



АНТИМОНОПОЛЬНИЙ КОМІТЕТ УКРАЇНИ
ХМЕЛЬНИЦЬКЕ ОБЛАСНЕ ТЕРИТОРІАЛЬНЕ ВІДДІЛЕННЯ

РІШЕННЯ
АДМІНІСТРАТИВНОЇ КОЛЕГІЇ

13 липня 2018 року

м. Хмельницький

№ 28-р/к

справа №03-06/55-17

Про порушення законодавства
про захист економічної
конкуренції та накладення штрафу

Товариство з обмеженою відповідальністю «Компанія «Енергопромгруп» (вул. Кульпарківська, 93 А, м. Львів, Львівська обл., 79021, код ЄДРПОУ 34668455) (надалі – ТОВ «Компанія «Енергопромгруп»), товариство з обмеженою відповідальністю «Тетра-Агро» (вул. Будівельна, 5/35, м.Червоноград, Львівська обл., 80100, код ЄДРПОУ 33775353) (надалі - ТОВ «Тетра-Агро») взяла участь у відкритих торгах (UA-2017-06-01-001172-а) на закупівлю: «Цемент (портландцементу ПЦ І 500-Н)» за кодом ДК 021:2015 44110000-4 – Конструкційні матеріали, яка проводилась у червні-серпні 2017 року Філією «Старокостянтинівський завод залізобетонних шпал» ПАТ «Укрзалізниця».

Проте, як було встановлено Хмельницьким обласним територіальним відділенням Антимонопольного комітету України, відповідачі узгоджували свою поведінку під час участі у торгах, що, зокрема, підтверджується значною схожістю оформлення тендерних пропозицій, виявленням файлів, поведінкою під час торгів, наявністю господарських відносин, особливостю реалізації предмету закупівлі, тощо.

За результатами розгляду справи №03-06/55-17 такі дії ТОВ «Компанія «Енергопромгруп», ТОВ «Тетра-Агро» вказано антиконкурентними узгодженими діями, що стосуються спотворення результатів зазначених торгів, що є порушенням пункту 1 статті 50, пункту 4 частини другої статті 6 Закону України «Про захист економічної конкуренції».

На порушників накладено значні штрафи: ТОВ «Компанія «Енергопромгруп» - 68 000,00 грн.; ТОВ «Тетра-Агро» - 68 000,00 грн.

Відповідно до пункту 4 частини першої статті 17 Закону України «Про публічні закупівлі», притягнення відповідачів до відповідальності за зазначене порушення є підставою для відмови цим суб'єктам господарювання в участі в інших процедурах публічних закупівель та для відхилення їх тендерних пропозицій протягом 3 років.

Адміністративна колегія Хмельницького обласного територіального відділення Антимонопольного комітету України (надалі - адміністративна колегія Відділення) розглянула матеріали справи №03-06/55-17 про порушення ТОВ «Компанія «Енергопромгруп», ТОВ «Тетра-Агро» законодавства про захист економічної конкуренції, передбачене пунктом 1 статті 50, пунктом 4 частини другої статті 6 Закону України «Про захист економічної конкуренції» та подання з попередніми висновками у №03-06/55-17 від 12 червня 2018 року №72-03/48п Відділу досліджень та розслідувань Відділення, за участю представника ТОВ «Тетра-Агро» Свідерської Г.В., за довіреністю від 02 липня 2018 року,

ВСТАНОВИЛА:**1. Процесуальні дії**

- (1) Хмельницьким обласним територіальним відділенням Антимонопольного комітету України (надалі – Відділення) здійснено державний контроль за додержанням законодавства про захист економічної конкуренції у сфері публічних закупівель у Хмельницькій області.
- (2) Розглянуто лист Управління захисту економіки в Хмельницькій області Департаменту захисту економіки Національної поліції України від 08 серпня 2017 року №5198/39/121/01 щодо порушень законодавства про захист економічної конкуренції під час проведення протягом червня-серпня 2017 року Філією «Старокостянтинівський завод залізобетонних шпал» ПАТ «Укрзалізниця» процедури відкритих торгів по закупівлі: «Цемент (портландцементу ПЦ І 500-Н)» за кодом ДК 021:2015 44110000-4 – Конструкційні матеріали.
- (3) Розпорядженням адміністративної колегії Відділення від 27 жовтня 2017 року №58-рп/к розпочато розгляд справи №03-06/55-17 відносно ТОВ «Компанія «Енергопромгруп» (вул. Кульпарківська, 93 А, м. Львів, Львівська обл., 79021, код ЄДРПОУ 34668455), ТОВ «Тетра-Агро» (вул. Будівельна, 5/35, м.Червоноград, Львівська обл., 80100, код ЄДРПОУ 33775353), за дії, які полягали в узгодженні своєї конкурентної поведінки під час підготовки та проведення у червні-серпні 2017 року Філією «Старокостянтинівський завод залізобетонних шпал» ПАТ «Укрзалізниця» процедури відкритих торгів (UA-2017-06-01-001172-а) по закупівлі: «Цемент (портландцементу ПЦ І 500-Н)» за кодом ДК 021:2015 44110000-4 – Конструкційні матеріали і містять ознаки 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 вчинення антиконкурентних узгоджених дій, шляхом спотворення результатів торгів.
- (4) На адресу ТОВ «Тетра-Агро» були направлені вимоги від 15 серпня 2017 року №01-27/11-1671 та від 21 травня 2018 року №72-02/1187 про надання інформації.
- (5) На адресу ТОВ «Компанія «Енергопромгруп» були направлені вимоги від 27 лютого 2018 року №01-27/11-602 та від 21 травня 2018 року №72-02/1188 про надання інформації.
- (6) На адресу ПрАТ «Дікергофф цемент України» були направлені вимоги від 27 лютого 2018 року №01-27/11-603 про надання інформації.
- (7) Листами від 13 червня 2018 року №72-02/1304 та від 13 червня 2018 року №72-02/1305 ТОВ «Компанія «Енергопромгруп», ТОВ «Тетра-Агро» було направлено подання з попередніми висновками у справі від 12 червня 2018 року №72-03/48п.
- (8) Листами від 04 липня 2018 року №72-02/1450 та від 04 липня 2018 року №72-02/1451 ТОВ «Тетра-Агро», ТОВ «Компанія «Енергопромгруп» було направлено запрошення на засідання адміністративної колегії Відділення.

2. Відповідачі

- (9) Відповідачі у справі є такі суб'єкти господарювання:
 - а. ТОВ «Компанія «Енергопромгруп» зареєстровано в Управлінні державної реєстрації юридичного департаменту Львівської міської ради від 27 жовтня 2006 року, номер запису про проведення державної реєстрації №1 415 102 0000 014578.
Юридична адреса ТОВ «Компанія «Енергопромгруп»: вул. Кульпарківська, 93 А, м. Львів, Львівська обл., 79021, код ЄДРПОУ 34668455, р/р 2600630450 в ПАТ АКБ «Львів», МФО 325268.
Товариство веде самостійний баланс, закінчений бухгалтерський облік та статистичну звітність, має розрахунковий та інші рахунки в установах банків, бланки та печатку зі своїм найменуванням, є юридичною особою.

Відповідно до Єдиного державного реєстрі юридичних осіб, фізичних осіб-підприємців та громадських формувань вид діяльності товариства є оптова торгівля деревиною, будівельними матеріалами та санітарно-технічним обладнанням (КВЕД – 46.73).

ТОВ «Компанія «Енергопромгруп» є суб'єктом господарювання в розумінні статті 1 Закону України «Про захист економічної конкуренції».

- b. ТОВ «Тетра-Агро» зареєстровано у виконавчому комітеті Червоноградської міської ради від 15 вересня 2005 року, номер запису про проведення державної реєстрації № 1 419 102 0000 000322.

Юридична адреса ТОВ «Тетра-Агро»: вул. Будівельна, 5/35, м.Червоноград, Львівська обл., 80100, код ЄДРПОУ 33775353, р/р 26006053811386 у ЗРГУ Приватбанк м. Львів, МФО 325321.

Товариство веде самостійний баланс, закінчений бухгалтерський облік та статистичну звітність, має розрахунковий та інші рахунки в установах банків, бланки та печатку зі своїм найменуванням, є юридичною особою.

Відповідно до Єдиного державного реєстрі юридичних осіб, фізичних осіб-підприємців та громадських формувань вид діяльності товариства є неспеціалізована оптова торгівля (КВЕД – 46.90).

ТОВ «Тетра-Агро» є суб'єктом господарювання в розумінні статті 1 Закону України «Про захист економічної конкуренції».

3. Обставин справи

- (10) В ході збору та аналізу доказів у справі №03-06/55-17 встановлено наступне.
- (11) Протягом червня-серпня 2017 року Філією «Старокостянтинівський завод залізобетонних шпал» ПАТ «Укрзалізниця» (надалі – Замовник) було проведено процедуру відкритих торгів (UA-2017-06-01-001172-а) по закупівлі: «Цемент (портландцементу ПЦ І 500-Н)» за кодом ДК 021:2015 44110000-4 – Конструкційні матеріали.
- (12) Згідно з Оголошенням про проведення відкритих торгів UA-2017-06-01-001172-а кінцевий строк подання тендерних пропозицій був встановлений до 15:00 год. 03 липня 2017 року.
- (13) Відповідно до Реєстру отриманих тендерних пропозицій для участі у тендері свої пропозиції подали два учасника:
1. ТОВ «Компанія «Енергопромгруп» (вул. Кульпарківська, 93 А, м. Львів, Львівська обл., 79021, код ЄДРПОУ 34668455).
 2. ТОВ «Тетра-Агро» (вул. Будівельна, 5/35, м.Червоноград, Львівська обл., 80100, код ЄДРПОУ 33775353).
- (14) Згідно із Витягу з протоку засідання тендерного комітету Замовника від 03 серпня 2017 року №45 переможцем відкритих торгів було визнано ТОВ «Компанія «Енергопромгруп», тендерна пропозиція якого була найбільш економічно вигідною, вартість предмету закупівлі – 6 147 860,00 гривень.
- (15) На адресу ТОВ «Тетра-Агро» та ТОВ «Компанія «Енергопромгруп» були направлені вимоги від 15 серпня 2017 року №01-27/11-1671 та від 27 лютого 2018 року №01-27/11-602 про надання інформації, зокрема, інформації та документів, які стосувалися підготовки та участі вказаних суб'єктів господарювання у тендері.
- (16) Листами ТОВ «Тетра-Агро» від 30 серпня 2017 року №8/301 та ТОВ «Компанія «Енергопромгруп» від 14 березня 2018 року №01/03 надали до Відділення необхідну інформацію та повідомили, що нарад, консультацій, зборів, розмов тощо з Замовником торгів під час підготовки до участі у конкурсі не проводилось. Товариства не мають встановлених шаблонів, форм, які використовуються товариствами, як стандартні, а використовували в довільній формі. Тендерні пропозиції готувались безпосередньо працівниками Учасників.

- (17) Здійснивши аналіз тендерних пропозицій ТОВ «Компанія «Енергопромгруп» та ТОВ «Тетра-Агро» (надалі – Учасники) були виявлені обставини, які свідчать, що Учасники узгоджували свою поведінку під час підготовки та участі у торгах.
- (18) Зазначене підтверджується наступними, встановленими під час дослідження обставинами, які доводять факт узгодженої поведінки між Учасниками на різних стадіях підготовки до участі в торгах.
- (19) Згідно з статтею 28 Закону України «Про публічні закупівлі» оцінка тендерних пропозицій проводиться автоматично електронною системою закупівель на основі критеріїв і методики оцінки, зазначених замовником у тендерній документації, та шляхом застосування електронного аукціону.
- (20) Відповідно до статті 29 Закону України «Про публічні закупівлі» електронний аукціон полягає в повторювальному процесі пониження цін або приведених цін з урахуванням показників інших критеріїв оцінки за математичною формулою, визначеною в методиці оцінки, що проводиться у три етапи в інтерактивному режимі реального часу. Учасник може протягом одного етапу аукціону один раз понизити ціну/приведену ціну своєї пропозиції не менше ніж на один крок від своєї попередньої ціни/приведеної ціни.
- (21) Проаналізувавши проведений електронний аукціон (таблиця 1) переможцем відкритих торгів було визнано ТОВ «Компанія «Енергопромгруп», тендерна пропозиція якого була найбільш економічно вигідною, вартість предмету закупівлі – 6 147 860,00 гривень (з ПДВ).

Таблиця 1.

№ п /п	Учасник	Первинна пропозиція, грн.	Остаточна пропозиція, грн.
1.	ТОВ «Компанія «Енергопромгруп»	6 147 860,00	6 147 860,00
2.	ТОВ «Тетра-Агро»	6 149 127,60	6 149 127,60

- (22) Відповідно до тендерної документації, одним критерієм оцінки тендерних пропозицій є «Ціна» (питома вага критерію складає 100 відсотків). Оцінка тендерних пропозицій проводиться автоматично електронною системою шляхом застосування електронного аукціону. Переможцем визначається учасник, який за результатами електронного аукціону надав пропозицію з найменшою ціною із врахуванням нецінових критеріїв оцінки.
- (23) Отже, зі зменшенням ціни пропозиції зростає вірогідність перемоги в Торгах. За таких обставин, суб'єкт господарювання, який приймає участь у закупівлі, задля 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.
- (24) Слід зазначити, що учасники протягом трьох етапів не здійснювали пониження ціни, а залишили незмінною первинну пропозицію.
- (25) Згідно з листа ТОВ «Тетра-Агро» від 30 серпня 2017 року №8/301, товариство у наявності (придбаний) предмет закупівлі на момент проведення торгів, не мало. У разі перемоги у зазначеній процедурі закупівлі ТОВ «Тетра-Агро» планувало здійснити придбання предмету закупівлі у ПАТ «Дікергофф Цемент України» філії «Волинь-Цемент».
- (26) Відповідно до ПАТ «Дікергофф Цемент України» філії «Волинь-Цемент» від 15 березня 2018 року №272, в травні-серпні 2017 року середньозважена оптово-відпускна ціна реалізації портландцементу марки ПЦ І-500-Н складала - 1897,15 грн./т., в тому числі з ПДВ.
- (27) Таким чином, у разі придбання ТОВ «Тетра-Агро» у ПАТ «Дікергофф Цемент України» філії «Волинь-Цемент» предмету закупівлі в обсязі 3169 т., як це передбачено Тендерною документацією Замовника, витрати товариства складала у розмірі 6 012 068,35 грн.
- (28) Отже, торгівельна надбавка від продажу предмету закупівлі (цемент (портландцементу ПЦ І 500-Н)) складала б для ТОВ «Тетра-Агро» у розмірі 137 059,25 грн. (6 149 127,60

- грн. – 6 012 068,35 грн.), незважаючи на це суб'єкт господарювання приймав участь в аукціоні формально, імітуючи торги.
- (29) Відповідно до Інформації про процедуру розмір **мінімального кроку пониження ціни складав 30 746,00 грн.**
- (30) Таким чином, ТОВ «Тетра-Агро» мала можливість та ресурс для зниження цінової пропозиції під час проведення аукціону, але цього не зробила.
- (31) Отже, можна зробити висновок, що ТОВ «Тетра-Агро» не була зацікавлена у виграші у зазначеному тендері.
- (32) Зважаючи на те, що ТОВ «Тетра-Агро» не приймало участь в аукціоні та на момент проведення торгів не мало у наявності предмету закупівлі, можна зробити висновок, що товариство було технічним учасником тендеру та подало тендерну пропозицію прикриття.
- (33) Така поведінка під час аукціону підтверджують відсутність конкуренції між ТОВ «Компанія «Енергопромгруп» та ТОВ «Тетра-Агро» під час участі у торгах та дає підстави вважати, що Учасники узгодили між собою умови участі у закупівлі та були обізнані щодо цінових пропозицій один одного.
- (34) У Тендерній документації Замовника у додатку №3 міститься Проект договору про закупівлю. Проект договору про закупівлю складається замовником з урахуванням особливостей предмету закупівлі.
- (35) Разом з тендерною документацією учасником в окремому файлі подається довідка у довільній формі з погодженням з істотними умовами проекту договору про закупівлю (Додаток 3) або з зазначенням пропонуваніх змін його умов.
- (36) При аналізі цих Довідок було встановлено, що вказані документи мають аналогічне оформлення, зокрема:
- а) Учасниками застосовано однакову назву документів;
 - б) у назві довідок Учасниками виділення жирним шрифтом одних і тих самих тестових елементів «Довідка»;
 - в) в обох випадках у назві довідок Учасниками слово «Щодо» написано з великої букви;
 - г) в обох випадках довідки містять однаковий текст;
 - ґ) в обох випадках в тексті вказано скорочене найменування Учасників та виділена жирним шрифтом;
 - д) в тексті довідок зазначено словосполучення «... в Додатку № 3 документації конкурсних торгів.» натомість Законом України «Про публічні закупівлі» вживається термін тендерна документація, який і використовує Замовник, тощо.
- (37) Оформлення цих довідок здійснювалось у довільній формі, яка непередбачена Тендерною документацією Замовника, що зумовлює індивідуальні особливості кожної довідки, підготовленої самостійно кожним окремим учасником. Натомість, вказані однакові особливості оформлення свідчать про те, що ці листи готувалися однією особою та/або про обмін інформацією між цими суб'єктами господарювання при підготовці документів.
- (38) Відповідно до Тендерної документації Замовник вимагав документальне підтвердження (довідку /довідки складену /складені у довільній формі) наявності (відсутності) відомостей визначених у пунктах 2, 3, 4, 5, 6, 7 частини першої і частині другій статті 17 Закону України «Про публічні закупівлі», зокрема: про заборгованості із сплати податків і зборів (обов'язкових платежів).
- (39) При аналізі цих Довідок було встановлено, що вказані документи мають аналогічне оформлення, зокрема:
- а) Учасниками застосовано однакову назву документів;
 - б) у назві довідок Учасниками виділення жирним шрифтом одних і тих самих тестових елементів «Довідка»;

- в) в обох випадках довідки містять однаковий текст;
- г) початок тексту здійснено з однаковим відступом «абзацом»;
- г) в обох випадках в тексті вказано повне найменування Учасників, хоча в попередніх довідках назва Учасників вказувалась у скороченому варіанті;
- д) в тексті довідок словосполучення «... **не має заборгованість** ...» виділення жирним шрифтом та підкреслено;
- е) в обох випадках в кінці речення відсутня крапка, тощо.
- (40) Оформлення цих довідок здійснювалось у довільній формі, яка непередбачена Тендерною документацією Замовника, що зумовлює індивідуальні особливості кожної довідки, підготовленої самостійно кожним окремим учасником. Натомість, вказані однакові особливості оформлення свідчать про те, що ці листи готувалися однією особою та/або про обмін інформацією між цими суб'єктами господарювання при підготовці документів.
- (41) Відповідно до Тендерної документації Замовника, Учаснику необхідно було надати довідку в довільній формі, що службову (посадову) особу учасника, яку уповноважено учасником представляти його інтереси під час проведення процедури закупівлі, фізичну особу, яка є учасником було притягнуто (не притягнуто) згідно із законом до відповідальності за вчинення у сфері державних закупівель корупційного правопорушення згідно з даними Єдиного державного реєстру осіб, які вчинили корупційні або пов'язані з корупцією правопорушення.
- (42) При аналізі Довідок було встановлено, що вони є однаковими за змістом та однакові особливості оформлення, в обох випадках документ містить однаковий текст, орфографічні помилки.
- (43) Такі однакові особливості не впливають з вимог Замовника та не встановленні державними чи іншими стандартами.
- (44) Аналогічність оформлення вказаних документів, разом з якими надійшли пропозиції учасників вказує на те, що Учасники спільно готували пропозиції та обмінювались інформацією під час підготовки до участі у торгах.
- (45) Відповідно до Тендерної документації Замовника, Учаснику необхідно було подати, як частину тендерної пропозиції документи, які підтверджують відповідність товарів, які Учасник пропонує поставляти за Договором. Документальне підтвердження повинно містити інформацію про країну походження товару, найменування виробника та найменування предмета закупівлі.
- (46) При аналізі зазначених довідок було встановлено, що вони є однаковими за змістом та однакові особливості оформлення, в обох випадках документ містить однаковий текст, орфографічні помилки (відсутність «крапок» в кінці речень).
- (47) Такі однакові особливості оформлення не впливають з вимог Замовника та не встановленні державними чи іншими стандартами, а вказує на те, що Учасники спільно готували пропозиції та обмінювались інформацією під час підготовки до участі у торгах.
- (48) Відповідно до Тендерної документації конкурсних торгів Замовника, Учаснику необхідно було надати довідку у довільній формі з зазначенням юридичної та фактичної адреси місцезнаходження учасника закупівлі та банківськими реквізитами.
- (49) При аналізі цих довідок було встановлено, що вони є однаковими за змістом та однакові особливості оформлення, в обох випадках документ містить однакову форму нумерації.
- (50) Такі однакові особливості не впливають з вимог Замовника та не встановленні державними чи іншими стандартами.
- (51) Оформлення цих Довідок здійснювалось у довільній формі, яка непередбачена Тендерною документацією Замовника, що зумовлює індивідуальні особливості кожної довідки, підготовленої самостійно кожним окремим учасником. Натомість, вказані однакові особливості оформлення свідчать про те, що ці листи готувалися однією особою

та/або про обмін інформацією між цими суб'єктами господарювання при підготовці документів.

- (52) Згадані учасники торгів перебували у господарських відносинах.
- (53) Згідно з листа ТОВ «Тетра-Агро» від 30 серпня 2017 року №8/301 у лютому 2016 року ТОВ «Компанія «Енергопромгруп» подано заявку (вих. № 01/02 від 02 лютого 2016 року) на відвантаження пробної партії вугілля. Заявка була виконана 04 лютого 2016 року. Кошти за відвантаження вугілля поступили 24 лютого 2016 року на поточний рахунок ТОВ «Тетра-Агро».
- (54) Особливості реалізації предмету закупівлі.
- (55) Відповідно до ПрАТ «Дікергофф Цемент України» від 15 березня 2018 року №272, встановлений наступний порядок документообігу:
- 1) підписується основний договір, стандартного зразку, терміном дії до кінця календарного року, в якому вказані загальні положення співробітництва, умови поставки та оплати цементу;
 - 2) щомісяця до договору підписуються додаткові угоди, терміном дії до кінця календарного місяця, в яких узгоджується марки цементу, умови поставки, ціни та заявлений клієнтом обсяг на поточний календарний місяць.
- (56) У зв'язку з цим, між ТОВ «Компанія «Енергопромгруп» та ПрАТ «Дікергофф Цемент України» було укладено договір від 28 грудня 2016 року №1597, яким передбачено поставку цементу у 2017 році.
- (57) Відповідно до умов пункту 2.1 вказаного Договору щомісяця укладались додаткові угоди до договору з узгодженими цінами та запланованими обсягами споживання (січень-листопад 2017 року).
- (58) Згідно з укладених додаткових угод до договору поставки від 28 грудня 2016 року №1597 між ТОВ «Компанія «Енергопромгруп» та ПрАТ «Дікергофф Цемент України» - обсяг реалізованого «Волинь-Цемент» філією ПрАТ «Дікергофф Цемент України» портландцементу ПЦ І-500-Н в 2017 році ТОВ «Компанія «Енергопромгруп» склав 49 007,98 тон.
- (59) Згідно з листом ПрАТ «Дікергофф Цемент України» від 15 березня 2018 року №272, між ПрАТ «Дікергофф Цемент України» та ТОВ «Тетра-Агро» цивільно-правових відносин на підставі укладених угод, договорів, чи інших документів – не виникало, у зв'язку із чим – обсяг реалізації продукції та ціни продукції не можуть бути визначені та у зв'язку із чим не надходили листи, факси, тощо з метою одержання відповідних документів (довідок, гарантій, свідоцтв, сертифікатів, тощо) від товариства.
- (60) В той же час, для підтвердження рівня технічним, якісним та кількісним характеристикам предмета закупівлі продукції обидва Учасники надали Сертифікати якості, відповідності на цемент (портландцементу ПЦ І 500-Н) виданих для ПрАТ «Дікергофф Цемент України» філії «Волинь-Цемент».
- (61) Таким чином, можна зробити висновок, що ТОВ «Тетра-Агро» було технічним учасником тендеру та подало тендерну пропозицію прикриття.
- (62) Зазначенні обставини свідчать про співпрацю між суб'єктами господарювання, що підтверджує про обмін інформацією між цими суб'єктами господарювання при підготовці пропозицій з конкурсних торгів та про узгоджену поведінку цих суб'єктів господарювання.
- (63) Відповідно до Тендерної документації Замовника, Учаснику необхідно було надати довідку про наявність обладнання та матеріально-технічної бази: інформацію стосовно наявних чи орендованих складських приміщень та автотранспортних засобів, у разі відсутності в учасника складських приміщень та автотранспортних засобів інформацію

- стосовно пункту навантаження та власників транспортних засобів, якими товарно-матеріальні цінності будуть доставлені до Замовника.
- (64) При аналізі цих Довідок було встановлено, що друга частина довідки ТОВ «Компанія «Енергопромгруп» є однаковою за змістом, текстом із довідкою ТОВ «Тетра-Агро», зокрема: «... має сучасне офісне та виробниче приміщення, яке обладнане усією необхідною комп'ютерною та оргтехнікою, у наявності є усі необхідні засоби зв'язку та передачі інформації, транспортні засоби та інше необхідне обладнання для забезпечення безперервних поставок цементної продукції та сумлінного виконання умов договору поставки».
- (65) Слід відмітити, що ТОВ «Тетра-Агро» не надало жодної інформації про фактичне наявне обладнання та матеріально-технічної бази (назву автотransпортних засобів, обладнання, адрес складських приміщень, пунктів навантаження, тощо).
- (66) Таким чином, Товариство не надавши інформацію про підтвердження наявності обладнання та матеріально-технічної бази не відповідало кваліфікаційним критеріям, які були встановлені Тендерною документацією. У разі розгляду тендерної пропозиції ТОВ «Тетра-Агро» на відповідність вимогам тендерної документації Замовником торгів вона була б відхилена.
- (67) ТОВ «Компанія «Енергопромгруп» у своїй довідці про наявність матеріально-технічної бази вказало, що підприємство не є безпосереднім виробником цементної продукції, а являється торгівельним представником підприємства-виробника «Волинь Цемент» філії ПАТ «Дікергофф Цемент України», а саме, в цього товариства ТОВ «Тетра-Агро» планувало здійснити придбання предмету закупівлі.
- (68) Таким чином, можна зробити висновок, що ТОВ «Тетра-Агро» було технічним учасником тендеру та подало тендерну пропозицію прикриття.
- (69) Зазначенні обставини свідчать про співпрацю між суб'єктами господарювання, що підтверджує про обмін інформацією між цими суб'єктами господарювання при підготовці пропозицій з конкурсних торгів та про узгоджену поведінку цих суб'єктів господарювання.
- (70) При аналізі реєстру завантажених Учасниками документів встановлено, що назви файлів та формату «.jpg» у них однакові, а саме: «Додаток 4 лист-згода.PDF», «довідка відомості про учасника.PDF», «довідка умови договору.PDF», «довідка дані про товар.PDF», «Сертифікат якості.PDF», «сертифікат відповідності.PDF», «додаток 1 технічна специфікація.PDF», «довідка заборгованість.PDF», «довідка судимість.PDF», «довідка антиконкурентні дії.PDF», «довідка корупція посадова особа.PDF», «довідка корупція юр.особа.PDF», «довідка аналогічні договора.PDF».
- (71) Ідентичність назв, форматів електронних файлів документів, які пов'язані з підготовкою до участі та участю в процедурі закупівлі свідчить про те, що вони готувалися обома учасниками з використанням одного й того ж програмного забезпечення на одному комп'ютері та про обмін інформацією під час підготовки до участі у торгах.
- (72) Наведені докази свідчать про те, що документи, які були подані на торги у складі тендерних пропозицій ТОВ «Компанія «Енергопромгруп» та ТОВ «Тетра-Агро» готувалися ними узгоджено та/або про обмін інформацією між цими суб'єктами господарювання при підготовці тендерних пропозицій.

4. Кваліфікація порушення Відповідачами конкурентного законодавства

- (73) Відділенням було встановлено, що поведінка ТОВ «Компанія «Енергопромгруп» та ТОВ «Тетра-Агро» становить антиконкурентні узгоджені дії, які стосуються спотворення результатів тендерів (торгів).
- (74) Відповідно до статті 5 Закону України «Про захист економічної конкуренції» узгодженими діями є укладання суб'єктами господарювання угод у будь-якій формі,

- прийняття об'єднанням рішень у будь-якій формі, а також будь-яка інша погоджена конкурентами поведінка (діяльність, бездіяльність) суб'єктів господарювання.
- (75) Тендери (торги), відповідно до пункту 28 частини першої статті 1 Закону України «Про публічні закупівлі», визначаються як здійснення конкурентного відбору учасників з метою визначення переможця торгів згідно з процедурами, установленими цим Законом (крім переговорної процедури закупівлі).
- (76) Згідно зі статтею 1 Закону України «Про захист економічної конкуренції» конкуренція – це змагання між суб'єктами господарювання з метою здобуття завдяки власним досягненням переваг над іншими суб'єктами господарювання, внаслідок чого споживачі, суб'єкти господарювання мають можливість вибирати між кількома продавцями, покупцями, а окремий суб'єкт господарювання не може визначати умови обороту товару на ринку.
- (77) Узгодженням дій учасників тендеру (торгів) (не менше двох) є відмова таких учасників від самостійної участі у тендері та самостійного прийняття рішення щодо формування та зміни конкурсних (тендерних) пропозицій, що полягає у координації поведінки таких суб'єктів, як на стадії підготовки конкурсної документації (узгодження цін та інших умов, спільна підготовка документів), так і на стадії безпосередньо проведення конкурсу (поділ лотів, тощо).
- (78) Крім того, держава, суспільство та замовник загалом зацікавлені у тому, щоб укласти контракт на закупівлю товарів або послуг з фірмою, яка запропонує найкращу, максимально низьку ціну та найкращу якість, що повністю відповідає меті проведення конкурсних процедур закупівлі та принципу ефективної конкуренції на основі показників діяльності та власних досягнень суб'єктів господарювання.
- (79) Узгоджені дії, які суперечать вищезазначеним цілям і перешкоджають їх досягненню, належать до порушень законодавства про захист економічної конкуренції. Це стосується, зокрема, узгодження тендерних пропозицій, що подаються учасниками торгів.
- (80) Отже, погоджена поведінка учасників торгів усуває змагальність (конкуренцію) між ними і, як наслідок, призводить до спотворення конкурентного середовища при виборі замовником кращої пропозиції, яка можлива лише при справжніх умовах змагальності.
- (81) Як свідчать матеріали справи, підтверджені зібрані докази, зокрема: подача документів у тендерних пропозиціях однакових за змістом, оформленням; не прийняття участі в аукціоні, наявності господарських відносин; присвоєння однакових назв файлів та формату документам, які подавались через електронну систему закупівель, та інші,
- (82) Установлені Відділенням факти у своїй сукупності, а саме: подачі документів у тендерних пропозиціях однакових за змістом, оформленням; не прийняття участі в аукціоні, наявності господарських відносин; присвоєння однакових назв файлів та формату документам, які подавались через електронну систему закупівель, та інші, не можуть бути результатом випадкового збігу обставин чи наслідком дії об'єктивних чинників, а свідчать про узгодження (координацію) ТОВ «Компанія «Енергопромгруп» та ТОВ «Тетра-Агро» своєї поведінки при підготовці до участі та участі у торгах (тендерів), зокрема, про обмін між ними інформацією.
- (83) З огляду на вищезазначене, ТОВ «Компанія «Енергопромгруп» та ТОВ «Тетра-Агро» під час підготовки документації для участі у тендерів (торгах) (UA-2017-06-01-001172-а) на закупівлю: «Цемент (портландцементу ПЦ І 500-Н)» за кодом ДК 021:2015 44110000-4 – Конструкційні матеріали діяли не самостійно, а узгоджували свої дії та не змагалися між собою, що є обов'язковою умовою участі у конкурентних процедурах закупівлі за Законом України «Про публічні закупівлі».
- (84) Унаслідок узгодженості поведінки ТОВ «Компанія «Енергопромгруп» та ТОВ «Тетра-Агро» право на укладення договору за результатами торгів одним з учасників - ТОВ «Компанія «Енергопромгруп» одержано не на конкурентних засадах, чим було спотворення результати цих торгів.

- (85) Узгодивши свою поведінку та свої тендерні пропозиції, ТОВ «Компанія «Енергопромгруп» та ТОВ «Тетра-Агро» тим самим усунули конкуренцію та змагальність між собою, а отже спотворили результат проведених замовником торгів, порушивши право замовника на отримання найбільш ефективного для нього результату, а відтак, вчинили антиконкурентні узгоджені дії.
- (86) Відповідно до частини четвертої статті 6 Закону України «Про захист економічної конкуренції» вчинення антиконкурентних узгоджених дій забороняється і тягне за собою відповідальність згідно з законом.

5. Заперечення Відповідачів та їх спростування

- (87) У відповідь на подання з попередніми висновками у справі №03-06/55-17 від 12 червня 2018 року №72-03/48п ТОВ «Компанія «Енергопромгруп» та ТОВ «Тетра-Агро» будь-яких зауважень чи заперечень по результатам розгляду справи не надали.
- (88) Уповноважений представник ТОВ «Тетра-Агро» на засіданні адміністративної колегії повідомив Відділення, що із висновками територіального відділення не погоджуються, з огляду на наступне.
- (89) Пониження ціни в три етапи це є право ТОВ «Тетра-Агро», а не обов'язок, те що тендерні пропозиції містять документи, які є однакові змістом, оформлення та мають аналогічне назви файлів та формату «.jpg» пояснюється це тим, що вони були отримані з мережі Інтернет, наявність господарських відносин не є порушенням чинного законодавства.
- (90) Такі пояснення не спростовують факт вчинення порушення законодавства про захист економічної конкуренції та спростовуються матеріалами справи і не можуть бути прийнятті до уваги Відділенням з наступних причин.
- (91) Згідно з частиною першою статті 29 Закону України «Про публічні закупівлі», електронний аукціон полягає в повторювальному процесі пониження цін, тобто пониження ціни це суть аукціону.
- (92) Таким чином, ТОВ «Тетра-Агро» мала можливість та ресурс для зниження цінової пропозиції під час проведення аукціону, але цього не зробило.
- (93) Відділення не заперечує того, що форми відомостей Учасники могли отримати із відкритих джерел (поданих під час інших торгів, проформ, розміщених у мережі Інтернет).
- (94) Відповідно до листів ТОВ «Тетра-Агро» від 30 серпня 2017 року №8/301 та ТОВ «Компанія «Енергопромгруп» від 14 березня 2018 року №01/03 Учасники не мали встановлених шаблонів, форм, які використовуються товариствами, як стандартні, а використовували в довільній формі. Тендерні пропозиції готувались безпосередньо працівниками Учасників. Джерел походження зазначених документів Учасниками не вказано.
- (95) Також слід відмітити, що в системі публічних закупівель «Prozorro» є значна кількість документів з різним текстом, оформленням, назвами файлів. Незважаючи на це Учасники використали та подали документи з однаковим змістом, оформлення та з аналогічними назвами файлів та формату «.jpg».
- (96) Також слід відмітити, що окремі документи є індивідуальні для різних тендерів і їх отриманих з мережі Інтернет є неможливим, а необхідно формувати безпосередньо учасником торгів, зокрема: довідка про походження товару, наявність матеріально-технічної бази, інформацію про товар, тому їх аналогічність не можна пояснити походженням з мережі Інтернет.
- (97) Це вказує на те, що Учасники спільно готували тендерні пропозиції та обмінювались інформацією під час підготовки до участі у торгах.

6. Остаточні висновки

- (98) Таким чином, доказами, зібраними в процесі розгляду справи, доводиться, а дослідженням усієї сукупності фактів, що об'єктивно могли вплинути на поведінку ТОВ «Компанія «Енергопромгруп» та ТОВ «Тетра-Агро», Відповідачі не спростували висновки Відділення про те, що дії ТОВ «Компанія «Енергопромгруп» та ТОВ «Тетра-Агро», які полягали у: подачі документів у тендерних пропозиціях однакових за змістом, оформленням; не прийнятті участі в аукціоні, наявності господарських відносин; присвоєння однакових назв файлів та формату документам, які подавались через електронну систему закупівель, та інші є узгодженою поведінкою, що стосується спотворення результатів відкритих торгів (UA-2017-06-01-001172-a) по закупівлі: «Цемент (портландцементу ПЦ І 500-Н)» за кодом ДК 021:2015 44110000-4 – Конструкційні матеріали та обмежує Замовника у виборі цінових пропозицій учасників, які мали б бути запропоновані в умовах добросовісної конкуренції.
- (99) Погоджена поведінка суб'єктів господарювання (учасників торгів) усуває змагальність (конкуренцію) між ними і, як наслідок, призводить до спотворення конкурентного середовища при виборі замовником кращої пропозиції, яка можлива лише при справжніх умовах змагальності.
- (100) Вищезазначені дії ТОВ «Компанія «Енергопромгруп» та ТОВ «Тетра-Агро», які полягали в узгодженні своєї конкурентної поведінки під час підготовки та проведення у червні-серпні 2017 року Філією «Старокостянтинівський завод залізобетонних шпал» ПАТ «Укрзалізниця» (надалі – Замовник) процедури відкритих торгів (UA-2017-06-01-001172-a) по закупівлі: «Цемент (портландцементу ПЦ І 500-Н)» за кодом ДК 021:2015 44110000-4 – Конструкційні матеріали є 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.

7. Визначення розміру штрафу

- (101) Відповідно до частини другої статті 52 Закону України «Про захист економічної конкуренції», за порушення, передбачене пунктом 1 статті 50 Закону України «Про захист економічної конкуренції», накладається штраф у розмірі до десяти відсотків доходу (виручки) суб'єкта господарювання від реалізації продукції (товарів, робіт, послуг) за звітний рік, що передував року, в якому накладається штраф. У разі наявності незаконно одержаного прибутку, який перевищує десять відсотків зазначеного доходу (виручки), штраф накладається у розмірі, що не перевищує потрійного розміру незаконно одержаного прибутку. Розмір незаконно одержаного прибутку може бути обчислено оціночним шляхом.
- (102) На адресу ТОВ «Тетра-Агро» та ТОВ «Компанія «Енергопромгруп» були направлені вимоги від 21 травня 2018 року №72-02/1187-1188 про надання інформації (до 01 червня 2018 року), зокрема, довідки про дохід (виручку) від реалізації продукції (товарів, робіт, послуг) за 2017 рік.
- (103) Станом на 13 липня 2018 року ТОВ «Тетра-Агро» та ТОВ «Компанія «Енергопромгруп», на вимоги Відділення від 21 травня 2018 року №72-02/1187-1188, інформацію про дохід (виручку) від реалізації продукції (робіт, послуг) за 2017 рік не надали.
- (104) Відповідно до частини п'ятої статті 52 Закону України «Про захист економічної конкуренції», якщо доходу (виручки) немає або відповідач на вимогу голови територіального відділення не надав розмір доходу (виручки), штраф, передбачений абзацом другим частини другої цієї статті, накладається у розмірі до двадцяти тисяч неоподатковуваних мінімумів доходів громадян.

(105) При визначенні розміру штрафу адміністративною колегією Відділення враховується, що узгоджені дії учасників конкурсних процедур (торгів, тендерів, тощо), спрямовані на досягнення узгодженого між ними результату (наприклад, забезпечення перемоги певному учаснику при завищеній ним ціні товару), належать до категорії найбільш шкідливих антиконкурентних узгоджених дій, оскільки у таких випадках вибір для замовника обмежений лише поданими конкурсними пропозиціями і змова учасників призводить до порушення права замовника на придбання товару за цінами, сформованою в умовах конкуренції, що, у свою чергу, має результатом необґрунтовані перевитрати (нераціональне витрачання) публічних коштів.

(106) Водночас, при визначенні розміру штрафу було враховано такі обставини:

- ТОВ «Компанія «Енергопромгруп» сприяло розгляду справи №03-06/55-17;
- ТОВ «Тетра-Агро» сприяла розгляду справи №03-06/55-17.

(107) Розглянувши матеріали справи, подання з попередніми висновками у справі №03-06/55-17 від 12 червня 2018 року №72-03/48п у їх сукупності, адміністративна колегія Відділення дійшла до висновку, що подані матеріали достатні, а наведені у поданні висновки обґрунтовані і доведені, що є підставою для прийняття рішення.

Враховуючи вищевикладене, керуючись статтями 12, 12¹, 14, 17 Закону України «Про Антимонопольний комітет України», статтею 48 Закону України «Про захист економічної конкуренції», пунктом 11 Положення про територіальне відділення Антимонопольного комітету України, затвердженого розпорядженням Антимонопольного комітету України від 23 лютого 2001 року №32-р та зареєстрованого в Міністерстві юстиції України 30 березня 2001 року № 291/5482, (зі змінами), пунктом 33 Правил розгляду заяв і справ про порушення законодавства про захист економічної конкуренції, затверджених розпорядженням Антимонопольного комітету України від 19 квітня 1994 року за №5, зареєстрованим у Міністерстві юстиції України 6 травня 1994 року за №90/299 (у редакції розпорядження Антимонопольного комітету України від 29 червня 1998 року № 169-р) (зі змінами), адміністративна колегія Відділення,

ВИРІШИЛА:

1. Визнати дії товариства з обмеженою відповідальністю «Компанія «Енергопромгруп» (вул. Кульпарківська, 93 А, м. Львів, Львівська обл., 79021, ЄДРПОУ 34668455), товариства з обмеженою відповідальністю «Тетра-Агро» (вул. Будівельна, 5/35, м. Червоноград, Львівська обл., 80100, ЄДРПОУ 33775353), які полягали в узгодженні своєї конкурентної поведінки під час підготовки та проведення у червні-серпні 2017 року Філією «Старокостянтинівський завод залізобетонних шпал» ПАТ «Укрзалізниця» процедури відкритих торгів (UA-2017-06-01-001172-а) по закупівлі: «Цемент (портландцементу ПЦ І 500-Н)» за кодом ДК 021:2015 44110000-4 – Конструкційні матеріали, 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 порушення, вказане у пункті 1 резолютивної частини цього рішення відповідно до частини п'ятої статті 52 Закону України «Про захист економічної конкуренції» накласти штраф на:
 - 2.1. товариство з обмеженою відповідальністю «Компанія «Енергопромгруп» (ЄДРПОУ 34668455) у розмірі 68 000,00 (шістдесят вісім тисяч) гривень.
 - 2.2. товариство з обмеженою відповідальністю «Тетра-Агро» (ЄДРПОУ 33775353 у розмірі 68 000,00 (шістдесят вісім тисяч) гривень.

Згідно з частиною третьою статті 56 Закону України «Про захист економічної конкуренції» особа, на яку накладено штраф за рішенням органу Антимонопольного комітету України, сплачує його **у двомісячний строк** з дня його одержання.

Відповідно до частини першої статті 60 Закону України «Про захист економічної конкуренції» рішення органів Антимонопольного комітету України може бути оскаржене до Господарського суду **в двомісячний строк** з дня його одержання.

Відповідно до частини восьмої статті 56 Закону України «Про захист економічної конкуренції», **протягом п'яти днів** з дня сплати штрафів, необхідно надіслати до Відділення документи, що підтверджують сплату штрафу.

Голова адміністративної колегії
Заступник голови Відділення –
начальник ВДР

Р.Примуш