



АНТИМОНОПОЛЬНИЙ КОМІТЕТ УКРАЇНИ

РІШЕННЯ

26 липня 2018 р.

Київ

№ 373-р

Про перевірку рішення адміністративної
колегії Херсонського обласного територіального
відділення Антимонопольного комітету
України від 05.07.2016 № 42-р/к у справі № 1/2-16

Антимонопольний комітет України (далі – Комітет), розглянувши подання державного уповноваженого Антимонопольного комітету України В. Полюховича від 21.06.2017 № 13-01/88/218-зв та відповідні матеріали,

ВСТАНОВИВ:

I. ПРЕДМЕТ ПЕРЕВІРКИ

- (1) Рішення адміністративної колегії Херсонського обласного територіального відділення Антимонопольного комітету України від 05.07.2016 № 42-р/к у справі № 1/2-16 (далі – Справа).

II. СТОРОНИ У СПРАВІ

- (2) Відповідачі у Справі:

- товариство з обмеженою відповідальністю фірма «Кайсар ЛТД» (далі – ТОВ фірма «Кайсар ЛТД») (вул. Нафтовиків, буд. 50, м. Херсон, 73009, ідентифікаційний код юридичної особи 23137670);
- дочірнє підприємство «Херсонський облавтодор» відкритого акціонерного товариства «Державна акціонерна компанія «Автомобільні дороги України» (далі – ДП «Херсонський облавтодор») (вул. Поповича, буд. 23, м. Херсон, 73036, ідентифікаційний код юридичної особи 31918234).

III. ПІДСТАВИ ПЕРЕВІРКИ

- (3) Перевірка рішення адміністративної колегії Херсонського обласного територіального відділення Антимонопольного комітету України від 05.07.2016 № 42-р/к у справі № 1/2-16 здійснюється за власною ініціативою.

IV. ПРОЦЕДУРНІ ДІЇ У СПРАВІ

- (4) Адміністративна колегія Херсонського обласного територіального відділення Антимонопольного комітету України (далі – адміністративна колегія Відділення) прийняла рішення від 05.07.2016 № 42-р/к у Справі, яким закрила розгляд справи у зв'язку з недоведенням вчинення порушення законодавства про захист економічної конкуренції.

V. РІШЕННЯ АДМІНІСТРАТИВНОЇ КОЛЕГІЇ ВІДДІЛЕННЯ

- (5) Відповідно до резолютивної частини рішення від 05.07.2016 № 42-р/к у Справі

(далі – **Рішення № 42-р/к**) адміністративна колегія Відділення вирішила:

- (6) *«Закрити розгляд справи від 13.01.2016 № 1/2-16 у зв'язку з не доведенням вчинення Товариством з обмеженою відповідальністю фірма «Кайсар ЛТД» (код ЄДРПОУ 23137670) та Дочірнім підприємством «Херсонський облавтодор» Відкритого акціонерного товариства «Державна акціонерна компанія «Автомобільні дороги України» (код ЄДРПОУ 31918234) порушення законодавства про захист економічної конкуренції».*

VI. ПРОЦЕДУРНІ ДІЇ З ПЕРЕВІРКИ РІШЕННЯ

- (7) Розпорядженням державного уповноваженого Комітету від 24.04.2017 № 06/92-р розпочато провадження з перевірки Рішення № 42-р/к за власною ініціативою.
- (8) Державним уповноваженим Комітету складено подання від 21.06.2017 № 13-01/88/218-зв про перевірку рішення адміністративної колегії Херсонського обласного територіального відділення Комітету від 05.07.2016 № 42-р/к у справі № 1/2-16 (далі – Подання про перевірку).
- (9) Подання про перевірку направлено листами від 22.06.2017 № 200-29/06-6775 (ТОВ фірма «Кайсар ЛТД»), від 22.06.2017 № 200-29/06-6778 (ДП «Херсонський облавтодор») та від 22.06.2017 № 200-29/06-6776 (Херсонське обласне територіальне відділення Комітету).

VII. ПЕРЕВІРКА РІШЕННЯ

- (10) За результатами аналізу Рішення № 42-р/к та матеріалів Справи встановлено наступне.
- (11) На виконання доручення Комітету від 23.07.2015 № 13-01/566 Херсонське обласне територіальне відділення Антимонопольного комітету України (далі – Відділення) здійснювало дослідження з питань дотримання законодавства про захист економічної конкуренції учасниками тендерів із закупівлі робіт у 2014-2015 роках з реконструкції, будівництва, ремонту та експлуатаційного утримання автомобільних доріг.
- (12) Служба автомобільних доріг у Херсонській області Державного агентства автомобільних доріг України (далі – Замовник) проводила такі закупівлі із застосуванням процедури відкритих торгів (далі – Процедури закупівель):
- поточного ремонту та експлуатаційного утримання автомобільних доріг загального користування місцевого значення Херсонської області [згідно з оголошенням № 185621 про проведення закупівлі, опублікованим у державному офіційному друкованому виданні з питань державних закупівель від 28.10.2013 № 85(828)] (далі – Торги-1);
 - поточного ремонту та експлуатаційного утримання автомобільних доріг загального користування державного значення Херсонської області (лот № 1 – зимове утримання, ремонт та утримання земляного полотна, дорожнього одягу, покриття, штучних споруд, проведення вагового контролю, аварійні роботи, послуги з технічного нагляду; лот № 2 – ремонт і утримання дорожніх пристроїв та облаштування доріг) [згідно з оголошенням № 185605 про проведення закупівлі, опублікованим у державному офіційному друкованому виданні з питань державних закупівель від 28.10.2013 № 85(828)] (далі – Торги-2);
 - поточного ремонту та експлуатаційного утримання автомобільних доріг загального користування Херсонської області (лот 1 – поточний ремонт та експлуатаційне утримання автомобільних доріг загального користування державного значення Херсонської області; лот 2 – поточний ремонт та експлуатаційне утримання автомобільних доріг загального користування місцевого значення Херсонської області) [згідно з оголошенням про проведення закупівлі, опублікованим у

державному офіційному друкованому виданні з питань державних закупівель від 03.03.2014 № 18(864)] (далі – Торги-3).

- (13) Для участі у Процедурах закупівель свої пропозиції надали такі суб'єкти господарювання (див. табл.).

Таблиця

№ з/п	Назва суб'єкта господарювання – учасника закупівлі	Примітка
ТОРГИ-1		
1	ДП «Херсонський облавтодор»	
2	ТОВ фірма «Кайсар ЛТД»	
ТОРГИ-2		
1	ДП «Херсонський облавтодор»	Лоти 1 та 2
2	ТОВ фірма «Кайсар ЛТД»	Лоти 1 та 2
3	ТОВ «Кримський виробничий експлуатаційно-технічний вузол зв'язку» (м. Сімферополь, ідентифікаційний код 38373154)	Лот 2
4	Державне підприємство дорожнього зв'язку, інформаційного забезпечення та автоматики «Укрдорзв'язок» (м. Київ, ідентифікаційний код 05422987)	Лот 2 Пропозиція відхилена як така, що не відповідає умовам документації конкурсних торгів
ТОРГИ-3		
1	ДП «Херсонський облавтодор»	
2	ТОВ фірма «Кайсар ЛТД»	
3	ТОВ «Будівельна компанія «Дорлідер» (Одеська обл., ідентифікаційний код 37468590)	

- (14) Замовник визнав переможцем Торгів-1, Торгів-2 та Торгів-3 ДП «Херсонський облавтодор». Із ДП «Херсонський облавтодор» Замовник уклав договори:
- Торги-1 – договір від 14.01.2014 № 3М-ОАД/14 на закупівлю поточного ремонту та експлуатаційного утримання автомобільних доріг загального користування місцевого значення Херсонської області (далі – Договір № 3М-ОАД/14) на загальну суму 15 978 539,00 грн з ПДВ;
 - Торги-2, лот 1 – договір від 14.01.2014 № 1Д-ОАД/14 на закупівлю поточного ремонту та експлуатаційного утримання автомобільних доріг загального користування державного значення Херсонської області (далі – Договір № 1Д-ОАД/14) на загальну суму 23 315 616,00 грн з ПДВ;
 - Торги-2, лот 2 – договір від 14.01.2014 № 2-ОАД/14 на закупівлю поточного ремонту та експлуатаційного утримання автомобільних доріг загального користування державного значення Херсонської області (далі – Договір № 2-ОАД/14) на загальну суму 602 396,00 грн з ПДВ;
 - Торги-3, лот 1 – договір від 13.06.2014 № 4Д-ОАД/14 на закупівлю поточного ремонту та експлуатаційного утримання автомобільних доріг загального користування Херсонської області (Поточний ремонт та експлуатаційне утримання автомобільних доріг загального користування державного значення Херсонської області) (далі – Договір № 4Д-ОАД/14) на загальну суму 26 363 467,40 грн з ПДВ;
 - Торги-3, лот 2 – договір від 13.06.2014 № 5М-ОАД/14 на закупівлю поточного ремонту та експлуатаційного утримання автомобільних доріг загального користування Херсонської області (Поточний ремонт та експлуатаційне утримання автомобільних доріг загального користування місцевого значення Херсонської області) (далі – Договір № 5М-ОАД/14) на загальну суму 21 788 473,20 грн з ПДВ.
- (15) Відповідно до наведених договорів Замовник забезпечує фінансування робіт за рахунок коштів Державного бюджету України.

- (16) В описово-мотивувальній частині Рішення № 42-р/к зазначено, що в документах, які були надані ТОВ фірма «Кайсар ЛТД» та ДП «Херсонський облавтодор» у складі своїх пропозицій для участі у Процедурах закупівель, а також в інших документах, які супроводжували закупівлі, виявлені схожості в оформленні, а саме: ідентичність змісту та оформлення тексту запиту на отримання документації конкурсних торгів; ідентичність оформлення тексту на конвертах, в яких подавались пропозиції конкурсних торгів; однаковий текст та оформлення довідок про те, що учасника не було притягнуто згідно із законом до відповідальності за вчинення у сфері державних закупівель корупційного правопорушення; послідовність номерів витягів з реєстру платників податку на додану вартість (у ТОВ фірми «Кайсар ЛТД» – № 1421034500122 та № 1421034500115 у ДП «Херсонський облавтодор»).
- (17) Адміністративна колегія Відділення дійшла висновку, що виявлені збіги в документах ДП «Херсонський облавтодор» і ТОВ фірми «Кайсар ЛТД» є недостатніми для висновку про вчинення ТОВ фірмою «Кайсар ЛТД» та ДП «Херсонський облавтодор» порушення законодавства про захист економічної конкуренції, передбаченого пунктом 1 статті 50, пунктом 4 частини другої статті 6 Закону України «Про захист економічної конкуренції», у вигляді антиконкурентних узгоджених дій, які стосуються спотворення результатів торгів.
- (18) У зв'язку з наведеним адміністративна колегія Відділення прийняла Рішення № 42-р/к про закриття провадження у справі № 1/2-16 без прийняття рішення по суті на підставі статті 49 Закону України «Про захист економічної конкуренції» у зв'язку з недоведенням вчинення порушення.

VIII. ПІДСТАВИ ДЛЯ СКАСУВАННЯ РІШЕННЯ

- (19) За результатами аналізу Рішення № 42-р/к та матеріалів Справи встановлено, зокрема, наступне.
- (20) ***Відсутній аналіз цінових пропозицій учасників Процедур закупівель.***
- (21) Відповідно до документації конкурсних торгів (далі – ДКТ), на підставі якої проводились Процедури закупівель, учасники закупівель повинні надати в складі пропозицій конкурсних торгів опис предмета закупівлі та розрахунок договірної ціни, згідно з додатками до ДКТ, в яких, зокрема, наведено технічні завдання (найменування робіт та витрат, їх кількість).
- (22) Разом з тим, як вбачається зі змісту Рішення № 42-р/к, Відділенням не було проаналізовано цінові пропозиції ТОВ фірми «Кайсар ЛТД» і ДП «Херсонський облавтодор» та інших суб'єктів господарювання, які надали свої пропозиції для участі у Торгах-2 та Торгах-3, зокрема, не з'ясовано питання щодо можливого завищення цінових пропозицій на послуги поточного ремонту та експлуатаційного утримання автомобільних доріг загального користування Херсонської області та не з'ясовано питання щодо спільної (узгодженої) підготовки ДП «Херсонський облавтодор» та ТОВ фірмою «Кайсар ЛТД» своїх цінових пропозицій.
- (23) ***Відсутній аналіз господарських відносин між суб'єктами господарювання, які брали участь у Процедурах закупівель.***
- (24) З матеріалів Справи вбачається, що між ТОВ фірмою «Кайсар ЛТД» та ДП «Херсонський облавтодор» існували господарські відносини, зокрема, внаслідок укладеного між вказаними суб'єктами господарювання договору від 11.04.2013 № 18 на закупівлю послуг з поточного ремонту та експлуатаційного утримання автомобільних доріг загального користування державного та місцевого значення Херсонської області (далі – Договір № 18).
- (25) Водночас, за інформацією Державної податкової інспекції у місті Херсоні Головного управління ДФС у Херсонській області (том 6), господарські

відносини між ДП «Херсонський облавтодор» і ТОВ фірмою «Кайсар ЛТД» існували з березня 2012 року.

- (26) Внаслідок наявності сталих господарських відносин між учасниками конкурсних закупівель усувається або відчутно зменшується взаємна невизначеність щодо їх поведінки під час участі в закупівлях, оскільки наявність господарських відносин зумовлює виникнення у суб'єктів господарювання, які пов'язані такими відносинами, певних прав та обов'язків, крім того, такі відносини свідчать про обізнаність учасників стосовно діяльності та фінансової спроможності один одного.
- (27) У період з 01.07.2013 по 31.03.2014, тобто і в період проведення Процедур закупівель, ДП «Херсонський облавтодор» (як підрядник) залучало ТОВ фірму «Кайсар ЛТД» як субпідрядника в рамках Договору № 18 до надання послуг (виконання робіт) з поточного ремонту та експлуатаційного утримання автомобільних доріг загального користування Херсонської області.
- (28) При цьому обсяг послуг (робіт), які надавала (виконувала) ТОВ фірма «Кайсар ЛТД» для ДП «Херсонський облавтодор» в рамках Договору № 18, становить 79,98 відсотка усіх послуг (робіт), які надавала (виконувала) ТОВ фірма «Кайсар ЛТД» у період з 01.07.2013 по 31.03.2014.
- (29) Незважаючи на те, що в матеріалах Справи наявні документи, які підтверджують сталі господарські відносини між ДП «Херсонський облавтодор» і ТОВ фірмою «Кайсар ЛТД», які безпосередньо пов'язані з поточним ремонтом та експлуатаційним утриманням автомобільних доріг загального користування Херсонської області, зазначений факт не було відображено в Рішенні № 42-р/к та йому не надано належної оцінки.
- (30) З матеріалів Справи вбачається, що послуги за Договором № 3М-ОАД/14 (Торги-1) і за Договором № 1Д-ОАД/14 (Торги-2, Лот 1) виконували філії ДП «Херсонський облавтодор».
- (31) При цьому Відділення не з'ясувало обставин щодо порядку виконання Договору № 4Д-ОАД/14 (Торги-3, Лот 1) і Договору № 5М-ОАД/14 (Торги-3, Лот 2), зокрема, чи було залучено до надання послуг за цими договорами як субпідрядника ТОВ фірму «Кайсар ЛТД».
- (32) З матеріалів Справи вбачається, що з метою виконання Договору № 2-ОАД/14 (Торги-2, Лот 2) ДП «Херсонський облавтодор» залучало ТОВ «Кримський виробничий експлуатаційно-технічний вузол зв'язку» (далі – ТОВ «КВЕТВЗ») та Державне підприємство дорожнього зв'язку, інформаційного забезпечення та автоматики «Укрдорзв'язок» (далі – ДП «Укрдорзв'язок») в особі відокремленого підрозділу «Кримський вузол дорожнього зв'язку» (без статусу юридичної особи, ідентифікаційний код 03448468, м. Сімферополь) (далі – ВП «Кримський ВДЗ»), що підтверджується довідками про вартість виконаних будівельних робіт та витрат й актами приймання виконаних будівельних робіт за січень – лютий 2014 року.
- (33) Водночас ТОВ «КВЕТВЗ» та ДП «Укрдорзв'язок» також подавали свої пропозиції для участі у Торгах-2 за лотом 2 (див. табл.).
- (34) Оскільки відповідачем у Справі є ДП «Херсонський облавтодор» та предметом розгляду Справи були антиконкурентні узгоджені дії суб'єктів господарювання, які стосувались спотворення результатів торгів, зокрема Торгів-2, під час розгляду Справи Відділенням мали бути з'ясовані всі обставини залучення ДП «Херсонський облавтодор» як субпідрядників ТОВ «КВЕТВЗ» і ВП «Кримський ВДЗ» та не надано належної оцінки цим обставинам.
- (35) Крім того, Відділенням не досліджено питання наявності між учасниками Процедур закупівель інших господарських відносин, які, зокрема, можуть полягати у наданні

фінансової допомоги.

- (36) *Не досліджено питання наявності в учасників Процедур закупівель матеріально-технічних, людських ресурсів, які є необхідними для надання послуг (виконання робіт), що купувались у рамках Процедур закупівель.*
- (37) Для підтвердження наявності обладнання та матеріально-технічної бази, у тому числі власних виробничих потужностей та/або центрів обслуговування на території України, учасники Процедур закупівель повинні надати інформаційні довідки, складені згідно з формою, зазначеною в додатку 1 до ДКТ (Торги 1-3), з переліком основних видів обладнання, машин та механізмів, зокрема транспортних засобів (далі – Інформаційні довідки МТБ).
- (38) Відповідно до Інформаційних довідок МТБ, які знаходяться у складі пропозицій ДП «Херсонський облавтодор» і ТОВ фірми «Кайсар ЛТД», вбачається, що ДП «Херсонський облавтодор» забезпечене власними виробничими потужностями, тоді як ТОВ фірма «Кайсар ЛТД» зазначило про наявність у нього орендованих транспортних засобів.
- (39) Під час розслідування у Справі Відділення не встановило власника (орендодавця) транспортних засобів, які орендувало ТОВ фірма «Кайсар ЛТД» та про які зазначило у своїх Інформаційних довідках МТБ, зокрема, не з'ясовано, чи є такою особою ДП «Херсонський облавтодор».
- (40) Також під час розслідування у Справі не було досліджено трудові відносини працівників ДП «Херсонський облавтодор» і ТОВ фірми «Кайсар ЛТД» та інших суб'єктів господарювання, які надавали свої пропозиції для участі у Процедурах закупівель.

ІХ. СПРОСТУВАННЯ ЗАПЕРЕЧЕНЬ ВІДПОВІДАЧІВ

- (41) ТОВ фірма «Кайсар ЛТД» на Подання про перевірку Рішення № 42-р/к листом від 30.06.2017 № 30/06-1 (вх. Комітету № 8-01/6679 від 10.07.2017) повідомило, що зазначене подання є неправомірним, оскільки строк для перевірки рішення вичерпано.
- (42) Підставою для такого твердження, на думку ТОВ фірми «Кайсар ЛТД», є частина друга статті 57 Закону України «Про захист економічної конкуренції», яка передбачає, що заява про перевірку рішення може бути подана до Комітету у двомісячний строк з дня одержання рішення і цей строк не може бути відновлено.
- (43) Таке твердження ТОВ фірми «Кайсар ЛТД» не береться до уваги, оскільки перевірка Рішення № 42-р/к здійснювалась не на підставі заяви, а з власної ініціативи, відтак імперативна норма частини другої статті 52 Закону України «Про захист економічної конкуренції» в цьому випадку не застосовується.
- (44) ДП «Херсонський облавтодор» листом від 29.06.2017 № 04-12/616 (вх. Комітету № 8-01/6409 від 03.07.2017) надало свої пояснення щодо змісту Подання про перевірку Рішення № 42-р/к, які не впливають на зміст цього рішення та спростовуються матеріалами Справи.
- (45) На Подання про перевірку Рішення № 42-р/к Відділення листом від 27.06.2017 № 13-2/842 (вх. Комітету № 12-01/4495 від 03.07.2017) повідомило, зокрема, про визнання необхідності проведення додаткового дослідження з метою підтвердження наявності в діях ДП «Херсонський облавтодор», ТОВ фірми «Кайсар ЛТД», ВП «Кримський ВДЗ» і ТОВ «КВЕТВЗ» ознак порушення законодавства про захист економічної конкуренції у вигляді антиконкурентних узгоджених дій, що стосуються спотворення результатів торгів.
- (46) 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.**

- (47) За результатами перевірки Рішення № 42-р/к встановлено, що під час розслідування у Справі Відділенням неповно з'ясовані всі обставини, які мають значення для Справи та не надана належна оцінка наявним у матеріалах Справи обставинам, зокрема:
- не проаналізовані цінові пропозиції учасників Процедур закупівель;
 - не проаналізовані факти спільної участі ДП «Херсонський облавтодор» і ТОВ фірми «Кайсар ЛТД» у конкурсних процедурах закупівель;
 - не проаналізовано та не надано належної оцінки господарським відносинам, які існували між суб'єктами господарювання, які брали участь у Процедурах закупівель;
 - не досліджено питання наявності в учасників Процедур закупівель матеріально-технічних, людських ресурсів, які є необхідними для надання послуг (виконання робіт), що купувались у рамках Процедур закупівель;
 - інші обставини, які могли б свідчити про узгодження ДП «Херсонський облавтодор» і ТОВ фірмою «Кайсар ЛТД» своєї поведінки під час участі у Процедурах закупівель.
- (48) Отже, адміністративна колегія Відділення неповно з'ясувала всі обставини, які мають значення для Справи, внаслідок чого було прийнято Рішення № 42-р/к, в якому висновок щодо недоведення вчинення ДП «Херсонський облавтодор» і ТОВ фірмою «Кайсар ЛТД» порушення законодавства про захист економічної конкуренції та закриття провадження у Справі без прийняття рішення по суті не відповідає обставинам Справи.
- (49) Відтак є підстави для скасування Рішення № 42-р/к та направлення Справи на новий розгляд 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 Херсонського обласного територіального відділення Антимонопольного комітету України від 05.07.2016 № 42-р/к у справі № 1/2-16 скасувати і направити справу № 1/2-16 на новий розгляд.