

РЕШЕНИЕ

г. Магадан

Резолютивная часть решения оглашена «03» февраля 2016 г.

В полном объеме решение изготовлено «17» февраля 2016 г.

Комиссия Управления Федеральной антимонопольной службы по Магаданской области по рассмотрению дела о нарушении антимонопольного законодательства в составе:<...>

при участии представителей: <...>

рассмотрев дело № 02-9/10-2015 по признакам нарушения:

- *Управлением архитектуры и градостроительства Магаданской области и Некоммерческой организацией «Национальная ассоциация сметного ценообразования и стоимостного инжиниринга» статьи 16 Федерального закона от 26.07.2006 № 135-ФЗ «О защите конкуренции», выразившегося в заключении соглашения (посредством акцепта публичной Оферты от 03.02.2014 о заключении договора на оказание услуг по предоставлению информации и заказа на создание базы данных), ограничивающего доступ хозяйствующих субъектов к территориальным сметным нормативам на рынках разработки компьютерных программ по созданию строительной сметной документации и разработки строительной проектно-сметной документации,*

УСТАНОВИЛА:

В Управление Федеральной антимонопольной службы по Магаданской области из ФАС России поступили материалы (вх. 02/1248 от 06.05.2015), указывающие на признаки нарушения антимонопольного законодательства, выразившегося в заключении между Управлением архитектуры и градостроительства Магаданской области (далее – УАиГ МО) и Некоммерческой организацией «Национальная ассоциация сметного ценообразования и стоимостного инжиниринга» (далее – НО «НАСИ») соглашения, ограничивающего доступ к территориальным сметным нормативам, индексам изменения сметной стоимости, средним сметным ценам на рынках разработки компьютерных программ по созданию строительной сметной документации и разработки строительной проектно-сметной документации, что указывает на признаки нарушения статьи 16 Федерального закона от 26.07.2006 № 135-ФЗ «О защите конкуренции» (далее – Закон о защите конкуренции, Закон). Данные материалы послужили основанием к возбуждению Магаданским УФАС России дела 02-9/10-2015.

До возбуждения настоящего дела Магаданским УФАС России в адрес УАиГ МО направлен запрос о предоставлении пояснений по вопросу заключения с НО «НАСИ» соглашения, влекущего ограничение возможности свободного использования территориальной сметно-нормативной базы Магаданской области третьими лицами, а также иных пояснений (исх. 01-10/1396 от 02.06.2015).

11.08.20105 издан приказ № 01-12/83 о возбуждении дела № 02-9/10-2015 и создании комиссии по рассмотрению дела о нарушении антимонопольного законодательства. Определением № 192 от 17.08.2015 дело назначено к рассмотрению на 17.09.2015.

Определением № 217 от 17.09.2015 по ходатайству УАиГ МО (исх. № 932 от 17.09.2015), содержащему просьбу об отложении рассмотрения дела на 16 ноября 2015 года в связи с невозможностью явки представителя по уважительной причине, рассмотрение дела отложено до 16.11.2015.

До начала заседания Комиссии, назначенного к рассмотрению на 16.11.2015, в адрес Магаданского УФАС России от НО «НАСИ» поступило ходатайство (вх. 02/2529 от 13.10.2015) об отложении рассмотрения настоящего дела до 07.12.2015 года либо о приостановлении производства по настоящему делу в связи с намерением судебного обжалования Решения Комиссии ФАС России по делу № 1-16-176/00-22-14 в Арбитражном суде г. Москвы до вступления в законную силу последующего судебного акта, результат рассмотрения которого может иметь существенное значение для настоящего дела.

Однако, по состоянию на 16.11.2015, информации в адрес Магаданского УФАС о подаче НО «НАСИ» заявления о признании недействительным Решения Комиссии ФАС России по делу № 1-16-176/00-22-14 и принятии заявления к рассмотрению Арбитражным судом г. Москвы не поступило.

С учетом изложенного, возникла необходимость получения дополнительных материалов по рассматриваемому делу. Определением № 248 от 16.11.2015 рассмотрение дела отложено до 17.12.2015 и одновременно продлено до 17.02.2016.

03.12.2015 в адрес Магаданского УФАС России поступило ходатайство НО «НАСИ» (вх.02/3215) с просьбой о приостановлении рассмотрения настоящего дела до вступления в силу судебного акта по результатам судебного обжалования Решения Комиссии ФАС России по делу № 1-16-179/00-22-14. Комиссия, рассмотрев ходатайство НО «НАСИ», определила в удовлетворении ходатайства отказать.

Вместе с тем, в рамках рассмотрения настоящего дела, возникла необходимость получения дополнительных доказательств по делу. Определением № 268 от 18.12.2015 рассмотрение дела отложено и назначено к рассмотрению на 03.02.2016.

До начала заседания в адрес Магаданского УФАС России поступили следующие документы:

- письмо МОГАУ «Управление государственной экспертизы» (вх. 02/3286 от 28.12.2015) с указанием перечня хозяйствующих субъектов Магаданской области, занимавшихся разработкой и реализацией электронных программ по созданию сметной документации в период с 2010 года по настоящее время;

- Ответ ООО «АВС-Н» (вх. 02/360 от 02.02.2016) на запрос Магаданского УФАС России (исх. 01-10/128 от 26.01.2016).

Также, во исполнение Определения № 268 от 18.12.2015 поступило письмо УАиГ МО (вх.02/75 от 18.01.2015) и письмо НО «НАСИ» (вх.03.02.2015), с изложением их

правовой позиции.

Изучив материалы дела, заслушав представителей лиц, участвующих в рассмотрении дела, оценив имеющиеся доказательства, комиссия приходит к следующему.

В соответствии с приказом Госстроя от 04.12.2012 № 75/ГС «Об утверждении Порядка разработки сметных нормативов, подлежащих применению при определении сметной стоимости объектов капитального строительства, строительство которых финансируется с привлечением средств федерального бюджета», территориальные сметные нормативы предназначены для определения сметной стоимости строительства объектов капитального строительства в отдельном субъекте Российской Федерации с учетом региональных условий выполнения работ.

Территориальные сметные нормативы, подлежащие включению в Федеральный реестр сметных нормативов, разрабатываются в особом порядке, установленном уполномоченным федеральным органом исполнительной власти (Минрегион России, Госстрой, Минстрой России).

В период с 13.06.2008 по 30.03.2013 действовал порядок, утвержденный Приказом Минрегиона России от 11.04.2008 № 44 «Об утверждении Порядка разработки и утверждения нормативов в области сметного нормирования и ценообразования в сфере градостроительной деятельности» (далее - Порядок разработки нормативов от 11.04.2008).

В период с 31.03.2013 по настоящее время действует порядок, утвержденный Приказом Госстроя от 04.12.2012 № 75/ГС «Об утверждении Порядка разработки сметных нормативов, подлежащих применению при определении сметной стоимости объектов капитального строительства, строительство которых финансируется с привлечением средств федерального бюджета» (далее - Порядок разработки нормативов от 04.12.2012).

В соответствии с пунктом 27 Порядка разработки нормативов от 11.04.2008 разработанные проекты территориальных сметных нормативов подлежат согласованию с уполномоченным федеральным органом исполнительной власти (Минрегионом России, Госстроем России).

Представление проектов территориальных сметных нормативов на согласование в уполномоченный федеральный орган исполнительной власти могло осуществляться только органами исполнительной власти субъектов Российской Федерации (пункт 28 Порядка разработки нормативов от 11.04.2008).

Согласование нормативов осуществлялось уполномоченным федеральным органом исполнительной власти в форме проверки (экспертизы) на предмет соответствия государственным сметным нормативам (пункт 27 Порядка разработки нормативов от 11.04.2008), комплектности представленных материалов (пункт 15 Порядка разработки нормативов от 11.04.2008), правильности расчетных обоснований (пункт 15 Порядка разработки нормативов от 11.04.2008).

По итогам проверки (экспертизы) проектов территориальных сметных нормативов оформлялось экспертное заключение (положительное, отрицательное) (пункт 19

Порядка разработки нормативов от 11.04.2008).

В случае оформления положительного экспертного заключения, уполномоченный федеральный орган исполнительной власти вносил территориальные сметные нормативы в Федеральный реестр сметных нормативов (пункт 34 Порядка разработки нормативов от 11.04.2008); в случае оформления отрицательного экспертного заключения – направлял заявителю уведомление об отказе во внесении нормативов в Федеральный реестр сметных нормативов (пункт 30 Порядка разработки нормативов от 11.04.2008).

Действующий Порядок разработки нормативов от 04.12.2012 содержит аналогичные положения. Вместе с тем в указанном Порядке изменилась процедура предоставления проектов территориальных сметных нормативов на согласование в уполномоченный федеральный орган исполнительной власти, а именно – в настоящее время проекты территориальных сметных нормативов на согласование может предоставить любое заинтересованное лицо.

Разработка территориальных сметных нормативов, индексов изменения сметной стоимости, средних сметных цен, используемых для составления сметной документации за счет средств бюджета Магаданской области, относится к полномочиям Управления архитектуры и градостроительства Магаданской области (до 01.01.2014 - Управление архитектуры и градостроительства Администрации Магаданской области).

Согласно Положению об Управлении архитектуры и градостроительства Администрации Магаданской области, утвержденному постановлением Администрации Магаданской области от 11.03.2010 № 92-па (редакция от 20.05.2010), ранее в функции Управления архитектуры и градостроительства Администрации Магаданской области входило: осуществление мониторинга и анализа по вопросам применения и совершенствования системы ценообразования и сметного нормирования в строительном комплексе Магаданской области в пределах своей компетенции (пункт 3.15.); осуществление доведения информации в области градостроительной деятельности до сведения граждан и органов местного самоуправления Магаданской области (пункт 3.21).

Согласно Положению об Управлении архитектуры и градостроительства Магаданской области, утвержденному постановлением Правительства Магаданской области от 09.01.2014 № 6-пп (редакция от 09.01.2014), в настоящее время в функции УАиГ МО входит: организация разработки, проведение рассмотрения и подготовки для утверждения Правительством Магаданской области сборников территориальных сметных нормативов, формирование и ведение регионального реестра сметных нормативов (пункт 3.19.); проведение анализа ценообразующих факторов в строительстве, стоимости строительных материалов и конструкций (пункт 3.20); разработка текущих и краткосрочных индексов цен на строительную продукцию и ресурсы, потребляемые в строительстве, подготовка материалов к заседанию Межведомственной комиссии по сметному ценообразованию в строительстве в Магаданской области и участие в работе этой комиссии (пункт 3.21); проведение ежеквартального анализа реального уровня текущих цен на ресурсы, потребляемые при строительстве производственных и непромышленных объектов, с использованием данных предприятий-изготовителей строительных материалов, конструкций и изделий, поставщиков, подрядчиков, заказчиков, органов

статистики и других организаций (пункт 3.22.); разъяснения и консультации по вопросам стоимости строительства, расхода строительных материалов, норм, правил и методических вопросов ценообразования в строительстве (пункт 3.23); осуществление доведения информации в области градостроительной деятельности до сведения граждан и органов местного самоуправления Магаданской области (пункт 3.31).

Согласно письму УАиГ МО от 31.12.2014 № 1251 (вх. ФАС России от 14.01.2015 № 1614/15) разработка (организация разработки) территориальных сметных нормативов Магаданской области, индексов изменения сметной стоимости, средних сметных цен, используемых для составления сметной документации за счет средств областного бюджета Магаданской области, входит в полномочия УАиГ МО.

Территориальные сметные нормативы Магаданской области были утверждены постановлением Администрации Магаданской области от 02.12.2010 № 674-па, включены Минрегионом России в Федеральный реестр сметных нормативов, подлежащих применению при определении сметной стоимости объектов капитального строительства, строительство которых финансируется с привлечением средств федерального бюджета (от 15.12.2010 № 65) (далее - Федеральный реестр сметных нормативов).

Индексы изменения сметной стоимости и сборники средних сметных цен, используемые при составлении сметной документации за счет средств областного бюджета Магаданской области ежеквартально рассматриваются Межведомственной комиссией по ценообразованию в строительстве Магаданской области и утверждаются приказом Управления.

В соответствии с пунктом 30 Положения о составе разделов проектной документации и требованиях к их содержанию, утвержденного Постановлением Правительства Российской Федерации от 16.02.2008 № 87, сметная документация на строительство объектов капитального строительства, финансируемое полностью или частично с привлечением средств федерального бюджета, составляется с применением сметных нормативов, включенных в Федеральный реестр сметных нормативов.

Постановлением Администрации Магаданской области от 13.12.2012 № 911-па «О мерах по реализации постановления Администрации Магаданской области от 02.12.2010 №674-па «Об утверждении территориальных сметных нормативов» установлены территориальные сметные нормативы, согласно которым:

- определение сметной стоимости строительства, реконструкции, технического перевооружения, модернизации, капитального и текущего ремонтов объектов капитального строительства, финансирование которых осуществляется полностью или частично с привлечением средств областного бюджета, осуществлять с применением территориальной сметно-нормативной базы Магаданской области (далее - ТСНБ-2001) согласно постановлению Администрации Магаданской области от 2 декабря 2010 г. № 674-па «Об утверждении территориальных сметных нормативов» либо по сборникам ГЭСН-2001 (пункт 1);
- пересчет сметной документации в текущий уровень цен, составленной базисно-индексным методом, производить с применением территориальных

индексов изменения сметной стоимости строительства объектов капитального строительства, строительство, реконструкция, техническое перевооружение, модернизация, капитальный и текущий ремонт которых осуществляется полностью или частично с привлечением средств областного бюджета (пункт 4);

- территориальные индексы изменения сметной стоимости строительства объектов капитального строительства, строительство, реконструкция, техническое перевооружение, модернизация, капитальный, и текущий ремонт которых осуществляется полностью или частично с привлечением средств областного бюджета и сборники средних сметных цен на основные строительные ресурсы по Магаданской области для определения стоимости строительных ресурсов в текущем уровне цен, разрабатываются ежеквартально управлением архитектуры и градостроительства администрации Магаданской области и утверждаются им после рассмотрения Межведомственной комиссией по сметному ценообразованию в строительстве в Магаданской области (пункт 5).

Соответственно территориальные сметные нормативы, индексы изменения сметной стоимости и сборники средних сметных цен на основные строительные ресурсы по Магаданской области являются официальной информацией и служат для определения сметной стоимости строительства на объектах, финансируемых за счет бюджетных средств Российской Федерации и Магаданской области. Доступ к ним не должен быть ограничен.

Согласно информации, предоставленной УАиГ МО (исх . № 1251 от 31.12.2015) в адрес ФАС России, территориальные сметные нормативы Магаданской области в действующей редакции 2008-2009 гг., ежеквартальные приказы Управления, которые содержат в себе показатели индексов изменения сметной стоимости, для объектов, финансируемых из областного бюджета Магаданской области, а также сборники средних сметных цен Магаданской области размещены на официальном сайте Правительства Магаданской области в свободном доступе и доступны всем заинтересованным лицам (www.magadan.ru).

По информации ФАС России, при подготовке материалов установлено, что при обращении к сайту www.magadan.ru осуществляется переход на сайт www.49gov.ru, который является официальным сайтом Правительства Магаданской области. На указанном сайте (www.49gov.ru) территориальные сметные нормативы, индексы изменения сметной стоимости и сборники средних сметных цен Магаданской области не размещены. На сайте УАиГ МО www.arch-mgdn.ru данные сведения также отсутствуют.

Информация, размещаемая на сайте www.magadan.ru до 2015 года, перемещена на сайт old.49gov.ru. Вместе с тем, территориальные сметные нормативы опубликованы на сайте old.49gov.ru с блокировкой функций печати и копирования текста, поиска по тексту. Блокирование функций поиска по тексту, печати и копирования текста ограничивает возможность использования указанных нормативов третьими лицами. С начала 2015 года информация об индексах изменения сметной стоимости и сборниках средних сметных цен Магаданской области на интернет-сайтах органов власти Магаданской области не публикуется, что ограничивает права третьих лиц на свободный доступ, получение и использование такой информации.

В целях проверки указанной информации, в августе 2015 года специалистами Магаданского УФАС России был осуществлен вход на сайт Правительства Магаданской области (<http://www.49gov.ru/>). При этом алгоритм действий по получению информации о территориальных сметных нормативах Магаданской области выглядит следующим образом: при выходе на официальный сайт Правительства Магаданской области необходимо навести курсор на ссылку в верхнем левом углу «Региональные ресурсы Магаданской области» и выбрать из предложенного выпадающего списка «Управление архитектуры и градостроительства Магаданской области», после чего осуществляется переход на официальный сайт УАиГ МО (<http://architect.49gov.ru/>). На официальном сайте УАиГ МО при наведении курсора на вкладку «Деятельность» необходимо выбрать «Ценообразование» (<http://architect.49gov.ru/activities/pricing/>). В открывшемся окне отображаются ссылки на: [Территориальные сметные нормативы](#), Индексы и тарифы, [Сборник средних сметных цен на строительные ресурсы Магаданской области](#). При нажатии на указанные ссылки открывается необходимая информация в формате PDF, которая доступна к печати.

Файлы формата PDF являются файлами семейства программ Adobe, распространяемых производителем бесплатно в информационно-телекоммуникационной сети Интернет, в отличие от распространенных текстовых редакторов, используемых на персональных компьютерах.

Программы Adobe позволяют обеспечить свободное ознакомление с файлами формата PDF в режиме реального времени и обеспечивают возможность ознакомления с их содержанием. В этой связи такой способ размещения информации как путем использования PDF формата обеспечивает достижение цели ознакомления с этой информацией и ее использования, в том числе для чтения, изучения, анализа.

PDF формат также не исключает возможности его распечатывания или сканирования. Равным образом этот тезис применим для специального вида использования - профессионального использования, поскольку PDF формат не препятствует получать сведения о конкретных сметных нормативах для их последующего использования при составлении сметной документации.

Копирование нужной информации происходит посредством функции загрузки, при открытии и печати файла проблем не возникает.

Дополнительно, на заседании комиссии от 03.12.2016, представитель УАиГ МО пояснила, что в период с конца четвертого квартала 2014 до начала первого квартала 2015 года могли быть трудности с открытием сайта УАиГ МО по независящим от Управления причинам, так как в 2014 году произошла реорганизация органов исполнительной власти Магаданской области.

Начиная с первого квартала 2014 г. по февраль 2015 г., системные администраторы Правительства Магаданской области, областных Министерств и Учреждений занимались перерегистрацией своих сайтов и переносом ранее размещенной на них информации, в том числе и ТЕР-2001 Магаданской области.

Также сообщила, что после утверждения постановлением Администрации Магаданской области от 02.12.2010 № 674-па территориальных сметных нормативов, в конце 2010 года лично разместила территориальные сметные

нормативы на сайте УАиГ МО www.arch-mgdn.ru.

В целях установления конкурентной среды на рынке услуг по разработке и реализации электронных программ по созданию сметной документации, разработке и реализации сметной документации на территории Магаданской области, Магаданским УФАС России проведен анализ данного рынка за период 2014-2015 гг.

Согласно представленной хозяйствующими субъектами информации, установлено следующее:

В МОГАУ «Управление государственной экспертизы» на проверку сдается сметная документация, составленная в соответствии с требованиями МДС 81.35-2004 «Методика определения стоимости строительной продукции на территории Российской Федерации», утвержденным постановлением Госстроя России от 05.03.2004 №15/1. Документация может представляться как на бумажном носителе, так и в электронном виде. Согласно пункту 3.32 вышеназванных требований, применение вычислительной техники и программных средств, применяемых для составления сметной документации, носит рекомендательный характер и не является обязательным для застройщиков (технических заказчиков). Однако, при анализе поступившей на проверку сметной документации, Управлением были выделены следующие электронные программы:

- ABC-4 (с 1995 г. и по настоящее время в авторский коллектив Ассоциации разработчиков системы ABC входят четыре организации: ООО Научно-Производственное Предприятие "ABC-Н", г. Новосибирск ООО "ABC-СПб", г. Санкт-Петербург-Петродворец Научно-Производственное НПОДО "Фрагмент", г. Минск ТОО "ИНКОМ", г. Алматы);
- «ГРАНД-Смета» (разработчики - группа компаний "ГРАНД" г. Москва);
- «Госстройсмета» (разработчик – ООО «Госстройсмета», г. Москва);
- «Сметный калькулятор» (разработчик - ООО "Санкт-Петербургский региональный центр по ценообразованию в строительстве»);
- «Система выпуска сметной документации А0» (группы компаний ИнфоСтрой, г. Санкт – Петербург»).

Таким образом, по результатам проведенного анализа рынка услуг по разработке и реализации электронных программ по созданию сметной документации, разработке и реализации сметной документации на территории Магаданской области, Магаданское УФАС России установило, что на территории Магаданской области отсутствуют хозяйствующие субъекты, занимающиеся разработкой и реализацией электронных программ по созданию сметной документации.

Кроме того, для выявления проблем, связанных с получением данных о [территориальных сметных нормативах](#), действующих на территории Магаданской области в период 2010-2015 года, в адрес ООО «ABC-Н» направлен запрос с просьбой предоставления следующей информации: обращалось ли Общество в период с 2010-2015 г.г. в адрес Управления архитектуры и градостроительства Магаданской области по вопросу получения информации о сметных нормативах (ТЕР-2001 Магаданской области), индексах изменения сметной стоимости,

используемых для составления сметной документации за счет средств федерального бюджета, действующих на территории области в указанный период, с целью разработки и распространения электронной сметной базы, содержанием которой являются указанные данные, и если да, то каким способом была получена информация, возникли ли трудности при ее получении и обработке.

В соответствии с письмом (вх. № 02/360 от 02.02.2016), полученным от ООО «АВС-Н», ТЕР- 2001 Магаданской области размещены в свободном доступе на официальном сайте Правительства Магаданской области - <http://architect.49gov.ru/activities/pricing/>.

С 2012 года по настоящее время ООО «АВС-Н» периодически обращается в адрес УАиГ МО по вопросу получения Сборников средних сметных цен на основанные строительные ресурсы по Магаданской области. Данные материалы размещены в свободном доступе на официальном сайте Правительства Магаданской области. Трудностей при получении информации и ее переработке в формат сметной программы не возникает.

Вместе с тем, как следует из представленных ФАС России материалов, между НО «НАСИ» и УАиГ МО был заключен договор от 26.03.2009 № СД-18/2009, в соответствии с положениями которого:

-УАиГ МО обязуется сопровождать (актуализировать) ТСНБ ТЕР-2001 (база данных новой редакции территориальной сметно-нормативной базы); по окончании работ передавать экземпляр переведенной ТСНБ ТЕР-2001 в формате программного продукта НО «НАСИ»; распространять ТСНБ ТЕР-2001 в формате и составе программных продуктов, имеющих свидетельство ФГУ «Федеральный центр ценообразования в строительстве и промышленности строительных материалов» о включении программного продукта в перечень программ, осуществляющих внедрение эталонной сметно-нормативной базы на основании договоров, заключенных с НО «НАСИ». В случае исключения программного продукта из числа перечня программ, осуществляющих внедрение эталонной базы незамедлительно прекратить тиражирование ТСНБ ТЕР-2001 в формате исключенной сметной программы;

-НО «НАСИ» взяло на себя обязательства предоставить УАиГ МО эталонную базу (федеральная эталонная сметно-нормативная база ценообразования в строительстве); оказывать содействие в регистрации ТСНБ ТЕР-2001 путем направления запросов, пояснений, получения ответов о ходе рассмотрения вопроса регистрации, проведения консультаций и предварительной автоматизированной экспертизы ТСНБ ТЕР-2001.

В соответствии с пунктом 3.2. договора от 26.03.2009 № СД-18/2009, заключенного между НО «НАСИ» и УАиГ МО, электронный вариант Базы данных территориальной сметно-нормативной базы ТСНБ ТЕР-2001 совместно принадлежит НО «НАСИ» и УАиГ МО.

В настоящее время аналогичный договор с НО «НАСИ» заключен УАиГ МО посредством акцепта публичной оферты от 03.02.2014 о заключении договора на оказание услуг по предоставлению информации и заказа на создание базы данных (новая редакция). Во исполнение данного договора УАиГ МО заключило с ООО НПП «АВС-Н» государственный контракт № АВС-ТСНБ-49-1/2014 на выполнение

работ по анализу текущего состояния действующей ТСНБ-2001 Магаданской области и сопоставлению с ФСНБ-2001 Минстроя РФ от 17.11.2014 и государственный контракт № АВС-ТСНБ-49-2/2014 на выполнение работ по формированию сметных цен на машины, материалы, перевозки грузов и формированию территориальных единичных расценок Магаданской области от 26.11.2014.

Согласно пункту 2.5 государственного контракта от 17.11.2014 № АВС-ТСНБ-49-1/2014 и пункту 2.5. государственного контракта от 26.11.2014 № АВС-ТСНБ-49-2/2014 исключительные права на любые созданные государственным заказчиком (УАиГМО) и исполнителем (ООО НПП «АВС-Н») в рамках контракта ТСНБ, являющейся производной от ФСНБ, как результаты интеллектуальной деятельности, в том числе, базы данных, извлечения из базы данных в электронной или печатной форме и пр., будут принадлежать правообладателю ФСНБ. В случаях, когда такие результаты интеллектуальной деятельности созданы с использованием ТСНБ или иных объектов интеллектуальной собственности (далее - исходный объект), права на которые принадлежат государственному заказчику совместно с третьими лицами на основании оферты и/или иных договоров и/или по иным основаниям, то права на такие результаты будут принадлежать, соответственно, правообладателю ФСНБ, государственному заказчику и его совладельцу исключительных прав на исходный объект.

При этом, под «ФСНБ» понимается база данных «Федеральная сметно-нормативная база ценообразования в строительстве ФСНБ-2001», извлечения из которой утверждены в виде государственных сметных нормативов приказом Министерства строительства и жилищно-коммунального хозяйства Российской Федерации от 30.01.2014 № 31/пр (в ред. приказа Минстроя России от 07.02.2014 № 39/пр). Правообладателем ФСНБ является некоммерческая организация «Национальная ассоциация сметного ценообразования и стоимостного инжиниринга» (свидетельство о государственной регистрации базы данных № 2013621288 от 01.10.2013). Под «ТСНБ» понимается База данных, содержащая территориальные сметные нормативы. ТСНБ является производением, производным от ФСНБ, и является результатом интеллектуальной деятельности, созданным и/или актуализированным Сторонами на основании заключенного договора на оказание услуг по предоставлению информации и заказа на создание ТСНБ.

Как следует из положений пункта 27 Порядка разработки и утверждения нормативов в области сметного нормирования и ценообразования в сфере градостроительной деятельности, утвержденного приказом Минрегиона России № 44 от 11.04.2008 (действовал до 30.03.2013), проекты территориальных сметных нормативов должны быть разработаны в соответствии с государственными сметными нормативами.

Согласно действующему Порядку разработки сметных нормативов, подлежащих применению при определении сметной стоимости объектов капитального строительства, строительство которых финансируется с привлечением средств федерального бюджета, утвержденному приказом Госстроя России №75/ГС от 04.12.2012, разработка проектов сметных нормативов осуществляется в соответствии с действующими нормативными и методическими документами, внесенными в Федеральный реестр сметных нормативов (пункт 3 Порядка), то есть,

в том числе в соответствии с государственными сметными нормативами.

Как указывает ФАС России в письме от 23.04.2015 № КА/19914/15 (вх. № 02/1248 от 06.05.2015), согласно вышеуказанным договорам УАиГ МО для разработки территориальных сметных нормативов использует базу данных НО «НАСИ», содержащую государственные сметные нормативы, а не сами государственные сметные нормативы, утвержденные Минстроем России. Вследствие этого совладельцем исключительных прав на территориальную сметно-нормативную базу Магаданской области (территориальные сметные нормативы) наряду с УАиГ МО фактически становится НО «НАСИ». Дальнейшее распространение территориальных сметных нормативов Магаданской области должно будет осуществляться по согласованию с НО «НАСИ», что влечет за собой ограничение возможности свободного использования данной информации третьими лицами и, как следствие, ограничение конкуренции на рынках компьютерных сметных программ и составления проектно-сметной документации.

Территориальные сметные нормативы Магаданской области являются официальной информацией и служат для определения сметной стоимости строительства на объектах, финансируемых за счет бюджетных средств Российской Федерации и Магаданской области. Доступ к ним не должен быть ограничен.

Для составления сметной документации на объекты капитального строительства, финансируемые за счет бюджетных средств, специалисту-сметчику обязательно необходимы следующие компоненты: сметные нормативы; индексы пересчета сметной стоимости; средние сметные цены (текущие цены).

На сегодняшний день процесс составления сметной документации является автоматизированным, для чего активно используются компьютерные программы по созданию строительной сметной документации.

Сметная программа представляет собой многофункциональный «калькулятор», а сметные нормативы, индексы изменения сметной стоимости и средние сметные цены используются в качестве наполнения программы. Поскольку сметные нормативы представляют собой объемные по содержанию документы и, как правило, изначально формируются в форме таблиц, в составе сметных программ эта информация используется в форме электронных баз данных.

Таким образом, сметные нормативы, индексы пересчета сметной стоимости и средние сметные цены являются основным ресурсом для входа на рынок разработки и реализации компьютерных программ по созданию строительной сметной документации и на рынок разработки и реализации строительной проектно-сметной документации, поскольку они необходимы для составления сметной документации, а сметная программа является дополнительным компонентом для доступа на товарный рынок разработки и реализации строительной проектно - сметной документации.

Статьей 16 Федерального закона от 26.07.2006 № 135-ФЗ «О защите конкуренции» (далее - Закон о защите конкуренции) установлен запрет на ограничивающие конкуренцию соглашения или согласованные действия органов государственной власти субъектов Российской Федерации. Запрещаются соглашения между органами государственной власти субъектов Российской Федерации с

хозяйствующими субъектами, либо осуществление этими органами и организациями согласованных действий, если такие соглашения или такое осуществление согласованных действий приводят или могут привести к недопущению, ограничению, устранению конкуренции.

Следовательно, указанные соглашения, по мнению ФАС России, могли привести к ограничению доступа к территориальным сметным нормативам на рынке компьютерных сметных программ и рынке составления проектно-сметной документации.

На заседании комиссии от 03.02.2016 представители ответчика с указанным нарушением не согласились, пояснив при этом следующее.

В соответствии с п. 3.19. Положения об управлении архитектуры и градостроительства Магаданской области, утверждённого постановлением Правительства Магаданской области от 09.01.2014 № 6-пп, УАиГ МО организует разработку, проводит рассмотрение и готовит для утверждения сборники территориальных сметных нормативов.

В рамках организации разработки территориальных сметных нормативов в соответствии с государственными сметными нормативами, утвержденными Приказом Минстроя России от 30 января 2014 г. № 31/пр «О введении в действие новых государственных сметных нормативов», с последующим направлением в Минстрой России для внесения в федеральный реестр сметных нормативов (письмо Минстроя России от 28.02.2014 № 3086-ЕС/08 «О приведении территориальных сметных нормативов в соответствие с государственными сметными нормативами»), УАиГ МО заключило договор (посредством акцепта публичной оферты) с НО «НАСИ» (обладателем исключительных прав на объект интеллектуальной собственности - базу данных «Федеральная сметно-нормативная база ценообразования в строительстве ФСНБ-2001», что подтверждается свидетельством о государственной регистрации базы данных № 2013621288 от 01.10.2013г.), предметом которого является доступ к эталонной базе данных или отдельным базам данных (в объеме, согласно перечню, указанному на Интернет-ресурсе НО «НАСИ»), с целью их использования исключительно для формирования итоговой базы данных, выходных форм, печатных макетов и ТСНБ, на условиях, посредством предоставления доступа к функционалу программного продукта, позволяющему производить привязку эталонной базы данных к расчету итоговой базы данных в соответствии с региональными особенностями ценообразования, создавать заявки на добавление новых нормативов или их корректировку, импортировать информацию посредством электронного формата, формировать выходные формы, печатные макеты и ТСНБ.

В настоящее время ведётся разработка новой редакции территориальных сметных нормативов Магаданской области (далее - ТСН). По окончании разработки ТСН они будут направлены на утверждение в Минстрой России в порядке, предусмотренном п. 20 Приказа Госстроя от 04.12.2012 № 75/ГС «Об утверждении Порядка разработки сметных нормативов, подлежащих применению при определении сметной стоимости объектов капитального строительства, строительство которых финансируется с привлечением средств федерального бюджета».

Разработку территориальной сметно-нормативной базы осуществить по

государственным сметным нормативам, утвержденным Минстроем России невозможно, так как они представляют собой огромный массив документов в электронном формате PDF.

Между тем, разработка ТСНБ осуществляется на основании ФСНБ. Нормативы ФСНБ отражены в федеральном реестре сметных нормативов и включают в себя ГЭСН и ФЕР, на основании которых происходит разработка ТСНБ.

Для разработки ТСНБ используются различные программные комплексы, в состав которых входит ФСНБ в формате программного комплекса. Правообладателем ФСНБ является некоммерческая организация «Национальная ассоциация сметного ценообразования и стоимостного инжиниринга». В связи с этим, заключить контракт с разработчиком программного комплекса для разработки ТСНБ без предварительного заключения публичной оферты невозможно. Поэтому, УАиГ МО было вынуждено согласиться на заключение публичной оферты. Другого варианта получить ФСНБ в электронном формате для разработки ТСНБ не было.

Помимо этого, исключительные права на территориальную сметно-нормативную базу Магаданской области возникнут только после разработки и утверждения ТСНБ в установленном порядке. Однако, в настоящее время разработка новой редакции ТСНБ Магаданской области не окончена и готовой базы не существует.

В связи с тем, что итоговая база данных на сегодняшний день ещё не создана УАиГ МО, акт о создании объекта интеллектуальной собственности не составлялся и не подписывался сторонами оферты.

Соглашений в рамках п. 5.9. публичной оферты от 03.02.2014, регламентирующих порядок использования Выходных Форм с целью доведения Итоговой Базы Данных до потребителя, между НО «НАСИ» и УАиГ МО не заключалось.

На сегодняшний день на территории Магаданской области действуют территориальные сметные нормативы, утверждённые Постановлением администрации Магаданской области от 02.12.2010 № 674-па «Об утверждении территориальных сметных нормативов». Указанные нормативы размещены на официальном сайте правительства Магаданской области по адресу <http://architect.49gov.ru/activities/pricing> и доступны для использования неограниченному кругу лиц.

С учётом того, что ТСН утверждаются приказом Минстроя России, т.е. нормативным правовым актом, подлежат официальному опубликованию и находятся в свободном доступе для неограниченного круга лиц, представители УАиГ МО полагают, что договор, заключённый между УАиГ МО и НО «НАСИ» не является соглашением, которое приводит или может привести к недопущению, ограничению, устранению конкуренции, так как разработчики проектной документации (в том числе сметных разделов проектной документации) имеют возможность пользоваться ТСН без каких-либо ограничений.

Также Комиссией учтена правовая позиция НО «НАСИ», которая сформирована с учетом имеющихся в деле материалов и процессуальных документов (вх. 02/367 от 03.02.2016).

Так, из пояснений НО «НАСИ» следует, что для применения статьи 16 Закона о защите конкуренции необходимо установление предусмотренного данной статьей специального юридического состава, обязательным элементом которого будет являться наличие соглашения и антиконкурентных последствий в совокупности.

С учетом юридического состава правонарушения, установленного статьей 16 Закона о защите конкуренции, НО «НАСИ» полагает, что в рассматриваемых Комиссией действиях (бездействии) отсутствует само нарушение статьи 16 Закона о защите конкуренции в связи со следующим.

Для правового анализа рассматриваемых действий (бездействия) с точки зрения статьи 16 Закона о защите конкуренции необходимо, в первую очередь, исходить из правовой природы территориальных сметных нормативов, а также правовой природы баз данных как объекта исключительных прав.

Реализация сделкоспособности РФ, субъектов РФ осуществляется в соответствии с требованиями специальных законов, регулирующих порядок размещения государственного (муниципального) заказа и заключения государственного контракта по итогам его размещения.

Особенностями действовавшего в период спорных отношений Федерального закона № 94-ФЗ «О размещении заказов на поставки товаров, выполнение работ, оказание услуг для государственных и муниципальных нужд» являлось требование об определении начальной (максимальной) цены контракта (лота) заказчиком - то есть РФ, субъектом РФ как распределителями бюджетных средств (ст.ст. 22, 34, 41.6 Федерального закона № 94-ФЗ). При этом указанный Федеральный закон закреплял обязанность заказчика по ее обоснованию (ст.19.1 Федерального закона № 94-ФЗ).

В соответствии с п. 1 и п.4 ст. 19.1. Закона № 94-ФЗ для установления начальной (максимальной) цены контракта (цены лота) источниками информации о ценах товаров, работ, услуг, являющихся предметом заказа, могут быть данные государственной статистической отчетности, официальный сайт, реестр контрактов, информация о ценах производителей, общедоступные результаты изучения рынка, исследования рынка, проведенные по инициативе заказчика, уполномоченного органа, в том числе по контракту или гражданско-правовому договору, и иные источники информации. Заказчик, уполномоченный орган вправе осуществить свои расчеты начальной (максимальной) цены контракта (цены лота).

Аналогичные по существу положения содержит ст.22 Закона от 05 апреля 2013 года №44-ФЗ «О контрактной системе в сфере закупок товаров, работ, услуг для обеспечения государственных и муниципальных нужд».

Согласно Письмам Министерства регионального развития РФ от 01.07.2009 № 20223-ИП/08, от 03.05.2011 № 8628-08/ИП-ОГ «Об определении цены государственного или муниципального контракта» начальную (максимальную) цену конкурса (аукциона) рекомендуется определять базисноиндексным способом с применением показателей сметной стоимости (сметных нормативов), сообщаемых Министерством регионального развития РФ, действовавших на момент объявления торгов и прогнозных средневзвешенных (в целом по Российской Федерации) индексов-дефляторов, устанавливаемых Министерством

экономического развития Российской Федерации, или прогнозных индексов изменения стоимости строительства по субъектам Российской Федерации, сообщаемых Министерством регионального развития РФ.

В соответствии с Постановлением Правительства РФ от 18 мая 2009 г. №427, Приказами Федерального агентства по строительству и жилищно-коммунальному хозяйству от 04 декабря 2012 г., от 05 февраля 2013 г. в качестве указанных сметных нормативов при определении заказчиком сметной стоимости строительства, реконструкции, капитального ремонта, стоимости проектно-изыскательских работ, финансируемых с привлечением средств федерального бюджета используются действующие сметные нормативы, внесенные в Федеральный реестр сметных нормативов Министерством регионального развития, поскольку данные нормативы проверены Министерством и наиболее адекватно отражают количественные и (или) стоимостные показатели финансовых и материальных ресурсов (без их необоснованного завышения).

Таким образом, сметные нормативы, включенные в федеральный реестр сметных нормативов, являются одним из источников, наряду с индексами-дефляторами, для определения максимальной (начальной) цены государственного контракта, поскольку признаны публично-правовым образованием как заказчиком по контракту наиболее адекватно отражающими количественные и стоимостные показатели финансовых и материальных ресурсов, подлежащих приобретению за бюджетные средства в конкретный момент времени (размещения заказа).

Иными словами, данные сметные нормативы представляют собой один из элементов механизма формирования начальной (максимальной) цены предложения со стороны публично-правового образования как заказчика контракта иным участникам рынка при формулировании заказчиком условий оферты на заключение договора о размещении заказов по поставке товаров, выполнению работ, оказанию услуг за бюджетные средства.

По указанной причине сметные нормативы, включенные в федеральный реестр, не обладают какой-либо нормативной обязательностью или нормативной официальностью, не рассчитаны на применение неопределенным кругом лиц, не содержат в себе властных предписаний индивидуальной, либо коллективной направленности, оформленных в установленном (официальном) порядке.

Исходя из принципа свободы договора, в том числе и при формулировании цены договора, сметные нормативы как включенные, так и не включенные в федеральный реестр, могут также при наличии соответствующего волеизъявления свободно использоваться в имущественных отношениях лиц, не являющихся публично-правовыми образованиями и не использующих бюджетные средства в своих расчетах.

В дальнейшем, при заключении государственного (муниципального) контракта и достижении договоренности о выполнении работы за определенную цену, цена договора, определенная на основании этих нормативов, становится условием договора и в качестве условия договора подлежит исполнению сторонами (становится для сторон обязательной как условие договора).

В соответствии с п.30 Постановления Правительства РФ №87 от 16.02.2008 г. «О составе разделов проектной документации и требованиях к их содержанию»

применение сметных нормативов, включенных в реестр, осуществляется при составлении сметной документации на строительство объектов с привлечением средств бюджета публично-правового образования. При этом в силу п.5 ст.48 ГК РФ лицом, осуществляющим подготовку проектной документации, является застройщик или привлекаемое им лицо. Застройщиком, согласно п.16 ст.1 ГК РФ, является лицо, которому при осуществлении бюджетных инвестиций публично-правовые образования передали свои полномочия государственного (муниципального) заказчика.

Таким образом, применение при составлении сметной документации включенных в реестр сметных нормативов обусловлено не их обязательностью для неопределенного круга лиц в нормативном аспекте, а изначальным использованием этих нормативов в качестве источника достоверной информации о состоянии цен при размещении государственного или муниципального заказа. При этом использование данных нормативов для целей определения цены осуществляется самим публично-правовым образованием как субъектом соответствующих гражданских правоотношений по заключению договора или другими лицами, которым это право делегировано публично-правовым образованием через передачу полномочий государственного (муниципального) заказчика.

Исходя из изложенной правовой природы сметных нормативов, ни одно лицо, в том числе публично-правовые образования, не могут быть обладателями прав на сметные нормативы. Этот вывод подтверждается также и положениями ГК РФ, который не устанавливает особый правовой режим сметных нормативов как самостоятельных объектов правоотношения, а также не позволяет отнести их ни к установленным объектам правоотношений вообще ни к объектам исключительных прав в частности.

В силу п.2 ст.1260 ГК РФ базой данных является представленная в объективной форме совокупность самостоятельных материалов (статей, расчетов, нормативных актов, судебных решений и иных подобных материалов), систематизированных таким образом, чтобы эти материалы могли быть найдены и обработаны с помощью электронной вычислительной машины (ЭВМ). Согласно п.2 ст.1260 ГК РФ база данных является одной из форм составного произведения.

Таким образом, из п.2 ст.1260 ГК РФ следует, что содержимым базы данных может являться совокупность любых материалов, в том числе материалов официального и нормативного характера (нормативные акты, судебные решения, сметные нормативы как результаты расчета и пр.).

Как указывает Ответчик, НО «НАСИ» никогда не заявляла о наличии у него каких-либо прав на сметные нормативы. Кроме того, Ответчик никогда не осуществлял собственно распространение сметных нормативов. Наличие у НО «НАСИ» исключительных прав на некоторые из баз данных не свидетельствует о «приватизации» сметных нормативов и не означает невозможность свободного их использования даже в ситуации, когда данные нормативы входят в состав охраноспособных баз данных.

Кроме того, необходимо также принять во внимание, что иные лица - участники товарного рынка разработки и реализации компьютерных программ по созданию строительной сметной документации также являются обладателями баз данных рассматриваемых территориальных сметных нормативов (к примеру, ООО

«Центр гранд», ООО «ИНАС +», ООО «Адепт» и т.д.).

Таким образом, получение прав на сметные нормативы или иного исключительного положения через создание составных произведений (сборников, баз данных) с правовой точки зрения не является возможным, поскольку наличие составного произведения, в том числе в форме базы данных, не препятствует использованию в любой форме и виде материала, составляющего его содержание.

Территориальные сметные нормативы были опубликованы в открытых источниках на официальном сайте органа государственной власти Магаданской области <http://architect.49gov.ru/activities/pricing/>, с возможностью печати и копирования.

Кроме того, территориальные сметные нормативы также представлены в иных программных комплексах, к примеру: ПК «РИК», «Смета - Багира», «АВС-Н», «Адепт: Управление строительством» и т.д.). Иными словами, в данном случае существовал плюрализм источников сметных нормативов.

Таким образом, с учетом изложенных обстоятельств, нарушение статьи 16 Закона о защите конкуренции путем заключения антиконкурентного соглашения в данном случае не представляется возможным, в том числе исходя из правовой природы сметных нормативов и баз данных как объекта исключительных прав, объективного существования плюрализма источников сметных нормативов, а также нормативно установленного порядка их разработки.

Поскольку само существование антиконкурентного соглашения, запрещенного статьей 16 Закона, в данном случае исключалось, представляется невозможным также наличие каких-либо антиконкурентных последствий, обусловленных действиями ответчиков.

На основании вышеизложенного, выслушав объяснения лиц, участвующих в рассмотрении дела, полно и всесторонне изучив материалы дела, Комиссия соглашается с доводами ответчиков и приходит к выводу, что действиях Управления архитектуры и градостроительства Магаданской области и Некоммерческой организации «Национальная ассоциация сметного ценообразования и стоимостного инжиниринга» отсутствует нарушение статьи 16 Закона о защите конкуренции.

Руководствуясь статьей 23, частью 1 статьи 39, частями 2-3.4 статьи 41, пунктом 1 части 1 статьи 48, частью 1 статьи 49 Федерального закона от 26.07.2006 № 135-ФЗ «О защите конкуренции», Комиссия Магаданского УФАС России по рассмотрению дела о нарушении антимонопольного законодательства

РЕШИЛА:

Прекратить рассмотрение дела № 02-9/10-2015, возбужденного в отношении Управления архитектуры и градостроительства Магаданской области (ИНН 4909001672, юр. адрес: 685000, г. Магадан, ул. Портовая, 8) и Некоммерческой организации «Национальная ассоциация сметного ценообразования и стоимостного инжиниринга» (ИНН 7736243407, юр. адрес: 119311, г. Москва, ул. Строителей, д. 6, корп. 4) по признакам нарушения **статьи 16 Федерального закона от 26.07.2006 № 135-ФЗ «О защите конкуренции»**, выразившегося в заключении соглашения (посредством акцепта публичной Оферты от 03.02.2014 о заключении

договора на оказание услуг по предоставлению информации и заказа на создание базы данных), ограничивающего доступ хозяйствующих субъектов к территориальным сметным нормативам на рынках разработки компьютерных программ по созданию строительной сметной документации и разработки строительной проектно-сметной документации, в связи с отсутствием нарушения антимонопольного законодательства.

Председатель Комиссии

<...>

Члены Комиссии

<...>

Решение может быть обжаловано в арбитражный суд в течение трех месяцев со дня его принятия, а также в коллегиальный орган федерального антимонопольного органа.