



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

Katowice, 19.04.2017r.

RKT-410-02/15/MK

Decyzja nr RKT-04/2017

Stosownie do art. 33 ust. 6 ustawy z dnia 16 lutego 2007 r. o ochronie konkurencji i konsumentów (t.j. Dz.U. z 2017r. poz. 229) po przeprowadzeniu wszczętego z urzędu postępowania antymonopolowego przeciwko:

- Bernardowi Czokowi prowadzącemu działalność gospodarczą pod firmą Zakład Usługowo Handlowy AUTO CZOK Bernard Czok w Kępie,
- Andrzejowi Mamczyńskiemu prowadzącemu działalność gospodarczą pod firmą P.W. WARM Andrzej Mamczyński w Niemodlinie,

- w imieniu Prezesa Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów:

1. Na podstawie art. 10 ust. 1 i ust. 2 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów **uznaje się** za praktykę ograniczającą konkurencję zawarcie przez:

- Bernarda Czoka prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą Zakład Usługowo Handlowy AUTO CZOK Bernard Czok w Kępie,
- Andrzeja Mamczyńskiego prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą P.W. WARM Andrzej Mamczyński w Niemodlinie,

porozumienia ograniczającego konkurencję na lokalnym rynku świadczenia usług holowania i parkowania pojazdów na obszarze powiatu opolskiego, polegającego na uzgadnianiu przez ww. przedsiębiorców przystępujących do przetargów organizowanych przez Starostwo Powiatowe w Opolu oraz Komendę Wojewódzką Policji w Opolu, warunków składanych ofert, w szczególności zakresu prac i ceny, co stanowi praktykę ograniczającą konkurencję, o jakiej mowa w art. 6 ust. 1 pkt 7 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów **i nakazuje się zaniechanie jej stosowania.**

2. Na podstawie art. 10 ust. 1 i ust. 2 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów **uznaje się** za praktykę ograniczającą konkurencję zawarcie przez:

- Bernarda Czoka prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą Zakład Usługowo Handlowy AUTO CZOK Bernard Czok w Kępie,
- Andrzeja Mamczyńskiego prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą P.W. WARM Andrzej Mamczyński w Niemodlinie,

porozumienia ograniczającego konkurencję na lokalnym rynku świadczenia usług holowania i parkowania pojazdów na obszarze powiatu opolskiego, polegającego na dokonaniu przez ww. przedsiębiorców przystępujących do przetargów organizowanych przez Starostwo Powiatowe w Opolu oraz Komendę Wojewódzką Policji w Opolu, podziału rynku świadczenia usług

parkowania i holowania pojazdów dla Starostwa oraz Komendy Miejskiej Policji w Opolu, co stanowi praktykę ograniczającą konkurencję, o jakiej mowa w art. 6 ust. 1 pkt 3 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów i **nakazuje się zaniechanie jej stosowania.**

3. Na podstawie art. 123 § 1 w związku z art. 97 § 1 pkt 4 ustawy z dnia 14 czerwca 1960r. Kodeks postępowania administracyjnego (t.j. Dz.U. z 2016r. poz. 23 ze zm.) oraz art. 83 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów, **odmawia się zawieszenia** niniejszego postępowania antymonopolowego w sprawie podejrzenia zawarcia przez:

- Bernarda Czoka prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą Zakład Usługowo Handlowy AUTO CZOK Bernard Czok w Kępie,
- Andrzeja Mamczyńskiego prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą P.W. WARM Andrzej Mamczyński w Niemodlinie,

niedozwolonego porozumienia ograniczającego konkurencję, o jakim mowa w pkt 1 i 2 niniejszej decyzji, z uwagi na brak zagadnienia wstępnego w tej sprawie.

4. Na podstawie art. 106 ust. 1 pkt 1 ustawy z dnia 16 lutego 2007 r. o ochronie konkurencji i konsumentów **nakłada się**, z tytułu naruszenia zakazu, o którym mowa w art. 6 ust. 1 pkt 7 i pkt 3 ww. ustawy, w zakresie opisanym w punkcie 1 i 2 sentencji niniejszej decyzji, kary pieniężne na poniżej wskazanych przedsiębiorców w następującej wysokości:

a) na Bernarda Czoka prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą Zakład Usługowo Handlowy AUTO CZOK Bernard Czok w Kępie - karę pieniężną w wysokości 81.993 PLN (słownie: osiemdziesiąt jeden tysięcy dziewięćset dziewięćdziesiąt trzy złote),

b) na Andrzeja Mamczyńskiego prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą P.W. WARM Andrzej Mamczyński w Niemodlinie - karę pieniężną w wysokości 88.521 PLN (słownie: osiemdziesiąt osiem tysięcy pięćset dwadzieścia jeden złotych).

5. Na podstawie art. 77 ust. 1 w związku z art. 80 ustawy z dnia 16 lutego 2007 r. o ochronie konkurencji i konsumentów oraz na podstawie art. 263 § 1 i art. 264 § 1 ustawy z dnia 14 czerwca 1960r. Kodeks postępowania administracyjnego w związku z art. 83 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów, **postanawia się obciążyć** poniżej wskazanych przedsiębiorców kosztami opisanego w punkcie 1 i 2 decyzji postępowania w wysokości:

a) Bernarda Czoka prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą Zakład Usługowo Handlowy AUTO CZOK Bernard Czok w Kępie - w wysokości 58 PLN (słownie: pięćdziesiąt osiem złotych),

b) Andrzeja Mamczyńskiego prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą P.W. WARM Andrzej Mamczyński w Niemodlinie, w wysokości 58 PLN (słownie: pięćdziesiąt osiem złotych),

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 związku z otrzymanym zawiadomieniem Komendy Wojewódzkiej Policji w Opolu (KWP) w sprawie podejrzenia zawarcia przez Bernarda Czoka prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą Zakład Usługowo Handlowy AUTO CZOK Bernard Czok w Kępie (zwany dalej: B. Czok) oraz Andrzeja Mamczyńskiego prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą P.W. WARM Andrzej Mamczyński w Niemodlinie (zwany dalej: A. Mamczyński) niedozwolonego porozumienia ograniczającego konkurencję w trakcie przetargu organizowanego przez KWP, a dotyczącego m.in. świadczenia usług holowania i parkowania

pojazdów, zostało przeprowadzone postępowanie wyjaśniające w sprawie wstępnego ustalenia, czy ww. przedsiębiorcy, zawarli niedozwolone porozumienie ograniczające konkurencję. Ponieważ przeprowadzone postępowanie wyjaśniające dało podstawy do przypuszczenia naruszenia przez tych przedsiębiorców przepisów ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów postanowieniem nr 1 z dnia 17.12.2015r. zostało wszczęte postępowanie antymonopolowe w związku z podejrzeniem zawarcia przez obu przedsiębiorców opisanego w sentencji decyzji porozumienia.

Ustosunkowując się do wszczęcia postępowania w analizowanej sprawie B. Czok w piśmie z dnia 04.01.2016r. (dowód: karty od nr: 14 do nr 45) wniósł o jego umorzenie. Zdaniem przedsiębiorcy podpisanie porozumienia o współpracy z A. Mamczyńskim nie wskazuje godziny jego zawarcia. Ponadto opisany w postanowieniu o wszczęciu postępowania stan faktyczny prowadzi do wniosku, że Starostwo Powiatowe powinno odrzucić ofertę na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy z dnia 29 stycznia 2004r. Prawo Zamówień Publicznych (PZP) (t.j. Dz.U. z 2015r. poz. 2164 ze zm.). Tymczasem przetarg został rozstrzygnięty i została podpisana umowa, a Starosta Powiatowy pismem z dnia 13.12.2013r. poinformował, że żadna oferta nie została odrzucona. Prowadzi to zdaniem przedsiębiorcy do uzasadnionego wniosku, że został w tej sprawie zastosowany przez Starostwo Powiatowe w Opolu przepis art. 8 ust. 1 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów. Zdaniem przedsiębiorcy uzasadnieniem tego poglądu jest świadczenie przez strony postępowania powyższych usług dla Starostwa Powiatowego od 2002r.

Z kolei w zakresie przetargów organizowanych przez KWP w Opolu przedsiębiorca wyjaśnił, że zgodnie z SIWZ zamówienie tego przedsiębiorcy dotyczyło jedynie trzech usług tj. usługi parkowania, holowania pojazdów o DMC do 3,5 t/km oraz powyżej DMC 3,5 t/km. Uniemożliwiało to przeprowadzenie rzetelnej kalkulacji. Dlatego też koniecznym było posiłkowanie się cenami stosowanymi na sąsiednich rynkach w poprzednim roku i stosowanych w kontraktach z tym samym podmiotem. Na dowód powyższego przedsiębiorca przesłał umowę zawartą z KWP w Opolu na obsługę powiatu krapkowickiego. Nie miało to jednakże jego zdaniem na celu wyeliminowania konkurencji. Przypadkowo doprowadziło jedynie do złożenia przez niego oraz A. Mamczyńskiego ofert o identycznej treści.

Natomiast A. Mamczyński, w piśmie z dnia 11.01.2016r. (dowód: karty od nr 461 do nr 525) również wniósł o umorzenie postępowania antymonopolowego w tej sprawie. W ocenie przedsiębiorcy nie zawarł on z B. Czokiem zarzucanego mu w postanowieniu nr 1 porozumienia. Prowadzi on swoją działalność od 1995r. a B. Czok od 1986r. Obaj przedsiębiorcy świadczą usługi w zakresie usuwania i parkowania pojazdów na rzecz Starostwa Powiatowego i KWP w Opolu od 2000r. Od samego początku zarówno Starostwo, jak i Komenda korzystały w jednym czasie z usług obojga przedsiębiorców stosując odgórnie założony przez nich podział terytorialny. Obie instytucje narzuciły ww. przedsiębiorcom podział zadań według osi północ-południe wzdłuż rzeki Odry na całym obszarze powiatu opolskiego, odpowiednio do położenia przedsiębiorstw obu przedsiębiorców. Powodem tego były koszty ponoszone przez właścicieli i użytkowników pojazdów podlegających reżimowi przepisów art. 130a ust. 1 i 2 ustawy z dnia 20 czerwca 1997r. Prawo o ruchu drogowym (t.j. Dz.U. z 2012r. poz. 1137 ze zm.). W związku z tym, że Starostwo oraz KWP zastosowały wobec A. Mamczyńskiego oraz B. Czoka taki podział, obaj przedsiębiorcy świadczyli usługi dla ww. instytucji na danym obszarze. Kilkunastoletni okres trwania powyższej sytuacji spowodował, że podział taki utrwalił się. Stąd pomiędzy tymi przedsiębiorcami nie zostało zawarte jakiegokolwiek porozumienie dotyczące podziału rynku.

W dalszej części pisma przedsiębiorca wskazał, że art. 6 ust. 1 pkt 3 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów zakazuje podziału rynków zbytu, nie zaś podziału jednego rynku.

Ustosunkowując się z kolei do drugiego z zarzutów A. Mamczyński wyjaśnił, że w praktyce orzeczniczej SOKiK oraz Sądu Apelacyjnego podkreśla się, że ustawa o ochronie konkurencji i konsumentów ma na celu ochronę swobody oraz wolnej i równej konkurencji. Natomiast przedsiębiorcy, przeciwko którym prowadzone jest niniejsze postępowanie, nie podjęli żadnych działań, które ukierunkowane byłyby na wyeliminowanie konkurencji na rynku właściwym i miałyby na celu działanie na niekorzyść innych przedsiębiorców i konsumentów. Nie doszło również do podjęcia działań, które naruszałyby ochronę wolności podejmowania działalności gospodarczej i uniemożliwiały dostęp do rynku dla innych zainteresowanych.

Przystępując do przetargu organizowanego przez Starostwo Powiatowe w Opolu, którego celem był wybór wykonawcy zadania pn. „Usuwanie pojazdów z dróg Powiatu Opolskiego oraz prowadzenie parkingu strzeżonego zgodnie z ustawą Prawo o ruchu drogowym” w okresie od 01.01.2014r. do 31.12.2015r. A. Mamczyński złożył ofertę, która opiewała na kwotę stanowiącą 95% kwoty, którą powiat zamierzał przeznaczyć na realizację całego zadania, a która została określona uchwałą nr XXII/158/2012 Rady Powiatu Opolskiego. W okresie wcześniejszym, w latach 2011-2013 przedsiębiorcy z innych powiatów, jak również przedsiębiorcy z powiatu opolskiego określali stawki opłat za usługi parkowania lub holowania na poziomie 80% kwoty określonej uchwałą Rady Powiatu Opolskiego. Obecnie przedsiębiorcy prowadzący działalność tego rodzaju z innych rynków lokalnych stosują stawki na poziomie 95%. Zarówno A. Mamczyński, jak i B. Czok działający od wielu lat na tym rynku posiadają wiedzę i doświadczenie w zakresie wysokości stawek występujących na innych rynkach. Tym samym nie jest nieprawdopodobne, a wręcz przeciwnie bardzo prawdopodobne, że właśnie dwóch przedsiębiorców działających w zasadzie na jednym obszarze powiatu opolskiego wskaże taką samą stawkę procentową.

Odnosząc się z kolei do kwestii złożenia w toku postępowania przetargowego ogłoszonego przez Starostwo Powiatowe w dn. 15.11.2013r. ofert przez B. Czoka oraz A. Mamczyńskiego prawie w tym samym czasie, przedsiębiorca wyjaśnił, że czas pomiędzy ogłoszeniem zamówienia, a terminem składania ofert był bardzo krótki. Z tego względu wchodziło w rachubę praktycznie tylko osobiste złożenie ofert. Ponadto każdy kto chce być na otwarciu ofert składa je na ostatnią chwilę. Ponieważ termin składania ofert był wyznaczony na 09.12.2013r. na godz. 12.00 A. Mamczyński złożył swoją ofertę tego dnia o 11.58, natomiast otwarcie ofert nastąpiło o 12.30.

Ponieważ obaj przedsiębiorcy złożyli oferty w tej samej wysokości, Starostwo zwróciło się do nich o złożenie ofert dodatkowych. A. Mamczyński złożył ofertę korzystniejszą za odstąpienie od przewożenia samochodów z materiałami niebezpiecznymi.

Ponadto przedsiębiorca wyjaśnił, że umowa o współpracy pomiędzy oboma przedsiębiorcami została zawarta po wyborze wykonawcy zamówienia, którego dotyczył przetarg ogłoszony przez Starostwo Powiatowe w Opolu w dniu 15.11.2013r.

Odnosząc się z kolei do zapytania o cenę KWP w Opolu z dnia 29.12.2014r. przedsiębiorca stwierdził, że jego oferta została sporządzona w oparciu o stawki stosowane na obszarze działania Komendy Powiatowej Policji w Krapkowicach, które są najwyższe w stosunku do stawek na obszarze działania pozostałych jednostek policji KWP w Opolu, a co za tym idzie najkorzystniejsze dla wykonawców.

Ponadto przedsiębiorca nie zgodził się z tezą Prezesa UOKiK zamieszczoną w postanowieniu o wszczęciu postępowania, że konsorcja są dozwolone o ile przedsiębiorcy obiektywnie nie mogliby samodzielnie, bez współpracy ze sobą podjąć się wykonania danego zadania. Zdaniem przedsiębiorcy PZP jednoznacznie przesądza o możliwości wspólnego ubiegania się o zamówienie publiczne. Przepis w tym zakresie stał się konieczny z uwagi na spotykaną czasami po stronie zamawiających niechęć do dopuszczania ofert wspólnych. Uprawnienie to przysługuje wykonawcom z mocy prawa. Ustawa PZP nie wprowadza jakiegokolwiek ograniczenia/warunku, kiedy konsorcjum mogłoby zostać utworzone. Konsorcjum jest tworem powołanym w drodze umowy przez podmioty prowadzące działalność gospodarczą, które

zobowiązują się wspólnie dążyć do osiągnięcia wytyczonego celu gospodarczego. W zamówieniach publicznych celem tym jest złożenie oferty wspólnej, a następnie po uzyskaniu zamówienia, wspólne wykonanie zawartej umowy.

Postanowieniem nr 2 z dnia 08.01.2016r. Prezes Urzędu zaliczył w poczet materiału dowodowego niniejszego postępowania informacje i dokumenty zebrane w postępowaniu wyjaśniającym w tej sprawie w zakresie wskazanym w ww. postanowieniu.

Należy ponadto wskazać, że część akt sprawy stanowią dokumenty pozyskane przez Prezesa Urzędu ze śledztwa o sygn. akt VI Ds. 21/15 prowadzonego przez Prokuraturę Okręgową w Opolu, w sprawie B. Czoka oraz A. Mamczyńskiego w sprawie o czyn z art. 305 § 1 Kodeksu karnego. Prokuratura zarządzeniem z dnia 07.07.2015r. wyraziła zgodę na udostępnianie akt oraz wydanie uwierzytelnionych kserokopii części akt sprawy (dowód: karta nr 232), a następnie pismem z dnia 30.12.2015r. (dowód: karta nr 46) wyraziła zgodę na włączenie do akt niniejszego postępowania antymonopolowego dokumentów wskazanych w ww. piśmie.

Z kolei postanowieniem nr 3 z dnia 06.07.2016r. ograniczono prawo wglądu do materiału dowodowego zgromadzonego w tym postępowaniu, w zakresie wskazanym w jego sentencji.

Pismem z dnia 24.11.2016r. Prezes Urzędu przesłał stronom postępowania Szczegółowe Uzasadnienie Zarzutów (dowód: karty od nr 570 do 581).

W odpowiedzi na powyższe B. Czok pismem z dnia 09.12.2016r. (dowód: karta nr 585) wniósł o zawieszenie niniejszego postępowania administracyjnego na podstawie art. 97 § 1 ust. 4 Kodeksu postępowania administracyjnego w związku z art. 83 i art. 84 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów do czasu zakończenia postępowania karnego Sądu Rejonowego w Opolu o sygn. akt VII K 105/16, dopuszczenie jako dowodu do akt tego postępowania wyroku wydanego w ww. sprawie z dnia 22.11.2016r. oraz pisma Starosty Opolskiego z dnia 29.02.2016r. znak KM.7135.29.2016.AZM.

Również A. Mamczyński w piśmie z dnia 14.12.2016r. (dowód: karty od nr 587 do nr 598) będącym ustosunkowaniem się do Szczegółowego Uzasadnienia Zarzutów wniósł o zawieszenie niniejszego postępowania administracyjnego na podstawie art. 97 § 1 pkt 4 K.p.a., gdyż rozpatrzenie sprawy i wydanie decyzji zależy od uprzedniego rozstrzygnięcia zagadnienia wstępnego przez inny organ lub sąd – a to rozstrzygnięcia przez sąd karny kwestii zmywy przetargowej. Ponadto przedsiębiorca wniósł o zobowiązanie Sądu Rejonowego VII Wydział Karny w Opolu do przedłożenia akt sprawy o sygn. akt VII K 105/16/ oraz przeprowadzenie dowodu ze wszystkich dokumentów zgromadzonych w tej sprawie na okoliczność braku zmywy przetargowej pomiędzy A. Mamczyńskim a B. Czokiem oraz braku porozumienia pomiędzy tymi przedsiębiorcami na lokalnym rynku usług holowania i parkowania pojazdów powiatu opolskiego i braku szkody po stronie Starostwa Opolskiego w Opolu. Przedsiębiorca wniósł również o przeprowadzenie dowodu w postaci przesłuchania jego, B. Czoka, jego pracownika - Andrzeja K. oraz czterech pracowników Starostwa Powiatowego w Opolu również na okoliczność braku zmywy przetargowej oraz porozumienia ograniczającego konkurencję pomiędzy stronami tego postępowania oraz braku szkody po stronie Starostwa. Ponadto przedsiębiorca zawniósł o przeprowadzenie dowodu z dokumentu w postaci wyroku Sądu Rejonowego w Opolu Wydział VII Karny z dnia 22.11.2016r. sygn. akt VII K 105/16 na okoliczność braku zmywy przetargowej oraz porozumienia pomiędzy nim, a B. Czokiem oraz braku szkody po stronie Starostwa Powiatowego w Opolu.

Przedsiębiorca w uzasadnieniu do swojego pisma wyjaśnił, że opisany przez Prezesa Urzędu w Szczegółowym Uzasadnieniu Zarzutów zamiar ukarania obu stron postępowania karą pieniężną

jest błędny, gdyż Sąd Rejonowy w ww. wyroku uniewinnił A. Mamczyńskiego i B. Czoka od zarzutu popełnienia przestępstwa z art. 305 Kodeksu karnego. Zdaniem przedsiębiorcy powyższy wyrok nie jest co prawda prawomocny, jednakże poczynione w jego toku ustalenia są bardzo istotne również dla niniejszego postępowania administracyjnego. Z tego względu przeprowadzenie dowodu z tego wyroku, przesłuchania wskazanych świadków oraz zawieszenie niniejszego postępowania antymonopolowego do czasu uprawomocnienia się ww. wyroku jest uzasadnione, gdyż wywiera on bezpośredni wpływ na to postępowanie. Ponadto pismem z dnia 16.01.2017r. (dowód: karty od nr 618 do nr 667) przedsiębiorca wniósł o dopuszczenie jako dowodu protokołów z rozpraw przed Sądem Rejonowym w Opolu przeprowadzonych na potrzeby powyżej opisanego postępowania karnego na okoliczność braku niedozwolonego porozumienia pomiędzy A. Mamczyńskim oraz B. Czokiem oraz uczestniczenia w przetargach zgodnie z przepisami prawa. W załączeniu do tego pisma A. Mamczyński przekazał kopie czterech protokołów z rozpraw przed Sądem Rejonowym w Opolu w powyżej opisanej sprawie zakończonej wyrokiem z dnia 22.11.2016r.

Pismem z dnia 28.12.2016r. strony postępowania zostały poinformowane o zakończeniu zbierania materiału dowodowego oraz o możliwości zapoznania się z aktami sprawy, z którego to prawa skorzystał tylko A. Mamczyński.

Prezes Urzędu ustalił, co następuje:

B. Czok prowadzi działalność gospodarczą pod firmą: Zakład Usługowo Handlowy AUTO CZOK Bernard Czok w Kępie na podstawie wpisu do Centralnej Ewidencji i Informacji o Działalności Gospodarczej Rzeczypospolitej Polskiej. Przedmiotem jego działalności jest działalność usługowa wspomagająca transport lądowy (dowód: karta nr 140).

Podobnie A. Mamczyński prowadzi działalność gospodarczą pod firmą P.W. WARM Andrzej Mamczyński w Niemodlinie na podstawie wpisu do CEIDG (dowód: karta nr 146). Przedmiotem jego działalności jest transport drogowy towarów.

W ramach prowadzonej działalności gospodarczej obaj przedsiębiorcy m.in. brali równocześnie udział w następujących postępowaniach przetargowych:

I. Przetarg organizowany przez Starostwo Powiatowe w Opolu

Starostwo Powiatowe w Opolu (zwane dalej: Starostwem Powiatowym) w dniu 15.11.2013r. ogłosiło przetarg pt. „Usuwanie pojazdów z dróg powiatu opolskiego oraz prowadzenie parkingu strzeżonego zgodnie z ustawą Prawo o ruchu drogowym w okresie od 01.01.2014r. do 31.12.2015r., nr ogłoszenia 241621-2013 (dowód: karty od nr 323 do nr 334). Szacunkowa wartość zamówienia wyniosła około 218.000 PLN.

Zgodnie z aktualnie obowiązującym art. 130a ust. 5f ustawy Prawo o ruchu drogowym (t.j. Dz.U. z 2017r. poz. 128) usuwanie pojazdów oraz prowadzenie parkingu strzeżonego dla pojazdów usuniętych w przypadkach, o których mowa w ust. 1-2 należy do zadań własnych powiatu. Od 21.08.2011r. Starosta realizuje te zadania przy pomocy powiatowych jednostek organizacyjnych lub powierza ich wykonywanie zgodnie z przepisami o zamówieniach publicznych.

Jak wynika z materiału dowodowego (dowód: karta nr 415 oraz karty od nr 19 do nr 44) z uwagi na treść tej ustawy obowiązującej do 20.08.2011r. Starostwo nie posiadało obowiązku przeprowadzania postępowań przetargowych w tym zakresie. Mianowicie na podstawie

uprzednio obowiązujących przepisów ustawy Prawo o ruchu drogowym tj. art. 130a ust. 5a i ust. 5c Starosta Opolski zarządzeniami wyznaczał jednostki do usuwania pojazdów z drogi w przypadkach określonych w art. 130a ust.1 i 2 ww. ustawy oraz prowadzenia parkingów strzeżonych dla pojazdów usuniętych z drogi tj. w analizowanej sprawie B. Czoka oraz A. Mamczyńskiego.

Po wyznaczeniu ww. jednostek w 2007r. Starostwo ustaliło, że przedsiębiorcy ci będą realizowali zadania z uwzględnieniem podziału powiatu opolskiego. Jako naturalną linię podziału przyjęto oś północ-południe wzdłuż rzeki Odry, co miało wiązać się z niższymi kosztami ponoszonymi przez właścicieli i użytkowników pojazdów.

Zgodnie z treścią ostatniego z zarządzeń Starosty Opolskiego w tym zakresie tj. z 29.01.2010r. wyznaczenie ww. jednostek nastąpiło na czas określony tj. od 01.03.2010r. do 28.02.2013r. W dn. 04.09.2010r. weszła w życie ustawa z dn. 22.07.2010r. o zmianie ustawy Prawo o ruchu drogowym oraz niektórych innych ustaw (Dz.U. Nr 152, poz. 1018), która w art. 9 stanowiła, że jednostki usuwające pojazdy oraz prowadzące parkingi strzeżone wyznaczone na podstawie przepisów obowiązujących przed dniem jej wejścia w życie, realizują swoje zadania przez okres na jaki zostały do tego wyznaczone. Dlatego też w dniu 07.10.2011r. oraz 14.10.2011r. zostały zawarte pomiędzy powiatem opolskim, a B. Czokiem oraz A. Mamczyńskim umowy na usuwanie oraz przechowywanie pojazdów. Następnie w dn. 26.02.2013r. zawarte zostały kolejne umowy w tym zakresie pomiędzy Starostwem, a ww. przedsiębiorcami. Jak wynika z wyjaśnień Starostwa umowy te zostały podpisane w oparciu o obowiązujące przepisy prawa i procedury. W umowach wskazano przedsiębiorcom gminy powiatu opolskiego na terenie których mieli wykonywać usługi w zakresie holowania i parkowania pojazdów.

Z uwagi na zmianę obowiązujących przepisów tj. aktualne brzmienie art. 130a ust. 5f ustawy Prawo o ruchu drogowym zgodnie, z którym Starosta realizuje zadania, o jakich mowa w art. 130a ust. 1 i ust. 2 ww. ustawy, przy pomocy powiatowych jednostek organizacyjnych lub powierza ich wykonywanie zgodnie z przepisami o zamówieniach publicznych, pojawiła się konieczność przeprowadzenia postępowania przetargowego w tym zakresie.

Należy wskazać, że zgodnie z art. 130a ust. 1 i ust. 2 Prawa o ruchu drogowym, pojazd jest usuwany z drogi na koszt właściciela pojazdu w przypadkach wskazanych w tych przepisach. Natomiast zgodnie z art. 130a ust. 6 tej ustawy, Rada Powiatu biorąc pod uwagę konieczność sprawnej realizacji zadań, o których mowa w art. 130a ust. 1 i 2 oraz koszty usuwania i przechowywania pojazdów na obszarze danego powiatu, ustala corocznie, w drodze uchwały wysokość opłat, o których mowa w ust. 5c tj. za usunięcie i parkowanie pojazdów oraz wysokość kosztów, o których mowa w ust. 2a tej ustawy. Wysokość tych opłat i kosztów nie może być wyższa niż maksymalna określona w art. 130a ust. 6a ww. ustawy. Zgodnie z art. 130a ust. 6e, opłaty te stanowią dochód własny powiatu.

Stąd też w dniu 15.11.2013r. zostało ogłoszone zamówienie w zakresie usuwania i przechowywania pojazdów po wydanej dyspozycji funkcjonariusza policji lub pracownika innego uprawnionego podmiotu oraz wszelkie czynności związane z tym zamówieniem. Zamówienie miało być udzielone w drodze przetargu nieograniczonego, o jakim mowa w PZP. Jedynym kryterium oceny oferty była cena. Ponadto zgodnie ze „Szczegółowym opisem zamówienia” oferowane przez wykonawców kwoty brutto nie mogły być wyższe od stawek określonych w uchwale nr XXII/158/2012 Rady Powiatu Opolskiego z dnia 29.11.2012r. w sprawie ustalenia wysokości opłat za usunięcie pojazdu z drogi i jego przechowywanie na parkingu strzeżonym (...).

Starostwo nie przewidziało złożenia ofert częściowych, wariantowych ani zamówień uzupełniających. Zgodnie z SIWZ (dowód: karty od nr 312 do nr 316) wykonawca powinien wykazać, że spełnia warunki, o których mowa w art. 22 ust. 1 PZP m.in. w zakresie posiadania uprawnień do wykonywania określonej działalności. Zgodnie z pkt 6.2.3 SIWZ wykonawca

przy realizacji zamówienia może polegać na wiedzy, doświadczeniu i potencjale technicznym innych podmiotów. Musi jednakże przedstawić pisemne zobowiązanie tych podmiotów do oddania mu do dyspozycji niezbędnych zasobów na okres korzystania z nich przy wykonywaniu zamówienia.

W toku postępowania oferty złożyli B. Czok oraz A. Mamczyński (dowód: karty od nr 335 do nr 344).

Z porównania treści ofert obu przedsiębiorców wynika, że w toku ww. postępowania przetargowego B. Czok oraz A. Mamczyński, na 21 pozycji usług w zakresie usuwania pojazdów, ich przechowywania oraz odstąpienia od usunięcia, zaproponowali takie same stawki opłat dla każdej usługi, co przedstawiają poniższe tabele:

Tabela nr 1				
Stawki opłat za usuwanie pojazdów	Pierwsza oferta B.Czok w PLN brutto	Oferta dodatkowa B.Czok w PLN brutto	Pierwsza oferta A.Mamczyńskiego w PLN brutto	Oferta dodatkowa A.Mamczyńskiego w PLN brutto
Rower lub motorower	104,50	104,50	104,50	104,50
Motocykl	207,10	207,10	207,10	207,10
Pojazd o dopuszczalnej masie całkowitej do 3,5 t.	454,10	454,10	454,10	454,10
Pojazd o dopuszczalnej masie całkowitej od 3,5 t do 7,5 t.	567,15	567,15	567,15	567,15
Pojazd o dopuszczalnej masie całkowitej od 7,5 t do 16 t.	803,70	803,70	803,70	803,70
Pojazd o dopuszczalnej masie całkowitej powyżej 16 t.	1184,65	1184,65	1184,65	1184,65
Pojazd przewożący materiały niebezpieczne	1442,10	1442,10	1442,10	1442,10

Tabela nr 2				
Stawki opłat za przechowywanie pojazdów na parkingu strzeżonym za każdą rozpoczętą dobę usuwanie pojazdów	Pierwsza oferta B.Czok w PLN brutto	Oferta dodatkowa B.Czok w PLN brutto	Pierwsza oferta A.Mamczyńskiego w PLN brutto	Oferta dodatkowa A.Mamczyńskiego w PLN brutto
Rower lub motorower	16,15	16,15	16,15	16,15

Motocykl	22,80	22,80	22,80	22,80
Pojazd o dopuszczalnej masie całkowitej do 3,5 t.	35,15	35,15	35,15	35,15
Pojazd o dopuszczalnej masie całkowitej od 3,5 t do 7,5 t.	46,55	46,55	46,55	46,55
Pojazd o dopuszczalnej masie całkowitej od 7,5 t do 16 t.	67,45	67,45	67,45	67,45
Pojazd o dopuszczalnej masie całkowitej powyżej 16 t.	125,40	125,40	125,40	125,40
Pojazd przewożący materiały niebezpieczne	186,20	186,20	186,20	186,20

Tabela nr 3				
Stawki opłat za odstąpienie od usunięcia z drogi pojazdu.	Pierwsza oferta B.Czok w PLN brutto	Oferta dodatkowa B.Czok w PLN brutto	Pierwsza oferta A.Mamczyńskiego w PLN brutto	Oferta dodatkowa A.Mamczyńskiego w PLN brutto
Rower lub motorower	52,25	52,25	52,25	52,25
Motocykl	103,55	103,55	103,55	103,55
Pojazd o dopuszczalnej masie całkowitej do 3,5 t.	227,05	227,05	227,05	227,05
Pojazd o dopuszczalnej masie całkowitej od 3,5 t do 7,5 t.	284,05	284,05	284,05	284,05
Pojazd o dopuszczalnej masie całkowitej od 7,5 t do 16 t.	401,85	401,85	401,85	401,85
Pojazd o dopuszczalnej masie całkowitej powyżej 16 t.	592,80	592,80	592,80	592,80
Pojazd przewożący materiały niebezpieczne	721,05	721,05	721,05	500

Wszystkie oferowane przez ww. przedsiębiorców ceny były niższe od cen maksymalnych wynikających z uchwał Rady Powiatu Opolskiego (dowód: karty od nr 381 do nr 383).

Jak wynika z dokumentacji przetargowej obaj przedsiębiorcy złożyli swoje oferty w dniu 25.11.2013r. o godz. 12.15 oraz 12.16, czyli w tym samym dniu, w odstępie 1 minuty.

Obaj przedsiębiorcy w swoich ofertach stwierdzili, że chcą wykonać zamówienie własnymi siłami. Każdy z nich wyszczególnił pojazdy którymi dysponuje i za pomocą których zamierza wykonywać swoje usługi.

Jednakże obaj przedsiębiorcy nie dołączyli do swoich ofert kopii aktualnie posiadanej licencji na wykonywanie krajowego transportu drogowego rzeczy wydanej na podstawie przepisów ustawy z dnia 6 września 2001r. o transporcie drogowym (t.j. Dz.U. z 2016r. poz. 1907 ze zm.). Ponieważ obaj przedsiębiorcy nie dołączyli do swoich ofert dokumentu potwierdzającego

spełnienie warunku udziału w postępowaniu w zakresie posiadania uprawnień do wykonywania określonej działalności tj. warunku określonego w punkcie 6.2.1. SIWZ oraz pkt III.3.1. ogłoszenia o zamówieniu tj. posiadania aktualnej licencji na wykonywanie krajowego transportu drogowego, Starostwo pismem z dnia 26.11.2013r. zwróciło się do nich o uzupełnienie tego dokumentu do godz. 11.00 w dniu 28.11.2013r. (dowód: karta nr 347 oraz 348).

Ponadto z uwagi na to, że oferty obu przedsiębiorców zawierały ceny w tej samej wysokości, Starostwo zwróciło się do obu przedsiębiorców o złożenie ofert dodatkowych do dnia 28.11.2013r. do godz. 12.00.

B. Czok uzupełnił licencję w dniu 28.11.2013r. o godz. 10.55. Tego samego dnia i o tej samej godzinie złożył licencję A. Mamczyński (dowód: karta nr 351).

Ponadto tego samego dnia tj. 28.11.2013r. i o tej samej godzinie tj. 10.55 obaj przedsiębiorcy złożyli oferty dodatkowe. Porównując wysokość cen w ofertach dodatkowych (dowód: karty od nr 353 do nr 354 oraz od nr 356 verte do nr 357) przedstawionych również w tabelach od nr 1 do nr 3 można zauważyć, że na 21 pozycji usług o jakich mowa w tych tabelach, B. Czok oraz A. Mamczyński w przypadku 20 usług, złożyli identyczne oferty dodatkowe pod względem ceny. Jedynie w przypadku jednej usługi, tj. ostatniej wskazanej w tabeli nr 3, oferta tych przedsiębiorców była różna. Mianowicie dla usługi wskazanej w tabeli nr 3 dotyczącej „Pojazdu przewożącego materiały niebezpieczne” A. Mamczyński wskazał cenę jednostkową w wysokości 500 PLN, natomiast B. Czok ofertę w wysokości 721,05 PLN, czyli o 221,05 PLN wyższą. Co prawda B. Czok popełnił błąd rachunkowy przy ustalaniu całkowitej wartości swojej oferty, jednakże pomimo tego jego oferta była droższa od oferty A. Mamczyńskiego.

A. Mamczyński w swojej ofercie dodatkowej (korzystniejszej od oferty B. Czoka) stwierdził, że zamierza wykonać zamówienie w zakresie holowania i parkowania pojazdów z terenu gmin Turawa, Łubniany, Dobrzeń Wielki, Popielów, Tarnów Opolski, Murów, Chrzastowice za pomocą B. Czoka. Zadeklarował to, pomimo tego, że w pierwszej ofercie tj. kilka dni wcześniej stwierdził, że zamierza wykonać to zamówienie własnymi siłami.

Z kolei B. Czok w ofercie dodatkowej stwierdził, że zamierza wykonać zamówienie samodzielnie.

Należy ponadto wskazać, że jak wynika z materiału dowodowego obaj przedsiębiorcy tj. B. Czok oraz A. Mamczyński w dniu 28.11.2013r., czyli w dniu złożenia ofert dodatkowych, zawarli pomiędzy sobą umowę o współpracy (dowód: karta nr 416). Umowa ta dotyczyła współpracy pomiędzy oboma przedsiębiorcami w zakresie holowania i parkowania pojazdów na terenie powiatu opolskiego zleconych zgodnie z art. 130a ustawy Prawo o ruchu drogowym, w okresie 01.01.2014r. - 31.12.2015r. Z umowy tej wynika, że holowania i parkowania pojazdów z terenu gmin: Niemodlin, Tułowice, Komprachcice, Pruszków i Dąbrowa miał wykonywać A. Mamczyński, natomiast z terenu gmin: Ozimek, Murów, Turawa, Łubniany, Tarnów Opolski, Dobrzeń Wielki, Popielów i Chrzastowice B. Czok.

W związku ze złożonymi ofertami dodatkowymi, Starostwo uznało za korzystniejszą ofertę A. Mamczyńskiego (dowód: karta nr 359), i to z tym przedsiębiorcą została w dniu 23.12.2013r. zawarta stosowna umowa obowiązująca do 31.12.2015r. (dowód: karty od nr 353 do nr 367).

II. Przetargi organizowane przez KWP w Opolu

Komenda Wojewódzka Policji w Opolu zobowiązana jest do zapewnienia holowania/przewożenia pojazdów i mienia – części samochodowych na podstawie art. 308 § 1 K.p.k. z wyłączeniem przypadków określonych w art. 50a i art. 130a ustawy Prawo o ruchu drogowym. Usługa dotyczy holowania pojazdów i mienia przyjętych jako depozyt policyjny,

będący dowodem rzeczowym w celu przeprowadzenia w niezbędnym zakresie czynności procesowych.

Przed 2014r. KWP organizowała przetargi nieograniczone, w efekcie których przedmiotowe usługi wykonywał B. Czok lub A. Mamczyński.

Natomiast w celu realizacji w 2014r. tego obowiązku KWP w Opolu zorganizowała dla podległych sobie jednostek powiatowych, w tym Komendy Miejskiej Policji w Opolu (zwanej dalej: KMP w Opolu), poniższe postępowania przetargowe.

1. KWP w Opolu w dn. 24.09.2014r. zamieściła ogłoszenie dotyczące wszczęcia postępowania w sprawie udzielenia zamówienia pt. „Parkowanie pojazdów (i innych przedmiotów – części samochodowych) zabezpieczonych do celów procesowych przez Policję” – zad. 1 KMP w Opolu (dowód: karty od nr 58 do nr 86 oraz od nr 236 do nr 241).

W toku postępowania wpłynęła tylko jedna oferta tj. B. Czoka w wysokości 30 PLN/miejscodobę. Wartość zamówienia wynosiła 270.000 PLN. Powyższy przedsiębiorca w swojej ofercie, pomimo złożenia oświadczenia o spełnieniu warunków określonych w SIWZ, poinformował, że zamierza powierzyć podwykonawcy tj. A. Mamczyńskiemu wykonanie części zamówienia w wysokości 135.000 PLN, czyli 50% jego wartości. A. Mamczyński również złożył oświadczenie, że spełnia warunki określone w SIWZ. Pod ofertą podpisał się B. Czok oraz A. Mamczyński - czyli podwykonawca (dowód: karty od nr 87 do nr 98).

Postępowanie to unieważniono w dn. 14.10.2014r. na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 4 PZP, zgodnie z którym zamawiający unieważnia postępowanie jeśli cena najkorzystniejszej oferty lub oferta z najniższą ceną przewyższa kwotę, którą zamawiający zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia, chyba że zamawiający może zwiększyć tę kwotę do ceny najkorzystniejszej oferty.

2. Następnie KWP w Opolu w dn. 01.10.2014r. zamieściła ogłoszenie w sprawie wszczęcia postępowania w sprawie udzielenia zamówienia pt. „Holowanie/przewożenie pojazdów i mienia części samochodowych do celów procesowych i innych zleczanych przez Policję zad. nr 1 KMP w Opolu” (dowód: karty od nr 129 do nr 133 oraz od nr 242 do nr 350).

W toku postępowania wpłynęła tylko jedna oferta złożona przez B. Czoka, który zaproponował następujące ceny (dowód: karty od nr 134 do nr 147):

- holowanie pojazdów do 3,5 t - 50 PLN brutto/km. Wartość zamówienia - 250.000 PLN,

- holowanie pojazdów pow. 3,5 t – 150 PLN brutto/km. Wartość zamówienia – 45.000 PLN.

Ogólna wartość zamówienia 295.000 PLN.

B. Czok w swojej ofercie wskazał, że zamierza powierzyć podwykonawcy realizację holowania i przewożenia pojazdów z terenów gmin: Niemodlin, Tułowice, Komprachcice, Dąbrowa oraz Prószków.

Pod ofertą jako osoba reprezentująca wykonawcę podpisał się zarówno B. Czok jak i A. Mamczyński.

Z uwagi na powyższe komisja przetargowa zadała B. Czokowi pytanie w trakcie publicznego otwarcia ofert, czy ww. oferta została złożona przez konsorcjum obu przedsiębiorców. Uzyskano odpowiedź, że ofertę składa samodzielnie, natomiast A. Mamczyński występuje jako podwykonawca.

Obaj przedsiębiorcy w ww. postępowaniu wykazali, że posiadają środki techniczne niezbędne do wykonania zamówienia.

Postępowanie to również unieważniono w dn. 15.10.2014r. na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 4 PZP, gdyż KWP w Opolu zamierzała przeznaczyć na realizację zamówienia mniejszą kwotę.

3. Następnie KWP w Opolu w dniu 03.12.2014r. zamieściła ogłoszenie w sprawie wszczęcia postępowania w sprawie udzielenia zamówienia pt. „Holowanie/przewożenie pojazdów i mienia części samochodowych do celów procesowych i innych zleczanych przez Policję” (dowód: karty od nr 148 do nr 193 oraz karty od nr 252 do nr 261). Dopuszczono możliwość składania ofert częściowych (6 części). Zamówienie dotyczyło: KMP w Opolu (zad. 1), KPP Brzeg (zad. 2), KPP Krapkowice (zad. 3), KPP Nysa (zad. 4), KPP Prudnik (zad. 5), KPP Strzelce Opolskie (zad. 6). Wartość zamówienia 286.700 PLN brutto.

Na realizację zadania nr 1, w powiecie opolskim wpłynęła tylko jedna oferta tj. B. Czoka (dowód: karty od nr 194 do nr 216).

Cena oferty (brutto):

- holowanie pojazdów do 3,5 t – 50 PLN/km. Wartość zamówienia 250.000 PLN.

- holowanie pojazdów pow. 3,5 t - 150 PLN/km. Wartość zamówienia 45.000 PLN.

B. Czok w ofercie oświadczył, że holowanie z gmin Niemodlin, Tułowice, Prószków, Komprachcie i Dąbrowa zamierza powierzyć podwykonawcy. Pod ofertą podpisał się B. Czok oraz A. Mamczyński.

Postępowanie to również unieważniono w dn. 15.12.2014r. na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 1 PZP, stanowiącego, że zamawiający unieważnia postępowanie o udzielenie zamówienia, jeżeli nie złożono żadnej oferty niepodlegającej odrzuceniu albo nie wpłynął żaden wniosek o dopuszczenie do udziału w postępowaniu od wykonawcy niepodlegającego odrzuceniu. Ofertę B. Czoka odrzucono, gdyż jej treść nie odpowiadała SIWZ.

4. Z uwagi na nie rozstrzygnięcie powyższych postępowań przetargowych oraz konieczność zabezpieczenia usługi parkowania oraz holowania pojazdów do celów procesowych w 2015r., KWP w Opolu w dniu 29.12.2014r. wystąpiła do wykonawców posiadających jej zdaniem odpowiednie zaplecze, sprzęt i potencjał ludzki na terenie powiatu opolskiego tj. B. Czoka oraz A. Mamczyńskiego, o przedstawienie oferty cenowej na realizację ww. usług w styczniu 2015r. (dowód: karty od nr 217 do nr 221).

Na skutek powyższego zapytania ofertowego, zostały złożone oferty przez B. Czoka oraz A. Mamczyńskiego. Obie oferty były identyczne pod względem ceny (dowód: karty nr 222, 223, 228 i 229). Mianowicie:

Tabela nr 4

Wyszczególnienie	B. Czok w PLN/miejscodobę	A.Mamczyński w PLN/miejscodobę
Usługi parkowania	30	30
Usługi holowania pojazdów o DMC do 3,5 t/km	50	50
Usługi holowania pojazdów o DMC pow. 3,5 t/km	100	100

Ponieważ KWP w Opolu otrzymała dwie identyczne oferty niepozwalające na dokonanie wyboru, aby zabezpieczyć realizację usługi holowania pojazdów, była ona realizowana przez A. Mamczyńskiego do 28.02.2015r.

W dn. 23.02.2015r. KWP w Opolu ponownie skierowała zapytanie ofertowe do obu przedsiębiorców (dowód: karty nr od 264 do nr 269). Na zapytanie to odpowiedział tylko B. Czok (dowód: karta nr 270) i to on realizował w marcu 2015r. przedmiotowe usługi.

W dn. 31.03.2015r. KWP na podstawie art. 4 pkt 8 PZP skierowała ponownie zapytanie ofertowe do wspomnianych powyżej podmiotów oraz do firmy Jerzy Zagrodzkiego „Pomoc Drogowa” z Nysy (dowód: karty od nr 272 do nr 275). Odpowiedzi wpłynęły od A. Mamczyńskiego oraz J. Zagrodzkiego (dowód: karty od nr 276 do nr 279).

Ponieważ J. Zagrodzki złożył znacznie korzystniejszą ofertę, to właśnie z nim została zawarta w dn. 01.04.2015r. umowa, obowiązująca do dnia 31.12.2015r. (dowód: karty od nr 288 do nr 292).

Do pisma z dnia 14.12.2016r. będącego ustosunkowaniem się do Szczegółowego Uzasadnienia Zarzutów, A. Mamczyński dołączył kopię wyroku Sądu Rejonowego w Opolu z dnia 22 listopada 2016r. sygn. akt VII K 105/16 (dowód: karty od nr 590 do nr 598).

Jak wynika z ww. wyroku Sąd uniewinnił A. Mamczyńskiego oraz B. Czoka oskarżonych o to, że w dniu 28.11.2013r. pomiędzy godz. 9.15 a 12.20 w siedzibie zakładu B. Czoka w Kępie przy ul. Wróblińskiej 17b, biorąc udział w przetargu publicznym nieograniczonym ogłoszonym w dniu 15.11.2013r. dotyczącym usuwania pojazdów z dróg Powiatu Opolskiego oraz prowadzenia parkingów strzeżonego zgodnie z ustawą Prawo o ruchu drogowym organizowanym przez Starostwo Powiatowe w Opolu na podstawie przepisów PZP, działając w celu osiągnięcia korzyści majątkowej polegającej na zawarciu umowy gwarantującej im najwyższe ceny wykonywanych w przyszłości usług, wiedząc dodatkowo o tym, że najniższa cena była jedynym kryterium decydującym o wyborze oferty weszli w porozumienie w ramach którego ustalili najkorzystniejsze dla obu stawki opłat za poszczególne usługi będące przedmiotem przyszłej umowy oraz łączną cenę ofertową zadania w wysokości 224.394,40 PLN, a nadto uzgodnili różnice cenowe obu przyszłych ofert dodatkowych oraz przedsiębiorcę, który ten przetarg wygra, a mianowicie A. Mamczyńskiego, który z kolei zgodnie z treścią zawartego wyżej porozumienia wskazał B. Czoka jako swojego podwykonawcę w zakresie parkowania i holowania pojazdów z terenu gmin: Turawa, Łubniany, Dobrzeń Wielki, Popielów, Ozimek, Tarnów Opolski, Murów i Chrzastowice, doprowadzając w konsekwencji do złożenia w dniu 28.11.2013r. dwóch nowych ofert w uzgodnionym wyżej kształcie, działając tym samym na szkodę Powiatu Opolskiego w zakresie prawnie chronionych interesów majątkowych, uniemożliwiając w ten sposób pokrzywdzonemu tj. Starostwu uzyskanie najkorzystniejszej rynkowo ceny za wykonanie powyższych usług.

Z treści uzasadnienia powyższego wyroku wynika, że Sąd wydając ww. wyrok oparł się na następujących przesłankach.

Sąd miał na uwadze, że obaj przedsiębiorcy znają się od wielu lat i prowadzą wyspecjalizowaną działalność gospodarczą w zakresie usuwania pojazdów z dróg i prowadzenia parkingów strzeżonych. Pomędzy tymi firmami, których działalność była konkurencyjna, od lat obowiązywała niepisana zasada, wedle której pojazdy usuwane z obszaru powiatu opolskiego na prawo od rzeki Odry obsługuje B. Czok, a na lewo od Odry A. Mamczyński, co związane było z wielkością obsługiwanych obszarów, a tym samym kosztami holowania i czasem potrzebnym na realizację zadań. Dlatego też od 2010r. Starostwo tylko z tymi przedsiębiorcami miało podpisane umowy na usuwanie pojazdów z dróg powiatu opolskiego i firmy te były wyznaczone jako jedyne do wykonywania tych usług na obszarze powiatu ze zwyczajowym podziałem na świadczenie usług w tym zakresie na prawo i lewo od rzeki Odry. Jednakże z uwagi na zmianę przepisów Starostwo w 2013r. ogłosiło przetarg na realizację tych usług. Szacunkowa wartość zamówienia wynosiła 217.963 PLN. Natomiast Starostwo zabezpieczyło na realizację tej umowy kwotę 283.070 PLN. Warunki zamówienia dopuszczały możliwość złożenia oferty wspólnej przez dwóch lub więcej oferentów oraz podzlecenia części usług innemu przedsiębiorcy.

Z tego też względu w ocenie Sądu obaj przedsiębiorcy złożyli równocześnie swoje oferty w tej samej wysokości tj. 224.836,50 PLN. Oferty te zawierały te same cząstkowe ceny. W konsekwencji czego Starostwo wezwało tych przedsiębiorców do złożenia ofert dodatkowych. Dlatego też zdaniem Sądu w dniu 28.11.2013r. w godzinach przedpołudniowych doszło do spotkania A. Mamczyńskiego oraz B. Czoka na terenie zakładu tego ostatniego w wyniku którego doszło do zawarcia pisemnej umowy o współpracy, zgodnie z którą gminy na prawo od rzeki Odry miał obsługiwać B. Czok, a po lewej stronie A. Mamczyński, czyli tak jak miało to miejsce w latach poprzednich. W efekcie powyższego obaj przedsiębiorcy złożyli oferty dodatkowe z tym, że korzystniejszą ofertę złożył A. Mamczyński, który jako podwykonawcę wskazał B. Czoka. Jak ustalił Sąd, A. Mamczyński poinformował o zawarciu umowy z B. Czokiem, Andrzeja K. - swojego pracownika, już po ogłoszeniu wyniku przetargu.

W ocenie Sądu A. Mamczyński wystawił Starostwu faktury na kwotę brutto 223.742 PLN brutto tj. 172.281,34 PLN netto, czyli poniżej oszacowanej kwoty netto 217.993,90 PLN. W ocenie Sądu, Starostwo tym samym nie poniosło żadnej szkody z tego tytułu, odnotowując nawet oszczędności.

Ponadto jak wynika z ww. wyroku, na 2016r. Starostwo również rozpiśało przetarg nieograniczony na całodobowe usuwanie pojazdów z dróg powiatu opolskiego oraz prowadzenie parkingu strzeżonego dla pojazdów usuniętych z drogi w trybie ustawy PZP w 2016r. W przetargu tym uczestniczył A. Mamczyński, który B. Czoka wskazał jako podwykonawcę na stałym dla niego terenie.

Mając na uwadze powyższe okoliczności Sąd w wyroku z dnia 22.11.2016r. uznał, że zachowanie obu przedsiębiorców w zakresie objętym zarzutem oskarżenia dotyczącym zmywy przetargowej do której miało dojść 28.11.2013r. w związku z zawarciem między oskarżonymi umowy o współpracy i złożeniem tego dnia w Starostwie przez obu przedsiębiorców ofert uzupełniających, zgodnie z którymi firma B. Czoka będzie w zakresie części usług podwykonawcą A. Mamczyńskiego, było to zgodne z warunkami przetargu i tym samym nie wyczerpywało znamion przestępstwa z art. 305 § 1 K.k.

Porozumienie to zdaniem Sądu było wyrazem normalnego, dopuszczalnego w realiach obrotu gospodarczego i gospodarki wolnorynkowej, wyrażonego na piśmie porozumienia między przedsiębiorcami, poprzedzonego co oczywiste wymianą informacji na temat warunków tejsze współpracy, spodziewanych korzyści, jak i możliwych strat.

Legalność tego porozumienia potwierdziło Starostwo, które ofert nie odrzuciło uznając przetarg za ważny, nie odnosząc też z tego tytułu żadnych strat, skoro wydatki nie przewyższyły ani szacunków, ani też kwot zabezpieczonych na realizację zamówienia. Ponadto orzekając w powyżej opisanej sprawie Sąd miał na uwadze okoliczność, że A. Mamczyński w treści oferty zawarł informację, że część z usług będzie realizować przy udziale podwykonawcy tj. B. Czoka. Informacja ta nie została zatajona przed zamawiającym przez A. Mamczyńskiego i fakt ten nie został przez niego zakwestionowany.

Jak wynika z treści wyroku orzekając w niniejszej sprawie Sąd miał również na uwadze treść przepisu art. 305 § 1 K.k. zgodnie z którym przestępstwa dopuszcza się m.in. ten kto w celu osiągnięcia korzyści majątkowej wchodzi w porozumienie z inną osobą działając na szkodę instytucji na rzecz której przetarg był dokonywany.

Jak ustalono w toku postępowania sądowego A. Mamczyński w toku realizacji tej umowy, w 2015r. wystawił Starostwu Powiatowemu z tytułu realizacji usług faktury na łączną kwotę nie przekraczającą kwoty stanowiącej szacunkową wartość zamówienia przyjętą przez Starostwo za cały okres obowiązywania umowy, oraz kwoty przez niego zabezpieczonej. Tym samym Powiat Opolski nie poniósł żadnej szkody z tytułu zawartego między oskarżonymi porozumienia, odnotowując nawet oszczędności w stosunku do lat poprzednich.

Dlatego też Sąd uznał, że brak jest przesłanek do uznania, że obaj przedsiębiorcy popełnili przestępstwo, o jakim mowa w art. 305 § 1 K.k. i w efekcie powyższego umorzył postępowanie w ich sprawie.

Na marginesie ww. wyroku Sąd wskazał, że przedmiotem rozważań i karnoprawnej oceny Sądu nie była kwestia nie objęta zarzutem skargi publicznej, a polegająca na złożeniu przez oskarżonych w dniu 25.11.2013r. (zatem trzy dni wcześniej) dwóch jednakowych ofert pierwotnych nie mających oparcia w żadnym formalnym porozumieniu, z których każda z ofert opiewała na tę samą cenę ofertową, jak i ceny cząstkowe, co biorąc pod uwagę dodatkowo okoliczności wspólnego ich złożenia przez oskarżonych przedsiębiorców mogło sugerować, że treść tych ofert była między nimi uzgodniona. Dalej Sąd stwierdził, że pomijając brak dowodów na tę okoliczność tj. uzgodnień powyższe zachowania nie zostały objęte treścią zarzutu Prokuratora. Z dalszego uzasadnienia tego wyroku wynika, że Sąd uznał za nieuprawnione przychylenie się do wniosku Prokuratora po przeprowadzeniu niemal całości przewodu sądowego o dokonanie przez Sąd zmiany w zakresie opisu czynu zarzucanego obu oskarżonym

poprzez zastąpienie słów „w dniu 28.11.2013r. pomiędzy godz. 9.15 a 12.30 w siedzibie ZUH „AUTOCZOK” w Kępie (tj. B. Czok – przyp. UOKiK) przy ul. Wróblińskiej 17b” na brzmienie „w okresie pomiędzy 18.11.2013r. a 28.11.2013r. działając w Kępie, Niemodlinie i w Opolu”, gdyż w ocenie Sądu stanowiło to daleko idące wyjście poza granice skargi publicznej tak pod kątem czasu, miejsca i zdarzenia faktycznego objętego aktem oskarżenia, co w świetle prawa nie jest dopuszczalne i naruszałoby prawo do obrony oskarżonych.

Ponadto jak wynika z ww. wyroku Sądu Rejonowego, Starostwo na rok 2016r. również rozpiśało przetarg nieograniczony w trybie ustawy o zamówieniach publicznych na całodobowe usuwanie pojazdów z dróg powiatu opolskiego oraz prowadzenia parkingu strzeżonego dla pojazdów usuniętych z drogi w trybie ustawy Prawo o ruchu drogowym na okres jednego roku do dnia 31.12.2016r. W przetargu wystartował tylko A. Mamczyński, który poinformował, że zadania będzie realizować przy udziale podwykonawcy B. Czoka w zakresie usług holowania i parkowania pojazdów usuniętych z obszaru powiatu opolskiego na terenie gmin: Tarnów Opolski, Chrzastowice, Ozimek, Turawa, Łubniany, Murów, Dobrzeń Wielki i Popielów.

Z informacji zamieszczonych na stronie internetowej Starostwa (dowód: karta nr 671) wynika, że w 2017r. przedmiotowe usługi dla Starostwa świadczy konsorcjum obu tych przedsiębiorców tj. A. Mamczyńskiego oraz B. Czoka.

Jak ustalono w toku postępowania A. Mamczyński w 2016r. osiągnął obrót w wysokości (...) (dowód: karty od nr 615 do nr 616 – tajemnica przedsiębiorcy).

Natomiast B. Czok do dnia wydania niniejszej decyzji nie przekazał informacji o wysokości osiągniętego przez niego obrotu w całym 2016r. (dowód: karty od nr 604 do nr 608). Z kolei w 2015r. osiągnął obrót w wysokości (...) (dowód: karty od nr 563 do nr 568 – tajemnica przedsiębiorcy).

Prezes Urzędu zważył, co następuje:

Interes publiczno-prawny

Zgodnie z art. 1 ust. 1 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów Prezes Urzędu podejmuje działania w przypadku podejrzenia naruszenia przez przedsiębiorców interesu publicznego. Celem tej ustawy jest ochrona konkurencji jako mechanizmu regulującego sposób funkcjonowania gospodarki. Jak to ponadto wskazał w jednym ze swoich wyroków Sąd Najwyższy (wyrok z dnia 5 czerwca 2008r. sygn. akt III SK 40/07) ustawa ta chroni istnienie mechanizmu konkurencji jako optymalnego sposobu podziału dóbr w społecznej gospodarce rynkowej, zatem każde działanie wymierzone w ten mechanizm godzi w interes publiczny.

Wobec powyższego warunkiem niezbędnym do oceny działania danego przedsiębiorcy w świetle ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów, jest wykazanie, iż jego działania naruszyły interes publiczno-prawny. W ustawie o ochronie konkurencji i konsumentów brak jest definicji ustawowej, interesu publiczno-prawnego. Jednakże na tle dotychczasowego orzecznictwa antymonopolowego, wykształconego co prawda w czasie obowiązywania poprzedniej ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów, ale zachowującego swoją aktualność również obecnie, utrwalił się pogląd, że naruszenie interesu publiczno-prawnego ma miejsce wówczas, gdy działaniami, będącymi przedmiotem postępowania, zagrożony jest

interes ogólnospołeczny, co może mieć miejsce m.in. wówczas, gdy skutkiem określonych sprzecznych z przepisami ustawy działań, dotknięty jest szerszy krąg uczestników rynku¹.

W okolicznościach niniejszej sprawy oznacza to, że warunkiem niezbędnym do oceny, czy działania B. Czoka i A. Mamczyńskiego naruszają przepisy ustawy, jest wykazanie, że działania tych przedsiębiorców mogły naruszyć interes publicznoprawny konkurentów i (lub) konsumentów.

W ocenie Prezesa Urzędu działania powyższych przedsiębiorców, polegające na zawarciu w toku postępowań przetargowych organizowanych przez Starostwo oraz KWP, porozumienia w zakresie uzgadniania warunków składanych ofert w szczególności zakresu prac i ceny oraz podziału rynku w przetargach organizowanych przez ww. instytucje, w oczywisty sposób ograniczyły lub miały na celu ograniczenie współzawodnictwa pomiędzy tymi przedsiębiorcami na rynku właściwym w tej sprawie, wpływając tym samym na cenę świadczenia tych usług oraz zakres wyboru potencjalnych ich wykonawców. Należy podkreślić, że zawarte porozumienie przez dwóch niezależnych od siebie przedsiębiorców nie tylko zaburzyło funkcjonowanie mechanizmów konkurencji, ale mogło również narazić KWP w Opolu oraz Starostwo Powiatowe w Opolu na niekorzystne rozporządzanie środkami publicznymi przeznaczonymi na wykonanie tych usług, narażając pośrednio na straty ogół społeczeństwa.

Działania te naruszają więc interes ogólnospołeczny, a ingerencja Prezesa Urzędu jest w niniejszej sprawie w pełni uzasadniona.

Określenie zarzutu

Przedmiotem niniejszego postępowania jest ocena, czy uzgadnianie przez jego strony w postępowaniach przetargowych organizowanych przez Starostwo oraz KWP na usługi parkowania i holowania pojazdów na terenie powiatu opolskiego warunków składanych ofert w szczególności zakresu prac i ceny oraz dokonaniu w przetargach przez tych przedsiębiorców podziału rynku świadczenia usług parkowania i holowania pojazdów dla ww. instytucji, może być porozumieniem, o jakim mowa w art. 6 ust.1 pkt 7 oraz art. 6 ust. 1 pkt 3 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów.

Zgodnie z art. 6 ust. 1 pkt 7 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów, zakazane są porozumienia przedsiębiorców, 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.

Natomiast zgodnie z art. 6 ust. 1 pkt 3 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów zakazane są porozumienia, których celem lub skutkiem jest m.in. podział rynku zbytu.

Tym samym elementami niezbędnymi do stwierdzenia naruszenia przez B. Czoka oraz A. Mamczyńskiego art. 6 ust. 1 pkt 7 i pkt 3 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów jest:

- wykazanie posiadania przez nich statusu przedsiębiorcy,
- wyznaczenie rynku właściwego w tej sprawie w ujęciu produktowym oraz geograficznym,

¹E. Modzelewska-Wąchal, *Ustawa o ochronie konkurencji i konsumentów. Komentarz*, Wyd. Twigger, Warszawa 2002 r., str. 13.

- wykazanie, że działania tych przedsiębiorców spełniają przesłanki niedozwolonego porozumienia, którego celem i/lub skutkiem było ograniczenie konkurencji na rynku.

Status przedsiębiorców

W świetle ustawy z dnia 2 lipca 2004r. o swobodzie działalności gospodarczej (t.j. Dz.U. z 2016r. poz. 1829 ze zm.), do której bezpośrednio odsyła art. 4 pkt 1 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów, uznanie określonego podmiotu za przedsiębiorcę jest zdeterminowane ustaleniem, czy posiada on cechy kwalifikujące go do grupy podmiotów wymienionych w art. 4 ustawy o swobodzie działalności gospodarczej oraz, czy wykonuje działalność spełniającą kryteria działalności gospodarczej określone w art. 2 tej ustawy. Cechy te spełnia osoba fizyczna, osoba prawna i jednostka organizacyjna nie będąca osobą prawną, której odrębna ustawa przyznaje zdolność prawną, wykonująca we własnym imieniu działalność gospodarczą (art. 4 ust. 1 ww. ustawy). Przez działalność gospodarczą należy z kolei zgodnie z art. 2 ww. ustawy rozumieć zarobkową działalność wytwórczą, budowlaną, handlową, usługową oraz poszukiwanie, rozpoznawanie i wydobywanie kopalin ze złóż, a także działalność zawodową, wykonywaną w swoim imieniu, w sposób zarobkowy, zorganizowany i ciągły.

Jak wynika z piśmiennictwa, z punktu widzenia art. 4 pkt 1 ustawy o swobodzie działalności gospodarczej, przedsiębiorcą jest każdy, kto na danym rynku oferuje w swoim imieniu, w sposób zarobkowy, zorganizowany i ciągły, swoje produkty (towary lub usługi)².

Należy wskazać, że ustawa o swobodzie działalności gospodarczej nie definiuje pojęcia prowadzenia działalności gospodarczej we własnym imieniu. W piśmiennictwie przeważa opinia, iż poprzez pojęcie prowadzenia działalności gospodarczej „we własnym imieniu” można rozumieć prowadzenie jej „na własny rachunek”, czyli ponoszenie przez dany podmiot ryzyka gospodarczego lub też partycypacji w tym ryzyku, które wiąże się z prowadzoną działalnością gospodarczą³. Ponadto pojęcie działania we własnym imieniu wiąże się z ustaleniem, kto ponosi bezpośrednie skutki prawne (nie tylko ekonomiczne) dokonywanych działań⁴.

Z kolei przez działalność gospodarczą wykonywaną w sposób zarobkowy należy rozumieć działalność wykonywaną odpłatnie, która przynajmniej potencjalnie pozwala na osiągnięcie dochodu.

Ponadto ustawodawca uznaje działalność za gospodarczą pod warunkiem jej wykonywania w sposób zorganizowany. Wymóg zorganizowania utożsamiany jest przede wszystkim z wyborem formy organizacyjno-prawnej działalności, dokonania odpowiednich rejestracji, zgłoszeń do ewidencji, posiadania rachunków bankowych, podjęcia decyzji, co do osób wykonujących funkcje organizacyjne, czy też księgowo dla przedsiębiorcy⁵.

Należy ponadto wskazać, iż w zakresie znaczeniowym pojęcia działalności gospodarczej, nie mieści się działalność prowadzona sporadycznie, incydentalnie, dorywczo, czy też jednorazowo. Działalność gospodarczą powinna bowiem cechować ciągłość działania, która przede wszystkim oznacza powtarzalność działań zarobkowych⁶.

² Ustawa o ochronie konkurencji i konsumentów. Komentarz pod red. prof. T.Skocznego. Wyd. C.H.Beck Warszawa 2009, str.107-119.

³ Michał Brożyna, Mariusz Chudzik, Konrad Kohutek, Janusz Molis, Sergiusz Szuster. Komentarz. Komentarz do art. 4 ustawy o swobodzie działalności gospodarczej. LEX 2005.

⁴ Grzegorz Materna „Pojęcie przedsiębiorcy w polskim i europejskim prawie ochrony konkurencji”. Oficyna 2009.

⁵ Sławomir Koroluk, Mirosław Pawełczyk, Andrzej Powałowski, Ewa Przeszło, Krzysztof Trzciniński, Emilia Wieczorek. Komentarz. ABC 2007. Komentarz do art. 2 ustawy o swobodzie działalności.

⁶ R. Flejszar: Przedsiębiorca w postępowaniu cywilnym rozpoznawczym, Warszawa 2006, str. 44.

Jak przedstawiono to w części niniejszej decyzji dotyczącej ustalenia stanu faktycznego podmioty będące stronami niniejszego postępowania działają w ramach prowadzonej przez siebie, zarejestrowanej działalności gospodarczej. Obaj przedsiębiorcy świadczą m.in. usługi krajowego transportu drogowego na podstawie posiadanej licencji wydanej na podstawie przepisów ustawy z dnia 6 września 2001r. o transporcie drogowym. Jak wynika z materiału dowodowego obaj przedsiębiorcy dysponują specjalistycznymi pojazdami mechanicznymi do wykonywania usług usuwania/holowania pojazdów, co udokumentowali w trakcie analizowanych w niniejszym postępowaniu postępowań przetargowych oświadczając, że spełniają warunki przewidziane w ogłoszeniu o zamówieniu.

Przedsiębiorcy ci z tytułu prowadzenia działalności gospodarczej uzyskują przychody co oznacza, że świadczą swoje usługi w sposób zarobkowy.

Przychody uzyskiwane przez tych przedsiębiorców są przychodami z tytułu prowadzonej przez nich działalności gospodarczej. Ponoszą oni również koszty prowadzenia tej działalności co oznacza, że świadczą usługi na własny rachunek i we własnym imieniu.

Powyższe oznacza, że strony niniejszego postępowania, są przedsiębiorcami w rozumieniu art. 4 pkt 1 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów, a ich działalność może podlegać ocenie w świetle przepisów ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów.

Rynek właściwy

Zgodnie z art. 4 pkt 9 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów rynek właściwy to 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 różnice cen, koszty transportu, panują zbliżone warunki konkurencji.

Tym samym do wyznaczenia rynku właściwego konieczne jest jego zdefiniowanie pod względem produktowym oraz geograficznym.

Rynek właściwy produktowo obejmuje wszystkie towary, które służą zaspokajaniu tych samych potrzeb nabywców, mają zbliżone właściwości, podobne ceny i reprezentują podobny poziom jakości. Pojęcie towarów obejmuje natomiast rzeczy, również energię, papiery wartościowe i inne prawa majątkowe, usługi, a także roboty budowlane (art. 4 pkt 7 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów).

B. Czok oraz A. Mameczyński w ramach prowadzonej przez siebie działalności gospodarczej świadczą m.in. usługi holowania i parkowania pojazdów.

Usługi holowania i parkowania pojazdów są wykonywane w przypadku m.in. awarii samochodu lub też zdarzenia drogowego. Są one wykonywane na zlecenie odpowiednich organów, które są zobowiązane do usuwania pojazdów jak np. Policja, Starostwo, lub też kierującego pojazdem. Usługi te nie posiadają substytutów – odbiorcy nie mogą ich zastąpić usługami alternatywnymi.

Tym samym rynkiem produktowym w niniejszej sprawie jest rynek świadczenia usług holowania i parkowania pojazdów.

Oceniając z kolei wymiar rynku geograficznego dla usług holowania i parkowania pojazdów, Prezes Urzędu uznał, że jest to rynek o charakterze lokalnym. Za takim zdefiniowaniem właściwego rynku geograficznego przemawia charakter świadczonych usług pomocy drogowej. Należy mieć na uwadze, że w przypadku zaistnienia zdarzenia drogowego lub awarii samochodu, konieczne jest jak najszybsze usunięcie pojazdu z drogi w celu usprawnienia ruchu pojazdów. Z tego też względu usługi w powyższym zakresie są

wykonywane przez przedsiębiorców działających w pobliżu miejsca zdarzenia lub usytuowania pojazdu. W konsekwencji powyższego w przypadku konieczności usunięcia pojazdu z pasa drogowego na terenie powiatu opolskiego, kierujący pojazdem będzie zainteresowany skorzystaniem z usług podmiotu, który wykona tę usługę i działa na tym terenie.

Ponadto należy zauważyć, że w analizowanej sprawie zarówno Starostwo Powiatowe w Opolu, jak i KMP w Opolu (w przypadku KMP w Opolu zadania te organizuje KWP w Opolu jako jednostka nadrzędna), są zobowiązane do zapewnienia wykonywania powyższych usług m.in. poprzez organizację tych przetargów, określenie ich warunków oraz realizację umów na obszarze ich działania, czyli powiatu opolskiego.

W celu realizacji tych obowiązków zarówno Starostwo, jak i KWP w Opolu zorganizowały postępowania przetargowe opisane w części dotyczącej opisu stanu faktycznego i dotyczące realizacji usług holowania i parkowania pojazdów na zlecenie tych organów, na obszarze powiatu opolskiego.

W postępowaniach tych brał udział zarówno B. Czok, jak i A. Mameczyński. Przedsiębiorcy ci ubiegali się o wykonywanie usług na zlecenie Starostwa Powiatowego oraz KMP w Opolu, czyli na obszarze powiatu opolskiego. Byli oni jedynymi przedsiębiorcami, którzy w drodze składania ofert wyrażali zainteresowanie świadczeniem tego rodzaju usług dla Starostwa oraz KMP w Opolu. Tym samym świadczeniem usług zarówno dla Starostwa, jak i KMP w Opolu byli zainteresowani jedynie przedsiębiorcy z terenu powiatu opolskiego. Jest to z pewnością związane z wysokością kosztów świadczenia tego rodzaju usług, gdyż dojazd do pojazdu z terenu innego powiatu, a następnie jego transport na parking w innym powiecie, wiąże się z wyższymi kosztami świadczenia usługi spowodowanymi przede wszystkim większymi kosztami zużycia paliwa, jak i dłuższym czasem dojazdu do i z miejsca unieruchomienia pojazdu. W efekcie oferta przedsiębiorców z innego powiatu byłaby – przy utrzymywaniu się na rynku konkurencyjnego poziomu cen – mniej atrakcyjna od oferty przedsiębiorców z powiatu opolskiego.

Potwierdza to, że rynkiem właściwym w ujęciu geograficznym dla usług holowania i parkowania pojazdów, jest rynek lokalny, zdefiniowany w niniejszej sprawie jako obszar powiatu opolskiego.

Ostatecznie Prezes Urzędu uznał, że rynkiem właściwym w tej sprawie jest rynek świadczenia usług holowania i parkowania pojazdów na obszarze powiatu opolskiego.

Jak wynika z materiału dowodowego tj. wyjaśnień KWP w Opolu (dowód: karty nr 53 i 540) obaj przedsiębiorcy jako jedyni w powiecie opolskim, w tym każdy z osobna, posiadają sprzęt transportowy umożliwiający holowanie pojazdów/mienia o DMC powyżej 3,5 t. Przedsiębiorcy ci od kilkunastu lat świadczą usługi holowania i parkowania pojazdów na terenie powiatu opolskiego także o DMC powyżej 3,5 t. Na terenie powiatu opolskiego nie funkcjonują inni przedsiębiorcy mogący być potencjalnymi konkurentami dla A. Mameczyńskiego oraz B. Czoka. Tym samym obaj przedsiębiorcy są jedynymi, stałymi konkurentami na tak określonym rynku.

Co prawda KWP w dniu 31.03.2015r. przesłała zapytanie ofertowe do B. Czoka oraz A. Mameczyńskiego – czyli stałych wykonawców usług holowania i parkowania pojazdów na terenie powiatu opolskiego oraz Jerzego Zagrodzkiego z Nysy, czyli spoza powiatu opolskiego, jednak należy zauważyć, że poziom cen na rynku obejmującym powiat opolski nie kształtował się na poziomie konkurencyjnym, z uwagi na opisane w dalszej części niniejszej decyzji porozumienie łączące strony postępowania. W takiej sytuacji opłacalne mogło być wejście na rynek przedsiębiorcy, który normalnie by na nim nie działał, jednak ponadkonkurencyjny poziom cen pozwolił mu na pokrycie wyższych kosztów działalności. Wskazać należy również, że J. Zagrodzki co do zasady nie świadczył usług na terenie powiatu opolskiego i nie brał udziału we wcześniejszych przetargach organizowanych zarówno przez Starostwo lub KWP. Powodem tego mogło być nie spełnianie warunków określonych w przetargach, brak

zainteresowania lub też inne przyczyny. Ponadto J. Zagrodzki złożył swoją ofertę w przetargu organizowanym przez KWP nie z własnej inicjatywy, ale w odpowiedzi na przesłane do niego zapytanie ofertowe tego zamawiającego. Z powyższego może wynikać, że J. Zagrodzki nie był zainteresowany świadczeniem przedmiotowych usług na obszarze powiatu opolskiego. Realizacja przez J. Zagrodzkiego usług holowania i parkowania pojazdów dla KWP, wynikała z inicjatywy tego zamawiającego, który w bardzo krótkim okresie czasu, tj. jednego dnia, zobowiązany był do zorganizowania realizacji przedmiotowych usług na jego zlecenie w następnych miesiącach 2015r. Z tych też względów nie można go uznać za stałego konkurenta B. Czoka oraz A. Mamczyńskiego.

Jednocześnie w tym miejscu należy podkreślić, że w niniejszej sprawie nie jest konieczne precyzyjne określenie udziału w rynku holowania i parkowania pojazdów na terenie powiatu opolskiego każdego z przedsiębiorców świadczących usługi na tym rynku, gdyż zarówno porozumienie, o jakim mowa w art. 6 ust. 1 pkt 3, jak i w pkt 7 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów, zgodnie z art. 7 ust. 3 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów nie korzysta z wyłączenia w oparciu o tzw. zasadę de minimis określoną w art. 7 ust. 1 pkt 1 ww. ustawy, który stanowi, że zakazu, o którym mowa w art. 6 ust. 1 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów, nie stosuje się do porozumień zawieranych między konkurentami, których łączny udział w rynku w roku kalendarzowym poprzedzającym zawarcie porozumienia nie przekracza 5%. W związku z powyższym precyzyjne określenie udziału w rynku parkowania i holowania pojazdów na terenie powiatu opolskiego, przedsiębiorców funkcjonujących na tym rynku, nie jest konieczne na potrzeby niniejszego postępowania.

Istota porozumienia

Definicja porozumień w ustawie o ochronie konkurencji i konsumentów jest definicją szeroką, pozwalającą na objęcie zakazami wynikającymi z art. 6 ustawy wszelkich form skoordynowanych działań niezależnie funkcjonujących przedsiębiorców lub ich związków, wywołujących negatywne skutki rynkowe w postaci wyeliminowania, ograniczenia lub naruszenia w inny sposób konkurencji.

W myśl definicji zawartej w art. 4 pkt 5 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów, przez „porozumienie” należy rozumieć:

- 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.

Z powyższego wynika, że zakaz porozumień ograniczających konkurencję obejmuje wszelkie formy koordynacji działań między przedsiębiorcami, które w sposób celowy prowadzą, w wyniku praktycznej współpracy, do wyeliminowania konkurencji oraz ryzyka gospodarczego i które powodują powstawanie warunków rynkowych sprzecznych z regułami wolnej konkurencji.

Decyzje te mogą być podjęte w różnej formie tj. np. w postaci formalnej, czyli w postaci umów, czy też niektórych ich postanowień. Ponadto za porozumienia mogą być uznane uzgodnienia nieformalne dokonane w jakiegokolwiek formie w tym ustnej, jeśli istotą tego porozumienia jest koordynacja zachowań przedsiębiorców, nie w drodze nałożenia prawnie

wiążącego obowiązku wspólnego działania, lecz przez świadome wskazanie sposobu współdziałania, którego celem lub skutkiem jest ograniczenie konkurencji.

Mając powyższe na uwadze należy uznać, że w niniejszej sprawie dla stwierdzenia istnienia pomiędzy B. Czokiem a A. Mamczyńskim porozumienia ograniczającego konkurencję, konieczna jest ocena, czy działania tych przedsiębiorców w trakcie przetargów organizowanych przez Starostwo Powiatowe oraz KWP były porozumieniem w rozumieniu art. 4 pkt 5 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów, zakazanym na podstawie art. 6 ust. 1 pkt 7 i pkt 3 tej ustawy.

Ad 1 punktu sentencji decyzji

Zgodnie z 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 m.in. na uzgadnianiu przez przedsiębiorców przystępujących do przetargu warunków składanych ofert, w szczególności zakresu prac lub ceny.

Zmowa przetargowa jest to jedno z najbardziej szkodliwych niedozwolonych porozumień antykonkurencyjnych występujących w obrocie gospodarczym. Właściwie zorganizowany przetarg zapewnia bowiem jego uczestnikom silne bodźce, by przedstawić organizatorowi możliwie korzystną ofertą. Warunkiem zapewnienia efektywności procedury przetargowej jest jednak zachowanie konkurencji pomiędzy oferentami. W sytuacji, gdy oferenci podejmują ze sobą współpracę, postępowanie przetargowe nie spełni swojej funkcji. Zaistnienie zmowy przetargowej prowadzi bowiem co do zasady do przedstawienia przez uczestników przetargu ofert mniej korzystnych niż w warunkach konkurencji. Wyłoniona w ten sposób oferta w przeważającej ilości przypadków będzie więc niekorzystna dla zamawiającego.

W orzecznictwie SOKiK podkreśla się, że: *”Wykazanie zmowy przetargowej jest niezwykle trudne dowodowo. W przeważającej ilości przypadków podmioty dokonujące uzgodnienia, z uwagi na świadomość bezprawności swoich działań, starają się zachować swoje działania w tajemnicy. W związku z powyższym w doktrynie i orzecznictwie przyjmuje się obniżone standardy dowodowe dla tej kategorii spraw - jako dopuszczalne uznaje się dowodzenia na podstawie dowodów pośrednich (por. m in. wyrok Sądu Najwyższego z dnia 9 sierpnia 2006 roku, III SK 6/06, Legalis nr 88623).*

W praktyce przeprowadzenie tego typu dowodu często sprowadza się do zastosowania przez Prezesa Urzędu tzw. domniemań faktycznych. Zgodnie bowiem z art. 231 ustawy z dnia 17 listopada 1964 r. – Kodeks postępowania cywilnego (t.j. Dz. U. z 2016 r., poz. 1822 ze zm.) (zwanej dalej „Kodeksem postępowania cywilnego”), 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.

W ocenie Prezesa Urzędu w analizowanej sprawie okolicznościami wskazującymi na zawarcie przez B. Czoka oraz A. Mamczyńskiego porozumienia, o jakim mowa w art. 6 ust. 1 pkt 7 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów tj. tzw. zmowy przetargowej w trakcie przetargów organizowanych przez Starostwo oraz KWP, jest następująca sekwencja określonych działań tych przedsiębiorców w trakcie analizowanych przetargów.

Jak wskazano w ustaleniach faktycznych (tabele od nr 1 do nr 3) B. Czok oraz A. Mamczyński w trakcie przetargu z dnia 15.11.2013r. ogłoszonego przez Starostwo Powiatowe

w Opolu, w przypadku każdej z 21 usług, zaproponowali takie same ceny jednostkowe (dowód: tabele od nr 1 do nr 3).

Obaj przedsiębiorcy oprócz złożenia ofert zawierających identyczne ceny, nie dołączyli do nich tych samych dokumentów. Na skutek czego obie oferty nie zawierały tych samych - wymaganych przez zamawiającego załączników tj. licencji, czyli miały te same braki. Brak ten został uzupełniony przez obu przedsiębiorców tego samego dnia i o tej samej godzinie. Następnie przedsiębiorcy złożyli również tego samego dnia i o tej samej godzinie oferty dodatkowe w których na 21 usług, w przypadku 20 z nich, również zaproponowali identyczne oferty w zakresie wysokości cen. Jedynie w przypadku jednej z usług (ostatnia pozycja w tabeli nr 3) przedsiębiorcy złożyli oferty w różnej wysokości. Na skutek powyższego została wybrana oferta A. Mamczyńskiego, który złożył ofertę korzystniejszą, wskazując jako podwykonawcę B. Czoka, którego oferta była droższa.

Powyżej wskazana sekwencja zdarzeń takich jak:

- składanie ofert w tej samej wysokości,
 - popełnianie tych samych błędów w ofertach,
 - składanie i uzupełnianie ofert w tym samym czasie,
 - następnie wskazanie przez tego przedsiębiorcę który złożył korzystniejszą ofertę drugiego z tych przedsiębiorców jako podwykonawcy,
- wskazuje na zawarcie przez tych przedsiębiorców porozumienia.

Powyższe zachowanie jest w pełni zgodne z tym, jakiego należałoby oczekiwać po przedsiębiorcach działających wspólnie w celu uniknięcia konkurencji i zabezpieczenia wyższych zysków z przetargu. Złożenie ofert z brakami pozwalało na ich „wycofanie” (poprzez nieuzupełnienie braków), natomiast złożenie ich wspólnie (w tym samym czasie) i równoczesne ich uzupełnianie umożliwiało kontrolowanie zachowania konkurenta, zwłaszcza w sytuacji ograniczonego zaufania i braku pewności, że istotnie dotrzyma warunków zawartego porozumienia. Ustalenie cen na identycznym poziomie pozwalało sprawdzić, czy mieszczą się one w przedziale akceptowalnym dla zamawiającego (poniżej maksymalnej kwoty, jaką zamierza przeznaczyć na zamówienie), by je następnie minimalnie zmodyfikować w celu uzyskania zamówienia przez wybranego przedsiębiorcę. Co charakterystyczne, modyfikacja oferty, która pozwoliła A. Mamczyńskiemu wygrać przetarg dotyczyła opłaty za odstąpienie od usunięcia z drogi pojazdu przewożącego materiały niebezpieczne, a więc czynności relatywnie rzadkiej, w związku z czym obniżenie opłaty z tytułu wykonania tej usługi pozostawało bez większego wpływu na całość przychodów realizowanych w ramach umowy ze Starostwem. Wreszcie uczynienie B. Czoka podwykonawcą na terenie, na którym świadczył on dotychczas usługi oraz rozliczanie z nim świadczonych usług po cenach z cennika wynikającego z umowy ze Starostwem, pozwoliło na równy podział korzyści z porozumienia.

Na fakt, iż powyższe działania istotnie wynikały z koordynacji zachowań pomiędzy A. Mamczyńskim i B. Czokiem wskazuje szereg okoliczności. Z doświadczenia życiowego wynika, że jest bardzo mało prawdopodobne, aby dwaj niezależnie od siebie działający przedsiębiorcy, nie porozumiewając się ze sobą złożyli w pierwszej ofercie w przypadku każdej z 21 rodzajów usług takie same ceny (z dokładnością co do grosza), popełniając zarazem te same błędy w składanych równocześnie z konkurentem ofertach, umożliwiające im ich wycofanie. Jest również mało prawdopodobne, by dążący do wygrania w przetargu przedsiębiorca, znając swoistą „ofertę wyjściową” konkurenta (ceny identyczne z zaoferowanymi przez niego samego), nie zaoferował cen niższych na przynajmniej część usług wchodzących w zakres zamówienia. Wszystkie powyższe okoliczności da się natomiast łatwo wytłumaczyć przy założeniu, iż przedsiębiorców łączyło porozumienie ograniczające konkurencję.

Brak jest zarazem logicznego wyjaśnienia dla jednoczesnego wystąpienia wspomnianych zachowań, zakładającego brak koordynacji działań przez strony.

Działając w opisany wyżej sposób, przedsiębiorcy wyeliminowali konkurencję między sobą (nie musieli obniżać cen w celu uzyskania zamówienia) a płynące z tego zyski alokowali między siebie za pomocą umowy podwykonawstwa. W istocie wynik przetargu był identyczny z tym, jaki miałyby miejsce przy zorganizowaniu dwóch przetargów (odrębnie na terenie tradycyjnie obsługiwanym przez A. Mamczyńskiego i na obszarze, na którym działalność prowadził B. Czok), w których jedynym dostawcą byłby A. Mamczyński albo B. Czok.

Podobnie w przypadku postępowań przetargowych dla KWP w Opolu można zauważyć określoną sekwencję działań tych przedsiębiorców. Mianowicie w przetargach KWP z dnia: 24.09.2014r., 01.10.2014r. oraz 03.12.2014r., ofertę składał jedynie B. Czok, A. Mamczyński był przez niego wskazywany jako podwykonawca na terenie gmin, w których przedsiębiorca ten zwyczajowo, od zawsze, świadczył swoje usługi. Pod tymi ofertami podpisywali się obaj przedsiębiorcy. Rozstrzygnięcie powyższych postępowań przetargowych zapewniłoby obydwu tym przedsiębiorcom przychody z tytułu realizowanych usług bez konieczności wzajemnego konkurowania i na ustalonych wzajemnie warunkach.

Jednakże z uwagi na nie rozstrzygnięcie ww. postępowań przetargowych z uwagi na to, że zaoferowana cena była wyższa od kwoty którą posiadał zamawiający lub też z uwagi na niezgodność oferty z SIWZ, KWP w dniu 29.12.2014r. ogłosiło kolejny przetarg. W trakcie tego przetargu oferty na usługi parkowania oraz holowania pojazdów do celów procesowych złożył zarówno B. Czok, jak i A. Mamczyński. Obaj przedsiębiorcy w przypadku każdej z 3 usług składającej się na to zamówienie, złożyli identyczne oferty pod względem ceny (tabela nr 4).

Z uwagi na nierozstrzygnięcie również tego postępowania, KWP skierowała do każdego z tych przedsiębiorców, których można nazwać „stałymi wykonawcami”, zapytanie ofertowe, na które odpowiadał naprzemiennie tylko jeden z nich. Na skutek powyższego, usługi w zakresie holowania i parkowania pojazdów dla KWP w Opolu, w pierwszych miesiącach 2015r. realizowali na zmianę B. Czok oraz A. Mamczyński.

Należy wskazać, że KWP w dniu 31.03.2015r. skierowała do obu tych „stałych wykonawców” oraz J. Zagrodzkiego z Nysy zapytanie ofertowe, na które odpowiedział A. Mamczyński oraz J. Zagrodzki. Z uwagi na to, że oferta tego drugiego przedsiębiorcy była korzystniejsza, w okresie od kwietnia do grudnia 2015r. usługi w tym zakresie dla KWP wykonywał J. Zagrodzki. Wynika z tego, że w odpowiedzi na zapytanie ofertowe KWP z dnia 31.03.2015r. z grona „stałych wykonawców” odpowiedział tylko A. Mamczyński, który zamierzał świadczyć te usługi od kwietnia 2015r. Natomiast wcześniej tj. w marcu 2015r. przedmiotowe usługi dla KWP świadczył B. Czok, a w styczniu - lutym 2015r. A. Mamczyński.

Wynika z powyższego, że działania obu przedsiębiorców doprowadziły do przemiennego uzyskiwania przez nich korzyści z realizacji tego zamówienia w okresie od stycznia do marca 2015r. Działania te miały również objąć okres od kwietnia 2015r., gdyż ofertę na ten okres spośród grona „stałych wykonawców” złożył tylko A. Mamczyński (J. Zagrodzki jest spoza powiatu opolskiego i nigdy nie brał udziału w postępowaniach organizowanych przez KWP, jak i przez Starostwo).

Wskazana powyżej sekwencja działań tych przedsiębiorców polegająca na:

- wspólnym ubieganiu się o uzyskanie zamówienia, które miało doprowadzić do świadczenia przez każdego z nich usług na jego „stałym terenie”,
- złożeniu ofert w takiej samej wysokości, a w dalszej kolejności,
- złożeniu ofert przemiennie przez każdego z nich na określony miesiąc w okresie od stycznia do kwietnia 2015r.,

miało na celu zapewnienie każdemu z nich uzyskania przychodów z tytułu realizacji tych usług dla KWP bez konieczności konkurowania o zamówienie.

Należy zauważyć, że obaj przedsiębiorcy złożyli oferty w powyższych postępowaniach przetargowych dla KWP z podziałem wykonawca i podwykonawca, pomimo tego, że w postępowaniu przetargowym dla Starostwa w listopadzie 2013r. dotyczącym podobnego rodzaju usług tj. holowania i parkowania pojazdów, każdy z nich wykazywał, że spełnia warunki przetargu i dysponuje odpowiednim potencjałem technicznym dla samodzielnej realizacji tego zamówienia bez konieczności współpracy z konkurentem.

Również oddzielne złożenie przez tych przedsiębiorców ofert w postępowaniach KWP dotyczących usług holowania i parkowania pojazdów z dnia 29.12.2014r. zawierających identyczne ceny (czyli krótko po złożeniu oferty tylko przez B. Czoka, który A. Mamczyńskiego wskazywał jako podwykonawcę w postępowaniach KWP z września, października oraz grudnia 2014r. dotyczących podobnego rodzaju usług), świadczy o tym, że obaj ci przedsiębiorcy dysponowali wystarczającym potencjałem technicznym do realizacji zamówienia dla tego podmiotu.

Pomimo tego ww. przedsiębiorcy postanowili w niektórych tych postępowaniach występować na zasadzie wykonawca - podwykonawca, uzgadniając pomiędzy sobą zakres wykonywanych prac dla KWP dzieląc pomiędzy sobą gminy powiatu opolskiego na swojej „stałe tereny”, czy też miesiące w okresie styczeń-marzec 2015r. w których będą realizować wspomniane usługi. Powyższy mechanizm współpracy polegający na wskazywaniu w ofertach jednego z nich, drugiego jako podwykonawcy, miał na celu uniknięcie konkurencji pomiędzy oboma przedsiębiorcami, a w efekcie uzyskiwanie przychodów przez każdego z nich z tytułu świadczenia usług na „stałym” dla niego terenie oraz dzielenie się zyskiem z tytułu realizacji usługi.

Współpracę obu przedsiębiorców z pewnością ułatwił fakt wzajemnej znajomości oraz rynku na którym od wielu lat prowadzą działalność i na którym są głównymi usługodawcami tego rodzaju usług.

W ocenie Prezesa Urzędu, mając na uwadze powyżej opisany ciąg działań obu, formalnie niezależnie od siebie działających przedsiębiorców, w świetle doświadczenia życiowego oraz powyżej opisanych przesłanek, zachowania obu przedsiębiorców w opisanych powyżej postępowaniach przetargowych, nie można wytłumaczyć inaczej niż zawarciem porozumienia.

Powyższej opisane okoliczności świadczą jednoznacznie o tym, że przedsiębiorcy ci wykorzystując fakt, iż od wielu lat się znają oraz jako główni wykonawcy świadczą usługi parkowania i holowania pojazdów na terenie powiatu opolskiego, zaniechali konkurencji pomiędzy sobą i nawiązali współpracę uzgadniając warunki składanych ofert tj. proponowanie cen w tej samej wysokości oraz ceny umożliwiającej wygranie przetargu i uzyskanie zamówienia przez jednego z nich, a następnie dzielenie się zamówieniem z drugim z nich na zasadzie jeden z nich jako wykonawca, drugi jako podwykonawca.

Wskazanych powyżej okoliczności zgodnie z logicznym rozumowaniem nie można wytłumaczyć w inny sposób niż współpracą obu przedsiębiorców zarówno na etapie opracowywania ofert, jak i na późniejszych etapach przeprowadzania tych postępowań, a wykazana sekwencja działań obu przedsiębiorców nie może być przypadkowa.

Dlatego też w ocenie Prezesa Urzędu pomimo tego, że każda z opisanych okoliczności towarzyszących ww. przetargom nie stanowi samodzielnie wystarczającego dowodu na zawarcie porozumienia pomiędzy tymi przedsiębiorcami, to łączna ocena całokształtu okoliczności świadczy o zawarciu przez B. Czoka oraz A. Mamczyńskiego niedozwolonego

porozumienia ograniczającego konkurencję. W ocenie Prezesa Urzędu wszystkie wskazane powyżej, ustalone w postępowaniu administracyjnym okoliczności, brane łącznie pod uwagę, w świetle zasad logiki i doświadczenia życiowego, dowodzą zawarcia przez obu przedsiębiorców porozumienia polegającego na uzgodnieniu warunków składanych ofert w tych postępowaniach przetargowych, w tym zakresu prac i ceny.

Tym samym rozważając łącznie powyższe okoliczności można wyprowadzić wniosek, że przedsiębiorcy ci w ramach powyżej opisanych przetargów, zamiast konkurować, współpracowali ze sobą. Wynika z tego, że przedsiębiorcy ci działali w uzgodnieniu, i tym samym w rozumieniu art. 4 pkt 5 ppkt b ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów zawarli niedozwolone porozumienie ograniczające konkurencję.

Podobnie Sąd Ochrony Konkurencji i Konsumentów w wyroku z dnia 28.01.2016r. (sygn. akt XVII Ama 12/14) uznał, że każda z okoliczności świadczących o wzajemnej współpracy przedsiębiorców nie stanowi dowodu, że przedsiębiorcy dokonali uzgodnień co do treści składanych ofert i działań podejmowanych w toku postępowania przetargowego (np. powiązania kapitałowe pomiędzy oferentami, nieuzupełnianie najtańszej oferty, posługiwanie się wspólnymi szablonami). Jednak łączne wystąpienie wszystkich wymienionych okoliczności (...) uzasadnia domniemanie, że uczestniczyli oni w porozumieniu przetargowym.

Celem powyższych działań było uniknięcie konkurencji pomiędzy sobą i w efekcie podzielenie się przychodami i zyskiem z tytułu świadczenia usług, poprzez wykonywanie przez każdego z tych przedsiębiorców przedmiotowych usług np. na jego „stałym” terenie. Powyższe działania tych przedsiębiorców nie tylko ograniczyły się do powyższego celu, ale doprowadziły również do podzielenia się przychodami i zyskiem ze świadczenia przez tych przedsiębiorców przedmiotowych usług dla Starostwa na ich „stałym” terenie, a w przypadku KWP naprzemiennie przez każdego z nich, w poszczególnych – pierwszych miesiącach 2015r.

Należy ponadto wskazać, że obaj przedsiębiorcy 28.11.2013r. tj. w dniu złożenia ofert dodatkowych w postępowaniu przetargowym dla Starostwa Powiatowego zawarli umowę o współpracy. Umowa ta dotyczy współpracy pomiędzy oboma przedsiębiorcami w zakresie holowania i parkowania pojazdów na terenie powiatu opolskiego zleconych zgodnie z art. 130a ustawy Prawo o ruchu drogowym, w okresie 01.01.2014 - 31.12.2015r. Jak wynika z treści ww. umowy obaj przedsiębiorcy podzielili pomiędzy sobą gminy z terenu powiatu opolskiego, na terenie których każdy z nich będzie wykonywać usługi holowania i parkowania pojazdów, a rozliczenie pomiędzy nimi za usługi, będzie następować zgodnie z cennikiem zawartym w umowie ze Starostwem. W umowie tej nie wskazano godziny jej zawarcia tym samym nie można ustalić, czy do jej zawarcia doszło przed, czy po ogłoszeniu wyniku przetargu jak twierdził A. Mamczyński. Jak ustalono to w toku postępowania umowa ta nie została dołączona do dokumentacji przetargowej. Została ona pozyskana przez Starostwo Powiatowe w dniu 11.09.2014r. w trakcie kontroli u A. Mamczyńskiego.

Oznacza to, że zawarta przez tych przedsiębiorców umowa, formalizowała jeden z elementów zawartego przez tych przedsiębiorców porozumienia, mianowicie współpracę dotyczącą przetargu organizowanego przez Starostwo, niezależnie od tego, czy została zawarta przed, czy po wyborze najkorzystniejszej oferty. Tym samym była dodatkową formą – w rozumieniu przepisów kodeksu cywilnego, zawartego porozumienia w rozumieniu art. 4 pkt 5 ppkt b ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów, niezależnie od tego, czy sporządzono ją przed, czy po ogłoszeniu najkorzystniejszej oferty. Oznacza to, że zawarte przez tych przedsiębiorców porozumienie wyczerpuje również przesłanki porozumienia, o jakim mowa w art. 4 pkt 5 ppkt a ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów.

Konkludując wskazać należy, że całokształt przedstawionych powyżej argumentów i okoliczności, pozwala w sposób całkowicie uzasadniony wyprowadzić wniosek o zawarciu przez B. Czoka oraz A. Mamczyńskiego zakazanego porozumienia ograniczającego konkurencję, o którym mowa w art. 6 ust. 1 pkt 7 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów.

Mając na uwadze powyższe okoliczności Prezes Urzędu uważa za udowodnione zawarcie przez obu przedsiębiorców porozumienia, o jakim mowa w art. 6 ust. 1 pkt 7 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów.

Ponadto Prezes Urzędu pragnie wskazać, że za nieuzasadnione uznał twierdzenia B. Czoka, że krótki termin składania ofert dodatkowych usprawiedliwia ich równoczesne złożenie. Należy przede wszystkim wskazać, iż obaj przedsiębiorcy w trakcie przetargu organizowanego przez Starostwo równocześnie złożyli zarówno pierwsze oferty, oferty dodatkowe, jak również licencję na wykonywanie krajowego transportu drogowego. Stąd też w ocenie organu trzykrotna zbieżność w dacie i godzinie złożenia przez obu przedsiębiorców tych dokumentów nie jest przypadkowa i jest jedną z przesłanek świadczących o tym, że przedsiębiorcy ci działali w porozumieniu.

Również w ocenie Prezesa Urzędu za nieuzasadnione należy uznać twierdzenie obu przedsiębiorców, że złożenie przez nich ofert zawierających identyczne ceny, wynika z długotrwałego prowadzenia działalności gospodarczej oraz znajomości rynku. Należy przede wszystkim wskazać, że składając pierwsze oferty w przetargu organizowanym przez Starostwo, obaj przedsiębiorcy na 21 usług, zaproponowali te same ceny we wszystkich 21 przypadkach. Z kolei w ofertach dodatkowych na 21 usług zaproponowali takie same ceny w 20 przypadkach. Ceny te były niższe od cen maksymalnych wskazanych w uchwale Rady Powiatu Opolskiego z dnia 29.11.2012r. a równocześnie wyższe od cen wynikających z umowy pomiędzy Starostwem a A. Mamczyńskim oraz B. Czokiem aktualnej przed ogłoszeniem przez Starostwo przetargu z 15.11.2013r. Również w przypadku postępowania organizowanego przez KWP na wszystkie 3 usługi, przedsiębiorcy zaproponowali te same ceny. Zarówno długi okres prowadzenia działalności gospodarczej, czy też znajomość rynku oraz wysokość stosowanych na nim cen, w racjonalny sposób nie wyjaśniają tak dużej zbieżności zaproponowanych cen przez obu przedsiębiorców. Zbieżności tej nie da się racjonalnie wytłumaczyć inaczej niż tym, że przedsiębiorcy ci działali w porozumieniu.

Prezes Urzędu pragnie również odnieść się do twierdzenia A. Mamczyńskiego, że złożenie wspólnej oferty, czy też wykonywanie zamówienia w ramach konsorcjum jest dozwolone w świetle PZP i tym samym nie może być uznane za zawarcie porozumienia. W pierwszej kolejności Prezes Urzędu pragnie wskazać, że w toku analizowanych postępowań przetargowych A. Mamczyński oraz B. Czok nie zawarli umowy konsorcjum. Jedynie w niektórych przetargach występowali na zasadzie wykonawca - pod wykonawca. Ponadto w jednym z postępowań zawarli umowę o współpracy, pomimo złożenia przez nich dwóch odrębnych ofert.

Po drugie, co również podkreśliła jedna ze stron postępowania, zgodnie art. 23 ust. 1 PZP wykonawcy mogą wspólnie ubiegać się o zamówienie publiczne, na przykład w formie konsorcjum. Jednakże należy mieć na uwadze, że zakres dozwolonej współpracy przedsiębiorców, w formie konsorcjum, w szczególności będących konkurentami, ograniczają przepisy ustawy o ochronie konkurencji. To, że przepisy PZP zezwalają na tworzenie konsorcjów przetargowych, nie wyłącza jednak ich spod oceny ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów. Jak to bowiem stwierdził Sąd Apelacyjny w wyroku z dnia 8 czerwca 2016r. sygn. akt VI ACa 651/15, „Brak zakazu zawierania porozumień w ramach konsorcjum w celu

wzięcia łącznego udziału w przetargu nie oznacza *a limine*, że tego rodzaju porozumienie nie może podlegać ocenie jako sprzeczne z art. 6 ust. 1 pkt 7 u.o.k.k.”. Z dalszej treści ww. wyroku wynika, że konsorcjum jest dopuszczalną formą porozumienia, często pożądaną, szczególnie jeżeli pozwala mniejszym i słabszym przedsiębiorcom konkurować z podmiotami o znacznie większym potencjale ekonomicznym. Istotne jest więc zdaniem Sądu ustalenie, czy horyzontalna kooperacja przedsiębiorców, w wyniku której składają oni wspólną ofertę, ma na celu właśnie taką kooperację (...) czy też służy jedynie ukryciu zмовы kartelowej, której celem jest zmniejszenie, a nawet w skrajnych przypadkach, gdy konsorcjantami są wszyscy przedsiębiorcy przystępujący do przetargu – wyłączenie niepewności co do wygrania przetargu i uzyskania zamówienia, które następnie każdy z konsorcjantów będzie realizował oddzielnie, niezależnie od pozostałych. Dalej Sąd stwierdził, że zawarcie konsorcjum będzie naruszeniem prawa konkurencji, jeśli jego uczestnicy byłiby w stanie samodzielnie złożyć ofertę z realną szansą na wygranę przetargu. Jeśli bowiem mogliby konkurować ze sobą, a nie robią tego ze względu na zawiązanie przez siebie konsorcjum – doszło do wyeliminowania pomiędzy nimi konkurencji – ze szkodą dla zamawiającego.

Z powyższego wynika, że jeśli współpracę nawiązano bez obiektywnego uzasadnienia, a konsorcjanci mogliby złożyć oferty oddzielnie, to działanie takie stanowi zakazane porozumienie w świetle ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów.

Należy ponownie wskazać, że w analizowanych w toku niniejszego postępowania postępowaniach obaj przedsiębiorcy nie zawarli umowy konsorcjum. Jednakże nawet gdyby do zawarcia takiej umowy doszło, lub za taką uznać umowę o współpracy z dnia 28.11.2013r. w celu realizacji zamówienia dla Starostwa, to należy mieć na uwadze, że w innych postępowaniach przetargowych przeprowadzanych zarówno niewiele wcześniej jak i później, przedsiębiorcy ci składali odrębne oferty, w których wykazywali, że są w stanie samodzielnie realizować zamówienie i posiadają ku temu wystarczające środki techniczne.

Z tych też względów nie można uznać za uzasadnione, że przystępując do analizowanych przetargów przedsiębiorcy ci działali w konsorcjum oraz, że umowy konsorcjum są wyłączone spod ich oceny w świetle ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów.

Stąd też Prezes Urzędu orzekł jak w punkcie 1 sentencji niniejszej decyzji.

Ad 2 punktu sentencji decyzji

Zgodnie z art. 6 ust. 1 pkt 3 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 m.in. na podziale rynków zbytu lub zakupu.

Porozumienia tego rodzaju również są zaliczane do poważnego naruszenia przepisów ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów, gdyż są ukierunkowane na wyeliminowanie konkurencji na rynku właściwym w interesie działających na nim przedsiębiorców, kosztem innych przedsiębiorców, a także konsumentów.

Należy wskazać, że porozumienie, o jakim mowa w art. 6 ust. 1 pkt 3 może polegać na podziale rynku według klientów, terytoriów (aspekt geograficzny) i asortymentu. Ponadto w literaturze wymienia się także kryterium podziału rynku według czasu⁷.

W ocenie Prezesa Urzędu wskazane w niniejszej sprawie w opisie stanu faktycznego okoliczności wskazują również na zawarcie przez B. Czoka oraz A. Mamczyńskiego

⁷ Ustawa o ochronie konkurencji i konsumentów. Komentarz pod red. T.Skoczego. Wyd. C.H.Beck 2009r. Str. 407.

porozumienia, o jakim mowa w art. 6 ust. 1 pkt 3 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów polegającego na podziale rynku świadczenia usług holowania i parkowania pojazdów dla Starostwa oraz KWP, zarówno w aspekcie terytorialnym, jak i czasowym.

Aspekt terytorialny porozumienia:

W pierwszej kolejności należy wskazać, że w przetargu organizowanym przez Starostwo, obaj przedsiębiorcy składając swoje pierwsze oferty, zadeklarowali, że każdy z nich będzie wykonywał zamówienie samodzielnie tj. własnymi siłami. Z uwagi na to, że oferty obu przedsiębiorców pod względem cenowym były identyczne B. Czok oraz A. Mamczyński złożyli oferty dodatkowe. Oferta dodatkowa A. Mamczyńskiego była korzystniejsza od B. Czoka. Równocześnie A. Mamczyński w ofercie dodatkowej wskazał B. Czoka jako podwykonawcę, który będzie świadczył usługi holowania i parkowania pojazdów na zlecenie Starostwa na terenie gmin: Turawa, Łubniany, Dobrzeń Wielki, Popielów, Tarnów Opolski, Murów i Chrząstowice.

Powyższy podział usług holowania i parkowania pojazdów pomiędzy tymi przedsiębiorcami na zlecenie Starostwa został przez tych przedsiębiorców również przedstawiony w umowie o współpracy z dnia 28.11.2013r.

Złożenie pierwotnie przez obu przedsiębiorców odrębnych ofert świadczy o tym, że każdy z nich mógł wykonywać zamówienie samodzielnie. Pomimo tego na etapie złożenia oferty dodatkowej, ten przedsiębiorca (wykonawca) który złożył korzystniejszą ofertę wskazał drugiego jako podwykonawcę, który będzie wykonywał usługi na terenie części gmin powiatu opolskiego. Natomiast w pozostałych gminach miał świadczyć usługi wykonawca.

W ocenie Prezesa Urzędu powyższe działania A. Mamczyńskiego oraz B. Czoka miały na celu dokonanie pomiędzy tymi przedsiębiorcami podziału terytorialnego gmin należących do powiatu opolskiego, na terenie których każdy z nich będzie świadczył usługi holowania i parkowania pojazdów i który odpowiada ich stałemu obszarowi działania.

Podobny mechanizm zastosowali ci przedsiębiorcy w przetargach ogłoszonych przez KWP w dn. 24.09.2014r., 01.10.2014r. oraz 03.12.2014r. Mianowicie w ww. przetargach ofertę składał B. Czok. Natomiast A. Mamczyński wskazywany był przez B. Czoka jako podwykonawca, który na obszarze wskazanych w jego ofertach gmin, miał świadczyć usługi holowania i parkowania pojazdów dla KWP.

Następnie obaj przedsiębiorcy w odpowiedzi na zapytanie ofertowe KWP z dnia 29.12.2014r. złożyli samodzielne oferty, co świadczy o tym, że każdy z nich mógł wykonywać to zadanie samodzielnie. Obaj złożyli samodzielne oferty pomimo tego, że w poprzednich przetargach, które były ogłaszane przez KWP maksymalnie 3 miesiące wcześniej, przedsiębiorcy ci postanowili występować na zasadzie wykonawca - podwykonawca dzieląc pomiędzy sobą teren poszczególnych gmin powiatu opolskiego.

Z uwagi na krótki okres pomiędzy pierwszym i ostatnim przetargiem tj. ok. 3-miesiące, jest mało prawdopodobne, aby w tak krótkim okresie czasu, sytuacja tych przedsiębiorców pod względem organizacyjnym i ekonomicznym uległa tak dużej poprawie, że w odpowiedzi na zapytanie ofertowe KWP z dnia 29.12.2014r. obaj przedsiębiorcy mogli złożyć samodzielne oferty, w odróżnieniu od trzech wcześniejszych postępowań.

Powyższe okoliczności dowodzą, że B. Czok oraz A. Mamczyński dokonali pomiędzy sobą podziału rynku holowania i parkowania pojazdów dla Starostwa oraz KWP na terenie powiatu opolskiego pod względem terytorialnym, dzieląc pomiędzy sobą gminy z tego powiatu na których zwyczajowo, w poprzednich latach świadczyli usługi w tym zakresie.

Aspekt czasowy porozumienia:

W ocenie Prezesa Urzędu okoliczności sprawy wskazują również na to, że obaj przedsiębiorcy dokonali pomiędzy sobą podziału rynku świadczenia usług parkowania i holowania pojazdów również w aspekcie czasowym.

Mianowicie należy wskazać, że KWP z uwagi na to, że wcześniejsze przetargi nie były rozstrzygnięte, w dn. 29.12.2014r. zwróciła się do dwóch stałych wykonawców tj. B. Czoka oraz A. Mamczyńskiego o złożenie ofert na usługi holowania i parkowania pojazdów w 2015r. W odpowiedzi na to zapytanie wpłynęły oferty obu przedsiębiorców zawierające ceny w tej samej wysokości. Ponieważ oferty te nie pozwalały na dokonanie wyboru wykonawcy, KWP aby zabezpieczyć realizację usługi holowania pojazdów, zleciła ich wykonanie A. Mamczyńskiemu do 28.02.2015r.

W dn. 23.02.2015r. KWP ponownie skierowała zapytanie ofertowe do obu przedsiębiorców. Na zapytanie to odpowiedział tylko B. Czok i to on realizował w miesiącu marcu 2015r. przedmiotowe usługi.

W dn. 31.03.2015r. KWP na podstawie art. 4 pkt 8 PZP skierowała ponownie zapytanie ofertowe do wspomnianych powyżej podmiotów oraz do firmy Jerzy Zagrodzki „Pomoc Drogowa” z Nysy. Odpowiedzi wpłynęły od A. Mamczyńskiego oraz J. Zagrodzkiego. Ponieważ J. Zagrodzki złożył korzystniejszą ofertę to właśnie z nim została zawarta w dn. 01.04.2015r. umowa, obowiązująca do dnia 31.12.2015r. na wykonywanie usług holowania i parkowania pojazdów.

Na podstawie powyższych ustaleń można wywnioskować że pomimo tego, iż we wcześniejszych przetargach oraz w odpowiedzi na zapytanie ofertowe KWP, wykonaniem tych zamówień byli zainteresowani zarówno B. Czok, jak i A. Mamczyński, których można nazwać „stałymi wykonawcami”, to na późniejsze zapytania ofertowe skierowane do obu tych przedsiębiorców, odpowiadał na zmianę, tylko jeden z nich. Z czego można wysnuć wniosek, że jeden z tych przedsiębiorców „rezygnował” w realizacji usługi w tym okresie, na rzecz drugiego, który w okresie wcześniejszym nie realizował przedmiotowej usługi.

Powyższe świadczy o tym, że B. Czok oraz A. Mamczyński uzgodnili pomiędzy sobą, że w okresie od stycznia do marca 2015r. nie będą konkurować pomiędzy sobą o wykonywanie usług holowania i parkowania pojazdów dla KWP, czego skutkiem mogło być uzyskanie zamówienia przemiennie przez jednego z nich w poszczególnych miesiącach w okresie styczeń-marzec 2015r. W efekcie powyższego każdy z tych przedsiębiorców zapewnił sobie przychody z tytułu realizacji zamówienia dla KWP w okresie styczeń - marzec 2015r.

Okoliczności wskazują na to, że B. Czok oraz A. Mamczyński dokonali pomiędzy sobą podziału rynku holowania i parkowania pojazdów dla KWP na terenie powiatu opolskiego także w aspekcie czasowym.

Powyższe świadczy o tym, że obaj przedsiębiorcy działali w uzgodnieniu i tym samym w rozumieniu art. 4 pkt 5 ppkt b ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów, a w przypadku przetargu dla Starostwa w zawierając umowę o współpracy polegającą na podziale gmin w których każdy z nich będzie świadczył usługi holowania i parkowania pojazdów, także w rozumieniu art 4 pkt 5 ppkt a tej ustawy, zawarli porozumienie, o jakim mowa w art. 6 ust. 1 pkt 3 tej ustawy, polegające na podziale rynku świadczenia usług parkowania i holowania pojazdów dla Starostwa oraz KWP w Opolu w aspekcie terytorialnym i czasowym.

Celem powyższych działań tych przedsiębiorców było uniknięcie konkurencji pomiędzy sobą i w efekcie podzielenie się przychodami i zyskiem z tytułu świadczenia usług, poprzez wykonywanie przez każdego z tych przedsiębiorców przedmiotowych usług na jego „stałym” terenie. Powyższe działania tych przedsiębiorców nie tylko ograniczyły się do powyższego celu, ale doprowadziły również do podzielenia się przychodami i zyskiem ze

świadczenia przez tych przedsiębiorców przedmiotowych usług dla Starostwa na ich „stałym” terenie, a w przypadku KWP do przemiennego ich wykonywania przez obu przedsiębiorców w pierwszych miesiącach 2015r.

Prezes Urzędu pragnie również odnieść się do twierdzenia stron postępowania, że zakaz o jakim mowa w art. 6 ust. 1 pkt 3 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów dotyczy podziału rynków, a nie jednego rynku.

Powyższe twierdzenie stron postępowania jest całkowicie nieuprawione, gdyż zakaz ten może dotyczyć zarówno podziału jednego rynku właściwego jak i innych rynków, mianowicie „... *W praktyce wiele porozumień dotyczy podziału jednego rynku właściwego w rozumieniu art. 4 pkt 8 (...)(obecnie art. 4 pkt 9 ustawy – przyp. UOKiK). Objęcie porozumień dotyczących podziału (jednego rynku) rynku jest zgodne z dyspozycją art. 6 ust. 1 pkt 3. ...*”⁸.

Ustosunkowując się z kolei do twierdzenia stron postępowania o utrwalonym przez lata podziale rynku świadczenia usług parkowania i holowania pojazdów na terenie powiatu opolskiego, należy wskazać, że ewentualne świadczenie przez każdego z tych przedsiębiorców zwyczajowo usług w określonych gminach tego powiatu w latach poprzednich, nie usprawiedliwia dalszego dokonywania takiego podziału w trakcie postępowań przetargowych organizowanych przez Starostwo oraz KWP. Istotne w analizowanej sprawie jest, że przedmiotem powyższych postępowań przetargowych było wyłonienie wykonawców usług parkowania i holowania pojazdów dla całego powiatu opolskiego. Gdyby KWP oraz Starostwo uznały za zasadne powierzenie poszczególnym wykonawcom wykonania usług parkowania i holowania pojazdów w określonych gminach tego powiatu tj. w których wcześniej świadczyli te usługi, to przetargi te zostałyby podzielone na części. Tymczasem w analizowanych przypadkach tak się nie stało i przetargi zostały ogłoszone dla całego powiatu, a obaj przedsiębiorcy w przypadku jeśli składali odrębne oferty, wykazywali, że posiadają odpowiedni potencjał techniczny i organizacyjny do samodzielnego wykonania zamówienia. Oznacza to, że zarówno KWP, jak i Starostwo chciały wyłonić wykonawcę zgodnie z zasadami konkurencji, który będzie wykonywał przedmiotowe usługi dla całego powiatu i zostanie wyłoniony zgodnie z obowiązującymi przepisami i zaoferuje korzystniejszą cenę.

Stąd też Prezes Urzędu orzekł jak w punkcie 2 sentencji niniejszej decyzji.

Cel i skutek zawartego porozumienia

Zgodnie z art. 6 ust. 1 zakazane są porozumienia, których celem lub skutkiem jest wyeliminowanie, ograniczenie lub naruszenie w inny sposób konkurencji na rynku właściwym poprzez działania wskazane przykładowo w tym przepisie.

W szczególności zgodnie z art. 6 ust. 1 pkt 7 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów, zakazane są porozumienia 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. Z kolei w myśl art. 6 ust. 1 pkt 3 ww. ustawy, zakazane są porozumienia polegające na podziale rynków zbytu lub zakupu. Tego rodzaju porozumienia zaliczane są do kategorii porozumień ograniczających konkurencję ze względu na cel i uznawane za najpoważniejsze naruszenia prawa konkurencji.

W niniejszej sprawie antykonkurencyjny cel porozumienia zawartego pomiędzy B.

⁸ „Ustawa o ochronie konkurencji i konsumentów. Komentarz Pod. red. prof. T.Skocznego”. Wyd. C.H.Beck.Warszawa 2009. Str. 408.

Czokiem oraz A. Mamczyńskim uczestniczących w analizowanych w niniejszej sprawie postępowaniach przetargowych był jednoznaczny i polegał na zaniechaniu konkurencji pomiędzy nimi i doprowadzeniu do świadczenia usług parkowania i holowania pojazdów dla Starostwa oraz KWP, przez każdego z nich na jego „stałym” terenie, czy też wykonywania usług holowania i parkowania pojazdów w poszczególnych – pierwszych miesiącach 2015r., naprzemiennie przez każdego z tych przedsiębiorców.

Antykonkurencyjny cel i 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.

Jednak porozumienie będące przedmiotem niniejszego postępowania nie tylko zmierzało do ograniczenia, czy też wyeliminowania konkurencji pomiędzy B. Czokiem i A. Mamczyńskim na rynku właściwym, ale i cel ten został osiągnięty. Dzięki uzgodnionym zachowaniom, przedsiębiorcy ci mogli wykonywać przedmiotowe usługi na swoim „stałym terenie”, czy też podzielić się realizacją zamówień dla KWP w poszczególnych miesiącach 2015r. W efekcie powyższych działań przedsiębiorcy ci podzielili się przychodami i zyskiem z tytułu świadczenia usług dla Starostwa oraz KWP bez konieczności konkurowania o te zamówienia.

Tym samym w analizowanej sprawie celem i skutkiem działań B. Czoka oraz A. Mamczyńskiego było nie tylko ograniczenie, ale i wyeliminowanie konkurencji pomiędzy nimi na rynku właściwym w tej sprawie, którego są praktycznie jedynymi uczestnikami.

Kwestia zaniechania porozumienia oraz jego ciągłego charakteru

Należy również wskazać, że obaj przedsiębiorcy w toku prowadzonego postępowania nie wykazali zaprzestania stosowania zarzucanego im porozumienia. Natomiast zgodnie z art. 10 ust. 3 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów ciężar dowiedzenia tej okoliczności spoczywa na stronie postępowania.

Z kolei jak wykazano to w ustaleniu stanu faktycznego, Starostwo na rok 2016r. również rozpisało przetarg nieograniczony w trybie ustawy o zamówieniach publicznych na całodobowe usuwanie pojazdów z dróg powiatu opolskiego oraz prowadzenia parkingu strzeżonego dla pojazdów usuniętych z drogi w trybie ustawy Prawo o ruchu drogowym na okres jednego roku do dnia 31.12.2016r. W przetargu tym wystartował tylko A. Mamczyński, który poinformował, że zadania będzie realizować przy udziale podwykonawcy B. Czoka w zakresie usług holowania i parkowania pojazdów usuniętych z obszaru powiatu opolskiego na terenie gmin: Tarnów Opolski, Chrzastowice, Ozimek, Turawa, Łubniany, Murów, Dobrzeń Wielki i Popielów.

Ponadto jak wynika z informacji zamieszczonych na stronie internetowej Starostwa (dowód: karta nr 671) w 2017r. przedmiotowe usługi dla Starostwa będzie świadczyło konsorcjum obu tych przedsiębiorców tj. A. Mamczyńskiego oraz B. Czoka.

Powyższe okoliczności wskazują, że porozumienie zawarte przez obu tych przedsiębiorców jest nadal kontynuowane.

Mając powyższe na uwadze Prezes Urzędu uznał, że brak jest podstaw do przyjęcia, że porozumienie zawarte przez A. Mamczyńskiego oraz B. Czoka zostało zaniechane.

Prezes Urzędu pragnie również w niniejszej sprawie odnieść się do kwestii ciągłego i jednolitego charakteru porozumienia obu przedsiębiorców.

W orzecznictwie Komisji Europejskiej i sądów unijnych została wypracowana i utrwalona koncepcja, że w kartelach trwających wiele lat, w których różne uzgodnione praktyki i porozumienia stanowią część całego ciągu wysiłków podejmowanych przez przedsiębiorców w wykonaniu wspólnego celu w postaci ograniczenia konkurencji,

uprawnione jest przyjęcie, że stanowią one jedno, ciągłe naruszenie. Takie podejście zostało zaprezentowane w sprawie Herkules przeciwko Komisji, w której wskazano, że sztucznym byłoby dzielenie takiego ciągłego zachowania, charakteryzującego się jednym celem, na oddzielne naruszenia.⁹ Z kolei w sprawie Komisja przeciwko Anic Partecipazioni SpA, Europejski Trybunał Sprawiedliwości orzekł, że antykonkurencyjne porozumienie może się składać nie tylko z odosobnionych aktów, lecz również z serii aktów lub ciągłego działania.¹⁰

Powyższa koncepcja jednego, ciągłego naruszenia ma w pełni zastosowanie w przedmiotowej sprawie.

Za okoliczność uzasadniającą ciągły charakter praktyki stwierdzonej w niniejszej decyzji należy uznać regularne, powtarzalne i jednorodne zachowanie obu stron postępowania w analizowanych przetargach. Analiza postępowań przetargowych w niniejszym postępowaniu wykazała, że działania B. Czok oraz A. Mamczyńskiego w przetargach organizowanych zarówno przez Starostwo, jak i KWP polegały w większości przypadków na, powtarzalnym i podobnym mechanizmie tj. uzgadnianiu warunków składanych ofert, w tym cen, wskazywaniu jednego z nich jako wykonawcy, a drugiego jako podwykonawcy, czy też określeniu terytorium na którym każdy z nich miał świadczyć przedmiotowe usługi oraz okresu czasu ich wykonywania.

Działania przedsiębiorców podejmowane we wszystkich wyżej opisanych przetargach miały ten sam antykonkurencyjny cel. Polegał on na doprowadzeniu do sytuacji, w której każdy z uczestników miał zapewnioną możliwość świadczenia usług holowania i parkowania pojazdów na terenie powiatu opolskiego i uzyskania z tego tytułu dochodów bez konieczności podejmowania walki konkurencyjnej z innymi przedsiębiorcami. Jak wykazało niniejsze postępowanie cel ten został przez przedsiębiorców osiągnięty.

W pełni uprawniony jest zatem wniosek, że powtarzalne i jednorodne zachowania stron postępowania w przetargach organizowanych przez Starostwo oraz KWP były przejawem realizacji jednolitego porozumienia pomiędzy B. Czokiem oraz A. Mamczyńskim, mającego wspólny cel w postaci wyeliminowania konkurencji pomiędzy tymi przedsiębiorcami na lokalnym rynku świadczenia usług holowania i parkowania pojazdów na obszarze powiatu opolskiego, dla Starostwa oraz KWP i tym samym są porozumieniem o charakterze ciągłym i jednolitym.

Wyłączenie porozumienia spod zakazu zawierania niedozwolonych porozumień ograniczających konkurencję

Odnosząc się z kolei do możliwości wyłączenia spod zakazu porozumień, o których mowa w art. 6 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów porozumienia jakim mowa w ad 1 i ad 2 niniejszej decyzji, należy wskazać, że 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.

⁹ Wyrok SPI w sprawie T-7/89 SA Herkules Chemicals NV v Komisja, Zb. Orz. Z 1991 r., II-1711, pkt 262-263; także decyzja Komisji w sprawie IV/35.691, Pre-Insulated Pipe Cartel, Dz. Urz. WE z 1999 r., L 24/1, pkt 131; decyzja Komisji w sprawie Citrid acid, Dz. Urz. WE z 2002 r., L 239/18, pkt 143.

¹⁰ Sprawa C-49/92P Komisja v Anic Partecipazioni SpA, pkt 78-81, 83-85 i 203 oraz decyzja Komisji sprawa COMP/38.620 Hydrogen Peroxide and Perborate, pkt 327.

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 w roku kalendarzowym poprzedzającym zawarcie porozumienia nie przekracza 5%. 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 3 i pkt 7 tej ustawy. 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 udowodnienia okoliczności uzasadniających wyłączenie, to jest wykazania, iż 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. Mianowicie strona powołująca się na wyłączenie musi wykazać i udowodnić spełnienie wszystkich kumulatywnych przesłanek zdefiniowanych w art. 8 ust. 1 ww. ustawy, co w niniejszej sprawie nie nastąpiło. B. Czok jedynie ogólnikowo sformułował wniosek w zakresie uznania, że zawarte przez niego z A. Mamczyńskim porozumienie podlega wyłączeniu na podstawie art. 8 ust. 1 ustawy, bez przedstawienia stosownej argumentacji dla udowodnienia spełnienia poszczególnych przesłanek, o jakich mowa w tym przepisie, co należy uznać za niewystarczające.

W związku z powyższym, zastosowanie wyłączenia indywidualnego nie może mieć w niniejszej sprawie miejsca.

Odniesienie się do wniosków dowodowych stron postępowania

Prezes Urzędu pragnie również w tym miejscu odnieść się do wniosków dowodowych stron złożonych w toku niniejszego postępowania.

W pierwszej kolejności należy wskazać, że zgodnie z art. 84 ustawy o ochronie

konkurencji i konsumentów, w sprawach dotyczących dowodów, w postępowaniu stosuje się przepisy od art. 47-85 tej ustawy, a w zakresie nieuregulowanym w tych przepisach odpowiednio art. 227-315 ustawy z dnia 17 listopada 1964r. – Kodeks postępowania cywilnego. Oznacza to, że Prezes Urzędu w prowadzonym przez siebie postępowaniu dowodowym może korzystać, ze środków dowodowych wskazanych w tych przepisach takich jak: dowód z dokumentu, ze świadków, czy też opinii biegłych. W celu wysłuchania stron, świadków czy też biegłych, organ ten może przeprowadzić rozprawę lub też przesłuchanie świadków. Ponadto dowody z dokumentów mogą zostać uzyskane drogą korespondencyjną, w drodze przeprowadzenia kontroli lub też przeszukania. Zastosowanie konkretnego środka dowodowego jest w gestii Prezesa Urzędu, który przeprowadza dany dowód z urzędu lub też na wniosek strony. Organ ten podobnie jak sąd nie jest związany wnioskiem strony o przeprowadzenie konkretnego dowodu. Dopuszczając konkretny wniosek dowodowy kieruje się przede wszystkim zasadnością tego wniosku oraz ekonomią postępowania.

Mając powyższe na uwadze ustosunkowując się do wniosku A. Mamczyńskiego złożonego w piśmie z dnia 14.12.2016r. w zakresie dokonania przesłuchania jego i B. Czoka oraz świadków: jego pracownika - Andrzeja K. oraz pracowników Starostwa: Doroty R., Agnieszki Z.-M., Wiesława J., Wacława L. (dowód: karty od nr 587 do nr 598), Prezes Urzędu uznał za niezasadne przychylenie się do wniosku tego przedsiębiorcy w tym zakresie.

W pierwszej kolejności należy wskazać, że środek dowodowy w postaci wysłuchania stron ma charakter posiłkowy – wchodzi w rachubę dopiero wtedy, gdy wykorzystano już w danej sprawie inne środki dowodowe, a istnieje potrzeba wyjaśnienia faktów mających dla sprawy istotne znaczenie (art. 299 K.p.c.). Posiłkowy charakter przesłuchania stron jest uzasadniony głównie brakiem obiektywizmu, czyli zaangażowaniem stron zainteresowanych wynikiem konkretnego procesu.

Mając powyższe na uwadze należy wskazać, że w toku niniejszego postępowania zebrano obszerny materiał dowodowy w postaci m.in. dokumentacji postępowań przetargowych organizowanych przez Starostwo oraz KWP, w których brali udział obaj przedsiębiorcy. Również strony postępowania wielokrotnie na wezwanie organu oraz z własnej inicjatywy samodzielnie składały wyjaśnienia na okoliczność zarzucanego im porozumienia. Stąd też informacje przekazane przez strony postępowania w trakcie ich przesłuchania, stanowiłyby jedynie powielenie informacji przekazanych przez nie na wcześniejszych etapach niniejszego postępowania. Z tego względu oraz mając na uwadze zasadę ekonomiki postępowania, uznano za niecelowe przesłuchanie stron w tym postępowaniu.

Należy wskazać, że częścią akt sprawy są również kopie dokumentów uzyskanych w ramach współpracy pomiędzy Prezesem Urzędu a Prokuraturą Okręgową w Opolu, zebrane przez ten organ w toku śledztwa o sygn. akt VI Ds. 21/15, w sprawie B. Czoka oraz A. Mamczyńskiego w sprawie o czyn z art. 305 § 1 K.k., które stanowią m.in. kopie protokołów z przesłuchań obu przedsiębiorców, którzy jak wynika z ich treści odmówili składania wyjaśnień w tej sprawie. Ponadto należy wskazać, że A. Mamczyński przekazał kopie protokołów z rozpraw przed sądem powszechnym dotyczących jego zeznań oraz B. Czoka (dowód: karty od nr 639 do nr 647). Z treści tych protokołów wynika, że strony postępowania potwierdziły, że wzajemnie się znają oraz współpracują ze sobą od 13 lat. Zawarły umowę o podwykonawstwo z uwagi na to, że teren powiatu opolskiego jest rozległy i byłoby im trudno samodzielnie wykonać to zadanie zgodnie z warunkami określonymi przez Starostwo w przetargu. Na terenie powiatu opolskiego nie ma innych firm, które mogłyby wykonać to zadanie. Podział rynku pomiędzy tymi przedsiębiorcami funkcjonuje od 2000r.

Oznacza to, że w toku przesłuchania w trakcie rozprawy B. Czok oraz A. Mamczyński, potwierdzili informacje przekazane przez te strony w przedmiotowym postępowaniu administracyjnym. Ponadto informacje przekazane przez strony w trakcie rozprawy, nie

wskazują na żadne nowe fakty, czy też okoliczności, które nie byłyby znane Prezesowi Urzędu i do których nie odniósł by się w tej decyzji.

Dlatego też kierując się zasadą ekonomiki postępowania, uznano za niecelowe przeprowadzenie dowodu z przesłuchania B. Czoka oraz A. Mamczyńskiego w tym postępowaniu.

Odnosząc się z kolei do wniosku A. Mamczyńskiego o przesłuchanie świadków w osobach jego pracownika oraz wskazanych powyżej pracowników Starostwa na okoliczność braku z umowy przetargowej oraz porozumienia pomiędzy nim a B. Czokiem, należy wskazać, że strona powołująca się na dowód ze świadków zgodnie z art. 258 K.p.c. obowiązana jest dokładnie oznaczyć fakty, które mają być stwierdzone zeznaniami poszczególnych świadków i wskazać tych świadków. W myśl art. 259 pkt 3 K.p.c. świadkami nie mogą być osoby, które mogą być przesłuchane w charakterze strony jako organy osoby prawnej tj. członkowie zarządu danego przedsiębiorcy.

Tymczasem A. Mamczyński w swoim wniosku o przesłuchanie świadków wskazał jedynie ogólnikowo, że powinni oni zostać przesłuchani na okoliczność braku porozumienia ograniczającego konkurencję w tym tzw. umowy przetargowej pomiędzy tymi przedsiębiorcami oraz braku szkody po stronie Starostwa Powiatowego w Opolu. Nie wskazał natomiast żadnych konkretnych faktów, które miały być stwierdzone zeznaniami tych poszczególnych świadków.

Ponadto należy mieć na uwadze, że przekazane przez Prokuraturę akta śledztwa w sprawie B. Czoka oraz A. Mamczyńskiego zawierają również kopie protokołów z przesłuchań większości świadków wnioskowanych przez tego przedsiębiorcę tj. Doroty R., Agnieszki Z.-M., Wiesława J. oraz Wacława L. (dowód karty od nr 625 do nr 638).

Zapoznając się z treścią protokołów z zeznań tych świadków złożonych w postępowaniu przygotowawczym, Prezes Urzędu uznał, za niecelowe przeprowadzenie bezpośredniego dowodu w drodze ponownego ich przesłuchania. Mianowicie, jak wynika z treści tych protokołów świadkowie potwierdzili fakt, że B. Czok oraz A. Mamczyński znają się, równocześnie składali swoje oferty, które zawierały identyczne ceny, czy też, iż każdy z nich „pilnuje” swojego terytorium. Zeznania te odnoszą się zatem do okoliczności wystarczająco wykazanych innymi dowodami, przede wszystkim dokumentacją przetargową i wyjaśnieniami stron. Świadkowie ci potwierdzili swojej zeznania również w trakcie rozprawy w sądzie powszechnym w tej sprawie.

Odnosząc się z kolei do wniosku A. Mamczyńskiego w zakresie przesłuchania w charakterze świadka jego pracownika - Andrzeja K., należy wskazać, że w aktach postępowania antymonopolowego znajduje się przekazany przez ww. przedsiębiorcę protokół z zeznań tej osoby. Andrzej K., złożył swoje zeznania w trakcie rozprawy przed sądem powszechnym w tej sprawie. Z treści tego protokołu wynika (dowód: karty od nr 620 do nr 622), że świadek potwierdził, iż strony tego postępowania znają się od wielu lat. Nic mu nie wiadomo jednakże na temat tzw. umowy przetargowej pomiędzy jego pracodawcą tj. A. Mamczyńskim, a B. Czokiem. Na rynku opolskim nie funkcjonują inne firmy dysponujące potencjałem niezbędnym do świadczenia usług dla Starostwa.

Zapoznając się z treścią protokołów z zeznań tego świadka złożonych w postępowaniu przed sądem karnym, Prezes Urzędu uznał, za niecelowe przeprowadzenie dowodu z przesłuchania tego świadka. Zeznania świadka odnoszą się do okoliczności wystarczająco wykazanych innymi dowodami, przede wszystkim dokumentacją przetargową i wyjaśnieniami stron.

Tym samym z analizy treści protokołów z zeznań świadków wnioskowanych przez A. Mamczyńskiego wynika, że przeprowadzenie dowodu z ich ponownych zeznań w postępowaniu antymonopolowym byłoby niecelowe, gdyż świadkowie ci nie dysponują dodatkowymi informacjami, które pozwoliłyby Prezesowi Urzędu ocenić, czy strony tego

postępowania zawarły niedozwolone porozumienie ograniczające konkurencję, o którym jakimś mowa w art. 6 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów.

Ponieważ Prezes Urzędu uznał, że informacje przekazane przez świadków, w drodze ich ponownego przesłuchania nie wniosłyby niczego nowego i istotnego do tej sprawy, i byłyby jedynie powieleniem dokonanych w toku tego postępowania ustaleń, uznał dokonanie ich powtórnego przesłuchania za niecelowe.

Ustosunkowując się z kolei do wniosków stron w zakresie dopuszczenia jako dowodu w postępowaniu antymonopolowym akt sprawy o sygn. VII K/105/16, w tym protokołów z przeprowadzonych rozpraw (których kopie zostały przez A. Mamczyńskiego przekazane Prezesowi Urzędu pismem z dnia 16.01.2017r.) dotyczących głównie przesłuchań świadków co opisano powyżej, oraz wyroku z dnia 22.11.2016r., na okoliczność nie zawarcia pomiędzy tymi przedsiębiorcami niedozwolonego porozumienia lub też na okoliczność uznania zawartego przez tych przedsiębiorców porozumienia, za uzasadnionego na podstawie art. 8 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów, Prezes Urzędu powyższy wniosek uznał za nieuzasadniony.

Należy wskazać, że zgodnie z utrwaloną linią orzecniczą niedopuszczalne jest przeprowadzenie w postępowaniu cywilnym „dowodu z akt innej sprawy” jako całości. Np. w wyroku Sądu Najwyższego z dnia 14 stycznia 1997 r. I CKN 42/96 wskazuje się, że: „Co do zasady nie jest wyłączona możliwość zaliczenia w poczet materiału dowodowego w postępowaniu cywilnym dowodów zgromadzonych w innym postępowaniu, także karnym. Zaliczenie to nie może jednak zostać dokonane w sposób całościowy. Narusza zasadę bezpośredniości (art. 235 k.p.c.) zaliczenie w poczet materiału dowodowego np. akt zakończonej sprawy karnej. Dopuszczalne jest natomiast i pozostaje w zgodzie z art. 235 k.p.c. zaliczenie poszczególnych, ściśle określonych dokumentów, czy też zeznań świadków”. Jako że w postępowaniu antymonopolowym, zgodnie z art. 84 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów, w sprawach dotyczących dowodów stosuje się odpowiednio art. 227-315 k.p.c. wyżej wskazaną regułę odnieść należy także do postępowania antymonopolowego. Z tego też względu Prezes Urzędu dopuszczenie, jako dowodu do akt tego postępowania, całości materiałów z akt sprawy o sygn. VII K/105/16 uznał za nieuzasadnione.

Ponadto należy wskazać, że A. Mamczyński wnioskował również o dopuszczenie jako dowodu do akt sprawy, protokołów z rozpraw w tej sprawie, zawierających m.in. zeznania świadków, o których przesłuchanie wnioskował w tym postępowaniu antymonopolowym na okoliczność braku niedozwolonego porozumienia pomiędzy nim a B. Czokiem oraz przystąpienia i przejścia przetargu organizowanego przez Starostwo zgodnie z obowiązującymi przepisami prawa.

Istotne jest jednakże, że przedsiębiorca nie wskazał precyzyjnie, na okoliczność jakich faktów dowody w postaci protokołów z zeznań świadków miałyby być powołane. Z kolei analiza protokołów z rozpraw zawierających zeznania świadków: Andrzeja K., Henryka L., Doroty R., Hanny S., Agnieszki Z.-M., Wiesława J. oraz Waclawa L., co opisano to już powyżej, wskazuje na to, że osoby te podtrzymały swoje wcześniejsze zeznania w prokuraturze w postępowaniu przygotowawczym, co do faktów, że obaj przedsiębiorcy znają się, od wielu lat ze sobą współpracują oraz każdy z nich pilnuje swojego „stałego terenu”. Ponadto z treści zeznań tych świadków wynika, że nie przedstawili oni żadnych nowych faktów, czy też okoliczności istotnych dla prowadzonego postępowania antymonopolowego, które nie byłyby znane w tym postępowaniu.

Dlatego też Prezes Urzędu uznał za nieuzasadnione przeprowadzenie dowodu w zakresie dopuszczenia jako dowodu protokołów z rozpraw w tej sprawie, zawierających przede wszystkim zeznania ww. świadków.

Odnosząc się z kolei do wniosku A. Mamczyńskiego dotyczącego dopuszczenia jako dowodu wyroku Sądu Rejonowego z dnia 22.11.2016r. umarzającego postępowanie w sprawie dopuszczenia się przez B. Czoka oraz A. Mamczyńskiego czynu, o jakim mowa w art. 305 K.k., uznano za nieuzasadnione przychylenie się do tego wniosku.

Mianowicie, jak szczegółowo opisano to w punkcie 3 niniejszej decyzji zgodnie z art. 305 § 1 K.k. karze podlega ten, kto w związku z publicznym przetargiem wchodzi w porozumienie z inną osobą działającą na szkodę instytucji, na rzecz której przetarg ten jest dokonywany.

Z kolei w myśl art. 6 ust. 1 pkt 7 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów zakazane jest zawieranie porozumień, których celem lub skutkiem jest wyeliminowanie, ograniczenie lub naruszenie konkurencji, w inny sposób na rynku właściwym w drodze uzgadniania przez przedsiębiorców przystępujących do przetargu warunków składanych ofert, w szczególności zakresu prac lub ceny.

Z powyższego wynika, że pomimo tego że oba przepisy tych ustaw zakazują zawierania niedozwolonych porozumień, to jednakże przesłanki wykazania naruszenia obu tych przepisów są różne. Oznacza to, że oba organy tj. Sąd oraz Prezes Urzędu oceniając naruszenie przez strony obu tych przepisów, kierują się innymi przesłankami, a w konsekwencji opierają się na innym materiale dowodowym. Z tego też względu dopuszczenie jako dowodu do akt niniejszego postępowania antymonopolowego, ww. wyroku Sądu Rejonowego z dnia 22.11.2016r. nie jest uzasadnione.

Argumenty uzasadniające, brak możliwości uznania wyroku Sądu Rejonowego z dnia 22.11.2016r. jako istotnego materiału dowodowego, zostały szczegółowo przedstawione przez Prezesa Urzędu również w uzasadnieniu do punktu 3 niniejszej decyzji, odmawiającym zawieszenia niniejszego postępowania do czasu uprawomocnienia się ww. wyroku.

Ustosunkowując się z kolei do wniosku B. Czoka o dopuszczenie jako dowodu do akt tego postępowania pisma Starosty Opolskiego z dnia 29.02.2016r. znak KM.7135.29.2016.AZM. w pierwszej kolejności należy wskazać, że strona nie wskazała precyzyjnie, na okoliczność jakich faktów dowód w postaci ww. pisma powinien być przeprowadzony. Wskazała jedynie ogólnikowo, że na okoliczności wskazane w piśmie z dnia 04.01.2016r., czyli w piśmie będącym ustosunkowaniem się do wszczęcia postępowania. Należy jednakże wskazać, że jak opisano to w stanie faktycznym sprawy, B. Czok w piśmie z dnia 04.01.2016r. stwierdził, że jest brak podstaw do uznania, iż zawarł z A. Mamczyńskim porozumienie, z uwagi na to, że Starostwo nie zakwestionowało współpracy obu tych przedsiębiorców. Powyższe oznacza, że B. Czok nie wskazał należycie na jaką okoliczności powinien zostać przeprowadzony dowód z pisma Starosty Opolskiego z dnia 29.02.2016r. Ponadto należy wskazać, że ocena współpracy obu przedsiębiorców dokonana przez Starostwo nie ma znaczenia z punktu widzenia oceny zgodności ich działań z prawem konkurencji. W związku z powyższym Prezes Urzędu przeprowadzenie dowodu w tym zakresie uznał za nieuzasadnione.

Mając powyższe na uwadze Prezes Urzędu orzekł jak w punkcie 1 i 2 sentencji niniejszej decyzji.

Ad 3 punktu sentencji decyzji

Zgodnie z art. 97 § 1 pkt 4 Kodeksu postępowania administracyjnego organ administracji publicznej zawiesza postępowanie, gdy rozpatrzenie sprawy i wydanie decyzji zależy od uprzedniego rozstrzygnięcia zagadnienia wstępnego przez inny organ lub sąd.

W myśl art. 101 § 3 K.p.a. na postanowienie w sprawie zawieszenia postępowania albo odmowy podjęcia zawieszono postępowania służy stronie zażalenie. Zażalenie nie przysługuje jednakże na postanowienie o odmowie zawieszenia postępowania. Podobnie orzekł Naczelny Sąd Administracyjny w wyroku z dnia 01.06.2016r. sygn. akt II OSK 2372/14 z którego wynika, że brzmienie art. 101 § 3 K.p.a. oznacza, że zażalenie służy nie na wszystkie możliwe postanowienia dotyczące zawieszenia postępowania, ale tylko na postanowienia o zawieszeniu postępowania i o odmowie podjęcia zawieszono postępowania.

W niniejszej sprawie zdaniem B. Czoka oraz A. Mamczyńskiego zawieszenie postępowania antymonopolowego uzasadnione jest koniecznością uprawomocnienia się wyroku Sądu Rejonowego z dnia 22.11.2016r. umarzającego postępowanie przeciwko tym przedsiębiorcom w sprawie naruszenia art. 305 K.k.

Oceniając powyższy wniosek należy stwierdzić, że w ocenie Prezesa Urzędu w analizowanej sprawie nie zachodzi taka konieczność.

W pierwszej kolejności należy wskazać, że zagadnieniem wstępnym, o jakim mowa w art. 97 § 1 pkt 4 K.p.a. mogą być wyłącznie kwestie prawne, które ujawniły się w toku postępowania i dotyczą istotnej dla sprawy przesłanki decyzji, albo z przepisów prawa materialnego wynika wprost konieczność rozstrzygnięcia danej kwestii prawnej. Obowiązek wyjaśnienia sprawy pod względem faktycznym i prawnym należy do organu administracji publicznej prowadzącego postępowanie. Wynika z powyższego, że zagadnieniem wstępnym w rozumieniu powyższego przepisu może być tylko zagadnienie prawne, którego rozstrzygnięcie należy do właściwości innego organu lub sądu i zagadnienie to może być odrębnym przedmiotem postępowania przed takim organem lub sądem. Nie chodzi zatem o wyjaśnienie nawet poważnych wątpliwości dotyczących aspektów prawnych sprawy będącej przedmiotem postępowania administracyjnego, lecz o rozstrzygnięcie zagadnienia prawnego przez inny organ lub sąd, co należy rozumieć w ten sposób, że dana kwestia prawna stała się sporna w toku postępowania administracyjnego lub przepisy prawa wymagają ustalenia stanu prawnego w danej kwestii mającej znaczenie dla rozstrzygnięcia sprawy, a w toku postępowania okaże się, że ustalenie tego stanu może nastąpić tylko w drodze rozstrzygnięcia właściwego organu lub sądu. Zagadnieniem wstępnym nie może być natomiast wyjaśnienie okoliczności faktycznych sprawy, gdyż należy to wyłącznie do obowiązków organu prowadzącego postępowanie administracyjne w danej sprawie.

Mając powyższe na uwadze w ocenie Prezesa Urzędu w niniejszym przypadku nie występuje zagadnienie wstępne. Dlatego też nie jest konieczne oczekiwanie na prawomocne zakończenie postępowania sądowego zakończony wyrokiem z dnia 22.11.2016r. w sprawie naruszenia przez B. Czoka oraz A. Mamczyńskiego art. 305 K.k.

Zgodnie z art. 305 § 1 K.k. karze podlega ten, kto w związku z publicznym przetargiem wchodzi w porozumienie z inną osobą działając na szkodę instytucji, na rzecz której przetarg ten jest dokonywany. Przedmiotem ochrony art. 305 § 1 K.k. jest interes właściciela mienia, będącego przedmiotem przetargu oraz osób na rzecz których przetarg jest dokonywany, a także prawidłowa realizacja instytucji przetargu. Mianowicie Sąd uznaje za udowodnione naruszenie art. 305 § 1 K.k. w przypadku wykazania zawarcia przez podmioty biorące udział w przetargu publicznym zмовы przetargowej oraz spowodowania szkody po stronie zamawiającego.

Z kolei w myśl art. 6 ust. 1 pkt 7 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów zakazane jest zawieranie porozumień, których celem lub skutkiem jest wyeliminowanie, ograniczenie lub naruszenie konkurencji, w inny sposób na rynku właściwym w drodze uzgadniania przez przedsiębiorców przystępujących do przetargu warunków składanych ofert, w szczególności

zakresu prac lub ceny. Tym samym przedmiotem ochrony art. 6 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów jest zapewnienie prawidłowego funkcjonowania konkurencji rozumianej jako mechanizm funkcjonowania gospodarki na rynku właściwym.

Z powyższego wynika, że pomimo tego, że oba przepisy tych ustaw zakazują zawierania zmwów przetargowych, to jednakże przesłanki wykazania naruszenia obu tych przepisów są różne.

Jedną z najistotniejszych różnic pomiędzy ww. przestępstwem, a naruszeniem art. 6 ust. 1 pkt 7 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów jest konieczność udowodnienia znamienia w postaci szkody po stronie zamawiającego. Ustawa o ochronie konkurencji i konsumentów nie zawiera takiej przesłanki. Przesłankami niezbędnymi do wykazania przez Prezesa Urzędu naruszenia tego przepisu ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów, jest wykazanie, że celem i/lub skutkiem tego porozumienia było wyeliminowanie, ograniczenie lub naruszenie w inny sposób konkurencji w drodze uzgadniania przez przedsiębiorców przystępujących do przetargu warunków składanych ofert, w szczególności zakresu prac lub ceny, co w niniejszej decyzji udowodniono. Nie jest natomiast wymagane wykazanie zaistnienia szkody po stronie zamawiającego.

Ponieważ przesłanki wymagane do udowodnienia naruszenia art. 305 K.k. oraz art. 6 ust. 1 pkt 7 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów są różne, nie każde porozumienie zawarte przez uczestników przetargu będzie stanowiło naruszenie obu tych przepisów, czyli dana zмова przetargowa może nie naruszać przepisów K.k., może natomiast wyczerpywać przesłanki uznania jej przez Prezesa Urzędu za porozumienie naruszające art. 6 ust. 1 pkt 7 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów i odwrotnie.

Oznacza to, że oba organy tj. Sąd oraz Prezes Urzędu oceniając naruszenie przez strony obu tych przepisów, kierują się innymi przesłankami. Z tego też względu ocena, czy dane zachowanie przedsiębiorców wyczerpuje przesłanki porozumienia w rozumieniu art. 6 ust. 1 pkt 7 ustawy, nie zależy od uprzedniego rozstrzygnięcia wstępnego przez inny organ, w tym sąd. Dlatego też nie zachodzi pomiędzy orzeczeniami sądu powszechnego oraz Prezesa Urzędu stosunek zależności, o której mowa w art. 97 § 1 pkt 4 K.p.a. Oznacza to, że niezależnie od ostatecznego orzeczenia sądu powszechnego w tej sprawie, Prezes Urzędu jest w stanie samodzielnie ocenić całokształt okoliczności faktycznych niniejszej sprawy.

W analizowanej sprawie oznacza to, że uniewinnienie przez Sąd Rejonowy wyrokiem z dnia 22.11.2016r. B. Czoka oraz A. Mamczyńskiego od zarzutu naruszenia art. 305 § 1 K.k. z uwagi na to, że m.in. Starostwo nie poniosło szkody na skutek zawartego porozumienia, nie oznacza, że przedsiębiorcy ci nie naruszyli art. 6 ust. 1 pkt 7 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów.

Z uwagi na powyższe, zawieszenie niniejszego postępowania do czasu prawomocnego zakończenia postępowania karnego przeciwko B. Czokowi oraz A. Mamczyńskiemu nie jest uzasadnione.

Po wtóre należy zauważyć, że akt oskarżenia wobec B. Czoka oraz A. Mamczyńskiego obejmował jedynie część zachowań tych przedsiębiorców ocenianych w niniejszym postępowaniu. Mianowicie przedsiębiorcy ci zostali oskarżeni o to, że w dniu 28.11.2013r. pomiędzy godz. 9.15 a 12.20 w siedzibie zakładu B. Czoka w Kępie przy ul. Wróblńskiej 17b, biorąc udział w przetargu publicznym nieograniczonym ogłoszonym przez Starostwo w dniu 15.11.2013r., działali w celu osiągnięcia korzyści majątkowej polegającej na zawarciu umowy gwarantującej im najwyższe ceny wykonywanych w przyszłości usług, weszli w porozumienie w ramach którego ustalili najkorzystniejsze dla obu stawki opłat za poszczególne usługi będące przedmiotem przyszłej umowy oraz łączną cenę ofertową zadania, uzgodnili różnice cenowe obu przysyłanych ofert dodatkowych oraz przedsiębiorstwo, które ten przetarg wygra, a mianowicie A. Mamczyńskiego, który z kolei zgodnie z treścią zawartego wyżej porozumienia wskazał B. Czoka jako swojego podwykonawcę, na jego „stałym terenie”.

Oznacza to, że akt oskarżenia obejmował jedynie część zachowań z szeregu, kilkuletnich działań obu przedsiębiorców, które w niniejszym postępowaniu były przedmiotem oceny Prezesa Urzędu, co m.in. w powiązaniu z brakiem szkody dla zamawiającego tj. dla Starostwa wydaje się, że miało wpływ na umorzenie przez Sąd postępowania z art. 305 K.k. oraz uniewinnienie obu tych przedsiębiorców od tego zarzutu.

Natomiast w niniejszym postępowaniu antymonopolowym przedmiotem oceny były postępowania przetargowe, organizowane przez Starostwo oraz KWP, od 2013r. do 2015r. w których brali udział obaj przedsiębiorcy. Przedstawiona w niniejszej decyzji sekwencja działań tych przedsiębiorców na przestrzeni tych kilku lat, czyli w dłuższym niż w analizowanym przez Sąd okresie czasu, wykazała trwanie tych przedsiębiorców w porozumieniu ograniczającym konkurencję. Porozumienie to przejawiało się w zaniechaniu konkurencji w trakcie postępowań dla Starostwa, poprzez uzgadnianie warunków składanych ofert w postępowaniach, w tym ceny, oraz dokonanie podziału rynku w aspekcie terytorialnym tj. poprzez świadczenie przez każdego z nich usług na jego „stałym terenie” oraz a także w aspekcie czasowym, które to zachowania w punkcie 1 i 2 niniejszej decyzji zostały uznane za porozumienie, o jakim mowa w art. 6 ust. 1 pkt 3 i pkt 7 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów.

Również z uzasadnienia wyroku w tej sprawie z dnia 22.11.2016r. wynika, że Sąd oceniał jedynie zawarcie przez obu przedsiębiorców w dniu 28.11.2013r. umowy o współpracy, a następnie złożenie wspólnej oferty, co uznał, że mieści się w normie prowadzenia działalności gospodarczej. Nie oceniał natomiast zachowań tych przedsiębiorców w kontekście przebiegu całego postępowania przetargowego ogłoszonego przez Starostwo oraz postępowania przeprowadzonego przez KWP. Powyższe oprócz braku wykazania szkody po stronie Starostwa doprowadziło Sąd, do uznania, że ich zachowanie mieści się w normie prowadzenia działalności gospodarczej.

Dokonanie natomiast przez Prezesa Urzędu analizy działań obu przedsiębiorców przez okres kilkuletni, w trakcie przetargów dla Starostwa oraz KWP doprowadziło do wniosku, że przedsiębiorcy ci w trakcie tych postępowań przetargowych zaniechali konkurencji pomiędzy sobą, wspólnie ustalili swoje oferty w tym ceny, dokonali między sobą podziału rynku pod względem terytorialnym tj. podziału gmin, które od wielu lat obsługują oraz podziału w aspekcie czasowym. Umowa o współpracy z dnia 28.11.2013r. stanowiła jedynie uzewnętrznienie ich działań w formie tej umowy.

Raz jeszcze należy wskazać, że nawet jeśli określone zachowanie przedsiębiorców nie narusza prawa karnego nie oznacza to, że nie będzie stanowiło naruszenia przepisów ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów.

Z uwagi na powyższe okoliczności, zawieszenie niniejszego postępowania do czasu prawomocnego zakończenia postępowania karnego przeciwko B. Czokowi oraz A. Mamczyńskiemu nie jest uzasadnione.

Dlatego też Prezes Urzędu orzekł jak w punkcie 3 niniejszej decyzji.

Ad 4 a i b punktu sentencji decyzji

Artykuł 106 ust. 1 pkt 1 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów stanowi, iż Prezes Urzędu może nałożyć na przedsiębiorcę karę pieniężną w wysokości nie większej niż 10% obrotu określonego w roku obrotowym poprzedzającym rok nałożenia kary, jeżeli przedsiębiorca ten, choćby nieumyślnie, dopuścił się naruszenia zakazu określonego w art. 6 tej ustawy, w zakresie nie wyłączonym na podstawie art. 7 i art. 8 tej ustawy. tj. zawierania niedozwolonych porozumień ograniczających konkurencję. Rozstrzygnięcie w przedmiocie nałożenia administracyjnej kary pieniężnej posiada więc fakultatywny charakter. Jednocześnie

jednak, jak wskazuje się w orzecznictwie antymonopolowym, „skuteczna polityka karania wymaga jednak, by w przypadku stwierdzenia stosowania przez przedsiębiorcę praktyki ograniczającej konkurencję zasadą było nakładanie kary pieniężnej”¹¹. W analizowanej sprawie Prezes Urzędu uznał, że doszło do zawarcia niedozwolonego porozumienia, o jakim mowa w art. 6 ust. 1 pkt 3 i 7 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów, a zatem porozumienia, które zarówno w ustawodawstwie, jak i orzecznictwie antymonopolowym, traktuje się w sposób rygorystyczny z uwagi na ich charakter i wynikające z tego charakteru skutki dla rynku, co tym bardziej przemawia za zastosowaniem wobec stron postępowania kary pieniężnej.

Przy ustalaniu wysokości kary pieniężnej Prezes Urzędu wziął pod uwagę wysokość osiągniętego przez strony postępowania obrotu wynikającego z przekazanych przez nich dokumentów finansowych w roku poprzedzającym rok nałożenia kary. Zarazem Prezes Urzędu wziął pod uwagę przepis art. 111 ustawy, nakazujący przy ustalaniu wysokości kar pieniężnych uwzględnienie w szczególności okresu, stopnia oraz okoliczności naruszenia przepisów ustawy, a także uprzednie naruszenie jej przepisów.

Prezes Urzędu uwzględnił również, że zgodnie z orzecznictwem – w przypadku kar za stosowanie praktyk ograniczających konkurencję przesłankami, które należy brać pod uwagę są stopień naruszenia interesu publicznego¹², a także potencjał ekonomiczny przedsiębiorcy, skutki praktyki dla konkurencji lub kontrahentów, dopuszczalny poziom kary wynikający z przepisów ustawy oraz cele, jakie kara ma osiągnąć¹³. Nałożona przez Prezesa Urzędu kara pieniężna powinna pełnić funkcję represyjną (tj. stanowić dolegliwość za naruszenie przepisów), ale także prewencyjną, dyscyplinującą (tj. zapobiegać podobnym naruszeniom w przyszłości).

Ponadto ustalając wymiar kary pieniężnej kierowano się „Wyjaśnieniami w sprawie ustalania wysokości kar pieniężnych za stosowanie praktyk ograniczających konkurencję”¹⁴.

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

Mianowicie w analizowanej sprawie Prezes Urzędu w punkcie 1 i 2 niniejszej decyzji uznał, że B. Czok oraz A. Mamczyński zawarli niedozwolone porozumienie, o jakim mowa w art. 6 ust. 1 pkt 3 i 7 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów, na lokalnym rynku świadczenia usług holowania i parkowania pojazdów na obszarze powiatu opolskiego, polegające na uzgadnianiu przez tych przedsiębiorców przystępujących do przetargów organizowanych przez Starostwo oraz KWP, warunków składanych ofert, w szczególności zakresu prac i ceny oraz porozumienia polegającego na podziale rynku świadczenia usług parkowania i holowania pojazdów dla Starostwa oraz Komendy Miejskiej Policji w Opolu i nakazał zaniechanie jego stosowania.

Zarówno w ustawodawstwie, jak i orzecznictwie antymonopolowym, tego rodzaju porozumienia traktowane są w sposób rygorystyczny z uwagi na ich charakter i wynikające z tego charakteru skutki dla rynku.

Zawarte przez przedsiębiorców porozumienie przejawiało się w uzgadnianiu warunków

¹¹ Wyrok Sądu Ochrony Konkurencji i Konsumentów z dnia 8.11.2004 r., sygn. akt XVII Ama 81/03.

¹² Wyrok SOKiK z dnia 24 maja 2006r. „sygn.. akt XVII Ama 17/05, Dz.Urz. UOKiK 2006/3/48.

¹³ Wyrok Sądy Najwyższego z 27 czerwca 2000r. sygn.. akt I CKN 793/98, LEX nr 50870.

¹⁴ Dz.Urz UOKiK 2008/4/33, www.uokik.gov.pl.

składanych ofert w tym ceny w przetargach organizowanych przez Starostwo i KWP oraz na podziale rynku pomiędzy tymi przedsiębiorcami w aspekcie terytorialnym oraz czasowym. Przedmiotowe porozumienie skutkowało zaniechaniem konkurencji pomiędzy B. Czokiem oraz A. Mamczyńskim, którzy na rynku właściwym w tej sprawie są praktycznie jedynymi przedsiębiorcami świadczącymi usługi holowania i parkowania pojazdów o DMC powyżej 3,5 tony. Na skutek tych działań przedsiębiorców, konkurencja pomiędzy nimi na rynku właściwym w tej sprawie, została nie tylko ograniczona, ale i praktycznie wyeliminowana. Dlatego też Prezes Urzędu uznał, że zawarte przez tych przedsiębiorców porozumienie należy do bardzo poważnego naruszenia ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów.

W związku z powyższym Prezes Urzędu przyjął za właściwe określenie wysokości kwot wyjściowych do wyliczenia kar pieniężnych za powyżej opisane naruszenie przepisów ustawy na poziomie przedstawionym w poniższej tabeli:

Tabela nr 5:

Lp.	Przedsiębiorca	Kwota wyjściowa kary (PLN)
1.	B. Czok	35.494,98 PLN
2.	A. Mamczyński	38.320,97 PLN

Należy wskazać, że w przypadku A. Mamczyńskiego podstawą do ustalenia wymiaru kary pieniężnej był obrót ustalony na podstawie obrotu osiągniętego przez tego przedsiębiorcę w 2016r. (dowód: karty nr 615 oraz 616).

Natomiast w przypadku B. Czoka kara pieniężna zgodnie z art. 106 ust. 7 pkt 1 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów, została ustalona na podstawie wysokości jego obrotu osiągniętego w 2015r., gdyż pomimo wezwania go do podania wysokości obrotu w całym 2016r. (dowód: karta nr 600), przedsiębiorca ten podał informacje jedynie za okres styczeń-listopad 2016r. (dowód: karty od nr 604 do nr 608) i do chwili wydania niniejszej decyzji nie przedstawił informacji o obrocie w całym 2016r.

Ustalając wymiar kary pieniężnej 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 lub im wyższe korzyści czerpie z niego przedsiębiorca.

Przed wszystkim uwzględniono okoliczność, że B. Czok oraz A. Mamczyński są jedynymi przedsiębiorcami, którzy na terenie powiatu opolskiego świadczą usługi parkowania i holowania pojazdów dla pojazdów o ciężarze powyżej 3,5t. Jest to więc rynek skoncentrowany gdyż potencjalni usługodawcy mogą zlecić usługę holowania tego rodzaju pojazdów na terenie powiatu opolskiego jedynie tym dwóm przedsiębiorcom.

Ponadto wzięto pod uwagę fakt, że porozumienie to zostało wprowadzone w życie, a także wywarło negatywne skutki na rynku, gdyż na skutek zawartego porozumienia konkurencja na tym rynku została nie tylko istotnie ograniczona, ale nawet wyeliminowana ze szkodą dla odbiorców tych usług, którzy mogli odczuć negatywne skutki zawartego i faktycznie realizowanego porozumienia.

Biorąc pod uwagę powyższe okoliczności związane ze specyfiką rynku, działaniem stron postępowania oraz skutkami rynkowymi, postanowiono na tym etapie kalkulacji kary podwyższyć jej wysokość o 40%.

W związku z powyższym na tym etapie kalkulacji kar, ich wysokość kształtowałyby się następująco:

Tabela nr 6:

Lp.	Przedsiębiorca	Kwota kar podwyższona o 20% (w PLN)
1.	B. Czok	49.692,97 PLN
2.	A. Mamczyński	53.649,35 PLN

Kalkulując wymiar kary pieniężnej nakładanej na ww. przedsiębiorców Prezes Urzędu wziął także pod uwagę długotrwałość naruszenia. Zgodnie z ww. Wyjaśnieniami, Prezes Urzędu może podwyższyć z tytułu długotrwałości wymiar kar ustalonych na poprzednich etapach o 200%. Na wielkość podwyższenia wymiaru kary z tego tytułu, ma wpływ okres naruszenia. Ponadto Prezes Urzędu może zwiększyć kwotę bazową kar, jeśli długotrwałość stosowania praktyki ograniczającej konkurencję prowadzi do zwielokrotnienia jej negatywnych skutków, w szczególności, gdy wpływa na wysokość korzyści uzyskiwanych przez przedsiębiorcę dopuszczającego się naruszenia lub prowadzi do uzyskiwania szkody przez innych uczestników rynku.

Mając powyższe na uwadze Prezes Urzędu uwzględnił, że w analizowanej sprawie porozumienie trwało co najmniej od listopada 2013r. czyli było porozumieniem długotrwałym. Długi okres trwania porozumienia miał wpływ na zwielokrotnienie jego negatywnych skutków. W okresie tym obie instytucje tj. Starostwo oraz KWP ponosiły negatywne konsekwencje zawarcia porozumienia tj. były pozbawione możliwości zawarcia umowy z przedsiębiorcą wyłonionym w toku postępowania przetargowego, którego uczestnicy działaliby na zasadach niezakłóconej konkurencji. Ponadto obaj przedsiębiorcy, w okresie trwania porozumienia, uzyskiwali korzyści z jego zawarcia w postaci uzyskiwanych przychodów oraz czerpanych zysków ze świadczonych usług dla tych instytucji. Dlatego też na tym etapie miarkowania kar Prezes Urzędu uznał za zasadne podwyższenie kwoty kary ustalonej na poprzednich etapach o 50%.

W związku z powyższym na tym etapie kalkulacji kar, ich wysokość kształtowałyby się następująco:

Tabela nr 7:

Lp.	Przedsiębiorca	Kwota kar podwyższona o 100% (w PLN)
1.	B. Czok	74.539,45 PLN
2.	A. Mamczyński	80.474,02 PLN

Ponadto Prezes Urzędu rozważył, czy w analizowanej sprawie występują okoliczności łagodzące i obciążające wymienione w art. 111 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów. Analizując powyższą przesłankę Prezes Urzędu nie dopatrył się żadnych przesłanek, które mogłyby złagodzić wymiar kary.

Jako przesłankę obciążającą wymiar kary, Prezes Urzędu uznał to, że w jego ocenie działanie przedsiębiorców miało charakter umyślny. Zgromadzony materiał dowodowy wskazuje, że działania obu przedsiębiorców nie były incydentalne, ale powtarzalne, przemyślane i zaplanowane. Mianowicie dowody zgromadzone w tej sprawie świadczą o tym, że działania B. Czok oraz A. Mamczyńskiego co najmniej od 2013r. były zaplanowaną i realizowaną strategią rynkową przejawiającą się w uzgadnianiu warunków składanych ofert, w tym ceny oraz dokonanego podziału rynku, w trakcie przetargów organizowanych przez Starostwo oraz KWP. Tym samym zebrane w niniejszej sprawie dowody i przeanalizowane okoliczności, wskazują

na to, że przedsiębiorcy ci działali świadomie, a celem podjętej współpracy było osiągnięcie dodatkowych korzyści finansowych.

W ocenie Prezesa Urzędu podmioty profesjonalnie działające na rynku powinny zdawać sobie sprawę z zakazu zawierania porozumień ograniczających konkurencję ustanowionego w ustawie o ochronie konkurencji i konsumentów. Podobnie Sąd Ochrony Konkurencji i Konsumentów w wyroku z dnia 5 października 2010 r. (sygn. akt XVII Ama 106/08) stwierdził, iż „*Brak świadomości uczestniczenia w niedozwolonym porozumieniu w sytuacji, gdy powód jest profesjonalistą, świadczy o lekkomyślnym podejściu do prowadzonej działalności gospodarczej, bez zastanowienia się nad skutkami takiego postępowania*”.

Powyżej wymieniona okoliczność obciążająca i brak okoliczności łagodzących miało wpływ na podwyższenie kary pieniężnej ustalonej na poprzednim etapie o 10%.

W związku z powyższym na tym etapie kalkulacji kar, ich wysokość kształtowałyby się następująco:

Tabela nr 8:

Lp.	Przedsiębiorca	Kwota kar podwyższona o 10% (w PLN)
1.	B. Czok	81.993,39 PLN
2.	A. Mamczyński	88.521,42 PLN

Decydując o nałożeniu kary pieniężnej i jej wysokości wzięto pod uwagę wszystkie opisane powyżej okoliczności. Orzeczone kary powinny stanowić dolegliwość dla stron postępowania antymonopolowego tak, aby jej nałożenie skutkowało w przyszłości zapobieżeniem zaistnienia podobnych sytuacji. Z drugiej strony należy podkreślić wymiar edukacyjny i wychowawczy zastosowanej sankcji oraz wyrazić nadzieję, że odniesie ona spodziewany skutek na przyszłość. Tym samym nałożona kara pieniężna będzie pełniła funkcję represyjną za naruszenie przepisów ustawy oraz prewencyjną tj. pobiegnie jej naruszeniu w przyszłości.

Poza wymiarem indywidualnym kary, należy zwrócić uwagę na jej wymiar ogólny, funkcję odstraszającą i wychowawczą w stosunku do innych uczestników rynku.

Mając na względzie wszystkie określone wyżej czynniki dotyczące wagi naruszenia, specyfiki rynku oraz okoliczności łagodzących i obciążających, Prezes Urzędu postanowił nałożyć na strony niniejszego postępowania, z tytułu naruszenia, o którym mowa w punkcie 1 i 2 niniejszej decyzji, kary w wysokości (po zaokrągleniu do pełnych złotych):

- a) B. Czok – 81.993 PLN (słownie: osiemdziesiąt jeden tysięcy dziewięćset dziewięćdziesiąt trzy złote),
- b) A. Mamczyński – 88.521 PLN (słownie: osiemdziesiąt osiem tysięcy pięćset dwadzieścia jeden złotych).

Wysokość ww. kar pieniężnych jest poniżej maksymalnej wysokości jaką Prezes Urzędu mógł nałożyć w niniejszej sprawie na tych przedsiębiorców (tajemnica przedsiębiorców – karty od nr 563 do nr 568 oraz karty od nr 615 do nr 616).

Stąd też Prezes Urzędu orzekł jak w punkcie 4 sentencji niniejszej decyzji.

Ad 5 punktu sentencji decyzji

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. W myśl art. 77 tej ustawy, jeżeli postępowanie zostało wszczęte z urzędu i w jego wyniku Prezes Urzędu stwierdził naruszenie przepisów tejże ustawy, przedsiębiorca który dopuścił się tego naruszenia, zobowiązany jest ponieść koszty postępowania.

Niniejsze postępowanie antymonopolowe zostało wszczęte z urzędu. W jego wyniku Prezes Urzędu w punkcie 1 i 2 sentencji przedmiotowej decyzji stwierdził naruszenie art. 6 ust. 1 pkt 3 i pkt 7 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów przez strony postępowania wymienione w tych punktach decyzji. Kosztami niniejszego postępowania są dla Prezesa Urzędu wydatki związane z doręczaniem stronom pism w toku postępowania. W związku z powyższym Prezes Urzędu postanowił obciążyć każdego z przedsiębiorców wymienionego w punkcie 5 niniejszej decyzji kwotą kosztów w wysokości 58 PLN (słownie: pięćdziesiąt osiem złotych).

W związku z powyższym orzeczono jak w punkcie 5 sentencji.

Pouczenia:

Zgodnie z art. 112 ust. 3 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów karę pieniężną należy uiścić w terminie 14 dni od dnia uprawomocnienia się niniejszej decyzji na konto Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów: NBP o/o Warszawa Nr 51101010100078782231000000.

Koszty niniejszego postępowania, przedsiębiorca, obowiązany jest wpłacić na konto Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów: NBP o/o Warszawa Nr 51101010100078782231000000 w terminie 14 dni od dnia uprawomocnienia się niniejszej 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 1964r. Kodeks postępowania cywilnego (t.j. Dz.U. z 2016r. poz. 1822 ze 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 (40-048 Katowice, ul. T. Kościuszki 43).

Na postanowienie zawarte w punkcie 3 dotyczące odmowy zawieszenia niniejszego postępowania, w związku z art. 83 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów oraz art. 101 § 3 ustawy z dnia 14 czerwca 1960r. Kodeks postępowania administracyjnego (t.j. Dz.U. z 2016r. poz. 23 ze zm.) zażalenie nie przysługuje. Postanowienie to może być jednak zaskarżone w odwołaniu od tej decyzji.

W przypadku jednak kwestionowania wyłącznie postanowienia o kosztach zawartego w punkcie 5, stosownie do art. 81 ust. 5 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów oraz art. 264 § 2 ustawy z dnia 14 czerwca 1960r. Kodeks postępowania administracyjnego (t.j. Dz.U. z 2016r. poz. 23 ze zm.) stanowiącym, iż na postanowienie w sprawie kosztów postępowania osobie zobowiązanej służy zażalenie, w związku z art. 83 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów oraz art. 479³² § 1 i 2 Kpc, 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.

Maciej Fragsztajn
Dyrektor Delegatury