

Решение № 04-01/200-2015

по жалобе ООО «ЛОРА»

(закупка № 0190200000315006689)

13 августа 2015 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:

<...>,

в присутствии:

<...> – представитель Департамента государственного жилищного надзора ЯНАО (по доверенности № 90 от 10.08.2015),

рассмотрев жалобу ООО «ЛОРА» (г. Уфа, Республика Башкортостан) на действия Заказчика - Департамента государственного жилищного надзора ЯНАО при осуществлении закупки «Оказание услуг по предоставлению неисключительных прав на использование антивирусного программного обеспечения» (закупка № 0190200000315006689),

УСТАНОВИЛА:

В Управление Федеральной антимонопольной службы по Ямало-Ненецкому автономному округу поступила на рассмотрение жалоба ООО «ЛОРА» на действия Заказчика - Департамента государственного жилищного надзора ЯНАО при осуществлении закупки «Оказание услуг по предоставлению неисключительных прав на использование антивирусного программного обеспечения» (закупка № 0190200000315006689).

По мнению Заявителя, Заказчик необоснованно уклоняется от заключения контракта на оказание услуг по предоставлению неисключительных прав на использование антивирусного программного обеспечения.

Кроме того, Заявитель считает, что ведением переговоров с ООО «ЛОРА» Заказчик нарушил требования ст. 46 Закона о контрактной системе № 44-ФЗ.

Рассматривая доводы жалобы, проведя внеплановую проверку соблюдения Заказчиком положений Закона о контрактной системе при осуществлении закупки № 0190200000315006689, Комиссия контрольного органа установила следующее.

Доводы заявителя:

29.07.2015 15:29 МСК Заявителю на подписание направлен проект контракта, нарушающий требования Федерального закона от 05.04.2013 № 44-ФЗ (ред. от 13.07.2015) «О контрактной системе в сфере закупок товаров, работ, услуг для

обеспечения государственных и муниципальных нужд» и требования Аукционной документации, а именно:

В соответствии с ч. 2 ст. 70 Федерального закона № 44-ФЗ «В течение пяти дней с даты размещения в единой информационной системе указанного в части 8 статьи 69 вышеуказанного 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.

31.07.2015г. 13:23 МСК на основании части 4 статьи 70 нами на ЭТП «Сбербанк АСТ» направлен Протокол разногласий, в котором мы руководствуясь статьей 34, частью 2 статьи 70 Федерального закона № 44-ФЗ «О контрактной системе в сфере закупок товаров, работ, услуг для обеспечения государственных и муниципальных нужд» от 05.04.2013 года, в соответствии с требованиями Аукционной документации, в частности требованиями «Инструкции по подготовке заявки на участие в электронном аукционе» просим внести в проект Контракта изменения.

04.08.2015 16:18 МСК Заказчиком направлен «Отказ в подписании протокола разногласий.pdf» со следующей мотивацией: «Предметом государственного контракта является оказание услуг по предоставлению неисключительных прав на использование антивирусного программного обеспечения», а не оказание услуг по предоставлению неисключительных прав на использование антивирусного программного обеспечения», т.е. по мнению Заказчика первая часть заявки участника должна заполняться в соответствии с п.п 3.3.2.2 п. 3.3 «Требования к содержанию, составу заявки на участие в электронном аукционе» ИНСТРУКЦИИ ПО ПОДГОТОВКЕ ЗАЯВКИ НА УЧАСТИЕ В ЭЛЕКТРОННОМ АУКЦИОНЕ и должна содержать только «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», в то время как нами первая часть заявки заполнена в соответствии с п.п 3.3.2.3 п. 3.3 «Требования к содержанию, составу заявки на участие в электронном аукционе» ИНСТРУКЦИИ ПО ПОДГОТОВКЕ ЗАЯВКИ НА УЧАСТИЕ В ЭЛЕКТРОННОМ АУКЦИОНЕ, т.е. при заключении контракта на выполнение работы или оказание услуги, для выполнения или оказания которых используется товар и наша заявка содержит не только согласие, но и конкретные показатели товара.

Заказчик указывает, что Аукционная документация подготовлена как оказание услуг без использования товара, а «Государственный контракт на оказание услуг по предоставлению неисключительных прав на использование антивирусного программного обеспечения» является Контрактом на оказание услуг, т.к. Исполнитель лишь оказывает услуги по предоставлению неисключительных прав (т.е. не передает программное обеспечение, а лишь!?! Предоставляет услуги пользования им)».

Заказчик также ссылается, что в документации имеется рекомендуемая форма первой части заявки, по которой участник должен заполнить первую часть заявки и указать согласие, однако, согласно ч. 2 ст. 64 Федерального закона № 44-ФЗ Документация об электронном аукционе не может содержать требования к

оформлению и форме заявки на участие в таком аукционе и наоборот должна содержать требования к составу заявки на участие в таком аукционе в соответствии с частями 3-6 ст. 66 Федерального закона № 44-ФЗ, но как раз состав первой части заявки Заказчик не конкретизирует и в п.п. 3.3.2 «Инструкции по подготовке заявки на участие в электронном аукционе» Заказчик указывает все возможные варианты заполнения первой части заявки на выбор участника.

Таким образом согласно требованиям Аукционной документации Участник закупки сам определяет состав первой части заявки исходя из норм и требований Федерального закона № 44-ФЗ и ГК РФ.

Согласно п.1.4.1 Информационной карты электронного аукциона, п. 1.1 проекта Государственного контракта предметом договора является обязанность Исполнителя оказать услуги по предоставлению неисключительных прав на использование антивирусного программного обеспечения.

Согласно статьи 1225 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 (интеллектуальной собственностью) и охраняются законом.

В соответствии со Ст. 1226 ГК РФ На результаты интеллектуальной деятельности и приравненные к ним средства индивидуализации (результаты интеллектуальной деятельности и средства индивидуализации) признаются интеллектуальные права, которые включают исключительное право, являющееся имущественным правом, в свою очередь имущественное право — право, охраняющее и описывающее свойства материальных объектов права собственности.

В соответствии с ч.1 ст. 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.

В соответствии со Ст. 1236 ГК РФ к лицензионному договору относится предоставление лицензиату права использования результата интеллектуальной деятельности или средства индивидуализации с сохранением за лицензиаром права выдачи лицензий другим лицам (простая (неисключительная) лицензия);

В соответствии с пунктом 1 статьи 1286 ГК РФ по лицензионному договору одна сторона - обладатель исключительного права на программу для ЭВМ (лицензиар) предоставляет или обязуется предоставить другой стороне (лицензиату) право использования этой программы в предусмотренных договором пределах. Согласно абзацу 2 пункта 1 статьи 1235 ГК РФ лицензиат может использовать программу только в пределах тех прав и теми способами, которые предусмотрены договором. Право использования такой программы, прямо не указанное в

лицензионном договоре, не считается предоставленным лицензиату.

Таким образом ст. 1225, ст. 1226, ст. 1233, ст. 1235, ст. 1236, ст. 1286 ГК РФ четко определяют, что неисключительное право на программы для ЭВМ, то есть, имущественное право на неисключительной основе, подразумевает ограниченное право его обладателя использовать такие программы в определенных договором пределах. Передаются неисключительные права на использование программ для ЭВМ посредством заключения лицензионного (сублицензионного) договора с правообладателем этих программ. Право использования такой программы, прямо не указанное в лицензионном договоре, не считается предоставленным лицензиату. Лицензионный договор заключается в письменной форме. Несоблюдение письменной формы влечет недействительность лицензионного договора (ч. 2 ст. 1235 ГК РФ), т.е. по договору Оказания услуг передача неисключительных прав не легитимна.

Проект Государственного контракта, представленный Заказчиком в аукционной документации соответствует требованиям, которые предъявляются к Лицензионным (Сублицензионным) договорам статьями 1235, 1236 ГК РФ, а именно:

1. Предметом договора является право оказать услуги по предоставлению неисключительных прав на использование антивирусного программного обеспечения, что соответствует ч. 1 ст. 1235 ГК РФ.
2. Контракт заключается в письменной форме, что соответствует ч. 2 ст. 1235 ГК РФ;
3. Действие контракта распространяется на территории Российской Федерации ч. 3 ст. 1235 ГК РФ
4. В п. 1.6 Государственного Контракта указан срок на который передаются Неисключительные права на использование программных средств антивирусной защиты (24 (двадцать четыре) месяца с момента активации лицензионного ключа).
5. Разделом 2 Государственного контракта предусмотрена оплата услуг по передаче неисключительных прав на использование программного обеспечения – ч. 5 ст. 1235 ГК РФ, т.к неисключительные права налогом на добавленную стоимость не облагаются п.п 26 п. 2 НК РФ указание на наличие НДС отсутствует..
6. Контракт содержит требование по предоставлению лицензии, лицензионного ключа, что под собой подразумевает предоставление лицензионного соглашения, в котором оговорены способы использования результата интеллектуальной деятельности, что соответствует ч. 6 ст. 1235 ГК РФ.

В целом проект Государственного контракта, представленный Заказчиком имеет признаки как гражданско-правового, так и лицензионного договоров – является комбинацией различных типов договоров, что не возбраняется Гражданским кодексом РФ, это относится, например, к наименованию сторон контракта, но это не суть важно.

Опять же указание Заказчика, на то что «Исполнитель лишь оказывает услуги по предоставлению неисключительных прав (т.е. не передает программное обеспечение», является инсинуацией, т.к исходя из смысла статей 1227, 1229, 1233 ГК РФ программное обеспечение как таковое продаже не подлежит, т.к. является

результатом интеллектуальной деятельности, а существует порядок передачи исключительных, либо не исключительных прав на использование программного обеспечения.

Федеральным законом № 44-ФЗ отдельно не выделено понятие Лицензионного (Сублицензионного) договора, т.е. контракта на передачу прав на использование интеллектуальной деятельности, а предусмотрено три варианта контрактов:

1. Контракт на поставку товара;
2. Контракт на выполнение работы или оказание услуги;
3. Контракт на выполнение работы или оказание услуги, для выполнения или оказания которых используется товар.

В свою очередь процесс передачи права на использование программного обеспечения, как результата интеллектуальной деятельности наиболее близок по смыслу к оказанию услуг для выполнения или оказания которых используется товар, т.к. имеет характерные признаки, а именно:

1. Имеется производитель – разработчик, правообладатель;
2. Имеется наименование, зарегистрированный торговый знак (к примеру DrWeb, ESETNOD32 для антивирусного ПО)
3. Имеется Страна происхождения.
4. Имеются Конкретные показатели, функциональные значения, свойства.

На основании приведенных доводов и в связи с отсутствием конкретики в Аукционной документации по составу первой части заявки на участие в аукционе в электронной форме, руководствуясь положениями п. 3 ч. 3 ст. 66 Федерального закона № 44-ФЗ, ГК РФ, в соответствии с требованиями раздела 3. ИНСТРУКЦИИ ПО ПОДГОТОВКЕ ЗАЯВКИ НА УЧАСТИЕ В ЭЛЕКТРОННОМ АУКЦИОНЕ п. 3.3.2 п.п. 3.3.2.3, заявка была заполнена нами с наличием согласия на оказание услуг по предоставлению неисключительных прав на использование антивирусного программного обеспечения, и конкретных показателей объекта закупки.

Заказчиком в Аукционной документации приведены показатели эквивалентности антивирусного программного обеспечения без указания конкретного наименования, товарного знака, производителя как того требует ч. 1 ст. 33 Федерального закона № 44-ФЗ. За основу приняты характеристики программного обеспечения производства ЗАО «Лаборатория Касперского». Эквивалентное антивирусное программное обеспечение других производителей, как правило, имеют некоторые отличия по техническим характеристикам, однако, общий уровень защиты антивирусных программных средств иных производителей зачастую не уступает по своим параметрам защиты, полностью соответствует требованиям нормативной документации в области защиты информации и Технического задания по данному аукциону, касающегося антивирусной защиты, а по ценовым предложениям имеют преимущество по сравнению с АПО ООО «Лаборатория Касперского». Все, что нужно было сделать Заказчику – это конкурсной комиссии оценить полноту соответствия показателей программного обеспечения предложенного нами, тем показателям, которые необходимы

заказчику не нарушая при этом федеральное законодательство в сфере государственных закупок, а именно п. 1 ч. 1 статьи 33 Федерального закона от 05.04.2013г № 44-ФЗ «О контрактной системе в сфере закупок товаров, работ, услуг для обеспечения государственных и муниципальных нужд», части 1 статьи 17 Закона № 135-ФЗ «О защите конкуренции», запрещающих совершать действия, которые ведут или могут привести к ограничению или устранению конкуренции путем введения в техническое задание ограничительных требований приводящих к ограничению конкуренции.

Как уже упоминалось выше Первая часть нашей Заявки на участие в Аукционе в электронной форме рассмотрена конкурсной комиссией, признана соответствующей требованиям Аукционной документации, в том числе требованиям раздела 3. ИНСТРУКЦИЯ ПО ПОДГОТОВКЕ ЗАЯВКИ НА УЧАСТИЕ В ЭЛЕКТРОННОМ АУКЦИОНЕ п. 3.3.2 п.п. 3.3.2.3, показателям эквивалентности, приведенным в Аукционной документации и допущена к участию в аукционе.

В результате проведения торгов у нас была возможность снизить цену контракта более чем на 50%, что, безусловно, в интересах Заказчика

Трактовка Заказчиком данной закупки как оказание услуг, отбрасывая в сторону тот факт, что Аукционной документацией, в том числе проектом Государственного контракта предусматривается оказание услуг по предоставлению неисключительных прав на использование антивирусного программного обеспечения, Заказчик умышленно меняет предмет закупки, с целью снижения цены контракта без учета фактора эквивалентности, что не допустимо Законом о контрактной системе.

Указание Заказчиком на наличие в проекте контракта Технического задания с заполненными техническими параметрами в данном случае не имеет значения т.к. в соответствии с частью 2 статьи 70 Федерального закона № 44-ФЗ в проект Контракта должны быть внесены сведения, касающиеся наименования, товарных знаков и конкретных показателей из первой части заявки Участника.

Так же следует указать на тот факт, что при определении максимальной цены контракта, Заказчиком запрашивались услуги именно по предоставлению неисключительных прав на использование антивирусного программного обеспечения, а у различных разработчиков (правообладателей) цены на неисключительные права могут значительно отличаться, а это значит, что в коммерческих предложениях полученных Заказчиком для обоснования максимальной цены контракта в обязательном порядке должно быть указание на какое именно антивирусное программное обеспечение передаются права по той цене, которая указана в коммерческих предложениях.

Возражения Заказчика:

Заявитель ссылается на нарушение Заказчиком норма права, изложенных в части 2 статьи 70 Федерального закона о контрактной системе, указывая при этом, что Заказчик в проекте контракта не указал информацию о товаре, указанную в его заявке.

Однако данная норма права применяется, если объектом закупки была поставка товара или оказание услуги с использованием товара.

В данном случае объектом закупки было оказание услуг без использования товара, а именно – оказание услуг по предоставлению неисключительных прав на использование антивирусного программного обеспечения.

Аукционная документация подготовлена как оказание услуг без использования товара, т.к. Исполнитель оказывает услуги по предоставлению неисключительных прав (т.е. не передает программное обеспечение, а предоставляет услуги пользования им).

Подтверждением того, что аукционная документация подготовлена как услуги без использования товара является заполненное техническое задание проекта государственного контракта, которое при заключении госконтракта является неотъемлемой частью и изменению не подлежит в соответствии с пунктом 2 статьи 34 Закона о контрактной системе.

В период срока подачи заявок одним из участников электронного аукциона был направлен запрос с просьбой заменить в проекте контракта «акт сдачи-приемки оказанных услуг» на «акт приема-передачи неисключительных прав». По данному запросу Заказчик указал об отсутствии необходимости внесения изменений в проект контракта и сообщил, что документом, подтверждающим факт оказания услуг в соответствии с проектом госконтракта, является акт сдачи-приемки оказанных услуг.

Заявитель предоставил согласие оказать услуги на условиях, предусмотренных документацией об электронном аукционе. В соответствии с пунктом 2 части 3 статьи 66 Закона о контрактной системе и пунктом 3.3.2.2 Инструкции по подготовке заявки на участие в электронном аукционе, в первой части заявки участникам достаточно предоставить согласие на оказание услуги на условиях, предусмотренных документацией о таком аукционе.

Также в документации имеется рекомендуемая форма согласия участника аукциона на выполнение работ, оказание услуг (где необходимо только согласие на оказание услуги на условиях, предусмотренных документацией об электронном аукционе).

Заявитель указывает на то, что участник закупки сам определяет состав заявки. Однако указанное право участника не трансформируется в право менять объект закупки с «оказание услуг» на «оказание услуг с использованием товара».

Заявитель был допущен к аукциону в связи с тем, что исполнил требование в соответствии с пунктом 2 части 3 статьи 66 Закона о контрактной системе.

Приложенные Заявителем документы не рассматривались, так как их предоставление не является обязательным и при допуске к участию в аукционе на оказание услуг Заказчик не вправе проводить их оценку, а лишь фиксирует полученное согласие участника оказать услугу.

Заявитель указывает на то, что он при подаче заявки руководствовался пунктом 3 части 3 статьи 66 Закона о контрактной системе. Однако в случае, когда объектом закупки является оказание услуг с использованием товара, документация готовится иным образом – в ней технические характеристики на товар не указываются, а заполняются при заключении контракта на основании

предложения победителя аукциона.

При проведении закупки № 0190200000315006689 документация уже содержала проект контракта, в котором было указано фиксированное техническое задание на услугу.

Заявитель в своей жалобе пытается указать на действия Заказчика в уклонении от подписания контракта. Однако фактически Заявитель указывает на то, что Заказчиком неправильно была подготовлена документация, так как программы для ЭВМ являются товаром, а формирование документации только лишь как на услугу, без указания наименования товарного знака, ограничивает конкуренцию.

Заявитель, по мнению Заказчика, пропустил срок для обжалования положения документации об электронном аукционе.

Подписанный Государственный контракт на условиях, указанных в документации, от ООО «ЛОРА» не поступал, был направлен протокол разногласий, согласно которому ООО «ЛОРА» просит заключить Государственный контракт на условиях, которые не соответствуют проекту.

Заказчиком принято решение об отказе в подписании протокола разногласий. Подписание протокола разногласий могло бы привести к нарушению требований пункта 2 статьи 34 Закона о контрактной системе.

Выводы Комиссии:

В соответствии с пунктом 1 статьи 34 Закона о контрактной системе контракт заключается на условиях, предусмотренных извещением об осуществлении закупки или приглашением принять участие в определении поставщика (подрядчика, исполнителя), документацией о закупке, заявкой, окончательным предложением участника закупки, с которым заключается контракт, за исключением случаев, в которых в соответствии с настоящим Федеральным законом извещение об осуществлении закупки или приглашение принять участие в определении поставщика (подрядчика, исполнителя), документация о закупке, заявка, окончательное предложение не предусмотрены.

Согласиться с позицией Заказчика. Довод Заявителя не обоснован.

Доводы заявителя:

По результатам проведения аукциона в электронной форме заказчиком подписан и опубликован на электронной торговой площадке «Сбербанк-АСТ» Протокол подведения итогов электронного аукциона № 0190200000315006689-3п от «28» июля 2015 года, в соответствии с которым мы признаны победителем Аукциона.

Данный протокол был опубликован на ЭТП «Сбербанк -АСТ» 28.07.2015 10:40 МСК.

До выявления победителя электронного аукциона и публикации протокола подведения итогов на корпоративный телефонный номер нашей организации +7-967-450-7777, указанный во второй части заявки на участие в аукционе в электронной форме в 27.08.2015г. 10:36 (GMT+3) поступил телефонный звонок с телефонного номера 8(34922)3-99-94, что подтверждается детализацией услуг связи Биллинговой системы Amdocs оператора телефонной связи ОАО

«Вымпелком».

Данный телефонный номер принадлежит Департаменту государственного жилищного надзора Ямало-Ненецкого автономного округа, являющегося Заказчиком данной закупки и указан на фирменном бланке организации, а также в официальном письме об отказе в подписании 1 пункта протокола разногласий за подписью Директора департамента <...>, исп. <...>.

В течении 9 минут должностное лицо от имени Заказчика, представившееся <...>, требовало от нас по государственному контракту оказать услуги на передачу неисключительных пользовательских прав на программное обеспечение производства ЗАО «Лаборатория Касперского», а именно Kaspersky Endpoint Security для бизнеса, угрожало обращением в УФАС, суд и занесением нас в реестр недобросовестных поставщиков, в случае, если мы потребуем внести в контракт данные по нашей заявке.

Данное действие со стороны Заказчика является грубым нарушением статьи 46 Закона о контрактной системе, запрещающей проведение переговоров с участником закупки до выявления победителя закупки.

Возражения Заказчика:

Заказчик на данный довод Заявителя возражения не представил.

Выводы Комиссии:

Как показала внеплановая проверка соблюдения Заказчиком положений Закона о контрактной системе при осуществлении закупки № 0190200000315006689, процедура электронного аукциона проходила 24.07.2015 в период времени с 07:32:03 до 08:10:58 (время московское). Таким образом, победитель электронного аукциона определен 24 июля 2015 года в 08 часов 10 минут 58 секунд (время московское).

Таким образом, звонок сотрудника Заказчика, который был осуществлен (по информации Заявителя) 27.08.2015 г. 10:36 (GMT+3) (здесь, возможно, Заявитель допустил опечатку и следует читать 27.07.2015) ни коим образом не повлиял на выбор победителя электронного аукциона, который был уже определен 24.07.2015.

Выводы Комиссии:

Комиссия не усматривает в действии Заказчика нарушений статьи 46 Закона о контрактной системе. Довод Заявителя не обоснован.

Руководствуясь ч. 22 ст. 99, ч. 8 ст. 106 Закона о контрактной системе, Комиссия

РЕШИЛА:

Признать жалобу ООО «ЛОРА» на действия Заказчика – Департамента государственного жилищного надзора Ямало-Ненецкого автономного округа при осуществлении закупки «Оказание услуг по предоставлению неисключительных прав на использование антивирусного программного обеспечения» (закупка №

0190200000315006689) необоснованной.

В соответствии с ч. 9 ст. 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.

Председатель комиссии

Члены комиссии