



**PREZES
URZĘDU OCHRONY
KONKURENCJI I KONSUMENTÓW**

DOK1-410-3/12/PW

Warszawa, dnia 27 czerwca 2014 r.

DECYZJA nr DOK -1/2014

- I. Na podstawie art. 11 ust. 1 i 2 ustawy z dnia 16 lutego 2007 r. *o ochronie konkurencji i konsumentów* (Dz. U. Nr 50, poz. 331 ze zm.), po przeprowadzeniu postępowania antymonopolowego, Prezes Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów **uznaje za praktykę ograniczającą konkurencję** i naruszającą zakaz, o którym mowa w art. 6 ust. 1 pkt 7 ustawy *o ochronie konkurencji i konsumentów* zawarcie przez Polcourt S.A. w upadłości likwidacyjnej z siedzibą w Warszawie oraz Saltex Europa Sp. z o.o. z siedzibą we Wrocławiu porozumienia ograniczającego konkurencję na krajowym rynku projektowania, budowy i wyposażania obiektów sportowych, polegającego na uzgadnianiu przez ww. przedsiębiorców przystępujących do przetargów publicznych na wykonanie lub modernizację obiektów sportowych wraz z infrastrukturą, warunków składanych ofert **i stwierdza zaniechanie jej stosowania z dniem 30 grudnia 2011 r.**
- II. Na podstawie art. 106 ust. 1 pkt 1 ustawy z dnia 16 lutego 2007 r. *o ochronie konkurencji i konsumentów* (Dz. U. Nr 50, poz. 331 ze zm.), po przeprowadzeniu postępowania antymonopolowego, Prezes Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów z tytułu naruszenia zakazu, o którym mowa w art. 6 ust. 1 pkt 7 ww. ustawy, w zakresie określonym w pkt. I sentencji niniejszej decyzji, **nakłada na Saltex Europa Sp. z o.o. z siedzibą we Wrocławiu karę pieniężną w wysokości 105.434,94 zł** (słownie: sto pięć tysięcy czterysta trzydzieści cztery złote i dziewięćdziesiąt cztery grosze) płatną do budżetu państwa.
- III. Na podstawie art. 77 ust. 1 oraz art. 80 ustawy z dnia 16 lutego 2007 r. *o ochronie konkurencji i konsumentów* (Dz. U. Nr 50, poz. 331 ze zm.), oraz na podstawie art. 263 § 1 i art. 264 § 1 ustawy z dnia 14 czerwca 1960 r. – *Kodeks postępowania*

administracyjnego (tekst jedn. Dz. U. z 2013 r., poz. 267 ze zm.) w związku z art. 83 ustawy *o ochronie konkurencji i konsumentów*, Prezes Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów obciąża Saltex Europa Sp. z o.o. z siedzibą we Wrocławiu **kosztami postępowania** w kwocie 156,16 zł (słownie: sto pięćdziesiąt sześć złotych i szesnaście groszy) i zobowiązuje do uiszczenia tych kosztów na rzecz Prezesa Urzędu w terminie 14 dni od daty uprawomocnienia się niniejszej decyzji.

Uzasadnienie

- (1) Postępowanie antymonopolowe w sprawie, której dotyczy niniejsza decyzja, zostało wszczęte po uprzednim przeprowadzeniu przez Prezesa Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów (dalej jako: „Prezes Urzędu”) postępowania wyjaśniającego o sygn. akt DOK1-400-6/11/PW mającego na celu wstępne ustalenie, czy w zakresie przetargów na projektowanie, budowę i wyposażenie obiektów sportowych, nastąpiło naruszenie przepisów ustawy uzasadniające wszczęcie postępowania antymonopolowego, w tym czy sprawa ma charakter antymonopolowy.
- (2) Ww. postępowanie wyjaśniające zostało zainicjowane wskutek otrzymanego przez Prezesa Urzędu zawiadomienia Tamex Obiekty Sportowe S.A. o podejrzeniu stosowania praktyk ograniczających konkurencję przez przedsiębiorców Polcourt S.A. (obecnie: Polcourt S.A. w upadłości likwidacyjnej, dalej również: „Polcourt S.A.” lub „Polcourt”) oraz Saltex Europa Sp. z o.o. (dalej: „Saltex Europa”), polegających na zawarciu porozumienia, którego celem lub skutkiem jest wyeliminowanie, ograniczenie lub naruszenie w inny sposób konkurencji na rynku właściwym, poprzez uzgadnianie przez ww. przedsiębiorców warunków składanych ofert, w szczególności zakresu prac lub ceny. Do zawiadomienia zostały załączone dokumenty z wybranych postępowań przetargowych stanowiące zdaniem zawiadamiającego dowód naruszenia przepisów ustawy *o ochronie konkurencji i konsumentów*.
- (3) W toku postępowania wyjaśniającego Prezes Urzędu zwrócił się do szeregu podmiotów udzielających zamówień w trybie przetargów nieograniczonych, w których uczestniczyli Polcourt S.A. i Saltex Europa Sp. z o.o. o przedstawienie szczegółowych informacji i dokumentów dotyczących przebiegu tych postępowań przetargowych.
- (4) W związku z faktem, iż zebrany materiał uprawdopodobnił zarzuty stawiane przez zawiadamiającego, Prezes Urzędu postanowieniem z dnia 31 grudnia 2012 r. wszczął postępowanie antymonopolowe w związku z podejrzeniem zawarcia przez Polcourt S.A.

oraz Saltex Europa Sp. z o.o. porozumienia ograniczającego konkurencję na krajowym rynku projektowania, budowy i wyposażania obiektów sportowych, polegającego na uzgadnianiu przez ww. przedsiębiorców przystępujących do przetargów publicznych na wykonanie lub modernizację obiektów sportowych wraz z infrastrukturą, warunków składanych ofert, co może stanowić naruszenie art. 6 ust. 1 pkt 7 ustawy *o ochronie konkurencji i konsumentów*.

- (5) W odpowiedzi na zawiadomienie o wszczęciu postępowania antymonopolowego Polcourt S.A. pismem z dnia 16 stycznia 2013 r. ustosunkował się do zarzutów zawartych w postanowieniu, zaprzeczając zawarciu porozumienia z Saltex Europa Sp. z o.o.
- (6) Saltex Europa Sp. z o.o. pismem z dnia 8 lutego 2013 r. w odpowiedzi na zawiadomienie o wszczęciu postępowania antymonopolowego ustosunkował się do zarzutów zawartych w postanowieniu, zaprzeczając zawarciu porozumienia z Polcourt S.A.
- (7) W toku przedmiotowego postępowania antymonopolowego, w dniu 18 listopada 2013 r. przeprowadzono rozprawę administracyjną, podczas której przeprowadzono z urzędu dowód z przesłuchania świadków oraz na wniosek z dnia 8 lutego 2013 r. dowód z przesłuchania strony Prezesa Zarządu Saltex Europa Sp. z o.o.
- (8) Pismami z dnia 29 listopada 2013 r. obie strony postępowania zostały zawiadomione o zakończeniu zbierania materiału dowodowego w niniejszym postępowaniu oraz możliwości zapoznania się z materiałem zgromadzonym w aktach sprawy i wypowiedzenia się, co do zebranych dowodów i materiałów.
- (9) W tym miejscu należy zauważyć, że część informacji i dokumentów, w oparciu o które Prezes Urzędu wydał niniejszą decyzję, stanowią prawnie chronione tajemnice, które nie mogą być ujawniane do wiadomości publicznej. Wobec powyższego Prezes Urzędu uznał, że w treści jawnej wersji decyzji administracyjnej nie powinny być ujawnione tego rodzaju informacje. Sprzeciwia się temu w szczególności art. 71 ust. 1 ustawy *o ochronie konkurencji i konsumentów*, zgodnie z którym pracownicy Urzędu są obowiązani do ochrony tajemnicy przedsiębiorstwa, jak również innych informacji, podlegających ochronie na podstawie odrębnych przepisów, o których powzięli wiadomość w toku postępowania. Wobec powyższego tego rodzaju informacje zostały ujęte w nawias kwadratowy oraz oznaczone jako „informacja utajniona” i pozostaną niewidoczne w publicznie dostępnej treści decyzji.

Prezes Urzędu na podstawie zebranego materiału dowodowego ustalił, co następuje

- (10) Przedmiotem postępowania w niniejszej sprawie jest ocena, pod kątem zawartego w art. 6 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów zakazu porozumień ograniczających konkurencję, działań podejmowanych przez Saltex Europa oraz Polcourt w zakresie przetargów na projektowanie, budowę i wyposażenie obiektów sportowych.

I. Strony postępowania

- (11) Polcourt jest spółką akcyjną wpisaną do rejestru przedsiębiorców prowadzonego przez Sąd Rejonowy dla miasta stołecznego Warszawy XII Wydział Gospodarczy pod numerem KRS 0000289547. Spółka powstała w 1992 r. i zajmuje się budową, projektowaniem i wyposażaniem obiektów sportowych. Postanowieniem z dnia 5 marca 2013 r. Sąd Rejonowy dla m. st. Warszawy w Warszawie, X Wydział Gospodarczy ogłosił upadłość likwidacyjną Polcourt S.A. i wyznaczył syndyka w osobie Pana Wiesława Ostrowskiego (sygn. akt X GU 68/13).

Dowód: pismo Polcourt S.A. z dnia 21 marca 2013 r. – Postanowienie z dnia 5 marca 2013 r., k. 840.

- (12) Saltex Europa jest spółką z ograniczoną odpowiedzialnością wpisaną do rejestru przedsiębiorców prowadzonego przez Sąd Rejonowy Wrocław – Fabryczna we Wrocławiu VI Wydział Gospodarczy pod numerem KRS 0000328991. Spółka należy do holdingu Saltex OY z siedzibą w Finlandii, który posiada 70% udziałów w kapitale zakładowym spółki. Saltex Europa Sp. z o.o. działa niejako na dwóch płaszczyznach, z jednej strony w branży budowlanej, gdzie specjalizuje się w instalacji sztucznej murawy, z drugiej strony jest przedstawicielem na rynku krajowym Saltex OY zajmującym się sprzedażą nawierzchni. W ofercie spółki znajduje się sztuczna trawa do zastosowania na obiektach sportowych lub w ogrodach, parkach, lekkoatletyczne nawierzchnie sportowe oraz bezpieczne nawierzchnie na place zabaw.

II. Rynek projektowania, budowy i wyposażania obiektów sportowych

- (13) Rynek budowy, projektowania i wyposażania obiektów sportowych w ostatnich latach w znacznej mierze kształtowany był przez przyjęty kierunek polityki rządu. Popyt na budowę i modernizację obiektów sportowych związany był z wdrożeniem realizacji rządowych programów takich jak „Moje boisko – Orlik 2012” oraz możliwościami dofinansowania z funduszy unijnych.
- (14) W dniu 11 lutego 2003 r. Rada Ministrów przyjęła „Strategię rozwoju sportu w Polsce do roku 2012”. Był to dokument wytyczający kierunki działań dla kultury fizycznej i sportu, określał realizację celów i zadań, które miały doprowadzić do znaczącej poprawy

stanu polskiego sportu. W dokumencie zdefiniowano sześć priorytetów, określając jednocześnie obszary działań w każdym z nich. Jako jeden z priorytetów wskazana została *Infrastruktura sportu*. W tym zakresie strategia zakładała poszukiwanie rozwiązań optymalizujących warunki dla dalszego rozwoju budownictwa obiektów sportowych, administrowanych przez samorządy lokalne, ze szczególnym uwzględnieniem budowy osiedlowych, miejskich, gminnych ośrodków sportu i rekreacji oraz obiektów kwalifikujących się do wykorzystania przez sport. Obecnie obowiązuje *Strategia Rozwoju Sportu w Polsce do roku 2015*, w której również jednym ze wskazanych priorytetów jest *Rozwój infrastruktury sportowo-rekreacyjnej*.

- (15) Największy rozwój infrastruktury sportowej przypadł na lata 2008-2012, kiedy to realizowany był program „Moje Boisko - Orlik 2012”. Program wdrożony został w grudniu 2007 r. Finansowanie realizacji większości zadań w tym obszarze działania odbywało się na drodze łączenia środków z budżetu państwa, środków samorządowych, wspomaganych dotacjami z Unii Europejskiej (Regionalne Programy Operacyjne, Fundusz Rozwoju Wsi, Wojewódzkie Fundusze Rozwoju Środowiska, Programy Rozwoju Obszarów Wiejskich 2007-2013, Narodowy Fundusz Ochrony Środowiska i Gospodarki Wodnej, Ekofundusz, Program Współpracy Transgranicznej). Niniejszy program był jednym z największych przedsięwzięć infrastrukturalno-społecznych w Polsce po roku 1989. Założenia programu zakładały wybudowanie 2012 kompleksów boisk, możliwie w każdej polskiej gminie. W trakcie czterech edycji programu powstało ponad 2270 kompleksów boisk sportowych. Łącznie na ten cel w ciągu czterech lat przeznaczono 950 mln zł. W ramach tego programu realizowane były budowy kompleksów boisk sportowych, w skład których wchodziły: i) boiska piłkarskie o nawierzchni ze sztucznej trawy, ii) boiska wielofunkcyjne o nawierzchni poliuretanowej, iii) zaplecza sanitarno-szatniowe obejmujące m.in. szatnie, zespoły higieniczno-sanitarne oraz iv) oświetlenie kompleksu boisk (minimum 8 słupów oświetleniowych).

III. Opis wybranych przetargów, w których uczestniczyli Polcourt S.A. i Saltex Europa Sp. z o.o.

- (16) W związku z postawionymi Polcourt S.A. i Saltex Europa Sp. z o.o. zarzutami Prezes Urzędu przeanalizował przetargi, w których uczestniczyły obie strony niniejszego postępowania.

(17) Polcourt w okresie od 1 stycznia 2011 r. do 13 czerwca 2012 r. startował w 671 postępowaniach przetargowych, z czego udzielono mu 35 zamówień. W ww. okresie oferta Polcourt została odrzucona w 3 postępowaniach przetargowych.

Dowód: pismo Polcourt S.A. z dnia 13 czerwca 2012 r. - Lista przetargów, w których Polcourt S.A. startował, k. 370 i n.; pismo Polcourt S.A. z dnia 17 lipca 2012 r. – Lista udzielonych zamówień Polcourt S.A. w 2011 i 2012 r., k. 468 i n.

(18) Saltex Europa w okresie od 1 stycznia 2011 r. do 13 czerwca 2012 r. startował w 457 postępowaniach przetargowych, z czego spółce udzielono łącznie 31 zamówień. W ww. okresie jego oferta została odrzucona bądź przedsiębiorca ten został wykluczony z 21 przetargów. Spośród wszystkich udzielonych Saltex Europa Sp. z o.o. zamówień publicznych, o które spółka ubiegała się samodzielnie, bądź w formie konsorcjum z Saltex OY, Saltex Europa zrealizował jedno zamówienie samodzielnie, tj. bez powierzenia części prac podwykonawcom.

Dowód: pismo Saltex Europa Sp. z o.o. z dnia 12 czerwca 2012 r. – Lista przetargów, w których Saltex Europa Sp. z o.o. startował, k. 360 i n.; pismo Saltex Europa Sp. z o.o. z dnia 6 lipca 2012 r. – Lista udzielonych zamówień w 2011 r., k. 420 i n.; pismo Saltex Europa Sp. z o.o. z dnia 20 lipca 2012 r. – Lista udzielonych zamówień Saltex Europa Sp. z o.o. w 2012 r., k. 578 i n.

(19) Poniżej przedstawiony został przebieg wybranych przetargów oraz realizacji zamówień, w których Polcourt S.A. i Saltex Europa Sp. z o.o. uczestniczyli z osobnymi ofertami, a jednocześnie w których ujawniła się współpraca między stronami postępowania, podlegająca ocenie w aspekcie art. 6 ust. 1 pkt 7 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów. Po ustaleniach Prezesa Urzędu odnośnie do każdego ze wskazanych poniżej przetargów przedstawione zostały stanowiska stron postępowania co do tych przetargów. Jednocześnie ogólne stanowisko stron postępowania odnoszące się do przedmiotu niniejszego postępowania antymonopolowego zostało przedstawione w dalszej części decyzji.

Przetarg przeprowadzony przez Miasto Tomaszów Mazowiecki

(20) W dniu 24 czerwca 2011 r. Miasto Tomaszów Mazowiecki ogłosiło przetarg nieograniczony pod numerem 171702 – 2011 na *Budowę Ośrodka Sportu i Rekreacji w Tomaszowie Mazowieckim - uzupełnienie oferty turystyczno-rekreacyjnej Miasta poprzez przebudowę boiska o sztucznej nawierzchni wraz z infrastrukturą.*

W przetargu złożono 8 ofert:

L.p.	Wykonawca	Cena w PLN brutto
1.	Polcourt S.A.	2.957.064,53
2.	Konsorcjum Lider: Saltex Europa Sp. z o.o. Partner: Saltex	3.140.394,99

	OY	
3.	Panorama II Sp. z o.o.	3.423.587,49
4.	Masters S.A.	3.605.750,66
5.	Moris-Sport Sp. z o.o.	3.846.938,16
6.	Inter Hall Sp. z o.o.	4.148.153,63
7.	Tamex Obiekty Sportowe S.A.	4.233.705,51
8.	„GRAND” Zakład Usługowo-Produkcyjno-Handlowy Andrzej Grygiel	4.416.621,27

(21) W niniejszym przetargu jedynym kryterium wyboru ofert była najniższa cena. Najkorzystniejszą ofertę złożył Polcourt, o czym powziął wiedzę w dniu 26 lipca 2011 r., kiedy doszło do otwarcia ofert. Jednakże postanowieniem z dnia 26 sierpnia 2011 r. z powodu nie wyrażenia zgody na przedłużenie terminu związania ofertą i przedłużenia ważności wadium, zgodnie z art. 24 ust. 2 pkt 2 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. *Prawo zamówień publicznych* (tekst jedn. Dz. U. z 2013 r., poz. 907 ze zm.) został wykluczony z przetargu, podobnie jak wykonawcy Moris-Sport Sp. z o.o. (V w kolejności oferta) i „GRAND” Zakład Usługowo-Produkcyjno-Handlowy Andrzej Grygiel (VIII w kolejności oferta). Drugą najkorzystniejszą ofertą w przedmiotowym przetargu była oferta Konsorcjum Saltex Europa Sp. z o.o. i Saltex OY (dalej jako: „Konsorcjum Saltex”), która postanowieniem z dnia 26 sierpnia 2011 r. została odrzucona, z powodu niezgodności parametrów nawierzchni ze Specyfikacją Istotnych Warunków Zamówienia (dalej jako: „SIWZ”). Z tego samego powodu zamawiający odrzucił również ofertę Panorama II Sp. z o.o. Tym samym jako najniższą, niepodlegającą odrzuceniu ofertę wybrano ofertę Masters S.A.

Dowód: pismo Tamex Obiekty Sportowe S.A. z dnia 13 września 2011 r., k. 42 i n.

(22) W przedmiotowym postępowaniu przetargowym Konsorcjum Saltex złożyło odwołanie do Krajowej Izby Odwoławczej (sygn. akt: KIO 1871/11). Jednakże wyrokiem z dnia 15 września 2011 r. Krajowa Izba Odwoławcza oddaliła odwołanie. Ostatecznie przyjęto ofertę firmy Masters S.A.

Dowód: pismo z Gminy – Miasta Tomaszów Mazowiecki z dnia 5 listopada 2012 r., k. 659.

Stanowiska stron postępowania w odniesieniu do przebiegu przedmiotowego przetargu oraz realizacji zamówienia

(23) Polcourt S.A. stwierdził, że spółka miała prawo do podjęcia decyzji w zakresie nieudzielenia zgody na przedłużenie terminu związania ofertą i ważności wadium. Zdaniem Polcourt S.A. sytuacja taka stanowi ryzyko zamawiającego i nie może być w negatywny sposób oceniana dla przedsiębiorcy.

Dowód: pismo Polcourt S.A. z dnia 16 stycznia 2013 r., k. 742.

(24) Saltex Europa Sp. z o.o. wyjaśnił, iż nie są spółce znane powody, dla których Polcourt S.A. nie wyraził zgody na przedłużenie terminu związania ofertą i przedłużenie ważności wadium. Spółka zapewniła, iż kwestie te nie były przedmiotem negocjacji, rozmów czy ustaleń z Polcourt S.A.

Dowód: pismo Saltex Europa Sp z o.o. z dnia 8 lutego 2013 r., k. 832.

Przetarg przeprowadzony przez Miasto Józefów

(25) Kolejnym przetargiem, w którym uczestniczyły Strony postępowania był ogłoszony w dniu 5 lipca 2011 r. przez Miasto Józefów przetarg nieograniczony pod numerem 184424 – 2011 na *Rozbudowę miejskich terenów sportowo-rekreacyjnych w Józefowie – budowa boisk wraz z odwodnieniem w ramach zagospodarowania centrum pobytowego.*

W przetargu złożono 4 oferty:

L.p.	Wykonawca	Cena w PLN brutto
1.	Panorama II Sp. z o.o.	3.213.897,26
2.	Konsorcjum Lider: Saltex Europa Sp. z o.o. Partner: Saltex OY	3.356.577,75
3.	Polcourt S.A.	3.602.230,15
4.	Tamex Obiekty Sportowe S.A.	3.944.412,61

(26) Jedynym kryterium oceny ofert była najniższa cena. W przedmiotowym przetargu zamawiający wyznaczył otwarcie ofert na dzień 2 sierpnia 2011 r., wtedy też każdy uczestnik postępowania przetargowego powziął wiedzę na temat wysokości ofert złożonych przez pozostałych uczestników. Pismem z dnia 22 sierpnia 2011 r. zamawiający w trybie art. 85 ust. 2 ustawy *Prawo zamówień publicznych* zwrócił się do wszystkich wykonawców biorących udział w przetargu o wyrażenie zgody na przedłużenie terminu związania ofertą i przedłużenia ważności wadium, wyznaczając termin na dokonanie tej czynności do dnia 31 sierpnia 2011 r.

(27) Przed upływem ww. terminu w dniu 25 sierpnia 2011 r. na wniosek Polcourt S.A., zamawiający udostępnił spółce oferty wszystkich pozostałych przedsiębiorców¹. Do dnia 31 sierpnia 2011 r. Konsorcjum Saltex jako jedyny wykonawca nie wyraził zgody na przedłużenie terminu związania ofertą i przedłużenie ważności wadium, narażając się tym samym na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 2 ustawy *Prawo zamówień publicznych* na wykluczenie z postępowania przetargowego. Po rozpatrzeniu wszystkich ofert pismem z dnia 5 września 2011 r. zamawiający poinformował uczestników postępowania o: i) odrzuceniu oferty Panorama II Sp. z o.o. jako niezgodnej z SIWZ; ii) wykluczeniu oraz

¹ Z wnioskiem o udostępnienie ofert pozostałych uczestników wystąpił też Tamex Obiekty Sportowe Sp. z o.o. w dniu 9 września 2011 r. oraz Panorama II Sp z o.o. w dniu 6 marca 2012 r.

odrzuconiu oferty Konsorcjum Saltex z powodu nieprzedłużenia terminu związania ofertą oraz ważności wadium, a ponadto z uwagi na niezgodność oferty Konsorcjum z SIWZ; iii) odrzuconiu oferty Polcourt S.A. jako niezgodnej z SIWZ; iv) wyborze najkorzystniejszej oferty Tamex Obiekty Sportowe S.A.

Dowód: pismo Tamex Obiekty Sportowe S.A. z dnia 13 września 2011 r. – Protokół z postępowania przetargowego w Józefowie, k. 29 i n.

(28) Zarówno Konsorcjum Saltex jak i Polcourt S.A. w swoich ofertach przetargowych przewidzieli wykonanie zamówienia przy użyciu tej samej nawierzchni, której producentem jest spółka Saltex OY – nawierzchnia SALTEX TS. Obie oferty zostały na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy *Prawo zamówień publicznych* odrzucone z tego samego powodu, tj. niedołączenia dokumentu, z którego wynikałoby spełnienie wymaganych przez zamawiającego parametrów twardości i odporności na ścieranie wspomnianej nawierzchni.

(29) Po ogłoszeniu wyboru oferty Tamex Obiekty Sportowe S.A., Polcourt S.A. (trzecia w kolejności oferta) i Panorama II Sp. z o.o. (pierwsza w kolejności oferta) wnieśli odwołania. Jak wynika z orzeczenia Krajowej Izby Odwoławczej (sygn. spraw: KIO 1942/11, KIO 1951/11) Polcourt S.A. odwołał się od czynności odrzucenia jego oferty zarzucając brak podstawy faktycznej, bowiem z treści SIWZ nie wynikało jaki dokument ma potwierdzać konkretny parametr nawierzchni. Natomiast spełnienie parametrów twardości i odporności na ścieranie było wykazane, załączoną do oferty Polcourt S.A. kartą techniczną. W konsekwencji odwołanie Polcourt S.A. zostało uwzględnione, natomiast Panorama II Sp. z o.o. – oddalone, w wyniku czego unieważniono wybór najkorzystniejszej oferty, a zamawiający został zobowiązany do ponownej oceny złożonych ofert. W dniu 28 października 2011 r. Miasto Józefów podpisało umowę z Polcourt S.A. na realizację przedmiotowego zamówienia. W tym miejscu należy wskazać, że również Konsorcjum Saltex złożyło wraz z ofertą kartę techniczną potwierdzającą spełnienie parametrów w zakresie twardości i odporności na ścieranie tej samej co Polcourt S.A. nawierzchni producenta Saltex OY.

Dowód: pismo Tamex Obiekty Sportowe S.A. z dnia 23 grudnia 2011 r., k. 261.

(30) Ze zgromadzonych informacji wynika, że po rozstrzygnięciu przedmiotowego przetargu Prezes Zarządu Polcourt S.A. – p. **[informacja utajniona]** rozmawiał telefonicznie z Saltex Europa Sp. z o.o. o współpracy w zakresie podwykonawstwa na wykonanie całości udzielonego zamówienia. Ustalono także, że w dniu 23 listopada 2011 r. doszło do zawarcia między Polcourt S.A. a Saltex Europa Sp. z o.o. umowy na wykonanie robót budowlanych w przedmiocie realizacji całości robót budowlanych

wynikających z zakresu przedmiotowego zamówienia, określając wynagrodzenia ryczałtowe dla Saltex Europa Sp. z o.o. w wysokości 3.500.000,01 zł brutto. Dodatkowo Saltex Europa Sp. z o.o. zatrudnił jako podwykonawcę przedsiębiorcę ANA-POL Sp. z o.o. do wykonania robót budowlanych. Jednakże na podstawie § 1 Aneksu nr 1 z dnia 24 kwietnia 2012 r. do ww. umowy, zakres prac Saltex Europa Sp. z o.o. w ramach umowy został ograniczony do dostawy maty elastycznej, sztucznej trawy, granulatu gumowego EPDM na plac zabaw oraz dostarczenia dokumentacji projektowej dla przedmiotowego zamówienia. Równocześnie obniżono wynagrodzenia dla Saltex Europa Sp. z o.o. do kwoty 2.193.012,30 zł brutto. Prezes Urzędu ustalił, że przed terminem składania ofert Polcourt S.A. kontaktował się z Saltex Europa Sp. z o.o. w celu otrzymania autoryzacji na nawierzchnię. Z uwagi na fakt, że wspomniana autoryzacja na podstawie przepisów ustawy *Prawo zamówień publicznych* jest udzielana na konkretny przetarg, Saltex Europa Sp. z o.o. przed terminem składania ofert posiadał wiedzę, że Polcourt S.A. będzie brał udział w tym samym postępowaniu przetargowym z osobną ofertą.

Dowód: pismo Saltex Europa Sp. z o.o. z dnia 23 sierpnia 2013 r., k. 892 oraz pismo Saltex Europa Sp. z o.o. z dnia 23 sierpnia 2013 r. - Umowa na wykonanie robót budowlanych z dnia 23 listopada 2011 r. z Aneksem nr 1, k. 896 i n., protokół z rozprawy administracyjnej z dnia 18 listopada 2013 r. – zeznania świadka p. [informacja utajniona], k. 1063 i 1064.

Stanowiska stron postępowania w odniesieniu do przebiegu przedmiotowego przetargu oraz realizacji zamówienia

(31) Polcourt S.A. stwierdził, że złożenie wniosku o udostępnienie ofert jest działaniem zgodnym z prawem, zagwarantowanym przez ustawę i nie może być podstawą do wyciągania negatywnych dla przedsiębiorcy wniosków. Ponadto spółka wyjaśniła, że do wyłącznej oceny i decyzji wykonawcy należy wyrażenie zgody na przedłużenie terminu związania ofertą lub ważności wadium. Zdaniem spółki nie sposób negatywnie oceniać skorzystania z uprawnień przyznanych ustawą, zwłaszcza gdy nie zgadza się z decyzjami zamawiającego, a potwierdzenie swoich wątpliwości uzyskuje od Krajowej Izby Odwoławczej.

Dowód: pismo Polcourt S.A. z dnia 16 stycznia 2013 r., k. 741 i n.

(32) Saltex Europa Sp. z o.o. wyjaśnił, że decyzja o wniesieniu odwołania do Krajowej Izby Odwoławczej jest uprawnieniem, a nie obowiązkiem wykonawcy. Takie decyzje podejmowane są przez zarząd spółki w oparciu o przedstawione jej opinie prawne współpracującej kancelarii prawnej. W tym przypadku obsługująca spółkę kancelaria negatywnie zaopiniowała złożenie ewentualnego odwołania. Saltex Europa Sp. z o.o.

musiałby doprowadzić do wykluczenia Panorama II Sp. z o.o. z przetargu, a uznano że nie ma na to argumentów.

Dowód: pismo Saltex Europa Sp z o.o. z dnia 8 lutego 2013 r., k. 831 i n.

Przetarg przeprowadzony przez Gminę Nysa

(33) W dniu 30 sierpnia 2011 r. Gmina Nysa ogłosiła pod numerem 232151 – 2011 przetarg nieograniczony na *Przebudowę stadionu lekkoatletycznego w Nysie*.

W przetargu złożono 3 oferty:

L.p.	Wykonawca	Cena w PLN brutto
1.	Polcourt S.A.	6.750.239,23
2.	Konsorcjum Lider: Saltex Europa Sp. z o.o. Partner: Saltex OY	7.108.766,83
3.	Konsorcjum Lider: Tamex Obiekty Sportowe S.A. Partner: Moris-Sport Sp. z o.o.	7.473.357,46

(34) Jedynym kryterium wyboru ofert była najniższa cena. Polcourt S.A. w wystawionym dla Konsorcjum Saltex zobowiązaniu z dnia 23 września 2011 r. udostępnił spółce potencjał w zakresie wiedzy i doświadczenia oraz oświadczył, że będzie uczestniczyć jako podwykonawca w realizacji przedmiotowego zamówienia. Konsorcjum Saltex i Polcourt S.A. przedstawiły tożsame referencje oraz wykaz wykonanych robót budowlanych w okresie 5 lat od składania ofert.

Dowód: pismo Tamex Obiekty Sportowe S.A. z dnia 11 maja 2012 r. – Zestawienie ofert w przetargu w Nysie, k.353; pismo Tamex Obiekty Sportowe S.A. z dnia 10 października 2011 r. – Referencje oraz wykaz wykonanych robót, k. 126 i n. oraz Zobowiązanie Polcourt S.A. do udostępnienia potencjału, k. 132.

(35) Ponadto w kosztorysach ofertowych Polcourt S.A. i Konsorcjum Saltex wystąpiły tożsame błędy ortograficzne, interpunkcyjne, literówki, błędy w opisach poszczególnych prac, braki polskich znaków, tożsamy układ wierszy w tabeli oraz tożsame nazwy pliku widniejące w nagłówkach harmonogramów. W szczególności w poz. 19 kosztorysu sanitarnego obaj przedsiębiorcy mają wpisane „*podłoża pod kanały i obiekty z materiałów sypkich grub. 10 cm*”, natomiast według przedmiaru zamawiającego powinno być wpisane „*podłoża pod kanały i obiekty z materiałów sypkich grub. 15 cm*”. W obu kosztorysach widnieją te same nazwy plików, niestosowane w przedmiarze zamawiającego, np. „*Nysa bud*”, „*nysa drogi*”, „*nysa sanitarne*” „*nysa zieleń*” „*Nysa_ofertowy*”. W opisach robót zawartych w kosztorysach Polcourt S.A. i Konsorcjum Saltex znajdują się tożsame błędy ortograficzne, m.in. w poz. 100 zestawienia materiałów obu przedsiębiorców wpisano „*(...) skoczni do skoku w zwyz (...)*”. Ponadto w kosztorysach stron znajdują się tożsame literówki, np. kosztorysy na roboty drogowe poz. 1.2 widnieje „*Zdjeciw warstwy humusu*”

zamiast poprawnie jak w przedmiarze zamawiającego „Zdjęcie warstwy humusu”. Dodatkowo w kosztorysach brakuje polskich znaków, zamiast liter takich jak „ż”, „ł”, „ą” pojawiają się kropki, np. w poz. 10 kosztorysu sanitarnego w przedmiarze zamawiającego widnieje: „Roboty ziemne wykonane koparkami przedsiębiernymi o poj. łyżki (...) (dowóz piasku i żwiru)”, podczas gdy w kosztorysach stron postępowania wpisano: „Roboty ziemne wykonane koparkami przedsi.biernymi o poj..y.ki (...) (dowoz piasku i .wiru)”. Należy również wskazać na tożsamy układ wierszy w tabeli z opisem robót, który jest odmienny od przedmiaru zamawiającego i nie ma logicznego uzasadnienia (np. kosztorysy sanitarne poz. 10 lub kosztorysy robót drogowych poz. 3.2).

Dowód: pismo Tamex Obiekty Sportowe S.A. z dnia 11 maja 2012 r. – Zbiorne zestawienie ofert, k. 353; pismo Tamex Obiekty Sportowe S.A. z dnia 10 października 2011 r. – Kosztorys Polcourt S.A., k. 133-184, Kosztorys Konsorcjum Saltex, k. 185-236; pismo Tamex Obiekty Sportowe S.A. z dnia 23 grudnia 2011 r. – Przedmiar zamawiającego, k. 270 – 284.

- (36) Należy mieć na względzie, iż obie spółki przy sporządzaniu kosztorysów posługiwały się różnymi wersjami profesjonalnego programu do tworzenia kosztorysów – Norma PRO, Konsorcjum Saltex korzystało z Norma PRO wersja 4.30a, natomiast Polcourt S.A. z Norma PRO wersja 4.35. Do pewnego stopnia korzystanie przez obu przedsiębiorców z programu Norma PRO może determinować treść zawartych w kosztorysach opisów prac, w taki sposób, że będą zawierały tożsame opisy poszczególnych pozycji. Niemniej jednak należy podkreślić, że opisy zawarte w przedmiarze zamawiającego w większości nie różnią się od opisów poszczególnych wersji programu Norma PRO. Natomiast niektóre opisy pozycji w kosztorysach Konsorcjum Saltex i Polcourt S.A. są ze sobą zbieżne, a jednocześnie zasadniczo odbiegają od opisu przedmiaru zamawiającego oraz poszczególnych opisów zawartych w różnych wersjach programu Norma PRO.

Dowód: pismo Tamex Obiekty Sportowe S.A. z dnia 23 grudnia 2011 r. – Przedmiar na roboty sanitarne w 3 wersjach programu Norma PRO, k. 285-303 oraz pismo Saltex Europa Sp. z o.o. z dnia 23 sierpnia 2013 r., k. 894.

- (37) Jak ustalił Prezes Urzędu, w przedmiotowym postępowaniu przetargowym kosztorysy obu spółek zostały przygotowane przez pracowników zatrudnionych w Polcourt S.A. Kosztorys załączony do oferty Konsorcjum Saltex został sporządzony przez Pana [informacja utajniona] w ramach umowy z dnia 3 stycznia 2011 r. zawartej między Saltex Europa a tym pracownikiem w przedmiocie świadczenia usług w postaci sporządzania kosztorysów. Natomiast kosztorys Polcourt S.A. w tym przetargu został przygotowany przez Pana [informacja utajniona] zatrudnionego w Polcourt S.A. Dodatkowo należy podkreślić okoliczność, że Saltex Europa Sp. z o.o. zawarł również

tożsamą umowę z [informacja utajniona], a obaj pracownicy wiedzieli wzajemnie o wiążących ich umowach z Saltex Europa Sp. z o.o. [informacja utajniona] i p. [informacja utajniona] byli jedynymi pracownikami Polcourt S.A., którzy w tym okresie zajmowali się sporządzaniem kosztorysów dla Polcourt S.A. Kosztorysanci co do zasady przygotowywali dla obu spółek kosztorysy całościowe, tj. takie które odzwierciedlają wartość złożonej w przetargu oferty.

Dowód: pismo Saltex Europa Sp. z o.o. z dnia 23 sierpnia 2013 r., k. 894 oraz protokół z rozprawy administracyjnej w dniu 18 listopada 2013 r. – zeznania świadka [informacja utajniona], k. 1062.

- (38) Pismem z dnia 30 grudnia 2011 r. zamawiający poinformował uczestników o unieważnieniu postępowania przetargowego na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 6 ustawy *Prawo zamówień publicznych*. Powodem unieważnienia postępowania była okoliczność, że środki przeznaczone na realizację zadania objętego przetargiem musiały zostać wydatkowane na zaspokojenie roszczeń wynikających z prawomocnego wyroku Sądu Apelacyjnego we Wrocławiu z dnia 8 listopada 2011 r. Przedmiotowy przetarg został unieważniony przez zamawiającego.

Dowód: pismo Saltex Europa Sp. z o.o. z dnia 23 sierpnia 2013 r., k. 931.

Stanowiska stron postępowania w odniesieniu do przebiegu przedmiotowego przetargu oraz realizacji zamówienia

- (39) W odniesieniu do występowania w kosztorysach obu przedsiębiorców tożsamych błędów ortograficznych, interpunkcyjnych, literówek itp. Saltex Europa Sp. z o.o. kategorycznie oświadczył, że nie jest autorem złożonego w toku postępowania przetargowego harmonogramu, a jego wykonanie zlecił podmiotowi zewnętrznemu. Przedmiotem umowy było wykonanie harmonogramu finansowego i kosztorysu i po ich wykonaniu zostały one załączone do oferty złożonej przez Konsorcjum Saltex Europa w toku postępowania przetargowego.

Przetarg przeprowadzony przez AWF w Poznaniu

- (40) W dniu 6 września 2011 r. Akademia Wychowania Fizycznego im. Eugeniusza Piaseckiego w Poznaniu ogłosiła przetarg nieograniczony pod numerem 238451 - 2011 na *Budowę trybun zadaszonych i wymianę nawierzchni tartanowej*. Zamówienie zostało podzielone na dwie części: część I *Budowa zadaszonych trybun ziemnych przy stadionie do hokeja na trawie w Poznaniu przy ul. Królowej Jadwigi 27/39, na działce 2/2*, część II *Wymiana nawierzchni tartanowej na bieżni okólnej oraz wykonanie remontu odwodnienia*

liniowego przy stadionie do hokeja na trawie w Poznaniu przy ul. Królowej Jadwigi 27/39, na działce 2/2.

Na realizację części II zamówienia złożono 4 oferty:

L.p.	Wykonawca	Cena w PLN brutto
1.	Polcourt S.A.	1.155.206,37
2.	Saltex Europa Sp. z o.o.	1.239.440,17
3.	Tamex Obiekty Sportowe S.A.	1.491.431,72
4.	Moris-Sport Sp. z o.o.	2.341.028,57

(41) Jedynym kryterium wyboru ofert była najniższa cena. Najkorzystniejszą pod względem ceny ofertę złożył Polcourt S.A. Pismem z dnia 23 września 2011 r. Akademia Wychowania Fizycznego w Poznaniu (dalej jako: „AWF”) poinformowała o wyborze najkorzystniejszej oferty w postępowaniu – Polcourt S.A. Po tej informacji pismem z dnia 29 września 2011 r. Tamex Obiekty Sportowe S.A. poinformował zamawiającego o niezgodności treści ofert złożonych przez Polcourt S.A. i Saltex Europa Sp. z o.o. z zapisami SIWZ i zażądał odrzucenia ich ofert. Zdaniem tego wykonawcy obie spółki nie mogły dokonać wymiany nawierzchni, ponieważ ta wymagała zastosowania materiałów, do których przedsiębiorcy nie mieli dostępu. W związku z powyższym zamawiający zwrócił się do Polcourt S.A. i Saltex Europa Sp. z o.o. o wyjaśnienie dotyczące złożonych ofert w zakresie oferowanych przez obu przedsiębiorców nawierzchni.

Dowód: pismo Tamex Obiekty Sportowe S.A. z dnia 23 listopada 2011 r., k. 306 i n. oraz k. 314 i 315.

(42) Po otrzymaniu wyjaśnień zamawiający dokonał ponownej oceny ofert i pismem z dnia 11 października 2011 r. poinformował o odrzuceniu ofert Polcourt S.A. i Saltex Europa Sp. z o.o., z powodu nie wykazania na etapie składania ofert, że oferowane przez tych przedsiębiorców produkty równoważne spełniają wymagania określone przez zamawiającego, ponadto poinformował również o wyborze oferty Tamex Obiekty Sportowe S.A. W przedmiotowym postępowaniu Polcourt S.A., którego oferta była najkorzystniejsza, nie wniósł odwołania do Krajowej Izby Odwoławczej, zrobił to natomiast Saltex Europa Sp. z o.o. drugi w kolejności pod względem ceny wykonawca (sygn. sprawy: KIO 2235/11). Sam zamawiający w odpowiedzi na odwołanie z 19 października 2011 r. zwrócił uwagę, że „*odwołujący [Saltex Europa Sp. z o.o. – wyjaśnienie wł.] nie ma interesu prawnego we wniesieniu odwołania, gdyż jak wynika z powyższych informacji przy uznaniu za ważne oferty wykonawców Saltex Europa Sp. z o.o. oraz Polcourt S.A., którzy powołują się na rozwiązania równoważne to oferta firmy Polcourt, tak jak pierwotnie, byłaby uznana za najkorzystniejszą i to temu Wykonawcy zostałyby udzielone zamówienie*”.

Dowód: pismo Tamex Obiekty Sportowe S.A. z dnia 23 listopada 2011 r. – pismo Akademii Wychowania Fizycznego im. Eugeniusza Piaseckiego w Poznaniu z dnia 19 października 2011 r., k. 347.

- (43) Wyrokiem z dnia 31 października 2011 r. Krajowa Izba Odwoławcza uwzględniła odwołanie i nakazała zamawiającemu unieważnienie czynności odrzucenia oferty wykonawcy Saltex Europa Sp. z o.o. oraz powtórzenie czynności badania i oceny ofert. Krajowa Izba Odwoławcza wskazała, że zamawiający nie określił w SIWZ, w którym momencie toczącego się postępowania wykonawca ma wykazać, że zaoferowana przez niego nawierzchnia jest równoważna w stosunku do nawierzchni wskazywanej przez zamawiającego. W związku z powyższym – w opinii Krajowej Izby Odwoławczej – zamawiający nie może wykluczyć wykonawcy i odrzucić jego oferty tylko z tego powodu, że w samej ofercie wykonawca ten nie wykazał równoważności oferowanej nawierzchni, skoro mógł tę kwestię wykazać na późniejszym etapie. Dnia 2 grudnia 2011 r. zamawiający poinformował wykonawców o unieważnieniu postępowania na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 7 ustawy *Prawo zamówień publicznych*, jako obarczonego niemożliwą do usunięcia wadą uniemożliwiającą zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego. W wyniku ponownego przeprowadzenia przetargu zamówienie otrzymał Tamex Obiekty Sportowe S.A.

Dowód: pismo Tamex Obiekty Sportowe S.A. z dnia 23 listopada 2011 r. – pismo Akademii Wychowania Fizycznego im. Eugeniusza Piaseckiego w Poznaniu z dnia 2 grudnia 2011 r., k. 348.

Stanowiska stron postępowania w odniesieniu do przebiegu przedmiotowego przetargu oraz realizacji zamówienia

- (44) W przedstawionym przez Polcourt S.A. stanowisku spółka wskazała, że każdy z wykonawców decyduje o wnoszonych środkach odwoławczych samodzielnie. Natomiast zgłoszenie chęci wykonania nawierzchni z konkretnego materiału, na wewnętrznym ograniczonym rynku obiektów sportowych nie może być uznane za okoliczność nadzwyczajną i niespotykaną.

Dowód: pismo Polcourt S.A. z dnia 16 stycznia 2013 r., k. 742 i n.

- (45) Saltex Europa Sp. z o.o. zaprzeczył, aby decyzja o złożeniu odwołania była przedmiotem negocjacji, rozmów i ustaleń pomiędzy spółką a Polcourt S.A. Jedynym podmiotem, z którym Saltex Europa Sp. z o.o. uzgadniał decyzję o złożeniu odwołania jest obsługująca spółkę kancelaria prawna. W przedmiotowym przetargu spółka miała przekonanie, że posiada argumenty, którymi jest w stanie wygrać przed Krajową Izbą Odwoławczą.

Dowód: pismo Saltex Europa Sp z o.o. z dnia 8 lutego 2013 r., k. 833.

Przetarg przeprowadzony przez Gminę Wołomin

(46) W dniu 25 lutego 2011 r. pod numerem 65697 - 2011 Gmina Wołomin ogłosiła przetarg nieograniczony na *Przebudowę boiska piłkarskiego wraz z budową infrastruktury technicznej na terenie Ośrodka Sportu i Rekreacji „Huragan” Wołomin ul. Korsaka 4.*

W przetargu złożono 5 ofert:

L.p.	Wykonawca	Cena w PLN brutto
1.	Konsorcjum Lider: Saltex Europa Sp. z o.o. Partner: Saltex OY	1.787.000,00
2.	Panorama II Sp. z o.o.	1.814.123,79
3.	Polcourt S.A.	1.870.000,00
4.	Tamex Obiekty Sportowe S.A.	1.977.777,77
5.	Moris-Sport Sp. z o.o.	2.275.977,58

(47) Jedynym kryterium oceny ofert była najniższa cena. W trakcie postępowania przetargowego 23 maja 2011 r. odrzucono ofertę Panorama II Sp. z o.o., z powodu niespełnienia warunków określonych w SIWZ. Zamawiający pismem z dnia 23 maja 2012 r. poinformował o udzieleniu zamówienia Konsorcjum Saltex Europa, umowa z zamawiającym została zawarta w dniu 21 czerwca 2011 r. W ofercie Konsorcjum Saltex wpisano, że będzie korzystać przy realizacji zamówienia z podwykonawcy, nie wskazując nazwy konkretnego przedsiębiorcy, a jedynie rodzaj robót, który będzie przez tego podwykonawcę realizowany, tj. oświetlenie terenu, zieleń, transport, unieszkodliwienie odpadów. W trakcie realizacji zamówienia podwykonawcą spółki w przedmiotowym przetargu został Polcourt S.A.

Dowód: pismo z Gminy Wołomin z dnia 8 listopada 2012 r., k. 695 i n. oraz pismo Saltex Europa Sp. z o.o. z dnia 6 lipca 2012 r. – Lista udzielonych zamówień w 2011 r., k. 420.

(48) W dniu 21 czerwca 2011 r. doszło do zawarcia między Saltex Europa Sp. z o.o. a Polcourt S.A. umowy nr 75/l/2011 w przedmiocie wykonania całości zamówienia. Strony przedmiotowej umowy uzgodniły dla Polcourt S.A. wynagrodzenie ryczałtowe w wysokości 954.093,20 zł brutto. Tym samym Saltex Europa Sp. z o.o., po uiszczeniu wynagrodzenia dla Polcourt S.A. pozostał z wynagrodzeniem w wysokości ok. 833.000,00 zł brutto. Przy czym, należy podkreślić, że udział Saltex Europa Sp. z o.o. w realizacji przedmiotowego zamówienia ograniczył się do dostawy komponentów nawierzchni syntetycznej ze sztucznej trawy wraz z uzyskaniem certyfikatu FIFA 2 Star. Aneks z dnia 1 października 2011 r. do ww. umowy Strony podwyższyły wysokość wynagrodzenia dla Saltex Europa Sp. z o.o. do wysokości 1.039.216,02 zł brutto. Prezes Urzędu ustalił, że w niniejszym przetargu Polcourt S.A. oferował sztuczną trawę

producenta Saltex OY, w związku z tym przed terminem składania ofert kontaktował się z Saltex Europa Sp. z o.o. w celu otrzymania autoryzacji na nawierzchnię.

Dowód: pismo Saltex Europa Sp. z o.o. z dnia 23 sierpnia 2013 r., k. 892 vide i n. oraz pismo Saltex Europa Sp. z o.o. z dnia 23 sierpnia 2013 r. – Umowa nr 75/l/2011 z dnia 21 czerwca 2011 r. z Aneksem nr 1, k. 926 vide i n., protokół z rozprawy administracyjnej z dnia 18 listopada 2013 r. – zeznania świadka [informacja utajniona], k. 1063 i n. oraz zeznania strony Prezesa Saltex Europa Sp. z o.o. [informacja utajniona], k. 1072 i n.

Przetarg przeprowadzony przez Gminę Przytyk

(49) W dniu 24 maja 2011 r. Gmina Przytyk zamieściła ogłoszenie o nr 126500 – 2011 na Budowę kompleksu boisk sportowych w ramach programu Moje Boisko Orlik 2012 w Podgajku Zachodnim, Gmina Przytyk.

W przetargu złożono 8 ofert:

L.p.	Wykonawca	Cena w PLN brutto
1.	Konsorcjum Lider: Saltex Europa Sp. z o.o. Partner: Saltex OY	1.543.559,28
2.	Polcourt S.A.	1.547.690,40
3.	Panorama II Sp. z o.o.	1.570.779,18
4.	NM Group Sp. z o.o.	1.595.000,00
5.	Sportprojekt Sp. z o.o.	1.607.086,32
6.	Moris-Sport Sp. z o.o.	1.748.691,00
7.	Eurocurt Sp. z o.o.	1.980.300,00
8.	Sport Grupa Sp. z o.o.	2.039.637,78

(50) Jedynym kryterium oceny ofert była najniższa cena. W przedmiotowym przetargu zamawiający nie odrzucił żadnej oferty, ani żaden przedsiębiorca nie został wykluczony. Pismem z dnia 17 czerwca 2011 r. zamawiający poinformował o udzieleniu zamówienia Konsorcjum Saltex, umowa z zamawiającym została zawarta w dniu 4 lipca 2011 r. W ofercie Konsorcjum Saltex wskazano, że przy realizacji zamówienia będzie korzystać z podwykonawcy, nie wskazując jednak nazwy przedsiębiorcy.

Dowód: pismo z Gminy Przytyk z dnia 7 listopada 2012 r., k. 686 i n. oraz pismo Saltex Europa Sp. z o.o. z dnia 6 lipca 2012 r. – Lista udzielonych zamówień w 2011 r., k. 421.

(51) W dniu 4 lipca 2011 r. między Polcourt S.A. a Saltex Europa Sp. z o.o. doszło do zawarcia umowy nr 71/l/2011 w przedmiocie wykonania robót objętych zakresem zamówienia. Za wykonanie umowy przewidziano dla Polcourt S.A. wynagrodzenie ryczałtowe. Prezes Urzędu ustalił także, że w niniejszym przetargu Polcourt S.A. oferował sztuczną trawę Saltex OY, którą nabył bezpośrednio od Saltex Europa Sp. z o.o., w związku z tym przed terminem składania ofert kontaktował się z Saltex Europa Sp. z o.o. w celu nabycia nawierzchni i udzielenia autoryzacji, bowiem na podstawie przepisów

ustawy *Prawo zamówień publicznych* konieczne jest posiadanie autoryzacji wystawionej na konkretny przetarg.

Dowód: pismo Saltex Europa Sp. z o.o. z dnia 23 sierpnia 2013 r., k. 892 vide oraz pismo Saltex Europa Sp. z o.o. z dnia 23 sierpnia 2013 r. - Umowa nr 71/l/2011 z dnia 4 lipca 2011 r. z Aneksem nr 1, k. 907 i n., protokół z rozprawy administracyjnej z dnia 18 listopada 2013 r. – zeznania strony Prezesa Saltex Europa Sp. z o.o. p. [informacja utajniona], k. 1072 i n.

Przetarg przeprowadzony przez Gminę Barlinek

(52) W dniu 23 sierpnia 2011 r. Gmina Barlinek ogłosiła przetarg nieograniczony pod nr 254188 - 2011 na *Modernizację boiska do piłki nożnej przy ul. Strzeleckiej*.

W przetargu złożono 3 oferty:

L.p.	Wykonawca	Cena w PLN brutto
1.	Polcourt S.A.	1.627.556,72
2.	Konsorcjum Lider: Saltex Europa Sp. z o.o. Partner: Saltex OY	1.740.312,39
3.	Konsorcjum Lider: Firma „Kaszub“ Dariusz Kaszuba Partner: Akada-Sport Sp. z o.o.	1.958.766,32

(53) Jedynym kryterium oceny ofert była najniższa cena. W przedmiotowym przetargu zamawiający nie odrzucił żadnej oferty, ani żaden przedsiębiorca nie został z przetargu wykluczony. Zamawiający jako najkorzystniejszą ofertę wybrał ofertę Polcourt S.A. o czym poinformował wszystkich uczestników postępowania pismem z dnia 26 września 2011 r. Mimo że Polcourt S.A. w swojej ofercie wskazywał, że zamierza wykonać zamówienie samodzielnie, to w dniu 10 października 2011 r. podpisał umowę ze Spółką Saltex Europa Sp. z o.o., której zlecił realizację przedmiotowego zamówienia w formie podwykonawstwa.

(54) Jako przedmiot umowy podwykonawstwa wpisano wykonanie zadania *Modernizacja boiska do piłki nożnej przy ul. Strzeleckiej* tj. wykonanie wszystkich robót objętych zakresem przedmiotowego zamówienia. Za wykonanie prac ustalono ostatecznie Aneksem nr 4 do ww. umowy wynagrodzenie ryczałtowe dla Saltex Europa Sp. z o.o. Ponadto na podstawie Zleceń na wykonanie robót dodatkowych z dnia 10 listopada i 20 grudnia 2011 r. ustalono wynagrodzenie dodatkowe dla Saltex Europa Sp. z o.o. W toku postępowania antymonopolowego ustalono, że przy realizacji przedmiotowego zamówienia w formie podwykonawstwa Saltex Europa Sp. z o.o. zatrudnił dalszych podwykonawców. Dodatkowo w niniejszym przetargu Polcourt S.A. oferował sztuczną trawę producenta Saltex OY, w związku z tym przed terminem składania ofert kontaktował się z Saltex Europa Sp. z o.o. w celu otrzymania autoryzacji na nawierzchnię.

Dowód: pismo Saltex Europa Sp. z o.o. z dnia 23 sierpnia 2013 r., k. 892 vide, pismo Saltex Europa Sp. z o.o. z dnia 23 sierpnia 2013 r. - Umowa z dnia 10 października 2011 r. z Aneksami 1-4, k. 912 vide i n. oraz Zlecenie na wykonanie robót dodatkowych z dnia 10 listopada i 20 grudnia 2011 r., k. 925 vide i 926 oraz protokół z rozprawy administracyjnej z dnia 18 listopada 2013 r. – zeznania świadka p. [informacja utajniona], k. 1063 i 1064.

- (55) W trakcie realizacji zamówienia do Gminy Barlinek wpłynęła informacja od Saltex Europa Sp. z o.o. z dnia 12 kwietnia 2012 r. oraz wniosek Polcourt S.A. z dnia 24 kwietnia 2012 r. uzupełniony pismem z dnia 10 maja 2012 r. dotyczący zgłoszenia Saltex Europa Sp. z o.o. jako podwykonawcy. Gmina Barlinek pismem z dnia 15 maja 2012 r. na podstawie art. 647¹ ustawy z dnia 23 kwietnia 1964 r. *Kodeks cywilny* (tekst jedn. Dz. U. z 2014 r., poz. 121) nie zaakceptowała umowy o podwykonawstwo z uwagi na brak zapisu wiążącego zapłatę podwykonawcy z wykupem wierzytelności na zasadach określonych w SIWZ.

Dowód: pismo z Gminy Barlinek z dnia 6 listopada 2012 r., k. 678 i n., pismo Polcourt S.A. z dnia 16 stycznia 2013 r. – Pozew Saltex Europa Sp. z o.o. z dnia 10 sierpnia 2012 r., k. 774.

- (56) W przedmiocie zapłaty wynagrodzenia za realizację niniejszego zamówienia Saltex Europa Sp. z o.o. złożył pozew przeciwko Polcourt S.A.² Zgodnie z treścią pozwu na dzień 18 maja 2012 r. całość robót budowlanych objętych umową została zakończona i zgłoszono gotowość do przeprowadzenia odbioru. W dniu 30 maja 2012 r. sporządzono trójstronny protokół odbioru, który został podpisany zarówno przez przedstawicieli stron niniejszego postępowania jak i inwestora – Gminę Barlinek.

Dowód: pismo Polcourt S.A. z dnia 16 stycznia 2013 r. – Pozew Saltex Europa Sp. z o.o., k. 774 i n.

- (57) Z treści pozwu Saltex Europa Sp. z o.o. wynika, że „*powód [Saltex Europa Sp. z o.o. – wyjaśnienie wł.] był podwykonawcą strony pozwanej [Polcourt S.A. – wyjaśnienie wł.] i zakres prac do wykonania przez powoda według umowy z dnia 10.10.2011 r. był identyczny jak zakres prac do wykonania przez pozwanego (Generalnego Wykonawcę) na rzecz Gminy Barlinek*”. Tym samym Saltex Europa Sp. z o.o. zrealizował samodzielnie całe zamówienie.

Dowód: pismo Polcourt S.A. z dnia 16 stycznia 2013 r. – Pozew Saltex Europa Sp. z o.o., k. 776 i n.

- (58) Saltex Europa Sp. z o.o. wskazał, że w przetargu ogłoszonym przez Gminę Barlinek nie zlecił wykonania kosztorysów pracownikom Polcourt S.A., kosztorys ofertowy na tę

² Saltex Europa Sp. z o.o. złożyła 10 sierpnia 2012 r. w Sądzie Okręgowym we Wrocławiu Wydział X Gospodarczy pozew o zapłatę w postępowaniu nakazowym (sygn. akt X GNc 630/12).

inwestycję przygotowany został przez współpracującego ze spółką przedsiębiorcę – p. **[informacja utajniona]**³.

Dowód: pismo Saltex Europa Sp. z o.o. z dnia 23 sierpnia 2013 r., k. 893 vide.

- (59) Dodatkowo Saltex Europa Sp. z o.o. oświadczył w pozwie, iż „*powód [Saltex Europa Sp. z o.o. – wyjaśnienie wł.] z kolei zajmuje się nie tylko dystrybucją produktów oferowanych przez Saltex OY ale również tak jak pozwany [Polcourt S.A. – wyjaśnienie wł.] wykonawstwem obiektów sportowych. Z tego powodu wielokrotnie zdarzało się, że zarówno powód jak i pozwany [Saltex Europa Sp. z o.o. i Polcourt S.A. – wyjaśnienie wł.] uczestniczyli w tych samych przetargach publicznych, targach, konferencjach. Z tego względu zarówno strony jak i ich pracownicy się znają*”.

Dowód: pismo Polcourt S.A. z dnia 16 stycznia 2013 r. – Pozew Saltex Europa Sp. z o.o., k. 780.

IV. Opis wzajemnych powiązań gospodarczych między Polcourt S.A. a Saltex Europa Sp. z o.o.

- (60) W trakcie postępowania antymonopolowego na podstawie treści pozwu jaki został złożony przez Saltex Europa Sp. z o.o. przeciwko Polcourt S.A. w związku z realizacją zamówienia Gminy Barlinek oraz na podstawie przedłożonych przez Saltex Europa Sp. z o.o. dokumentów, ustalono że w dniu 3 stycznia 2011 r. **Saltex Europa Sp. z o.o. zawarł z dwoma pracownikami Polcourt S.A. – p. [informacja utajniona] oraz p. [informacja utajniona] umowy ramowe o świadczenie usług** na czas nieoznaczony. Przedmiotem wspomnianych umów było: i) sporządzanie wycen robót budowlanych dotyczących budowy i remontów zewnętrznych i wewnętrznych obiektów sportowych, ii) sporządzanie dokumentów wymaganych ustawą *Prawo zamówień publicznych*, stanowiących element ofert przetargowych składanych przez Saltex Europa Sp. z o.o., tj. kosztorysów ofertowych, kosztorysów szczegółowych, tabel elementów scalonych oraz harmonogramów. Szczegółowy zakres prac do wykonania był każdorazowo zlecany przez Saltex Europa Sp. z o.o. telefonicznie lub z wykorzystaniem poczty e-mail, również wysokość wynagrodzenia była ustalana każdorazowo w drodze indywidualnych uzgodnień.

Dowód: pismo Polcourt S.A. z dnia 16 stycznia 2013 r. – Pozew Saltex Europa Sp. z o.o., k. 781; pismo Saltex Europa Sp. z o.o. z dnia 17 kwietnia 2013 r. – Umowy ramowe o świadczenie usług z dnia 3 stycznia 2011 r., k. 872 i n.

³ Przy realizacji przedmiotowego zamówienia w ramach umowy podwykonawstwa, pełnił funkcję kierownika budowy zatrudnionego przez Saltex Europa Sp. z o.o.

(61) Zarówno p. [informacja utajniona] jak i p. [informacja utajniona] w 2011 r. i w I połowie 2012 r. byli jedynymi zatrudnionymi w spółce Polcourt S.A. pracownikami, którzy merytorycznie zajmowali się sporządzaniem wycen do przetargów na obiekty sportowe. Kosztorysy w zależności od wielkości zamówienia były przygotowywane samodzielnie przez jednego z tych pracowników lub przy większych zamówieniach we współpracy obu pracowników. W większości przypadków ww. pracownicy przygotowywali ostateczną wersję kosztorysów, która odzwierciedlała wartość oferty złożonej w postępowaniu przetargowym. Jednakże zdarzało się, że Prezes Polcourt S.A. – p. [informacja utajniona] przed przetargiem przeglądał kosztorys i zmieniał wskazane w nim ceny.

(62) Pan [informacja utajniona] nawiązał współpracę z Saltex Europa Sp. z o.o. w wyniku spotkania na szkoleniu branżowym, natomiast Pan [informacja utajniona] po zakończeniu współpracy z Tamex Obiekty Sportowe S.A. wysłał do Saltex Europa Sp. z o.o. swoje Curriculum Vitae. Obaj ww. pracownicy wiedzieli wzajemnie o swojej współpracy z Saltex Europa Sp. z o.o. W toku rozprawy administracyjnej Prezes Urzędu ustalił, że ww. pracownicy nadal współpracują z Saltex Europa Sp. z o.o. w zakresie sporządzania kosztorysów i w ramach tej współpracy sporządzają kosztorysy całościowe. Saltex Europa Sp. z o.o. korzystał z usług p. [informacja utajniona] i p. [informacja utajniona] w okresach tzw. przesilenia, kiedy spółka ubiegała się o dużą ilość zamówień i pracownicy spółki nie nadążali sami z przygotowaniem kosztorysów. Saltex Europa Sp. z o.o. w trakcie swojej działalności przez krótki czas zatrudniał na stałe jednego kosztorysanta, reszta podmiotów, z którymi spółka stale współpracuje w zakresie sporządzania kosztorysów to co do zasady podmioty zewnętrzne realizujące później dany projekt (np. Pan [informacja utajniona] prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą ALL-BUD). Od początku nawiązania współpracy z Saltex Europa Sp. z o.o. p. [informacja utajniona] i p. [informacja utajniona] sporządzili dla spółki, każdy z osobna mniej niż 10 kosztorysów.

Dowód: protokół z rozprawy administracyjnej w dniu 18 listopada 2013 r. – zeznania świadka p. [informacja utajniona], p. [informacja utajniona] k. 1056 – 1066 oraz zeznania strony Prezesa Saltex Europa Sp. z o.o. – [informacja utajniona] k. 1072 i n.

(63) Prezes Urzędu w toku postępowania antymonopolowego ustalił, że **między stronami niniejszego postępowania doszło do zawarcia ustnej umowy w zakresie „promocji marek swoich firm”**, w konsekwencji której Polcourt S.A. poniósł wydatki na rzecz Saltex Europa Sp. z o.o. W związku z powyższą okolicznością w dniu w dniu 6 lipca 2012

r. Polcourt S.A. wystawił notę księgową nr 15/2012, obciążającą Saltex Europa Sp. z o.o. „z tytułu promocji firmy Saltex” kwotą w wysokości 210.129,22 zł. Jednocześnie Polcourt S.A. oświadczył, że dokonuje potrącenia wierzytelności z faktury nr 12-FVS/0014 wystawionej przez Saltex Europa Sp. z o.o. w dniu 1 czerwca 2012 r. na kwotę 1.376.951,35 zł z tytułu wykonania jako podwykonawca robót budowlanych w ramach przetargu ogłoszonego przez Gminę Barlinek. W załączeniu do noty księgowej zostało zawarte „Zestawienie kosztów poniesionych sponsoring – Saltex Europa”, z którego wynika, że poszczególni pracownicy Polcourt S.A. świadczyli prace na rzecz Saltex Europa Sp. z o.o. W szczególności we wspomnianym zestawieniu zawarto takie pozycje jak: „[informacja utajniona] 0,25% przygotowanie kosztorysów 2011, koszty razem: 17.731,50” oraz „[informacja utajniona] 0,25% przygotowanie kosztorysów 2011, koszty razem: 21.315,58”. Ponadto we wspomnianej notce wpisano inne koszty związane z świadczeniem pracy przez pracowników Polcourt S.A. na rzecz Saltex Europa Sp. z o.o. tj. p. [informacja utajniona] (wizyty na inwestycjach, przetargi, promocja firmy Saltex), p. [informacja utajniona] (wizyty na inwestycjach, marketing, promocja firmy Saltex), p. [informacja utajniona] (koszt reklamy) oraz p. [informacja utajniona].

Dowód: pismo Saltex Europa Sp. z o.o. z dnia 23 sierpnia 2013 r. – sprzeciw Polcourt S.A. od nakazu zapłaty z dnia 6 września 2012 r., k. 935 vide i 936; pismo Polcourt S.A. z dnia 9 października 2013 r. – nota księgowa nr 15/2012 z dnia 6 lipca 2012 r., k. 1030 i 1031.

- (64) W toku postępowania antymonopolowego ustalono również, że **strony niniejszego postępowania pozostawały w stałych stosunkach gospodarczych w zakresie sprzedaży nawierzchni producenta Saltex OY**. Większość przetargów wygrywanych przez Polcourt S.A. w 2011 r. i w I połowie 2012 r. była realizowana przy użyciu nawierzchni Saltex OY. Sporadycznie tylko Polcourt S.A. nabywał nawierzchnię innych producentów. Polcourt nabywał nawierzchnię SALTEX OY bezpośrednio od spółki mającej siedzibę w Finlandii i jej płacił wynagrodzenie, natomiast do Saltex Europa Sp. z o.o. zwracał się tylko o wystawienie autoryzacji. W zależności od wielkości obiektu, który miał być realizowany w ramach zamówienia publicznego ceny nawierzchni Saltex OY były stałe i z góry ustalone dla całej branży, natomiast przy dużych inwestycjach były indywidualnie negocjowane. Na podstawie przepisów ustawy *Prawo zamówień publicznych* konieczne jest posiadanie autoryzacji na nawierzchnię wydanej na konkretny przetarg. W praktyce Polcourt S.A. zwracał się do Saltex Europa Sp. z o.o. przed terminem składania ofert z prośbą o wystawienie autoryzacji ze wskazaniem nazwy danego przetargu. W związku z tym, Saltex Europa Sp. z o.o. składając ofertę na dany

przetarg posiadał wiedzę, czy Polcourt S.A. będzie brał w nim udział z osobną ofertą, czy nie. W toku rozprawy administracyjnej ustalono również, że zdarzały się takie sytuacje, kiedy przy okazji wystawiania autoryzacji Saltex Europa Sp. z o.o. informował Polcourt S.A., że będzie się ubiegać o to samo zamówienie. Również innym odbiorcom nawierzchni takie informacje były udzielane. Ponadto w przetargach, w których Polcourt S.A. oferował nawierzchnię Saltex OY, a Saltex Europa Sp. z o.o. startował z osobną ofertą, obie spółki oferowały ten sam rodzaj nawierzchni. Bowiern, co do zasady w ramach jednego przetargu wymagania zamawiającego w zakresie nawierzchni może spełniać kilka rodzajów traw z oferty Saltex OY, jednak zazwyczaj oferowany jest najtańszy rodzaj trawy spośród wszystkich spełniających warunki.

Dowód: protokół z rozprawy administracyjnej w dniu 18 listopada 2013 r. – zeznania świadka p. [informacja utajniona] k. 1063 i n., zeznania świadka p. [informacja utajniona] k. 1067 i n. oraz zeznania strony Prezesa Saltex Europa Sp. z o.o. – p. [informacja utajniona] k. 1072 i n.

- (65) Z informacji przekazanych w toku postępowania wynika też, że **osoby z obu spółek pozostawały w pozabiznesowych relacjach towarzyskich**. W swoim stanowisku w odpowiedzi na zawiadomienie o wszczęciu postępowania antymonopolowego, Polcourt S.A. poinformował, że w 2011 r. i w pierwszej połowie 2012 r. prokurent Polcourt Pani [informacja utajniona] pozostawała w pozabiznesowych relacjach z Prezesem Zarządu Saltex Europa Sp. z o.o. – Panem [informacja utajniona]. Z racji wykonywanej funkcji prokurenta spółki Polcourt S.A. oraz Dyrektora ds. Zamówień Publicznych Pani [informacja utajniona] miała pełny dostęp do dokumentów składanych w ofertach przetargowych. Polcourt S.A. wyraził przypuszczenie, iż pewna dokumentacja mogła zostać przekazana do Saltex Europa Sp. z o.o. przez tę osobę. Na początku 2012 r. doszło do spotkania Prezesa Saltex Europa Sp. z o.o. – Pan [informacja utajniona] z Prezesem Polcourt S.A. – p. [informacja utajniona], na którym to Pan [informacja utajniona] zaprzeczył, że utrzymywał kontakty z Panią [informacja utajniona]. Jednakże w wyniku wewnętrznych ustaleń Polcourt S.A. dowiedział się, że Pani [informacja utajniona] wielokrotnie kontaktowała się z telefonu służbowego z Prezesem Zarządu Saltex Europa Sp. z o.o., bez merytorycznego uzasadnienia wynikającego z prac spółki. Po powzięciu informacji o powyższym zarząd Polcourt S.A. poprosił Panią [informacja utajniona] o złożenie prokury, co też uczyniła 18 lipca 2012 r.

Dowód: pismo Polcourt S.A. z dnia 16 stycznia 2013 r., k. 743.

(66) Ponadto Prezes Urzędu ustalił, że między stronami niniejszego postępowania **miały miejsce co najmniej próby pogłębienia współpracy w związku z udziałem w przetargach publicznych** na wykonanie lub modernizację obiektów sportowych wraz z infrastrukturą. W toku rozprawy administracyjnej Prezes Urzędu w oparciu o zeznania świadka p. [informacja utajniona] – byłego prokurenta Polcourt S.A., a poprzednio pełniącego funkcję dyrektora ds. finansów ustalił, że w lipcu lub sierpniu 2011 r. na rachunek Polcourt S.A. zostały zakupione trzy telefony *pre-paid*. Telefony zostały następnie przekazane Prezesowi Zarządu Polcourt S.A. Panu [informacja utajniona], prokurentowi Polcourt S.A. Pani [informacja utajniona] oraz Prezesowi Zarządu Saltex Europa Sp. z o.o. Panu [informacja utajniona]. Telefony zostały zakupione, ponieważ Prezes Polcourt S.A. p. [informacja utajniona] obawiał się, że firmowe telefony i skrzynki mailowe mogą być na podsłuchu.

Dowód: protokół z rozprawy administracyjnej w dniu 18 listopada 2013 r. zeznania świadka p. [informacja utajniona] k. 1067 i n.

(67) Również w oparciu o zeznania świadka [informacja utajniona] Prezes Urzędu ustalił, że w marcu 2012 r. w siedzibie spółki Polcourt S.A. w Warszawie doszło do spotkania Prezesa Zarządu Polcourt S.A. – [informacja utajniona] z Prezesem Zarządu Saltex Europa Sp. z o.o. – [informacja utajniona] w obecności pracowników Polcourt S.A. tj. [informacja utajniona], [informacja utajniona], [informacja utajniona] (główna księgowa), [informacja utajniona] (dyrektor operacyjny) oraz [informacja utajniona]. Na wspomnianym spotkaniu, Prezes Saltex Europa Sp. z o.o. przedstawił propozycję wzajemnej współpracy obu spółek w celu ograniczenia wydatków w ramach postępowań przetargowych, w szczególności ograniczenia kosztów osobowych spółek, poprzez utworzenie wspólnego działu zamówień dla Polcourt S.A. oraz Saltex Europa Sp. z o.o. Obecni na spotkaniu pracownicy mieli ustosunkować się do tej propozycji. Do współpracy jednak nie doszło, z uwagi na fakt, że tylko Polcourt S.A. miałby ponosić koszty związane z zatrudnieniem pracowników, którzy świadczyliby prace na rzecz obu spółek. Ponadto na podstawie zeznań świadka [informacja utajniona] ustalono, że Polcourt S.A. nie zlecał innym podwykonawcom niż Saltex Europa Sp. z o.o. realizacji całości zamówienia (tj. wszystkich prac objętych zakresem zamówienia) w formie podwykonawstwa. Poza współpracą z Saltex Europa Sp. z o.o. w ramach podwykonawstwa zlecał tylko wykonanie poszczególnych kategorii prac. Świadek zeznał również, że w przetargach ogłoszonych przez Gminę Barlinek i Miasto Józefów, które

zostały powierzone Saltex Europa do realizacji – Polcourt S.A. posiadał zasoby aby wykonać je samodzielnie.

Dowód: protokół z rozprawy administracyjnej w dniu 18 listopada 2013 r. zeznania świadka [informacja utajniona] k. 1067 i n.

Stanowiska stron postępowania w odniesieniu do wzajemnych powiązań gospodarczych między Polcourt S.A. a Saltex Europa Sp. z o.o.

(68) Prezes Saltex Europa Sp. z o.o. [informacja utajniona] w toku rozprawy administracyjnej wyjaśnił, że zawarł umowę z pracownikami Polcourt S.A. ze względu na ich doświadczenie w sporządzaniu kosztorysów w branży sportowej. Obaj kosztorysanci [informacja utajniona] i [informacja utajniona] wskazali, że Prezes Polcourt S.A. – [informacja utajniona] nie był informowany o nawiązaniu przez nich współpracy z Saltex Europa Sp. z o.o., dodatkowo nie obowiązywał ich zakaz konkurencji. Również Prezes Polcourt S.A. - [informacja utajniona] w piśmie z dnia 2 października 2013 r. wyjaśnił, że nie wiedział o współpracy wspomnianych pracowników z Saltex Europa Sp. z o.o. W toku rozprawy administracyjnej obaj ww. pracownicy Polcourt S.A. wskazali, że nie zdarzyła się sytuacja, w której sporządzaliby kosztorysy dla Saltex Europa Sp. z o.o. oraz Polcourt S.A. na ten sam przetarg. Jednocześnie p. [informacja utajniona] i p. [informacja utajniona] nie potrafili jednoznacznie wskazać, czy kiedykolwiek jeden z nich przygotowywał kosztorys dla jednej spółki, a drugi dla drugiej spółki na ten sam przetarg. W kwestii wystawienia noty księgowej Prezes Saltex Europa Sp. z o.o. [informacja utajniona] zeznał, że nie zawarł żadnej ustnej umowy z Polcourt S.A. dotyczącej promocji oraz że nie promował Polcourt S.A. ani spółka ta nie promowała Saltex Europa Sp. z o.o. Zdaniem Prezes Saltex Europa Sp. z o.o. przedmiotowa nota została wystawiona, ponieważ zbliżał się termin zapłaty za realizację zamówienia publicznego ogłoszonego przez Gminę Barlinek, które to Saltex Europa Sp. z o.o. zrealizował w całości jako podwykonawca Polcourt S.A. W nocie księgowej znalazły się elementy, które w ocenie Prezes Saltex Europa Sp. z o.o. nie były faktycznie wykonywane na rzecz Saltex Europa Sp. z o.o. W kwestii dokumentów przekazywanych przez Panią [informacja utajniona], Prezes [informacja utajniona] zaprzeczył, aby jakiegokolwiek dokumenty i informacje były mu przekazywane przez wspomnianego pracownika Polcourt S.A. Ponadto Prezes Saltex Europa Sp. z o.o. wskazał, że nie otrzymał telefonu *pre-paid* od Polcourt S.A., ani nie posiada wiedzy czy taki telefon otrzymała Pani [informacja utajniona]. Odnośnie do spotkania w marcu 2012 r., Prezes Saltex Europa

potwierdził, że takie spotkanie miało miejsce w obecności wskazanych przez świadka [informacja utajniona] pracowników, jednak zaprzeczył, aby w trakcie spotkania były prowadzone rozmowy dotyczące ewentualnej współpracy Saltex Europa Sp. z o.o. z Polcourt S.A. w zakresie przygotowywania ofert przetargowych. Według Prezesa [informacja utajniona] na wspomnianym spotkaniu Prezes Polcourt S.A. zapytał się, czy Pani [informacja utajniona] otrzymuje korzyści majątkowe ze współpracy z Saltex Europa Sp. z o.o., poza tym rozmowa dotyczyła dalszej obniżki cen trawy dla Polcourt S.A. Prezes Saltex Europa Sp. z o.o. [informacja utajniona] wskazał, że nie wie dlaczego ta rozmowa odbyła się w obecności innych pracowników Polcourt S.A.

Dowód: protokół z rozprawy administracyjnej w dniu 18 listopada 2013 r. – zeznania świadka [informacja utajniona], [informacja utajniona] k. 1056 – 1062, zeznania strony Prezesa Saltex Europa Sp. z o.o. – [informacja utajniona] k. 1072 i n. oraz pismo Polcourt S.A. z dnia 2 października 2013 r., k. 965 vide.

V. Stanowisko Stron postępowania

(69) Polcourt S.A. podniósł, że jego uczestnictwo w postępowaniach przetargowych nie uniemożliwiło i nie utrudniło udziału w tych postępowaniach innym uczestnikom obrotu gospodarczego. Oferty Polcourt S.A. wybrane zostały na podstawie kryteriów ustanowionych przez zamawiającego i uwzględniały rzeczywisty poziom cen towarów i usług. Ponadto spółka podkreśliła, że ustawa *Prawo zamówień publicznych* nie uniemożliwia i nie zabrania udziału jednego z oferentów w charakterze podwykonawcy drugiego oferenta, jak to miało miejsce w przetargach ogłoszonych przez Gminę Wołomin, Przytyk i Barlinek. Zdaniem spółki podwykonawca, który jednocześnie ubiegał się wcześniej o to samo zamówienie jest lepiej przygotowany do wykonania inwestycji, bowiem zna inwestycję, zakres prac niezbędnych do przeprowadzenia oraz wymagania zamawiającego. W związku z tym w ocenie Polcourt S.A., jeżeli Saltex Europa Sp. z o.o. lub Polcourt S.A. wykonywały wzajemnie prace, było to z korzyścią dla zamawiającego. Natomiast w kwestii poszukiwania podwykonawców przez Polcourt S.A. nie było reguły, czy są oni szukani przed terminem złożenia oferty w postępowaniu przetargowym, czy już po rozstrzygnięciu przetargu. W większości przypadków pracownicy Polcourt S.A. dokonywali sami wyceny robót w ramach zamówienia, a podwykonawcy byli poszukiwaniu dopiero po rozstrzygnięciu przetargu.

Dowód: pismo Polcourt S.A. z dnia 16 stycznia 2013 r., k. 740 i n., protokół z rozprawy administracyjnej w dniu 18 listopada 2013 r. – zeznania świadka [informacja utajniona], [informacja utajniona], k. 1056 – 1062.

(70) Ponadto Polcourt S.A. wyjaśnił, że w zakresie wyrażania zgody na przedłużenie terminu związania ofertą i ważności wadium, w przypadku gdy po otwarciu ofert okazywało się, że spółka jest na drugiej lub trzeciej pozycji w kolejności nie przedłużano terminów, gdyż wiązało się to z dodatkowymi kosztami. Zdaniem spółki rzadko zdarza się, żeby wykonawca z drugiego lub trzeciego miejsca wygrywał przetarg.

Dowód: protokół z rozprawy administracyjnej w dniu 18 listopada 2013 r. zeznania świadka [informacja utajniona], k. 1065.

(71) W kwestii wzajemnego udostępniania wiedzy i doświadczenia przez Strony, Polcourt podniósł, że zgodnie z art. 26 ust. 2b ustawy *Prawo zamówień publicznych* wykonawca może polegać na wiedzy i doświadczeniu, potencjale technicznym, osobach zdolnych do wykonania zamówienia lub zdolnościach finansowych innych podmiotów, niezależnie od charakteru prawnego łączącego go z nimi stosunków. Powyższe rozwiązanie jest sankcjonowane prawem i ustanowione przez ustawodawcę w celu zwiększenia potencjału wykonawców, natomiast z żadnego przepisu ustawy nie wynika aby jeden z oferentów nie mógł zostać w związku z tym podwykonawcą innego oferenta w tym samym przetargu.

Dowód: pismo Polcourt S.A. z dnia 16 stycznia 2013 r., k. 741.

(72) Natomiast Saltex Europa Sp. z o.o. wyjaśnił, że pierwszorzędym celem spółki jest dystrybucja nawierzchni produkowanej przez fińskiego partnera i udziałowca spółkę Saltex OY, zaś celem drugorzędym jest budowa obiektów sportowych. W związku z tym, Saltex Europa Sp. z o.o. nigdy nie posiadał ani własnego ciężkiego sprzętu budowlanego, ani niskowyzkwalifikowanych pracowników budowlanych, przy udziale których wykonywane byłyby roboty budowlane związane z wykonaniem elementów konstrukcyjnych obiektów sportowych. Niemal we wszystkich postępowaniach przetargowych spółka korzysta z podwykonawców w celu wykonania podbudów pod nawierzchnię oraz instalacji elektrycznych. Saltex Europa Sp. z o.o. przyznał, że w tym zakresie od chwili powstania spółki korzysta z pomocy podwykonawców, których przedmiotem działalności było wykonanie właśnie tego typu prac. Taka specyfika funkcjonowania spółki była efektem przemyślanej strategii rozwoju i rachunku ekonomicznego. Zdaniem spółki w przypadku pozyskiwania kontraktów w drodze zamówienia publicznego utrzymywanie kosztownego zespołu ludzi i maszyn oraz związana z tym konieczność ponoszenia znacznych kosztów stałych, związane jest z dużym ryzykiem, które doprowadzić może do konieczności likwidacji nierentownej firmy. Tym samym, z punktu widzenia wykonawcy optymalnym rozwiązaniem jest zatrudnienie lokalnego podwykonawcy, który ze względu na niewielką odległość od terenu budowy, specjalizację, posiadane doświadczenie, lokalne kontakty handlowe, zasoby materiałowe i

ludzkie jest w stanie wykonać zakładane prace przy dużo niższych kosztach własnych. Dodatkowo Saltex Europa Sp. z o.o. wskazał, że najbardziej opłacalnym do wykonania elementem obiektu sportowego jest nawierzchnia, zwłaszcza w przypadku podmiotu, który tak jak spółka jest bezpośrednim przedstawicielem producenta i z uwagi na posiadane kontakty handlowe, upusty i rabaty jest w stanie uzyskać z samej sprzedaży nawierzchni zysk odpowiadający niemal całości zysku przypadającemu z tytułu wykonania całego obiektu.

Dowód: pismo Saltex Europa Sp. z o.o. z dnia 8 lutego 2013 r., k. 828 i 829.

- (73) Ponadto Saltex Europa na potwierdzenie faktu nieistnienia umowy z Polcourt S.A. podniósł, iż obie spółki pozostają w sporach sądowych z powództwa Saltex Europa Sp. z o.o. o zapłatę oraz na wniosek Saltex Europa Sp. z o.o. o orzeczenie zakazu prowadzenia działalności gospodarczej i zarządu względem prezesa zarządu i prokurenta Polcourt S.A.

Dowód: pismo Saltex Europa Sp. z o.o. z dnia 8 lutego 2013 r., k. 835.

- (74) Natomiast w kwestii podwykonawstwa Saltex Europa Sp. z o.o. wyjaśnił, że powierzanie podwykonawstwa znacznej nawet części prac podmiotowi trzeciemu nie stanowi jakiegokolwiek ewenementu, czy przejawu patologii. Zdaniem spółki kontrahenci chcąc uzyskać zamówienie publiczne składają wiele ofert, albowiem nie mają pewności, czy którakolwiek z nich zostanie uznana za najkorzystniejszą. Skutkiem powyższego jest pewna fluktuacja w ilości posiadanych do zrealizowania kontraktów. Nierzadkie są okresy kilkumiesięczne, w których brak jakichkolwiek kontraktów wymaga od oferentów poszukiwania prac na zasadzie podwykonawstwa, zaś następnie zdarzają się okresy kilkumiesięczne, w czasie których poszukuje się podwykonawców. Zdaniem Saltex Europa jest to jeden z elementów funkcjonowania branży budowlanej w zakresie obiektów sportowych. Dodatkowo spółka wyjaśniła, że rozmowy na temat ewentualnego podwykonawstwa są prowadzone, już po rozstrzygnięciu przetargu. W okresach, w których spółka startuje w dużej ilości przetargów nie ma czasu na szukanie podwykonawców do każdego z nich, również sami podwykonawcy nie chcą angażować swojego czasu i pracy w przygotowanie oferty podwykonawstwa, gdy przetarg jest nierozstrzygnięty i nie wiadomo czy spółce zostanie udzielone zamówienie. W takich sytuacjach pracownicy Saltex Europa sp. z o.o. sami szacują koszty wykonania zamówienia.

Dowód: pismo Saltex Europa Sp. z o.o. z dnia 8 lutego 2013 r., k. 830 i n.

W oparciu o przedstawiony stan faktyczny, Prezes Urzędu zważył, co następuje

I. Interes publiczny

- (75) Podstawą zastosowania przez Prezesa Urzędu przepisów ustawy *o ochronie konkurencji i konsumentów* jest uprzednie stwierdzenie, iż w wyniku stosowania praktyki zarzucanej stronie lub stronom postępowania doszło do naruszenia interesu publicznego, o którym mowa w art. 1 ust. 1 Ustawy. Zgodnie z tym przepisem ww. ustawa określa warunki rozwoju i ochrony konkurencji oraz zasady podejmowanej w interesie publicznym ochrony interesów przedsiębiorców i konsumentów. Ustawa *o ochronie konkurencji i konsumentów* należy więc do sfery prawa publicznego, a instrumenty w niej przewidziane mogą być stosowane jedynie wówczas, gdy na skutek działań przedsiębiorców naruszony jest interes publicznoprawny.
- (76) Pojęcie interesu publicznego w postępowaniu antymonopolowym nie jest pojęciem jednolitym i stałym. Organ antymonopolowy rozważając, czy zachodzą podstawy do wszczęcia postępowania oraz wydając odpowiednią decyzję musi wskazać, na czym polegał interes publiczny w podjęciu interwencji w odniesieniu do konkretnej praktyki, której postępowanie dotyczyło⁴.
- (77) Naruszenie interesu publicznego ma miejsce wówczas, gdy zachowanie przedsiębiorcy, będące przedmiotem postępowania antymonopolowego wywołało lub mogło wywołać na rynku niekorzystne – z punktu widzenia celów ustawodawstwa antymonopolowego – skutki w postaci wpływu na ilość, jakość, cenę towarów lub zakres wyboru dostępny konsumentom lub innym nabywcom. Ustawa *o ochronie konkurencji i konsumentów* chroni zatem interes publiczny polegający na zapewnieniu właściwych warunków funkcjonowania rynku gospodarczego⁵. Czynnikiem niezbędnym dla prawidłowego funkcjonowania rynku gospodarczego jest możliwość powstania i rozwoju konkurencji. Dobrem chronionym na podstawie przepisów ustawy *o ochronie konkurencji i konsumentów* jest więc konkurencja rozumiana jako zjawisko o charakterze instytucjonalnym. Bowiem tylko w warunkach konkurencji przedsiębiorcy i konsumenci mają gwarancje realizacji konstytucyjnej wolności gospodarczej i ochrony swoich praw.
- (78) Istotą konkurencji jest współzawodnictwo niezależnych podmiotów w celu uzyskania przewagi pozwalającej na osiągnięcie maksymalnych korzyści ekonomicznych ze sprzedaży towarów i usług oraz maksymalne zaspokojenie potrzeb konsumentów na możliwie najkorzystniejszych warunkach. Działanie w warunkach konkurencji wymaga

⁴ Wyrok Sądu Najwyższego z dnia 5 czerwca 2008 r., sygn. akt III SK 40/07, OSNP 2009/19-20/272.

samodzielności w podejmowaniu decyzji. Dlatego pewne formy grupowych działań przedsiębiorców, takich jak porozumienia między uczestnikami przetargów prowadzą do zniekształcenia konkurencji, a przez to godzą w interes publiczny. Ustalanie pomiędzy konkurentami treści składanych ofert oraz zachowania w toku prowadzonego postępowania przetargowego może wpływać negatywnie na poziom cen oraz zakres wyboru i jakość usług dla zamawiającego. Zawieranie między uczestnikami przetargu porozumień może ograniczać lub nawet wyeliminować oczekiwane korzyści z przetargu, narażając zamawiającego na niekorzystne rozporządzenie mieniem, zwłaszcza środkami publicznymi, przez co pośrednio naraża na straty ogół społeczeństwa.

(79) W przedmiotowej sprawie, która dotyczy zarzutu zawarcia zmowy przetargowej został naruszony interes publicznoprawny polegający na zapewnieniu właściwych warunków funkcjonowania rynku, co uzasadnia ocenę zachowania stron niniejszego postępowania antymonopolowego w świetle przepisów ustawy *o ochronie konkurencji i konsumentów*. Zmowy przetargowe mogą bowiem powodować zakłócenie funkcjonowania systemu zamówień publicznych poprzez „zniweczenie celu, jaki ma być osiągnięty w drodze przetargu, a mianowicie wybór najkorzystniejszych ofert składanych przez oferentów w warunkach konkurencji”⁶. W związku z powyższym w niniejszej sprawie w ocenie Prezesa Urzędu istnieją podstawy do przeprowadzenia analizy działań Polcourt i Saltex Europa w świetle przepisów ustawy *o ochronie konkurencji i konsumentów*.

II. Status przedsiębiorcy

(80) Postępowanie antymonopolowe może być wszczęte wyłącznie w stosunku do podmiotu posiadającego status przedsiębiorcy lub związku przedsiębiorców. To do tych uczestników rynku skierowany jest bowiem zawarty w ustawie *o ochronie konkurencji i konsumentów* zakaz stosowania praktyk ograniczających konkurencję. Przepis art. 4 pkt 1 ustawy *o ochronie konkurencji i konsumentów* stanowi, że przedsiębiorcą w rozumieniu ww. ustawy jest m.in. przedsiębiorca w rozumieniu przepisów ustawy z dnia 2 lipca 2004 r. *o swobodzie działalności gospodarczej* (tekst jedn. Dz. U. z 2013 r., poz. 672 ze zm.). Natomiast zgodnie z art. 4 ust. 1 ustawy *o swobodzie działalności gospodarczej* przedsiębiorcą jest osoba fizyczna, osoba prawna i jednostka organizacyjna niebędąca osobą prawną, której odrębna ustawa przyznaje zdolność prawną – wykonująca we własnym imieniu działalność gospodarczą, tj. zarobkową działalność wytwórczą,

⁵ Wyrok Sadu Antymonopolowego z dnia 23 października 2002 r. sygn. akt XVII Ama 133/01, www.uokik.gov.pl.

budowlaną, handlową, usługową oraz poszukiwanie, rozpoznawanie i wydobywanie kopalin ze złóż, a także działalność zawodową, wykonywaną w sposób zorganizowany i ciągły. Za przedsiębiorcę uznaje się więc podmiot, który spełnia łącznie określone tymi przepisami kryteria podmiotowe i przedmiotowe: po pierwsze jest osobą fizyczną, osobą prawną lub jednostką organizacyjną niebędącą osobą prawną, której ustawa przyznaje zdolność prawną, po drugie wykonuje we własnym imieniu działalność gospodarczą.

(81) W świetle powyższego nie może budzić wątpliwości, iż obie strony przedmiotowego postępowania posiadają przymiot przedsiębiorcy. Zarówno Polcourt S.A. jak i Saltex Europa Sp. z o.o. są przedsiębiorcami prowadzącymi działalność gospodarczą w formie kapitałowych spółek prawa handlowego, wpisanych do Krajowego Rejestru Sądowego. W świetle powyższego należy stwierdzić, że Strony przedmiotowego postępowania spełniają przesłanki konieczne do uznania ich za przedsiębiorców w rozumieniu ustawy *o ochronie konkurencji i konsumentów*.

(82) Na posiadanie statusu przedsiębiorcy w rozumieniu ustawy *o ochronie konkurencji i konsumentów* przez Polcourt S.A. pozostaje bez wpływu okoliczność, że w dniu 5 marca 2013 r. Sąd Rejonowy ogłosił upadłość spółki obejmującą likwidację jej majątku. Ogłoszenie upadłości nie wyłącza jeszcze przedsiębiorcy z obrotu gospodarczego. Zamieszczenie w firmie upadłego informacji, że przedsiębiorca jest w stanie upadłości, informuje pozostałych uczestników obrotu o jego sytuacji prawnej. Ogłoszenie upadłości stanowi przyczynę wszczęcia postępowania upadłościowego i nie powoduje z mocy prawa zakończenia bytu prawnego spółki, który trwa aż do chwili wykreślenia spółki z rejestru co następuje dopiero po zakończeniu postępowania upadłościowego. Powyższe wynika z brzmieniem ustawy z dnia 28 lutego 2003 r. *Prawo upadłościowe i naprawcze* (tekst jedn. Dz. U. z 2012 r., poz. 1112 ze zm.), w której rozwiązanie spółki rozumiane jako definitywne zakończenie bytu prawnego, następuje z chwilą wykreślenia jej z rejestru przedsiębiorców⁷. Zgodnie z art. 368 ww. ustawy w sprawach, w których postępowanie upadłościowe obejmuje likwidację majątku, sąd po wykonaniu ostatecznego planu podziału stwierdza zakończenie postępowania upadłościowego, wydając stosowne postanowienie. Uprawomocnienie się wspomnianego postanowienia oznacza koniec postępowania upadłościowego. Dopiero wtedy na podstawie art. 477 § 1 ustawy z dnia 15 września 2000 r. *Kodeks spółek handlowych* (tekst jedn. Dz. U. z 2013 r., poz. 1030) syndyk składa wniosek o wykreślenie spółki z rejestru. Mając na względzie, że na dzień

⁶ Wyrok SOKiK z dnia 17.04.2008 r., sygn. akt XVII Ama 117/05, www.uokik.gov.pl.

⁷ A. Kidyba, Komentarz aktualizowany do art.459 Kodeksu spółek handlowych, LEX 2013.

wydania przedmiotowej decyzji postępowanie upadłościowe względem Polcourt S.A. nie zostało zakończone a spółka nie została wykreślona z rejestru, należy uznać, że nadal posiada osobowość prawną i tym samym status przedsiębiorcy w rozumieniu ustawy *o ochronie konkurencji i konsumentów*.

III. Rynek właściwy

- (83) Działania przedsiębiorców, stanowiące praktykę ograniczającą konkurencję, ujawniają się na określonym rynku - rynku właściwym. Rynek właściwy określa płaszczyznę współzawodnictwa konkurentów w prowadzonej przez nich działalności gospodarczej⁸. Ustalenie rynku właściwego w danej sprawie ma zatem znaczenie dla prawidłowego stosowania przepisów ustawy *o ochronie konkurencji i konsumentów*.
- (84) Ustawa *o ochronie konkurencji i konsumentów* w art. 4 pkt 9 definiuje rynek właściwy, jako rynek towarów (lub usług), które ze względu na ich przeznaczenie, cenę oraz właściwości, w tym jakość, są uznawane przez ich nabywców za substytuty oraz są oferowane na obszarze, na którym, ze względu na rodzaj i właściwości, istnienie barier dostępu do rynku, preferencje konsumentów, znaczące różnice cen i koszty transportu, panują zbliżone warunki konkurencji. Natomiast pod pojęciem towaru należy rozumieć zgodnie z art. 4 pkt 7 ustawy *o ochronie konkurencji i konsumentów* zarówno rzeczy, jak i energię, papiery wartościowe i inne prawa majątkowe, usługi, a także roboty budowlane.
- (85) Zawarta w ustawie *o ochronie konkurencji i konsumentów* definicja rynku właściwego wyznacza *explicite* dwa jego wymiary: wymiar towarowy (rynek właściwy produktowo) i wymiar geograficzny (rynek właściwy terytorialnie). Pojęcie rynku właściwego produktowo odnosi się do wszystkich towarów jednego rodzaju, które ze względu na swoje szczególne właściwości odróżniają się od innych towarów w taki sposób, że nie istnieje możliwość dowolnej ich zamiany. Wynika stąd, że rynek właściwy produktowo obejmuje wszystkie towary, które służą zaspokajaniu tych samych potrzeb nabywców, mają zbliżone właściwości, podobne ceny i reprezentują podobny poziom jakości⁹. Natomiast wyznaczenie geograficznego aspektu rynku właściwego oznacza zidentyfikowanie obszaru, na którym warunki konkurencji dotyczące danego towaru i jego substytutów są jednakowe dla wszystkich konkurentów – tj. warunki konkurencji są dostatecznie jednorodne – i który można odróżnić od obszarów sąsiadujących.

⁸ Wyrok SOKiK z dnia 18 grudnia 2002 r., sygn. akt XVII Ama 19/01, Dz. Urz. UOKiK 2003/2/260.

⁹ E. Modzelewska-Wąchal, *Ustawa o ochronie konkurencji i konsumentów. Komentarz*, TWIGGER, Warszawa 2002, s. 49.

(86) Zdaniem Prezesa Urzędu stwierdzone w pkt I sentencji niniejszej decyzji porozumienie zostało zawarte na krajowym rynku projektowania, budowy i wyposażania obiektów sportowych, jako że do porozumienia doszło pomiędzy przedsiębiorcami prowadzącymi działalność gospodarczą w zakresie projektowania, budowy i wyposażania obiektów sportowych. Oznacza to, że porozumienie zostało zawarte w układzie horyzontalnym tj. między przedsiębiorcami działającymi na tym samym szczeblu obrotu.

III.1. Rynek właściwy w ujęciu produktowym

(87) Prezes Urzędu uznał, że w niniejszej sprawie rynkiem właściwym w ujęciu produktowym jest rynek świadczenia usług w postaci projektowania, budowy i wyposażania obiektów sportowych.

(88) Zakres analizowanego rynku w aspekcie produktowym w przedmiotowej sprawie, wyznacza rodzaj działalności, na wykonanie której zgłosili zapotrzebowanie zamawiający w ramach postępowań przetargowych. Obejmował on projektowanie, budowę i wyposażania obiektów sportowych. Od strony popytowej, a więc odbiorcami usług w postaci projektowania, budowy i wyposażania obiektów sportowych są zamawiający tj. osoby fizyczne, osoby prawne albo jednostki organizacyjne nieposiadające osobowości prawnej obowiązane do stosowania ustawy *Prawo zamówień publicznych*. Na gruncie niniejszej sprawy zamawiającymi są najczęściej jednostki samorządu terytorialnego oraz uczelnie publiczne. Tak wskazani zamawiający, są obowiązani do stosowania ustawy *Prawo zamówień publicznych* przy zawieraniu umów odpłatnych z wykonawcami, których przedmiotem są usługi, dostawy lub roboty budowlane, ilekroć wartość zamówienia przekracza próg 14 000 euro.

(89) Zamówienia publiczne w przedmiocie projektowania, budowy i wyposażania obiektów sportowych można podzielić na dwie kategorie: rozbudowa i modernizacja istniejących obiektów sportowych oraz budowa nowych obiektów sportowych. Natomiast pod pojęciem obiektu sportowego należy rozumieć samodzielny zwarty zespół urządzeń terenowych oraz budynków przeznaczonych do celów sportowych. W związku z realizacją programów, o których mowa w pkt (15) i (15), mających na celu poprawę infrastruktury sportowej, należy wskazać że największą liczbę wśród realizowanych w latach 2010-2012 obiektów sportowych stanowiły boiska do piłki nożnej, obiekty wielofunkcyjne oraz stadiony lekkoatletyczne.

(90) Zdaniem Prezesa Urzędu świadczenie usług w postaci realizacji obiektów sportowych stanowi odrębny rodzaj działalności od innych usług budowlanych. Za takim

wyodrębnieniem rynku projektowania, budowy i wyposażania obiektów sportowych od innych rodzajów działalności w branży budowlanej, przemawia okoliczność istnienia na polskim rynku przedsiębiorców specjalizujących się wyłącznie w realizacjach obiektów sportowych, którzy nie wykonują innych rodzajów działalności budowlanej (np. budownictwo mieszkaniowe). Dodatkowo przedsiębiorcy zajmujący się wykonawstwem infrastruktury sportowej posiadają kwalifikacje w zakresie instalacji nawierzchni (syntetycznych i poliuretanowych), która jest w większości przypadków nieodłącznym elementem realizacji obiektu sportowego. W wielu przypadkach, jak przy realizacji obiektów sportowych w ramach programu „Moje boisko – Orlik 2012”, instalacja nawierzchni stanowi główne zadanie w ramach inwestycji, a prace budowlane ograniczają się jedynie do budowy zaplecza sanitarnego, szatni, oraz trybun. Z powyższych względów, Prezes Urzędu uznał za zasadne określenie rynku właściwego w wymiarze produktowym, jako rynku projektowania, budowy i wyposażania obiektów sportowych.

III.2. Rynek właściwy w ujęciu geograficznym

- (91) Analizując okoliczności niniejszej sprawy, Prezes Urzędu doszedł do przekonania, że zarówno rynek, na którym zawarto porozumienie, jak i rynek, na który porozumienie oddziałuje, mają wymiar krajowy.
- (92) W ocenie Prezesa Urzędu za krajowym wymiarem tego rynku przemawia fakt, iż strony niniejszego postępowania oraz inni przedsiębiorcy składali swoje oferty w przetargach organizowanych w różnych regionach Polski, w tym często w przetargach organizowanych w miejscowościach odległych od miejsca ich siedziby. Za przyjęciem rynku krajowego przemawia również fakt, że na terenie całego kraju przedsiębiorcy mają jednolite warunki konkurowania. Ustawodawca nie przewidział reglamentacji prowadzenia działalności gospodarczej w tym zakresie, a barierą wejścia na rynek są przede wszystkim koszty związane z zarejestrowaniem działalności, zakup odpowiednich maszyn, urządzeń i materiałów oraz zatrudnienie wykwalifikowanych pracowników.
- (93) Mając powyższe na względzie w niniejszej sprawie Prezes Urzędu uznał, że rynkiem właściwym w ujęciu geograficznym, na którym zostało zawarte porozumienie dotyczące projektowania, budowy i wyposażania obiektów sportowych oraz rynkiem właściwym, na którym miało nastąpić ograniczenie konkurencji jest **obszar Polski**.

(94) Mając na uwadze powyższe, w niniejszej sprawie rynkiem właściwym, na którym doszło do zawarcia antykonkurencyjnego porozumienia oraz ograniczenia konkurencji, jest **krajowy rynek projektowania, budowy i wyposażania obiektów sportowych**.

III.3. Udział w rynku właściwym

(95) Na wyżej określonym krajowym rynku projektowania, budowy i wyposażania obiektów sportowych działa wiele podmiotów, o czym świadczy m.in. ilość i różnorodność przedsiębiorców biorących udział w przetargach publicznych na projektowanie, budowę i wyposażanie obiektów sportowych. Podkreślenia wymaga przy tym, że w niniejszej sprawie struktura rynku właściwego nie będzie miała dla oceny niniejszej sprawy zasadniczego znaczenia. Zgodnie z art. 7 ust. 2 ustawy *o ochronie konkurencji i konsumentów*, porozumienia ograniczające konkurencję polegające na uzgadnianiu przez przedsiębiorców przystępujących do przetargu warunków składanych ofert nie podlegają wyłączeniu z uwagi na udział w rynku nieprzekraczający tzw. progu bagatelności. Udział w rynku właściwym stron postępowania i ich siła rynkowa w okolicznościach sprawy nie ma zatem znaczenia dla kwalifikacji porozumienia jako praktyki ograniczającej konkurencję.

IV. Zarzut zawarcia porozumienia, o którym mowa w art. 6 ust. 1 pkt 7 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów

(96) Przepis art. 6 ust. 1 pkt 7 ustawy *o ochronie konkurencji i konsumentów* stanowi, że zakazane są porozumienia, których celem lub skutkiem jest wyeliminowanie, ograniczenie lub naruszenie w inny sposób konkurencji na rynku właściwym, polegające na uzgadnianiu przez przedsiębiorców przystępujących do przetargu lub przez tych przedsiębiorców i przedsiębiorcę będącego organizatorem przetargu warunków składanych ofert, w szczególności zakresu prac lub ceny. Zgodnie z orzecznictwem zakazane są porozumienia dotyczące zarówno warunków składanych przez przedsiębiorców ofert, jak i kręgu oferentów. Co do zasady każdy z oferentów powinien samodzielnie określić warunki własnej oferty, uwzględniając ryzyko związane z udziałem innych przedsiębiorców w przetargu¹⁰. Dlatego uznaje się, że konkurencja jest ograniczona a zakaz zmów przetargowych naruszony jeżeli oferty przetargowe złożone

¹⁰ Wyrok SN z dnia 14 stycznia 2009 r., sygn. akt III SK 26/08, OSNP 2010/13-14, poz. 179.

przez biorących w przetargu udział przedsiębiorców nie są wynikiem indywidualnych kalkulacji, lecz wiedzy o ofertach innych uczestników lub kooperacji z nimi¹¹.

(97) Ponieważ zmony przetargowe są traktowane jako ograniczenia konkurencji zakazane z uwagi na ich cel (przedmiot)¹², naruszenie zakazu określonego w art. 6 ust. 1 pkt 7 ustawy jest niezależne od tego, czy porozumienie realnie wpłynęło na wynik przetargu¹³.

(98) Wskazać zarazem należy, że pod pojęciem porozumienia rozumie się w prawie ochrony konkurencji wszelkie relacje między przedsiębiorcami będące wyrazem wspólnych zamierzeń odnośnie do podejmowanych zachowań rynkowych, nawet gdy nie przybierają formy prawnie wiążącej umowy. Zgodnie z art. 4 pkt. 5 ustawy *o ochronie konkurencji i konsumentów*, przez porozumienie rozumie się:

- a) umowy zawierane między przedsiębiorcami, między związkami przedsiębiorców oraz między przedsiębiorcami i ich związkami albo niektóre postanowienia tych umów,
- b) uzgodnienia dokonane w jakiegokolwiek formie przez dwóch lub więcej przedsiębiorców lub ich związki,
- c) uchwały lub inne akty związków przedsiębiorców lub ich organów statutowych.

(99) Omawiany przepis ustanawia więc szeroką definicję porozumienia. Należy podkreślić, że porozumienie w znaczeniu ustawy *o ochronie konkurencji i konsumentów* jest pojęciem szerszym niż umowa, przejawem porozumienia są bowiem oprócz umowy, także inne uzgodnienia w jakiegokolwiek formie, a także uchwały i inne akty. Jak wskazuje się w orzecznictwie „definicja porozumienia przyjęta przez ustawodawcę odbiega od cywilistycznego rozumienia pojęcia porozumienia w tym sensie, że została zakreślona szeroko pozwalając przyjąć za porozumienia uzgodnienia, a zatem wszelkie formy skoordynowanych działań, które zmierzają do naruszenia konkurencji”¹⁴. Dla stwierdzenia istnienia porozumienia nie jest ważna forma (pisemna, ustna), w jakiej porozumienie zostało zawarte. Definicja porozumień jest więc bardzo szeroka i pozwala na objęcie zakazami wynikającymi z art. 6 ustawy *o ochronie konkurencji i konsumentów* wszelkich form skoordynowanych działań niezależnie funkcjonujących przedsiębiorców. Porozumieniem może być dokonane w jakiegokolwiek formie uzgodnienie dwóch lub więcej niezależnych przedsiębiorców lub ich związków, które wywołuje lub grozi wywołaniem negatywnych skutków dla konkurencji. W szczególności są to wszelkie formy współpracy faktycznej, którym przedsiębiorcy nie zamierzali nadać wiążącego

¹¹ Z. Jurczyk, *Kartele w polityce konkurencji Unii Europejskiej*, Warszawa 2012, s. 373.

¹² Por. D. Miąsik, *Porozumienia, których celem jest ograniczenie konkurencji w rozumieniu art. 81 ust. 1 TWE*, EPS nr 2009/8, s. 53.

¹³ Por. wyrok SN z dnia 14 stycznia 2009 r., sygn. akt III SK 26/08, OSNP 2010/13-14, poz. 179.

charakteru, a które w sposób celowy i świadomy eliminują niepewność co do przebiegu procesów rynkowych i warunków działania konkurentów¹⁵.

(100) Dla uznania działań podmiotów za sprzeczne z regułami konkurencji wystarczy zatem wykazanie, że ograniczyły one swobodę w stosunkach z osobami trzecimi na podstawie wspólnego uzgodnienia. Stwierdzenie praktyki ograniczającej konkurencję następuje wówczas na podstawie analizy rzeczywistych działań przedsiębiorców. Muszą być one nieadekwatne do istniejących warunków rynkowych¹⁶, niewytłumaczalne w sposób racjonalny bez założenia wcześniejszej koordynacji działań bądź zawierać elementy nieformalnej współpracy pomiędzy niezależnymi przedsiębiorcami. Dowód na istnienie praktyk uzgodnionych może być obalony, jeżeli przedsiębiorcy są w stanie dowieść, na podstawie racjonalnych przesłanek, że fakty uznane za niewytłumaczalne w inny sposób jak istnieniem zмовы, mogą być zadowalająco wyjaśnione w sposób nieodwołujący się do tego rodzaju praktyk¹⁷. Tak więc w celu wyeliminowania możliwości obejścia prawa przez dokonywanie czynności i działań niespełniających przesłanek umowy cywilnoprawnej uznaje się za porozumienia – jak wskazano powyżej – także uzgodnienia dokonywane przez przedsiębiorców w jakiegokolwiek formie. Istotą tej formy jest koordynacja zachowań przedsiębiorców poprzez świadome współdziałanie, którego celem lub skutkiem jest ograniczenie konkurencji. Koordynacja pozwala bowiem na wyeliminowanie niepewności przedsiębiorców co do przebiegu procesów rynkowych i warunków działania konkurentów, w tym zachowań w toku postępowań o udzielenie zamówienia publicznego. Jednakże dla udowodnienia takiej koordynacji zachowania nie wystarcza stwierdzenie wystąpienia podobnych zachowań przedsiębiorców. Konieczne jest udowodnienie, że zachowania te nie są adekwatne do istniejących warunków rynkowych. Pomocne w udowodnieniu takiego uzgodnienia może być wykazanie istnienia związków prawnych i gospodarczych między przedsiębiorcami¹⁸.

¹⁴ Wyrok SOKiK z dnia 27 kwietnia 2011 r., sygn. akt XVII AmA 44/09, niepubl.

¹⁵ E. Modzelewska – Wąchał, Ustawa o ochronie konkurencji i konsumentów. Komentarz, Wydawnictwo Twigger, Warszawa 2002, s. 44.

¹⁶ E. Modzelewska – Wąchał, Ustawa o ochronie konkurencji i konsumentów. Komentarz, Wydawnictwo Twigger, Warszawa 2002, s. 45.

¹⁷ Wyrok Europejskiego Trybunału Sprawiedliwości z dnia 28 marca 1984r. w sprawach połączonych 29 i 30/83 *Compagnie Royale Asturienne des Mines SA i Societe Rhein zinc przeciwko Komisji Wspólnot Europejskich* (Zb. Wyr. ETS 1984, 1679) za: *Prawo konkurencji Wspólnoty Europejskiej*. Orzecznictwo, Tom 1, Orzeczenia Europejskiego Trybunału Sprawiedliwości z lat 1962-1989, opracowanie i wprowadzenie A. Jurkowska, T. Skoczny, Wydawnictwo Naukowe Wydziału Zarządzania Uniwersytetu Warszawskiego, Warszawa 2004, s. 348.

¹⁸ E. Modzelewska – Wąchał, Ustawa o ochronie konkurencji i konsumentów. Komentarz, Wydawnictwo Twigger, Warszawa 2002, s. 45.

- (101) Także w doktrynie przyjmuje się, że w razie braku bezpośrednich dowodów na stosowanie praktyk ograniczających konkurencję, dopuszczalnym jest oparcie się na dowodach pośrednich, poprzez odwołanie się, zgodnie z art. 81 ustawy *o ochronie konkurencji i konsumentów* do przepisów ustawy z dnia 17 listopada 1964 r. *Kodeks postępowania cywilnego* (tekst jedn. Dz. U. z 2014 r., poz. 101 ze zm.) dotyczących reguł odnoszących się do domniemań faktycznych. Stosownie do art. 231 *Kodeksu postępowania cywilnego*, można uznać za ustalone fakty mające istotne znaczenie dla rozstrzygnięcia sprawy, jeżeli wniosek taki można wyprowadzić z innych ustalonych faktów. Również w orzecznictwie wskazywano, że fakt zawarcia zakazanego prawem porozumienia (w przypadku braku dowodów bezpośrednich) może być udowodniony w sposób pośredni, jeżeli podobieństwo postępowania przedsiębiorców nie da się wyjaśnić bez założenia uzgodnionego zachowania tych podmiotów na rynku.
- (102) W toku postępowania nie wykazano, aby pomiędzy Polcourt S.A. a Saltex Europa Sp. z o.o. istniała umowa regulująca kwestionowane zasady zachowań w przetargach, w których brali udział. Zdaniem Prezesa Urzędu między przedsiębiorcami istniało jednak porozumienie w charakterze uzgodnień, o których mowa w art. 4 pkt 5 lit b ustawy *o ochronie konkurencji i konsumentów*.
- (103) W uzasadnieniu wniosku o istnieniu między stronami tego postępowania porozumienia w rozumieniu art. 4 pkt 5 lit b ww. ustawy należy zauważyć, że - jak podkreślił Sąd Ochrony Konkurencji i Konsumentów - „wykazanie istnienia zmywy przetargowej jest niezwykle trudne dowodowo. Podmioty, które dopuszczają się takich działań mając świadomość ich nielegalnego charakteru zwykle tuszują swe porozumienie. Zatem oceniać je możemy zwykle po rezultatach, przesłankach i całokształcie okoliczności sprawy (...)”¹⁹. W ocenie Prezesa Urzędu szereg okoliczności ustalonych w toku postępowania świadczy o tym, że Polcourt S.A. oraz Saltex Europa Sp. z o.o. dokonywali uzgodnień warunków składanych ofert oraz zachowania w toku prowadzonych przetargów na projektowanie, budowę i wyposażenie obiektów sportowych. W niniejszej sprawie pomiędzy uczestnikami postępowań przetargowych funkcjonował mechanizm współpracy polegający na uzgadnianiu sposobu ich postępowania powodując, że uczestnicy ci nie działali autonomicznie, tylko współpracowali.

¹⁹ Wyrok SOKiK z dnia 17 kwietnia 2008 r., sygn. akt XVII Ama 117/05, niepubl.

- (104) O podjęciu przez Polcourt S.A. i Saltex Europa Sp. z o.o. współpracy w zakresie będącym przedmiotem tego postępowania świadczy całokształt następujących faktów i okoliczności przedstawionych poniżej.
- (105) W ocenie Prezesa Urzędu o tym, iż Polcourt S.A. oraz Saltex Europa Sp. z o.o. dokonywali uzgodnień warunków składanych ofert oraz zachowania w toku przetargów świadczy zachowanie ww. przedsiębiorców w przetargach ogłoszonych przez **Miasto Tomaszów Mazowiecki, Miasto Józefów, Gminę Nysa oraz AWF w Poznaniu**.
- (106) W postępowaniu przetargowym ogłoszonym przez **Miasto Tomaszów Mazowiecki** Polcourt S.A i Saltex Europa Sp. z o.o. startowali z osobnymi ofertami i zajęli następujące po sobie miejsca według kryterium ceny. Polcourt S.A., którego oferta po otwarciu ofert była najkorzystniejsza, nie wyraził zgody na standardową czynność w postępowaniu przetargowym, tj. na przedłużenie terminu związania ofertą i przedłużenie ważności wadium, czego nie był w stanie racjonalnie uzasadnić. Tym samym został z przetargu wykluczony, a pierwszą w kolejności ofertą stała się oferta Konsorcjum Saltex droższa o ponad 180.000 zł brutto. Jednakże z powodu niezgodności parametrów nawierzchni oferowanej z warunkami SIWZ, oferta Konsorcjum Saltex została odrzucona przez zamawiającego. Od powyższej czynności zamawiającego Saltex Europa Sp. z o.o. złożył odwołanie do KIO, które zostało jednak oddalone.
- (107) Wobec powyższego wskazać należy, że w przedmiotowym przetargu zadziałał **mechanizm rozstawiania i wycofywania ofert**. Mianowicie oferty Polcourt S.A. i Saltex Europa Sp. z o.o. były „rozstawiane”, tj. oferowane przez strony postępowania ceny były odpowiednio zróżnicowane, następnie po otwarciu ofert gdy okazało się, że oferty członków porozumienia zajmują dwa pierwsze miejsca, oferta Polcourt S.A. została „wycofana” przez niewyrażenie zgody na przedłużenie terminu związania ofertą i ważności wadium. W orzecznictwie Prezesa Urzędu mechanizm działania przedsiębiorców polegający na sporządzeniu najkorzystniejszej oferty z błędami, czy brakami i ich nieusunięcie, nieuzupełnienie dokumentacji lub niedopełnienie innych warunków formalnych pomimo wezwania, tak aby musiała zostać wybrana oferta następna w kolejności (mniej korzystna) uznano za uprawdopodobniający zawarcie zmowy przetargowej²⁰. Podobnie w opublikowanych w lutym 2009 r. przez Organizację

²⁰ Decyzje Prezesa Urzędu z dnia 16 lipca 2007 r., nr RKT-22/2007 oraz z dnia 21 lipca 2005 r., nr RPZ-20/2005, www.uokik.gov.pl.

Współpracy Gospodarczej i Rozwoju (dalej jako: „OECD”) *Wytycznych dotyczących zwalczania zmów przetargowych* wyraźnie wskazano, że tego rodzaju zachowanie przedsiębiorców stanowi sygnał zawarcia zmowy przetargowej²¹.

(108) Zdaniem Prezesa Urzędu okolicznością świadcząca o dokonywaniu uzgodnień między Saltex Europa Sp. z o.o. a Polcourt S.A. w niniejszym przetargu jest wycofanie się z przetargu przedsiębiorcy z niższą ofertą poprzez niewyrażenie zgody na przedłużenie terminu związania ofertą i przedłużenie ważności wadium, co spowodowało, że oferta Saltex Europa Sp. z o.o. zajęła pierwsze miejsce. Opisane działanie stron postępowania jest analogiczne z niedołączeniem przez oferentów do składanej dokumentacji wymaganych prawem oświadczeń, które w dotychczasowej praktyce orzeczniczej Prezesa Urzędu zostało uznane za okoliczność świadcząca o istnieniu zmowy przetargowej²². Jednocześnie podkreślić należy, że zachowania Polcourt S.A. w niniejszym przetargu nie można wytłumaczyć inaczej niż realizacją uprzednich uzgodnień z Saltex Europa sp. z o.o., bowiem w normalnych warunkach rynkowych wątpliwe jest, że przedsiębiorca mający wiedzę, że jego oferta została oceniona najlepiej (a tak było w tym przypadku) zdecydowałby się na rezygnację z realizacji zamówienia.

(109) Bez znaczenia przy tym pozostaje fakt, że ostatecznie zamawiający wybrał ofertę złożoną przez wykonawcę nie będącego uczestnikiem porozumienia, bowiem z punktu widzenia prawa konkurencji nie jest istotne, czy realizacja porozumienia ograniczającego konkurencję w postaci zmowy przetargowej nastąpiła w praktyce.

(110) Podobny antykonkurencyjny mechanizm **roztawiania i wycofywania ofert** jak w opisanym wyżej przetargu został również zastosowany przez strony niniejszego postępowania antymonopolowego w przetargu ogłoszonym 5 lipca 2011 r. przez **Miasto Józefów**, w którym Polcourt S.A i Saltex Europa Sp. z o.o. zajęli następujące po sobie miejsca według kryterium ceny. Saltex Europa Sp. z o.o. (II w kolejności oferta) po otwarciu ofert, kiedy znana już była wysokość wszystkich złożonych w przetargu ofert, nie zgodził się na przedłużenie terminu związania ofertą i przedłużenie ważności wadium, w wyniku czego naraził się na wykluczenie z przetargu.

(111) Nie bez znaczenia w tej sytuacji pozostaje fakt, że przed upływem terminu do wyrażenia zgody na przedłużenie terminu związania ofertą i przedłużenia ważności

²¹ Organisation for Economic Co-operation and Development, *Wytyczne dotyczące zwalczania zmów przetargowych*, luty 2009 r., s. 14, www.oecd.org.

²² Decyzje Prezesa Urzędu z dnia 21 lipca 2005 r., nr RPZ-20/2005 oraz z dnia 16 lipca 2007 r., nr RKT-22/2007 www.uokik.gov.pl.

wadium Polcourt S.A. (następna w kolejności oferta po Saltex Europa Sp. z o.o.) zwrócił się do zamawiającego z wnioskiem o udostępnienie ofert wszystkich biorących udział w postępowaniu uczestników. W ten sposób Polcourt S.A. i Saltex Europa Sp. z o.o. mogli już na tym etapie powziąć wiedzę o błędach w ofercie Panorama II Sp. z o.o. (I w kolejności oferta), które ostatecznie spowodowały odrzucenie jej oferty przez zamawiającego. W wyniku odrzucenia oferty Panorama II Sp. z o.o. (I w kolejności oferta) i wykluczenia oferty Saltex Europa Sp. z o.o. (II w kolejności oferta), oferta Polcourt S.A. (III w kolejności oferta) droższa o ok. 250.000 zł brutto od oferty Saltex Europa Sp. z o.o. stałaby się ofertą najkorzystniejszą.

(112) Zdaniem Prezesa Urzędu okoliczność, że w przetargu, w którym oferty Saltex Europa Sp. z o.o. i Polcourt S.A. zajmowały w kolejności miejsca po sobie, wykonawca z korzystniejszą ofertą nie zgodził się na przedłużenie terminu związania ofertą i przedłużenie ważności wadium, w wyniku czego naraził się na wykluczenie z przetargu uzasadnia jedynie istnienie z góry ustalonego sposobu uczestnictwa w tym przetargu, który doprowadził do wyboru przez zamawiającego oferty Polcourt S.A. droższej o ok. 250.000 zł brutto.

(113) Dodatkowo Prezes Urzędu wziął pod uwagę okoliczność, iż **w rzeczywistości zamówienie zostało wykonane przez Saltex Europa Sp. z o.o.** W niecały miesiąc od podpisania umowy między Polcourt S.A. a zamawiającym, Polcourt S.A. powierzył realizację całości prac wynikających z zakresu zamówienia – Saltex Europa Sp. z o.o.

(114) W tym miejscu należy podkreślić, **niekonsekwencję w zachowaniu Saltex Europa Sp. z o.o. w toku postępowania przetargowego.** Mianowicie w przedmiotowym przetargu Saltex Europa Sp. z o.o. w dniu 2 sierpnia 2011 r. złożył ofertę, następnie 31 sierpnia 2011 r. przez niedopełnienie powszechnego w przetargach wymagania (tj. wyrażenia zgody na przedłużenie terminu związania ofertą i przedłużenie ważności wadium) został z przetargu wykluczony, aby ostatecznie w dniu 23 listopada 2011 r. podpisać umowę z Polcourt S.A. w przedmiocie realizacji całości robót wynikających z zakresu przedmiotowego zamówienia. Zdaniem Prezesa Urzędu powyższe zachowanie Saltex Europa Sp. z o.o. należy uznać za nieracjonalne. Najpierw bowiem przedsiębiorca ten uznał, iż nie jest w stanie lub też nie jest skłonny zrealizować zamówienia, następnie zaś podjął się jego realizacji jako podwykonawca. Zachowanie takie staje się racjonalne dopiero w świetle założenia o istnieniu między Saltex Europa Sp. z o.o. oraz Polcourt S.A. porozumienia ograniczającego konkurencję, którego celem było doprowadzenie do wyboru przez organizatora przetargu mniej korzystnej spośród ofert tych przedsiębiorców.

Podkreślić dodatkowo należy, że wycofanie się z przetargu oferenta z niższą ofertą, który potem okazuje się być jednym z podwykonawców zostało wprost uznane w ww. *Wytycznych dotyczących zwalczania zmów przetargowych* OECD za ewidentny sygnał zawarcia umowy przetargowej. Dodatkowo Saltex Europa Sp. z o.o. sam wyjaśnił, że poprzez upusty i rabaty jest w stanie uzyskać z samej sprzedaży nawierzchni zysk odpowiadający całości zysku z tytułu wykonania obiektu. Tym bardziej dziwi, że w przetargu ogłoszonym przez Miasto Józefów Saltex Europa Sp. z o.o., który udzielił Polcourt S.A. autoryzacji na nawierzchnię, a więc miał pewność, że w przypadku udzielenia zamówienia temu przedsiębiorcy dojdzie do sprzedaży nawierzchni i wypracuje zysk, został podwykonawcą Polcourt S.A. na całość robót budowlanych przewidzianych zakresem zamówienia, a więc robót, których spółka samodzielnie nie wykonuje, czego potwierdzeniem jest zatrudnienie dalszego podwykonawcy ANA-POL Sp. z o.o.

(115) Dodatkowo Polcourt S.A. nie przedstawił żadnego uzasadnienia decyzji o powierzeniu całości prac innemu uczestnikowi przetargu. Powyższe zachowanie Polcourt S.A. jest tym bardziej nieuzasadnione i niedające się wytłumaczyć inaczej niż zawarciem porozumienia ograniczającego konkurencję, że – jak wynika z zeznań świadka [**informacja utajniona**] [patrz pkt (67)] – wskazany przedsiębiorca dysponował zasobami niezbędnymi do samodzielnej realizacji zamówienia. A tymczasem powierzył jego wykonanie Saltex Europa Sp. z o.o., przedsiębiorcy którego pierwszorzędym celem działalności jest dystrybucja nawierzchni, i który nie posiada własnego ciężkiego sprzętu budowlanego, ani pracowników budowlanych. Do wykonania robót budowlanych Saltex Europa Sp. z o.o. zatrudnił podwykonawcę - przedsiębiorcę ANA-POL Sp. z o.o. Przy czym, nie sposób uznać, aby Polcourt S.A., który pozostawał w stałych stosunkach gospodarczych z Saltex Europa Sp. z o.o. w zakresie nabywania nawierzchni oraz niejednokrotnie ubiegał się o to samo zamówienie co Saltex Europa Sp. z o.o. nie wiedział o ograniczonym zakresie działalności spółki [patrz pkt (59)].

(116) Nie bez znaczenia może być również fakt, że rezultat niniejszego przetargu, tj. udzielenie zamówienia Polcourt S.A. i powierzenie jego realizacji w całości Saltex Europa Sp. z o.o. był korzystny dla obu stron postępowania. Polcourt S.A. „zwolnił się” z realizacji całości zamówienia i nie wykonując żadnych prac otrzymał ok. 100.000 zł brutto, natomiast realizację zamówienia powierzono Saltex Europa Sp. z o.o. za wynagrodzeniem wyższym o ok. 150.000 zł brutto niż jego własna oferta w przetargu. W

ocenie Prezesa Urzędu, tylko fakt zawarcia wcześniejszego porozumienia z Saltex Europa Sp. z o.o. może uzasadniać tego typu postępowanie.

- (117) Poza wskazanymi wyżej przetargami, na zawarcie i wykonywanie zakazanego prawem porozumienia pomiędzy Saltex Europa Sp. z o.o. a Polcourt S.A. wskazuje zachowanie stron postępowania antymonopolowego w postępowaniu przetargowym ogłoszonym 30 sierpnia 2011 r. przez **Gminę Nysa**. W ofertach złożonych w tym przetargu Saltex Europa Sp. z o.o. i Polcourt S.A. **popelnili te same błędy**. Identyczne błędy w dokumentach złożonych przez różnych wykonawców w ramach danej oferty przetargowej jak np. błędy ortograficzne zostały wymienione przez OECD w *Wytycznych dotyczących zwalczania zmów przetargowych* jako ewidentne znaki zmowy przetargowej²³. W orzecznictwie Prezesa Urzędu popełnienie tych samych błędów w ofertach różnych wykonawców²⁴, jak również tożsamy układ, porządek ofert, czy też oznaczenie nazw załączników²⁵ również uznane zostało za okoliczności świadczące o zawarciu zmowy przetargowej.
- (118) W rozpatrywanym przetargu Polcourt S.A. i Saltex Europa Sp z o.o. złożyli oferty, do których załączone zostały kosztorysy zawierające tożsame błędy ortograficzne, interpunkcyjne, literówki, błędy w opisach poszczególnych prac, braki polskich znaków oraz taki sam układ wierszy w tabelach. Jak zostało przy tym ustalone w toku postępowania antymonopolowego, **kosztorysy obu przedsiębiorców w przedmiotowym przetargu zostały przygotowane przez pracowników Polcourt S.A.** Kosztorys Saltex Europa Sp. z o.o. został sporządzony przez Pana [informacja utajniona], który był w tym czasie zatrudniony na stałe w spółce Polcourt S.A. Natomiast kosztorys Polcourt S.A. został sporządzony przez Pana [informacja utajniona], który był drugim pracownikiem zatrudnionym w Polcourt S.A. na stanowisku kosztorysanta. Należy dodatkowo podkreślić, że od 3 stycznia 2011 r. zarówno [informacja utajniona] jak i [informacja utajniona] byli związani z Saltex Europa Sp. z o.o. umowami ramowymi o świadczenie usług zawartymi na czas nieokreślony w przedmiocie sporządzania kosztorysów oraz oboje wzajemnie wiedzieli o swojej współpracy z Saltex Europa Sp. z o.o.

²³ Organisation for Economic Co-operation and Development, *Wytyczne dotyczące zwalczania zmów przetargowych*, luty 2009 r., s. 15, www.oecd.org.

²⁴ Decyzje Prezesa Urzędu z dnia 21 lipca 2005 r., nr RPZ-20/2005 oraz z dnia 21 września 2005 r., nr RPZ-28/2005, www.uokik.gov.pl.

²⁵ Decyzja Prezesa Urzędu z dnia 27 lipca 2011 r., nr RKR-24/2011, www.uokik.gov.pl.

(119) Zdaniem Prezesa Urzędu, tożsamych błędów w kosztorysach obu przedsiębiorców nie da się wyjaśnić inaczej niż współpracą pomiędzy pracownikami **Polcourt S.A., którzy przygotowali kosztorysy dla Saltex Europa Sp. z o.o. i Polcourt S.A.** Z punktu widzenia naruszenia ustawy *o ochronie konkurencji i konsumentów* bez znaczenia pozostaje forma tej współpracy, tj. czy jeden z pracowników sporządził kosztorys dla jednej spółki i udostępnił go drugiemu, bądź czy obaj pracownicy wspólnie pracowali nad sporządzeniem dwóch kosztorysów dla spółek. Istotną okolicznością jest fakt, że **pracownicy Polcourt S.A. przed terminem składania ofert w przedmiotowym przetargu mieli wiedzę o cenach oferowanych przez Saltex Europa Sp. z o.o.** na realizację poszczególnych zadań w ramach zamówienia, a ponadto mieli realny wpływ na ostateczną wartość oferty złożonej przez Saltex Europa Sp. z o.o. Ponadto należy podkreślić, że Saltex Europa Sp. z o.o. miał świadomość, że **ci sami pracownicy, z którymi zawarł umowę na sporządzanie kosztorysów jednocześnie są na stałe zatrudnieni w konkurencyjnej spółce.** Jak Saltex Europa Sp. z o.o. sam wyjaśnił, strony działają na tym samym rynku w związku z tym ich pracownicy często spotykają się na szkoleniach branżowych i dobrze się znają. Tym samym nie sposób uznać, że Saltex Europa Sp. z o.o. zawierając umowę z pracownikami Polcourt S.A. nie wiedział również, że w tym czasie były to jedyne osoby zajmujące się w Polcourt S.A. sporządzaniem kosztorysów. W związku z tym, należy wskazać, że Saltex Europa Sp. z o.o. zlecając jednemu z pracowników Polcourt S.A. sporządzenie kosztorysu całościowego w przetargu, w którym z osobną ofertą startował Polcourt S.A., godził się na to, że jego oferta zostanie w ten sposób udostępniona przedsiębiorcy Polcourt S.A.

(120) Co do zasady za niedopuszczalne należy uznać sytuację, gdy pracownicy jednej spółki sporządzają oferty w imieniu dwóch przedsiębiorców ubiegających się o to samo zamówienie. Nawet jeżeli ostateczna cena jest podawana przez przedsiębiorców niezależnie, a pracownicy jedynie dokonali wypełnienia ofert bez ich kalkulacji to mają oni świadomość treści ofert obu przedsiębiorców, a zatem wiedzę, która z nich zawiera niższą cenę i zostanie wybrana jako korzystniejsza. Tymczasem zgodnie z orzecznictwem i doktryną każdy z oferentów powinien samodzielnie określić warunki własnej oferty²⁶, a złożenie przez przedsiębiorców ofert przetargowych w oparciu o wiedzę o ofertach innych uczestników lub kooperacji z nimi stanowi ograniczenie konkurencji²⁷.

²⁶ Por. wyrok SN z dnia 14 stycznia 2009 r., sygn. akt III SK 26/08, OSNP 2010/13-14, poz. 179.

²⁷ Por. Z. Jurczyk, *Kartele w polityce konkurencji Unii Europejskiej*, Warszawa 2012, s. 373.

(121) Zdaniem Prezesa Urzędu takie warunki spełnia odnotowane w niniejszej sprawie wypełnienie we współpracy ze sobą przez dwie osoby ofert w imieniu dwóch przedsiębiorców występujących w tym samym przetargu. W niniejszej sprawie nie sposób uznać, że działanie Saltex Europa Sp. z o.o. polegające na powierzeniu sporządzenia kosztorysu na przetarg w Nysie pracownikowi Polcourt S.A. (który startował w tym samym przetargu z osobną ofertą), było podyktowane innymi pobudkami niż zawarcie umowy przetargowej. Ponadto Prezes Urzędu odmówił wiarygodności wyjaśnieniom Prezesa Zarządu Polcourt S.A. – **[informacja utajniona]**, który twierdził, że nie wiedział o współpracy pracowników Polcourt S.A. **[informacja utajniona]** i **[informacja utajniona]** z Saltex Europa Sp. z o.o. O świadomości istnienia współpracy pracowników z konkurencyjną spółką świadczy wystawiona w dniu 6 lipca 2012 r. na polecenie Prezesa Zarządu Polcourt S.A. **[informacja utajniona]** nota księgowa. Dwie z pozycji zamieszczonych w załączonym do noty księgowej zestawieniu kosztów zawierają wyliczenie kosztów poniesionych przez Polcourt S.A. w postaci sporządzania kosztorysów przez ww. pracowników na rzecz Saltex Europa Sp. z o.o. Ponadto nie sposób uznać za wiarygodne lakonicznych wyjaśnień Prezesa Saltex Europa Sp. z o.o. odnośnie do powodów nawiązania współpracy akurat z tymi pracownikami. W szczególności trudno przyjąć, że racjonalny przedsiębiorca tylko z uwagi na doświadczenie i wiedzę pracowników w zakresie kosztorysowania, godzi się na udostępnianie szczegółowych informacji o wartości swojej oferty pracownikom zatrudnionym u przedsiębiorcy będącego jego konkurentem. W ocenie Prezesa Urzędu poprzez zlecenie pracownikowi Polcourt S.A. sporządzenia kosztorysu w postępowaniu przetargowym, w którym z osobną ofertą startował również Polcourt S.A., doszło do udostępnienia Polcourt S.A. informacji o warunkach oferty składanej przez Saltex Europa Sp. z o.o. W związku z tym, w postępowaniu przetargowym ogłoszonym przez Gminę Nysa Polcourt S.A. i Saltex Europa Sp. z o.o. uzgodnili warunki składanych ofert.

(122) Ponadto na zawarcie pomiędzy Polcourt S.A. i Saltex Europa Sp. z o.o. antykonkurencyjnego porozumienia wskazuje również zachowanie stron postępowania w postępowaniu przetargowym ogłoszonym przez **AWF w Poznaniu** w dniu 6 września 2011 r. W tym przetargu oferty Saltex Europa Sp. z o.o. i Polcourt S.A. zajmowały w kolejności miejsca po sobie i następnie zostały odrzucone z tego samego powodu, natomiast **odwołanie od decyzji zamawiającego złożył tylko przedsiębiorca z ofertą droższą.**

(123) W ww. przetargu najkorzystniejszą ofertę złożył Polcourt S.A., a drugą w kolejności Saltex Europa Sp. z o.o., jednakże obie oferty zostały odrzucone przez zamawiającego z powodu nie wykazania przez tych przedsiębiorców już na etapie składania ofert, że materiały przez nich oferowane do wymiany nawierzchni są równoważne do tych wskazanych w warunkach SIWZ. Od powyższej czynności zamawiającego odwołanie wniósł tylko Saltex Europa Sp. z o.o., którego oferta w przetargu była druga w kolejności po ofercie Polcourt S.A. i droższa o ponad 80.000 zł brutto. W konsekwencji KIO uwzględniła odwołanie Saltex Europa Sp. z o.o. i nakazała zamawiającemu powtórzenie czynności oceny ofert.

(124) W opinii Prezesa Urzędu opisane powyżej zachowanie Polcourt i Saltex Europa uzasadnione jest realizacją zawartego pomiędzy tymi przedsiębiorcami porozumienia. Strony postępowania ustaliły, że pomimo tożsamyh przyczyn wykluczenia z przetargu i odrzucenia ofert obydwu wykonawców odwołanie od rozstrzygnięcia zamawiającego złoży jedynie wykonawca z wyższą ofertą. Dodatkowo należy wskazać, że Polcourt S.A. nie przedstawił żadnego ekonomicznego uzasadnienia dla rezygnacji z dalszego ubiegania się o zamówienie, ograniczając się tylko do lakonicznego wyjaśnienia, że każdy wykonawca samodzielnie podejmuje decyzję o konieczności wniesienia środka odwoławczego. Na marginesie zaznaczyć należy, że również w odniesieniu do tego przetargu nie ma znaczenia, że ostatecznie na skutek unieważnienia przetargu przez zamawiającego Saltex Europa Sp. z o.o. nie podpisał umowy. Jak bowiem zostało już powyżej wskazane z punktu widzenia prawa ochrony konkurencji istotne jest uzgodnienie przedsiębiorców co do podejmowanych działań, a nie zrealizowanie zamierzonego celu.

(125) Dodatkowo, stwierdzając istnienie między stronami postępowania antymonopolowego zmowy przetargowej w wymienionych wyżej przetargach Prezes Urzędu **uwzględnił całokształt relacji między Polcourt S.A. i Saltex Europa Sp. z o.o.**, uznając że **okoliczności współpracy między tymi przedsiębiorcami wzmocniają tezę o istnieniu zmowy przetargowej, nawet jeśli brak jest wystarczających dowodów, by same w sobie stanowiły przejawy zawarcia porozumienia ograniczającego konkurencję.** W tym zakresie Prezes Urzędu uwzględnił, że w orzecznictwie antymonopolowym przyjmuje się, że pomocne w udowodnieniu uzgodnienia może być wykazanie istnienia związków prawnych i gospodarczych między przedsiębiorcami²⁸. Podobnie oceniane jest

²⁸ Decyzje Prezesa Urzędu z dnia 21 lipca 2005 r., nr RPZ-20/2005, z dnia 21 września 2005 r., nr RPZ-28/2005 oraz z dnia 16 lipca 2007 r., nr RKT-22/2007, www.uokik.gov.pl.

utrzymywanie przez konkurentów w danym przetargu regularnej współpracy biznesowej lub kontaktów towarzyskich. W orzecznictwie stwierdzono w szczególności, że jeśli z zebranego w sprawie materiału dowodowego wynika, że przedstawiciele przedsiębiorców podejrzewanych o zawarcie zakazanego porozumienia przed i w trakcie postępowania przetargowego spotykali się ze sobą, utrzymywali ze sobą intensywne kontakty, a także podejmowali wspólne działania, to wskazuje to, że mieli pełną możliwość ustalenia treści składanych ofert²⁹.

- (126) Z przedstawionych względów przy ocenie zachowania stron postępowania w ww. przetargach Prezes Urzędu uwzględnił poniższe okoliczności wskazujące na stałą współpracę obu spółek, która uprawdopodobnia istnienie antykonkurencyjnego porozumienia między stronami postępowania.
- (127) Z dokonanych ustaleń wynika, że Polcourt S.A. i Saltex Europa Sp. z o.o. współpracowali między sobą poprzez **wzajemne powierzenie podwykonawstwa** na całość robót budowlanych objętych zakresem zamówień w przetargach ogłoszonych przez **Gminę Wołomin, Gminę Przytyk** oraz **Gminę Barlinek**, w których to obie spółki startowały z osobnymi ofertami.
- (128) W przedmiotowych postępowaniach Prezes Urzędu ustalił, że Saltex Europa Sp. z o.o. i Polcourt S.A. z **jednej strony składali odrębne oferty, rywalizując o zamówienie publiczne, a z drugiej strony zawierali ze sobą umowy o podwykonawstwo całości robót budowlanych objętych zakresem poszczególnych zamówień**, dzięki czemu w każdym z tych przetargów zamówienie wykonywał w rzeczywistości nie wykonawca wybrany przez zamawiającego w wyniku postępowania o zamówienie publiczne, ale inny wykonawca (inny uczestnik postępowania o zamówienie publiczne), którego oferta nie została jednak przez zamawiającego wybrana.
- (129) W szczególności, w przetargu ogłoszonym przez **Gminę Barlinek** Polcourt S.A. po wybraniu jego oferty jako najkorzystniejszej i podpisaniu umowy z zamawiającym, powierzył realizację ww. zamówienia Saltex Europa Sp. z o.o. w formie podwykonawstwa. Przedmiotem umowy podwykonawstwa było wykonanie wszystkich robót objętych zakresem zamówienia.
- (130) Natomiast w przetargach ogłoszonych przez **Gminę Wołomin i Gminę Przytyk** Saltex Europa Sp. z o.o., któremu udzielono obu zamówień w tej samej dacie, w której doszło do podpisania umów z zamawiającym (21 czerwca 2011 r. z Gminą Wołomin i 4

²⁹ Wyrok Sądu Apelacyjnego w Warszawie z 8.4.2011 r., VI ACa 1071/10, LEX nr 1130432.

lipca 2011 r. z Gminą Przytyk), zawarł umowy podwykonawstwa z Polcourt S.A. w przedmiocie wykonania całości robót budowlanych objętych zakresem zamówień.

(131) Powyższe okoliczności dotyczące umowy podwykonawstwa, choć legalne na tle przepisów ustawy *Prawo zamówień publicznych*, w myśl której wykonawcy mogą powierzać wykonanie zamówienia podwykonawcom (art. 36 ust. 5 ww. ustawy), analizowane na tle pozostałych ustaleń faktycznych, dają dodatkową podstawę do wniosku, że Polcourt S.A. i Saltex Europa Sp. z o.o. zawarły antykonkurencyjne porozumienie. Jednocześnie Prezes Urzędu stanął na stanowisku, iż w niniejszej sprawie zachowanie stron polegające na wzajemnym powierzaniu podwykonawstwa we wskazanych powyżej przetargach nie jest bezpośrednim przejawem zawarcia z umowy przetargowej w zakresie tych przetargów, jedynie z uwagi na brak wystarczających dowodów wskazujących, że do zlecenia podwykonawstwa doszło w związku z realizacją antykonkurencyjnego uzgodnienia.

(132) Dodatkowo, między Polcourt S.A. a Saltex Europa Sp. z o.o. występowała **stała współpraca gospodarcza** obu spółek w ramach uczestnictwa w postępowaniach przetargowych w zakresie nabywania nawierzchni producenta Saltex OY.

(133) W szczególności należy wskazać, że Polcourt S.A. w większości postępowań przetargowych, w których uczestniczył w 2011 r. oraz w I połowie 2012 r. oferował nawierzchnię producenta Saltex OY, należącego do jednej grupy kapitałowej z Saltex Europa Sp. z o.o., który jest jednocześnie jedynym dystrybutorem tej nawierzchni na rynku krajowym. W tym celu w każdym z omówionych wyżej przetargów Polcourt S.A. zwracał się przed upływem terminu do składania ofert do Saltex Europa Sp. z o.o. o autoryzację na instalację nawierzchni. W wyniku takiego działania Polcourt S.A. informował Saltex Europa Sp. z o.o. o zamiarze ubiegania się o dane zamówienie publiczne, bowiem w treści autoryzacji wpisywano nazwę konkretnego zamówienia na realizację którego jest udzielana autoryzacja.

(134) Ponadto na podstawie zeznań byłego prokurenta Polcourt S.A. [**informacja utajniona**] Prezes Urzędu ustalił, że w sprawie zakupione zostały trzy telefony *pre-paid*, które miały służyć do kontaktów między przedstawicielami stron postępowania. Prezes Urzędu ustalił również, że strony postępowania dążyły do rozszerzenia wzajemnej współpracy poprzez próbę utworzenia wspólnego przedsięwzięcia w celu startowania w przetargach. Powyższe okoliczności świadczą w opinii Prezesa Urzędu o istnieniu

zaawansowanych kontaktów i współpracy między stronami niniejszego postępowania, które to okoliczności również uprawdopodobniają istnienie antykonkurencyjnego porozumienia. Należy również wskazać, że Prezes Urzędu w zakresie powyższych okoliczności dał wiarę świadkowi [informacja utajniona] odmawiając wiarygodności wyjaśnieniom przeciwnym złożonym przez Prezesa Saltex Europa Sp. z o.o. - [informacja utajniona]. W uzasadnieniu powyższego należy wskazać, że zeznania świadka [informacja utajniona], w ocenie organu ochrony konkurencji, były wiarygodne i spójne, a ponadto świadek ten jako były pracownik Polcourt S.A. nie miał motywacji do próby przedstawiania okoliczności sprawy w korzystnym dla swego byłego pracodawcy świetle. Ponadto o ścisłych kontaktach pomiędzy stronami postępowania świadczy utrzymywanie pozabiznesowych relacji przez Panią [informacja utajniona] – prokurenta Polcourt S.A. z Prezesem Zarządu Saltex Europa sp. z o.o. Panem [informacja utajniona].

(135) W podsumowaniu należy stwierdzić, że pomimo braku w sprawie dowodów bezpośrednich w pełni uzasadnione jest w oparciu o przedstawione w sprawie fakty dotyczące zarówno okoliczności przetargów ogłoszonych przez Miasto Tomaszów Mazowiecki, Miasto Józefów, Gminę Nysa oraz AWF w Poznaniu, jak i całokształtu współpracy i powiązań Polcourt S.A. i Saltex Europa Sp. z o.o. wyprowadzenie wniosku o zawarciu przez Strony postępowania antymonopolowego zakazanego na podstawie art. 6 ust. 1 pkt 7 ustawy *o ochronie konkurencji i konsumentów* porozumienia – w odniesieniu do ww. przetargów ogłoszonych przez **Miasto Tomaszów Mazowiecki, Miasto Józefów, Gminę Nysa oraz AWF w Poznaniu.**

(136) W ocenie Prezesa Urzędu spełniona została przesłanka zastosowania art. 6 ust. 1 pkt 7 ustawy *o ochronie konkurencji i konsumentów* polegająca na zawiązaniu porozumienia według zasad określonych w art. 4 pkt 5 ww. ustawy. Dokonując oceny zarzutu należy w dalszej kolejności podkreślić, iż dla uznania porozumienia za naruszające zakaz określony w przepisie art. 6 ust. 1 pkt 7 ustawy *o ochronie konkurencji i konsumentów* wystarczające jest, aby celem kwestionowanych zachowań lub ich skutkiem było naruszenie konkurencji. Cel i skutek porozumienia mają więc charakter alternatywny, a dla zastosowania zakazu porozumień ograniczających konkurencję wystarczy, spełnienie jednej z omawianych przesłanek. Zgodnie z orzecznictwem sądowym „(...) dla uznania konkretnego działania albo zaniechania za przejaw praktyki monopolistycznej nie jest wcale konieczne, aby owo zachowanie wywołało skutki na rynku. Dla bytu praktyki

monopolistycznej wystarczająca jest już bowiem sama możliwość wystąpienia na rynku negatywnych skutków będących przejawem ograniczenia konkurencji”³⁰. W orzecznictwie antymonopolowym podkreśla się zatem, że antykonkurencyjny cel i antykonkurencyjny skutek porozumienia nie muszą wystąpić łącznie. Dla stwierdzenia naruszenia art. 6 ust. 1 pkt 7 ustawy *o ochronie konkurencji i konsumentów* nie ma istotnego znaczenia czy doszło do ograniczenia lub eliminacji konkurencji, skoro już sam cel może stanowić o nielegalności porozumienia³¹. Do uznania porozumienia za naruszające zakaz określony w art. 6 ust. 1 pkt 7 ustawy *o ochronie konkurencji i konsumentów* wystarczające jest wobec tego wykazanie, że strony porozumienia stawiają sobie za cel ograniczenie konkurencji i nie ma znaczenia, czy realizacja porozumienia ograniczającego konkurencję nastąpiła w praktyce. Prawo konkurencji ma bowiem nie tylko usuwać skutki rynkowe praktyk ograniczających konkurencję, ale również zapobiegać wystąpieniu tych skutków³².

- (137) W niniejszej sprawie antykonkurencyjny cel porozumienia jest jednoznaczny - mamy do czynienia z działaniem stron polegającym na nieuzasadnionej rezygnacji z ubiegania się o udzielenie zamówienia poprzez odstępowanie od podjęcia określonych czynności w toku przetargów, aby doprowadzić do wyboru oferty tego z nich, który w danym przetargu zaoferował wyższą cenę za wykonanie zamówienia oraz z uzgadnianiem warunków składanych ofert. Celem współpracy przedsiębiorców było niewątpliwie ograniczenie konkurencji. Tym samym spełniony został warunek zastosowania art. 6 ust. 1 ustawy *o ochronie konkurencji i konsumentów*. Mimo braku w sprawie dowodów bezpośrednich, zdaniem Prezesa Urzędu, całkowicie uzasadnione jest, w oparciu o przedstawione fakty i dowody zebrane w toku postępowania antymonopolowego, wyprowadzenie wniosku o zawarciu przez Polcourt S.A. i Saltex Europa Sp. z o.o. zakazanego porozumienia ograniczającego konkurencję, o którym mowa w art. 6 ust. 1 pkt 7 ustawy *o ochronie konkurencji i konsumentów*.

IV.1. Zaniechanie stosowania praktyki ograniczającej konkurencję

- (138) Istotą porozumienia, którego zawarcie stwierdzono w niniejszym postępowaniu było uzgadnianie warunków składanych ofert i zasad postępowania w przetargach przez Polcourt S.A. oraz Saltex Europa Sp. z o. W okolicznościach niniejszej sprawy Prezes

³⁰ Wyrok Sądu Antymonopolowego z dnia 15 lipca 1998 r., sygn. XVII Ama 32/98, niepubl.

³¹ Wyrok SOKiK z dnia 24 marca 2004 r., sygn. akt XVII Ama 40/02, Dz. Urz. UOKiK z 2004 r. 3/310.

³² Z. Jurczyk, *Wybrane zagadnienia polityki konkurencji*, Urząd Ochrony Konkurencji i Konsumentów, Warszawa 2004, s. 36; M. Bychowska, *Zakaz praktyk ograniczających konkurencję. Kompetencje Prezesa Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów oraz Komisji Europejskiej od 1 maja 2004 r.*, Urząd Ochrony Konkurencji i Konsumentów, Warszawa 2004, s. 9.

Urzędu przyjął, że praktyka została zaniechana z dniem **30 grudnia 2011 r.**, w którym doszło do rozstrzygnięcia przetargu ogłoszonego przez **Gminę Nysa**. Przetarg ten był chronologicznie ostatnim przetargiem, w którym Prezes Urzędu ustalił istnienie przejawów realizacji antykonkurencyjnego porozumienia. Jednocześnie Prezes Urzędu nie dysponuje dowodami istnienia kwestionowanego tą decyzją porozumienia między spółkami po tej dacie.

(139) Za powyższym ustaleniem przemawia również fakt wygaszania od tego czasu jakiegokolwiek współpracy obu przedsiębiorców. W toku rozprawy administracyjnej na podstawie zeznań świadka [**informacja utajniona**], Prezes Urzędu ustalił, że na początku 2012 r. zakończyła się również współpraca między spółkami w zakresie nabywania nawierzchni producenta Saltex OY. Na koniec należy wskazać, że ostatecznie w połowie 2012 r. między stronami postępowania rozpoczął się spór sądowy o zapłatę Saltex Europa Sp. z o.o. wynagrodzenia za realizację całości prac objętych zakresem zamówienia ogłoszonego przez Gminę Barlinek, które to zostały zlecone spółce w formie podwykonawstwa przez Polcourt S.A.

(140) Ze względu na fakt, że okoliczności świadczące o realizacji zmowy zostały zidentyfikowane w przetargu w Nysie jako w ostatnim przetargu chronologicznie oraz z uwagi na brak dowodów świadczących o dalszym trwaniu porozumienia, należało stwierdzić zaniechanie stosowanej praktyki z dniem **30 grudnia 2011 r.**

IV.2. Wyłączenia spod zakazu porozumień ograniczających konkurencję

(141) Jak wynika z powyższego, w niniejszej sprawie doszło do zawarcia porozumienia, którego celem jest ograniczenie konkurencji na krajowym rynku projektowania, budowy i wyposażania obiektów sportowych, poprzez uzgadnianie przez Saltex Europa Sp. z o.o. i Polcourt S.A. warunków składanych ofert. Zakaz porozumień ograniczających konkurencję nie ma charakteru bezwzględny. Ustawa o ochronie konkurencji i konsumentów przewiduje, że porozumienia ograniczające konkurencję są zakazane, o ile nie zostały wyłączone spod zakazu. Istnieją trzy rodzaje wyłączeń spod zakazu zawierania porozumień ograniczających konkurencję:

- zasada *de minimis* – art. 7 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów,
- wyłączenia grupowe wydane na podstawie art. 8 ust. 3 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów,
- wyłączenia indywidualne – art. 8 ust. 1 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów.

IV.2.a. Zasada de minimis

- (142) Ingerencja prawa konkurencji w stosunki gospodarcze przedsiębiorców powinna mieć miejsce jedynie w przypadkach, kiedy zachowania przedsiębiorców wywierają odczuwalne skutki dla konkurencji. W związku z tym w art. 7 ustawy *o ochronie konkurencji i konsumentów* przewidziane jest wyłączenie stosowania zakazu zawierania porozumień ograniczających konkurencję z uwagi na niewielki udział przedsiębiorców w rynku. Zgodnie z ust. 1 pkt 1 powołanego przepisu wyłączenie to ma miejsce w odniesieniu do porozumień zawieranych między przedsiębiorcami, którzy są konkurentami, jeżeli ich łączny udział w rynku w roku kalendarzowym poprzedzającym zawarcie porozumienia nie przekracza 5%.
- (143) Niemniej jednak, zgodnie z ust. 2 art. 7 ustawy *o ochronie konkurencji i konsumentów* wyżej wskazane wyłączenie nie ma zastosowania m.in. do porozumień określonych w art. 6 ust. 1 pkt 7 tej ustawy, tj. do zmów przetargowych. Biorąc pod uwagę, iż analizowane w niniejszej sprawie porozumienie stanowi właśnie taki rodzaj porozumienia, nie korzysta ono z wyłączenia spod zakazu porozumień ograniczających konkurencję w oparciu o określający zasadę *de minimis* przepis art. 7 ust. 1 *o ochronie konkurencji i konsumentów*.

IV.2.b. Wyłączenia grupowe

- (144) Przepis art. 8 ust. 3 ustawy *o ochronie konkurencji i konsumentów* stanowi, że Rada Ministrów może w drodze rozporządzenia wyłączyć określone rodzaje porozumień spod zakazu zawierania antykonkurencyjnych porozumień, biorąc pod uwagę korzyści jakie te porozumienia mogą przynieść. Wydane w oparciu o powyższy przepis rozporządzenie z dnia 30 marca 2011 r. *w sprawie wyłączenia niektórych rodzajów porozumień wertykalnych spod zakazu porozumień ograniczających konkurencję* (Dz. U. Nr 81, poz. 441) ma zastosowanie wyłącznie w stosunku porozumień wertykalnych. Mając na względzie, że przedmiotowa sprawa dotyczy działań przedsiębiorców występujących na tym samym szczeblu obrotu, tj. będących konkurentami, mamy do czynienia z porozumieniem w układzie horyzontalnym. W związku z tym ww. rozporządzenie nie zastosowania w niniejszej sprawie.

IV.2.c. Wyłączenie na podstawie art. 8 ust. 1

(145) Odnosząc się do możliwości wyłączenia indywidualnego przedmiotowego porozumienia, należy zauważyć, że zgodnie z art. 8 ust. 2 ustawy *o ochronie konkurencji i konsumentów* ciężar udowodnienia okoliczności uzasadniających wyłączenie spoczywa na przedsiębiorcy (strona powołująca się na wyłączenie musi udowodnić spełnienie wszystkich kumulatywnych przesłanek zdefiniowanych w art. 8 ust. 1 ww. ustawy), co w niniejszej sprawie nie nastąpiło. W związku z powyższym, zastosowanie wyłączenia indywidualnego nie może mieć w niniejszej sprawie miejsca.

V. Kara pieniężna

(146) Przepis art. 106 ust. 1 pkt 1 ustawy *o ochronie konkurencji i konsumentów* stanowi, że organ antymonopolowy może nałożyć na przedsiębiorcę, w drodze decyzji, karę pieniężną w wysokości nie większej niż 10% przychodu osiągniętego w roku rozliczeniowym poprzedzającym rok nałożenia kary, jeżeli przedsiębiorca ten, choćby nieumyślnie, dopuścił się naruszenia zakazu określonego w art. 6 ww. ustawy, w zakresie niewyłączonym na podstawie art. 7 i 8 ustawy *o ochronie konkurencji i konsumentów*. W związku z powyższym, ustawa *o ochronie konkurencji i konsumentów* wprowadza zasadę fakultatywności kary pieniężnej nakładanej przez Prezesa Urzędu na przedsiębiorców. Fakultatywność w tym przypadku oznacza, że za żaden rodzaj naruszenia Prezes Urzędu nie ma o obowiązku ukarania podmiotu, który dopuszcza się naruszenia³³. W każdym przypadku do organu antymonopolowego należy ocena, czy w konkretnym stanie faktycznym zasadne jest sięgnięcie po najcięższą sankcję. Również żaden przepis ustawy *o ochronie konkurencji i konsumentów* ani też przepis żadnego aktu wykonawczego nie wskazuje wprost wysokości kary, jaką należałoby nałożyć za określony czyn. Zatem fakultatywność kar pieniężnych dotyczy nie tylko wysokości nakładanej kary pieniężnej, ale również samego faktu jej nałożenia³⁴. Bowiem nakładanie kar w trybie określonym ustawą *o ochronie konkurencji i konsumentów* następuje w drodze uznania administracyjnego, które jest szczególną formą wykonania przepisów prawa, polegającą na tym, że nie ustawodawca, lecz organ stosujący przepisy prawa uwzględnia indywidualne warunki dla wydania decyzji i decyduje o wysokości kary pieniężnej oraz samym fakcie jej nałożenia.

V.1. Przesłanka „co najmniej nieumyślnego” naruszenia przepisów

³³ C. Banasiński, E. Piontek (red.), *Ustawa o ochronie konkurencji i konsumentów. Komentarz*, LexisNexis, Warszawa 2009, s. 950.

- (147) Rozstrzygnięcie w przedmiocie nałożenia przez Prezesa Urzędu, na podstawie art. 106 ust. 1 pkt 1 ustawy *o ochronie konkurencji i konsumentów*, administracyjnej kary pieniężnej za naruszenie zakazu określonego w art. 6 ww. ustawy ma fakultatywny charakter, przy czym możliwość nałożenia na przedsiębiorców tej kary wymaga stwierdzenia, że naruszenie zakazu określonego w ww. przepisach ustawy było „co najmniej nieumyślne”.
- (148) Zdaniem Prezesa Urzędu okoliczności sprawy uzasadniają, by w niniejszym przypadku, wobec stwierdzenia zawarcia przez Polcourt S.A. i Saltex Europa Sp. z o.o. opisanego w sentencji decyzji porozumienia ograniczającego konkurencję, uznać za spełnioną przesłankę „co najmniej nieumyślnego” naruszenia przepisów.
- (149) Przy ocenie zaistnienia w niniejszej sprawie przesłanki „co najmniej nieumyślnego” naruszenia przepisów ustawy, Prezes Urzędu wziął pod uwagę, wyrok Sądu Najwyższego z dnia z dnia 21 kwietnia 2011 r., zgodnie z którym element subiektywny w postaci „zawinionego” naruszenia przepisów ustawy wyraża się w tym, że „przedsiębiorca miał świadomość, że swoim zachowaniem narusza zakaz praktyk ograniczających konkurencję, lub (...) jako profesjonalny uczestnik obrotu mógł (powinien był) taką świadomość mieć”³⁵. Prezes Urzędu uwzględnił również treść art. 83 Konstytucji RP, zgodnie z którym każdy ma obowiązek przestrzegania prawa Rzeczypospolitej Polskiej, a także stanowisko Sądu Najwyższego wyrażone we wspomnianym orzeczeniu, zgodnie z którym przedsiębiorca jako profesjonalny uczestnik obrotu rynkowego ma możliwość prawidłowego określenia ryzyka prawnego przy podejmowaniu określonych decyzji biznesowych. Istotne znaczenie ma także stanowisko SOKiK, który przyjął w jednej ze spraw, że nie jest możliwe, aby przedsiębiorca o znacznej renomie i długim okresie funkcjonowania na rynku nie zdawał sobie sprawy ze swoich czynności³⁶.
- (150) Biorąc pod uwagę powyższe okoliczności, Prezes Urzędu uznał, że stwierdzone niniejszą decyzją naruszenie zakazu określonego w art. 6 ust. 1 pkt 7 ustawy *o ochronie konkurencji i konsumentów* ma **charakter umyślny**.
- (151) Powyższa ocena wynika z faktu, że strony tego postępowania są profesjonalnymi uczestnikami obrotu rynkowego, które bez wątpienia posiadają wiedzę prawniczą i ekonomiczną, umożliwiającą rozpoznanie swoich działań jako naruszających prawo ochrony konkurencji. Działania Polcourt S.A. i Saltex Europa Sp. z o.o. były umyślne, ponieważ okoliczności sprawy, a zwłaszcza ich postępowanie w toku postępowań

³⁴ *Ibidem*.

³⁵ Wyrok Sądu Najwyższego z dnia 21 kwietnia 2011 r., sygn. akt III SK 45/10, LEX nr 901645.

przetargowych świadczą o tym, że są oni stronami porozumienia realizującego pewną ustaloną z góry taktykę występowania w przetargach, której celem było przyniesienie im maksymalnych, możliwych korzyści, czy to finansowych, czy w postaci zwiększenia szansy na wygranę przetargu. Trudno w takich okolicznościach mówić o działaniu nieumyślnym.

- (152) Prezes Urzędu uwzględnił w dalszej kolejności okoliczność, że stwierdzone tą decyzją porozumienie ograniczające konkurencję dotyczyło praktyki nazwanej, określonej wprost w ustawowym katalogu praktyk zakazanych. W związku z tym stwierdzone przez Prezesa Urzędu naruszenie należy do najbardziej typowych zachowań sprzecznych z ustawą *o ochronie konkurencji i konsumentów*. Wszystkie powyższe okoliczności przemawiają za uznaniem umyślności działań Stron postępowania.
- (153) Wobec wykazanej powyżej przesłanki przyjęcia umyślności działania Polcourt S.A. i Saltex Europa Sp. z o.o., należy uznać za **spełnione kryterium „co najmniej nieumyślnego” naruszenia** zakazu zawierania porozumień ograniczających konkurencję, określonego w art. 6 ustawy *o ochronie konkurencji i konsumentów*. Wobec powyższego, Prezes Urzędu jest uprawniony do nałożenia kary pieniężnej.

V.2. Wysokość kary pieniężnej Saltex Europa Sp. z o.o.

- (154) Ustalając wysokość kary pieniężnej dla Saltex Europa Sp. z o.o. Prezes Urzędu oparł się na art. 106 ust. 1 pkt 1 ustawy *o ochronie konkurencji i konsumentów*, zgodnie z którym wysokość nakładanej przez organ antymonopolowy na przedsiębiorcę kary pieniężnej nie może przekraczać 10% przychodu osiągniętego w roku rozliczeniowym poprzedzającym rok nałożenia kary. Zarazem Prezes Urzędu wziął pod uwagę przepis art. 111 ww. ustawy, nakazujący przy ustalaniu wysokości kar pieniężnych uwzględnienie w szczególności okresu, stopnia oraz okoliczności naruszenia przepisów ustawy *o ochronie konkurencji i konsumentów*, a także uprzednie naruszenie przepisów wspomnianej ustawy. Zgodnie z art. 4 pkt 15 ustawy *o ochronie konkurencji i konsumentów* przy ustalaniu wysokości nałożonej kary pieniężnej organ antymonopolowy wziął pod uwagę wysokość osiągniętego przez Saltex Europa Sp. z o.o. w 2013 r. przychodu wynikającego z zeznania podatkowego (CIT).
- (155) Mając na względzie, że ustawa *o ochronie konkurencji i konsumentów* nie zawiera zamkniętego katalogu przesłanek, od których uzależniana jest wysokość nakładanych na przedsiębiorców kar, Prezes Urzędu wziął również pod uwagę, zgodnie z utrwalonym

³⁶ Wyrok SOKiK z dnia 11 kwietnia 2011 r., sygn. akt XVII AmA 62/08, niepubl.

orzecnictwem, element subiektywny w postaci umyślności naruszenia przepisów wspomnianej ustawy. W orzecnictwie wyraźnie bowiem stwierdzono, że niezależnie od tego, że przesłanka ta brana jest pod uwagę już na etapie podejmowania decyzji o nałożeniu kary³⁷, również wysokość nakładanej kary musi odzwierciedlać stopień zawinienia, z jakim związane jest naruszenie zakazu³⁸.

(156) Prezes Urzędu uwzględnił również, że – zgodnie z orzecnictwem – w przypadku kar za stosowanie praktyk ograniczających konkurencję przesłankami, które należy brać pod uwagę są stopień naruszenia interesu publicznego³⁹, a także potencjał ekonomiczny przedsiębiorcy, skutki praktyki dla konkurencji lub kontrahentów, dopuszczalny poziom kary wynikający z przepisów ustawy oraz cele, jakie kara ma osiągnąć⁴⁰.

(157) Prezes Urzędu kierował się interpretacją przesłanek branych pod uwagę przy wymiarze kary pieniężnej zawartą w *Wyjaśnieniach w sprawie ustalania wysokości kar pieniężnych za stosowanie praktyk ograniczających konkurencję*⁴¹.

(158) Mając na względzie wszystkie ww. okoliczności, organ antymonopolowy ustalił wymiar kary pieniężnej w niniejszej sprawie, biorąc pod uwagę przede wszystkim fakt, że o wadze (szkodliwości) naruszenia decydują dwie grupy okoliczności, które dotyczą: (i) natury naruszenia i (ii) czynników związanych ze specyfiką rynku oraz działalnością przedsiębiorcy.

(159) Odnosząc się do natury naruszenia należy wskazać, że Prezes Urzędu wyróżnia (i) naruszenia bardzo poważne, do których należy zaliczyć przede wszystkim szczególnie szkodliwe horyzontalne ograniczenia konkurencji, jak również przypadki nadużywania pozycji dominującej mające na celu lub prowadzące do eliminacji konkurencji na rynku, (ii) naruszenia poważne, do których należy zaliczyć przede wszystkim porozumienia horyzontalne niezaliczane do najpoważniejszych naruszeń, porozumienia wertykalne wpływające na cenę lub warunki oferowania produktu, przypadki nadużywania pozycji dominującej mające na celu lub prowadzące do istotnego ograniczenia konkurencji lub dotkliwej eksploatacji kontrahentów lub konsumentów, (iii) naruszenia mniej poważne niż wyżej wymienione (naruszenia pozostałe), do których należą m.in. porozumienia wertykalne niedotyczące ceny lub możliwości odsprzedaży towaru, jak również przypadki nadużywania pozycji dominującej o mniejszej wadze.

³⁷ Wyrok Sądu Najwyższego z dnia 21 kwietnia 2011 r., sygn. akt III SK 45/10, LEX nr 901645.

³⁸ Wyrok SOKiK z dnia 24 maja 2006 r., sygn. akt XVII Ama 17/05, Dz. Urz. UOKiK 2006/3/48.

³⁹ Wyrok SOKiK z dnia 24 maja 2006 r., sygn. akt XVII Ama 17/05, Dz. Urz. UOKiK 2006/3/48.

⁴⁰ Wyrok Sądu Najwyższego z dnia 27 czerwca 2000 r., sygn. akt I CKN 793/98, LEX nr 50870.

⁴¹ Dz. Urz. UOKiK 2008/4/33.

(160) Wobec powyższego w ocenie Prezesa Urzędu porozumienie polegające na zawarciu przez Polcourt S.A. i Saltex Europa Sp. z o.o. porozumienia ograniczającego konkurencję polegającego na uzgadnianiu przez ww. przedsiębiorców przystępujących do przetargów publicznych warunków składanych ofert, należy uznać za **bardzo poważne naruszenie prawa konkurencji**. W trakcie postępowania Prezes Urzędu ustalił, że wskazane powyżej porozumienie zawiązane zostało między podmiotami działającymi na tym samym szczeblu obrotu, czyli było porozumieniem horyzontalnym. Ponadto porozumienie zawarte przez Polcourt S.A. i Saltex Europa Sp. z o.o. należy do szczególnie szkodliwych horyzontalnych ograniczeń konkurencji, jakimi są zmowy przetargowe.

Tabela 1: Pierwszy etap naliczenia wysokości kar.

podmiot	wysokość kary
	natura naruszenia
Saltex Europa Sp. z o.o.	150.621,35 zł

(161) Następnie, organ antymonopolowy, określając wysokość nałożonej na Saltex Europa Sp. z o.o. kary pieniężnej, wyszedł z założenia, że wymiar kary nie może abstrahować od specyfiki rynku właściwego oraz działalności przedsiębiorców na tym rynku, a zatem powinna ona podlegać dalszej modyfikacji. Kierując się oceną wpływu naruszenia na rynek, Prezes Urzędu może zwiększyć lub zmniejszyć ustaloną powyżej kwotę maksymalnie o 80%. Kara powinna być tym większa, im większe jest natężenie negatywnych efektów związanych z naruszeniem prawa konkurencji lub im wyższe korzyści czerpie z niego przedsiębiorca. W szczególności Prezes Urzędu wziął pod uwagę czy wprowadzono porozumienie w życie oraz jakie negatywne skutki wywarło dla uczestników rynku – zamawiających w postępowaniach przetargowych oraz innych wykonawców startujących w tych samych postępowaniach przetargowych, co strony postępowania.

(162) Należy wskazać, że w efekcie zawartej zmowy przetargowej w przeważającej mierze nie występowały przypadki, gdy zamawiający musieli wybrać ofertę, która nie była ofertą najkorzystniejszą cenowo, wynikającą z otwarcia ofert. Z okoliczności faktycznych niniejszej sprawy wynika, że kilka postępowań przetargowych zostało unieważnionych przez zamawiających, a dodatkowo zdarzały się przetargi, w których gdy jedna ze stron postępowania nie wyraziła zgody na przedłużenie terminu związania ofertą i ważności wadium, oferta drugiej strony postępowania była odrzucana przez zamawiającego. Stwierdzone **porozumienie nie wiąże się z istotnym uszczerbkiem finansowym po stronie zamawiających**.

- (163) Zarazem Prezes Urzędu zważył, że rynek usług z zakresu projektowania, budowy i modernizacji obiektów sportowych jest **rynkiem konkurencyjnym**, na którym działa wielu przedsiębiorców na terenie całego kraju. Do tezy o intensywnej konkurencyjności tego rynku skłania wiedza o wielości ofert składanych w poszczególnych przetargach organizowanych przez zamawiających⁴², istotnie przekraczająca średnią liczbę ofert wpływających w przetargach, która od 2007 r. kształtuje się na poziomie 2,41-2,96 dla postępowań ogłaszanych w Biuletynie Zamówień Publicznych i 2,36-2,55 dla postępowań powyżej progów unijnych⁴³.
- (164) O relatywnie mniejszym wpływie ograniczenia konkurencji na rynek świadczy też porównanie podanej w części ustalającej decyzji znacznej liczby przetargów na projektowanie, budowę i modernizację obiektów sportowych z liczbą tylko kilku przetargów, w przypadku których Prezes Urzędu ustalił istnienie antykonkurencyjnego porozumienia Polcourt S.A. i Saltex Europa Sp. z o.o.
- (165) Wszystkie wyżej wymienione okoliczności wzięte pod uwagę łącznie wskazują, że wpływ przedmiotowego porozumienia na konkurencję na rynku był ograniczony. W opinii Prezesa Urzędu zasadnym jest zatem obniżenie kary pieniężnej. Mając to na uwadze, wyjściowy poziom kary pieniężnej ustalony w oparciu o naturę naruszenia został **zmniejszony o 30%**.

Tabela 2: Drugi etap naliczenia wysokości kar.

podmiot	wysokość kary		
	natura naruszenia	specyfika rynku oraz działalności przedsiębiorcy	razem
Saltex Europa Sp. z o.o.	150.621,35 zł	↓30%	105.434,94 zł

- (166) Kalkulując wymiar kary pieniężnej nałożonej na Saltex Europa Sp. z o.o., organ antymonopolowy wziął także pod uwagę przesłankę długotrwałości naruszenia. Uwzględniając okres naruszenia, Prezes Urzędu może zwiększyć kwotę bazową kar, jeśli długotrwałość stosowania praktyki ograniczającej konkurencję prowadzi do zwielokrotnienia jej negatywnych skutków, w szczególności, gdy wpływa na wysokość

⁴² Np. przetarg ogłoszony przez **Gminę Przytyk** na *Budowa kompleksu boisk sportowych w ramach programu Moje Boisko Orlik 2012 w Podgajku Zachodnim, Gmina Przytyk* – ofertę złożyło **8 wykonawców**, podobnie w przetargu ogłoszonym przez Tomaszów Mazowiecki na *Budowę Ośrodka Sportu i Rekreacji w Tomaszowie Mazowieckim - uzupełnienie oferty turystyczno-rekreacyjnej Miasta poprzez przebudowę boiska o sztucznej nawierzchni wraz z infrastrukturą* – **8 wykonawców**. Dodatkowo w przetargu ogłoszonym przez **Gminę Pacyna** na *Budowę gminnego boiska w Pacynie* (data zamieszczenia ogłoszenia: 11.01.2012), w którym startowały strony niniejszego postępowania – oferty złożyło **27 wykonawców**.

⁴³ Raport. System zamówień publicznych a rozwój konkurencji w gospodarce, UOKiK, Warszawa 2013, s. 41.

korzyści uzyskiwanych przez przedsiębiorcę dopuszczającego się naruszenia lub szkody ponoszone przez innych uczestników rynku. Jako długotrwałe traktowane są naruszenia trwające dłużej niż rok. Biorąc powyższe pod uwagę, dla odzwierciedlenia wpływu długotrwałości naruszenia na wysokość kar, Prezes Urzędu może zwiększyć w przypadku porozumień ograniczających konkurencję kwotę bazową maksymalnie o 200%.

- (167) Rozpatrywane w niniejszej sprawie porozumienie ograniczające konkurencję funkcjonuje w sposób zakwestionowany od połowy 2011 roku, kiedy to jako pierwszy przetargów objętych zakresem przedmiotowym niniejszej decyzji został ogłoszony przetarg przez Gminę Tomaszów Mazowiecki, natomiast jak zostało wskazane w pkt. IV.1. niniejszej decyzji antykonkurencyjna praktyka stron została zaniechana 30 grudnia 2011 r. Uznać więc należy, że stwierdzone niniejszą decyzją naruszenie nie należy do kategorii naruszeń długotrwałych. W konsekwencji kara pieniężna nałożona na Saltex Europa Sp. z o.o. **nie została na tym etapie podwyższona.**

Tabela 3: Trzeci etap naliczenia wysokości kar.

podmiot	wysokość kary			
	natura naruszenia	specyfika rynku oraz działalności przedsiębiorcy	długotrwałość naruszenia	razem
Saltex Europa Sp. z o.o.	150.621,35 zł	↓30%	–	105.434,94 zł

- (168) Organ antymonopolowy, ustalając wysokość kary, powinien także wziąć pod uwagę okoliczności mające wpływ na zwiększenie (okoliczności obciążające) lub zmniejszenie (okoliczności łagodzące) wymiaru kary. Okoliczności łagodzące i obciążające są oceniane łącznie, indywidualnie dla każdej sprawy oraz dla każdego przedsiębiorcy. Poszczególne okoliczności łagodzące lub obciążające mogą mieć różną wagę. Ustalona na wcześniejszym etapie wysokość kary może ulec zwiększeniu/zmniejszeniu maksymalnie o 50%.

- (169) W ocenie organu antymonopolowego w niniejszej decyzji **występuje okoliczność łagodząca** mająca zastosowanie do Saltex Europa Sp. z o.o. w postaci **zaniechania** stosowanej praktyki ograniczającej konkurencję przed dniem wszczęcia postępowania antymonopolowego tj. przed dniem 31 grudnia 2012 r. Jak zostało wykazane w pkt. IV.1. niniejszej decyzji porozumienie Polcourt S.A. oraz Saltex Europa Sp. z o.o. przestało funkcjonować na rynku już 30 grudnia 2011 r.

- (170) Jeśli chodzi o **okoliczności obciążające**, to nie ulega wątpliwości, iż postępowanie przedsiębiorców miało charakter **umyślny**. Wszystkie okoliczności sprawy,

w szczególności powiązania stron oraz ich postępowanie w przetargach świadczą o tym, iż przedsiębiorcy określili pewną ustaloną z góry taktykę działania w ww. przetargach, której celem było osiągnięcie dodatkowych korzyści finansowych oraz zwiększenie swoich szans na realizację zamówienia.

(171) Ustalając wysokość nakładanej kary pieniężnej Prezes Urzędu uwzględnił również, stosownie do wymogów art. 111 ustawy *o ochronie konkurencji i konsumentów*, kryterium „uprzedniego naruszenia przepisów ustawy”. Zgodnie z przywoływanym przepisem Prezes Urzędu powinien przy nakładaniu kary oraz określaniu jej wysokości uwzględniać, czy nastąpiło to w warunkach swoistej recydywy, a ww. kryterium w zakresie nakładania kary przez Prezesa Urzędu spełnia funkcję okoliczności obciążającej. W niniejszej sprawie nie zaistniała podstawa do podwyższenia wymiaru kary. Saltex Europa Sp. z o.o. nie był dotąd prawomocnie ukarany za naruszenie zakazu praktyk ograniczających konkurencję.

(172) Powyższe powoduje, że wymienione wyżej czynniki wzajemnie zrównoważyły się, stąd wysokość kary Saltex Europa Sp. z o.o. na tym etapie nie uległa dalszej zmianie.

Tabela 4: Czwarty etap naliczania wysokości kar.

podmiot	wysokość kary				
	natura naruszenia	specyfika rynku oraz działalności przedsiębiorcy	długotrwałość naruszenia	okoliczności łagodzące/obciążające	razem
Saltex Europa Sp. z o.o.	150.621,35 zł	↓30%	–	–	105.434,94 zł

(173) Mając na uwadze wszystkie powyższe okoliczności, Prezes Urzędu uznał, że waga stwierdzonego niniejszą decyzją naruszenia ustawy *o ochronie konkurencji i konsumentów* przesądza o ustaleniu wysokości kary pieniężnej dla Saltex Europa Sp. z o.o., w oparciu o przedstawioną przez stronę informację na temat osiągniętych przychodów w 2013 r., w następującej wysokości:

Tabela 5: Wysokość nałożonej kary pieniężnej.

Podmiot	wysokość kary pieniężnej
Saltex Europa Sp. z o.o.	105.434,94 zł

V.2. Odstąpienie od nałożenia kary pieniężnej na Polcourt S.A.

- (174) Mając na względzie omówioną wyżej fakultatywność kar pieniężnych, Prezes Urzędu uznał za niecelowe w przedmiotowej sprawie nałożenie kary pieniężnej na Polcourt S.A. ze względu na szczególne okoliczności po stronie Polcourt S.A. przemawiające za nienakładaniem kary pieniężnej na tego przedsiębiorcę.
- (175) Zdaniem Prezesa Urzędu ewentualna kara pieniężna nałożona na Polcourt S.A. na podstawie art. 106 ust. 1 pkt 1 ustawy *o ochronie konkurencji i konsumentów* nie zrealizuje swoich funkcji względem tego przedsiębiorcy, z uwagi na ogłoszoną w dniu 5 marca 2013 r. przez Sąd Rejonowy w Warszawie upadłość Polcourt S.A. obejmującą likwidację majątku. Ukształtowane poglądy doktryny i linia orzecznicza sądów orzekających w sprawach ochrony konkurencji wskazują na represyjną oraz prewencyjną funkcję kar pieniężnych⁴⁴. W szczególności kara pieniężna pełni funkcję represyjną poprzez wywołanie dolegliwości po stronie przedsiębiorcy, jako że godzi bezpośrednio w sferę majątkową ukaranego. Natomiast z uwagi na swą funkcję prewencyjną, kara pieniężna ma zapobiegać podobnym naruszeniom prawa konkurencji w przyszłości przez adresata decyzji nakładającej karę. Dodatkowo można wskazać na funkcję wychowawczą kary pieniężnej, bowiem Prezes Urzędu prowadząc określoną politykę karania, wskazuje pozostałym uczestnikom rynku, jakie działania uznaje za niepożądane, a jakie budzą jego aprobatę.
- (176) W przedmiotowej sprawie ewentualna kara pieniężna nałożona na Polcourt S.A. nie spełniłaby funkcji represyjnej ani prewencyjnej wobec tego przedsiębiorcy z uwagi na trwające w chwili orzekania postępowanie upadłościowe obejmujące likwidację majątku spółki. Przede wszystkim należy wskazać, że z dniem ogłoszenia upadłości Polcourt S.A. majątek spółki stał się masą upadłości, która służy zaspokojeniu wierzycieli upadłego. Ponieważ jest to upadłość obejmująca likwidację majątku, został ustanowiony syndyk, w celu likwidacji majątku spółki wchodzącego w skład masy. Poprzez sprzedaż przedsiębiorstwa upadłego w całości lub jego zorganizowanych części, sprzedaż nieruchomości i ruchomości, przez ściągnięcie wierzytelności od dłużników upadłego i wykonanie innych jego praw majątkowych wchodzących w skład masy upadłości albo ich zbycie, syndyk pozyskuje środki pieniężne niezbędne do zaspokojenia wierzycieli. Kara pieniężna nałożona na Polcourt S.A. na podstawie art. 106 ust. 1 pkt 1 ustawy *o ochronie konkurencji i konsumentów* uszczupliłaby zatem masę upadłości przeznaczoną

⁴⁴ C. Banasiński, E. Piontek (red.), *Ustawa o ochronie konkurencji i konsumentów. Komentarz*, LexisNexis, Warszawa 2009, s. 949 i tam przytoczone orzecznictwo.

dla zaspokojenia wierzycieli i tym samym zakładana „dolegliwość” kary nie dotknęłaby spółki, a osoby trzecie, które z różnych zobowiązaniowych stosunków prawnych stały się wierzycielami spółki. W takich okolicznościach funkcja represyjna kary pieniężnej nie zrealizowałaby się względem Polcourt S.A., a ewentualne skutki kary mogłyby pośrednio obciążyć wierzycieli spółki.

(177) W kwestii funkcji prewencyjnej kary pieniężnej, należy wskazać, że cel w postaci zapobieżeniu w przyszłości podobnym naruszeniom prawa przez Polcourt S.A., również nie zostanie osiągnięty. Z uwagi na toczące się postępowanie upadłościowe obejmujące likwidację majątku spółki, przedsiębiorstwo upadłego prowadzi syndyk, aż do chwili zakończenia postępowania upadłościowego poprzez wykreślenie spółki z rejestru. Skoro bowiem, u podstaw postępowania upadłościowego obejmującego likwidację, leży spieniężenie majątku spółki i zaspokojenie wierzycieli, nie można mówić o dalszym prowadzeniu działalności gospodarczej przez Polcourt S.A. Tylko w przypadku kontynuacji działalności gospodarczej spółki istniałoby zagrożenie podobnego naruszenia, a kara mogłaby spełnić funkcję prewencyjną. W tym względzie, za kontynuację działalności spółki, nie można uznać prowadzonej przez syndyka działalności spółki, czy nawet podejmowanych przez syndyka nowych przedsięwzięć, bowiem te mają wyłącznie na celu zakończenie bieżących interesów spółki. W związku z powyższym, Prezes Urzędu uznał, że kara pieniężna nie spełni również funkcji prewencyjnej wobec Polcourt S.A.

(178) Natomiast w przedmiocie funkcji wychowawczej kary pieniężnej, Prezes Urzędu uznał, że z uwagi na sytuację prawną w jakiej znajduje się Polcourt S.A. już samo stwierdzenie w sentencji decyzji naruszenia przez tego przedsiębiorcę reguł prawa konkurencji i nałożenie kary pieniężnej na drugiego uczestnika porozumienia, powinno odnieść pożądany skutek w postaci przekazu względem innych uczestników rynku, jakie działania Prezes Urzędu uznaje za ograniczające konkurencję.

(179) Reasumując, odstępując od nałożenia kary pieniężnej na Polcourt S.A., Prezes Urzędu uwzględnił cele jakie kara pieniężna ma osiągnąć oraz korzysta z uznania administracyjnego, które dotyczy wysokości kary pieniężnej oraz samego faktu jej nałożenia.

VI. Koszty postępowania

(180) Zgodnie z art. 77 ust. 1 ustawy *o ochronie konkurencji i konsumentów*, jeżeli w wyniku postępowania Prezes Urzędu stwierdził naruszenie przepisów ustawy, przedsiębiorca, który dopuścił się tego naruszenia, jest obowiązany ponieść koszty postępowania.

Natomiast w świetle art. 80 ww. ustawy, Prezes Urzędu rozstrzyga o kosztach w drodze postanowienia, które może być zamieszczone w decyzji kończącej postępowanie.

(181) Z ustawy nie wynika, co składa się na koszty postępowania, o których mowa w art. 77 ustawy *o ochronie konkurencji i konsumentów*. Wobec wyrażonego w art. 83 ww. ustawy generalnego odesłania w sprawach nieuregulowanych do przepisów ustawy *Kodeks postępowania administracyjnego* (dalej: „k.p.a.”), należy przyjąć, iż zakres tych kosztów wyznacza art. 263 § 1 k.p.a. oraz art. 264 § 1 k.p.a. W świetle 263 § 1 k.p.a. do kosztów postępowania zalicza się: (1) koszty podróży i inne należności świadków i biegłych oraz stron, (2) koszty doręczania stronom pism procesowych, (3) inne koszty bezpośrednio związane z rozstrzygnięciem sprawy.

(182) W punkcie I sentencji decyzji stwierdzono stosowanie przez Strony praktyk ograniczających konkurencję zakazanych na podstawie art. 6 ust. 1 pkt 7 ustawy *o ochronie konkurencji i konsumentów*. Koszty niniejszego postępowania wynoszą 298,67 zł (słownie: dwieście dziewięćdziesiąt osiem złotych i sześćdziesiąt siedem groszy). Składają się na nie koszty związane ze zwrotem wydatków związanych ze stawiennictwem na rozprawę administracyjną przeprowadzoną w toku niniejszego postępowania antymonopolowego świadka [**informacja utajniona**] oraz świadka [**informacja utajniona**] w kwocie odpowiednio 81,26 zł (słownie: osiemdziesiąt jeden złotych i dwadzieścia sześć groszy) oraz 33,20 zł (słownie: trzydzieści trzy złote i dwadzieścia groszy). Ponadto koszty Prezesa Urzędu w niniejszym postępowaniu stanowią wydatki, które są związane z prowadzoną w toku postępowania korespondencją.

(183) W związku z powyższym postanowiono obciążyć Saltex Europa Sp. z o.o. kosztami w wysokości 156,16 zł (słownie: sto pięćdziesiąt sześć złotych i szesnaście groszy), na które składają się koszty doręczenia stronie 9 listów w cenie 5,70 zł, 4 listów w cenie 6,45 zł oraz połowa kosztów doręczenia 2 listów w cenie 5,70 zł i 5 listów w cenie 6,45 zł, a także połowa kosztów związanych ze stawiennictwem świadków na rozprawę administracyjną tj. 57,23 zł.

(184) Jednocześnie Prezes Urzędu uznał za niecelowe obciążanie kosztami postępowania Polcourt S.A. ze względu na ogłoszoną upadłość likwidacyjną spółki. Przede wszystkim należy wskazać, że z dniem ogłoszenia upadłości Polcourt S.A. majątek spółki stał się masą upadłości, która służy zaspokojeniu wierzycieli upadłego, w związku z tym obciążenie spółki kosztami uszczupliłoby masę upadłości przeznaczoną dla zaspokojenia wierzycieli spółki.

Biorąc powyższe pod uwagę, orzeka się jak w sentencji.

(185) Zgodnie z art. 112 ust. 3 ustawy *o ochronie konkurencji i konsumentów* karę pieniężną należy uiścić w terminie 14 dni od dnia uprawomocnienia się niniejszej decyzji.

(186) Karę pieniężną należy uiścić na następujące konto Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów:

NBP O/O Warszawa 51 1010 1010 0078 7822 3100 0000.

Przy dokonywaniu wpłaty na powyższe konto należy dopisać numer decyzji Prezesa Urzędu stanowiącej podstawę jej dokonania.

(187) Zgodnie z art. 81 ust. 1 ustawy z dnia 16 lutego 2007 r. *o ochronie konkurencji i konsumentów* w związku z art. 479²⁸ § 2 ustawy z dnia 17 listopada 1964 r. *Kodeks postępowania cywilnego* (tekst jedn. Dz. U. z 2014 r., poz. 101 ze zm.), od niniejszej decyzji przysługuje odwołanie do Sądu Okręgowego w Warszawie – Sądu Ochrony Konkurencji i Konsumentów, za pośrednictwem Prezesa Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów, w terminie dwutygodniowym od dnia doręczenia niniejszej decyzji.

(188) W przypadku kwestionowania wyłącznie postanowienia o kosztach postępowania zawartego w pkt III niniejszej decyzji, stosownie do art. 81 ust. 5 ustawy *o ochronie konkurencji i konsumentów* oraz art. 264 § 2 k.p.a. w związku z 479³² § 1 i 2 k.p.c., należy wnieść zażalenie do Sądu Okręgowego w Warszawie – Sądu Ochrony Konkurencji i Konsumentów, za pośrednictwem Prezesa Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów, w terminie tygodnia od dnia doręczenia niniejszej decyzji.

*Z up. Prezesa
Urzędu Ochrony Konkurencji
i Konsumentów*

Otrzymują:

1. Saltex Europa sp. z o.o. z siedzibą we Wrocławiu
reprezentowana przez:

2. Syndyk masy upadłości
Polcourt S.A. w upadłości likwidacyjnej
p. Wiesław Ostrowski
reprezentowany przez: