

Решение по результатам рассмотрения жалоб

участников закупки № 003/06/69-231/2020

«08» апреля 2020 года

город Улан-Удэ

Комиссия Управления Федеральной антимонопольной службы по Республике Бурятия по контролю в сфере закупок (далее - Комиссия) в составе:

<...>

в присутствии представителей:

Администрации Главы Республики Бурятия и Правительства Республики Бурятия (далее-Заказчик) <...> (доверенность от 08.04.2020 № 01.08-111-и2806), <...> (доверенность от 08.04.2020 № 01.08-111-и2805),

Республиканского агентства по государственным закупкам (далее – Уполномоченный орган) <...> (доверенность от 07.04.2020 №16),

в отсутствие ООО «Глобал Мониторинг» (далее – Заявитель, Общество), уведомленного о месте и времени рассмотрения жалоб,

рассмотрев жалобу ООО «Глобал Мониторинг» (вх. от 26.03.2020 № 1810) на действия Заказчика, Уполномоченного органа при проведении открытого конкурса в электронной форме: «Оказание услуг по доработке республиканской государственной информационной системы "Активный гражданин Республики Бурятия", номер извещения – 010220000162000057 (далее – Конкурс), и в результате осуществления внеплановой проверки в соответствии с пунктом 1 части 15 статьи 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), руководствуясь Административным регламентом, утвержденным приказом ФАС России от 19.11.2014 № 727/14 (далее – Административный регламент),

у с т а н о в и л а:

Заявитель обжалует положения аукционной документации в части непредставления Заказчиком исходного кода программного обеспечения, которое установлено у Заказчика, что делает невозможным исполнение контракта победителем закупки, поскольку при доработке информационной системы требуется вносить изменения в исходный код указанного ПО.

Заказчику был направлен запрос разъяснений положений документации и порядка исполнения ТЗ. В полученном ответе Заказчик сообщил, что не сможет предоставить исходный код ПО в связи с его отсутствием, по указанному вопросу посоветовал обратиться к правообладателю. Согласно полученному ответу указанного правообладателя ПО - ООО «ЭйТи Сибирь», в предоставлении исходного кода было отказано. Кроме того, поскольку указанного ПО является лицензионным, изменение его исходного кода без наличия соответствующих прав на его изменение, является незаконным, нарушающим авторские права в соответствии с ГК РФ. Следовательно, требования Заказчика о доработке информационной системы без наличия исходного кода ПО и необходимых лицензионных прав являются незаконными и противоречащими законодательству РФ.

Не предоставление Заказчиком вышеуказанных исходных данных ставит участников закупки в неравные условия, которые не могут ознакомиться с исходными данными и исполнить контракт, по отношению к тем участникам, которые по тем или иным причинам обладают указанным ПО или уже ознакомлены с указанной информацией.

В данном случае Заказчиком нарушены принципы открытости, прозрачности, а также обеспечения конкуренции, установленные Законом о контрактной системе.

Также Заказчиком в нарушение требований п.4. ст.65 Закона о контрактной системе опубликован ответ на запрос разъяснений от 18.03.2020г. с указанием участника от которого поступил указанный запрос. Просит признать жалобу обоснованной и выдать предписание.

Представители Заказчика с доводами жалобы не согласились, дали пояснения согласно письменному отзыву. Предметом закупки является доработка республиканской государственной информационной системы «Активный гражданин Республики Бурятия» состоящей из следующих программ для ЭВМ:

Программа "Smart-People" (правообладатель ООО «ЭйТи Сибирь», номер регистрации в Роспатенте №2016611777);

CentOS 7 (программное обеспечение с открытым кодом);

Система управления базами данных;

Веб-сервер;

В соответствии с пунктом 3 статьи 1296 Гражданского кодекса Российской Федерации (далее - ГК РФ), в случае, когда в соответствии с договором между подрядчиком (исполнителем) и заказчиком исключительное право на программу для ЭВМ или базу данных принадлежит подрядчику (исполнителю), заказчик вправе использовать такую **программу** или такую базу данных для собственных нужд на условиях безвозмездной простой (неисключительной) лицензии в течение всего срока действия исключительного права.

В соответствии с Государственным контрактом от 04.09.2017 № 86 на оказание услуг по модернизации программного обеспечения для организации проведения опросов общественного мнения, инициатив граждан с использованием Федеральной государственной информационной системы «Единая система идентификации и аутентификации» (РГИС «Активный гражданин Республики Бурятия»), Заказчику (Администрация Главы Республики Бурятия и Правительства Республики Бурятия), согласно сублицензионному договору от 01.11.2017, предоставлены права на использование программного обеспечения на срок действия исключительных прав правообладателя (ООО «ЭйТи Сибирь», номер регистрации в Роспатенте № 2016611777), на условиях простой (неисключительной) лицензии.

В связи с вышеизложенным. Заказчик не имеет права на передачу сторонним организациям исходного кода программного обеспечения.

Конкурсная документация содержит необходимую информацию о лице, являющемся правообладателем программного обеспечения и позволяет установить его контактные данные для заключения юридически значимых договорных отношений по передаче прав на доработку программного обеспечения. Кроме того, Заявитель не представил обращение к правообладателю и его ответ. Просят признать жалобу необоснованной.

Представитель Уполномоченного органа пояснила, что способом закупки **является открытый конкурс в электронной форме**. Порядок дачи запроса на разъяснение в открытом конкурсе в электронной форме регламентируется частью 7 и 8 статьи 54.7 Закона о контрактной системе. Заявитель же ссылается на положения п. 4 ст. 65 Закона о контрактной системе, которая регламентирует порядок разъяснения положений документации **в отношении электронного аукциона**.

В указанных положениях частей 7 и 8 статьи 54.3 Закона требование о том, что заказчик размещает в единой информационной системе разъяснения положений документации об

открытом конкурсе в электронной форме без указания участника такого электронного конкурса, отсутствует. Просит признать жалобу необоснованной.

В результате рассмотрения жалобы, изучения представленных сторонами документов и пояснений, Бурятское УФАС России установила следующее:

04.03.2020 в Единой информационной системе размещено извещение о проведении Конкурса № 010220000162000057 и конкурсная документация. Начальная (максимальная) цена контракта – 4 023 000,00 рублей.

1. 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:

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 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.

Пунктом 1 части 1 статьи 54.3 Закона о контрактной системе установлено, что конкурсная документация наряду с информацией, указанной в извещении о проведении открытого конкурса в электронной форме, должна содержать наименование и описание объекта закупки и условий контракта в соответствии со ст. 33 Закона о контрактной системе, в том числе обоснование начальной (максимальной) цены контракта, начальных цен единиц товара, работы, услуги.

Объектом закупки является оказание услуг по доработке республиканской государственной информационной системы «Активный гражданин Республики Бурятия».

Согласно пункту 1.6 Технических требований (приложение №1 к государственному контракту) программное обеспечение системы Заказчика поставлено по государственному контракту от 28.04.2017 № 24, заключенному с ПАО «Ростелеком». Неисключительные права на использование программы для ЭВМ, входящей в состав системы, переданы согласно лицензионному договору от 01.11.2017, сроком на период действия исключительного права на программу для ЭВМ, по государственному контракту от 04.09.2017 № 86 на условиях простой (неисключительной) лицензии.

Система является совокупностью программ для ЭВМ и аппаратных средств, взаимно настроенных для реализации целей и назначения Системы.

Система состоит из:

Программы для ЭВМ:

Информационная система проведения опросов общественного мнения «Строительство дорог» и «Благоустройство дворовых территорий» с использованием Федеральной государственной информационной системы «Единая система идентификации и аутентификации» (правообладатель ООО «ЭйТи Сибирь», номер регистрации в Роспатенте №2016611777);

CentOS 7 (программное обеспечение с открытым кодом);

Система управления базами данных;

Веб-сервер;

Аппаратные средства:

Хосты виртуализации на базе серверов HP;

Телекоммуникационное оборудование Cisco;

Системы хранения данных EMC, HP, Brocade.

Довод Заявителя о том, что Заказчик необоснованно не предоставил в составе документации исходный код ПО является необоснованным в силу следующего.

Программное обеспечение системы Заказчика поставлено ранее по государственному контракту, у Заказчика имеются неисключительные права на использование программы для ЭВМ, входящей в состав системы, которые переданы по сублицензионному договору.

В соответствии с пунктом 1 статьи 1229 ГК РФ лицо, обладающее исключительным правом на результат интеллектуальной деятельности или на средство индивидуализации (правообладатель), вправе использовать такой результат или такое средство по своему усмотрению любым не противоречащим закону способом. Правообладатель может распоряжаться исключительным правом на результат интеллектуальной деятельности или на средство индивидуализации (статья 1233), если Кодексом не предусмотрено иное. Правообладатель может по своему усмотрению разрешать или запрещать другим лицам использование результата интеллектуальной деятельности или средства индивидуализации. Отсутствие запрета не считается согласием (разрешением).

В соответствии с частью 1 статьи 1233 ГК РФ 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). Заключение лицензионного договора не влечет за собой переход исключительного права к лицензиату. Также в силу части 1 статьи 1238 Гражданского кодекса РФ при письменном согласии лицензиара лицензиат может по договору предоставить право использования результата интеллектуальной деятельности или средства индивидуализации другому лицу (сублицензионный договор).

Комиссия УФАС отмечает, что частью 9 статьи 105 Закона о контрактной системе предусмотрено, что к жалобе прикладываются документы, подтверждающие ее обоснованность. При этом жалоба должна содержать перечень прилагаемых к ней документов.

Следовательно, бремя доказывания при рассмотрении жалобы в контрольном органе в сфере закупок Законом о контрактной системе возлагается на лицо, подавшее жалобу на соответствующие действия Заказчика в порядке Главы 6 Закона о контрактной системе.

В нарушение требований части 9 статьи 105 Закона о контрактной системе, Заявителем не представлено доказательств того обстоятельства, что содержащиеся в документации требования необоснованно создали одним участникам закупки преимущество перед другими, являются непреодолимыми для некоторых участников закупки, а также каким-либо иным образом повлекли за собой ограничение количества участников закупки.

2. Согласно пункту 7 части 1 статьи 54.3 Закона о контрактной системе конкурсная документация наряду с информацией, указанной в извещении о проведении открытого конкурса в электронной форме, должна содержать порядок предоставления участникам закупки разъяснений положений конкурсной документации, даты начала и окончания срока такого предоставления.

В соответствии с частью 7 статьи 54.3 Закона о контрактной системе любой участник открытого конкурса в электронной форме, зарегистрированный в единой информационной системе и аккредитованный на электронной площадке, вправе направить оператору электронной площадки с использованием программно-аппаратных средств электронной площадки, на которой планируется проведение такого открытого конкурса в электронной форме, запрос о даче разъяснений положений конкурсной документации.

Согласно части 8 статьи 54.3 Закона о контрактной системе в течение двух рабочих дней с даты поступления от оператора электронной площадки указанного в части 7 статьи 54.3 Закона о контрактной системе запроса заказчик размещает в единой информационной системе разъяснения положений конкурсной документации с указанием предмета запроса при условии, что указанный запрос поступил к заказчику не позднее чем за пять дней до даты окончания срока подачи заявок на участие в открытом конкурсе в электронной форме.

Требование о размещении разъяснения положений документации об открытом конкурсе в электронной форме без указания участника такого электронного конкурса отсутствует, в связи с чем довод Заявителя является необоснованным.

На основании вышеизложенного, руководствуясь пунктом 1 части 15 статьи 99, частью 8 статьи 106 Закона о контрактной системе, Комиссия Бурятского УФАС России

р е ш и л а:

Признать жалобу ООО «Глобал Мониторинг» необоснованной.

Настоящее решение может быть обжаловано в арбитражном суде в течение трех месяцев со дня его вынесения.