



АНТИМОНОПОЛЬНИЙ КОМІТЕТ УКРАЇНИ

РІШЕННЯ

05 квітня 2018 р.

Київ

№ 150-р

Про перевірку рішення адміністративної колегії
Полтавського обласного територіального відділення
Антимонопольного комітету України
від 16.05.2017 № 02/42-рш у справі № 02-01-50/25-2017

Антимонопольний комітет України (далі – **Комітет**), розглянувши подання державного уповноваженого Комітету В. Полюховича від 12.02.2018 № 13-01/527/47-зв та відповідні матеріали,

ВСТАНОВИВ:

1. ПРЕДМЕТ ПЕРЕВІРКИ

- (1) Антимонопольним комітетом України здійснено перевірку рішення адміністративної колегії Полтавського обласного територіального відділення Антимонопольного комітету України від 16.05.2017 № 02/42-рш у справі № 02-01-50/25-2017 (далі – **Справа**).

2. СТОРОНИ У СПРАВІ

- (2) **Відповідачі у Справі:**

- товариство з обмеженою відповідальністю «Енерджі Інжиніринг» (далі – **ТОВ «Енерджі Інжиніринг»**) (адреса місцезнаходження: 01013, м. Київ, вул. Будіндустрії, 8, ідентифікаційний код 34202884);
- дочірнє підприємство «Мекомсервіс» (далі – **ДП «Мекомсервіс»**) (адреса місцезнаходження: 36007, м. Полтава, вул. Ковпака, 33, ідентифікаційний код 34612381);
- публічне акціонерне товариство «Полтаваобленерго», (далі – **ПАТ «Полтаваобленерго», Замовник**) (адреса місцезнаходження: 36022, Полтавська обл., м. Полтава, вул. Старий Поділ, буд. 5, ідентифікаційний код 00131819).

3. ПРОЦЕДУРНІ ДІЇ У СПРАВІ

- (3) Розпорядженням адміністративної колегії Полтавського обласного територіального відділення Антимонопольного комітету України (далі – **адміністративна колегія Відділення**) від 16.03.2017 № 02/26-р була розпочата Справа за ознаками вчинення ПАТ «Полтаваобленерго», ТОВ «Енерджі Інжиніринг» та ДП «Мекомсервіс» порушення законодавства про захист економічної конкуренції, передбаченого пунктом 1 статті 50 та пунктом 4 частини другої статті 6 Закону України «Про захист економічної конкуренції», у вигляді вчинення антиконкурентних узгоджених дій, що

стосуються спотворення результатів торгів, аукціонів, конкурсів, тендерів.

- (4) За результатами збирання та аналізу доказів у Справі Полтавським обласним територіальним відділенням Антимонопольного комітету України (далі - **Відділення**) складено подання від 11.04.2017 № 02/84-ПВ з попередніми висновками у Справі (далі – **Подання-1**), копії якого були направлені Відповідачам у Справі.
- (5) Згідно з пунктом 1 резолютивної частини Подання-1 адміністративній колегії Відділення пропонується визнати дії ТОВ «Енерджі Інжиніринг» та ДП «Мекомсервіс» (далі разом – **Учасники**) порушенням, передбаченим пунктом 1 статті 50 та пунктом 4 частини другої статті 6 Закону України «Про захист економічної конкуренції», у вигляді вчинення антиконкурентних узгоджених дій, що стосуються спотворення результатів торгів на закупівлю у 2016 році ПАТ «Полтаваобленерго» робіт з модернізації ПС «Кириаківка» 150/35/10 кВ в с. Кириаківка Глобинського району Полтавської області (І етап) (лот № 1).
- (6) Крім цього, у пункті 4 резолютивної частини Подання-1 адміністративній колегії Відділення пропонується: *«З метою усунення причин виникнення порушень законодавства про захист економічної конкуренції та умов, що їм сприяють, надати ПАТ «Полтаваобленерго» в порядку статті 46 Закону України «Про захист економічної конкуренції» обов'язкові для розгляду рекомендації щодо вжиття заходів, спрямованих на запобігання порушенням законодавства про захист економічної конкуренції під час проведення процедур закупівель товарів, робіт та послуг. Повідомити ПАТ «Полтаваобленерго», що за умови виконання положень рекомендацій адміністративної колегії територіального відділення, провадження у справі № 02-01/50/25-2017 щодо ПАТ «Полтаваобленерго» буде закрито без прийняття рішення по суті».*
- (7) З матеріалів Справи вбачається, що адміністративна колегія Відділення 12.04.2017 надала ПАТ «Полтаваобленерго» рекомендації № 02/1907-рпк (далі – Рекомендації № 02/1907-рпк) (відповідно до статті 46 Закону України «Про захист економічної конкуренції»), а саме: *«ПАТ «Полтаваобленерго» вжити заходи, спрямовані на усунення причин виникнення порушень законодавства про захист економічної конкуренції шляхом дотримання вимог викладених в тендерній документації (документації щодо умов проведення закупівель, що розробляється та затверджується Підприємством) під час проведення процедур закупівель товарів, робіт та послуг».*
- (8) Листом від 26.04.2017 № 076 (вх. Відділення № 02/1609 від 26.04.2017) (ДП «Мекомсервіс») та листом від 27.04.2017 № 101 (вх. Відділення № 02/1626 від 27.04.2017) (ТОВ «Енерджі Інжиніринг») Учасники надали свої зауваження та заперечення до змісту Подання-1, зокрема, на думку Учасників, Відділенням не доведено факт узгодження поведінки ДП «Мекомсервіс» і ТОВ «Енерджі Інжиніринг» під час участі у закупівлі.
- (9) Відділенням складено нове подання (від 28.04.2017 № 02/120-ПВ) з попередніми висновками у Справі (далі – **Подання-2**).
- (10) Відповідно до пункту 1 резолютивної частини Подання-2, адміністративній колегії Відділення пропонується: *«З метою усунення причин виникнення порушень законодавства про захист економічної конкуренції та умов, що їм сприяють, надати ТОВ «Енерджі Інжиніринг» та ДП «Мекомсервіс» в порядку статті 46 Закону України «Про захист економічної конкуренції» обов'язкові для розгляду рекомендації щодо вжиття заходів, спрямованих на запобігання порушенням законодавства про захист економічної конкуренції під час участі у процедурах закупівель товарів, робіт та послуг».*

- (11) У пункті 2 резолютивної частини Подання-2 зазначено: *«Повідомити ТОВ «Енерджі Інжиніринг» та ДП «Мекомсервіс», що за умови виконання положень рекомендацій адміністративної колегії територіального відділення, провадження у справі № 02-01-50/25-2017 щодо вказаних суб'єктів господарювання буде закрито без прийняття рішення по суті».*
- (12) У пункті 3 резолютивної частини Подання-2 адміністративній колегії Відділення пропонується закрити провадження у справі щодо ПАТ «Полтаваобленерго» на підставі частини третьої статті 46 Закону України «Про захист економічної конкуренції».
- (13) З матеріалів Справи вбачається, що 28.04.2017 адміністративна колегія Відділення надала Учасникам рекомендації № 02/2188-ррк (ТОВ «Енерджі Інжиніринг») та № 02/2189-ррк (ДП «Мекомсервіс») відповідно до статті 46 Закону України «Про захист економічної конкуренції», а саме: *«...вжити заходи, спрямовані на усунення причин виникнення порушень законодавства про захист економічної конкуренції шляхом дотримання вимог законодавства про захист економічної конкуренції під час участі у процедурах закупівель товарів, робіт та послуг, що сприятиме створенню конкурентного середовища та дотриманню принципу добросовісної конкуренції серед учасників процедур закупівель»*
- (14) Про виконання вказаних рекомендацій Учасники повідомили листами від 12.05.2017 № 105 (вх. Відділення № 02/1779 від 15.05.2017) (ТОВ «Енерджі Інжиніринг») та від 15.05.2017 № 090 (вх. Відділення № 02/1784 від 15.05.2017), від 15.05.2017 № 091 (вх. Відділення № 02/1786 від 15.05.2017) (ДП «Мекомсервіс»).

4. РІШЕННЯ АДМІНІСТРАТИВНОЇ КОЛЕГІЇ ВІДДІЛЕННЯ

- (15) Шістнадцятого травня 2017 року адміністративна колегія Відділення прийняла рішення № 02/42-рш у Справі.
- (16) Відповідно до резолютивної частини рішення від 16.05.2017 № 02/42-рш у Справі (далі – **Рішення № 02/42-рш**) адміністративна колегія Відділення постановила:
 - «1. Закрити провадження у справі 02-01-50/25-2017 щодо публічного акціонерного товариства «Полтаваобленерго» на підставі частини третьої статті 46 Закону України «Про захист економічної конкуренції».*
 - 2. Закрити провадження у справі 02-01-50/25-2017 щодо товариства з обмеженою відповідальністю «Енерджі Інжиніринг» та дочірнього підприємства «Мекомсервіс» на підставі частини третьої статті 46 Закону України «Про захист економічної конкуренції».*
- (17) ПАТ «Полтаваобленерго», ТОВ «Енерджі Інжиніринг» та ДП «Мекомсервіс» отримали копії Рішення № 02/42-рш – 22.05.2015.

5. ПРОЦЕДУРНІ ДІЇ З ПЕРЕВІРКИ РІШЕННЯ

- (18) Розпорядженням державного уповноваженого Комітету від 16.01.2018 № 06/6-р розпочато провадження з перевірки рішення адміністративної колегії Полтавського обласного територіального відділення Антимонопольного комітету України від 16.05.2017 № 02/42-рш у справі № 02-01-50/25-2017 за власною ініціативою.
- (19) Державним уповноваженим В. Полюховичем складено подання від 12.02.2018 № 13-01/527/47-зв про перевірку рішення адміністративної колегії Полтавського обласного територіального відділення Антимонопольного комітету України від 16.05.2017 № 02/42-рш у справі № 02-01-50/25-2017 (далі – Подання про перевірку).
- (20) Копії Подання про перевірку були направлені сторонам у Справі та Відділенню

листами від 12.02.2018 № 200-20.6/06-1779 (ПАТ «Полтаваобленерго»), від 12.02.2018 № 200-29/06-1776 (ТОВ «Енерджі Інжиніринг»), від 12.02.2016 № 200-20.6/06-1778 (ДП «Мекомсервіс») та від 12.02.2018 № 200-20.6/06/1780 (Полтавське обласне територіальне відділення Комітету).

6. ПЕРЕВІРКА РІШЕННЯ

- (21) За результатами аналізу Рішення № 02/42-рш, матеріалів Справи та матеріалів, які були надані Відділенням на виконання доручення Комітету від 11.07.2017 № 12-01/3688, з'ясоване таке.
- (22) У березні 2016 року ПАТ «Полтаваобленерго» здійснило закупівлю робіт з модернізації та реконструкції об'єктів енергокомпанії шляхом застосування процедури відкритих торгів, яка також передбачала придбання трансформаторів (далі – **Процедура закупівлі, Торги**), а саме:
 - **лот № 1** – модернізація ПС «Кириаківка» 150/35/10 кВ в с. Кириаківка Глобинського району Полтавської області (І етап);
 - **лот № 2** – технічне переоснащення трансформаторної підстанції 110/10 кВ «Байрак» у с. Байрак Диканського району Полтавської області (І черга);
 - **лот № 3** – модернізація ПС «Гребінка» 110/35/10кВ в м. Гребінка Полтавської області (І етап);
 - **лот № 4** – модернізація ПС «Гребінка» 110/35/10 кВ в м. Гребінка Полтавської області (ІІ етап).
- (23) Оголошення № 032930 про проведення Процедури закупівлі було розміщено на веб-порталі Уповноваженого органу з питань закупівель від 08.02.2016 ВДЗ № 25. Крім того, оголошення про проведення Процедури закупівлі було розміщено 08.02.2016 на офіційній сторінці ПАТ «Полтаваобленерго» в мережі Інтернет за посиланням: <https://www.poe.pl.ua/index.php?r=tech/news&id=2372>.
- (24) Очікувана вартість закупівлі становила **82 302 199,20 грн.**
- (25) ТОВ «Енерджі Інжиніринг» надало свою пропозицію за лотом № 1, тоді як ДП «Мекомсервіс» за всіма лотами.
- (26) Відповідно до протоколу оцінки пропозицій конкурсних торгів від 24.03.2016, переможцем Процедури закупівлі за лотом № 1 було визнано ТОВ «Енерджі Інжиніринг», з яким ПАТ «Полтаваобленерго» було укладено договір підряду від 22.04.2016 № 1769/1253 на виконання робіт з модернізації ПС «Кириаківка» 150/35/10 кВ в с. Кириаківка Глобинського району Полтавської області (І етап) на загальну суму 23 411 810,00 грн (в т. ч. ПДВ 20 %) (далі – Договір підряду).
- (27) Як вбачається з описово-мотивувальної частини Рішення № 02/42-рш та матеріалів, наявних в Комітеті, предметом розслідування у Справі були дії, які стосувались участі ТОВ «Енерджі Інжиніринг» та ДП «Мекомсервіс» у Процедурі закупівлі за лотом № 1.
- (28) При цьому дії щодо участі ДП «Мекомсервіс» у Процедурі закупівлі за лотами № 2, 3 та 4 розглядались в окремих провадженнях:
 - лот № 2 – справа № 02-01-50/26-2017, рішення адміністративної колегії Відділення від 16.05.2017 № 02/43-рш;
 - лот № 3 – справа № 02-01-50/27-2017, рішення адміністративної колегії Відділення від 16.05.2017 № 02/44-рш;
 - лот № 4 – справа № 02-01-50/26-2017, рішення адміністративної колегії Відділення від 16.05.2017 № 02/45-рш.
- (29) Учасником Процедури закупівлі за лотами № 2, 3 та 4, крім ДП «Мекомсервіс», було товариство з обмеженою відповідальністю «**Енерджі Сервіс**» (ідентифікаційний

код 374448815, м. Київ).

- (30) В описово-мотивувальній частині Рішення № 02/42-рш зазначено: «Згідно інформації, наданої ТОВ «Енерджі Інжиніринг» листом від 15.02.17 № 58, Товариство протягом 2016 року та поточного періоду 2017 року не здійснювало поставку трансформаторів на адресу ПАТ «Полтаваобленерго». Крім того, на протязі зазначеного періоду ТОВ «Енерджі Інжиніринг» не здійснювало закупівлю трансформаторів для подальшої їх поставки ПАТ «Полтаваобленерго». В той же час, за інформацією Товариства, ТОВ «Енерджі Інжиніринг» виконувало підрядні будівельно - монтажні роботи на об'єктах інших замовників за договорами підряду. Згідно з умовами таких договорів Товариство повинно було придбати та змонтувати трансформатори. Такі трансформатори реалізовувались, зокрема, ТОВ «Енерджі Сервіс» (переможець даної процедури закупівлі по лотах № 2-4), з яким відповідно до пропозицій конкурсних торгів ТОВ «Енерджі Інжиніринг» також знаходилось за однією адресою: 01010, м. Київ, вул. Суворова, 4/6:

- згідно договору від 07.12.15 № 07/1609 трансформатор силовий трифазного типу ТДТН-16000/110/35/10 У1 (1шт) було реалізовано у листопаді 2016 року в ТОВ «Енерджі Сервіс» за ціною 10 952 040 без ПДВ (для реконструкції ПС «Путівль»);

- згідно договору від 05.10.15 № 07/1560 трансформатор силовий трифазний типу ТДТН-25000/110 У1 (1 шт) було реалізовано у листопаді 2016 року в ТОВ «Енерджі Сервіс» за ціною 15 493 005,83 без ПДВ (для реконструкції ПС «Анастасівка»);

- згідно договору від 18.11.15 № 07/1607 трансформатор силовий ТРДН-4000/110 У1 (1 шт) було реалізовано у грудні 2016 року в ТОВ «Енерджі Сервіс» за ціною 16 290 497,50 грн. без ПДВ (для реконструкції ПС «Знамя»). <...>

В той же час, Товариство звернулось з листом від 22.02.16 № 62 до ПАТ «Запоріжжестрансформатор» щодо надання інформації про можливість виготовлення вказаного трансформатора та прогнозованої відпускної ціни на нього. Листом від 26.02.16 № 1/114-174/1 ПАТ «Запоріжжестрансформатор» надало інформацію, відповідно до якої вартість трансформатора силового масляного типу ТДТН-16000/150У1 (маса 55,7) становить 15 241 942,99 грн., в тому числі ПДВ 20 % - 2 540 323,83 грн. <...>

Таким чином, ТОВ «Енерджі Інжиніринг» у своїй пропозиції конкурсних торгів по лоту № 1 зазначило ціну на трансформатор, яка була визначена виробником продукції - ПАТ «Запоріжжестрансформатор». <...>

Крім того, згідно листа ДП «Мекомсервіс» від 05.04.17 № 042, Підприємство зазначило, що з метою формування цінової пропозиції на трансформатори, ДП «Мекомсервіс» зверталось у 2016 році до ПАТ «Запоріжжестрансформатор», ТОВ «Тріон» та до інших підприємств, що виготовляють силове обладнання. В той же час, жодних доказів таких звернень Підприємством на вимогу територіального відділення надано не було. Підприємство зазначило, що копії переписки відсутні, оскільки спілкування проводилось в телефонному режимі та засобами електронного зв'язку. <...>

Крім того, згідно листа ПАТ «Запоріжжестрансформатор» від 31.03.17 № 1/05-н17674, ДП «Мекомсервіс» також не зверталось до Товариства щодо надання інформації про можливість виготовлення вказаного трансформатора та прогнозованої відпускної ціни на нього.»

- (31) У зв'язку з цим адміністративна колегія Відділення робить такий висновок: «Зазначене підтверджує, що ДП «Мекомсервіс» формувало свою цінову пропозицію не самостійно, не на основі власних розрахунків, цін виробників, постачальників продукції, а узгоджено з переможцем торгів – ТОВ «Енерджі Інжиніринг». Таким

чином, суб'єкти господарювання – учасники процедури закупівлі по лоту № 1 зазначили однакові ціни трансформаторів у кошторисній документації, що є складовою пропозиції конкурсних торгів для подальшої їх реалізації ПАТ «Полтаваобленерго», враховуючи той факт, що лише переможець торгів володів інформацією щодо ціни, за якої можливо придбати трансформатор у виробника продукції.»

- (32) У Рішенні № 02/42-рш не спростовано доводи ДП «Мекомсервіс» щодо звернень вказаного підприємства до інших виробників, у тому числі до ТОВ «Тріон», зокрема Відділенням не досліджено (не відображено в Рішенні № 02/42-рш) питання щодо наявності інших, крім ПАТ «Запоріжтрансформатор», виробників (постачальників) трансформаторів на території України, а відтак, висновок адміністративної колегії Відділення щодо формування ДП «Мекомсервіс» своєї цінової пропозиції узгоджено з ТОВ «Енерджі Інжиніринг» здійснено при неповному з'ясуванні обставин, які мають значення для Справи.
- (33) В описово-мотивувальній частині Рішення № 02/42-рш, наведено аналіз локальних кошторисів ДП «Мекомсервіс» та ТОВ «Енерджі Інжиніринг» на придбання устаткування, меблів та інвентарю № 2-1-2 (релейний захист) та на придбання устаткування, меблів та інвентарю № 2-3-2 (електротехнічні рішення), за результатом якого Відділенням було встановлено, що вартість устаткування в локальних кошторисах обох Учасників однакова. Різницю у кошторисі становлять лише транспортні та заготівельно-складські витрати.
- (34) У зв'язку з наведеним, адміністративною колегією Відділення зроблено висновок: *«Таким чином, з зазначеного слідує, що 2 учасника процедури закупівлі по лоту № 1, знаходячись у різних містах, пропонують ідентичні ціни на устаткування, що необхідне для виконання робіт по тендеру згідно з умовами ДКТ ПАТ «Полтаваобленерго». Крім того, транспортні та складські витрати у переможця торгів - ТОВ «Енерджі Інжиніринг», який знаходиться у м. Києві, значно нижчі, ніж у другого учасника - ДП «Мекомсервіс», який знаходиться в м. Полтаві, тобто значно ближче до об'єкту ПАТ «Полтаваобленерго», що потребує модернізації. <...>*
- Враховуючи зазначене, ДП «Мекомсервіс» фактично зазначило у своїй пропозиції конкурсних торгів по лоту № 1 цінові складові на устаткування, що зазначив його конкурент - ТОВ «Енерджі Інжиніринг». В свою чергу, при участі у процедурі закупівлі на конкурентних засадах, Підприємство визначило б конкурентні ціни, які б надавали можливість конкурсній пропозиції в цілому претендувати на перемогу у торгах.*
- Крім того, відповідно до звіту про фінансові результати Підприємства за 2015 рік, копія якого міститься у складі пропозиції конкурсних торгів, чистий дохід ДП «Мекомсервіс» від реалізації продукції (товарів, робіт, послуг) за 2015 рік склав 13 794 600 грн. Таким чином, враховуючи вартість предмету закупівлі по лоту № 1 та обсяг виконання робіт, передбачений ДКТ Замовника, Підприємство фактично не мало фінансової можливості виконувати ці роботи».*
- (35) Такий висновок адміністративної колегії Відділення є передчасним та таким, що зроблено при неповному з'ясуванні всіх обставин, які мають значення для Справи, з огляду на таке.
- (36) Відповідно до документації конкурсних торгів щодо проведення Процедури закупівлі (далі – ДКТ), яка була розміщена на веб-порталі Уповноваженого органу, з метою детального ознайомлення з обсягами робіт та проектною документацією (робочі проекти) (магнітні носії) суб'єкти господарювання повинні звернутися у тендерний відділ ПАТ «Полтаваобленерго», а для отримання проектної документації предмета

закупівлі, а саме робочих проектів, учасник торгів повинен надати власні магнітні носії (диски, флеш-носії та інші засоби) (пункт 2 розділу 1 ДКТ).

- (37) З матеріалів Справи вбачається, що обставини отримання ТОВ «Енерджі Інжиніринг» та ДП «Мекомсервіс» проектної документації Відділення не досліджувало. Відділенням не здійснено порівняльний аналіз обсягу робіт визначеного в проектній документації, з обсягом робіт, включеним Учасниками до своїх цінових пропозицій.
- (38) Крім того, Відділенням зроблено (відображено у Рішенні № 02/42-рш) аналіз лише двох локальних кошторисів, тоді як інші локальні кошториси та розрахунки цінових пропозицій ДП «Мекомсервіс» і ТОВ «Енерджі Інжиніринг» залишились поза увагою Відділення.
- (39) Так, наприклад, обидва Учасники у своїх локальних кошторисах, зокрема у розділі 3 локального кошторису на будівельні роботи № 2-3-3, зазначають використання тягача сідельного марки IVEKO Euro Trakker 440 з напівприцепом-самоскидом.
- (40) Натомість у довідці ТОВ «Енерджі Інжиніринг» про наявність обладнання та матеріально-технічної бази, так само, як і в довідці ДП «Мекомсервіс», не зазначено про наявність такого транспортного засобу.
- (41) При цьому в довідці ТОВ «Енерджі Інжиніринг» про наявність обладнання та матеріально-технічної бази зазначено про наявність у товариства автомобілів Fiat Doblo Combi (2 одиниці) та автомобілів ГАЗ 330232 (2 одиниці). У свою чергу в довідці ДП «Мекомсервіс» зазначено про наявність таких транспортних засобів:
- «15. Вантажний кран маніпулятор: вантажний сідловий тягач ДАФ 95-400, платформа напівпричеп ПРАКТОН РО-39ТЗАНГ (власне, 1997 р.)-1 шт.*
- 16. Бортний малотоннажний вантажний автомобіль Фольксваген LT3 (орендований 2005 р.) - 1 шт.*
- 17. Вантажопасажирський автомобіль ГАЗ 3302 (власний 2008 р.) -1 шт.».*
- (42) Крім того, з матеріалів Справи вбачається, що Відділення не досліджувало питання використання Учасниками програмного комплексу АВК, зокрема, не з'ясовано осіб, які безпосередньо здійснювали розрахунок цінових пропозицій ДП «Мекомсервіс» і ТОВ «Енерджі Інжиніринг» в цьому програмному комплексі (штатні, позаштатні, залучені), не з'ясовано інші обставини використання Учасниками програмного комплексу АВК (ліцензії, договори купівлі-продажу тощо).
- (43) В описово-мотивувальній частині Рішення № 02/42-рш зазначено: *«...за результатами попереднього слухання у даній справі, що відбулось на засіданні адміністративної колегії територіального відділення 25.04.17, а також додаткових пояснень ТОВ «Енерджі Інжиніринг», наданих листом від 27.04.17 № 101 встановлено наступне. Як зазначає Товариство поясненням виявлених територіальним відділенням фактів ідентичності цін, зазначених у своїх локальних кошторисах ТОВ «Енерджі Інжиніринг» та ДП «Мекомсервіс» є лише випадок, за якого хтось із співробітників Товариства є колишнім працівником ДП «Мекомсервіс» та, не розуміючи збереження комерційної таємниці під час участі у процедурі закупівлі, при спілкуванні з колишніми колегами міг надати інформацію щодо даних, викладених у кошторисах ТОВ «Енерджі Інжиніринг». Тому, Товариством з метою з'ясування причин та обставин, буде призначено службове розслідування та з'ясовано обставини потрапляння комерційної інформації ТОВ «Енерджі Інжиніринг» стороннім особам. Крім того, Товариство у своїх доповненнях також зазначило, що жодних умисних дій щодо передачі відомостей для участі у торгах керівники та службові особи Товариства не допускали».*

- (44) На підставі вищенаведеного адміністративна колегія Відділення в описово-мотивувальній частині Рішення № 02/42-рш дійшла до такого висновку: *«...встановлені територіальним відділенням обставини щодо ознак погодженої поведінки ТОВ «Енерджі Інжиніринг» та ДП «Мекомсервіс» під час участі у процедурі закупівлі, проведеної ПАТ «Полтаваобленерго» <...>, виникли не внаслідок свідомої змови ТОВ «Енерджі Інжиніринг» з ДП «Мекомсервіс», а внаслідок неправомірних дій працівників ТОВ «Енерджі Інжиніринг», внаслідок яких ДП «Мекомсервіс» зазначило у своїх пропозиціях конкурсних торгів інформацію, ідентичну до інформації свого конкурента та приймало участь у даній процедурі закупівлі, але без настання результату цих дій – перемоги Підприємства у торгах».*
- (45) **Такий висновок адміністративної колегії Відділення зроблено при неповному з'ясуванні обставин, які мають значення для Справи.**
- (46) Так, під час розслідування Справи Відділенням не було досліджено, зокрема, такі обставини:
- господарські відносини ТОВ «Енерджі Інжиніринг», ТОВ «Енерджі Сервіс» та ДП «Мекомсервіс» (в тому числі наявність фінансових зобов'язань);
 - існування спільних працівників, зокрема працівників, які могли залучатись (були залучені) до підготовки документів, що входили до складу пропозицій Учасників, наданих для участі у Процедурі закупівлі, в тому числі працівників, які безпосередньо здійснювали розрахунки цін Учасників;
 - відносини контролю (в тому числі наявність пов'язаних осіб);
 - не досліджено наявність в Учасників власних ресурсів (людських, матеріальних, фінансових), необхідних для виконання робіт, що купувались в рамках Процедури закупівлі, в тому числі можливостей залучення не власних ресурсів;
 - інші обставини, які могли б свідчити про спільну (узгоджену) підготовку Учасниками своїх пропозицій, зокрема можливі зв'язки між засновниками, керівництвом та працівниками ТОВ «Енерджі Інжиніринг», ТОВ «Енерджі Сервіс» та ДП «Мекомсервіс».
- (47) В описово-мотивувальній частині Рішення № 02/42-рш зазначено: *«...Замовник, у відповідності до норм законодавства у сфері державних закупівель, вимагаючи від учасників надання документального підтвердження наявності фінансової спроможності фактично виконати роботи згідно предмету закупівлі, не перевірів таку можливість у ДП «Мекомсервіс» та допустив даного учасника до процедури оцінки. В той же час, в разі недопущення даного учасника до процедури оцінки та відхилення його пропозиції конкурсних торгів відповідно до статті 29 Закону України «Про здійснення державних закупівель», ПАТ «Полтаваобленерго» згідно частини 1 статті 30 Закону України «Про здійснення державних закупівель» повинно було б відмінити торги у зв'язку з допущенням оцінки пропозицій менше ніж двох учасників.*
- В свою чергу, ПАТ «Полтаваобленерго», володіючи інформацією щодо фактичної відсутності фінансової спроможності ДП «Мекомсервіс» в разі перемоги у торгах виконати роботи, передбачені вимогами ДКТ, допустив до оцінки пропозицію даного учасника, що надало змогу здобути перемогу ТОВ Енерджі Інжиніринг».*
- Таким чином, дії ПАТ «Полтаваобленерго», призвели до того, що ДП «Мекомсервіс» здобуло можливість приймати участь у торгах задля забезпечення перемоги ТОВ «Енерджі Інжиніринг» по лоту № 1 не завдяки власним досягненням, а внаслідок дій Замовника процедури закупівлі, які не відповідають вимогам чинного законодавства, чим були спотворені основні принципи конкуренції, які є необхідною умовою під час проведення будь – яких торгів (конкурсів). Адже, згідно зі статтею 1 Закону України «Про захист економічної конкуренції»*

економічна конкуренція - змагання між суб'єктами господарювання з метою здобуття завдяки власним досягненням переваг над іншими суб'єктами господарювання, внаслідок чого споживачі, суб'єкти господарювання мають можливість вибирати між кількома продавцями, покупцями, а окремий суб'єкт господарювання не може визначати умови обороту товарів на ринку. Вказані норми права спрямовані на встановлення конкурентного середовища у галузі закупівлі товарів, робіт і послуг та визначають обов'язок замовника, який здійснює закупівлю в установленому законодавством порядку, під час проведення процедур державних закупівель розвивати конкурентні засади, об'єктивно та неупереджено оцінювати пропозиції учасників конкурсних торгів та неухильно дотримуватись законодавства у сфері державних закупівель. <...>

Враховуючи, що дії ПАТ «Полтаваобленерго» не призвели до завдання збитків окремим особам чи суспільству, оскільки за результатом укладеного договору з ТОВ «Енерджі Інжиніринг» роботи фактично не виконані, відповідно кошти не сплачені, адміністративною колегією територіального відділення ПАТ «Полтаваобленерго» були надані рекомендації від 12.04.17 № 02/1907-ррк в порядку статті 46 Закону України «Про захист економічної конкуренції», спрямованих на усунення Товариством причин виникнення порушень законодавства про захист економічної конкуренції та умов, що їм сприяють».

- (48) Відповідно до частини першої статті 5 Закону України «Про Антимонопольний комітет України» Антимонопольний комітет України здійснює свою діяльність відповідно до Конституції України, Законів України «Про захист економічної конкуренції», «Про захист від недобросовісної конкуренції», «Про державну допомогу суб'єктам господарювання», цього Закону, інших законів та нормативно-правових актів, прийнятих відповідно до цих Законів.
- (49) Процедура закупівлі проводилась відповідно до Закону України «Про здійснення державних закупівель» від 10.04.2014 №1197-VII (далі – Закон № 1197-VII).
- (50) Згідно з частиною четвертою статті 7 Закону № 1197-VII Рахункова палата, Антимонопольний комітет України, центральний орган виконавчої влади, що реалізує державну політику у сфері державного фінансового контролю, здійснюють контроль у сфері державних закупівель у межах своїх повноважень, визначених Конституцією та законами України.
- (51) Контроль у сфері державних закупівель, зокрема, щодо дотримання замовниками Закону № 1197-VII під час організації та проведення процедур закупівель, здійснюється шляхом оскарження процедур закупівель або аналізу діяльності комітету з конкурсних торгів і його членів.
- (52) Статтею 42 Закону № 1197-VII встановлено, що за порушення вимог, установлених Законом та нормативно-правовими актами, розробленими відповідно до Закону, члени комітету з конкурсних торгів замовника несуть відповідальність згідно із законами України.
- (53) Встановлення порушень з боку членів комітету з конкурсних торгів, так само, як і встановлення порушень Закону № 1197-VII поза процедурою розгляду скарг, передбаченою статтею 18 Закону № 1197-VII, не належить до повноважень Антимонопольного комітету України.
- (54) Отже, при кваліфікації дій ПАТ «Полтаваобленерго» як таких, що містять ознаки порушення законодавства про захист економічної конкуренції, адміністративна колегія Відділення неправильно застосувала норми матеріального права.
- (55) Адміністративна колегія Відділення в описово-мотивувальній частині Рішення № 02/42-рш зазначила, що дії ТОВ «Енерджі Інжиніринг» та ДП «Мекомсервіс» **містять ознаки** порушення законодавства про захист економічної конкуренції,

передбаченого пунктом 1 статті 50 та пунктом 4 частини другої статті 6 Закону України «Про захист економічної конкуренції», у вигляді антиконкурентних узгоджених дій, що стосуються спотворення результатів торгів.

- (56) При цьому в описово-мотивувальній частині Рішення № 02/42-рш зазначено: *«Разом з тим, відсутній наслідок вчинення дій з ознаками погодженої поведінки учасників під час участі у процедурі закупівлі у вигляді отримання грошової винагороди за результатом укладеного договору, оскільки як було встановлено в ході провадження у даній справі, кошти за результатом укладеного договору ТОВ «Енерджі Інжиніринг» з ПАТ «Полтаваобленерго» не сплачені, роботи не виконувались».*
- (57) Таке твердження адміністративної колегії Відділення є помилковим, оскільки узгоджена поведінка учасників торгів не відповідає суті конкурсу і **негативним наслідком є сам факт спотворення результатів торгів** (через узгодження поведінки конкурсантами).
- (58) Правове значення в цьому випадку має фактична відсутність конкурсу внаслідок узгодження конкурсантами відповідної поведінки, яка призводить до заміни конкуренції на координацію поведінки з метою створення видимості конкуренції в межах процедури закупівлі.
- (59) Як зазначалось в абзаці тринадцятому цього рішення, адміністративна колегія Відділення відповідно до статті 46 Закону України «Про захист економічної конкуренції» надала Учасникам обов'язкові для розгляду рекомендації, а саме: *«...вжити заходи, спрямовані на усунення причин виникнення порушень законодавства про захист економічної конкуренції шляхом дотримання вимог законодавства про захист економічної конкуренції під час участі у процедурах закупівель товарів, робіт та послуг, що сприятиме створенню конкурентного середовища та дотриманню принципу добросовісної конкуренції серед учасників процедур закупівель».*
- (60) Частина перша статті 46 Закону України «Про захист економічної конкуренції» передбачає, що органи Комітету мають право надавати рекомендації **стосовно припинення дій**, які містять ознаки порушення законодавства про захист економічної конкуренції, **усунення причин виникнення цих порушень і умов, що їм сприяють, а в разі, якщо порушення припинено, – щодо вжиття заходів для усунення наслідків цих порушень.**
- (61) Тобто, рекомендації, надання яких передбачено статтею 46 Закону України «Про захист економічної конкуренції», можуть бути надані або з метою **припинення дій, які містять ознаки порушення законодавства про захист економічної конкуренції**, або з метою **усунення наслідків порушення** (застосовується до припинених порушень). При цьому рекомендації щодо усунення причин виникнення порушень і умов, що їм сприяють, також передбачають **обов'язкове припинення дій**, які містять ознаки порушення законодавства про захист економічної конкуренції.
- (62) Надання рекомендацій за результатами розслідування антиконкурентних узгоджених дій суб'єктів господарювання – учасників конкурсних закупівель є необґрунтованим з огляду на те, що такі дії вчиняються під час проведення **конкретної** закупівлі, тобто вчинення суб'єктами господарювання антиконкурентних узгоджених дій, які стосуються спотворення результатів торгів є **закінченим** порушенням законодавства про захист економічної конкуренції.

7. СПРОСТУВАННЯ ЗАПЕРЕЧЕНЬ ЩОДО ПОДАННЯ ПРО ПЕРЕВІРКУ

- (63) Листом від 22.02.2018 № 22-02 (вх. Комітету № 8-01/2268 від 26.02.2018)

ТОВ «Енерджі Інжиніринг» надало пропозиції до Подання про перевірку, а саме, товариство вважає, що адміністративною колегією Відділення *«у достатній мірі досліджено всі обставини участі Товариства у торгах, наскільки це було можливим на період часу, після сплину року від моменту підготовки та подачі пропозиції...»*. Відтак, ТОВ «Енерджі Інжиніринг» вважає недоцільним направлення справи на новий розгляд.

- (64) Такі пропозиції ТОВ «Енерджі Інжиніринг» не беруться до уваги, оскільки не спростовують висновків Комітету, викладених у цьому рішенні.
- (65) Заперечення Відділення на Подання про перевірку, що містились у листі від 23.02.2018 № 01/383 (вх. Комітету № 66-01/1207 від 27.02.2018), також не спростовують висновків Комітету, викладених у цьому рішенні.
- (66) На Подання про перевірку, яке було отримано ДП «Мекомсервіс» 17.02.2018, що підтверджується повідомленням про вручення поштового відправлення № 0303507917057, пропозицій та зауважень не надходило.
- (67) Від ПАТ «Полтаваобленерго» на Подання про перевірку, яке було отримано 17.02.2018, що підтверджується повідомленням про вручення поштового відправлення № 0303507917030, пропозицій та зауважень не надходило.

8. ПІДСТАВИ ДЛЯ СКАСУВАННЯ РІШЕННЯ

- (68) 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, невідповідність висновків, викладених у рішенні, обставинам справи та неправильне застосування норм матеріального чи процесуального права є підставою для зміни, скасування чи визнання недійсним рішення.
- (69) За результатами перевірки Рішення № 02/42-рш було встановлено, що адміністративною колегією Відділення при прийнятті вказаного рішення було неповно з'ясовано обставини, які мають значення для Справи, висновки адміністративної колегії Відділення, викладені у Рішенні № 02/42-рш, не відповідають, обставинам Справи, а саме:
 - не спростовано доводи ДП «Мекомсервіс» щодо звернень вказаного підприємства до інших виробників, у тому числі до ТОВ «Тріон», зокрема Відділенням не досліджено (не відображено в Рішенні № 02/42-рш) питання щодо наявності інших, крім ПАТ «Запоріжтрансформатор», виробників (постачальників) трансформаторів на території України;
 - не досліджено питання використання Учасниками програмного комплексу АВК, зокрема, не з'ясовано осіб, які безпосередньо здійснювали розрахунок цінових пропозицій ДП «Мекомсервіс» і ТОВ «Енерджі Інжиніринг» в цьому програмному комплексі (штатні, позаштатні, залучені), не з'ясовано інші обставини використання Учасниками програмного комплексу АВК (ліцензії, договори купівлі-продажу програмного забезпечення тощо);
 - не досліджено обставини отримання ДП «Мекомсервіс» і ТОВ «Енерджі Інжиніринг» проектної документації, необхідної для здійснення розрахунку цінових пропозицій;
 - не здійснено порівняльний аналіз обсягу робіт визначеного в проектній документації Замовника, з обсягом робіт, що включені Учасниками до своїх цінових пропозицій;
 - не досліджено наявність фінансових зобов'язань між ТОВ «Енерджі Інжиніринг», ТОВ «Енерджі Сервіс» та ДП «Мекомсервіс»;
 - не досліджено наявність спільних працівників, зокрема працівників, які могли

залучатись (були залучені) до підготовки документів, що входили до складу пропозицій Учасників, наданих для участі у Процедурі закупівлі;

- не досліджено відносини контролю (наявність пов'язаних осіб);
- не досліджено наявність в Учасників власних ресурсів (людських, матеріальних, фінансових), необхідних для виконання робіт, що купувались в рамках Процедури закупівлі, в тому числі можливостей залучення не власних ресурсів;
- інші обставини, які могли б свідчити про спільну (узгоджену) підготовку Учасниками своїх пропозицій, зокрема можливі зв'язки між засновниками, керівництвом та працівниками ТОВ «Енерджі Інжиніринг», ТОВ «Енерджі Сервіс» та ДП «Мекомсервіс».

- (70) Внаслідок неповного з'ясування обставин, які мають значення для Справи, невідповідності висновків, викладених у Рішенні № 02/42-рш, обставинам Справи адміністративною колегією Відділення було прийнято необґрунтоване Рішення про закриття провадження у Справі щодо ТОВ «Енерджі Інжиніринг» та ДП «Мекомсервіс» на підставі частини третьої статті 46 Закону України «Про захист економічної конкуренції» (пункт 2 резолютивної частини Рішення № 02/42-рш).
- (71) Адміністративною колегією Відділення неправильно застосовано норми матеріального права, що зазначені в пунктах 48, 50, 52 та 53 цього рішення, оскільки дії ПАТ «Полтаваобленерго» були неправильно кваліфіковані як такі, що містять ознаки порушення законодавства про захист економічної конкуренції, і неправомірно надано рекомендації Замовнику, ТОВ «Енерджі Інжиніринг» та ДП «Мекомсервіс».
- (72) Отже, є підстави для скасування Рішення № 02/42-рш відповідно до статті 59 Закону України «Про захист економічної конкуренції».

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:

Рішення адміністративної колегії Полтавського обласного територіального відділення Антимонопольного комітету України від 16.05.2017 № 02/42-рш у справі № 02-01-50/25-2017 скасувати, а справу № 02-01-50/25-2017 передати на новий розгляд.

Голова Комітету

Ю. ТЕРЕНТЬЄВ