

РЕШЕНИЕ

по делу № 1-15-112/00-04-15

Резолютивная часть оглашена 23.05.2016

В полном объеме изготовлено 06.06.2016

г. Москва

Комиссия Федеральной антимонопольной службы по рассмотрению дела о нарушении антимонопольного законодательства (далее - Комиссия) в составе:

<...>,

рассмотрев дело № 1-15-112/00-04-15 по признакам нарушения Комитетом города Москвы по ценовой политике в строительстве и государственной экспертизе проектов (Москомэкспертиза) части 1 статьи 15 Федерального закона от 26.07.2006 № 135-ФЗ «О защите конкуренции» (далее — Закон о защите конкуренции), выразившегося в действиях (бездействии) Москомэкспертизы по несвоевременному и неполному опубликованию территориальных сметных нормативов для города Москвы,

в присутствии

представителя Москомэкспертизы <...> (доверенность от 26.10.2015 б/н),

УСТАНОВИЛА:

На основании приказа ФАС России от 24.04.2015

№ 307/15 была проведена внеплановая проверка Комитета города Москвы по ценовой политике в строительстве и государственной экспертизе проектов (далее – Москомэкспертиза) на соответствие антимонопольному законодательству действий при утверждении (проверке, разработке, распространении) сметных нормативов для реализации ценовой политики Правительства Москвы при определении сметной стоимости строительства.

По итогам проверки был составлен акт от 28.05.2015 № 259.

В соответствии с Положением о Москомэкспертизе города Москвы по ценовой политике в строительстве и государственной экспертизе проектов, утвержденным постановлением Правительства Москвы от 24.02.2011 № 48-ПП (далее — Положение о Москомэкспертизе) Москомэкспертиза является функциональным органом исполнительной власти города Москвы, осуществляющим функции по выработке государственной политики и нормативно-правовому регулированию в сфере сметного нормирования и ценообразования в градостроительном

проектировании, проектировании и строительстве объектов государственного заказа города Москвы, проведению проверки достоверности определения сметной стоимости объектов капитального строительства, строительство или реконструкция которых финансируется полностью или частично за счет средств бюджета города Москвы, организации и проведению государственной экспертизы проектной документации и результатов инженерных изысканий (далее - установленная сфера деятельности).

В соответствии с Положением Москомэкспертиза:

- разрабатывает и вносит в установленном порядке на рассмотрение Мэра Москвы и Правительства Москвы проекты законов города Москвы, правовых актов Мэра Москвы и Правительства Москвы по вопросам, относящимся к установленной сфере деятельности Москомэкспертизы в том числе о переходе на использование новой сметно-нормативной базы при определении сметной стоимости строительства объектов государственного заказа города Москвы;

- на основании и во исполнение федеральных законов, иных нормативных правовых актов Российской Федерации, Устава города Москвы, законов города Москвы, иных правовых актов города Москвы самостоятельно принимает, изменяет, отменяет решения в установленной сфере деятельности в отношении объектов государственного заказа города Москвы, в том числе о порядке разработки, ввода в действие, внесения изменений и отмены территориальных сметных нормативов, единичных расценок и укрупненных показателей стоимости строительства на строительно-монтажные, ремонтно-строительные, пусконаладочные, проектно-изыскательские и другие работы, служащих основанием для определения сметной стоимости строительства объектов;

- осуществляет региональный государственный контроль за соблюдением градостроительного законодательства Российской Федерации подведомственными учреждениями в установленной сфере деятельности;

- осуществляет полномочия по согласованию специальных технических условий для подготовки проектной документации объектов капитального строительства, включая объекты метрополитена, при строительстве, реконструкции которых государственный строительный надзор осуществляется органом исполнительной власти города Москвы, переданные в соответствии с Соглашением между Министерством строительства и жилищно-коммунального хозяйства Российской Федерации и Правительством Москвы о передаче Правительству Москвы осуществления части своих полномочий по согласованию в установленном порядке специальных технических условий для подготовки проектной документации объектов капитального строительства.

Согласно пункту 7.4 Положения Москомэкспертиза является собственником действующей на территории города Москвы сметно-нормативной базы ТСН-2001, автоматизированной информационной системы «Экспертиза проектов», других информационных ресурсов и систем, приобретенных Москомэкспертиза в результате выполнения функции государственного заказчика.

Вместе с тем, согласно Свидетельству о государственной регистрации базы данных № 2008620263 правообладателем Территориальных сметных нормативов для Москвы (ТСН-2001) является ОАО Московский центр ценообразования в

строительстве «Мосстройцены». Зарегистрировано в Реестре баз данных 30.06.2008.

Согласно разделу II постановления Госстроя России от 05.03.2004 № 15/1 «Об утверждении и введении в действие Методики определения стоимости строительной продукции на территории Российской Федерации» (далее — Постановление № 15/1) действующая система ценообразования и сметного нормирования в строительстве включает в себя государственные сметные нормативы и другие сметные нормативные документы (в дальнейшем именуются - сметные нормативы), необходимые для определения сметной стоимости строительства.

Сметные нормативы - это обобщенное название комплекса сметных норм, расценок и цен, объединяемых в отдельные сборники. Вместе с правилами и положениями, содержащими в себе необходимые требования, они служат основой для определения сметной стоимости строительства.

В соответствии с пунктом 2.2 Постановления № 15/1 под сметной нормой рассматривается совокупность ресурсов (затрат труда работников строительства, времени работы строительных машин, потребности в материалах, изделиях и конструкциях и т.п.), установленных на принятый измеритель строительных, монтажных или других работ.

Главной функцией сметных норм является определение нормативного количества ресурсов, минимально необходимых и достаточных для выполнения соответствующего вида работ, как основы для последующего перехода к стоимостным показателям.

Согласно пункту 2.3 Постановления № 15/1 к территориальным сметным нормативам относятся сметные нормативы, введенные для строительства, осуществляемого на территории соответствующего субъекта Российской Федерации.

Территориальные сметные нормативы предназначены для организаций, осуществляющих строительство или капитальный ремонт на территории соответствующего субъекта Российской Федерации, независимо от их ведомственной подчиненности и источников финансирования выполняемых работ.

Таким образом, согласно Постановлению № 15/1 в компетенцию Москомэкспертизы входят вопросы, регулирующие разработку, ввод в действие, внесение изменений и отмены ТСН.

В городе Москве разработка территориальных сметных нормативов осуществляется в соответствии со следующими нормативными правовыми актами:

- - постановление Правительства Москвы от 14.11.2006 № 900-ПП «О порядке перехода на определение сметной стоимости строительства объектов в городе Москве с применением территориальных сметных нормативов в уровне цен по состоянию на 1 января 2 000 года»;
 - распоряжение Департамента экономической политики и развития

города Москвы от 10.03.2009 № 6-р, п. 1.7 «Об утверждении Положения по разработке расценок на работы и услуги, выполняемые подрядным способом, в городе Москве»;

- методические указания по расчету сметных цен эксплуатации строительных машин, работающих на строительстве объектов г. Москвы, рекомендованных к применению протоколом РМК по ценовой и тарифной политике при Правительстве Москвы от 17.10.2000 № 25;
- приказ Москомэкспертизы от 27.04.2011 № 5 «О порядке разработки, согласования и утверждения технологических карт в строительстве, предназначенных для разработки территориальных сметных норм и единичных расценок»;
- приказ Москомэкспертизы от 09.12.2011 № 52 «О порядке разработки укрупненных показателей стоимости строительства объектов для города Москвы»;
- приказ Москомэкспертизы от 09.07.2013 № 37 «Регламент взаимодействия Москомэкспертиза города Москвы по ценовой политике в строительстве и государственной экспертизе проектов и Государственного бюджетного учреждения города Москвы «Научно-исследовательский аналитический центр» при разработке, рассмотрении, доработке и введении в действие нормативно-методических документов по ценообразованию в градостроительном проектировании и в проектировании объектов строительства на территории города Москвы, выполняемых в рамках государственного задания».

В соответствии со статьёй 14 Федерального закона от 25.02.1999 № 39-ФЗ «Об инвестиционной деятельности в Российской Федерации, осуществляемой в форме капитальных вложений» сметная стоимость инвестиционных проектов, финансирование которых планируется осуществлять полностью или частично за счет средств федерального бюджета, бюджетов субъектов Российской Федерации, местных бюджетов, подлежит проверке на предмет достоверности использования направляемых на капитальные вложения средств соответствующих бюджетов в порядке, установленном соответственно нормативными правовыми актами Правительства Российской Федерации, нормативными правовыми актами субъектов Российской Федерации, муниципальными правовыми актами.

Процесс составления сметной документации является автоматизированным, для чего активно используются компьютерные программы по созданию строительной сметной документации (далее также – сметные программы, программные комплексы, автоматизированные программные комплексы для расчета сметной документации).

Исходя из материалов проверки 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 объёмные 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.

Разработанные в соответствии с заключенными государственными контрактами единичные расценки утверждаются приказами Москомэкспертизы в составе дополнений к территориальной сметно-нормативной базе ТСН-2001 ежеквартально и размещаются в открытом доступе на официальном сайте Москомэкспертизы mke.mos.ru и на справочно-информационном портале norma.mos.ru.

Согласно части 1 статьи 13 Федерального закона от 09.02.2009 № 8-ФЗ «Об обеспечении доступа к информации о деятельности государственных органов и органов местного самоуправления» информация о деятельности государственных органов и органов местного самоуправления, размещаемая указанными органами в сети «Интернет», в зависимости от сферы деятельности государственного органа, органа местного самоуправления содержит также информацию о нормотворческой деятельности государственного органа, в том числе нормативные правовые акты, изданные государственным органом, включая сведения о внесении в них изменений, признании их утратившими силу, признании их судом недействующими.

Комиссия установила, что на странице <http://mke.mos.ru/tsn-2001/index.php> сайта Москомэкспертизы в сети «Интернет» размещена информация о ТСН-2001.

Размещенные на сайте Москомэкспертизы отсканированные копии Сборников дополнений к Территориальным сметным нормативам ТСН-2001, разработанные ОАО МЦЦС «Мосстройцены», на страницах с издательскими данными на момент проверки содержали информацию о том, что они утверждены и введены в действие соответствующими приказами Москомэкспертизы и не могут быть полностью или частично воспроизведены, тиражированы и распространены без письменного разрешения ОАО МЦЦС «Мосстройцены». Для приобретения сборников дополнений рекомендовалось обращаться по адресу: 127473, Москва, ул. Самотечная, дом 5, МЦЦС «Мосстройцены» тел./факс (495) 502-10-32,502.

Например, в размещенном на официальном сайте Москомэкспертизы Сборнике дополнений № 27 было указано, что данный сборник не может быть полностью или частично воспроизведен, тиражирован и распространен без письменного разрешения ОАО МЦЦС «Мосстройцены».

Аналогичный запрет на полное или частичное воспроизведение, тиражирование и распространение без письменного разрешения ОАО МЦЦС «Мосстройцены» был установлен в Сборниках дополнений №№ 28, 29, 30, 31, 32, 33, 34.

Кроме того, в Сборниках дополнений №№ 30, 31, 32, 33, 34 был указан знак охраны авторского права: © ОАО МЦЦС «Мосстройцены», 2014.

Комиссией установлено, что при затруднении доступа к нормативам, единственным источником информации становится правообладатель проекта нормативов – базы данных, содержащей сметные нормативы. В случае если правообладателем такой базы данных является хозяйствующий субъект, все пользователи информации вынуждены обращаться за текстом обязательных к применению сметных нормативов к такому хозяйствующему субъекту.

В соответствии со статьей 1271 ГК РФ правообладатель для оповещения о принадлежащем ему исключительном праве на произведение вправе использовать знак охраны авторского права, который помещается на каждом экземпляре произведения и состоит из следующих элементов:

- латинской буквы «С» в окружности;
- имени или наименования правообладателя;
- года первого опубликования произведения.

Таким образом, на территориальные сметные нормативы, утвержденные и введенные в действие приказами Москомэкспертизы и являющимися частью нормативного правового акта, были установлены авторские права ОАО МЦЦС «Мосстройцены».

Из полученных в ходе проведения проверки пояснений Москомэкспертизы установлено, что до конца 2010 г. разработкой технологических карт, сметных норм, расценок и цен для Сборников ТСН-2001, сопровождением сметно-нормативной базы ТСН-2001 занимался Департамент экономической политики и развития г. Москвы (далее – ДЭПР).

Например, 01.10.2005 г. между ДЭПРом (инвестор), Москомэкспертизой (заказчик) и ОАО МЦЦС «Мосстройцены» (исполнитель) был заключен государственный контракт № 202«А»-ДЭПР (далее — Государственный контракт), в соответствии с которым инвестор финансировал, заказчик поручал, исполнитель принимал на себя выполнение работ по городскому заказу по теме: «Разработка территориальных сметных норм и расценок для определения стоимости строительства объектов в городе Москве в базисных ценах по состоянию на 1 января 2000 года». В соответствии с пунктом 10.4 Государственного контракта издание и реализация сборников ТСН и ТЕР-2001 находилось в исключительной компетенции инвестора и заказчика.

Инвестор и заказчик делегировали исполнителю право издания и реализации сборников ТСН и ТЕР-2001 за счет денежных средств исполнителя, при этом инвестор и заказчик обязались не передавать оригинал-макеты сборников третьим лицам без письменного согласия исполнителя.

После тиражирования Сборников исполнитель безвозмездно передавал организациям Правительства Москвы – субъектам инвестиционной деятельности печатные экземпляры по списку (п. 10.5 Государственного контракта).

Аналогичные условия содержали и другие государственные контракты на выполнение работ, связанные с функционированием сметно-нормативной базы города Москвы ТСН-2001.

В рамках рассматриваемого дела установлено, что основываясь на данных договорных отношениях, ОАО МЦЦС «Мосстройцены» оформило свидетельство о государственной регистрации базы данных № 2008620263 и при тиражировании Сборников ТСН-2001 стали проставлять на страницах с издательскими данными знак охраны авторских прав.

Постановлением Правительства Москвы от 14.11.2006 № 900-ПП с 01.12.2006 Сборники ТСН-2001 были введены в действие. Таким образом, оригинал-макеты сборников до их введения в действие постановлением Правительства Москвы от 14.11.2006 № 900-ПП являлись объектами авторских прав, а после введения их в действие, то есть после того, как им был придан статус официальных документов, оригинал-макеты сборников не могли являться объектами авторских прав.

В 2010 г. на основании постановления Правительства Москвы от 20.12.2010 № 1072-ПП в связи с реорганизацией Комитета города Москвы по государственной экспертизе проектов и ценообразования в строительстве в Комитет города Москвы по ценовой политике в строительстве и государственной экспертизе проектов на Москомэкспертизу была возложена дополнительная функция по проведению политики города Москвы в области ценообразования в строительстве объектов государственного заказа.

Согласно п.п. 4.2.9, 7.3, 7.11 Положения о Москомэкспертизе к сфере деятельности Москомэкспертизы было отнесено введение в действие территориальных сметных норм и расценок на строительно-монтажные, ремонтно-строительные, пусконаладочные работы в строительстве и укрупненных показателей стоимости строительства, применяемых при строительстве объектов государственного заказа города Москвы, формирование, ведение реестра территориальных сметных нормативов и его публикация в открытом доступе. В целях реализации своих полномочий Москомэкспертиза стала осуществлять полномочия собственника действующей на территории города Москвы сметно-нормативной базы ТСН-2001.

В течение 2011 г. отношения между Москомэкспертизой и ОАО МЦЦС «Мосстройцены» строились на основании и на условиях государственных контрактов, заключенных ДЭПром (согласно разделительной ведомости от 31.03.2011 г.).

В соответствии с пояснениями Москомэкспертизы для публикации в открытом доступе реестра ТСН за основу для сканирования были взяты изданные Сборники ТСН в печатном виде, полученные от ДЭПра. При этом среди прочих была отсканирована страница с издательскими данными с вышеуказанной информацией и со знаком охраны авторского права ОАО МЦЦС «Мосстройцены». Помимо реестра ТСН, обязательного к публикации в открытом доступе, на сайте mke.mos.ru также были размещены Сборники ТСН, при этом проверка всех страниц на наличие/отсутствие знаков охраны авторских прав не осуществлялась.

Комиссией установлено, что возможность предоставления таких полномочий Москомэкспертизой ОАО МЦЦС «Мосстройцены» не предусмотрена действующим законодательством Российской Федерации, что также подтверждается сложившейся судебной практикой.

За период с 2013-2014 гг. с ОАО МЦЦС «Мосстройцены» было заключено шесть

государственных контрактов на выполнение работ, связанных с функционированием сметно-нормативной базы города ТСН-2001:

- Государственный контракт № МКЭ-2/13 от 09.01.2013;
- Государственный контракт № МКЭ-1/13 от 09.01.2013;
- Государственный контракт № 12Р8/МКЭ-4/13 от 04.10.2013;
- Государственный контракт № 12Р8/МКЭ-5/13 от 29.10.2013;
- Государственный контракт № МКЭ-4/14 от 26.08.2014;
- Государственный контракт № МКЭ-5/14 от 10.11.2014.

Также согласно пункту 6 всех вышеуказанных государственных контрактов содержит указание на то, что право собственности на результаты работы, в каком бы то ни было виде, созданные при реализации государственных контрактов, принадлежат государственному заказчику.

При этом согласно пункту 6.1. контракта от 09.01.2013 № МКЭ-1/13 право собственности на результаты работы по теме «Сопровождение территориальной сметно-нормативной базы для Москвы ТСН-2001 в 2013 году», созданные при реализации данного контракта, принадлежит государственному заказчику. Государственный заказчик вправе самостоятельно и по своему усмотрению использовать результаты интеллектуальной деятельности.

Аналогичные пункты содержатся в контрактах от 29.10.2013 № 12Р8/МКЭ 5/13, от 10.11.2014 № МКЭ-5/14.

Невозможность установления кем-либо, в т.ч. ОАО МЦЦС «Мосстройцены», авторских прав на Сборники, подтверждена также судебной практикой (дело № А40-2066/08-27-25).

Согласно части 1 статьи 15 Закона о защите конкуренции органы государственной власти субъектов Российской Федерации запрещается принимать акты и (или) осуществлять действия (бездействие), которые приводят или могут привести к недопущению, ограничению, устранению конкуренции, за исключением предусмотренных федеральными законами случаев принятия актов и (или) осуществления таких действий (бездействия), в частности запрещаются:

- необоснованное препятствование осуществлению деятельности хозяйствующими субъектами, в том числе путем установления не предусмотренных законодательством Российской Федерации требований к товарам или к хозяйствующим субъектам;
- предоставление хозяйствующему субъекту доступа к информации в приоритетном порядке;
- создание дискриминационных условий;
- установление и (или) взимание не предусмотренных законодательством Российской Федерации платежей при предоставлении государственных или муниципальных услуг, а также услуг, которые являются необходимыми и

обязательными для предоставления государственных или муниципальных услуг.

Согласно пункту 7.6 Положения Москомэкспертизой осуществляется поддержание в актуальном состоянии методических документов и сметно- нормативной базы в связи с принятием нормативных правовых актов Российской Федерации и города Москвы.

При этом, Дополнения № 35 к территориальным сметным нормативам для Москвы, утвержденные Приказом № 41 от 10.04.2015 Москомэкспертизы, на момент проведения проверки в открытом доступе не были размещены.

Размещение сметных нормативов в форме отсканированных печатных сборников, второй лист которых содержит знак охраны авторского права ОАО МЦЦС «Мосстройцены» и указание на то, что данная информация не может быть распространена без специального разрешения, свидетельствует о том, что Москомэкспертизой обязанности по опубликованию информации не исполнялись надлежащим образом, что способствовало созданию для ОАО МЦЦС «Мосстройцены» исключительного положения по распространению указанной информации.

Сметные нормативы являются обязательной составляющей (содержанием) сметных программ. В случае отсутствия сметных нормативов в программе специалисты лишаются возможности использовать сметную программу (нет сметных нормативов – нет информации для расчетов сметной документации), а разработчики сметной программы, перестают быть участниками рынка разработки и реализации компьютерных программ по созданию строительной сметной документации.

Сметные нормативы распространяются в составе сметных программ в форме баз данных. Базы данных формируются разработчиками сметных программ в формате (структуре) своей сметной программы.

Источниками получения сметных нормативов являются органы власти, устанавливающие обязательность их применения, или разработчики сметных нормативов (правообладатели баз данных со сметными нормативами). Разработчик сметных нормативов может сформировать базу данных со сметными нормативами в формате (структуре) своей программы используя информацию, полученную от органа государственной власти, или из базы данных, предоставленной разработчиком сметных нормативов. Обязательные к применению сметные нормативы должны размещаться органами власти в открытом доступе или к ним должен быть обеспечен доступ иным образом. В случае если органы государственной власти ограничивают доступ к обязательным сметным нормативам, разработчики сметных программ и разработчики проектно-сметной документации в целях получения сметных нормативов вынуждены обращаться к негосударственным организациям — правообладателям баз данных, содержащих указанные нормативы.

Москомэкспертизой в момент проведения проверки были приняты меры по исправлению информации на сайте, а именно по удалению страниц, содержащих информацию о том, что «Сборники утверждены и введены в действие соответствующими приказами Москомэкспертизы и не могут быть полностью или частично воспроизведены, тиражированы и распространены без письменного

разрешения ОАО МЦЦС «Мосстройцены»».

В соответствии со статьей 39.1 Закона о защите конкуренции Комиссией по рассмотрению дела 1-15-112/00-04-15 выдано Предупреждение от 28.01.2016 № АЦ/4527/16 Москомэкспертизе о прекращении действий (бездействия), которые содержат признаки нарушения антимонопольного законодательства путем завершения процесса регистрации интеллектуальных прав на базу данных, содержащую сметно-нормативную базу ТСН-2001 в сфере сметного нормирования и ценообразования в градостроительном проектировании, проектировании и строительстве объектов города Москвы, в собственность города Москвы с осуществлением Москомэкспертизой полномочий собственника базы, а также путем опубликования (размещения) на официальном сайте Москомэкспертизы действующих (актуальных) сметных нормативов. Опубликование должно быть осуществлено в форме открытых данных.

Письмом Москомэкспертизы от 23.05.2016 б/н в ФАС России сообщено об исполнении предупреждения. Москомэкспертизой зарегистрирована Территориальная сметно-нормативная база для города Москвы ТСН-2001, правообладателем которой стал город Москва (свидетельство о государственной регистрации базы данных № 2016620572 от 06.05.2016). В настоящее время сметные нормативы опубликованы в формате, который позволяет осуществлять свободный поиск внутри документов, получение и передачу необходимой информации.

Руководствуясь статьей 15, статьей 23, частью 1 статьи 39, статьей 39.1, частями 1-4 статьи 41, частью 1 статьи 49 Закона о защите конкуренции, Комиссия ФАС России.

РЕШИЛА:

В связи с выполнением предупреждения Федеральной антимонопольной службы от 28.01.2016 № АЦ/4527/16 на основании части 7 статьи 39.1 Закона о защите конкуренции рассмотрение дела о нарушении антимонопольного законодательства № 1-15-112/00-04-15 в отношении Москомэкспертизы прекратить.