



**PREZES
URZĘDU OCHRONY
KONKURENCJI I KONSUMENTÓW
DELEGATURA W KATOWICACH**

Katowice, 28.12.2015 r.

RKT-410-01/15/AW

DECYZJA Nr RKT – 19/2015

Stosownie do art. 33 ust. 6 ustawy z dnia 16 lutego 2007 r. o ochronie konkurencji i konsumentów (tekst jedn. Dz.U. z 2015 r. poz. 184 ze zm.), po przeprowadzeniu wszczętego z urzędu postępowania antymonopolowego przeciwko

- a. Andrzejowi Kuchtynowi prowadzącemu działalność gospodarczą pod firmą Kuchtyń Andrzej PHU „ANDREW” w Bogacicy i
 - b. Janowi Marynowskiemu prowadzącemu działalność gospodarczą pod firmą Marynowski Jan Przedsiębiorstwo Wielobranżowe – Marynowski w Kluczborku,
- w imieniu Prezesa Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów -

I. Na podstawie art. 10 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów **uznaje się za praktykę ograniczającą konkurencję**, naruszającą zakaz, o jakim mowa w art. 6 ust. 1 pkt 7 tej ustawy, zawarcie przez Andrzeja Kuchtyna i Jana Marynowskiego porozumienia ograniczającego konkurencję na krajowym rynku usług z zakresu koszenia traw i chwastów oraz utrzymania czystości w ciągu dróg krajowych polegającego na uzgodnieniu przez tych przedsiębiorców przystępujących do przetargu zorganizowanego przez Generalną Dyрекcję Dróg Krajowych i Autostrad Oddział w Opolu o udzielenie zamówienia publicznego pod nazwą „Koszenie traw i chwastów oraz utrzymanie czystości w ciągu dróg krajowych nr 11, 42, 43 i 45 na terenie Oddziału w Opolu Rejon Kluczbork w okresie 48 miesięcy” warunków składanych ofert i zasad postępowania umożliwiających wykluczenie z przetargu Andrzeja Kuchtyna i wygranie przetargu przez Jana Marynowskiego, oferującego wyższą cenę na usługi będące przedmiotem przetargu, **i stwierdza się zaniechanie jej stosowania z dniem 29 lipca 2014 r.**

II. Na podstawie art. 106 ust. 1 pkt 1 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów, **nakłada się** z tytułu naruszenia zakazu, o którym mowa w art. 6 ust. 1 pkt 7 ww. ustawy, w zakresie opisanym w punkcie I sentencji niniejszej decyzji, kary pieniężne na poniżej wskazanych przedsiębiorców w następującej wysokości:

- a. na Andrzeja Kuchtyna prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą Kuchtyń Andrzej PHU „ANDREW” w Bogacicy **karę pieniężną** płatną do budżetu państwa w wysokości **8.663 zł** (słownie złotych: osiem tysięcy sześćset sześćdziesiąt trzy),
- b. na Jana Marynowskiego prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą Marynowski Jan Przedsiębiorstwo Wielobranżowe – Marynowski w Kluczborku **karę pieniężną** płatną do budżetu państwa w wysokości **22.420 zł** (słownie złotych: dwadzieścia dwa tysiące czterysta dwadzieścia),

III. Na podstawie art. 77 ust. 1 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów w związku z art. 80 tej ustawy oraz stosownie do art. 263 § 1 i art. 264 § 1 ustawy z dnia 14 czerwca 1960 r. Kodeks postępowania administracyjnego (tekst. jedn. Dz.U. z 2013 r., poz. 267) w związku z art. 83 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów, postanawia się obciążyć poniżej wskazanych przedsiębiorców **kosztami** opisanego w punkcie I decyzji **postępowania** w wysokości:

- a. Andrzej Kuchtyn prowadzący działalność gospodarczą pod firmą Kuchtyn Andrzej PHU „ANDREW” w Bogacicy - **29 zł** (słownie złotych: dwadzieścia dziewięć),
- b. Jan Marynowski prowadzący działalność gospodarczą pod firmą Marynowski Jan Przedsiębiorstwo Wielobranżowe – Marynowski w Kluczborku - **29 zł** (słownie złotych: dwadzieścia dziewięć),

oraz **zobowiązuje się** tych przedsiębiorców do ich zwrotu na rzecz Prezesa Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów w terminie 14 dni od daty uprawomocnienia się decyzji.

Uzasadnienie

W imieniu Prezesa Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów (zwanego dalej Prezesem Urzędu), z urzędu przeprowadzone zostało pod sygn. akt RKT-400-37/14/AW postępowanie wyjaśniające mające na celu wstępne ustalenie, czy w związku z zachowaniem przedsiębiorców przystępujących do przetargów na usługi związane z utrzymaniem czystości dróg, mogło dojść do zawarcia porozumienia ograniczającego konkurencję polegającego na uzgadnianiu przez przedsiębiorców przystępujących do przetargu warunków składanych ofert, w szczególności zakresu prac lub ceny, co stanowiłoby naruszenie art. 6 ust. 1 pkt 7 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów.

W wyniku dokonanych w toku przedmiotowego postępowania ustaleń powzięto podejrzenie, że przedsiębiorcy: Andrzej Kuchtyn prowadzący działalność gospodarczą pod firmą Kuchtyn Andrzej PHU „ANDREW” w Bogacicy (zwany dalej Firmą Andrew) i Jan Marynowski prowadzący działalność gospodarczą pod firmą Marynowski Jan Przedsiębiorstwo Wielobranżowe - Marynowski w Kluczborku (zwany dalej Firmą Marynowski) mogli dopuścić się naruszenia zakazu określonego w art. 6 ust. 1 pkt 7 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów w zakresie przedstawionym w sentencji niniejszego postanowienia. W związku z tym podejrzeniem *Postanowieniem nr 1* z 26 czerwca 2015 r. wszczęte zostało postępowanie antymonopolowe pod zarzutem zawarcia przez Firmę Andrew i Firmę Marynowski porozumienia ograniczającego konkurencję na krajowym rynku usług z zakresu koszenia traw i chwastów oraz utrzymania czystości w ciągu dróg krajowych polegającego na uzgodnieniu przez tych przedsiębiorców przystępujących do przetargu zorganizowanego przez Generalną Dyрекcję Dróg Krajowych i Autostrad Oddział w Opolu o udzielenie zamówienia publicznego pod nazwą „Koszenie traw i chwastów oraz utrzymanie czystości w ciągu dróg krajowych nr 11, 42, 43 i 45 na terenie Oddziału w Opolu Rejon Kluczbork w okresie 48 miesięcy” warunków składanych ofert i zasad postępowania umożliwiających wykluczenie z przetargu Firmy Andrew i wygranie przetargu przez Firmę Marynowski, oferującą wyższą cenę na usługi będące przedmiotem przetargu, co może stanowić naruszenie art. 6 ust. 1 pkt 7 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów (karty nr 2-5).

Postanowieniem nr 2 z 5 sierpnia 2015 r. zaliczono w poczet dowodów niniejszego postępowania informacje i dokumenty zebrane w toku postępowania wyjaśniającego o sygn. akt RKT-400-37/14/AW, poprzedzającego wszczęcie niniejszego postępowania, oraz sprawy o sygn. akt RKT-412-27/14/AW, w zakresie wskazanym w tym postanowieniu. Natomiast

Postanowieniem nr 3 z 8 grudnia 2015 r. ograniczono z urzędu Firmie Andrew i Firmie Marynowski prawo wglądu do materiału dowodowego niniejszego postępowania w zakresie wskazanym w tym postanowieniu (karty nr 343-344).

Ustosunkowując się do zarzutu postawionego w *Postanowieniu Nr 1* Firma Marynowski stwierdziła, że nie łączyło jej z Firmą Andrew porozumienie ograniczające konkurencję, nie uzgadniała z Firmą Andrew ani warunków składanych ofert, ani sposobu postępowania, co miałyby doprowadzić do wykluczenia z przetargu Firmy Andrew i wygrania przez nią przetargu. Firma Marynowski podkreśliła, że Firma Andrew nie jest jej podwykonawcą w ramach przedmiotowego przetargu. Ponadto Firma Marynowski stwierdziła, że oferta Firmy Andrew musiała zostać uznana przez zamawiającego za odrzuconą, i to z urzędu, bowiem nie była ona podmiotem uprawnionym do transportu odpadów. Ewentualne przedłożenie lub nie zaświadczenia z Urzędu Skarbowego na potwierdzenie braku zaległości w opłacaniu podatków nie miało zatem istotnego znaczenia w sprawie (karty nr 13-15).

Firma Andrew również zaprzeczyła jakoby zawarła z Firmą Marynowski porozumienie ograniczające konkurencję polegające na uzgodnieniu warunków składanych ofert i zasad postępowania umożliwiających wykluczenie jej z przetargu i wygranie przetargu przez Firmę Marynowski. Firma Andrew potwierdziła, że zna Firmę Marynowski i w przeszłości współpracowała z nią, co nie zmienia faktu, że obie Firmy pozostają konkurentami. Firma Andrew nawiązując do kwestii braków w zakresie dokumentacji przetargowej zwróciła uwagę, że nie tylko jej oferta, ale także inne oferty, z wyłączeniem oferty Firmy Marynowski, zawierały braki. Jednocześnie Firma Andrew podkreśliła, że w toku postępowania przetargowego przedłożyła ostatecznie dokument potwierdzający brak zaległości podatkowej po jej stronie na dzień 5 czerwca 2014 r. Z tego zaświadczenia jasno wynikało, że nie jest i nie była dłużnikiem Skarbu Państwa. Firma Andrew podniosła, że w jej ocenie brak było podstaw do wykluczenia jej z przetargu z powodu nieprzedłożenia właściwego zaświadczenia z Urzędu Skarbowego. Poza tym wskazała, że z przetargu została wykluczona przede wszystkim dlatego, że nie posiadała odpowiedniej decyzji zezwalającej na prowadzenie działalności w zakresie transportu odpadów. Tym samym przedłożenie, bądź też nie przedłożenie dokumentu określającego jej stan zadłużenia względem Urzędu Skarbowego nie miało i nie mogło mieć wpływu na wygranie przez nią przetargu (karty nr 25-28). Firma Andrew zwróciła również uwagę, że utraciła wadium wpłacone w tym przetargu w wysokości 25.000 zł, co stanowi dla niej dodatkową karę.

Pismem z 8 grudnia 2015 r. strony postępowania zostały poinformowane o zakończeniu zbierania materiału dowodowego oraz o możliwości zapoznania się z aktami sprawy, z którego to prawa nie skorzystały (karta nr 342).

Prezes Urzędu ustalił, co następuje:

Przeważająca część działalności gospodarczej Firmy Andrew, zgodnie z wpisem do Centralnej Ewidencji i Informacji o Działalności Gospodarczej, to działalność usługowa związana z zagospodarowaniem terenów zieleni (PKD 81.30.Z) (karta nr 11). Firma Andrew oferuje usługi:

- wycinki drzew przy drogach, na terenach gminnych itp.,
- koszenia poboczy dróg, placów zabaw na terenach spółdzielni, utrzymywania zieleni zakładowej, przycinania żywopłotów itp.,
- transportowe, podnośnikowe,
- rębakiem, frezowania pni drzew,
- zimowego utrzymania dróg, parkingów, zakładów pracy.

Firma Andrew działa m.in. na terenie województwa opolskiego, śląskiego, dolnośląskiego, wielkopolskiego i łódzkiego (karta nr 120).

Przeważająca część działalności gospodarczej Firmy Marynowski, zgodnie z wpisem do Centralnej Ewidencji i Informacji o Działalności Gospodarczej, to sprzedaż detaliczna pozostałych nowych wyrobów prowadzona w wyspecjalizowanych sklepach (PKD 47.78.Z). Firma wykonuje również działalność usługową związaną z zagospodarowaniem terenów zieleni (PKD 81.30.Z). Głównym przedmiotem działalności Firmy Marynowski jest sprzedaż maszyn i urządzeń. Ponadto Firma Marynowski zajmuje się świadczeniem usług utrzymania zimowego i letniego dróg (w tym odśnieżaniem jezdni, koszeniem pasa drogowego, zamiataniem jezdni, konserwacją zieleni przydrożnej), konserwacją cieków i zbiorników wodnych oraz usługami z zakresu utrzymania pasa wycinki linii elektroenergetycznych. Działalność jest prowadzona na terenie województw: dolnośląskiego, wielkopolskiego, łódzkiego, śląskiego, małopolskiego i opolskiego (karty nr 12, 126).

Generalna Dyrekcja Dróg Krajowych i Autostrad Oddział w Opolu w 2014 r. przeprowadziła postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pn. „Koszenie traw i chwastów oraz utrzymanie czystości w ciągu dróg krajowych nr 11, 42, 43 i 45 na terenie Oddziału w Opolu Rejon Kluczbork w okresie 48 miesięcy” (GDDKiA-O/Op-D-3/19-420-03/14).

Ogłoszenie o zamówieniu opublikowane zostało 26 kwietnia 2014 r. Wartość zamówienia została oszacowana na kwotę 1.814.093,84 zł. Termin składania ofert wyznaczono na 3 czerwca 2014 r. W terminie złożono 6 ofert wymienionych poniżej – uszeregowanych według wysokości ceny ofertowej (karty nr 142-146):

1. Firma Andrew	1.194.547,82 zł
2. Firma Marynowski	1.395.260,21 zł
3. „BADERA Firma Produkcyjno-Handlowo-Usługowa Tadeusz Badera Rudniki	1.604.632,68 zł
4. Remondis Opole Sp. z o.o. Opole	1.661.442,25 zł
5. Konsorcjum: – Jacek Janczyk Drużbice – Usługi Sprzętowo-Transportowe Zdzisław Janczyk Drużbice	1.810.266,62 zł
6. PARK-M Sp. z o.o. Stary Sącz	1.939.581,07 zł

Zamawiający dokonując oceny spełnienia warunków udziału w postępowaniu stwierdził w ofertach różne braki w zakresie dokumentów potwierdzających spełnienie warunków udziału w postępowaniu. Działając w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych zamawiający 23 czerwca 2014 r. wezwał wszystkich wykonawców, za wyjątkiem Firmy Marynowski, do uzupełnienia dokumentów.

Pismem z 23 czerwca 2014 r. GDDKiA Oddział w Opolu poinformowała Firmę Andrew, że dokumenty zawarte w jej ofercie nie potwierdzają w pełnym zakresie braku podstaw do wykluczenia z przedmiotowego postępowania (karta nr 99). Zgodnie ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia – tom I, Instrukcja dla Wykonawców, pkt 8.1.3, w celu wykazania braku podstaw do wykluczenia z postępowania o udzielenie zamówienia w okolicznościach, o których mowa w art. 24 ust. 1 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (tekst jedn. Dz.U. z 2013 r., poz. 907 ze zm.) – wykonawcy pod rygorem wykluczenia na

podstawie art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Prawo zamówień publicznych¹ zobowiązani byli złożyć wraz z ofertą:

„Aktualne zaświadczenie naczelnika urzędu skarbowego potwierdzające, że Wykonawca nie zalega z opłacaniem podatków, lub zaświadczenie, że uzyskał przewidziane prawem zwolnienie, odroczenie lub rozłożenie na raty zaległych płatności lub wstrzymanie w całości wykonania decyzji właściwego organu – wystawione nie wcześniej niż 3 miesiące przed upływem terminu składania ofert” (karta nr 150).

W ofercie Firmy Andrew nie stwierdzono takiego dokumentu i dlatego zamawiający pismem z 23 czerwca 2014 r. wezwał ją do uzupełnienia tego braku w nieprzekraczalnym terminie do 27 czerwca, do godz. 13.00, przy czym wyjaśnił, że fax i mail nie stanowią formy pisemnej. Zamawiający wskazał również, że złożone na powyższe wezwanie oświadczenia i dokumenty powinny potwierdzać spełnienie przez Firmę Andrew warunków udziału w postępowaniu nie później niż w dniu, w którym upłynął termin składania ofert, tj. 3 czerwca 2014 r. (karta nr 99).

Wezwani wykonawcy dostarczyli brakujące dokumenty, przy czym wykonawca oferujący najniższą cenę – Firma Andrew, która miała dostarczyć zaświadczenie z Urzędu Skarbowego potwierdzające niezaleganie z opłacaniem podatków na dzień składania ofert, tj. na dzień 3 czerwca 2014 r., dostarczyła zaświadczenie, ale wystawione 5 czerwca 2014 r. (karta nr 101).

Zamawiający w SIWZ, w punkcie 7.2.1 Instrukcji dla Wykonawców wymagał, aby wykonawcy posiadali decyzję – zezwolenie na prowadzenie transportu odpadów, wydaną przez odpowiednie terytorialnie i kompetencyjnie organy. W celu potwierdzenia spełnienia ww. warunku wykonawcy zobowiązani byli, zgodnie z punktem 8.2.2 Instrukcji złożyć taką decyzję (karty nr 149, 150).

Oferta Firmy Marynowski nie zawierała decyzji zezwalającej na prowadzenie działalności w zakresie transportu odpadów. Pismem z 4 lipca 2014 r. zamawiający wezwał ją do uzupełnienia oferty w tym zakresie w terminie do 9 lipca 2014 r. (karta nr 305). Firma Marynowski 7 lipca 2014 r. uzupełniła ofertę o wymaganą decyzję (karty nr 302-304).

Firma Andrew również nie załączyła do swojej oferty decyzji – zezwolenia na transport odpadów i, podobnie jak Firma Marynowski, pismem z 4 lipca 2014 r. została wezwana do uzupełnienia oferty w terminie do 9 lipca 2014 r. (karta nr 299). W odpowiedzi, w piśmie z 7 lipca 2014 r. Firma Andrew przedłożyła decyzję wydaną na rzecz innego podmiotu oraz umowę transportu odpadów łączącą ją z tym podmiotem (karty nr 112, 149, 289-297). Zamawiający uzupełnienie takie uznał za nieskuteczne ponieważ decyzja wydana na rzecz innego podmiotu nie może być przedmiotem udostępnienia. Wynika to m.in. z art. 26 ust. 2 b ustawy Prawo zamówień publicznych². Wykonawca z swojej oferty oświadczył, że sam zrealizuje zamówienie, stąd też powierzenie wywozu odpadów innemu podmiotowi prowadziłyby

¹ Art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Prawo zamówień publicznych stanowi, że z postępowania o udzielenie zamówienia wyklucza się wykonawców, którzy nie wykazali spełniania warunków udziału w postępowaniu.

² Art. 26 ust. 2b ww. ustawy stanowi, że wykonawca może polegać na wiedzy i doświadczeniu, potencjale technicznym, osobach zdolnych do wykonania zamówienia, zdolnościach finansowych lub ekonomicznych innych podmiotów, niezależnie od charakteru prawnego łączących go z nimi stosunków. Wykonawca w takiej sytuacji zobowiązany jest udowodnić zamawiającemu, iż będzie dysponował tymi zasobami w trakcie realizacji zamówienia, w szczególności przedstawiając w tym celu pisemne zobowiązanie tych podmiotów do oddania mu do dyspozycji niezbędnych zasobów na potrzeby wykonania zamówienia.

zdaniem zamawiającego do zmiany oferty, co jest niedopuszczalne w świetle art. 87 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych³.

Zamawiający uznał, że Firma Andrew nie wykazała, że posiada zezwolenie na prowadzenie transportu odpadów, a przedstawione przez nią zaświadczenie o niezaleganiu w podatkach, wystawione 5 czerwca 2014 r., nie potwierdza faktu niezalegania z opłacaniem podatków na dzień składania ofert i w konsekwencji wykluczył tego wykonawcę z postępowania na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Prawo zamówień publicznych, a jego ofertę uznał za odrzuconą zgodnie z art. 24 ust. 4 tej ustawy⁴. Ponadto zamawiający zatrzymał wadium w wysokości 25.000 zł wniesione przez Firmę Andrew. Podstawą tej decyzji było stwierdzenie, że Firma Andrew w odpowiedzi na wezwanie zamawiającego nie złożyła dokumentu potwierdzającego spełnienie warunku udziału w postępowaniu w postaci aktualnego zaświadczenia z urzędu skarbowego potwierdzającego niezaleganie z opłacaniem podatków, i jednocześnie nie udowodniła, że niezłożenie wymaganego dokumentu wynikało z przyczyn nieleżących po stronie Firmy Andrew. W związku z powyższym zaszyły przesłanki określone w art. 46 ust. 4a ustawy Prawo zamówień publicznych⁵ zobowiązujące zamawiającego do zatrzymania wadium (karta nr 285).

W tej sytuacji po odrzuceniu oferty najtańszej, zamawiający dokonując wyboru zobowiązany był uznać za najkorzystniejszą kolejną ofertę w rankingu ofert, tj. ofertę Firmy Marynowski i ostatecznie z wykonawcą tym podpisano 29 lipca 2014 r. umowę na realizację przedmiotowego zamówienia (karty nr 279-284).

Firma Andrew nie dołączyła do oferty właściwego zaświadczenia z Urzędu Skarbowego (wystawionego nie wcześniej niż trzy miesiące przed upływem terminu składania ofert) mimo, że nim dysponowała. Zamawiający w toku przetargu ustalił, że w innym przetargu - przetargu organizowanym przez Zarząd Dróg Wojewódzkich w Opolu na „Koszenie traw i chwastów z pasa drogowego dróg wojewódzkich administrowanych przez Zarząd Dróg Wojewódzkich w Opolu z podziałem na zadania” przeprowadzonym w okresie marzec-kwiecień 2014 r. wykonawca ten w ofercie przedłożył kserokopię zaświadczenia z Urzędu Skarbowego wystawionego 7 marca 2014 r. (karty nr 102-104).

Sama Firma Andrew w wyjaśnieniach z 31 lipca 2014 r. skierowanych do GDDKiA potwierdziła, że zaświadczenie takie zostało wydane, niemniej nie mogła go dostarczyć, gdyż oryginał złożyła w Banku Spółdzielczym monitorującym jej kredyt. Na potwierdzenie tej okoliczności Firma Andrew złożyła zaświadczenie z Banku Spółdzielczego datowane na 2 czerwca 2014 r., z którego wynika, że w banku złożone zostały oryginały zaświadczeń z ZUS i Urzędu Skarbowego. Zwraca uwagę fakt, że mimo złożenia w banku oryginałów zaświadczeń z ZUS i Urzędu Skarbowego do oferty złożonej 3 czerwca 2014 r. w GDDKiA Firma Andrew dołączyła kserokopię zaświadczenia z ZUS, a nie dołączyła kserokopii zaświadczenia z Urzędu Skarbowego (karty nr 105-109).

³ Art. 87 ust. 1 ww. ustawy stanowi, że w toku badania i oceny ofert zamawiający może żądać od wykonawców wyjaśnień dotyczących treści złożonych ofert. Niedopuszczalne jest prowadzenie między zamawiającym a wykonawcą negocjacji dotyczących złożonej oferty oraz, (...), dokonywanie jakiegokolwiek zmiany w jej treści.

⁴ Art. 24 ust. 4 ww. ustawy stanowi, że ofertę wykonawcy wykluczonego uznaje się za odrzuconą.

⁵ Art. 46 ust. 4a ww. ustawy stanowi, że zamawiający zatrzymuje wadium wraz z odsetkami, jeżeli wykonawca w odpowiedzi na wezwanie, o którym mowa w art. 26 ust. 3, z przyczyn leżących po jego stronie, nie złożył dokumentów lub oświadczeń, o których mowa w art. 25 ust. 1, pełnomocnictw, (...), lub nie wyraził zgody na poprawienie omyłki, o której mowa w art. 87 ust. 2 pkt 3, co powodowało brak możliwości wybrania oferty złożonej przez wykonawcę jako najkorzystniejszej.

Oferty w przedmiotowym przetargu można było składać do 3 czerwca 2014 r. do godziny 10.50 (karta nr 154). Otwarcie ofert nastąpiło w 3 czerwca 2014 r. o godzinie 11.00. Firma Andrew dopiero 4 czerwca 2014 r., tj. następnego dnia po otwarciu ofert, kiedy znane były ceny ofert, wystąpiła do Urzędu Skarbowego o wydanie zaświadczenia o niezaleganiu z opłacaniem podatków (w tym dniu dokonała wpłaty na konto Urzędu Miejskiego w Kluczborku z tytułu opłaty skarbowej za zaświadczenia) i zaświadczenie to uzyskała z datą 5 czerwca 2014 r. Możliwe zatem było uzyskanie zaświadczenia w ciągu jednego dnia od dnia złożenia wniosku. Oznacza to, że występując do Urzędu Skarbowego np. 2 czerwca 2014 r. mogłaby uzyskać zaświadczenie z datą 3 czerwca 2014 r., które potwierdzałoby fakt niezalegania z płatnościami podatkowymi i zapobiegłoby odrzuceniu oferty.

Firma Andrew w celu potwierdzenia posiadanego doświadczenia podała, że wykonywała na zlecenie Firmy Marynowski:

- w okresie 01.01.2012 – 31.12.2012 – koszenie traw i chwastów przy drogach wojewódzkich klasy G w ilości 2 893 127 m²,
 - w okresie 31.01.2012 – 31.12.2012 – mechaniczne zmiatanie nawierzchni jezdni klasy G w ilości 68 km (karta nr 256),
- oraz załączyła referencje wystawione na jej rzecz przez Firmę Marynowski (karty nr 46-47).

Oferty Firmy Marynowski i Firmy Andrew zostały złożone zamawiającemu w tym samym dniu, tj. 3 czerwca 2014 r. o tej samej godzinie - 10.24 (karty nr 75, 98).

W ofertach złożonych przez Firmę Andrew i Firmę Marynowski w przetargu na „Koszenie traw i chwastów oraz utrzymanie czystości w ciągu dróg krajowych nr 11, 42, 43 i 45 na terenie Oddziału w Opolu Rejon Kluczbork w okresie 48 miesięcy” występują podobieństwa i zbieżności (karty nr 140, 252-257).

Formularze ofert:

- **w ofercie Firmy Andrew oraz w ofercie Firmy Marynowski w pkt 3 jest wpisana słownie cena brutto, cena ta jest taka sama w obu ofertach, jest to „(słownie złotych: jeden milion trzysta dziewięćdziesiąt pięć tysięcy dwieście sześćdziesiąt 21/100)”**; cena brutto podana liczbowo w ofercie firmy Marynowski zgadza się z ceną podaną słownie, w ofercie Firmy Andrew cena podana liczbowo różni się od ceny podanej słownie i jest to 1 194 547,88 zł (karty nr 252, 253),
- w obu ofertach w pkt 3 w identyczny sposób wpisano ceny brutto (ta sama czcionka, odstępy między milionem, tysiącami i setkami (jak w kwocie powyżej), brak odstępu między kwotą a zł.

Formularze cenowe:

- w obu formularzach cenowych występują takie same czcionki, takie same odstępy i przesunięcia między wierszami (w kolumnach 5 i 7 podane ilości i wartość pogrubiono, w pozycji 1 wartość nie została zablokowana do prawej, w pozycjach 2, 3 i 17 występuje przesunięcie ilości do kolejnego wiersza) oraz taka sama forma edycji poz. 7 wyrażająca się w braku jej wypełnienia (karty nr 254, 255),
- w formularzu cenowym Firmy Andrew w poz. 12 wpisana jest wartość 40,00, czyli taka sama jak w poz. 12 w formularzu Firmy Marynowski, mimo, że wg wyliczenia winna ona wynosić 80,00 (karty nr 254, 255),
- w obu formularzach pod tabelą podane jest miejsce i data ich wypełnienia, gdzie we wskazaniu roku podkreślone są dwie ostatnie cyfry („2014”),

Formularze 3.2.2 „Wiedza i doświadczenie”

- w obu formularzach w taki sam sposób sformatowano tekst (zastosowanie pogrubienia, w kolumnie 2 wyśrodkowanie, w kolejnych zblokowanie do lewej), występują takie same odstępy, w kolumnie wartość w pierwszej pozycji nie podano waluty, w drugiej wpisano zł (karty nr 256, 257).

Wykonawcy Firma Andrew i Firma Marynowski w latach 2011-2014 realizowali wspólnie jako konsorcjum na rzecz GDDKiA Oddział w Opolu zamówienie „Utrzymanie zieleni wysokiej i średniej przy drogach krajowych na terenie Oddziału w Opolu Generalnej Dyrekcji Dróg Krajowych i Autostrad w latach 2011-2014 – część nr 1 – utrzymanie zieleni wysokiej i średniej w ciągu dróg krajowych nr A-4, 39, 42, 46, 94 na terenie Rejonu w Brzegu” (umowa nr 91-424-01/01/10 z 04.03.2011 r.; karty nr 123, 180-185).

Firma Andrew w 2013 r. pracowała przez 2 miesiące dla Firmy Marynowski jako jej podwykonawca. Firma Andrew wykonywała prace związane ze zleceniem udzielonym Firmie Marynowski przez GDDKiA Oddział w Opolu (zamówienie na „Koszenie traw i chwastów przy drogach krajowych nr 11, 42 i 45 administrowanych przez GDDKiA Oddział w Opolu”) (karty nr 123, 133, 258, 262, 263).

Firma Andrew w 2009 r. utworzyła z Firmą Marynowski konsorcjum do przetargu na utrzymanie zieleni wysokiej i średniej przy drogach krajowych na terenie oddziału Opole Rejon Brzeg (karta nr 123).

Prezes Urzędu zważył, co następuje:

Określenie zarzutu

Stronom niniejszego postępowania antymonopolowego – Firmie Andrew i Firmie Marynowski - został postawiony zarzut stosowania praktyki ograniczającej konkurencję, o której mowa w art. 6 ust. 1 pkt 7 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów, polegającej na uzgodnieniu przez tych przedsiębiorców przystępujących do przetargu zorganizowanego przez Generalną Dyrekcję Dróg Krajowych i Autostrad Oddział w Opolu o udzielenie zamówienia publicznego pod nazwą „Koszenie traw i chwastów oraz utrzymanie czystości w ciągu dróg krajowych nr 11, 42, 43 i 45 na terenie Oddziału w Opolu Rejon Kluczbork w okresie 48 miesięcy” warunków składanych ofert i zasad postępowania umożliwiających wykluczenie z przetargu Firmy Andrew i wygranie przetargu przez Firmę Marynowski, oferującą wyższą cenę na usługi będące przedmiotem przetargu.

Interes publiczny.

Stosownie do 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 ogólnospołecznego. Powyższe przesądza o wyłączeniu możliwości podejmowania przez Prezesa Urzędu działań w celu ochrony interesów indywidualnych. Takie rozumienie celu ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów oraz kompetencji Prezesa Urzędu potwierdza orzecznictwo Sądu Okręgowego w Warszawie – Sądu Ochrony Konkurencji i Konsumentów (zwanego dalej również SOKiK), w świetle którego „*interes publiczny w postępowaniu administracyjnym nie jest pojęciem jednolitym i stałym. W każdej sprawie winien być on ustalony i konkretyzowany. Organ administracji – Prezes Urzędu winien być w toku i przy wydawaniu decyzji rzecznikiem tego interesu, albowiem wynika to z*

jego zadań w strukturze administracji publicznej – art. 7 k.p.a.”. Podobnie Sąd Najwyższy stwierdził, że „ustawa antymonopolowa ma charakter publicznoprawny, zatem jej celem jest służyć interesom publicznym. Ingeruje, gdy w wyniku pewnych ogólnych zjawisk zagrożona jest sama instytucja konkurencji. Nie odnosi się do ochrony roszczeń indywidualnych”⁶.

Interes publiczny należy bowiem utożsamiać z naruszeniem konkurencji lub wywołaniem (możliwością wywołania) na rynku innych niekorzystnych zjawisk⁷. Zachowanie przedsiębiorców należy oceniać z punktu widzenia celów ustawodawstwa antymonopolowego, a mianowicie, czy może ono wywołać skutki w postaci wpływu na ilość, jakość, cenę towarów lub zakres wyboru dostępny konsumentom lub innym nabywcom⁸.

Rozpatrując niniejszą sprawę Prezes Urzędu uznał, że ma ona charakter publicznoprawny i może być rozpatrywana na gruncie przepisów prawa antymonopolowego, bowiem wszelkie uzgodnienia dokonywane pomiędzy przedsiębiorcami działającymi na tym samym rynku, będącymi konkurentami zawsze prowadzą do zakłócenia zasad wolnego rynku poprzez ograniczenie, czy wręcz zaniechanie podejmowania działań konkurencyjnych, podczas gdy skutki takich praktyk odczuwalne są przede wszystkim przez kontrahentów przedsiębiorców, najczęściej konsumentów.

Szczególnie szkodliwe z punktu widzenia ochrony konkurencji są porozumienia przetargowe polegające na uzgodnieniu warunków składanych ofert, w szczególności ceny, jako ingerencja w podstawowy obszar rywalizacji przedsiębiorców na danym rynku właściwym. Wyłączenie bowiem konkurencji w przetargach pomiędzy przedsiębiorcami poprzez zawarcie porozumienia może z jednej strony prowadzić do wzrostu cen za oferowane towary lub usługi, a z drugiej strony niweluje impuls dla tych samych przedsiębiorców do zwiększania efektywności swoich działań. Uzgodnienie pomiędzy konkurentami treści składanych w trakcie przetargu ofert oraz zachowania w toku prowadzonego przetargu może wpływać negatywnie na poziom cen oraz zakres wyboru i jakość usług dostępnych dla zamawiającego. Zawieranie pomiędzy przedsiębiorcami umów przetargowych może ograniczać lub nawet eliminować oczekiwane, pozytywne efekty przetargu jako pola walki konkurencyjnej, narażając zamawiającego na niekorzystne rozporządzenie mieniem, zwłaszcza środkami publicznymi, przez co pośrednio naraża na straty ogół społeczeństwa. Tego rodzaju porozumienia powinny być ścigane oraz karane niezależnie od ich faktycznego wpływu na rynek właściwy. *„Praktyka umów przetargowych może być szczególnie społecznie szkodliwa, jeśli dotyczy zamówień publicznych. Szkodliwość umów przetargowych polega na tym, że niweczą one korzyści wynikające z konkurencji”⁹.*

W sprawie będącej przedmiotem niniejszej decyzji, która dotyczy zawarcia umowy przetargowej, został naruszony interes publicznoprawny poprzez naruszenie zasad konkurencji w przetargu, co uzasadnia ocenę zachowania stron niniejszego postępowania w świetle przepisów ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów. Umowy przetargowe mogą bowiem powodować zakłócenie funkcjonowania systemu zamówień publicznych poprzez *„zniweczenie celu, jaki ma być osiągnięty w drodze przetargu, a mianowicie wybór najkorzystniejszych ofert składanych przez oferentów w warunkach konkurencji”¹⁰.*

⁶ Wyrok Sądu Najwyższego z 29 maja 2001 r., sygn. akt I CKN 1217/98.

⁷ Wyrok Sądu Najwyższego z 5 czerwca 2008 r., sygn. akt III SK 40/07.

⁸ Wyrok Sądu Najwyższego z 16 października 2008 r., sygn. akt III SK 2/08.

⁹ Z. Jurczyk, „Kartele w polityce konkurencji Unii Europejskiej”, Warszawa 2012, s. 372.

¹⁰ Wyrok SOKiK z 17 kwietnia 2008 r., sygn. akt XVII Ama 117/05.

Wobec powyższego należy uznać, że w niniejszej sprawie zaistniały podstawy do podjęcia przez Prezesa Urzędu działań w interesie publicznym.

Status przedsiębiorcy

Zarzut stosowania praktyki ograniczającej konkurencję można postawić wyłącznie przedsiębiorcy. Zgodnie z art. 4 pkt 1 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów pod pojęciem tym należy rozumieć m.in. przedsiębiorcę w rozumieniu przepisów ustawy z dnia 2 lipca 2004 r. o swobodzie działalności gospodarczej (Dz.U. z 2015 r., poz. 584 ze zm.). Zarazem należy wskazać, że zgodnie z przepisami ustawy o swobodzie działalności gospodarczej przedsiębiorcą jest osoba fizyczna, osoba prawna i jednostka organizacyjna niebędąca osobą prawną, której odrębna ustawa przyznaje zdolność prawną – wykonująca we własnym imieniu działalność gospodarczą, tj. zarobkową działalność wytwórczą, budowlaną, handlową, usługową oraz poszukiwanie, rozpoznawanie i wydobywanie kopalin ze złóż, a także działalność zawodową, wykonywaną w sposób zorganizowany i ciągły. Za przedsiębiorcę uznaje się więc podmiot, który spełnia łącznie określone 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 we własnym imieniu działalność gospodarczą.

Strony postępowania antymonopolowego zakończonego niniejszą decyzją prowadzą we własnym imieniu działalność gospodarczą, posiadają zatem status przedsiębiorcy w rozumieniu przepisów ustawy z dnia 2 lipca 2004 r. o swobodzie działalności gospodarczej. W konsekwencji są oni również przedsiębiorcami w rozumieniu art. 4 pkt 1 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów i podlegają regulacjom tej ustawy, w tym mają do nich zastosowanie przepisy dotyczące zakazu stosowania praktyk ograniczających konkurencję.

Rynek właściwy

Praktyki ograniczające konkurencję ujawniają się na określonym rynku, dlatego koniecznym jest zdefiniowanie w przedmiotowej sprawie rynku właściwego. Zgodnie z art. 4 pkt 9 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów 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.

Z przywołanej wyżej definicji ustawowej wynika zatem, że rynek właściwy określa się zarówno w ujęciu produktowym (przedmiotowym), jak i geograficznym (terytorialnym). Rynek w znaczeniu przedmiotowym odnosi się do towarów w rozumieniu art. 4 pkt 7 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów. 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. Niezbędnym elementem rynku właściwego jest także jego wymiar geograficzny, oznaczający konieczność wskazania 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), a także geograficznego. Wyznaczenie rynku właściwego produktowo opierać się powinno na zbadaniu substytucyjności towarów w oparciu o takie kryteria jak przeznaczenie, właściwości towaru oraz cenę.

W niniejszej sprawie rynek produktowy został określony jako rynek usług z zakresu koszenia traw i chwastów oraz utrzymania czystości w ciągu dróg krajowych. Rynek ten jest rynkiem konkurencyjnym, na którym działa wielu przedsiębiorców. Na rynku ww. usług główną barierę wejścia stanowią koszty wyposażenia przedsiębiorstwa w sprzęt i narzędzia niezbędne do wykaszania traw, przycinania i wycinania drzew i zarośli oraz sprzątania dróg i poboczy.

Odbiorcami usług z zakresu koszenia traw i chwastów oraz utrzymania czystości w ciągu dróg krajowych są właściciele i zarządcy dróg krajowych. W związku z istnieniem dużej konkurencji w pozyskiwaniu zleceń na powyższe usługi przedsiębiorcy zajmujący się koszeniem traw, wycinaniem krzewów czy drzew, sprzątaniem dróg biorą udział w dużej ilości przetargów organizowanych przez zarządców dróg krajowych.

W przypadku zamówień publicznych szczegółowy zakres robót w ramach usług z zakresu koszenia traw i chwastów oraz utrzymania czystości w ciągu dróg określany jest w opisie przedmiotu zamówienia zawartym w specyfikacji istotnych warunków zamówienia i obejmuje m.in.: mechaniczne i ręczne koszenie pasa drogowego, parkingów itp., mechaniczne i ręczne zamiatanie jezdni, chodników ścieżek rowerowych, utrzymanie czystości obiektów mostowych, mycie barier i poręczy, zbieranie śmieci z pasa drogowego, obiektów mostowych i ich otoczenia, interwencyjne zbieranie i wywóz gałęzi z drzew przydrożnych po wichurach, ręczne i chemiczne usuwanie chwastów z chodników, ścieżek rowerowych, parkingów, ręczne usuwanie chwastów i pielęgnacja terenów zielonych, strzyżenie żywopłotów i pielęgnacja zieleni niskiej.

Usługi te nie posiadają substytutów, gdyż z uwagi na ochronę środowiska, czy przepisy przeciwpożarowe nie można ich zastąpić innymi usługami, np. chemicznym usuwaniem traw i krzaków, czy wypalaniem traw na poboczach dróg. Ponadto, uzyskane zlecenia od zarządców dróg na ww. usługi mają charakter długotrwały (zlecenia obejmują okres od roku do trzech lat) i zapewniają stały dochód w dłuższym okresie.

Analizując okoliczności niniejszej sprawy, Prezes Urzędu doszedł do przekonania, że rynek usług z zakresu koszenia traw i chwastów oraz utrzymania czystości w ciągu dróg ma wymiar krajowy. Za takim stanowiskiem przemawia brak występowania na omawianym rynku właściwym produktowo istotnych barier prawnych lub faktycznych, które mogłyby, choćby potencjalnie, ograniczać swobodę prowadzenia przez przedsiębiorców działalności rynkowej na danym obszarze geograficznym. Na terenie całego kraju przedsiębiorcy mają jednolite warunki konkurowania. Ponadto, jak wynika z informacji posiadanych przez Prezesa Urzędu oraz ze stron internetowych organizatorów przetargów, do przetargów na świadczenie przedmiotowych usług przystępują przedsiębiorcy z terenu całego kraju.

Tym samym Prezes Urzędu przyjął, że zawarte porozumienie dotyczy krajowego rynku usług z zakresu koszenia traw i chwastów oraz utrzymania czystości w ciągu dróg krajowych.

Podkreślenia w tym miejscu wymaga, że szersza lub węższa definicja rynku – zarówno w aspekcie produktowym jak i geograficznym – a także ich struktura, nie mają większego

znaczenia w niniejszej sprawie, ponieważ w przypadku porozumień nie podlegających wyłączeniom *de minimis* szczególnie dokładna definicja rynku nie jest niezbędna. Na zdefiniowanych przez Prezesa Urzędu w niniejszej sprawie rynkach właściwych działa wielu przedsiębiorców i nie jest konieczne szczegółowe badanie stanu konkurencji, w tym ustalenie udziałów uczestników porozumienia w tych rynkach, z tego względu, że porozumienia ograniczające konkurencję polegające na uzgadnianiu przez przedsiębiorców przystępujących do przetargu warunków składanych ofert nie podlegają wyłączeniu z uwagi na udział w rynku nie przekraczający tzw. progu bagatelności (kwestia stosowania m.in. tego wyłączenia omówiona jest w dalszej części decyzji).

Naruszenie zakazu porozumień ograniczających konkurencję wskazanego w art. 6 ust. 1 pkt 7 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów – zmowa przetargowa.

Przepis art. 6 ust. 1 pkt 7 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów stanowi, że zakazane są porozumienia, których celem lub skutkiem jest wyeliminowanie, ograniczenie lub naruszenie w inny sposób konkurencji na rynku właściwym, polegające 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.

W celu ustalenia, czy przedsiębiorca dopuścił się naruszenia ww. przepisu Prezes Urzędu musi ustalić następujące przesłanki:

- zawarcie porozumienia pomiędzy przedsiębiorcami,
- celem lub skutkiem porozumienia było wyeliminowanie, ograniczenie lub naruszenia w inny sposób konkurencji na rynku właściwym,
- porozumienie nie podlega wyłączeniu spod zakazu.

Zgodnie z art. 4 pkt 5 ww. ustawy porozumienia te mogą przybrać następujące formy:

- a) umów zawieranych pomiędzy przedsiębiorcami, między związkami przedsiębiorców oraz między przedsiębiorcami i ich związkami albo niektóre postanowienia tych umów,
- b) uzgodnień dokonanych w jakiegokolwiek formie przez dwóch lub więcej przedsiębiorców lub ich związki,
- c) uchwał lub innych aktów związków przedsiębiorców lub ich organów statutowych.

Zgodnie z przepisem art. 4 pkt 5 lit. b za porozumienia uznaje się uzgodnienia dokonywane w jakiegokolwiek formie przez dwóch lub więcej przedsiębiorców lub ich związki. Istotą tej praktyki jest koordynacja zachowań przedsiębiorców poprzez świadome współdziałanie, którego celem lub skutkiem jest ograniczenie konkurencji (tzw. praktyki uzgodnione czy tzw. współpraca faktyczna). Koordynacja pozwala bowiem na wyeliminowanie niepewności przedsiębiorców co do przebiegu procesów rynkowych i warunków działania konkurencji¹¹. Praktyczna kooperacja pomiędzy przedsiębiorcami zajmuje więc miejsce konkurencji. Decydujące zatem, dla zakazu praktyk uzgodnionych, jest stwierdzenie ograniczenia wolności działania przedsiębiorców przez koordynowanie ich zachowań, czyli zastąpienia działaniami skoordynowanymi działań samodzielnych¹². Uzgodnienie to może przybrać formę wymiany

¹¹ E. Modzelewska – Wąchał, *Ustawa o ochronie konkurencji i konsumentów. Komentarz*, Wydawnictwo TWIGGER, Warszawa 2002, s. 44.

¹² T. Skoczny, W. Springer, *Podstawowe orzecznictwo antymonopolowe organów wspólnot europejskich, Zakaz porozumień ograniczających konkurencję I*, Urząd Antymonopolowy, Warszawa 1996, s. 29.

informacji o przyszłych zachowaniach rynkowych, w oczekiwaniu na osiągnięcie efektu koordynacyjnego¹³.

W celu udowodnienia, że pomiędzy niezależnymi przedsiębiorcami - konkurentami doszło do praktyk uzgodnionych, nie jest konieczne, aby którykolwiek z nich lub wszyscy, w sposób formalny zobowiązali się do podjęcia określonego zachowania wystarczającym jest, że poprzez ujawnienie lub podjęcie zamiarów zmniejszyła się niepewność co do zachowania, jakiego można się spodziewać na rynku.

W razie braku bezpośrednich dowodów na udowodnienie praktyk ograniczających konkurencję, dopuszczalnym jest oparcie się na dowodach pośrednich, poprzez odwołanie się, zgodnie z art. 84 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów do przepisów Kodeksu postępowania cywilnego dotyczących reguł odnoszących się do domniemań faktycznych. Stosownie do art. 231 ustawy z dnia 17 listopada 1964 r. Kodeks postępowania cywilnego (tekst jedn. Dz.U. z 2014 r., poz. 101), można uznać za ustalone fakty mające istotne znaczenie dla rozstrzygnięcia sprawy, jeżeli wniosek taki można wyprowadzić z innych ustalonych faktów. Również w orzecznictwie wskazywano, że fakt zawarcia zakazanego prawem porozumienia (w przypadku braku dowodów bezpośrednich) może być udowodniony w sposób pośredni, jeżeli podobieństwa postępowania przedsiębiorców nie da się wyjaśnić bez założenia uzgodnionego zachowania tych podmiotów na rynku¹⁴.

W tym miejscu wskazać również należy na wyrok Sądu Najwyższego z 9 sierpnia 2006 r. w sprawie III SK 6/06, gdzie Sąd stwierdził, że „w przypadku postawienia przedsiębiorcom zarzutu zawarcia niedozwolonego (zabronionego przez prawo) porozumienia dotyczącego uzgodnienia cen jako elementu najsilniej oddziałującego na relacje konkurencyjne między przedsiębiorcami, a zarazem wpływającego na wybór ofert przez odbiorców (noszącego nazwę kartelu cenowego), które uznane jest za jedno z najcięższych naruszeń zakazu praktyk ograniczających konkurencję, możliwe - a niekiedy nawet konieczne - jest zastosowanie domniemań faktycznych, ponieważ porozumienia tego rodzaju (dokonane w jakiegokolwiek formie) nie tylko nie przybierają postaci pisemnych umów, lecz nawet są otaczane przez samych biorących w nich udział przedsiębiorców pełną dyskrecją. W ocenie pozwanego nie było możliwości przeprowadzenia dowodów bezpośrednich zatem w przedmiotowej sprawie celowe i uzasadnione było stosowanie domniemań faktycznych”.

W orzecznictwie Sądu Ochrony Konkurencji i Konsumentów podkreśla się, 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

¹³ T. Skoczny, W. Springer, *Podstawowe orzecznictwo ...*, s. 29; por. wyrok Trybunału Sprawiedliwości z dnia 14.07.1972 r. w sprawie 48/69 *Imperial Chemical Industries Ltd. v. Komisja Wspólnot Europejskich*, Zb. Wyroków SE 1972, 619.

¹⁴ Wyrok Sądu Antymonopolowego z 1 marca 1993 r., XVII Amr 37/92, „*Orzecznictwo Gospodarcze*” 1993, z. 3, poz. 63; Por. wyrok Sądu Antymonopolowego z 20 września 1995 r., XVII Amr 15/95, „*Wokanda*” 1996, Nr 8 oraz wyrok Sądu Najwyższego z 24 kwietnia 1996 r., I CRN 49/96, OSNCP 1996, Nr 9, poz. 124.

*niedozwoloną praktykę ograniczającą konkurencję*¹⁵. Przywołane powyżej stanowisko Sądu Ochrony Konkurencji i Konsumentów odwołuje się do reguł dowodzenia opartych na domniemaniach faktycznych.

W toku niniejszego postępowania antymonopolowego nie znaleziono dowodów wskazujących na jawną znowę przetargową, np. w postaci umowy cywilnoprawnej regulującej zasady współpracy pomiędzy uczestnikami porozumienia w zakresie koordynacji zachowań i ofert. Tym samym Prezes Urzędu dokonał oceny zachowania Firmy Andrew i Firmy Marynowski na podstawie dowodów pośrednich uzyskanych w niniejszym postępowaniu. Wnioski wyprowadzone z poniżej przeprowadzonej analizy materiału dowodowego wskazują, że zachowanie uczestników niniejszego postępowania miało charakter uzgodnienia, wskazanego w art. 4 pkt 5 lit b ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów.

Między wymienionymi przedsiębiorcami występują powiązania gospodarcze. Firma Andrew i Firma Marynowski w latach 2011-2014 realizowały wspólnie jako konsorcjum na rzecz GDDKiA Oddział w Opolu zamówienie „Utrzymanie zieleni wysokiej i średniej przy drogach krajowych na terenie Oddziału w Opolu Generalnej Dyrekcji Dróg Krajowych i Autostrad w latach 2011-2014 – część nr 1 – utrzymanie zieleni wysokiej i średniej w ciągu dróg krajowych nr A-4, 39, 42, 46, 94 na terenie Rejonu w Brzegu”. Firma Andrew w 2013 r. pracowała przez dwa miesiące dla Firmy Marynowski jako jej podwykonawca. Firma Andrew wykonywała prace związane ze zleceniem udzielonym Firmie Marynowski przez GDDKiA Oddział w Opolu (zamówienie na „Koszenie traw i chwastów przy drogach krajowych nr 11, 42 i 45 administrowanych przez GDDKiA Oddział w Opolu”). Ponadto w ocenianym przetargu na „Koszenie traw i chwastów oraz utrzymanie czystości w ciągu dróg krajowych nr 11, 42, 43 i 45 na terenie Oddziału w Opolu Rejon Kluczbork w okresie 48 miesięcy” Firma Andrew w celu potwierdzenia posiadanego doświadczenia wskazała, że wykonywała określone prace na zlecenie Firmy Marynowski i przedstawiła wystawione przez nią referencje.

Wskazane powyżej okoliczności pokazują, że uczestnicy postępowania mieli możliwość wymieniać się informacjami odnośnie treści składanych ofert oraz zachowań w zakresie koordynacji swoich działań podczas przetargu na koszenie traw i chwastów oraz utrzymanie czystości w ciągu dróg krajowych nr 11, 42, 43 i 45 na terenie Oddziału GDDKiA w Opolu Rejon Kluczbork. Wcześniejsza współpraca czyni taką wymianę prawdopodobną, a w kontekście pozostałych poniższych dowodów pozwala ją uznać za faktyczną.

Istotnym faktem w okolicznościach sprawy jest to, że Firma Andrew, która zaoferowała najkorzystniejszą cenę, złożyła ofertę niezawierającą wszystkich wymaganych dokumentów. Brak dotyczył zaświadczenia z Urzędu Skarbowego potwierdzającego niezaleganie z opłacaniem podatków na dzień składania ofert. Firma Andrew po wezwaniu wystosowanym przez zamawiającego do uzupełnienia braku co prawda dołączyła do oferty zaświadczenie z Urzędu Skarbowego, lecz z uwagi na datę jego wystawienia – 5 czerwca 2014 r. - nie mogło ono zostać uznane za potwierdzające niezaleganie z opłacaniem podatków na dzień składania ofert, skoro otwarcie ofert nastąpiło 3 czerwca 2014 r. Znamienne jest również to, że Firma Andrew w innym przetargu, tj. przetargu organizowanym przez Zarząd Dróg Wojewódzkich w Opolu na koszenie traw i chwastów z pasa drogowego w okresie marzec-kwiecień 2014 r. przedłożyła kserokopię zaświadczenia z Urzędu Skarbowego wystawionego 7 marca 2014 r., które gdyby zostało złożone w przedmiotowym przetargu zostałoby uznane za spełniające wymogi.

¹⁵ Wyrok SOKiK z 17 kwietnia 2008 r., sygn. akt XVII Ama 117/05.

Firma Andrew potwierdziła, że zaświadczenie takie zostało wydane, niemniej nie mogła go dostarczyć, gdyż jego oryginał złożyła w Banku Spółdzielczym monitorującym jej kredyt. W banku tym Firma Andrew złożyła również zaświadczenie z ZUS. Bank potwierdził, że otrzymał od Firmy Andrew oryginał zaświadczenia z Urzędu Skarbowego i oryginał zaświadczenia z ZUS. W tym kontekście uwagę zwraca fakt, że do oferty złożonej 3 czerwca 2014 r. w GDDKiA Firma Andrew dołączyła kserokopię ww. zaświadczenia z ZUS, a nie dołączyła kserokopii zaświadczenia z Urzędu Skarbowego.

Co więcej Firma Andrew dopiero następnego dnia po otwarciu ofert, tj. 4 czerwca 2014 r., kiedy znane były ceny, wystąpiła do Urzędu Skarbowego o wydanie stosownego zaświadczenia, gdyby zrobiła to wcześniej, chociaż dzień przed otwarciem ofert, to biorąc pod uwagę, że zaświadczenie uzyskała w ciągu jednego dnia od złożenia wniosku, mogłaby uzyskać zaświadczenie z datą 3 czerwca 2014 r., które zamawiający mógłby przyjąć i uznać ofertę za spełniającą wymagania.

Na dokonywanie uzgodnień odnośnie warunków składanych ofert wskazują opisane w niniejszej decyzji na str. 7-8, w części obejmującej stan faktyczny, podobieństwa i zbieżności w ofertach złożonych przez Firmę Andrew i Firmę Marynowski w przetargu na „Koszenie traw i chwastów oraz utrzymanie czystości w ciągu dróg krajowych nr 11, 42, 43 i 45 na terenie Oddziału w Opolu Rejon Kluczbork w okresie 48 miesięcy”. Występują one w formularzu ofert, w formularzu cenowym i formularzu „Wiedza i doświadczenie”. Nie jest możliwe, aby te podobieństwa co do zastosowanego nietypowego formatowania tekstu, czy omyłka rachunkowa w formularzu cenowym były wynikiem przypadku. Nie można ich też wyjaśnić tym, że strony postępowania przygotowując swoje oferty korzystały z wzoru oferty będącego częścią SIWZ, ponieważ występują one w miejscach, których wypełnienie należało do wykonawców a format czcionki nie był narzucony.

Obciążające ww. przedsiębiorców jest to, że w ofercie Firmy Andrew w punkcie 3 jest wpisana słownie cena brutto taka sama, jak w ofercie Firmy Marynowski, tj. „(słownie złotych: jeden milion trzysta dziewięćdziesiąt pięć tysięcy dwieście sześćdziesiąt 21/100)”. Cena brutto w ofercie Firmy Andrew podana liczbowo to 1 194 547,88 zł, różni się zatem od ceny podanej słownie. Podania takiej samej ceny w obu ofertach nie sposób wytłumaczyć niczym innym, jak tylko wymianą informacji między konkurentami i ich współpracą podczas przygotowywania ofert.

Znamienne jest także to, że oferty obu przedsiębiorców w ocenianym przetargu zostały złożone w siedzibie zamawiającego tego samego dnia o tej samej porze.

Mając na uwadze powyższe, stwierdzić należy, opierając się na domniemaniu faktycznym, że Firma Andrew i Firma Marynowski uzgodniły zachowanie przed i w toku przetargu na „Koszenie traw i chwastów oraz utrzymanie czystości w ciągu dróg krajowych nr 11, 42, 43 i 45 na terenie Oddziału w Opolu Rejon Kluczbork w okresie 48 miesięcy”, w tym ceny usługi, a tym samym zawarły porozumienie ograniczające konkurencję. Domniemanie to stanowi bowiem logicznie wynikający wniosek z faktów, które zostały ustalone w toku postępowania wyjaśniającego, jako jego przesłanki. Przesłanki te stanowią podstawę przeprowadzenia rozumowania, zgodnie z którym logicznym i najbardziej prawdopodobnym wytłumaczeniem zachowania stron postępowania jest zawarcie porozumienia. Oznacza to, że Firma Andrew i Firma Marynowski w toku omawianego przetargu działały w porozumieniu. Występujące pomiędzy stronami powiązania w postaci kontaktów gospodarczych, nie uzupełnienie oferty

przetargowej o posiadany lub łatwy do uzyskania dokument, stanowią przesłankę przemawiającą za wnioskiem, zgodnie z którym strony zawarły porozumienie ograniczające konkurencję.

Podniesiony przez Firmę Marynowski i Firmę Andrew w odpowiedzi na postawiony zarzut argument, że ewentualne przedłożenie lub nie zaświadczenia z Urzędu Skarbowego na potwierdzenie braku zaległości w opłacaniu podatków nie miało istotnego znaczenia w sprawie ponieważ oferta Firmy Andrew i tak została odrzucona z powodu braku decyzji zezwalającej na transport odpadów nie podważa w żaden sposób powyższych wniosków.

W ocenie Prezesa Urzędu ww. przedsiębiorcy składając swoje oferty nie byli świadomi, że nie spełniają one wymogu w zakresie obejmującym wykazanie się zezwoleniem na transport odpadów. Obie Firmy złożyły oferty bez takiej decyzji, przy czym Firma Andrew po otrzymaniu wezwania zamawiającego, w przeciwieństwie do Firmy Marynowski, nie mogła tego braku uzupełnić bo zezwolenia nie posiadała (zaprezentowała stanowisko, że wystarczające jest posiadanie takiego zezwolenia przez firmę, z którą łączy ją umowa na transport odpadów).

O wiele bardziej istotne w okolicznościach sprawy jest zachowanie Firmy Andrew związane z brakiem w jej ofercie zaświadczenia z Urzędu Skarbowego. 23 czerwca 2014 r. Firma Andrew została wezwana do dostarczenia wymaganego zaświadczenia w terminie do 27 czerwca 2014 r. W odpowiedzi dostarczyła zaświadczenie, które nie mogło zostać przyjęte przez zamawiającego, co prowadziło do odrzucenia oferty, chociaż, o czym była mowa powyżej, posiadała zaświadczenie spełniające wszystkie wymagania. Uzupełniając ofertę o zaświadczenie nieodpowiadające wymogom postawionym przez zamawiającego, Firma Andrew nie wiedziała jeszcze, że zamawiający zwróci uwagę na kolejny brak w jej ofercie. Nastąpiło to bowiem dopiero 4 lipca 2014 r., kiedy zamawiający wysłał do niej wezwanie do dostarczenia zezwolenia na transport odpadów. Reakcji Firmy Andrew na wezwanie zamawiającego do złożenia stosownego zaświadczenia z Urzędu Skarbowego nie można zatem wiązać z niemożnością przedstawienia przez nią zezwolenia na transport odpadów, którego nie posiadała.

Również utrata przez Firmę Andrew wpłaconego w przedmiotowym przetargu wadium nie jest okolicznością przemawiającą za stwierdzeniem, że nie uczestniczyła w zмовie przetargowej. Decyzja o przepadku wadium zapada po ocenie ofert i nie można jej przewidzieć na etapie ich składania. W ocenie Prezesa Urzędu Firma Andrew składając jako uzupełnienie oferty zaświadczenie z Urzędu Skarbowego z datą niepozwalającą na jego przyjęcie, nie była świadoma, że może to doprowadzić do utraty wadium. Firma Andrew nie przewidziała, że zamawiający uzna, że mogła wystąpić o zaświadczenie do Urzędu Skarbowego w terminie pozwalającym na jego uzyskanie z datą z dnia otwarcia ofert. Firma Andrew nie mogła również wiedzieć, że zamawiający ustali, że w innym przetargu złożyła zaświadczenie, które z powodzeniem mogło też zostać wykorzystane w przedmiotowym przetargu. Zamawiający uznał, że w tych okolicznościach istnieją podstawy do zatrzymania wadium, a Firma Andrew, mimo podjętej próby, nie udowodniła, że niezłożenie wymaganego dokumentu wynika z przyczyn nieleżących po jej stronie.

Nawet jednak gdyby przedsiębiorcy mogli przewidzieć utratę wadium przez Firmę Andrew, okoliczność ta nie przemawiałaby przeciwko istnieniu między Firmą Andrew i Firmą Marynowski porozumienia ograniczającego konkurencję. Wartość wadium zatrzymanego przez zamawiającego (25.000 zł) była bowiem znacznie niższa od korzyści osiągniętej w

wyniku zrealizowania porozumienia, którego efektem było wybranie przez zamawiającego oferty Firmy Marynowski, droższej od oferty Firmy Andrew o ok. 200.000 zł.

Porozumienie ograniczające konkurencję polegające na zawiązaniu tzw. zmowy przetargowej może mieć w szczególności postać ograniczania ofert. W tym przypadku strony porozumienia uzgadniają, że jeden lub kilka podmiotów zainteresowanych przetargiem nie weźmie w nim udziału. Innym wariantem mechanizmu ograniczania ofert jest umówienie się w kwestii wycofania przed rozstrzygnięciem przetargu już złożonej oferty, lub jakiegokolwiek innego działania, które spowoduje, że dana oferta w praktyce nie będzie mogła być brana pod uwagę jako najkorzystniejsza, tj. wykonawca ją składający zostanie wykluczony, co zgodnie z art. 24 ust. 4 ustawy Prawo zamówień publicznych skutkuje uznaniem jego oferty za odrzuconą, lub jego oferta zostanie odrzucona. Jeśli oferty uczestników zmowy zajmą kolejno pierwsze i drugie miejsce następuje wycofanie przedsiębiorcy z najniższą ceną na skutek czego zostanie wybrana oferta z ceną wyższą.

Firma Andrew i Firma Marynowski uzyskały dwa pierwsze miejsca w rankingu ofert w przedmiotowym przetargu. To umożliwiło im dalszą koordynację działań zmierzającą do sytuacji, w której zamawiający wybrał ofertę tego z przedsiębiorców, który złożył droższą ofertę, gwarantującą większy zysk dla wykonującego zlecenie. Firma Andrew mimo, że zajęła pierwsze miejsce nie uzupełniła dokumentacji łatwej do złożenia (zaświadczenie o niezaleganiu w opłacaniu podatków), co stało się jedną z przyczyn odrzucenia jej oferty. W konsekwencji nieuzupełnienia braków w ofercie zamawiający wybrał ofertę Firmy Marynowski droższą o ok. 200.000 zł.

Antykonkurencyjny cel lub skutek porozumienia

Stosownie do treści przepisu art. 6 ust. 1 pkt 7 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów 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. Uwzględniając brzmienie tej regulacji przyjmując należy, że antykonkurencyjny cel i antykonkurencyjny skutek porozumienia nie muszą wystąpić łącznie i zakazane jest już samo zawarcie (istnienie) porozumienia ukierunkowanego na ograniczenie konkurencji, nie zaś osiągnięcie takiego skutku, natomiast efekt ograniczenia konkurencji wcale nie musi wystąpić.

W niniejszej sprawie antykonkurencyjny cel porozumienia jest jednoznaczny – mamy do czynienia z działaniem stron polegającym na dokonywaniu uzgodnień zachowań wpływających na ostateczny wynik przetargu, a sprowadzających się do wspólnego przygotowywania ofert, a następnie, w związku ze złożeniem ofert zawierających kolejno dwie najniższe ceny, nieuzupełnienia oferty o odpowiednie zaświadczenie z Urzędu Skarbowego w celu doprowadzenia do wyboru oferty tego z przedsiębiorców, który zaoferował wyższą cenę za wykonanie zamówienia. Celem współpracy przedsiębiorców było niewątpliwie ograniczenie konkurencji.

Porozumienie opisane w sentencji niniejszej decyzji, nie tylko zmierzało (miało na celu) do ograniczenia konkurencji na rynku właściwym, ale i cel ten został faktycznie osiągnięty przez uczestniczących w nim przedsiębiorców, którzy dzięki uzgodnionym zachowaniom uzyskali zamówienie po wyższej cenie, wpływając na wynik postępowania przetargowego,

w wyniku czego wystąpił również skutek w postaci zakłócenia konkurencji. Fakt, że Firma Andrew nie była w stanie uzupełnić oferty o zezwolenie na transport odpadów ponieważ go nie posiadała w dacie prowadzenia przetargu, co również było przyczyną odrzucenia przez zamawiającego jej oferty, nie podważa powyższych wniosków. Brak zezwolenia na transport odpadów nie stanowił bowiem przeszkody w koordynacji działań Firmy Andrew, lecz wpisał się w zastosowany przez obie Firmy mechanizm zmowy.

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

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

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 wydane na podstawie art. 8 ust. 3 tej ustawy,
- wyłączenia indywidualne – na podstawie art. 8 ust. 1 tej ustawy.

Ingerencja prawa konkurencji w stosunki gospodarcze przedsiębiorców powinna mieć miejsce jedynie w przypadkach, kiedy zachowania przedsiębiorców wywierają odczuwalne skutki dla konkurencji. W związku z tym w art. 7 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów przewidziane jest wyłączenie stosowania zakazu zawierania porozumień ograniczających konkurencję z uwagi na niewielki udział przedsiębiorców w rynku. Zgodnie z 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 właściwym, którego dotyczy porozumienie nie przekracza 5%. Zakazu, o którym mowa w art. 6 ust. 1, nie stosuje się również, w przypadku gdy udziały w rynku właściwym określone w ust. 1 nie zostały przekroczone o więcej, niż dwa punkty procentowe w okresie dwóch kolejnych lat kalendarzowych w czasie trwania porozumienia, co wynika z art. 7 ust. 2 ww. ustawy. Niemniej jednak, zgodnie z art. 7 ust. 3 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów, wyżej wskazane wyłączenie nie ma zastosowania m.in. do porozumień określonych w art. 6 ust. 1 pkt 7 tej ustawy, tj. do zmwów 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 określający zasadę *de minimis* przepis art. 7 ust. 1 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów.

Przepis art. 8 ust. 3 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów 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 opisane w niniejszej decyzji ograniczenie konkurencji nie podlega wyłączeniu na podstawie tego przepisu spod zakazu zawierania porozumień ograniczających konkurencję.

Odnosząc się z kolei do możliwości wyłączenia indywidualnego porozumienia spod zakazu na podstawie art. 8 ust. 1 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów należy zauważyć, że ciężar uowodnienia 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,

spoczywa na przedsiębiorcy (strona powołująca się na wyłączenie musi udowodnić spełnienie wszystkich kumulatywnych przesłanek zdefiniowanych w art. 8 ust. 1 ww. ustawy), co w niniejszej sprawie nie nastąpiło. Należy przy tym zauważyć, że ewentualne zaistnienie przesłanek wskazanych w tym przepisie w odniesieniu do porozumienia zawartego pomiędzy przedsiębiorcami w niniejszej sprawie, z uwagi na jego charakter, jest nieprawdopodobne. W związku z powyższym, zastosowanie wyłączenia indywidualnego nie może mieć w niniejszej sprawie miejsca.

Zaniechanie stosowania praktyki

Praktyka będąca przedmiotem zarzutów postawionych przedsiębiorcom w niniejszym postępowaniu polegała na uzgodnieniu przez Firmę Andrew i Firmę Marynowski przystępujących do przetargu zorganizowanego przez Generalną Dyрекcję Dróg Krajowych i Autostrad Oddział w Opolu o udzielenie zamówienia publicznego pod nazwą „Koszenie traw i chwastów oraz utrzymanie czystości w ciągu dróg krajowych nr 11, 42, 43 i 45 na terenie Oddziału w Opolu Rejon Kluczbork w okresie 48 miesięcy” warunków składanych ofert i zasad postępowania umożliwiających wykluczenie z przetargu Firmy Andrew i wygranie przetargu przez Firmę Marynowski, oferującą wyższą cenę na usługi będące przedmiotem przetargu.

Działania polegające na uzgadnianiu składanych ofert z ich natury mogą być prowadzone tylko do momentu ich złożenia, natomiast inne zachowania przedsiębiorców zmierzające do wywarcia wpływu na wybór droższej oferty mogą mieć miejsce także w okresie, w którym zamawiający może dokonać wyboru którejś ze złożonych przez wykonawców ofert. Za dzień zaniechania praktyki należy zatem uznać moment, w którym przedsiębiorcy osiągnęli cel porozumienia, to jest dzień uzyskania zamówienia (podpisania umowy w sprawie zamówienia publicznego) będącego przedmiotem przetargu. Za chwilę zaniechania praktyki należy uznać dzień zawarcia umowy w sprawie zamówienia publicznego.

W niniejszej sprawie, po przeprowadzeniu postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, 29 lipca 2014 r. Generalna Dyrekcja Dróg Krajowych i Autostrad zawarła z Firmą Marynowski umowę, w której zleciła jej realizację usług w zakresie zamówienia pn. „Koszenie traw i chwastów oraz utrzymanie czystości w ciągu dróg krajowych nr 11, 42, 43 i 45 na terenie Oddziału w Opolu GDDKiA Rejon Kluczbork w okresie 48 miesięcy”.

W momencie podpisania umowy, w dniu 29 lipca 2014 r., uczestnicy porozumienia zrealizowali zawarte porozumienie, co uniemożliwia nałożenie na jego uczestników podstawowej sankcji związanej ze stwierdzeniem stosowania praktyki ograniczającej konkurencję, tj. nakazu jej zaniechania, albowiem nakaz ten odnosi się do praktyki jako takiej, a nie jej skutków.

W związku z brakiem podstaw do uznania, w oparciu o materiał dowodowy zgromadzony w niniejszej sprawie, że porozumienie nadal istnieje między stronami postępowania, należało

stwierdzić zaniechanie praktyki, o której mowa w sentencji niniejszej decyzji z dniem 29 lipca 2014 r.

W świetle powyższego, orzeczono jak w punkcie I sentencji niniejszej decyzji.

II. Kara pieniężna

Art. 106 ust. 1 pkt 1 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów stanowi, że Prezes Urzędu może nałożyć na przedsiębiorcę 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 tej ustawy, w zakresie niewyłączonym na podstawie art. 7 i 8, lub naruszenia zakazu określonego w art. 9. Rozstrzygnięcie w przedmiocie nałożenia administracyjnej kary pieniężnej posiada więc fakultatywny charakter. Skuteczna polityka karania wymaga jednak, by w przypadku stwierdzenia stosowania przez przedsiębiorcę praktyki ograniczającej konkurencję zasadą było nakładanie kary pieniężnej¹⁶.

Ustawa o ochronie konkurencji i konsumentów nie zawiera zamkniętego katalogu przesłanek, od których uzależniana jest wysokość nakładanych na przedsiębiorców kar. Jednakże art. 111 tej ustawy stanowi, że przy ustalaniu wysokości kar pieniężnych, o których mowa w art. 106-108, należy uwzględnić w szczególności okres, stopień oraz okoliczności naruszenia przepisów ustawy, a także uprzednie naruszenie przepisów ustawy. Jest rzeczą oczywistą, że na wysokość kary musi mieć także wpływ stopień zagrożenia lub naruszenia interesu publicznoprawnego stosowanymi praktykami ograniczającymi konkurencję. Ponadto w orzecznictwie wskazuje się, że w przypadku kar za stosowanie praktyk ograniczających konkurencję przesłankami, które należy brać pod uwagę są: potencjał ekonomiczny przedsiębiorcy, skutki praktyki dla konkurencji lub kontrahentów, dopuszczalny poziom kary wynikający z przepisów ustawy oraz cele, jakie kara ma osiągnąć¹⁷. Nałożona przez Prezesa Urzędu kara pieniężna powinna pełnić przy tym funkcję represyjną, tj. stanowić dolegliwość za naruszenie przepisów ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów, a także prewencyjną, czyli dyscyplinującą (tj. zapobiegać podobnym naruszeniom w przyszłości).

Ponadto przyjmuje się, że kara winna odzwierciedlać stopień naruszenia interesu publicznego, co wynika z treści art. 1 ust. 1 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów, który zawiera ogólną dyrektywę stosowania ustawy w interesie publicznym. W jednym z orzeczeń Sąd Ochrony Konkurencji i Konsumentów wskazał, iż nie pozostawia to wątpliwości, że interes publiczny stanowi jedną z głównych przesłanek nałożenia kary, jak i jej wysokości¹⁸.

W przedmiotowej sprawie, biorąc pod uwagę charakter porozumienia i stopień naruszenia interesu publicznego Prezes Urzędu uznał za zasadne nałożenie kary pieniężnej na uczestników porozumienia.

Nakładając karę pieniężną, Prezes Urzędu powinien również wziąć pod uwagę konieczność ustalenia, czy określone w tym przepisie naruszenie dokonane było co najmniej nieumyślnie. Konieczność brania pod uwagę tej przesłanki w przypadku stosowania kar pieniężnych wynika bezpośrednio z art. 106 ust. 1 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów. Obowiązek znajomości i przestrzegania norm prawa ciąży na wszystkich przedsiębiorcach, tym bardziej na

¹⁶ Wyrok SOKiK z 8 listopada 2004 r., sygn. akt XVII Ama 81/03.

¹⁷ Wyrok Sądu Najwyższego z 27 czerwca 2000 r., I CKN 793/98.

¹⁸ Wyrok SOKiK z 24 maja 2006 r., sygn. akt XVII Ama 17/05.

profesjonalnych uczestnikach obrotu rynkowego, takich jak ww. przedsiębiorcy. Podmioty profesjonalnie działające na rynku powinny mieć możliwość przewidzenia, że podejmowane przez nie działania będą uznane przez Prezesa Urzędu za praktykę ograniczającą konkurencję i nie mogą skutecznie dowodzić braku świadomości dokonanego naruszenia.

Nakładając karę pieniężną, o której mowa w art. 106 ust. 1 pkt. 1 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów, Prezes Urzędu wziął pod uwagę konieczność ustalenia, czy określone w tym przepisie naruszenie dokonane było przez poszczególnych przedsiębiorców co najmniej nieumyślnie. Konieczność brania pod uwagę tej przesłanki w przypadku stosowania kar pieniężnych wynika bezpośrednio z art. 106 ust. 1 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów. Dopuszczenie się naruszenia przepisów ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów może nastąpić zarówno umyślnie, jak też i nieumyślnie. Kara pieniężna może zostać nałożona także w przypadku, 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 wina, rozumiana jako świadomość bezprawności zachowania.

Dokonując oceny zaistnienia w niniejszej sprawie przesłanki co najmniej nieumyślnego naruszenia przepisów ustawy przez strony postępowania, Prezes Urzędu wziął pod uwagę, że zgodnie z orzecznictwem Sądu Najwyższego, element subiektywny w postaci umyślności lub nieumyślności naruszenia przepisów ustawy wyraża się w tym, że przedsiębiorca działa mając świadomość, że swoim zachowaniem narusza zakaz praktyk ograniczających konkurencję, lub gdy jako profesjonalny uczestnik obrotu mógł (powinien był) taką świadomość mieć. Prezes Urzędu uwzględnił również treść art. 83 Konstytucji RP, zgodnie z którym każdy ma obowiązek przestrzegania prawa Rzeczypospolitej Polskiej, a także stanowisko Sądu Najwyższego, który uznaje, że przedsiębiorcy będący profesjonalnymi uczestnikami obrotu rynkowego mają możliwość prawidłowego określenia ryzyka prawnego przy podejmowaniu określonych decyzji biznesowych¹⁹. Biorąc pod uwagę powyższe okoliczności, Prezes Urzędu uznał, że stwierdzone niniejszą decyzją naruszenie zakazu określonego w art. 6 ust. 1 punkt 7 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów ma charakter umyślny.

Powyższa ocena wynika przede wszystkim z faktu, że w przedmiotowa sprawa dotyczy profesjonalnych uczestników obrotu rynkowego. Obowiązek znajomości i przestrzegania norm prawa ciąży na wszystkich przedsiębiorcach, tym bardziej na profesjonalnych uczestnikach obrotu rynkowego. Podmioty profesjonalnie działające na rynku powinny mieć możliwość przewidzenia, że podejmowane przez nie działania będą uznane przez Prezesa Urzędu za praktykę ograniczającą konkurencję i nie mogą skutecznie dowodzić braku świadomości dokonanego naruszenia. Ponadto, należy zwrócić uwagę, że przedmiotowa sprawa dotyczy zawarcia porozumienia przetargowego, a więc uzgodnionej koordynacji działań oferentów w celu zmanipulowania wyników tegoż postępowania. Przedsiębiorcy składający oferty w postępowaniu przetargowym o udzielenie zamówienia na koszenie traw i chwastów oraz utrzymanie czystości w ciągu dróg krajowych nr 11, 42, 43 i 45 na terenie Oddziału GDDKiA w Opolu byli świadomi, że prowadzone jest ono w trybie przetargu nieograniczonego na podstawie przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych. Z przepisów tej ustawy wynika m.in., że zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców (art. 7 ust. 1). W toku postępowania zamawiający dokonuje wyboru najkorzystniejszej oferty, w więc takiej, która przedstawia najkorzystniejszy bilans ceny i innych kryteriów odnoszących

¹⁹ Wyrok Sądu Najwyższego z 21 kwietnia 2011 r., sygn. akt III SK 45/10.

się do przedmiotu zamówienia publicznego. Każdy oferent ma zatem świadomość, że prowadząc skoordynowane działania z innym oferentem (lub oferentami, w tym potencjalnymi) mające na celu wpłynięcie na wynik postępowania przetargowego, przeciwdziała celowi postępowania przetargowego, jakim jest wybór najkorzystniejszej oferty. Wynika to nie tylko z przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych, ale wprost z charakteru postępowań przetargowych. Wszystkie powyższe okoliczności świadczą, że objęci zarzutem niniejszego postępowania przedsiębiorcy działali umyślnie.

Ustalając wymiar kary pieniężnej Prezes Urzędu w pierwszej kolejności dokonał oceny wagi stwierdzonego naruszenia. Wskazać przy tym należy, że w kwestii natury naruszenia Prezes Urzędu wyróżnia: naruszenia bardzo poważne (do których należy zaliczyć przede wszystkim szczególnie szkodliwe horyzontalne ograniczenia konkurencji, jak również przypadki nadużywania pozycji dominującej mające na celu lub prowadzące do eliminacji konkurencji na rynku), naruszenia poważne (do których należy zaliczyć przede wszystkim porozumienia horyzontalne niezaliczane do najpoważniejszych naruszeń, porozumienia pionowe wpływające na cenę lub warunki oferowania produktu, przypadki nadużywania pozycji dominującej mające na celu lub prowadzące do istotnego ograniczenia konkurencji lub dotkliwej eksploatacji kontrahentów lub konsumentów), naruszenia mniej poważne niż wyżej wymienione (naruszenia pozostałe, do których należą m.in. porozumienia wertykalne niedotyczące ceny lub możliwości odsprzedaży towaru, jak również przypadki nadużywania pozycji dominującej o mniejszej wadze). W niniejszej sprawie Prezes Urzędu uznał, że porozumienie zawarte pomiędzy firmą Andrew i Firmą Marynowski należy do szczególnie szkodliwych horyzontalnych ograniczeń konkurencji, jakimi są zmony przetargowe. W tym stanie rzeczy stwierdzone naruszenie zostało zakwalifikowane do kategorii naruszeń bardzo poważnych, a kwoty bazowe, stanowiące podstawy dalszych wyliczeń, ustalono: w przypadku Firmy Marynowski jako kwotę 24.911,42 zł, w przypadku Firmy Andrew jako kwotę 9.625,39 zł.

Ustalając wymiar kary Prezes Urzędu wziął w dalszej kolejności pod uwagę specyfikę rynku, na jakim doszło do naruszenia konkurencji. Rynek na którym doszło do zawarcia porozumienia jest rynkiem konkurencyjnym, a zawarte porozumienie ograniczające konkurencję nie wpłynęło na ograniczenie konkurencji pomiędzy znaczną liczbą uczestników rynku (oferentów). Tezę o intensywności konkurencji na ww. rynku potwierdza liczba ofert złożonych w ramach analizowanego przetargu, a także w innych przetargach na usługi z zakresu koszenia traw i chwastów oraz utrzymania czystości w ciągu dróg krajowych.

Z drugiej strony Prezes Urzędu uwzględnił faktyczne wprowadzenie porozumienia w życie poprzez realizację określonego zachowania w trakcie przetargu, a także negatywne skutki dla organizatora przetargu, który został zmuszony do wyboru oferty droższej o ok. 200.000 zł. Przy czym zaznaczyć należy, że w wyniku zatrzymania wadium wniesionego przez Firmę Andrew wartość szkody poniesionej przez zamawiającego jest niższa od ww. kwoty o 25.000 zł. Wykazana w niniejszym postępowaniu praktyka ma charakter trudno odwracalny, gdyż w następstwie jej stosowanej zastała już zawarta umowa z Firmą Marynowski. Jednak po zakończeniu kontraktu skutki tej praktyki ustaną. Zarazem Prezes Urzędu uwzględnił, że zarówno Firma Andrew, jak i Firma Marynowski, uzyskują przychód nie tylko z tytułu świadczenia usług należących do rynku właściwego. Biorąc powyższe pod uwagę Prezes Urzędu postanowił obniżyć wysokość kary dla każdej ze stron postępowania o **10%**.

Prezes Urzędu uwzględnił następnie okres trwania stwierdzonego naruszenia. Biorąc pod uwagę ramy czasowe zawartego porozumienia obejmujące okres od ogłoszenia przetargu do podpisania umowy, które są krótsze niż rok, Prezes Urzędu przyjął, że okres trwania praktyki

nie był długotrwały. Wobec powyższego Prezes Urzędu nie uznał za celowe, na tym etapie ustalania wysokości kary pieniężnej, jej podwyższenie.

Niezależnie od powyższego Prezes Urzędu rozważył również występujące w sprawie okoliczności łagodzące i obciążające. W ocenie Prezesa Urzędu w niniejszej sprawie występuje okoliczność łagodząca mająca zastosowanie do obydwu stron postępowania w postaci zaniechania stosowania praktyki ograniczającej konkurencję przed dniem wszczęcia postępowania antymonopolowego, tj. przed dniem 26 czerwca 2015 r. Jak zostało wskazane w pkt I niniejszej decyzji porozumienie przestało funkcjonować na rynku od 29 lipca 2014 r.

Jeżeli natomiast chodzi o okoliczności obciążające to uznano, że działanie przedsiębiorców miało charakter umyślny, co potwierdzają dowody wskazujące na koordynację ich zachowań. Wskazane dowody i okoliczności sprawy świadczą o tym, że przedsiębiorcy uzgodnili pewną podjętą z góry taktykę działania w przetargu, której celem było osiągnięcie dodatkowej korzyści finansowej i doprowadzenie do wyboru przez zamawiającego droższej oferty, o ile pozwolą na to okoliczności i miejsce, jakie zajmą złożone przez nich oferty w rankingu ofert złożonych przez wszystkich uczestników przetargu. Tak więc, uwzględniając łącznie wymienione okoliczności łagodzące i obciążające, w odniesieniu do obydwu przedsiębiorców postanowiono, że pozostaną one bez wpływu na wymiar kary.

Ustalając wysokość nakładanych kar pieniężnych Prezes Urzędu uwzględnił również, stosownie do wymogów art. 111 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów kryterium „uprzedniego naruszenia przepisów ustawy”. Zgodnie z przywoływanym przepisem Prezes Urzędu powinien przy nakładaniu kary oraz określaniu jej wysokości uwzględniać, czy nastąpiło to w warunkach swoistej recydywy. Strony niniejszego postępowania nie były dotąd prawomocnie ukarane za naruszenie zakazu praktyk ograniczających konkurencję, nie zaistniała zatem podstawa do podwyższenia wymiaru kar.

Mając na względzie wszystkie określone wyżej czynniki dotyczące wagi naruszenia, specyfiki rynku oraz okoliczności łagodzących i obciążających, Prezes Urzędu postanowił zatem nałożyć na Firmę Andrew karę w wysokości **8.663 zł**, a na Firmę Marynowski karę w wysokości **22.420 zł**.

Prezes Urzędu przyjął, że kary w takiej wysokości są adekwatne do stopnia naruszenia przepisów ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów oraz współmierne do możliwości finansowych przedsiębiorców.

W świetle powyższego orzeczono, jak w punkcie II sentencji niniejszej decyzji.

Zgodnie z art. 112 ust. 3 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów kary pieniężne należy uiścić w terminie 14 dni od dnia uprawomocnienia się niniejszej decyzji. Kary należy wpłacić na konto Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów w NBP o/o Warszawa Nr 51 1010 1010 0078 7822 3100 0000.

III. Koszty postępowania

Art. 77 ust. 1 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów stanowi, że jeżeli w wyniku postępowania Prezes Urzędu stwierdził naruszenie przepisów ww. ustawy, przedsiębiorca, który dopuścił się tego naruszenia obowiązany jest ponieść koszty postępowania. Zgodnie z art. 80 ww. ustawy, Prezes Urzędu rozstrzyga o kosztach w drodze postanowienia, które może być

zamieszczone w decyzji kończącej postępowanie. Ponadto, stosownie do art. 264 § 1 Kodeksu postępowania administracyjnego, jednocześnie z wydaniem decyzji organ administracji publicznej ustali w drodze postanowienia wysokość kosztów postępowania, osoby zobowiązane do ich poniesienia oraz termin i sposób ich uiszczenia.

W punkcie I niniejszej decyzji Prezes Urzędu w wyniku przeprowadzonego przeciwko Firmie Andrew i Firmie Marynowski postępowania antymonopolowego stwierdził naruszenie przez ww. przedsiębiorców przepisu art. 6 ust. 1 pkt 7 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów. Spełniona została zatem przesłanka wynikająca z art. 77 ust. 1 ww. ustawy pozwalająca na obciążenie ww. przedsiębiorców kosztami przeprowadzonego postępowania. Ponieważ przepisy ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów nie określają, co należy rozumieć pod pojęciem „kosztów postępowania” odwołano się w tym względzie – zgodnie z art. 83 ww. ustawy – do art. 263 § 1 Kodeksu postępowania administracyjnego, który do kosztów postępowania zalicza między innymi koszty doręczania stronom pism urzędowych. W niniejszej sprawie wyliczone w ten sposób koszty związane z korespondencją ustalono na kwotę 58 zł. W związku z powyższym Prezes Urzędu postanowił obciążyć każdą ze stron niniejszego postępowania kwotą kosztów w wysokości 29 zł (słownie złotych: dwadzieścia dziewięć).

Na podstawie art. 264 § 1 Kodeksu postępowania administracyjnego w związku z art. 83 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów Prezes Urzędu wyznaczył stronie termin 14 dni od dnia uprawomocnienia się decyzji na uiszczenie ww. kosztów. Powyższą kwotę należy wpłacić na konto Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów w NBP o/o Warszawa Nr 51 1010 1010 0078 7822 3100 0000.

Wobec powyższego orzeczono jak w punkcie III sentencji decyzji.

Stosownie do treści art. 81 ust. 1 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów w związku z art. 479²⁸ § 2 ustawy z dnia 17 listopada 1964 r. Kodeks postępowania cywilnego (Dz. U. z 2014 r., poz. 101 z późn. zm.) – od niniejszej decyzji przysługuje odwołanie do Sądu Okręgowego w Warszawie – Sądu Ochrony Konkurencji i Konsumentów, w terminie miesiąca od dnia jej doręczenia, za pośrednictwem Prezesa Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów – Delegatury Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów w Katowicach (ul. Kościuszki 43, 40-048 Katowice).

W przypadku jednak kwestionowania wyłącznie postanowienia o kosztach zawartego w punkcie III niniejszej decyzji, stosownie do treści art. 264 § 2 Kodeksu postępowania administracyjnego w związku z art. 83 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów oraz stosownie do art. 81 ust. 5 tej ustawy w związku z art. 479³² § 1 i 2 Kodeksu postępowania cywilnego, należy wnieść zażalenie do Sądu Okręgowego w Warszawie – Sądu Ochrony Konkurencji i Konsumentów, za pośrednictwem Prezesa Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów – Delegatury Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów w Katowicach w terminie tygodnia od dnia doręczenia niniejszej decyzji.

Dyrektor Delegatury
Urzędu Ochrony Konkurencji
i Konsumentów w Katowicach
Maciej Frągsztajn