

**ОДОБРЯВАМ:**

**Миглена  
Павлова**  
изпълнителен  
директор на  
**АОП**

**СТАНОВИЩЕ\***

за осъществяване на контрол по чл. 233 от ЗОП

**ВЪЗЛОЖИТЕЛ**

Наименование:	Агенция "Пътна инфраструктура" /АПИ/ - /Старо наименование - /Национална агенция "Пътна инфраструктура" /НАПИ/ - /Старо наименование - Фонд "Републиканска пътна инфраструктура"/ /ФРПИ/
Вид:	Публичен
Партиден номер в РОП:	44

**ПОРЪЧКА**

Обект на поръчката:	Доставки
Предмет: Доставка на надграждащи лицензи и осигуряване на 3-годишна поддръжка и за тях: -Допълнителен 4 cores ArcGIS Enterprise Advanced - 1 бр.; - Upgrade на наличен ArcGIS Desktop Standard Concurrent Use License до Advanced - 2 бр.; - ArcGIS Image Server - 2 бр.; - ArcGIS Data Interoperability for Server Enterprise Advanced (Windows) Up to Four Cores License - 1 бр.; - Data Reviewer Server Extension - 2 бр.; - Data Reviewer Desktop Extension - 5 бр.; - Esri Roads and Highways for Desktop - 3 бр. Осигуряване на 3-годишна поддръжка на следните лицензи: - ArcGIS Desktop Standard Concurrent Use License - 1 бр.; - ArcGIS Desktop Standard Concurrent Use License - 5 бр.; -ArcGIS Data Interoperability for Desktop Concurrent Use License - 16бр.; - ArcGIS Network Analyst for Desktop Concurrent Use License - 1 бр.; - ArcGIS for Server Enterprise Advanced (Windows) Up to Four Cores License - 1 бр.; - ArcGIS Data Interoperability for Server Enterprise Advanced (Windows) Up to Four Cores License - 1 бр.	
Прогнозна стойност:	821300 BGN

**ПРОЦЕДУРА**

Уникален номер в РОП:	00044-2019-0127
Вид на процедурата:	Договаряне без предварително обявление
Решение за откриване на процедурата:	№ 164 от 25.10.2019 г.

**СТАНОВИЩЕ**

Прилагано правно основание:	Чл. 79, ал. 1, т. 3 от ЗОП
<p><b>Изисквания на ЗОП:</b></p> <ul style="list-style-type: none"> <li>- възлагането на обществената поръчка на друго лице би довело до нарушаване на изключителни права, включително на права на интелектуална собственост;</li> <li>- не съществува достатъчно добра алтернатива или заместител и отсъствието на конкуренция не се дължи на изкуствено стесняване на параметрите на поръчката.</li> </ul> <p><b>Представени от възложителя мотиви и доказателства:</b></p> <p>В Агенцията по обществени поръчки (АОП) е представено Решение № 164 от 25.10.2019 г. на председателя на Управителния съвет на Агенция „Пътна инфраструктура“ (АПИ), в което са изложени мотиви за откриване на процедура на договаряне без предварително обявление по чл. 79, ал. 1, т. 3, б. „в“ от ЗОП.</p> <p>Видно от поле V.2) на решението за откриване, на основание чл. 65, ал. 1 от Правилника за прилагане на Закона за обществените поръчки (ППЗОП), възложителят няма да изпраща покана за участие в процедурата и договор ще бъде сключен с „ЕСРИ – България“ ООД. Прогнозната стойност на поръчката е 821 300 лв. без ДДС.</p> <p>В подкрепа на изложените от възложителя мотиви са представени копия на следните документи:</p> <ol style="list-style-type: none"> <li>1. Договор, изх. № Д-13/12.03.2010 г. между АПИ и „ЕСРИ – България“ ООД, на стойност 12 680 евро без ДДС, за доставка на Географска информационна система (Цифрова пътна карта) – 1 бр.;</li> <li>2. Срокове и условия за доставка по „Проект за рехабилитация на пътната инфраструктура – Позиция-G09-PMS, GIS и друг специализиран софтуер“ на АПИ, част от Договор № Д-13/12.03.2010 г. Видно от т. 1 от документа, ЕСРИ – България“ ООД е доставило 1 бр. лиценз за ArcGIS Server 9.3.1 Advanced Enterprise (включващ ESRI ArcGIS Transportation Data Model (UNETRANS), ArcGIS Server Spatial Extension, ArcGIS Server 3D Extension, ArcGIS Server Network Extension, ArcGIS Server Interoperability Extension) и 4 бр. лицензи за ArcEditor 9.3.1 Concurrent Use;</li> <li>3. Договор, изх. № Д-125/11.08.2015 г. с предмет „Предоставяне на ГИС базирани електронни административни услуги при издаване на разрешения за гражданите и бизнеса от АПИ и създаване на ГИС регистри за приходни дейности“, сключен между АПИ и „ЕСРИ – България“ ООД на основание проведена процедура по ЗОП. Видно от чл. 4, ал. 3, договорът предвижда изпълнението на следните дейности: <ul style="list-style-type: none"> <li>- анализ на състоянието на предлаганите от АПИ услуги и на административната готовност за въвеждане на ГИС функционалност в предоставяните административни услуги;</li> <li>- развитие на ГИС за пътната инфраструктура (ГИС базирана информационна система);</li> <li>- въвеждане на ГИС базирани онлайн електронни административни услуги за дейностите на АПИ;</li> <li>- създаване на публични онлайн регистри; обучение; изграждане на електронна форма за комуникация с гражданите и бизнеса гаранционна поддръжка.</li> </ul> </li> </ol>	

Според чл. 5 от документа, срокът за изпълнение е 6 месеца. В чл. 8 е записано, че цената за изпълнение е 668 000 лв. без ДДС. Съгласно чл. 21, ал. 1 от договора, разработения програмен код (source code) и продукт, вкл. алгоритми, пакети, процеси, процедури, функции, класове, библиотеки и други файлове и настройки, необходими за компилиране, изпълнимият код, както и всички изготвени документи в изпълнението на договора, остават собственост на възложителя. Според ал. 2 на същия член, всички документи и данни, като спецификации, модели, планове, бази от данни, софтуер, събрани или изготвени в изпълнение на проекта, включително авторските права върху тях, остават собственост на възложителя;

- официален превод на български език на писмено изявление на Мениджър, Международни договори на Научноизследователски институт за системи за околната среда, Инк. (ЕСРИ) от 17.01.2019 г., в което се посочва, че ЕСРИ (Esri, Inc.) е разработчик, производител и притежател на интелектуалната собственост (в т.ч. авторско право и търговска марка) на фамилията софтуер Есри. Удостоверява се, че до 31.12.2019 г. дружеството „ЕСРИ – България“ ООД е единственият оторизиран дистрибутор на Esri, Inc. на територията на България с право да демонстрира, промотира, предлага на пазара, разпространява, инсталира, поддържа и предоставя инструкции за определен софтуер Есри и свързани материали. Допълва се, че „ЕСРИ – България“ ООД е оторизирано да назначава други лица или организации, които са трети страни, на неизключителна основа да предлагат на пазара, инсталират и/или предоставят инструкции за фамилията софтуер Есри на територията на България.

#### **Извършени проверки от АОП в електронни публични регистри (когато е приложимо):**

Извършена проверка в Регистъра на обществените поръчки (РОП) по отношение реда на възлагане на цитираните в мотивите на възложителя договори №№ Д-13/12.03.2010 г. и Д-125/11.08.2015 г. установи, че в Регистъра се съдържат данни, че договор № Д-125 е възложен на „ЕСРИ – България“ ООД след проведена „открита“ процедура по ЗОП с предмет: „Предоставяне на ГИС базирани електронни административни услуги при издаване на разрешения за гражданите и бизнеса от Агенция „Пътна инфраструктура“ и създаване на ГИС регистри за приходни дейности“, публикувана в под уникален номер 00044-2015-0002. В РОП не е публикувана информация за изпълнението на визирания договор.

#### **Изводи:**

С разглежданата процедура на договаряне без предварително обявление се възлага поддръжка и надграждане на ГИС лицензи, за нуждите на АПИ. Предметът включва дейности с повече от един обект по чл. 3, ал. 1 от ЗОП, а именно: 1) доставка на надграждащи ГИС лицензи, изброени по видове, и 2) услуга – 3-годишна поддръжка на ГИС лицензи, изброени по видове. Възложителят е определил доставката като основен обект в решението, което предполага, че тя е с по-висока прогнозна стойност от услугата (вж. чл. 11, ал. 2 от ЗОП). Прилагането на чл. 79, ал. 1, т. 3, б. „в“ от ЗОП е свързано с условието, поканеното в договарянето лице да е носител на изключителни права, включително права на интелектуална собственост. В решението за

откриване на процедурата се твърди, че Географската информационна система (ГИС) на АПИ, с която се поддържат пространствен модел на републиканската пътна мрежа и структури на данни, необходими на ТОЛ системата, е внедрена посредством Договор № Д-13/12.03.2010 г. за доставка на лицензи за ArcGIS продукти и Договор № Д-125/11.08.2015 г. за разработка на система и доставка на лицензи за актуализация на наличните ArcGIS продукти. Уточнява се, че ГИС е изградена върху програмните продукти ArcGIS for Server и ArcGIS for Desktop, използвайки следните лицензи на базов ГИС софтуер от фамилията ArcGIS, част от продуктовата гама на производителя Esri, Inc. - ArcGIS Desktop Standard Concurrent Use - 6 бр., ArcGIS Data Interoperability for Desktop Concurrent Use License - 16бр., ArcGIS Network Analyst for Desktop Concurrent Use License - 1 бр., ArcGIS for Server Enterprise Advanced - 16бр., ArcGIS Data Interoperability for Server Enterprise Advanced - 1 бр. Твърди се, че за нуждите на изградената система, вкл. и осигуряване на пътна безопасност, е необходимо използване на допълнителни ГИС инструменти за работа и обработка на геоданните, вкл. линейно рефериране и динамична сегментация, осигуряване и контрол на качеството на данните, работа със сателитни изображения и др., които се включват в новите версии на наличните продукти, както и специализирани разширения към тях, предмет на разглежданата поръчка. В мотивите на възложителя се застъпва тезата, че единствено производителят, притежаващ авторски права върху лицензите, или оторизирано от него лице може да осигури нови версии на софтуера, включително да извършва дейности по актуализация и поддръжка. Съгласно чл. 3, ал. 1, т. 1 от Закона за авторското право и сродните му права, компютърните програми са обект на авторско право, а негови носители са лицата, в резултат на чиято творческа дейност е създадено произведението. От това следва, че само лицето, притежаващо авторски права върху програмните продукти, може да осъществява тяхната поддръжка и надграждане до последните версии или да предостави изключителни права на друго лице от негово име да извършва тези дейности. Представената като доказателство декларация от 17.01.2019 г. на Научноизследователския институт за системи за околната среда, Инк. (Esri, Inc.) потвърждава, че Esri, Inc. е разработчик, производител и притежател на интелектуалната собственост (вкл. авторско право и търговска марка) на фамилията софтуер Есри. В декларацията е записано, че до 31.12.2019 г. „ЕСРИ – България“ ООД е единствен оторизиран дистрибутор на територията на Р България с право да предлага, разпространява, инсталира, поддържа и предоставя инструкции за определен софтуер Есри и свързани материали. От информацията в предоставеното приложение към договор № Д-13/12.03.2010 г. за доставка на ГИС (Цифрова пътна карта) може да се приеме, че в ГИС на АПИ се използва софтуер на Esri, Inc., както и че лицензите, включени в предмета на поръчката, са за софтуерни продукти, част от продуктовата гама на Esri, Inc. В тази връзка, може да се изведе заключение, че поканеното за участие в процедурата лице притежава изключителни права за надграждане до последните версии на описаните софтуерни продукти, поддръжка и доставка на нови лицензии за други продукти от фамилията ArcGIS. Същевременно, доколкото според приложеното писмо от Esri, Inc. правата на „ЕСРИ – България“ ООД изтичат на 31.12.2019 г., необходимо е да се отбележи, че при възлагане на услугата по

поддръжката на ГИС лицензите възложителят следва да съобрази срока на нейното изпълнение със срока на предоставените от Esri, Inc. изключителни права за изпълнение на възлаганите дейности.

Наред с горното, законосъобразното прилагане на чл. 79, ал. 1, т. 3, б. „в“ от ЗОП е свързано с условието да не съществува достатъчно добра алтернатива или заместител и отсъствието на конкуренция да не се дължи на изкуствено стесняване на параметрите на поръчката (вж. чл. 79, ал. 2 от ЗОП). В решението за откриване на договарянето се твърди, че системата използва множество функции, инструменти и структурни данни на посочените ArcGIS продукти и замяната на необходимите лицензи с други продукти би довела до неработоспособност на експлоатираната към момента ГИС система. Допълнително се подчертава, че е налице опасност при използването на алтернативни продукти да спрат да функционират публичната и вътрешната част на системата. Уточнява се, че предвидената актуализация на софтуерните продукти до нови версии запазва тяхната съществуваща функционалност като частично я разширява с нови функции и подобрени възможности и не представлява фактическа замяна на един продукт с нов, а надграждане. С оглед на изложеното, в случая може да се приеме, че нуждата не може да се обезпечи от друг изпълнител.

В допълнение, необходимо условие за прилагането на избраното основание е правата, които служат като основание възложителят да игнорира общия ред за възлагане, да са възникнали законосъобразно. В мотивите на решението за откриване на настоящото договаряне се твърди, че лицензите за ArcGIS продукти са доставени по договор № Д-13/12.03.2010 г. В мотивите на възложителя и приложеното копие на документа обаче няма данни за реда на възлагане на договора, респ. по какъв начин е избран изпълнителят. Служебната проверка в РОП установи, че договор № Д-125/11.08.2015 г., с който са въведени ГИС базирани електронни административни услуги и ГИС регистри за приходни дейности, е сключен след проведена „открита“ процедура по ЗОП. В тази връзка, за законосъобразното възлагане възложителят следва да разполага с аргументи и доказателства, че първоначалното придобиване на лицензите за ArcGIS софтуера на Esri, Inc. е извършено при спазване на правилата на действащото към онзи момент законодателство, включително в областта на обществените поръчки.

**\* Забележка:** Съгласно чл. 229, ал. 2 от ЗОП с контрола по чл. 233 от ЗОП се оказва методическа помощ за законосъобразност при възлагането на обществени поръчки. Когато законосъобразното прилагане на избраното правно основание не е безспорно доказано при контрола и процедурата завърши със сключване на договор, АОП уведомява органите по чл. 238, ал. 1 от ЗОП (чл. 135, ал. 3 от ППЗОП).