



**ПОСТІЙНО ДІЮЧА АДМІНІСТРАТИВНА КОЛЕГІЯ
АНТИМОНОПОЛЬНОГО КОМІТЕТУ УКРАЇНИ
З РОЗГЛЯДУ СКАРГ ПРО ПОРУШЕННЯ ЗАКОНОДАВСТВА
У СФЕРІ ДЕРЖАВНИХ ЗАКУПІВЕЛЬ**

вул. Урицького, 45, м. Київ-35, 03680, тел.: (044) 594-64-12, факс: (044) 520-10-42
<http://www.amc.gov.ua>, код ЄДРПОУ 00032767

№ 910-р/пк-ск

від 05.08.2014

вих. лист від

№

Товариство з обмеженою відповідальністю
"ВКП ЕНЕРГОСВІТ"

вул. Оранжерейна, 3, м. Київ, 04112

Державне підприємство "Національна
енергетична компанія "Укренерго"

вул. Симона Петлюри, 25, м. Київ, 01032

Уповноважений орган з питань
державних закупівель

Державна казначейська служба України

РІШЕННЯ

Постійно діюча адміністративна колегія Антимонопольного комітету України з розгляду скарг про порушення законодавства у сфері державних закупівель (надалі – Колегія), розглянувши скаргу товариства з обмеженою відповідальністю "ВКП ЕНЕРГОСВІТ" (надалі – Скаржник, ТОВ "ВКП ЕНЕРГОСВІТ") від 10.07.2014 № 244/07-14 (zareestrovano в Комітеті 11.07.2014 за № 8-20/1569-ДЗ) (надалі – Скарга) щодо встановлення державним підприємством "Національна енергетична компанія "Укренерго" (надалі – Замовник) дискримінаційних вимог у документації конкурсних торгів на закупівлю – "код ДК 015-97 - І.2.13. Дослідження та розробки в галузі енергетики" (Оцінка впливу на стійкість і живучість ОЕС України введених на енергоблоках АЕС "частотних захистів" у випадках зміни частоти в енергосистемі і узгодженість їх роботи з діючою ПА ОЕС України шляхом дослідження перехідних процесів на створеній для цього математичній моделі енергосистеми)" [оголошення № 128848, оприлюднене на веб-порталі Уповноваженого органу, бюлетень від 04.06.2014 № 15/1/1(04.06.2014)] (надалі – Процедура закупівлі),

ВСТАНОВИЛА:

Скаржник повідомляє про встановлення Замовником дискримінаційних вимог у документації конкурсних торгів та просить, зокрема, зобов'язати Замовника внести зміни до документації конкурсних торгів.

Рішенням Колегії від 11.07.2014 № 770-р/пк-ск Скарга була прийнята до розгляду та Процедура закупівлі призупинена на строк до винесення рішення за Скаргою.

У відповідь на запит Колегії від 11.07.2014 № 20-29.3/06-1939-дз Замовник листом від 17.07.2014 № 04/02-2/7784 надав матеріали та пояснення по суті Скарги.

У ході розгляду Скарги та наданих Замовником документів Колегією встановлено наступне.

1. ТОВ "ВКП ЕНЕРГОСВІТ" у Скарзі повідомляє, що вимога документації конкурсних торгів стосовно надання копій ліцензійних договорів (ліцензій) на використання програмного забезпечення, що дозволяє моделювати довготривалі перехідні процеси зі змінною частотою в енергосистемах та враховувати регулятори на електростанціях та автоматику для повної моделі ОЕС України, значно обмежує коло використання програмного забезпечення.

Скаржник зазначає, що якщо Замовник має на меті забезпечення дотримання легітимності використання програмного забезпечення (наявність відповідного програмного забезпечення у Учасника Процедури закупівлі) та дотримання авторських прав (відповідно до Закону України "Про авторське право і суміжні права"), то доцільно було би вимагати саме документи, що підтверджують законні підстави використання програмного забезпечення та дотримання авторських прав. Зі слів Скаржника, такими документами можуть виступати не тільки ліцензійні договори (ліцензії), але і договір про створення за замовленням і використання об'єкта права інтелектуальної власності, договір про передання виключних майнових прав інтелектуальної власності, інший договір щодо розпоряджання майновими правами інтелектуальної власності відповідно до статті 1107 Цивільного кодексу України, а також договір про передачу (відчуження) майнових прав суб'єктів авторського права і суміжних прав, договір про передачу виключного (не виключного) права на використання об'єктів авторського права і суміжних прав.

Крім цього, Скаржник зауважує, що існують комп'ютерні програми вільного користування, які супроводжуються вільними публічними ліцензіями, що є договорами приєднання. Стаття 634 Цивільного кодексу України передбачає можливість використання договору приєднання в цивільних правовідносинах.

Замовник стосовно наведеного пункту Скарги повідомив, що для якісного моделювання довготривалих перехідних процесів в енергосистемах зі змінною частотою та враховування дії регуляторів на електростанціях та автоматики дій повної моделі ОЕС України необхідно використання не дослідницьких або демонстраційних зразків, а промислового програмного забезпечення, якості та надійності якого доведена широким використанням в енергосистемах світу. Таке програмне забезпечення розробляється відповідними компаніями та розповсюджується шляхом укладання ліцензійних договорів (ліцензій) на використання програмного забезпечення.

Замовник погоджується, що для дотримання авторських прав (відповідно до Закону України "Про авторське право і суміжні права"), у загальних випадках доцільно було б вимагати саме документи, що підтверджують законні підстави використання програмного забезпечення та дотримання авторських прав, але враховуючи те, що вимоги складені не взагалі для програмного забезпечення, а для спеціалізованого промислового програмного забезпечення для проведення розрахунків режимів роботи енергосистем, то воно розповсюджується в світі шляхом укладання ліцензійних договорів (ліцензій) на використання.

Замовник вважає, що це загальноєвропейська практика та вимога мати ліцензію на використання програмного забезпечення не є дискримінаційною.

У ході розгляду зазначеного питання Колегією встановлено наступне.

Протокольним рішенням комітету з конкурсних торгів Замовника від 11.06.2014 № 31 до документації конкурсних торгів було внесено зміни (надалі – Документація).

Пунктом 6 розділу III документації конкурсних торгів, затвердженої протокольним рішенням комітету з конкурсних торгів Замовника від 11.06.2014 № 31 (надалі – Документація), встановлено, що Замовник вимагає від учасників подання ними документально підтвердженої інформації про їх відповідність кваліфікаційним критеріям відповідно до статті 16 та вимогам, встановленим статтею 17 Закону, викладеним у додатку 2 Документації.

Підпунктом 1.1 пункту 1 розділу I додатку 2 Документації визначено, що учасник Процедури закупівлі у складі своєї пропозиції конкурсних торгів повинен надати довідку (складену за формою № 1 цього додатку) про наявність в учасника комп'ютерної техніки та ліцензійного програмного забезпечення (не менше двох виробників), що дозволяє моделювати довготривалі перехідні процеси зі змінною частотою в енергосистемах та враховувати регулятори на електростанціях та автоматику для повної моделі ОЕС України.

Скаржником не доведено та документально не підтверджено, яким чином встановлення Замовником зазначених вище умов у Документації порушує його права чи законні інтереси.

У зв'язку з цим у Колегії відсутні підстави для задоволення Скарги в цій частині.

2. ТОВ "ВКП ЕНЕРГОСВІТ" у Скарзі зазначає, що вимога стосовно наявності не менше двох фахівців, яким присуджено наукові ступені кандидата та доктора технічних наук за спеціальністю "Електричні станції, мережі і системи" та які працюють на постійній основі, обмежує коло учасників Процедури закупівлі.

Скаржник повідомляє, що за даними, які розміщені на офіційному веб-сайті Державної служби статистики України, кількість фахівців вищої кваліфікації (мали дипломи доктора або кандидата наук) в економіці на 31 грудня 2013 року складала 106,6 тис. осіб, в той час як у науковій сфері працюють 127,1 тис. осіб. Крім того, якщо конкретизувати вимоги щодо наукових ступенів фахівців учасника за спеціальністю 05.14.02 "Електричні станції, мережі і системи", то кількість потенційних учасників, які відповідають цим вимогам значно зменшиться. Цей факт підтверджує наявність станом на 1 червня 2014 року лише трьох Спеціалізованих вчених рад в Україні (за інформацією на офіційному веб-сайті Міністерства освіти і науки України), а саме: K26.002.06 – Національний технічний університет України "Київський політехнічний інститут" (Наказ МОН України від 25.01.2013 № 54), K05.052.05 – Вінницький національний технічний університет (Наказ МОН 15.04.2014 № 455), D35.052.02 – Національний університет "Львівська політехніка" (Наказ МОН від 04.07.2013 № 893).

Замовник стосовно наведеного пункту Скарги повідомив, що враховуючи складність предмета закупівлі, науково-технічний характер роботи та важливе державне значення Замовник зацікавлений у залученні до її виконання кваліфікованих організацій, що займаються науково-технічною діяльністю в галузі енергетики та мають відповідні науково-технічні кадри. Саме тому в розділі "Наявність працівників відповідної кваліфікації, які мають необхідні знання та досвід" встановлені зазначені вище вимоги. Зі слів Замовника, ці вимоги спрямовані на забезпечення необхідного наукового рівня роботи та не створюють дискримінаційних вимог для організацій та підприємств України, які займаються науково-технічною діяльністю в галузі енергетики, таких як установи НАН України, вищі начальні заклади МОН України, НДІ та проектні інститути, наукові центри та технологічні парки, інші науково-технічні організації України.

Замовник зазначає, що за даними Головного Управління статистики у м. Києві станом на 2013 рік існує 312 організацій, які виконують наукові дослідження й розробки, 5899 та 24547 осіб – це чисельність докторів та кандидатів наук в економіці України,

відповідно. Спеціальність кандидата та доктора технічних наук ("Електричні станції, мережі і системи"), що зазначені в Документації конкурсних торгів, повністю відповідає профілю діяльності Замовника.

Крім цього, Замовник зауважує, що для забезпечення якісного виконання аналогічних науково-технічних робіт ним протягом останніх років вимагається від усіх учасників торгів продемонструвати рівень освіти, кваліфікації, знань та досвіду працівників, у тому числі використовуючи механізм підтвердження рівня через наявність в штаті фахівців, які мають наукові ступені кандидата та доктора технічних наук за профільною спеціальністю – "Електричні станції, мережі і системи".

Замовник вважає, що Документація не містить дискримінаційних вимог в цій частині.

У ході розгляду зазначеного питання Колегією встановлено наступне.

Підпунктом 2.1 пункту 1 розділу I додатку 2 Документації встановлено, що учасник Процедури закупівлі у складі своєї пропозиції конкурсних торгів повинен надати довідку (складену за формою № 2 цього додатку) про наявність в учасника працівників з досвідом використання програмного забезпечення та моделювання перехідних процесів зі змінною частотою в енергосистемах, які працевлаштовані на постійній основі та відповідають наступній кваліфікації: "не менше двох фахівців, яким присуджено наукові ступені кандидата та доктора технічних наук за спеціальністю "Електричні станції, мережі і системи".

Разом з цим, на засіданні Колегії з розгляду Скарги, яке відбулось 05.08.2014, представник Замовника повідомив, що зазначені фахівці, яким присуджено наукові ступені кандидата та доктора технічних наук за спеціальністю "Електричні станції, мережі і системи", повинні знаходитись в штаті учасника Процедури закупівлі.

За таких умов, прийняти участь у Процедурі закупівлі зможуть лише учасники, які мають в штаті фахівців, яким присуджено наукові ступені кандидата та доктора технічних наук за спеціальністю "Електричні станції, мережі і системи", що є дискримінацією по відношенню до інших учасників Процедури закупівлі, у тому числі Скаржника.

Слід зазначити, що Замовником не обґрунтована та документально не підтверджена необхідність встановлення в Документації зазначених вище вимог.

Дії Замовника в частині встановлення зазначених вище вимог у Документації порушують вимоги частини третьої статті 22 Закону України "Про здійснення державних закупівель" (надалі – Закон) та один з основних принципів здійснення закупівель, визначених статтею 3 Закону, а саме – недискримінація учасників.

Враховуючи викладене, Замовник повинен внести зміни до Документації в цій частині.

3. Скаржник вважає, що вимога стосовно наявності не менше двох інженерів-електриків, які мають сертифікати про проходження навчання в сертифікованому учбовому центрі із використання програмного забезпечення для моделювання, обмежує кількість учасників Процедури закупівлі.

ТОВ "ВКП ЕНЕРГОСВІТ" повідомляє, що не завжди розробник/власник програмного забезпечення проводить сертифікацію фахівців та відповідно не має сертифікованого учбового центру (зокрема, програмне забезпечення "ДАКАР"), а лише проводить навчання фахівців в рамках угоди із замовником/користувачем програмного забезпечення без надання відповідних документів (сертифікатів). Інші розробники/власники не мають сертифікованих учбових центрів на території України, наприклад, PSS/E (Siemens AG).

На думку Скаржника, якщо Замовник має на меті підтвердити компетенцію працівників щодо навичок володіння програмним забезпеченням, яким учасник володіє на законних підставах, то Замовнику достатньо розширити вимогу стосовно виконання

аналогічних договорів, в якій запросити в учасника інформацію про програмне забезпечення, яке використовувалося в рамках виконання аналогічних договорів.

Замовник стосовно наведеного пункту Скарги повідомив, що кваліфікація працівників, їх знання та досвід підтверджуються періодичним підвищенням кваліфікації, тренінгами та навчанням. Замовник зазначає, що в Документації не значиться вимога щодо сертифікації користувачів програмного забезпечення, як це вказано в Скарзі.

Замовник повідомляє, що якщо виробник програмного забезпечення проводить навчання, то по закінченні навчання видається певний документ (сертифікат), який свідчить про місце, дату та факт проходження навчання фахівцем. Зі слів Замовника, це загальновідома європейська практика.

Крім цього, Замовник зазначає, що в Документації відсутня вимога щодо наявності сертифікованого учбового центру на території України, як це вказано в Скарзі.

Замовник вважає, що пропозиція Скаржника "запросити в учасника інформацію про програмне забезпечення, яке використовувалося в рамках виконання аналогічних договорів" не може бути свідоцтвом кваліфікації фахівців учасника, яка вимагається Документацією.

Замовник вважає, що Документація не містить дискримінаційних вимог в цій частині.

У ході розгляду зазначеного питання Колегією встановлено наступне.

Підпунктом 2.1 пункту 1 розділу I додатку 2 Документації встановлено, що учасник Процедури закупівлі у складі своєї пропозиції конкурсних торгів повинен надати довідку (складену за формою № 2 цього додатку) про наявність в учасника працівників з досвідом використання програмного забезпечення та моделювання перехідних процесів зі змінною частотою в енергосистемах, які працевлаштовані на постійній основі та відповідають наступній кваліфікації: "не менше двох інженерів-електриків, які мають сертифікати про проходження навчання в сертифікованому учбовому центрі по використанню програмного забезпечення для моделювання".

Разом з цим, на засіданні Колегії з розгляду Скарги, яке відбулось 05.08.2014, представник Замовника повідомив, що зазначені працівники (інженери-електрики) повинні знаходитись в штаті учасника Процедури закупівлі.

За таких умов, прийняти участь у Процедурі закупівлі зможуть лише учасники, які мають в штаті не менше двох інженерів-електриків, які мають сертифікати про проходження навчання в сертифікованому учбовому центрі із використання програмного забезпечення для моделювання.

Слід зазначити, що Замовником не обґрунтовано та документально не підтверджено необхідності встановлення в Документації зазначених вище вимог.

Дії Замовника в частині встановлення зазначених вище вимог у Документації порушують вимоги частини третьої статті 22 Закону та один з основних принципів здійснення закупівель, визначених статтею 3 Закону, а саме – недискримінація учасників.

Виходячи з наведеного вище, Замовник повинен внести відповідні зміни у Документацію в цій частині.

Колегією у пунктах 2 та 3 мотивувальної частини цього рішення встановлено, що Замовник вчинив порушення, які можливо усунути шляхом внесення відповідних змін до Документації з метою усунення дискримінаційних вимог та приведення її у відповідність до вимог Закону.

Відповідно до абзаців першого та другого частини десятої статті 18 Закону № 1197-VII за результатами розгляду скарги орган оскарження має право прийняти рішення про встановлення або відсутності порушень процедури закупівлі (у тому числі порушення порядку оприлюднення або неоприлюднення інформації про державні закупівлі, передбаченої цим Законом) та про заходи, що повинні вживатися для їх усунення, зокрема

зобов'язати замовника, генерального замовника повністю або частково скасувати свої рішення, надати необхідні документи, роз'яснення, усунути будь-які дискримінаційні умови (у тому числі ті, що зазначені в технічній специфікації, яка є складовою частиною документації з конкурсних торгів, кваліфікаційної документації).

Орган оскарження розглядає скаргу та приймає рішення на її підставі та в межах отриманої за скаргою інформації, виходячи з положень абзацу третього частини одинадцятої статті 18 Закону.

Наведені вище обставини свідчать про наявність підстав для задоволення Скарги частково.

Враховуючи викладене, керуючись частиною третьою статті 8 та статтею 18 Закону України "Про здійснення державних закупівель" від 10.04.2014 № 1197-VII, Постійно діюча адміністративна колегія Антимонопольного комітету України з розгляду скарг про порушення законодавства у сфері державних закупівель

ПОСТАНОВИЛА:

Зобов'язати державне підприємство "Національна енергетична компанія "Укренерго" внести зміни до документації конкурсних торгів процедури закупівлі – "код ДК 015-97 - I.2.13. Дослідження та розробки в галузі енергетики" (Оцінка впливу на стійкість і живучість ОЕС України введених на енергоблоках АЕС "частотних захистів" у випадках зміни частоти в енергосистемі і узгодженість їх роботи з діючою ПА ОЕС України шляхом дослідження перехідних процесів на створеній для цього математичній моделі енергосистеми)" [оголошення № 128848, оприлюднене на веб-порталі Уповноваженого органу, бюлетень від 04.06.2014 № 15/1/1(04.06.2014)] з метою усунення порушень, зазначених у мотивувальній частині цього рішення.

Рішення може бути оскаржено до суду у встановлений Законом строк.

Голова Колегії

С. МОРОЗ