

РЕШЕНИЕ

по делу № 077/07/00-478/2020 о нарушении

процедуры торгов и порядка заключения договоров

Комиссия Московского УФАС России по рассмотрению жалоб на нарушение процедуры торгов и порядка заключения договоров (далее — Комиссия),

рассмотрев жалобу АО «Национальное бюро информатизации» на действия АО «ОТЭК» при проведении конкурса в электронной форме на право заключения договора на создание информационной системы расчета технико-экономических показателей и планирования режимов (ИС ТЭП) с проектированием монтажа контрольноизмерительных приборов (КИП) (реестровый № 31908457262) (далее — Закупка),

в соответствии со статьей 18.1 Федерального закона от 26.07.2006 № 135-ФЗ «О защите конкуренции» (далее — Закон о защите конкуренции),

УСТАНОВИЛА:

В адрес Московского УФАС России поступила жалоба Заявителя на действия Заказчика при проведении Закупки, мотивированная несогласием с отклонением заявки АО «Национальное бюро информатизации» от участия в процедуре.

Проанализировав заявленные доводы, Комиссия приходит к выводу о возможности рассмотрения указанной жалобы в порядке статьи 18.1 Закона о защите конкуренции, учитывая требования, установленные частью 10 статьи 3 Федерального закон от 18.07.2011 № 223-ФЗ «О закупках товаров, работ, услуг отдельными видами юридических лиц» (далее - Закона о закупках).

Проверив обоснованность доводов, приведенных в жалобе, в возражениях на нее и в выступлениях присутствовавших в заседании представителей участвующих в деле лиц, изучив материалы дела, Комиссией установлено следующее.

На официальном сайте Единой информационной системе в сфере закупок www.zakupki.gov.ru (далее — ЕИС, Официальный сайт) Заказчиком размещено Положение о закупках товаров, работ, услуг (далее — Положение о закупках).

Согласно протоколу рассмотрения первых частей заявок от 04.12.2019 № 14501/9-3 заявке Заявителя было отказано в допуске по следующим причинам:

1. В техническом предложении были выявлены разночтения в части локализации внедрения ИС ТЭП: в подразделе 2.1 раздела 2 «Цель и задачи работы» технического предложения — внедрение ИС ТЭП предусматривается в филиалах АО «ОТЭК» в г. Северск, г. Краснокаменск, г. Глазов, г. Новоуральск и ТЭЦ в г. Димитровград, в приложении 2 (структурная схема комплекса технических средств (ГОСТ 34)) к техническому предложению часть системы размещается в г. Москва.

В ответ на запрос о разъяснении положений заявки с наличием разночтений от участника получена Структурная схема комплекса (техническое предложение (Форма 2 заявки) Приложение 2), в которой часть системы размещается в г.

Москва.

Техническим заданием (Том 2 «Техническая часть» закупочной документации) не предполагается размещение серверного оборудования и ПО в г. Москва.

2. В техническом предложении были выявлены разночтения в части описания результатов ключевых работ в рамках этапов 3.2, 3.3 и их результатов: в подразделе 2.2 раздела 2 «Цель и задачи работы» технического предложения в описании ключевых работ в рамках этапа 3.2 и его результатов указано, что предусмотрена, в том числе, разработка и инсталляция ПО ИС ТЭП ТЭЦ, в описании ключевых работ в рамках этапа 3.3 и его результатов предусмотрена передача прав на использование ПО, в том числе правоустанавливающих документов о переходе/передаче прав пользования ПО, в том числе ключей, серийных номеров и дистрибутивов ПО.

В ответ на запрос о разъяснении положений заявки в связи с наличием разночтений от участника получена информация, что передача исключительных прав на прикладное программное обеспечение, разрабатываемое и внедряемое исполнителем не предусмотрена. Исполнитель передает права использования прикладных программ для ЭВМ на условиях простой (неисключительной) лицензии, в свою очередь, исключительное право передается только на результат работ.

В соответствии с подразделом 2.2 раздела 2 «Цель и задачи работы» технического задания в описании ключевых работ в рамках этапа 3.2 и его результатов не соблюдены требования пунктов:

1. Исходный код.

7. Заявление(я) о государственной регистрации программы для ЭВМ (ИС ПЭ на Windows), зарегистрированное/-ые в Федеральной службе по интеллектуальной собственности (применимо для ПО, созданного (разработанного) при исполнении договора).

Разработка ПО, передача исходного кода и подача заявления о государственной регистрации программы для ЭВМ (ИС ПЭ на Windows), зарегистрированное/-ые в Федеральной службе по интеллектуальной собственности (применимо для ПО, созданного (разработанного) при исполнении договора) означают передачу исключительных прав на ПО и ИС ТЭП.

3. В техническом предложении были выявлены положения, допускающие неоднозначное толкование в части формирования верхнего уровня ИС ТЭП в каждой ТЭЦ: в подразделе 4.1 раздела 4 «Описание СИСТЕМЫ ИС ТЭП» технического предложения указано, что работы будут выполнены «в полном объеме согласно Техническому заданию Заказчика», далее указано, что формирование верхнего уровня ИС ТЭЦ в каждой ТЭЦ отказоустойчивым серверным кластером на основе гиперконвергентных систем — предварительно запланировано, при этом в приложении 3 (укрупненная спецификация оборудования и материалов) к техническому предложению указано количество оборудования и материалов не подтверждающее реализацию выполнения обязательства сформировать верхний уровень ИС ТЭП в каждой ТЭЦ отказоустойчивым серверным кластером на основе гиперконвергентных систем.

В ответ на запрос о разъяснении положений заявки в связи с наличием положений, допускающих неоднозначное толкование получена уточненная укрупненная спецификация оборудования и материалов к техническому предложению.

Приложение № 2 (структурная схема комплекса технических средств) и приложение № 3 (укрупненная спецификация оборудования и материалов) технического предложения не подтверждает выполнение обязательства сформировать верхний уровень ИС ТЭП в каждой ТЭЦ отказоустойчивым серверным кластером на основе гиперконвергентных систем.

Представитель Заявителя пояснил, что третья причина отклонения его заявки от участия в процедуре была рассмотрена Центральным арбитражным комитетом Госкорпорации «Росатом», в связи с чем не подлежит рассмотрению антимонопольным органом как отдельный довод жалобы. С остальными причинами отклонения своей заявки Заявитель не согласился.

Относительно первой причины отклонения заявки АО «Национальное бюро информатизации» от участия в процедуре Заявитель пояснил, что наличие дополнительного сервера является дополнительным (избыточным) предложением участника и такой сервер может быть исключен на этапе предпроектного обследования.

В свою очередь, представители Заказчика пояснили, что техническое предложение АО «НБИ» не соответствует требованиям технического задания. Элемент системы «Подсистема расчета ТЭП, оптимизации ТЭП, ИИС», предлагаемый участником конкурса для размещения в г. Москве (приложение 2. Структурная схема технических средств к техническому предложению), является обязательным и должен быть размещен на каждой ТЭЦ в рамках создаваемой системы. Исключение на любом из этапов реализации проекта недопустимо. При этом в техническом предложении участника АО «НБИ» данный элемент не предусмотрен ни для каждой ТЭЦ, что является нарушением требований технического задания.

В силу ст. 10 ГК РФ участники гражданского оборота должны действовать добросовестно.

В соответствии с п. 6 «Обзора судебной практики по вопросам, связанным с применением Федерального закона от 18.07.2011 № 223-ФЗ «О закупках товаров, работ, услуг отдельными видами юридических лиц» (утверждены Президиумом Верховного Суда Российской Федерации 16.05.2018) принцип равноправия, в силу п. 2 ч. 1 ст. 3 Закона о закупках, предполагает недопустимость предъявления различных требований к участникам закупки, находящимся в одинаковом положении, в отсутствие к тому причин объективного и разумного характера.

Согласно ранее упомянутому п. 6 Обзора судебной практики Закон о закупках не обязывает заказчиков допускать к участию в закупке всех хозяйствующих субъектов, имеющих намерение получить прибыль в результате заключения договора. Иное противоречило бы принципу целевого и экономически эффективного расходования денежных средств, сокращения издержек заказчика, закрепленному пунктом 3 части 1 статьи 3 Закона о закупках и предполагающему наличие у заказчика права на установление в закупочной документации способствующих тому требований к участникам закупки.

Комиссия, рассматривая жалобу Заявителя, исходит из необходимости оценки действий заказчика на момент принятия соответствующего решения об отклонении заявки заявителя от участия в закупке. В настоящем случае, Заказчик отклонил заявку общества ввиду ее несоответствия требованиям документации. В связи с чем, оценивая действия заказчика на предмет соблюдения требований Закона о закупках, а также требований документации, Комиссия не находит оснований для выводов о наличии в действиях заказчика нарушений по отклонению заявки Заявителя от участия в закупке.

В связи с чем Комиссия признает названный довод Заявителя необоснованным.

Заявитель как податель жалобы в антимонопольный орган и лицо, участвующее в деле, обязан вместе с жалобой представить соответствующие его позиции доказательства, подтверждающие или опровергающие оспариваемые обстоятельства. Как следует из материалов дела, заявителем такие документы приложены не были, обоснований и объективных доказательств наличия в действиях заказчика помимо субъективной оценки таких действий не представлено.

При этом границы антимонопольного контроля торгов оканчиваются при достижении баланса частных и публичных интересов, на необходимость соблюдения которого указал Конституционный Суд Российской Федерации в постановлении от 29.03.2011 № 2-П, а также стабильности публичных правоотношений. В то же самое время «баланс» означает равновесие и равноправие сторон в публичных правоотношениях, а не смещение вектора административной защиты в сторону одного из участников таких отношений без достаточных к тому оснований.

Обратное будет противоречить не только балансу частных и публичных интересов, но и принципам добросовестной реализации и защиты своих гражданских прав (п. 3 ст. 1 Гражданского кодекса Российской Федерации (далее – ГК РФ), недопустимости извлечения преимуществ из своего незаконного или недобросовестного поведения (п. 4 ст. 1 ГК РФ) и злоупотребления правом (п. 1 ст. 10 ГК РФ).

На основании изложенного Комиссия приняла решение признать рассматриваемый довод жалобы Заявителя необоснованным.

Также Заявитель не согласен со второй причиной отклонения его заявки от участия в процедуре, где, как решила Закупочная комиссия Заказчика, передача исключительных прав на прикладное программное обеспечение, разрабатываемое и внедряемое исполнителем, не предусмотрена.

В свою очередь, представители АО «ОТЭК» в ответ на данный довод жалобы пояснили, что в конкурсной документации приведена информация, подтверждающая о предъявлении требований по передаче исключительных прав на прикладное ПО:

1.1 В Проекте заключаемого по итогам проведения конкурсной процедуры договора в п.1.1 приведены следующие требования:

«Комплекс работ включает в себя все работы необходимые для достижения результатов работ, указанных в Техническом задании, в том числе, но не исключая:

...

г. разработку (создание) программ для ЭВМ и предоставление права использования на условиях простой (неисключительной) лицензии программ для ЭВМ (далее - программное обеспечение, ПО), исключительное право на которые принадлежит Подрядчику либо третьим лицам, необходимых для функционирования Системы в объеме, предусмотренном Техническим заданием (Приложение 1);

...

Исключительное право на созданные Подрядчиком в рамках настоящего договора результаты интеллектуальной деятельности, в т.ч. на программы для ЭВМ, принадлежит Заказчику».

Таким образом, из данного пункта следует, что исполнитель обязан разработать прикладное программное обеспечение и передать исключительное право заказчику.

1.2 В разделе конкурсной документации 14501-9 Том 1 Часть 1 Требования к участникам, приведены требования касательно предоставления права использования программ для ЭВМ, а также передачи созданного программного обеспечения.

Таким образом, исключительные права на созданное ПО принадлежат Заказчику (в соответствии с п.1296 п.1 ГК РФ), а прочее программное обеспечение, исключительное право на которые принадлежит Подрядчику либо третьим лицам, необходимых для функционирования Системы в объеме, предусмотренном Техническим заданием (Приложение 1) ч. 3 закупочной документации (Проект договора), предоставляется на условиях неисключительной лицензии.

1.3 В п. 3.1. проекта договора приведены следующие требования:

«Цена договора также включает в себя вознаграждение Подрядчика за создание результатов интеллектуальной деятельности, стоимость предоставления Подрядчиком Заказчику права использования на условиях простой (неисключительной) лицензии результатов интеллектуальной деятельности, исключительное право на которые принадлежит Подрядчику/третьим лицам, необходимых для исполнения настоящего договора, расходы по обеспечению передачи Заказчику прав на результаты интеллектуальной деятельности, в рамках исполнения настоящего договора (то есть право использования), а также передачу в собственность Заказчику материальных носителей, в которых выражены результаты интеллектуальной деятельности, расходы на осуществление технической поддержки. »

Заказчик указывает, что в п.1.1. проекта договора приведены требования по передаче исключительных прав: «Исключительное право на созданные Подрядчиком в рамках настоящего договора результаты интеллектуальной деятельности, в том числе на программы для ЭВМ, принадлежит Заказчику.» то есть требование п. 3.1 включает в себя передачу исключительных прав на прикладное ПО.

В запросе Заказчика, отправленный Заявителю, было указано, что в техническом

предложении отсутствует информация о передаче Заказчику исключительных прав на ПО, разработанное исполнителем.

АО «Национальное бюро информатизации» ответило, что в соответствии с конкурсной документацией передача исключительных прав на прикладное ПО, разрабатываемое и вне исполнителем, не предусмотрена. Исполнитель передает права использования прикладных программ для ЭВМ на условиях простой (неисключительной) лицензии, в свою очередь, исключительное право передается только на результат работ.

Представитель Заявителя пояснил, что исключительное право, как подразумевает Техническое задание Заказчика, передается на результат работ целиком. Прикладное ПО же, которое используется для разработки и формирования требуемого Заказчиком ПО, принадлежит Заявителю как обладателю соответствующей регистрации такого прикладного ПО.

Комиссия установила, что Этап 3.3 «передача прав на использование программного обеспечения» в Подразделе 2.2 «Описание работы и стадии (этапы)» содержит информацию о передаче прав на использование ПО, участником передаются правоустанавливающие документы о переходе/передаче прав использования ПО, в том числе ключи, серийные номера, а также дистрибутивы ПО.

При этом представители Заказчика не пояснили каким пунктом Закупочной документации установлено требование о том, участник в составе своей заявки должен был продекларировать передачу исключительного права на ПО, разработанного исполнителем.

Кроме того, подавая свою заявку на участие в процедуре, Заявитель выразил свое согласие со всеми требованиями Закупочной документации, а также в заявке продекларировал свое соответствие требованиям Заказчика.

В соответствии с п. 2 ч. 1 ст. 3 Закона о закупках при закупке товаров, работ, услуг заказчика руководствуются принципами равноправия, справедливости, отсутствия дискриминации и необоснованных ограничений конкуренции по отношению к участникам закупки.

Согласно ч. 6 ст. 3 Закона о закупках Заказчик определяет требования к участникам закупки в документации о конкурентной закупке в соответствии с положением о закупке. Не допускается предъявлять к участникам закупки, к закупаемым товарам, работам, услугам, а также к условиям исполнения договора требования и осуществлять оценку и сопоставление заявок на участие в закупке по критериям и в порядке, которые не указаны в документации о закупке. Требования, предъявляемые к участникам закупки, к закупаемым товарам, работам, услугам, а также к условиям исполнения договора, критерии и порядок оценки и сопоставления заявок на участие в закупке, установленные заказчиком, применяются в равной степени ко всем участникам закупки, к предлагаемым ими товарам, работам, услугам, к условиям исполнения договора.

Вместе с тем Комиссия отмечает, что действия Заказчика не соответствуют указанным требованиям Закона о закупках, в связи с чем рассматриваемый довод жалобы признается обоснованным.

Руководствуясь частью 20 статьи 18.1 Закона о защите конкуренции, Комиссия

РЕШИЛА:

1. Признать жалобу АО «Национальное бюро информатизации» (ОГРН:1027739180017, ИНН:7719033375) на действия АО «ОТЭК» (ОГРН:1117746439480, ИНН:7706757331) при проведении Закупки обоснованной в части отклонения заявки Заявителя по передаче исключительных прав на использование программного обеспечения, в остальной части признать необоснованной.
2. Установить в действиях Заказчика нарушение п. 2 ч. 1, ч. 6 ст. 3 Закона о закупках.
3. Обязательное к исполнению предписание Заказчику не выдавать, поскольку имелись основания для отклонения заявки Заявителя от участия в Закупке.

Настоящее решение может быть обжаловано в арбитражный суд в течение трех месяцев со дня его принятия.