

УПРАВЛЕНИЕ ФЕДЕРАЛЬНОЙ АНТИМОНОПОЛЬНОЙ СЛУЖБЫ
ПО КАЛИНИНГРАДСКОЙ ОБЛАСТИ

РЕШЕНИЕ

№ КС-361/2014

02 декабря 2014 года

г. Калининград

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

ведущего заседания Комиссии:	Н.С. Ивановой	заместителя руководителя – начальника отдела контроля органов власти, закупок и рекламы Калининградского УФАС России;
членов Комиссии:	Ю.А. Дорофеевой	заместителя начальника отдела контроля органов власти, закупок и рекламы Калининградского УФАС России;
с участием	Л.В. Шевченко	старшего специалиста 1 разряда отдела контроля органов власти, закупок и рекламы Калининградского УФАС России;
представителей: заказчика:	А.П. Ходоско	по доверенности от 04.12.2014,
Государственного бюджетного учреждения Калининградской области	А.Е. Широченкова	по доверенности от 04.12.2014;

«Отряд государственной
противопожарной службы и
обеспечения мероприятий
гражданской обороны»

уполномоченного органа –

Д.М. Булатовой

Конкурсного агентства
калининградской области

по доверенности № 35-01-
01/647-ДШ от 24.03.2014;

О.О.
Праведниковой

по доверенности № 35-01-
01/1297-ДШ от 27.05.2014;

ООО «Миликком»

М.С. Малыгина

по доверенности от 28.11.2014;

рассмотрев жалобу ООО «Миликком» (далее – Заявитель) на действия заказчика – Государственного бюджетного учреждения Калининградской области «Отряд государственной противопожарной службы и обеспечения мероприятий гражданской обороны» (далее – Заказчик) при проведении открытого конкурса (извещение № 0135200000514001536) на право заключения контракта на выполнение работ по разработке программного обеспечения в целях оснащения центра обработки вызовов системы -112 Калининградской области программно-техническими комплексами с передачей неисключительных прав на разработанное программное обеспечение (далее - Конкурс) и в результате внеплановой проверки, проведенной в соответствии с частью 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),

УСТАНОВИЛА:

26 ноября 2014 года в ФАС России поступила жалоба Заявителя на действия Заказчика при проведении Конкурса.

В обоснование своей жалобы Заявитель привел следующие доводы

Заказчик объединяет два вида закупки в один лот, предоставляя право выигрыша и заключения контракта одному исполнителю по двум предметам закупки:

разработка программного обеспечения и передача неисключительных прав на использование программного обеспечения.

Предметом закупки является выполнение работ по разработке программного обеспечения в целях оснащения центра обработки вызовов системы-112 Калининградской области программно-техническими комплексами с передачей неисключительных прав на разработанное программное обеспечение. Согласно п.п. 5.4 проекта государственного контракта, исходный код на разработанное программное обеспечение не передается Заказчику, таким образом, исполнитель государственного контракта разрабатывает программное обеспечение, исключительные права оставляя за собой, заказчику передавая только ограниченное количество неисключительных прав и не передавая исходный код программного обеспечения, разработанного исполнителем контракта.

Заказчик использует данный предмет закупки, тем самым спонсируя разработку программного обеспечения для подрядчика и оставляя ему исключительные права. В рассматриваемом случае получается, что на средства областного бюджета победитель Конкурса создаст программное обеспечение и сохранит за собой исключительные права, то есть бюджет, по сути, принимает на себя финансирование разработки продукта для победителя. Почему не выбран предмет закупки, предполагающий только на передачу неисключительного права на ПО, исключаящий при этом оплату разработки программного обеспечения - остается неясным.

Можно предположить, что ПО, являющееся предметом контракта, уже существует у участника, который вероятно должен выиграть конкурс, но для того, чтобы сохранить исключительные права за собой, было введено требование о передаче только неисключительных прав на разрабатываемое ПО.

Неясным остаётся, что передается в результате выполнения работ, так согласно пункту 1.1. проекта Государственного контракта на выполнение работ по разработке программного обеспечения в целях оснащения центра обработки вызовов системы -112 Калининградской области программно-техническими комплексами с передачей неисключительных прав на разработанное программное обеспечение. «Исполнитель обязуется выполнить работы по разработке программного обеспечения в целях оснащения центра обработки вызовов системы -112 Калининградской области программно-техническими комплексами с передачей неисключительных прав на разработанное программное обеспечение (далее-Работы)». Однако, в ГК РФ отсутствует определение «неисключительных прав». Согласно ст. 1297 ГК РФ «1. Исключительное право на программу для ЭВМ, базу данных или иное произведение, созданные при выполнении договора подряда либо договора на выполнение научно-исследовательских, опытно-конструкторских или технологических работ, которые прямо не предусматривали создание такого произведения, принадлежит подрядчику (исполнителю), если договором между ним и заказчиком не предусмотрено иное. В этом случае заказчик вправе, если договором не предусмотрено иное, использовать созданное произведение в целях, для достижения которых был заключен соответствующий договор, на условиях простой (неисключительной) лицензии в течение всего срока действия исключительного права без выплаты за такое использование произведения дополнительного вознаграждения».

Заказчиком установлено требование о наличии исключительных прав для участников закупки на заключение Государственного контракта, предметом которого являются «работы по разработке программного обеспечения в целях оснащения центра обработки вызовов системы -112 Калининградской области программно-техническими комплексами с передачей неисключительных прав на разработанное программное обеспечение», в соответствии с п. 8 ч. 1 ст. 31 Закона о контрактной системе об обладании участником закупки исключительными правами на результаты интеллектуальной деятельности: если в связи с исполнением контракта заказчик приобретает права на такие результаты, за исключением случаев заключения контрактов на создание произведений литературы или искусства, исполнения, на финансирование проката или показа национального фильма.

Данное требование о наличии исключительных прав до момента, возникновения объекта исключительных прав, ведет к тому, что участник закупки не обладающий правами на результат, а до создания программного обеспечения участник соответственно не может обладать исключительными правами на создаваемое программное обеспечение.

На момент подачи заявки у участника закупки не может быть исключительных прав на результаты интеллектуальной деятельности, которые ещё не созданы.

Таким образом, заказчиком в нарушение п. 8 ч. 1 ст. 31 Закона о контрактной системе установлено требование о декларации соответствия п. 8 ч. 1 ст. 31 Закона о контрактной системе, так как на момент проведения Конкурса результаты интеллектуальной деятельности отсутствуют.

4) В техническом задании конкурсной документации отсутствуют требования к программной документации, которые должны быть в соответствии с ГОСТ 19.201-78, и требования к порядку контроля и приемки, которые должны быть в соответствии с ГОСТ 19.201-78. В п. 3 Технического задания указано, что функциональным назначением СПО является автоматизация деятельности операторов ЦОВ системы-112 и разрабатываемое СПО должно эксплуатироваться на АРМ операторов ЦОВ. А в последующих разделах указывается, что в составе СПО должны быть серверные функциональные модули. В связи с этим в техническом задании не отражено требование к составу и параметрам технических средств, которые должны быть в соответствии с ГОСТ 19.201-78 Техническое задание.

ГОСТ является документом, в котором устанавливаются требования к качеству Технического задания. Соответственно отсутствие в Техническом задании описаний объекта закупки, требования к которому установлены ГОСТом, ведет к нарушению требований ч. 1 ст. 33 Закона о контрактной системе, а именно Заказчиком установлены нечеткие требования к описанию объекта закупки.

На основании вышеизложенного, Заявитель просит рассмотреть жалобу по существу.

Заказчиком даны следующие пояснения по сути жалобы Заявителя

Заказчик считает жалобу ООО «Миликом» необоснованной по следующим основаниям.

1. По условиям конкурсной документации потенциальному участнику не возбраняется и не ставится каких-либо препятствий в использовании при исполнении контракта уже существующих на рынке программных решений с учетом требований, указанных в Техническом задании конкурсной документации. Проведение закупки осуществляется исключительно на предмет передачи прав на уже существующее программное обеспечение.

Заявитель ошибочно полагает, что создание ПО и передача на него прав использования являются самостоятельными видами работ. Использование результата интеллектуальной деятельности в соответствии с положениями ст. 1229 Гражданского кодекса РФ невозможно без оформления отношений с правообладателем (лицензиаром).

Довод о наличии сговора с каким-либо из участников носит вероятностный и предположительный характер, не подтвержденный Заявителем документально. У всех потенциальных участников отсутствуют какие-либо ограничения, участники конкурса могут предложить либо свой продукт, либо продукт, который вправе распространять по лицензионному соглашению с правообладателем, либо создать новый, еще не существующий. Именно указанное разнообразие вариантов позволяет привлечь максимальное количество участников и обеспечить реальную конкуренцию, то есть достичь целей проведения торговой процедуры как таковой.

Довод об обязанности заказчика предусмотреть в условиях закупки только передачу исключительных прав несостоятелен. В соответствии с пунктом 1 части 1 статьи 33 Закона о контрактной системе, описание объекта закупки должно носить объективный характер. 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 места происхождения товара или наименование производителя, а также требования к товарам, информации, работам, услугам при условии, что такие требования влекут за собой ограничение количества участников закупки, за исключением случаев, если не имеется другого способа, обеспечивающего более точное и четкое описание характеристик объекта закупки. Документация о закупке может содержать указание на товарные знаки в случае, если при выполнении работ, оказании услуг предполагается использовать товары, поставки которых не являются предметом контракта. При этом обязательным условием является включение в описание объекта закупки слов «или эквивалент», за исключением случаев несовместимости товаров, на которых размещаются другие товарные знаки, и необходимости обеспечения взаимодействия таких товаров с товарами, используемыми заказчиком, а также случаев закупок запасных частей и расходных материалов к машинам и оборудованию, используемым заказчиком, в соответствии с технической документацией на указанные машины и оборудование.

Таким образом, заказчик вправе включить в конкурсную документацию такие технические и функциональные характеристики товаров, которые отвечают его

потребностям и необходимы для выполнения соответствующих государственных или муниципальных функций. При этом заказчик вправе в необходимой степени детализировать объект закупки.

Требования, указанные в конкурсной документации установлены в соответствии с потребностями Заказчика, не предполагающими приобретение исключительных прав на создаваемую информационную систему, поскольку приобретения лицензий достаточно для законного использования результата интеллектуальной деятельности в соответствии с нормами ГК РФ.

Таким образом, участник не доказал, каким образом оспариваемое им положение документации ограничивает конкуренцию.

2. Как следует из ст. 1297 ГК РФ положения ее направлены на урегулирование ситуации, при которой программа для ЭВМ создается при выполнении договора подряда либо договора на выполнение научно-исследовательских, опытно-конструкторских или технологических работ, которые прямо не предусматривали создание такого произведения, что к осуществляемой закупке неприменимо исходя из сформулированного заказчиком предмета. Полагаем, что Заказчиком максимально четко определен предмет контракта и состав обязательств исполнителя. Довод об отсутствии понимания термина «передача неисключительных прав» несостоятелен, поскольку в соответствии со ст. 1233 ГК РФ договор, в котором прямо не указано, что исключительное право на результат интеллектуальной деятельности или на средство индивидуализации передается в полном объеме, считается лицензионным договором.

3. Ни п. 16, ни п. 17 Информационной карты Конкурса не предъявляет требования к участникам о декларировании наличия исключительных прав на программный продукт на момент подачи заявки. Заявляя указанный довод, ООО «Миликом» не ссылается на конкретный пункт Информационной карты Конкурса, в котором, по его мнению, данное требование якобы содержится.

Часть 1 статьи 31 Закона о контрактной системе содержит единые требования к участникам закупки, которые устанавливает заказчик при осуществлении закупки, в том числе согласно пункту 8 части 1 статьи 31 Закона о закупках обладание участником закупки исключительными правами на результаты интеллектуальной деятельности, если в связи с исполнением контракта заказчик приобретает права на такие результаты, за исключением случаев заключения контрактов на создание произведений литературы или искусства, исполнения, на финансирование проката или показа национального фильма.

Таким образом, если в связи с исполнением контракта заказчик не приобретает права на результаты интеллектуальной деятельности, указанное требование к участникам закупки не устанавливается.

Именно во исполнение вышеуказанных норм, поскольку отчуждение права собственности на ПО не предусматривается, такое требование и не было предусмотрено Заказчиком к участникам Конкурса.

4. В соответствии с пунктом 1 части 1 статьи 33 Закона о контрактной системе, описание объекта закупки должно носить объективный характер. В описании объекта закупки указываются функциональные, технические и качественные

характеристики, эксплуатационные характеристики объекта закупки (при необходимости). Таким образом, заказчик вправе включить в Конкурсную документацию такие технические и функциональные характеристики товаров, которые отвечают его потребностям и необходимы для выполнения соответствующих государственных или муниципальных функций. При этом заказчик вправе в необходимой степени детализировать объект закупки. Требования, указанные в Конкурсной документации установлены в соответствии с потребностями Заказчика по обеспечению возложенных на него функций.

Так, в п.2 Технического задания конкурсной документации указан исчерпывающий перечень документов, на основании которых исполнителю вменяется исполнить свои обязательства. Необходимость и целесообразность размещения соответствующего заказа определяется исключительно заказчиком на основании имеющихся у него потребностей. ГОСТ 19.201-78 никаких обязательных требований к разработке ПО для ЦОВ не содержит. В соответствии с определением, данным Федеральным законом № 184-ФЗ «О техническом регулировании», стандарт - это документ, в котором в целях добровольного многократного использования устанавливаются характеристики продукции, правила осуществления и характеристики процессов производства, эксплуатации, хранения, перевозки, реализации и утилизации, выполнения работ или оказания услуг. Таким образом, применение ГОСТ является добровольным и отводится на усмотрение заказчика.

Вместе с тем, вопреки утверждению заявителя, контроль и приемка выполненных работ подробно описана в п. 8 Технического задания. Требования к программной документации изложены в п. 5 Технического задания.

В состав обязательств Исполнителя в соответствии с условиями Технического задания не входит поставка какого-либо оборудования. Предмет договора - разработка программного обеспечения, под которое в будущем будет закупаться оборудование Заказчиком, по мощности и техническим характеристикам подходящее для нормального функционирования созданной исполнителем в рамках настоящей закупки информационной системы. Заказчиком в данном случае правомерно установлены требования к самому разрабатываемому программному обеспечению как к предмету закупки; выбор соответствующего оборудования для его установки не входит в предмет Конкурса и будет осуществляться в рамках иных торговых процедур.

Иными словами, закупка оборудования под рабочие места будет осуществляться с учетом характеристик созданного ПО; описание же в Техническом задании параметров технических средств, которые еще заказчиком не закуплены, фактически невозможно.

Исходя из содержания п. 4.1.1.1. Технического задания разрабатываемое СПО должно включать следующие функциональные модули: «Контактный центр» (серверная и клиентская части); «Приложение оператора»; «Сервер определения местоположения»; «Шлюз ЭРА-ГЛОНАСС».

Требования к этим модулям подробно описаны в разделе 4 Технического задания конкурсной документации. Заявитель не указывает, каким образом, описывая функционал данных модулей, Заказчик нарушил нормы ч.1 ст. 31 Закона о контрактной системе, то есть не указал, отсутствие каких положений конкурсной документации не позволяет ему сделать вывод об объеме запланированных работ

по контракту.

Учитывая вышеизложенное, Заказчик считает жалобу ООО «Миликом» необоснованной.

Уполномоченным органом даны следующие пояснения

по сути жалобы Заявителя

Уполномоченный орган не согласен с доводами, изложенными в жалобе Заявителя, по следующим основаниям.

На основании ч. 7 ст. 50 Закона о контрактной системе и подпункта 3.2.2 пункта 3.2 «Разъяснение конкурсной документации» раздела 1 «Открытый конкурс (общие условия и порядок проведения открытого конкурса)» конкурсной документации, любой участник открытого конкурса вправе направить в письменной форме заказчику запрос о даче разъяснений положений конкурсной документации. При этом Заявитель запросов о даче разъяснений не направлял.

В соответствии с порядком взаимодействия заказчиков Калининградской области с Конкурсным агентством, утвержденным постановлением Правительства Калининградской области от 31.12.2013 № 1013 «О централизации закупок товаров, работ, услуг для обеспечения государственных и муниципальных нужд в Калининградской области и о Конкурсном агентстве Калининградской области», описание объекта закупки и разработка проекта контракта не входит в полномочия Конкурсного агентства и осуществляется заказчиком.

В нарушение ч. 9 ст. 105 Закона о контрактной системе Заявителем к жалобе не представлены документы, подтверждающие ее обоснованность.

Уполномоченный орган считает, что конкурсная документация на право заключения контракта на выполнение работ по разработке программного обеспечения в целях оснащения центра обработки вызовов системы -112 Калининградской области программно-техническими комплексами с передачей неисключительных прав на разработанное программное обеспечение соответствует требованиям Закона о контрактной системе и Закона о защите конкуренции.

На основании изложенного выше Уполномоченный орган просит признать жалобу ООО «Миликом» необоснованной.

По результатам рассмотрения жалобы и проведения в соответствии с частью 15 статьи 99 Закона о контрактной системе внеплановой проверки Комиссия установила следующее

07.11.2014 Заказчиком на официальном сайте Российской Федерации в информационно-телекоммуникационной сети «Интернет» для размещения

информации о размещении заказов на поставки товаров, выполнение работ, оказание услуг (далее – официальный сайт) размещено извещение (№0135200000514001536) на право заключения контракта на выполнение работ по разработке программного обеспечения в целях оснащения центра обработки вызовов системы -112 Калининградской области программно-техническими комплексами с передачей неисключительных прав на разработанное программное обеспечение (далее - Конкурс).

Начальная (максимальная) цена контракта – 15 978 126,25 рублей.

При изучении представленных на заседание Комиссии материалов установлено следующее.

Объектом закупки является выполнение работ по разработке программного обеспечения в целях оснащения центра обработки вызовов системы -112 Калининградской области программно-техническими комплексами с передачей неисключительных прав на разработанное программное обеспечение.

В соответствии с пп. 6 п. 28 «Требования к участникам открытого конкурса» раздела 2 «Информационная карта открытого конкурса» к участникам Конкурса установлено в том числе требование: «обладание участником закупки исключительными правами на результаты интеллектуальной деятельности, если в связи с исполнением контракта заказчик приобретает права на такие результаты, за исключением случаев заключения контрактов на создание произведений литературы и искусства, исполнения, на финансирование проката или показа национального фильма».

Изучив конкурсную документацию, Комиссия установила, что требования к выполнению работ описаны Заказчиком в разделе 4 Технического задания конкурсной документации. В п. 5.4.2 проекта контракта раздела 6 «Проект контракта» конкурсной документации указано, что «право на результаты Работ, полученные при исполнении настоящего контракта, принадлежат Исполнителю». Согласно п. 5.5 проекта контракта раздела 6 «Проект контракта» конкурсной документации «под правом на результаты Работ, полученных при исполнении настоящего контракта, понимается исключительное право на созданное программное обеспечение и программную документацию». При этом п. 5.4.1. проекта контракта раздела 6 «Проект контракта» конкурсной документации предусмотрено, что «информация, накопленная в результате эксплуатации программного обеспечения, принадлежит Заказчику».

На основании вышеизложенного Комиссия приходит к выводу о том, что конкурсная документация соответствует требованиям Закона о контрактной системе.

Заявитель не воспользовался правом обратиться к Заказчику с запросом о даче разъяснений положений конкурсной документации в соответствии с ч. 7 ст. 50 Закона о контрактной системе.

В силу п.1 ч.1 ст. 50 Закона о контрактной системе конкурсная документация наряду с информацией, указанной в извещении о проведении открытого конкурса, должна содержать наименование и описание объекта закупки и условий контракта в

соответствии со [ст. 33](#) настоящего Федерального закона, в том числе обоснование начальной (максимальной) цены контракта.

Согласно разделу 4 «Обоснование начальной (максимальной) цены контракта» конкурсной документации Заказчик для обоснования начальной (максимальной) цены контракта использовал метод сопоставимых рыночных цен (анализ рынка). Заказчиком были направлены запросы потенциальным исполнителям и получены три коммерческие предложения со следующими стоимостями выполнения работ, указанных в Техническом задании конкурсной документации:

- №1 – 15 179 220,00 рублей;

- №2 – 16 777 004, 75 рублей;

- №3 – 15 978 114,00 рублей.

Таким образом, Комиссия приходит к выводу, что конкурсная документация в части обоснования начальной (максимальной) цены контракта соответствует требованиям п.1 ч.1 ст. 50 Закона о контрактной системе.

В заседании комиссии представители лиц, участвующих в рассмотрении жалобы на вопрос ведущего заседание комиссии о достаточности доказательств, представленных в материалы дела, пояснили, что все доказательства, которые они намеревались представить имеются в распоряжении комиссии, иных доказательств, ходатайств, в том числе о представлении или истребовании дополнительных доказательств не имеется.

В связи с изложенным, руководствуясь частями 1, 4, 7 статьи 105, частью 8 статьи 106 Закона о контрактной системе, Комиссия

РЕШИЛА:

Признать жалобу ООО «Миликом» необоснованной.

Ведущий заседание Комиссии:

Н.С. Иванова

Ю.А. Дорофеева

Члены комиссии:

Л.В. Шевченко

В соответствии с частью 9 статьи 106 Закона о контрактной системе, решение может быть обжаловано в судебном порядке в течение трех месяцев со дня его принятия.