



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

вул. Митрополита Василя Липківського, 45, м. Київ-35, 03680, тел.: (044) 594-64-12,
факс: (044) 520-10-42

<http://www.amc.gov.ua>, код ЄДРПОУ 00032767

№ 2248-р/пк-ск від 15.12.2015

вих. лист від

№

Товариство з обмеженою
відповідальністю
"МІЖНАРОДНИЙ ЦЕНТР
РОЗВИТКУ ЕНЕРГЕТИКИ"
вул. Михайлівська, 13, м. Київ, 01001

Державне підприємство "Національна
атомна енергогенеруюча компанія
"Енергоатом"

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 "МІЖНАРОДНИЙ ЦЕНТР РОЗВИТКУ ЕНЕРГЕТИКИ" (надалі – Скаржник, ТОВ "МІЖНАРОДНИЙ ЦЕНТР РОЗВИТКУ ЕНЕРГЕТИКИ") від 17.11.2015 № 153 (zareestrovanoю в Комітеті 18.11.2015 за № 8-20/3512-ДЗ) (надалі – Скарга) щодо встановлення державним підприємством "Національна атомна енергогенеруюча компанія "Енергоатом" (надалі – Замовник) дискримінаційних вимог у документації конкурсних торгів на закупівлю – "програмне забезпечення SAP для ДП НАЕК "Енергоатом" – 2 лоти" [оголошення № 211986, оприлюднене на веб-порталі Уповноваженого органу, бюлетень від 12.10.2015 № 355 (12.10.2015)] (надалі – Процедура закупівлі),

ВСТАНОВИЛА:

Скаржник повідомляє про встановлення Замовником дискримінаційних вимог у документації конкурсних торгів та просить, зокрема:

- прийняти Скаргу до розгляду;

- призупинити Процедуру закупівлі;
- зобов'язати Замовника привести документацію конкурсних торгів у відповідність із вимогами Закону

Рішенням Колегії від 19.11.2015 № 2070-р/пк-ск Скарга була прийнята до розгляду за та призупинена Процедура закупівлі на строк до винесення рішення за Скаргою.

У відповідь на запити Колегії від 19.11.2015 № 20-29.3/07-4662-дз Замовник листом від 26.11.2015 № 17280/10 надав копії документів, що стосуються проведення ним Процедури закупівлі.

У ході розгляду Скарги та наданих Замовником копій документів, які стосуються проведення ним Процедури закупівлі, Колегією було встановлено наступне.

1. ТОВ "МІЖНАРОДНИЙ ЦЕНТР РОЗВИТКУ ЕНЕРГЕТИКИ" у Скарзі повідомило, що вимога документації конкурсних торгів (надалі – Документація) стосовно підтвердження наявності обладнання та матеріально-технічної бази учасника саме дистриб'юторським договором, укладеним між учасником та SAP SE, або партнерською угодою PartnerEdge, укладеною між учасником та дистриб'ютором компанії SAP SE, перешкоджає Скаржнику взяти участь у Процедурі закупівлі, оскільки ТОВ "МІЖНАРОДНИЙ ЦЕНТР РОЗВИТКУ ЕНЕРГЕТИКИ" має інший аналогічний документ, а саме – договір про співробітництво в рамках партнерської програми SAPPartnerEdge для сервісних партнерів (SAPPartnerEdgeEdgeforServicePartner), який дозволяє Скаржнику надавати технічну підтримку програмного забезпечення SAP.

Як зазначає Скаржник, оскільки лише декілька суб'єктів господарювання в Україні мають вищевказаний дистриб'юторський договір з компанією SAP, то виникає припущення щодо штучного написання Документації саме в інтересах конкретного учасника.

Скаржник зауважив, що чинним конкурентним законодавством України взагалі заборонено укладення подібних дистриб'юторських договорів та партнерських угод, оскільки останні обмежують конкуренцію.

Замовник з цього питання повідомив, що листом від 23.11.2015 № 236 ТОВ "САП Україна", що є офіційним представником компанії SAP SE на території України (якій належить авторське право на програмне забезпечення SAP), надало виключний перелік документів, які надають право на розповсюдження ліцензій на програмне забезпечення SAP.

Як зазначає Замовник, дистриб'юторський договір або партнерська угода PartnerEdge згідно з правилами розповсюдження прав інтелектуальної власності SAP SE на території України є тими документами, що підтверджують право учасника розпоряджатися інтелектуальною власністю виробника програмної продукції SAP SE, що закуповуються за лотом № 1.

За інформацією Замовника, у пункті 2 листа 236 ТОВ "САП Україна" вказаний виключний перелік документів на право надання послуг з технічної підтримки програмного забезпечення SAP на території України. Наявність партнерської угоди PartnerEdge для лоту № 2 є підтвердженням виконання вимог SAP SE.

Як повідомляє Замовник, наявність такого статусу для компанії, яка обирається, як підрядник послуг з технічної підтримки (якщо це не правовласник SAP SE), є підтвердженням необхідної кваліфікації.

Як зазначає Замовник, виконання вимог правовласника та укладення необхідної угоди є виключним правом потенційного учасника та реалізується через взаємовідносини із правовласником згідно з встановленими правовласником правилами, умовами та процедурами.

У ході розгляду зазначеного питання Колегія встановила наступне.

Пунктом 6 частини I розділу III Документації визначено, зокрема, що учасники Процедури закупівлі повинні надати копію документу за підписом керівника, скріплену печаткою учасника, який підтверджує право учасника на розповсюдження ліцензій програмного забезпечення SAP та послуг з технічної підтримки програмного забезпечення SAP. Таким документом має бути або дистриб'юторський договір, укладений між учасником та SAP SE, або партнерська угода PartnerEdge, укладена між учасником та дистриб'ютором компанії SAP SE.

Замовник надав на розгляд Колегії, зокрема, копію листа ТОВ "САП Україна" від 23.11.2015 № 236, адресованого Замовнику, в якому зазначено, що "до переліку документів, що надають право розповсюджувати програмне забезпечення SAP на території України та Грузії, входить партнерська угода PartnerEdge з партнером VAR та угода про розповсюдження, укладена між SAP SE та ТОВ "САП Україна" (Національний дистриб'ютор).

До переліку документів, що надають право надавати послуги з технічної підтримки програмного забезпечення SAP (SAP Enterprise Support) на території України та Грузії, входять партнерська угода PartnerEdge з партнером VAR. На підставі угоди про розповсюдження, укладеної між SAP SE та ТОВ "САП Україна", останній також має право надавати послуги з технічної підтримки програмного забезпечення SAP.

Виключно компанія SAP SE володіє правами інтелектуальної власності на програмне забезпечення SAP та надає право його розповсюджувати своїм уповноваженим партнерам (дистриб'юторам) за наявності відповідних документів.

Національний дистриб'ютор та партнер – учасник партнерської програми PartnerEdge зі статусом SAP Value Added Reseller мають право розповсюджувати програмне забезпечення компанії SAP SE на території України та Грузії, а також здійснювати передпродажні та технічні консультації, підготовку специфікацій та проектів, установку програмного забезпечення та іншу діяльність, що пов'язана з просуванням та впровадженням рішень SAP на території України та Грузії.

Крім того, VAR – партнер, котрий успішно пройшов процедуру сертифікації партнерського центру експертизи (PCOE) отримує право надавати послуги з технічного супроводу (підтримки) програмного забезпечення SAP".

У вказаному листі також наведений перелік організацій, які мають право на розповсюдження ліцензій SAP та території України та Грузії (13 організацій).

Крім цього, за інформацією Скаржника, є декілька суб'єктів господарювання в Україні, які мають вищевказаний дистриб'юторський договір з компанією SAP.

Враховуючи викладене вище, у Колегії відсутні підстави для задоволення Скарги в цій частині.

2. ТОВ "МІЖНАРОДНИЙ ЦЕНТР РОЗВИТКУ ЕНЕРГЕТИКИ" у Скарзі повідомило, що у Документації за лотами №№ 1 та 2 встановлені вимоги стосовно надання на підтвердження досвіду виконання аналогічних договорів не аналогічних договорів про надання послуг з постачання ліцензій та послуг з технічної підтримки програмного забезпечення, а конкретно договорів щодо програмного забезпечення SAP.

Як зазначає Скаржник, у ТОВ "МІЖНАРОДНИЙ ЦЕНТР РОЗВИТКУ ЕНЕРГЕТИКИ" є аналогічні договори, які підтверджують виконання аналогічних послуг, тому вказана вимога Документації перешкоджає Скаржнику прийняти участь у Процедурі закупівлі.

Замовник з цього питання повідомив, що відповідно до Документації передбачається надання послуг з технічної підтримки програмних рішень на базі програмного забезпечення SAP, які експлуатуються у Замовника, а саме:

- супровід встановлення нових версій програмного забезпечення SAP;
- аналіз та встановлення пакетів виправлення програмного забезпечення SAP, які надаються компанією SAP SE;
- аналіз та виправлення помилок у існуючих рішеннях на базі програмного забезпечення SAP;
- аналіз першопричин збоїв для користувацького коду на базі програмного забезпечення SAP тощо.

На думку Замовника, вказані послуги з технічної підтримки програмних рішень на базі програмного забезпечення SAP, які експлуатуються у Замовника, потребують спеціалізованих знань, персоналу та досвіду.

Замовник вважає, що застосування вимоги про наявність в учасника досвіду виконання договорів щодо надання послуг з технічної підтримки саме програмного забезпечення SAP 5 (п'яти) клієнтам є такою, що забезпечує необхідний рівень технічної підтримки.

У ході розгляду зазначеного питання Колегія встановила наступне.

Пунктом 6 частини I розділу III Документації визначений, зокрема, перелік документів, які повинен надати учасник для підтвердження досвіду виконання аналогічних договорів:

- за лотом № 1 – учасник повинен підтвердити наявність досвіду виконання договорів надання послуг з постачання ліцензій програмного забезпечення SAP (не менше 2-х за період 2014-2015 роки). На підтвердження надати довідку за підписом уповноваженої особи та завірену печаткою учасника, із зазначенням повних назв організацій, по замовленню яких учасником було реалізовано подібні проекти та короткий опис обсягу проекту.

- за лотом № 2 – учасник повинен підтвердити наявність п'яти активних клієнтів, яким на момент подачі пропозиції учасник надає послуги з технічної підтримки програмного забезпечення SAP. На підтвердження надати довідку за підписом уповноваженої особи та завірену печаткою учасника, із зазначенням повних назв організацій, по замовленню яких учасником надаються послуги з технічної підтримки.

На засіданні Колегії, яке відбулось 15.12.2015, представник Скаржника повідомила, що у ТОВ "МІЖНАРОДНИЙ ЦЕНТР РОЗВИТКУ ЕНЕРГЕТИКИ" є договори щодо постачання програмного забезпечення SAP.

Таким чином, у Колегії відсутні підстави для задоволення Скарги в цій частині.

3. ТОВ "МІЖНАРОДНИЙ ЦЕНТР РОЗВИТКУ ЕНЕРГЕТИКИ" у Скарзі повідомило, що у Документації (додатки 3 та 4) відсутній детальний опис послуг стосовно видання ліцензії на право користування програмним забезпеченням SAP та послуг щодо технічної підтримки програмного забезпечення SAP, у тому числі, їх технічні та якісні характеристики, вимоги щодо технічних і функціональних характеристик ліцензій, посилання на стандартні характеристики, вимоги, умовні позначення та термінологію, пов'язану з послугами, що закуповуються.

Замовник з цього питання повідомив, що додатки 3, 4 Документації містять, як опис предмету закупівлі, так і вимоги до надання послуг у вигляді електронного посилання на офіційний Інтернет-ресурс компанії SAP SE.

Як зазначає Замовник, ліцензії на право користування програмним забезпеченням SAP та послуги щодо технічної підтримки програмного забезпечення SAP не регулюється на теперішній час існуючими міжнародними або національними стандартами, нормами та правилами.

У ході розгляду зазначеного питання Колегія встановила наступне.

Відповідно до пункту 7 розділу III Документації інформація щодо технічних та якісних характеристик предмета закупівлі визначена в:

- додатку 3 Документації "Технічні вимоги до невиключних майнових прав інтелектуальної власності (ліцензій) на використання програмного забезпечення SAP";
- додатку 4 Документації "Технічні вимоги до послуги з технічної підтримки програмного забезпечення SAP".

Додатком 3 Документації визначні технічні вимоги та зазначено, зокрема: "загальні вимоги до надання ліцензій викладені в документі "Загальні умови угоди про надання ліцензії та підтримки для програмного забезпечення SAP", розташованому за адресою <http://download.sap.com/corporate-en/download.epd?context=33E0CA7DB4959CD2A92EEF1FC856D8626E92A0BFB8C1EBBC2D73CA0B9BF8D133692B599C135AC0B4B55BE0BFA9C6670B91E93B530EF4EF11>".

Додатком 4 Документації також визначені технічні вимоги та зазначено, зокрема: "загальні вимоги до послуг з технічної підтримки викладені в документі "Общие условия оказания услуг по сопровождению программного обеспечения SAP/SAP EnterpriseSupportschedule", розташованому за адресою <http://download.sap.com/corporate-en/download.epd?context=B68866EDCC3197B4C610180F750B707F249018ED0D54680B11DDB6369CF47D3AFEFA16C8DDB6EF9DCCA40FC022F3F1243D96C041989D2A34>".

Відповідно до підпункту 3 пункту 4 розділу V Документації замовник відхиляє пропозицію конкурсних торгів у разі, якщо пропозиція конкурсних торгів не відповідає умовам Документації.

Відповідно до підпункту 3 пункту 4 розділу V Документації замовник відхиляє пропозицію конкурсних торгів у разі, якщо пропозиція конкурсних торгів не відповідає умовам Документації.

Разом з тим, наведена за посиланнями на Інтернет-сторінки інформація відсутня у Документації, у зв'язку чим суб'єкти господарювання за умов, незалежних від них, можуть не отримати зазначену інформацію та вказана інформація може змінюватися.

Замовник не обґрунтував неможливість зазначення вказаної вище інформації у Документації.

Таким чином, відсутність у Документації вказаних вище вимог, навіть за умови посилання на Інтернет-сторінки, може призвести до порушення одного з принципу здійснення закупівель – відкритості та прозорості на всіх стадіях закупівель.

Дії Замовника в частині встановлення у Документації вказаних вище вимог порушують вимоги статті 22 Закону та принципи здійснення закупівель – недискримінація учасників, відкритість та прозорість на всіх стадіях закупівель.

Враховуючи викладене вище, Замовник має внести відповідні зміни до Документації в цій частині.

4. ТОВ "МІЖНАРОДНИЙ ЦЕНТР РОЗВИТКУ ЕНЕРГЕТИКИ" у Скарзі повідомило, що в технічній специфікації (додаток 4) зазначено конкретну торгову марку та виробника (SAP), хоча статтею 22 Закону це заборонено.

Замовник з цього питання повідомив, що конкретну торгову марку програмного забезпечення вказано цілком обґрунтовано, оскільки є потреба здійснити закупівлю саме програмного забезпечення SAP з метою уніфікації, стандартизації або забезпечення сумісності з наявними технологіями, оскільки заміна на інше програмне забезпечення може призвести до несумісності або виникнення проблем технічного характеру, пов'язаних з експлуатації та обслуговуванням.

У ході розгляду зазначеного питання Колегія встановила наступне.

Відповідно до пункту 3 частини другої статті 22 Закону документація конкурсних торгів повинна містити інформацію про необхідні технічні, якісні та кількісні характеристики предмета закупівлі, у тому числі відповідну технічну специфікацію (у разі

потреби - плани, креслення, малюнки чи опис предмета закупівлі). При цьому технічна специфікація повинна містити: детальний опис товарів, робіт, послуг, що закуповуються, у тому числі, їх технічні та якісні характеристики; вимоги щодо технічних і функціональних характеристик предмета закупівлі у разі, якщо опис скласти неможливо або якщо доцільніше зазначити такі показники; посилання на стандартні характеристики, вимоги, умовні позначення та термінологію, пов'язану з товарами, роботами чи послугами, що закуповуються, передбачені існуючими міжнародними або національними стандартами, нормами та правилами. Технічна специфікація не повинна містити посилання на конкретні торговельну марку чи фірму, патент, конструкцію або тип предмета закупівлі, джерело його походження або виробника. У разі якщо таке посилання є необхідним, воно повинно бути обґрунтованим, а специфікація повинна містити вираз "або еквівалент".

Згідно з додатком 4 Документації Замовник має намір закупити програмне забезпечення SAP.

Разом з цим, Документація не містить вираз "або еквівалент", що є порушенням вимоги статті 22 Закону.

Таким чином, Замовник має привести Документацію в цій частині відповідно до вимог Закону шляхом внесення до неї відповідних змін.

5. ТОВ "МІЖНАРОДНИЙ ЦЕНТР РОЗВИТКУ ЕНЕРГЕТИКИ" у Скарзі повідомило, що технічні та якісні характеристики не містять вимоги щодо необхідності застосування заходів із захисту довкілля, хоча наявність такої вимоги є обов'язковою згідно зі статтею 22 Закону.

Замовник з цього питання повідомив, що предметом закупівлі є придбання ліцензій на право використання програмного забезпечення, що не пов'язано із промисловим виробництвом або іншою діяльністю, яка впливає на довкілля.

У ході розгляду зазначеного питання Колегія встановила наступне.

Пунктом 3 частини другої статті 22 Закону визначено, зокрема, що технічні, якісні характеристики предмета закупівлі повинні передбачати необхідність застосування заходів із захисту довкілля.

Документація не передбачає вимог стосовно необхідності застосування заходів із захисту довкілля.

Таким чином, Замовник має привести Документацію в цій частині відповідно до вимог Закону шляхом внесення до неї відповідних змін.

6. ТОВ "МІЖНАРОДНИЙ ЦЕНТР РОЗВИТКУ ЕНЕРГЕТИКИ" у Скарзі повідомило, що відповідно до статті 22 Закону Документація повинна містити інформацію про субпідрядників.

Як зазначає Скаржник, у Документації не зазначена вимога стосовно субпідрядників, що прямо порушує вимоги Закону.

Замовник з цього питання повідомив, що роботи не є предметом закупівлі.

У ході розгляду зазначеного питання Колегія встановила наступне.

Відповідно до пункту 19 частини другої статті 22 Закону документація конкурсних торгів повинна містити у разі закупівлі робіт або послуг – вимогу про зазначення учасником у пропозиції конкурсних торгів інформації (повне найменування та місцезнаходження) про кожного суб'єкта господарювання, якого учасник планує залучати до виконання робіт як субпідрядника в обсязі не менше, ніж 20 відсотків від вартості договору про закупівлю.

Документація не містить вказаної вище вимоги.

Таким чином, Замовник має привести Документацію в цій частині відповідно до вимог Закону шляхом внесення до неї відповідних змін.

Враховуючу інформацію, наведену в мотивувальній частині цього рішення, Колегією встановлено, що Замовник вчинив порушення, які можуть бути усунені шляхом зобов'язання Замовника внести зміни до Документації.

Відповідно до абзаців першого та другого частини десятої статті 18 Закону за результатами розгляду скарги орган оскарження має право, зокрема, прийняти рішення про встановлення або відсутність порушення 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 у технічній специфікації, яка є складовою частиною документації з конкурсних торгів, кваліфікаційної документації), привести документацію конкурсних торгів (кваліфікаційну документацію, запит цінових пропозицій) у відповідність із вимогами законодавства, або за неможливості виправити допущені порушення відмінити процедуру закупівлі.

Орган оскарження розглядає скаргу та приймає рішення на її підставі та в межах одержаної 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", Постійно діюча адміністративна колегія Антимонопольного комітету України з розгляду скарг про порушення законодавства у сфері державних закупівель

ПОСТАНОВИЛА:

Зобов'язати державне підприємство "Національна атомна енергогенеруюча компанія "Енергоатом" внести зміни до документації конкурсних торгів на закупівлю – "програмне забезпечення SAP для ДП НАЕК "Енергоатом" – 2 лоти" [оголошення № 211986, оприлюднене на веб-порталі Уповноваженого органу, бюлетень від 12.10.2015 № 355 (12.10.2015)] з метою усунення порушень, зазначених у мотивувальній частині цього рішення.

Рішення може бути оскаржено до суду у встановлений Законом строк.

Голова Колегії

А. BOBK