



**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

№ 845-р/пк-ск від 28.04.2016

вих. лист від

№

Приватне акціонерне товариство "Енергетичний холдинг"

вул. Дарвіна, 6, літ. А, м. Київ, 01004

Державне підприємство "Національні інформаційні системи"

вул. Артема, 73, м. Київ, 04053

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), ознайомившись з матеріалами за скаргою приватного акціонерного товариства "Енергетичний холдинг" (надалі – Скаржник, ПрАТ "Енергетичний холдинг") від 22.03.2016 б/н (zareєстрованою в Комітеті 22.03.2016 за № 8-20/927-ДЗ) (надалі – Скарга) щодо порушення державним підприємством "Національні інформаційні системи" (надалі – Замовник, ДП "Національні інформаційні системи", ДП "НАІС") порядку проведення переговорної процедури закупівлі – "Код 62.01.1. Послуги з розробки прикладного програмного забезпечення (послуги з розробки програмного забезпечення групи підсистем "Речові права та їх обтяження" у складі Інформаційної Системи Єдиних та Державних реєстрів, код ДК 021:2015 – 72212)" [оголошення № 079748, оприлюднене на веб-порталі Уповноваженого органу, бюлетень від 18.03.2016 № 53 (18.03.2016)] (надалі – Процедура закупівлі),

ВСТАНОВИЛА:

Скаржник повідомляє про порушення Замовником порядку проведення Процедури закупівлі та просить, зокрема:

- прийняти Скаргу до розгляду;

- призупинити Процедуру закупівлі;
- зобов'язати Замовника відмінити Процедуру закупівлі.

Рішенням Колегії від 24.03.2016 № 558-р/пк-ск Скарга була прийнята до розгляду.

У відповідь на запит Колегії від 24.03.2014 № 20-29.3/07-1169-дз Замовник листами від 30.03.2016 № 1302/01-08 та від 26.04.2016 № 1650/01-08 надав копії документів та пояснення щодо проведення ним Процедури закупівлі.

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

1. Щодо наявності матеріально-технічної бази у учасника переговорної процедури закупівлі як кваліфікаційного критерію статті 16 Закону України "Про здійснення державних закупівель".

1.1. Скаржник повідомляє, що відповідно до абзацу п'ятого частини другої статті 16 Закону для участі у процедурах закупівель учасники повинні мати кваліфікаційні дані, які відповідають, зокрема, такому критерію, як наявність документально підтвердженого досвіду виконання аналогічних договорів.

Також Скаржник повідомляє, що ТОВ "Айкюжн" має досвід виконання аналогічних договорів із розробки програмного забезпечення групи підсистем "Речові права та їх обтяження" у складі Інформаційної Системи Єдиних та Державних реєстру на підставі договорів, укладених з державним підприємством "Інформаційний центр" Міністерства юстиції України та державним підприємством "Національні інформаційні системи". Проте, виконання цих договорів зі сторони ТОВ "Айкюжн" здійснювалось неналежним чином та з порушеннями.

Скаржник повідомляє, що згідно з даними Єдиного державного реєстру судових рішень на даний час у Господарському суді м. Києва розглядається справа № 910/12311/15 за позовом державного підприємства "Інформаційний центр" Міністерства юстиції України до ТОВ "Айкюжн" про стягнення 540 020,39 грн штрафу та 1 046 083,14 грн пені (порушення ТОВ "Айкюжн" строків виконання зобов'язань за договором від 25.03.2015 № 7875/01-08 та за договором від 03.02.2014 № 958).

Також Скаржник повідомляє: "у жовтні 2015 року було проведено переговорну процедуру з ТОВ "Айкюжн", у результаті якої було укладено договір про закупівлю послуг щодо проектування та розроблення у сфері інформаційних технологій (послуги з розробки програмного забезпечення групи підсистем "Речові права та їх обтяження" у складі Інформаційної Системи Єдиних та Державних реєстрів, код ДК 016:2010 - 62.01.1 (тотожних послуг оскаржуваної процедури закупівлі), строк надання цих послуг було визначено до 31.12.2015. Вартість закупівлі складала 16 000 000,00 грн".

Скаржник зазначає: "Замовником проводиться закупівля тотожних послуг з розробки програмного забезпечення групи підсистем "Речові права та їх обтяження" у складі Інформаційної Системи Єдиних та Державних реєстрів вбачається, що ТОВ "Айкюжн" не були виконані зобов'язання за попереднім договором, строк виконання якого закінчився 31.12.2015".

Скаржник зазначає: "у Обґрунтуванні відсутні відомості щодо переліку співробітників, які перейшли на роботу до ТОВ "Айкюжн ІТ" та відповідно мають необхідні навички та знання щодо здійснення розробки програмного забезпечення групи підсистем "Речові права та їх обтяження" у складі Інформаційної Системи Єдиних та Державних реєстрів, тому не можна з впевненістю стверджувати про те, що "саме знання, навички та досвід, які були здобуті фахівцями ТОВ "Айкюжн" протягом двох років розробки ПЗ Реєстру, є унікальним. Модифікація вказаного програмного забезпечення у терміни, які встановлює законодавство будь-яким іншим розробником, призведе до значних непродуктивних втрат часу та коштів на вивчення особливостей структури БД, алгоритмів

обробки даних та розробленого ПЗ Реєстру (тобто на повторення всього шляху ТОВ "АйКюжн"), унеможливить оперативне реагування на зміни законодавства, призведе до значних витрат на повторне виконання раніше виконаних робіт та з високою ступеню вірогідності призведе до непрацездатності Реєстру в цілому (пункт 5 Обґрунтування)".

Замовник повідомляє, що ДП "Національні інформаційні системи" листом від 16.03.2016 № 1044/01-08 запросив представників ТОВ "АЙКЮЖН ІТ" прийняти участь в переговорах та надати від документи щодо відповідності учасника кваліфікаційним критеріям, встановленим статтею 16 Закону.

Замовник стверджує, що ТОВ "АЙКЮЖН ІТ" надало відповідні документи (лист від 17.03.2016 № 35/10-16).

Також Замовник стверджує, що товариство з обмеженою відповідальністю "АЙКЮЖН ІТ" "створене шляхом виділу із ТОВ "АЙКЮЖН" та є правонаступником всіх прав та обов'язків ТОВ "АЙКЮЖН" в частині розробки, впровадження, модернізації, розвитку, супроводження та підтримки програмного забезпечення, що розроблене у 2008-2015 роках ТОВ "АЙКЮЖН", а також виключних майнових авторських прав на зазначене програмне забезпечення та знаків для товарів і послуг, що підтверджується відповідним статутом ТОВ "АЙКЮЖН ІТ".

Замовник зазначає, що до штату ТОВ "АЙКЮЖН ІТ" "були переведені всі фахівці, які спеціалізуються на роботі з державними підприємствами, установами та організаціями, в тому числі, робоча група висококваліфікованих фахівців ТОВ "АЙКЮЖН", яка протягом декількох років виконує проект, починаючи із розробки, впровадження, розвитку та супроводження програмного забезпечення групи підсистеми "Речові права та обтяження" у складі Інформаційної Системи Єдиних та Державних реєстрів.

У зв'язку з цим здійснення гарантійної підтримки групи підсистем "Речові права та обтяження" і підсистеми "Єдиний державний реєстр виконавчих проваджень" у складі Інформаційної Системи Єдиних та Державних реєстрів та їх подальша розробка, модернізація, технічний супровід можуть здійснюватися працівниками ТОВ "АЙКЮЖН ІТ". Окрім документів на підставі яких був здійснений виділ, факт прийняття ТОВ "АЙКЮЖН ІТ" гарантійних зобов'язань ТОВ "АЙКЮЖН" підтверджується Меморандумом про взаєморозуміння з питань надання гарантійної підтримки, який складений між ТОВ "АЙКЮЖН" та ТОВ "АЙКЮЖН ІТ" 21 грудня 2015 року".

У ході розгляду зазначеного питання Колегією встановлено наступне.

Листом від 16.03.2016 № 1044/01-08 Замовником надіслано запит ТОВ "АЙКЮЖН ІТ" щодо проведення переговорів, який містить пункти, що зобов'язує надати для участі в переговорах ТОВ "АЙКЮЖН ІТ", зокрема:

- довідку у довільній формі про наявність працівників відповідної кваліфікації, що мають відповідні знання та досвід довідку;
- довідку у довільній формі про наявність досвіду щодо виконання аналогічних договорів.

Листом від 17.03.2016 № 35/10-16 ТОВ "АЙКЮЖН ІТ" надіслало документи стосовно проведення переговорів, зокрема, довідку про наявність у "АЙКЮЖН ІТ" працівників відповідної кваліфікації, які мають необхідні знання та досвід від 17.03.2016 № 39/10-16, та довідку про наявність досвіду щодо виконання аналогічних договорів від 17.03.2016 № 44/10-16.

Отже учасником не порушені вимоги запиту переговорної процедури закупівлі в цій частині, тому у Колегії відсутні підстави для задоволення Скарги в цій частині.

1.2. Скаржник зазначає: "відповідно до частини другої статті 17 Закону замовник може прийняти рішення про відмову учаснику, учаснику попередньої кваліфікації в участі у процедурі закупівлі, попередній кваліфікації учасників та може відхилити пропозицію конкурсних торгів (кваліфікаційну, цінову пропозицію) учасника (учасника попередньої кваліфікації) у разі, якщо учасник зареєстрований в офшорних зонах. Перелік офшорних зон

встановлений Кабінетом Міністрів України, зокрема у розпорядженні від 16.09.2015 № 977-р "Про затвердження переліку держав (територій), які відповідають критеріям, установленим підпунктом 39.2.1.2 підпункту 39.2.1 пункту 39.2 статті 39 Податкового кодексу України".

Згідно з даними Єдиного державного реєстру юридичних осіб та фізичних осіб – підприємців, кінцевим бенефіціарним власником ТОВ "Айкюжн ІТ" є закрита акціонерна компанія з обмеженою відповідальністю "Сорочан Холдінгз Лімітел" – Куллуарос Міхалакіс, Республіка Кіпр, м. Ларнака, вул. Гастрас, 4, Атіаіноу, 7600 (Республіка Кіпр входить до переліку офшорних зон).

Тобто, на думку Скаржника, в даному випадку Замовник мав, але не скористався правом відхилити ТОВ "Айкюжн ІТ" як учасника, свідомо пішовши на те, щоб програмне забезпечення найважливішого державного реєстру – Єдиного державного реєстру виконавчих проваджень розробляла та отримувала державні кошти особа, кінцевий бенефіціар якої зареєстрований у офшорних зонах. Водночас, після славнозвісного випадку зупинення Єдиних та Державних реєстрів у жовтні 2013 року, коли приватними структурами, яким належали права на програмне забезпечення реєстрів та які були зареєстровані в офшорних зонах, державою була прийнята концепція обов'язковості належності майнових прав на програмне забезпечення державних інформаційних ресурсів державі, а умова щодо можливості відмови учаснику в закупівлі, якщо він зареєстрований у офшорних зонах, спрямована саме на те, щоб уникнути впливу іноземних бенефіціарів на надання послуг замовникам в розумінні Закону. Ці обставини, зокрема, зупинки Єдиних та Державних реєстрів та необхідність уникнення офшорів при сплаті державних коштів, були проігноровані Замовником.

Замовник зазначає, що ТОВ "АЙКЮЖН ІТ" є резидентом України та сплачує податки на території України, про що надано відповідні документи та є відомості у відкритих реєстрах. Закон не містить жодних вимог щодо кінцевих бенефіціарних власників учасника торгів. Таким чином, дане твердження є безпідставним.

У ході розгляду зазначеного питання Колегією встановлено наступне.

Відповідно до підпункту 3 пункту 2 статті 17 Закону Замовник може прийняти рішення про відмову учаснику, учаснику попередньої кваліфікації в участі у процедурі закупівлі, попередній кваліфікації учасників та може відхилити пропозицію конкурсних торгів (кваліфікаційну, цінову пропозицію) учасника (учасника попередньої кваліфікації) у разі, якщо учасник або учасник попередньої кваліфікації зареєстрований в офшорних зонах. Перелік офшорних зон встановлюється Кабінетом Міністрів України.

Враховуючи вищевикладене, Замовник має право відхилити пропозицію конкурсних торгів учасника, а не обов'язок, тому у Колегії відсутні підстави для задоволення Скарги в цій частині.

1.3. Скаржник повідомляє, що необґрунтовано вартість закупівлі послуг з розробки програмного забезпечення групи підсистем "Речові права та їх обтяження" у складі Інформаційної Системи Єдиних та Державних реєстрів (вартість закупівлі складає 7 379 000 грн, ціна акцептованої пропозиції ТОВ "Айкюжн ІТ" складає 6 570 000,00 грн). За твердженням Скаржника, на зазначену вартість закупівлі фактично було збільшено вартість робіт зі створення вказаного вище реєстру, адже раніше ТОВ "Айкюжн" було вже отримано кошти за надання тотожних послуг, що може свідчити про корупційну складову у діях Замовника з метою привласнення коштів підприємства.

Скаржник зауважив, що розробляє програмне забезпечення у складі Інформаційної Системи Єдиних та Державних реєстрів за значно меншу ціну – так, за договорами, укладеними у грудні 2016 року Скаржником з ДП "НАІС", вартість розроблення модифікації Комп'ютерної програми "Реєстр спеціальних бланків нотаріальних документів" у складову інформаційної системи нотаріальних дій, тотожної програмному забезпеченню "Речові права та їх обтяження" складає 4 100 000,00 грн, а вартість розробки Електронного реєстру

апостилів складає 1 700 000,00 грн.

Замовник стосовно наведеного пункту Скарги пояснень не надав.

У ході розгляду зазначеного питання Колегією встановлено наступне.

Скаржник не довів та документально не підтвердив, яким чином визначення очікуваної вартості закупівлі порушує права Скаржника, тому у Колегії відсутні підстави для задоволення Скарги в цій частині.

2. ПрАТ "Енергетичний холдинг" у Скарзі повідомило, що обравши переговорну процедуру закупівлі, Замовник порушив вимоги частини другої статті 39 Закону України "Про здійснення державних закупівель" (надалі – Закон).

За інформацією Скаржника, частиною першою статті 39 Закону передбачено, що переговорна процедура закупівлі застосовується Замовником саме як виняток. Винятковість переговорної процедури закупівлі на відміну від інших процедур закупівлі потребує максимального обґрунтування та об'єктивного документального підтвердження необхідності застосування цієї процедури як єдиноможливої в конкретному випадку за умов, визначених частиною другою статті 39 Закону.

Скаржник зауважив, що Замовником неправомірно прийняте рішення про застосування переговорної процедури, закупівля має проводитись за процедурою відкритих торгів.

Замовник стосовно наведеного пункту Скарги повідомив, що чинне законодавство України не містить положень та відповідних вимог або умов до замовника закупівлі при проведенні ним переговорної процедури щодо "максимального обґрунтування та об'єктивного документального підтвердження необхідності застосування переговорної процедури".

Замовник стверджує, що стаття 39 Закону передбачає виняткові випадки застосування переговорної процедури.

У ході розгляду зазначеного питання Колегією встановлено наступне.

Відповідно до абзацу першого частини першої статті 39 Закону переговорна процедура закупівлі – це процедура, яка використовується замовником як виняток і відповідно до якої замовник укладає договір про закупівлю з учасником після проведення переговорів з одним або кількома учасниками.

Відповідно до пункту 1 частини другої статті 39 Закону переговорна процедура закупівлі застосовується замовником як виняток у разі закупівлі творів мистецтва або закупівлі, пов'язаної із захистом прав інтелектуальної власності, або укладення договору про закупівлю з переможцем архітектурного чи мистецького конкурсу.

Згідно з частиною першою статті 39 Закону, зокрема, обґрунтування застосування переговорної процедури закупівлі повинно містити:

- умови застосування процедури закупівлі;
- посилання на експертні, нормативні, технічні та інші документи, що підтверджують наявність умов застосування процедури закупівлі.

Відповідно до частини першої статті 39 Закону, зокрема, оприлюднення інформації про застосування переговорної процедури закупівлі не вважається запрошенням до участі у процедурі закупівлі для невизначеного кола осіб.

Наказом Міністерства економічного розвитку і торгівлі України від 15.09.2014 № 1106, зареєстрованим у Міністерстві юстиції України 13.10.2014 за № 1248/26025, затверджена, зокрема, форма обґрунтування застосування переговорної процедури закупівлі (надалі – Форма), відповідно до якої обґрунтування повинно містити, зокрема:

- умови застосування переговорної процедури закупівлі;

- причини та обставини, якими керувався замовник під час застосування переговорної процедури закупівлі;
- документи, що підтверджують наявність умов застосування переговорної процедури закупівлі.

Відповідно до Інструкції щодо заповнення форми обґрунтування застосування переговорної процедури закупівлі (надалі – Інструкція), затвердженої зазначеним вище наказом Міністерства економічного розвитку і торгівлі України, в обґрунтуванні застосування переговорної процедури закупівлі повинно, зокрема, зазначатися:

- у пункті 4 умови застосування переговорної процедури закупівлі відповідно до частини другої статті 39 Закону;
- у пункті 5 причини та обставини, якими керувався замовник під час обрання переговорної процедури закупівлі, зазначаються замовником у довільній формі, виходячи з умов застосування переговорної процедури закупівлі;
- у пункті 6 замовник зазначає посилання на експертні, нормативні, технічні та інші документи, що підтверджують наявність умов застосування процедури закупівлі.

Розглянувши обґрунтування застосування Процедури закупівлі, надане Замовником, Колегія встановила наступне.

У пункті 4 "Умови застосування переговорної процедури закупівлі" обґрунтування Замовник зазначив: "умова застосування переговорної процедури закупівлі:

- пункт 1 частини другої статті 39 Закону, а саме: закупівля творів мистецтв або закупівля, пов'язана із захистом прав інтелектуальної власності, або укладення договору про закупівлю з переможцем архітектурного чи мистецького конкурсу;
- пункт 2 частини другої статті 39 Закону, а саме: відсутність конкуренції (у тому числі з технічних причин) на відповідному ринку, внаслідок чого договір про закупівлю може бути укладено лише з одним постачальником, за відсутності при цьому альтернативи;
- пункт 5 частини другої статті 39 Закону, а саме: потреба здійснити додаткову закупівлю у того самого постачальника з метою уніфікації, стандартизації або забезпечення сумісності з наявними товарами, технологіями, роботами або послугами, якщо заміна попереднього постачальника (виконавця робіт, надавача послуг) може призвести до несумісності або виникнення проблем технічного характеру, пов'язаних з експлуатацією та обслуговуванням.

У пункті 5 "Причини та обставини, якими керувався замовник під час застосування переговорної процедури" обґрунтування, Замовник зазначив наступне:

Відповідно до статті 2 Закону України "Про державну реєстрацію речових прав на нерухоме майно та їх обтяжень" Державний реєстр речових прав на нерухоме майно (далі - Реєстр) - єдина державна інформаційна система, що забезпечує обробку, збереження та надання відомостей про зареєстровані речові права на нерухоме майно та їх обтяження, про об'єкти та суб'єктів таких прав.

Так, з 1 січня 2013 року забезпечено надсилання та постійне внесення до Реєстру записів про державну реєстрацію речових прав на нерухоме майно та їх обтяжень.

Згідно зі створеною в 2014 році "Концепцією створення Інформаційної Системи Єдиних та Державних реєстрів" (далі – Концепція) у 2014-2015 роках розроблена та впроваджена нова група підсистем "Речові права та їх обтяження" у складі "Інформаційної Системи Єдиних та Державних реєстрів" (далі – Система).

Первинна розробка програмного забезпечення групи підсистем "Речові права та обтяження" Інформаційної Системи Єдиних та Державних реєстрів здійснювалась в рамках виконання договору від 03.02.2014 № 958, виконавцем якого було ТОВ "Айкюжн" і яке видало на нього Гарантійні зобов'язання 06 серпня 2015 року. Ці зобов'язання разом з колективом розробників цього програмного забезпечення перейшло до ТОВ "Айкюжн ІТ".

Зважаючи на важливість автоматизованих функцій та масштаби програмного забезпечення групи підсистем "Речові права та їх обтяження", яке створено співробітниками ТОВ "Айкюжн ІТ", заміна виконавця послуг щодо подальшого еволюційного розвитку

програмного забезпечення призведе до порушення уніфікації, стандартизації та інформаційно-технологічної несумісності технології адміністрування програмного забезпечення групи підсистем "Речові права та їх обтяження", виникнення проблем технічного та технологічного характеру, пов'язаних з веденням баз даних та як наслідок, викривлення даних у системі.

При цьому слід враховувати наступні обставини:

- необхідність гарантійної підтримки програмного забезпечення, що використовується Замовником. Окрім програмного забезпечення Реєстру, ТОВ "Айкюжн ІТ" несе гарантійні зобов'язання з підтримки іншого програмного забезпечення, зокрема Єдиного реєстру користувачів (далі - ЄРК) (створеного на базі програмного продукту "Система "Портал Менеджер", гарантійні зобов'язання по якому несе ТОВ "Айкюжн ІТ"). ЄРК забезпечує авторизацію та ідентифікацію користувачів усіх державних реєстрів, що обслуговує Замовник. Отже, безперебійне функціонування ЄРК є обов'язковою умовою для стабільного функціонування роботи системи Єдиних та Державних реєстрів.

- знання, навички та досвід, які були здобуті фахівцями ТОВ "Айкюжн" протягом двох років розробки ПЗ Реєстру, є унікальним. Модифікація вказаного програмного забезпечення у терміни, які встановлює законодавство (досить жорсткі) будь-яким іншим розробником, призведе до значних непродуктивних втрат часу та коштів на вивчення особливостей структури БД, алгоритмів обробки даних та розробленого ПЗ Реєстру (тобто на повторення всього шляху ТОВ "Айкюжн"), унеможливить оперативне реагування на зміни законодавства, призведе до значних витрат на повторне виконання раніше виконаних робіт та з високою ступеню вірогідності призведе до непрацездатності Реєстру в цілому.

- зміна розробника Реєстру призведе до додаткових фінансових витрат одразу після укладення відповідної угоди з переможцем процедури закупівлі, зокрема торгів (витрати пов'язані з розробкою нового програмного забезпечення ведення Реєстру), що в свою чергу, у разі відмови переможця від виконання своїх зобов'язань, призведе до призупинення процесів з розробки необхідної функціональності Реєстру щодо виконання необхідних вимог законодавства України.

- заміна розробника Реєстру призведе до тимчасового уповільнення процесів модернізації та оптимізації Реєстру, значних витрат часу на аналіз процесів та взаємозв'язків в Реєстрі унеможливлення оперативного реагування на зміни законодавства, або закупівлі послуг, які не відповідають вимогам взаємозаміни, а також до витрачання значних бюджетних коштів, у тому числі збільшення витрат на повторне виконання раніше виконаних робіт.

Таким чином, існують всі об'єктивні фактори, що свідчать про неможливість виконання зазначених послуг іншим учасником, крім товариства з обмеженою відповідальністю "Айкюжн ІТ", та про наявність підстав для застосування переговорної процедури відповідно до підпункту 2 частини другої статті 39 Закону, а саме: відсутності конкуренції (у тому числі з технічних причин) на відповідному ринку, внаслідок чого договір про закупівлю може бути укладено лише з одним постачальником, за відсутності при цьому альтернативи.

Враховуючи зазначене, закупівля Послуг щодо проектування та розробляння у сфері інформаційних технологій, код ДК 016:2010 – 62.01.1, (послуги з розробки прикладного програмного забезпечення, 72212000-4, код ДК 021:2015 – 72212), послуги з розробки програмного забезпечення групи підсистем "Речові права та їх обтяження" у складі Інформаційної Системи Єдиних та Державних реєстрів може бути здійснена лише в ТОВ "Айкюжн ІТ" та для здійснення вказаної закупівлі, відповідно до положень частини другої статті 39 Закону повинна застосовуватись переговорна процедура закупівлі.

Вказане також підтверджується експертним висновком Інституту програмних систем Національної академії наук України від 14.03.2016 №239/1-25".

У пункті 6 обґрунтування Замовник зазначив перелік наступних документів, що підтверджують наявність умов застосування процедури закупівлі:

- Закон України "Про державну реєстрацію речових прав на нерухоме майно та їх обтяжень";
- наказ Міністерства юстиції України від 07.07.2015 № 1159/5 "Про реалізацію пілотного проекту у сфері державної реєстрації речових прав на нерухоме майно та їх обтяжень щодо попередньої подачі заяв";
- експертний висновок Інституту програмних систем Національної академії наук України від 14.03.2016 №239/1-25.

На розгляд Колегії Замовник надав, зокрема, свідоцтво на реєстрацію авторського права закритого акціонерного товариства "Софтлайн" на твір, додаток до договору від 02.02.2015 № 2015/02/02-ап про передачу (відчуження) авторських майнових прав автора на комп'ютерні програми товариства з обмеженою відповідальністю "Софтлайн ІТ" товариству з обмеженою відповідальністю "Айкюжн" та авторський договір про передачу (відчуження) виключних майнових прав автора на комп'ютерні програми товариства з обмеженою відповідальністю "Айкюжн" товариству з обмеженою відповідальністю "Айкюжн ІТ" від 21.12.2015 № 2015/21/12-ап.

На розгляд Колегії Замовник листом від 26.04.2016 № 1650/01-08 додатково надав, зокрема:

- копію договору від 25.11.2013 № 844 про постачання комп'ютерної програми "Система "Портал-Менеджер";
- копію договору від 25.11.2013 № 844/1 про поставку програмної продукції одночасно з наданням ліцензії на право використання;
- копію договору про передачу майнових прав інтелектуальної власності на використання від 27.02.2015;
- копію свідоцтва про реєстрацію авторського права на твір № 8788 від 18.11.2003;
- копію Авторського договору про передачу (відчуження) виключних майнових прав на комп'ютерні програми від 02.02.2012 № 2015/02/02-ап;
- копію додатку від 17.07.2015 до Авторського договору про передачу (відчуження) виключних майнових прав на комп'ютерні програми від 02.02.2012 № 2015/02/02-ап;
- копію авторського договору від 21.12.2015 № 2015/21/12-ап.

2.1. Щодо застосування пункту 1 частини другої статті 39 Закону (закупівля творів мистецтв або закупівля, пов'язана із захистом прав інтелектуальної власності, або укладення договору про закупівлю з переможцем архітектурного чи мистецького конкурсу).

Скаржник повідомляє, що товариство з обмеженою відповідальністю "Айкюжн" (надалі – ТОВ "Айкюжн") та товариство з обмеженою відповідальністю "Айкюжн ІТ" (надалі – ТОВ "Айкюжн ІТ") (з яким Замовник планує провести переговорну процедуру закупівлі) не володіють майновими правами на створене програмне забезпечення групи підсистем "Речові права та їх обтяження" у складі Інформаційної Системи Єдиних та Державних реєстрів. Скаржник також повідомляє, що відповідно до Закону України "Про авторське право і суміжні права", автор – фізична особа, яка своєю творчою працею створила твір.

Скаржник стверджує, що права інтелектуальної власності складаються з особистих немайнових прав автора, які не можуть бути відчужені, та майнових прав автора, які можуть бути передані (відчужені) іншій особі згідно з положеннями статті 31 Закону "Про авторське право і суміжні права", після чого ця особа стає суб'єктом авторського права.

Скаржник зазначає, що ПрАТ "Енергетичний холдинг", як і ТОВ "Айкюжн" приймали участь у створенні Інформаційної Системи Єдиних та Державних реєстрів, розробка якої розпочалась державним підприємством "Інформаційний центр" Міністерства юстиції України у 2013 році на підставі укладених договорів. При цьому, обов'язковою умовою

створення нового програмного забезпечення відповідно до умов державного підприємства "Інформаційний центр" Міністерства юстиції України як Замовника, була передача розробниками майнових прав на програмне забезпечення реєстрів як об'єкти інтелектуальної власності після їх створення Замовнику. Таким чином, Скаржник зазначає, що після завершення робіт всі майнові права були передані державному підприємству "Інформаційний центр" Міністерства юстиції України. В подальшому програмне забезпечення створених реєстрів Міністерством юстиції України, як органом управління, було передано державному підприємству "Національні інформаційні системи" (договір від 03.02.2014 № 958).

За інформацією Скаржника, саме це є підтвердженням відсутності майнових прав на нове програмне забезпечення Єдиного державного реєстру виконавчих проваджень у ТОВ "Айкюжн" та його правонаступника ТОВ "Айкюжн ІТ", оскільки це унеможливило би передачу програмного забезпечення реєстрів з балансу державного підприємства "Інформаційний центр" Міністерства юстиції України на баланс державного підприємства "Національні інформаційні системи", і відповідно проведення ДП "НАІС" подальших процедур закупівель щодо доопрацювання програмного забезпечення тих чи інших реєстрів.

Отже, Скаржник стверджує, що у ТОВ "Айкюжн", та у ТОВ "Айкюжн ІТ", як правонаступника, відсутні майнові права інтелектуальної власності на програмне забезпечення програмного забезпечення групи підсистем "Речові права та їх обтяження" у складі Інформаційної Системи Єдиних та Державних реєстрів. Скаржник зазначив, їм належать тільки немайнові права автора.

Також Скаржник зазначає, що відповідно до змісту обґрунтування "Первинна розробка програмного забезпечення групи підсистем "Речові права та їх обтяження" Інформаційної Системи Єдиних та Державних реєстрів здійснювалась в рамках виконання договору від 03.02.2014 № 958, виконавцем якого було ТОВ "Айкюжн" і яке видало на нього Гарантійні зобов'язання 06 серпня 2015 року. Ці зобов'язання разом з колективом розробників цього програмного забезпечення перейшли до ТОВ "Айкюжн ІТ". Саме це твердження, а також необхідність захисту об'єктів інтелектуальної власності розробників покладено у основу обґрунтування необхідності застосування переговорної процедури на підставі пункту 1 частини другої статті 39 Закону. Враховуючи відсутність виключних майнових прав на програмне забезпечення групи підсистем "Речові права та їх обтяження" Інформаційної Системи Єдиних та Державних реєстрів у ТОВ "Айкюжн", Скаржник вважає за потрібне взяти до уваги зазначені твердження як обґрунтування застосування переговорної процедури, які є неправомірними.

Також ПрАТ "Енергетичний холдинг" у своїй скарзі повідомляє, що обґрунтування містить іншу спотворену інформацію.

Скаржник повідомляє, що в обґрунтуванні зазначається, що окрім програмного забезпечення Реєстру "ТОВ "Айкюжн ІТ" несе гарантійні зобов'язання з підтримки іншого програмного забезпечення, зокрема Єдиного реєстру користувачів (надалі – ЄРК) (створеного на базі програмного продукту "Система "Портал Менеджер"), гарантійні зобов'язання по якому несе ТОВ "Айкюжн ІТ"). ЄРК забезпечує авторизацію та ідентифікацію користувачів усіх державних реєстрів, що обслуговує Замовник. Отже, безперебійне функціонування ЄРК є обов'язковою умовою функціонування роботи системи Єдиних та Державних реєстрів".

На думку Скаржника, "це твердження не відповідає дійсності, адже програмне забезпечення Єдиного реєстру користувачів – програмний продукт "Реєстр внутрішніх користувачів" на базі комп'ютерної програми "Система "Портал-Менеджер" здійснювало ПрАТ "Енергетичний холдинг" на підставі договору з державним підприємством "Інформаційний центр" Міністерства юстиції України від 26.11.2013 № 181-13. Таким чином, майнові права на програмне забезпечення Єдиного реєстру користувачів – програмний продукт "Реєстр внутрішніх користувачів" на базі комп'ютерної програми "Система "Портал-Менеджер" та комп'ютерну програму "Система "Портал-Менеджер" не належать та

ніколи не належали ТОВ "Айкюжн" та ТОВ "Айкюжн ІТ", а відповідно зазначені суб'єкти не могли здійснювати її гарантійну підтримку, яка покладена в обґрунтування застосування Замовником переговорної процедури щодо закупівлі послуг з розробки групи підсистем "Речові права та їх обтяження".

Скаржник повідомляє наступне: "в частині належності немайнових прав автора, слід зазначити, що співробітники ТОВ "Айкюжн", які нібито перейшли до ТОВ "Айкюжн ІТ" в даному випадку створюють програмне забезпечення у якості службового твору. Виключне майнове право на службовий твір належить роботодавцю (стаття 16 Закону України "Про авторське право і суміжні права", яке, як вже було зазначено вище, повинно було би передано державному підприємству "Інформаційний центр" Міністерства юстиції України та державному підприємству "Національні інформаційні системи".

Таким чином, Скаржник зазначає, що співробітники ТОВ "Айкюжн", які нібито перейшли на роботу до ТОВ "Айкюжн ІТ" мають право на захист лише особистих немайнових прав, визначених статтею 14 Закону України "Про авторське право і суміжні права".

Також Скаржник зазначає, що з обґрунтування "не вбачається та не наведено доказів того, що саме ті працівники ТОВ "Айкюжн", які створювали службовий твір – програмне забезпечення групи підсистем "Речові права та їх обтяження" Інформаційної Системи Єдиних та Державних реєстрів за попередніми договорами та володіють особистими немайновими правами щодо нього перейшли на роботу до ТОВ "Айкюжн ІТ", що, на думку Скаржника, є грубим порушенням принципів проведення державних закупівель".

При цьому Скаржник стверджує, що у будь-якому разі, "забезпечення дотримання цих прав повинен забезпечити роботодавець – ТОВ "Айкюжн ІТ", а Замовник жодним чином не може порушити зазначені права, оскільки не перебуває з співробітниками ТОВ "Айкюжн ІТ" у трудових відносинах, а лише отримувач службовий твір, майнові виключні права на який були передані розробником. Відповідно Замовник має повне право здійснювати використання програмного забезпечення Єдиного державного реєстру виконавчих проваджень або надавати виключне право на дозвіл або заборону використання твору іншими особами".

Таким чином, Скаржник вважає, що є "всі підстави стверджувати, що умова застосування переговорної процедури "закупівля, пов'язана із захистом прав інтелектуальної власності", не є обґрунтованою, оскільки, за твердженням Скаржника, ТОВ "Айкюжн" та ТОВ "Айкюжн ІТ" як правонаступник, не володіють майновими правами на створене програмне забезпечення групи підсистем "Речові права та їх обтяження" у складі Інформаційної Системи Єдиних та Державних реєстрів та програмне забезпечення Єдиного реєстру користувачів (Реєстр внутрішніх користувачів) на базі комп'ютерної програми "Система "Портал-Менеджер".

Замовник стосовно наведеного пункту Скарги повідомив: "в обґрунтуванні застосування переговорної процедури закупівлі не вказується, що ТОВ "Айкюжн ІТ" володіють авторськими правами на підсистеми "Речові та їх обтяження". Всі права на дану підсистему належать ДП "Національні інформаційні системи". В обґрунтуванні мова йде лише про програмні продукти, виключні майнові права інтелектуальної власності на які належать ТОВ "АЙКЮЖН ІТ" та на яких побудовані вказані вище підсистеми".

Замовник повідомляє: "майнові обмежені права на вказані програмні продукти передані до ДП "Національні інформаційні системи". Також стверджує, що при цьому, зміну коду ядра вже встановлених програмних продуктів може здійснювати лише ТОВ "Айкюж ІТ".

Замовник стверджує: "розробка програмного забезпечення групи підсистем "Речові права та їх обтяження" у складі інформаційної Системи Єдиних та Державних реєстрів здійснюється на базі комп'ютерної програми "Система "Портал-Менеджер".

Водночас Замовник зазначає: "подальша розробка програмного забезпечення групи підсистем "Речові права та їх обтяження" у складі інформаційної Системи Єдиних та

Державних реєстрів потребує зміну програмного коду в комп'ютерній програмі "Система "Портал-Менеджер".

Також Замовник зазначає, що майнові права на програмний продукт "Система "Портал-Менеджер" були передані ДП "Інформаційний центр" Міністерства юстиції України ТОВ "Інтекресі Бейз" відповідно до договору про передачу майнових прав інтелектуальної власності на використання від 27.02.2015. Відповідно до вказаного договору про передачу майнових прав інтелектуальної власності на використання, на сьогоднішній день, ДП "Національні інформаційні системи" може самостійно здійснювати зміни та модифікації до наданої комп'ютерної програми, за умови, що зміни не являють собою новий, самостійний твір. Відповідно до експертного висновку Інституту програмних систем НАН України від 16.03.2016 № 239/1-30 кількість рядків програмного коду при зміні програмного забезпечення вимірюється десятками тисяч. Така кількість програмного коду цілком логічна, з огляду на розміри коду вже впроваджених програмних продуктів. Значна кількість програмного коду, який буде розроблено, стосується й програмного продукту "Система "Портал-Менеджер", який є базовим для Єдиного реєстру користувачів реєстрів.

З огляду на це, Замовник вважає, що вказані зміни не будуть просто адаптацією до іншого програмного середовища, а новим самостійним твором, що вимагає залучення власника авторських майнових прав у відповідності до вказаних вище умов договору про передачу майнових прав та статті 9 Закону України "Про авторське право і суміжні права", яка каже про те, що новостворений програмний продукт не може належати виключно ДП "Національні інформаційні системи".

Також Замовник стверджує: "виключні майнові права інтелектуальної власності на програмний продукт "Система "Портал-Менеджер" належать ТОВ "АЙКЮЖН ІТ", що підтверджено копіями авторських свідоцтв та договорів про передачу вказаних прав від попереднього розробника".

Замовник додатково зазначає, що "вказані зміни до програмного коду комп'ютерної програми "Система "Портал-Менеджер" не є адаптацією до іншого обчислювального середовища або оснащенням додатковими комп'ютерними програмами, так як зміни в обчислювальне середовище не вносяться, а досягти необхідних результатів шляхом додавання інших програмних продуктів неможливо з огляду на те, що зміни вносяться в існуючий програмний код. Вказані зміни торкаються, зокрема, повноважень зовнішніх користувачів (нотаріуси, органи прокуратури, судові інстанції контролюючі органи тощо) з огляду на різницю їх повноважень та інформації, яка їм необхідна. Крім цього, додаткові повноваження ДП "Національні інформаційні системи" щодо обслуговування державних реєстрів вимагають змін в повноваженнях доступу до реєстрів серед співробітників установи при збереженні частини існуючих повноважень. Таким чином, реалізація вказаних завдань вимагає саме зміни програмного коду комп'ютерної програми "Система "Портал-Менеджер", що призведе до створення, фактично, нового програмного продукту".

Замовник повідомляє, що "відповідно до експертного висновку Інституту програмних систем НАН України від 16.03.2016 № 239/1-30 кількість рядків програмного коду при зміні програмного забезпечення вимірюється десятками тисяч. Така кількість програмного коду цілком логічна, з огляду на розміри коду вже впроваджених програмних продуктів. Значна кількість програмного коду, який буде розроблено, стосується й програмного продукту "Система "Портал-Менеджер", який є базовим для Єдиного реєстру користувачів реєстрів".

Також Замовник повідомляє, що "на розгляд Інституту програмних систем НАН України надано технічні вимоги на розроблення додаткового програмного забезпечення (модернізацію) групи підсистем "Речові права та їх обтяження".

Замовник стверджує, що "експертним висновком Інституту програмних систем НАН України від 25.04.2016 № 239/1-45 встановлено, що функціональна модернізація програмного продукту "Система "Портал-Менеджер" призводить до зміни майже 70 відсотків вихідного коду та створення нової функціональності, загальний обсяг якої складе не менш 50 відсотків від поточного розміру продукту. Зазначена функціональна модифікація не може бути розглянута як адаптація до іншого програмного середовища або іншого кола

користувачів.

На думку Замовника, експертним висновком Інституту програмних систем НАН України від 25.04.2016 № 239/1-45 підтверджено, що виконання функціональної модернізації групи підсистем "Речові права та їх обтяження" без участі ТОВ "Айкюжн ІТ" призведе до порушення Закону України "Про авторське право і суміжні права" (стаття 8, частина перша підпункт 3, 4) та є порушенням майнових прав ТОВ "Айкюжн ІТ".

У ході розгляду зазначеного питання Колегією встановлено наступне.

На засіданні Колегії, яке відбулось 28.04.2016, Скаржником були надані, зокрема, наступні документи:

- копія ліцензії від 31.01.2015 № 001-15-ІБ на комп'ютерну програму "Система "Портал-Менеджер", згідно з якою ДП "Інформаційний центр" Міністерства юстиції України має право використання комп'ютерної програми "Система "Портал-Менеджер" на необмежену кількість користувачів;

- копія договору від 03.02.2014 № 958 між товариством з обмеженою відповідальністю "Айкюжн" і ДП "Інформаційний центр" Міністерства юстиції України, згідно з яким виключні майнові права на послуги з розробки програмного забезпечення групи підсистем "Речові права та їх обтяження" у складі Інформаційної Системи Єдиних та Державних реєстрів належать ДП "Інформаційний центр" Міністерства юстиції України, у тому числі:

- виключне право на володіння, користування і розпорядження комп'ютерною програмою, у тому числі право змінювати вихідні коди;

- виключне право з метою удосконалення програмного забезпечення самостійно за своєю ініціативою, на власних програмно-апаратних засобах та за власний рахунок модифікувати, змінювати, створювати похідні програмні продукти на основі вихідних кодів прикладного програмного забезпечення.

Замовником не обґрунтовано та документально не підтверджено застосування пункту 1 частини другої статті 39 Закону.

2.2. Щодо застосування пункту 2 частини другої статті 39 Закону [відсутність конкуренції (у тому числі з технічних причин) на відповідному ринку, внаслідок чого договір про закупівлю може бути укладено лише з одним постачальником, за відсутності при цьому альтернативи].

ПрАТ "Енергетичний холдинг" у Скарзі повідомляє, що на сьогодні ринок розробників програмного забезпечення в Україні є досить розвинутим.

Скаржник зазначає: "розробкою інформаційної Системи Єдиних та Державних реєстрів займається низка розробників програмного забезпечення, які мають досвід та достатню матеріально-технічну базу для виконання цих робіт (ТОВ "Медирент", ТОВ "Нетворк Солюшинс", ТОВ "Енергетичний холдинг", ДП "Інформаційні судові системи" тощо). При цьому, концепція створення Інформаційної Системи Єдиних та Державних реєстрів, з якою також ознайомлений Скаржник як розробник іншого програмного забезпечення на замовлення адміністраторів Єдиних та Державних реєстрів (державного підприємства "Інформаційний центр" Міністерства юстиції України, державного підприємства "Національні інформаційні системи"), передбачає створення програмного забезпечення на умовах єдиного програмного підходу до побудови програмного забезпечення (веб-інтерфейс, сумісність з іншим програмним забезпеченням тощо), будь-яким розробником. Саме з цією метою, а також на забезпечення унеможливлення залежності від одного розробника (а така залежність вже призводила до зупинки програмного забезпечення реєстрів у жовтні 2013 року, майнові права на які належали ТОВ "Арт-мастер"), після завершення робіт зі створення програмного забезпечення розробники, що працювали за договорами на створення програмного забезпечення на замовлення державного підприємства "Інформаційний центр" Міністерства юстиції України та ДП "НАІС", у тому числі ТОВ "Айкюжн" передавали майнові права на програмне

забезпечення та вихідні коди Замовникам".

На думку Скаржника, отримання Замовником виключних майнових прав на програмне забезпечення та вихідних кодів програмного забезпечення дозволяло залучати будь-якого іншого розробника на всіх стадіях розробки програмного забезпечення та вносити зміни до вихідного коду, модифікувати програмне забезпечення в залежності від потреб адміністратора Єдиних та Державних реєстрів, без залежності від приватних структур – розробників (які можуть бути ліквідовані або можуть припинити співпрацю з адміністратором реєстрів, або здійснювати протиправні дії щодо втручання у роботу реєстрів).

Скаржник стверджує, що наявність у Замовника майнових прав на програмне забезпечення "Речові права та їх обтяження", обсяг яких передбачений статтею 424 Цивільного кодексу України та статтею 15 Закону України "Про авторське право і суміжні права" в повній мірі дозволяють залучати альтернативних виконавців до надання послуг з доопрацювання цієї комп'ютерної програми за конкурентними засадами. Реєстр розробників та розповсюджувачів програмного забезпечення свідчить про більш ніж достатню кількість конкурентоспроможних виконавців на ринку розробки програмного забезпечення.

Також Скаржник стверджує: "з обґрунтування не вбачається наявність достатньо документально та фактичного підтвердження унікальності ТОВ "Айкюжн ІТ" та відсутність йому альтернативи, не наведені технічні причини обрання Замовником ТОВ "Айкюжн ІТ" як постачальника послуг з розробки програмного забезпечення групи підсистем "Речові права та їх обтяження" у складі Інформаційної Системи Єдиних та Державних реєстрів".

Скаржник зазначає, що частиною першою статті 39 Закону визначено, що переговорна процедура закупівлі – це процедура, яка використовується замовником як виняток і відповідно до якої замовник укладає договір про закупівлю з учасником після проведення переговорів з одним або кількома учасниками.

Тому, за твердженням Скаржника, Замовник, навіть при проведенні переговорної процедури не був обмежений наявністю лише одного Учасника – ТОВ "Айкюжн ІТ", а мав всі передумови запросити до участі у переговорній процедурі інших альтернативних учасників, у тому числі, й інших розробників програмного забезпечення реєстрів за концепцією Інформаційної Системи Єдиних та Державних реєстрів, а для забезпечення отримання найбільш вигідної економічної пропозиції – взагалі провести відкриті торги.

Замовник стосовно наведеного пункту Скарги повідомив: "на підтвердження підстав наявності застосування переговорної процедури закупівлі ДП "Національні інформаційні системи" звернулось до Інституту програмних систем Національної академії наук України із запитом щодо надання експертних висновків щодо умов застосування переговорних процедур закупівлі та орієнтовної вартості вказаних проектів".

Замовник повідомляє, що експертним висновком щодо застосування переговорної процедури закупівлі від 14.03.2016 № 239/1-25, надано Інститутом програмних систем НАН України, підтверджена наявність підстав для застосування переговорної процедури закупівлі відповідно до пунктів 1, 2 та 5 частини другої статті 39 Закону.

Замовник стверджує, що первинна розробка програмного забезпечення групи підсистем "Речові права та їх обтяження" Інформаційної Системи Єдиних та Державних реєстрів здійснювалась у рамках виконання договору від 03.02.2014 № 958, виконавцем якого було ТОВ "АЙКЮЖН" і яке видало на нього Гарантійні зобов'язання 06 серпня 2015 року. Ці зобов'язання разом з колективом розробників цього програмного забезпечення перейшли до ТОВ "АЙКЮЖН ІТ".

Тому Замовник стверджує, що, зважаючи на важливість автоматизованих функцій та масштаби програмного забезпечення групи підсистем "Речові права та їх обтяження", яке створене співробітниками ТОВ "АЙКЮЖН ІТ", зміна виконавця послуг щодо подальшого еволюційного розвитку ПЗ призведе до порушення уніфікації, стандартизації та інформаційно-технологічної несумісності технологій адміністрування програмного забезпечення групи підсистем "Речові права та їх обтяження", виникнення проблем технічного та технологічного характеру, пов'язаних з ведення баз даних та як наслідок,

викривлення даних у системі.

При цьому, на думку Замовника, слід врахувати наступні обставини:

- "необхідність гарантійної підтримки програмного забезпечення, що використовується Замовником. Окрім програмного забезпечення Реєстру, ТОВ "АЙКЮЖН ІТ" несе гарантійні зобов'язання з підтримки, зокрема Єдиного реєстру користувачів (ЄРК) (створеного на базі програмного продукту "Система "Портал-Менеджер", гарантійні зобов'язання по якому несе ТОВ "АЙКЮЖН ІТ"). ЄРК забезпечує авторизацію та ідентифікацію користувачів усіх державних реєстрів, що обслуговує Замовник. Отже, безперебійне функціонування ЄРК є обов'язковою умовою для стабільного функціонування роботи системи Єдиних та Державних реєстрів;

- знання, навички та досвід, які були здобуті фахівцями ТОВ "АЙКЮЖН" протягом двох років розробки ПЗ Реєстру, є унікальними. Модифікація вказаного програмного забезпечення у терміни, які встановлює законодавство (досить жорсткі) будь-яким іншим розробником, призведе до значних непродуктивних втрат часу та коштів на вивчення особливостей структури БД, алгоритмів обробки даних та дозволеного ПЗ Реєстру (тобто повторення всього шляху ТОВ "АЙКЮЖН"), унеможливить оперативне реагування на повторне виконання раніше виконаних робіт та з високою ступеню вірогідності призведе до непрацездатності Реєстру в цілому;

- зміна розробника реєстру призведе до додаткових фінансових витрат (витрати, пов'язані з розробкою нового програмного забезпечення ведення Реєстру), що в свою чергу, може привести до призупинення процесів з розробки необхідної функціональності Реєстру щодо виконання необхідних вимог Закону України "Про виконавче провадження";

- зміна розробника Реєстру призведе до тимчасового уповільнення процесів модернізації та оптимізації Реєстру, значних витрат часу на аналіз процесів та взаємозв'язків в Реєстрі, унеможливлення оперативного реагування на зміни законодавства, або закупівлі послуг, які не відповідають вимогам взаємозаміни, а також до витрачання значних бюджетних коштів, у тому числі збільшення витрат на повторне виконання раніше виконаних робіт".

Таким чином, за твердженням Замовника, існують всі об'єктивні фактори, що свідчать про неможливість виконання зазначених послуг іншим учасником, крім ТОВ "АЙКЮЖН ІТ", та про наявність підстав для застосування переговорної процедури закупівлі відповідно до пункту 2 частини другої статті 39 Закону.

У ході розгляду зазначеного питання Колегією встановлено наступне.

У поясненнях Замовника відсутність конкуренції обґрунтовується, зокрема, через збільшення витрат. Разом з цим, наведена інформація не свідчить про відсутність конкуренції під час надання послуг, що є предметом Процедури закупівлі.

Замовник не довів та документально не підтвердив відсутність конкуренції (у тому числі, з технічних причин) на відповідному ринку, внаслідок чого договір може бути укладено лише з одним постачальником, за відсутності при цьому альтернативи.

2.3. Щодо застосування пункту 5 частини другої статті 39 Закону [потреба здійснити додаткову закупівлю у того самого постачальника з метою уніфікації, стандартизації або забезпечення сумісності з наявними товарами, технологіями, роботами або послугами, якщо заміна попереднього постачальника (виконавця робіт, надавача послуг) може призвести до несумісності або виникнення проблем технічного характеру, пов'язаних з експлуатацією та обслуговуванням].

Скаржник повідомляє: "з Обґрунтування вбачається, що ТОВ "Айкюжн ІТ" є правонаступником ТОВ "Айкюжн", до якого перейшли гарантійні зобов'язання з програмного забезпечення групи підсистем "Речові права та їх обтяження" у складі Інформаційної Системи Єдиних та Державних реєстрів".

Скаржник зазначає, що надання гарантійних зобов'язань може стосуватися виключно технічного супроводження та доопрацювання вже створеного та переданого Замовнику

програмного забезпечення, але не послуг з розробки програмного забезпечення групи підсистем "Речові права та їх обтяження" у складі Інформаційної Системи Єдиних та Державних реєстрів (тобто нового програмного забезпечення). Скаржник також зазначає, що слід враховувати, що, як вже зазначалось вище, концепція створення Інформаційної Системи Єдиних та Державних реєстрів, передбачає створення програмного забезпечення на умовах єдиного програмного підходу до побудови програмного забезпечення (веб-інтерфейс, сумісність з іншим програмним забезпеченням тощо).

Тобто, за твердженням Скаржника, будь-яке програмне забезпечення Єдиних та Державних реєстрів, які розробляються і створюються згідно з Концепцією, вже стандартизовані та уніфіковані, а наявність у Замовника вихідних кодів програмного забезпечення та визначення вимог технічного завдання на створення реєстрів, дозволяє залучати будь-якого іншого розробника на стадіях розробки програмного забезпечення.

На думку Скаржника, посилення в Обґрунтуванні на те, що "зміна розробника призведе до уповільнення процесу модернізації та оптимізації Реєстру, значних витрат часу на аналіз процесів та взаємозв'язків в Реєстрі унеможливлення оперативного реагування на зміни законодавства, або закупівлі послуг, які не відповідають вимогам взаємозаміни, а також до витрачання значних бюджетних коштів, у тому числі збільшення витрат на повторне виконання раніше виконаних робіт" не відповідає дійсності".

Скаржник зазначає: "будь-який розробник, який здійснював розробку програмного забезпечення за концепцією створення Інформаційної Системи Єдиних та Державних реєстрів володіє фаховими працівниками та матеріально-технічною базою, яка забезпечує можливість інтегрування та єдиний підхід до побудови будь-якого реєстру у складі Інформаційної системи Єдиних та Державних реєстрів), що спростовує твердження Замовника у Обґрунтуванні щодо необхідності аналізу процесів та взаємозв'язків в Реєстрі, повторне виконання раніше виконаних робіт, неможливість взаємозаміни тощо. На думку Скаржника та за його власним досвідом, який брав участь у розробці програмного забезпечення у складі Інформаційної системи Єдиних та Державних реєстрів він вважає, що саме розробником ТОВ "Айкюжн" уповільнювались темпи виконання розробки програмного забезпечення та неякісно виконувались роботи, які впливали на можливість взаємодії програмного забезпечення інших розробників з програмним забезпеченням "Реєстру речових прав та їх обтяжень".

Також Скаржник зазначає, що застосування умови, передбаченої пунктом 5 частини 2 статті 39 Закону передбачає здійснення додаткової закупівлі у того ж самого постачальника. Згідно з даними Єдиного державного реєстру юридичних осіб та фізичних осіб-підприємців ТОВ "Айкюжн" не перебуває в процесі припинення, відповідно, продовжує здійснювати діяльність та може бути постачальником послуг щодо створення з розробки програмного забезпечення Процедури закупівлі. Водночас, згідно з інформацією цього ж реєстру, товариство з обмеженою відповідальністю "Айкюжн ІТ" є правонаступником ТОВ "Айкюжн".

Скаржник повідомляє: "відповідно до частини першої статті 104 Цивільного кодексу України, юридична особа припиняється в результаті реорганізації (злиття, приєднання, поділу, перетворення) або ліквідації. У разі реорганізації юридичних осіб майно, права та обов'язки переходять до правонаступників. Враховуючи, що діяльність ТОВ "Айкюжн" не припинена, вбачається, що ТОВ "Айкюжн ІТ" є правонаступником частини прав та обов'язків ТОВ "Айкюжн". Таке часткове передання прав та обов'язків юридичної особи до однієї або кількох створюваних нових юридичних осіб є виділом, передбаченим статтею 109 Цивільного кодексу України. Відповідно до частини 3 статті 109 Цивільного кодексу України, юридична особа, з якої був здійснений виділ, несе субсидіарну відповідальність за зобов'язаннями, які згідно з розподільчим балансом перейшли до юридичної особи, що утворилася внаслідок виділу. Тобто, ТОВ "Айкюжн" як діюча юридична особа, може та повинна виконувати свої зобов'язання, які перейшли до ТОВ "Айкюжн ІТ". У Обґрунтуванні відсутні відомості про звернення Замовника до ТОВ "Айкюжн" та його відмову від виконання гарантійних зобов'язань".

Скаржник зазначає наступне: "в даному випадку немає підстав для застосування

пункту 5 частини 2 статті 39 Закону для обґрунтування переговорної процедури щодо закупівлі у того ж самого постачальника, оскільки закупівля послуг з розробки програмного забезпечення групи підсистем "Речові права та їх обтяження" у складі інформаційної Системи Єдиних та Державних реєстру у ТОВ "Айкюжн ІТ" не здійснювалась, ТОВ "Айкюжн" продовжує діяти та як попередній постачальник послуг повинен нести відповідальність та виконувати гарантійні зобов'язання, надані Замовнику відповідно до законодавства".

На думку Скаржника, застосування пункту 5 пункту 2 статті 39 не є обґрунтованим, оскільки попередня закупівля здійснювалась в іншій особі, яка може продовжувати виконувати гарантійні зобов'язання, використання єдиної платформи розробки програмного забезпечення у складі Інформаційної системи Єдиних та Державних реєстрів дозволяє забезпечити уніфікацію та стандартизацію будь-яким розробником, сумісність програмного забезпечення, та уникнення негативних технічних причин, пов'язаних з експлуатацією та обслуговуванням програмного забезпечення реєстрів, тим більш, що Замовник володіє вихідними кодами та виключними правами на програмне забезпечення групи підсистем "Речові права та їх обтяження".

Також Скаржник зазначає, що всупереч змістовній частині пункту 5 Обґрунтування, яка містить тільки обґрунтування щодо застосування Замовником пункту 2 частини другої статті 39 Закону, Замовником як підстави застосування переговорної процедури застосовуються і пункти 1, 5 частини другої статті 39 Закону, які не тільки не можуть бути застосовані з вищенаведених підстав, але й не є нормативно, фактично та документально підтвердженими навіть виходячи зі змісту Обґрунтування.

Замовник стосовно наведеного пункту Скарги повідомив, що модернізація програмного забезпечення підсистем "Речові права та їх обтяження" зумовлена зміною нормативних актів в сфері регулювання обтяжень та виконавчих проваджень. Наданими копіями Договорів підтверджено, що з 2013 року послуги по створенню групи підсистем "Речові права та їх обтяження" проводило ТОВ "АЙКЮЖН". В кінці 2015 року з ТОВ "АЙКЮЖН" було виділено ТОВ "АЙКЮЖН ІТ". Договори з ТОВ "АЙКЮЖН" було розірвано та виконавцем сплачено штрафні санкції. Всі співробітники ТОВ "АЙКЮЖН", які були задіяні на проектах по створенню підсистеми "Речові права та їх обтяженням" були переведені в ТОВ "АЙКЮЖН ІТ".

Замовник зазначає, що таким чином ТОВ "АЙКЮЖН ІТ" фактично став виконавцем вказаних вище проектів в ДП "Національні інформаційні системи".

Також Замовник зазначив, що між ТОВ "АЙКЮЖН" та ТОВ "АЙКЮЖН ІТ" 21.12.2015 було підписано Меморандум про взаєморозуміння з питань надання гарантійної підтримки.

Замовник стверджує, що Експертний висновок від 14.03.2016 № 239/1-25, наданий Інститутом програмних систем НАН України, підтверджує наявність підстав для застосування переговорної процедури закупівлі відповідно до пунктів 1, 2 та 5 частини другої статті 39 Закону.

За твердженням Замовника, експертним висновком Інституту програмних систем НАН України від 16.03.2016 № 239/1-30 було підтверджено, що зміна виконавця проекту призведе до додаткових фінансових витрат та затримок в реалізації проекту. З огляду на вказане, зміна виконавця, на думку Замовника, (залучення іншого, окрім "АЙКЮЖН ІТ") є економічно недоцільною.

У ході розгляду зазначеного питання Колегією встановлено наступне.

Відповідно до наданих Замовником матеріалів, договори були укладені з ТОВ "Айкюжн".

Згідно з даними Єдиного державного реєстру юридичних осіб та фізичних осіб-підприємців ТОВ "Айкюжн" не перебуває в процесі припинення, відповідно продовжує здійснювати діяльність.

Відповідно до пункту 5 частини другої статті 39 Закону – потреба здійснити додаткову закупівлю у того самого постачальника з метою уніфікації, стандартизації або забезпечення сумісності з наявними товарами, технологіями, роботами або послугами, якщо заміна попереднього постачальника (виконавця робіт, надавача послуг) може призвести до несумісності або виникнення проблем технічного характеру, пов'язаних з експлуатацією та обслуговуванням.

Разом з цим, згідно з інформацією про Процедура закупівлі для виконання зазначених послуг Замовник планує залучити ТОВ "Айкюжн ІТ".

Враховуючи викладене, Замовник не довів та документально не підтвердив здійснення закупівлі у того самого постачальника з метою уніфікації, стандартизації або забезпечення сумісності з наявними товарами, технологіями, роботами або послугами, якщо заміна попереднього постачальника (виконавця робіт, надавача послуг) може призвести до несумісності або виникнення проблем технічного характеру, пов'язаних з експлуатацією та обслуговуванням.

У зв'язку з цим під час проведення Процедури закупівлі Замовником вчинені порушення, які вплинули на об'єктивність визначення переможця Процедури закупівлі.

Враховуючи інформацію, наведену у пункті 2 мотивувальної частини цього рішення, Колегією були виявлені в діях Замовника під час проведення зазначеної переговорної процедури закупівлі порушення, які вплинули на об'єктивність визначення переможця Процедури закупівлі та які неможливо усунути через виявлені порушення законодавства з питань державних закупівель, що є підставою для відміни Процедури закупівлі у відповідності до вимог частини п'ятої статті 39 Закону.

Відповідно до абзацу другого частини десятої статті 18 Закону "за результатами розгляду скарги орган оскарження має право прийняти рішення про встановлення або відсутність 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), 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 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", Постійно діюча адміністративна колегія Антимонопольного комітету України з розгляду скарг про порушення законодавства у сфері державних закупівель

ПОСТАНОВИЛА:

Зобов'язати державне підприємство "Національні інформаційні системи" відмінити процедуру закупівлі – "Код 62.01.1. Послуги з розробки прикладного програмного

забезпечення (послуги з розробки програмного забезпечення групи підсистем "Речові права та їх обтяження" у складі Інформаційної Системи Єдиних та Державних реєстрів, код ДК 021:2015 – 72212)" [оголошення № 079748, оприлюднене на веб-порталі Уповноваженого органу, бюлетень від 18.03.2016 № 53 (18.03.2016)].

Рішення може бути оскаржено до суду у встановлений Законом строк.

Голова Колегії

A.BOBK