

Решение и предписание № 05-6/27-2009 о признании жалобы ООО «ДХ Консалтинг» на действия Департамента финансов Тверской области и Департамента государственного заказа Тверской области в части включения в конкурсную документацию требований к участникам размещения заказа, нарушающих часть 2.1 статьи 22 Федерального закона от 21.07.2005 № 94-ФЗ «О размещении заказов на поставки товаров, выполнение работ, оказание услуг для государственных и муниципальных нужд», обоснованной.

**Жалоба рассмотрена:
20 апреля 2009 г. г. Тверь**

Комиссия Управления Федеральной антимонопольной службы по Тверской области по контролю в сфере размещения заказов (далее – Комиссия) в следующем составе:

председатель Комиссии: Посохова Л.В. - заместитель руководителя управления,
члены Комиссии:

Фомин В.М. – заместитель руководителя – начальник отдела контроля размещения государственного заказа,

Петрова Е.И. – ведущий специалист-эксперт отдела контроля размещения государственного заказа,

Бровкин В.Ю. – специалист 1 разряда отдела контроля размещения государственного заказа,

в присутствии представителей:

- Департамента финансов Тверской области (далее - заказчик): Иванова П.В., Носкова Д.А., Танкова Д.В.,

- Департамента государственного заказа Тверской области (далее – уполномоченный орган): Антоновой М.В. (по доверенности от 12.01.2009 № 1-03), Ефременкова М.Н., Черновой И.С. (по доверенности от 27.01.2009 № 7803),

рассмотрев в соответствии с Административным регламентом по исполнению государственной функции по рассмотрению жалоб на действия (бездействие) заказчика, уполномоченного органа, специализированной организации, конкурсной, аукционной или котировочной комиссии при размещении заказа на поставку товара, выполнение работ, оказание услуг для государственных и муниципальных нужд, утвержденным приказом Федеральной антимонопольной службы от 14.11.2007 № 379, п.п. 5.4-5.6. Положения о территориальном органе Федеральной антимонопольной службы, утвержденного приказом Федеральной антимонопольной службы от 15.12.2006 № 324, жалобу ООО «ДХ Консалтинг»,

установила:

В Тверское УФАС России 14.04.2009 поступила жалоба ООО «ДХ Консалтинг» (далее – Общество), полагающего, что в конкурсной документации при проведении открытого конкурса на право заключения государственного контракта на оказание услуг по сопровождению в 2009 году программного продукта – автоматизированной системы управления бюджетным процессом (далее – АСУ БП) установлены требования к участникам размещения заказа с нарушением части 2.1 статьи 22 Федерального закона от 21.07.2005 № 94-ФЗ «О размещении заказов на поставки товаров, выполнение работ, оказание услуг для государственных и муниципальных нужд» (далее – Закон).

Общество обжалует требование, содержащееся в Заказе на оказание услуг

конкурсной документации: «требования к качеству продукции: все предоставляемые услуги, дополнения и обновления должны иметь прямое письменное разрешение на применение от разработчика АСУ БП – ООО «Координационный центр «Система» г. Москва». По информации Общества, при обращении к разработчику АСУ БП за разрешением был получен категорический отказ, что лишает его возможности принять участие в конкурсе.

Жалоба рассмотрена в отсутствие представителя Общества, надлежащим образом извещенного о времени и месте рассмотрения жалобы.

Представители заказчика возражают по существу заявленной жалобы и приводят следующие доводы. ООО «Координационный центр «Система» г. Москва является правообладателем программного продукта АСУ БП, что подтверждается свидетельством об официальной регистрации программы для ЭВМ от 22.08.2002 № 200211442. В соответствии со статьей 1233 Гражданского кодекса Российской Федерации правообладатель может распорядиться принадлежащим ему исключительным правом на результат интеллектуальной деятельности 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 в установленных договором пределах (лицензионный договор). При оказании услуг по сопровождению программного продукта АСУ БП необходимо получение разрешения правообладателя данного продукта, в связи с этим в перечень документов, входящих в состав заявки, включен документ, подтверждающий право участника размещения заказа на оказание названных услуг. Таким образом, требование к участникам размещения заказа о предоставлении такого документа, по мнению заказчика, не противоречит нормам Закона.

Представители уполномоченного органа поддерживают доводы заказчика.

В результате рассмотрения жалобы и проведения в соответствии с частью 5 статьи 17 Закона внеплановой проверки Комиссией установлено следующее.

21.03.2009 на официальном сайте www.gostorgi.tver.ru уполномоченным органом размещены извещение о проведении открытого конкурса и конкурсная документация, утвержденная начальником департамента государственного заказа Тверской области и и.о. начальника департамента финансов Тверской области. Предметом конкурса является право на заключение контракта на оказание услуг по сопровождению в 2009 году программного продукта - Автоматизированной системы управления бюджетным процессом, разработанного ООО «Координационный центр «Система», город Москва, для обеспечения деятельности департамента финансов Тверской области. Приобретаемые услуги по сопровождению АСУ БП включают в себя:

- услуги по сервисному обслуживанию АСУ БП, направленные на обеспечение работоспособности информационного комплекса АСУ БП, включая все его объекты и составные части;
- услуги по предоставлению консультаций, направленные на обеспечение эффективного использования возможностей АСУ БП.

Согласно извещению о проведении открытого конкурса дата вскрытия конвертов с заявками на участие в конкурсе - 21.04.2009.

1. В разделе «Заказ на оказание услуг» конкурсной документации (стр. 22 конкурсной документации) установлено следующее: «Требования к качеству продукции: все предоставляемые услуги, дополнения и обновления должны иметь прямое письменное разрешение на применение от разработчика АСУ БП – ООО «Координационный центр «Система» г. Москва».

Согласно подпункту 2 пункта 1 статьи 1225 Гражданского кодекса Российской Федерации (далее – ГК РФ) программы для электронных вычислительных машин (программы для ЭВМ) являются результатами интеллектуальной деятельности и приравненными к ним средствами индивидуализации юридических лиц, товаров, работ, услуг и предприятий, которым предоставляется правовая охрана (интеллектуальная собственность).

Согласно статье 1 Федерального закона от 18.12.2006 № 231-ФЗ «О введении в действие части четвертой Гражданского кодекса Российской Федерации» (далее – Вводный закон) часть четвертая ГК РФ вводится в действие с 01.01.2008. В силу статьи 5 Вводного закона часть четвертая ГК РФ применяется к правоотношениям, возникшим после введения ее в действие; по правоотношениям, возникшим до 01.01.2008, она применяется к тем правам и обязанностям, которые возникли после 31.12.2007 (согласно Постановления Пленума Верховного Суда Российской Федерации, Пленума Высшего Арбитражного Суда Российской Федерации от 26.03.2009 № 5/29 г. Москва «О некоторых вопросах, возникших в связи с введением в действие части четвертой Гражданского кодекса Российской Федерации»).

Согласно копии свидетельства № 2002611442, представленной департаментом финансов Тверской области при рассмотрении жалобы, свидетельство об официальной регистрации программы для ЭВМ «Автоматизированная система управления бюджетным процессом на региональном и муниципальном уровнях бюджетной системы Российской Федерации (АСУ БП)» выдано правообладателю – ЗАО «Координационный центр «Система» на основании Закона РФ «О правовой охране программ для электронных вычислительных машин и баз данных». Согласно информации, представленной департаментом финансов Тверской области (исх. № 14-09/АК-1960 от 17.04.2009), программный продукт АСУ БП был приобретен на основании договора на выполнение опытно-конструкторской работы № 1/02 от 28.02.2002 и государственного контракта на выполнение опытно-конструкторской работы от 24.02.2005 № 7/05. В соответствии с условиями указанных договора и контракта данный ПП АСУ БП принадлежит заказчику на основании переданных ООО «Координационный центр «Система» неисключительных прав.

Согласно пункту 1 статьи 1259 ГК РФ к объектам авторских прав также относятся программы для ЭВМ, которые охраняются как литературные произведения. Пунктом 40 Постановления Пленума Верховного Суда Российской Федерации, Пленума Высшего Арбитражного Суда Российской Федерации от 26.03.2009 № 5/29 г. Москва «О некоторых вопросах, возникших в связи с введением в действие части четвертой Гражданского кодекса Российской Федерации» предусмотрено, что при решении вопроса о принадлежности исключительного права на программу для ЭВМ или базу данных, созданную по государственному или муниципальному контракту для государственных или муниципальных нужд, судам следует руководствоваться положениями статьи 1298, а не статьи 1296 ГК РФ.

В соответствии с частью 3 статьи 1298 ГК РФ, если исключительное право на произведение науки, литературы или искусства, созданное по государственному или муниципальному контракту для государственных или муниципальных нужд, принадлежит в соответствии с пунктом 1 статьи 1298 ГК РФ не Российской Федерации, не субъекту Российской Федерации или не муниципальному заказчику, правообладатель по требованию государственного или муниципального заказчика обязан предоставить указанному им лицу безвозмездную простую (неисключительную) лицензию на использование соответствующего произведения науки, литературы или искусства для государственных или муниципальных нужд.

Установленное в «Заказе на услуги» требование, поименованное как требование к

качеству продукции – наличие прямого письменного разрешения на применение услуг, дополнений и обновлений от разработчика, фактически не является требованием к качеству продукции, а является завуалированным требованием к участнику размещения заказа. Это подтверждается другими положениями конкурсной документации - пунктом 7 раздела «Перечень документов, подаваемых в конверте с заявкой на участие в конкурсе» Информационных карт конкурсной документации. Согласно указанному пункту заявка на участие в конкурсе должна содержать копию документа, подтверждающего право участника размещения заказа на оказание услуг по сопровождению программного продукта. Таким документом, согласно вышеуказанной информации департамента финансов Тверской области, могут быть договор об отчуждении исключительного права или лицензионный договор. Согласно разделу «Условия допуска участников размещения заказа к конкурсу» Информационных карт конкурсной документации, предоставление всех документов, указанных в «перечне документов, подаваемых в конверте с заявкой на участие в конкурсе» является одним из условий допуска к конкурсу.

При этом, согласно пункта 1 части 2 статьи 11 Закона, при размещении заказа путем проведения торгов заказчик, уполномоченный орган вправе установить также следующее требование к участникам размещения заказа – обладание участниками размещения заказа исключительными правами на объекты интеллектуальной собственности, если в связи с исполнением государственного или муниципального контракта заказчик приобретает права на объекты интеллектуальной собственности, в том числе программ для ЭВМ.

В указанном случае заказчик не намеревался приобрести права на объекты интеллектуальной собственности, в связи с чем и устанавливал требование к участнику размещения заказа о предоставлении документа, подтверждающего право на оказание услуг по сопровождению программного продукта, не имел законных оснований. Действующим законодательством также не установлены специальные требования к лицам, осуществляющим предпринимательскую деятельность в сфере создания программ для ЭВМ и их обслуживания.

Согласно пункту 1 части 4 статьи 22 Закона конкурсная документация должна содержать в соответствии с частями 2 - 4 статьи 25 Закона требования к содержанию, форме, оформлению и составу заявки на участие в конкурсе, в том числе заявки, подаваемой в форме электронного документа, подписанного в соответствии с нормативными правовыми актами РФ, и инструкцию по ее заполнению.

В соответствии с частью 2.1 статьи 22 Закона не допускается включать в конкурсную документацию (в том числе в форме требований к качеству, техническим характеристикам товара, работ, услуг, требований к функциональным характеристикам (потребительским свойствам) товара) требования к участникам размещения заказа (в том числе требования к квалификации участника размещения заказа, включая наличие у такого участника опыта работы), а также требования к деловой репутации, требования о наличии у участника размещения заказа производственных мощностей, технологического оборудования и т.д., за исключением случаев, если возможность установления таких требований к участнику размещения заказа предусмотрена Законом.

Частями 3 – 3.3 статьи 25 Закона установлены требования к содержанию и оформлению заявки на участие в конкурсе. Согласно части 4 статьи 25 Закона требовать от участника размещения заказа иное, за исключением предусмотренных подпунктами «а» - «в», «д» и «е» пункта 1, пунктами 2 и 3 части 3 статьи 25 Закона документов и сведений, не допускается.

Таким образом, требование о предоставлении в составе заявки на участие в конкурсе копии документа, подтверждающего право участника размещения заказа на оказание услуг по сопровождению программного продукта, а также требование о наличии прямого письменного разрешения от разработчика АСУ БП – ООО «Координационный центр «Система» г. Москва», является нарушением требований частей 1 – 2 статьи 11, части 2.1 статьи 22 и частей 3-4 статьи 25 Закона, и образует состав административного правонарушения, предусмотренного частью 4 статьи 7.30 Кодекса Российской Федерации об административных правонарушениях.

2. В соответствии с разделом «Оценка и сопоставление заявок на участие в конкурсе» Информационных карт конкурсной документации установлен только один критерий оценки заявок на участие в конкурсе – цена контракта.

В соответствии с частью 4 статьи 28 Закона для определения лучших условий исполнения контракта, предложенных в заявках на участие в конкурсе, конкурсная комиссия должна оценивать и сопоставлять такие заявки по цене контракта и иным критериям, указанным в конкурсной документации. Критерии, которые могут быть применены, перечислены в части 4 статьи 28 Закона. Таким образом, установление единственного критерия оценки заявок на участие в конкурсе – «цена контракта», является нарушением части 4 статьи 28 Закона.

На основании изложенного и руководствуясь частью 9 статьи 17, частью 6 статьи 60 Федерального закона от 21.07.2005 № 94-ФЗ «О размещении заказов на поставки товаров, выполнение работ, оказание услуг для государственных и муниципальных нужд», Комиссия Тверского УФАС России

решила:

1. Признать жалобу ООО «ДХ Консалтинг» обоснованной.
2. Признать Департамент финансов Тверской области и Департамент государственного заказа Тверской области нарушившими части 1-2 статьи 11, часть 2.1 статьи 22 и части 3-4 статьи 25 и часть 4 статьи 28 Закона.
3. Выдать Департаменту финансов Тверской области и Департаменту государственного заказа Тверской области предписание об устранении нарушений законодательства о размещении заказов.

Настоящее решение может быть обжаловано в судебном порядке в течение трех месяцев со дня его принятия.

Председатель Комиссии Л.В. Посохова
Члены Комиссии В.М. Фомин
Е.И. Петрова
В.Ю. Бровкин

20 апреля 2009 г. г. Тверь

Комиссия Управления Федеральной антимонопольной службы по Тверской области (далее – Тверское УФАС России) по контролю в сфере размещения заказов (далее – Комиссия) в следующем составе:

председатель Комиссии: Посохова Л.В. - заместитель руководителя управления,
члены Комиссии:

Фомин В.М. – заместитель руководителя – начальник отдела контроля размещения государственного заказа,

Петрова Е.И. – ведущий специалист-эксперт отдела контроля размещения государственного заказа,

Бровкин В.Ю. – специалист 1 разряда отдела контроля размещения государственного заказа,

в присутствии представителей:

- Департамента финансов Тверской области: Иванова П.В., Носкова Д.А., Танкова Д.В.,

- Департамента государственного заказа Тверской области: Антоновой М.В. (по доверенности от 12.01.2009 № 1-03), Ефременкова М.Н., Черновой И.С. (по доверенности от 27.01.2009 № 7803),

на основании решения от 20.04.2009 по делу № 05-6/27-2009 и в соответствии с пунктом 1 части 9 статьи 17 и частью 6 статьи 60 Федерального закона от 21.07.2005 № 94-ФЗ «О размещении заказов на поставки товаров, выполнение работ, оказание услуг для государственных и муниципальных нужд» (далее – Закон)

предписывает:

Департаменту финансов Тверской области и Департаменту государственного заказа Тверской области прекратить нарушения Закона:

1. Аннулировать торги и разместить заказ на право заключения государственного контракта на оказание услуг по сопровождению в 2009 году программного продукта – автоматизированной системы управления бюджетным процессом путем проведения открытого аукциона либо привести конкурсную документацию в соответствие с требованиями Закона.

2. Исключить из документации требование о предоставлении документов, подтверждающих право участника размещения заказа на оказание услуг по сопровождению программного продукта.

3. В случае внесения изменений в конкурсную документацию:

- раздел «Оценка и сопоставление заявок на участие в конкурсе» Информационных карт дополнить критериями оценки, предусмотренными частью 4 статьи 28 Закона;

- продлить срок подачи заявок на участие в конкурсе не менее чем на двадцать дней со дня опубликования в официальном печатном издании и размещения на официальном сайте изменений, внесенных в конкурсную документацию.

4. Поданные ранее заявки на участие в конкурсе вернуть участникам размещения заказа с уведомлением о прекращении действия данных заявок и о возможности подать новые заявки.

5. В срок до 11.05.2009 представить в Тверское УФАС России информацию об исполнении настоящего предписания с приложением заверенных надлежащим образом документов.

Примечание: Кодексом Российской Федерации об административных правонарушениях предусмотрена ответственность за неисполнение предписания органа исполнительной власти, уполномоченного на осуществление контроля в сфере размещения заказов на поставки товаров, выполнение работ, оказание услуг для государственных или муниципальных нужд. В случае неисполнения предписания Тверское УФАС России вправе обратиться в суд, арбитражный суд с требованием о понуждении совершения действий, соответствующих законодательству Российской Федерации, с заявлением в защиту прав и законных интересов участников размещения заказа.

Председатель Комиссии Л.В. Посохова

Члены Комиссии В.М. Фомин

Е.И. Петрова

В.Ю. Бровкин