

УПРАВЛЕНИЕ ФЕДЕРАЛЬНОЙ АНТИМОНОПОЛЬНОЙ СЛУЖБЫ

ПО ТЮМЕНСКОЙ ОБЛАСТИ

625048, г. Тюмень, ул. Холодильная, 58а тел. 50-31-55

РЕШЕНИЕ

по делу № 072/01/17-116/2023

Резолютивная часть объявлена 23.11.2023

Решение в полном объеме изготовлено 07.12.2023 г. Тюмень

Комиссия Управления Федеральной антимонопольной службы по Тюменской области по рассмотрению дела о нарушении антимонопольного законодательства в составе:

«...»

рассмотрев в режиме видеоконференцсвязи, посредством плагина «TrueConf» дело № 072/01/17-116/2023 по признакам нарушения ГКУ ТО «...» (далее также - ГКУ ТО «...», Учреждение, Ответчик) ч. 1 ст. 17 Федерального закона РФ от 26.07.2006 № 135-ФЗ «О защите конкуренции» (далее также – Закон о защите конкуренции), выразившегося в ограничении конкуренции при проведении закупочных процедур на заключение договора по оказанию услуг по созданию, сопровождению и модернизации ГИС «...»,

в присутствии представителей:

Ответчика – «...»(Доверенность №27 от 30.03.2023 г.);

представителя заинтересованного лица - ООО «...». (выписка из ЕГРЮЛ от 23.11.2023 г.);

в отсутствии представителей заинтересованных лиц - ООО «...», департамент информатизации Тюменской области, уведомлённых о дате, времени и месте рассмотрения настоящего дела надлежащим образом,

УСТАНОВИЛА:

В Тюменское УФАС России поступило заявление ООО «...» (далее также – Заявитель, Исполнитель) о необходимости проверки действий ГКУ ТО «...», связанных с проведением запроса котировок в электронной форме, для оказания услуг по обновлению версии платформы государственной информационной системы «Государственная жилищная инспекция Тюменской области».

По результатам рассмотрения заявления и материалов в действиях Учреждения были установлены признаки нарушения ч.1 ст. 17 Закона о защите конкуренции.

В соответствии с п. 3 ч. 2 ст. 39 Закона о защите конкуренции одним из оснований для возбуждения и рассмотрения антимонопольным органом дела о нарушении

антимонопольного законодательства является обнаружение антимонопольным органом признаков нарушения антимонопольного законодательства.

На основании изложенного, приказом Тюменского УФАС России от 13.03.2023 № 27/23в отношении ГКУ ТО «...» было возбуждено дело по признакам нарушения ч.1 ст.17 Закона о защите конкуренции.

В ходе рассмотрения дела Ответчик вменяемое нарушение не признал, указав, что:

- Комиссией Тюменского УФАС России не указано, какой именно состав нарушения из числа перечисленных в ч.1 ст.17 Закона о защите конкуренции вменяется ГКУ ТО «...»;

- в действиях ГКУ ТО «...» отсутствуют признаки нарушения ч.1 ст.17 Закона о защите конкуренции, а указанные в заключении об обстоятельствах дела №072/01/17-116/2023 не содержат доказательств, подтверждающих нарушение ч.1 ст.17 Закона о защите конкуренции в действиях Учреждения;

- вывод Комиссии Управления о том, что ГКУ ТО «...» было совершено нарушение ч.1 ст.17 Закона о защите конкуренции, выразившееся в «необеспечении ГКУ ТО «...» доступа победителя закупки к работе с программным обеспечением «Акцент», на котором базируется ГИС «...», для проведения работ по обновлению и модернизации указанной системы, при этом, фактически предоставив возможность ООО «...» осуществлять отбор участников закупок, то есть совершать действия по ограничению доступа хозяйствующих субъектов – конкурентов к исполнению государственных контрактов на соответствующих торгах»- не соответствует действительности, не имеет ни одного подтверждающего его доказательства;

- организация и проведение запроса котировок в электронной форме на оказание услуг по обновлению версии платформы государственной информационной системы «Государственная жилищная инспекция Тюменской области», реестровый номер в ЕИС №0167200003422006148 уже бы предметом рассмотрения комиссии ТУ ФАС России по Тюменской области, по результатам которой было вынесено решение от 11.10.2022 г. по делу №-72/06/44/173/2022 о признании жалобы ООО «...» необоснованной.

Заинтересованные лица по делу – департамент информатизации Тюменской области, ООО «...» и ООО «...», письменных пояснений на заключение об обстоятельствах дела №072/01/17-116/2023 не представили, в ходе заседаний комиссий, проводившихся 04.04.2023 г., 12.05.2023 г., 19.06.2023 г., 19.07.2023 г., 31.08.2023 г, 21.09.2023 г., 23.10.2023 г., 23.11.2023 г., участие принимали, давали письменные и устные пояснения по вопросам, задаваемым Комиссией Тюменского УФАС России.

Комиссия Тюменского УФАС России, исследовав представленные сведения и документы, принимая во внимание пояснения лиц, участвующих в рассмотрении дела, пришла к следующим выводам.

Согласно абз.2 письма Минцифры России от 07.09.2021 № П11-2-05-200-38749 «О рассмотрении обращений субъектов предпринимательской деятельности и

заинтересованных лиц в сфере информационных технологий» при применении понятий "разработка", "адаптация", "модификация", "установка", "тестирование", "сопровождение", "программа для электронных вычислительных машин (далее - "ЭВМ"), база данных, (программное средство и информационный продукт вычислительной техники)" следует руководствоваться действующими законами, подзаконными актами, техническими регламентами, утвержденными федеральными органами государственной власти документами по стандартизации (национальными стандартами, предварительными национальными стандартами, сводами правил, рекомендациями по стандартизации, техническими спецификациями (отчетами), общероссийскими классификаторами технико-экономической и социальной информации), а также международными стандартами.

При отсутствии применимых в конкретном случае актов государственных органов допустимо руководствоваться смыслом, обычно придаваемым указанным понятиям при осуществлении деятельности в сфере информационных технологий, и закрепленным в общедоступных словарях, справочниках, энциклопедиях и т.п.

В соответствии с п.3.47. «ГОСТ Р 51904-2002. Государственный стандарт Российской Федерации. Программное обеспечение встроенных систем. Общие требования к разработке и документированию» (далее также – ГОСТ Р 51904-2002) под программным обеспечением (далее также – ПО) понимается совокупность компьютерных программ и программных документов, необходимых для эксплуатации этих программ

Согласно п.3.52 ГОСТ Р 51904-2002, под разработкой программного обеспечения понимается набор действий, результатом выполнения которых являются программные средства. Разработка ПО может включать в себя новую разработку, модификацию, многократное использование, перепроектирование или любое другое действие, требуемое для создания программных средств.

Согласно п.3.11 ГОСТ Р 51904-2002 модификация исходного кода, исполняемого объектного кода или сопутствующих документов относительно их базовой линии является изменением программного обеспечения.

Понятие «обновление ПО» либо «обновление версии платформы» в действующем законодательстве не содержится, однако, исходя из смысла, придаваемого указанному понятию, можно сделать вывод о том, что под обновлением ПО понимается протестированный накопительный набор исправлений, обновлений для системы безопасности, критических обновлений и обновлений. Сами обновления также могут содержать дополнительные исправления для внутренних ошибок, найденных после выпуска продукта. Обновление ПО может также содержать ограниченное количество изменений структуры и функций, включенных по запросам пользователей.

Следовательно, разработка ПО, модификация ПО и обновление ПО - это совокупность действий, направленных на создание и обеспечение функционирования ПО.

В соответствии с п.2.1 устава ГКУ ТО «...», утвержденного приказом департамента информатизации Тюменской области от 19.01.2012 №10-од (далее также – Устав ГКУ ТО «...»), казенное учреждение создано в целях реализации предусмотренных

законодательством Российской Федерации полномочий органов государственной власти Тюменской области в сфере развития информационных технологий, направленных на удовлетворение общественно-политических и экономических потребностей органов власти, организаций различных форм собственности и населения Тюменской области.

Согласно п.2.2 Устава ГКУ ТО «...», для достижения целей, указанных в п.2.1 Устава ГКУ ТО «...», Учреждение осуществляет в установленном законодательством РФ порядке следующие виды деятельности:

1) исполнение, в том числе, следующих функций:

- по обеспечению разработки, ведения и развития информационных систем, обеспечивающих поддержку деятельности органов исполнительной власти, объединение их на основе общей информационно-технологической инфраструктуры Тюменской области;

- заказчика при заключении государственных контрактов и иных гражданско-правовых договоров, в том числе обеспечения государственных органов Тюменской области, государственных учреждений, контроль и координацию деятельности которых осуществляют указанные органы, средствами вычислительной техники, программного обеспечения и сетевого оборудования, территориальных органов федеральных органов власти по Тюменской области средствами вычислительной техники при реализации возложенных на них обязанностей в пределах полномочий Тюменской области по предметам совместного ведения Российской Федерации и Тюменской области, посредством осуществления закупок в соответствии с законодательством о контрактной системе в сфере закупок товаров, работ, услуг для обеспечения государственных и муниципальных нужд в установленном порядке;

2) оказание услуг по предоставлению программного обеспечения, инженерной, вычислительной и информационно-телекоммуникационной инфраструктуры, в том числе на основе «облачных технологий».

Следовательно, ГКУ ТО «...» наделено полномочиями по проведению государственных и муниципальных закупок, связанных с созданием государственных информационных систем, а также предоставлению программного обеспечения.

Так, в целях реализации своих функций по обеспечению разработки, ведения и развития информационных систем, обеспечивающих поддержку деятельности органов исполнительной власти, объединение их на основе общей информационно-технологической инфраструктуры Тюменской области ГКУ ТО «...» 31.10.2018 г. на сайте (<https://zakupki.gov.ru/>) было размещено извещение № 0167200003418006102 о проведении электронного аукциона на оказание услуг по созданию, настройке и наполнению информационной системы автоматизации деятельности государственной жилищной инспекции Тюменской области (далее также – Электронный аукцион), согласно которому:

дата и время начала срока подачи заявок: 31.10.2018 10 часов 43 минут;

дата и время окончания срока подачи заявок: 15.11.2018 08 часов 00 минут;

дата окончания срока рассмотрения заявок на участие в электронном аукционе:
16.11.2018

дата проведения аукциона в электронной форме: 19.11.2018;

начальная (максимальная) цена контракта: 1 080 000 рублей 00 копеек.

Также к извещению о проведении Электронного аукциона была приложена документация Электронного аукциона (далее также – Аукционная документация), в состав которой входят следующие документы:

- Описание объекта закупки (Приложение №1 к Аукционной документации);
- проект государственного контракта (Приложение №2 к Аукционной документации);
- обоснование начальной (максимальной) цены контракта (Приложение №3 к Аукционной документации).

Так, из Описания объекта закупки следует, что предметом закупки является оказание услуг по созданию, настройке и наполнению информационной системы автоматизации деятельности государственной жилищной инспекции Тюменской области.

В соответствии с п.3 Описания объекта закупки, в ходе исполнения обязательства поставщику необходимо совершить действия по развертыванию и базовой настройке системы автоматизации деятельности государственной жилищной инспекции Тюменской области (далее также – ГИС «...»).

Согласно п.4.1. Описания объекта закупки, система автоматизации деятельности ГИС «...» должна содержать следующие подсистемы:

- Администрирование;
- Жилищный фонд;
- Инспекционная деятельность;
- Обращения;
- Лицензирование;
- Капитальный ремонт;
- Аналитическая отчетность;
- База знаний;
- Документы.

Таким образом, результатом проведения Электронного аукциона будет заключение государственного контракта на создание ПО системы автоматизации деятельности ГИС «...», состоящей из ряда элементов подсистемы.

Согласно протоколу подведения итогов Электронного аукциона от 19.11.2018 г.,

было подано две заявки:

- ООО «...» с ценой предложения 630 599 рублей 99 копеек;

- ООО «...» (далее также – ООО «...») с ценой предложения 625 200 рублей 00 копеек

По результатам проведения Электронного аукциона между ГКУ ТО «...» и ООО «...» 12.12.2018 г. был заключен государственный контракт №93/18 на оказание услуги по созданию, настройке и наполнению государственной информационной системы ГИС «ГЖИ ТО», дата окончания срока исполнения контракта 31.12.2018 г.

Согласно акту оказанных услуг от 19.12.2018 г., по государственному контракту от 12.12.2018 г. №93/18 ООО «...» были оказаны услуги по созданию ГИС «...» в полном объеме.

Следовательно, действия, связанные с разработкой ГИС «...», были исполнены ООО «...» в рамках государственного контракта №93/18 от 12.12.2018 г., что подтверждается актом оказанных услуг от 19.12.2018 г., в котором отражено, что ГИС «...» соответствует требованиям, установленным в описании объекта закупки.

Здесь следует отметить, что в рамках государственного контракта от 12.12.2018 г. №93/18, согласно акту приема-передачи прав использования программного обеспечения от 19.12.2018 г. ООО «...» осуществил передачу ГКУ ТО «...» программного обеспечения «...», правообладателем которого является ООО «...», а также 21.12.2018 г. между ГКУ ТО «...» и ООО «...» было заключено сублицензионное соглашение, предметом которого явилась передача прав на программное обеспечение «...» сроком до 31.12.2019 г.

Так, согласно п.4.1. сублицензионного соглашения от 21.12.2018 г. ГКУ ТО «...» имеет право на использование программного обеспечения следующими способами: хранить и устанавливать программное обеспечение в память ЭВМ, воспроизводить программное обеспечение путем его записи в память ЭВМ.

В соответствии с п.4.2 сублицензионного соглашения от 21.12.2018 г. сублицензиат и/или пользователь обязуется не распространять программное обеспечение третьим лицам путем продажи, проката, сдачи внаем, предоставления займа или иными другими способами отчуждения.

Таким образом, уже в момент разработки ГИС «...» у ГКУ ТО «...» отсутствовал объем прав достаточный для проведения модернизации ГИС «...», а также для заключения сублицензионного соглашения с иными хозяйствующими субъектами на период модернизации ПО, что в дальнейшем привело к фактическому предоставлению преимуществ правообладателю - ООО «...» и его партнерам, хозяйствующим субъектам, с которыми заключены лицензионные соглашения.

В связи с необходимостью повышения производительности ГИС «...» и создания технологической базы для последующего расширения функциональных возможностей системы, а также создания условий для внедрения дополнительных интеграционных механизмов с федеральной системой ГИС ЖКХ и СМЭВ ГКУ ТО «...» 23.09.2022 г. на сайте (<https://zakupki.gov.ru/>) были размещены:

1) извещение №0167200003422006148 о проведении запроса котировок в

электронной форме на оказание услуг по обновлению версии платформы государственной информационной системы «Государственная жилищная инспекция Тюменской области» (далее также – Запрос котировок):

дата и время начала срока подачи заявок: 23.09.2022 15 часов 20 минут;

дата и время окончания срока подачи заявок: 30.09.2022 08 часов 00 минут;

дата подведения итогов определения поставщика: 04.10.2022;

начальная (максимальная) цена контракта: 2 100 000 рублей 00 копеек;

2) документация Запроса котировок (далее также – Документация), в состав которой входят следующие документы:

- Описание объекта закупки (Приложение №1 к Документации), далее также – Описание объекта закупки №1;

- проект государственного контракта (Приложение №2 к Документации);

- обоснование начальной (максимальной) цены контракта (Приложение №3 к Документации);

- Требования к содержанию, составу заявки, инструкция по ее заполнению (Приложение №4 к Документации).

Согласно протоколу подведения итогов Запроса котировок от 30.09.2022 г., было подано две заявки:

- ООО «...» с ценой предложения 2 050 000 рублей 00 копеек;

- ООО «...» с ценой предложения 1 600 000 рублей 00 копеек, - с которым 05.10.2022 г. был заключен контракт №109/22.

В связи с невозможностью исполнения контракта №109/22 от 05.10.2022 г., а именно отсутствием у ООО «...» лицензионного соглашения на применение программного обеспечения «...», между ООО «...» и ГКУ ТО «...» было заключено соглашение от 27.10.2022 г. о расторжении контракта №109/22 от 05.10.2022 г.

Так, в связи с расторжении контракта №109/22 от 05.10.2022 г. ГКУ ТО «...» был проведен запрос котировок в электронной форме (номер уведомления в ЕИС №0167200003422008153), начальная цена которого составляет 2 050 000 рублей 00 копеек, по результатам которого был заключен контракт №144/22 от 30.11.2022 г. на оказание услуг по обновлению версии платформы государственной информационной системы «...» с единственным поставщиком - ООО «...» сроком действия до 31.12.2022 г., в связи с признанием запроса котировок №0167200003422008153 несостоявшимся и признанием единственной заявки – ООО «...» соответствующей требованиям документации.

В ходе исследования Документации запроса котировок №0167200003422006148 было установлено следующее.

Так, из Описания объекта закупки следует, что предметом закупки является оказание услуг по обновлению версии платформы ГИС «...» ТО: построение и

развертывание системы на новой версии платформы (Акцент 2.0).

Сроки и место оказания услуг:

- начало оказания услуг – с даты заключения контракта;
- окончание оказания услуг – не позднее 15 ноября 2022 года;
- место оказания услуг - удаленно с использованием телекоммуникационных каналов Интернет.

В соответствии с п.2.1 Описания объекта закупки, объектом закупки является система автоматизации производственных процессов Государственной жилищной инспекции Тюменской области (далее также – Система автоматизации), которая была создана на базе программного обеспечения «Универсальная отчетность «...» (далее также – ПО), правообладателем которого является ООО «...» (далее также – Правообладатель).

Вместе с тем, в п.4.3 Описания объекта закупки следует, что при разработке Системы автоматизации необходимо использовать программное обеспечение, свободное от коммерческих прав третьих лиц.

Отсюда следует, что **в Описании объекта закупки содержатся два противоречивых требования к программному обеспечению, необходимому для оказания услуг по обновлению версии платформы ГИС «...» ТО.**

В п.3.1. Описания объекта закупки, зафиксированы технические требования системы, исходя из которых следует, что система должна представлять собой многопользовательскую информационно-телекоммуникационную систему обработки и передачи информации с различным уровнем доступа пользователей к обрабатываемой информации, а также служебной информации ограниченного доступа, не составляющей государственную тайну, получаемой в рамках выполнения участниками своих функций.

При этом, согласно п.3.2. Описания объекта закупки №1 система включает в свой состав следующие функциональные подсистемы:

- подсистема «Жилищный фонд»;
- подсистема «Контрольно-надзорная деятельность»;
- подсистема «Административное делопроизводство»;
- подсистема «Обращения»;
- подсистема «Лицензирование»;
- подсистема «Капитальный ремонт»;
- подсистема аналитической отчетности и мониторинга;
- подсистема ведения справочников и классификаторов;
- подсистема сервисного взаимодействия;

- подсистема администрирования.

Следовательно, исходя из буквального толкования Описания объекта закупки, по результатам проведения Запроса котировок на поставщика возлагается обязательство по обновлению версии платформы ГИС «...», построенной на базе ПО, правообладателем которой является ООО «...» либо на базе программного обеспечения, свободного от коммерческих прав третьих лиц.

Для того, чтобы подтвердить факт того, что результатом проведения Запроса котировок является обновление версии платформы ГИС «...» необходимо сравнить описание объекта закупки, содержащегося в документации Электронного аукциона и в документации Запроса котировок.

Элементы системы ГИС «...»

- Администрирование;

- Жилищный фонд;

- Инспекционная деятельность;

- Обращения;

п.4.1 описания объекта закупки Электронного аукциона (2018), по итогам которой и была построена ГИС «...»

- Лицензирование;

- Капитальный ремонт;

- Аналитическая отчетность;

- База знаний;

- Документы.

- «Жилищный фонд»;

- «Контрольно-надзорная деятельность»;

- «Административное делопроизводство»;

- «Обращения»;

- «Лицензирование»;

- «Капитальный ремонт»;

п.3.2. описания объекта закупки Запроса котировок (2022), на модификацию ГИС «...»

- подсистема аналитической отчетности и мониторинга;

- подсистема ведения справочников и классификаторов;

- подсистема сервисного взаимодействия;

- подсистема администрирования.

Следовательно, несмотря на наличие общих ключевых подсистем системы ГИС «...», по результатам проведения Запроса котировок должна быть осуществлена модификация элементов системы ГИС «...», отсюда следует, что более поздний вариант ГИС «...» поглощает ранний вариант ГИС «...».

Согласно п.3.11 ГОСТ Р 51904-2002 модификация исходного кода, исполняемого объектного кода или сопутствующих документов относительно их базовой линии является изменением программного обеспечения.

Отсюда следует, что объем вносимых изменений в ГИС «...», которые предстояло произвести в рамках Запроса котировок, не позволяет в полной мере утверждать, что внесение изменений в систему ГИС «...» будет являться всего лишь обновлением действующей системы. В данном случае, корректнее всего говорить об изменении программного обеспечения посредством модификации элементов ГИС «...» относительно их базовой линии.

Таким образом, по результатам проведения Запроса котировок на поставщика возлагается изменение программного обеспечения посредством модификации ГИС «...», построенной на базе ПО, правообладателем которого является ООО «...».

В этой связи, указание Заказчиком в п.4.3 Описания объекта закупки сведений о необходимости при создании ГИС «...» использования программного обеспечения, свободного от коммерческих прав третьих лиц, является некорректным.

Фактически, для исполнения контракта на оказание услуг по изменению программного обеспечения посредством модификации ГИС «...» необходимо обладать достаточным объемом прав на ПО, правообладателем которого является ООО «...».

В соответствии со ст.1261 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.

Здесь следует отметить, что согласно п.1 ст.1240.1 ГК РФ право на получение патента и исключительное право на результат интеллектуальной деятельности, созданный при выполнении государственного или муниципального контракта для государственных и муниципальных нужд, принадлежат лицу, выполняющему государственный или муниципальный контракт (исполнителю), за исключением случаев, установленных пунктами 3 и 4 настоящей статьи.

Вместе с тем, в соответствии с п.7 ст.1240.1 ГК РФ, если исключительное право на результат интеллектуальной деятельности, созданный при выполнении работ по государственному или муниципальному контракту для государственных или муниципальных нужд, принадлежит не Российской Федерации, не субъекту Российской Федерации или не муниципальному образованию, правообладатель по требованию государственного или муниципального заказчика обязан предоставить указанному им лицу безвозмездную простую (неисключительную) лицензию на использование такого результата интеллектуальной деятельности для государственных или муниципальных нужд. Данная обязанность распространяется на лицо, к которому от этого правообладателя перешло по договору или на ином установленном законом основании право на получение патента или исключительное право на результат интеллектуальной деятельности, созданный при выполнении работ по государственному или муниципальному контракту для государственных или муниципальных нужд.

Отсюда следует, что права на результаты интеллектуальной деятельности, созданные за счет бюджетных средств, принадлежат Российской Федерации, субъектам Российской Федерации, органам местного самоуправления, если это предусмотрено государственным контрактом/договором. В случае принадлежности исключительного права не Российской Федерации правообладатель обязан заключить с госзаказчиком договор о безвозмездном предоставлении права на использование такого результата интеллектуальной деятельности при изготовлении поставляемых товаров либо выполнении подрядных работ для государственных нужд, аналогичная позиция подтверждается и судебной практикой (Обзор судебной практики по делам, связанным с разрешением споров о защите интеллектуальных прав, утв. Президиумом Верховного Суда РФ 23.09.2015).

Так, между ГКУ ТО «...» и ООО «...» 11.12.2018 г. было заключено лицензионное соглашение, предметом которого являлось предоставление ГКУ ТО «...» в бессрочное пользование программного обеспечения «Акцент», аналогичные лицензионные соглашения были заключены 14.12.2018 г. и 19.04.2019 г. (далее также – Лицензионные соглашения). В соответствии с п.4.1 Лицензионных соглашений, лицензиат (ГКУ ТО «...») и/или пользователь имеет право использовать программное обеспечение на рабочем месте или сервере (рабочих местах или серверах) в соответствии с объемом и типом приобретенных лицензий, назначением, следующими способами: хранить и устанавливать программное обеспечение в память ЭВМ, воспроизводить Программное обеспечение путем его записи в память ЭВМ.

Вместе с тем, согласно п. 4.2.Лицензионных соглашений, лицензиат (ГКУ ТО «...») и/или пользователь обязуется не распространять программное обеспечение третьим лицам путем продажи, проката, сдачи внаем, предоставления займа или иными другими способами отчуждения.

Отсюда следует, что несмотря на наличие заключенных между ГКУ ТО «...» и ООО «...» Лицензионных соглашений, данные соглашения не позволяли Учреждению совершать самостоятельные действия по модернизации ГИС «...», а также отчуждать коммерческие права на ПО третьим лицам.

Так, согласно пп.2 п.1 ст.1225 ГК РФ, результатами интеллектуальной деятельности и приравненными к ним средствами индивидуализации юридических лиц, товаров,

работ, услуг и предприятий, которым предоставляется правовая охрана (интеллектуальной собственностью), являются, в том числе, программы для электронных вычислительных машин (программы для ЭВМ).

В соответствии с абз.2 п.1 ст.1229 ГК РФ, правообладатель может по своему усмотрению разрешать или запрещать другим лицам использование результата интеллектуальной деятельности или средства индивидуализации.

Согласно п.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).

Так, в соответствии с п.1 ст.1236 ГК РФ лицензионный договор может предусматривать:

- 1) предоставление лицензиату права использования результата интеллектуальной деятельности или средства индивидуализации с сохранением за лицензиаром права выдачи лицензий другим лицам (простая (неисключительная) лицензия);
- 2) предоставление лицензиату права использования результата интеллектуальной деятельности или средства индивидуализации без сохранения за лицензиаром права выдачи лицензий другим лицам (исключительная лицензия).

Между тем, согласно п.1 ст.1238 ГК РФ, при письменном согласии лицензиара лицензиат может по договору предоставить право использования результата интеллектуальной деятельности или средства индивидуализации другому лицу (сублицензионный договор), однако ГКУ ТО «...» бездействовало и не воспользовалось предусмотренным правом.

Следует отметить, что согласно п.2 ст.1238 ГК РФ, по сублицензионному договору сублицензиату могут быть предоставлены права использования результата интеллектуальной деятельности или средства индивидуализации только в пределах тех прав и тех способов использования, которые предусмотрены лицензионным договором для лицензиата.

Так, исходя из содержания п. 4.2.Лицензионного соглашения от 19.04.2019, лицензиат (ГКУ ТО «...»), действовавший в момент проведения Запроса котировок, и/или пользователь не обязуется распространять программное обеспечение третьим лицам путем продажи, проката, сдачи внаем, предоставления в займы или иными другими способами отчуждения, следовательно, ГКУ ТО «...» не обладало объемом прав, достаточным для заключения сублицензионного соглашения с третьими лицами.

Отсюда следует, что, **фактически, разработка системы базы данных должна осуществляться на основании ПО, чьи авторские права принадлежат третьему лицу, и как следствие, такое лицо вправе самостоятельно по своему усмотрению распоряжаться своим авторским правом. Следовательно, использование при**

модернизации, обновлении ГИС «...» программного обеспечения Универсальная отчетность «...» возможно только с согласия правообладателя ПО – ООО «...».

Таким образом, **все лицензионные соглашения, заключенные ГКУ ТО «...», не могли обеспечить возможности исполнение работ, перечисленных в Описания объекта закупки.**

Отсюда следует, что **ГКУ ТО «...» самостоятельно (своим действием/бездействием) создало ситуацию, при которой не могло предоставить возможность по исполнению работ, перечисленных в Описание объекта закупки, хозяйствующим субъектам, которые хотели бы принять участие в Запросе котировок, но не могли этого сделать, в связи с отсутствием заключенного с правообладателем ПО – ООО «...» лицензионного соглашения.**

Из представленных в материалы дела сведений следует, что ООО «...» направляло в адрес ООО «...» предложение о заключении лицензионного договора на использование ПО, однако Правообладатель отказался от заключения лицензионного соглашения «в связи с отсутствием у ООО «...» специалистов для качественного исполнения контракта». Следовательно, ООО «...» не могло использовать программного обеспечения Универсальная отчетность «Акцент 2.0», указанное в Описании закупки, при исполнении контракта №109/22 от 05.10.2022 г.

Следует отметить, что правообладателем ПО – ООО «...» не установлено единых требований к хозяйствующим субъектам для заключения лицензионного соглашения в целях использования ПО для осуществления хозяйственной деятельности и, как следствие, ООО «...» произвольно определяет хозяйствующих субъектов, с которыми следует заключить лицензионное соглашение.

Таким образом, ООО «...» в связи с немотивированным отказом ООО «...» не могло использовать программное обеспечение Универсальная отчетность «...», указанное в Описании закупки, при исполнении контракта №109/22 от 05.10.2022 г.

Кроме того, ООО «...» направляло в адрес ГКУ ТО «...» запросы от 11.10.2022 г. (исх. №1204), от 12.10.2022 г. (исх. №1221) о возможности при оказании услуг по обновлению версии платформы государственной информационной системы «...» использования программного обеспечения, отличного от ПО, правообладателем которого является ООО «...», однако, ГКУ ТО «...» в ответ на указанные запросы сообщило, что при оказании услуг по обновлению версии платформы государственной информационной системы «Государственная жилищная инспекция Тюменской области» использование программного обеспечения отличного от ПО, установленного Документацией, не предусмотрено.

Однако, в п.4.3 Описания объекта закупки следует, что при разработке ГИС «...» необходимо использовать программное обеспечение, свободное от коммерческих прав третьих лиц, следовательно, исходя из буквального толкования Описания объекта закупки у ООО «...» имелась возможность при исполнении контракта №109/22 от 05.10.2022 г. использования программного обеспечения, свободного от коммерческих прав третьих лиц.

Следовательно, ООО «...» могло бы исполнить контракт №109/22 от 05.10.2022 г., однако было вынуждено заключить соглашение от 27.10.2022 г. о расторжении

контракта №109/22 от 05.10.2022 г. с Заказчиком, в связи с отказом Заказчика в предоставлении возможности использования программного обеспечения, отличного от ПО, правообладателем которого является ООО «...».

Следовательно, фактически принять участие в Запросе котировок могли только хозяйствующие субъекты, которые заключили лицензионное соглашение на использование ПО с правообладателем – ООО «...». Однако, согласно ответу на запрос информации, направленной хозяйствующим субъектам (исх. №ДП/2921/23 от 18.05.2023 г.), шесть хозяйствующих субъектов, с которыми ООО «...» заключили лицензионное соглашение на использование ПО, не приняли участие в Запросе котировок по различным основаниям.

Следует отметить, что согласно ответу на запрос хозяйствующим субъектам от 21.07.2023 г. (исх.№ИВ/4238/23) помимо ООО «...», как минимум один хозяйствующий субъект (АО «...») не смог принять участие в Запросе котировок, в том числе и по причине отсутствия лицензионного соглашения на использование ПО, правообладателем которого является ООО «...».

Отсюда следует, что **установление требования об использовании при выполнении работ, перечисленных в Описании объекта закупки, программного обеспечения «...» без наличия возможности обеспечить исполнение обязательств ограничило участие хозяйствующих субъектов.**

Следует отметить, что в соответствии с п.2.2. Устава ГКУ ТО «...» для достижения целей, указанных в п.2.1. Устава, Учреждение оказывает, в том числе:

- услуги по предоставлению программного обеспечения, инженерной, вычислительной и информационно-телекоммуникационной инфраструктуры, в том числе на основе «облачных технологий»;

- исполняет функции по обеспечению разработки, ведения и развития информационных систем, обеспечивающих поддержку деятельности органов исполнительной власти, объединение их на основе общей информационно-технологической инфраструктуры Тюменской области,-

которые не были выполнены ГКУ ТО «...» в полном объеме, при организации и проведении Запроса котировок, что в конечном итоге привело к ограничению конкуренции на рынке услуг по разработке и модификации программного обеспечения.

После расторжения с ООО «...» контракта №109/22 от 05.10.2022 г. ГКУ ТО «...» был проведен запрос котировок в электронной форме (номер уведомления в ЕИС №0167200003422008153) на оказание услуг по обновлению версии платформы государственной информационной системы «...», по результатам которого был заключен контракт №144/22 от 30.11.2022 г. с правообладателем ПО - ООО «...».

После чего, между ООО «...» и ГКУ ТО «...» было заключено лицензионное соглашение от 15.12.2022 г. №12-22-4161 (далее также – Лицензионный договор от 15.12.2022 г.).

Так, согласно п.4.1. Лицензионного соглашения от 15.12.2022 г. лицензиат и/или конечный пользователь имеет право использовать программное обеспечение

следующим способами: использование, воспроизведение и модернизация программного обеспечения.

В соответствии с п.4.2. Лицензионного соглашения от 15.12.2022 г. лицензиат и/или конечный пользователь обязуются не распространять программное обеспечение третьим лицам путем продажи, проката, сдачи внаем, предоставления в займы или иными другими способами отчуждения, не предусмотренными условиями настоящего лицензионного договора.

Следует отметить, что Тюменским УФАС России были проанализированы сведения о всех контрактах/договорах по созданию, разработке, а также обновлению и модернизации Система автоматизации.

Государственные контракты №3 от 31.01.2020 г., №20 от 28.02.2020 г., № 07/20 от 24.03.2020 г., №94/20 от 28.12.2020 г., №26/21 от 29.06.2021 г., №40/22 от 04.05.2022 г. на оказание услуг по развитию программного обеспечения «...», на основании которой построена Система автоматизации были заключены по результатам закупки с единственным поставщиком - ООО «...», в связи с признанием единственной заявки - ООО «...» соответствующей требованиям документации и, соответственно, признанием электронных аукционов №№0167200003420007558, 0167200003421002939,0167200003422001705 несостоявшимися .

Таким образом, единственным исполнителем работ, связанных с созданием, разработкой, обновлением и модернизацией Системы автоматизации является ООО «...».

Совокупность вышеуказанных фактов:

1) об отсутствии до 15.12.2022 г. в Лицензионных соглашениях возможности самостоятельной модернизации ГИС «...»;

2) о неполучении ГКУ ТО «...» письменного согласия ООО «...» на предоставление права пользования программного обеспечения «Акцент» на период исполнения контракта;

3) об установлении в Описании объекта закупки противоречивой информации:

- о построении Системы автоматизации на базе программного обеспечения «», правообладателем которой является ООО «»;

- о необходимости использования программного обеспечения, свободное от коммерческих прав третьих лиц при разработке Системы автоматизации;

- ответ ГКУ ТО «», направленный в адрес ООО «» о необходимости использования при модернизации Системы автоматизации исключительно программного обеспечения «Универсальная отчетность «Акцент 2.0», правообладателем которой является ООО «», -

указывают на возможность оказания услуг по сопровождению и модификации платформы государственной информационной системы «Государственная жилищная инспекция Тюменской области» только ООО «».

Таким образом, **ГКУ ТО «», не предоставляя доступ к ПО (не обеспечивая**

возможность его получения) для надлежащего исполнения государственных контрактов, тем самым фактически наделяет ООО «» функциями государственного заказчика по отбору (оценке) участников закупок, то есть предоставляет возможность ООО «» отсеивать конкурентов, имеющих возможность исполнения контрактов на оказание услуг по обновлению версии платформы государственной информационной системы «».

В соответствии с п. 7 ст. 4 Закона о защите конкуренции, конкуренция - соперничество хозяйствующих субъектов, при котором самостоятельными действиями каждого из них исключается или ограничивается возможность каждого из них в одностороннем порядке воздействовать на общие условия обращения товаров на соответствующем товарном рынке.

Под недопущением конкуренции следует понимать такую ситуацию, когда в результате принятия соответствующим органом акта и (или) осуществления действия (бездействия) исключается любая возможность конкуренции.

Ограничение конкуренции подразумевает то, что в результате принятия соответствующим органом акта и (или) осуществления действия (бездействия) существенно снижается возможность конкуренции.

Устранение конкуренции свидетельствует о том, что в результате принятия соответствующим органом акта и (или) осуществления действия (бездействия) постепенно устраняется (минимизируется) возможность конкуренции.

В соответствии с ч. 1 ст. 17 Закона о защите конкуренции при проведении торгов запрещаются действия, которые приводят или могут привести к недопущению, ограничению или устранению конкуренции.

Таким образом, в указанных действиях (бездействии) Учреждения установлено нарушение ч. 1 ст. 17 Закона о защите конкуренции.

В части доводов Ответчика, о том, что организация и проведение запроса котировок в электронной форме на оказание услуг по обновлению версии платформы государственной информационной системы «», реестровый номер в ЕИС №0167200003422006148 уже бы предметом рассмотрения комиссии Тюменского УФАС России по Тюменской области, по результатам которой было вынесено решение от 11.10.2022 г. по делу №-72/06/44/173/2022, о признании жалобы ООО «» необоснованной Комиссией Тюменского УФАС России установлено следующее.

На основании пп. 1 ч. 1 ст. 23 Закона о защите конкуренции антимонопольный орган, в том числе возбуждает и рассматривает дела о нарушениях антимонопольного законодательства, порядок возбуждения и рассмотрения дел о нарушениях антимонопольного законодательства определен в главе 9 Закона о защите конкуренции (стст.39-52).

Согласно ч.1 ст.39 Закона о защите конкуренции антимонопольный орган в пределах своих полномочий возбуждает и рассматривает дела о нарушении антимонопольного законодательства, принимает по результатам их рассмотрения решения и выдает предписания.

В соответствии с п.2 ч.2 ст.39 Закона о защите конкуренции основанием для возбуждения и рассмотрения антимонопольным органом дела о нарушении антимонопольного законодательства является заявление юридического или физического лица, указывающее на признаки нарушения антимонопольного законодательства (далее - заявление). Сам порядок рассмотрения заявления о нарушении антимонопольного законодательства регламентирован ст.44 Закона о защите конкуренции.

Согласно части 1 статьи 44 Закона о защите конкуренции заявление подается в письменной форме в антимонопольный орган и должно содержать следующие сведения:

- 1) сведения о заявителе (фамилия, имя, отчество и адрес места жительства для физического лица; наименование и место нахождения для юридического лица);
- 2) имеющиеся у заявителя сведения о лице, в отношении которого подано заявление;
- 3) описание нарушения антимонопольного законодательства;
- 4) существо требований, с которыми заявитель обращается;
- 5) перечень прилагаемых документов.

Также, при направлении заявления о нарушении антимонопольного законодательства заявителем руководствуются частью 2 статьи 44 Закона о защите конкуренции, в соответствии с которой к заявлению прилагаются документы, свидетельствующие о признаках нарушения антимонопольного законодательства. В случае невозможности представления документов указывается причина невозможности их представления, а также предполагаемые лица или органы, у которых документы могут быть получены.

В соответствии с п.4 ч.9 ст.44 Закона о защите конкуренции антимонопольный орган принимает решение об отказе в возбуждении дела в следующих случаях:

- 1) вопросы, указанные в заявлении, материалах, не относятся к компетенции антимонопольного органа;
- 2) признаки нарушения антимонопольного законодательства отсутствуют;
- 3) по факту, явившемуся основанием для обращения с заявлением, материалами, дело возбуждено ранее;
- 4) по факту, явившемуся основанием для обращения с заявлением, материалами, имеется вступившее в силу решение антимонопольного органа, за исключением случая, если имеется решение антимонопольного органа об отказе в возбуждении дела о нарушении антимонопольного законодательства в соответствии с пунктом 2 настоящей части или решение о прекращении рассмотрения дела в соответствии с пунктом 2 части 1 статьи 48 настоящего Федерального закона и заявитель представляет доказательства нарушения антимонопольного законодательства, неизвестные антимонопольному органу на момент принятия такого решения;
- 5) по факту, явившемуся основанием для обращения с заявлением, материалами,

истекли сроки давности, предусмотренные статьей 41.1 настоящего Федерального закона;

б) отсутствие нарушения антимонопольного законодательства в действиях лица, в отношении которого поданы заявление, материалы, установлено вступившим в законную силу решением суда или арбитражного суда;

в) устранены признаки нарушения антимонопольного законодательства в результате выполнения предупреждения, выданного в порядке, установленном статьей 39.1 настоящего Федерального закона.

Следовательно, Законом о защите конкуренции установлен исчерпывающий перечень случаев для отказа в возбуждении дела, одним из которых является наличие вступившего в силу решения антимонопольного органа.

Так, решением Комиссии Тюменского УФАС России от 11.10.2022 г. по делу №72/06/44/173/2022 жалоба ООО «...» была признана необоснованной.

Предметом рассмотрения дела №72/06/44/173/2022 явилась организация и проведение запроса котировок в электронной форме на оказание услуг по обновлению версии платформы государственной информационной системы «...», реестровый номер в ЕИС №0167200003422006148.

Основанием для рассмотрения дела №72/06/44/173/2022 явилось заявление ООО «...», поданное в порядке ст.105 Федерального закона от 05.04.2013 N 44-ФЗ «О контрактной системе в сфере закупок товаров, работ, услуг для обеспечения государственных и муниципальных нужд» (далее также – Закон о контрактной системе).

Так, в порядке ст.105 Закона о контрактной системе рассматриваются жалобы, поданные участниками закупочных процедур, на действия заказчиков, связанные с организацией и проведением закупок.

Следовательно, антимонопольным органом уже было вынесено решение относительно организации и проведения запроса котировок.

Вместе с тем, в ходе рассмотрения жалобы, поданной в порядке ст.105 Закона о контрактной системе, комиссия антимонопольного органа рассматривает вопросы организации и проведения закупочных процедур, а не вопросы, связанные с защитой и обеспечением конкуренции.

Так, вопросы, связанные с обеспечением и защитой конкуренции, при проведении обязательных в силу закона закупочных процедурах, рассматриваются в порядке, предусмотренном главой 9 Закона о защите конкуренции и, как следствие, не является предметом рассмотрения жалоб, поданных в порядке, предусмотренном ст.105 Закона о контрактной системе.

Таким образом, Комиссией Тюменского УФАС России, в ходе рассмотрения дела №72/06/44/173/2022 не были установлены факты, связанные с защитой и обеспечением конкуренции.

Следовательно, у антимонопольного органа отсутствовали правовые основания для принятия решения об отказе в возбуждения дела в связи, с тем, что по факту,

явившемуся основанием для обращения с заявлением, материалами, имеется вступившее в силу решение антимонопольного органа.

На основании ч. 5.1 ст. 45 Закона о защите конкуренции при рассмотрении дела о нарушении антимонопольного законодательства антимонопольный орган проводит анализ состояния конкуренции в объеме, необходимом для принятия решения о наличии или об отсутствии нарушения антимонопольного законодательства.

В соответствии с пп. 1.3, 10.10 Порядка проведения анализа состояния конкуренции на товарном рынке, утв. приказом ФАС России от 28 апреля 2010 г. № 220, по делам, возбужденным по признакам нарушения ст. 17 Закона о защите конкуренции, анализ состояния конкуренции на товарном рынке включает следующие этапы:

- а) определение временного интервала исследования товарного рынка;
- б) определение предмета торгов,
- в) определение состава хозяйствующих субъектов, участвующих в торгах.

Так, в целях проведения анализа состояния конкуренции:

временной интервал в данном случае определен следующими временными промежутками:

- 31.10.2018 г. по 31.12.2018 г. – с даты размещения извещения о проведении электронного аукциона на оказание услуг по созданию, настройке и наполнению информационной системы автоматизации деятельности государственной жилищной инспекции Тюменской области номер извещения в ЕИС № 0167200003418006102 до даты исполнения контракта;

- 23.09.2022 г. по 05.10.2022 г. – с даты размещения извещения о проведении запроса котировок в электронной форме на оказание услуг по обновлению версии платформы государственной информационной системы «...», номер извещения в ЕИС 0167200003422006148, до даты заключения договора;

- 18.11 2022 г. по 31.12.2022 г. - с даты размещения извещения о проведении запроса котировок в электронной форме на оказание услуг по обновлению версии платформы государственной информационной системы «Государственная жилищная инспекция Тюменской области», номер извещения в ЕИС 0167200003422008153, до даты исполнения договора;

предмет торгов соответствует предмету Электронного аукциона и Запроса котировок, определен как оказание услуг по обновлению версии платформы государственной информационной системы «...»;

участниками торгов являются лица, принявшие участие в Электронном аукционе и Запросе котировок:

На основании вышеизложенного Тюменское УФАС России приходит к выводам:

1) о нарушении ГКУ ТО «...» ч.1 ст.17 Закона о защите конкуренции, выразившегося в необеспечении ГКУ ТО «...» доступа победителя закупки к работе с программным обеспечением «...», на котором базируется ГИС «...», для проведения работ по

обновлению и модернизации указанной системы, при этом, фактически предоставив возможность ООО «...» осуществлять отбор участников закупок, то есть совершать действия по ограничению доступа хозяйствующих субъектов – конкурентов к исполнению государственных контрактов на соответствующих торгах.;

2) об отсутствии правовых оснований для выдачи предписания в связи с исполнением муниципального контракта в полном объеме.

Учитывая изложенное, руководствуясь ст. 23, ч. 1 ст. 39, чч. 1-4 ст. 41, ч. 1 ст. 49, ст. 50 Закона о защите конкуренции, Комиссия,

РЕШИЛА:

1. Признать в действиях ГКУ ТО «...» нарушения ч. 1 ст. 17 Закона о защите конкуренции, выразившихся в необеспечении ГКУ ТО «...» доступа победителя запроса котировок в электронной форме на оказание услуг по обновлению версии платформы государственной информационной системы «...», реестровый номер в ЕИС №0167200003422006148 к работе с программным обеспечением «...», на котором базируется ГИС «...», для проведения работ по обновлению и модернизации указанной системы.

2. Предписание не выдавать в связи с отсутствием оснований.

3. Передать материалы настоящего дела ответственному должностному лицу для решения вопроса о возбуждении дела об административном правонарушении.

«...»

Решение может быть обжаловано в течение трех месяцев со дня его принятия в Арбитражный суд Тюменской области.