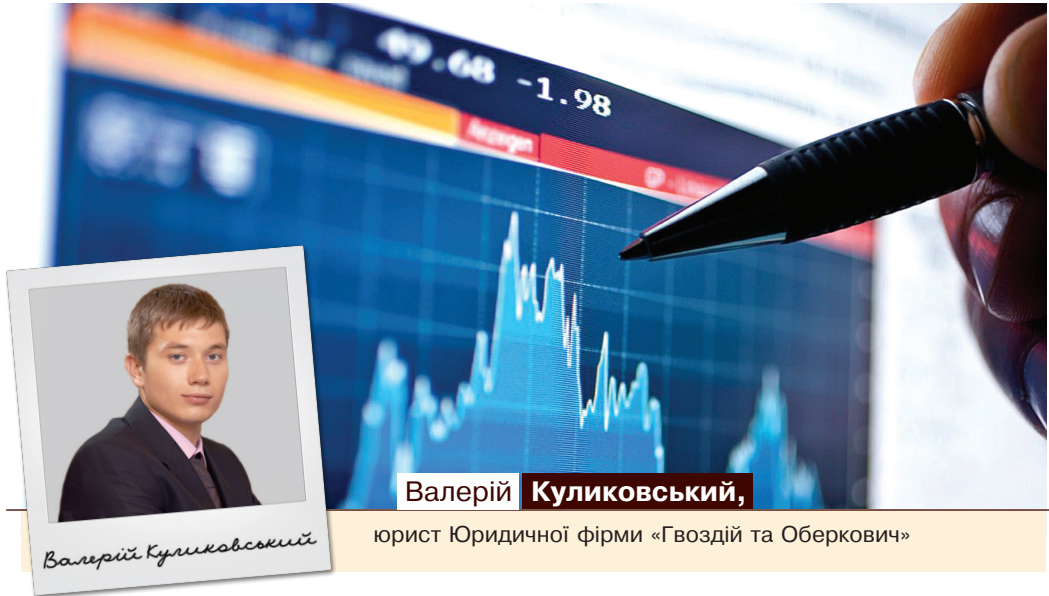


Неодноразові випадки незаконного притягнення до відповідальності суб'єктів господарювання фармацевтичного ринку та сфери охорони здоров'я з боку органів Антимонопольного комітету України підтверджуються наявною на сьогодні судовою практикою та практикою Антимонопольного комітету України з оскарження державних закупівель. За таких умов суб'єкти цієї сфери повинні чітко розуміти, які обставини, дії чи бездіяльність можуть призвести до порушення антимонопольного законодавства та притягнення до відповідальності в разі участі організації в процедурах державних закупівель.

ПОПЕРЕДЖЕННЯ ПОРУШЕНЬ У ВИГЛЯДІ АНТИКОНКУРЕНТНИХ УЗГОДЖЕНИХ ДІЙ, ЯКІ СТОСУЮТЬСЯ СПОТВОРЕННЯ РЕЗУЛЬТАТІВ ТОРГІВ



Аналіз судової практики

Враховуючи сказане вище, виникає необхідність системного аналізу судової практики, визначення обставин, які можуть стати основним аргументом для оскарження рішення Антимонопольного комітету України (далі — АМКУ), та надання інформації про практичні заходи, що дозволять попередити правопорушення у сфері антиконкурентних узгоджених дій у вигляді спотворення ре-

зультатів торгів, чи правильно сформулювати свою правову позицію при зверненні до суду. Такий аналіз, поряд із практичними напрацюваннями, дозволив виробити низку рекомендацій, які допоможуть суб'єктам господарювання фармацевтичного ринку та сфери охорони здоров'я ефективніше захистити себе від необґрунтованих вимог АМКУ в результаті участі у конкурсних торгах, щодо яких у АМКУ виникли сумніви в їх законності.

Порушення у вигляді однакового оформлення учасниками цінових пропозицій

У рішеннях судів приділяється увага дуже поширеному порушенню у вигляді однакового оформлення учасниками цінових пропозицій. У разі можливості підтвердження факту виготовлення документів за рекомендацією організаторів торгів, або навіть з використанням зразків документації конкурсних торгів, суд з великою вірогідністю відхилить подібний аргумент АМКУ.

Найчастіше суди не погоджуються з висновками АМКУ, оскільки лише використання шаблонного зразка при підготовці пропозицій не може свідчити про узгодженість дій таких учасників і спрямованість їх на спотворення, усунення чи обмеження конкуренції при проведенні торгів.

В обґрунтування своєї позиції адміністративні суди посилаються на узагальнену практику Вищого господарського суду України (далі — ВГСУ) (постанова Пленуму ВГСУ «Про деякі питання практики застосування конкурентного законодавства» №15 від 26 грудня 2011 р.). Згідно з п. 8.3 цієї постанови ознаки схожості в діях (бездіяльності) суб'єктів господарювання не є єдиним достатнім доказом наявності попередньої змови (антиконкурентних узгоджених дій). Антиконкурентна узгоджена поведінка підлягає встановленню та доведенню із зазначенням відповідних доказів у рішенні органу АМКУ. При цьому схожість має бути саме результатом узгодженості конкурентної поведінки, а не виявлятися у простому збігу дій суб'єктів господарювання, зумовленому специфікою відповідного товарного ринку.

В продовження ВГСУ зазначає: при цьому саме орган АМКУ має довести безпідставність посилання зацікавленої особи на інші чинники, що можуть позначатися на поведінці суб'єкта господарювання (зокрема, на специфіку відповідного товарного ринку; тривалість та вартість зберігання товару; час та вартість доставки; витрати на реалізацію товару тощо). На відповідний орган покладається обов'язок не лише доведення

однотипної і одночасної (синхронної) поведінки суб'єктів господарювання на ринку, а й установлення шляхом економічного аналізу ринку (зокрема, за необхідності, шляхом залучення спеціалістів та експертів) відсутності інших, крім попередньої змови, чинників (пояснень) паралельної поведінки таких суб'єктів господарювання.

В контексті цих роз'яснень адміністративні суди вказують на те, що орган АМКУ повинен уникати прийняття невмотивованих висновків, обґрунтованих припущеннями, а не конкретними обставинами.

Для запобігання використанню органами АМКУ збігів в оформленні документів в результаті користування рекомендаціями комітету з конкурсних торгів або використання зразків (зокрема електронних), наданих комітетом з конкурсних торгів, необхідно в документах, виготовлених за рекомендаціями та зразками, вказувати на факт підготовки конкретного документа з урахуванням рекомендацій комітету і з використанням наданих зразків.

Більше того, у судовій практиці існують ситуації, коли підготовкою шаблонів цінових пропозицій для участі у торгах займався один і той самий юрист, що в свою чергу зумовлює однакове стилістичне оформлення пропозицій і можливу наявність подібних граматичних або стилістичних помилок. У цьому випадку суди також не погоджуються з висновком АМКУ, оскільки тільки використання шаблонного зразка при підготовці цінових пропозицій не може без сумнівів свідчити про узгодженість дій таких учасників і спрямованість їх на спотворення, усунення чи обмеження конкуренції при проведенні торгів, оскільки напевно присутні явні відмінності саме в цінових пропозиціях учасників торгів.

Іноді чиновники територіальних відділень АМКУ не враховують вимог ч. 6 ст. 52 Закону України «Про захист економічної конкуренції» від 11 січня 2001 р. №2210-III, де передбачено, що рішення про накладення штрафів у розмірах понад чотири тисячі неоподатковуваних мінімумів доходів громадян приймаються виключно АМКУ, адміністративною колегією АМКУ на їх засіданнях. ➤

У разі допущення територіальним відділенням АМКУ подібного порушення це буде серйозною підставою для скасування його рішення. Тому ми не рекомендуємо робити акцент на цьому порушенні у своїх запереченнях на подання із попередніми висновками АМКУ.

Відсутність представника суб'єкта господарювання на розкритті цінових пропозицій

Часто органами АМКУ береться до уваги як аргумент проти учасника торгів відсутність представника суб'єкта господарювання на розкритті цінових пропозицій, що нібито свідчить про формальність участі суб'єкта господарювання у торгах. Відповідно до частини 2 статті 27 Закону «Про здійснення державних закупівель» №2289-VI від 01 червня 2010 р. (далі – Закону) відсутність учасника або його уповноваженого представника під час процедури розкриття пропозицій конкурсних торгів не є підставою для відмови в розкритті чи розгляді або для відхилення його пропозиції конкурсних торгів.

До того ж, відповідно до частини 2 статті 31 Закону замовник зобов'язаний протягом одного робочого дня з дня прийняття рішення про визначення переможця надіслати переможцю торгів повідомлення про акцепт пропозиції конкурсних торгів, а всім учасникам — письмове повідомлення про результати торгів із зазначенням найменування та місцезнаходження учасника-переможця, пропозицію конкурсних торгів якого визнано найбільш економічно вигідною за результатами оцінки.

Але щоб уникнути подібних заяв з боку АМКУ необхідно забезпечити **явку уповноваженого представника учасника торгів при проведенні процедури розкриття пропозицій.**

Ціни на орендоване обладнання, яке передбачається використовувати у разі виграшу в торгах

Якщо підприємство використовує для здійснення своєї підприємницької діяльності

орендоване обладнання, то може виникнути така ситуація, коли узгодження цін за даними орендними договорами відбувається безпосередньо перед застосуванням обладнання.

Якщо підприємство дотримується подібної практики, **то рекомендуємо узгодити ціни на оренду обладнання, яке передбачається використовувати у разі виграшу в торгах на етапі підготовки цінової пропозиції.**

Знищення документів, на підставі яких підприємство брало участь у торгах

Якщо підприємство планує позбутися від документів (у тому числі електронних), на підставі яких підприємство брало участь у торгах, рекомендуємо відповідним чином **задокументувати знищення подібних документів**, оскільки у випадку проведення перевірки на вашому підприємстві відсутність документів ймовірно буде розцінюватися як несамостійність підприємства в підготовці документів на торги.

Поради учасникам торгів

Учасникам торгів слід уникати укладання договорів оренди (а також суборенди) обладнання, приміщень тощо, які використовуються у виробничих цілях, у суб'єкта, який паралельно бере участь у торгах.

Учасникам торгів також слід уникати фігурування у документації конкурсних торгів посадових осіб підприємства, які раніше працювали в інших учасників торгів.

Якщо результати торгів скасовані і на момент застосування штрафних санкцій не було результатів торгів, і учасник, що переміг, не скористався результатами торгів, то ця обставина буде додатковим аргументом для прийняття судом рішення на користь суб'єкта підприємництва.

При підготовці до конкурсних торгів учасники можуть використовувати спеціалізоване програмне забезпечення для складання документації, яка вимагає складних розрахунків. Подібні програми з великою вірогідністю будуть використовуватись іншими учасниками торгів. При цьому, якщо

учасники торгів використовують однакові програми з підготовки розрахунків, то, відповідно, це призведе до схожості форми та елементів змісту таких документів, що, в результаті, викличе сумніви представників АМКУ в самостійності підготовки відповідних документів учасниками торгів. Для запобігання подібним порушенням учасникам рекомендується в документах, які виготовлені з використанням спеціального програмного забезпечення, додати інформацію про те, яким програмним продуктом користувався учасник при підготовці документації конкурсних торгів і чим підтверджується право останнього на використання цього програмного продукту (тобто реквізити відповідного ліцензійного договору). Вважаємо, що про небезпеку застосування демоверсій програм або неліцензійних програм говорити зайве.

Позиція судів

Деякі суди доходять висновку, що спотворення результатів торгів може мати місце тільки з боку тих осіб, які встановлюють результати торгів. Учасники ж торгів не беруть безпосередньої участі у встановленні результатів, а отже не можуть вчинити дій щодо спотворення результатів торгів. Подібні висновки суду мають під собою відповідне законодавче підґрунтя. Так, відповідно до статті 30 Закону замовник скасовує торги у разі виявлення факту змови учасників. Згідно з пунктом 3 частини 1 статті 17 Закону замовник приймає рішення про відмову учаснику, учаснику попередньої кваліфікації в участі у процедурі закупівлі, попередній кваліфікації учасників та зобов'язаний відхилити пропозицію конкурсних торгів (кваліфікаційну, цінову пропозицію) учасника (учасника попередньої кваліфікації), у разі якщо **виявлено факт участі учасника або учасника попередньої кваліфікації у змові**.

Суди критично ставляться до твердження АМКУ про те, що «учасники **могли** узгодити між собою умови участі в торгах». Це твердження не може бути достатньою підставою для визнання дій підприємців узгодженими антиконкурентними, якщо не наведено **жодних беззаперечних доказів** того, що їх дії вчинені з метою спотворити результати торгів (стаття 6 Закону).

Згідно зі ст. 41 Закону доказами у справі про порушення законодавства про захист економічної конкуренції можуть бути будь-які фактичні дані, які дозволяють встановити наявність або відсутність порушення. Отже, визнання дій підприємства порушенням Закону на основі припущень забороняється.

Позиція Вищого господарського суду України

Слід також звернути увагу на думку Вищого господарського суду України відносно компетенції АМКУ щодо кваліфікації дій порушників законодавства про захист економічної конкуренції. Згідно з положеннями частини четвертої статті 7 Закону України «Про Антимонопольний комітет України» від 26 листопада 1993 р. №3659-ХІІ **не допускається здійснення іншими органами державної влади повноважень Антимонопольного комітету України** щодо прийняття передбачених законодавством про захист економічної конкуренції розпоряджень та рішень за заявами і справами, а також з надання висновків **щодо кваліфікації дій відповідно до законодавства про захист економічної конкуренції** (пункт 2 частини першої статті 7 Закону України «Про Антимонопольний комітет України» від 26 листопада 1993 р. №3659-ХІІ).

Отже надання висновків щодо кваліфікації дій відповідно до законодавства про захист економічної конкуренції належить до виключної компетенції органів АМКУ, тоді як стаття 59 Закону України «Про захист економічної конкуренції» від 11 січня 2001 р. №2210-ІІІ містить вичерпний перелік підстав для визнання цих рішень недійсними.

Отже кваліфікація дій порушника антимонопольного законодавства виходить за межі компетенції суду, а отже суд досліджуватиме рішення АМКУ в межах підстав для скасування, передбачених статтею 59 Закону України «Про захист економічної конкуренції» від 11 січня 2001 р. №2210-ІІІ. Відтак, виникає об'єктивна необхідність у активному оскарженні попередніх висновків та дій АМКУ до прийняття рішення у справі про порушення антимонопольного законодавства.