



АНТИМОНОПОЛЬНИЙ КОМІТЕТ УКРАЇНИ

РІШЕННЯ

16 лютого 2017 р.

Київ

№ 50-р

Про перевірку рішення адміністративної колегії Харківського обласного територіального відділення Антимонопольного комітету України від 21.04.2016 № 43-р/к у справі № 2/01-130-15

Антимонопольний комітет України, розглянувши подання Голови Антимонопольного комітету України Ю. Терентьєва від 26.09.2016 № 8-01/6523/369-зв та відповідні матеріали,

ВСТАНОВИВ:

До Антимонопольного комітету України надійшла заява товариства з обмеженою відповідальністю «Техноторг-Дон» (далі – ТОВ «Техноторг-Дон», Товариство) (м. Миколаїв, ідентифікацій код юридичної особи 31764816) від 12.07.2016 № 567 (zareestrowana в Комітеті 14.07.2016 за № 8-01/6523) (далі – Заява) про перевірку рішення адміністративної колегії Харківського обласного територіального відділення Антимонопольного комітету України від 21.04.2016 № 43-р/к у справі № 2/01-130-15 (далі – Рішення).

Розпорядженням Голови Антимонопольного комітету України від 25.07.2016 № 01/198-р Заяву прийнято до розгляду.

Розпорядженням Антимонопольного комітету України від 16.08.2016 № 19-рп зупинено виконання рішення адміністративної колегії Харківського обласного територіального відділення Антимонопольного комітету України від 21.04.2016 № 43-р/к у справі № 2/01-130-15.

У Рішенні адміністративна колегія Харківського обласного територіального відділення Антимонопольного комітету України (далі – Відділення) постановила:

«1. Визнати, що ТОВАРИСТВО З ОБМЕЖЕНОЮ ВІДПОВІДАЛЬНІСТЮ «ТЕХНОТОРГ-ДОН» та ПРИВАТНЕ ПІДПРИЄМСТВО «ВАРГА-АТ», погодивши під час участі у конкурсних торгах на закупівлю товарів «Трактори сільськогосподарські, інші (трактори) (код ДК 016:2010 – 28.30.2), проведених КОМУНАЛЬНИМ ПІДПРИЄМСТВОМ «ХАРКІВБЛАГОУСТРІЙ» у жовтні 2013 року свої конкурсні пропозиції з метою забезпечення перемоги ТОВ «ТЕХНОТОРГ-ДОН», вчинили порушення законодавства про захист економічної конкуренції, передбачене пунктом 4 частини другої статті 6, пунктом 1 статті 50 Закону України «Про захист економічної конкуренції», у вигляді антиконкурентних узгоджених дій, що стосуються спотворення результатів торгів.

2. Згідно з абзацом другим частини другої, частини шостої статті 52 Закону України «Про захист економічної конкуренції» за порушення, передбачене пунктом 1 статті 50 Закону України «Про захист економічної конкуренції», накласти на ТОВАРИСТВО З

ОБМЕЖЕНОЮ ВІДПОВІДАЛЬНІСТЮ «ТЕХНОТОРГ-ДОН» штраф у розмірі 68 000 (шістдесят вісім тисяч) гривень.

3. Згідно з абзацом другим частини другої, частини шостої статті 52 Закону України «Про захист економічної конкуренції» за порушення, передбачене пунктом 1 статті 50 Закону України «Про захист економічної конкуренції», накласти на ПРИВАТНЕ ПІДПРИЄМСТВО «ВАРГА-АТ» штраф у розмірі 68 000 (шістдесят вісім тисяч) гривень».

У Заяві зазначено, що є необґрунтованим висновок адміністративної колегії Відділення в Рішенні про те, що ТОВ «Техноторг-Дон» і приватне підприємство «Варга-АТ» (далі – Учасники) під час участі у вказаній процедурі торгів узгодили свої дії, здійснювали обмін інформацією при підготовці пропозицій конкурсних торгів, і наслідком таких дій є усунення конкуренції між учасниками торгів та спотворення їх результатів.

Схожість в оформленні документів пропозицій конкурсних торгів ТОВ «Техноторг-Дон» і ПП «Варга-АТ» є незначною і пояснюється тим, що Учасники використовували зразки таких документів, розміщені в мережі Інтернет, та не доводить узгодженість дій зазначених суб'єктів господарювання, що спростовує висновки в Рішенні про факти узгодження та координації дій Учасниками під час участі у торгах.

У зв'язку з наведеним ТОВ «Техноторг-Дон» вважає, що висновок адміністративної колегії Відділення в Рішенні про порушення законодавства про захист економічної конкуренції у вигляді антиконкурентних узгоджених дій, які стосуються спотворення результатів торгів, не відповідає дійсним обставинам справи, просить скасувати Рішення та припинити провадження у справі.

На підставі аналізу Рішення та матеріалів справи встановлено наступне.

Комунальне підприємство «Харківблагоустрій» (далі – Замовник) із застосуванням процедури відкритих торгів проводило закупівлю «Трактори сільськогосподарські, інші (трактори), код Державного класифікатора продукції та послуг – 28.30.2» (далі – Торги), дата оприлюднення і номер оголошення про проведення процедури закупівлі, опублікованого в державному офіційному друкованому виданні з питань державних закупівель – 02.09.2013 ІБ ВДЗ № 69, оголошення № 164673, та відповідно до Закону України «Про здійснення державних закупівель» від 10.06.2010 № 2289-VI (далі – Закон № 2289-VI), що був чинним на час проведення вказаної процедури закупівлі, Замовником оприлюднено документацію конкурсних торгів (далі – ДКТ).

Згідно з поясненнями Замовника, Учасники не надавали документів щодо Торгів в електронній формі; наради, консультації, збори з Учасниками не проводились; протягом проведення вказаної процедури закупівлі звернення (скарги) щодо Торгів до Замовника не надходили.

Участь у Торгах 22.10.2013 взяли лише ТОВ «Техноторг-Дон» і ПП «Варга-АТ». Переможцем за результатами цієї процедури закупівлі визнано ТОВ «Техноторг-Дон», і Замовником укладено з ним договір про закупівлю за державні кошти № 65 від 12.11.2013.

У Рішенні адміністративною колегією Відділення за результатами аналізу документів, наданих Учасниками у складі пропозицій конкурсних торгів (далі – ПКТ), зроблено висновок, що наявність спільних особливостей в оформленні, структурі, текстовому змісті ПКТ Учасників, відносин контролю між ними; також аналіз цін ПКТ вказують у своїй сукупності на те, що ТОВ «Техноторг-Дон» і ПП «Варга-АТ» на стадії підготовки ПКТ були обізнані щодо конкурсних пропозицій один одного, а ПП «Варга-АТ» брало участь у Торгах як технічний учасник для забезпечення ТОВ «Техноторг-Дон» перемоги в Торгах.

Так, адміністративною колегією Відділення за результатами аналізу документів, наданих Учасниками у складі ПКТ, встановлено нехарактерну схожість та тотожність в оформленні, структурі та змісті документів, на підставі чого було прийнято Рішення.

Згідно з пунктом 1 розділу III ДКТ, яким визначено порядок підготовки пропозицій конкурсних торгів, ПКТ подається в письмовій формі за підписом уповноваженої посадової особи учасника, прошита, пронумерована та скріплена печаткою в запечатаному конверті. На конверті повинно бути зазначено: повне найменування і місцезнаходження замовника; назва предмета закупівлі відповідно до оголошення про проведення відкритих торгів: Трактори сільськогосподарські, інші (трактори), код Державного класифікатора продукції та послуг – 28.30.2; повне найменування (прізвище, ім'я, по батькові) учасника процедури закупівлі; його місцезнаходження (місце проживання), ідентифікаційний код ЄДРПОУ, номери контактних телефонів; маркування: «Не відкривати до 14³⁰ 02.10.2013 року». У ДКТ Замовником не визначено зразок оформлення конверта ПКТ.

Адміністративною колегією Відділення з'ясовано, що, незважаючи на довільну форму конвертів, оформлення тексту на конвертах Учасників збігається.

Так, на конвертах, в яких подано ПКТ Учасників, зазначено тексти з однаково зміненим маркуванням – «Не відкривати до початку торгів: о 14-30 хв. 02.10.2013 року».

Також на конвертах зазначено однакову назву предмета закупівлі – «Трактори сільськогосподарські, інші (трактори з навісним обладнанням), код Державного класифікатора продукції та послуг – 28.30.2», яка не відповідає назві предмета закупівлі, зазначеній Замовником у ДКТ.

Згідно з пунктом 2 розділу III ДКТ, яким визначено зміст ПКТ, пропозиція конкурсних торгів, яку подають учасники процедури закупівлі, повинна складатися з документально підтвердженої інформації про відповідність учасника кваліфікаційним критеріям та іншим вимогам, установленим замовником, згідно з додатком 2 до документації конкурсних торгів.

Замовник установив у ДКТ, що учасники Торгів повинні подати довідку в довільній формі для підтвердження наявності власного або орендованого обладнання та матеріально-технічної бази (пункт 1 додатка 2 ДКТ).

Проте адміністративною колегією Відділення досліджено, що в текстах вказаних довідок, наданих ТОВ «Техноторг-Дон» і ПП «Варга-АТ» у своїх ПКТ, міститься однакова фраза – «все обладнання є власністю (назва учасника) та знаходиться в доброму стані».

При цьому відповідно до ПКТ Учасників лише ТОВ «Техноторг-Дон» забезпечено власним обладнанням, а ПП «Варга-АТ» зазначило також про використання ним орендованих нерухомості, обладнання. Тобто, інформація, зазначена ПП «Варга-АТ» у такій довідці, запозичена з документа, підготовленого його конкурентом у Торгах.

Відповідно до пункту 2 додатка 2 ДКТ Замовник визначив, що Учасники повинні подати довідку в довільній формі для підтвердження наявності працівників відповідної кваліфікації, які мають необхідні знання та досвід.

Проте, як з'ясувала адміністративна колегія Відділення, у текстах цих довідок ТОВ «Техноторг-Дон» і ПП «Варга-АТ» міститься однакова фраза – «Повідомляємо про наявність у Учасника (назва учасника) необхідних для закупівлі працівників відповідної кваліфікації, що мають необхідні знання та досвід...». При цьому до цих довідок Учасниками включено таблиці з однаковими заголовками таких граф: «Посада», «П.І.Б.», «Працює в даній організації постійно / тимчасово», «Досвід роботи – за фахом – На зайнятій посаді» (однакове помилкове зазначення назви підзаголовка з великої літери), «Освіта із зазначенням учбового закладу, кваліфікація по диплому», однаково вирівняно текст у таблицях по центру, незважаючи на те, що зазначений документ мав бути складений Учасниками в довільній формі, тобто довідка є документом, який має індивідуальний характер.

Так, згідно з пунктом 5.12 додатка 2 ДКТ Замовником визначено, що учасник у складі ПКТ повинен подати довідку (за підписом учасника або видану уповноваженим органом),

що учасника не було притягнуто згідно із законом до відповідальності за вчинення у сфері державних закупівель корупційного правопорушення.

Під час розслідування у справі Відділенням встановлено, що, незважаючи на довільну форму та відсутність шаблону, текст та оформлення відповідних довідок Учасників однакові: в обох випадках назви довідок наведено в лапках – «Про відсутність фактів, що учасника було притягнуто згідно із законом до відповідальності за вчинення у сфері державних закупівель корупційного правопорушення» (назви інших документів, поданих Учасниками в ПКТ, наведено без лапок), тексти довідок (за винятком назв Учасників) є однаковими – «товариство з обмеженою відповідальністю «Техноторг-Дон» повідомляє Комунальне підприємство «Харківблагоустрій» про відсутність фактів про те, що учасника було притягнуто згідно із законом до відповідальності за вчинення у сфері державних закупівель корупційного правопорушення».

При цьому у своїх ПКТ на підтвердження цього факту ПП «Варга-АТ», крім такої довідки, одночасно надало також і інформаційну довідку з Єдиного державного реєстру осіб, які вчинили корупційні правопорушення, видану Головним управлінням юстиції у Полтавській області від 02.09.2013 № 9301-15-05/05/10843, стосовно того, що у вказаному реєстрі відсутня інформація про те, що Тер-Вартанова Георгія Анатолійовича було притягнуто згідно із законодавством до відповідальності за вчинення у сфері державних закупівель корупційного правопорушення.

Водночас слід зазначити, що факти подання Учасниками своїх ПКТ в один день з різницею у 5 хвилин, відсутність представників Учасників під час розкриття ПКТ, про які зазначено в Рішенні як докази у справі, не підтверджують висновку про узгодження поведінки Учасників та не свідчить про відсутність змагання між ними під час участі в Торгах.

Формально однакове оформлення Учасниками ПКТ, про яке зазначено в Рішенні, не є достатнім доказом узгодженості дій ТОВ «Техноторг-Дон» з ПП «Варга-АТ» під час участі в Торгах.

Висновок адміністративної колегії Відділення в Рішенні про погодження за попередньою змовою Учасниками пропозицій конкурсних торгів з метою забезпечення перемоги ТОВ «Техноторг-Дон» у Торгах ґрунтується на результатах дослідження обмеженої кількості фактів схожості в оформленні окремих документів, які не можуть безумовно підтверджувати наявність попередньої змови Учасників щодо участі в Торгах. Наведених у Рішенні доказів у сукупності недостатньо для встановлення факту антиконкурентних узгоджених дій.

В описово-мотивувальній частині Рішення наведено висновок, що Учасники пов'язані відносинами контролю. На підтвердження наявності відносин контролю в Рішенні зазначено про те, що Березовський Є.М. (один з учасників та керівник ТОВ «Техноторг-Дон») та Тер-Вартанов Г.А. (єдиний учасник та керівник ПП «Варга-АТ») пов'язані між собою відносинами контролю через ТОВ «Техноторг-Полтава», в якому Тер-Вартанов Г.А. є керівником та прямим учасником (30 відсотків), а Березовський Є.М. є непрямим учасником через ТОВ «Техноторг» (70 відсотків).

Проте Відділенням під час розслідування у справі не доведено та матеріалами справи № 2/01-130-15 не підтверджено, що саме в період проведення Торгів, як період вчинення порушення, що досліджувався у справі, ТОВ «Техноторг-Дон» і ПП «Варга-АТ» були пов'язаними особами. Зібрані у справі докази не підтверджують висновку в Рішенні про те, що ТОВ «Техноторг-Дон» і ПП «Варга-АТ» діяли не як окремі суб'єкти господарювання, мали можливість доступу та обміну інформацією між собою щодо участі в Торгах, зокрема про ціну один одного на трактори сільськогосподарські, інші (трактори), і їх дії були спрямовані на забезпечення перемоги ТОВ «Техноторг-Дон» у Торгах, чим було спотворено результати цих Торгів. Крім того, Відділенням не обґрунтовано, що

встановлений у рішенні зв'язок між учасниками та керівниками ТОВ «Техноторг-Дон» і ПП «Варга-АТ» (через іншу юридичну особу – ТОВ «Техноторг-Полтава», яка не брала участі в Торгах) свідчить про наявність відносин контролю між ТОВ «Техноторг-Дон» і ПП «Варга-АТ» у розумінні статті 1 Закону України «Про захист економічної конкуренції».

Метою проведення торгів є отримання замовником найкращої пропозиції, тобто одержання товару належної якості за оптимальною ціною. Змагальність учасників торгів передбачає самостійні дії (поведінку) кожного з учасників, ґрунтується на непевності щодо інших учасників та їх поведінки і зумовлює для здобуття перемоги пропонування кращих умов за найнижчими цінами.

У Рішенні робиться висновок, що цінові пропозиції ТОВ «Техноторг-Дон» і ПП «Варга-АТ», відрізняючись між собою лише на 1 000 грн, є економічно необґрунтованими. Крім того, за висновками Відділення, аналіз рівня цін реалізації тракторів свідчить, що «ціни інших учасників ринку були нижчими в середньому на 35%».

В основі процедур закупівель лежить принцип змагальності продавців – учасників таких процедур, які конкурують між собою за найкращу для замовника пропозицію, не маючи інформації щодо пропозицій інших учасників та їх поведінки, що у свою чергу спонукає кожного з учасників пропонувати найкращі можливі умови за найнижчими цінами. Будь-яка погоджена поведінка учасників під час підготовки своїх тендерних пропозицій та участі в торгах усуває елемент непевності, а відтак і змагальність між ними, та спотворює результати торгів, порушуючи право замовника на отримання найбільш ефективного для нього результату.

Враховуючи зміст пункту 4 частини другої статті 6 Закону України «Про захист економічної конкуренції» у системному зв'язку з частиною першою цієї ж статті, для кваліфікації дій суб'єктів господарювання під час їх участі в торгах як антиконкурентних узгоджених дій, які стосуються спотворення результатів таких торгів, не вимагається обов'язкове встановлення наслідків таких дій у вигляді, зокрема, збільшення ціни предмета закупівлі, оскільки такі дії заборонені названим Законом незалежно від їх наслідків.

Разом з тим, доказова база, зібрана та викладена Відділенням у Рішенні, спирається, зокрема, і на висновки щодо завищення Учасниками своїх пропозицій, поданих на Торги.

Крім того, з Рішення не вбачається, з яких підстав та документів адміністративна колегія Відділення дійшла висновку про завищення ТОВ «Техноторг-Дон» і ПП «Варга-АТ» цін на трактори сільськогосподарські, інші (трактори), що були предметом закупівлі.

Висновок про порушення ТОВ «Техноторг-Дон» і ПП «Варга-АТ» законодавства про захист економічної конкуренції у вигляді антиконкурентних узгоджених дій, що стосуються спотворення результатів Торгів, має ґрунтуватись на підставі обставин, які у своїй сукупності вказують на узгодженість дій між Учасниками Торгів.

Отже, доведення вчинення ТОВ «Техноторг-Дон» і ПП «Варга-АТ» порушення у вигляді антиконкурентних узгоджених дій, що стосуються спотворення результатів торгів, під час участі в Торгах потребує додаткового дослідження окремих фактичних обставин справи, тобто не в повній мірі з'ясовано обставини, які мають значення для справи.

Тобто, під час перевірки не було виявлено підстав для скасування Рішення і припинення провадження у справі № 2/01-130-15.

Відповідно до частини першої статті 59 Закону України «Про захист економічної конкуренції» неповне з'ясування обставин, які мають значення для справи, недоведення обставин, які мають значення для справи і які визнано встановленими, є підставою для зміни, скасування чи визнання недійсним рішення.

На подання Голови Антимонопольного комітету України від 26.09.2016 № 8-01/6523/369-зв про перевірку Рішення ТОВ «Техноторг-Дон» і ПП «Варга-АТ»

повідомили, що погоджуються з пропозицією про скасування Рішення і зауважили про необхідність припинення провадження у справі № 2/01-130-15.

Однак зазначені зауваження не можуть бути враховані, оскільки, як встановлено перевіркою, Рішення прийнято адміністративною колегією Відділення при неповному з'ясуванні обставин, які мають значення для справи; недоведенні обставин, які мають значення для справи і які визнано встановленими.

Враховуючи викладене, керуючись статтею 7 Закону України «Про Антимонопольний комітет України», статтями 57 і 59 Закону України «Про захист економічної конкуренції» та пунктом 45 Правил розгляду заяв і справ про порушення законодавства про захист економічної конкуренції, затверджених розпорядженням Антимонопольного комітету України від 19 квітня 1994 року № 5, зареєстрованих у Міністерстві юстиції України 6 травня 1994 року за № 90/299 (у редакції розпорядження Антимонопольного комітету України від 29 червня 1998 року № 169-р) (із змінами), Антимонопольний комітет України

ПОСТАНОВИВ:

Скасувати рішення адміністративної колегії Харківського обласного територіального відділення Антимонопольного комітету України від 21.04.2016 № 43-р/к та передати справу № 2/01-130-15 на новий розгляд до Харківського обласного територіального відділення Антимонопольного комітету України.

Головуючий –
перший заступник Голови Комітету –
державний уповноважений

М. НІЖНИК