



АНТИМОНОПОЛЬНИЙ КОМІТЕТ УКРАЇНИ РІШЕННЯ

АДМІНІСТРАТИВНОЇ КОЛЕГІЇ ВІННИЦЬКОГО ОБЛАСНОГО ТЕРИТОРІАЛЬНОГО ВІДДІЛЕННЯ

30 вересня 2019 року

м. Вінниця

№ 52/8-р/к

Про порушення законодавства
про захист економічної конкуренції
та накладення штрафу

Товариство з обмеженою відповідальністю «БК ПЕГАС» (місцезнаходження юридичної особи - 21037, Вінницька обл., м. Вінниця, вул. Генерала Гандзюка, 2 кв.17, ідентифікаційний код – 41394855) та фізична особа - підприємець Толочко Антон Володимирович (місце проживання: 23223, Вінницька обл., Вінницький район, с. Зарванці, вул. В.Стуса, 16. Фактична адреса місцезнаходження: 21000, м. Вінниця, вул. Архітектора Артинова, 5 офіс 4. Реєстраційний номер – 3358606455) подали заявки на участь у відкритих торгах, що проводились Відділом освіти Вінницької районної державної адміністрації у липні 2017 року у системі ProZorro по предмету закупівлі: ДК 021-2015-45450000-6 – Інші завершальні роботи (Реконструкція учбового приміщення Комунального закладу «Мізяківсько-Хутірського НВК: ЗОШ І-ІІІ ст. – ДНЗ» для розміщення санвузлів та влаштування зовнішніх інженерних мереж по вул. Центральна, 22 в с. Мізяківські Хутори, Вінницького району, Вінницької області (ідентифікатор закупівлі UA-2017-07-07-000594-a) (далі – Торги).

Згідно з оголошенням про проведення відкритих торгів UA-2017-07-07-000594-a кінцевий строк подання тендерних пропозицій встановлений до 12¹⁰ год. 18.07.2017 року.

Очікувана вартість закупівлі 1005900.00 грн. з ПДВ.

Відповідно до Реєстру отриманих тендерних пропозицій для участі у процедурі конкурсних торгів свої пропозиції подали два учасника:

- товариство з обмеженою відповідальністю «БК ПЕГАС» (запропонована вартість 1005900 грн. з ПДВ).;
- фізична особа - підприємець Толочко Антон Володимирович (запропонована вартість 1000854 грн. з ПДВ).

При цьому, під час підготовки до участі у Торгах товариство з обмеженою відповідальністю «БК ПЕГАС» (далі – ТОВ «БК ПЕГАС») та фізична особа - підприємець Толочко Антон Володимирович (далі – ФОП Толочко А.В.) узгоджували свою поведінку з метою усунення змагання між собою під час участі у тендері, а саме: подібно оформили тендерну документацію; подавали свої тендерні пропозиції з одного комп'ютерного обладнання, яке знаходиться за тією ж адресою, що і ФОП Толочко А.В., та завантажували їх з використанням однієї IP-адреси; заходили в аукціон з однієї IP-адреси. Така 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.

За результатами розгляду справи № 03-06/05-18 такі дії ТОВ «БК ПЕГАС» та ФОП Толочко А.В. визнано антиконкурентними узгодженими діями, що стосуються спотворення результатів торгів проведених Замовником в липні 2017 року, предмет закупівлі – ДК 021-2015-45450000-6 – Інші завершальні роботи (Реконструкція учбового приміщення Комунального закладу «Мізяківсько-Хутірського НВК: ЗОШ І-ІІІ ст. – ДНЗ» для розміщення санвузлів та влаштування зовнішніх інженерних мереж по вул. Центральна, 22 в с. Мізяківські Хутори, Вінницького району, Вінницької області (ідентифікатор закупівлі UA-

2017-07-07-000594-а), що є порушенням пункту 1 статті 50 та пункту 4 частини другої статті 6 Закону України «Про захист економічної конкуренції».

Станом на момент прийняття рішення ФОП Толочко А.В. припинив діяльність (номер запису про припинення підприємницької діяльності - 21490060003007304 від 13.08.2019 р.). На ТОВ «БК ПЕГАС» накладено штраф - 68 000,00 грн.

Відповідно до пункту 4 частини першої статті 17 Закону України «Про публічні закупівлі», вчинення суб'єктами господарювання зазначеного порушення є підставою для відмови цим суб'єктам господарювання в участі в інших процедурах закупівлі та для відхилення їх тендерних пропозицій протягом 3 років після винесення рішення.

Адміністративна колегія Вінницького обласного територіального відділення Антимонопольного комітету України, розглянувши матеріали справи № 03-06/05-18 про порушення ТОВ «БК ПЕГАС» та ФОП Толочко А.В. законодавства про захист економічної конкуренції, передбаченого пунктом 1 статті 50 та пунктом 4 частини другої статті 6 Закону України «Про захист економічної конкуренції» (надалі – Закон), та подання другого відділу досліджень та розслідувань від 01.08.2019 № 53-03/150п,

ВСТАНОВИЛА:

1. Процесуальні дії

- (1) Розпорядженням адміністративної колегії Вінницького обласного територіального відділення Антимонопольного комітету України від 18.07.2018 року № 06-рк розпочато розгляд справи № 03-06/05-18 за ознаками вчинення ТОВ «БК ПЕГАС» та ФОП Толочко А.В. порушення законодавства про захист економічної конкуренції, передбаченого пунктом 1 статті 50, пунктом 4 частини другої статті 6 Закону, у вигляді вчинення антиконкурентних узгоджених дій, які стосуються спотворення результатів торгів, аукціонів, конкурсів, тендерів.
- (2) Головою Вінницького обласного територіального відділення Антимонопольного комітету України (далі – Відділення) надіслано ТОВ «БК ПЕГАС» вимогу про початок розгляду справи та надання інформації від 19.07.2018 № 03-06/889; ФОП Толочко А.В. - вимогу про початок розгляду справи та надання інформації від 19.07.2018 № 03-06/891.
- (3) Подання з попередніми висновками у справі від 01.08.2019 № 52-03/150п направлено на адресу ТОВ «БК ПЕГАС» - листом від 01.08.2019 № 52-02/1682 із рекомендованим повідомленням про вручення поштового відправлення № 2102801358580 від 01.08.2019 р.; на адресу ФОП Толочко А.В. - листом від 01.08.2019 № 52-02/1681 із рекомендованим повідомленням про вручення поштового відправлення № 2102801358572 від 01.08.2019 р.
- (4) Відповідно до відмітки на рекомендованому повідомленні про вручення поштового відправлення № 2102801358572, ФОП Толочко А.В. отримав подання з попередніми висновками у справі № 03-06/05-18 07.08.2019 р., однак зауважень чи заперечень до нього не надав.
- (5) Рекомендоване поштове відправлення № 2102801358580 від 01.08.2019 р, що надсилалось ТОВ «БК ПЕГАС», не вручене та повернуто до Відділення за закінченням терміну зберігання.
- (6) Керуючись пунктом 26 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), головою Відділення 04.09.2019 на офіційному веб-сайті Антимонопольного комітету України

(<http://www.amc.gov.ua>) розміщено інформацію щодо попередніх висновків у справі, із зазначенням дати, часу і місця розгляду справи.

- (7) На підставі клопотання ТОВ «БК ПЕГАС» від 17.09.2019 № 17/09/54 щодо надання можливості ознайомитись з поданням про попередні висновки у справі та підготувати заперечення на нього, розгляд справи № 03-06/05-18 було відкладено на дванадцять днів. Про дату та час засідання адміністративної колегії з приводу розгляду питання по прийняттю рішення у справі № 03-06/05-18 ТОВ «БК ПЕГАС» повідомлено листом від 19.09.2019 № 52-02/1900.
- (8) Зауважень чи заперечень на подання з попередніми висновками у справі від ТОВ «БК ПЕГАС» не надходило.

2. Відповідачі

- (9) Відповідачами у справі є такі суб'єкти господарювання:

(1) ТОВ «БК ПЕГАС» (далі – Відповідач-1) (ідентифікаційний код – 41394855; місцезнаходження юридичної особи - 21037, Вінницька обл., м. Вінниця, вул. Генерала Гандзюка, 2 кв.17).

ТОВ «БК ПЕГАС» здійснює господарську діяльність код КВЕД 41.20 Будівництво житлових і нежитлових будівель (основний); Код КВЕД 43.21 Електромонтажні роботи.

(2) ФОП Толочко А.В. (далі – Відповідач-2) (ідентифікаційний номер – 3358606455, місце проживання фізичної особи-підприємця: 23223, Вінницька обл., Вінницький район, с. Зарванці, вул. В. Стуса, 16; фактична адреса місцезнаходження: 21000, м. Вінниця, вул. Архітектора Артинова, 5 офіс 4).

ФОП Толочко А.В. здійснював господарську діяльність код за КВЕД 41.20 Будівництво житлових і нежитлових будівель (основний); код КВЕД 82.99 Надання інших допоміжних комерційних послуг.

3. Обставини справи

3.1. Спільна підготовка ТОВ «БК ПЕГАС» та ФОП Толочко А.В. до участі в Торгах

- (10) Відповідно до статті 25 Закону України «Про публічні закупівлі» тендерна пропозиція подається електронному вигляді через електронну систему закупівель. Документ з тендерною пропозицією подається в електронному вигляді шляхом заповнення електронних форм з окремими полями, де зазначається інформація про ціну, інші критерії оцінки (у разі їх встановлення замовником), інформація від учасника про його відповідальність кваліфікаційним критеріям, вимогам, визначеним у статті 17 цього Закону і в тендерній документації, та завантаження необхідних документів, що вимагаються замовником у тендерній документації. Документи, що підтверджують відповідальність учасника кваліфікаційним критеріям, та документи, що містять технічний опис предмета закупівлі, подаються в окремому файлі.
- (11) Доступ до системи ProZorro здійснюється через авторизований електронний майданчик на якому Учасник реєструється із зазначенням адреси діючої електронної скриньки.
- (12) Електронний майданчик є точкою доступу користувачів до центральної бази даних ProZorro. Авторизовані в системі ProZorro майданчики надають доступ до модулю електронного аукціону, який є частиною електронної системи закупівель та забезпечує створення, зберігання та оприлюднення всієї інформації про закупівлі, проведення електронного аукціону, автоматичний обмін інформацією і документами та користування сервісами з автоматичним обміном інформацією.

- (13) Після реєстрації Учасники можуть подавати свої тендерні пропозиції на участь в процедурі закупівлі з моменту публікації оголошення і до строку завершення прийому пропозиції.
- (14) З метою прийняття участі у тендері на закупівлю Робіт з реконструкції, учасник ТОВ «БК ПЕГАС» зареєструвався на авторизованому електронному майданчику **E-tender**, оператором якого є ТОВ «Е-ТЕНДЕР». Особою, що контактувала із майданчиком зазначено (*інформація з обмеженим доступом*).
- (15) Учасник ФОП Толочко А.В. зареєструвався на авторизованому електронному майданчику **Держзакупівлі.Онлайн**, не вказавши особу, що буде контактувати з майданчиком.
- (16) Оператором авторизованого електронного майданчика **Держзакупівлі.Онлайн** є ТОВ «Держзакупівлі.Онлайн».
- (17) Під час завантаження документів (тендерних пропозицій) для участі у процедурі торгів (**UA-2017-07-07-000594-a**) по закупівлі ДК 021-2015-45450000-6 – Інші завершальні роботи (Роботи з реконструкції), які проводились Замовником в липні 2017 року, Учасники використовували наступні IP адреси:

Учасник	Електронний майданчик	Дата	Вчинені дії	IP адреса
ТОВ «БК ПЕГАС»	E-tender	17.07.17 о 15 ¹⁷	Подано пропозицію	(інформація з обмеженим доступом)
ФОП Толочко А.В.	Держзакупівлі.Онлайн	17.07.17 о 16 ²⁹	Подано пропозицію	(інформація з обмеженим доступом)
ТОВ «БК ПЕГАС»	E-tender	19.07.17 о 8 ⁵⁹	Заходив в аукціон	(інформація з обмеженим доступом)
ФОП Толочко А.В.	Держзакупівлі.Онлайн	19.07.17 о 8 ⁵⁹	Заходив в аукціон	(інформація з обмеженим доступом)

- (18) IP адреса – це ідентифікатор (унікальний числовий номер) мережевого рівня, який використовується для адресації комп'ютерів чи пристроїв у мережах, які побудовані з використанням протоколу TCP/IP (Інтернет).
- (19) Відділенням з'ясовано, що провайдером зазначених в таблиці IP адрес є ПАТ «Укртелеком».
- (20) Згідно з інформацією ПАТ «Укртелеком» від 23.05.2018 № 831-Вих-VC-05к400-2018, у період липень 2017 – травень 2018 року (в тому числі й 17.07.2017 з 13⁰⁰ по 19⁰⁰, 19.07.2017 з 7⁰⁰ по 12⁰⁰) IP-адреси (*інформація з обмеженим доступом*) знаходились у користуванні ТОВ «ЮНАЙТЕД КЕПІТАЛ ГРУП ЛТД», з яким укладено договір від 21.09.2015 № 262-385. Місцезнаходження вказаних IP-адрес: (*інформація з обмеженим доступом*).
- (21) З такими суб'єктами господарювання, як ТОВ «БК ПЕГАС» та ФОП Толочко А.В. договірні відносини не укладались.
- (22) Отже, комп'ютерне обладнання, з якого обидва Учасники здійснювали реєстрацію, вхід до кабінету учасника та інші дії, пов'язані з подачею заявки, документів на участь у процедурі закупівлі Робіт з реконструкції, а також заходили в аукціон, фактично знаходились за адресою: (*інформація з обмеженим доступом*).
- (23) Дану адресу ФОП Толочко А.В. зазначив у тендерній документації як адресу свого фактичного місцезнаходження.
- (24) Листом від 03.09.2018 № 10281/9/22162-50-019 Головне управління ДФС у Вінницькій області на вимогу Відділення інформацію про електронні адреси та IP-адреси, з яких подавались податкові звіти до ГУ ДФС у Вінницькій області протягом 2017-2018

років ТОВ «БК ПЕГАС». Відповідно до наданої інформації, вказані IP-адреси не є тими IP-адресами, які Товариство використовувало під час участі у Торгах.

- (25) Встановлено, що ФОП Толочко А.В. за період з 01.01.2017 по 30.06.2018 звітність в електронному вигляді не подавав.
- (26) Отже, той факт, що обидва Учасники (ТОВ «БК ПЕГАС» та ФОП Толочко А.В.), які виступали конкурентами в торгах на закупівлю Робіт з реконструкції, подавали свої тендерні пропозиції та заходили в аукціон з одного комп'ютерного обладнання, яке знаходиться за адресою ФОП Толочко А.В., та завантажували їх з використанням однієї IP-адреси, яка надавалась іншому суб'єкту господарювання (ТОВ «ЮНАЙТЕД КЕПІТАЛ ГРУП ЛТД»), може свідчити про те, що у період підготовки та участі у процедурі закупівлі, Учасники могли діяти спільно, узгоджуючи свої дії та могли бути обізнаними щодо цінових пропозицій один одного.

3.2. Наявність подібно оформлених документів

- (27) ТОВ «БК ПЕГАС» та ФОП Толочко А.В. подібно оформили за текстовим наповненням та з використанням однакових шрифтів документи тендерної пропозиції.
- (28) Зразок форми «Цінова пропозиція» надавався Замовником. Учасники торгів, не змінюючи зміст форми цінової пропозиції, оформили її абсолютно відмінно від форми Замовника, однак однаково один одному: виділення жирним шрифтом та курсивом одних і тих самих текстових елементів, при написанні номеру в обох випадках застосовується знак «\», а не «/», центровка всього тексту – по центру, однаковий міжстроковий інтервал, сама назва «ЦІНОВА ПРОПОЗИЦІЯ» взята у лапки (додаток 1 до рішення).
- (29) Такі довідки, як «Пояснення про відсутність будівельної ліцензії», «Наявність працівників відповідної кваліфікації», «Довідка про наявність обладнання та матеріально-технічної бази» та інші, які зазвичай складаються Учасниками в довільній формі, ТОВ «БК ПЕГАС» та ФОП Толочко А.В. підготували в однаковому стилі: центровка по листу, виділення певної частини тексту жирним шрифтом, ідентичний текст пояснення про відсутність будівельної ліцензії.
- (30) Тендерні пропозиції учасників торгів повинні відрізнитись 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 тендерних пропозицій.
- (31) У той же час, тендерні цінові пропозиції, які були подані Учасниками під час участі у зазначених торгах, мають нехарактерну для такого випадку схожість у зовнішньому оформленні, структурі, текстовому змісті.
Такі однакові особливості не впливали з вимог Замовника та не встановлені державними чи іншими стандартами.
- (32) Відповідно до оголошення Замовника про проведення торгів Учасникам необхідно було надати суму проведення Робіт з реконструкції. Для цього, згідно з вимогами тендерної документації Замовника, Учасники до кінцевого строку подання тендерних пропозицій надають відповідно до своєї початкової ціни виконані у форматі pdf, jpg, bmp, doc, docx, rtf або інші зведений кошторисний розрахунок та відомість ресурсів. До кінцевої вартості робіт обов'язково включались усі додаткові витрати, платежі, збори тощо. Розрахунок ціни тендерної пропозиції має бути наданий у друкованому та електронному вигляді у програмному комплексі АВК, або у програмному комплексі, який взаємодіє з ним в частині розрахунків договірних цін.
- (33) На виконання вимог тендерної документації Замовника, Учасники надали Зведений кошторисний розрахунок вартості об'єкта будівництва, та локальні кошториси на будівельні роботи № 2-1-1 (на зовнішні мережі для приміщень ДНЗ) та 2-1-2 (на ремонтно-будівельні роботи в санвузлах), виконані за допомогою програмного комплексу АВК-5.

- (34) **Програмний комплекс АВК-5** – це програма, що найчастіше використовується для автоматичного складання кошторисів. Популярність даної програми пояснюється не лише зручністю використання її інтерфейсу, а й функціональними можливостями, що допомагають фахівцям зі складання кошторисів оптимізувати фінансові і трудові ресурси і внормувати їх у відповідності до діючих норм законодавства.
- (35) Слід відмітити, що на момент проведення Замовником торгів існувало більше 40 редакцій програмного комплексу АВК-5.
Відповідно до свідоцтва № 25594 від 09.09.2008 року про реєстрацію авторського права на твір та свідоцтвом серії ВР № 00984 про внесення суб'єкта підприємницької діяльності до Реєстру виробників та розповсюджувачів програмного забезпечення, виданими Державним департаментом інтелектуальної власності Міністерства освіти і науки України, автором і розробником всіх редакцій і версій ПК АВК-5 є ТОВ «НВФ «АВК Созидатель» (код - 35738219).
- (36) Особливістю програмного комплексу АВК-5 при формуванні кошторисів є автоматичне присвоєння їм порядкового номеру в послідовному порядку їх розробки та зазначенням редакції (версії) програмного комплексу АВК-5.
- (37) За інформацією ТОВ «НВФ «АВК Созидатель» (лист від 25.06.2019 № 25/06/2-И) у верхньому колонтитулі вихідних документів ПК АВК-5 (першого листа кошторису) у лівому кутку зазначається версія ПК АВК-5 у якій була сформована кошторисна документація; у правому кутку – реєстраційний номер будови у списку будов та шифр вихідного документу. Колонтитул з версією ПК формується повністю автоматично, без можливості втручання з боку користувача. Колонтитул з номером будови та шифром документу формується автоматично, але при необхідності, у користувача є можливість для редагування.
- (38) Здійснивши аналіз кошторисів Учасників, Відділенням встановлено наступне:
- 1) зведений кошторисний розрахунок вартості об'єкта будівництва, та локальні кошториси на будівельні роботи № 2-1-1 (на зовнішні мережі для приміщень ДНЗ) та 2-1-2 (на ремонтно-будівельні роботи в санвузлах) складені обома Учасниками з використанням програмного комплексу АВК-5 в редакції 3.2.1, в один день – 07.07.2017 і в поточних цінах станом на 7 липня 2017 року. Це підтверджує напис в лівому верхньому куті першого листа кошторису (дивись додаток 2 до цього рішення).
 - 2) порядкові реєстраційні номери створених у програмному комплексі АВК-5 локальних кошторисів ТОВ «БК ПЕГАС» та ФОП Толочко А.В., що присвоюються автоматично, є послідовними:
 - ТОВ «БК ПЕГАС»
 - кошторису 2-1-1 – 24_ДЦ_ЛС1_2-1-1, кошторису 2-1-2 – 24_ДЦ_ЛС1_2-1-2
 - ФОП Толочко А.В.
 - кошторису 2-1-1 – 25_ДЦ_ЛС1_2-1-1, кошторису 2-1-2 – 25_ДЦ_ЛС1_2-1-2.
- (39) Локальні кошториси (2-1-1 та 2-1-2) обох Учасників містять абсолютно однакову послідовність робіт, однаковий шифр норми, та абсолютно однакові матеріали, вартість яких (до копійок) також є ідентичною.
Локальні кошториси № 2-1-1 та № 2-1-2 ТОВ «БК ПЕГАС» є абсолютно ідентичними локальним кошторисам ФОП Толочко А.В., з однаковим набором робіт, обладнання, однаковою кошторисною трудомісткістю та кошторисною заробітною платою.
Для того, щоб кінцева цінова пропозиція учасників відрізнялась, ТОВ «БК ПЕГАС» у локальному кошторисі № 2-1-1 зазначило вартість обладнання «електронасос свердловинний «Wilo Sub» в комплекті з автоматикою, пристроєм управління, реле тиску та захистом від сухого ходу марка TWU-4 0407-C-QC-1» в розмірі 29212,04 грн., а у кошторисі № 2-1-1 ФОП Толочко А.В. вартість аналогічного електронасосу зазначено 24418,04 грн. Саме на цю суму різниці у вартості обладнання й відрізняються кошториси обох Учасників. Інші позиції кошторисів обох Учасників не відрізняються одна від одної.

- (40) Відповідно до довідки про наявність обладнання та матеріально - технічної бази ФОП Толочко А.В. для виконання робіт орендує спеціалізовану техніку в інших суб'єктів господарювання.
- (41) ТОВ «БК ПЕГАС», відповідно до цієї ж довідки, повідомляє, що техніки не орендує і має власні технічні можливості для виконання Робіт з реконструкції.
- (42) Враховуючи різну матеріально - технічну базу суб'єктів господарювання, різниця між ціновими пропозиціями ТОВ «БК ПЕГАС» (1005900, 00 грн. з ПДВ) та ФОП Толочко А.В. (1000854 грн. без ПДВ), є дуже незначною (5046,0 грн., або 0,5%).
- (43) Якби кошториси готувались різними спеціалістами, що обраховують кошторисну вартість робіт, то послідовність цих робіт у кошторисах, вибір обладнання та матеріалів (в тому числі їх ціна) була б різною.
- (44) Вище перелічене свідчить про те, що кошторисна документація обох Учасників готувалась на одному комп'ютері, із використанням програми «АВК-5» однієї версії (3.2.1).

3.3. Наявність у одного з Учасників документів іншого

- (45) Під час завантаження документів до системи ProZorro для участі у торгах (ідентифікатор закупівлі UA-2017-07-07-000594-a) ФОП Толочко А.В. завантажив документ «Згода на обробку даних», що виявився документом «Згода на обробку даних» від ТОВ «БК ПЕГАС».
- (46) Пояснення ФОП Толочко А.В., надані Замовнику, щодо причин виникнення цієї ситуації полягали у наступному (мова оригіналу): «завантажений документ під назвою Згода на обробку даних у програму ProZorro завантажений випадково, так як підготовкою документації, а також їх скануванням в форматі pdf. займалась юридична компанія «Партнер». Документи від компанії «Партнер» ми отримали в електронному вигляді на нашу адресу. При завантаженні документів в програму ProZorro висвічується лише назва документу. Отримавши документи, ми одразу завантажили їх у програму відкритих торгів, не перевіривши.»
- (47) В ході з'ясування дійсних обставин у справі № 03-06/05-18, надаючи інформацію на вимогу територіального відділення ФОП Толочко А.В. надав вже зовсім іншу інформацію (лист б/н, вх. Відділення від 10.05.2019 № 52-01/650), а саме: на запитання ким безпосередньо були подані (завантажені до електронного реєстру тендерних пропозицій) документи Підприємця, ФОП Толочко А.В. повідомив, що «документи, які були подані від ФОП Толочко А.В. подавались фізичною особою, з яким я вже не спілкуюсь, офіс знаходився по вул. Архітектора Артинова.» (мова оригіналу).
- (48) ТОВ «БК ПЕГАС» також повідомило територіальному відділенню про те, що тендерну документацію для участі у Торгах для Товариства готувала фізична особа із спілки «Партнер», працівники підприємства не залучались до підготовки документації по Торгах.
- (49) При цьому, як стверджувало ТОВ «БК ПЕГАС» у листі від 06.06.2019 № 06/06/30 та ФОП Толочко А.В. у листі б/н (вх. від 10.05.2019 № 52-01/650) жодних первинних документів для підготовки тендерної пропозиції цій фізичній особі Учасниками не передавалось.
- (50) Слід зазначити, що доказів, які б підтверджували наявність укладеної угоди із цією фізичною особою із спілки (або компанії) «Партнер», зокрема, копій договорів, листів або інших документів, ні ТОВ «БК ПЕГАС», ні ФОП Толочко А.В. не надали, мотивуючи це тим, що домовленість була усною і фізична особа заборонила розголошувати дані щодо неї (листи ФОП Толочко А.В. б/н (вх. Відділення від 12.11.2018 № 52-01/1987 та від 10.05.2019 № 52-01/650) та ТОВ «БК ПЕГАС» б/н від 27.08.2018 № 52-01/1567 та від 06.06.2019 № 06/06/30).
- (51) Викликає великий сумнів те, що не маючи попередньої домовленості між собою, обидва суб'єкти господарювання обрали одну й ту саму фізичну особу із юридичної компанії «Партнер» для підготовки нею тендерної документації для участі у торгах на

закупівлю Робіт з реконструкції (ідентифікатор закупівлі UA-2017-07-07-000594-а). Крім того, не маючи жодної первинної документації (інформації щодо підприємства, робітників, устаткування, яким підприємство володіє чи орендує, інформації щодо об'єкту, який планується реконструювати та інше) неможливо підготувати документи, що вимагались Замовником для прийняття участі у Торгах.

- (52) Також, Відділенням з'ясовано, що юридична компанія (або спілка) «Партнер» з місцезнаходженням по вул. Архітектора Артинова у м. Вінниці у Єдиному державному реєстрі юридичних осіб, фізичних осіб-підприємців та громадських формувань Міністерства юстиції України, відсутня.
- (53) Отже, докази підготовки тендерної документації для Учасників Торгів третьою особою, відсутні.

3.4. Наявність сталих господарських відносин

- (54) Відділенням встановлено, що ще до проведення Торгів зазначені Учасники перебували у господарських відносинах.
- (55) Так, за інформацією Управління Служби безпеки України у Вінницькій області від 23.03.2018 № 53/8/52-843, відповідно до довідки від 01.11.2017 № 7-01/11-16 про наявність працівників відповідної кваліфікації, які мають необхідні досвід і знання, директор (до 13.02.2018) ТОВ «БК ПЕГАС» - (інформація з обмеженим доступом) у грудні 2016 року працював інженером будівельником у ФОП Толочко А.В.
- (56) У довідках, що надавались у складі тендерної документації на вимогу Замовника, Учасниками надавався частково аналогічний склад працівників, а саме: (інформація з обмеженим доступом), та однакова орендована техніка для виконання робіт.
- (57) Вищевказане може свідчити про те, що Учасники вели спільну господарську діяльність та в залежності від необхідності виконання функцій, суб'єктом господарювання укладались цивільно-правові договори з працівниками інших Учасників.
- (58) Здійснивши моніторинг публічних закупівель, які проводились протягом 2017 року з використанням системи публічних закупівель ProZorro встановлено, що ФОП Толочко А.В. та ТОВ «БК ПЕГАС» спільно брали участь у 5 публічних закупівлях (таблиця 1).

Таблиця 1

№ з/п	Замовник	Предмет закупівлі	Назва Учасника				Переможець
			ТОВ «БК Пегас»		ФОП Толочко А.В.		
			Первинна пропозиція, грн	Остаточна пропозиція, грн	Первинна пропозиція, грн	Остаточна пропозиція, грн	
1	Відділ освіти Вінницької РДА	Реконструкція учбового приміщення КЗ «Мізяківсько-Хутірського НВК: ЗОШ I-III ст. (UA-2017-07-07-000594-а) паливні брикети (UA-2017-11-10-001046-а)	1005900	1005900	1000854	1000854	Пегас
			2762350	2762350	2626000	2626000	Пегас
2	Виконком Вінницької МР	Капітальний ремонт гаражів по вул. Соборна, 50 м. Вінниця (UA-2017-08-29-000306-с)	911000	911000	830000	830000	Пегас
3	Департамент капітального будівництва Вінницької МР	Виконання будівельних робіт по об'єкту «Будівництво футбольного поля Палацу дітей та юнацтва по вул. Хмельницьке шосе, 22 в м. Вінниця» (UA-2017-11-14-002422-а)	33694855, 34 грн	33694855, 34 грн	23750000	23000000	Інший суб'єкт господарювання
4	КП «Чисте місто» Козятинської МР	Будівельні роботи та поточний ремонт «Нове будівництво сміттесортувальної лінії м. Козятин (UA-2017-11-15-	14000000	14000000	13000000	13000000	Інший суб'єкт господарювання

	001627-a)					
--	-----------	--	--	--	--	--

- (59) Проаналізувавши зазначені тендерні закупівлі Відділенням встановлено, що в усіх закупівлях найбільш економічно вигідною встановлювалась тендерна пропозиція ФОП Толочко А.В., але переможцями торгів оголошувались в трьох випадках ТОВ «БК ПЕГАС», в інших випадках – інші суб'єкти господарювання. Це було пов'язано з тим, що в усіх 5 випадках пропозиція ФОП Толочко А.В. відхилялась, оскільки не були завантажені окремі документи, що вимагались замовником.
- (60) Таким чином, можна зробити висновок, що ФОП Толочко А.В. був технічним учасником тендерів, не зацікавленим у перемозі в торгах та подавав тендерну пропозицію «прикриття» лише для того, щоб торги відбулися, та для забезпечення перемоги ТОВ «БК ПЕГАС», оскільки тендерною документацією Замовника визначено, що Замовник **відміняє торги в разі подання для участі в них менше двох тендерних пропозицій**, а в разі здійснення закупівлі за рамковими угодами з кількома учасниками – не менше трьох пропозицій.
- (61) Така поведінка ТОВ «БК ПЕГАС» та ФОП Толочко А.В. також свідчить про узгодженість їх дій під час підготовки та участі у Торгах.
- (62) Узгодження Учасниками стратегії поведінки під час підготовки та участі у Торгах негативно вплинули на конкуренцію під час проведення Відділом освіти Вінницької районної державної адміністрації у липні 2017 року відкритих торгів з використанням електронної системи закупівель ProZorro по предмету закупівлі: ДК 021-2015-45450000-6 – Інші завершальні роботи (Реконструкція учбового приміщення Комунального закладу «Мізяківсько-Хугірського НВК: ЗОШ І-ІІІ ст. – ДНЗ» для розміщення санвузлів та влаштування зовнішніх інженерних мереж по вул. Центральна, 22 в с. Мізяківські Хутори, Вінницького району, Вінницької області (ідентифікатор закупівлі UA-2017-07-07-000594-a).
- (63) Проведення будь-якої процедури закупівлі має на меті, в першу чергу, обрання переможця на конкурентних засадах. Справжність змагання при проведенні процедур закупівлі забезпечується таємністю інформації, що міститься в пропозиціях конкурсних торгів учасників. Конкурсні пропозиції учасників повинні містити конкурентні та заздалегідь невідомі іншим учасникам умови. Тобто, поведінка учасників закупівель повинна носити конкурентний характер, а саме: змагання між суб'єктами господарювання з метою здобуття завдяки власним досягненням переваг над іншими суб'єктами господарювання.
- (64) Держава, суспільство та замовник загалом зацікавлені у тому, щоб укласти контракт на закупівлю товарів або послуг з суб'єктом господарювання, який запропонує найкращу, максимально низьку ціну та найкращу якість, що повністю відповідає меті проведення конкурсних процедур закупівлі та принципу ефективності конкуренції на основі показників діяльності та власних досягнень суб'єктів господарювання.
- (65) 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.
- (66) 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.

4. Кваліфікація порушення Відповідачами конкурентного законодавства

- (67) Відділенням було встановлено, що поведінка ТОВ «БК ПЕГАС» та ФОП Толочко А.В. становить антиконкурентні узгоджені дії, які стосуються спотворення результатів тендеру (торгів).

- (68) Координація (узгоджені дії) суб'єктів господарювання може здійснюватися в будь-якій узгодженій поведінці (дія, бездіяльність) суб'єктів ринку, зокрема при укладенні ними угод в якій-небудь формі; прийнятті об'єднанням рішень в якій-небудь формі; створенні суб'єкта господарювання, метою або наслідком якого є координація конкурентної поведінки між суб'єктами господарювання, які створили вказаний суб'єкт, або між ними і новоствореним суб'єктам господарювання.
- (69) Тендер (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).
- (70) Узгодженням дій учасників тендеру (торгів) (не менше двох) є відмова таких учасників від самостійної участі у тендері та самостійного прийняття рішень 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).
- (71) Як свідчать матеріали справи, підтверджені зібраними доказами, ТОВ «БК ПЕГАС» та ФОП Толочко А.В.:
- подібно оформили тендерну документацію;
 - проводили спільну підготовку документів до торгів (подання пропозиції з однієї IP-адреси) та під час участі в аукціоні (заходили в аукціон з однієї IP-адреси);
 - використовували одну матеріально-технічну базу.
- (72) Установлені Відділенням факти у своїй сукупності, не можуть бути результатом випадкового збігу обставин чи наслідком дії об'єктивних чинників, а свідчать про узгодження (координацію) Відповідачами своєї поведінки при підготовці до участі та участі у торгах (тендері), зокрема, про обмін між ними інформацією.
- (73) З огляду на вищезазначене, Відповідачі під час підготовки документації для участі у Торгах, що проводились Відділом освіти Вінницької районної державної адміністрації у липні 2017 року із використанням електронної системи закупівель ProZorro по предмету закупівлі: ДК 021-2015-45450000-6 – Інші завершальні роботи (Реконструкція учбового приміщення Комунального закладу «Мізяківсько-Хутірського НВК: ЗОШ I-III ст. – ДНЗ» для розміщення санвузлів та влаштування зовнішніх інженерних мереж по вул. Центральна, 22 в с. Мізяківські Хутори, Вінницького району, Вінницької області (ідентифікатор закупівлі UA-2017-07-07-000594-а) діяли не самостійно, а узгоджували свої дії та не змагалися між собою, що є обов'язковою умовою участі у конкурентних процедурах закупівель за Законом України «Про публічні закупівлі».
- (74) Унаслідок узгодженості поведінки Учасників, право на укладення договору за результатами торгів одним з учасників (ТОВ «БК ПЕГАС») одержано не на конкурентних засадах, чим було спотворено результати цих торгів.
- (75) Узгодивши свою поведінку та свої тендерні пропозиції, Учасники 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, заборонені Законом України «Про захист економічної конкуренції».

5. Заперечення Відповідачів та їх спростування

5.1. Заперечення ТОВ «БК ПЕГАС»

- (76) На подання з попередніми висновками у справі, яке було надіслано сторонам у справі, ТОВ «БК ПЕГАС» зауважень та заперечень не надало.

5.2. Заперечення ФОП Толочко А.В.

- (77) На подання з попередніми висновками у справі, яке було надіслано сторонам у справі, ФОП Толочко А.В. листом б/н (вх. Відділення від 19.09.2019 № 52-01/1338) повідомив, що не веде господарську діяльність та не є підприємцем. Інших пояснень або заперечень, ФОП Толочко А.В. не надано.
- (78) Відповідно до інформації з Єдиного державного реєстру юридичних осіб, фізичних осіб-підприємців та громадських формувань Міністерства юстиції України, ФОП Толочко А.В. припинено підприємницьку діяльність з 13.08.2019 року.

6. Остаточні висновки адміністративної колегії Відділення

- (79) Таким чином, доказами, зібраними у справі, доводиться, а дослідженням усієї сукупності факторів, що об'єктивно могли вплинути на поведінку Відповідачів та поясненнями Відповідачів не спростовується висновок адміністративної колегії Відділення про те, що дії Відповідачів, які полягали у:

- подібно оформленій тендерній документації;
- використанні однієї матеріально-технічної бази;
- спільній підготовці документів до торгів (подання пропозиції з однієї IP-адреси) та участі в аукціоні (заходили в аукціон з однієї IP-адреси),

є узгодженою поведінкою, що стосується спотворення результатів Торгів, які проводились Замовником на предмет закупівлі - ДК 021-2015-45450000-6 – Інші завершальні роботи (Реконструкція учбового приміщення Комунального закладу «Мізяківсько-Хутірського НВК: ЗОШ I-III ст. – ДНЗ» для розміщення санвузлів та влаштування зовнішніх інженерних мереж по вул. Центральна, 22 в с. Мізяківські Хутори, Вінницького району, Вінницької області.

- (80) Така поведінка ТОВ «БК ПЕГАС» та ФОП Толочко А.В. становить порушення законодавства про захист економічної конкуренції у вигляді антиконкурентних узгоджених дій, які стосуються спотворення результатів тендеру (торгів), заборонених відповідно до пункту 1 статті 50 та пункту 4 частини другої статті 6 Закону.

7. Визначення розміру штрафів

- (81) Відповідно до ч. 2 статті 52 Закону, за порушення, передбачене пунктом 1 статті 50 Закону, накладається штраф у розмірі до десяти відсотків доходу (виручки) суб'єкта господарювання від реалізації продукції (товарів, робіт, послуг) за останній звітний рік, що передував року, в якому накладається штраф.
- (82) Дохід (виручка) ТОВ «БК ПЕГАС» від реалізації продукції (товарів, робіт, послуг) за 2018 рік становить *(інформація з обмеженим доступом)*.
- (83) Оскільки ФОП Толочко А.В. припинив господарську діяльність, то у розумінні статті 1 Закону України «Про захист економічної конкуренції» станом на 13.08.2019 він не є суб'єктом господарювання і на нього не може бути накладено штраф, відповідно до статті 52 Закону України «Про захист економічної конкуренції».
- (84) При визначенні розміру штрафу адміністративною колегією Вінницького обласного територіального відділення Антимонопольного комітету України 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 ціною, сформованою в умовах конкуренції, що, у свою чергу, має результатом необґрунтовані перевитрати (нерациональне витрачання) публічних коштів.

(85) Водночас, при визначенні розміру штрафу адміністративною колегією Вінницького обласного територіального відділення Антимонопольного комітету України були враховані такі обставини:

- порушення законодавства про захист економічної конкуренції у вигляді вчинення антиконкурентних узгоджених дій, які стосуються спотворення результатів торгів - вчинено вперше;

- поведінку ТОВ «БК ПЕГАС» - даний суб'єкт господарювання не отримував поштові відправлення Відділення (вимоги, подання з попередніми висновками у справі), які неодноразово направлялись на адресу ТОВ «БК ПЕГАС»; не сприяв розслідуванню у справі;

Ураховуючи викладене, керуючись статтею 7, 14 Закону України «Про Антимонопольний комітет України», статтями 48 і 52 Закону України «Про захист економічної конкуренції», пунктами 3 і 11 Положення про територіальне відділення Антимонопольного комітету України, затвердженого розпорядженням Антимонопольного комітету України від 23 лютого 2001 року № 32-р, зареєстрованого в Міністерстві юстиції України 30 березня 2001 року за № 291/5482 та пунктом 32 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), адміністративна колегія Вінницького обласного територіального відділення Антимонопольного комітету України

ПОСТАНОВИЛА:

1. Визнати, що товариство з обмеженою відповідальністю «БК ПЕГАС» (21037, м. Вінниця, вул. Генерала Гандзюка, 2 кв. 17; ідентифікаційний код – 41394855) та фізична особа-підприємець Толочко Антон Володимирович (місце проживання: 23223, Вінницька обл., Вінницький район, с. Зарванці, вул. В.Стуса, 16; реєстраційний номер – 3358606455) вчинили порушення, передбачене пунктом 1 статті 50 та пунктом 4 частини другої статті 6 Закону України «Про захист економічної конкуренції» у вигляді вчинення антиконкурентних узгоджених дій, які стосуються спотворення результатів тендеру (торгів) під час проведення Відділом освіти Вінницької районної державної адміністрації у липні 2017 року електронних торгів у системі ProZorro на закупівлю: ДК 021-2015-45450000-6 – Інші завершальні роботи (Реконструкція учбового приміщення Комунального закладу «Мізяківсько-Хутірського НВК: ЗОШ І-ІІІ ст. – ДНЗ» для розміщення санвузлів та влаштування зовнішніх інженерних мереж по вул. Центральна, 22 в с. Мізяківські Хутори, Вінницького району, Вінницької області (ідентифікатор закупівлі UA-2017-07-07-000594-а).

2. За порушення, вказане в п. 1 цього рішення, накласти на товариство з обмеженою відповідальністю «БК ПЕГАС» штраф у розмірі 68000 (шістдесят вісім тисяч) грн.

Штраф підлягає сплаті у двомісячний строк з дня одержання рішення.

Відповідно до статті 56 Закону України «Про захист економічної конкуренції» протягом п'яти днів з дня сплати штрафу суб'єкт господарювання зобов'язаний надіслати до Вінницького обласного територіального відділення Антимонопольного комітету України документи, що підтверджують сплату штрафу.

Рішення може бути оскаржене до господарського суду у двомісячний строк з дня його одержання.

Голова

М.В. Слободянюк

Члени колегії

О.В. Вихованець

В.В. Одобецька

С.В. Сельська

Ю.П. Драпак

Секретар

В.П. Чернега

ПІДГОТУВАВ:
Головний спеціаліст 2 ВДР
_____ Н.В. Соловей
«30» вересня 2019 р.

ПОГОДЖЕНО:
Завідувач юридичного сектору
_____ Ю.П. Драпак
«30» вересня 2019 р.