



PREZES
URZĘDU OCHRONY
KONKURENCJI I KONSUMENTÓW
TOMASZ CHRÓSTNY

Katowice, 30 listopada 2021 r.

RKT.410.1.2019.AW

DECYZJA Nr RKT-5/2021

- I. Na podstawie art. 10 ust. 1 ustawy z dnia 16 lutego 2007 r. o ochronie konkurencji i konsumentów (Dz.U. z 2021 r. poz. 275), 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:
1. MASTER - Odpady i Energia Spółkę z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Tychach,
 2. Annę Fuchs-Trochim prowadzącą działalność gospodarczą pod nazwą AN-EKO Anna Fuchs-Trochim w Tychach,
 3. Zbigniewa Fuchsa prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą Zbigniew Fuchs „EKO-OGRÓD” Z.F. Konserwacja Terenów Zielonych w Tychach,
 4. BIO-EKOS Spółkę z ograniczoną odpowiedzialnością Spółkę komandytową z siedzibą w Nowym Chechle,
 5. V&T Spółkę z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Tarnowskich Górach, porozumienia ograniczającego konkurencję polegającego na uzgadnianiu przez ww. przedsiębiorców warunków ofert złożonych w przetargu nr 1/DDT/27/15 zorganizowanym w 2015 r. przez Gminę Miasto Tychy Miejski Zarząd Ulic i Mostów na zimowe utrzymanie oraz pozimowe oczyszczanie dróg i obiektów drogowych oraz letnie utrzymanie czystości na terenie miasta Tychy w sezonach 2015/2016, 2016/2017 i 2017/2018.
- II. Po przeprowadzeniu postępowania antymonopolowego, Prezes Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów z tytułu naruszenia zakazu określonego w art. 6 ust. 1 pkt 7 tej ustawy w zakresie określonym w punkcie I sentencji niniejszej decyzji nakłada -
1. na podstawie art. 106 ust. 1 pkt 1 ustawy z dnia 16 lutego 2007 r. o ochronie konkurencji i konsumentów (Dz.U. z 2021 r. poz. 275) karę pieniężną na:

- 1.1 MASTER - Odpady i Energia Spółkę z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Tychach w wysokości 1.048.393 zł (słownie: jeden milion czterdzieści osiem tysięcy trzysta dziewięćdziesiąt trzy złote), płatną do budżetu państwa,
 - 1.2 Annę Fuchs-Trochim prowadzącą działalność gospodarczą pod nazwą AN-EKO Anna Fuchs-Trochim w Tychach w wysokości 2.224 zł (słownie: dwa tysiące dwieście dwadzieścia cztery złote), płatną do budżetu państwa,
 - 1.3 Zbigniewa Fuchsa prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą Zbigniew Fuchs „EKO-OGRÓD” Z.F. Konserwacja Terenów Zielonych w Tychach w wysokości 132.225 zł (słownie: sto trzydzieści dwa tysiące dwieście dwadzieścia pięć złotych), płatną do budżetu państwa;
2. na podstawie art. 106 ust. 6 w związku z art. 106 ust. 1 pkt 1 ustawy z dnia 16 lutego 2007 r. o ochronie konkurencji i konsumentów (Dz.U. z 2021 r. poz. 275) karę pieniężną na V&T Spółkę z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Tarnowskich Górach, w wysokości 5.941 zł (słownie: pięć tysięcy dziewięćset czterdzieści jeden złotych), płatną do budżetu państwa.
- III. Na podstawie art. 113 b ustawy z dnia 16 lutego 2007 r. o ochronie konkurencji i konsumentów (Dz.U. z 2021 r. poz. 275), po przeprowadzeniu postępowania antymonopolowego, Prezes Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów, odstępuje od nałożenia kary pieniężnej, o której mowa w art. 106 ust. 1 pkt 1 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów, na BIO-EKOS Spółkę z ograniczoną odpowiedzialnością Spółkę komandytową z siedzibą w Nowym Chechle, z tytułu naruszenia zakazu, o którym mowa w art. 6 ust. 1 pkt 7 ww. ustawy, w zakresie określonym w punkcie I sentencji niniejszej decyzji.
- IV. Na podstawie art. 77 ust. 1 w związku z art. 80 ustawy z dnia 16 lutego 2007 r. o ochronie konkurencji i konsumentów (Dz.U. z 2021 r. poz. 275) oraz na podstawie art. 263 § 1 i art. 264 § 1 ustawy z dnia 14 czerwca 1960 r. Kodeks postępowania administracyjnego (Dz. U. z 2021 r., poz. 735) w związku z art. 83 ww. ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów, Prezes Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów obciąża kosztami niniejszego postępowania antymonopolowego:
1. MASTER - Odpady i Energia Spółkę z ograniczoną odpowiedzialnością w kwocie 113 zł (słownie: sto trzydzieści złotych),
 2. Annę Fuchs-Trochim prowadzącą działalność gospodarczą pod nazwą AN-EKO Anna Fuchs-Trochim w Tychach, w kwocie 107 zł (słownie: sto siedem złotych),
 3. Zbigniewa Fuchsa prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą Zbigniew Fuchs „EKO-OGRÓD” Z.F. Konserwacja Terenów Zielonych w Tychach, w kwocie 107 zł (słownie: sto siedem złotych),
 4. BIO-EKOS Spółkę z ograniczoną odpowiedzialnością Spółkę komandytową z siedzibą w Nowym Chechle, w kwocie 113 zł (słownie: sto trzydzieści złotych),
 5. V&T Spółkę z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Tarnowskich Górach w kwocie 130 zł (słownie: sto trzydzieści złotych).



oraz zobowiązuje do uiszczenia tych kosztów na rzecz Prezesa Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów w terminie 14 dni od dnia uprawomocnienia się niniejszej decyzji.

Uzasadnienie

- (1) W dniu 23 października 2017 r. BIO-EKOS Sp. z o.o. Sp.k. (zwaną dalej „BIO-EKOS”) złożył w formie skróconej wniosek o odstąpienie od wymierzenia kary pieniężnej lub jej obniżenie (zwany dalej również „wnioskiem *leniency*”) na podstawie art. 113e ustawy z 16 lutego 2007 r. o ochronie konkurencji i konsumentów (zwanej dalej także „ustawą o okik”). Wniosek ten został następnie uzupełniony do formy wniosku pełnego pismem z 4 grudnia 2017 r. i pismem z 23 kwietnia 2018 r.
- (2) Następnie Prezes Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów (zwany dalej „Prezesem Urzędu”) wszczął postępowanie wyjaśniające sygn. akt RKT.400.7.2018.AW mające na celu wstępne ustalenie, czy w ramach działalności przedsiębiorców zajmujących się utrzymaniem porządku i czystości w gminach, w tym m.in. zimowym utrzymaniem oraz pozimowym oczyszczaniem dróg i obiektów drogowych oraz letnim utrzymaniem czystości, nastąpiło naruszenie przepisów ww. ustawy uzasadniające wszczęcie postępowania antymonopolowego, w tym czy sprawa ma charakter antymonopolowy.
- (3) W toku ww. postępowania wyjaśniającego Prezes Urzędu przeprowadził kontrolę i przeszukania u przedsiębiorców, którzy złożyli oferty w przetargu nr 1/DDT/27/15 zorganizowanym w 2015 r. przez Gminę Miasto Tychy Miejski Zarząd Ulic i Mostów na zimowe utrzymanie oraz pozimowe oczyszczanie dróg i obiektów drogowych oraz letnie utrzymanie czystości na terenie miasta Tychy w sezonach 2015/2016, 2016/2017 i 2017/2018, tj. kontrolę w siedzibie BIO-EKOS Sp. z o.o. Sp.k., przeszukania w siedzibie MASTER - Odpady i Energia Sp. z o.o. oraz w miejscu wykonywania działalności gospodarczej przez Annę Fuchs-Trochim i Zbigniewa Fuchsa.
- (4) W związku z ustaleniami dokonany w postępowaniu wyjaśniającym Prezes Urzędu 18 października 2019 r. postanowieniem wszczął postępowanie antymonopolowe w sprawie podejrzenia zawarcia przez:
 - MASTER - Odpady i Energia Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Tychach (zwaną dalej „MASTER”),
 - Annę Fuchs-Trochim prowadzącą działalność gospodarczą pod nazwą AN-EKO Anna Fuchs-Trochim w Tychach (zwaną dalej „AN-EKO”),
 - Zbigniewa Fuchsa prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą Zbigniew Fuchs „EKO-OGRÓD” Z.F. Konserwacja Terenów Zielonych w Tychach (zwanego dalej „EKO-OGRÓD”),
 - BIO-EKOS,
 - V&T Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Tarnowskich Górach (zwaną dalej „V&T”),



porozumienia ograniczającego konkurencję polegającego na uzgadnianiu przez ww. przedsiębiorców warunków ofert złożonych w przetargu nr 1/DDT/27/15 zorganizowanym w 2015 r. przez Gminę Miasto Tychy Miejski Zarząd Ulic i Mostów na zimowe utrzymanie oraz pozimowe oczyszczanie dróg i obiektów drogowych oraz letnie utrzymanie czystości na terenie miasta Tychy w sezonach 2015/2016, 2016/2017 i 2017/2018, co może stanowić naruszenie art. 6 ust. 1 pkt 7 ustawy o okik.

- (5) Strony postępowania zostały zawiadomione o wszczęciu postępowania antymonopolowego i poinformowane o możliwości odniesienia się do postawionych zarzutów.
- (6) Strony przedstawiły w odpowiedzi na zawiadomienie o wszczęciu postępowania swoje stanowiska w sprawie (dowód: pismo EKO-OGRÓD z 31 października 2019 r., karty nr 1179-1180; pismo AN-EKO z 31 października 2019 r., karty nr 1183-1184; pismo MASTER z 19 listopada 2019 r., karty nr 1214-1215; pismo BIO-EKOS z 29 listopada 2019 r., karty nr 1217-1220; pismo V&T z 13 grudnia 2019 r., karty nr 1231-1232).
- (7) W piśmie z 27 kwietnia 2021 r. Prezes Urzędu przedstawił stronom postępowania *Szczegółowe Uzasadnienie Zarzutów* (zwane dalej SUZ). Dokument ten stanowi formę zapowiedzi, jakim rozstrzygnięciem Prezes Urzędu planuje zakończyć postępowanie antymonopolowe. SUZ wydany został zgodnie z „Wyjaśnieniami dotyczącymi przedstawiania Szczegółowego uzasadnienia zarzutów w postępowaniach w sprawach 1) praktyk ograniczających konkurencję, 2) nakładania kar pieniężnych jeżeli podstawa nałożenia tych kar związana jest ze sprawami z zakresu ochrony konkurencji” opublikowanymi na stronie internetowej Prezesa Urzędu. W SUZ został przedstawiony ustalony stan faktyczny oraz zaprezentowana jego ocena prawna. Prezes Urzędu wskazał, że planuje wydać decyzję stwierdzającą zawarcie przez ww. przedsiębiorców porozumienia ograniczającego konkurencję, o jakim mowa w art. 6 ust. 1 pkt 7 ustawy o okik oraz nałożyć na czterech z nich kary pieniężne. Prezes Urzędu poinformował również, że zamierza odstąpić od nałożenia kary na BIO-EKOS zgodnie z art. 113b ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów w związku ze złożeniem przez tego przedsiębiorcę wniosku w ramach programu łagodzenia kar (dowód: SUZ karty nr 1763-1780).
- (8) Strony postępowania zostały poinformowane w SUZ o możliwości odniesienia się do przedstawionych w nim twierdzeń i zamierzeń Prezesa Urzędu. Wszystkie strony postępowania skorzystały z tego prawa.
- (9) BIO-EKOS odnosząc się do SUZ wskazał, że podziela dokonaną przez Prezesa Urzędu ocenę stanu faktycznego oraz kwalifikację prawną (dowód: pismo BIO-EKOS z 18 maja 2021 r., karta nr 1793). V&T stwierdziło, że Prezes Urzędu dokonał prawidłowej oceny stanu faktycznego i prawnego w przedmiotowym postępowaniu (dowód pismo V&T z 18 maja 2021 r., karty nr 1814-1815, 1845-1846). AN-EKO oraz EKO-OGRÓD wnieśli o umorzenie postępowania antymonopolowego wobec braku naruszenia zakazu z art. 6 ust. 1 pkt 7 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów (dowód: pismo AN-EKO z 17



maja 2021 r., karty nr 1805-1807; pismo EKO-OGRÓD z 17 maja 2021 r. karty nr 1798-1800). MASTER nie zgodził się z zaprezentowanym w SUZ-ie stanowiskiem Prezesa Urzędu podnosząc, że brak jest jakichkolwiek dowodów potwierdzających jego udział w opisanym w zarzucie porozumieniu ograniczającym konkurencję (dowód: pismo MASTER z 26 maja 2021 r. karty nr 1817-1821).

- (10) Strony postępowania pismem z 6 października 2021 r. zostały zawiadomione o zakończeniu zbierania materiału dowodowego oraz możliwości zapoznania się z aktami sprawy (dowód: zawiadomienie z 6 października 2021 r., karta nr 1936). Z tego prawa skorzystały MASTER, AN-EKO i EKO-OGRÓD (dowód: notatki - zapoznanie się przez stronę z materiałem dowodowym, karty nr 1940-1942, 1946-1947, 1948-1949). Następnie MASTER złożył wniosek o umorzenie postępowania (dowód: pismo MASTER z 25 października 2021 r., karty nr 1957-1963).

USTALENIA FAKTYCZNE

Strony postępowania

MASTER

- (11) MASTER jest przedsiębiorcą wpisanym do rejestru przedsiębiorców Krajowego Rejestru Sądowego (KRS) pod numerem 0000078561 (dowód: karty nr 11-21). MASTER jest przedsiębiorstwem wykonującym kompleksowe usługi w zakresie odbioru i zagospodarowania odpadów komunalnych. Spółka specjalizuje się w wywozie, unieszkodliwianiu i selektywnej zbiórce odpadów oraz w energetyce odnawialnej. MASTER zajmuje się również zimowym i letnim utrzymaniem dróg i obiektów (dowód: pismo MASTER z 8 lipca 2019 r., karta nr 1259).
- (12) Funkcję prezesa zarządu spółki od 2 stycznia 2015 r. pełni [...].
- (13) Usługi z zakresu zimowego utrzymania oraz pozimowego oczyszczania dróg i obiektów oraz letniego utrzymania czystości mają [...] w przychodach spółki. Od 2012 r. MASTER wykonywał ww. usługi tylko na terenie Tychów. Spółka pozyskuje zlecenia na ww. usługi startując w przetargach publicznych ogłaszanych przez MZUiM w Tychach (dowód: wyjaśnienia [...] - prezesa zarządu spółki MASTER, karta nr 71).

AN-EKO

- (14) AN-EKO prowadzi działalność gospodarczą na podstawie wpisu do Centralnej Ewidencji i Informacji o Działalności Gospodarczej Rzeczypospolitej Polskiej pod nazwą AN-EKO Anna Fuchs-Trochim w Tychach (dowód: karta nr 10).
- (15) Zgodnie z wpisem do CEIDG AN-EKO rozpoczęło działalność gospodarczą 8 października 2015 r. Przeważającą działalność gospodarczą to roboty związane z budową obiektów inżynierii wodnej. W początkowym okresie działalności zimowe utrzymanie dróg stanowiło główną jej część. Obecnie AN-EKO skupia się na budowie lub rozbudowie



dróg i przystępowaniu do przetargów związanych z tymi robotami budowlanymi (dowód: wyjaśnienia Anny Fuchs-Trochim AN-EKO, karta nr 345; pismo AN-EKO z 3 lipca 2019 r., karta nr 1256).

- (16) AN-EKO zajmowało się usługami zimowego utrzymania dróg tylko na terenie miasta Tychy na zlecenie Gminy Miasto Tychy - MZUiM. AN-EKO wzięło udział w jednym przetargu na usługi zimowego utrzymania dróg, tj. w przetargu zorganizowanym w 2015 r. przez Gminę Miasto Tychy MZUiM (dowód: wyjaśnienia [...] zatrudnionej w AN-EKO, karta nr 337; wyjaśnienia Anny Fuchs-Trochim AN-EKO, karta nr 345).

EKO-OGRÓD

- (17) EKO-OGRÓD prowadzi działalność gospodarczą na podstawie wpisu do Centralnej Ewidencji i Informacji o Działalności Gospodarczej Rzeczypospolitej Polskiej pod nazwą Zbigniew Fuchs „EKO-OGRÓD” Z.F. Konserwacja Terenów Zielonych w Tychach (dowód: karta nr 9).
- (18) EKO-OGRÓD rozpoczął działalność gospodarczą w 1999 r. Zgodnie z wpisem w CEiDG przeważająca działalność gospodarcza EKO-OGRODU to roboty związane z budową obiektów inżynierii wodnej. Przedsiębiorca wyjaśnił, że zajmuje się budową i remontem dróg i chodników, utrzymaniem i konserwacją zieleni oraz utrzymaniem zimowym dróg. Głównym obszarem jego działalności jest budowa i remonty dróg i chodników. Usługi z zakresu zimowego oczyszczania dróg nie są głównym przedmiotem działalności gospodarczej EKO-OGRODU (dowód: karta nr 9; pismo EKO-OGRODU z 3 lipca 2019 r., karta nr 1253).
- (19) Usługi zimowego utrzymania oraz pozimowego oczyszczania dróg i obiektów oraz letniego utrzymania czystości EKO-OGRÓD wykonuje na terenie Gminy Miasto Tychy. W przeszłości usługi te EKO-OGRÓD wykonywał dla spółdzielni mieszkaniowych. Przedsiębiorca nie wykonuje ww. usług jako podwykonawca w sąsiednich gminach (dowód: wyjaśnienia Zbigniewa Fuchsa EKO-OGRÓD, karty nr 238-245).

BIO-EKOS

- (20) BIO-EKOS jest przedsiębiorcą wpisanym do rejestru przedsiębiorców Krajowego Rejestru Sądowego (KRS) pod numerem 0000436321 (dowód: karty nr 29-34).
- (21) BIO-EKOS w ramach prowadzonej działalności gospodarczej zajmuje się utrzymaniem terenów zielonych, utrzymaniem czystości wewnętrznej, zewnętrznej, utrzymaniem terenów spółdzielni mieszkaniowych, a także handlem materiałem paszowym. Usługi z zakresu zimowego i pozimowego oczyszczania dróg stanowią ok. [...] % całej działalności BIO-EKOS (dowód: wyjaśnienia [...] BIO-EKOS, karty nr 411-415).



- (22) Działalność w zakresie utrzymania czystości BIO-EKOS prowadzi na terenie województwa śląskiego. Świadczy usługi w Tarnowskich Górach, Bytomiu, Chorzowie. BIO-EKOS działał w Katowicach, Tychach, Bielsku-Białej.
- (23) Większość zleceń na usługi utrzymania i oczyszczania dróg i obiektów BIO-EKOS pozyskuje w ramach zamówień publicznych (przetargów). W sezonie BIO-EKOS bierze udział w ok. 4-5 przetargach. Uzyskuje również zlecenia niepubliczne, podejmuje się także roli podwykonawcy ww. usług (dowód: wyjaśnienia [...] BIO-EKOS, karty nr 411-415).

V&T

- (24) V&T jest przedsiębiorcą wpisanym do rejestru przedsiębiorców Krajowego Rejestru Sądowego (KRS) pod numerem 0000350959 (dowód: karty nr 22-28).
- (25) Głównym obszarem działalności V&T jest działalność w zakresie utrzymania zieleni. W 2019 r. V&T działało na obszarze Miasta Katowice. W latach 2015-2017 V&T prowadziło działalność w zakresie zimowego utrzymania oraz pozimowego oczyszczania dróg i obiektów oraz letniego utrzymania czystości (dowód: pismo V&T z 18 września 2019 r., karta nr 1469).
- (26) 30 czerwca 2017 r. została zawarta Umowa Sprzedaży Przedsiębiorstwa, na podstawie której V&T sprzedało BIO-EKOS swoje przedsiębiorstwo.
- (27) BIO-EKOS zobowiązał się, że będzie kontynuował działalność gospodarczą przedsiębiorstwa w tym w szczególności poprzez kontynuację umów zawartych przez V&T z jego kontrahentami (dowód: *Umowa sprzedaży przedsiębiorstwa*, karty nr 473-476).
- (28) BIO-EKOS i V&T pismem z 4 lipca 2017 r. poinformowali o sprzedaży przedsiębiorstwa V&T i o przejęciu praw i obowiązków przez BIO-EKOS przedsiębiorców, z którymi V&T było związane umową konsorcjum (dowód: pismo z 4 lipca 2017 r. karty nr 218-219).
- (29) Od marca 2016 r. do kwietnia 2019 r. prokurentem samoistnym w V&T był [...].

Przetarg nr 1/DDT/27/15

- (30) 23 września 2015 r. Gmina Miasto Tychy MZUiM ogłosiła przetarg nr 1/DDT/27/15. Przedmiotem zamówienia było zimowe utrzymanie oraz pozimowe oczyszczanie dróg i obiektów drogowych oraz letnie utrzymanie czystości na terenie miasta Tychy w sezonach 2015/2016, 2016/2017 i 2017/2018 (dowód: SIWZ, karty nr 610-719).
- (31) Na zimowe utrzymanie oraz pozimowe oczyszczanie dróg i obiektów drogowych na terenie miasta Tychy składały się: zimowe utrzymanie dróg krajowych wraz z węzłami, dróg i ulic powiatowych, dróg i ulic gminnych w dzielnicach śródmiejskich i podmiejskich oraz ich pozimowe oczyszczanie, a także zimowe utrzymanie oraz



poziome oczyszczanie obiektów drogowych (parkingów, chodników, ciągów pieszych, placów, przejść podziemnych, kładek i schodów, przejść dla pieszych).

- (32) Letnie utrzymanie czystości na terenie miasta Tychy obejmowało: mechaniczne oczyszczanie dróg i ulic (zamiatanie oraz polewanie i zraszanie), utrzymanie koszy ulicznych i czystości przejść podziemnych, kładek, tuneli oraz zamiatanie i odchwaszczanie chodników i ścieżek rowerowych oraz letnie utrzymanie parkingów i placów, utrzymanie czystości parkingów wielopoziomowych i terenu wokół parkingów położonych przy ul. Andersa i ul. Dąbrowskiego (dowód: SIWZ, Opis przedmiotu zamówienia, karty nr 632-642).
- (33) Termin wykonania zamówienia ustalono na okres od 1 listopada 2015 r. do 31 grudnia 2018 r. (dowód: SIWZ, karta nr 612).
- (34) W latach 2012-2015 wykonawcą usług objętych tożsamym przedmiotem zamówienia, jak w ww. przetargu nr 1/DDT/27/15, było konsorcjum firm złożone z MASTER, BIO-EKOS, EKO-OGRÓD. Konsorcjum to w wyniku przetargu nr 1/DDT/22/12 w dniu 31 grudnia 2012 r. zawarło z Gminą Miasto Tychy MZUiM Umowę nr 171/DDT/2012 i na jej podstawie wykonywało przedmiotowe usługi w latach 2013-2015 (dowód: Umowa nr 171/DDT/2012, karty nr 104-110). Umowa była zmieniana w związku z przejęciem w administrowanie nowych dróg, parkingów, chodników i obiektów drogowych (dowód: Aneks nr 1 z 2 listopada 2013 r., Aneks nr 2 z 2 stycznia 2015 r., karty nr 208-211).
- (35) W przetargu nr 1/DDT/27/15 zamawiający wymagał wniesienia wadium w wysokości 500.000,00 zł. Dokument potwierdzający wniesienie przez wykonawcę wadium w formie innej niż pieniądź winien być wystawiony na zamawiającego Gminę Miasto Tychy MZUiM jako beneficjenta. Wadium wnoszone w pieniądzu należało wpłacić przelewem na rachunek bankowy. Wadium w pozostałych formach należało składać w siedzibie zamawiającego, tj. w Miejskim Zarządzie Ulic i Mostów w Tychach, w kasie (dowód: SIWZ, karty nr 620-621).
- (36) Wadium w wysokości 500.000,00 zł zostało złożone przez trzech wykonawców 28 października 2015 r. w kasie MZUiM w Tychach. Konsorcjum firm: FB Serwis S.A. - lider, CESPА Compañia Española de Servicios Públicos Auxiliares S.A., „EKO” M.Golik, J. Konsek, A. Serwotka Sp.j. złożyło Gwarancję bankową nr 550011026 z 27 października 2015 r. Konsorcjum firm w składzie MASTER - lider, V&T, AN-EKO złożyło Gwarancję ubezpieczeniową nr PO/00669195/2015 z 20 października 2015 r. Konsorcjum firm: BIO-EKOS - lider i EKO-OGRÓD złożyło Gwarancję ubezpieczeniową nr 280000112647 z 26 października 2015 r. (dowód: Gwarancja bankowa nr 550011026 z 27.10.2015 r.; karty nr 564-565, karta 319 pierwsza strona ww. Gwarancji znaleziona w trakcie przeszukania w AN-EKO; Gwarancja ubezpieczeniowa nr PO/00669195/2015 z 20.10.2015 r., karty nr 566-567; Gwarancja ubezpieczeniowa nr 280000112647 z 26.10.2015 r., karta nr 568).



- (37) Strony przedmiotowego postępowania antymonopolowego przed przystąpieniem do przetargu dowiedziały się, że złożona zostanie niezależna od nich oferta (dowód: pismo BIO-EKOS z 4 grudnia 2017 r., karta nr 1494).
- (38) Do wyboru najkorzystniejszej oferty zamawiający przyjął dwa kryteria oceny:
- cena - 95%,
 - dysponowanie dodatkową (trzecią) bazą sprzętowo-materiałową spełniającą wymagania opisane w SIWZ w załączniku nr 2 *Opis przedmiotu zamówienia* - 5%. (dowód: SIWZ Opis przedmiotu zamówienia, karta nr 623).
- (39) Termin składania ofert określono na 29 października 2015 r. godz. 7.45. Otwarcie ofert nastąpiło 29 października 2015 r. o godz. 8.15 (dowód: Ogłoszenie o zamówieniu, karta nr 586).
- (40) Początkowa szacunkowa całkowita wartość zamówienia w przetargu nr 1/DDT/25/15 wynosiła: 26.070.370,52 zł (bez VAT). Bezpośrednio przed otwarciem ofert zamawiający podał, że na sfinansowanie zamówienia zamierza przeznaczyć 18.198.495,00 zł brutto (dowód: Protokół postępowania w trybie przetargu nieograniczonego, karta nr 494; Informacja o środkach finansowych, karta nr 573; Wniosek o wszczęcie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, karta nr 602).
- (41) Przed terminem otwarcia ofert, 22 października 2015 r., EKO-OGRÓD przesłał BIO-EKOS projekt umowy konsorcjum z udziałem MASTER, V&T oraz AN-EKO (dowód: mejl z adresu eko01@vp.pl z 22.10.2015 r., karty nr 351-358). Trzy dni przed terminem otwarcia ofert, 26 października 2015 r., [...] z adresu mejlowego EKO-OGRÓD przesała do BIO-EKOS załącznik do oferty obejmujący potencjał techniczny (dowód: e-mail [...] EKO-OGRÓD z 26.10.2015 r. do eko01@vp.pl przesłany dalej do [...] BIO-EKOS, karty nr 372-375). Na dwa dni przed terminem otwarcia ofert, 27 października 2015 r., MASTER przesłał do BIO-EKOS załączniki do oferty (dowód: e-mail [...] MASTER z 27.10.2015 r. do [...] BIO-EKOS, karty nr 376-390).
- (42) Na sesji otwarcia ofert 29 października 2015 r. obecne były osoby reprezentujące trzech przedsiębiorców: MASTER (lider konsorcjum z udziałem V&T i AN-EKO), FB Serwis S.A. i ZRB OSSY Sp. z o.o. Sp.k. (przedsiębiorca ten nie złożył oferty w przedmiotowym przetargu, jednak był obecny na sesji otwarcia ofert). Na sesji otwarcia ofert nie było osób reprezentujących konsorcjum BIO-EKOS i EKO-OGRÓD (dowód: Lista obecności karta nr 574, Protokół z sesji otwarcia ofert, karty nr 571-572).

(43) Wpłynęły 3 oferty opisane w poniższej tabeli.

Oferta numer	Wykonawca	Cena oferty w PLN		Dysponowanie dodatkową (trzecią) bazą sprzętowo-materiałową
		netto	brutto	
1	Konsorcjum firm:	18.457.783,69	19.936.271,63	Tak



(dowód: karty nr 720-940)	FB Serwis S.A. w Warszawie - lider, CESPA Compania Espaniola de Servicios Publicos Auxiliares S.A. w Barcelonie, „EKO” M.Golik, J. Konsek, A. Serwotka Spółka Jawna w Rybniku (zwane dalej „Konsorcjum 1”)			Tychy, ul. Serdeczna 11
2 (dowód: karty nr 941- 1051)	Konsorcjum firm: MASTER - lider, V&T, AN-EKO (zwane dalej „Konsorcjum 2”)	16.845.734,51 po poprawce omyłki rachunkowej 16.845.734,60	18.195.867,85 po poprawce omyłki rachunkowej 18.195.867,93	Tak Tychy, ul. Lokalna 11
3 (dowód: karty nr 1053- 1142)	Konsorcjum firm: BIO-EKOS - lider, EKO-OGRÓD (zwane dalej „Konsorcjum 3”)	11.793.176,89 po poprawce omyłki rachunkowej 11.793.176,81	12.739.105,61 po poprawce omyłki rachunkowej 12.739.105,52	Tak Tychy, ul. Targiela 110 A

- (44) Cena w ofercie numer 3, jak wskazało BIO-EKOS, została ustalona na granicy opłacalności i rentowności. Cena ta została ustalona w taki sposób, aby zapewnić utrzymanie zatrudnienia na dotychczasowym poziomie (dowód: pismo BIO-EKOS z 23 kwietnia 2018 r., karta nr 1704).
- (45) Wszystkie oferty zostały złożone 29 października 2015 r. Oferta Konsorcjum 1 o godzinie 7.01 (dowód: koperta, w której złożono ofertę, karta nr 720). Oferta Konsorcjum 2 o godzinie 7.04 (dowód: koperta, w której złożono ofertę, karta nr 941). Oferta Konsorcjum 3 o godzinie 7.05 (dowód: koperta, w której złożono ofertę, karta nr 1053).
- (46) Ofertę Konsorcjum 2 przygotowywała [...] (żona Zbigniewa Fuchsa współpracująca z EKO-OGRÓD), [...] (BIO-EKOS), [...] (BIO-EKOS), Zbigniew Fuchs (EKO-OGRÓD). Z ramienia MASTER cenę akceptowali prezes zarządu [...], wiceprezes zarządu [...] i [...] (dowód: wyjaśnienia [...] BIO-EKOS, karta nr 415).
- (47) Komisja przetargowa stwierdziła, że w ofercie nr 1 złożonej przez Konsorcjum 1 usługi wykazane w załączonym do oferty załączniku nr 6 *Wykaz usług* nie potwierdzają spełnienia warunku udziału w postępowaniu w zakresie posiadania wiedzy i doświadczenia. Jednocześnie bazy sprzętowo-materiałowe wykazane w załączonym do Oferty załączniku nr 7 *Potencjał techniczny* nie potwierdzały spełnienia warunku udziału w postępowaniu w zakresie dysponowania odpowiednim potencjałem (zastrzeżenia dotyczyły lokalizacji baz).
- (48) Ponadto załączone do oferty zobowiązanie zgodne z art. 26 ust. 2b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych podmiotu trzeciego do udostępnienia niezbędnych zasobów zawierało błąd, bowiem zostało złożone w formie kopii.



- (49) W ofercie nr 2 złożonej przez Konsorcjum 2 brak było dokumentu - aktualnego zaświadczenia właściwego naczelnika urzędu skarbowego potwierdzającego, że wykonawca nie zalega z opłacaniem podatków wystawionego nie wcześniej niż 3 miesiące przed upływem terminu składania ofert dla partnera konsorcjum - V&T (w przypadku składania oferty przez podmioty występujące wspólnie dokument powinien być złożony przez każdego z nich). Ponadto w ofercie brak było dokumentu potwierdzającego opłacenie 4 raty przedłożonej w ofercie polisy ubezpieczeniowej płatnej w terminie do 14 września 2015 r. (zamawiający zastrzegł obowiązek przedłożenia opłaconej polisy).
- (50) W ofercie nr 3 złożonej przez Konsorcjum 3 załączona do oferty informacja banku potwierdzająca wysokość posiadanych środków finansowych lub zdolność kredytową wykonawcy, nie potwierdziła spełnienia warunku udziału w postępowaniu dotyczącego sytuacji ekonomicznej i finansowej. W zakresie warunku udziału w postępowaniu wskazanego przez zamawiającego w pkt 3.1.4 SIWZ wykonawca w celu wykazania spełnienia tegoż warunku załączył do oferty informację z banku potwierdzającą wysokość posiadanych środków finansowych w wysokości mniejszej niż minimalna wysokość wymagana przez zamawiającego określona w pkt 3.1.4 SIWZ (co najmniej 2.500.000,00 zł). Zamawiający stwierdził również, że załączona opinia bankowa była nieaktualna na dzień składania ofert bowiem potwierdziła stan środków finansowych na dzień 3 lipca 2015 r., a więc na termin przypadający wcześniej niż 3 miesiące przed terminem składania oferty w przetargu.
- (51) W związku z powyższym komisja przetargowa zawnioskowała o wezwanie ww. wykonawców do uzupełnienia w terminie do 4 listopada 2015 r. ww. dokumentów. Następnie pismami z 30 października 2015 r. wykonawcy zostali wezwani do uzupełnienia swoich ofert (dowód: Protokół posiedzenia komisji przetargowej, karty nr 560-563; pisma MZUiM Tychy z 30 października 2015 r., karty nr 552-559).
- (52) FB Serwis S.A. - lider Konsorcjum 1 w piśmie z 2 listopada 2015 r. stwierdził, że w zakresie wymagań odnośnie wiedzy i doświadczenia jego oferta nie wymaga uzupełnień. Odnośnie wymagań co do potencjału technicznego FB Serwis uzupełnił ofertę o załącznik nr 7 w nowym brzmieniu. Wykonawca przedstawił również oryginał zobowiązania podmiotu trzeciego (dowód: Wyjaśnienia wykonawcy z 2 listopada 2015 r., karty nr 531-543). MASTER - lider Konsorcjum 2 w załączeniu do pisma z 30 października 2015 r. przedłożył potwierdzenie przelewu 4 raty polisy ubezpieczeniowej i aktualne zaświadczenie z Urzędu Skarbowego dla partnera konsorcjum V&T (dowód: pismo z 30 października 2015 r., karty nr 544-547). BIO-EKOS - lider Konsorcjum 3 w odpowiedzi na wezwanie w załączeniu do pisma z 2 listopada 2015 r. przesłał informację banku potwierdzającą wysokość posiadanych środków finansowych (dowód: pismo z 2 listopada 2015 r., karty nr 548-549).
- (53) Zamawiający zapoznał się z dokumentami złożonymi przez wykonawców i uznał, że oferta Konsorcjum 2 wraz z uzupełnionymi dokumentami spełnia warunki udziału w postępowaniu (dowód: Protokół z posiedzenia Komisji Przetargowej, karty nr 526-529).



- (54) Odnośnie uzupełnienia oferty przez BIO-EKOS - lidera Konsorcjum 3 zamawiający stwierdził, że przedstawiony przez nią dokument nie potwierdza spełnienia warunku udziału w postępowaniu dotyczącego sytuacji ekonomicznej i finansowej ponieważ informacja z banku potwierdzała wysokość posiadanych środków finansowych w wysokości mniejszej niż minimalna wysokość wymagana przez zamawiającego. Ponadto załączona przez BIO-EKOS opinia bankowa była nieaktualna na dzień składania ofert bowiem potwierdzała stan środków na dzień 8 stycznia 2015 r., a więc wcześniej niż 3 miesiące przed terminem składania ofert w przetargu. W konsekwencji Konsorcjum 3 zostało wykluczone z postępowania a jego oferta, jako złożona przez wykonawcę wykluczonego, została odrzucona (dowód: Protokół z posiedzenia Komisji Przetargowej, karty nr 526-529).
- (55) Po zapoznaniu się z wyjaśnieniami złożonymi przez FB Serwis zamawiający stwierdził, że wykonawca ten dokonał błędnej interpretacji zapisów SIWZ w zakresie opisu sposobu dokonania oceny spełnienia warunku dotyczącego posiadania wiedzy i doświadczenia tym samym w związku z niewykazaniem przez wykonawcę spełnienia tego warunku wykluczył go z postępowania, a jego ofertę odrzucił (dowód: Protokół z posiedzenia Komisji Przetargowej, karty nr 526-529).
- (56) Jednocześnie zamawiający odstąpił od wezwania konsorcjum z BIO-EKOS do złożenia wyjaśnień w związku z wątpliwościami co do możliwości wykonania zgodnie z wymaganiami przedmiotu zamówienia za zaproponowaną w ofercie cenę (dowód: Protokół z posiedzenia Komisji Przetargowej, karty nr 526-529).
- (57) Jak wynika z wyjaśnień złożonych przez [...] oferta BIO-EKOS i EKO-OGRÓD została przygotowana na wypadek wpłynięcia w przetargu innej (konkurencyjnej) oferty. Braki oferty BIO-EKOS i EKO-OGRÓD były łatwe do uzupełnienia (dowód: wyjaśnienia [...] BIO-EKOS, karta nr 482).
- (58) Z postępowania wykluczono zatem dwóch wykonawców:
1. Konsorcjum 1,
 2. Konsorcjum 3.
- (59) Najkorzystniejsza okazała się oferta nr 2 złożona przez Konsorcjum 2. Wykonawca spełniał warunki udziału w postępowaniu, jego oferta nie podlegała odrzuceniu i była ważna. W kryterium „cena” oferta otrzymała 95,00 pkt, a w kryterium „dysponowanie dodatkową (trzecią) bazą sprzętowo-materiałową - 5 pkt (dowód: Protokół postępowania w trybie przetargu nieograniczonego, karta nr 496).
- (60) 17 listopada 2015 r. Gmina Miasto Tychy MZUiM zawarła Umowę nr 145/DDT/2015 z wybranym w przetargu wykonawcą (dowód: Umowa nr 145/DDT/2015, karty nr 221-233, 295-307; egzemplarz umowy tylko z podpisem MASTER, karty nr 119-130).

Oferta Konsorcjum MASTER, BIO-EKOS, EKO-OGRÓD

- (61) Przedsiębiorcy wchodzący w skład Konsorcjum 2 i Konsorcjum 3 oprócz ofert opisanych powyżej w Tabeli 1 do przetargu nr 1/DDT/27/15 przygotowali jeszcze jedną ofertę,



tj. ofertę konsorcjum o składzie: MASTER - lider, BIO-EKOS - partner i EKO-OGRÓD - partner (dalej jako „Konsorcjum 4”) z ceną 18.543.008,21 zł netto (20.028.923,44 zł brutto). Na ofercie widnieje data 29 października 2015 r. Oferta ta została podpisana przez lidera Konsorcjum 4 zgodnie z udzielonym mu 24 września 2015 r. przez BIO-EKOS i EKO-OGRÓD pełnomocnictwem. Na mocy wymienionego pełnomocnictwa MASTER bez potrzeby dokonywania jakichkolwiek innych czynności był upoważniony do samodzielnego reprezentowania w przedmiotowym przetargu każdego z członków Konsorcjum 4, jak i całego Konsorcjum 4, oraz do zawarcia umowy z zamawiającym. Pełnomocnictwo obejmowało umocowanie do dokonywania wszelkich czynności wynikających z przetargu (dowód: Oferta wykonawcy, karty nr 315-318 - pierwsza strona z podpisami MASTER i kosztorys ofertowy, pozyskane w trakcie przeszukania w AN-EKO; Oferta wykonawcy przedstawiona przez BIO-EKOS z wnioskiem *leniency*, karty nr 1508-1571; Pełnomocnictwo z 24 września 2015 r. podpisane MASTER, BIO-EKOS i EKO-OGRÓD dołączone przez BIO-EKOS do ww. wniosku, karta nr 1747).

- (62) 26 października 2015 r., 3 dni przed upływem terminu składania ofert, pracownik BIO-EKOS skierował do pracownika MASTER mejl zatytułowany „*wycofanie oferty*” o treści: *”hej W! załączniku przesyłam Ci pismo do podpisu w sprawie wycofania oferty. Dopisz tylko Twój numer dowodu osobistego. Pozdrawiam (...)*”. Mejl dotyczył wycofania z przetargu nr 1/DDT/27/15 oferty Konsorcjum 4. Do mejla został dołączony załącznik - pismo Konsorcjum 4 z 29 października 2015 r. adresowane do Gminy Miasto Tychy MZUiM, w którym Konsorcjum 4 oświadcza, że wycofuje ofertę złożoną w przetargu nr 1/DDT/27/15 w dniu 29 października 2015 r. i rezygnuje z udziału w tym przetargu (dowód: mejl z adresu [...]@bio-ekos.pl wysłany na adres [...]@master.tychy.pl, karty nr 396-397).
- (63) W dniu otwarcia ofert w przetargu nr 1/DDT/27/15, tj. 29 października 2015 r. zamawiający otrzymał od wykonawcy - Konsorcjum 4 - gwarancję ubezpieczeniową zapłaty wadium nr PO/00664660/2015 z 25 września 2015 r. (dowód: pismo MZUiM z 5 lutego 2019 r., karta nr 488). Gwarant zobowiązał się w niej, że zapłaci na rzecz Gminy Miasto Tychy MZUiM kwotę 500.000,00 zł - sumę gwarancyjną odpowiadającą wysokości wadium zgodnie z wymaganiami SIWZ w postępowaniu nr 1/DDT/27/15 na „Zimowe utrzymanie oraz pozimowe oczyszczanie dróg i obiektów drogowych oraz letnie utrzymanie czystości na terenie miasta Tychy w sezonach 2015/2016, 2016/2017 i 2017/2018” z terminem składania oferty upływającym w dniu 29 października 2015 r. (dowód: Gwarancja Ubezpieczeniowa zapłaty wadium, karty nr 67-68, 1146-1147).
- (64) Wydanie gwarancji przez ubezpieczyciela było poprzedzone podpisaniem *Załącznika nr 16* z dnia 25 września 2015 r. do *Umowy ramowej* o udzielenie gwarancji kontraktowych w ramach limitu odnawialnego GNL-UF/2015/893/UG z dnia 19.05.2015 r. zawartej z Generali Towarzystwo Ubezpieczeń SA z siedzibą w Warszawie dotyczącego wydania w ciężar limitu przyznanego MASTER gwarancji ubezpieczeniowej nr PO/00664660/2015

¹ Pisownia oryginalna.



z dnia 25 września 2015 r. na rzecz Gminy Miasto Tychy MZUiM (dowód: Załącznik nr 16, karta nr 69).

- (65) Gwarancję ubezpieczeniową zapłaty wadium nr PO/00664660/2015 przygotował MASTER (dowód: Wyjaśnienia [...], karta nr 90; e-mail [...] MASTER z 25 września 2015 r. do [...] FINCON; e-mail [...] FINCON z 25 września 2015 r. do [...] MASTER, karty nr 367-371).
- (66) O ofercie Konsorcjum 4 wypowiedział się [...] (MASTER), który stwierdził, że: *„Skoro była gwarancja wadialna to prawdopodobnie gdzieś taka oferta mogła istnieć, że być może jeszcze byliśmy w konsorcjum z Bio-Ekos i Eko-Ogrodem, ale czy taka oferta była w stu procentach ..., właśnie, ja teraz nie pamiętam, muszę pani powiedzieć jedną rzecz, czy my po prostu złożyliśmy tą ofertę i ją wycofaliśmy przed otwarciem, czy po prostu ta oferta w ogóle nie została złożona, tego nie mogę pani na tą chwilę powiedzieć, bo nie pamiętam tego po prostu.”* (dowód: wyjaśnienia [...] MASTER, karta nr 90).
- (67) W przedmiotowym przetargu nr 1/DDT/27/15 złożone zostały 3 oferty. Nie było wśród nich oferty Konsorcjum 4.

Relacje między MASTER, BIO-EKOS, V&T, EKO-OGRÓD i AN-EKO

- (68) BIO-EKOS pismem z dnia 29 października 2015 r., w związku z uczestnictwem V&T w przetargu nr 1/DDT/27/15 ogłoszonym przez Gminę Miasto Tychy MZUiM na zimowe utrzymanie i pozimowe oczyszczanie dróg, zobowiązał się w przypadku wygrania przetargu przez V&T do wydzierżawienia mu sprzętu, tj. pługo-piaskarek, ciągników z pługiem i rozrzutnikiem, samochodów dostawczych i zamiatarki chodnikowej (dowód: Zobowiązanie, karta nr 469).
- (69) 1 grudnia 2015 r. V&T zawarła z BIO-EKOS *Umowę w zakresie oczyszczania terenów zewnętrznych*. Na gruncie tej umowy BIO-EKOS był podwykonawcą V&T w zakresie zimowego utrzymania i pozimowego oczyszczania dróg powiatowych i gminnych oraz obiektów drogowych (parkingów, przejść podziemnych, placów, chodników, ciągów, kładek pieszych, schodów, przejść dla pieszych oraz azyli o łącznej powierzchni [...] m² w ramach realizacji przedmiotu zamówienia w przetargu nr 1/DDT/27/15. Umowa została zawarta na czas określony od 1 listopada 2015 r. do 31 grudnia 2018 r. (dowód: umowa z 1 grudnia 2015 r., karty nr 1412-1414.)
- (70) EKO-OGRÓD wydzierżawiał swoje pojazdy, w tym pługi i piaskarki, AN-EKO na potrzeby Akcji Zima na terenie Tychów (dowód: wyjaśnienia Zbigniewa Fuchsa EKO-OGRÓD, karta nr 241; wyjaśnienia [...] AN-EKO, karta nr 338).
- (71) 16 listopada 2015 r. EKO-OGRÓD zawarł z AN-EKO *Umowę dzierżawy* [...] pojazdów będących jego własnością, z których każdy był wyposażony w GPS, pługi i piaskarkę. Zgodnie z umową AN-EKO zobowiązała się płacić EKO-OGRÓD miesięcznie czynsz w wysokości określonej w umowie dla danego pojazdu. Wydzierżawione pojazdy miały służyć do świadczenia usług w ramach działalności gospodarczej prowadzonej przez

14



AN-EKO, w szczególności do Akcji Zima (dowód: *Umowa dzierżawy pojazdów* karty nr 153-167).

(72) 31 października 2016 r. EKO-OGRÓD zawarł z AN-EKO następną umowę - *Umowę dzierżawy [...] pojazdów* będących jego własnością (dowód: *Umowa dzierżawy pojazdów*, karty nr 169-184). Kolejną umowę strony zawarły 31 października 2017 r. Zgodnie z umową AN-EKO zobowiązała się płacić EKO-OGRÓD miesięcznie czynsz w wysokości określonej w umowie dla danego pojazdu. Wydzierżawione pojazdy miały służyć do świadczenia usług w ramach działalności gospodarczej prowadzonej przez AN-EKO, w szczególności do Akcji Zima. Umowa została zawarta na okres trwania Akcji zima wynikający z umowy zawartej z MZUiM w Tychach w sezonie 2017/2018 (dowód: *Umowa dzierżawy pojazdów*, karty nr 185-189, 190-204).

(73) 30 czerwca 2017 r. została zawarta Umowa Sprzedaży Przedsiębiorstwa, na podstawie której V&T sprzedał BIO-EKOS swoje przedsiębiorstwo. W skład przedsiębiorstwa wchodziły w szczególności:

- własność wyposażenia zakładu,
- prawa wynikające z umów zawartych przez V&T z jego kontrahentami, w tym prawa wynikające z umowy konsorcjum z 26 października 2015 r. zawartej pomiędzy V&T, Master i AN-EKO, której przedmiotem jest realizacja umowy w sprawie zamówienia publicznego zawartej z Gminą Miasto Tychy MZUiM,
- prawa wynikające z umowy najmu lokalu, w którym mieści się siedziba V&T, znajdującego się w Tarnowskich Górach.

BIO-EKOS zobowiązał się, że będzie kontynuował działalność gospodarczą przedsiębiorstwa w tym w szczególności poprzez kontynuację umów zawartych przez V&T z jego kontrahentami.

Przystąpienie BIO-EKOS (nabywcy przedsiębiorstwa V&T) do wykonania umowy zawartej z Gminą Miastem Tychy

(74) 29 września 2017 r. pomiędzy Konsorcjum 2 a Gminą Miasto Tychy MZUiM zawarte zostało porozumienie, w którym konsorcjanci wyrazili zgodę na przystąpienie BIO-EKOS (nabywcy przedsiębiorstwa V&T) do wykonania umowy zawartej z Gminą Miasto Tychy MZUiM, której przedmiotem była realizacja zamówienia publicznego p.n. „Zimowe utrzymanie oraz pozimowe oczyszczenie dróg i obiektów drogowych oraz letnie utrzymanie czystości na terenie miasta Tychy w sezonach 2015/2016, 2016/2017 i 2017/2018”. Za należyte wykonanie umowy V&T i BIO-EKOS ponosiły odpowiedzialność solidarną (dowód: Porozumienie, karty nr 146-147, 220).

Powiązania osobowe między stronami postępowania

(75) Między AN-EKO i EKO-OGRÓD oraz między V&T i BIO-EKOS istnieją powiązania osobowe.



- (76) Zbigniew Fuchs - właściciel firmy EKO-OGRÓD jest ojcem Anny Fuchs-Trochim właścicielki firmy AN-EKO. [...], zatrudniona od 1 lutego 2016 r. na podstawie umowy o pracę w AN-EKO, prywatnie jest żoną Zbigniewa Fuchsa - we wspólnocie majątkowej z mężem, oraz matką Anny Fuchs-Trochim. Ponadto [...] była osobą współpracującą z EKO-OGRÓD, o której mowa w art. 8 ust. 11 ustawy z 13 października 1998 r. o systemie ubezpieczeń społecznych² (Dz.U. z 2021 r. poz. 423, 432, 619). AN-EKO i EKO-OGRÓD mają taki sam adres wykonywania działalności gospodarczej, którym jest ul. Dojazdowa 8, 43-100 Tychy, gdzie AN-EKO wynajmowała od EKO-OGRÓD pomieszczenia (dowód: wyjaśnienia Zbigniewa Fuchsa, karta nr 240; Protokół przeszukania AN-EKO, karta nr 278; wyjaśnienia [...], karta nr 337; wyjaśnienia Anny Fuchs-Trochim, karta nr 344, pismo EKO-OGRÓD z 23 czerwca 2021 r., karta nr 1870; pismo AN-EKO z 23 czerwca 2021 r., karta nr 1872).
- (77) [...] od marca 2016 r. do kwietnia 2019 r. był jedynym wspólnikiem i prokurentem V&T. [...] jest ojcem [...], która jest jednym z dwóch wspólników w BIO-EKOS Sp. z o.o.³ oraz była komplementariuszem i prokurentem w BIO-EKOS Sp. z o.o. Sp.k. Ponadto [...] pełni funkcję dyrektora zarządzającego w BIO-EKOS Sp. z o.o. Sp.k., a od sierpnia 2018 r. został jej wspólnikiem i prokurentem samoistnym (dowód: pismo BIO-EKOS z 29 listopada 2019 r., karta nr 1218, wniosek *leniency* BIO-EKOS, karty nr 1493, 1496).

Obrót osiągnięty przez strony postępowania

- (78) W toku przeprowadzonego postępowania ustalono wysokość obrotu uzyskanego przez MASTER w 2015 r. i w 2020 r. (dowód: Rachunek zysków i strat, karty nr 1855, 1895). Ustalono również wysokość obrotu V&T w latach 2015, 2018-2020 (dowód: Rachunki zysków i strat, karty nr 1397, 1453, 1865, 1907). Jednocześnie ustalono przychód AN-EKO i EKO-OGRÓD w 2015 r. i w 2020 r. (dowód: pismo AN-EKO z 14 kwietnia 2021 r., karta nr 1445; pismo EKO-OGRÓD z 14 kwietnia 2021 r., karta nr 1442; pisma Naczelnika Urzędu Skarbowego w Tychach z 27 sierpnia 2021 r., karty nr 1923-1927). Informacje o wysokości obrotu uzyskanego przez AN-EKO i EKO-OGRÓD zostały uznane za tajemnicę przedsiębiorstwa na mocy *Postanowienia nr 12* i *Postanowienia nr 13* z 26 kwietnia 2021 r. oraz *Postanowienia nr 16* i *Postanowienia nr 17* z 8 września 2021 r. zostały objęte ograniczeniem prawa wglądu.

² Art. 8 ust. 11 ustawy o systemie ubezpieczeń społecznych stanowi: Za osobę współpracującą z osobami prowadzącymi pozarolniczą działalność, zleceniobiorcami oraz z osobami fizycznymi, wskazanymi w art. 18 ust. 1 ustawy z dnia 6 marca 2018 r. - Prawo przedsiębiorców, o której mowa w art. 6 ust. 1 pkt 4- 5a, uważa się małżonka, dzieci własne, dzieci drugiego małżonka i dzieci przysposobione, rodziców, macochę i ojczyma oraz osoby przysposabiające, jeżeli pozostają z nimi we wspólnym gospodarstwie domowym i współpracują przy prowadzeniu tej działalności lub wykonywaniu umowy agencyjnej lub umowy zlecenia; nie dotyczy to osób, z którymi została zawarta umowa o pracę w celu przygotowania zawodowego.

³ BIO-EKOS Sp. z o.o. jest wspólnikiem uprawnionym do reprezentowania BIO-EKOS Sp. z o.o. Sp.k.



Stanowisko stron postępowania

MASTER

- (79) W odpowiedzi na zawiadomienie o wszczęciu postępowania antymonopolowego MASTER wniósł o umorzenie w stosunku do tej spółki postępowania antymonopolowego. MASTER nie zgodził się z postawionym zarzutem i zaprzeczył, aby uczestniczył w jakimkolwiek porozumieniu, którego celem byłoby ograniczenie konkurencji, w tym opisane w art. 6 ust. 1 pkt 7 ustawy o okik. Zdaniem MASTER okoliczność ta nie znajduje potwierdzenia w materiale dowodowym zgromadzonym w ramach prowadzonego postępowania.
- (80) W ocenie MASTER Prezes Urzędu wywodzi swoje stanowisko z faktu, że przedsiębiorcy wchodzący w skład Konsorcjum 2 i Konsorcjum 3 przygotowali jeszcze jedną ofertę oraz opłacili wadium a następnie zdecydowali o wycofaniu tej oferty z postępowania, co potwierdza e-mail z 29 października 2015 r. Zdaniem MASTER Prezes Urzędu podnosi, że został uzgodniony schemat, który miał doprowadzić, aby ostatecznie zwyciężyła oferta konsorcjum z wyższą ceną, tj. że w przypadku braku innych ofert złożona miała zostać oferta Konsorcjum 4, a w przypadku pojawienia się innych ofert miała zostać złożona oferta Konsorcjum 2, która ostatecznie wygrała przedmiotowe postępowanie oraz oferta Konsorcjum 3, która, jak wskazał Prezes Urzędu w *Postanowieniu nr 1*, była na granicy opłacalności i celowo niekompletna.
- (81) MASTER uważa, że nie sposób zgodzić się z tym wnioskowaniem, ponieważ Prezes Urzędu dokonuje nieuprawnionego połączenia faktów, które w rzeczywistości nie miały ze sobą żadnego związku, a ponadto zasadniczo pomija, że oferta Konsorcjum 4, które dokonano wpłaty wadium nigdy nie została złożona, co równoznaczne musi być z tym, że nie mogło dojść do naruszenia o którym mowa w art. 6 ust. 1 pkt 7 ustawy o okik.
- (82) Odnosząc się do zarzutu MASTER zwrócił również uwagę na następujące kwestie:
1. negocjowania przez przedsiębiorców warunków startu w postępowaniach przetargowych i ustalenia zasad współpracy nie można uznać za sprzeczne z obowiązującymi przepisami prawa, albowiem umowa konsorcjum stanowi zwykłą umowę cywilnoprawną i podlega negocjacjom jak każdy inny kontrakt cywilnoprawny;
 2. każdy z uczestników postępowania we własnym zakresie uprawniony był do prób uzyskania jak najlepszej oferty od partnerów, z którymi miał ewentualnie wspólnie wykonywać kontrakt, zwłaszcza gdy sam nie był w stanie go realizować;
 3. brak jest potwierdzenia w aktach sprawy, aby doszło do jakiegokolwiek uzgodnienia w jakiegokolwiek formie, potwierdzenie znajduje tylko fakt prowadzenia negocjacji, co nie może być jednoznaczne z działaniem lub planowaniem, którego celem ma być wyeliminowanie, ograniczenie lub naruszenie w inny sposób konkurencji na rynku właściwym;
 4. nie jest jasne na jakiej podstawie Prezes Urzędu uznał, że BIO-EKOS (Konsorcjum 3) celowo złożył ofertę nie spełniającą kryteriów w sytuacji, gdy składał



- wyjaśnienia odnośnie przedstawionych przez zamawiającego wątpliwości i po złożeniu oferty czynnie uczestniczył w prowadzonym postępowaniu;
5. całkowicie bez związku pozostają umowy dzierżawy zawarte przez AN-EKO pojazdów wyposażonych w GPS, jak również fakt zobowiązania się BIO-EKOS do wydzierżawienia V&T sprzętu w sytuacji wygrania przez ten podmiot postępowania.
- (83) MASTER podniósł, że współpracował z BIO-EKOS i EKO-OGRÓD na podstawie umów konsorcjum w poprzednim okresie, jednak bez wątpienia jako podmiot prawa handlowego był uprawniony do poszukiwania nowych partnerów handlowych, co nie może być równoznaczne z naruszeniem przepisów ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów.
- (dowód: pismo z 19 listopada 2019 r., karty nr 1214- 1215)
- (84) Ustosunkowując się do SUZ-u MASTER po raz kolejny zaprzeczył jakoby zawarł zarzucane stronom niniejszego postępowania porozumienie ograniczające konkurencję.
- (85) Zdaniem MASTER podejmowane w 2015 r. przez MASTER rozmowy związane z potencjalną współpracą w ramach konsorcjum miały charakter czysto biznesowy i celem ich było jedynie wypracowanie najkorzystniejszej oferty do złożenia w przetargu, a nie zawarcie porozumienia ograniczającego konkurencję. MASTER podkreślił, że oferta Konsorcjum 4 (MASTER, BIO-EKOS, EKO-OGRÓD) nie została nigdy złożona w przetargu, stąd mejl pracownika BIO-EKOS skierowany do pracownika MASTER związany z wycofaniem tej oferty pozostawał bezprzedmiotowy, co podważa twierdzenia o współpracy tych przedsiębiorców.
- (86) MASTER zaznaczył, że w następstwie decyzji BIO-EKOS i EKO-OGRÓD (Konsorcjum 3) o samodzielnym udziale w przetargu i złożeniu odrębnej oferty, w wyniku prowadzonych negocjacji zawarł umowę konsorcjum z dwoma innymi wykonawcami, tj. AN-EKO i V&T. Krok ten podyktowany był brakiem wystarczającego potencjału do samodzielnego wykonania przez MASTER całości przedmiotu zamówienia w przedmiotowym przetargu.
- (87) Ponadto MASTER wskazał, że udział w przedmiotowym przetargu nie był istotny dla jego funkcjonowania, a usługi objęte przedmiotem zamówienia nie zaliczają się do głównego przedmiotu jego działalności. Zaznaczył również, że nie miał żadnego interesu faktycznego, czy finansowego w istnieniu Konsorcjum 3, które złożyło w przetargu ofertę z najniższą ceną i na własną odpowiedzialność nie uzupełniło tej oferty.
- (88) MASTER podniósł także, że nie miał żadnej wiedzy ani możliwości dowiedzenia się, że w przetargu wpłynęła lub wpłynie inna niezależna oferta. Poza tym zwrócił uwagę, że jako jedyny nie był powiązany osobowo lub kapitałowo z żadnym z pozostałych uczestników składających oferty w przetargu.



- (89) Zarazem MASTER przedstawił pisemne wyjaśnienia prezesa zarządu spółki oraz wnioś o jego przesłuchanie na okoliczność: ustaleń MASTER w zakresie przystąpienia do przetargu, nieprzystąpienia MASTER do zarzucanego porozumienia ograniczającego konkurencję, interesu BIO-EKOS w rozstrzygnięciu przedmiotowego przetargu, zakresu zaangażowania MASTER w umowę zawartą w wyniku przedmiotowego przetargu, przedmiotu negocjacji między uczestnikami konsorcjum, zakresu działań przedstawicieli/pracownika MASTER w ramach przygotowywania oferty, braku większego znaczenia postępowania przetargowego dla MASTER w zakresie prowadzonej przez niego działalności gospodarczej i osiągniętych zysków.
- (90) Po zapoznaniu się ze zgromadzonym materiałem dowodowym MASTER ponownie złożył wniosek o umorzenie przedmiotowego postępowania antymonopolowego i niestwierdzenie zawarcia przez MASTER niedozwolonego porozumienia.
- (91) MASTER podniósł, że znajdujące się w aktach sprawy wyjaśnienia [...], [...] i Zbigniewa Fuchsa, pomimo złożonego 23 października 2017 r. wniosku *leniency* nie zawierają pytań i odpowiedzi dotyczących okoliczności zawarcia porozumienia, celów tego porozumienia i środków jego realizacji.
- (92) MASTER zwrócił uwagę, że w sytuacji istnienia choćby jednej oferty, która w kolejności najkorzystniejszych ofert byłaby druga i poprzedzała ofertę złożoną przez Konsorcjum 2, MASTER nie brałby udziału w realizacji przetargu, gdyż nie uczestniczył w Konsorcjum 3, którego oferta była najkorzystniejsza.
- (93) Dalej MASTER wskazał, że BIO-EKOS i EKO-OGRÓD złożyły ofertę z bardzo niską ceną, której celem było zapewnienie im zwycięstwa w przetargu, niezależnie od tego jakie inne oferty zostaną w nim złożone. Następnie BIO-EKOS i EKO-OGRÓD podjęły z pominięciem MASTER decyzję o nieuzupełnieniu braków formalnych oferty, co skutkowało jej odrzuceniem przez zamawiającego. Ponieważ, jak stwierdziło BIO-EKOS, celem porozumienia było utrzymanie zatrudnienia i uniknięcie redukcji, to jedynie BIO-EKOS i EKO-OGRÓD były zainteresowane i zdeterminowane do zawarcia między sobą ewentualnego porozumienia i wygrania przetargu. Zdaniem MASTER w toku postępowania winno podlegać wyjaśnieniu, jak kształtowało się zatrudnienie związane z realizacją przedmiotowego przetargu w poszczególnych przedsiębiorstwach.
- (94) MASTER po raz kolejny zaznaczył brak po swojej stronie interesu faktycznego i finansowego w wygraniu przetargu. Dla MASTER realizacja przedmiotu zamówienia nie stanowiła istotnego w strukturze przychodów MASTER źródła przychodów, a jego udział w przedmiotowym przetargu nie może być uznany za istotny dla funkcjonowania spółki.
- (95) MASTER zwrócił uwagę, że pomimo twierdzeń BIO-EKOS, zgodnie z którymi uczestnicy postępowania dowiedzieli się o konkurencyjnej ofercie od wskazanego imiennie przedstawiciela Tyskie Drogi, osoba ta nie została przesłuchana w toku postępowania.



- (96) Ponadto MASTER nie zgodził się ze stanowiskiem BIO-EKOS wyrażonym we wniosku *leniency*, zgodnie z którym za stwierdzeniem porozumienia przemawia również to, że MASTER nie nałożył na BIO-EKOS i EKO-OGRÓD kary umownej zastrzeżonej w umowie konsorcjum z 7 grudnia 2012 r. łączącej MASTER, BIO-EKOS i EKO-OGRÓD, a zawartej na potrzeby postępowania przetargowego Gminy Tychy dotyczącego zimowego utrzymania dróg w okresie wcześniejszym, obejmującym sezony 2012/2013, 2013/2014 i 2014/2015. Zdaniem MASTER naliczenie kary umownej w świetle postanowień umowy konsorcjum było niedopuszczalne.
- (97) MASTER stwierdził, że w sprawie nie został wyjaśniony motyw, jakim kierował się BIO-EKOS składając wniosek *leniency*. Zwrócił również uwagę na, istniejący jego zdaniem, element pretensji do MASTER dotyczący rzekomo gorszego traktowania pozostałych konsorcjantów przy realizacji przetargów. Jednocześnie MASTER podtrzymał wniosek o przesłuchanie prezesa zarządu MASTER.

(dowód: pismo z 26 maja 2021 r., karty nr 1817-1821, 1860-1864; pismo z 17 czerwca 2021 r., karta nr 1853; pismo z 25 października 2021 r., karty nr 1957-1963).

AN-EKO

- (98) AN-EKO w odpowiedzi na postawiony zarzut wniosło o umorzenie postępowania antymonopolowego.
- (99) Zdaniem AN-EKO zgromadzony materiał dowodowy nie potwierdza zawarcia przez przedsiębiorców wymienionych w *Postanowieniu nr 1* porozumienia ograniczającego konkurencję. AN-EKO wskazało na brak analizy dokumentów związanych z V&T, która została połączona z BIO-EKOS dopiero w 2017 r. Ocena materiału dowodowego, zaprezentowana przez Prezesa Urzędu, w ocenie AN-EKO nie dowodzi, ani nie potwierdza zawarcia niedozwolonego porozumienia ograniczającego konkurencję. Wspomnianą w akapicie 12 *Postanowienia nr 1* wiadomość e-mail z projektem umowy EKO-OGRÓD wysłał do BIO-EKOS przez pomyłkę, myląc załączniki na których pracowało AN-EKO. Natomiast e-mail z 26 października 2015 r. to wykaz sprzętu, jakim dysponował EKO-OGRÓD na dany dzień i jaki powinien być dołączony do oferty Konsorcjum firm EKO-OGRÓD i BIO-EKOS.
- (100) AN-EKO zwróciło uwagę, że opisana w akapitach 34 i 35 *Postanowienia nr 1* umowa dzierżawy została zawarta już po ogłoszeniu wyników postępowania przetargowego. Ponadto, na dzierżawę przedmiotowych pojazdów były wystawiane comiesięczne faktury VAT, z których był odprowadzony podatek VAT. Nie sposób zgodzić się ze stanowiskiem Prezesa Urzędu, że dzierżawa pojazdów to to samo co podwykonawstwo, które było zakazane w przedmiotowym przetargu. Nie sposób się z tym zgodzić chociażby z uwagi na brzmienie art. 693 § 1 K.c., zgodnie z którym wdzierżawiający zobowiązuje się oddać dzierżawcy rzecz do używania i pobierania pożytków przez oznaczony czas a dzierżawca zobowiązuje się płacić umówiony czynsz. Podwykonawstwo jest pojęciem szerszym. Podwykonawca w istocie zastępuje



głównego wykonawcę w danym zleceniu kompleksowo. Tymczasem przedmiotowe umowy dotyczyły wyłącznie rzeczy: pojazdów, zatem zdecydowanie w przedmiotowej sprawie nie można mówić o podwykonawstwie.

- (101) Dalej AN-EKO stwierdziło, że oferta Konsorcjum 4 została stworzona, ale nie została podpisana i zaakceptowana przez pozostałych konsorcjantów, co zostało wyjaśnione już podczas przeszukania. Z kolei stwierdzenie, że przedsiębiorcy objęci podejrzeniem stworzyli trzy oferty przetargowe, AN-EKO uznało za nieprawdziwe.
- (102) AN-EKO podniosło, że [...] jest zatrudniona w AN-EKO od 1 lutego 2016 r., zatem w 2015 r. nie była w żaden sposób powiązana z AN-EKO.
- (103) AN-EKO zwróciło uwagę, że jego siedziba mieści się w Tychach przy ul. Dojazdowej 8, a pod tym adresem miesi się pięć lub więcej firm, zaś EKO-OGRÓD ma swoją siedzibę w Tychach przy ul. Katowickiej 36b.
- (104) AN-EKO zauważyło, że z art. 6 ust. 1 pkt 7 ustawy o okik wynika zakaz tylko takich porozumień, których „celem lub skutkiem” jest wyeliminowanie, ograniczenie lub naruszenie w inny sposób konkurencji na rynku. Porozumienie pomiędzy wymienionymi w postanowieniu firmami przynajmniej co do zakresu prac niewątpliwie istniało i nie było ono przez nie ukrywane w ramach dopuszczalnej przez przepisy prawa instytucji konsorcjum. Zdaniem AN-EKO nie sposób jednak stwierdzić, że porozumienie to miało na celu wyeliminowanie lub ograniczenie konkurencji na rynku lub by stało się to jego skutkiem.
- (105) W przedmiotowej sprawie Prezes Urzędu oparł swoje ustalenia wyłącznie na domniemaniach, czego przykładem jest nieprzekonująca hipoteza o ustaleniu kilku wariantów składania ofert, w zależności od tego, czy w postępowaniu pojawią się inni oferenci, czy nie.
- (dowód: pismo AN-EKO z 31 października 2019 r., karty nr 1183-1184)
- (106) W odpowiedzi na SUZ AN-EKO podtrzymało swoje stanowisko wyrażone w odpowiedzi na zawiadomienie o wszczęciu postępowania antymonopolowego i wniosło ponownie o jego umorzenie.
- (107) W ustosunkowaniu się do SUZ-u AN-EKO ponownie zarzuciło Prezesowi Urzędu nieprawidłowe używanie pojęć podwykonawstwo oraz dzierżawa powtarzając argumentację w tym zakresie przedstawioną w piśmie z 31 października 2019 r. (przytoczony powyżej w akapicie 100 niniejszej decyzji). Zauważyć więc należy, że Prezes Urzędu ani w uzasadnieniu *Postanowienia nr 1* o wszczęciu postępowania antymonopolowego, ani w SUZ-ie nie wypowiedział się odnośnie tego, czy AN-EKO było podwykonawcą EKO-OGRÓD. Zarówno w *Postanowieniu nr 1* (akapity 34-35), jak i w SUZ (akapity nr 65-67), w ramach ustaleń faktycznych, Prezes Urzędu wskazał, że EKO-OGRÓD wydzierżawił swoje pojazdy AN-EKO. Tym samym AN-EKO formułując przedmiotowy zarzut kwestionuje nieistniejącą wypowiedź Prezesa Urzędu.



- (108) Ponadto AN-EKO wniosło o zwrócenie się do Sądu Rejonowego w Tychach o akta sprawy o sygn. IX C 300/20, a następnie sprecyzowało ten wniosek wnosząc o dopuszczenie i przeprowadzenie dowodu z protokołów zeznań prokurenta V&T - [...] w celu wykazania, że „V&T sp. z o.o. była podwykonawcą BIO-EKOS sp. z o.o. pomimo tego, że Zamawiający zakazał podwykonawstwa”.
- (109) Po zapoznaniu się ze zgromadzonym materiałem dowodowym AN-EKO wraz z EKO-OGRÓD, we wspólnym piśmie, w całości podtrzymały swoje dotychczasowe stanowisko w sprawie i ponownie złożyły wniosek o umorzenie przedmiotowego postępowania antymonopolowego.
- (110) Wyżej wymienione strony postępowania podniosły, że w toku przeprowadzonych czynności nie dokonano analizy dokumentów związanych z V&T, nie ustalono w jakim charakterze w toku czynności kontrolnych w 2018 r. przesłuchany został [...] oraz nie wyjaśniono jego roli w strukturach V&T.
- (111) Zdaniem AN-EKO i EKO-OGRÓD z nieuzasadnionych powodów odstąpiono od przesłuchania [...] oraz [...] - osób powiązanych z BIO-EKOS i z V&T, a także nie przesłuchano viceprezesa MASTER [...].
- (112) AN-EKO i EKO-OGRÓD podkreśliły, że BIO-EKOS jako lider konsorcjum, celowo załączył błędną opinię bankową, bez wiedzy EKO-OGRÓD. EKO-OGRÓD nie ponosi odpowiedzialności za treść oferty. BIO-EKOS zataił fakt zawarcia umowy z V&T w dniu otwarcia ofert, tj. 29 października 2015 r., na dzierżawy pojazdów.
- (113) AN-EKO i EKO-OGRÓD podniosły, że BIO-EKOS wykorzystał fakt, że posiadał pełnomocnictwo i z premedytacją przedstawił zamawiającemu błędną opinię bankową, czego efektem było wykluczenie konsorcjum BIO-EKOS i EKO-OGRÓD (Konsorcjum 3) z postępowania na zimowe utrzymanie oraz pozimowe oczyszczanie dróg pomimo najlepszej ceny. W całej tej sytuacji Zbigniew Fuchs był w rzeczywistości poszkodowanym, który stracił konsorcjanta, a w dodatku, na mocy udzielonego pełnomocnictwa, nie miał wpływu na ofertę.
- (114) Ponadto w ocenie AN-EKO i EKO-OGRÓD twierdzenie, że zostało zawarte konsorcjum EKO-OGRÓD, BIO-EKOS i MASTER jest niczym nie potwierdzone, brak bowiem pełnomocnictwa i umowy konsorcjum z MASTER. Oferta znajdująca się w aktach sprawy jest podpisana przez zarząd MASTER. Brak również pełnomocnictwa, które zarząd MASTER miałby udzielić innemu podmiotowi. AN-EKO i EKO-OGRÓD zwróciły uwagę, że u zamawiającego znajdowała się jedynie gwarancja bankowa, nie zaś całościowa oferta, zgodna ze SIWZ.
- (115) AN-EKO i EKO-OGRÓD podniosły, że przypuszczenia Prezesa Urzędu o istniejącym porozumieniu nie znajdują oparcia w innych materiale dowodowym, aniżeli twierdzenia przedstawiciela BIO-EKOS. Oferta Konsorcjum 4 została stworzona, ale finalnie nie została podpisana i zaakceptowana przez pozostałych konsorcjantów.
- (116) Podsumowując swoje stanowisko AN-EKO i EKO-OGRÓD stwierdziło, że przedmiotowe postępowanie antymonopolowe jest bezprzedmiotowe i winno zostać umorzone.



(dowód: pismo z 17 maja 2021 r., karty nr 1805-1808, pismo z 23 czerwca 2021 r., karta nr 1872, pismo z 4 listopada 2021 r. karty nr 1978-198, pismo z 15 listopada 2021 r. karty nr 1982-1986)

EKO-OGRÓD

(117) EKO-OGRÓD ustosunkował się do postawionego zarzutu przedstawiając te same co AN-EKO, opisane powyżej argumenty (z wyłączeniem informacji o zatrudnieniu [...]).

(118) Dodatkowo EKO-OGRÓD odniósł się do wypowiedzi z *Postanowienia nr 1*, że przedsiębiorcy MASTER, BIO-EKOS i EKO-OGRÓD współpracowali ze sobą w ramach konsorcjum, które w latach 2012-2015 wykonywało usługi z zakresu zimowego utrzymania oraz pozimowego oczyszczania dróg i obiektów drogowych oraz letniego utrzymania czystości na terenie miasta Tychy, łączyły ich zatem kontakty biznesowe i osobowe, które mogły być wykorzystywane również w związku z uczestnictwem w postępowaniu o udzielenie zamówienia na ww. usługi ogłoszonym przez Gminę Miasto Tychy MZUiM w 2015 r. EKO-OGRÓD stwierdził, że BIO-EKOS i MASTER współpracowały w ramach wykonywania prac związanych z zimowym utrzymaniem dróg i chodników w latach 2012-2015. Przedsiębiorców łączyły jednak jedynie kontakty biznesowe.

(dowód: pismo EKO-OGRÓD z 31 października 2019 r., karty nr 1179-1180).

(119) W odpowiedzi na SUZ EKO-OGRÓD podtrzymał swoje stanowisko wyrażone w odpowiedzi na zawiadomienie o wszczęciu postępowania antymonopolowego i wniósł ponownie o jego umorzenie.

(120) Podobnie jak AN-EKO, EKO-OGRÓD wniósł o zwrócenie się do Sądu Rejonowego w Tychach o akta sprawy o sygn. IX C 300/20.

(121) Po zapoznaniu się ze zgromadzonym materiałem dowodowym EKO-OGRÓD, we wspólnym piśmie z AN-EKO, w całości podtrzymał swoje dotychczasowe stanowisko w sprawie i ponownie złożył wniosek o umorzenie przedmiotowego postępowania antymonopolowego. Uzasadnienie tego stanowiska zostało przytoczone powyżej w akapitach nr 110-116.

(dowód: pismo z 17 maja 2021 r., karty nr 1798-1801, pismo z 23 czerwca 2021 r., karta nr 1870, pismo z 4 listopada 2021 r. karty nr 1978-198, pismo z 15 listopada 2021 r. karty nr 1982-1986)

BIO-EKOS

(122) BIO-EKOS odpowiadając na postawiony zarzut poinformował, że przedstawienie przez Prezesa Urzędu podejrzenia zawarcia przez MASTER, AN-EKO, EKO-OGRÓD, BIO-EKOS i V&T porozumienia ograniczającego konkurencję jest dla niego zrozumiałe i uzasadnione, zważywszy na wniosek BIO-EKOS z 19 października 2017 r. o odstąpienie od wymierzenia kary pieniężnej lub jej obniżenie.



- (123) Zarazem BIO-EKOS potwierdził informacje złożone na etapie postępowania wyjaśniającego i zadeklarował wolę współpracy z Prezesem Urzędu w pełnym zakresie.
- (124) Następnie BIO-EKOS zwrócił uwagę na powiązania osobowe pomiędzy BIO-EKOS i V&T, które w jego ocenie uzasadniają uznanie BIO-EKOS i V&T za jeden organizm gospodarczy oraz przedstawił relacje rodzinne i funkcje pełnione przez poszczególne osoby w BIO-EKOS, BIO-EKOS Sp. z o.o. komplementariuszu BIO-EKOS oraz V&T.
- (125) [...] jest córką [...]. [...] pełniła i pełni następujące funkcje:
BIO-EKOS Sp. z o.o. Sp.k.:
- były komandytariusz (data wykreślenia wpisu w zakresie prokury w KRS BIO-EKOS Sp. z o.o. Sp.k. - 09.08.2018 r.)
- były prokurent (data wykreślenia wpisu w zakresie prokury w KRS BIO-EKOS Sp. z o.o. Sp.k. - 09.08.2018 r.)
BIO-EKOS Sp. z o.o. - wspólnik - posiada 50% udziałów;
V&T - były prezes zarządu, posiadała 50% udziałów V&T (data wprowadzenia wpisu w zakresie posiadanych udziałów w KRS - 11.05.2012 r., data wykreślenia - 21.05.2014 r.);
- (126) [...] jest ojcem [...]. [...] pełnił i pełni następujące funkcje:
V&T - były wspólnik posiadał 100% udziałów (data wprowadzenia wpisu w zakresie posiadanych udziałów w KRS - 15.03.2016 r., data wykreślenia - 15.04.2019 r.), prokurent samoistny;
BIO-EKOS Sp. z o.o. Sp.k.
- prokurent
- komandytariusz (data wprowadzenia wpisu w zakresie posiadanych udziałów w KRS BIO-EKOS Sp. z o.o. Sp.k. - 09.08.2018 r.).
- (127) [...] jest dziadkiem [...] oraz teściem [...]. [...] pełnił i pełni następujące funkcje:
BIO-EKOS Sp. z o.o. Sp.k. - pracownik.
V&T
- jedyny wspólnik - posiadający 100% udziałów (data wprowadzenia wpisu w zakresie posiadanych udziałów w KRS V&T - 15.04.2019 r.),
- prokurent samoistny (data dokonania wpisu prokury w KRS V&T - 15.04.2019 r.).
- (128) [...] pełniła i pełni następujące funkcje:
BIO-EKOS Sp. z o.o. Sp.k. - komandytariusz,
BIO-EKOS Sp. z o.o. - wspólnik - posiada 50% udziałów, prezes zarządu,
V&T - posiadała 50% udziałów V&T (data wprowadzenia wpisu w zakresie posiadanych udziałów w KRS - 11.05.2012 r., data wykreślenia - 21.05.2014 r.), były prokurent samoistny.
- (129) Poza opisanymi powyżej relacjami rodzinnymi pomiędzy spółkami zachodzą jeszcze inne powiązania osobowe - [...] - pełni funkcję dyrektora ds. handlowych w BIO-EKOS Sp. z o.o. Sp.k. oraz jest prezesem zarządu V&T.



- (130) BIO-EKOS zwróciła uwagę na ścisłe powiązania osobowe pomiędzy BIO-EKOS oraz V&T, które umożliwiają swobodne kształtowanie struktury organizacyjnej w każdej ze spółek. Wpływa to bezpośrednio na faktyczne funkcjonowanie BIO-EKOS oraz V&T, w szczególności w zakresie struktury i organizacji działalności prowadzonych przez BIO-EKOS oraz V&T.
- (131) W ocenie BIO-EKOS nietrafnym jest stwierdzenie zawarte w *Postanowieniu nr 1*, w punkcie 49, jakoby [...] koordynował zachowania w związku z przygotowaniem i składaniem ofert w przetargu. Dostrzeżona przez Prezesa Urzędu „koordynacja” stanowiła zdaniem BIO-EKOS jedynie wynik ścisłych relacji osobowych i rodzinnych pomiędzy BIO-EKOS i V&T w latach 2016-2019⁴, a więc w okresie po rozstrzygnięciu przetargu.
- (132) Na ścisłą zależność pomiędzy V&T i BIO-EKOS, w opinii BIO-EKOS, wskazuje również fakt, że V&T działając pod dawną firmą Caro 1 Sp. z o.o. była współnikiem w BIO-EKOS Sp. z o.o. w latach 2010-2012 (V&T została wpisana do KRS pod firmą Caro 1 dnia 10 marca 2010 r.).
- (133) Dalej BIO-EKOS stwierdziła, że celem porozumienia było złożenie ofert w taki sposób, aby MASTER został liderem który wygra przetarg, w szczególności w kontekście pojawienia się oferty konkurencyjnego względem MASTER konsorcjum z FB Serwis. Prezes zarządu MASTER [...] (były wiceprezydent Gminy Miasto Tychy) oraz rzekomo posiadane przez niego kontakty miały zagwarantować pomyślne rozstrzygnięcie przetargu. [...] był osobą odpowiedzialną za kontakty z zamawiającym - MZUiM. Prezes MASTER działał jako inicjator i koordynator porozumienia.
- (134) BIO-EKOS zwróciła uwagę, że spośród trzech konsorcjów utworzonych przez uczestników porozumienia, MASTER był liderem Konsorcjum 4 i Konsorcjum 2. Zgodnie z założeniami porozumienia, w razie braku konkurencyjnych ofert (względem uczestników porozumienia) złożona miała być wyłącznie oferta Konsorcjum 4. W razie pojawienia się konkurencji, miały zostać złożone oferty Konsorcjum 2 i Konsorcjum 3, przy czym oferta Konsorcjum 3, przy korzystnym zestawieniu ofert, w którym oferta Konsorcjum 3 zajmowałaby pierwsze miejsce, a oferta Konsorcjum 2 - drugie miejsce, oferta Konsorcjum 3 miała podlegać odrzuceniu w toku postępowania przetargowego, z uwagi na z góry założone braki oferty.
- (135) Podstawowym założeniem porozumienia było zapewnienie, aby MASTER był liderem zwycięskiego konsorcjum w przetargu. Jedyne konsorcjum, które z założenia miało nie wygrać przetargu, nie było utworzone przez MASTER. Inicjatywa zawarcia porozumienia leżała po stronie MASTER, który namawiał i zachęcał do zawarcia porozumienia, aby zagwarantować sobie pozycję lidera konsorcjum, które ostatecznie wygra przetarg.

⁴ Data wpisu prokury [...] do KRS V&T to 15 marca 2016 r., data wykreślenia prokury to 15 kwietnia 2019 r. W tym samym okresie [...] był jedynym współnikiem V&T.



- (136) BIO-EKOS wskazała, że MASTER, BIO-EKOS i EKO-OGRÓD współpracowały ze sobą w latach 2012-2015 w ramach konsorcjum, które wykonywało usługi z zakresu zimowego utrzymania oraz pozimowego oczyszczania dróg i obiektów drogowych oraz letniego utrzymania czystości na terenie miasta Tychy. Ponieważ żaden z konsorcjantów nie dysponował potencjałem niezbędnym do wykonania pełnego zakresu ww. usług, konieczne było zawarcie konsorcjum, którego połączone zasoby umożliwiały udział w przetargu. Z tych samych przyczyn MASTER, BIO-EKOS oraz EKO-OGRÓD zawarły umowę konsorcjum na udział w kolejnym przetargu organizowanym przez miasto Tychy. BIO-EKOS nie dysponuje zasobami finansowymi niezbędnymi do zakupu sprzętu oraz materiałów, które byłyby niezbędne do samodzielnego wykonania usług z zakresu zimowego utrzymania oraz pozimowego oczyszczania dróg i obiektów drogowych oraz letniego utrzymania czystości na terenie miasta Tychy.
- (137) Zdaniem BIO-EKOS AN-EKO powstało w celu zawiązania porozumienia oraz udziału w przetargu. Jak wynika z informacji dostępnej w CEiDG AN-EKO powstało 8 października 2015 r. Poza tym AN-EKO nie kontynuuje działalności w zakresie zimowego utrzymania dróg oraz pozimowego oczyszczania dróg i obiektów drogowych oraz letniego utrzymania czystości. Wskazana powyżej okoliczność w ocenie BIO-EKOS potwierdza, że inicjatorem porozumienia był MASTER, który jako lider Konsorcjum 2 nawiązał współpracę z nowopowstałym podmiotem gospodarczym wyłącznie w celu uzyskania korzystnego dla siebie układu ofert w przetargu.
- (dowód: pismo BIO-EKOS z 29 listopada 2019 r., karty nr 1217-1220).
- (138) W odpowiedzi na SUZ BIO-EKOS podtrzymała swoje dotychczasowe stanowisko co do zarzutu postawionego przez Prezesa Urzędu stronom niniejszego postępowania. Stwierdziła, że zarzut zawarcia porozumienia ograniczającego konkurencję jest dla niej zrozumiały i uzasadniony. BIO-EKOS podzieliła dokonaną przez Prezesa Urzędu w przedmiotowym postępowaniu ocenę stanu faktycznego oraz kwalifikację prawną, w tym kwalifikację schematu składania oferty w przedmiotowym przetargu oraz rolę poszczególnych stron postępowania.
- (dowód: pismo BIO-EKOS z 18 maja 2021 r., karta nr 1793).

V&T

- (139) V&T ustosunkowało się do postawionego zarzutu w piśmie z 13 grudnia 2019 r., które na mocy *Postanowienia nr 10* z 26 kwietnia 2021 r. zostało objęte ograniczeniem prawa wglądu. Następnie w odpowiedzi na SUZ V&T stwierdziła, że Prezes Urzędu dokonał prawidłowej oceny stanu faktycznego i prawnego w przedmiotowym postępowaniu.
- (dowód: pismo V&T z 13 grudnia 2019 r., karty nr 1231-1232; pismo V&T z 18 maja 2021 r., karty nr 1814-1845, 1845-1846).



Ocena prawna ustalonych faktów

Określenie zarzutu

(140) Stronom niniejszego postępowania antymonopolowego postawiony został zarzut zawarcia porozumienia ograniczającego konkurencję, o którym mowa w art. 6 ust. 1 pkt 7 ww. ustawy o okik, polegającego na uzgadnianiu przez ww. przedsiębiorców warunków ofert złożonych w przetargu nr 1/DDT/27/15 zorganizowanym w 2015 r. przez Gminę Miasto Tychy Miejski Zarząd Ulic i Mostów na zimowe utrzymanie oraz pozimowe oczyszczanie dróg i obiektów drogowych oraz letnie utrzymanie czystości na terenie miasta Tychy w sezonach 2015/2016, 2016/2017 i 2017/2018. Porozumienie takie w doktrynie prawa konkurencji określane jest jako „zmowa przetargowa”.

Interes publiczny

(141) Zgodnie z art. 1 ust. 1 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów określa ona „warunki rozwoju i ochrony konkurencji oraz zasady podejmowanej w interesie publicznym ochrony interesów przedsiębiorców i konsumentów”. Tak określony cel ustawy oznacza, że ma ona charakter publiczny i służy ochronie interesu publicznego (ogólnospołecznego), a Prezes Urzędu nie może podejmować działań w celu ochrony interesów indywidualnych. Ochrona konkurencji jako mechanizmu funkcjonowania gospodarki dokonywana jest ze względu na fakt, że praktyki naruszające zakaz zawierania porozumień ograniczających konkurencję godzą w interes odbiorców, a ostatecznie w dobrobyt konsumenta i jako sprzeczne z naczelnym celem ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów powinny być surowo karane. Interes publiczny w postępowaniu administracyjnym nie jest pojęciem stałym; jest konkretyzowany w każdej sprawie.

(142) Przedmiotem niniejszego postępowania jest zmowa przetargowa, tj. rodzaj horyzontalnego (zawartego pomiędzy konkurentami) porozumienia zaliczanego do najcięższych naruszeń prawa ochrony konkurencji. Porozumienia takie zazwyczaj wywołują niekorzystne skutki na rynku, zniekształcając, ograniczając albo eliminując na nim konkurencję, przez co naruszają interes ogólnospołeczny. Uzgodnienie pomiędzy konkurentami treści składanych ofert przetargowych oraz zachowań w toku przetargu mogą powodować podwyższenie poziomu cen przedmiotu zamówienia oraz ograniczyć zakres wyboru i jakość usług dostępnych dla zamawiającego. Zmowy przetargowe mogą zniweczyć cel, jaki ma być osiągnięty w drodze przetargu, a mianowicie wybór najkorzystniejszej oferty złożonej przez oferentów w warunkach konkurencji.

(143) Z powyższych względów w niniejszej sprawie została spełniona przesłanka naruszenia interesu publicznego, a zatem istnieją podstawy dla przeprowadzenia analizy zachowań MASTER, AN-EKO, EKO-OGRÓD, BIO-EKOS i V&T w świetle zakazu stosowania praktyk ograniczających konkurencję.



Rynek właściwy

- (144) Praktyki ograniczające konkurencję ujawniają się na określonym rynku właściwym, który powinien zostać zdefiniowany w sprawie. Należy mieć przy tym na uwadze, że porozumienia ograniczające konkurencję polegające na uzgadnianiu przez przedsiębiorców przystępujących do przetargu warunków składanych ofert nie podlegają wyłączeniu spod zakazu, o którym mowa w art. 6 ust. 1 pkt 7 ustawy o okik z uwagi na udział w rynku nie przekraczający tzw. progu bagatelności (kwestia stosowania m.in. tego wyłączenia omówiona jest w dalszej części niniejszego pisma).
- (145) Ustawowe wyłączenie zastosowania przepisu art. 7 ust. 1 pkt 1 ustawy o okik (por. art. 7 ust. 3 w zw. z art. 6 ust. 1 pkt 7 ww. ustawy) oznacza, że dla stwierdzenia stosowania praktyki ograniczającej konkurencję w postaci zmowy przetargowej nie jest konieczna precyzyjna delimitacja rynku właściwego w sprawie oraz analiza udziałów rynkowych uczestników porozumienia. Przy analizie niniejszej sprawy, szersza bądź węższa definicja rynku właściwego nie będzie zatem miała istotnego znaczenia.
- (146) Zgodnie z art. 4 pkt 9 ustawy o okik przez rynek właściwy rozumie się rynek towarów, 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 ich rodzaj i właściwości, istnienie barier dostępu do rynku, preferencje konsumentów, znaczące różnice cen i koszty transportu, panują zbliżone warunki konkurencji.
- (147) Z przywołanej wyżej definicji ustawowej wynika, że rynek właściwy określa się w ujęciu produktowym (przedmiotowym) i geograficznym (terytorialnym). Rynek w znaczeniu przedmiotowym odnosi się do towarów w rozumieniu art. 4 pkt 7 ustawy o okik. Natomiast rynek w ujęciu geograficznym odnosi się do obszaru, na jakim towary te są oferowane. Przez towary należy rozumieć zarówno rzeczy, jak i energię, papiery wartościowe i inne prawa majątkowe, usługi, a także roboty budowlane (art. 4 pkt 7 ww. ustawy). Pojęcie rynku właściwego odnosi się przedmiotowo do wszystkich wyrobów (usług) jednego rodzaju, które ze względu na swoje szczególne właściwości odróżniają się od innych wyrobów (usług) w taki sposób, że nie istnieje możliwość dowolnej ich zamiany. Rynek właściwy produktowo obejmuje wszystkie towary, które służą zaspokajaniu tych samych potrzeb nabywców, mają zbliżone właściwości, podobne ceny i reprezentują podobny poziom jakości. Określenie wymiaru geograficznego polega na wskazaniu obszaru, na którym warunki konkurencji, mające zastosowanie do określonych towarów, są zbieżne dla wszystkich konkurentów. Zatem, aby wyznaczyć rynek właściwy określoną działalność poddaje się analizie z punktu widzenia produktowego (asortymentowego) i geograficznego.
- (148) W niniejszej sprawie rynkami właściwymi w ujęciu produktowym, na jakich mogło zostać zawarte niedozwolone porozumienie są rynek zimowego utrzymania oraz pozimowego oczyszczania dróg i obiektów drogowych oraz rynek letniego utrzymania czystości. Za takim określeniem rynków w ujęciu produktowym przemawia przeznaczenie tych usług oraz ich właściwości.



- (149) Na zimowe utrzymanie oraz pozimowe oczyszczanie dróg i obiektów drogowych składają się: zimowe utrzymanie dróg krajowych wraz z węzłami, dróg i ulic powiatowych, dróg i ulic gminnych w dzielnicach śródmiejskich i podmiejskich oraz ich pozimowe oczyszczanie, a także zimowe utrzymanie oraz pozimowe oczyszczanie obiektów drogowych (parkingów, chodników, ciągów pieszych, placów, przejść podziemnych, kładek i schodów, przejść dla pieszych).
- (150) Letnie utrzymanie czystości obejmuje: mechaniczne oczyszczanie dróg i ulic (zamiatanie oraz polewanie i zraszanie), utrzymanie koszy ulicznych i czystości przejść podziemnych, kładek, tuneli oraz zamiatanie i odchwaszczanie chodników i ścieżek rowerowych oraz letnie utrzymanie parkingów i placów, utrzymanie czystości parkingów wielopoziomowych i terenu wokół parkingów (SIWZ, Opis przedmiotu zamówienia, karty nr 632-642).
- (151) Do letniego utrzymywania czystości konieczne jest posiadanie specjalistycznego sprzętu takiego, jak: zamiatarki z systemem zraszania, zamiatarki chodnikowe z funkcją zraszania, czy polewarki uliczne.
- (152) Do prowadzenia akcji zimowej i zamiatania dróg konieczne jest posiadanie specjalistycznego sprzętu takiego, jak: pługo-piaskarki, ciągniki z pługiem i rozrzutnikiem, samochody dostawcze, koparko-ładowarki lub ładowarki, zamiatarki z systemem zraszania, pługi wirnikowe lub samochody o zabudowie hakowej z kontenerem, samochody samowyładowcze.
- (153) Usługi zimowego utrzymania dróg są z definicji sezonowe, wykonywane przeważnie pomiędzy listopadem a kwietniem. Cechą tego rodzaju usług jest również konieczność utrzymania dróg zgodnie z zasadami określonymi dla danego standardu tych dróg, które szczegółowo wskazują zakres prac do wykonania. W niniejszej sprawie zasady te zostały wyszczególnione w SIWZ do analizowanego przetargu (dowód: SIWZ, karty nr 632, 649-665).
- (154) Specyficzną cechą usługi zimowego utrzymania dróg jest także realizowanie jej przy stałej współpracy z zamawiającym, w szczególności w zakresie momentu rozpoczęcia i zakończenia akcji oraz sprawdzania stanu nawierzchni dróg i obiektów drogowych.
- (155) Usługi letniego utrzymania czystości realizowane są z reguły od kwietnia do października, z tym, że usługi takie, jak opróżnianie koszy, usuwanie potraconych zwierząt, likwidacja miejsc zanieczyszczonych, sprzątanie powierzchni dróg i ulic po odpustach oraz czyszczenie miejsc po kolizjach samochodowych wykonywane są przez cały rok.
- (156) Właściwości przedmiotowe (produktowe) analizowanych rynków wyznacza rodzaj działalności, na wykonanie której zapotrzebowanie zgłosił zamawiający, w ramach organizowanych przez niego zamówień publicznych, którym w okolicznościach sprawy jest Gmina Miasto Tychy. Pomiędzy utrzymaniem dróg w miesiącach letnich oraz zimowych występują różnice związane m.in. z potrzebą odśnieżania dróg w miesiącach zimowych oraz potrzebą mechanicznego oczyszczania dróg i ulic w pozostałej części



roku. Ponadto, na usługi zimowego utrzymania, pozimowego oczyszczania oraz letniego utrzymania dróg i obiektów drogowych składają się poszczególne prace, z których każda wymaga posiadania odpowiedniego rodzaju sprzętu i umiejętności/doświadczenia po stronie wykonawcy (np. odśnieżanie i mechaniczne zamiatanie).

- (157) Analizując okoliczności niniejszej sprawy Prezes Urzędu doszedł do przekonania, że rynek zimowego utrzymania oraz pozimowego oczyszczania dróg i obiektów drogowych oraz rynek letniego utrzymania czystości mają wymiar lokalny, obejmujący teren Gminy Miasta Tychy. Wprawdzie, w wypadku rynku usług zimowego utrzymania, pozimowego oczyszczania oraz rynku letniego utrzymania dróg i obiektów drogowych, przedsiębiorcy ubiegający się o zamówienie nie napotykają na prawne, ani administracyjne bariery dostępu do przetargów organizowanych w różnych miejscach w kraju przez podmioty z sektora publicznego (głównie jednostki samorządu terytorialnego), tym niemniej względy o charakterze praktycznym przemawiają za zawężeniem granic rynku geograficznego i uznaniem, że ma on charakter lokalny. Przede wszystkim należy wskazać na fakt wysokich kosztów transportu związanych z przemieszczaniem pracowników i sprzętu na większe odległości od głównego miejsca prowadzenia działalności przez przedsiębiorcę.
- (158) Ponadto ograniczenie wymiaru geograficznego rynku zimowego utrzymania oraz pozimowego oczyszczania dróg i obiektów drogowych oraz rynku letniego utrzymania czystości do rynku lokalnego wynika z istoty zakresu działania jednostek samorządu terytorialnego. Gminy mogą organizować i zamawiać przedmiotowe usługi jedynie na swoim terytorium. Należy również zauważyć, że działania podjęte przez strony niniejszego postępowania objęte postawionym im zarzutem odnosiły się do udziału w przetargu organizowanym przez jedną Gminę.
- (159) Na zasadność wyznaczenia rynku w ujęciu geograficznym jako rynku lokalnego obejmującego teren miasta Tychy wskazują również wymagania jakie w przetargu, którego dotyczy postawiony zarzut, zamawiający postawił wykonawcom, a mianowicie obowiązek przystąpienia do czynności związanych z prowadzeniem akcji zimowego utrzymania dróg w ciągu 30 minut od chwili podjęcia decyzji o rozpoczęciu akcji oraz obowiązek posiadania na terenie miasta Tychy dwóch baz sprzętowo-materiałowych wraz z zapleczem warsztatowym umożliwiające podjęcie pracy w miejscu świadczenia usługi w czasie nie dłuższym niż 30 minut od momentu zgłoszenia podjęcia akcji czynnej. Ponadto bazy te z uwagi na nietypowy dla dużych miast układ komunikacyjny, a także konieczność realizacji usunięcia skutków opadów zimowych uwzględniając przyjęte w SIWZ standardy zimowego utrzymania dróg powinny być zlokalizowane po przeciwnych stronach DK1 przebiegającej przez Tychy (dowód: SIWZ karta nr 636). Położenie baz poza terenem miasta Tychy nie gwarantowałoby utrzymania zdolności do wykonania umowy zwłaszcza, że zarówno czas rozpoczęcia realizacji, jak i czas niezbędny do wykonania usługi nie jest ani przewidywalny, ani też możliwy do zaplanowania.



(160) Mając powyższe na uwadze Prezes Urzędu uznał, że rynki, na których doszło do ograniczenia konkurencji w niniejszej sprawie, to lokalny rynek zimowego utrzymania oraz pozimowego oczyszczania dróg i obiektów drogowych oraz lokalny rynek letniego utrzymania czystości obejmujące teren Gminy Miasta Tychy.

„Zmowa przetargowa” - definicja

(161) Zgodnie z art. 6 ust. 1 pkt 7 ustawy o okik zakazane są porozumienia, których celem lub skutkiem jest wyeliminowanie, ograniczenie lub naruszenie w inny sposób konkurencji na rynku właściwym, polegające w szczególności 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. Powyższe porozumienia w doktrynie prawa konkurencji nazywane są zmwami przetargowymi. W celu ustalenia, czy przedsiębiorca dopuścił się zawarcia porozumienia ograniczającego konkurencję, w tym zmywy przetargowej, Prezes Urzędu musi ustalić, czy spełnione są następujące przesłanki:

- 1) zawarcie porozumienia miało miejsce pomiędzy przedsiębiorcami,
- 2) celem lub skutkiem porozumienia było wyeliminowanie, ograniczenie lub naruszenie w inny sposób konkurencji na rynku właściwym,
- 3) porozumienie nie podlega wyłączeniu spod zakazu.

(162) Należy przy tym wyjaśnić, że z porozumieniem, o którym mowa w art. 6 ust. 1 pkt 7 ustawy o okik mamy do czynienia nie tylko w sytuacji, w której jego strony dokonały ustaleń dotyczących konkretnych warunków składanych przez każdą ze stron ofert, ale zakaz wynikający z tego przepisu należy rozumieć szerzej. Znamiona zmywy przetargowej mają bowiem różnego rodzaju zachowania podejmowane przez zmwiających się, prowadzące do koordynacji ich działań. Jak wskazuje się w orzecznictwie *„przedsiębiorcy nie muszą ustalać wszystkich warunków udziału w przetargu. Wystarczy fakt porozumienia się w przedmiocie jednego z elementów postępowania (...) lub tego, iż jeden z potencjalnych oferentów, który z reguły występował w przetargach wycofa się”*⁵. Również możliwe jest stwierdzenie zawarcia zmywy przetargowej w razie uzgodnienia co do nie uczestniczenia określonych wykonawców w danym przetargu, czy w razie zawarcia antykonkurencyjnego konsorcjum⁶.

Status przedsiębiorców

(163) Zakaz stosowania praktyk ograniczających konkurencję adresowany jest wyłącznie do przedsiębiorców. Zgodnie z definicją przedsiębiorcy, zawartą w art. 4 pkt 1 ustawy o okik pod pojęciem tym należy rozumieć m.in. przedsiębiorcę w rozumieniu przepisów ustawy z 6 marca 2018 r. - Prawo przedsiębiorców (Dz. U. z 2021 r. poz. 162). W myśl

⁵ Wyrok Sądu Apelacyjnego w Warszawie z 13 października 2009 r., sygn. akt VI ACa 6/09.

⁶ Wyrok Sądu Apelacyjnego w Warszawie z 8 czerwca 2016 r., sygn. akt VI ACa 651/15.



art. 4 ust. 1 ustawy z dnia 6 marca 2018 r. - Prawo przedsiębiorców, przedsiębiorcą jest osoba fizyczna, osoba prawna lub jednostka organizacyjna niebędąca osobą prawną, której odrębna ustawa przyznaje zdolność prawną, wykonująca działalność gospodarczą. Działalność gospodarcza to zgodnie z art. 3 ww. ustawy zorganizowana działalność zarobkowa, wykonywana we własnym imieniu i w sposób ciągły. Za przedsiębiorcę uznaje się więc podmiot, który spełnia łącznie określone ww. 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 działalność gospodarczą.

- (164) Strony niniejszego postępowania antymonopolowego jako spółki z ograniczoną odpowiedzialnością (MASTER, V&T), spółka komandytowa (BIO-EKOS) oraz osoby fizyczne (Zbigniew Fuchs, Anna Fuchs-Trochim) prowadzą działalność gospodarczą, posiadają zatem status przedsiębiorcy w rozumieniu przepisów ustawy - Prawo przedsiębiorców. W konsekwencji są one również przedsiębiorcami w rozumieniu art. 4 pkt 1 ustawy o okik i podlegają regulacjom tej ustawy, w tym mają do nich zastosowanie przepisy dotyczące zakazu stosowania praktyk ograniczających konkurencję.

Naruszenie art. 6 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów

- (165) Zgodnie z art. 6 ust. 1 ustawy o okik, zakazane są porozumienia, których celem lub skutkiem jest wyeliminowanie, ograniczenie lub naruszenie konkurencji 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.
- (166) Zmowy przetargowe mają na celu uzyskanie przez będących w porozumieniu wykonawców określonych zleceń przy większych zyskach, niż w stanie skutecznej konkurencji. Strony porozumienia – zazwyczaj wykonawcy – dopuszczają się określonej manipulacji składanymi ofertami, tak aby osiągnąć pożądany wynik przetargu.
- (167) Formy porozumień definiuje art. 4 pkt 5 ustawy o okik, uznając za porozumienia:
- 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.
- (168) Powołany przepis ustanawia bardzo szeroką definicję porozumienia, a wszystkie trzy formy porozumienia, o ile są antykonkurencyjne, są zakazane. Należy podkreślić, że porozumienie w rozumieniu ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów jest pojęciem szerszym niż umowa. Formami porozumienia są bowiem także uzgodnienia w jakiegokolwiek formie oraz uchwały i inne akty.



- (169) Zakaz porozumień ograniczających konkurencję obejmuje wszelkie formy koordynacji działań między przedsiębiorcami, które mają na celu lub skutkują ograniczeniem konkurencji. Do wykazania istnienia porozumienia ograniczającego konkurencję nie jest konieczne istnienie sformalizowanej umowy, wystarczające jest ustalenie, że nastąpiła świadoma koordynacja zachowań przedsiębiorców i przyjęcie sposobu współdziałania, którego skutkiem jest ograniczenie konkurencji⁷.
- (170) W przedmiotowej sprawie, Prezes Urzędu, nie dysponuje bezpośrednimi dowodami zmowy. Dokonując oceny zachowania przedsiębiorców, na podstawie zgromadzonych dowodów pośrednich, za całkowicie uprawniony i logicznie uzasadniony Prezes Urzędu uznał wniosek, że zachowanie uczestników postępowania w analizowanym postępowaniu przetargowym nie miało cech przypadkowości, lecz wskazuje na uzgodnienia, o których mowa w art. 4 pkt 5 lit. b ustawy o okik. Warto przy tym zwrócić uwagę na pogląd reprezentowany w orzecznictwie, że: *wykazanie istnienia zmowy 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, które to w tej konkretnej sprawie zdaniem Sądu jednoznacznie dowodzą wystąpienia zmowy przetargowej. Nie da się bowiem inaczej racjonalnie wytłumaczyć podania przez powódkę i zainteresowanych zbliżonych parametrów ofert zgłoszonych do przetargu, a pozostałe okoliczności sprawy zgodnie i jednoznacznie wskazują na uzgodnienie między podmiotami warunków składanych ofert, co stanowi niedozwoloną praktykę ograniczającą konkurencję*⁸. Przytoczone wyżej stanowisko Sądu Okręgowego w Warszawie - Sądu Ochrony Konkurencji i Konsumentów odwołuje się do reguł dowodzenia opartych na domniemaniach faktycznych. Zgodnie z art. 231 ustawy z dnia 17 listopada 1964 r. - Kodeks postępowania cywilnego (Dz.U. z 2020 r., poz. 1575 ze zm.), który w postępowaniu antymonopolowym znajduje zastosowanie w związku z art. 84 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów, można uznać za ustalone fakty mające istotne znaczenie dla rozstrzygnięcia sprawy, jeżeli wniosek taki można wyprowadzić z innych ustalonych faktów.
- (171) W orzecznictwie Trybunału Sprawiedliwości UE wielokrotnie wyrażany był natomiast pogląd o tym, że skoro zakaz udziału w antykonkurencyjnych porozumieniach oraz sankcje, które grożą podmiotom naruszającym prawo, są powszechnie znane, to normalne jest, iż działania, które te porozumienia obejmują takie, jak spotkania, odbywają się potajemnie, a dokumentacja z nimi związana jest ograniczona do minimum. Nawet jeżeli zostaną wykryte dokumenty świadczące o bezprawnym działaniu przedsiębiorców, to będą one zazwyczaj jedynie fragmentaryczne i odosobnione, i dlatego często będzie konieczna rekonstrukcja niektórych elementów w drodze dedukcji. W większości przypadków istnienie niedozwolonego porozumienia

⁷ Wyrok Sądu Apelacyjnego w Warszawie z 5 października 2005 r., sygn. akt VI ACa 1146/04.

⁸ Wyrok Sądu Ochrony Konkurencji i Konsumentów z 17 kwietnia 2008 r. sygn. akt XVII Ama 117/05; wyrok Sądu Ochrony Konkurencji i Konsumentów z 27 października 2011 r. sygn. akt XVII Ama 204/09.



musi być wywnioskowane na podstawie szeregu zbieżnych okoliczności oraz przesłanek, które rozpatrywane łącznie mogą stanowić, w braku innego możliwego wytłumaczenia, dowód naruszenia reguł konkurencji⁹. W realiach niniejszej sprawy okolicznością potwierdzającą wnioskowanie Prezesa Urzędu jest dodatkowo oświadczenie BIO-EKOS złożone w ramach programu łagodzenia kar, a także twierdzenia tego przedsiębiorcy podniesione w toku postępowania antymonopolowego.

- (172) Zebrane dowody wskazują, że MASTER, AN-EKO, EKO-OGRÓD, BIO-EKOS i V&T wspólnie opracowały plan działania w związku z przetargiem nr 1/DDT/27/15, którego realizacja miała zapewnić im uzyskanie zamówienia. Przedsiębiorcy ustalili, że powołają trzy konsorcja.

Tabela nr 2

Konsorcjum	Cena oferty zł netto	Cena oferty zł brutto
Konsorcjum 4 MASTER - lider, BIO-EKOS, EKO-OGRÓD	18 543 008,21	20 028 923,44
Konsorcjum 2 MASTER - lider, V&T, AN-EKO	16 845 734,51	18 195 867,85
Konsorcjum 3 BIO-EKOS - lider, EKO-OGRÓD	11 793 176,89	12 739 105,61

- (173) W przypadku braku innych ofert, złożona miała zostać tylko jedna oferta - tj. oferta Konsorcjum 4. Natomiast, w przypadku pojawienia się innej konkurencyjnej oferty, w ramach porozumienia ustalono, że złożone zostaną dwie oferty - oferta Konsorcjum 2 (która miała wyższą cenę) oraz oferta Konsorcjum 3 (zawierająca niską cenę i braki wymagające ewentualnego uzupełnienia). Cena oferty Konsorcjum 2 była zarazem niższa od ceny oferty Konsorcjum 4 (ustalonej na wypadek braku w przetargu konkurencyjnej oferty). Niższa cena oferty Konsorcjum 2 miała bowiem zwiększyć szanse przedsiębiorców na uzyskanie zamówienia w razie konieczności walki o zamówienie z niezwiązanym z nimi oferentem. Z kolei, oferta Konsorcjum 3 miała zawierać niską cenę, ustaloną na granicy opłacalności i rentowności, co miało zapewnić wygraną gdyby drugie miejsce w rankingu ofert zajęła oferta konkurenta niezwiązanego z ww. przedsiębiorcami. Równocześnie oferta Konsorcjum 3 miała być niekompletna, co miało stworzyć możliwość jej odrzucenia przez zamawiającego na dalszym etapie postępowania przetargowego, oraz doprowadzić do wyboru przez zamawiającego oferty Konsorcjum 2. Niezależnie od realizowanego wariantu (z jedną, czy dwiema ofertami) porozumienie zakładało wprowadzenie takiego schematu składania ofert w przetargu, aby ostatecznie zwyciężyło konsorcjum, na którego czele stać będzie MASTER.

- (174) O rezygnacji z konkurowania o zamówienie przez Konsorcjum 2 i Konsorcjum 3 świadczy wymiana korespondencji między przedsiębiorcami prowadzona przed terminem otwarcia ofert. EKO-OGRÓD przesłał przed terminem otwarcia ofert do BIO-

⁹ Wyrok w sprawie Knauf Gips KG przeciwko Komisji, C-407/08 P, pkt 49, wyrok w sprawach połączonych Aalborg Portland i in. przeciwko Komisji, pkt 55-57.



EKOS projekt umowy konsorcjum z udziałem MASTER, V&T oraz AN-EKO. MASTER przesłał do BIO-EKOS na dwa dni przed terminem otwarcia ofert załączniki do oferty. Okoliczności te zostały opisane w akapicie 41 niniejszej decyzji. Jak wynika z informacji przedstawionych przez BIO-EKOS we wniosku *leniency* najniższa spośród cen ofert wskazanych w ww. Tabeli nr 2, tj. cena oferty Konsorcjum 3 wynosząca 11.793.176,89 zł netto, była ceną na granicy opłacalności i rentowności, ustaloną w taki sposób, aby zapewnić utrzymanie zatrudnienia na dotychczasowym poziomie. Niemniej w razie braku konkurencji Konsorcjum 4 miało złożyć ofertę z ceną netto wynoszącą 18.543.008,21 zł netto, a zatem wyższą o prawie 7 mln zł od ceny oferty Konsorcjum 3.

- (175) Przedsiębiorcy przygotowali się również na sytuację, w której po złożeniu przez nich oferty Konsorcjum 4 okazałoby się, że do zamawiającego wpłynęła oferta niezwiązanego z nimi konkurenta. Wówczas oferta Konsorcjum 4 miała zostać wycofana i zastąpiona ofertami Konsorcjum 2 i Konsorcjum 3. Wskazuje na to e-mail [...] z BIO-EKOS do [...] z MASTER z 26.10.2015 r. i dołączony do niego projekt pisma wycofującego ofertę Konsorcjum 4.
- (176) W toku przetargu strony porozumienia najpierw przystąpiły do realizacji wariantu z jedną ofertą - ofertą Konsorcjum 4. Złożyły u zamawiającego Gwarancję Ubezpieczeniową nr PO/00664660/2015 z 25 września 2015 r. wystawioną na MASTER składającego zabezpieczenie w imieniu Konsorcjum 4. Gwarancja ta była podpisana przez MASTER (widnieją na niej podpisy prezesa zarządu MASTER [...] oraz wiceprezesa [...]) i opłacona. W §1 Gwarancji wprost wskazano, że dotyczy ona przedmiotowego przetargu i podano, że: „na podstawie niniejszej Gwarancji Gwarant [Generali Towarzystwo Ubezpieczeń S.A. - przypis] zapłaci nieodwołalnie i bezwarunkowo na rzecz Beneficjenta kwotę 500 000,00 PLN (słownie: pięćset tysięcy złotych 00/100) - Suma gwarancyjna - odpowiadająca wysokości wadium zgodnie z wymaganiami Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia (dalej SIWZ) w postępowaniu nr 1/DDT/27/15 na „Zimowe utrzymanie oraz pozimowe oczyszczanie dróg i obiektów drogowych oraz letnie utrzymanie czystości na terenie miasta Tychy w sezonach 2015/2016, 2016/2017 i 2017/2018” z terminem składania oferty upływającym w dniu 29.10.2015 r.”.
- (177) Ponieważ przed upływem terminu składania ofert strony porozumienia dowiedziały się, że złożona zostanie jeszcze inna niezależna od nich oferta ostatecznie wcieliły w życie wariant z dwiema ofertami - ofertą Konsorcjum 2 i ofertą Konsorcjum 3. Najpierw do każdej z tych ofert złożyły wadium w formie gwarancji ubezpieczeniowej, a następnie oferty. Ostatecznie zatem przedsiębiorcy pozostający w zmwowie złożyli dwie oferty. Oferty te różniły się ceną o ok. 5 mln zł netto. Chociaż oferta Konsorcjum 4 nie została złożona, to Gwarancja Ubezpieczeniowa nr PO/00664660/2015 z 25 września 2015 r. wystawiona na MASTER składającego zabezpieczenie w imieniu Konsorcjum 4 pozostała w kasie MZUiM (zamawiającego).



- (178) Dalszy przebieg przetargu nr 1/DDT/27/15 był korzystny dla MASTER, AN-EKO, EKO-OGRÓD, BIO-EKOS i V&T. Konkurencyjna oferta - złożona przez Konsorcjum 1 (z FB Serwis S.A.) - okazała się być ofertą najdroższą. Oferta Konsorcjum 3 zajmowała pierwsze miejsce pod względem ceny w zestawieniu oferty, a oferta Konsorcjum 2 - drugie. Oferta konkurenta uplasowała się na trzecim miejscu. Przedsiębiorcy mogli zatem kontynuować realizację swojego planu polegającego na doprowadzeniu do wyboru przez zamawiającego oferty Konsorcjum 2.
- (179) Zamawiający stwierdził, że każda z ofert złożonych w przetargu wymaga uzupełnienia. Konsorcjum 2 zostało wezwane do złożenia zaświadczenia właściwego naczelnika urzędu skarbowego o niezaleganiu z opłacaniem podatków dla partnera konsorcjum - V&T i potwierdzenia opłacenia polisy ubezpieczeniowej. Konsorcjum 3 zostało wezwane do wykazania zdolności kredytowej. Konsorcjum 2 uzupełniło swoją ofertę w prawidłowy sposób, zaś Konsorcjum 3 w odpowiedzi na wezwanie zamawiającego do uzupełnienia oferty, przedstawiło nieaktualną opinię bankową wskazującą wysokość posiadanych środków finansowych przez wykonawcę w wysokości mniejszej od wymaganej. Ponieważ Konsorcjum nr 3 przedłożyło dokument dotyczący zdolności kredytowej niespełniający warunków określonych w SIWZ jego oferta została odrzucona. W wyniku manipulacji dokonanej przez uczestników zмовы zamawiający wybrał ofertę Konsorcjum 2 z ceną 16.845.734,51 zł netto, tj. z ceną netto wyższą o 5.052.557,62 zł od ceny netto oferty Konsorcjum 3.
- (180) Podsumowując powyższe wywody, plan MASTER, AN-EKO, EKO-OGRÓD, BIO-EKOS i V&T z 2015 r. zakładał zastosowanie takiego schematu składania ofert w przetargu, aby ostatecznie zwyciężyło konsorcjum z wyższą ceną, na którego czele stać miało MASTER. W przypadku braku innych ofert, złożona miała zostać tylko jedna oferta - tj. Konsorcjum 4. Alternatywnie, w przypadku pojawienia się innej konkurencyjnej oferty, w ramach porozumienia ustalono, że złożona zostanie oferta Konsorcjum 2 (która miała być najkorzystniejsza) oraz oferta Konsorcjum 3 (zawierająca bardzo niską cenę, ustaloną na granicy opłacalności, ale celowo niekompletną).
- (181) Dodatkowo należy wskazać, że przedsiębiorcy MASTER, BIO-EKOS i EKO-OGRÓD współpracowali ze sobą w ramach konsorcjum, które w latach 2012-2015 wykonywało usługi z zakresu zimowego utrzymania oraz pozimowego oczyszczania dróg i obiektów drogowych oraz letniego utrzymania czystości na terenie miasta Tychy, łączyły ich zatem kontakty biznesowe i osobowe, które mogły być wykorzystywane również w związku z uczestnictwem w postępowaniu o udzielenie zamówienia na ww. usługi ogłoszonym przez Gminę Miasto Tychy MZUiM w 2015 r.
- (182) Co więcej BIO-EKOS zobowiązało się 29 października 2015 r., w dniu otwarcia ofert, do wydzierżawienia V&T sprzętu, tj. pługo-piaskarek, ciągników z pługiem i rozrzutnikiem, samochodów dostawczych i zmiatarki chodnikowej w razie wygrania przetargu przez Konsorcjum 2, w którym V&T było partnerem. BIO-EKOS wsparło zatem V&T swoim sprzętem przedsiębiorcę, który złożył konkurencyjną ofertę. Ponadto



między AN-EKO i EKO-OGRÓD oraz między V&T i BIO-EKOS istnieją opisane powyżej w niniejszej decyzji powiązania osobowe. Zbigniewa Fuchsa - właściciela firmy EKO-OGRÓD, Annę Fuchs-Trochim właścicielkę firmy AN-EKO oraz [...] zatrudnioną w AN-EKO łączą więzi rodzinne. Poza tym AN-EKO i EKO-OGRÓD mają taki sam adres wykonywania działalności gospodarczej, co również mogło sprzyjać wymianie informacji i podejmowaniu uzgodnień dotyczących strategii ich udziału w przetargu nr 1/DDT/27/15 obejmującej wariant z jedną ofertą (ofertą Konsorcjum 4) lub dwiema ofertami (Konsorcjum 2 i Konsorcjum 3) .

- (183) Koordynacji zachowań w związku z przygotowaniem i składaniem ofert w przetargu nr 1/DDT/27/15 mogło sprzyjać także to, że [...] - do kwietnia 2019 r. jedyny wspólnik i prokurent V&T pełnił zarazem funkcję dyrektora zarządzającego w BIO-EKOS.
- (184) W tym miejscu należy również wskazać, że BIO-EKOS, mimo iż oferta Konsorcjum 3 które współtworzył z EKO-OGRÓD została odrzucona przez zamawiającego, uczestniczył w realizacji zamówienia i tym samym w podziale zysków z zawartego porozumienia. Było to możliwe ponieważ V&T i BIO-EKOS 1 grudnia 2015 r. zawarli umowę, na mocy której BIO-EKOS został podwykonawcą V&T w zakresie zimowego utrzymania i pozimowego oczyszczania dróg powiatowych i gminnych oraz obiektów drogowych w ramach realizacji przedmiotu zamówienia w przetargu nr 1/DDT/27/15.
- (185) Również EKO-OGRÓD miał swój udział w realizacji przedmiotu zamówienia, wydzierżawił bowiem swoje pojazdy, w tym pługi i piaskarki AN-EKO, które miały służyć AN-EKO w szczególności do Akcji Zima.
- (186) Łączna ocena opisanych powyżej okoliczności prowadzi do wniosku, że zachowanie ww. przedsiębiorców w przetargu nr 1/DDT/27/15 było wynikiem uzgodnienia spełniającego definicję porozumienia w rozumieniu przepisów ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów. Zaś celem tego porozumienia było ograniczenie konkurencji.
- (187) MASTER, AN-EKO, EKO-OGRÓD, BIO-EKOS i V&T ściśle ze sobą współpracowali. Wspólnie opracowali plan działania opierający się na utworzeniu trzech konsorcjów (Konsorcjum 2, Konsorcjum 3 i Konsorcjum 4), rezygnacji z konkurowania o zamówienie między Konsorcjum 2 i Konsorcjum 3, złożeniu przez Konsorcjum 3 oferty niespełniającej wymagań określonych w SIWZ i niezupetnieniu braków tej oferty, co doprowadziło do wykluczenia Konsorcjum 3 z przetargu, i umożliwiło wygranie przetargu Konsorcjum 2, które miało wyższą cenę.
- (188) BIO-EKOS w odpowiedzi na postawiony zarzut podniosła, że powiązania osobowe pomiędzy BIO-EKOS i V&T uzasadniają uznanie BIO-EKOS i V&T za jeden organizm gospodarczy (*single economic unit*). Z powyższym twierdzeniem nie można się zgodzić. Choć osoby zarządzające i pracowników wymienionych spółek łączą bliskie więzi personalne, w tym rodzinne, brak jest podstaw do przyjęcia, że mamy do czynienia z jednym organizmem gospodarczym. W szczególności brak jest podmiotu, który byłby



uprawniony do decydowania o zachowaniach tych dwóch spółek jednocześnie (jak ma to miejsce w ramach grupy kapitałowej, gdzie tworzące je spółki podlegają - co najmniej formalnie - władzy jednego centrum decyzyjnego, które ma wszelkie uprawnienia, by zgodnie z prawem wymusić na nich określone, w tym również skoordynowane zachowanie). Spółki te mają odmiennych właścicieli i osoby te nie miały formalnych możliwości, aby wzajemnie kontrolować swoją działalność. W czasie przeprowadzania przetargu objętego zarzutem byli to: BIO-EKOS - [...] i [...]; V&T - [...].

- (189) Wzajemne koordynowanie swoich zachowań rynkowych oraz daleko posunięta współpraca w tym przypadku wydaje się wynikać nie z formalnych uprawnień do koordynacji, lecz z więzi rodzinnych, czy relacji towarzyskich, które powodują, że osoby zarządzające wspomnianymi spółkami w swoich działaniach i planach uwzględniają również interesy drugiej spółki.
- (190) Okoliczności przedstawione przez BIO-EKOS nie dają wystarczających argumentów do twierdzenia, że BIO-EKOS i V&T nie mogą samodzielnie decydować o swoim postępowaniu na rynku i że niemożliwe jest, aby odgrywały wobec siebie rolę konkurentów. Informacje te wskazują natomiast na to, że BIO-EKOS i V&T to dwaj niezależni przedsiębiorcy działający we własnym imieniu i na własny rachunek, którzy darzą się dużym zaufaniem i wykazują daleko idącą wolę współpracy, co wynika z powiązań osobowych między tymi przedsiębiorcami.
- (191) MASTER, AN-EKO i EKO-OGROD po zapoznaniu się z SUZ-em złożyły wnioski dowodowe.
- (192) MASTER, po zapoznaniu się z SUZ-em, a także po zapoznaniu się z zebraniem w sprawie materiałem dowodowym po zawiadomieniu stron o zakończeniu jego zbierania, wniósł o przesłuchanie prezesa zarządu MASTER m.in. na okoliczność ustaleń MASTER w zakresie przystąpienia do przetargu, nieprzystąpienia MASTER do zarzucanego porozumienia ograniczającego konkurencję, interesu BIO-EKOS w rozstrzygnięciu przedmiotowego przetargu, zakresu zaangażowania MASTER w umowę zawartą w wyniku przedmiotowego przetargu, przedmiotu negocjacji między uczestnikami konsorcjum, zakresu działań przedstawicieli/pracownika MASTER w ramach przygotowywania oferty, braku większego znaczenia postępowania przetargowego dla MASTER w zakresie prowadzonej przez niego działalności gospodarczej i osiąganych zysków.
- (193) W ocenie Prezesa Urzędu w okolicznościach sprawy nie zachodzi potrzeba przyjęcia dodatkowych ustnych wyjaśnień strony postępowania - prezesa zarządu MASTER. Prezes zarządu MASTER złożył ustne wyjaśnienia w toku postępowania wyjaśniającego poprzedzającego niniejsze postępowanie antymonopolowe. MASTER przedstawił również pisemne wyjaśnienia prezesa zarządu spółki. Ponadto stanowisko MASTER odnośnie okoliczności wskazanych w przedmiotowym wniosku dowodowym zostało zaprezentowane w pismach MASTER, w szczególności w odpowiedzi na postawiony zarzut i w piśmie przesłanym przez MASTER w odpowiedzi na SUZ. Z powyższych względów Prezes Urzędu nie zrealizował przedmiotowego wniosku (dowód:



wyjaśnienia [...] prezesa zarządu MASTER, karty nr 71-77; pisemne wyjaśnienia [...] prezesa zarządu MASTER, karta nr 1824; pismo MASTER z 19 listopada 2019 r., karty nr 1214-1215; pismo MASTER z 26 maja 2021 r., karty nr 1817-1821, 1860-1864).

- (194) AN-EKO i EKO-OGRÓD wnieśli o zwrócenie się do Sądu Rejonowego w Tychach o akta sprawy o sygn. IX C 300/20, o dopuszczenie i przeprowadzenie dowodu z protokołów zeznań prokurenta V&T - [...] w celu wykazania, że „V&T sp. z o.o. była podwykonawcą BIO-EKOS sp. z o.o. pomimo tego, że Zamawiający zakazał podwykonawstwa”. AN-EKO i EKO-OGRÓD wskazali, że [...] jako samoistny prokurent V&T oświadczył w postępowaniu przed Sądem Rejonowym w Tychach, że BIO-EKOS był jego podwykonawcą w ramach przedmiotowego zamówienia publicznego w okresie stycznia i lutego 2017 r.
- (195) Oceniając ww. wniosek dowodowy Prezes Urzędu wziął pod uwagę, że sprawa sądowa o sygn. akt IX C 300/20 dotyczy roszczeń cywilnoprawnych podnoszonych przez osobę fizyczną w związku ze szkodą wynikłą na skutek poślizgnięcia się na chodniku i pozostaje bez jakiegokolwiek związku z niniejszym postępowaniem antymonopolowym (dowód: pismo V&T z 14 czerwca 2021 r., karta nr 1841; pismo BIO-EKOS z 14 czerwca 2021 r., karta nr 1848). Prezes Urzędu uwzględnił również, że w materiale dowodowym zebranych w niniejszej sprawie znajduje się umowa zawarta przez V&T i BIO-EKOS w dniu 1 grudnia 2015 r., na mocy której BIO-EKOS był podwykonawcą V&T w zakresie zimowego utrzymania i pozimowego oczyszczania dróg powiatowych i gminnych oraz obiektów drogowych w ramach realizacji przedmiotu zamówienia w przetargu nr 1/DDT/27/15, oraz, że BIO-EKOS wskazało ten fakt we wniosku *leniency* oraz w piśmie z 14 czerwca 2021 r., a V&T w piśmie z 18 września 2019 r. i w piśmie z 14 czerwca 2021 r. Mając powyższe na uwadze Prezes Urzędu uznał, że nie zachodzi potrzeba przeprowadzenia wnioskowanego przez AN-EKO i EKO-OGRÓD dowodu (dowód: Umowa w zakresie oczyszczania terenów zewnętrznych z 1 grudnia 2015 r., karty nr 1412-1414; pismo BIO-EKOS z 4 grudnia 2017 r., karta nr 1595; pismo BIO-EKOS z 23 kwietnia 2018 r. karta nr 1706, pismo BIO-EKOS z 14 czerwca 2021 r., karta nr 1850; pismo V&T z 18 września 2019 r., karta nr 1471; pismo V&T z 14 czerwca 2021 r., karta nr 1843).
- (196) MASTER po otrzymaniu zawiadomienia o zakończeniu zbierania materiału dowodowego skorzystał z prawa do zapoznania się z nim, a następnie ponownie wniósł o umorzenie przedmiotowego postępowania antymonopolowego. W ocenie Prezesa Urzędu argumenty przedstawione przez MASTER w uzasadnieniu tego wniosku nie zasługują na uwzględnienie, a zebrane w sprawie dowody pozwalają na stwierdzenie, że MASTER uczestniczył w opisanym w punkcie I sentencji niniejszej decyzji porozumieniu ograniczającym konkurencję.
- (197) Również AN-EKO i EKO-OGRÓD po otrzymaniu zawiadomienia o zakończeniu zbierania materiału dowodowego skorzystały z prawa do zapoznania się z nim, po czym we wspólnym piśmie podtrzymały swoje dotychczasowe stanowisko w sprawie i po raz kolejny wniosły o umorzenie przedmiotowego postępowania antymonopolowego. Po



przeanalizowaniu argumentów przedstawionych przez AN-EKO i EKO-OGRÓD na tym etapie postępowania, Prezes Urzędu nie uznał, że należy je uwzględnić i zgodnie z wnioskiem stron umorzyć postępowanie. W ocenie Prezesa Urzędu dowody zebrane, przywołane w uzasadnieniu niniejszej decyzji, dają podstawy do stwierdzenia, że zarówno AN-EKO, jak i EKO-OGRÓD, brały udział w porozumieniu ograniczającym konkurencję objętym postawionym w niniejszej sprawie zarzutem.

Antykonkurencyjny cel lub charakter porozumienia

- (198) Zgodnie z art. 6 ust. 1 pkt 7 ustawy o oik zakazane są porozumienia, których celem lub skutkiem jest wyeliminowanie, ograniczenie lub naruszenie w inny sposób konkurencji na rynku właściwym, polegające w szczególności 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.
- (199) Z powyższego przepisu wynika, że antykonkurencyjny cel i antykonkurencyjny skutek porozumienia nie muszą wystąpić łącznie i zakazane jest już samo zawarcie (istnienie) porozumienia ukierunkowanego na ograniczenie konkurencji, zaś efekt w postaci ograniczenia konkurencji wcale nie musi wystąpić.
- (200) Zebrane dowody wskazują, że głównym celem opracowanej przez przedsiębiorców strategii działania było uzyskanie zamówienia po możliwie najwyższej cenie i niedopuszczenie do wejścia na rynek konkurenta - przedsiębiorcy spoza ich grona, który na terenie Tychów nie wykonywał usług objętych zamówieniem Gminy Miasto Tychy. Z tego powodu MASTER, AN-EKO, EKO-OGRÓD, BIO-EKOS i V&T utworzyły nie jedno a trzy konsorcja i ostatecznie złożyły dwie, pozornie konkurencyjne wobec siebie, oferty licząc, że przynajmniej jedna z tych ofert będzie korzystniejsza od oferty konkurenta, tj. Konsorcjum 1 z (FB Serwis S.A.).
- (201) W toku przetargu okazało się, że oferta konkurenta była najdroższa spośród trzech złożonych ofert i zawierała braki formalne, co skutkowało jej odrzuceniem. Konkurent oferując najwyższą cenę nie miał zatem szans na wygraną w przetargu i przestał być zagrożeniem dla dotychczasowych wykonawców usług.
- (202) Okoliczności sprawy wskazują, że MASTER, AN-EKO, EKO-OGRÓD, BIO-EKOS i V&T nie konkurowali ze sobą ubiegając się w 2015 r. o zamówienie na zimowe utrzymanie dróg oraz letnie utrzymanie czystości na terenie Tychów, w szczególności nie stanowiły dla siebie konkurencji Konsorcjum 2 i Konsorcjum 3. Wymienieni przedsiębiorcy ściśle ze sobą współpracowali, aby uzyskać zamówienie po możliwie najwyższej cenie oraz aby nie dopuścić do wejścia na zajmowane przez nich dotychczas rynki nowego, niepowiązanego z nimi, wykonawcy tych usług.



(203) Tym samym spełniony został warunek zastosowania art. 6 ust. 1 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów polegający na istnieniu antykonkurencyjnego celu lub skutku porozumienia.

Zaniechanie stosowania praktyki

(204) Praktyka będąca przedmiotem zarzutu postawionego przedsiębiorcom w niniejszym postępowaniu polegała na uzgodnieniu przez MASTER, AN-EKO, EKO-OGRÓD, BIO-EKOS i V&T w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznych warunków składanych ofert. Co do zasady działania polegające na uzgadnianiu składanych ofert z ich natury mogą być prowadzone do momentu ich złożenia, natomiast inne uzgodnione zachowania przedsiębiorców mające wpływ na przebieg i wynik postępowania mogą mieć miejsce także w okresie, w którym zamawiający dokonuje oceny i wyboru którejs z ofert złożonych przez wykonawców. Działania przedsiębiorców mogą być ukierunkowane na doprowadzenie zamawiającego do wyboru oferty jednego z nich, jak miało to miejsce w niniejszej sprawie, albo na unieważnienie przetargu, w następstwie którego zamawiający, do czasu przeprowadzenia nowego przetargu na określone usługi, będzie musiał zapewnić sobie ich realizację zawierając z przedsiębiorcami umowę w innym trybie.

(205) Za dzień zaniechania praktyki należy zatem uznać moment, w którym przedsiębiorcy osiągnęli cel porozumienia, to jest dzień w którym w wyniku uzgodnionych działań zawarli umowę z zamawiającym. W okolicznościach sprawy celem MASTER, AN-EKO, EKO-OGRÓD, BIO-EKOS i V&T było zapewnienie sobie możliwości realizowania usług z zakresu zimowego utrzymania oraz pozimowego oczyszczania dróg i obiektów drogowych oraz letniego utrzymania czystości na terenie Tychów. Cel ten udało się osiągnąć dzięki doprowadzeniu do wyboru przez zamawiającego oferty Konsorcjum nr 2 (MASTER, V&T, AN-EKO). Zasadne jest zatem przyjęcie, że praktyka, o której mowa w punkcie I sentencji niniejszej decyzji została zaniechana z dniem podpisania przez zamawiającego umowy z Konsorcjum 2, tj. z dniem 17 listopada 2015 r.

Wyłączenia spod zakazu porozumień, o których mowa w art. 6 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów

(206) 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* - wyłączenie na podstawie art. 7 tej ustawy,
- wyłączenia grupowe - na podstawie art. 8 ust. 3 tej ustawy,
- wyłączenia indywidualne - na podstawie art. 8 ust. 1 tej ustawy.

(207) 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 okik



przewidziane jest wyłączenie stosowania zakazu zawierania porozumień ograniczających konkurencję z uwagi na niewielki udział przedsiębiorców w rynku. Zgodnie z art. 7 ust. 1 pkt 1 tej ustawy 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%. Niemniej jednak, zgodnie z art. 7 ust. 3 ustawy o okik, wyżej wskazane wyłączenie nie ma zastosowania m.in. do porozumień określonych w art. 6 ust. 1 pkt 7 tej ustawy, tj. do zμών przetargowych. Biorąc pod uwagę, że analizowane w niniejszej sprawie porozumienie stanowi właśnie taki rodzaj porozumienia, nie korzysta ono z wyłączenia spod zakazu porozumień ograniczających konkurencję w oparciu o określającą zasadę *de minimis* przepis art. 7 ust. 1 ustawy o okik.

(208) Przepis art. 8 ust. 3 ustawy o okik stanowi natomiast, 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. Żadne z rozporządzeń wykonawczych wydanych w oparciu o delegację zawartą w tym przepisie nie znajduje zastosowania w niniejszej sprawie, a rozpatrywane w przedmiotowej sprawie porozumienie nie podlega wyłączeniu na podstawie tego przepisu spod zakazu zawierania porozumień ograniczających konkurencję.

(209) Odnosząc się z kolei do możliwości wyłączenia indywidualnego porozumienia spod zakazu na podstawie art. 8 ust. 1 ustawy o okik należy zauważyć, że ciężar uwodnienia okoliczności uzasadniających wyłączenie, to jest wykazania, że porozumienie spełnia następujące warunki:

- przyczynia się do polepszenia produkcji, dystrybucji towarów lub do postępu technicznego lub gospodarczego,
- zapewnia nabywcy lub użytkownikowi odpowiednią część wynikających z porozumień korzyści,
- nie nakłada na zainteresowanych przedsiębiorców ograniczeń, które nie są niezbędne do osiągnięcia tych celów,
- nie stwarza tym przedsiębiorcom możliwości wyeliminowania konkurencji na rynku właściwym w zakresie znacznej części określonych towarów,

sposzczywa na przedsiębiorcy. Strona powołująca się na wyłączenie musi udowodnić spełnienie wszystkich kumulatywnych przesłanek zdefiniowanych w art. 8 ust. 1 ww. ustawy). W niniejszej sprawie żadna ze stron nie wniosła o wyłączenie porozumienia spod zakazu na tej podstawie.

(210) Konkludując powyższe należy wskazać, że całokształt przedstawionych powyżej faktów i ich ocena prawna wskazują na zawarcie przez MASTER, AN-EKO-EKO-OGRÓD, BIO-EKOS i V&T zakazanego porozumienia ograniczającego konkurencję, o którym mowa w art. 6 ust. 1 pkt 7 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów. Stąd należało orzec jak w punkcie I sentencji.



II. KARA PIENIĘŻNA

- (211) Zgodnie z art. 106 ust. 1 pkt 1 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów, Prezes Urzędu może nałożyć na przedsiębiorcę, w drodze decyzji, karę pieniężną w wysokości nie większej niż 10% obrotu osiągniętego w roku obrotowym poprzedzającym rok nałożenia kary, jeżeli przedsiębiorca ten, choćby nieumyślnie dopuścił się naruszenia zakazu określonego w art. 6, w zakresie niewyłączonym na podstawie art. 7 i art. 8, lub naruszenia zakazu określonego w art. 9.
- (212) Art. 106 ust. 5 ustawy o okik stanowi przy tym, że w przypadku gdy przedsiębiorca w roku obrotowym poprzedzającym rok nałożenia kary nie osiągnął obrotu lub osiągnął obrót w wysokości nieprzekraczającej równowartości 100.000 euro, Prezes Urzędu nakładając karę pieniężną na podstawie ust. 1 uwzględnia średni obrót osiągnięty przez przedsiębiorcę w trzech kolejnych latach obrotowych poprzedzających rok nałożenia kary.
- (213) Z kolei art. 106 ust. 6 ustawy o okik przewiduje, że w przypadku, gdy przedsiębiorca nie osiągnął obrotu w okresie trzyletnim, o którym mowa w ust. 5, lub gdy obrót przedsiębiorcy obliczony na podstawie tego przepisu nie przekracza równowartości 100.000 euro, Prezes Urzędu może nałożyć na przedsiębiorcę, w drodze decyzji, karę pieniężną w wysokości nieprzekraczającej równowartości 10.000 euro.
- (214) Stosownie do art. 5 ustawy o okik, przeliczenie wartości euro oraz innych walut obcych na złote oraz wartości złotego na euro jest dokonywane według kursu średniego walut obcych ogłoszonego przez Narodowy Bank Polski w ostatnim dniu roku kalendarzowego poprzedzającego rok nałożenia kary. Średni kurs euro ogłoszony przez Narodowy Bank Polski w dniu 31 grudnia 2020 r. wynosił, tj. 4,6148 zł. Równowartość 100.000 euro to kwota 461.480 zł.
- (215) Treść art. 106 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów uzależnia dopuszczalność nałożenia kary pieniężnej za stosowanie praktyk ograniczających konkurencję od spełnienia przesłanki choćby nieumyślnego naruszenia przepisów ustawy. Kara pieniężna może zostać nałożona, gdy przedsiębiorca „*choćby nieumyślnie*” dopuścił się określonego czynu. Oznacza to, że kara może być nałożona także w przypadku, gdy po stronie przedsiębiorcy nie będzie występować świadomość bezprawności zachowania.
- (216) Jednocześnie z powołanego wyżej przepisu wynika, że kara pieniężna ma charakter fakultatywny, zatem o tym, czy w konkretnej sprawie w odniesieniu do wskazanego przedsiębiorcy zasadne jest nałożenie kary pieniężnej decyduje, w ramach uznania administracyjnego, Prezes Urzędu. Skuteczna polityka przeciwdziałania tego typu praktykom wymaga jednak, aby w przypadku stwierdzenia stosowania przez przedsiębiorcę praktyki ograniczającej konkurencję zasadą było nakładanie kary pieniężnej.
- (217) Jako zasadę w ustawie o ochronie konkurencji i konsumentów przyjęto, że kara pieniężna może wynieść maksymalnie 10% obrotu osiągniętego w roku obrotowym



poprzedzającym rok nałożenia kary. Pojęcie „*obrotu*” zostało sprecyzowane w art. 106 ust. 3 pkt 1, 2 i 3 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów, zgodnie z którym obrót, o którym mowa w ust. 1, oblicza się jako sumę: 1) przychodów wykazanych w rachunku zysków i strat - w przypadku przedsiębiorcy sporządzającego taki rachunek na podstawie przepisów o rachunkowości; 2) przychodów wykazanych w rocznym sprawozdaniu finansowym równoważnym do rachunku zysków i strat sporządzanym na podstawie przepisów o rachunkowości lub w innym dokumencie podsumowującym przychody w roku obrotowym, w tym w sprawozdaniu z wykonania budżetu - w przypadku przedsiębiorcy, który nie sporządza rachunku zysków i strat na podstawie przepisów o rachunkowości; 3) udokumentowanych przychodów uzyskanych w roku obrotowym w szczególności ze sprzedaży produktów, towarów lub materiałów, przychodów finansowych oraz przychodów z działalności realizowanej na podstawie statutu lub innego dokumentu określającego zakres działalności przedsiębiorcy, a także wartości uzyskanych przez przedsiębiorcę dotacji przedmiotowych - w przypadku braku dokumentów, o których mowa w pkt 1 i 2.

- (218) Ustalając wysokość nakładanych kar pieniężnych, Prezes Urzędu kierował się wytycznymi zawartymi w art. 111 ustawy o okik oraz ich wykładnią przedstawioną w „Wyjaśnieniach dotyczących ustalania kar pieniężnych w sprawach związanych z naruszeniem zakazu praktyk ograniczających konkurencję” z kwietnia 2021 r.¹⁰
- (219) Zgodnie z art. 111 ust. 1 pkt 1 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów Prezes Urzędu, ustalając wysokość nakładanych kar pieniężnych, uwzględnił w szczególności okoliczności naruszenia przepisów tej ustawy oraz uprzednie naruszenie przepisów ustawy, a także okres, stopień oraz skutki rynkowe naruszenia przepisów ustawy, przy czym stopień naruszenia Prezes Urzędu ocenia biorąc pod uwagę okoliczności dotyczące natury naruszenia, działalności przedsiębiorcy, która stanowiła przedmiot naruszenia oraz specyfiki rynku, na którym doszło do naruszenia.
- (220) Zgodnie z ww. Wyjaśnieniami, podstawą obliczenia wysokości kary pieniężnej jest obrót w rozumieniu z art. 106 ust. 3 ustawy o okik za ostatni rok, w którym stosowana była praktyka ograniczająca konkurencję. W przedmiotowej sprawie jest to rok 2015.
- (221) Ze względu na kryterium natury naruszenia Prezes Urzędu wyróżnia trzy rodzaje naruszeń: bardzo poważne, poważne i pozostałe. Naruszenie będące przedmiotem zarzutu postawionego stronom niniejszego postępowania antymonopolowego Prezes Urzędu zaklasyfikował jako naruszenie bardzo poważne. Dokonując tej kwalifikacji Prezes Urzędu wziął pod uwagę, że porozumienie miało charakter horyzontalny, tj. zostało zawarte pomiędzy konkurentami. Ponadto porozumienie w niniejszej sprawie należy do szczególnie szkodliwych ograniczeń konkurencji, jakimi są zmony przetargowe. W tej sytuacji Prezes Urzędu określił wyjściową kwotę kar w odniesieniu do stron postępowania **w przedziale od 1% do 3% obrotu przedsiębiorców.**

¹⁰ https://www.uokik.gov.pl/wyjasnienia_i_wytyczne.php



(222) Stąd też Prezes Urzędu kierując się naturą przedmiotowego naruszenia ustalił kwotę wyjściową kary w następującej wysokości:

- w przypadku MASTER - [...] zł
- w przypadku AN-EKO - [...] zł
- w przypadku EKO-OGRÓD - [...] zł
- w przypadku V&T - [...] zł

(223) Ustalając wymiar kary Prezes Urzędu wziął w dalszej kolejności pod uwagę specyfikę rynku, na jakim doszło do naruszenia konkurencji. Kara powinna być bowiem tym większa, im większe jest natężenie negatywnych efektów związanych z naruszeniem prawa konkurencji. Prezes Urzędu uwzględnił fakt, że lokalny rynek zimowego utrzymania oraz pozimowego oczyszczania dróg i obiektów drogowych oraz lokalny rynek letniego utrzymania czystości obejmujące teren Gminy Miasta Tychy nie są rynkami wysoce konkurencyjnymi, na których działa wielu przedsiębiorców, na co wskazuje niewielka liczba ofert złożonych w przetargu. Prezes Urzędu uwzględnił także to, że porozumienie zostało faktycznie wprowadzone w życie, poprzez realizację określonego zachowania w trakcie przetargu.

(224) W dalszej kolejności Prezes Urzędu rozważył udział obrotu ze sprzedaży usług objętych porozumieniem w całkowitym obrocie osiągniętym przez przedsiębiorców.

(225) W orzecznictwie Sądu Najwyższego przyjmuje się, że skala przychodu ze sprzedaży towarów objętych porozumieniem (praktyką) może być jednym z kryteriów oceny proporcjonalności wysokości kary¹¹. *„Odwołanie się do przychodu ze sprzedaży towarów objętych przypisaną przedsiębiorcy praktyką służy dostarczeniu kryterium, za pomocą którego można weryfikować dodatkowo realną dolegliwość kary pieniężnej nałożonej nawet w dolnych granicach (...), w przypadku przedsiębiorców wielobranżowych, o szerokim spektrum działalności, gdy przypisana mu praktyka dotyczy tylko wąskiego wycinka prowadzonej działalności. Wówczas bowiem kara pieniężna wymierzona w wysokości niskiej procentowo lecz istotnej kwotowo może być nadmiernie dolegliwa dla karanego przedsiębiorcy, nawet przy uwzględnieniu funkcji represyjnej i prewencyjnej kary pieniężnej oraz podstawowych okoliczności obciążających”*¹². Sąd Najwyższy wskazuje także, że funkcje kar pieniężnych i inne względy mogą przemawiać za zignorowaniem omawianej okoliczności¹³. Sąd Najwyższy podkreśla, że aby zrealizować swoje funkcje, kara pieniężna musi być odczuwalna, a niekiedy wręcz bardzo dotkliwa. Obliczanie kary jako ułamka obrotu osiągniętego z tytułu sprzedaży towarów objętych porozumieniem spowodowałoby, że z reguły nie będzie ona spełniała swoich funkcji oraz nie będzie realizowała przestanki

¹¹ Wyrok Sądu Najwyższego z 20 kwietnia 2016 r., III SK 24/14

¹² Wyrok Sądu Najwyższego z 13 czerwca 2017 r., III SK 43/16

¹³ Wyrok Sądu Najwyższego z 4 marca 2014 r., III SK 34/13



proporcjonalności sankcji, gdyż będzie w oderwaniu od potencjału ekonomicznego naruszcyciela¹⁴.

- (226) W przedmiotowej sprawie według oświadczenia MASTER usługi z zakresu zimowego utrzymania oraz pozimowego oczyszczania dróg i obiektów drogowych oraz letniego utrzymania czystości mają [...] w przychodach Spółki. MASTER wykonywał ww. usługi na terenie Tychów. AN-EKO skupia się na budowie lub rozbudowie dróg i przystępowaniu do przetargów związanych z tymi robotami budowlanymi. Również w przypadku EKO-OGRODU usługi z zakresu zimowego oczyszczania dróg nie są głównym przedmiotem działalności gospodarczej. Głównym obszarem działalności V&T było zaś utrzymanie zieleni. Ponadto w czerwcu 2017 r. V&T sprzedało swoje przedsiębiorstwo BIO-EKOS, które zobowiązało się kontynuować działalność gospodarczą przedsiębiorstwa. W świetle powyższego uzasadnione jest twierdzenie, że przeważająca część obrotu MASTER, AN-EKO, EKO-OGRÓD i V&T została osiągnięta w związku ze sprzedażą towarów i świadczeniem usług należących do innych rynków produktowych niż rynek zimowego utrzymania oraz pozimowego oczyszczania dróg i obiektów drogowych oraz rynek letniego utrzymania czystości. Mając zatem na uwadze tezy z orzecznictwa Sądu Najwyższego przytoczone w akapicie powyżej, Prezes Urzędu dokonał adekwatnego do okoliczności sprawy obniżenia kwoty bazowej kary nakładanej na ww. strony postępowania.
- (227) Podsumowując, na etapie analizy specyfiki rynku i działalności przedsiębiorców oraz skutków rynkowych naruszenia, Prezes Urzędu mając na uwadze opisane powyżej okoliczności uznał, że istnieją podstawy do obniżenia kwoty bazowej o 40%.
- (228) Rozważając przesłankę okresu naruszenia Prezes Urzędu wziął pod uwagę, że (jak wskazują okoliczności sprawy) porozumienie trwało krócej niż rok i miało jednorazowy charakter. Nie zalicza się zatem do porozumień długotrwałych, gdyż za takie uznawane są naruszenia trwające dłużej niż rok. Biorąc powyższe pod uwagę Prezes Urzędu nie uznał za celowe, na tym etapie ustalania wysokości kary pieniężnej, jej podwyższenia.
- (229) Ustalając wysokość kary pieniężnej Prezes Urzędu wziął pod uwagę także okoliczności łagodzące lub obciążające, które wystąpiły w sprawie (art. 111 ust. 2 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów).
- (230) Okolicznościami łagodzącymi są w szczególności: dobrowolne usunięcie skutków naruszenia, zaniechanie stosowania zakazanej praktyki przed wszczęciem postępowania lub niezwłocznie po jego wszczęciu, podjęcie z własnej inicjatywy działań w celu zaprzestania naruszenia lub usunięcia jego skutków oraz współpraca z Prezesem Urzędu w toku postępowania, w szczególności przyczynienie się do szybkiego i sprawnego przeprowadzenia postępowania, bierna rola przedsiębiorcy w naruszeniu zakazu oraz działanie pod przymusem (art. 111 ust. 3 pkt 1 ustawy o ochronie

¹⁴ Wyrok Sądu Najwyższego z 13 czerwca 2017 r., III SK 43/16



konkurencji i konsumentów). W ustalonym stanie faktycznym sprawy w ocenie Prezesa Urzędu okoliczności łagodzące nie występują.

- (231) Z kolei okolicznościami obciążającymi są: rola lidera lub inicjatora porozumienia, przymuszenie, wywieranie presji, umyślność naruszenia, czy też dokonanie uprzednio podobnego naruszenia (art. 111 ust. 4 pkt 1 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów). W przypadku stron niniejszego postępowania Prezes Urzędu uznał, że działanie przedsiębiorców miało charakter umyślny.
- (232) Na etapie analizy okoliczności łagodzących i obciążających występują okoliczności mające różny wpływ na kalkulację kary wymierzonej stronom przedmiotowego postępowania. Stąd też dalszą część uzasadnienia kar pieniężnych nakładanych na MASTER, AN-EKO, EKO-OGRÓD i V&T podzielono redakcyjnie na oddzielne punkty dotyczące każdego z tych przedsiębiorców.

II.1.1 MASTER

- (233) Decydując o wysokości kary pieniężnej nakładanej na MASTER Prezes Urzędu wziął pod uwagę, że całokształt okoliczności sprawy świadczy o tym, że MASTER wraz z pozostałymi stronami przedmiotowego postępowania nie konkurowali ze sobą, lecz uzgodnili pewną podjętą z góry taktykę działania w przetargu, współpracowali, aby uzyskać zamówienie po możliwie najwyższej cenie oraz aby nie dopuścić do wejścia na zajmowane przez nich dotychczas rynki nowego, nieuczestniczącego w porozumieniu, wykonawcy. Działania te - w ocenie Prezesa Urzędu - nie wykazują cech działań przypadkowych. Przeciwnie - miały charakter zamierzony, ukierunkowany na osiągnięcie rezultatu, co pozwala przyjąć, że zachowanie stron było dokonywane umyślnie i ze świadomością ich bezprawności.
- (234) Powyższa ocena wynika także z faktu, że przedmiotowa sprawa dotyczy profesjonalnych uczestników obrotu rynkowego, do jakich zalicza się MASTER. Obowiązek znajomości i przestrzegania norm prawa ciąży na wszystkich przedsiębiorcach. Podmioty profesjonalnie działające na rynku powinny przewidzieć, że podejmowane przez nie działania mogą zostać uznane przez Prezesa Urzędu za praktykę ograniczającą konkurencję i nie mogą skutecznie dowodzić braku świadomości dokonanej naruszenia.
- (235) Okolicznością obciążającą, którą Prezes Urzędu uwzględnił wobec MASTER jest również fakt, że przedsiębiorca ten odgrywał rolę inicjatora i lidera porozumienia. Jak wynika z informacji udzielonych przez BIO-EKOS we wniosku *leniency*, to właśnie MASTER koordynował konsorcjum, zachęcał innych przedsiębiorców do uczestniczenia w porozumieniu i był odpowiedzialny za kontakty z zamawiającym. MASTER jako lider był ustanowiony do reprezentowania pozostałych konsorcjantów. W szczególności, na etapie postępowania przetargowego i ewentualnych negocjacji przedumownych miał prowadzić rozmowy z zamawiającym, a na etapie realizacji zamówienia to MASTER był



uprawniony do udziału w spotkaniach organizowanych na rzecz lub przez zamawiającego w związku z realizacją przetargu.

- (236) Miarkując karę nakładaną na MASTER Prezes Urzędu nie stwierdził przesłanek łagodzących.
- (237) Jakkolwiek Prezes Urzędu stwierdził, że praktyka ograniczająca konkurencję została zaniechana przez strony postępowania, to okoliczność ta nie została uznana za okoliczność łagodzącą nie było to bowiem zaniechanie dobrowolne wynikające z zamiaru zmiany zachowania naruszającego zakaz zawierania porozumień ograniczających konkurencję, lecz zaprzestanie wynikające ze specyfiki samego naruszenia.
- (238) Po stwierdzeniu braku przesłanek łagodzących i zważeniu zaistniałych w niniejszej sprawie okoliczności obciążających Prezes Urzędu postanowił, że na tym etapie kalkulacji kary dla MASTER należy ją podwyższyć o 50%.
- (239) Ustalając wysokość nakładanej kar pieniężnej Prezes Urzędu uwzględnił również, stosownie do wymogów art. 111 ust. 1 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. MASTER nie był dotąd prawomocnie ukarany za naruszenie zakazu praktyk ograniczających konkurencję, nie zaistniała zatem podstawa do podwyższenia wymiaru kar.
- (240) Mając na uwadze wskazane powyżej okoliczności Prezes Urzędu postanowił nałożyć na MASTER karę w wysokości 1.048.393 zł. Kara w powyżej ustalonej wysokości mieści się jednocześnie w ustawowym limicie 10% obrotu osiągniętego przez MASTER w roku obrotowym poprzedzającym rok nałożenia kary, tj. w 2020 r., w którym obrót przedsiębiorcy wyniósł ogółem [...] zł (karta nr 1855).

II.1.2 AN-EKO

- (241) Decydując o wysokości kary pieniężnej nakładanej na AN-EKO Prezes Urzędu wziął pod uwagę, że całokształt okoliczności sprawy świadczy o tym, że AN-EKO i pozostałe strony przedmiotowego postępowania nie konkurowały ze sobą, lecz uzgodniły pewną podjętą z góry taktykę działania w przetargu, współpracowali, aby uzyskać zamówienie po możliwie najwyższej cenie oraz aby nie dopuścić do wejścia na zajmowane przez nich dotychczas rynki nowego, nieuczestniczącego w porozumieniu, wykonawcy. Działania te - w ocenie Prezesa Urzędu - nie wykazują cech działań przypadkowych. Przeciwnie - miały charakter zamierzony, ukierunkowany na osiągnięcie rezultatu, co pozwala przyjąć, że zachowanie stron było dokonywane umyślnie i ze świadomością ich bezprawności.
- (242) Ocena ta wynika również z faktu, że przedmiotowa sprawa dotyczy profesjonalnych uczestników obrotu rynkowego, do jakich zalicza się AN-EKO. Obowiązek znajomości i



przestrzegania norm prawa ciąży na wszystkich przedsiębiorcach. Podmioty profesjonalnie działające na rynku powinny przewidzieć, że podejmowane przez nie działania mogą zostać uznane przez Prezesa Urzędu za praktykę ograniczającą konkurencję i nie mogą skutecznie dowodzić braku świadomości dokonanego naruszenia.

- (243) Miarkując karę nakładaną na AN-EKO Prezes Urzędu nie stwierdził przesłanek łagodzących.
- (244) Prezes Urzędu stwierdził, że praktyka ograniczająca konkurencję została zaniechana przez strony postępowania. Okoliczność ta nie została jednak uznana za okoliczność łagodzącą ponieważ nie było to zaniechanie dobrowolne wynikające z zamiaru zmiany zachowania naruszającego zakaz zawierania porozumień ograniczających konkurencję, lecz zaprzestanie wynikające ze specyfiki samego naruszenia.
- (245) Po stwierdzeniu braku przesłanek łagodzących i zważeniu zaistniałej w przypadku AN-EKO sprawie okoliczności obciążającej Prezes Urzędu postanowił, że na tym etapie kalkulacji kary dla AN-EKO należy ją podwyższyć o 30%.
- (246) Nakładając karę na AN-EKO Prezes Urzędu zbadał również przesłankę „*uprzedniego naruszenia przepisów ustawy*” wynikającą z art. 111 ust. 1 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów, stwierdzając, że AN-EKO nie dopuściło się wcześniej stosowania praktyk ograniczających konkurencję. W związku z tym brak jest podstaw do podwyższenia kary z uwagi na powtórne naruszenie przepisów powołanej ustawy.
- (247) Mając na uwadze wskazane powyżej okoliczności Prezes Urzędu postanowił nałożyć na AN-EKO karę w wysokości 2.224 zł. Kara w powyżej ustalonej wysokości mieści się jednocześnie w ustawowym limicie 10% obrotu osiągniętego przez AN-EKO w roku obrotowym poprzedzającym rok nałożenia kary, tj. w 2020 r., w którym obrót przedsiębiorcy wyniósł ogółem [informacja stanowiąca tajemnicę przedsiębiorstwa] (karta nr 1445).

II.1.3 EKO-OGRÓD

- (248) Miarkując wysokość kary pieniężnej nakładanej na EKO-OGRÓD Prezes Urzędu wziął pod uwagę, że całokształt okoliczności sprawy świadczy o tym, że EKO-OGRÓD i pozostałe strony przedmiotowego postępowania nie konkurowali ze sobą, lecz uzgodnili pewną podjętą z góry taktykę działania w przetargu, współpracowali, aby uzyskać zamówienie po możliwie najwyższej cenie oraz aby nie dopuścić do wejścia na zajmowane przez nich dotychczas rynki nowego, nieuczestniczącego w porozumieniu, wykonawcy. Działania te - w ocenie Prezesa Urzędu - nie wykazują cech działań przypadkowych. Przeciwnie - miały charakter zamierzony, ukierunkowany na osiągnięcie rezultatu, co pozwala przyjąć, że zachowanie stron było dokonywane umyślnie i ze świadomością ich bezprawności.



- (249) Powyższa ocena wynika także z faktu, że przedmiotowa sprawa dotyczy profesjonalnych uczestników obrotu rynkowego, do jakich zalicza się EKO-OGRÓD. Obowiązek znajomości i przestrzegania norm prawa ciąży na wszystkich przedsiębiorcach. Podmioty profesjonalnie działające na rynku powinny przewidzieć, że podejmowane przez nie działania mogą zostać uznane przez Prezesa Urzędu za praktykę ograniczającą konkurencję i nie mogą skutecznie dowodzić braku świadomości dokonanego naruszenia.
- (250) Ustalając wysokość kary nakładanej na EKO-OGRÓD Prezes Urzędu nie stwierdził przestanek łagodzących.
- (251) Chociaż Prezes Urzędu stwierdził, że praktyka ograniczająca konkurencję została zaniechana przez strony postępowania, to okoliczność ta nie została uznana za okoliczność łagodzącą. Nie było to bowiem zaniechanie dobrowolne wynikające z zamiaru zmiany zachowania naruszającego zakaz zawierania porozumień ograniczających konkurencję, lecz zaprzestanie wynikające ze specyfiki samego naruszenia.
- (252) Po stwierdzeniu braku przestanek łagodzących i zważeniu zaistniałej w przypadku EKO-OGRODU okoliczności obciążającej Prezes Urzędu postanowił, że na tym etapie kalkulacji kary dla EKO-OGRODU należy ją podwyższyć o 30%.
- (253) Nakładając karę na EKO-OGRÓD Prezes Urzędu zbadał również przestankę „uprzedniego naruszenia przepisów ustawy” wynikającą z art. 111 ust. 1 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów, stwierdzając, że EKO-OGRÓD nie dopuścił się wcześniej stosowania praktyk ograniczających konkurencję. W związku z tym brak jest podstaw do podwyższenia kary z uwagi na powtórne naruszenie przepisów powołanej ustawy.
- (254) W tym stanie rzeczy Prezes Urzędu postanowił nałożyć na EKO-OGRÓD karę w wysokości 132.225 zł. Kara w powyżej ustalonej wysokości mieści się jednocześnie w ustawowym limicie 10% obrotu osiągniętego przez EKO-OGRÓD w roku obrotowym poprzedzającym rok nałożenia kary, tj. w 2020 r., w którym obrót przedsiębiorcy wyniósł ogółem [informacja stanowiąca tajemnicę przedsiębiorstwa] (karta nr 1442).

II.2 V&T

- (255) Decydując o wysokości kary pieniężnej nakładanej na V&T Prezes Urzędu wziął pod uwagę, że całokształt okoliczności sprawy świadczy o tym, że V&T wraz z pozostałymi stronami przedmiotowego postępowania nie konkurowali ze sobą, lecz uzgodnili pewną podjętą z góry taktykę działania w przetargu, współpracowali, aby uzyskać zamówienie po możliwie najwyższej cenie oraz aby nie dopuścić do wejścia na zajmowane przez nich dotychczas rynki nowego, nieuczestniczącego w porozumieniu, wykonawcy. Działania te - w ocenie Prezesa Urzędu - nie wykazują cech działań przypadkowych. Przeciwnie - miały charakter zamierzony, ukierunkowany na osiągnięcie rezultatu, co



pozwała przyjąć, że zachowanie stron było dokonywane umyślnie i ze świadomością ich bezprawności.

- (256) Powyższa ocena wynika także z faktu, że przedmiotowa sprawa dotyczy profesjonalnych uczestników obrotu rynkowego, do jakich zalicza się V&T. Obowiązek znajomości i przestrzegania norm prawa ciąży na wszystkich przedsiębiorcach. Podmioty profesjonalnie działające na rynku powinny przewidzieć, że podejmowane przez nie działania mogą zostać uznane przez Prezesa Urzędu za praktykę ograniczającą konkurencję i nie mogą skutecznie dowodzić braku świadomości dokonanego naruszenia.
- (257) Zarazem w ocenie Prezesa Urzędu przy miarkowaniu kary pieniężnej nakładanej na V&T należało wziąć pod uwagę słuszny interes tego przedsiębiorcy z uwagi na jego postawę w toku postępowania. Faktem jest, że V&T udzielała w toku postępowania informacji również takich, które ją obciążały, oraz że nie kwestionuje postawionego w sprawie zarzutu, a w ustosunkowaniu się do treści SUZ-u stwierdziła, że Prezes Urzędu dokonał prawidłowej oceny stanu faktycznego i prawnego. Stąd też w okolicznościach sprawy można mówić o współpracy V&T z Prezesem Urzędu i zastosować tę okoliczność łagodzącą.
- (258) Jakkolwiek Prezes Urzędu stwierdził, że praktyka ograniczająca konkurencję została zaniechana przez strony postępowania, to okoliczność ta nie została uznana za okoliczność łagodzącą nie było to bowiem zaniechanie dobrowolne wynikające z zamiaru zmiany zachowania naruszającego zakaz zawierania porozumień ograniczających konkurencję, lecz zaprzestanie wynikające ze specyfiki samego naruszenia.
- (259) W wyniku zważenia okoliczności obciążających i łagodzących w odniesieniu do V&T Prezes Urzędu uznał za zasadne obniżenie kary nakładanej na tego przedsiębiorcę o 10%.
- (260) Ustalając wysokość nakładanej kary pieniężnej Prezes Urzędu uwzględnił również, stosownie do wymogów art. 111 ust. 1 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. V&T nie było dotąd prawomocnie ukarane za naruszenie zakazu praktyk ograniczających konkurencję, nie zaistniała zatem podstawa do podwyższenia wymiaru kar.
- (261) Mając na uwadze wskazane powyżej okoliczności Prezes Urzędu postanowił nałożyć na V&T karę w wysokości 5.941 zł.
- (262) Średni obrót V&T z trzech kolejnych lat poprzedzających rok nałożenia kary nie przekroczył równowartości 100.000 euro. Oznacza to, że zgodnie z przytoczonym powyżej art. 106 ust. 6 ustawy o okik, maksymalna wysokość kary, jaka może zostać nałożona na V&T to równowartość 10.000 euro, tj. 46.148 zł. Kara w wysokości 5.941



zł wymierzona V&T mieści się zatem w granicach maksymalnej wysokości kary wyznaczonej przez art. 106 ust. 6 ustawy o okik.

- (263) W toku przedmiotowego postępowania, po doręczeniu stronom SUZ-u V&T w piśmie z 18 maja 2021 r. biorąc pod uwagę możliwość nałożenia na nią kary pieniężnej, złożyło wnioski na podstawie art. 89a ustawy o okik o nałożenie kary w ramach procedury ugodowej, poprzez dobrowolne poddanie się karze pieniężnej przez V&T. W uzasadnieniu wniosku V&T podniosło, że jego dotychczasowe postępowanie istotnie przyczyniło się do przyspieszenia postępowania poprzez niezaprzeczenie zarzutom i sprawne przedkładanie wszystkich żądanych przez Prezesa Urzędu informacji. V&T wskazało również na możliwość skrócenia i uproszczenia w wyniku ugody ewentualnej procedury odwoławczej, która w niniejszej sprawie wydaje się prawdopodobna.
- (264) Art. 89a ustawy o okik stanowi, że przed zakończeniem postępowania antymonopolowego Prezes Urzędu może wystąpić, z urzędu lub na wniosek strony, do wszystkich stron z propozycją przystąpienia do procedury dobrowolnego poddania się karze pieniężnej, jeżeli uzna, że zastosowanie tej procedury przyczyni się do przyspieszenia postępowania.
- (265) W przypadku zastosowania tej procedury wysokość kary pieniężnej, jaka może zostać nałożona na stronę, której ostateczne stanowisko zostało uwzględnione w treści decyzji, zostaje obniżona o 10% w stosunku do kary pieniężnej, jaka zostałaby nałożona na podstawie art. 106 ust. 1 pkt 1 ww. ustawy, gdyby strona nie poddała się dobrowolnie karze.
- (266) Podnieść należy, że zgodnie z art. 89a ustawy o okik wynika, że celem procedury ma być przyspieszenie postępowania. Zdaniem Prezesa Urzędu w przedmiotowej sprawie cel ten nie mógł zostać osiągnięty. W konsekwencji Prezes Urzędu odmówił rozpoczęcia procedury dobrowolnego poddania się karze, o czym powiadomił V&T w piśmie z 22 czerwca 2021 r.
- (267) Wobec powyższego orzeczono jak w punkcie II sentencji decyzji.
- (268) Zgodnie z art. 112 ust. 3 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów, karę pieniężną należy uiszczyć w terminie 14 dni od dnia uprawomocnienia się niniejszej decyzji na konto Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów w Warszawie: NBP O/O Warszawa 51 1010 1010 0078 7822 3100 0000.

III. ZASTOSOWANIE PROGRAMU ŁAGODZENIA KAR

- (269) Art. 113 a ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów określa możliwość złożenia przez przedsiębiorcę, który zawarł porozumienie, o którym mowa w art. 6 ust. 1 ustawy o okik lub w art. 101 ust. 1 Traktatu, wniosku o odstąpienie od wymierzenia lub o obniżenie kary pieniężnej.
- (270) Stosownie do art. 113 b ustawy o okik Prezes Urzędu odstępuje od nałożenia kary

52



pieniężnej, o której mowa w art. 106 ust. 1 pkt 1 lub 2 ustawy o okik na przedsiębiorcę, który zawarł porozumienie, o którym mowa w art. 6 ust. 1 tej ustawy lub w art. 101 ust. 1 Traktatu, i który złożył wniosek *leniency* („wnioskodawca leniency”), w przypadku, gdy przedsiębiorca ten łącznie:

- 1) jako pierwszy z uczestników porozumienia złożył wniosek zgodny z wymogami, określonymi w art. 113 a ust. 2 ustawy o okik¹⁵ oraz spełnił warunki określone w art. 113 a ust. 3¹⁶, 5¹⁷ i 6¹⁸ ustawy o okik;
- 2) przedstawił
 - a) dowód wystarczający do wszczęcia postępowania antymonopolowego lub informacje umożliwiające Prezesowi Urzędu uzyskanie takiego dowodu; albo
 - b) jeżeli wniosek został złożony po wszczęciu postępowania antymonopolowego - dowód, który w istotny sposób przyczyni się do wydania decyzji, o której mowa w art. 10 ustawy o okik lub na żądanie Prezesa Urzędu przedstawił informacje umożliwiające uzyskanie takiego dowodu - o ile Prezes Urzędu nie posiadał w tym czasie tych informacji lub dowodów;
- 3) nie nakłaniał innych przedsiębiorców do uczestnictwa w porozumieniu.

(271) Powyższa regulacja przewiduje, że przedsiębiorca, który współpracuje z Prezesem Urzędu w ujawnieniu niedozwolonego porozumienia ograniczającego konkurencję jest traktowany łagodniej. To łagodniejsze traktowanie przejawia się w możliwości odstąpienia od wymierzenia kary albo obniżenia wymiaru nałożonej kary za udział w antykonkurencyjnym porozumieniu.

(272) W dniu 23 października 2017 r. BIO-EKOS złożył w formie skróconej wniosek *leniency* na podstawie art. 113e ustawy o okik. Wniosek ten został następnie uzupełniony do formy wniosku pełnego pismem z 4 grudnia 2017 r. i pismem z 23 kwietnia 2018 r.

(273) BIO-EKOS złożył wniosek zgodny z wymogami określonymi w art. 113a ust. 2 ustawy o okik i złożyła go jako pierwszy z uczestników porozumienia. We wniosku *leniency* BIO-

¹⁵ Art. 113 a ust. 2 ustawy o okik stanowi: *Wniosek zawiera opis porozumienia wskazujący w szczególności; 1) przedsiębiorców, którzy zawarli porozumienie; 2) produkty lub usługi, których dotyczy porozumienie; 3) terytorium objęte porozumieniem; 4) cel porozumienia; 5) okoliczności zawarcia porozumienia; 6) okoliczności i sposób funkcjonowania porozumienia; 7) czas trwania porozumienia; 8) rolę poszczególnych przedsiębiorców uczestniczących w porozumieniu; 9) imiona, nazwiska i stanowiska służbowe osób pełniących w porozumieniu znaczącą rolę wraz z jej opisem; 10) czy wniosek został złożony również do organów ochrony konkurencji państw członkowskich Unii Europejskiej lub Komisji Europejskiej.*

¹⁶ Art. 113 a ust. 3 ustawy o okik stanowi: *Przedsiębiorca o którym mowa ust. 1, jest obowiązany nie ujawniać zamiaru złożenia wniosku.*

¹⁷ Art. 113 a ust 5 ustawy o okik stanowi: *Wnioskodawca jest obowiązany współpracować z Prezesem Urzędu w pełnym zakresie od złożenia wniosku z własnej inicjatywy i na żądanie Prezesa Urzędu dostarczać niezwłocznie wszelkie dowody lub informacje dotyczące porozumienia, którymi dysponuje albo którymi może dysponować, mające istotne znaczenie dla sprawy; nie utrudniać złożenia wyjaśnień przez osoby zatrudnione przez przedsiębiorcę oraz osoby pełniące funkcję kierowniczą lub wchodzące w skład organu zarządzającego przedsiębiorcy; nie niszczyć, nie fałszować, nie zatajać dowodów lub informacji związanych ze sprawą; nie ujawniać faktu złożenia wniosku bez zgody Prezesa Urzędu.*

¹⁸ Art. 113 a ust. 6 ustawy o okik stanowi: *Wnioskodawca, który nie zaprzestał uczestnictwa w porozumieniu przed złożeniem wniosku, jest obowiązany zaprzestać tego uczestnictwa niezwłocznie po złożeniu wniosku.*



EKOS dostarczył informacje umożliwiające Prezesowi Urzędu uzyskanie dowodu wystarczającego na wszczęcie postępowania antymonopolowego. Dodatkowo BIO-EKOS spełnił warunki określone w art. 113 a ust. 3 i 5 ustawy o okik, tzn. nie ujawnił zamiaru złożenia wniosku *leniency* i współpracował z Prezesem Urzędu w pełnym zakresie od złożenia wniosku. Ponadto BIO-EKOS złożyła przedmiotowy wniosek przed wszczęciem postępowania wyjaśniającego poprzedzającego przedmiotowe postępowanie antymonopolowe.

(274) Ze zgromadzonego materiału dowodowego wynika, że BIO-EKOS nie nakłaniał innych przedsiębiorców do uczestnictwa w porozumieniu. Został więc spełniony warunek z art. 113b pkt 3 ustawy o okik.

(275) Tym samym, w ocenie Prezesa Urzędu, BIO-EKOS spełnił określone w art. 113 b ustawy o okik przesłanki odstąpienia od nałożenia kary pieniężnej, która zostałaby na niego nałożona, w przypadku braku współpracy z Prezesem Urzędu w ramach programu łagodzenia kar.

(276) **W związku z powyższym orzeczono jak w punkcie III sentencji decyzji.**

IV. KOSZTY POSTĘPOWANIA

(277) Zgodnie z art. 80 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów Prezes Urzędu rozstrzyga o kosztach, w drodze postanowienia, które może być zamieszczone w decyzji kończącej postępowanie. Natomiast stosownie do art. 77 ust. 1 tej ustawy, jeżeli w wyniku postępowania stwierdzono naruszenie jej przepisów, przedsiębiorca, który dopuścił się tego naruszenia, jest obowiązany ponieść koszty postępowania. Zgodnie z art. 263 § 1 Kodeksu postępowania administracyjnego, do kosztów postępowania zalicza się m.in. koszty doręczenia stronom pism urzędowych. Zgodnie z art. 264 § 1 Kodeksu postępowania administracyjnego, jednocześnie z wydaniem decyzji organ administracji publicznej ustala w drodze postanowienia wysokość kosztów postępowania, osoby zobowiązane do ich poniesienia oraz termin i sposób ich uiszczenia. Postępowanie zakończone niniejszą decyzją zostało wszczęte z urzędu, a w jego wyniku Prezes Urzędu stwierdził naruszenie przepisów ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów. W niniejszej sprawie koszty związane z korespondencją wymienianą z MASTER wyniosły 113 zł, z AN-EKO - 107 zł, z EKO-OGRÓD - 107 zł, z BIO-EKOS - 113 zł, a z V&T - 130 zł. Prezes Urzędu postanowił więc obciążyć każdą ze stron niniejszego postępowania kwotą kosztów w ustalonej powyżej wysokości.

(278) **W związku z powyższym orzeczono, jak w punkcie IV sentencji.**

(279) Koszty niniejszego postępowania przedsiębiorca obowiązany jest wpłacić na konto Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów w Warszawie w NBP o/o Warszawa Nr 51 1010 1010 0078 7822 3100 0000 w terminie 14 dni od uprawomocnienia się decyzji.

POUCZENIA

- (280) Stosownie do treści art. 81 ust. 1 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów w związku z art. 479²⁸ § 2 Kodeksu postępowania cywilnego (Dz. U. z 2020 r. poz. 1575 ze zm.) od niniejszej decyzji przysługuje odwołanie do Sądu Okręgowego w Warszawie - Sądu Ochrony Konkurencji i Konsumentów, w terminie miesiąca od dnia jej doręczenia. Odwołanie wnosi się za pośrednictwem Prezesa Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów - Delegatury UOKiK w Katowicach, ul. Kościuszki 43, 40-048 Katowice.
- (281) W przypadku kwestionowania wyłącznie postanowienia o kosztach zawartego w punkcie III sentencji decyzji, na podstawie art. 264 § 2 Kodeksu postępowania administracyjnego w zw. z art. 83 i art. 81 ust. 5 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów w zw. z art. 479³² § 1 i § 2 Kodeksu postępowania cywilnego, stronie przysługuje prawo wniesienia zażalenia do Sądu Okręgowego w Warszawie - Sądu Ochrony Konkurencji i Konsumentów, w terminie tygodnia od dnia doręczenia niniejszej decyzji, za pośrednictwem Prezesa Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów - Delegatury UOKiK w Katowicach ul. Kościuszki 43, 40-048 Katowice.
- (282) Zgodnie z art. 3 ust. 2 pkt 9 w związku z art. 32 ust. 1 i 2 ustawy z dnia 28 lipca 2005 r. o kosztach sądowych w sprawach cywilnych (Dz. U. z 2020 r. poz. 755 ze zm.), odwołanie od decyzji Prezesa Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów podlega opłacie stałej w kwocie 1000 zł, a zażalenie na postanowienie Prezesa Urzędu - w kwocie 500 zł.
- (283) Zgodnie z art. 102 ust. 1 i ust. 2 ustawy o kosztach sądowych w sprawach cywilnych, Sąd może przyznać zwolnienie od kosztów sądowych osobie fizycznej, jeżeli złoży oświadczenie, z którego wynika, że nie jest w stanie ich ponieść bez uszczerbku utrzymania koniecznego dla siebie i rodziny. Do wniosku o zwolnienie od kosztów sądowych powinno być dołączone oświadczenie obejmujące szczegółowe dane o stanie rodzinnym, majątku, dochodach i źródłach utrzymania osoby ubiegającej się o zwolnienie od kosztów.
- (284) Zgodnie z art. 103 ustawy o kosztach sądowych w sprawach cywilnych Sąd może przyznać zwolnienie od kosztów sądowych osobie prawnej lub jednostce organizacyjnej niebędącej osobą prawną, której ustawa przyznaje zdolność prawną, jeżeli wykazała, że nie ma dostatecznych środków na ich uiszczenie.
- (285) Zgodnie z art. 105 ust. 1 i 2 ustawy o kosztach sądowych w sprawach cywilnych, wniosek o przyznanie zwolnienia od kosztów sądowych należy zgłosić na piśmie lub ustnie do protokołu w sądzie, w którym sprawa ma być wytoczona lub już się toczy. Osoba fizyczna, która nie ma miejsca zamieszkania w siedzibie tego sądu, może złożyć wniosek o przyznanie zwolnienia od kosztów sądowych w sądzie rejonowym właściwym ze względu na miejsce swego zamieszkania.
- (286) Stosownie do treści art. 117 § 1, § 2, § 3 i § 4 Kodeksu postępowania cywilnego strona zwolniona przez sąd od kosztów sądowych w całości lub części, może domagać się ustanowienia adwokata lub radcy prawnego.



- (287) Osoba fizyczna, niezwolniona przez sąd od kosztów sądowych, może się domagać ustanowienia adwokata lub radcy prawnego, jeżeli złoży oświadczenie, z którego wynika, że nie jest w stanie ponieść kosztów wynagrodzenia adwokata lub radcy prawnego bez uszczerbku utrzymania koniecznego dla siebie i rodziny.
- (288) Osoba prawna lub inna jednostka organizacyjna, której ustawa przyznaje zdolność sądową, niezwolniona przez sąd od kosztów sądowych, może się domagać ustanowienia adwokata lub radcy prawnego, jeżeli wykaże, że nie ma dostatecznych środków na poniesienie kosztów wynagrodzenia adwokata lub radcy prawnego.
- (289) Wniosek o ustanowienie adwokata lub radcy prawnego strona zgłasza wraz z wnioskiem o zwolnienie od kosztów sądowych lub osobno, na piśmie lub ustnie do protokołu, w sądzie, w którym sprawa ma być wytoczona lub już się toczy.
- (290) Osoba fizyczna, która nie ma miejsca zamieszkania w siedzibie tego sądu, może złożyć wniosek o ustanowienie adwokata lub radcy prawnego w sądzie rejonowym właściwym ze względu na miejsce swego zamieszkania, który niezwłocznie przesyła ten wniosek sądowi właściwemu.

Z up. Prezesa
Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów
Dyrektor Delegatury UOKiK w Katowicach
Maciej Frągsztajn