



АНТИМОНОПОЛЬНИЙ КОМІТЕТ УКРАЇНИ

РІШЕННЯ

05 квітня 2018 р.

Київ

№ 152-р

Про перевірку рішення адміністративної колегії
Полтавського обласного територіального відділення
Антимонопольного комітету України
від 16.05.2017 № 02/44-рш у справі № 02-01-50/27-2017

Антимонопольний комітет України (далі – **Комітет**), розглянувши подання державного уповноваженого Комітету В. Полюховича від 12.02.2018 № 13-01/529/49-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 № 02/44-рш у справі № 02-01-50/27-2017 (далі – **Справа**) за власною ініціативою.

2. СТОРОНИ У СПРАВІ

- (2) **Відповідачі у Справі:**

- дочірнє підприємство «Мекомсервіс» (далі – **ДП «Мекомсервіс»**) (адреса місцезнаходження: 36007, м. Полтава, вул. Ковпака, 33, ідентифікаційний код 34612381);
- товариство з обмеженою відповідальністю «Енерджі Сервіс» (далі – **ТОВ «Енерджі Сервіс»**) (адреса місцезнаходження: 01010, м. Київ, вул. Михайла Омеляновича-Павленка, буд. 4/6, поверх 8, прим. 25, ідентифікаційний код 37448815);
- 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 № 02/28-р була розпочата Справа за ознаками вчинення ПАТ «Полтаваобленерго», ТОВ «Енерджі Сервіс» 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 № 02/86-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 Сервіс» 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 «Гребінка» 110/35/10кВ в м. Гребінка (І етап) (Лот № 3).
- (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 № 02-01-50/27-2017 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 № 02/1909-ррк (далі – Рекомендації № 02/1909-ррк) (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) ТОВ «Енерджі Сервіс» листом від 21.04.2017 № 35 (вх. Відділення від 24.04.2017 № 02/1535) надало свої зауваження та заперечення до змісту Подання-1, зокрема, на думку товариства, Відділенням не доведено факт узгодження поведінки ТОВ «Енерджі Сервіс» та ДП «Мекомсервіс» під час участі у закупівлі, а *«...обставини та доводи, викладені у Поданні, безпідставними, такими, що ґрунтуються виключно на припущеннях, а не на реальних доказах».*
- (9) Крім того, ТОВ «Енерджі Сервіс» листом б/д б/н (вх. Відділення від 27.04.2017 № 02/1628ел) надало додаткові пояснення на Подання-1, зокрема товариство зазначило: *«На даний час, лише можемо припустити, що оскільки ТОВ «Енерджі Сервіс» мало раніше договірні відносини із ДП «Мекомсервіс» (деякі працівники були знайомі між собою), то хтось із працівників міг неумисно, при спілкуванні щодо виконання інших договірних зобов'язань, згадати цінову інформацію при розмові, чи залишити папери та робочому столі без нагляду, і лише такими безвідповідальними діями допустив витік інформації».*
- (10) У свою чергу ДП «Мекомсервіс» листом від 26.04.2017 № 076 (вх. Відділення № 02/1609 від 26.04.2017) повідомило: *«Велика кількість припущень в текстах у всіх чотирьох поданнях фактично зводить нанівець «доведеність» попередньої змови, адже Рішення адміністративної колегії не може ґрунтуватися на припущеннях чи недоведених фактах <...> вважаємо за логічне та обґрунтоване прийняття рішення*

адміністративною колегією Полтавського обласного територіального відділення Антимонопольного комітету України про відмову у визнанні дій ДП «Мекомсервіс» такими, що порушують законодавство про захист економічної конкуренції...» (див. справу № 02-01-50/25-2017, том 4, стор. 64).

- (11) Відділенням складено нове подання (від 28.04.2017 № 02/122-ПВ) з попередніми висновками у Справі (далі – **Подання-2**).
- (12) 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 Сервіс» 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».*
- (13) У пункті 2 резолютивної частини Подання-2 зазначено: *«Повідомити ТОВ «Енерджі Сервіс» та ДП «Мекомсервіс», що за умови виконання положень рекомендацій адміністративної колегії територіального відділення, провадження у справі № 02-01-50/26-2017 щодо вказаних суб'єктів господарювання буде закрито без прийняття рішення по суті».*
- (14) 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».
- (15) З матеріалів Справи вбачається, що 28.04.2017 адміністративна колегія Відділення надала Учасникам рекомендації № 02/2192-ррк (ТОВ «Енерджі Сервіс») та № 02/2193-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».*
- (16) Про виконання зазначених рекомендацій ТОВ «Енерджі Сервіс» повідомило листом від 12.05.2017 № 42 (вх. Відділення № 02/1780 від 15.05.2017).
- (17) ДП «Мекомсервіс» листом від 15.05.2017 № 090 (вх. Відділення № 02/1784 від 15.05.2017) та листом від 15.05.2017 № 091 (вх. Відділення № 02/1786 від 15.05.2017) повідомило про виконання рекомендацій (див. справу № 02-01-50/25-2017, том 4, стор. 104, 105).

4. РІШЕННЯ АДМІНІСТРАТИВНОЇ КОЛЕГІЇ ВІДДІЛЕННЯ

- (18) Шістнадцятого травня 2017 року адміністративна колегія Відділення прийняла рішення № 02/44-рш у Справі.
- (19) Відповідно до резолютивної частини рішення від 16.05.2017 № 02/44-рш у Справі (далі – **Рішення № 02/44-рш**) адміністративна колегія Відділення постановила:
 - «1. Закрити провадження у справі 02-01-50/27-2017 щодо публічного акціонерного товариства «Полтаваобленерго» на підставі частини третьої статті 46 Закону України «Про захист економічної конкуренції».*
 - 2. Закрити провадження у справі 02-01-50/27-2017 щодо товариства з обмеженою*

відповідальністю «Енерджі Сервіс» та дочірнього підприємства «Мекомсервіс» на підставі частини третьої статті 46 Закону України «Про захист економічної конкуренції».

- (20) ПАТ «Полтаваобленерго», ТОВ «Енерджі Сервіс» та ДП «Мекомсервіс» отримали копії Рішення № 02/44-рш – 22.05.2015.

5. ПРОЦЕДУРНІ ДІЇ З ПЕРЕВІРКИ РІШЕННЯ

- (21) Розпорядженням державного уповноваженого Комітету від 16.01.2018 № 06/8-р розпочато провадження з перевірки рішення адміністративної колегії Полтавського обласного територіального відділення Антимонопольного комітету України від 16.05.2017 № 02/44-рш у справі № 02-01-50/27-2017 за власною ініціативою.
- (22) Державним уповноваженим В. Полюховичем складено подання від 12.02.2018 № 13-01/529/49-зв про перевірку рішення адміністративної колегії Полтавського обласного територіального відділення Антимонопольного комітету України від 16.05.2017 № 02/44-рш у справі № 02-01-50/27-2017 (далі – Подання про перевірку).
- (23) 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 № 200-29/06-1777 (ТОВ «Енерджі Сервіс»), від 12.02.2016 № 200-20.6/06-1778 (ДП «Мекомсервіс») та від 12.02.2018 № 200-20.6/06/1780 (Відділення).

6. ПЕРЕВІРКА РІШЕННЯ

- (24) За результатами аналізу Рішення № 02/44-рш, матеріалів Справи та матеріалів, які були надані Відділенням на виконання доручення Комітету від 11.07.2017 № 12-01/3688, з'ясоване таке.
- (25) 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 «Кириківка» 150/35/10 кВ в с. Кириківка 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).
- (26) 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>.
- (27) Очікувана вартість закупівлі становила **82 302 199,20 грн.**
- (28) З метою участі у Торгах свої пропозиції надали такі суб'єкти господарювання:
- **за лотом № 1** – ДП «Мекомсервіс» і товариство з обмеженою відповідальністю «Енерджі Інжиніринг» (далі – **ТОВ «Енерджі Інжиніринг»**) (адреса місцезнаходження: 01013, м. Київ, вул. Будіндустрії, 8, ідентифікаційний код 34202884);
 - **за лотами № 2, 3 та 4** – ТОВ «Енерджі Сервіс» та ДП «Мекомсервіс».
- (29) Відповідно до протоколу оцінки пропозицій конкурсних торгів від 24.03.2016,

переможцем Процедури закупівлі за лотом № 3 було визнано ТОВ «Енерджі Сервіс», з яким ПАТ «Полтаваобленерго» укладено договір підряду від 22.04.2016 № 1771-КФ/1250 на виконання будівельно-монтажних робіт з модернізації ПС «Гребінка» 110/35/10кВ в м. Гребінка Полтавської області (І етап) на загальну суму 21 259 279,00 грн (в т. ч. ПДВ 20 %) (далі – Договір підряду).

- (30) Як вбачається з описово-мотивувальної частини Рішення № 02/44-рш та матеріалів, наявних в Комітеті, предметом розслідування у Справі були дії, які стосувались участі ТОВ «Енерджі Сервіс» та ДП «Мекомсервіс» у Процедурі закупівлі за лотом № 3.
- (31) При цьому дії ДП «Мекомсервіс» під участі у Процедурі закупівлі за лотами № 1, 2 і 4 та дії ТОВ «Енерджі Сервіс» під час участі у Процедурі закупівлі за лотами № 2 і 4 розглядались Відділенням в окремих провадженнях:
- лот № 1 – справа № 02-01-50/25-2017, рішення адміністративної колегії Відділення від 16.05.2017 № 02/42-рш;
 - лот № 2 – справа № 02-01-50/26-2017, рішення адміністративної колегії Відділення від 16.05.2017 № 02/43-рш;
 - лот № 4 – справа № 02-01-50/28-2017, рішення адміністративної колегії Відділення від 16.05.2017 № 02/45-рш.
- (32) В описово-мотивувальній частині Рішення № 02/44-рш зазначено: *«...в процесі розслідування у даній справі, ПАТ «Запоріжтрансформатор» листом від 31.03.17 № 1/05-н17674 надало інформацію, відповідно до якої ТОВ «Енерджі Сервіс» листом від 11.02.16 № 12-1/02-16 звернулось до ПАТ «Запоріжтрансформатор» щодо надання комерційної пропозиції на обладнання – трансформатор силовий напругою 110/35/10 кВ номінальною потужністю обмоток 2500кВА для модернізації ПС Гребінка» 110/35/10кВ в м. Гребінка (І етап). Листом від 16.02.16 № 1/114-125/1 ПАТ «Запоріжтрансформатор» надало інформацію, відповідно до якої вартість трансформатора силового масляного ТДТН-16000/110 У1 (маса 55,7) становить 14 284 грн. з ПДВ, тобто 11 903 333,33 грн. без ПДВ. В якості доказу ПАТ «Запоріжтрансформатор» були надані копії таких листів. Таким чином, ТОВ «Енерджі Сервіс» у своїй пропозиції конкурсних торгів по лоту № 3 зазначило ціну на трансформатор, яка була визначена виробником продукції - ПАТ «Запоріжтрансформатор».<...>*
- 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 «Запоріжтрансформатор», 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.*
- Разом з тим, за інформацією, наданою ПАТ «Запоріжтрансформатор» листом від 21.02.17 № 1/02-н-17671, ДП «Мекомсервіс» не придбавало у Товариства на протязі 2016 року – поточного періоду 2017 року устаткування для об'єктів ПАТ «Полтаваобленерго». Крім того, згідно листа ПАТ «Запоріжтрансформатор» 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».*
- (33) В описово-мотивувальній частині Рішення № 02/44-рш зазначено, що Учасники у кошторисній документації вказали однакову вартість трансформатора, що був складовою предмета закупівлі за лотом № 3, внаслідок чого адміністративною колегією Відділення зроблено 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 Сервіс».

Таким чином, суб'єкти господарювання – учасники процедури закупівлі по лоту № 3 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».

- (34) У Рішенні № 02/44-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 № 02/44-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 Сервіс» здійснено при неповному з'ясуванні обставин, які мають значення для Справи.
- (35) В описово-мотивувальній частині Рішення № 02/44-рш наведено аналіз локальних кошторисів ДП «Мекомсервіс» і ТОВ «Енерджі Сервіс» на придбання устаткування, № 2-2-2 (електротехнічні рішення) та на придбання обладнання № 2-3-2 (релейний захист), за результатом якого Відділенням було встановлено, що вартість устаткування в локальному кошторисі № 2-2-2 обох Учасників відрізняється на 10 відсотків по 17 позиціях із 18 (виняток: вартість трансформатора силового масляного – в Учасників вартість однакова), у локальному кошторисі № 2-3-2 (релейний захист) вартість обладнання за всіма 5 позиціями також відрізняється на 10 відсотків.
- (36) Крім цього, в описово-мотивувальній частині Рішення № 02/44-рш зазначено: «...територіальним відділенням був встановлений факт, згідно якого ДП «Мекомсервіс» повністю продублювало ціни по деяких позиціях локального кошторису № 2-2-2 ТОВ «Енерджі Сервіс» по лоту № 3 процедури закупівлі ПАТ «Полтаваобленерго» робіт з модернізації ПС «Гребінка» 110/35/10 кВ (I етап) у своєму локальному кошторисі № 2-2-2 по лоту № 4...»
- (37) У зв'язку з наведеним, адміністративною колегією Відділення зроблено висновок: «...територіальним відділенням проведено дослідження обставин, пов'язаних з формуванням розрахунку цінової складової пропозицій, зроблених кожним з учасників на предмет їх економічного походження та встановлено, що цінові складові учасників в частині придбання устаткування для виконання робіт, передбачених ДКТ ПАТ «Полтаваобленерго», не мають жодного економічного походження та обґрунтування та встановлені із застосуванням кореляційного методу».
- (38) Крім цього, адміністративна колегія Відділення зазначає, що оскільки чистий дохід ДП «Мекомсервіс» за 2015 рік від реалізації продукції (товарів, робіт, послуг) становив 13 794 600 грн та «...враховуючи вартість предмета закупівлі по лоту № 3 та обсяг виконання робіт, передбачений ДКТ Замовника, Підприємство фактично не мало фінансової можливості виконувати ці роботи».
- (39) 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).

- (40) З матеріалів Справи вбачається, що обставини отримання ТОВ «Енерджі Сервіс» 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.
- (41) Крім того, Відділенням зроблено (відображено у Рішенні № 02/44-рш) аналіз лише двох локальних кошторисів, тоді як інші локальні кошториси та розрахунки цінових пропозицій ДП «Мекомсервіс» і ТОВ «Енерджі Сервіс» залишились поза увагою Відділення.
- (42) Наприклад, обидва Учасники у своїх локальних кошторисах зазначають використання тягача сідельного марки IVEKO Euro Trakker 440 з напівприцепом-самоскидом.
- (43) Натомість у довідці ТОВ «Енерджі Сервіс» про наявність обладнання та матеріально-технічної бази, так само, як і в довідці ДП «Мекомсервіс», не зазначено про наявність такого транспортного засобу.
- (44) З матеріалів Справи вбачається, що **Відділення не досліджувало** обставини, за яких обидва Учасники вказали у своїх локальних кошторисах однакові транспортні засоби.
- (45) Відповідно до ДКТ оцінка конкурсних пропозицій здійснюється на основі таких критеріїв:
- а) ціна тендерної пропозиції (максимальна кількість балів за критерієм – 80);
 - б) умови оплати (максимальна кількість балів за критерієм – 20).
- (46) Отже, зі зменшенням ціни пропозиції зростає вірогідність перемоги в Торгах. За таких обставин суб'єкт господарювання, який бере участь у конкурсній процедурі закупівлі, для забезпечення своєї перемоги пропонував би кращі умови за найнижчими цінами. Ці задачі відповідають принципам ефективної конкуренції на основі показників діяльності та власних досягнень суб'єкта господарювання.
- (47) Разом з тим, з аналізу локальних кошторисів Учасників вбачається, що вартість товарів (обладнання, будівельних матеріалів), які включені до локальних кошторисів ДП «Мекомсервіс» є значно вищою від вартості, що вказана у локальних кошторисах ТОВ «Енерджі Сервіс» на подібні товари.
- (48) Наприклад, в Учасників у локальних кошторисах № 6-1-1 вартість гарячекатаної арматурної сталі періодичного профілю становить: у ТОВ «Енерджі Сервіс» – 13 088,03 грн за 1 т, тоді як у ДП «Мекомсервіс» – 16 988,42 грн за 1 т, що на 29,8 відсотків більше; така сама різниця (29,8 відсотків) на вартість гарячекатаної арматурної гладкої сталі, сталі кутової.
- (49) 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 Сервіс» в цьому програмному комплексі (штатні, позаштатні, залучені), не з'ясовано інші обставини використання Учасниками програмного комплексу АВК (ліцензії, договори купівлі-продажу тощо).
- (50) **Отже, висновки адміністративної колегії Відділення, зазначені у пунктах 36 та 37 цього рішення, є передчасними та такими, що зроблені при неповному з'ясуванні всіх обставин, які мають значення для справи.**
- (51) У Рішенні № 02/44-рш зазначено про наявність господарських відносин між Учасниками Процедури закупівлі у 2013-2015 роках. При цьому матеріали Справи не містять документів, які б підтверджували дослідження Відділенням питання наявності зобов'язань, у тому числі фінансових, на момент участі ДП «Мекомсервіс» і ТОВ «Енерджі Сервіс» у Торгах.

- (52) В описово-мотивувальній частині Рішення № 02/44-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 Сервіс», наданих листом від 27.04.17, встановлено наступне. Як зазначає Товариство цілеспрямованих дій щодо передачі інформації про ціни, визначені у локальних кошторисах, посадові особи Товариства не вчиняли, нікому ніяких відомостей не повідомляли. Керівництво ТОВ «Енерджі Сервіс» вважає за потрібне провести перевірку та надати повну оцінку даної ситуації. Крім того, Товариство припускає, що оскільки ТОВ «Енерджі Сервіс» мало раніше договірні відносини з ДП «Мекомсервіс» (деякі працівники знайомі між собою), то хтось з працівників при спілкуванні з працівниками ДП «Мекомсервіс» щодо виконання договірних зобов'язань міг надати інформацію щодо даних, викладених у кошторисах ТОВ «Енерджі Сервіс» і своїми безвідповідальними діями допустив витік інформації. Крім того, Товариство у своїх доповненнях також зазначило, що жодних умисних дій посадові особи Товариства не допускали».
- (53) На підставі вищенаведеного адміністративна колегія Відділення в описово-мотивувальній частині Рішення № 02/44-рш дійшла до такого висновку: «...встановлені територіальним відділенням обставини щодо ознак погодженої поведінки ТОВ «Енерджі Сервіс» та ДП «Мекомсервіс» під час участі у процедурі закупівлі, проведеної ПАТ «Полтаваобленерго» у березні 2016 року по закупівлі робіт з модернізації ПС «Гребінка» 110/35/10кВ в м. Гребінка (І етап) (лот № 3) виникли не внаслідок свідомої змови ТОВ «Енерджі Сервіс» з ДП «Мекомсервіс», а внаслідок неправомірних дій працівників ТОВ «Енерджі Сервіс», 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».
- (54) **Такий висновок зроблено адміністративною колегією Відділення при неповному з'ясуванні обставин, які мають значення для Справи.**
- (55) Так, під час розслідування Справи Відділенням не було досліджено, зокрема, такі обставини:
- наявність фінансових зобов'язань між ДП «Мекомсервіс» і ТОВ «Енерджі Сервіс»;
 - існування спільних працівників, зокрема працівників, які могли залучатись (були залучені) до підготовки документів, що містилися в пропозиціях 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 Сервіс» та ДП «Мекомсервіс».
- (56) До того ж, адміністративна колегія Відділення не надала належної оцінки наявним зв'язкам ТОВ «Енерджі Сервіс» і ТОВ «Енерджі Інжиніринг», зокрема залишилось поза увагою адміністративної колегії Відділення те, що на момент участі у Процедурі закупівлі вказані суб'єкти господарювання знаходились за однією адресою, мали сталі господарські відносини, однаково, разом з ДП «Мекомсервіс», вказали у своїх локальних кошторисах інформацію про використання тягача сідельного марки IVEKO Euro Trakker 440 з напівприцепом-самоскидом.

- (57) В описово-мотивувальній частині Рішення № 02/44-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 Сервіс».
- Таким чином, дії ПАТ «Полтаваобленерго», призвели до того, що ДП «Мекомсервіс» здобуло можливість приймати участь у торгах задля забезпечення перемоги ТОВ «Енерджі Сервіс» по лоту № 3 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). <...>
- Враховуючи, що дії ПАТ «Полтаваобленерго» не призвели до завдання збитків окремим особам чи суспільству, оскільки за результатом укладеного договору з ТОВ «Енерджі Сервіс» роботи фактично не виконані, відповідно кошти не сплачені, адміністративною колегією територіального відділення ПАТ «Полтаваобленерго» були надані рекомендації від 12.04.17 № 02/1909-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».
- (58) 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.
- (59) Процедура закупівлі проводилась відповідно до Закону України «Про здійснення державних закупівель» від 10.04.2014 №1197-VII (далі – Закон № 1197-VII).
- (60) Відповідно до частини четвертої 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.
- (61) 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.
- (62) 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.
- (63) 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 компетенції Антимонопольного комітету України.

- (64) 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, що зазначені в пунктах 58, 60, 62 та 63 цього рішення.
- (65) Адміністративна колегія Відділення в описово-мотивувальній частині Рішення № 02/44-рш зазначила, що дії ТОВ «Енерджі Сервіс» 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.
- (66) При цьому в описово-мотивувальній частині Рішення № 02/44-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 Сервіс» з ПАТ «Полтаваобленерго» не сплачені, роботи не виконувались».*
- (67) 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).
- (68) 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.
- (69) Як зазначалось в абзаці п'ятнадцятому 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».*
- (70) 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.**
- (71) 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.

- (72) 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

- (73) Листом від 23.02.2018 № 96 (вх. Комітету № 8-01/2327 від 27.02.2018), ТОВ «Енерджі Сервіс» у відповідь на Подання про перевірку просить не передавати справу на новий розгляд.
- (74) 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), не спростовують висновків Комітету, викладених у цьому рішенні.
- (75) 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.
- (76) 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

- (77) 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.
- (78) За результатами перевірки Рішення № 02/44-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 № 02/44-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 № 02/44-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 Сервіс» 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 Сервіс» проектної документації, необхідної для здійснення розрахунку цінових пропозицій;
 - не здійснено порівняльний аналіз обсягу робіт (витрат), визначеного в проектній документації Замовника, з обсягом робіт, що включені Учасниками до своїх цінових пропозицій;
 - не досліджено наявність фінансових зобов'язань між 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 Сервіс» і ДП «Мекомсервіс»;
- не надано належної оцінки зв'язкам ТОВ «Енерджі Сервіс» і ТОВ «Енерджі Інжиніринг», а також можливостям вказаних суб'єктів господарювання впливати на умови ведення ДП «Мекомсервіс» своєї господарської діяльності, в тому числі умови участі у конкурсних процедурах закупівлі.

- (79) Внаслідок неповного з'ясування обставин, які мають значення для Справи, невідповідності висновків, викладених у Рішенні № 02/44-рш, обставинам Справи адміністративною колегією Відділення було прийнято необґрунтоване Рішення № 02/44-рш про закриття провадження у Справі щодо ТОВ «Енерджі Сервіс» та ДП «Мекомсервіс» на підставі частини третьої статті 46 Закону України «Про захист економічної конкуренції» (пункт 2 резолютивної частини Рішення № 02/44-рш).
- (80) Адміністративною колегією Відділення неправильно застосовано норми матеріального права, що зазначені у пунктах 58, 60, 62 та 63 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 Сервіс» та ДП «Мекомсервіс».
- (81) Отже, є підстави для скасування Рішення № 02/44-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 № 02/44-рш у справі № 02-01-50/27-2017 скасувати, а справу № 02-01-50/27-2017 передати на новий розгляд.

Голова Комітету

Ю. ТЕРЕНТЬЄВ