



АНТИМОНОПОЛЬНИЙ КОМІТЕТ УКРАЇНИ

РІШЕННЯ

АДМІНІСТРАТИВНОЇ КОЛЕГІЇ КИЇВСЬКОГО ОБЛАСНОГО ТЕРИТОРІАЛЬНОГО ВІДДІЛЕННЯ

08 серпня 2019 року

№ 60/47-р/к

справа № 58/60/63-рп/к.19

м. Київ

Про порушення законодавства про
захист економічної конкуренції
та накладення штрафу

Товариство з обмеженою відповідальністю «Атлетика Віва», ідентифікаційний номер юридичної особи 39845698 (далі – ТОВ «Атлетика Віва») та товариство з обмеженою відповідальністю «Нікоспорт», ідентифікаційний номер юридичної особи 41219399 (далі – ТОВ «Нікоспорт») брали участь у процедурі електронних торгів із закупівлі «Спортивне обладнання та інвентар для легкої атлетики (3532)», що проводилась державною установою «Управління збірних команд та забезпечення спортивних заходів «Укрспортзабезпечення» [далі – Замовник] за допомогою електронних закупівель «Prozorro», ідентифікатор закупівлі в системі – UA-2018-09-06-000189-b (далі – Процедура закупівлі або Торги). Очікувана вартість 2 193 600,00 грн з ПДВ.

При цьому, ТОВ «Атлетика Віва» та ТОВ «Нікоспорт» під час підготовки та участі у **Процедурі закупівлі** діяли не самостійно, а узгоджували свою поведінку з метою усунення змагання при підготовці та участі у **Процедурі закупівлі**.

За результатами розгляду справи № 58/60/63-рп/к.19 такі дії ТОВ «Атлетика Віва» та ТОВ «Нікоспорт» визнано антиконкурентними узгодженими діями, що стосуються спотворення результатів торгів, під час їх участі у **Процедурі закупівлі** що є порушенням пункту 1 статті 50 та пункту 4 частини другої статті 6 Закону України «Про захист економічної конкуренції».

На ТОВ «Атлетика Віва» накладено штраф на загальну суму 68 000,00 (шістдесят вісім тисяч) гривень;

На ТОВ «Нікоспорт» накладено штраф на загальну суму 68 000,00 (шістдесят вісім тисяч) гривень.

Адміністративна колегія Київського обласного територіального відділення Антимонопольного комітету України (далі – адміністративна колегія Відділення), розглянувши матеріали справи № 58/60/63-рп/к.18 про порушення ТОВ «Атлетика Віва» та ТОВ «Нікоспорт» законодавства про захист економічної конкуренції, передбачене пунктом 1 статті 50 та пунктом 4 частини другої статті 6 Закону України «Про захист економічної конкуренції», та подання П'ятого відділу досліджень та розслідувань про подання з попередніми висновками від 22.07.2019 № 60-03/141п,

ВСТАНОВИЛА:**1 ПРОЦЕСУАЛЬНІ ДІЇ**

- (1) Розпорядженням адміністративної колегії Відділення від 04.06.2019 № 60/63-рп/к розпочато розгляд справи № 58/60/63-рп/к.19 за ознаками вчинення ТОВ «Атлетика Віва» та ТОВ «Нікоспорт» порушення законодавства про захист економічної конкуренції, передбаченого 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 торгів.
- (2) Листами від 23.07.2019 № 60-02/4055 та від 23.07.2019 № 60-02/4056, відповідно, ТОВ «Атлетика Віва» та ТОВ «Нікоспорт» було направлено копію подання про попередні висновки у справі № 58/60/63-рп/к.19.

2 ВІДПОВІДАЧІ

- (3) Відповідачами у Справі (далі – Відповідачі) є такі суб'єкти господарювання:
- ТОВ «Атлетика Віва», ідентифікаційний код юридичної особи 39845698. Юридична адреса: 02140, м. Київ, вул. Бориса Гмирі, буд. 2. Основним видом діяльності ТОВ «Атлетика Віва» є неспеціалізована оптова торгівля (код КВЕД 46.90);
 - ТОВ «Нікоспорт», ідентифікаційний код юридичної особи 41219399. Юридична адреса: 03186, м. Київ, вул. Авіаконструктора Антонова, буд.5-А. Основним видом діяльності є » є неспеціалізована оптова торгівля (код КВЕД 46.90).
- (4) Тобто, у розумінні статті 1 Закону України «Про захист економічної конкуренції» ТОВ «Атлетика Віва» та ТОВ «Нікоспорт» є суб'єктами господарювання.

3 ОБСТАВИНИ СПРАВИ

- (5) Відповідно до реєстру отриманих тендерних пропозицій, для участі у Процедурі закупівлі свої тендерні пропозиції надали наступні суб'єкти господарювання:
- ТОВ «АТЛЕТИКА ВІВА» – тендерна пропозиція подана **24.09.2018 о 18:05.**
 - ТОВ «НІКОСПОРТ» - тендерна пропозиція подана **25.09.2018 о 01:20.**
 - товариство з обмеженою відповідальністю «Спорт Маркетинг» – тендерна пропозиція подана **24.09.2018 о 20:06.**
- (6) Процедура електронних торгів розпочалася 26.09.2018 о 15:27 та завершилася 26.09.2018 о 15:54.
- (7) За результатами проведення електронного аукціону вищезазначені суб'єкти господарювання запропонували наступні ціни для участі у Процедурі закупівлі (див. таблицю 1).

Таблиця 1

№ з/п	Найменування учасника	Тендерна пропозиція з ПДВ, грн	
		Початкова	Кінцева
1	ТОВ «АТЛЕТИКА ВІВА»	2 138 373,00	2 074 000,00
2	ТОВ «НІКОСПОРТ»	2 090 000,00	2 075 000,00
3	ТОВАРИСТВО З ОБМЕЖЕНОЮ ВІДПОВІДАЛЬНІСТЮ «СПОРТ МАРКЕТИНГ ГРУП»	2 084 880,00	2 084 880,00

- (8) Найбільш економічно вигідною визнано тендерну пропозицію ТОВ «АТЛЕТИКА ВІВА».

- (9) Відповідно до протоколу (рішення) засідання тендерного комітету Замовника від 30.10.2018 № 29-3532-000189-в щодо дискваліфікації переможця, було виявлено, що ТОВ «АТЛЕТІКА ВІВА» та ТОВ «НІКОСПОРТ» здійснювали антиконкурентні узгоджені дії. Замовник дискваліфікував переможця ТОВ «АТЛЕТІКА ВІВА» та ТОВ «НІКОСПОРТ», згідно з пунктом 3 частини першої статті 30 Закону України «Про публічні закупівлі».
- (10) Із товариством з обмеженою відповідальністю «Спорт Маркетинг Груп» Замовник уклав договір від 12.11.2018 № 0057/18 на загальну суму 2 084 880,00 грн з ПДВ.
- (11) За результатами порівняльного аналізу документів, які входили до складу тендерних пропозицій Відповідачів та були отримані в ході здійснення контролю, Відділенням встановлено наступне.

3.1 Використання однакової ІР адреси

- (12) Відповідно до інформації, яка була надана ДП «Прозорро» (лист від 21.11.2018 № 206/3472/03, вх. № 60-01/4067 від 27.11.2018), Відділенням встановлено, що ТОВ «АТЛЕТІКА ВІВА» та ТОВ «НІКОСПОРТ» свої пропозиції для участі у Процедурі закупівлі подавали з одного електронного майданчика zakupki.prom.ua (далі – ТОВ «Закупки.Пром.УА») та заходили в аукціон у Процедурі закупівлі з однакової ІР адреси - 94.244.17.153.
- (13) Також, згідно з інформацією, наданою головним управлінням ДФС в м. Києві (лист від 23.11.2018 № 35991/9/26-15-08-06-19, вх. № 60-01/4175 від 06.12.2018), ТОВ «АТЛЕТІКА ВІВА» та ТОВ «НІКОСПОРТ» протягом другого півріччя 2018 року, у тому числі під час участі у Процедурі закупівлі, подавали звітність в електронній формі, зокрема з однієї ІР-адреси – 94.244.17.153.
- (14) Відповідно до регіональної реєстратури Інтернет для Європи, Близького Сходу та частини Азії, послуги з доступу до мережі Інтернет з використанням ІР-адреси 94.244.17.153 належать до діапазону ІР-адрес, виділених товариству з обмеженою відповідальністю «Укрдатаком» (далі – ТОВ «Укрдатаком»).
- (15) ТОВ «Укрдатаком» листом від 10.12.2018 № 683/12 (вх. № 60-01/4329 від 18.12.2018) повідомило, що ІР-адреса 94.244.17.153 є статичною, та послуги доступу до мережі Інтернет за ІР-адресою 94.244.17.153 надаються ТОВ «АТЛЕТІКА ВІВА» згідно з договором № 9414/24/02 від 24.02.2016.
- (16) Отже, Відповідачі заходили в аукціон та звітували в органи Державної фіскальної служби України протягом другого півріччя 2018 року, в тому числі в період проведення Процедури закупівлі, з однієї ІР-адреси, яка належить одному із Відповідачів - ТОВ «АТЛЕТІКА ВІВА», що свідчить про спільну узгоджену поведінку ТОВ «АТЛЕТІКА ВІВА» та ТОВ «НІКОСПОРТ», у тому числі під час підготовки та участі у Процедурі закупівлі.

3.2 Контроль рахунків

- (17) (Інформація з обмеженим доступом)
- (18) Наведені обставини у вигляді входження ТОВ «АТЛЕТІКА ВІВА» і ТОВ «НІКОСПОРТ» в систему «Клієнт-Банк» з метою керування своїми поточними банківськими рахунками з однакової ІР-адреси, яка належить одному із учасників, а саме ТОВ «АТЛЕТІКА ВІВА», свідчить про спільне ведення господарської діяльності, у тому числі під час проведення **Процедури закупівлі**, та створює умови для обміну інформацією між Відповідачами.

3.3 Надання фінансової допомоги

- (19) (Інформація з обмеженим доступом)
- (20) (Інформація з обмеженим доступом)
- (21) Отже, обидва Відповідачі здійснювали керування своїми рахунками із однієї IP-адреси, в один день – 23.08.2018, та у близькі проміжки часу (з різницею 10 хвилин та 21 хвилини).
- (22) Відповідно до абзацу восьмого підпункту 14.1.257 пункту 14.1 статті 14 Податкового кодексу України поворотна фінансова допомога – це сума коштів, що надійшла платнику податків у користування за договором, який не передбачає нарахування процентів або інших видів компенсацій у вигляді користування такими коштами.
- (23) Згідно зі статтею 1 Закону України «Про захист економічної конкуренції» визначальною характеристикою економічної конкуренції є змагання між суб'єктами господарювання з метою здобуття завдяки власним досягненням переваги над іншими суб'єктами господарювання.
- (24) При цьому означене змагання не залишає місця таким обставинам, як надання фінансової допомоги, оскільки надання такої допомоги збільшує шанси того суб'єкта господарювання у змаганні, який цю допомогу отримує, по відношенню до того суб'єкта господарювання, який таку допомогу надає.
- (25) Крім того, за своєю суттю фінансова допомога може надаватися між суб'єктами господарювання, які поєднані або споріднені між собою спільністю економічних інтересів, оскільки вона надається на безвідсотковій основі.
- (26) Відповідно до статті 42 Господарського кодексу України підприємство - це самостійна, ініціативна, систематична, на власний ризик господарська діяльність, що здійснюється суб'єктами господарювання (підприємцями) з метою досягнення економічних і соціальних результатів та одержання прибутку.
- (27) Отже, у разі неповернення фінансової допомоги прибуток суб'єкта господарювання зменшиться на відповідну величину, а такий суб'єкт господарювання не досягне мети своєї діяльності.
- (28) Виходячи з наведеного суб'єкт господарювання, який надає фінансову допомогу, крім всього переліченого, зацікавлений у фінансових результатах того, хто таку допомогу отримує, оскільки розраховує на її повернення.
- (29) Отже, надання поворотної фінансової допомоги свідчить про єдність економічних інтересів Учасників та відсутність конкуренції між ними.

3.4 Пов'язаність Відповідачів через третю юридичну особу

- (30) Відповідно до відомостей, які містяться в ЄДР, засновником та керівником ТОВ «НІКОСПОРТ» є Нікітін Павло Валерійович, а керівником ТОВ «АТЛЕТІКА ВІВА» є Гафтанюк Людмила Миколаївна. При цьому, дані особи є керівником (Нікітін Павло Валерійович) та засновником (Гафтанюк Людмила Миколаївна) товариства з обмеженою відповідальністю «ТОРГОВИЙ ДІМ «ЯРУНЬ», ідентифікаційний код юридичної особи 38241466.
- (31) Згідно зі статтею 1 Закону України «Про захист економічної конкуренції» контроль - вирішальний вплив однієї чи декількох пов'язаних юридичних та/або фізичних осіб на господарську діяльність суб'єкта господарювання чи його частини, який здійснюється безпосередньо або через інших осіб, зокрема завдяки: праву володіння чи користування всіма активами чи їх значною частиною; праву, яке забезпечує

вирішальний вплив на формування складу, результати голосування та рішення органів управління суб'єкта господарювання; укладенню договорів і контрактів, які дають можливість визначати умови господарської діяльності, давати обов'язкові до виконання вказівки або виконувати функції органу управління суб'єкта господарювання; заміщенню посади керівника, заступника керівника спостережної ради, правління, іншого наглядового чи виконавчого органу суб'єкта господарювання особою, яка вже обіймає одну чи кілька із зазначених посад в інших суб'єктах господарювання; обійманню більше половини посад членів спостережної ради, правління, інших наглядових чи виконавчих органів суб'єкта господарювання особами, які вже обіймають одну чи кілька із зазначених посад в іншому суб'єкті господарювання. Пов'язаними особами є юридичні та/або фізичні особи, які спільно або узгоджено здійснюють господарську діяльність, у тому числі спільно або узгоджено чинять вплив на господарську діяльність суб'єкта господарювання.

- (32) Відповідно до пункту 16 частини першої статті 1 Закону України «Про публічні закупівлі», пов'язана особа – це юридична особа, яка здійснює контроль над учасником процедури закупівлі або контролюється таким учасником процедури закупівлі, або перебуває під спільним контролем з таким учасником процедури закупівлі.
- (33) Під здійсненням контролю розуміється можливість здійснення вирішального впливу або вирішальний вплив на господарську діяльність учасника процедури закупівлі безпосередньо або через більшу кількість пов'язаних фізичних чи юридичних осіб, що здійснюється, зокрема, шляхом реалізації права володіння або користування всіма активами чи їх значною часткою, права вирішального впливу на формування складу, результати голосування, а також вчинення правочинів, що надають можливість визначати умови господарської діяльності, надавати обов'язкові до виконання вказівки або виконувати функції органу управління учасника процедури закупівлі, або володіння часткою (паєм, пакетом акцій), що становить не менше ніж 25 відсотків статутного капіталу учасника процедури закупівлі.
- (34) Наведені обставини, а саме, наявність відносин контролю, передбачають спільність інтересів, в тому числі щодо умов ведення господарської діяльності, отримання прибутку, можливість обміну інформацією між ТОВ «АТЛЕТІКА ВІВА» та ТОВ «НІКОСПОРТ» щодо господарської та фінансової діяльності, що свідчить, про узгоджену поведінку Відповідачів під час підготовки та участі у Процедурі закупівлі.

4 Кваліфікація порушення Відповідачами конкурентного законодавства

- (35) Адміністративною колегією Відділення встановлено, що поведінка ТОВ «Атлетика Віва» та ТОВ «Нікоспорт» становить антиконкурентні узгоджені дії, які стосуються спотворення результатів торгів.
- (36) Координація (узгоджені дії) суб'єктів господарювання може здійснюватися в будь-якій узгодженій поведінці (дія, бездіяльність) суб'єктів ринку, зокрема при укладанні ними угод в будь-якій формі; прийнятті об'єднаних рішень в будь-якій 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 новоствореними суб'єктами господарювання.
- (37) 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).

- (38) 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 безпосереднього проведення конкурсу (поділ лотів тощо).
- (39) Установлені факти у своїй сукупності, а саме:
- використання однакової ІР-адреси для входу в аукціон, податкового звітування та для входу до електронних кабінетів системи «Клієнт-Банк»;
 - надання фінансової допомоги;
 - пов'язаність Відповідачів через третю юридичну особу не можуть бути результатом випадкового збігу обставин чи наслідком дії об'єктивних чинників, а свідчать про узгодження (координацію) Учасниками своєї поведінки при підготовці до участі та участі у торгах (тендері), зокрема про обмін між ними інформацією.
- (40) З огляду на вищезазначене, ТОВ «Атлетика Віва» та ТОВ «Нікоспорт» під час підготовки документів для участі у **Процедурі закупівлі** 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».
- (41) Узгодивши свою поведінку та свої тендерні пропозиції, Відповідачі тим самим усунули конкуренцію та змагальність між собою, а отже спотворили результати проведення замовниками торгів, порушивши права замовників на отримання найбільш ефективного для них результатів, а відтак, вчинили антиконкурентні узгоджені дії, заборонені Законом України «Про захист економічної конкуренції».

5 Заперечення Відповідачів та їх спростування

- (42) Подання з попередніми висновками ТОВ «Атлетика Віва» та ТОВ «Нікоспорт» не вручено.

6 Остаточні висновки адміністративної колегії Відділення

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

- використанні однакової ІР-адреси для входу в аукціон, податкового звітування та для входу до електронних кабінетів системи «Клієнт-Банк»;
- наданні фінансової допомоги;
- пов'язаністю Відповідачів через третю юридичну особу;

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 України «Про захист економічної конкуренції».

7 Визначення розміру штрафів

- (44) Згідно з листом ГУ ДФС у м. Києві від 26.07.2019 № 20893/9/26-15-12-03-12 (вх. № 60-01/2824 від 05.08.2019), чистий дохід від реалізації продукції (товарів, робіт, послуг) за 2018 рік ТОВ «Атлетика Віва» становить 16 329 000,00 грн (шістнадцять

мільйонів триста двадцять дев'ять тисяч гривень 00 коп), ТОВ «Нікоспорт» становить 2 340 300,00 (два мільйони триста сорок тисяч триста гривень 00 коп).

- (45) При визначенні розміру штрафу адміністративною колегією Відділення враховується, що узгоджені дії ТОВ «Атлетика Віва» та ТОВ «Нікоспорт» спрямовані на досягнення узгодженого між ними результату (наприклад, забезпечення перемоги певному учаснику при завищеній ним ціні послуги), належить до категорії антиконкурентних узгоджених дій, оскільки у таких випадках вибір для замовника обмежений лише поданими конкурсними пропозиціями і змова учасників призводить до порушення прав замовника на придбання товарів за ціною, сформованою в умовах конкуренції, що, у свою чергу, має результатом необґрунтовані перевитрати (нераціональне витрачання) публічних коштів.
- (46) У зв'язку з наведеним, керуючись статтями 7, 12¹ та 14 Закону України «Про Антимонопольний комітет України», статтями 48 та 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 у Міністерстві юстиції України 30 березня 2001 року за № 291/5482, 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 і доповненнями), адміністративна колегія Київського обласного територіального відділення Антимонопольного комітету України,

ПОСТАНОВИЛА:

1. Визнати, що товариство з обмеженою відповідальністю «Атлетика Віва» (ідентифікаційний код юридичної особи 39845698; адреса місцезнаходження: вул. Бориса Гмирі, буд. 2, м. Київ) та товариство з обмеженою відповідальністю «Нікоспорт» (ідентифікаційний код юридичної особи 41219399; адреса місцезнаходження: вул. Авіаконструктора Антонова, буд. 5-А, м. Київ) вчинили порушення законодавства про захист економічної конкуренції, 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 торгів, шляхом узгодження умов участі у процедурі закупівлі «Спортивне обладнання та інвентар для легкої атлетики (3532)», ідентифікатор в системі «Prozorro» - UA-2018-09-06-000189-b, яка проводилась державною установою «Управління збірних команд та забезпечення спортивних заходів «Укрспортзабезпечення».

2. За порушення законодавства про захист економічної конкуренції, зазначене в пункті 1 резолютивної частини цього рішення, накладити на товариство з обмеженою відповідальністю «Атлетика Віва» (ідентифікаційний код юридичної особи 39845698) штраф у розмірі 68 000,00 гривень (шістдесят вісім тисяч гривень 00 коп).

3. За порушення законодавства про захист економічної конкуренції, зазначене в пункті 1 резолютивної частини цього рішення, накладити на товариство з обмеженою відповідальністю «Нікоспорт» (ідентифікаційний код юридичної особи 41219399) штраф у розмірі у розмірі 68 000,00 гривень (шістдесят вісім тисяч гривень 00 коп).

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 Антимонопольного комітету України документи, що підтверджують сплату штрафу.

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

Голова адміністративної колегії

О. Хмельницький

