии:

_____ <...>

Заместитель
председателя

Апелляционной
коллегии:

_____ <...>

Члены

_____ <...>

Апелляционной
коллегии:

_____ <...>

Согласно части 15 статьи 23 Закона о защите конкуренции решение коллегиального органа, принятое по результатам пересмотра решения и (или) предписания территориального антимонопольного органа, вступает в силу с момента его размещения на официальном сайте федерального антимонопольного органа в информационно-телекоммуникационной сети «Интернет».

В соответствии с частью 1.1 статьи 52 Закона о защите конкуренции решение по итогам рассмотрения жалобы на решение и (или) предписание антимонопольного органа может быть обжаловано в арбитражный суд в течение одного месяца с момента вступления в силу решения коллегиального органа федерального антимонопольного органа.