



АНТИМОНОПОЛЬНИЙ КОМІТЕТ УКРАЇНИ

РІШЕННЯ

17 грудня 2020 р.

Київ

№ 791-р

Про перевірку рішення
адміністративної колегії
Хмельницького обласного
територіального відділення
Антимонопольного комітету України
від 20.12.2018 № 39-р/к у справі № 02-06/08-18.

Антимонопольний комітет України (далі – Комітет), розглянувши подання державного уповноваженого Комітету М. Процишен від 10.05.2019 № 8-01/9-пр/204-зв та відповідні матеріали,

ВСТАНОВИВ:

1. ПРЕДМЕТ ПЕРЕВІРКИ

- (1) Рішення адміністративної колегії Хмельницького обласного територіального відділення Антимонопольного комітету України (далі – Відділення) від 20.12.2018 № 39-р/к у справі № 02-06/08-18 (далі – Рішення № 39-р/к).

2. ПІДСТАВИ ДЛЯ ПЕРЕВІРКИ

- (2) Підставою для перевірки Рішення № 39-р/к є заява ПРИВАТНОГО ПІДПРИЄМСТВА-АВТОЦЕНТР «ЛИГА-II» від 22.02.2019 № 9441 (вх. № 8-01/9-пр від 26.02.2019) (далі – Заява).

3. ЗАЯВНИК

- (3) ПРИВАТНЕ ПІДПРИЄМСТВО-АВТОЦЕНТР «ЛИГА-II» (м. Хмельницький, ідентифікаційний код юридичної особи 34313222) (далі – ПП-АВТОЦЕНТР «ЛИГА-II», Заявник, Підприємство).

4. ПРОЦЕСУАЛЬНІ ДІЇ ЩОДО ПЕРЕВІРКИ РІШЕННЯ

- (4) Розпорядженням державного уповноваженого Комітету М. ПРОЦИШЕН від 12.03.2019 № 09/97-р заяву ПП-АВТОЦЕНТР «ЛИГА-II» про перевірку Рішення № 39-р/к прийнято до розгляду.
- (5) Розпорядженням Комітету від 28.03.2019 № 3-рп зупинено виконання Рішення № 39-р/к.

5. РІШЕННЯ АДМІНІСТРАТИВНОЇ КОЛЕГІЇ

- (6) За результатами здійснення контролю щодо дотримання вимог законодавства про захист економічної конкуренції, створення конкурентного середовища та захист конкуренції у сфері державних закупівель розпорядженням адміністративної колегії

Хмельницького обласного територіального відділення Антимонопольного комітету України (далі – Відділення) від 16.03.2018 № 11-рп/к розпочато розгляд справи № 02-06/08-18 у зв'язку з наявністю в діях ПП-АВТОЦЕНТР «ЛИГА-II» та товариства з обмеженою відповідальністю «ТЕСЛА МОТОРС» (далі – ТОВ «ТЕСЛА МОТОРС», Товариство) ознак 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.

- (7) За результатами розслідування справи № 02-06/08-18 адміністративна колегія Відділення 20.12.2018 прийняла Рішення № 39-р/к у справі № 02-06/08-18.
- (8) Відповідно до резолютивної частини Рішення № 39-р/к адміністративна колегія Відділення постановила:

«1. Визнати, дії приватного підприємства АВТОЦЕНТР «ЛИГА-II» (вул. Свободи, б. 15/1-А, м. Хмельницький, 29000, код ЄДРПОУ – 34313222), ТОВАРИСТВА З ОБМЕЖЕНОЮ ВІДПОВІДАЛЬНІСТЮ «ТЕСЛА МОТОРС» (вул. Ново-Александрівська, б. 54-А, корпус 4, кв. 39, м. Харків, Харківська обл., 61033, код ЄДРПОУ – 40708956), які полягали в узгодженні своєї конкурентної поведінки під час підготовки та проведення у жовтні 2017 року комунальним підприємством по організації роботи міського пасажирського транспорту (29000, Україна, Хмельницька обл., Хмельницький, вул. Григорія Сковороди, 12) (надалі – Замовник) торгів (UA-2017-10-09-001444-b) щодо закупівлі: «код ДК 021:2015:34110000-1 – Легкові автомобілі «Легковий автомобіль Nissan Leaf або еквівалент», порушенням законодавства про захист економічної конкуренції, передбаченого пунктом 1 статті 50, пунктом 4 частини другої статті 6 Закону України «Про захист економічної конкуренції» у вигляді вчинення антиконкурентних узгоджених дій, шляхом спотворення результатів торгів.

2. За вчинене порушення, зазначеного у пункті 1 резолютивної частини цього рішення відповідно до абзацу другого частини другої статті 52 Закону України «Про захист економічної конкуренції» накласти штраф на:

2.1. Приватне підприємство АВТОЦЕНТР «ЛИГА-II» (вул. Свободи, б. 15/1-А, м. Хмельницький, 29000, код ЄДРПОУ – 34313222, накласти штраф у розмірі 35 250,00 тридцять п'ять тисяч двісті п'ятдесят) гривень.

2.2 Товариство з обмеженою відповідальністю «ТЕСЛА МОТОРС» (вул. Ново-Александрівська, б. 54-А, корпус 4, кв. 39, м. Харків, Харківська обл., 61033, ідентифікаційний код – 40708956) накласти штраф у розмірі 68000 (шістдесят вісім тисяч) гривень».

- (9) Листом від 27.12.2018 № 72-01/2496 Відділення направило на адресу ПП-АВТОЦЕНТР «ЛИГА-II» копію Рішення № 39-р/к. Підприємство отримало зазначений лист 29.12.2018.
- (10) Листом від 27.12.2018 № 72-01/2497 Відділення направило на адресу ТОВ «ТЕСЛА МОТОРС» копію Рішення № 39-р/к. Товариство отримало зазначений лист 09.01.2019.

6. ДОВОДИ ЗАЯВНИКА

- (11) Доводи, викладені ПП-АВТОЦЕНТР «ЛИГА-II» у Заяві про перевірку Рішення № 39-р/к, полягають, зокрема, у наступному:
- «... Для кваліфікації дій ПП-АВТОЦЕНТР «ЛИГА-II», як порушення законодавства про захист економічної конкуренції, передбаченого п. 4 ч. 2 ст. 6 Закону України «Про захист економічної конкуренції» (антиконкурентні узгодженні дії у формі

спотворення результатів торгів, аукціонів, конкурсів, тендерів), Відділення повинно було встановити та довести в сукупності:

- наявність протиправної домовленості (факту змови чи погодження іншим чином) між ПП - АВТОЦЕНТР «ЛИГА-II» та іншим учасником, спрямованої на спотворення результатів торгів;

- предметом такої домовленості був саме зміст цінових пропозицій (оскільки саме завдяки найвищій запропонованій ціні забезпечується перемога учасника в торгах);

- мала місце фактична відсутність конкурсу/конкуренції на ринку внаслідок узгодження учасниками торгів відповідної поведінки, а не зумовлена специфікою відповідного товарного ринку;

- через відмову ПП - АВТОЦЕНТР «ЛИГА-II» змінювати стартову ціну, настали негативні наслідки у вигляді спотворення результатів торгів.

Тобто, приймаючи оскаржуване Рішення № 39-р/к адміністративна колегія Відділення керувалася лише суб'єктивною думкою, при цьому не перевірявши та не встановивши ті обставини на які посилається, що в свою чергу призвело до прийняття незаконного та необґрунтованого рішення, що підлягає скасуванню».

- «... При підготовці пропозицій конкурсних торгів начальником відділу продажу автомобілів, по-перше використовувалися зразки (шаблони) взяті із Інтернету, також він проводив консультації з зовнішніми юристами. По-друге, деякі шаблони документів були вже напрацьованими, а отже в повній мірі заперечуємо звинувачення щодо узгодження поведінки з іншим учасником торгів... Також, Відділення не дослідило та не з'ясувало у ТОВ «ТЕСЛА МОТОРС» обставини щодо природи походження документів, що були подані товариством до участі в торгах».

- «... Висновки викладені в Рішенні № 39-р/к є такими, що ґрунтуються виключно на припущеннях та помилковій оцінці обставин, а тому відсутні підстави стверджувати, що ПП - АВТОЦЕНТР «ЛИГА-II» вчинило порушення законодавства про захист економічної конкуренції у вигляді антиконкурентних узгоджених дій, що стосуються результатів торгів».

- «Відділенням не доведено належними доказами спільної домовленості учасників торгів, а також не доведено будь-яку погоджену поведінку (оскільки цього не могло бути априорі)».

- «Перебування суб'єктів господарювання у фінансових та господарських відносинах не суперечить приписам чинного законодавства України та не є свідченням узгодженості дій між ними (постанова касаційного господарського суду Верховного суду від 24.04.2018 у справі № 917/1357/17)».

- «ПП-АВТОЦЕНТР «ЛИГА-II» наголошує, що НЕ визнавало і НЕ визнає свою вину. Даний факт підтверджується аудіо записом».

- (12) У зв'язку з наведеним Підприємство просить скасувати Рішення № 39-р/к у справі № 02-06/08-18.

7. ПЕРЕВІРКА РІШЕННЯ

- (13) У жовтні 2017 року комунальним підприємством по організації роботи міського пасажирського транспорту (ідентифікаційний код юридичної особи 32680182) (далі – Замовник) проведено відкриті торги із закупівлі легкового автомобіля, а саме «Легковий автомобіль Nissan Leaf або еквівалент» – код ДК 021:2015:34110000-1 (ідентифікатор закупівлі UA-2017-10-09-001444-b) (далі – Процедура закупівлі, Торги). Очікувана вартість закупівлі становила 470 000,00 грн.

- (14) Для участі у Процедурі закупівлі пропозиції конкурсних торгів (далі – ПКТ) надали наступні суб'єкти господарювання (див. таблицю).

Таблиця

№ з/п	Назва суб'єкта господарювання	Цінові пропозиції, грн		Відсоток зниження цінових пропозицій
		початкові	остаточні	
1	ТОВ «ТЕСЛА-МОТОРС»	468 000,00	468 000,00	0,00 %
2	ПП-АВТОЦЕНТР «ЛИГА-II»	470 000,00	470 000,00	0,00 %

- (15) За результатами проведення Процедури закупівлі найкращою визнана пропозиція ПП-АВТОЦЕНТР «ЛИГА-II».
- (16) Між Замовником та Підприємством укладено договір від 14.11.2017 № 3 щодо поставки легкового автомобіля Nissan Leaf (код ДК 021:2015-34110000-1 – легкові автомобілі) (далі – Договір).
- (17) У описово-мотивувальній частині Рішенням № 39-р/к наведено, зокрема такі обставини:
- під час аукціону ПП-АВТОЦЕНТР «ЛИГА-II» та ТОВ «ТЕСЛА МОТОРС» не змінювали початкової ціни;
 - ТОВ «ТЕСЛА МОТОРС» не надало документального підтвердження досвіду виконання аналогічних договорів, що стало у подальшому підставою для відхилення Замовником пропозиції ТОВ «ТЕСЛА МОТОРС», відтак адміністративною колегією Відділення зроблено висновок, що Товариство було технічним учасником;
 - наявність «тривалих» господарських відносин;
 - для підтвердження наявності автомобіля, що був предметом закупівлі ПП-АВТОЦЕНТР «ЛИГА-II» у складі тендерної пропозиції було надано облікову картку від 04.05.2017 № 117566014 про зняття з обліку автомобіля Nissan Leaf № кузова 1N4AZ0CP2FC308755, при цьому в даній обліковій картці власником автомобіля є ТОВ «ТЕСЛА МОТОРС»;
 - з метою прийняття участі у Процедурі закупівлі учасники були зареєстровані на одному електронному майданчику Держзакупівлі.Онлайн;
 - схожість в оформленні документів.
- (18) Адміністративна колегія Відділення дійшла висновку, що вказані обставини у своїй сукупності «...свідчать про узгодження (координацію) ПП АВТОЦЕНТР «ЛИГА-II» та ТОВ «ТЕСЛА МОТОРС» своєї поведінки при підготовці до участі у торгах (тендерів) зокрема, про обмін між ними інформацією. Внаслідок узгодженості поведінки ПП АВТОЦЕНТР «ЛИГА-II» та ТОВ «ТЕСЛА МОТОРС» право на укладення договору за результатами торгів одним з учасників - ПП АВТОЦЕНТР «ЛИГА-II» одержало не на конкурентних засадах, чим було спотворено результати цих торгів».
- (19) Такі дії ПП-АВТОЦЕНТР «ЛИГА-II» та ТОВ «ТЕСЛА МОТОРС» (далі – Учасники) визнані порушенням законодавства про захист економічної конкуренції, передбаченим пунктом 1 статті 50, пунктом 4 частини другої статті 6 Закону України «Про захист економічної конкуренції» у вигляді вчинення антиконкурентних узгоджених дій, які стосуються спотворення результатів торгів.
- (20) За результатами перевірки Рішення № 39-р/к та аналізу матеріалів справи № 02-06/08-18, встановлено наступне.
- (21) У Рішенні № 39-р/к адміністративна колегія Відділення зазначила, що «учасники

протягом трьох етапів не здійснювали пониження ціни, а залишили незміною первинну пропозицію. Разом з тим, оскільки Учасники, під час електронного аукціону, однаково не зменшували своїх початкових цінових пропозицій, це дає підстави вважати, що ПП-АВТОЦЕНТР «ЛИГА-II» та ТОВ «ТЕСЛА МОТОРС» узгодили між собою умови участі у Закупівлі. Вищезазначений факт підтверджує відсутність конкуренції між ПП-АВТОЦЕНТР «ЛИГА-II» та ТОВ «ТЕСЛА МОТОРС» під час участі у торгах та обізнаності Учасників щодо участі один одного у процедурі закупівлі та узгоджену поведінку між ними».

- (22) Водночас матеріалами справи № 02-06/08-18 не доведено, що різниця у цінах та/або початкові ціни та/або кінцеві ціни Учасників були сформовані не на конкурентних засадах.
- (23) Отже, твердження адміністративної колегії Відділення, що *«ПП-АВТОЦЕНТР «ЛИГА-II» та ТОВ «ТЕСЛА МОТОРС» узгодили між собою умови участі у Закупівлі, оскільки не зменшували своїх початкових цінових пропозицій, зроблено при неповному з'ясуванні обставин, які мають значення для справи, оскільки не виключають наявності об'єктивних факторів, які могли вплинути на ціни Учасників та не містять обґрунтування наявності причинно-наслідкового зв'язку між погодженою поведінкою Учасників та сформованими ними цінами.*
- (24) Адміністративна колегія Відділення в пунктах 52 – 53 описово-мотивувальної частини Рішення № 39-р/к дійшла висновку, що *«ТОВ «ТЕСЛА МОТОРС» завчасно знало, що його пропозиція буде відхилена Замовником торгів та було технічним учасником тендеру подало тендерну пропозицію прикриття. Зазначені обставини свідчать про незацікавленість останнього у перемозі та можна зробити висновок, що товариство було технічним учасником тендеру та подало тендерну пропозицію прикриття».*
- (25) Водночас, матеріали справи № 02-06/08-18 не містять беззаперечних доказів, які б могли підтвердити такі твердження, зокрема, що ТОВ «Тесла Моторс» *«завчасно знало, що його пропозиція буде відхилена Замовником»:*
- (26) У пунктах 54 – 56 описово-мотивувальної частини Рішення № 39-р/к зазначено, що Учасники торгів перебували у господарських відносинах. Так, Відділенням було з'ясовано, що ПП-АВТОЦЕНТР «ЛИГА-II» та ТОВ «ТЕСЛА МОТОРС 01 вересня 2017 року уклали договір на технічне обслуговування та ремонт транспортних засобів № 01/09-17 з терміном дії до 01 червня 2018 року (далі – Договір на технічне обслуговування).
- (27) У зв'язку з цим, адміністративною колегією Відділення зроблено висновок, що *«...тривалі господарські відносини між ПП-АВТОЦЕНТР «ЛИГА-II» та ТОВ «ТЕСЛА МОТОРС» створюють певні умови для узгодження поведінки та, як наслідок, усунення конкуренції між ними під час участі у вищезазначених торгах».*
- (28) Як вбачається з матеріалів справи № 02-06/08-18 у рамках виконання Договору на технічне обслуговування ТОВ «ТЕСЛА МОТОРС» були проведені роботи (надані послуги) на суму 397,80 грн, що підтверджується актом здачі-прийняття робіт (надання послуг) № 0006694, складеним 02.10.2017.
- (29) Враховуючи зазначене, а також докази, наявні в матеріалах справи № 02-06/08-18, факт укладення ПП-АВТОЦЕНТР «ЛИГА-II» та ТОВ «ТЕСЛА МОТОРС» Договору на технічне обслуговування, у рамках якого було виконано робіт (надано послуг) на суму 397,80 грн, не може бути свідченням *«тривалих»* господарських відносин, які б могли створити умови для узгодження поведінки Учасників та усунути конкуренцію між ними під час участі у Процедурі закупівлі.

- (30) У пункті 57 описово-мотивувальної частини Рішення № 39-р/к зазначається, що ПП-АВТОЦЕНТР «ЛИГА-II» на момент проведення процедури закупівлі не мало у наявності автомобіля, що був предметом закупівлі.
- (31) Крім того, з матеріалів справи № 02-06/08-18 вбачається, що для підтвердження наявності автомобіля (предмета закупівлі) ПП-АВТОЦЕНТР «ЛИГА-II» у складі своєї пропозиції надало облікову картку від 04.05.2017 № 117566014 з відміткою «зняття з обліку для реалізації» та копію свідоцтва про реєстрацію транспортного засобу Nissan Leaf № кузова 1N4AZ0CP2FC308755. Власником даного автомобіля є ТОВ «ТЕСЛА МОТОРС».
- (32) У зв'язку з цим, адміністративна колегія Відділення дійшла висновку, що *«зазначені обставини свідчать про ділові та економічні зв'язки між суб'єктами господарювання, завдяки яким міг відбутися обмін інформацією між цими суб'єктами господарювання, в тому числі й при підготовці тендерних пропозицій та узгодження ціни предмету закупівлі».*
- (33) Водночас у пунктах 64-65 описово-мотивувальної частини Рішення № 39-р/к зазначено наступне: *«За результатами проведеного тендеру Замовником укладено договір № 3 від 14 листопада 2017 року, згідно з яким ПП - АВТОЦЕНТР «ЛИГА-II» поставило автомобіль Nissan Leaf № кузова 1N4AZ0CP9FC319607, тобто автомобіль відмінний від того, який пропонувався ПП - АВТОЦЕНТР «ЛИГА-II» у складі тендерної пропозиції (Nissan Leaf № кузова 1N4AZ0CP2FC308755). Разом з тим, автомобіль Nissan Leaf № кузова 1N4AZ0CP9FC319607 був запропонований ТОВ «ТЕСЛА МОТОРС» у складі тендерної пропозиції».*
- (34) З огляду на наведене, адміністративна колегія Відділення дійшла висновку, що *«Наведені докази свідчать про те, що документи, які були подані на торги у складі тендерних пропозицій ПП - АВТОЦЕНТР «ЛИГА-II» та ТОВ «ТЕСЛА МОТОРС» готувалися ними узгоджено та/або про обмін інформацією між цими суб'єктами господарювання при підготовці тендерних пропозицій».*
- (35) Водночас висновки адміністративної колегії Відділення, зазначені у пунктах 32 та 34 цього Подання, зроблені при неповному з'ясуванні обставин, які мають значення для справи.
- (36) У описово-мотивувальній частині Рішення № 39-р/к наведено порівняльний аналіз документів (довідок), які входили до складу пропозицій Учасників, за результатами якого виявлені однакові особливості в оформленні. У зв'язку з цим, адміністративна колегія Відділення дійшла висновку, що *«...ці довідки готувалися однією особою та/або про обмін інформацією між цими суб'єктами господарювання при підготовці документів».*
- (37) Водночас висновок щодо вчинення суб'єктами господарювання антиконкурентних узгоджених дій, які стосуються спотворення результатів торгів, не може ґрунтуватися на деяких схожостях у документах (довідках), що надаються у складі тендерних пропозицій, без з'ясування причин виникнення таких схожостей.
- (38) Зокрема, за інформацією ПП-АВТОЦЕНТР «ЛИГА-II», яка наявна в матеріалах справи № 02-06/08-18, протягом 2016-2017 років це Підприємство брало участь у публічних закупівлях, що дає підстави вважати про наявність документів ПП-АВТОЦЕНТР «ЛИГА-II», які подавалися для участі у вказаних закупівлях, у відкритому доступі у мережі Інтернет, що, ймовірно, може пояснити наявність спільних особливостей в оформленні довідок.
- (39) Водночас така ймовірність належним чином адміністративною колегією Відділення не спростована, обставини підготовки документів Відділенням у ході розслідування

не з'ясовувались, відтак адміністративною колегією Відділення не доведено, що виявлені спільні особливості в оформленні довідок є наслідком обміну інформації та/або залучення однієї особи до підготовки вказаних довідок.

- (40) Отже, Рішення № 39-р/к прийнято при неповному з'ясуванні обставин, які мають значення для справи № 02-06/08-18 та недоведеності обставин, які мають значення для справи і які визнано встановленими.
- (41) За результатами проведення перевірки підготовлено подання від 10.05.2019 № 8-01/9-пр/204-зв про перевірку Рішення № 39-р/к, копія якого була направлена ПП-АВТОЦЕНТР «ЛИГА-П», ТОВ «ТЕСЛА-МОТОРС» та Відділенню.
- (42) ПП-АВТОЦЕНТР «ЛИГА-П» згідно з повідомленням про вручення поштового відправлення № 0303511725464 отримало зазначене подання 17.05.2019.
- (43) ТОВ «ТЕСЛА-МОТОРС» згідно з повідомленням про вручення поштового відправлення № 0303511725324 отримало зазначене подання 17.05.2019.
- (44) Зауважень та/або заперечень від ПП-АВТОЦЕНТР «ЛИГА-П» і ТОВ «ТЕСЛА-МОТОРС» на подання від 10.05.2019 № 8-01/9-пр/204-зв про перевірку Рішення № 39-р/к до Комітету не надходило.
- (45) Відділення надало заперечення до подання від 10.05.2019 № 8-01/9-пр/204-зв, які не спростовують висновків, зазначених у цьому рішенні щодо прийняття адміністративною колегією Відділення Рішення № 39-р/к при неповному з'ясуванні обставин, які мають значення для справи та недоведеності обставин, які мають значення для справи і які визнано встановленими. Також Відділення просило залишити Рішення № 39-р/к без змін.

8. ПІДСТАВИ ДЛЯ СКАСУВАННЯ РІШЕННЯ

- (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 № 39-р/к встановлено, що висновки адміністративної колегії Відділення щодо вчинення ПП-АВТОЦЕНТР «ЛИГА-П» і ТОВ «ТЕСЛА МОТОРС» антиконкурентних узгоджених дій, які стосуються спотворення результатів торгів, зроблені при неповному з'ясуванні обставин, які мають значення для справи, а обставини, які визнано встановленими, недоведені.
- (48) Відтак, є підстави для скасування Рішення № 39-р/к, 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 Хмельницького обласного територіального

відділення Антимонопольного комітету України від 20.12.2018 № 39-р/к у справі № 02-06/08-18 скасувати, а справу № 02-06/08-18 передати на новий розгляд до Південно-західного міжобласного територіального відділення Антимонопольного комітету України.

Голова Комітету

О. ПІЩАНСЬКА