



АНТИМОНОПОЛЬНИЙ КОМІТЕТ УКРАЇНИ

РІШЕННЯ

21 березня 2019 р.

Київ

№ 177-р

Про перевірку рішення адміністративної колегії
Харківського обласного територіального відділення
Антимонопольного комітету України
від 25.03.2015 № 74-р/к у справі № 2/01-03-15

Антимонопольний комітет України (далі – **Комітет**), розглянувши подання державного уповноваженого Комітету від 25.09.2018 № 8-01/10280/336-зв та відповідні матеріали,

ВСТАНОВИВ:

1. ПРЕДМЕТ ПЕРЕВІРКИ

- (1) Рішення адміністративної колегії Харківського обласного територіального відділення Антимонопольного комітету України (далі – **територіальне відділення**) від 25.03.2015 № 74-р/к у справі № 2/01-03-15.

2. ПІДСТАВА ДЛЯ ПЕРЕВІРКИ

- (2) Заява товариства з обмеженою відповідальністю «БЕНІШ ДЖІ ПІ ЕС УКРАЇНА» від 19.11.2015 № 431-15 (вх. № 8-01/10280 від 20.11.2015) (далі – **Заява**) про перевірку рішення адміністративної колегії територіального відділення від 25.03.2015 № 74-р/к у справі № 2/01-03-15.

3. ЗАЯВНИК У ПЕРЕВІРЦІ

- (3) Заявником щодо перевірки рішення адміністративної колегії територіального відділення від 25.03.2015 № 74-р/к у справі № 2/01-03-15 є товариство з обмеженою відповідальністю «БЕНІШ ДЖІ ПІ ЕС УКРАЇНА» (ідентифікаційний код юридичної особи: 32485166; місцезнаходження юридичної особи: 03113, м. Київ, вул. Миколи Василенка, буд. 2; далі – **ТОВ «БЕНІШ ДЖІ ПІ ЕС УКРАЇНА», Заявник**).

4. ПРОЦЕДУРНІ ДІЇ ЩОДО ПЕРЕВІРКИ РІШЕННЯ

- (4) Заява надійшла до Комітету 20.11.2015.
- (5) Листом від 21.12.2015 № 20-29/02-12736 Комітет повідомив ТОВ «БЕНІШ ДЖІ ПІ ЕС Україна» про залишення Заяви без руху та запропонував у десятиденний строк із дня одержання цього листа усунути визначені в ньому недоліки Заяви.

- (6) Листом від 06.01.2016 № 2-26 (вх. № 8-01/243 від 12.01.2016) ТОВ «БЕНІШ ДЖІ ПІ ЕС УКРАЇНА» надало додаткову інформацію та матеріали до Заяви й уточнило вимоги, що містилися в Заяві.
- (7) Розпорядженням державного уповноваженого Комітету від 22.02.2016 № 04/36-р Заяву прийнято до розгляду.
- (8) Рішення адміністративної колегії територіального відділення від 25.03.2015 № 74-р/к у справі № 2/01-03-15 оскаржувалось у судах у порядку господарського судочинства (судова справа № 922/5616/15). Обставини, які підлягали встановленню в судовій справі № 922/5616/15, мали значення для розгляду Заяви, у зв'язку із чим розгляд Заяви було зупинено розпорядженням державного уповноваженого Комітету до завершення розгляду судами справи № 922/5616/15.
- (9) Рішенням господарського суду Харківської області від 13.11.2017 у справі № 922/5616/15, залишеним без змін постановою Харківського апеляційного господарського суду від 13.02.2018 та постановою Верховного суду у складі колегії суддів Касаційного господарського суду від 12.06.2018, ТОВ «БЕНІШ ДЖІ ПІ ЕС УКРАЇНА» у задоволенні позову до територіального відділення про визнання недійсним рішення адміністративної колегії територіального відділення від 25.03.2015 № 74-р/к у справі № 2/01-03-15 відмовлено.
- (10) Розпорядженням державного уповноваженого Комітету від 25.09.2018 № 04/220-р поновлено розгляд Заяви ТОВ «БЕНІШ ДЖІ ПІ ЕС УКРАЇНА».

5. РІШЕННЯ У СПРАВІ

- (11) У рішенні адміністративної колегії територіального відділення від 25.03.2015 № 74-р/к у справі № 2/01-03-15 (далі – **Рішення**) постановлено:

«1. Визнати, що ТОВАРИСТВО З ОБМЕЖЕНОЮ ВІДПОВІДАЛЬНІСТЮ «БЕНІШ ДЖІ ПІ ЕС УКРАЇНА» (ідентифікаційний код - 32485166) та ТОВАРИСТВО З ОБМЕЖЕНОЮ ВІДПОВІДАЛЬНІСТЮ «СУПУТНИК - СЕК'ЮРІТІ» (ідентифікаційний код - 34299381), погодивши під час проведення торгів на закупівлю послуг з управління обчислювальними засобами 72.30.1 (послуг із забезпечення функціонування автоматизованої системи диспетчерського управління рухом міського наземного пасажирського транспорту комунального підприємства «Тролейбусне депо № 3»), що проводились КП «ТРОЛЕЙБУСНЕ ДЕПО № 3» у 2012 році, свої пропозиції конкурсних торгів з метою забезпечення перемоги ТОВ «БЕНІШ ДЖІ ПІ ЕС УКРАЇНА», вчинили порушення законодавства про захист економічної конкуренції, передбачене пунктом 4 частини другої статті 6, пунктом 1 статті 50 Закону України «Про захист економічної конкуренції», у вигляді антиконкурентних узгоджених дій, що стосуються спотворення результатів торгів.

2. Згідно з абзацом другим частини другої та частиною шостою статті 52 Закону України «Про захист економічної конкуренції» за порушення, передбачене в пункті 1 резолютивної частини цього рішення, накласти на ТОВАРИСТВО З ОБМЕЖЕНОЮ ВІДПОВІДАЛЬНІСТЮ «БЕНІШ ДЖІ ПІ ЕС УКРАЇНА» (ідентифікаційний код - 32485166) штраф у розмірі 68 000 (шістдесят вісім тисяч) гривень.

3. Згідно з абзацом другим частини другої та частиною шостою статті 52 Закону України «Про захист економічної конкуренції» за порушення, передбачене в пункті 1 резолютивної частини цього рішення, накласти на ТОВАРИСТВО З ОБМЕЖЕНОЮ ВІДПОВІДАЛЬНІСТЮ «СУПУТНИК - СЕК'ЮРІТІ» (ідентифікаційний код - 34299381) штраф у розмірі 10 500 (десять тисяч п'ятсот) гривень».

- (12) Копію Рішення ТОВ «БЕНІШ ДЖІ ПІ ЕС УКРАЇНА» отримало 27.10.2015.
- (13) Копію Рішення ТОВ «СУПУТНИК - СЕК'ЮРІТІ» отримало 27.10.2015.

6. ДОВОДИ ЗАЯВНИКА

- (14) У Заяві ТОВ «БЕНІШ ДЖІ ПІ ЕС УКРАЇНА» вказує на те, що адміністративною колегією територіального відділення при прийнятті Рішення не враховано, що «жодної норми чинного законодавства України із вимогами до форми відповідних документів, що подаються на конкурс, не існує як такої. Більше того, не виключеною є можливість наповнення їх на основі «шаблонних документів», що розміщені у широкому доступі, наприклад, в мережі Інтернет, до якої зверталось і ТОВ «БЕНІШ ДЖІ ПІ ЕС УКРАЇНА» при підготовці своєї пропозиції на конкурс».
- (15) Крім того, у Заяві ТОВ «БЕНІШ ДЖІ ПІ ЕС УКРАЇНА» вказує на те, що «відсутня у чинному законодавстві і заборона на використання учасниками торгів послуг одного або кількох пов'язаних між собою фахівців, до компетенції яких може входити надання рекомендацій щодо істотних умов тих чи інших документів, порядку участі в торгах, консультування з тих чи інших питань без порушення умов участі у конкурсі».
- (16) ТОВ «БЕНІШ ДЖІ ПІ ЕС УКРАЇНА» у Заяві, зокрема, зазначило: «10.02.2012 р. між ТОВ «БЕНІШ ДЖІ ПІ ЕС Україна» та ТОВ «КОМПАНІЯ «БАРС-БУДІНВЕСТ», які не є конкурентами на ринку, було укладено договір, за умовами якого останнім здійснювалося консультування з питань участі у відкритих торгах щодо закупівлі послуг за рахунок державних, бюджетних, комунальних коштів; забезпечення юридичного супроводу діяльності з питань, передбачених договором; підготовка проектів документів для реалізації завдань з питань, передбачених договором. Вказана особа надавала допомогу ТОВ «БЕНІШ ДЖІ ПІ ЕС Україна» у складанні та оформленні проектів відповідних документів, що не заборонено законодавством України».
- (17) За твердженням ТОВ «БЕНІШ ДЖІ ПІ ЕС Україна», що містяться в Заяві, між ТОВ «БЕНІШ ДЖІ ПІ ЕС Україна» і ТОВ «КОМПАНІЯ «БАРС-БУДІНВЕСТ», які не є конкурентами на ринку, укладено договір від 10.02.2012 № КС-28/12 (копія зазначеного договору додана до Заяви), згідно з умовами якого останнє здійснювало, зокрема, консультування з питань участі у відкритих торгах щодо закупівлі послуг за рахунок державних, бюджетних, комунальних коштів; забезпечення юридичного супроводу діяльності з питань, передбачених договором; підготовку проектів документів для реалізації завдань із питань, передбачених договором, забезпечення режиму конфіденційності інформації, яка стосується ТОВ «БЕНІШ ДЖІ ПІ ЕС Україна» та його контрагентів і яка отримана при виконанні умов цього договору.
- (18) За твердженням ТОВ «БЕНІШ ДЖІ ПІ ЕС Україна», що містяться в Заяві, ТОВ «КОМПАНІЯ «БАРС-БУДІНВЕСТ» надавало допомогу ТОВ «БЕНІШ ДЖІ ПІ ЕС Україна» у складанні та оформленні проектів відповідних документів, що не заборонено законодавством України».
- (19) За твердженням Заявника, ТОВ «БЕНІШ ДЖІ ПІ ЕС УКРАЇНА» не відомо про те, чи мало ТОВ «КОМПАНІЯ «БАРС-БУДІНВЕСТ» відносини із ТОВ «СУПУТНИК - СЕК'ЮРІТІ».
- (20) ТОВ «БЕНІШ ДЖІ ПІ ЕС УКРАЇНА» вказує на те, що на момент прийняття Рішення в адміністративної колегії територіального відділення були відсутні зазначені докази, й ТОВ «БЕНІШ ДЖІ ПІ ЕС Україна» не надавало їх адміністративній колегії.
- (21) Разом з тим Заявник зазначає, що наявність відповідних зразків документів, які були подані на конкурс, у мережі Інтернет та наявність правовідносин між

ТОВ «БЕНІШ ДЖІ ПІ ЕС Україна» і ТОВ «КОМПАНІЯ «БАРС-БУДІНВЕСТ» на підставі договору від 10.02.2012 № КС-28/12, що передбачали консультування та підготовку проектів документів, які були подані на конкурс, є істотною обставиною, яка підлягала врахуванню під час прийняття Рішення адміністративною колегією територіального відділення.

- (22) На підставі цього Заявник просить скасувати Рішення та припинити провадження у справі № 2/01-03-15 внаслідок відсутності факту порушення законодавства про захист економічної конкуренції ТОВ «БЕНІШ ДЖІ ПІ ЕС УКРАЇНА».

7. ПЕРЕВІРКА РІШЕННЯ

- (23) На підставі аналізу Рішення, матеріалів справи № 2/01-03-15 встановлено наступне.
- (24) Розгляд Справи було розпочато з власної ініціативи територіального відділення розпорядженням адміністративної колегії територіального відділення від 05.01.2015 № 3-рп/к у зв'язку з наявністю в діях ТОВ «БЕНІШ ДЖІ ПІ ЕС УКРАЇНА» і ТОВ «СУПУТНИК - СЕК'ЮРІТІ» ознак вчинення порушення законодавства про захист економічної конкуренції, передбаченого пунктом 4 частини другої статті 6, пунктом 1 статті 50 Закону України «Про захист економічної конкуренції», у вигляді антиконкурентних узгоджених дій суб'єктів господарювання, що стосуються спотворення результатів торгів (тендерів) при закупівлі послуг з управління обчислювальними засобами 72.30.1 (послуг із забезпечення функціонування автоматизованої системи диспетчерського управління рухом міського наземного пасажирського транспорту) (далі – **Торги**), проведений на замовлення КОМУНАЛЬНОГО ПІДПРИЄМСТВА «ТРОЛЕЙБУСНЕ ДЕПО № 3» (далі – **КП «ТРОЛЕЙБУСНЕ ДЕПО № 3», Замовник**) відповідно до вимог Закону України «Про здійснення державних закупівель».
- (25) Оголошення про проведення Торгів було розміщено в державному офіційному друкованому виданні з питань державних закупівель від 06.02.2012 № 16 (618).
- (26) Розкриття пропозицій конкурсних торгів відбулось 12.03.2012 відповідно до протоколу розкриття пропозицій конкурсних торгів.
- (27) За результатами проведення Торгів переможцем було визнано ТОВ «БЕНІШ ДЖІ ПІ ЕС УКРАЇНА».
- (28) Замовником укладений із переможцем Торгів договір про закупівлю послуг за державні кошти від 02.04.2012 № 279 на загальну суму 207 900,00 грн (з ПДВ).
- (29) Відповідно до реєстру отриманих пропозицій конкурсних торгів для участі в Торгах були подані пропозиції від:
- ТОВ «БЕНІШ ДЖІ ПІ ЕС УКРАЇНА» (вул. Миколи Василенка, 2, м. Київ, 03113, ідентифікаційний код юридичної особи 32485166), одним із видів діяльності якого є управління обчислювальними засобами;
 - ТОВ «СУПУТНИК - СЕК'ЮРІТІ» (вул. Мельникова, 12, м. Київ, 04050, ідентифікаційний код юридичної особи 34299381), одним із видів діяльності якого є управління обчислювальними засобами.
- (30) Отже, у розумінні абзацу дванадцятого статті 1 Закону України «Про захист економічної конкуренції», ТОВ «БЕНІШ ДЖІ ПІ ЕС УКРАЇНА» і ТОВ «СУПУТНИК - СЕК'ЮРІТІ» є суб'єктами господарювання.
- (31) У той же час ТОВ «БЕНІШ ДЖІ ПІ ЕС УКРАЇНА» і ТОВ «СУПУТНИК - СЕК'ЮРІТІ» є конкурентами на ринку послуг з управління обчислювальними засобами.

- (32) Відповідно до статті 1 Закону України «Про захист економічної конкуренції» економічна конкуренція характеризується як *«змагання між суб'єктами господарювання з метою здобуття завдяки власним досягненням переваг над іншими суб'єктами господарювання...»*
- (33) Погоджена поведінка між учасниками торгів усуває між ними змагальність, конкуренцію і, спотворюючи її об'єктивний результат – кращу пропозицію, порушує тим самим право замовника на отримання цієї пропозиції, на очікуваний замовником найбільший ефективний для нього результат.
- (34) Змагальність учасників конкурентних процедур закупівель ґрунтується на непевності кожного з них щодо поведінки інших учасників і зумовлює необхідність кожним з учасників для здобуття перемоги пропонувати кращі умови за найнижчими цінами.
- (35) Пропозиції конкурсних торгів учасників повинні відрізнятися одна від іншої як за зовнішнім оформленням, так і за ціновими параметрами, у разі якщо учасники торгів готували їх окремо один від іншого, без обміну інформацією, оскільки мали б відображати їх індивідуальні, творчі, суб'єктивні підходи до підготовки своїх пропозицій.
- (36) Згідно з висновками, що містяться в Рішенні, антиконкурентні узгоджені дії між ТОВ «БЕНІШ ДЖІ ПІ ЕС Україна» і ТОВ «СУПУТНИК СЕК'ЮРІТІ» доводяться таким: *«в сукупності встановлених обставин та зібраних доказів у Справі встановлено, зокрема:*
- *схожість, а у деяких випадках ідентичність в оформленні та зовнішньому вигляді документів, що готувалися Учасниками Торгів;*
 - *надання в один день до комітету з конкурсних Торгів документів, які входять до складу пропозицій конкурсних торгів;*
 - *однакову дату і послідовні реєстраційні номери фотокопій документів, завірених одним приватним нотаріусом;*
 - *наявність відносин щодо надання поворотної фінансової допомоги до та після участі у Торгах;*
 - *участь ТОВ «БЕНІШ ДЖІ ПІ ЕС УКРАЇНА» разом з ТОВ «СУПУТНИК - СЕК'ЮРІТІ» в інших торгах з аналогічним предметом закупівлі (крім Торгів)».*
- (37) У Рішенні також зазначено, що *«в ході розгляду Справи ТОВ «БЕНІШ ДЖІ ПІ ЕС УКРАЇНА» та ТОВ «СУПУТНИК - СЕК'ЮРІТІ» не надали до Харківського обласного територіального відділення Антимонопольного комітету України пояснень та документальних доказів, які б спростовували або свідчили про відсутність між ними антиконкурентних узгоджених дій, які полягали у спотворенні результатів Торгів, проведених КП «ТРОЛЕЙБУСНЕ ДЕПО № 3».*
- (38) Зважаючи на викладене, адміністративна колегія територіального відділення зазначила у Рішенні, що *«під час участі у Торгах Учасники діяли не самостійно, а узгоджували свої дії та не змагалися між собою, що є обов'язковою умовою конкуренції та необхідною умовою визначення переможця.*
- Погодження поведінки при формуванні своїх пропозицій конкурсних торгів Учасниками призвело до заміни конкуренції на координацію поведінки зазначених суб'єктів господарювання з метою створення видимості конкуренції в межах Торгів.»*
- (39) Враховуючи наведене, адміністративна колегія територіального відділення дійшла висновку про те, що *«дії ТОВ «БЕНІШ ДЖІ ПІ ЕС УКРАЇНА» та ТОВ «СУПУТНИК - СЕК'ЮРІТІ», які полягають у погодженні ними під час проведення торгів на закупівлю послуг з управління обчислювальними засобами 72.30.1 (послуг із забезпечення функціонування автоматизованої системи диспетчерського управління рухом міського*

наземного пасажирського транспорту комунального підприємства «Тролейбусне депо № 3»), що проводились КП «ТРОЛЕЙБУСНЕ ДЕПО № 3» у 2012 році, своїх пропозицій конкурсних торгів з метою забезпечення перемоги ТОВ «БЕНІШ ДЖІ ПІ ЕС УКРАЇНА», є порушенням законодавства про захист економічної конкуренції, передбаченим пунктом 4 частини другої статті 6, пунктом 1 статті 50 Закону України «Про захист економічної конкуренції», у вигляді антиконкурентних узгоджених дій, що стосуються спотворення результатів торгів.»

8. ПІДСТАВИ ДЛЯ ЗАЛИШЕННЯ РІШЕННЯ БЕЗ ЗМІН

- (40)** ТОВ «БЕНІШ ДЖІ ПІ ЕС УКРАЇНА» оскаржувало Рішення у судовому порядку, доводи Заявника щодо правомірності Рішення були проаналізовані господарськими судами під час розгляду судової справи № 922/5616/15.
- (41)** Рішенням господарського суду Харківської області від 13.11.2017 у справі № 922/5616/15, залишеним без змін постановою Харківського апеляційного господарського суду від 13.02.2018 та постановою Верховного суду у складі колегії суддів Касаційного господарського суду від 12.06.2018, ТОВ «БЕНІШ ДЖІ ПІ ЕС УКРАЇНА» у задоволенні позову до територіального відділення про визнання недійсним Рішення відмовлено, судові рішення набуло законної сили.
- (42)** Господарські суди під час розгляду судової справи № 922/5616/15 дійшли висновку про те, що адміністративною колегією територіального відділення, під час прийняття Рішення у справі № 2/01-03-15, було повно з'ясовано обставини, які мають значення для справи, доведено обставини, які мають значення для справи і які визнано встановленими, висновки, викладені у Рішенні, відповідають обставинам справи, норми матеріального та процесуального права застосовані правильно.
- (43)** Статтею 124 Конституції України та статтею 5 Закону України «Про судоустрій і статус суддів» визначено, що правосуддя в Україні здійснюється виключно судами, делегування функцій судів, а також привласнення цих функцій іншими органами чи посадовими особами не допускається.
- (44)** Статтею 129¹ Конституції України визначено, що судові рішення є обов'язковим до виконання, а статтею 13 Закону України «Про судоустрій і статус суддів» визначено, що судові рішення, які набрали законної сили, є обов'язковими до виконання всіма органами державної влади, органами місцевого самоврядування, їх посадовими та службовими особами, фізичними і юридичними особами та їх об'єднаннями на всій території України.
- (45)** Аналогічна норма міститься також у частині першій статті 18 Господарського процесуального кодексу України, згідно з якою судові рішення, що набрали законної сили, є обов'язковими до виконання всіма органами державної влади, органами місцевого самоврядування, їх посадовими та службовими особами, фізичними і юридичними особами та їх об'єднаннями на всій території України.
- (46)** У статті 13 Закону України «Про судоустрій і статус суддів» також визначено, що невиконання судових рішень має наслідком юридичну відповідальність, установлену законом, судові рішення не можуть бути переглянуті іншими органами чи особами поза межами судочинства, а органи державної влади та органи місцевого самоврядування, їх посадові особи не можуть приймати рішення, які скасовують судові рішення або зупиняють їх виконання.
- (47)** Отже, рішення суду, що набрали законної сили, не можуть бути змінені.

- (48) За результатами перевірки Рішення було складено подання від 25.09.2018 № 8-01/10280/336-зв, копія якого надіслана на адреси ТОВ «БЕНІШ ДЖІ ПІ ЕС УКРАЇНА» і ТОВ «СУПУТНИК - СЕК'ЮРІТІ».
- (49) Згідно з повідомленням про вручення поштового відправлення № 0303508268150 копія подання від 25.09.2018 № 8-01/10280/336-зв отримана ТОВ «БЕНІШ ДЖІ ПІ ЕС УКРАЇНА» 28.09.2018, однак ТОВ «БЕНІШ ДЖІ ПІ ЕС УКРАЇНА» у встановлений строк відповіді на подання не надало.
- (50) Поштове відправлення № 0303509639798, яким подання від 25.09.2018 № 8-01/10280/336-зв надіслано на адресу ТОВ «СУПУТНИК - СЕК'ЮРІТІ», не вручене адресату й повернулося до Комітету.
- (51) У зв'язку із цим, на офіційному веб-сайті Комітету (<http://www.amc.gov.ua>) розміщено інформацію щодо подання від 25.09.2018 № 8-01/10280/336-зв про перевірку Рішення та відомості щодо дати, часу і місця проведення засідання Комітету з приводу перевірки Рішення.

Враховуючи викладене, керуючись статтею 7 Закону України «Про Антимонопольний комітет України», статтею 57 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 Харківського обласного територіального відділення Антимонопольного комітету України від 25.03.15 № 74-р/к у справі № 2/01-03-15 залишити без змін.

Голова Комітету

Ю. ТЕРЕНТЬЄВ