



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

Katowice, 14 grudnia 2015 r.

RKT-410-02/14/BP

DECYZJA Nr RKT –14/2015

Stosownie do art. 33 ust. 4, 5 i 6 ustawy z dnia 16 lutego 2007 r. o ochronie konkurencji i konsumentów (Dz. U. Nr 50, poz. 331, ze zm.: Dz. U. z 2007 r. Nr 99, poz. 660; Nr 171, poz. 1206; Dz. U. z 2008 r. Nr 157, poz. 976, Nr 223, poz. 1458, Nr 227, poz. 1505; Dz. U. z 2009 r. Nr 18, poz. 97, Nr 157, poz. 1241; Dz. U. z 2011 r. Nr 34, poz. 173) w związku z art. 3 ustawy z dnia 10 czerwca 2014 r. o zmianie ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów oraz ustawy – Kodeks postępowania cywilnego (Dz. U. z 2014 r., poz. 945) oraz § 5 ust. 2 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 1 lipca 2009 r. w sprawie właściwości miejscowej i rzeczowej delegatur Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów (Dz. U. Nr 107, poz. 887), po przeprowadzeniu z urzędu postępowania antymonopolowego przeciwko Grzegorzowi Stolarskiemu prowadzącemu działalność gospodarczą pod firmą Zakład Remontowo-Budowlany „ULBUD” Grzegorz Stolarski w Częstochowie oraz Damianowi Świącikowi prowadzącemu działalność gospodarczą pod firmą Przedsiębiorstwo Budowlane CZĘSTOBUD Damian Świącik w Częstochowie,

– działając w imieniu Prezesa Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów:

I. na podstawie art. 11 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów **uznaje się za praktykę ograniczającą konkurencję**, naruszającą zakaz, o którym mowa w art. 6 ust. 1 pkt 7 tej ustawy, zawarcie przez Grzegorza Stolarskiego prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą Zakład Remontowo-Budowlany „ULBUD” Grzegorz Stolarski w Częstochowie oraz Damiana Świącika prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą Przedsiębiorstwo Budowlane CZĘSTOBUD Damian Świącik w Częstochowie, porozumienia ograniczającego konkurencję na krajowym rynku wykonywania robót budowlano-remontowych, polegającego na uzgadnianiu przez tych przedsiębiorców przystępujących do przetargów publicznych warunków składanych ofert oraz podejmowania bądź zaniechania w tych postępowaniach czynności mających doprowadzić do wyboru tego z ww. przedsiębiorców, który zaoferował wyższą cenę za wykonanie zamówienia i **stwierdza się zaniechanie jej stosowania z dniem 23 maja 2014 r.**,

II. na podstawie art. 106 ust. 1 pkt 1 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów **nakłada się** z tytułu naruszenia zakazu, o którym mowa w art. 6 ust. 1 pkt 7 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów, w zakresie opisanym w punkcie I. sentencji niniejszej decyzji **karę pieniężną** płatną do budżetu państwa na wskazanych przedsiębiorców w następującej wysokości:

a. Grzegorza Stolarskiego prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą Zakład Remontowo-Budowlany „ULBUD” Grzegorz Stolarski w Częstochowie w wysokości **254 724 zł** (słownie: dwustu pięćdziesięciu czterech tysięcy siedmuset dwudziestu czterech złotych),

b. Damiana Świącika prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą Przedsiębiorstwo Budowlane CZĘSTOBUD Damian Świącik w Częstochowie w wysokości **283 176 zł** (słownie: dwustu osiemdziesięciu trzech tysięcy stu siedemdziesięciu sześciu złotych),

III. na podstawie art. 77 ust. 1 i art. 80 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów oraz na podstawie art. 263 § 1 i art. 264 § 1 ustawy z dnia 14 czerwca 1960 r. Kodeks postępowania administracyjnego (t.j. Dz. U. z 2013 r. poz. 267 ze zm.), w związku z art. 83 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów, uwzględniając wynik przeprowadzonego postępowania antymonopolowego, postanawia się obciążyć niżej wskazanych przedsiębiorców kosztami tego postępowania i zobowiązać ich do zwrotu przedmiotowych kosztów na rzecz Prezesa Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów w terminie 14 dni od daty uprawomocnienia się niniejszej decyzji w ten sposób, że:

a. Grzegorza Stolarskiego prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą Zakład Remontowo-Budowlany „ULBUD” Grzegorz Stolarski w Częstochowie w wysokości 29 zł (słownie: dwudziestu dziewięciu złotych),

b. Damiana Świącika prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą Przedsiębiorstwo Budowlane CZĘSTOBUD Damian Świącik w Częstochowie w wysokości 29 zł (słownie: dwudziestu dziewięciu złotych).

UZASADNIENIE

W imieniu Prezesa Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów (zwanego dalej także „Prezesem Urzędu”), przeprowadzone zostało postępowanie wyjaśniające o sygn. akt RKT-400-16/14/BP mające na celu wstępne ustalenie, czy w związku z działalnością Grzegorza Stolarskiego prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą Zakład Remontowo-Budowlany „ULBUD” Grzegorz Stolarski w Częstochowie (zwanego dalej także „przedsiębiorcą” lub „Ulbud”) oraz Damiana Świącika prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą Przedsiębiorstwo Budowlane CZĘSTOBUD Damian Świącik w Częstochowie (zwanego dalej także „przedsiębiorcą” lub „Częstobud”) w postępowaniach o udzielenie zamówienia dotyczącego robót budowlanych mogło nastąpić naruszenie przepisów ustawy uzasadniające wszczęcie postępowania antymonopolowego, w tym czy sprawa ma charakter antymonopolowy.

Zebrane w toku postępowania wyjaśniającego informacje i dokumenty pozwoliły na przypuszczenie, iż ww. przedsiębiorcy w związku z udziałem w przetargach o udzielenie zamówienia dotyczącego robót budowlanych zawarli porozumienie ograniczające konkurencję. Dlatego też Prezes Urzędu Postanowieniem nr 1 z 2 grudnia 2014 r. wszczął z urzędu postępowanie w związku z podejrzeniem zawarcia przez Ulbud oraz Częstobud porozumienia ograniczającego konkurencję polegającego na uzgadnianiu przez tych przedsiębiorców przystępujących do przetargów publicznych o roboty budowlane, warunków składanych ofert oraz podejmowania bądź zaniechania w toku postępowań przetargowych czynności mających doprowadzić do wyboru tego z ww. przedsiębiorców, który zaoferował wyższą cenę za wykonanie zamówienia, a co może stanowić naruszenie art. 6 ust. 1 pkt 7 ww. ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów.

Postanowieniem nr 2 z 2 grudnia 2014 r. zaliczono w poczet dowodów niniejszego postępowania informacje i dokumenty zebrane w toku postępowania wyjaśniającego o sygn. akt RKT-400-16/14/BP, poprzedzającego wszczęcie niniejszego postępowania, w zakresie wskazanym w tym postanowieniu. Natomiast Postanowieniem nr 3 z 27 maja 2015 r. ograniczono stronom postępowania prawo wglądu do materiału dowodowego niniejszego postępowania w zakresie wskazanym w tym postanowieniu.

Ustosunkowując się do wszczęcia niniejszego postępowania Ulbud wskazał, iż brak jest logicznego wytłumaczenia dla działania, w którym przedsiębiorca ten zna cenę lub inne warunki oferty Częstobudu i składa własną ofertę tylko po to, aby w trakcie postępowania wyeliminować ofertę Częstobudu lub własną, w celu wygrania przetargu przez podmiot, z którym porozumienie nie zostało zawarte. Podkreślił również, iż w uzasadnieniu postanowienia o wszczęciu postępowania Prezes Urzędu w żaden sposób nie wskazał, jak zawarte przez przedsiębiorców porozumienie miałyby wpływać na sytuację osób trzecich – pozostałych oferentów. Przedsiębiorca podniósł, iż ani on, ani też Częstobud nie zawierali żadnego porozumienia z innymi oferentami, ani też z zamawiającym, a w każdym z postępowań przetargowych, o których mowa w postanowieniu o wszczęciu postępowania antymonopolowego brały udział również inne podmioty. Z uzasadnienia postanowienia o wszczęciu miałyby również wynikać, że wiedząc jaka jest treść wzajemnych ofert i nie wiedząc jaka jest treść ofert innych ubiegających się o udzielenie zamówienia podmiotów, przedsiębiorca składał wraz z Ulbudem oferty tylko po to, aby oferta jednego z nich została odrzucona. Takie działanie nie mogło mieć żadnego negatywnego wpływu dla innych składających oferty i w żaden sposób nie ograniczało konkurencji wobec nich oraz nie gwarantowało wygranej w przetargu. W ocenie przedsiębiorcy rozumowanie Prezesa Urzędu jest całkowicie nielogiczne, gdyż prowadzi do stwierdzenia, iż zarówno Ulbud jak i Częstobud zawierali porozumienie w celu eliminacji wyłącznie jednego z nich bez wpływu na inne osoby, a co można ocenić jako postępowanie całkowicie nieracjonalne. Przedsiębiorca wskazał wreszcie, iż nigdy nie zawierał żadnego porozumienia z Częstobudem w zakresie postępowań przetargowych prowadzonych przez Komendę Wojewódzką Policji w Katowicach (zwaną dalej także „KWP”) oraz że nie miał wpływu na działania jakie ten podmiot podejmował w ramach prowadzonych postępowań (dowód: karty nr 921-922).

Z kolei Częstobud w odpowiedzi na zawiadomienie o wszczęciu postępowania antymonopolowego (dowód: karta nr 929 i n.) wskazał, iż podniesione w postanowieniu o wszczęciu okoliczności nie znajdują w jego ocenie żadnego uzasadnienia. Wskazał, iż Ulbud nigdy nie brał w jakikolwiek sposób udziału w realizacji przedsięwzięć, w których zwyciężyła oferta jego firmy, w tym również jako podwykonawca. Podkreślił, iż aby móc stwierdzić istnienie porozumienia pomiędzy przedsiębiorcami, nieodzownym jest wykazanie aby decyzje przez nich podejmowane nie były decyzjami samodzielnymi. Przywołał również wyrok KIO z 20 czerwca 2013 r. (sygn. akt KIO 1353/13), zgodnie to z którym istnienie zmywy przetargowej powinno być oceniane po rezultatach i skutkach, mając na uwadze wszystkie okoliczności sprawy. W niniejszej sprawie mają zaś nie zachodzić podstawy do uznania, że Ulbud i Częstobud działali na podstawie dokonanych wspólnie ustaleń.

Przedsiębiorca podniósł, iż w uzasadnieniu postępowania antymonopolowego w żaden sposób nie uzasadniono jakie wymierne korzyści mieliby osiągnąć przedsiębiorcy z faktu, iż jedna z nich ustąpiła miejsca w rankingu ofert firmie konkurencyjnej. Częstobud wskazał również, iż wraz z Ulbudem nie należy do tej samej grupy kapitałowej, nie są podmiotami powiązanymi finansowo, oraz że nie zdarzały się sytuacje, aby na skutek wyboru oferty jednej firmy, druga firma osiągnęła korzyść majątkową, czy też uczestniczyła w realizacji przedmiotu zamówienia. W ocenie przedsiębiorcy nie jest uzasadnione domniemanie, iż składając niekompletne dokumenty, czy też nie składając wyjaśnień będąc do tego zobowiązany, nie składał ich aby wygrał podmiot oferujący cenę wyższą. Podkreślił, iż nawet gdyby przyjąć takie założenie za prawdziwe to wątpliwości budzi jakie korzyści z tych działań mogłaby osiągnąć firma oferująca cenę nieznacznie niższą i celowo przegrywająca.

Przedsiębiorca podkreślił, iż zarówno on jak i Ulbud brali udział w przetargach organizowanych przez KWP w Katowicach jako dwa niezależne od siebie podmioty. Ponadto, nigdy Ulbud nie był podwykonawcą przedsięwzięć realizowanych przez Częstobud.

W ocenie przedsiębiorcy nie zostało więc nawet uprawdopodobnione jakie miałyby być ekonomiczne uzasadnienie takiego działania. Przedsiębiorca podkreślił, że jeśli podmiot uczestniczy w znowie, poprzez swoje działania umożliwia wybór oferty innego przedsiębiorcy, to niemożność uzyskania przez niego zamówienia powinna być zrekomensowana przez wygrywający podmiot, a czego w niniejszej sprawie nie wykazano. Wskazał także, iż nie jest uprawnione automatyczne powiązywanie znowy przetargowej z przedsiębiorcami należącymi do tej samej grupy kapitałowej, którzy biorą udział w tym samym postępowaniu przetargowym.

Przedsiębiorca odniósł się również do postępowania przetargowego „Zaprojektowania i wybudowania w ramach zadania inwestycyjnego pn. Przebudowa, rozbudowa i nadbudowa Komendy Powiatowej Policji w Zawierciu przy ul. Kasprowicza 9”, gdzie mimo złożenia wyjaśnień co do zarzutu rażąco niskiej ceny w stosunku do przedmiotu zamówienia, zostały one odrzucone przez zamawiającego jako niewystraszające. Natomiast w związku z postępowaniem przetargowym dotyczącym „Zaprojektowania i wybudowania w ramach zadania inwestycyjnego pn. Budowa nowej siedziby KP III w Gliwicach” przedsiębiorca wyjaśnił, że przedłużenie terminu związania ofertą jest przywilejem, a nie obowiązkiem wykonawców oraz że jeden dzień wcześniej podpisał umowę na wykonanie robót budowlanych w szpitalu w Legnicy, a co miało uniemożliwić na tamtym etapie realizację kolejnego zadania. Z kolei w odniesieniu do postępowania przetargowego dotyczącego „Zaprojektowania i wybudowania w ramach zadania inwestycyjnego pn. Rozbudowa i modernizacja obiektu Komendy Miejskiej Policji w Rybniku” przedsiębiorca wskazał, że niezłożenie wyjaśnień dotyczących zarzutu rażąco niskiej ceny wynikało z tego, że oferta jego nie wygrywała – nie była najkorzystniejsza – a ponadto przedsiębiorca wiedział, iż podpisze umowę w Legnicy – a tym samym nie byłby w stanie zrealizować zamówienia w Rybniku.

W ocenie przedsiębiorcy zarzut, iż jego oferty oraz oferty Ulbudu były składane w tym samym czasie w żaden sposób nie przemawia za istnieniem znowy przetargowej pomiędzy nimi. Podniósł, iż ustawa nie zakazuje aby wykonawcy składali oferty razem lub nawet znali swoje oferty, gdyż zakaz ujawniania treści ofert do czasu ich otwarcia obejmuje wyłącznie zamawiającego. Dodał, że nigdy nie było sytuacji aby jego oferta oraz oferta Ulbudu została złożone przez tę samą osobę. Niezasadny ma być również zarzut zachodzących podobieństw w konstrukcji złożonych przez przedsiębiorców ofert, gdyż nie wykazano w jaki sposób złożenie dwóch podobnych ofert mogło ograniczyć konkurencję. Ponadto, cel ewentualnego porozumienia powinien być ściśle powiązany z jego skutkiem, polegającym na wyborze oferty wykonawcy proponującego wyższą cenę za wykonanie zamówienia.

Pismem z 31 sierpnia 2015 r. przedsiębiorcy zostali zawiadomieni o zakończeniu zbierania materiału dowodowego (dowód: karta nr 1354). W wyznaczonym terminie przedsiębiorcy skorzystali z uprawnienia do zapoznania się ze zgromadzonym materiałem dowodowym.

Prezes Urzędu ustalił, co następuje:

W toku postępowania ustalono, że głównym przedmiotem działalności Ulbud są roboty budowlane związane ze wznoszeniem budynków mieszkalnych i niemieskalnych (PKD 41.20.Z). W 2013 r. przedsiębiorca brał udział w co najmniej [...] postępowaniach przetargowych, z czego w [...] przypadkach brał udział jako członek konsorcjum firm wraz z Częstobudem. Z kolei w I kwartale 2014 r. przedsiębiorca brał udział w [...] postępowaniach przetargowych. Spośród swoich konkurentów wskazywał m.in. na Częstobud. Ulbud wykonuje roboty budowlane głównie na terenie [...] oraz sporadycznie na terenie [...]. Natomiast oferty w postępowaniach przetargowych składa na terenie województw: [...]. Na

przestrzeni 2013 r. oraz 2014 r. przedsiębiorca ten nie brał udziału jako podwykonawca w zadaniach, w których zwyciężyła oferta Częstobud.

W toku postępowania ustalono również, że głównym przedmiotem działalności Częstobudu są roboty budowlane związane ze wznoszeniem budynków mieszkalnych i niemieszkalnych (PKD 41.20.Z). W 2011 r. przedsiębiorca brał udział w [...] przetargach o udzielenie zamówienia, w 2012 r. w [...], a w 2013 r. w []. Natomiast w I kwartale 2014 r. przedsiębiorca brał udział w [...] postępowaniach przetargowych. Wśród swoich konkurentów wymienił również firmę Ulbud.

Przedsiębiorcy są współnikami w trzech spółkach cywilnych: Technika grzewcza i sanitarna "instal-dom" s.c., Materiały budowlane "dombud" s.c. oraz Galeria płytek "lux-dom" s.c. (dowód: karty nr 27-39).

Zarówno Ulbud, jak i Częstobud brali udział jako oddzielne podmioty w ośmiu przetargach organizowanych przez Komendę Wojewódzką Policji w Katowicach, a mianowicie:

1. „Zaprojektowania i wybudowania w ramach zadania inwestycyjnego pn. Budowa nowej siedziby KP III w Gliwicach” (ZP-2380-671-129/13),
2. „Zaprojektowania i wybudowania w ramach zadania inwestycyjnego pn. Przebudowa, rozbudowa i nadbudowa Komendy Powiatowej Policji w Zawierciu przy ul. Kasprowicza 9” (ZP-2380-588-122/13),
3. „Zaprojektowania i wybudowania w ramach zadania inwestycyjnego pn. Rozbudowa i modernizacja obiektu Komendy Miejskiej Policji w Rybniku” (ZP-2380-605-115/13),
4. „Zaprojektowania i wybudowania w ramach zadania inwestycyjnego pn. Nadbudowa i rozbudowa Komendy Miejskiej Policji w Dąbrowie Górniczej przy ul. Piłsudskiego 11” (ZP-2380-594-121/13),
5. „Zaprojektowania i wybudowania w ramach zadania pt. Komenda Miejska Policji w Chorzowie – remont kompleksowy” (ZP-2380-592-119/13),
6. „Zaprojektowania i wybudowania w ramach zadania – Termomodernizacja oraz modernizacja budynku KMP w Siemianowicach Śląskich” (ZP-2380-571-125/13),
7. „Zaprojektowania i wybudowania zadania inwestycyjnego pn.: Rozbudowa obiektu w KPP Wodzisław Śląski” (ZP-2380-607-118/13),
8. „Zaprojektowania i wybudowania w ramach zadania inwestycyjnego pn. KMP Piekary Śląskie – termomodernizacja budynku wraz z przebudową strefy wejściowej” (ZP-2380-592—119/13).

Ad 1. W ramach postępowania przetargowego „Zaprojektowania i wybudowania w ramach zadania inwestycyjnego pn. Budowa nowej siedziby KP III w Gliwicach” (ZP-2380-671-129/13) ustalono, że Częstobud osiągnął 1. pozycję w rankingu cenowym z ceną 7.782.210,00 zł, a Ulbud 2. pozycję z ceną 8.418.210,00 zł (dowód: karty nr 454, 464). Oferty w tym postępowaniu zostały złożone w tym samym czasie – 24 października 2013 r., o godz. 12:24 (następujące po sobie liczby dziennika – 776 i 777) (dowód: karty nr 453, 463). W ofercie Częstobudu – niższej cenowo – stwierdzono brak dokumentu potwierdzającego spełnienie warunku udziału w postępowaniu w zakresie doświadczenia oraz brak wykazu osób, którymi dysponuje lub będzie dysponował wykonawca. Dokumenty te przedstawił Ulbud. Przedstawienie dokumentu potwierdzającego spełnienie warunku udziału w postępowaniu w zakresie doświadczenia przez Częstobud było obiektywnie możliwe, gdyż dokument taki przedstawiony przez Ulbud wskazywał na spełnienie warunku doświadczenia poprzez

wykonanie roboty budowlanej wraz z Częstobudem – jako konsorcjum firm (dowód: karty nr 455-459). W toku tego postępowania zamawiający wystąpił do wykonawców o wyrażenie zgody na przedłużenie okresu związania ofertą o 30 dni (dowód: karta nr 397). Częstobud nie wyraził zgody na przedłużenie terminu związania ofertą, natomiast Ulbud wyraził zgodę. W tym zakresie zamawiający wykluczył Częstobud z postępowania o udzielenie tego zamówienia. Równocześnie oba pisma przedsiębiorców datowane są na dzień 21 listopada 2013 r. mają podobną konstrukcję w zakresie użytych marginesów, a różnią się wyłącznie rodzajem dobranej czcionki. W piśmie Ulbud widoczna jest podwójna spacja we frazie „że wyrażam zgodę” (dowód: karty nr 400-401). Ustalono również, iż wydruk z Centralnej Ewidencji i Informacji o Działalności Gospodarczej – potwierdzający status przedsiębiorcy – został wygenerowany przez Częstobud 22 października 2013 r., o godz. 14:22, a wydruk Ulbudu został wygenerowany w tym samym dniu o godz. 14:23 (dowód: karty nr 459-460, 466-467). Równocześnie, zamawiający odrzucił ofertę Ulbudu, wskazując, że jej złożenie stanowiło czyn nieuczciwej konkurencji w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji oraz że została złożona przez wykonawcę wykluczonego z udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia (dowód: karty nr 433-434). 20 grudnia 2013 r. została podpisana przez zamawiającego umowa z konsorcjum firm, które przedstawiło najkorzystniejszą, ważną ofertę (dowód: karty nr 437-439).

Ad 2. W ramach postępowania przetargowego „Zaprojektowania i wybudowania w ramach zadania inwestycyjnego pn. Przebudowa, rozbudowa i nadbudowa Komendy Powiatowej Policji w Zawierciu przy ul. Kasprowicza 9” (ZP-2380-588-122/13) ustalono, że Częstobud osiągnął 1. pozycję w rankingu cenowym z ceną 10.929.780,00 zł, a Ulbud 2. pozycję z ceną 11.830.140,00 zł (dowód: karty nr 149, 165). Oferty w tym postępowaniu zostały złożone w tym samym czasie – 7 listopada 2013 r., o godz. 11:40 (następujące po sobie liczby dziennika – 838 i 839) (dowód: karty nr 164, 182). W ramach przedstawionego przez przedsiębiorców wykazu osób, którymi dysponuje lub będzie dysponował wykonawca ustalono, że przedsiębiorcy dysponowali tymi samymi osobami zdolnymi do wykonania zamówienia – w ramach potwierdzenia spełnienia warunku udziału w postępowaniu – z wyjątkiem kierownika budowy w specjalności konstrukcyjno-budowlanej. Obaj wykonawcy tymi osobami dysponowali, a nie dopiero mieli dysponować. Zarówno w przypadku Ulbudu, jak i Częstobudu, występowały takie same podstawy dysponowania tymi osobami – w ramach umowy o dzieło lub umowy o pracę (dowód: karty nr 151-156, 169-174). W toku postępowania Częstobud złożył niewystarczające wyjaśnienia dotyczące podejrzenia wystąpienia rażąco niskiej ceny, co skutkowało odrzuceniem jego oferty przez zamawiającego. Szczegółowe wyjaśnienia odnośnie zarzutu rażąco niskiej ceny złożył natomiast Ulbud – oferujący wyższą cenę – przedstawiając m.in. kosztorys szacunkowy na przebudowę i remont pomieszczenia biurowego (dowód: karty nr 100-111). W ofercie Częstobudu – niższej cenowo – stwierdzono również brak dokumentu potwierdzającego spełnienie warunku udziału w postępowaniu w zakresie doświadczenia. Dokument ten przedstawił Ulbud (dowód: karta nr 167). Równocześnie, zamawiający odrzucił oferty Ulbudu i Częstobudu, wskazując, że ich złożenie stanowiło czyn nieuczciwej konkurencji w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji oraz że zostały złożone przez wykonawców wykluczonych z udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia. Ponadto oferta Częstobudu została odrzucona z uwagi na fakt, iż wykonawca nie złożył wyjaśnień czy oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny (dowód: karty nr 125-132). 19 grudnia 2013 r. została podpisana przez zamawiającego umowa z przedsiębiorcą, który przedstawił najkorzystniejszą, ważną ofertę (dowód: karty nr 136-143).

Ad 3. W ramach postępowania przetargowego „Zaprojektowania i wybudowania w ramach zadania inwestycyjnego pn. Rozbudowa i modernizacja obiektu Komendy Miejskiej Policji w

Rybniku” (ZP-2380-605-115/13) ustalono, że Częstobud osiągnął 2. pozycję w rankingu cenowym z ceną 12.740.340,00 zł, a Ulbud 3. pozycję z ceną 13.932.210,00 zł (dowód: karty nr 329, 343). Oferty w tym postępowaniu zostały złożone w tym samym czasie – 6 listopada 2013 r., o godz. 12:20 (dowód: karta nr 950). W ramach przedstawionego przez przedsiębiorców wykazu osób, którymi dysponuje lub będzie dysponował wykonawca ustalono, że przedsiębiorcy dysponowali tymi samymi osobami zdolnymi do wykonania zamówienia – w ramach potwierdzenia spełnienia warunku udziału w postępowaniu – z wyjątkiem kierownika budowy w specjalności konstrukcyjno-budowlanej. Obaj wykonawcy tymi osobami dysponowali, a nie dopiero mieli dysponować. Zarówno w przypadku Ulbudu, jak i Częstobudu, występowały takie same podstawy dysponowania tymi osobami – w ramach umowy o dzieło lub umowy o pracę (dowód: karty nr 331-336, 347-352). W ofercie Częstobudu – niższej cenowo – stwierdzono brak dokumentu potwierdzającego spełnienie warunku udziału w postępowaniu w zakresie doświadczenia. Dokument taki został przedstawiony przez Ulbud. Przedstawienie dokumentu potwierdzającego spełnienie warunku udziału w postępowaniu w zakresie doświadczenia przez Częstobud było obiektywnie możliwe, gdyż dokument taki przedstawiony przez Ulbud wskazywał na spełnienie warunku doświadczenia poprzez wykonanie roboty budowlanej wraz z Częstobudem – jako konsorcjum firm (dowód: karta nr 345). W toku postępowania przetargowego Częstobud nie złożył wyjaśnień odnośnie wezwania zamawiającego – dotyczącego podejrzenia wystąpienia rażąco niskiej ceny – co skutkowało odrzuceniem jego oferty (dowód: karta nr 243). Szczegółowe wyjaśnienia odnośnie zarzutu rażąco niskiej ceny złożył natomiast Ulbud – oferujący wyższą cenę – przedstawiając m.in. kosztorys szacunkowy na przebudowę i remont pomieszczenia biurowego (dowód: karty nr 247-250). Ustalono ponadto, że Ulbud 25 listopada 2013 r. złożył wniosek o przejrzenie wybranych ofert przedsiębiorców – w tym oferty Częstobudu. Jako osobę upoważnioną wskazał osobę, która jest pracownikiem Częstobudu (dowód: karta nr 276). Równocześnie, zamawiający odrzucił oferty Ulbudu i Częstobudu, wskazując, że ich złożenie stanowiło czyn nieuczciwej konkurencji w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji oraz że zostały złożone przez wykonawców wykluczonych z udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia. (dowód: karty nr 309-316). W odwołaniu złożonym przez Częstobud od przetargu na „Zaprojektowania i wybudowania w ramach zadania inwestycyjnego pn. Nadbudowa i rozbudowa Komendy Miejskiej Policji w Dąbrowie Górniczej przy ul. Piłsudskiego 11” ww. podmiot wnioskował bowiem o powołanie tej osoby w charakterze świadka na okoliczność, iż 21 listopada 2013 r. złożyła ona jedynie jedną ofertę – ofertę Częstobudu (dowód: karta nr 703). 12 grudnia 2013 r. została podpisana przez zamawiającego umowa z przedsiębiorcą, który przedstawił najkorzystniejszą, ważną ofertę (dowód: karty nr 324-328).

Ad 4. W ramach postępowania przetargowego „Zaprojektowania i wybudowania w ramach zadania inwestycyjnego pn. Nadbudowa i rozbudowa Komendy Miejskiej Policji w Dąbrowie Górniczej przy ul. Piłsudskiego 11” (ZP-2380-594-121/13) ustalono, że Częstobud osiągnął 1. pozycję w rankingu cenowym z ceną 17.527.500,00 zł, a Ulbud 4. pozycję z ceną 18.842.370,00 zł (dowód: karty nr 863, 871). Oferty w tym postępowaniu zostały złożone w tym samym czasie – 21 listopada 2013 r., o godz. 12:20 (następujące po sobie liczby dziennika – 882 i 883) (dowód: karty 870, 878). W ofercie Częstobudu – niższej cenowo – stwierdzono brak dokumentu potwierdzającego spełnienie warunku udziału w postępowaniu w zakresie doświadczenia. Dokument taki przedstawił Ulbud. Przedstawienie dokumentu potwierdzającego spełnienie warunku udziału w postępowaniu w zakresie doświadczenia przez Częstobud było obiektywnie możliwe, gdyż dokument taki przedstawiony przez Ulbud wskazywał na spełnienie warunku doświadczenia poprzez wykonanie roboty budowlanej wraz z Częstobudem – jako konsorcjum firm (dowód: karta nr 865). W ofercie obu przedsiębiorców stwierdzono brak dokumentu potwierdzającego spełnienie warunku udziału

w postępowaniu w zakresie dysponowania osobami, tj. wykazu osób (dowód: karty nr 658-663). Obaj przedsiębiorcy uzupełnili swoje oferty w terminie (dowód: karty nr 664, 679). W przypadku tego postępowania przetargowego przedsiębiorcy wykazali się dysponowaniem (co do zasady) różnymi osobami zdolnymi do wykonania zamówienia – w ramach wykazu osób (dowód: karty nr 665-670, 682-688). Równocześnie, zamawiający odrzucił oferty Ulbudu i Częstobudu, wskazując, że ich złożenie stanowiło czyn nieuczciwej konkurencji w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji oraz że zostały złożone przez wykonawców wykluczonych z udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia (dowód: karty nr 691-695). 23 maja 2014 r. została podpisana przez zamawiającego umowa z przedsiębiorcą, który przedstawił najkorzystniejszą, ważną ofertę (dowód: karty nr 879-888).

Ad 5. W ramach postępowania przetargowego „Zaprojektowania i wybudowania w ramach zadania pt. Komenda Miejska Policji w Chorzowie – remont kompleksowy” (ZP-2380-592-119/13) ustalono, że Częstobud osiągnął 4. pozycję w rankingu cenowym z ceną 3.587.910,00 zł, a Ulbud 3. pozycję z ceną 3.164.175,00 zł (dowód: karty nr 576, 587). Oferty w analizowanym postępowaniu zostały złożone w tym samym czasie – 15 października 2013 r., o godz. 12:10 (następujące po sobie liczby dziennika – 3721 i 3722) (dowód: karty nr 599-600). W ofercie Ulbudu – niższej cenowo – stwierdzono brak dokumentu potwierdzającego spełnienie warunku udziału w postępowaniu w zakresie doświadczenia. Dokument ten został przedstawiony przez Częstobud. Przedstawienie dokumentu potwierdzającego spełnienie warunku udziału w postępowaniu w zakresie doświadczenia przez Ulbud było obiektywnie możliwe, gdyż dokument taki przedstawiony przez Częstobud wskazywał na spełnienie warunku doświadczenia poprzez wykonanie roboty budowlanej wraz z Ulbudem – jako konsorcjum firm (dowód: karta nr 578). Ulbud przedstawił również nieważną gwarancję ubezpieczeniową – brak pieczęci osoby wystawiającej gwarancję (dowód: karta nr 594). W toku tego postępowania zamawiający pismem z 30 października 2013 r. wystąpił do Częstobudu o uzupełnienie oferty w zakresie wykazu osób, które będą uczestniczyć w wykonywaniu zamówienia (dowód: karta nr 532). Wezwanie to nie zostało wysłane do Ulbudu ponieważ wykonawca nie wniósł wadium. Tymczasem na pismo zamawiającego odpowiedział zarówno Częstobud, jak i Ulbud (dowód: karty nr 535, 543). Częstobud oferujący wyższą cenę uzupełnił braki oferty. Ponadto ustalono, że w odpowiedzi przedsiębiorcy powołali się na ten sam numer liczby dziennika – ZP-2380-684/5856/2013. Oba pisma, datowane są na dzień 4 listopada 2013 r., mają podobną konstrukcję w zakresie użytych marginesów, a różnią się wyłącznie rodzajem dobranej czcionki. Wpłynęły ponadto w tym samym czasie – 5 listopada 2013 r., o godz. 12:10 (następujące po sobie liczby dziennika – 4062 i 4063). W piśmie tym przedsiębiorcy uzupełnili braki w zakresie wykazu osób, które będą uczestniczyć w wykonywaniu zamówienia. Na podstawie przedstawionego zestawienia ustalono, że przedsiębiorcy dysponowali tymi samymi osobami zdolnymi do wykonania zamówienia (w ramach potwierdzenia spełnienia warunku udziału w postępowaniu), z wyjątkiem kierownika budowy w specjalności konstrukcyjno-budowlanej. Obaj wykonawcy tymi osobami dysponowali, a nie dopiero mieli dysponować. Zarówno w przypadku Ulbudu, jak i Częstobudu, występowały takie same podstawy dysponowania tymi osobami – w ramach umowy o dzieło lub umowy o pracę (dowód: karty nr 537-542, 545-550). Ustalono również, iż w toku postępowania zamawiający pismem z 8 listopada 2013 r. wystąpił do wykonawców o wyrażenie zgody na przedłużenie terminu związania ofertą. Zarówno Częstobud, jak i Ulbud nie wyrazili zgody na przedłużenie terminu związania ofertą. Oba pisma przedsiębiorców datowane są na dzień 12 listopada 2013 r. oraz mają podobną konstrukcję w zakresie użytych marginesów, a różnią się wyłącznie rodzajem dobranej czcionki. Ponadto wpłynęły w tym samym czasie (następujące po sobie liczby dziennika – 4173 i 4174) (dowód: karty nr 553-557). 4 grudnia 2013 r. została podpisana przez

zamawiającego umowa z przedsiębiorcą, który przedstawił najkorzystniejszą, ważną ofertę (dowód: karty nr 563-565).

Ad 6. W ramach postępowania przetargowego „Zaprojektowania i wybudowania w ramach zadania – Termomodernizacja oraz modernizacja budynku KMP w Siemianowicach Śląskich” (ZP-2380-571-125/13) ustalono, że Częstobud osiągnął 5. pozycję w rankingu cenowym z ceną 1.782.270,00 zł, a Ulbud 3. pozycję z ceną 1.682.640,00 zł (dowód: karty nr 1288, 1293). Oferty w tym postępowaniu zostały złożone w tym samym czasie – 4 października 2013 r., o godz. 12:35 (dowód: karty nr 1287, 1292). Ustalono, iż przedsiębiorcy przedstawili w toku postępowania gwarancje ubezpieczeniowe zapłaty wadium, które pochodzą z tego samego dnia – 2 października 2013 r. (dowód: karty nr 1288, 1293). W ofercie Ulbudu – niższej cenowo – stwierdzono brak dokumentu potwierdzającego spełnienie warunku udziału w postępowaniu w zakresie doświadczenia. Dokument ten przedstawił Częstobud. Przedstawienie dokumentu potwierdzającego spełnienie warunku udziału w postępowaniu w zakresie doświadczenia przez Ulbud było obiektywnie możliwe, gdyż dokument taki przedstawiony przez Częstobud wskazywał na spełnienie warunku doświadczenia poprzez wykonanie roboty budowlanej wraz z Ulbudem – jako konsorcjum firm (dowód: karta nr 1294). Pismem z 28 października 2013 r. zamawiający zwrócił się do przedsiębiorców o uzupełnienie oferty w zakresie wykazu osób, które będą uczestniczyć w wykonywaniu zamówienia. Na podstawie przedstawionego zestawienia ustalono, że przedsiębiorcy dysponowali tymi samymi osobami zdolnymi do wykonania zamówienia (w ramach potwierdzenia spełnienia warunku udziału w postępowaniu), z wyjątkiem kierownika budowy w specjalności konstrukcyjno-budowlanej. Oba wykonawcy tymi osobami dysponowali, a nie dopiero mieli dysponować. Zarówno w przypadku Ulbudu, jak i Częstobudu, występowały takie same podstawy dysponowania tymi osobami – w ramach umowy o dzieło lub umowy o pracę. Oba wykazy mają tę samą konstrukcję. Przedsiębiorcy dopuścili się w nich również tych samych błędów redakcyjnych, pisarskich i interpunkcyjnych (dowód: karty nr 972-983). Ustalono również, iż w toku postępowania zamawiający pismem z 29 października 2013 r. wystąpił do wykonawców o wyrażenie zgody na przedłużenie terminu związania ofertą. Zarówno Częstobud, jak i Ulbud nie wyrazili zgody na przedłużenie terminu związania ofertą. Oba pisma przedsiębiorców datowane są na dzień 30 października 2013 r. oraz mają podobną konstrukcję w zakresie użytych marginesów, a różnią się wyłącznie rodzajem dobranej czcionki. Występują w tych pismach również podobne błędy redakcyjne, pisarskie i interpunkcyjne (np. brak początkowego cudzysłowu, niepotrzebne spacje). Ponadto wpłynęły w tym samym czasie (dowód: karty nr 968-971).

Ad 7. W ramach postępowania przetargowego „Zaprojektowanie i wybudowanie zadania inwestycyjnego pn.: Rozbudowa obiektu w KPP Wodzisław Śląski” (ZP-2380-607-118/13) ustalono, że Częstobud osiągnął 9. pozycję w rankingu cenowym z ceną 10.729.290,00 zł (dowód: karta nr 1309), a Ulbud 5. pozycję z ceną 10.179.480,00 zł (dowód: karta nr 1319). Oferty w tym postępowaniu zostały złożone w tym samym czasie – 25 października 2013 r., o godz. 12:40 (dowód: karty nr 1308, 1318). W ofercie Ulbudu – niższej cenowo – stwierdzono brak dokumentu potwierdzającego spełnienie warunku udziału w postępowaniu w zakresie doświadczenia. Dokument taki został przedstawiony przez Częstobud. Przedstawienie dokumentu potwierdzającego spełnienie warunku udziału w postępowaniu w zakresie doświadczenia przez Ulbud było obiektywnie możliwe, gdyż dokument taki przedstawiony przez Częstobud wskazywał na spełnienie warunku doświadczenia poprzez wykonanie roboty budowlanej wraz z Ulbudem – jako konsorcjum firm (dowód: karta nr 1310). Pismem z 6 listopada 2013 r. zamawiający zwrócił się do przedsiębiorców o uzupełnienie oferty w zakresie wykazu osób, które będą uczestniczyć w wykonywaniu zamówienia. Na podstawie przedstawionego zestawienia ustalono, że przedsiębiorcy dysponowali tymi samymi osobami

zdolnymi do wykonania zamówienia (w ramach potwierdzenia spełnienia warunku udziału w postępowaniu), z wyjątkiem kierownika budowy w specjalności konstrukcyjno-budowlanej. Obaj wykonawcy tymi osobami dysponowali, a nie dopiero mieli dysponować. Zarówno w przypadku Ulbudu, jak i Częstobudu, występowały takie same podstawy dysponowania tymi osobami – w ramach umowy o dzieło lub umowy o pracę. Oba wykazy mają tę samą konstrukcję. Przedsiębiorcy dopuścili się w nich również tych samych błędów redakcyjnych i interpunkcyjnych. W tych samych miejscach w wykazie przedsiębiorcy używali również kursywy i pogrubienia znaków (dowód: karty nr 1256-1275). Ustalono również, iż w toku postępowania zamawiający pismem z 18 listopada 2013 r. wystąpił do wykonawców o wyrażenie zgody na przedłużenie terminu związania ofertą. Zarówno Częstobud, jak i Ulbud nie wyrazili zgody na przedłużenie terminu związania ofertą. Oba pisma przedsiębiorców datowane są na dzień 30 października 2013 r. oraz mają podobną konstrukcję w zakresie użytych marginesów, a różnią się wyłącznie rodzajem dobranej czcionki. Występują w tych pismach również podobne błędy redakcyjne (np. niepotrzebne spacje). Ponadto wpłynęły w tym samym czasie (dowód: karty nr 1278-1281). Ustalono również, iż wydruk z Centralnej Ewidencji i Informacji o Działalności Gospodarczej – potwierdzający status przedsiębiorcy – został wygenerowany przez Częstobud 17 października 2013 r., o godz. 10:13, a wydruk Ulbud został wygenerowany w tym samym dniu o godz. 10:12 (dowód: karty nr 1314-1315, 1320).

Ad 8. W ramach postępowania przetargowego „Zaprojektowania i wybudowania w ramach zadania inwestycyjnego pn. KMP Piekary Śląskie – termomodernizacja budynku wraz z przebudową strefy wejściowej” (ZP-2380-592—119/13) ustalono, że Częstobud osiągnął 12. pozycję w rankingu cenowym z ceną 1.643.280,00 zł (dowód: karta nr 1304), a Ulbud 11. pozycję z ceną 1.455.090,00 zł (dowód: karta nr 1299). Oferty w tym postępowaniu zostały złożone w tym samym czasie – 25 października 2013 r., o godz. 12:40 (dowód: karty nr 1298, 1303). W ofercie Ulbudu – niższej cenowo – stwierdzono brak dokumentu potwierdzającego spełnienie warunku udziału w postępowaniu w zakresie doświadczenia. Dokument taki przedstawił Częstobud. Przedstawienie dokumentu potwierdzającego spełnienie warunku udziału w postępowaniu w zakresie doświadczenia przez Ulbud było obiektywnie możliwe, gdyż dokument taki przedstawiony przez Częstobud wskazywał na spełnienie warunku doświadczenia poprzez wykonanie roboty budowlanej wraz z Ulbudem – jako konsorcjum firm (dowód: karta nr 1305). Ustalono również, iż w toku postępowania zamawiający pismem z 29 października 2013 r. wystąpił do wykonawców o wyrażenie zgody na przedłużenie terminu związania ofertą. Zarówno Częstobud, jak i Ulbud nie wyrazili zgody na przedłużenie terminu związania ofertą. Oba pisma przedsiębiorców datowane są na dzień 30 października 2013 r. oraz mają podobną konstrukcję w zakresie użytych marginesów, a różnią się wyłącznie rodzajem dobranej czcionki. Występują w tych pismach również podobne błędy redakcyjne (np. niepotrzebne spacje). Ponadto wpłynęły w tym samym czasie (dowód: karty nr 1132, 1144-1147). Ustalono również, iż wydruk z Centralnej Ewidencji i Informacji o Działalności Gospodarczej – potwierdzający status przedsiębiorcy – został wygenerowany przez Częstobud 30 września 2013 r., o godz. 11:15, a wydruk Ulbud został wygenerowany w tym samym dniu o godz. 11:13 (dowód: karty nr 1300, 1306).

Ponadto ustalono, iż biorąc udział w postępowaniach przetargowych rozpisanych przez Komendę Wojewódzką Policji w Katowicach, przedsiębiorcy dokonywali rotacji ofert – zmiany na miejscu przedsiębiorcy oferującego niższą cenę. W czterech postępowaniach niższą cenę zaoferował Ulbud, a w tylu samo przetargach niższa cena została przedstawiona przez Częstobud (dowód: karty nr 949-950).

Ponadto strony niniejszego postępowania niejednokrotnie tworzyły konsorcja – wspólnie składając oferty w przetargach na wykonywanie robót budowlano-remontowych – w których

jeden bądź drugi podmiot był liderem. Jako konsorcjum firm przedsiębiorcy przystąpili między innymi do postępowań przetargowych dotyczących rozbudowy Sądu Rejonowego w Starachowicach oraz budowy kompleksu budynków Komendy Powiatowej Policji w Skarżysku-Kamiennej (dowód: karty nr 937-941).

Ustalono równocześnie, iż adres dodatkowego miejsca prowadzenia działalności gospodarczej Ulbudu odpowiada adresowi głównego miejsca wykonywania działalności i adresu do doręczeń Częstobudu (dowód: karty nr 1327-1328). Ustalono również, iż załączany do ofert przedsiębiorców dokument o niekaralności został wystawiony w tym samym dniu – 30 sierpnia 2013 r. (dowód: karty nr 161, 178, 342, 358, 462, 471).

W toku postępowania ustalono również w jakiej wysokości przychód z tytułu pozarolniczej działalności gospodarczej osiągnął Ulbud oraz Częstobud w 2014 r. (dowód: karty nr 1335-1339, 1341-1346). Ustalono również przychód Ulbudu jaki został przez niego osiągnięty w 2014 r. z tytułu udziału w spółkach cywilnych, zajmujących się handlem materiałami budowlanymi oraz z tytułu działalności polegającej na wykonywaniu robót budowlanych w ramach przetargów nieograniczonych. Zebrano również dane dotyczące przychodu Częstobudu osiągniętego z tytułu udziału w spółkach cywilnych, zajmujących się handlem materiałami budowlanymi oraz z tytułu działalności polegającej na wykonywaniu robót budowlanych w ramach zamówień publicznych (dowód: karty nr 1329-1330).

W oparciu o ustalony stan faktyczny Prezes Urzędu zważył, co następuje.

Ad I. Dla uznania, że niniejsza sprawa ma charakter antymonopolowy, niezbędne jest w pierwszej kolejności ustalenie, czy w jej okolicznościach doszło do naruszenia **interesu publicznoprawnego**. Zgodnie bowiem z art. 1 ust. 1 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów, ustawa ta określa warunki rozwoju i ochrony konkurencji oraz zasady podejmowanej w interesie publicznym ochrony interesów przedsiębiorców i konsumentów. Ustawa o ochronie konkurencji i konsumentów należy więc do sfery prawa publicznego, a instrumenty w niej przewidziane mogą być stosowane jedynie wówczas, gdy na skutek działań przedsiębiorców naruszony jest interes publicznoprawny.

Pojęcie interesu publicznego w postępowaniu antymonopolowym nie jest pojęciem jednolitym i stałym. Zgodnie z orzecznictwem Sądu Antymonopolowego (obecnie Sądu Ochrony Konkurencji i Konsumentów) naruszenie interesu publicznego ma miejsce przede wszystkim wówczas, gdy skutkami działań sprzecznych z przepisami prawa konkurencji dotknięty jest szerszy krąg uczestników rynku, względnie, gdy działania te wywołują na rynku niekorzystne zjawiska¹. Ustawa o ochronie konkurencji i konsumentów w odniesieniu do konkurencji chroni zatem interes publiczny polegający na zapewnieniu właściwych warunków funkcjonowania rynku gospodarczego².

Czynnikiem niezbędnym dla prawidłowego funkcjonowania rynku gospodarczego jest możliwość powstania i rozwoju konkurencji. Dobrem chronionym na podstawie przepisów ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów jest więc konkurencja rozumiana jako zjawisko o charakterze instytucjonalnym. Za zagrożenie lub naruszenie mechanizmu konkurencji w takim ujęciu należy uznać działania, które dotyczą sfery szerszego kręgu uczestników rynku, a więc dotyczą konkurencji rozumianej nie jako sytuację pojedynczego przedsiębiorcy, lecz zaburzeń na rynku rozumianych jako negatywne zjawiska charakteryzujące jego funkcjonowanie³. Tylko w warunkach konkurencji przedsiębiorcy i konsumenci mają gwarancję realizacji konstytucyjnej wolności gospodarczej i ochrony

¹ Wyrok Sądu Antymonopolowego z 24 stycznia 1991 r. sygn. akt XV Amr 8/90.

² Wyrok Sądu Antymonopolowego z 23 października 2002 r. sygn. akt XVII Ama 133/01.

³ Wyrok Sądu Ochrony Konkurencji i Konsumentów z 28 listopada 2003 r. sygn. akt XVII Ama 105/02.

swoich praw. Jej istotą jest współzawodnictwo niezależnych podmiotów w celu uzyskania przewagi pozwalającej na osiągnięcie maksymalnych korzyści ekonomicznych ze sprzedaży towarów i usług oraz maksymalne zaspokojenie potrzeb konsumentów na możliwie najkorzystniejszych warunkach. Działanie w warunkach konkurencji wymaga samodzielności w podejmowaniu decyzji. Dlatego wszelkie formy grupowych działań przedsiębiorców, takich jak zmony przetargowe, czyli porozumienia zawierane między uczestnikami przetargów, a więc wszelkie formy działań, które są w stanie ograniczyć wolność działalności gospodarczej uczestników rynku i sztucznie zmienić stosunki rynkowe prowadzą do zakazanego zniekształcenia konkurencji, a przez to godzą w interes publiczny.

W świetle powyższego stwierdzić należy, iż zachowania będące przedmiotem oceny w niniejszym postępowaniu antymonopolowym przejawiające się w zawarciu porozumienia polegającego na uzgodnieniu przez przedsiębiorców biorących udział w postępowaniach o udzielenie zamówień publicznych na wykonywanie robót budowlano-remontowych organizowanych przez Komendę Wojewódzką Policji w Katowicach, warunków składanych ofert oraz podejmowania bądź zaniechania w tych postępowaniach czynności mających doprowadzić do wyboru tego z ww. przedsiębiorców, który zaoferował wyższą cenę za wykonanie zamówienia, godzą w tak rozumianą konkurencję, gdyż w sztuczny sposób mogły doprowadzić do zmiany stosunków rynkowych między zaangażowanymi w znowę przedsiębiorcami, wpływając tym samym na przebieg i wynik przetargów. Zawarta znowa przetargowa w oczywisty sposób mogła bowiem rzutować na prawidłowość funkcjonowania mechanizmu konkurencji, który jest istotą każdego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Należy podkreślić, że zawarte porozumienie stanowiło niedozwoloną ingerencję w swobodę prowadzenia działalności gospodarczej przez niezależne podmioty, która skutkowała w sposób negatywny nie tylko w sferze konkurencji, ale również mogła narazić zamawiających na niekorzystne rozporządzenie mieniem publicznym, którego są oni dysponentami, narażając pośrednio na straty ogół społeczeństwa. Uznać zatem należy, że w okolicznościach przedmiotowej sprawy naruszony został interes publicznoprawny polegający na zapewnieniu właściwych warunków funkcjonowania rynku i należytego dysponowania środkami publicznymi, co uzasadnia ocenę zachowania stron niniejszego postępowania antymonopolowego w świetle przepisów ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów.

Status przedsiębiorcy

W przedmiotowym postępowaniu przedsiębiorcom – Ulbudowi oraz Częstobudowi – postawiono zarzut zawarcia porozumienia ograniczającego konkurencję polegającego na uzgadnianiu przez tych przedsiębiorców przystępujących do przetargów publicznych o roboty budowlane, warunków składanych ofert oraz podejmowania bądź zaniechania w toku przetargów czynności, co mogło doprowadzić do wyboru przedsiębiorcy, który zaoferował wyższą cenę za wykonanie zamówienia, co stanowi naruszenie art. 6 ust. 1 pkt 7 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów.

Postępowanie antymonopolowe może być wszczęte wyłącznie w stosunku do podmiotu posiadającego status przedsiębiorcy lub związku przedsiębiorców. To do tych uczestników rynku skierowany jest bowiem zawarty w ustawie o ochronie konkurencji i konsumentów zakaz stosowania praktyk ograniczających konkurencję. Art. 4 ww. ustawy zawiera definicję przedsiębiorcy oraz związku przedsiębiorców. Ilekroć w ustawie jest mowa o przedsiębiorcy, to w myśl art. 4 pkt 1 ww. ustawy rozumie się przez to przedsiębiorcę w rozumieniu przepisów o swobodzie działalności gospodarczej. W myśl art. 4 ust. 1 ustawy z dnia 2 lipca 2004 r. o swobodzie działalności gospodarczej (t.j. Dz. U. z 2015 r., poz. 584 ze zm.) za przedsiębiorcę uznaje się osobę fizyczną, osobę prawną i jednostkę organizacyjną nie będącą osobą prawną, której odrębna ustawa przyznaje zdolność prawną, wykonującą we własnym

imieniu działalność gospodarczą (art. 4 ust. 1 ww. ustawy). „Działalnością gospodarczą” jest zgodnie z przepisem art. 2 tej ustawy, zarobkowa działalność wytwórcza, budowlana, handlowa, usługowa oraz poszukiwanie, rozpoznawanie i wydobywanie kopalin ze złóż, a także działalność zawodowa wykonywana w sposób zorganizowany i ciągły.

W niniejszym postępowaniu podmioty będące jego stroną posiadają status przedsiębiorcy, gdyż prowadzą działalność na podstawie wpisu do Centralnej Ewidencji i Informacji o Działalności Gospodarczej (dowód: karty nr 1327-1328). Zachowania niniejszych podmiotów podlegają zatem bez wątpienia kontroli dokonywanej na podstawie przepisów ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów. W związku z powyższym podmioty, którym w niniejszej sprawie postawiono zarzut zawarcia porozumienia ograniczającego konkurencję są biernie legitymowane w postępowaniu antymonopolowym jako strony tego postępowania.

Rynek właściwy

Praktyki ograniczające konkurencję ujawniają się na określonym rynku – rynku właściwym. Ustawa o ochronie konkurencji i konsumentów definiuje rynek właściwy jako rynek towarów, które ze względu na ich przeznaczenie, cenę oraz właściwości, w tym jakość, są uznawane przez ich nabywców za substytuty oraz są oferowane na obszarze, na którym, ze względu na ich rodzaj i właściwości, istnienie barier dostępu do rynku, preferencje konsumentów, znaczące różnice cen i koszty transportu, panują zbliżone warunki konkurencji (art. 4 pkt 9 ww. ustawy).

Przez towary należy rozumieć zarówno rzeczy, jak i energię, papiery wartościowe i inne prawa majątkowe, usługi, a także roboty budowlane (art. 4 pkt 7 ww. ustawy). Pojęcie rynku właściwego odnosi się przedmiotowo do wszystkich wyrobów (usług) jednego rodzaju, które ze względu na swoje szczególne właściwości odróżniają się od innych wyrobów (usług) w taki sposób, że nie istnieje możliwość dowolnej ich zamiany. Rynek właściwy produktowo obejmuje wszystkie towary, które służą zaspokajaniu tych samych potrzeb nabywców, mają zbliżone właściwości, podobne ceny i reprezentują podobny poziom jakości. Niezbędnym elementem rynku właściwego jest także jego wymiar geograficzny, oznaczający konieczność wskazania obszaru, na którym warunki konkurencji, mające zastosowanie do określonych towarów, są jednakowe dla wszystkich konkurentów. Zatem, aby wyznaczyć rynek właściwy określoną działalność poddaje się analizie z punktu widzenia produktowego (asortymentowego) a także geograficznego.

W ocenie Prezesa Urzędu zasadne jest przyjęcie, iż właściwości przedmiotowe (produktowe) analizowanego rynku wyznacza w niniejszej sprawie przedmiot zamówień, na wykonanie których zapotrzebowanie zgłaszał zamawiający – Komenda Wojewódzka Policji w Katowicach – w ramach postępowań o udzielenie zamówienia publicznego. Obejmowały one termomodernizację, modernizację, przebudowę strefy wejściowej, rozbudowę, nadbudowę, remont, jak i budowę nowych siedzib komisariatów policji. Wyznaczając zakres produktowy rynku właściwego wzięto pod uwagę, iż przedmiotem obrotu były tutaj duże i kompleksowe zamówienia. Przedsiębiorcy działający na takim rynku muszą dysponować odpowiednim potencjałem ekonomicznym i technicznym oraz wiedzą i doświadczeniem pozwalającymi na realizowanie kompleksowej usługi. Ponadto produktowy wymiar rynku determinuje po części okoliczność, iż kontrakty pozyskiwane są w drodze procedur przetargowych przeprowadzanych w trybie zamówień publicznych. Prowadzenie działalności w zakresie realizacji kontraktów, do których odnosi się postawiony w przedmiotowym postępowaniu antymonopolowym zarzut, wyróżnia kompleksowość usługi, co powoduje, że działalność w tym zakresie prowadzić mogą odpowiednio wyspecjalizowane podmioty, dysponujące odpowiednim zapleczem technicznym i potencjałem kadrowym, doświadczeniem i umiejętnościami.

Niezbędnym elementem rynku właściwego jest również jego wymiar geograficzny, oznaczający konieczność wskazania obszaru, na którym warunki konkurencji, mające zastosowanie do określonych towarów są jednakowe dla wszystkich konkurentów. Rynkiem właściwym w ujęciu geograficznym jest w przedmiotowej sprawie rynek krajowy.

Prawidłowość takiego określenia wymiaru rynku potwierdza fakt, iż uczestnicy niniejszego postępowania oraz inni przedsiębiorcy składali swoje oferty w przetargach organizowanych w różnych regionach Polski, w tym często w przetargach organizowanych w miastach bardzo odległych od miejsca ich siedziby. Za przyjęciem rynku krajowego przemawia także fakt, że nie istnieją istotne bariery w dostępie do tego rynku i na terenie całego kraju przedsiębiorcy mają jednolite warunki konkurowania. Ustawodawca nie przewidział reglamentacji prowadzenia działalności gospodarczej w tym zakresie, a barierą wejścia na rynek są przede wszystkim koszty związane z zarejestrowaniem działalności oraz zakupem odpowiednich maszyn, urządzeń i materiałów.

Nadmienić przy tym należy, iż struktura rynku właściwego nie będzie miała dla oceny niniejszej sprawy zasadniczego znaczenia. Zgodnie z polskimi i wspólnotowymi przepisami dotyczącymi porozumień ograniczających konkurencję, zmony przetargowe, co do zasady, nie korzystają z żadnych wyłączeń spod zakazu. Są one niedozwolone niezależnie od wielkości udziału w rynku przedsiębiorców uczestniczących w porozumieniu. Udział w rynku właściwym przedsiębiorców objętych porozumieniem i ich siła rynkowa w okolicznościach sprawy nie ma zatem znaczenia dla kwalifikacji porozumienia jako praktyki ograniczającej konkurencję.

Podsumowując należy wskazać, iż rynkiem właściwym w niniejszej sprawie jest krajowy rynek wykonywania robót budowlano-remontowych.

Istota, cel i skutki zawartego porozumienia

Przepis art. 6 ust. 1 pkt 7 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów stanowi, że zakazane są porozumienia, których celem lub skutkiem jest wyeliminowanie, ograniczenie lub naruszenie w inny sposób konkurencji na rynku właściwym, polegające w szczególności na uzgadnianiu przez przedsiębiorców przystępujących do przetargu lub przez tych przedsiębiorców i przedsiębiorcę będącego organizatorem przetargu warunków składanych ofert, w szczególności zakresu prac lub ceny.

Zgodnie z art. 4 pkt 5 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów, przez porozumienie rozumie się:

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

W świetle powyższego porozumienie to zarówno umowa, stanowiąca dowód materialny i bezpośredni na jej zawarcie, jak i uzgodnienia dokonane w jakiegokolwiek innej formie. Dla stwierdzenia istnienia porozumienia nie jest ważna forma (pisemna, ustna), w jakiej zostało ono zawarte. Definicja porozumień jest więc bardzo szeroka i pozwala na objęcie zakazami wynikającymi z art. 6 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów wszelkich form skoordynowanych działań niezależnie funkcjonujących przedsiębiorców. Porozumieniem może być dokonane w jakiegokolwiek formie uzgodnienie dwóch lub więcej niezależnych przedsiębiorców lub ich związków, które wywołuje lub grozi wywołaniem negatywnych skutków dla konkurencji. W szczególności są to wszelkie formy współpracy faktycznej,

którym przedsiębiorcy nie zamierzali nadać wiążącego charakteru, a które w sposób celowy i świadomy eliminują niepewność co do przebiegu procesów rynkowych i warunków działania konkurentów⁴.

Celem wyróżnienia praktyk uzgodnionych jako kategorii porozumień ograniczających konkurencję jest uniemożliwienie przedsiębiorcom obejścia zakazu zawartego w art. 6 ust. 1 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów poprzez stosowanie takich form koordynacji zachowań, które nie osiągnęły stadium umowy, ale świadomie pozwalają praktycznej współpracy zająć miejsce konkurencji powiązanej z ryzykiem⁵. Dla uznania działań podmiotów za sprzeczne z regułami konkurencji wystarczy zatem wykazanie, że ograniczyły one swobodę w stosunkach z osobami trzecimi na podstawie wspólnego uzgodnienia. Stwierdzenie praktyki ograniczającej konkurencję następuje wówczas na podstawie analizy rzeczywistych działań przedsiębiorców. Muszą być one nieadekwatne do istniejących warunków rynkowych⁶, niewytłumaczalne w sposób racjonalny bez założenia wcześniejszej koordynacji działań bądź zawierać elementy nieformalnej współpracy pomiędzy niezależnymi przedsiębiorcami⁷. Dowód na istnienie praktyk uzgodnionych może być obalony, jeżeli przedsiębiorcy są w stanie dowieść, na podstawie racjonalnych przesłanek, że fakty uznane za niewytłumaczalne w inny sposób jak istnieniem zmowy, mogą być zadowalająco wyjaśnione w sposób nie odwołujący się do tego rodzaju praktyk⁸.

Tak więc w celu wyeliminowania możliwości obejścia prawa przez dokonywanie czynności i działań nie spełniających przesłanek umowy cywilnoprawnej uznaje się za porozumienia – jak wskazano powyżej – także uzgodnienia dokonywane przez przedsiębiorców w jakiegokolwiek formie. Istotą tej formy jest koordynacja zachowań przedsiębiorców poprzez świadome współdziałanie, którego celem lub skutkiem jest ograniczenie konkurencji. Koordynacja pozwala bowiem na wyeliminowanie niepewności przedsiębiorców co do przebiegu procesów rynkowych i warunków działania konkurentów, w tym zachowań w toku postępowań o udzielenie zamówienia publicznego. Jednakże dla udowodnienia takiej koordynacji zachowań nie wystarcza stwierdzenie wystąpienia podobnych zachowań przedsiębiorców. Konieczne jest udowodnienie, że zachowania te nie są adekwatne do istniejących warunków rynkowych. Pomocne w udowodnieniu takiego uzgodnienia może być wykazanie istnienia związków prawnych i gospodarczych między przedsiębiorcami⁹.

Także w doktrynie przyjmuje się, iż w razie braku bezpośrednich dowodów na udowodnienie praktyk ograniczających konkurencję, dopuszczalnym jest oparcie się na dowodach pośrednich, poprzez odwołanie się, zgodnie z art. 81 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów do przepisów Kodeksu postępowania cywilnego dotyczących reguł odnoszących się do domniemań faktycznych.

⁴ E. Modzelewska-Wąchal, Ustawa o ochronie konkurencji i konsumentów. Komentarz, wyd. Twigger, Warszawa 2002, s. 44.

⁵ Wyrok ETS z 14 lipca 1972 r. w sprawie Imperial Chemical Industries przeciwko Komisji Wspólnot Europejskich (Zob. wyr. ETS 1972, 619) za: Zakaz porozumień ograniczających konkurencję I, wpraw. T. Skoczny, W. Szpringer, Dom Wydawniczy ELIPSA, Urząd Antymonopolowy, Warszawa 1996, s. 28.

⁶ E. Modzelewska-Wąchal, Ustawa o ochronie konkurencji i konsumentów ... – op. cit., s. 45.

⁷ S. Gronowski, Ustawa antymonopolowa ... – op. cit., s. 85.

⁸ Wyrok Europejskiego Trybunału Sprawiedliwości z 28 marca 1984 r. w sprawach połączonych 29 i 30/83 Compagnie Royale Asturienne des Mines SA i Societe Rheinzink przeciwko Komisji Wspólnot Europejskich (Zb. Wyr. ETS 1984, 1679) za: Prawo konkurencji Wspólnoty Europejskiej. Orzecznictwo, Tom 1, Orzeczenia Europejskiego Trybunału Sprawiedliwości z lat 1962-1989, opracowanie i wprowadzenie A. Jurkowska, T. Skoczny, Wydawnictwo Naukowe Wydziału Zarządzania Uniwersytetu Warszawskiego, Warszawa 2004, s. 348.

⁹ E. Modzelewska-Wąchal, Ustawa o ochronie konkurencji i konsumentów ... – op. cit., s. 45.

Stosownie do art. 231 Kodeksu postępowania cywilnego, można uznać za ustalone fakty mające istotne znaczenie dla rozstrzygnięcia sprawy, jeżeli wniosek taki można wyprowadzić z innych ustalonych faktów. Również w orzecznictwie wskazywano, iż fakt zawarcia zakazanego prawem porozumienia (w przypadku braku dowodów bezpośrednich) może być udowodniony w sposób pośredni, jeżeli podobieństwo postępowania przedsiębiorców nie da się wyjaśnić bez założenia uzgodnionego zachowania tych podmiotów na rynku.

W toku postępowania nie wykazano, aby pomiędzy Ulbudem i Częstobudem istniała umowa cywilnoprawna regulująca zasady zachowań w przetargach, w których oba podmioty biorą udział. W związku z powyższym należy przyjąć, iż porozumienie zawarte pomiędzy ww. przedsiębiorcami ma charakter uzgodnień, o których mowa w art. 4 pkt 5 lit b ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów.

Jak podkreśla Sąd Okręgowy w Warszawie – Sąd Ochrony Konkurencji i Konsumentów: „wykazanie istnienia zmowy przetargowej jest niezwykle trudne dowodowo. Podmioty, które dopuszczają się takich działań mając świadomość ich nielegalnego charakteru zwykle tuszują swe porozumienie. Zatem oceniać je możemy zwykle po rezultatach, przesłankach i całokształcie okoliczności sprawy, które to w tej konkretnej sprawie zadaniem Sądu jednoznacznie dowodzą wystąpienia zmowy przetargowej. Nie da się bowiem inaczej racjonalnie wytłumaczyć podania przez powódkę i zainteresowanych zbliżonych parametrów ofert zgłoszonych do przetargu, a pozostałe okoliczności sprawy zgodnie i jednoznacznie wskazują na uzgodnienie między podmiotami warunków składanych ofert, co stanowi niedozwoloną praktykę ograniczającą konkurencję.”¹⁰

W ocenie Prezesa Urzędu szereg okoliczności ustalonych w toku postępowania świadczy o tym, iż Ulbud oraz Częstobud dokonywali uzgodnień warunków składanych ofert oraz podejmowali bądź zaniechali w toku tych postępowań czynności mających doprowadzić do wyboru tego z ww. przedsiębiorców, który zaoferował wyższą cenę za wykonanie zamówienia. Okoliczności te opisano poniżej.

1. W ofertach wykonawców oferujących niższą cenę za wykonanie zamówienia stwierdzono brak dokumentów, które były wymagane do złożenia ważnej oferty. Stwierdzono również, iż obiektywnie dokumenty te mogły być złożone przez wykonawców w pierwotnie przedstawianej ofercie. Ten z przedsiębiorców, który oferował niższą cenę za wykonanie zamówienia nie przedstawiał w swojej ofercie następujących dokumentów lub dokonywał następujących czynności niweczących skuteczność złożonej przez siebie oferty:

- a. brak dokumentu potwierdzającego spełnienie warunku udziału w postępowaniu w zakresie dysponowania osobami, tj. wykazu osób,
- b. brak dokumentu potwierdzającego spełnienie warunku udziału w postępowaniu w zakresie doświadczenia,
- c. przedstawianie nieważnej gwarancji ubezpieczeniowej,
- d. składanie niewystarczających wyjaśnień dotyczących podejrzenia wystąpienia rażąco niskiej ceny.

Podmiot oferujący wyższą cenę za wykonanie zamówienia składał z kolei kompletne oferty lub ewentualne braki uzupełniał w terminie wskazanym przez zamawiającego. Zdaniem Prezesa Urzędu takie działanie było elementem strategii stron niniejszego postępowania antymonopolowego i umożliwiało im podejmowanie dalszych działań stosownie do całokształtu okoliczności danego postępowania przetargowego. W orzecznictwie Prezesa

¹⁰ Wyrok Sądu Ochrony Konkurencji i Konsumentów z 17 kwietnia 2008 r., sygn. akt XVII Ama 117/05.

Urzędu mechanizm działania przedsiębiorców polegający na sporządzeniu najkorzystniejszej oferty z błędami, czy brakami i ich nieusunięcie, nieuzupełnienie dokumentacji lub niedopełnienie innych warunków formalnych pomimo wezwania, tak aby musiała zostać wybrana oferta następna w kolejności (mniej korzystna) świadczy, przy uwzględnieniu całokształtu okoliczności sprawy, o zawarciu zmywu przetargowej przez przedsiębiorców. Takie sytuacje wystąpiły w ramach wszystkich analizowanych w toku niniejszego postępowania postępowań przetargowych – s. 5-10.

2. Wykonawca oferujący niższą cenę nie wyrażał zgody na przedłużenie terminu związania ofertą w związku z czym oferta jego podlegała wykluczeniu przez zamawiającego. Z takim przypadkiem wystąpił w ramach postępowania przetargowego „Zaprojektowania i wybudowania w ramach zadania inwestycyjnego pn. Budowa nowej siedziby KP III w Gliwicach”. Zgodę na przedłużenie terminu związania ofertą wyraził podmiot oferujący wyższą cenę za wykonanie zamówienia. Powyższe powodowałyby konieczność zawarcia umowy przez zamawiającego z podmiotem, którego oferta była o blisko 636 tys. zł wyższa niż najkorzystniejsza cenowo oferta.

3. Zmiana na miejscu przedsiębiorcy oferującego niższą cenę za wykonanie zamówienia – rotacja ofert. W przypadku analizowanych w niniejszym postępowaniu postępowań przetargowych w czterech na osiem przetargów wyższą cenę oferował Ulbud i odwrotnie. Ulbud zaoferował niższą cenę za wykonanie zamówienia odnośnie robót budowlano-remontowych w Chorzowie, w Siemianowicach Śląskich, Piekarach Śląskich oraz w Wodzisławiu Śląskim, a Częstobud zaoferował niższą cenę za wykonanie zamówienia odnośnie robót budowlano-remontowych w Gliwicach, Zawierciu, Rybniku oraz Dąbrowie Górniczej. W przypadku tej metody dzielenia zysków ustalenia dotyczą kolejności wygrywania przez przedsiębiorców w poszczególnych przetargach. Takie postępowanie wykonawców cechuje się ekonomicznym uzasadnieniem polegającym na maksymalizacji zysków – ze szkodą dla zamawiającego i pozostałych uczestników postępowań przetargowych. Nie można również takiego zachowania uzasadniać przypadkowością. W ocenie Prezesa Urzędu przedsiębiorcy ze z góry powziętym zamiarem planowali dokonać pomiędzy sobą podziału przyszłych profitów zmywu przetargowej.

4. Uzupelnianie braków oferty w terminie wskazanym przez zamawiającego. Taki przypadek wystąpił w ramach postępowania przetargowego „Zaprojektowania i wybudowania w ramach zadania inwestycyjnego pn. Nadbudowa i rozbudowa Komendy Miejskiej Policji w Dąbrowie Górniczej przy ul. Piłsudskiego 11”. Wykonawcy uzupełnili swoje oferty w terminie z uwagi na fakt, iż pod względem cenowym oferta jednego z nich była najkorzystniejsza, a pomiędzy jego ofertą a ofertą drugiego z przedsiębiorców znajdowały się dwie inne oferty cenowe. W analizowanych dotychczas postępowaniach taka sytuacja nie miała miejsca gdy kolejną pozycję w rankingu cenowym zajmował jeden ze zamawiających się przedsiębiorców. Gdyby analizować oddzielnie to postępowanie przetargowe to zachowanie wykonawców należałoby uznać za naturalne działanie podmiotu, który zmierza do uzyskania zamówienia. Niniejsze zachowanie przedsiębiorców w tym przetargu wskazuje zaś niezbicie, iż przy pozostałych postępowaniach przetargowych dopuszczali się oni działań, które miały na celu wybór oferty podmiotu oferującego wyższą cenę za zrealizowanie zamówienia.

5. Składanie ofert w postępowaniach przetargowych w tym samym czasie, co sugeruje, iż składane były przez tę samą osobę. Należy mieć na uwadze, że takie działanie w przypadku ofert konkurujących ze sobą przedsiębiorców jest co najmniej nieracjonalne. Racjonalnie działający przedsiębiorcy są motywowani maksymalizacją osiągnięcia zysków. Podmioty, które w sposób faktyczny ze sobą konkurują nie powierzają złożenia ofert przez tę samą osobę. Zachowanie takie, choć samo w sobie nie dowodzące istnienia zmywu, wskazuje na daleko

idącą współpracę i zaufanie między stronami postępowania. Podmioty, które w sposób faktyczny ze sobą konkurują, co do zasady nie powierzają złożenia ofert przez tę samą osobę, z uwagi na ryzyko zapoznania się konkurenta z treścią oferty.

6. Dołączanie do ofert wydruków z Centralnej Ewidencji i Informacji o Działalności Gospodarczej – potwierdzających status przedsiębiorcy – które zostały wygenerowane w tym samym czasie. Należy również wskazać o dołączanym do oferty załączniku – wykazie osób. Z przedstawionego przez przedsiębiorców zestawienia wynikało bowiem, że dysponowali oni tymi samymi osobami zdolnymi do wykonania zamówienia (w ramach potwierdzenia spełnienia warunku udziału w postępowaniu), z wyjątkiem kierownika budowy w specjalności konstrukcyjno-budowlanej. Przedsiębiorcy w tym zestawieniu dopuścili się tych samych błędów redakcyjnych i interpunkcyjnych. W tych samych miejscach używali również formatowania w postaci kursywy i pogrubienia znaków. W ocenie Prezesa Urzędu takie zachowanie nie może być traktowane jako działanie przypadkowe. Wskazuje ono niewątpliwie na kooperację przedsiębiorców na etapie kompletowania ofert w niezbędne załączniki. W określonych sytuacjach okoliczność powyższa może pozwalać na dalej idące wnioski, wskazując wprost na istnienie między uczestnikami rynku zmowy i jest tak również w niniejszej sprawie. Jest wysoce wątpliwe, by takie zachowanie wystąpiło w przypadku realnej konkurencji między uczestnikami niniejszego postępowania, bowiem konkurujący ze sobą uczestnicy przetargu co do zasady nie przygotowują ofert wspólnie. Tej okoliczności nie sposób interpretować inaczej aniżeli w kontekście łączącego strony porozumienia ograniczającego konkurencję.

7. Zważyć również należy, że niejednokrotnie różnica w wartości ofert Ulbudu i Częstobudu była niewielka. Różnice między cenami w ofertach Ulbudu i Częstobudu mieściły się w granicach 5,4 % do 13,4 %. Powyższe wskazuje, że strony niniejszego postępowania ustalały wartość składanych przez siebie ofert tak, aby zapewnić sobie dwa pierwsze miejsca w rankingu ofert – realizacja takiej strategii wymaga, by oferty nie były rozstawione zbyt szeroko, gdyż maleją wówczas szanse, że znajdą się one na kolejnych miejscach w rankingu. Osiągnięcie takiego rezultatu umożliwiała z kolei dalszą koordynację działań i doprowadzenie do sytuacji, w której zamawiający wybierał ofertę tego z przedsiębiorców, który złożył droższą ofertę, gwarantującą większy zysk dla wykonującego zlecenie.

8. Nie bez znaczenia w niniejszej sprawie jest również fakt, iż przedsiębiorcy są współnikami trzech spółek cywilnych. Spółka cywilna będąca wyłącznie stosunkiem obligacyjnym powstałym na podstawie umowy determinuje jednak pewne zachowania współników zmierzające do osiągnięcia wspólnego celu gospodarczego. Podmioty będące stroną umowy spółki cywilnej cechuje przede wszystkim tożsamość interesów, których zaspokojeniu ma służyć właśnie spółka. Pomimo, iż okoliczność ta nie ma bezpośredniego związku z przeprowadzonymi postępowania przetargowymi to jednak implikuje pewne powiązania pomiędzy przedsiębiorcami. O ścisłej współpracy przedsiębiorców świadczy za to zdarzenie, do którego doszło w trakcie postępowania przetargowego dotyczącego „Zaprojektowania i wybudowania w ramach zadania inwestycyjnego pn. Rozbudowa i modernizacja obiektu Komendy Miejskiej Policji w Rybniku”, w trakcie którego Ulbud złożył wniosek o przejrzanie wybranych ofert przedsiębiorców – w tym oferty Częstobudu, a jako osobę upoważnioną wskazał osobę, która jest pracownikiem Częstobudu. Zgodnie z art. 96 ust. 3 pzp protokół z przetargu jest jawny. Okolicznością obciążającą strony niniejszego postępowania nie jest fakt zapoznawania się z treścią ofert konkurentów po ich otwarciu przez zamawiającego, lecz pozyskiwanie tych informacji przez jednego pracownika dla obu przedsiębiorców, co stanowi dodatkową przesłankę do stwierdzenia, że Ulbud i Częstobud nie rywalizowali pomiędzy sobą w przetargach w celu uzyskania zlecenia, lecz ściśle

współpracowali. Ponadto wart podkreślenia jest także fakt, iż niejednokrotnie przedsiębiorcy przystępowali do postępowań przetargowych jako konsorcjum firm, wspólnie dążąc do realizacji tego samego celu gospodarczego. Ponadto, przedsiębiorcy dysponowali tymi samymi osobami zdolnymi do wykonania zamówienia (w ramach potwierdzenia spełnienia warunku udziału w postępowaniu), z wyjątkiem kierownika budowy w specjalności konstrukcyjno-budowlanej. Obaj wykonawcy tymi osobami dysponowali, a nie dopiero mieli dysponować. Zarówno w przypadku Ulbudu, jak i Częstobudu, występowały takie same podstawy dysponowania tymi osobami – w ramach umowy o dzieło lub umowy o pracę.

Dla uznania działań przedsiębiorców za sprzeczne z regułami konkurencji wystarczy wykazanie, że ograniczyły one swobodę w stosunkach z osobami trzecimi na podstawie wspólnego uzgodnienia. Stwierdzenie praktyki ograniczającej konkurencję następuje wówczas na podstawie analizy rzeczywistych działań przedsiębiorców. Muszą być one nieadekwatne do istniejących warunków rynkowych niewytłumaczalne w sposób racjonalny bez założenia wcześniejszej koordynacji działań bądź zawierać elementy nieformalnej współpracy pomiędzy niezależnymi przedsiębiorcami¹¹. Dowód na istnienie praktyk uzgodnionych może być obalony, jeżeli przedsiębiorcy są w stanie dowieść, na podstawie racjonalnych przesłanek, że fakty uznane za niewytłumaczalne w inny sposób jak istnieniem zmowy, mogą być zadowalająco wyjaśnione w sposób nie odwołujący się do tego rodzaju praktyk¹².

W tym miejscu należy przywołać jeszcze stanowisko Sądu Ochrony Konkurencji i Konsumentów, zgodnie z którym „(...) tak jak uznanie faktów za niewytłumaczalne bez wcześniejszej zmowy, musi następować na podstawie całokształtu okoliczności, a nie pojedynczej, choćby najistotniejszej przesłanki, tak też zadowalające ich wyjaśnienie w oderwaniu od zmowy musi odnosić się do całokształtu okoliczności. (...) Wszystkie możliwe wyjaśnienia zaistniałych okoliczności należy oceniać w kontekście całokształtu okoliczności związanych z zachowaniami podmiotów, a nie w oderwaniu, bo właśnie analizowanie pojedynczej okoliczności z perspektywy jej samej bez umiejscowienia w całokształcie zdarzeń może prowadzić do nierzetelnych wniosków. Tak więc, o ile po dokonaniu oceny dowodów pośrednich okaże się, w kontekście całokształtu tych okoliczności, że wniosek o zawarciu niedozwolonego porozumienia jest jedynym możliwym do wyprowadzenia, należy przyjąć zawarcie porozumienia za udowodnione”¹³.

Mając na uwadze powyższe należy stwierdzić, opierając się na domniemaniu faktycznym, iż Ulbud oraz Częstobud dokonywali uzgodnień warunków składanych ofert oraz podejmowania bądź zaniechania w tych postępowaniach czynności mających doprowadzić do wyboru tego z ww. przedsiębiorców, który zaoferował wyższą cenę za wykonanie zamówienia, a tym samym zawarli porozumienie ograniczające konkurencję. Domniemanie to stanowi bowiem logicznie wynikający wniosek z faktów, które zostały w toku postępowania prawidłowo ustalone jako jego przesłanki. Przesłanki te stanowią podstawę przeprowadzenia rozumowania, zgodnie z którym prawdopodobieństwo zmowy jest tym większe, im mniejsze jest prawdopodobieństwo wystąpienia zaobserwowanych okoliczności i zachowań rynkowych w warunkach braku porozumienia. Jeśli to ostatnie jest bardzo niskie, bardzo wysokie będzie to pierwsze. Innymi słowy, znikomy jest stopień prawdopodobieństwa, iż strony

¹¹S. Gronowski, Ustawa antymonopolowa. Komentarz, Warszawa 1999, s. 85.

¹²Wyrok Europejskiego Trybunału Sprawiedliwości z 28 marca 1984 r. w sprawach połączonych 29 i 30/83 *Compagnie Royale Asturienne des Mines SA i Societe Rheinzink przeciwko Komisji Wspólnot Europejskich* (Zb. wyr. ETS 1984, 1679) za: Prawo konkurencji Wspólnoty Europejskiej. Orzecznictwo, Tom 1, Orzeczenia Europejskiego Trybunału Sprawiedliwości z lat 1962-1989, opracowanie i wprowadzenie A. Jurkowska, T. Skoczny, Wydawnictwo Naukowe Wydziału Zarządzania Uniwersytetu Warszawskiego, Warszawa 2004, s. 348.

¹³ Wyrok Sądu Ochrony Konkurencji i Konsumentów z 31 sierpnia 2008 r. sygn. akt XVII AmA 142/07.

postępowania w toku przetargów rozpisanych przez Komendę Wojewódzką Policji w Katowicach zachowywały się jak niezależne podmioty, które prowadzą wobec siebie działalność konkurencyjną. Fakt doprowadzenia do odrzucenia ofert przedsiębiorców, mimo braku jakiegokolwiek ekonomicznego uzasadnienia, stanowi trudną do obalenia przesłankę przemawiającą za wnioskiem, zgodnie z którym ww. przedsiębiorcy zawarli porozumienie ograniczające konkurencję.

W uzasadnieniu niniejszej decyzji nie dokonuje się oceny legalności zachowania przedsiębiorców w świetle przepisów pzp, lecz przepisów ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów. Przedmiotowe okoliczności, analizowane na tle pozostałych ustaleń faktycznych, dają jednak dodatkową podstawę do wniosku, iż mimo składania w przetargach odrębnych ofert Ulbud i Częstobud nie konkurowali ze sobą, lecz ściśle współpracowali, aby doprowadzić do wyboru oferty jednego z nich, tego, który złożył ofertę z wyższą ceną, co godzi w interes zamawiającego.

W ocenie Prezesa Urzędu wszystkie okoliczności wymienione powyżej i brane wspólnie pod uwagę świadczą o tym, iż Ulbud oraz Częstobud zawarli porozumienie ograniczające konkurencję polegające na uzgadnianiu przez tych przedsiębiorców przystępujących do przetargów publicznych o roboty budowlane, warunków składanych ofert oraz podejmowania bądź zaniechania w toku postępowań przetargowych czynności mających doprowadzić do wyboru tego z ww. przedsiębiorców, który zaoferował wyższą cenę za wykonanie zamówienia, co stanowi naruszenie art. 6 ust. 1 pkt 7 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów.

Przede wszystkim, w świetle doświadczenia życiowego oraz zasad logicznego rozumowania zachowania Ulbudu oraz Częstobudu w opisanych w niniejszej decyzji przetargach nie można wytłumaczyć w inny sposób niż istnieniem zmywy przetargowej. W szczególności nie zasługują na uwzględnienie argumenty stron, iż są oni niezależnymi przedsiębiorcami, prowadzącymi wobec siebie działalność konkurencyjną.

Oferty były tak przygotowywane, aby uczestnicy porozumienia znaleźli się na pierwszych miejscach w rankingu ofert sporządzanym przez zamawiającego i zyskali możliwość wykorzystania tej sytuacji. Celem przedsiębiorców było uzyskanie przez ich oferty dwóch pierwszych miejsc w klasyfikacji ofert opierającej się na kryterium ceny, zatem ustalając wartość swoich ofert przyjmowali taką różnicę, dzięki której mogli osiągnąć ten cel. Taki stan rzeczy miał na celu doprowadzenie do wyboru oferty drugiej w rankingu, której wartość była większa, co mogli osiągnąć poprzez doprowadzenie do odrzucenia najkorzystniejszej oferty albo odmowę podpisania umowy.

Dokonane ustalenia pozwalają zatem na stwierdzenie, że Ulbud oraz Częstobud zawarli antykonkurencyjne porozumienie. W ocenie Prezesa Urzędu spełniona została więc pierwsza przesłanka zastosowania art. 6 ust. 1 pkt 7 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów polegająca na zawarciu porozumienia według zasad określonych w art. 4 pkt 5 ww. ustawy.

Do uznania porozumienia za naruszające zakaz określony w art. 6 ust. 1 pkt 7 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów wystarczające jest wobec tego wykazanie, że strony porozumienia stawiają sobie za cel ograniczenie konkurencji i nie ma znaczenia, czy cel ten został osiągnięty. Z punktu widzenia prawa konkurencji bez znaczenia jest, czy realizacja porozumienia ograniczającego konkurencję nastąpiła w praktyce. Kwalifikacja prawna porozumień, których celem jest ograniczenie konkurencji jest taka sama jak porozumień wywierających skutki sprzeczne z prawem konkurencji. Cel i skutek porozumienia mają więc charakter alternatywny; dla zastosowania zakazu porozumień ograniczających konkurencję wystarczy, spełnienie jednej z omawianych przesłanek. Jeżeli porozumienie ma antykonkurencyjny cel (a skutek jeszcze nie wystąpił lub w ogóle nie wystąpi) jest ono

traktowane jako niedozwolone. Prawo konkurencji ma bowiem nie tylko usuwać skutki rynkowe praktyk ograniczających konkurencję, ale również zapobiegać wystąpieniu tych skutków¹⁴.

Jak wskazano powyżej, za porozumienia uznaje się także uzgodnienia dokonywane przez przedsiębiorców w jakiejkolwiek formie. Istotą tej formy jest koordynacja zachowań przedsiębiorców poprzez świadome współdziałanie, którego celem lub skutkiem jest ograniczenie konkurencji. Koordynacja pozwala bowiem na wyeliminowanie niepewności przedsiębiorców co do przebiegu procesów rynkowych i warunków działania konkurentów, w tym zachowań w toku postępowań o udzielenie zamówienia publicznego. Jednakże dla udowodnienia takiej koordynacji zachowań nie wystarcza stwierdzenie wystąpienia podobnych zachowań przedsiębiorców. Konieczne jest udowodnienie, że zachowania te nie są adekwatne do istniejących warunków rynkowych.

Procesy konkurencji w trakcie przeprowadzania przetargów mogą ulec zniekształceniom w wyniku wcześniejszego uzgadniania ofert firm przystępujących do przetargów. Porozumienia oferentów mogą dotyczyć jednego przetargu, bądź wielu przetargów. W okolicznościach sprawy mamy do czynienia z powtarzalnym, jednorodnym zachowaniem Ulbudu i Częstobudu polegającym na dokonywaniu uzgodnień zachowań wpływających na ostateczne wyniki przetargów publicznych na wykonywanie robót budowlano-remontowych. Zachowanie to przejawiało się m.in. w uzgadnianiu warunków składanych ofert oraz podejmowania bądź zaniechania w toku postępowań przetargowych czynności mających doprowadzić do wyboru tego z ww. przedsiębiorców, który zaoferował wyższą cenę za wykonanie zamówienia. Uczestnicy niniejszego postępowania uzgadniali warunki składanych ofert oraz podejmowali bądź odstępowali od podjęcia określonych czynności w toku przetargów, aby doprowadzić do wyboru oferty tego z nich, który w danym przetargu zaoferował wyższą cenę za wykonanie zamówienia. Celem ich współpracy było niewątpliwie ograniczenie konkurencji. Zrealizowanie tego celu możliwe było w tych postępowaniach o udzielenie zamówienia, w których oferty Ulbudu i Częstobudu w rankingu ofert zajmowały pierwsze i drugie miejsce. Postępowanie wykazało, że cel ten mógł zostać osiągnięty przez strony postępowania w co najmniej dwóch przetargach – „Zaprojektowania i wybudowania w ramach zadania inwestycyjnego pn. Budowa nowej siedziby KP III w Gliwicach” oraz „Zaprojektowania i wybudowania w ramach zadania inwestycyjnego pn. Przebudowa, rozbudowa i nadbudowa Komendy Powiatowej Policji w Zawierciu przy ul. Kasprowicza 9”.

Mimo braku w sprawie dowodów bezpośrednich, zdaniem Prezesa Urzędu, całkowicie uzasadnione jest, w oparciu o przedstawione fakty i dowody pośrednie zebrane w toku postępowania antymonopolowego, wyprowadzenie wniosku o zawarciu przez Ulbud oraz Częstobud zakazanego porozumienia ograniczającego konkurencję określonego w doktrynie jako zmowa przetargowa, którego zakaz wyraża norma prawna wynikająca z art. 6 ust. 1 pkt 7 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów.

Odnosząc się zarazem w tym miejscu do stanowiska stron postępowania należy wskazać, co następuje.

W toku postępowania Ulbud wskazał, iż brak jest logicznego wytłumaczenia dla działania, w którym przedsiębiorca ten zna cenę lub inne warunki oferty Częstobudu i składa własną ofertę tylko po to, aby w trakcie postępowania wyeliminować ofertę Częstobudu lub własną. Podobnie wywodził Częstobud podnosząc, iż w uzasadnieniu postępowania

¹⁴ Z. Jurczyk, Wybrane zagadnienia polityki konkurencji, Urząd Ochrony Konkurencji i Konsumentów, Warszawa 2004, s. 36; M. Bychowska, Zakaz praktyk ograniczających konkurencję. Kompetencje Prezesa Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów oraz Komisji Europejskiej od 1 maja 2004 r., Urząd Ochrony Konkurencji i Konsumentów, Warszawa 2004, s. 9.

antymonopolowego w żaden sposób nie uzasadniono jakie wymierne korzyści mieliby osiągnąć przedsiębiorcy z faktu, iż jedna z nich ustąpiła miejsca w rankingu ofert firmie konkurencyjnej.

W ocenie Prezesa Urzędu to właśnie takie zachowanie stron niniejszego postępowania wskazuje na zawarcie pomiędzy nimi zmowy przetargowej. Zachowanie to powodowane było chęcią maksymalizacji zysków związanych z udziałem w konkretnym postępowaniu przetargowym. Dla przykładu, w przypadku postępowania przetargowego dotyczącego „Zaprojektowania i wybudowania w ramach zadania inwestycyjnego pn. Budowa nowej siedziby KP III w Gliwicach” szkoda finansowa jaką mógł odnieść zamawiający wyniosła blisko 636 tys. zł, a w przypadku postępowania przetargowego dotyczącego „Zaprojektowania i wybudowania w ramach zadania inwestycyjnego pn. Przebudowa, rozbudowa i nadbudowa Komendy Powiatowej Policji w Zawierciu przy ul. Kasprowicza 9” potencjalna szkoda po stronie zamawiającego to ponad 900 tys. zł. Ww. kwoty mogły stanowić zarazem korzyść finansową jakiej mogli się spodziewać uczestniczący w zмовie przedsiębiorcy. Sumaryczne zestawienie różnic cenowych zachodzących pomiędzy ofertami przedsiębiorców wskazuje, iż potencjalnie szkoda zamawiającego w ośmiu rozpisanych przez niego przetargach mogła wynieść kilka milionów złotych.

Nie są również zasadne argumenty podnoszone przez strony niniejszego postępowania, iż składając niekompletne dokumenty, czy też nie składając wyjaśnień będąc do tego zobowiązanym, nie składali ich aby wygrał podmiot oferujący cenę wyższą oraz że wątpliwości budzi jakie korzyści z tych działań mogłaby osiągnąć firma oferująca cenę nieznacznie niższą i celowo przegrywająca. Odnosząc się do tego należy wskazać, iż przedsiębiorca oferujący cenę niższą mógł zostać za swoją postawę wynagrodzony przez podmiot oferujący cenę wyższą. Mógł m.in. brać udział w wykonaniu robót budowlano-remontowych jako podwykonawca lub też uzyskać przyrzeczenie, iż w przyszłości to on zostanie zwycięzcą kolejnego przetargu. Szczególnie za tą drugą alternatywą mogłyby przemawiać okoliczności niniejszej sprawy związane z dokonywaniem rotacji ofert – zmiany na miejscu przedsiębiorcy oferującego niższą cenę. W czterech postępowaniach niższą cenę zaoferował Ulbud, a w tylu samo przetargach niższa cena została przedstawiona przez Częstobud.

Nie sposób również uznać za wiarygodne wyjaśnienia Częstobudu związane z okolicznościami postępowania przetargowego dotyczącego „Zaprojektowania i wybudowania w ramach zadania inwestycyjnego pn. Budowa nowej siedziby KP III w Gliwicach” oraz „Zaprojektowania i wybudowania w ramach zadania inwestycyjnego pn. Rozbudowa i modernizacja obiektu Komendy Miejskiej Policji w Rybniku”. Przedsiębiorca argumentował, iż w przypadku tych postępowań nie wyraził zgody na przedłużenie terminu związania ofertą oraz że nie złożył wyjaśnień dotyczących zarzutu rażąco niskiej ceny z uwagi na fakt, iż podpisał wcześniej lub był pewien podpisania umowy na wykonanie robót budowlanych w szpitalu w Legnicy, a co miało uniemożliwiać realizację kolejnych zadań. W pierwszej kolejności należy wskazać, iż postępowanie przetargowe na wykonanie robót budowlano-remontowych polegających na przebudowie wejścia głównego do Wojewódzkiego Szpitala Specjalistycznego w Legnicy opiewało tylko na kwotę 1.107,000,00 zł. Postępowanie przetargowe na wykonanie robót budowlano-remontowych w Gliwicach i Rybniku były zaś pod tym względem zdecydowanie intratniejsze – odpowiednio oferta Częstobudu opiewała na kwotę 7.782,210,00 zł oraz 12.740,340,00 zł. Ponadto do postępowania przetargowego w Legnicy przedsiębiorca przystąpił jako lider konsorcjum – którego uczestnikiem był Ulbud. Powyższe implikowało więc również podział zysków z wykonanej inwestycji. Co warte podkreślenia, inwestycja w Legnicy nie powstrzymała Ulbudu – oferującego wyższą cenę za wykonanie ww. zamówień – od wyrażenia zgody na przedłużenie terminu związania ofertą

oraz przedstawienia szczegółowych wyjaśnień odnośnie zarzutu rażąco niskiej ceny, pomimo iż w przypadku przetargu w Rybniku zajmował on dopiero 3. miejsce – tuż za Częstobudem.

Nie jest wreszcie zasadny zarzut Częstobudu dotyczący konieczności powstania skutku polegającego na wyborze oferty wykonawcy oferującego wyższą cenę. Nie jest bowiem istotne czy opisany powyżej cel porozumienia został przez strony osiągnięty, tj. czy w związku z działaniem stron faktycznie doszło do naruszenia konkurencji, czyli czy został przez strony porozumienia osiągnięty antykonkurencyjny skutek porozumienia. W krajowym i unijnym orzecznictwie podkreśla się bowiem, że antykonkurencyjny cel i antykonkurencyjny skutek porozumienia nie muszą wystąpić łącznie, wystarczające jest spełnienie tylko jednego ze wskazanych elementów, tj. antykonkurencyjnego celu porozumienia lub antykonkurencyjnego skutku porozumienia. Należy przy tym wskazać, że zmowy przetargowe są traktowane jako ograniczenia konkurencji zakazane z uwagi na ich cel (przedmiot), naruszenie zakazu określonego w art. 6 ust. 1 pkt 7 ustawy jest niezależne od tego, czy porozumienie realnie wpłynęło na wynik przetargu.

W ocenie Prezesa Urzędu porozumienie stwierdzone w punkcie I. sentencji niniejszej decyzji, stanowi porozumienie ciągłe i jednolite. Mamy bowiem do czynienia z powtarzalnym, jednorodnym zachowaniem stron polegającym na dokonywaniu uzgodnień zachowań wpływających na ostateczne wyniki przetargów, a sprowadzających się do nierzetelnego uzupełniania ofert lub odmowy przedłużenia terminu związania ofertą, celem zawarcia umowy z tym członkiem porozumienia, który zaoferował wyższą cenę. Nie bez znaczenia pozostaje także fakt, że wszystkie zidentyfikowane w niniejszej decyzji przetargi miały na celu ograniczenie konkurencji na tym samym rynku właściwym. Wszystkie postępowania przetargowe dotyczyły bowiem tej samej kategorii produktów. Przedstawione okoliczności przemawiają za uznaniem działań Ulbudu i Częstobudu, za działania podejmowane w ramach jednolitego i ciągłego porozumienia. Przedstawione stanowisko jest spójne z orzecznictwem unijnym, które podkreśla, że istotną okolicznością dla ustalenia, czy naruszenie jest jednolite i ciągłe, czy też istnieje kilka odrębnych naruszeń, jest wspólność celu, to jest wpływu na konkurencję na danym rynku produktowym.

Jednocześnie, należy stwierdzić, że na ocenę porozumienia jako porozumienia ciągłego i jednolitego nie wpływa okoliczność, że nie w każdym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, przedsiębiorcy podejmowali te same działania bezpośrednio wpływające na ostateczne rozstrzygnięcie danego przetargu – nie zmienia to bowiem istoty omawianego porozumienia, którym przez cały okres obowiązywania było uzgadnianie zachowań wpływających na ostateczne wyniki postępowań przetargowych. Na tę ocenę oddziałuje także istnienie swoistej rotacji w zakresie podejmowanych przez strony porozumienia działań.

W ocenie Prezesa Urzędu jednoznacznie można stwierdzić, że istnieją dowody świadczące o tym, że zmowa przetargowa została zrealizowana przez przedsiębiorców w ocenianych powyżej przetargach publicznych o roboty budowlane. Jednocześnie biorąc pod uwagę okoliczność, że istotą przedmiotowego porozumienia było uzgadnianie przez Ulbud oraz Częstobud warunków składanych ofert oraz podejmowanie bądź zaniechanie w toku postępowań przetargowych czynności mających doprowadzić do wyboru tego z ww. przedsiębiorców, który zaoferował wyższą cenę za wykonanie zamówienia, Prezes Urzędu przyjął, że **praktyka została zaniechana z dniem 23 maja 2014 r.**, kiedy to została podpisana ostatnia umowa z wykonawcą, który przedstawił najkorzystniejszą ważną ofertę w ramach postępowania przetargowego „Zaprojektowania i wybudowania w ramach zadania inwestycyjnego pn. Nadbudowa i rozbudowa Komendy Miejskiej Policji w Dąbrowie Górniczej przy ul. Piłsudskiego 11”. Jednocześnie Prezes Urzędu nie dysponuje dowodami istnienia kwestionowanego tą decyzją porozumienia po tej dacie. Ze względu na fakt, że

okoliczności świadczące o realizacji zmowy zostały zidentyfikowane w przetargu na „Zaprojektowania i wybudowania w ramach zadania inwestycyjnego pn. Nadbudowa i rozbudowa Komendy Miejskiej Policji w Dąbrowie Górniczej przy ul. Piłsudskiego 11” jako w ostatnim rozstrzygniętym przetargu, należało stwierdzić zaniechanie stosowania tej praktyki właśnie z dniem **23 maja 2014 r.**

Wobec powyższego orzeczono jak w punkcie I. sentencji niniejszej decyzji.

Wyłączenia spod zakazu porozumień ograniczających konkurencję

W niniejszej sprawie doszło do zawarcia porozumienia, którego celem było ograniczenie konkurencji na krajowym rynku wykonywania robót budowlano-remontowych, poprzez uzgadnianie przez Ulbud i Częstobud warunków składanych ofert oraz podejmowania bądź zaniechania w tych postępowaniach czynności mających doprowadzić do wyboru tego z ww. przedsiębiorców, który zaoferował wyższą cenę za wykonanie zamówienia.

Zakaz porozumień ograniczających konkurencję nie ma charakteru bezwzględny. Ustawa o ochronie konkurencji i konsumentów przewiduje, że porozumienia ograniczające konkurencję są zakazane, o ile nie zostały wyłączone spod zakazu. Istnieją trzy rodzaje wyłączeń spod zakazu zawierania porozumień ograniczających konkurencję:

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

Zasada *de minimis*

Ingerencja prawa konkurencji w stosunki gospodarcze przedsiębiorców powinna mieć miejsce jedynie w przypadkach, kiedy zachowania przedsiębiorców wywierają odczuwalne skutki dla konkurencji. W związku z tym w art. 7 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów przewidziane jest wyłączenie stosowania zakazu zawierania porozumień ograniczających konkurencję z uwagi na niewielki udział przedsiębiorców w rynku. Zgodnie z ust. 1 pkt 1 powołanego przepisu wyłączenie to ma miejsce w odniesieniu do porozumień zawieranych między przedsiębiorcami, którzy są konkurentami, jeżeli ich łączny udział w rynku w roku kalendarzowym poprzedzającym zawarcie porozumienia nie przekracza 5%.

Niemniej jednak, zgodnie z ust. 2 art. 7 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów wyżej wskazane wyłączenie nie ma zastosowania m.in. do porozumień określonych w art. 6 ust. 1 pkt 7 tej ustawy, tj. do zmwów przetargowych. Biorąc pod uwagę, iż analizowane w niniejszej sprawie porozumienie stanowi właśnie taki rodzaj porozumienia, nie korzysta ono z wyłączenia spod zakazu porozumień ograniczających konkurencję w oparciu o określający zasadę *de minimis* przepis art. 7 ust. 1 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów.

Wyłączenia grupowe

Przepis art. 8 ust. 3 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów stanowi, że Rada Ministrów może w drodze rozporządzenia wyłączyć określone rodzaje porozumień spod zakazu zawierania antykonkurencyjnych porozumień, biorąc pod uwagę korzyści jakie te porozumienia mogą przynieść. W obowiązującym stanie prawnym brak jest jednak tego typu rozporządzeń mających zastosowanie w stosunku do zmwów przetargowych zawieranych przez przedsiębiorców działających na tym samym szczeblu obrotu, tj. będących konkurentami w układzie horyzontalnym.

Wyłączenie na podstawie art. 8 ust. 1 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów

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

Ad II. Art. 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 % przychodu określonego w roku rozliczeniowym poprzedzającym rok nałożenia kary, jeżeli przedsiębiorca ten, choćby nieumyślnie, dopuścił się naruszenia zakazu określonego w art. 6 tej ustawy, w zakresie niewyłączonym na podstawie art. 7 i 8. Rozstrzygnięcie w przedmiocie nałożenia administracyjnej kary pieniężnej posiada więc fakultatywny charakter. Skuteczna polityka karania wymaga jednak, aby w przypadku stwierdzenia stosowania przez przedsiębiorcę praktyki ograniczającej konkurencję zasadą było nakładanie kary pieniężnej¹⁵.

Tytułem wyjaśnienia należy wskazać, że dnia 18 stycznia 2015 r. weszły w życie przepisy ustawy z dnia 10 czerwca 2014 r. o zmianie ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów oraz ustawy – Kodeks postępowania cywilnego (Dz. U. 2014 poz. 945) – zwanej dalej: „ustawą o zmianie ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów”, które między innymi zmieniły brzmienie art. 106 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów. Zgodnie jednak z art. 3 ustawy o zmianie ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów do spraw, w których postępowanie wszczęto przed dniem wejścia w życie niniejszej ustawy stosuje się przepisy dotychczasowe, o ile przepis art. 4, art. 7, art. 10 i art. 11 nie stanowią inaczej. Niniejsze postępowanie zostało wszczęte przed dniem 18 stycznia 2015 r., a w zakresie nakładania kary pieniężnej nie ma zastosowania przepis art. 4, art. 7 art. 10 lub art. 11 ustawy o zmianie ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów, co oznacza, że przy nakładaniu kary pieniężnej znajdzie zastosowanie art. 106 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów w brzmieniu obowiązującym przed dniem 18 stycznia 2015 r.

Ustawa o ochronie konkurencji i konsumentów nie zawiera zamkniętego katalogu przesłanek, od których uzależniana jest wysokość nakładanych na przedsiębiorców kar. Jednakże art. 111 tej ustawy stanowi, że przy ustalaniu wysokości kar pieniężnych, o których mowa w art. 106-108, należy uwzględnić w szczególności okres, stopień oraz okoliczności naruszenia przepisów ustawy, a także uprzednie naruszenie przepisów ustawy. Jest rzeczą oczywistą, iż na wysokość kary musi mieć także wpływ stopień zagrożenia lub naruszenia interesu publicznoprawnego stosowanymi praktykami ograniczającymi konkurencję. Ponadto w orzecznictwie wskazuje się, że w przypadku kar za stosowanie praktyk ograniczających konkurencję przesłankami, które należy brać pod uwagę są: potencjał ekonomiczny przedsiębiorcy, skutki praktyki dla konkurencji lub kontrahentów, dopuszczalny poziom kary wynikający z przepisów ustawy oraz cele, jakie kara ma osiągnąć¹⁶. Nałożona przez Prezesa Urzędu kara pieniężna powinna pełnić przy tym funkcję represyjną, tj. stanowić dolegliwość za naruszenie przepisów ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów, a także prewencyjną, czyli dyscyplinującą (tj. zapobiegać podobnym naruszeniom w przyszłości).

W punkcie I. sentencji niniejszej decyzji uznano za praktykę ograniczającą konkurencję i naruszającą zakaz, o którym mowa w art. 6 ust. 1 pkt 7 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów, zawarcie przez Ulbud oraz Częstobud porozumienia ograniczającego

¹⁵ Wyrok Sądu Ochrony Konkurencji i Konsumentów z 8 listopada 2004 r., sygn. akt XVII Ama 81/03.

¹⁶ Wyrok SN z 27 czerwca 2000 r., I CKN 793/98.

konkurencję polegającego na uzgadnianiu przez tych przedsiębiorców przystępujących do przetargów publicznych o roboty budowlane, warunków składanych ofert oraz podejmowania bądź zaniechania w toku postępowań przetargowych czynności mających doprowadzić do wyboru tego z ww. przedsiębiorców, który zaoferował wyższą cenę za wykonanie zamówienia.

W przedmiotowym postępowaniu Prezes Urzędu, biorąc pod uwagę charakter stwierdzonej praktyki i stopień naruszenia interesu publicznego, uznał za zasadne nałożenie kary pieniężnej na uczestników porozumienia. Nakładając karę pieniężną, o której mowa w art. 106 ust. 1 pkt. 1 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów, Prezes Urzędu wziął pod uwagę konieczność ustalenia, czy określone w tym przepisie naruszenie dokonane było przez poszczególnych przedsiębiorców co najmniej nieumyślnie. Konieczność brania pod uwagę tej przesłanki w przypadku stosowania kar pieniężnych wynika bezpośrednio z art. 106 ust. 1 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów. Dopuszczenie się naruszenia przepisów ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów może nastąpić zarówno umyślnie, jak też i nieumyślnie. Kara pieniężna może zostać nałożona także w przypadku, gdy przedsiębiorca „choćby nieumyślnie” dopuścił się określonego czynu. Oznacza to, że kara może być nałożona także w przypadku, gdy po stronie przedsiębiorcy nie będzie występować wina, rozumiana jako świadomość bezprawności zachowania.

Dokonując oceny zaistnienia w niniejszej sprawie przesłanki co najmniej nieumyślnego naruszenia przepisów ustawy przez Ulbud oraz Częstobud, Prezes Urzędu wziął pod uwagę, że zgodnie z orzecznictwem Sądu Najwyższego, element subiektywny w postaci umyślności lub nieumyślności naruszenia przepisów ustawy wyraża się w tym, że przedsiębiorca działa mając świadomość, że swoim zachowaniem narusza zakaz praktyk ograniczających konkurencję, lub gdy jako profesjonalny uczestnik obrotu mógł (powinien był) taką świadomość mieć¹⁷. Prezes Urzędu uwzględnił również treść art. 83 Konstytucji RP, zgodnie z którym każdy ma obowiązek przestrzegania prawa Rzeczypospolitej Polskiej, a także stanowisko Sądu Najwyższego, który uznaje, że przedsiębiorcy będący profesjonalnymi uczestnikami obrotu rynkowego mają możliwość prawidłowego określenia ryzyka prawnego przy podejmowaniu określonych decyzji biznesowych¹⁸.

Biorąc pod uwagę powyższe okoliczności, Prezes Urzędu uznał, że stwierdzone niniejszą decyzją naruszenia zakazów określonych w art. 6 ust. 1 pkt 7 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów mają **charakter umyślny**. Tym samym, **kryterium „co najmniej nieumyślnego” naruszenia** zakazu zawierania porozumień ograniczających konkurencję należy uznać za **spełnione**. Prezes Urzędu jest zatem uprawniony do nałożenia na strony niniejszego postępowania kar pieniężnych.

Powyższa ocena wynika przede wszystkim z faktu, że przedmiotowa sprawa dotyczy profesjonalnych uczestników obrotu rynkowego. Obowiązek znajomości i przestrzegania norm prawa ciąży na wszystkich przedsiębiorcach, tym bardziej na profesjonalnych uczestnikach obrotu rynkowego. Podmioty profesjonalnie działające na rynku powinny mieć możliwość przewidzenia, że podejmowane przez nie działania będą uznane przez Prezesa Urzędu za praktykę ograniczającą konkurencję i nie mogą skutecznie dowodzić braku świadomości dokonanego naruszenia. Ponadto, należy zwrócić uwagę, iż przedmiotowa sprawa dotyczy zawarcia porozumienia przetargowego, a więc uzgodnionej koordynacji działań oferentów w celu zmanipulowania wyników tegoż postępowania. Przedsiębiorcy składający oferty w postępowaniach przetargowych rozpisanych przez Komendę Wojewódzką Policji w Katowicach byli świadomi, iż prowadzone jest ono w trybie przetargu

¹⁷ Wyrok SN z 21 kwietnia 2011 r., sygn. akt III SK 45/10, niepubl.

¹⁸ Ibidem.

nieograniczonego na podstawie przepisów pzp. Oferenci byli zobowiązani do złożenia szeregu oświadczeń o spełnieniu warunków udziału w postępowaniu, przewidzianych w pzp (określonych m.in. w art. 22 ust. 1 i art. 24 ust. 1 tej ustawy). Z przepisów tej ustawy wynika m.in., iż zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców (art. 7 ust. 1). W toku postępowania zamawiający dokonuje wyboru najkorzystniejszej oferty, w więc takiej, która przedstawia najkorzystniejszy bilans ceny i innych kryteriów odnoszących się do przedmiotu zamówienia publicznego. Każdy oferent ma zatem świadomość, iż prowadząc skoordynowane działania z innym oferentem (lub oferentami, w tym potencjalnymi) mające na celu wpłynięcie na wynik postępowania przetargowego, przeciwdziała celowi postępowania przetargowego, jakim jest wybór najkorzystniejszej oferty. Wynika to nie tylko z przepisów pzp, ale wprost z charakteru postępowań przetargowych. Wszystkie powyższe okoliczności świadczą, iż objęci zarzutem niniejszego postępowania przedsiębiorcy działali umyślnie. Ponadto jak słusznie wskazał Europejski Trybunał Sprawiedliwości np. w wyroku z 11 lipca 1989 r. w sprawie 246/86 S.C. Belasco i inni p-ko Komisji Wspólnot Europejskich (Zb. Orz. 1989, 2117), czy też w innych orzeczeniach¹⁹, aby naruszenie było traktowane jako popełnione umyślnie nie jest konieczne aby „przedsiębiorstwo było świadome naruszenia reguł konkurencji, wystarcza natomiast aby nie mogło być nieświadome, że sporne zachowanie miało na celu ograniczenie konkurencji”. Okoliczności sprawy świadczą o tym, iż są oni stronami porozumienia realizującego pewną ustaloną taktykę występowania w przetargach, której celem jest przyniesienie im maksymalnych, możliwych korzyści finansowych.

Ustalając wymiar kary pieniężnej Prezes Urzędu w pierwszej kolejności dokonał oceny natury stwierdzonego w niniejszej decyzji naruszenia, która determinuje wysokość kwoty bazowej kary będącej odsetkiem przychodu uzyskanego przez uczestników porozumienia w 2014 r. Wskazać przy tym należy, iż w kwestii natury naruszenia Prezes Urzędu wyróżnia naruszenia bardzo poważne (do których należy zaliczyć przede wszystkim szczególnie szkodliwe horyzontalne ograniczenia konkurencji, w tym porozumienia cenowe, zmywy przetargowe, podział rynku, kolektywne bojkoty, jak również przypadki nadużywania pozycji dominującej mające na celu lub prowadzące do eliminacji konkurencji na rynku), naruszenia poważne (do których należy zaliczyć przede wszystkim porozumienia horyzontalne niezaliczane do najpoważniejszych naruszeń, porozumienia pionowe wpływające na cenę lub warunki oferowania produktu, przypadki nadużywania pozycji dominującej mające na celu lub prowadzące do istotnego ograniczenia konkurencji lub dotkliwej eksploatacji kontrahentów lub konsumentów), naruszenia mniej poważne niż wyżej wymienione (naruszenia pozostałe, do których należą m.in. porozumienia wertykalne niedotyczące ceny lub możliwości odsprzedaży towaru, jak również przypadki nadużywania pozycji dominującej o mniejszej wadze).

Ustalając wysokość kar pieniężnych Prezes Urzędu wziął pod uwagę, iż przedmiotowe porozumienie ograniczające konkurencję związane zostało między podmiotami działającymi na tym samym szczeblu obrotu, czyli było porozumieniem horyzontalnym. Ponadto porozumienie zawarte przez Ulbud oraz Częstobud należy do szczególnie szkodliwych horyzontalnych ograniczeń konkurencji, jakimi są zmywy przetargowe. W związku z tym naruszenie to zostało zakwalifikowane do naruszeń bardzo poważnych. Powyższe w przypadku Ulbudu oznaczało przyjęcie kwoty bazowej w wysokości 363.891,91 zł, a w przypadku Częstobudu kwoty bazowej w wysokości 404.537,81 zł.

¹⁹ Prawo Konkurencji Wspólnoty Europejskiej. Orzecznictwo. Tom 2: orzeczenia Sądu Pierwszej Instancji z lat 1990-2004. Część 2. s. 808.

Przy ustalaniu kary pieniężnej wzięto w dalszej kolejności pod uwagę specyfikę rynku, na którym doszło do zawarcia porozumienia ograniczającego konkurencję. 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. Stwierdzone porozumienie wiązało się z potencjalną możliwością powstania wymiernego uszczerbku finansowego po stronie zamawiającego. Zarazem Prezes Urzędu zważył, że wykonywaniem robót budowlano-remontowych trudni się wielu przedsiębiorców na terenie całego kraju, na co wskazuje wielość ofert składanych w przetargach organizowanych przez zamawiających. Rynek, na którym działają strony postępowania jest rynkiem o niskim stopniu koncentracji. Miarkując wysokość kary pieniężnej Prezes Urzędu wziął po uwagę również specyfikę rynku oraz działalności przedsiębiorców, a w szczególności strukturę rynku właściwego, na którym doszło do zawarcia porozumienia. Przede wszystkim uwzględniono okoliczność, iż rynek wykonywania robót budowlano-remontowych jest rynkiem konkurencyjnym, na którym nie występują istotne bariery wejścia. Z drugiej strony wzięto pod uwagę fakt, iż porozumienie zawarte między stronami zostało wprowadzone w życie, ale nie wywarło negatywnego skutku na rynku, gdyż zamawiający w każdym przypadku, w którym mogło dojść do faktycznego naruszenia reguł konkurencji, odrzucał oferty przedsiębiorców. Ponadto, bezpośrednio, negatywne następstwa porozumienia mogły być odczuwalne przede wszystkim przez zamawiającego, który podpisując umowę z Częstobudem lub Ulbudem, zobowiązałby się zapłacić za realizację zamówień cenę wyższą od tej, która zostałaby ustalona jako wynik sprawnie funkcjonującego, niezakłóconego działania zamawiających się przedsiębiorców, mechanizmu konkurencji. Wszystkie wyżej wymienione okoliczności wzięte pod uwagę łącznie wskazują, że wpływ przedmiotowego porozumienia na konkurencję na rynku był ograniczony. W opinii Prezesa Urzędu zasadnym jest zatem obniżenie przyjętej kwoty bazowej kary o 30 %.

Prezes Urzędu wziął również pod uwagę przesłankę długotrwałości obowiązywania porozumienia i uznał, iż porozumienie to trwało przynajmniej w okresie od wszczęcia postępowania przetargowego tj. od ogłoszenia w dniu 16 września 2013 r. przetargu przez Komendę Wojewódzką Policji w Katowicach na „Zaprojektowanie i wybudowanie zadania inwestycyjnego pn.: Rozbudowa obiektu w KPP Wodzisław Śląski” (dowód: karta nr 1187), do 23 maja 2014 r. kiedy to została podpisana przez zamawiającego umowa z wykonawcą, który brał udział w ostatnim z zakwestionowanych przetargów. Skoro zatem porozumienie trwało ok. dziewięciu miesięcy to nie było ono długotrwałe, nie występuje zatem w tym przypadku konieczność podwyższenia kwoty bazowej wyliczanej kary.

W wyniku przyjęcia tych założeń kwotą bazową w niniejszej sprawie określono w wysokości **254 724 zł** dla Ulbudu oraz **283 176 zł** dla Częstobudu.

Ustalając wysokość kar pieniężnych, należało również wziąć pod uwagę okoliczności mające wpływ na zwiększenie (okoliczności obciążające) lub zmniejszenie (okoliczności łagodzące) ich wymiaru. Okoliczności łagodzące i obciążające są oceniane łącznie, indywidualnie dla każdej sprawy oraz dla każdego przedsiębiorcy. Poszczególne okoliczności łagodzące lub obciążające mogą mieć różną wagę. Ustalona na wcześniejszym etapie wysokość kary może ulec zwiększeniu/zmniejszeniu maksymalnie o 50%.

Prezes Urzędu stwierdził występowanie w niniejszej sprawie jednej okoliczności łagodzącej jaką jest zaniechanie stosowania zakwestionowanej praktyki jeszcze przed dniem wszczęcia niniejszego postępowania.

Z drugiej strony, **jako okoliczność obciążającą** potraktowano fakt, że dokonane naruszenie miało charakter **umyślny**. Należy bowiem wskazać, że Ulbud i Częstobud zawierając porozumienie świadomie dążyli do ograniczenia konkurencji. Wszystkie

okoliczności sprawy, w szczególności postępowanie stron w przetargach świadczą o tym, iż przedsiębiorcy określili pewien z góry określony model działania w ww. przetargach, którego celem było osiągnięcie dodatkowych korzyści finansowych oraz zwiększenie swoich szans na realizację zamówienia.

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

Powyższe powoduje, że wymienione wyżej czynniki wzajemnie zrównoważyły się, stąd wysokość kar na tym etapie **nie uległa dalszej zmianie**. Stąd też karę pieniężną w niniejszej sprawie określono na poziomie **254 724 zł** dla Ulbudu oraz **283 176 zł** dla Częstobudu.

Wobec powyższego orzeczono jak w punkcie II. sentencji niniejszej decyzji.

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.

Ad III. Stosownie do art. 77 ust. 1 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów, jeżeli w wyniku postępowania Prezes Urzędu stwierdził naruszenie przepisów ww. ustawy, przedsiębiorca, który dopuścił się tego naruszenia, jest obowiązany ponieść koszty postępowania. 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.

Zgodnie z art. 263 § 1 ustawy z dnia 14 czerwca 1960 r. Kodeksu postępowania administracyjnego (t.j. Dz. U. z 2013 r., poz. 267 ze zm. – zwanej dalej także „k.p.a.”) do kosztów postępowania zalicza się koszty podróży i inne należności świadków i biegłych oraz stron w przypadkach przewidzianych w art. 56, a także koszty spowodowane oględzinami na miejscu, jak również koszty doręczenia stronom pism urzędowych. Ponadto, art. 263 § 2 k.p.a. stanowi, że organ administracji publicznej może zaliczyć do kosztów postępowania także inne koszty bezpośrednio związane z rozstrzygnięciem sprawy, za które w niniejszej sprawie uznano korespondencję z zamawiającym, dotyczącą przetargów, w których udział brali Ulbud oraz Częstobud. Zgodnie z art. 264 § 1 k.p.a. jednocześnie z wydaniem decyzji organ administracji publicznej ustali w drodze postanowienia wysokość kosztów postępowania, osoby zobowiązane do ich poniesienia oraz termin i sposób ich uiszczenia.

Niniejsze postępowanie antymonopolowe zostało wszczęte z urzędu. W jego wyniku Prezes Urzędu w punkcie I. sentencji przedmiotowej decyzji stwierdził naruszenie art. 6 ust. 1 pkt 7 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów przez Ulbud oraz Częstobud. Kosztami niniejszego postępowania są dla Prezesa Urzędu wydatki związane z doręczaniem stronom pism w toku sprawy oraz korespondencją z zamawiającym, dotyczącą przetargów, w których brali udział ww. przedsiębiorcy. W związku z powyższym Prezes Urzędu postanowił obciążyć każdego z przedsiębiorców wymienionych w punkcie I. sentencji niniejszej decyzji kwotą kosztów w wysokości **29 zł**.

W związku z powyższym orzeczono jak w punkcie III. sentencji niniejszej decyzji.

Koszty niniejszego postępowania przedsiębiorca obowiązany jest wpłacić na konto Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów w Warszawie w NBP o/o Warszawa Nr 511010100078782231000000 w terminie 14 dni od uprawomocnienia się decyzji.

Stosownie do treści art. 81 ust. 1 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów – w wersji sprzed 18 stycznia 2015 r. – w związku z art. 3 i 11 ustawy z dnia 10 czerwca 2014 r. o zmianie ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów oraz ustawy – Kodeks postępowania cywilnego (Dz. U. z 2014 r., poz. 945) oraz art. 479²⁸ § 2 Kodeksu postępowania cywilnego – 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.

W przypadku jednak kwestionowania wyłącznie postanowienia o kosztach zawartego w punkcie III. niniejszej decyzji, stosownie do art. 81 ust. 5 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów w związku z art. 479³² § 1 i 2 Kodeksu postępowania cywilnego i art. 264 § 2 Kodeksu postępowania administracyjnego w zw. z art. 83 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów oraz art. 3 ustawy z dnia 10 czerwca 2014 r. o zmianie ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów oraz ustawy – Kodeks postępowania cywilnego (Dz. U. z 2014 r., poz. 945), można wnieść zażalenie do Sądu Okręgowego w Warszawie – Sądu Ochrony Konkurencji i Konsumentów, za pośrednictwem Prezesa Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów – Delegatury Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów w Katowicach w terminie tygodnia od dnia doręczenia niniejszej decyzji.

DYREKTOR DELEGATURY
URZĘDU OCHRONY KONKURENCJI
I KONSUMENTÓW W KATOWICACH
Maciej Fragsztajn