

ПОДАННЯ

до Антимонопольного Комітету України
про невідповідність нормам антимонопольного законодавства України,
Конституції України, Кримінальному Кодексу та ряду
діючих Законів України –

окремих положень ряду діючих Законів України, ініційованих
структурами Міністерства освіти та науки, а також правових актів
Міністерства освіти та науки і Кабінету Міністрів України,
що регламентують діяльність у сфері виробництва
програмного забезпечення

**На підтримку запиту Народного депутата України
В.Л.МУСІЯКИ до Міністерства освіти та науки,
Антимонопольного комітету стосовно порушення керівництвом
Міністерства антимонопольного законодавства та вимог Закону
“Про закупівлю товарів, робіт і послуг за державні кошти”.**

Київ, 07.12.2005 року

II.

Суб'єкти подання та уповноважені за дорученням

Суб'єкти подання – організації та заклади:

1. Інститут прикладної інформатики (ІПрІн) в особі директора Інституту, член-кореспондента НАН, член-кореспондента РАН **А. О. Стогній**

/А.О. Стогній/

2. Оргкомітет Української Асоціації виробників та користувачів Вільного та Відкритого програмного забезпечення – в особі голови оргкомітету, **Д.А. Федюкова**

/Д.А. Федюков/

3. Аналітичний та технічний відділ забезпечення роботи Віце-Президента ПАРЄ в Верховній Раді України, в особі Координатора **Ю.А. Радченка**

/Ю.А. Радченко/

4. Open Source Development Network (OSDN) Ukraine (Українська Мережа розвитку програмного забезпечення з відкритим кодом) – в особі виконавчого директора **М.А. Бочкарьова**

/М. А. Бочкарьов/

5. Всеукраїнська організація "Молодий Рух" – в особі Голови **Л.В. Грицака**

/Л.В. Грицак/

6. Міжнародний освітній Фонд ім. Ярослава Мудрого, в особі Голови **Є. В. Медведєва**

/Є. В. Медведєв/

7. Фондація Регіональних Ініціатив в особі **О.Г. Солонтая**

/О.Г. Солонтай/

Уповноважені за дорученням:

1. Помічник Народного депутата України **Юрій Андрійович Радченко**

Адреса та контактні координати: Київ, Велика Житомирська, 11, офіс 215-216, тел. 2559144, 2559136

2. Голова Оргкомітету Української Асоціації виробників та користувачів Вільного і Відкритого програмного забезпечення (УАВВПЗ) **Дмитро Федюков**

Адреса та контактні координати: Київ, вул. Воровського, 12-А. Тел. 4868802

III.

Загальна політика Міністерства освіти і науки України та його структурних підрозділів, Комітету з питань освіти та науки Верховної Ради України – щодо сприяння монополізації ринку програмного забезпечення корпорацією "Microsoft"

Від моменту призначення Міністерства науки і освіти України (надалі також "МОН") відповідальним за процеси інформатизації та легалізації програмного забезпечення (надалі також "ПЗ") в державі – політика міністерства спрямована на підміну процесу легалізації ПЗ процесом примусової закупівлі у одного монопольного виробника в масштабах не лише всієї галузі науки і освіти, але і (за останніми документами) всього державного сектору.

Замість організації прозорого державного тендеру, на який було б винесено перелік необхідних функціональних показників ПЗ, а також умови підтримки і цінові показники продуктів від різних виробників – міністерство вдалося до ряду прямих ексклюзивних угод із одним закордонним постачальником програмного продукту, фірмою Microsoft. Це було зроблено, незважаючи на широку присутність на ринку альтернативних програмних продуктів, ідентичних або схожих за функціональністю, і зокрема таких, що не передбачали виплат за ліцензію на кожне робоче місце.

Створюючи фірмі Microsoft монопольні преференції в Україні, МОН окремими актами не лише урівняло поняття легалізації з поняттям закупівлі продуктів Microsoft за державні кошти – але і проголосило програмні продукти Microsoft "освітнім стандартом в Україні", за фактом прирівнявши також ліцензії Microsoft до галузевих стандартів, і створивши жорстку систему контролю за додержанням таких "стандартів" (Наказом МОН №782).

Цими діями МОН з 2001 року змусила керівників закладів науки і освіти в масштабах всієї галузі встановлювати ПЗ саме виробництва Microsoft. При цьому, оскільки місцеві бюджети інформатизації перебували у стані хронічного недофінансування, а легальну закупівлю мінімального набору ПЗ від Microsoft не лише місцеві, а й багато які столичні учбові заклади дозволити собі не могли через високу вартість ліцензій на кожне робоче місце (від 75 до 140 доларів за операційну систему плюс приблизно 300 доларів за професійну версію Microsoft Office) – ця політика була адекватною примусу до встановлення неліцензійного програмного забезпечення.

Зачекавши близько 1,2 року, МОН, уклавши додаткові угоди з Microsoft, почало активну політику "легалізації", вимагаючи бюджетного фінансування спільних з Microsoft (причому лише з Microsoft) програм офіційної закупівлі програмного забезпечення. Всі угоди МОН з Microsoft розраховані на довгий термін (остання – до 2009 – 2014 року), включають умови попередніх угод, і однозначно "закривають" ринок державного сектору для будь-якого іншого виробника, і особливо – для виробників Вільного (Відкритого) програмного забезпечення. "Інтеграція" інтересів МОН та фірми-монополіста внаслідок цих дій виявилась настільки високою – що окремими нормами МОН навіть взяло на себе функції постачальника (!) програмного забезпечення Microsoft.

Відповідні програми МОН розраховуються, виходячи із загальних показників комп'ютеризації галузі, фінансуються з Державного бюджету України, і характерні виключенням відкритих тендерів як таких в процесі інформатизації, або емуляцією тендерів між різними дилерами одного і того ж постачальника програмного забезпечення.

Практично, з усіх можливих варіантів легалізації програмного забезпечення (відкритий тендер за функціональними показниками, заміна на альтернативні за

функціональністю програми під іншим типом ліцензії, використання Вільного та Відкритого програмного забезпечення, придбання вже встановленого програмного забезпечення, тощо) – обрано і директивно затверджено лише останній варіант (обов'язкове придбання вже встановленого ПЗ у одного монопольного виробника), причому – після дієвих "заходів" із штучного створення критичної ситуації з ліцензуванням в державному секторі ринку.

Така політика призводить не лише до відчутних бюджетних втрат і встановлення на українському ринку програмних засобів жорсткої монополії Microsoft – але і до підвищення ризиків у сфері національної безпеки.

Також це веде до повної деградації навчального процесу предмету "Інформатизація": адже до вивчення пропонуються комп'ютерні програми Microsoft із "закритим" кодом, що підміняє вивчення принципів, методик та алгоритмів – вивченням лише зовнішнього інтерфейсу програм одного конкретного виробника.

З 2001 року загальна ситуація додатково погіршувалась діяльністю "Департаменту інтелектуальної власності" (ДІВ) МОН та повною підтримкою ініціатив МОН з боку керівництва Кабміну і, нажаль, профільного Комітету Верховної Ради України (Комітет з питань науки і освіти) – з подачі яких було ініційовано ряд нормативних актів та змін у Законах України, спрямованих на виключення з ринку будь-яких інших форм інтелектуальної власності, ніж жорстко-пропріетарні (тобто створені за моделлю корпоративної приватновласницької ліцензії). Дані про частину цих актів подано в аналітичному розділі даного подання.

В свою чергу це призвело до того, що 2005 року парламентські слухання з питань розвитку інформаційного суспільства в Україні, процес підготовки документів та висновків парламентських слухань, публікації відповідних офіційних добірок, оренда приміщень, тощо – були тотально спонсоровані представництвом Microsoft в Україні та пов'язаними з представництвом структурами – хоча з точки зору не лише законотворчого процесу, а і процесу публічних обговорень програми інформатизації України в цьому не було жодної технічної необхідності. ***В результаті як з рекомендацій парламентських слухань, так і з національної Програми інформатизації було "вичищено" практично всі пропозиції щодо організації відкритих, прозорих тендерів та розвитку альтернативних моделей програмного забезпечення*** – незважаючи на те, що такі пропозиції подавалися і Народними депутатами України, і науковими та громадськими організаціями.

Все вищевказане грубо порушує норми Глави 3 ("Обмеження монополізму та захист суб'єктів господарювання і споживачів від недобросовісної конкуренції") Господарського Кодексу України, зокрема – норми розділів 1, 2 та 3 Статті 25 та розділу 5 статті 26. Дії МОН підпадають також під визначення розділу 1 статті 29, абзаців 3, 4 статті 30, абзаців 2, 3, 4 розділу 1 Статті 31, розділу 1 та 3 Статті 32, та розділу 1 Статті 35 Глави 3 ГКУ.

IV.
Нормативні акти,
які створюють або провокують монопольну ситуацію
на ринку програмного забезпечення

1. Акти та угоди Міністерства освіти та науки (МОН), які створюють ексклюзивні преференції фірмі "Microsoft" на ринку програмного забезпечення України та монополізують ринок програмного забезпечення

1.1. Меморандум про співпрацю між Міністерством освіти і науки України та Представництвом Microsoft в країнах СНД в редакції від 09.10.2001 року (джерело опублікування – Інтернет-сервер Верховної Ради України (www.rada.gov.ua), документ № 998_170) – як в цілому, так і в пункті 1. г. та 2. а, б, г, д.

1.2. Наказ Міністерства освіти та науки України № 782 від 03.12.2001 року “Про заходи щодо локалізації програмних продуктів Microsoft” на виконання вищезначеного за п.1 Меморандуму № 998-170 (джерело опублікування – Інтернет-сервер Верховної Ради України (www.rada.gov.ua), документ v0782290-01) – у пунктах 4, 5, 7, в обсязі Додатку 3 а також Додатку 4 до цього документу; “Пояснення до п. 1 Наказу МОН України № 782 від 03.12.2001 р. “Про заходи щодо локалізації та легалізації програмних продуктів Microsoft”, за підписом О.П. Токара, що є частиною цього Наказу, у пунктах 1.1. та 1.2.

1.3. Меморандум про взаєморозуміння між Міністерством освіти і науки України та Корпорацією Microsoft від 28.10.2003 року (джерело опублікування – Інтернет-сервер Верховної Ради України (www.rada.gov.ua), документ 998_160) – в статті 2 ч. 1, 2, 3, 5; та статті 5;

Повідомлення про відповідний Меморандум, підписаний Міністерством освіти і науки України та Представництвом Microsoft в країнах СНД 28.10.2003 року на наступні 5 років (джерело опублікування – Інтернет-сервер Державного департаменту інтелектуальної власності (www.sdip.gov.ua));

1.4. Договір про легалізацію комп'ютерних програм виробництва компанії "Майкрософт" (м. Київ, 2005, без дати) (джерело опублікування – Інтернет-сервер Верховної Ради України (www.rada.gov.ua), документ № 998-216) – як в цілому (як такий, що підміняє процес легалізації ПЗ процесом закупівлі ПЗ у одного виробника).

Додаток до Договору про легалізацію комп'ютерних програм виробництва компанії "Майкрософт" ("Програма ліцензування для органів виконавчої влади України (Microsoft Open Licensing Government Ukrainian)") – в пуктах 4, 5.

2. Загальні правові акти або зміни до Законів України, ініційовані або погоджені Міністерством Освіти, Департаментом Інтелектуальної власності МОН, а також Комітетом Верховної Ради з питань науки і освіти, які забезпечують утримання монопольної ситуації на ринку програмного забезпечення України

2.1. Постанова Кабінету Міністрів України від 4 березня 2004 року № 253 "Про затвердження порядку легалізації комп'ютерних програм в органах виконавчої влади" (джерело опублікування – Інтернет-сервер Верховної Ради України (www.rada.gov.ua), документ № 253-2004п) – як в цілому, так і в п.3, 8, 9, 10

2.2. Закон України “Про розповсюдження примірників аудіовізуальних творів, фонограм, відеограм, комп'ютерних програм, баз даних” у чинній редакції від 21.08.2003 (джерело опублікування – Інтернет-сервер Верховної Ради України (www.rada.gov.ua), документ № 1098-15), – як в цілому, так і особливо в статтях 3, 4, 5;

2.3. Закон України “Про авторське право та суміжні права” в чинній редакції від 11.07.2001 року (джерело опублікування – Інтернет-сервер Верховної Ради України (www.rada.gov.ua), документ № 2627-13) в рамках положень ст. 33, п.2 та п.5.

2.4. Постанова Кабінету міністрів України від 17 травня 2002 року № 674 “Про затвердження Положення про державного інспектора з питань інтелектуальної власності Державного департаменту інтелектуальної власності” в чинній редакції (Із змінами, внесеними згідно з Постановою КМ № 369 ([369-2004-п](http://www.rada.gov.ua)) від [24.03.2004](http://www.rada.gov.ua)) (джерело опублікування – Інтернет-сервер Верховної Ради України (www.rada.gov.ua) – в цілому, та у межах Статті 8.

2.5. Указ Президента України “Про невідкладні заходи щодо посилення захисту прав інтелектуальної власності в процесі виробництва, експорту, імпорту та розповсюдження дисків для лазерних систем зчитування” від 30.01.2002 (джерело опублікування – Інтернет-сервер Верховної Ради України (www.rada.gov.ua), документ № 85/2002) – в пункті 4, абзац 2.

V.

Правове обґрунтування тверджень щодо неконституційності правових актів (деяких положень правових актів)

1. Загальне обґрунтування

Всі перелічені у розділі IV правові акти в наведених положеннях – **протиричять Конституції України в статтях 41, 42, 43, 54, 64, 68, та 15** (в частині гарантій економічної багатоманітності) та **нормам Глави 3 "Обмеження монополізму та захист суб'єктів господарювання і споживачів від недобросовісної конкуренції" Господарського Кодексу України** – з тієї причини, що однозначно і на виключних засадах регламентують у межах цілої галузі, або державного сектору, або господарства країни в цілому – виробництво і розповсюдження програмного забезпечення лише за однією з кількох можливих моделей.

Цим, в порушення рівних конкурентних умов, надаються ексклюзивні преференції кільком закордонним монополістичним виробникам програмного забезпечення (а окремими правовими актами – конкретно фірмі Microsoft), їх дилерам та партнерам – і обмежуються конституційні права інших, зокрема і місцевих, виробників програмного забезпечення, які працюють за іншими, більш демократичними, моделями виробництва і розповсюдження програмного забезпечення.

Додатково, вказані документи безальтернативно визначають як єдино-можливу модель – модель "пропрієтарного" програмного забезпечення. Тобто – комерційного, на яке зареєстроване приватне право власності, і яке при придбанні не передає кінцевому користувачеві основних майнових прав, і зовсім не передає немайнових авторських прав, на зразок права на дослідження та (або) зміну коду програми. Всі інші моделі, згідно цих правових актів, виявляються "поза законом".

Інакше кажучи: вказаними в розділі IV цього подання правовими актами можливе розповсюдження і придбання програмного забезпечення (надалі також – "ПЗ") за ліцензійними умовами, прийнятими не для всіх – а лише для певної частини розробників програмного забезпечення. І що важливо – за найбільш "агресивними" щодо прав кінцевого користувача умовами (обов'язковість придбання ліцензії на кожену копію програми, неможливість вільного копіювання, вивчення та зміни коду, самостійної доробки, використання як частини власної програми, тощо).

Ці умови повністю співпадають із умовами, які прийняли для себе кілька великих закордонних фірм (в першу чергу – корпорація Microsoft зі штаб-квартирою в Редмонді, США) – **і водночас унеможливають будь-які альтернативні моделі виробництва і розповсюдження ПЗ**, наприклад – на основі Вільних ліцензій (так зване "Відкрите", "З відкритим кодом" або "Вільне" програмне забезпечення, ліцензії на яке передають кінцевому користувачеві всі (або більшість) майнових прав, і значну частину авторських немайнових прав.

Таким чином всі, окрім "жорстко-пропрієтарної", моделі виробництва та розповсюдження програмного забезпечення, виявляються в Україні або забороненими за формальними показниками, або неможливими – через законодавче створення виключно несприятливих умов. Ці (альтернативні) моделі виробництва та розповсюдження ПЗ виявляються для українського законодавства в кращому випадку "не

існуючими”, а в гіршому – об'єктами силового переслідування (як “незаконні”, такі, що не відповідають ряду наведених в розділі **IV** цього подання правовими актами параметрів).

Під цю формальну заборону підпадає як добрий десяток операційних систем для комп'ютерів (починаючи з таких відомих, як Linux, FreeBSD, OpenVMS тощо), так і десятки тисяч (!) прикладних програм для найрізноманітнішого використання – як місцевого, так і закордонного виробництва.

В результаті дії вказаних законодавчих актів створюється прецедент технологічної залежності України від продукції одного монополістичного закордонного виробника, і знищення національної наукової і виробничої бази оригінального програмного забезпечення. Це в цілому **протирічить** не лише **нормам Глави 3 Господарського Кодексу України** (надалі також – “ГКУ”), але також і розділу “Загальні засади” **чинної Конституції України** – а саме статтям **1, 3, 8, 15, 17** (в частині, що регламентує захист інформаційної безпеки), **64 та 68**, а також **ставить під сумнів можливість повного забезпечення** щодо виробників Вільного (та іншого “непропріетарного”) програмного забезпечення **статей 21** (в аспекті рівності у правах), **22**(гарантування конституційних прав, недопущення звуження змісту та обсягів існуючих прав при прийнятті нових законів), **34** (в аспекті права на використання і поширення інформації) **Конституції України**.

Окремі положення вказаних актів **протирічать** також **Закону України “Про закупівлю товарів, робіт і послуг за державні кошти”**.

Оскільки програмне забезпечення є видом інтелектуального продукту – **даним поданням висувається пропозиція обмежити штучно створену при допомозі МОН монополію в секторі програмного забезпечення, і враховувати всі моделі створення і розповсюдження інтелектуального продукту взагалі та програмного забезпечення зокрема під час підготовки будь-яких майбутніх правових актів. Також пропонується внести відповідні зміни до вже існуючих (перелічених вище) правових актів** – з метою додержання і захисту прав національних виробників і розповсюджувачів продукції високих технологій, а також багатьох закордонних фірм, окрім фірми Microsoft, – які, згідно провідних міжнародних домовленостей, мають намір розповсюджувати в Україні свій програмний продукт на рівних та конкурентних умовах.

Окремі ж правові акти, як “Меморандум про співпрацю між Міністерством освіти і науки України та Представництвом Microsoft в країнах СНД” та “Наказ Міністерства освіти та науки України № 783 від 3.12.2001 року “Про заходи щодо локалізації програмних продуктів Microsoft” та ін. – **повинні бути визнані недійсними в цілому, як такі, що грубо протирічать антимонопольному законодавству, статтям Конституції України та іншим актам чинного законодавства, створюючи режим виняткових преференцій для одного окремого закордонного виробника програмного забезпечення** – на шкоду всім іншим виробникам ПЗ, за якою б економічною моделлю (або моделлю розповсюдження свого продукту) вони не працювали.

2. Детальне обґрунтування за кожним із законодавчих актів

2.1. Акти Міністерства освіти та науки України, які створюють ексклюзивні преференції фірмі "Microsoft" на ринку програмного забезпечення України та монополізують ринок програмного забезпечення:

2.1.1. Меморандум про співпрацю між Міністерством освіти і науки України та Представництвом Microsoft в країнах СНД (номер 998_170) від 09.10.2001 року (надалі "Меморандум"):

– в пункті 1. г. та 2. а, б, г, д. – протирічить абзацу 3 статті 42 Конституції України (в контексті державних гарантій забезпечення конкуренції в підприємницькій діяльності, недопущення зловживання монопольним становищем на ринку, обмеження конкуренції та недобросовісної конкуренції), та розділу 1, 2 Статті 25, розділу 5 ст. 27, аб. 3, 4 ст.30, аб. 2.3.4 ст. 31 Господарського Кодексу України – як укладена між державним міністерством та іноземною приватною фірмою про безальтернативний контроль значної частини ринку (вся сфера освіти).

Через те, що Міністерство освіти і науки наказом (тобто без організації тендеру та вивчення альтернатив, згідно вимог діючого законодавства України) – визначило "програмні продукти Microsoft як освітні стандарти в Україні" – з цього моменту доступ інших виробників до сектору освіти виявився практично закритим: адже всі вони відтепер завчасно (тобто до проведення будь-якого вивчення або тендера) виявляються такими, що "не відповідають освітнім стандартам".

** Слід зауважити, що в усьому цивілізованому світі в освіті та науці стандартом де-факто є не "майкрософтівські", Unix-подібні операційні системи, які розповсюджуються за вільними ліцензіями безкоштовно, разом із вихідними кодами, що дає величезні переваги саме освітній та науковій сфері у вивченні механізмів та алгоритмів функціонування комп'ютерних програм взагалі, безвідносно до конкретного виробника.*

Більше того: через те, що згідно пункту 1.в. Меморандуму МОН "створює систему контролю використання програмного забезпечення, яке постачається в рамках програм інформатизації середньої освіти" – Міністерством освіти встановлюється дієвий механізм пропуску до освітньої сфери **виключно** програмного забезпечення фірми Microsoft.

Через те, що програмні продукти Microsoft є комерційним пропріетарним програмним забезпеченням, яке розповсюджуються на платній основі (оплачується кожна ліцензія на кожну інсталяцію програмного забезпечення), а п.4 Меморандуму говорить лише про намір безкоштовної заміни на локалізовані версії **вже** легально придбаних нелокалізованих версій ПЗ – пункт 6. Постанови ("Міністерство освіти та науки... здійснює постачання легального програмного забезпечення") – означає (з урахуванням пункту а) Меморандуму (в сенсі визначення продуктів Microsoft як стандарту в освітній сфері) – не що інше, як зобов'язання надалі закуповувати за державні кошти **виключно** програмні продукти фірми "Microsoft".

Таким чином, пункти б. та в. Статті 2 Меморандуму протирічать **Закону України “Про закупівлю товарів, робіт і послуг за державні кошти” в статтях 5 (Недискримінація учасників) та 6 (“Умови захисту вітчизняного ринку”) Розділу I, а також всього Розділу II (Загальні умови здійснення закупівлі) та III (“Процедури відкритих торгів та торгів з обмеженою участю”)–** через недодержання жодної з визначених Законом процедур тендерної (конкурентної) закупівлі, обов'язкової для державних установ та організацій, **а також комплексу норм, відображених в Главі 3 ГКУ (в контексті створення виключних преференцій одному виробникові, сприянню монополізації ринку та розподілу ринку з метою його монополізації, примушування суб'єктів господарювання до пріоритетного укладання договорів).**

** Практично, повністю в обхід Закону України “Про закупівлю товарів, робіт і послуг за державні кошти”, Міністерство освіти і науки призначило фірму “Microsoft” єдиним постачальником базового програмного забезпечення для сфери освіти, незважаючи на присутність як на світовому, так і на місцевому ринку численних альтернативних пропозицій. Гроші з бюджету активно витрачаються на оплату ліцензій фірми “Microsoft” – в той час, коли на ринку представлені альтернативні програмні продукти за Вільною ліцензією, яка взагалі не передбачає плати за ліцензування, і, на відміну від програмних продуктів Microsoft, ніяк не обмежує використання і кількість копій наданого програмного продукту.*

2.1.2. Наказ Міністерства освіти та науки України № 783 від 3.12.2001 року “Про заходи щодо локалізації програмних продуктів Microsoft” (на виконання вищезначеного за п.2.1 цього подання Меморандуму № 998-170) (далі “Наказ”):

– у **пункті 5** (“Ректорам вищих учбових закладів, директорам наукових установ та підприємств, керівникам структурних підрозділів міністерства, що замовляють, розробляють або узгоджують розробку комп'ютерних програм, передбачати у договорах з виконавцями їх сертифікацію на відповідність вимогам технічних завдань, законодавства України, Державних стандартів та інших нормативних документів.), – **протирічить абзацу 3 статті 42 Конституції України** (в контексті державних гарантій забезпечення конкуренції в підприємницькій діяльності, та недопущення зловживання монопольним становищем на ринку, обмеження конкуренції та недобросовісної конкуренції), **а також комплексу норм, відображених в Главі 3 ГКУ.** Через те, що для перелічених у пункті 5 Наказу суб'єктів даний наказ також є “нормативним документом”, а також нормативним документом є “Меморандум про співпрацю між Міністерством освіти і науки України та Представництвом Microsoft в країнах СНД”, де лише програмне забезпечення Microsoft заявлено “освітніми стандартами” – **пункт 5 Наказу практично означає заборону використання у закладах освіти іншого програмного забезпечення, крім програмного забезпечення “Microsoft”.**

– “Пояснення” до п. 1 Наказу МОН України № 782 від 03.12.2001 р. “Про заходи щодо локалізації та легалізації програмних продуктів Microsoft”

(яке є частиною згаданого Наказу) у пунктах 1.1. (в аспекті “Планується закупівля локалізованого ПЗ компанії Microsoft згідно з Меморандумом”) та 1.2. – (“Розробити... комплекс заходів щодо дотримання легальності використання ПЗ шляхом офіційного його придбання за рахунок бюджетних коштів,) – **протирічить Закону України “Про закупівлю товарів, робіт і послуг за державні кошти” в статтях 5 (Недискримінація учасників”) та 6 (“Умови захисту вітчизняного ринку”) Розділу I, а також – всьому Розділу II (Загальні умови здійснення закупівлі”) та III (“Процедури відкритих торгів та торгів з обмеженою участю”) – через недодержання жодної з визначених Законом процедур тендерної (конкурентної) закупівлі, обов'язкової для державних установ та організацій.**

Цікаво також, що Наказ № 782 має Додаток 3, щодо якого на сервері Верховної Ради України міститься зауваження: "Додаток 3 не наводиться". Це свідчить про те, що вищевказаний договір має додаток для службового користування або секретний – що протирічить визначеним законом умовам опублікування офіційних документів, незалежно від змісту власне "Додатку 3".

2.1.3. Меморандум про взаєморозуміння між Міністерством освіти і науки України та Корпорацією Microsoft від 28.10.2003 року.

Абзацем 2 розділу 1 статті 2 цього документу визначається, що "Міністерство продовжить на час дії цього Меморандуму попередні домовленості відносно широкого використання комп'ютерних програм виробництва Microsoft." Таким чином, всі зафіксовані вище протиріччя стосуються і цього, **укладеного на десятирічний (!) термін (згідно ст. 5, аб. 1 та 5) Меморандуму**, що урочисто підписаний Міністерством освіти та науки і Microsoft **28.10.2003** року. На підтвердження цього в офіційній інформації про подію на сайті Департаменту інтелектуальної власності МОН зафіксовані слова міністра, Василя Кременя, не про звуження, а про розширення співробітництва в порівнянні із першим (2001 року) Меморандумом: *“Міністр освіти і науки Василь Кремень зазначив, що обидві сторони в цілому виконали зобов'язання Меморандуму. Він висловив сподівання, що в результаті виконання наступного Меморандуму співпраця в галузі ІТ набере більшої динаміки і ширшого масштабу”* (<http://www.sdip.gov.ua/news/?id=663>).

Окрім того, згідно з абзацем 2 розділу 1 статті 2 цього документу для розповсюдження продукції Microsoft "Міністерство... забезпечить здійснення необхідних заходів нормативного, організаційного та фінансового характеру для забезпечення (!) їх легального використання у всіх закладах освіти, підприємствах та організаціях, підпорядкованих і підлеглих Міністерству".

Легальне використання пропріетарного програмного забезпечення можливе лише в результаті придбання відповідних ліцензій, тобто мова йде про державні закупівлі. Хоча і вказано, що "такі заходи... не будуть спрямовані проти третіх сторін" – і на практиці, і юридично процитована норма означає передачу під вплив однієї, завчасно визначеної корпорації, всієї вертикалі системи освіти та науки.

Згідно статті 4 цього ж меморандуму встановлення ексклюзивних стосунків керівництва МОН з корпорацією закріплюється створенням постійної спільної робочої групи, яка опікуватиметься виключно питаннями продуктів фірми Microsoft. (Характерно, що і робочу групу з організації виконання

договорів між МОН та Microsoft, і (пізніше) "Міжвідомчу робочу групу з питань легалізації комп'ютерних програм" у межах всього держсектору – очолює одна і та ж людина – Перший заступник Міністра освіти і науки, А. М. Гуржій).

Важливо також, що розділами 2 та 3 Статті 2 міністерство напряму залучає корпорацію Microsoft до постійних спонсорських дій – в обмін на надання пріоритету науково-дослідним та технічним підходам Microsoft і технологіям Microsoft у всій галузі, та на забезпечення цієї діяльності бюджетним фінансуванням.

Так, згідно розділу 2, Сторони (тобто Microsoft та МОН), "відносять... до основних напрямків співробітництва" з боку Microsoft "забезпечення розвитку науково-дослідних робіт в галузі інформаційних технологій в науково-дослідних та вищих навчальних закладах, підпорядкованих Міністерству"; натомість МОН "надасть напрямку наукових та технічних досліджень в галузі інформаційних технологій статус пріоритетності та забезпечить цей статус відповідними нормативними, організаційними та фінансовими заходами".

Варто зауважити, що "забезпечення організаційними та фінансовими заходами" в рамках державної сфери також є не що інше, як закупівля товарів або послуг – таким чином оборудка між МОН та Microsoft в масштабах всієї галузі відбувається **в обхід норм Закону України “Про закупівлю товарів, робіт і послуг за державні кошти”**.

Встановлення ж ексклюзивних преференцій шляхом надання особливого статусу технологіям, методикам, продукції однієї конкретної корпорації, або шляхом утворення постійної робочої групи, яка опікується не загальним аналізом ринку, а постійним налагодженням відносин лише з однією конкретною корпорацією – є **грубим порушенням** комплексу норм, відображених в **Главі 3 ГКУ, зокрема в розділі 2 Статті 25** ("Органам державної влади... забороняється приймати акти або вчиняти дії, що визначають привілейоване становище суб'єктів господарювання тієї чи іншої форма власності, або ставлять у нерівне становище окремі категорії суб'єктів господарювання"), **розділі 3 статті 25** (Уповноважені органи державної влади... повинні здійснювати аналіз стану ринку і рівня конкуренції на ньому...), **а також розділі 5 статті 27** ("Органам державної влади... забороняється приймати акти або вчиняти дії, спрямовані на економічне посилення існуючих суб'єктів господарювання-монополістів... а також приймати рішення про виключно централізований розподіл товарів").

2.1.4. Договір про легалізацію комп'ютерних програм виробництва компанії "Майкрософт" та Додаток ("Програма ліцензування для органів виконавчої влади України (Microsoft Open Licensing Government Ukrainian)" до цього договору.

2.1.4.1. Договір підміняє процес легалізації програмного забезпечення в органах виконавчої влади через відкритий тендер за параметрами ціни та функціональності (як це передбачено в Законі України "**Про закупівлю товарів, робіт і послуг за державні кошти**") – процесом централізованої закупівлі операційних систем та офісних пакетів компанії "Microsoft" через її ірландське торговельне представництво (Microsoft Ireland Operations Limited). Це, в свою чергу, приводить до порушення норм **Глави 3 ГКУ** (в контексті

створення виключних преференцій одному виробникові та сприянню монополізації ринку.

Договір був би цілком коректним, якби йому передувала організація відкритого тендеру згідно **Закону України “Про закупівлю товарів, робіт і послуг за державні кошти”**, в результаті якого за всіма параметрами виграла би фірма Microsoft. Та цього не сталося, і Договір виявився укладеним в обхід українського антимонопольного законодавства.

На користь компанії Microsoft слід зауважити, що цей Договір цілком засновано на нормах Постанови Кабінету Міністрів України від 4 березня 2004 р. N 253 "Про затвердження Порядку легалізації комп'ютерних програм в органах виконавчої влади" – яка підміняє конкурсний і відкритий процес легалізації програмного забезпечення процесом закупівлі програмного забезпечення у завчасно визначеного виробника, практично денонсуючи норми Закону України **“Про закупівлю товарів, робіт і послуг за державні кошти”**, – яка проаналізована в наступному розділі цього подання.

2.1.4.2. Стаття 2 "Комп'ютерні програми" **Додатку** до Договору ("Програма ліцензування для органів виконавчої влади України (Microsoft Open Licensing Government Ukrainian)) визначає, що у рамках "програми легалізації" до державного сектору поставляються:

- а) операційна система "Windows XP Professional Upgrade (Ukrainian LIP)" та
- б) набір офісних програм Microsoft Office 2003 Win32 Ukrainian Standard GOVT"

Слово "Upgrade" ("модернізація") у назві операційної системи є цілком умовним: обидва набори програм є самостійними, сучасними розробками фірми, що потребують для нормального функціонування нової ж комп'ютерної техніки в конфігурації не нижче Pentium IV або старших версій Pentium III, та 256 Мегабайт оперативної пам'яті.

Це означає, що пропоновані програми Microsoft не можуть бути застосовані на відносно застарілому парку комп'ютерної техніки, якою наповнений державний сектор, особливо – з обласного рівня і нижче.

Отже, йдеться не про "легалізацію" вже встановлених застарілих "піратських" операційних систем та офісних програм – а про встановлення нових операційних систем та офісних програм.

Окрім того, що такий підхід не має нічого схожого із класичною "легалізацією" як процесом юридичного визнання вже існуючого факту (в даному випадку – вже встановленого програмного забезпечення) – він тягне за собою ще й необхідність масштабного оновлення апаратного забезпечення у всій вертикалі виконавчої влади, що, в свою чергу, додатково збільшить обсяг замовлень на програмне забезпечення Microsoft через проблеми сумісності старої і нової техніки та старих і нових форматів даних. Вочевидь, організація такої "легалізації" є адекватною терміну "заміна" – і повинна була б викликати питання щодо відповідності антимонопольному законодавству.

Також Додаток до Договору про легалізацію комп'ютерних програм виробництва компанії "Майкрософт" в пунктах 4, 5. містить пряму вказівку на кількість ліцензій на програми Microsoft, яку органи державної влади України зобов'язані закупити до 2007 року (120 тисяч примірників операційної системи

та 120 тисяч примірників офісного пакету програм), що протирічить нормам **Статті 25 ГКУ** (в контексті незаконності директивного визначення окремими суб'єктами господарювання умов реалізації товару на ринку та централізованого розподілу товарів).

2.2. Загальні правові акти або зміни до Законів України, ініційовані або погоджені Міністерством освіти на науки України, ДІВ МОН, Комітетом Верховної Ради з питань науки і освіти, які забезпечують утримання монопольної ситуації на ринку програмного забезпечення України

2.2.1. Постанова Кабінету Міністрів України від 4 березня 2004 року № 253 "Про затвердження порядку легалізації комп'ютерних програм в органах виконавчої влади".

Постанова 253 затверджує порядок, згідно якого під час легалізації комп'ютерних програм в органах виконавчої влади етап організації тендерів **виключається** як такий.

Легалізація неправомірно встановленого на комп'ютер програмного забезпечення може відбуватись **двома основними шляхами**:

а) знищенням копії неправомірно встановленої програми, і встановленням замість неї іншої, тотожної за функціональністю, але ліцензійно-чистої;

б) легалізацією неправомірно встановленої програми через закупівлю відповідних ліцензій за спеціальною угодою із правовласником.

Вищевказана постанова Кабінету Міністрів України № 253 – директивно і однозначно визначає як легальний лише другий варіант легалізації, тим самим забороняючи перший, чим порушуються норми **Глави 3 ГКУ** в контексті створення виключних преференцій конкретному виробникові.

Так, стаття 3 Додатку "Порядок легалізації комп'ютерних програм в органах виконавчої влади" визначає, що дія цього Порядку поширюється на комп'ютерну техніку з вже встановленим неліцензійним програмним забезпеченням; будь-який інший порядок легалізації не визначається взагалі. При цьому встановлення неліцензійної комп'ютерної програми тієї або іншої функціональності трактується не як намагання отримати необхідну функціональність в ситуації браку коштів, або браку інформації про існуючі на ринку пропозиції (як це узвичай і буває) – а як свідомий вибір саме конкретної комп'ютерної програми конкретної фірми. **Але невідомо, яким чином міг відбутися цей свідомий вибір в умовах, коли не було проведено тендеру за участі різних суб'єктів ринку програмного забезпечення і різних програмних продуктів.**

Отже, виникає очевидне логічне протиріччя: якщо за ознакою необхідної державним органам функціональності програмного забезпечення перед закупівлею (порядок якої, власне, і описано в Постанові) не проведено відкритого тендеру згідно норм Закону України "**Про закупівлю товарів, робіт і послуг за державні кошти**") – працівники органів виконавчої влади

просто не мають джерела інформації про альтернативи піратському програмному забезпеченню.

Більше того: вищевказаними постановами напряду **порушується норми розділу 3 Статті 25 ГКУ**, згідно якої "органи державної влади і органи місцевого самоврядування повинні здійснювати аналіз стану ринку" перед закупками програмного забезпечення.

Характерно, що попередня і більш загальна постанова 2003 року (Постанова Кабінету Міністрів України від 10 вересня 2003 року № 1433 "Про затвердження порядку використання комп'ютерних програм в органах виконавчої влади" (джерело опублікування – Інтернет-сервер Верховної Ради України (www.rada.gov.ua), документ № 1433-2003п) в Додатку "Порядок використання комп'ютерних програм в органах виконавчої влади" не мала цієї хиби, прямо вказуючи у якості альтернативи пропріетарному програмному забезпеченню можливість використання Вільного програмного забезпечення.

Проте з постанови 2004 року, спеціалізованої на проблемі легалізації і майже тотожній в основній частині – можливість використання Вільного, тобто такого, що не передбачає виплати за ліцензію та обмежень у копіюванні, програмного забезпечення – "щезло".

2.2.2. Закон України “Про розповсюдження примірників аудіовізуальних творів, фонограм, відеограм, комп'ютерних програм, баз даних” в чинній редакції від 10.07.2003 (номер 1098-15) (надалі “Закон”):

2.2.2.1. – **Стаття 3 Закону** (“Розповсюдження на території України примірників... комп'ютерних програм та баз даних, а також їх прокат дозволяються лише за умови їх маркування контрольними марками) – **протиричить частині 1 статті 41 Конституції України** (в контексті користування і розпорядження власністю, результатами інтелектуальної і творчої діяльності), **статті 42** (в частинах права на підприємницьку діяльність, не заборонену законом; захисту конкуренції в підприємницькій діяльності і заборони неправомірного обмеження конкуренції), **43** (в контексті вільного вибору професії та роду діяльності), **54** (в контексті гарантій захисту відповідного типу інтелектуальної власності, а також авторських прав, матеріальних і моральних інтересів, права на результати інтелектуальної діяльності) – **через те**, що за умовами цього ж Закону для виробників та розповсюджувачів “непропріетарного” (зокрема – Вільного) програмного забезпечення неможливо отримати контрольні марки (див. пункт 2.2.2.3. даного подання, детальний аналіз Статті 5 Закону). Відповідно, це приводить і до порушення антимонопольного законодавства.

2.2.2.2. **Пункт 1 статті 4. Закону** (“Право на одержання контрольних марок мають імпортери, експортери та відтворювачі примірників... комп'ютерних програм, баз даних) – **створює можливість юридичних колізій за статтями Конституції України 42** (в аспекті права на підприємницьку діяльність, не заборонену законом; захисту конкуренції в підприємницькій діяльності і заборони неправомірного обмеження конкуренції), **54** (в контексті захисту відповідного типу інтелектуальної власності, а також авторських прав, матеріальних і моральних інтересів, права на результати творчої

інтелектуальної діяльності) а також в сенсі порушення антимонопольного законодавства – через те, що в переліку пункту 1 статті 4 Закону відсутні, як прямо вказані й перші за значенням суб'єкти, що мають право на одержання контрольних марок – виробники комп'ютерних програм та баз даних, зокрема – автор (автори) комп'ютерних програм та баз даних. Таким чином, виникає небезпека відмови виробникам програмного забезпечення, зокрема Вільного програмного забезпечення, у наданні контрольних марок через те, що вони не є **спеціалізованими** експортерами, імпортерами або відтворювачами примірників. А без контрольних марок вони не зможуть продати свій продукт згідно статті 3 цього ж Закону.

2.2.2.3. **Стаття 5 Закону** (порядок одержання контрольних марок) в **пункті 1. е)** (необхідність надати для отримання контрольних марок **“копію договору про передачу (відчуження) майнових прав і (або) суб'єктів суміжних прав**, або договори про передачу прав на використання... комп'ютерних програм, баз даних шляхом їх відтворення та розповсюдження примірників, починаючи з договору, за яким майнові права авторів і (або) суб'єктів суміжних прав або права на використання передаються на територію України, або починаючи з договору, за яким майнові права авторів і (або) суб'єктів суміжних прав або права на використання передаються **від первинних (! - автори подання, далі “а.п.”) суб'єктів авторського права і (або) суміжних прав...**”; необхідність надати **“копії зазначених договорів, а також оригінал договору**, за яким **безпосередньо заявникові** передаються майнові права авторів...” – **протирачить ч.1 ст. 41 Конституції України** в контексті порушення права володіння, користування та розпорядження власністю та примусового відчуження об'єктів права власності, та **ст.15 Закону України “Про авторське право та суміжні права** (в контексті майнових прав автора на “виключне право на дозвіл або заборону використання твору іншими особами”).

Згідно статті 5 п.1 е) заявник, який намагатиметься одержати контрольні марки для продажу Вільного (Відкритого) програмного забезпечення – одержати їх не зможе, оскільки Вільні (Відкриті) ліцензії за своєю суттю є цивільним "договором приєднання" про передачу чітко визначеного переліку (як правило – всіх або більшості) майнових, а також деяких немайнових авторських прав. Таким чином, Вільна (Відкрита) ліцензія адресована невизначеному колу осіб на невизначеній території, і виключає будь-яке безпосереднє адресування, поняття “оригіналу” та “копії” договору, тощо. Такі ліцензії, як правило, існують лише в цифровому вигляді (окремий текстовий файл), і являються невід'ємною частиною програм, які публікуються авторами згідно умов відповідних ліцензій.

Отже, норма статті 5 п.1 е) Закону **фактично забороняє розповсюдження вільного ПЗ**. Також вона порушує конституційні права осіб, що правомірно володіють Вільним ПЗ на основі будь-якої з Вільних (Відкритих) ліцензій, і права авторів Відкритого ПЗ – зокрема, викладені в **ст. 15 закону “Про авторське право та суміжні права”** (виключне право автора на використання твору та виключне право автора на дозвіл... використання твору іншими особами).

Вимога надати “Установі” (Департаменту інтелектуальної власності

МОН) такі договори створює обмеження у здійсненні автором свого виключного права на дозвіл іншим особам використовувати твір, а отже **порушує також ч. 1 ст. 41 Конституції України**, яка наголошує, що "Кожен має право володіти, користуватися і розпоряджатися своєю власністю, результатами своєї інтелектуальної, творчої діяльності." Це протиріччя розповсюджується не лише на громадян України: оскільки конституційна норма охоплює суб'єкт "кожен", а не "кожний громадянин" – слід тлумачити цю норму широко, включаючи іноземних громадян та осіб без громадянства, які можуть бути авторами Вільного програмного забезпечення.

Слід зауважити також, що в термінах “авторського договору” (адже Закон вимагає надати весь спектр договорів, “починаючи з договору, яким передаються майнові права авторів”) – для великої кількості програмного забезпечення **будь-якої форми ліцензування** – виконання вимог цього Закону **фізично неможливо забезпечити**. Адже над великими сучасними програмами працюють фізично розподілені (зокрема, і по різних країнах) авторські колективи, які можуть налічувати десятки і сотні окремих юридичних і фізичних осіб. Таким чином, для задоволення вимог ст.5 п.1 е) цього Закону заявникові доведеться зайнятися збиранням відповідної кількості оригіналів авторських договорів або договорів підряду... Для встановлення єдиних правил використання такого програмного забезпечення – сучасна світова практика вводить поняття “ліцензії” – як вичерпного переліку майнових та немайнових авторських прав (зокрема і авторських), та умов їх передачі, – з яким згоден весь авторський колектив виробника відповідного програмного забезпечення, або його (програмного забезпечення) повноправний власник.

У рамках цього Закону протиріччя не вичерпується навіть, якщо “виробника” і “замовника” намагаться трактувати як одну особу для конкретних випадків. Серед ознак примірників, що не підлягають маркуванню (ст. 8 пункт 5) Закону) – Закон вказує на наявність договору підряду між замовником та виробником, що унеможлиблює ситуацію, коли вони співпадають в одній особі (не існує “одностороннього” договору підряду). Про це також свідчить вимога належності авторських прав лише замовнику, але ніяк не виробнику (одна особа не може в один і той же час і мати, і не мати певне право). Отже спосіб, у який відповідні ознаки викладені в законі, свідчить про обов'язковість наявності усіх, а не лише окремих, ознак – як умови "звільнення" від маркування.

2.2.3. Закон України “Про авторське право та суміжні права” в чинній редакції від 11.07.2001 року (номер 2627-13):

– в рамках положень **ст. 33, п.2 абзац 2** (“...ставки авторської винагороди не можуть бути нижчими за мінімальні ставки, встановлені Кабінетом Міністрів України”) **та п.5.** (“Умови договору, що погіршують становище автора (його правонаступника) порівняно із становищем, встановленим чинним законодавством, є недійсними) –

– **грубо порушує ч. 1 ст. 41 Конституції України та антимонопольне законодавство України**, оскільки обмежує "право кожного розпоряджатися результатами своєї інтелектуальної, творчої діяльності", зокрема **дарувати (або безоплатно передавати) такі результати та майнові права на них необмеженому колу осіб.**

Зокрема: через те що Вільне (Відкрите) програмне забезпечення, згідно відповідних ліцензій, передається необмеженому колу осіб безкоштовно – цим Законом воно забороняється. Адже безоплатність у будь-якому разі є “нижчим” відшкодуванням за “мінімальну ставку, встановлену Кабінетом Міністрів України”, а також будь-яка безоплатна передача прав на твір, з формальної точки зору, “погіршує становище автора” в порівнянні з “оплатною” передачею твору.

2.2.4. Постанова Кабінету міністрів України від 17 травня 2002 року № 674 “Про затвердження Положення про державного інспектора з питань інтелектуальної власності Державного департаменту інтелектуальної власності” (надалі – “Постанова”):

– **в цілому** створює небезпеку порушення антимонопольного законодавства України, *як спрямована на забезпечення прав виключно пропріетарної інтелектуальної власності і така, що не містить жодних інструкцій щодо творів інших типів інтелектуальної власності* (наприклад, щодо творів або примірників творів Вільної і Відкритої інтелектуальної власності);

– **В Статті 8 пункт 6)** (в аспекті наданого права вилучати примірники комп'ютерних програм, на які не наклеєні контрольні марки) – протирічить загальноприйнятим умовам розповсюдження Вільного (Відкритого) програмного забезпечення, яке не має обмежень на розповсюдження і копіювання як таких, а відтак і не використовує контрольні марки.

Через те, що Вільне програмне забезпечення, зокрема і на лазерних дисках, може не мати жодних ознак “ліцензійності”, важливих для “пропріетарного” програмного забезпечення (безпосередні авторські угоди, голографічні марки, тощо) – згідно цієї постанови державний інспектор з питань інтелектуальної власності *підпадає під ризок* порушити чинну Конституцію України під час перевірки будь-якого виробника Вільного програмного забезпечення, і припинити його діяльність – не маючи офіційної інформації щодо специфіки виробництва та виготовлення Вільного програмного забезпечення.

** Загальною рекомендацією для даної Постанови, яка зняла б частину проблем – могло б бути звуження повноважень інспектора виключно до перевірки підприємств, які є промисловими виробниками копій програмного забезпечення на компакт-дисках (а навіть не самих компакт-дисків як пустих матриць для запису інформації) – згідно ратифікованих Україною міжнародних договорів з приводу особливого контролю над підприємствами-виробниками лазерних дисків, із внесенням відповідної чіткої дефініції до постанови. Натомість нинішній варіант документу розширює повноваження інспектора на всю сферу об'єктів і інтелектуальної власності, без урахування наявності різних її типів.*

2.2.5. Указ Президента України “Про невідкладні заходи щодо посилення захисту прав інтелектуальної власності в процесі виробництва, експорту, імпорту та розповсюдження дисків для лазерних систем зчитування” від 30.01.2002 (номер 85/2002):

– **В пункті 4 абзац 2** (вимога, що “всі проекти нормативно-правових актів з питань інтелектуальної власності підлягають обов'язковому погодженню центральними органами виконавчої влади з Міністерством освіти і науки України”) – **протиричить пункту 7) Статті 92 Конституції України** (“Виключно законами України визначаються... правовий режим власності... правові засади і гарантії підприємництва...”) – **через те**, що більш загальна законодавча категорія “власності” повністю включає в себе вужчу категорію “інтелектуальної власності”, а питання офіційного визнання і відповідного законодавчого супроводу Вільного програмного забезпечення безпосередньо стосується **підприємництва** з розробки та модифікації програмного забезпечення.

** Слід зауважити, що за результатами п'ятирічної діяльності у сфері інтелектуальної власності, через лобіювання лише одного з кількох можливих типів інтелектуальної власності в своїй роботі, а також через перелічені вище в цьому поданні причини – Міністерство освіти і науки виявилось абсолютно невідповідним для такої роботи. За даними авторів подання – кількість вітчизняних підприємств, що виробляють оригінальне (а не лише перепродають закордонне) програмне забезпечення – скоротилась з 1998 року **принаймні на порядок**, і не в останню чергу – через “просування” Міністерством освіти та науки лише однієї із багатьох можливих моделей розробки і розповсюдження програмного забезпечення.*

2.2.6. Додаткові загальні порушення і невідповідності нормативних актів в системі Кабінету Міністрів України.

Через те, що частина проаналізованих вище нормативно-правових актів є актами Кабінету Міністрів України, – за всіма такими нормативно-правовими актами наявне загальне і грубе **порушення статті 116 пункту 5) Конституції України** (“Кабінет міністрів України... забезпечує рівні умови всіх форм власності...”) та **статті 116 пункту 4 Конституції України** (“Кабінет міністрів... розробляє і здійснює загальнодержавні програми економічного, науково-технічного і соціального розвитку України) – в частині поняття “розвиток”.

З тих самих причин за всіма переліченими нормативно-правовими актами, які видані в системі Кабінету Міністрів України, наявне порушення **статті 116 пункту 3) Конституції України** (“Кабінет Міністрів України... забезпечує проведення... інвестиційної... політики, політики у сферах праці і зайнятості населення, соціального захисту, освіти, науки і культури...”) – в тому випадку, якщо поняття “проведення політики” необхідно трактувати в позитивному (розвиток), а не в негативному (деградація) сенсі.

VI.

Дані щодо інших документів та матеріалів, на які посилаються суб'єкти подання

1. Термінологія, на яку посилаються автори подання в контексті Вільного (Відкритого) програмного забезпечення.

(Джерела опублікування: Internet: www.opensource.org, www.gnu.org В Україні: журнали “Computer World/Київ”, “Комп'ютери + програми”; Законопроект “Про використання Відкритих і Вільних форм інтелектуальної власності, Відкритих форматів даних та Відкритого (Вільного) програмного забезпечення в державних установах і державному секторі економіки” (джерело опублікування – Сервер Верховної Ради України)

“Вільна” ліцензія – будь-яка ліцензія на програмне забезпечення, що гарантує користувачеві права та можливості використання програми, не менші, ніж такі:

- використання програми для будь-яких цілей;
- доступ до програмного коду;
- будь-які дослідження механізмів функціонування програми;
- можливість використання механізмів (принципів) функціонування і будь-яких довільних частин коду програми для створення інших програм та (або) адаптації до потреб користувача;
- можливість копіювання (тиражування) і публічного поширення копій програми;
- можливість зміни і вільного поширення як оригінальної програми, так і зміненої, за тими ж умовами, під які підпадає і оригінальна програма.

“Вільна” програма (“Вільне програмне забезпечення”) – програма (програмне забезпечення), що підпадає під умови Вільної ліцензії.

“Відкрите програмне забезпечення” – програмне забезпечення, що відповідає Відкритим стандартам.

“Відкрите (Вільне) програмне забезпечення” – узагальнюючий термін, що включає поняття Відкритих стандартів, Відкритих протоколів, Вільного програмного забезпечення, Відкритого програмного забезпечення, та програмного забезпечення, що розповсюджується за всіма типами вільних/відкритих ліцензій, поза залежністю від незначних особливостей кожного конкретного типу ліцензування.

“Закрите програмне забезпечення”, “Закрита програма” (ще – *“Пропріетарне програмне забезпечення”* від “property” – право власності, володіння) – ПЗ, купуючи яке користувач отримує лише обмежене право користування ним. Як правило – заборонений або закритий доступ до коду, заборонене внесення будь-яких змін, виконання більш ніж на одному комп'ютері, тиражування і розповсюдження, перепродаж, копіювання, тощо.

2. Діючі вимоги до стандартної Вільної ліцензії (переклад Вадима Шкіля).

Визначення концепції "Відкритого вихідного коду" (Open Source)

Версія 1.9

Відкритий вихідний код означає не тільки доступ до вихідного коду. Умови розповсюдження програмного забезпечення з відкритим вихідним кодом повинні відповідати наступним критеріям:

1. Вільне розповсюдження

Ліцензія не повинна обмежувати будь-яку сторону від продажу чи передачі програмного забезпечення в якості частини збірного програмного продукту, що містить програми з кількох різних джерел. Ліцензія не вимагає отримання авторського гонорару або іншої винагороди при будь-якому продажу.

2. Вихідний код

Програма повинна містити вихідний код та дозволяти розповсюдження у вихідному коді разом з компільованою формою. Якщо будь-яка форма продукту не розповсюджується з вихідним кодом, повинні існувати належним чином декларовані методи отримання вихідного коду за ціною, що не перевищує обґрунтовану вартість відтворення, але бажано - безкоштовне завантаження через Інтернет. Вихідний код повинен бути переважною формою, в якій програміст може змінювати програму. Навмисна зміна тлумачення "вихідного коду" не дозволяється. Проміжні форми, такі як вихідні дані препроцесора чи транслятора, не дозволені.

3. Похідні продукти

Ліцензія повинна дозволяти модифікації та похідні продукти та повинна дозволяти їх розповсюдження за тими ж умовами, що є в ліцензії оригінального програмного забезпечення.

4. Цілісність авторського вихідного коду

Ліцензія може обмежувати вихідний код від розповсюдження в змінений формі, якщо ліцензія дозволяє розповсюдження файлів-заплаток (patch file) разом з вихідним кодом з метою модифікації програми під час збірки (компіляції). Ліцензія повинна в явному вигляді дозволяти розповсюдження програмного забезпечення, що було зібране з модифікованого вихідного коду. Ліцензія може вимагати від похідних продуктів різних назв чи номерів версій, порівняно з оригінальним програмним забезпеченням.

5. Заборона дискримінації окремих персон чи груп.

Ліцензія не повинна дискримінувати будь-яку персону чи групу.

6. Заборона дискримінації напрямків застосування

Ліцензія не обмежує будь-кого щодо використання програми у визначених напрямках застосування. Наприклад, це не обмежує використання програми в бізнесі або в області генетичних досліджень.

7. Розповсюдження ліцензії.

Права, що закріплені за програмою, повинні бути застосовані до всіх одержувачів програми без потреби складання додаткової ліцензії між сторонами.

8. Ліцензія не повинна залежати від продукту

Права, що закріплені за програмою, не повинні залежати від того, що програма може бути частиною визначеного програмного забезпечення. Якщо програма здобута з цього програмного забезпечення та використовується чи розповсюджується згідно з умовами програмної ліцензії, всі сторони, що отримують програму, повинні мати ті ж самі права, які надаються згідно з оригінальним програмним забезпеченням.

9. Ліцензія не повинна обмежувати інше програмне забезпечення

Ліцензія не повинна обмежувати інше програмне забезпечення, що розповсюджується разом із ліцензованим продуктом. Наприклад, ліцензія не повинна наполягати на тому, щоб всі інші програми, що розповсюджуються з продуктом на спільному носії, повинні бути програмним забезпеченням з відкритим вихідним кодом.

VII.

Перелік матеріалів та документів, що додаються.

1. Меморандум про співпрацю між Міністерством освіти і науки України та Представництвом Microsoft в країнах СНД в редакції від 09.10.2001 року (джерело опублікування – Інтернет-сервер Верховної Ради України (www.rada.gov.ua), документ № 998_170) – роздрук;

2. Наказ Міністерства освіти та науки України № 782 від 03.12.2001 року “Про заходи щодо локалізації програмних продуктів Microsoft” на виконання вищезначеного за п.1 Меморандуму № 998-170 (джерело опублікування – Інтернет-сервер Верховної Ради України (www.rada.gov.ua), документ v0782290-01) – роздрук;

3. Наказ Міністерства освіти та науки України № 782 від 03.12.2001 року “Про заходи щодо локалізації програмних продуктів Microsoft” (перша редакція, варіант, що розсилався до ВУЗів) – з академічних джерел, з усіма Додатками (включно із документом “Пояснення до п. 1 Наказу МОН України № 782 від 03.12.2001 р. “Про заходи щодо локалізації та легалізації програмних продуктів Microsoft”, за підписом О.П. Токара, що є частиною цього Наказу, у пунктах 1.1. та 1.2. – роздрук;

4. Меморандум про взаєморозуміння між Міністерством освіти і науки України та Корпорацією Microsoft від 28.10.2003 року (джерело опублікування – Інтернет-сервер Верховної Ради України (www.rada.gov.ua), документ 998_160) – роздрук;

5. Договір про легалізацію комп'ютерних програм виробництва компанії "Майкрософт" (м. Київ, 2005, без дати) (джерело опублікування – Інтернет-сервер Верховної Ради України (www.rada.gov.ua), документ № 998-216) – як в цілому (як такий, що підміняє процес легалізації ПЗ процесом закупівлі ПЗ у одного виробника).

Додаток до Договору про легалізацію комп'ютерних програм виробництва компанії "Майкрософт" ("Програма ліцензування для органів виконавчої влади України (Microsoft Open Licensing Government Ukrainian)") – в пунктах 4, 5.

6. Постанова Кабінету Міністрів України від 4 березня 2004 року № 253 "Про затвердження порядку легалізації комп'ютерних програм в органах виконавчої влади" (джерело опублікування – Інтернет-сервер Верховної Ради України (www.rada.gov.ua), документ № 253-2004п) – як в цілому, так і в п.3, 8, 9, 10

7. Закон України “Про розповсюдження примірників аудіовізуальних творів, фонограм, відеограм, комп'ютерних програм, баз даних” в чинній редакції від 21.08.2003 – роздрук;

8. Стаття 33 Закону України “Про авторське право та суміжні права” в чинній редакції від 11.07.2001 року – роздрук;

9. Постанова Кабінету міністрів України від 17 травня 2002 року № 674 “Про затвердження Положення про державного інспектора з питань інтелектуальної власності Державного департаменту інтелектуальної власності” в чинній редакції від 17.05.2002 – роздрук;

10. Указ Президента України “Про невідкладні заходи щодо посилення захисту прав інтелектуальної власності в процесі виробництва, експорту, імпорту та розповсюдження дисків для лазерних систем зчитування” від 30.01.2002 – роздрук;