



PREZES
URZĘDU OCHRONY
KONKURENCJI I KONSUMENTÓW
TOMASZ CHRÓSTNY

Poznań, 28 grudnia 2022 r.

RPZ.410.2.2020.US

WERSJA JAWNA

*tajemnice przedsiębiorstwa i inne informacje prawnie chronione
oznaczono w następujący sposób: (usunięto)*

DECYZJA nr RPZ 12/2022

I. Na podstawie art. 10 ust. 1 ustawy z dnia 16 lutego 2007 r. o ochronie konkurencji i konsumentów (Dz. U. z 2021 r. poz. 275), uznaje się za praktykę ograniczającą konkurencję i naruszającą zakaz, o którym mowa w art. 6 ust. 1 pkt 7 ww. ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów, zawarcie przez:

1. REMONDIS Sanitech Poznań sp. z o.o. z siedzibą w Poznaniu,
2. PreZero Dolny Śląsk sp. z o.o. z siedzibą we Wrocławiu,
3. Artura Zysa prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą Przedsiębiorstwo Usług Komunalnych Artur Zys w Środzie Wielkopolskiej,
4. EKO-TOM Turguła sp. j. z siedzibą w Bolechowie,
5. ORDO Poznań sp. z o.o. sp. k. z siedzibą w Czerwonaku,
6. Przedsiębiorstwo Usług Komunalno-Transportowych „Vikom” Iwona Kubera i Rafał Kubera sp. j. z siedzibą w Poznaniu,
7. „KDS” sp. z o.o. z siedzibą w Poznaniu,

porozumienia ograniczającego konkurencję w postępowaniach o udzielenie zamówień publicznych w trybie przetargu nieograniczonego, ogłoszonych w 2017 roku przez Związek Międzygminny „Gospodarka Odpadami Aglomeracji Poznańskiej” z siedzibą w Poznaniu na usługę odbioru i transportu zmieszanych odpadów komunalnych i odpadów ulegających biodegradacji, ze szczególnym uwzględnieniem bioodpadów oraz na odbiór, transport i zagospodarowanie pozostałych odpadów komunalnych zbieranych w sposób selektywny z nieruchomości, na których zamieszkują mieszkańcy oraz nieruchomości, na których nie zamieszkują mieszkańcy, a powstają odpady komunalne

położonych na terenie sektorów I-XV wchodzących w skład ww. Związku, polegającego na uzgodnieniu przez ww. przedsiębiorców warunków składanych ofert.

II. Na podstawie art. 106 ust. 1 pkt 1 ustawy z dnia 16 lutego 2007 r. o ochronie konkurencji i konsumentów (Dz. U. z 2021 r. poz. 275) nakłada się kary pieniężne z tytułu naruszenia zakazu określonego w art. 6 ust. 1 pkt 7 tej ustawy w zakresie określonym w punkcie I sentencji niniejszej decyzji w wysokości:

1) 4 539 078,26 zł (słownie: cztery miliony pięćset trzydzieści dziewięć tysięcy siedemdziesiąt osiem złotych 26/100) na REMONDIS Sanitech Poznań sp. z o.o. z siedzibą w Poznaniu i

2) 1 363 499,98 zł (słownie: milion trzysta sześćdziesiąt trzy tysiące czterysta dziewięćdziesiąt dziewięć złotych 98/100) na PreZero Dolny Śląsk sp. z o.o. z siedzibą we Wrocławiu i

3) 473 761,15 zł (słownie: czterysta siedemdziesiąt trzy tysiące siedemset sześćdziesiąt jeden złotych 15/100) na Artura Zysa prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą Przedsiębiorstwo Usług Komunalnych Artur Zys w Środzie Wielkopolskiej i

4) 404 869,15 zł (słownie: czterysta cztery tysiące osiemset sześćdziesiąt dziewięć złotych 15/100) na EKO-TOM Turguła sp. j. z siedzibą w Bolechowie i

5) 112 331,47 zł (słownie: sto dwanaście tysięcy trzysta trzydzieści jeden złotych 47/100) na ORDO Poznań sp. z o.o. sp. k. z siedzibą w Czerwonaku,

6) 176 643,82 zł (słownie: sto siedemdziesiąt sześć tysięcy sześćset czterdzieści trzy złote 82/100) na Przedsiębiorstwo Usług Komunalno-Transportowych „Vikom” Iwona Kubera i Rafał Kubera sp. j. z siedzibą w Poznaniu i

7) 154 038,38 zł (słownie: sto pięćdziesiąt cztery tysiące trzydzieści osiem złotych 38/100) na „KDS” sp. z o.o. z siedzibą w Poznaniu,

płatne do budżetu państwa.

III. Na podstawie art. 77 ust. 1 w zw. z art. 80 ustawy z dnia 16 lutego 2007 r. o ochronie konkurencji i konsumentów (Dz. U. z 2021 r. poz. 275) oraz art. 263 § 1 i art. 264 § 1 ustawy z dnia 14 czerwca 1960 r. - Kodeks postępowania administracyjnego (Dz.U. z 2022 r. poz. 2000), w związku z art. 83 ww. ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów, Prezes Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów obciąża kosztami postępowania antymonopolowego:

1) REMONDIS Sanitech Poznań sp. z o.o. z siedzibą w Poznaniu w kwocie 310,66 zł (słownie: trzysta dziesięć złotych 66/100),

2) PreZero Dolny Śląsk sp. z o.o. z siedzibą we Wrocławiu w kwocie 313,96 zł (słownie: trzysta trzynaście złotych 96/100),

3) Artura Zysa prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą Przedsiębiorstwo Usług Komunalnych Artur Zys w Środzie Wielkopolskiej w kwocie 244,56 zł (słownie: dwieście czterdzieści cztery złote 56/100),

4) EKO-TOM Turguła sp. j. z siedzibą w Bolechowie w kwocie 239,96 zł (słownie: dwieście trzydzieści dziewięć złotych 96/100),

5) ORDO Poznań sp. z o.o. sp. k. z siedzibą w Czerwonaku w kwocie 239,96 zł (słownie: dwieście trzydzieści dziewięć złotych 96/100),

6) Przedsiębiorstwo Usług Komunalno-Transportowych „Vikom” Iwona Kubera i Rafał Kubera sp. j. z siedzibą w Poznaniu w kwocie 235,36 zł (słownie: dwieście trzydzieści pięć złotych 36/100),

7) „KDS” sp. z o.o. z siedzibą w Poznaniu w kwocie 262,26 zł (słownie: dwieście sześćdziesiąt dwa złote 26/100)

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

UZASADNIENIE

1. USTALENIA FAKTYCZNE

1.1 PRZEBIEG POSTĘPOWANIA

(1) Postanowieniem z dnia 22 kwietnia 2020 r. Prezes Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów (dalej: „Prezes Urzędu”) wszczął postępowanie antymonopolowe przeciwko:

1. REMONDIS Sanitech Poznań sp. z o.o. z siedzibą w Poznaniu,
2. PreZero Dolny Śląsk sp. z o.o. z siedzibą we Wrocławiu,
3. Artura Zysa prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą Przedsiębiorstwo Usług Komunalnych Artur Zys w Środzie Wielkopolskiej,
4. EKO-TOM Turguła sp. j. z siedzibą w Bolechowie,
5. ORDO Poznań sp. z o.o. sp. k. z siedzibą w Czerwonaku,
6. Przedsiębiorstwo Usług Komunalno-Transportowych „Vikom” Iwona Kubera i Rafał Kubera sp. j. z siedzibą w Poznaniu,
7. „KDS” sp. z o.o. z siedzibą w Poznaniu,

w związku z podejrzeniem zawarcia przez tych przedsiębiorców porozumienia ograniczającego konkurencję w postępowaniach o udzielenie zamówień publicznych w trybie przetargu nieograniczonego, ogłoszonych w 2017 roku przez Związek Międzygminny „Gospodarka Odpadami Aglomeracji Poznańskiej” z siedzibą w Poznaniu na usługę odbioru i transportu zmieszanych odpadów komunalnych i odpadów ulegających biodegradacji, ze szczególnym uwzględnieniem bioodpadów oraz na odbiór, transport i zagospodarowanie pozostałych odpadów komunalnych zbieranych w sposób selektywny z nieruchomości, na których zamieszkują mieszkańcy oraz nieruchomości, na których nie zamieszkują mieszkańcy, a powstają odpady komunalne położonych na terenie sektorów I-XV wchodzących w skład ww. Związku, polegającego na uzgodnieniu przez ww. przedsiębiorców warunków składanych ofert.

- (2) W szczegółowym uzasadnieniu zarzutów z dnia 6 lipca 2022 r. (dalej: „SUZ”) Prezes Urzędu poinformował strony postępowania, że wstępne ustalenia postępowania antymonopolowego wskazują na zawarcie przez REMONDIS Sanitech Poznań sp. z o.o., PreZero Dolny Śląsk sp. z o.o., Artura Zysa prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą Przedsiębiorstwo Usług Komunalnych Artur Zys, EKO-TOM Turguła sp. j., ORDO Poznań sp. z o.o. sp. k., Przedsiębiorstwo Usług Komunalno-Transportowych „Vikom” Iwona Kubera i Rafał Kubera sp. j., „KDS” sp. z o.o., porozumienia ograniczającego konkurencję, o jakim mowa w art. 6 ust. 1 pkt 7 ustawy z dnia 16 lutego 2007 r. o ochronie konkurencji i konsumentów (Dz. U. z 2021 r. poz. 275; dalej: „u.o.k.k.”) w zakresie wskazanym w sentencji postanowienia o wszczęciu postępowania, a co za tym idzie Prezes Urzędu zamierza wydać, na podstawie art. 10 ust. 1 ww. ustawy, decyzję administracyjną stwierdzającą zawarcie takiego porozumienia oraz nałożyć na strony postępowania kary pieniężne.
- (3) W odpowiedzi na szczegółowe uzasadnienie zarzutów, za wyjątkiem Przedsiębiorstwa Usług Komunalno-Transportowych „Vikom” Iwona Kubera i Rafał Kubera sp. j., która jako jedyna nie przedstawiła swojego stanowiska w sprawie, strony podtrzymały wyrażone uprzednio stanowiska w sprawie oraz zaprzeczyły zarzutowi zawarcia porozumienia ograniczającego konkurencję.
- (4) Stanowiska stron oraz ich odpowiedzi na SUZ zostały przedstawione szczegółowo w rozdziałach 2 (*Stanowiska stron wyrażone w toku postępowania*) oraz 3.8 (*Stanowiska stron postępowania wobec szczegółowego uzasadnienia zarzutów przedstawionego przez Prezesa Urzędu*) niniejszej decyzji.
- (5) Pismami z dnia 7 grudnia 2022 r. Prezes Urzędu zawiadomił strony postępowania o zakończeniu postępowania dowodowego oraz o możliwości zapoznania się z aktami sprawy i wypowiedzenia się co do zgromadzonego materiału dowodowego. W odpowiedzi na powyższe, pismem z dnia 15 grudnia 2022 r. (data doręczenia 28 grudnia 2022 r.) PreZero Dolny Śląsk sp. z o.o. podtrzymał swoje dotychczasowe stanowisko w sprawie.
- (6) Sześciu przedsiębiorców, tj. REMONDIS Sanitech Poznań sp. z o.o., PreZero Dolny Śląsk sp. z o.o., EKO-TOM Turguła sp. j., ORDO Poznań sp. z o.o. sp. k., „KDS” sp. z o.o. oraz Artur Zys prowadzący działalność gospodarczą pod firmą Przedsiębiorstwo Usług Komunalnych Artur Zys w Środzie Wielkopolskiej skorzystało w toku postępowania z prawa wglądu do akt.

1.2 STRONY POSTĘPOWANIA

- (7) Stronami postępowania antymonopolowego są:
 1. REMONDIS Sanitech Poznań sp. z o.o. z siedzibą w Poznaniu (numer KRS: 0000168556),
 2. PreZero Dolny Śląsk sp. z o.o. z siedzibą we Wrocławiu (numer KRS: 0000102891),
 3. Artur Zys prowadzący działalność gospodarczą pod firmą Przedsiębiorstwo Usług Komunalnych Artur Zys w Środzie Wielkopolskiej (numer NIP 7770008248),

4. EKO-TOM Turguła sp. j. z siedzibą w Bolechowie (numer KRS: 0000301444),
 5. ORDO Poznań sp. z o.o. sp. k. z siedzibą w Czerwonaku (numer KRS: 0000743333),
 6. Przedsiębiorstwo Usług Komunalno-Transportowych „Vikom” Iwona Kubera i Rafał Kubera sp. j. z siedzibą w Poznaniu (numer KRS: 0000010788),
 7. „KDS” sp. z o.o. z siedzibą w Poznaniu (numer KRS: 0000178658).
- (8) REMONDIS Sanitech Poznań sp. z o.o. z siedzibą w Poznaniu (dalej także: „Remondis” lub „Lider”) został zarejestrowany w Krajowym Rejestrze Sądowym w dniu 8.08.2003 r. Zgodnie z wpisem do ww. rejestru, przeważającym przedmiotem działalności spółki jest działalność związana ze zbieraniem, przetwarzaniem i unieszkodliwianiem odpadów, a także odzysk surowców (PKD 38.11.Z). Wspólnicy spółki to Miasto Poznań (727 udziałów o łącznej wartości 7 270 000 zł) oraz REMONDIS sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie (737 udziałów o łącznej wartości 7 370 000 zł),
- (9) PreZero Dolny Śląsk sp. z o.o. z siedzibą we Wrocławiu (dalej także: „PreZero”) został zarejestrowany w Krajowym Rejestrze Sądowym w dniu 27.03.2002 r. Zgodnie z wpisem do ww. rejestru, przeważającym przedmiotem działalności spółki jest działalność związana ze zbieraniem odpadów innych niż niebezpieczne (PKD 38.11.Z),
- (10) Artur Zys prowadzący działalność gospodarczą pod firmą Przedsiębiorstwo Usług Komunalnych Artur Zys w Środzie Wielkopolskiej (dalej także: „PUK A. ZYS”), który zgodnie z wpisem do Centralnej Ewidencji i Informacji o Działalności Gospodarczej rozpoczął wykonywanie działalności gospodarczej w dniu 1.10.1992 r. W ww. ewidencji jako przeważająca wskazana została działalność związana ze zbieraniem odpadów innych niż niebezpieczne (PKD 38.11.Z),
- (11) EKO-TOM Turguła sp. j. z siedzibą w Bolechowie (dalej także: „EKO-TOM”) została zarejestrowana w Krajowym Rejestrze Sądowym w dniu 18.03.2008 r. Zgodnie z wpisem do ww. rejestru, przeważającym przedmiotem działalności spółki jest działalność związana ze zbieraniem odpadów innych niż niebezpieczne (PKD 38.11.Z),
- (12) ORDO Poznań sp. z o.o. sp. k. z siedzibą w Czerwonaku (dalej także: „ORDO”) została zarejestrowana w Krajowym Rejestrze Sądowym w dniu 1.10.2018 r. Zgodnie z wpisem do ww. rejestru, przeważającym przedmiotem działalności spółki jest działalność związana ze zbieraniem odpadów innych niż niebezpieczne (PKD 38.11.Z). Spółka ORDO Poznań sp. z o.o. sp. k. powstała w wyniku przekształcenia spółki Przedsiębiorstwo Usług Komunalno-Transportowe "ORDO Poznań" sp. z o.o.¹ Zgodnie z oświadczeniem spółki podmiotem występującym w niniejszym postępowaniu antymonopolowym jako strona jest ORDO Poznań sp. z o.o. sp. k. (*dowód: k. 1297-1298 akt adm.*),
- (13) Przedsiębiorstwo Usług Komunalno-Transportowych „Vikom” Iwona Kubera i Rafał Kubera sp. j. z siedzibą w Poznaniu (dalej także: „Vikom”) została zarejestrowana w Krajowym Rejestrze Sądowym w dniu 9.05.2001 r. Zgodnie z wpisem do ww.

¹ Data wpisu do Rejestru Przedsiębiorców 7.09.2017 r.; data wykreślenia z Rejestru Przedsiębiorców 29.11.2018 r.

rejstru, przeważającym przedmiotem działalności spółki jest działalność związana ze zbieraniem odpadów innych niż niebezpieczne (PKD 38.11.Z),

- (14) „KDS” sp. z o.o. z siedzibą w Poznaniu (dalej także: „KDS”) została zarejestrowana w Krajowym Rejestrze Sądowym w dniu 07.11.2003 r. Zgodnie z wpisem do ww. rejestru, przeważającym przedmiotem działalności spółki jest niespecjalistyczne sprzątnięcie budynków i obiektów przemysłowych (PKD 81.21.Z).
- (15) Ww. przedsiębiorcy, w 2017 roku, na potrzeby udziału w postępowaniach przetargowych na odbiór, transport i zagospodarowanie odpadów komunalnych w latach 2018-2022 na obszarze ZM GOAP, zawiązali konsorcjum, którego liderem został Remondis (dalej: „Konsorcjum”); (dowód: k. 459-519 akt adm.).

1.3 PRZETARGI OGŁOSZONE PRZEZ ZM GOAP - PODSTAWOWE INFORMACJE

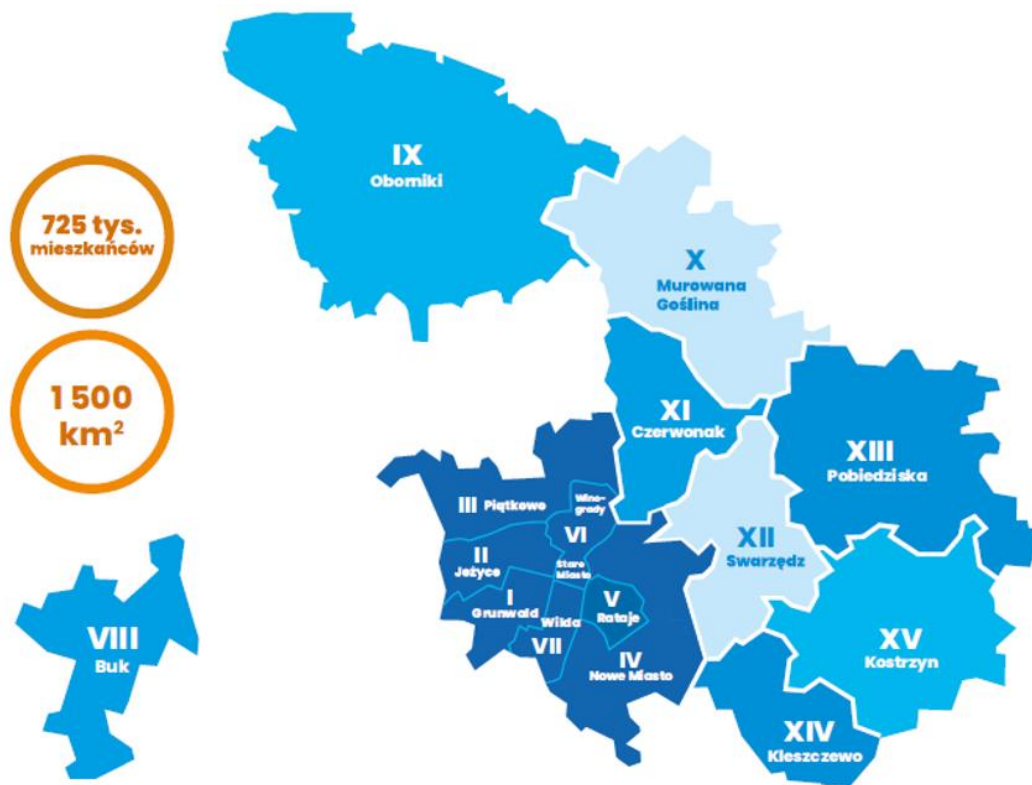
- (16) W dniach 28 - 29 kwietnia 2017 r.² ZM GOAP ogłosił piętnaście przetargów na usługę odbioru i transportu zmieszanych odpadów komunalnych i odpadów ulegających biodegradacji, ze szczególnym uwzględnieniem bioodpadów oraz na odbiór, transport i zagospodarowanie pozostałych odpadów komunalnych zbieranych w sposób selektywny z nieruchomości, na których zamieszkują mieszkańcy oraz nieruchomości, na których nie zamieszkują mieszkańcy, a powstają odpady komunalne położonych na terenie sektorów I-XV wchodzących w skład Związku (dalej także: „pierwsza tura Przetargów”)³. Zamówienia były prowadzone w trybie przetargu nieograniczonego na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 roku Prawo zamówień publicznych (Dz.U. z 2015 r. poz. 2164 z późn. zm.), uchylonej zgodnie z art. 89 ustawy z dnia 11 września 2019 r. *Przepisy wprowadzające ustawę - Prawo zamówień publicznych* (Dz. U. poz. 2020 z późn. zm.); dalej: „p.z.p.”). Ogłoszenia o zamówieniu zostały opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej, na stronie internetowej Zamawiającego (www.goap.org.pl) oraz w miejscu powszechnie dostępnym w siedzibie Związku (dowód: k. 178-227 akt adm.).
- (17) Przetargi ogłoszone przez Związek objęły cały jego obszar, czyli zgodnie z treścią Uchwały nr XXVII/184/2017 Zgromadzenia Związku Międzygminnego „Gospodarka Odpadami Aglomeracji Poznańskiej” z dnia 27 marca 2017 r.⁴ - piętnaście sektorów (I-XV). Sektory te obejmowały:
- Miasto Poznań (podzielone na siedem sektorów oznaczonych cyframi I-VII),
 - oraz okoliczne miasta i gminy takie jak: Miasto i Gmina Buk (Sektor VIII), Miasto i Gmina Oborniki (Sektor IX), Miasto i Gmina Murowana Goślina (Sektor X), Gmina Czerwonak (Sektor XI), Miasto i Gmina Swarzędz (Sektor XII), Miasto i Gmina Pobiedziska (Sektor XIII), Gmina Kleszczewo (Sektor XIV), Gmina Kostrzyn (Sektor XV).

² Publikacja na stronie ZM GOAP miała miejsce w dniu 28 i 29 kwietnia 2017 r., natomiast w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniach 27-29 kwietnia 2017 r.

³ Postępowania nr: ZRP.271.2.2017-ZRP.271.16.2017

⁴ Uchwała jest dostępna pod adresem: <https://www.goap.poznan.pl/plik,490,uchwala-xxvii-184-2017.pdf> [dostęp 21.06.2022 r.]

Grafika 1 - obszar ZM GOAP⁵



- (18) W 2021 roku ze Związku wystąpiło Miasto Poznań, co przyczyniło się z kolei do tego, że z dniem 1.01.2022 r. ZM GOAP przestał funkcjonować w dotychczasowej formule. Od tej daty zarządzanie systemem gospodarki odpadami komunalnymi przeszło w kompetencje poszczególnych gmin (m.in. organizacja systemu, kontrola odbioru odpadów, zagospodarowanie odpadów i prowadzenie edukacji ekologicznej).⁶
- (19) W związku z tym, że w pierwszej turze rozstrzygnięto tylko osiem przetargów (na piętnaście ogłoszonych), w dniu 9.09.2017 r.⁷, 18.09.2017 r.⁸ i 5.10.2017 r.⁹ ZM GOAP ogłosił kolejnych siedem przetargów na usługę odbioru i transportu zmieszanych odpadów komunalnych i odpadów ulegających biodegradacji, ze szczególnym uwzględnieniem bioodpadów oraz na odbiór, transport i zagospodarowanie pozostałych odpadów komunalnych zbieranych w sposób selektywny z nieruchomości, na których zamieszkują mieszkańcy oraz nieruchomości, na których nie zamieszkują mieszkańcy, a powstają odpady komunalne położonych na terenie sektorów I-XV wchodzących w skład Związku (dalej także: „druga tura Przetargów” lub „dogrywka”)¹⁰. Zamówienia były prowadzone w trybie przetargu nieograniczonego.

⁵ „Mapa obszaru działania GOAP” - grafika 3/6, fot. RMP, <https://www.poznan.pl/mim/bm/news/z-rady-miasta,c,16/43-sesja-rmp-poznan-wystepuje-z-goap,160503.html> [dostęp 21.06.2022 r.]

⁶ „43. sesja RMP. Poznań występuje z GOAP”, adres www j.w. [dostęp 21.06.2022 r.)

⁷ ZRP.271.17.2017-ZRP.271.21.2017

⁸ ZRP.271.22.2017 (publikacja na stronie ZM GOAP w dniu 18 września 2017 r., publikacja w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 20 września 2017 r.)

⁹ ZRP. 271.25.2017 (publikacja na stronie ZM GOAP w dniu 5 października 2017 r., publikacja w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 4 października 2017 r.)

¹⁰ Postępowania nr: ZRP.271.17.2017-ZRP.271.22.2017 oraz ZRP. 271.25.2017

Ogłoszenia o zamówieniu zostały opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej, na stronie internetowej Zamawiającego (www.goap.org.pl) oraz w miejscu powszechnie dostępnym w siedzibie Związku (dowód: k. 178-227 akt adm.).

1.4 ZESTAWIENIE OFERT ORAZ WYNIKI POSTĘPOWAŃ O UDZIELENIE ZAMÓWIENIA PUBLICZNEGO NA ODBIÓR, TRANSPORT I ZAGOSPODAROWANIE ODPADÓW KOMUNALNYCH W LATACH 2018-2022

- (20) W postępowaniach o udzielenie zamówienia publicznego na odbiór, transport i zagospodarowanie odpadów komunalnych w latach 2018-2022 ogłoszonych przez ZM GOAP wzięli udział następujący wykonawcy: ATF Sp. z o.o. Sp. k. (dalej: „ATF”), Komunalnik, FBSerwis S.A. (dalej: „FBSerwis”), Konsorcjum oraz indywidualnie Remondis (dowód: k. 178-227 akt adm.)
- (21) W czternastu na piętnaście Przetargów wygrało Konsorcjum. Wyjątkiem był przetarg na Sektor I (Poznań Grunwald), który wygrała indywidualnie spółka Remondis.

TABELA 1 „UCZESTNICY, PRZEBIEG I WYNIK PRZETARGÓW”

PIERWSZA TURA POSTĘPOWAN PRZETARGOWYCH			DRUGA TURA POSTĘPOWAN PRZETARGOWYCH		
Sektor ZM GOAP/nr postępowania przetargowego	Oferenci	Rozstrzygnięcie	nr postępowania przetargowego	Oferenci	Rozstrzygnięcie
I (Grunwald) ZRP.271.2.2017	(1) FB Serwis (2) ATF (3) Komunalnik (4) Konsorcjum	<u>unieważnienie</u> postępowania ¹¹ - cena najkorzystniejszej oferty przewyższa kwotę, którą zamawiający zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia	ZRP.271.22.2017	(1) Remondis (2) Komunalnik (3) FB Serwis	wygrała oferta Remondisu (100 pkt.), oferta FB Serwis (95,92 pkt.), oferta Komunalnika została odrzucona ¹²
II (Jeżyce) ZRP.271.3.2017	(1) ATF (2) Komunalnik (3) Konsorcjum	wygrała oferta Konsorcjum (100 pkt.), pozostałe oferty zostały odrzucone ¹³			
III (Piątkowo) ZRP.271.4.2017	(1) ATF (2) Komunalnik (3) Konsorcjum	wygrała oferta Konsorcjum (100 pkt.), pozostałe oferty zostały odrzucone ¹⁴			

¹¹ Art. 93 ust. 1 pkt 4 p.z.p. zamawiający unieważnia postępowanie o udzielenie zamówienia, jeżeli (...) cena najkorzystniejszej oferty lub oferta z najniższą ceną przewyższa kwotę, którą zamawiający zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia, chyba że zamawiający może zwiększyć tę kwotę do ceny najkorzystniejszej oferty; (...).

¹² Oferta Komunalnika została odrzucona na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 7b p.z.p., zgodnie z którym zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli nie zostało wniesione wadium lub wniesione zostało w sposób nieprawidłowy, jeżeli zamawiający żądał wniesienia wadium. W przedmiotowym postępowaniu wadium zostało wniesione w sposób nieprawidłowy.

¹³ Oferta ATF została odrzucona na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 7b p.z.p., natomiast oferta Komunalnika na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 4 w zw. z art. 90 ust. 3 oraz art. 89 ust. 1 pkt 2 p.z.p. Zgodnie art. 89 ust. 1 pkt 4 p.z.p. Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli zawiera rażąco niską cenę lub koszt w stosunku do przedmiotu zamówienia.

¹⁴ Jak w przypisie powyżej.

IV (Nowe Miasto) ZRP.271.5.2017	(1) ATF (2) Komunalnik (3) Konsorcjum	wygrała oferta Konsorcjum (100 pkt.), pozostałe oferty zostały odrzucone ¹⁵			
V (Rataje) ZRP.271.6.2017	(1) FB Serwis (2) ATF (3) Komunalnik (4) Konsorcjum	wygrała oferta Konsorcjum (100 pkt.), FB Serwis S.A. (84,51 pkt.), pozostałe oferty zostały odrzucone ¹⁶			
VI (Winogrody i Stare Miasto) ZRP.271.7.2017	(1) ATF (2) Komunalnik (3) Konsorcjum	wygrała oferta Konsorcjum (100 pkt.), pozostałe oferty zostały odrzucone ¹⁷			
VII (Dębiec i Wilda) ZRP.271.8.2017	(1) ATF (2) Komunalnik (3) Konsorcjum	wygrała oferta Konsorcjum (100 pkt.), pozostałe oferty zostały odrzucone ¹⁸			
VIII (Buk) ZRP.271.9.2017	(1) ATF (2) Komunalnik (3) Konsorcjum	unieważnienie postępowania - cena najkorzystniejszej oferty przewyższa kwotę, którą Zamawiający zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia	ZRP.271.17.2017	(1) Konsorcjum (2) Komunalnik	wygrała oferta Konsorcjum (100 pkt.), oferta Komunalnika została odrzucona ¹⁹
IX (Oborniki) ZRP.271.10.2017	(1) ATF (2) Komunalnik (3) Konsorcjum	unieważnienie postępowania - cena najkorzystniejszej oferty przewyższa kwotę, którą Zamawiający zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia	ZRP.271.18.2017	(1) Konsorcjum (2) Komunalnik	wygrała oferta Konsorcjum (100 pkt.), oferta Komunalnika została odrzucona ²⁰
X (Murowana Goślina) ZRP.271.11.2017	(1) ATF (2) Komunalnik (3) Konsorcjum	wygrała oferta Konsorcjum (100 pkt.), pozostałe oferty zostały odrzucone ²¹			
XI (Czerwonak) ZRP.271.12.2017	(1) ATF (2) Komunalnik (3) Konsorcjum	wygrała oferta Konsorcjum (100 pkt.), pozostałe oferty zostały odrzucone ²²			
XII (Swarzędz) ZRP.271.13.2017	(1) ATF (2) Komunalnik (3) Konsorcjum	unieważnienie - nie wybrano najkorzystniejszej oferty; W dniu 01.09.2017 r. Zamawiający przekazał wykonawcom informację o unieważnieniu decyzji o wyborze oferty najkorzystniejszej oferty i odrzuceniu oferty Komunalnika ²³ - podstawą tej informacji była Uchwała Nr XXXV/62/2017 Zarządu ZM GOAP z dnia 29.08.2017r.	ZRP.271.25.2017	(1) Konsorcjum (2) Komunalnik (3) FB Serwis	wygrała oferta Konsorcjum (100 pkt.), oferta FB Serwis (91,78 pkt.), oferta Komunalnika została odrzucona ²⁴
XIII (Pobiedziska) ZRP.271.14.2017	(1) ATF (2) Komunalnik (3) Konsorcjum	unieważnienie postępowania - cena najkorzystniejszej oferty przewyższa kwotę, którą Zamawiający zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia	ZRP.271.19.2017	(1) Konsorcjum (2) Komunalnik	wygrała oferta Konsorcjum (100 pkt.), oferta Komunalnika została odrzucona ²⁵

¹⁵ Jak w przypisie powyżej.

¹⁶ Oferty ATF i Komunalnika zostały odrzucone na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 4 w zw. z art. 90 ust. 3 oraz art. 89 ust. 1 pkt 2 p.z.p.

¹⁷ Oferta ATF została odrzucona na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 7b p.z.p., natomiast oferta Komunalnika na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 4 w zw. z art. 90 ust. 3 oraz art. 89 ust. 1 pkt 2 p.z.p.

¹⁸ Oferta ATF została odrzucona na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 4 p.z.p., natomiast oferta Komunalnika na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 4 w zw. z art. 90 ust. 3 oraz art. 89 ust. 1 pkt 2 p.z.p.

¹⁹ Oferta Komunalnika została odrzucona na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 7b p.z.p.

²⁰ Jak w przypisie powyżej.

²¹ Oferta ATF została odrzucona na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 7b p.z.p., natomiast oferta Komunalnika na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 4 w zw. z art. 90 ust. 3 oraz art. 89 ust. 1 pkt 2 p.z.p.

²² Jak w przypisie powyżej.

²³ Oferta Komunalnika została odrzucona na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 4 w zw. z art. 90 ust. 3 oraz art. 89 ust. 1 pkt 2 p.z.p.

²⁴ Oferta Komunalnika została odrzucona na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 7b p.z.p.

²⁵ Jak w przypisie powyżej.

XIV (Kleszczewo) ZRP.271.15.2017	(1) ATF (2) Komunalnik (3) Konsorcjum	unieważnienie postępowania - cena najkorzystniejszej oferty przewyższa kwotę, którą Zamawiający zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia	ZRP.271.20.2017	(1) Konsorcjum (2) Komunalnik	wygrała oferta Konsorcjum (100 pkt.), oferta Komunalnika zdobyła mniej punktów (99,12 pkt.)
XV (Kostrzyn) ZRP.271.16.2017	(1) ATF (2) Komunalnik (3) Konsorcjum	unieważnienie postępowania - cena najkorzystniejszej oferty przewyższa kwotę, którą Zamawiający zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia	ZRP.271.21.2017	(1) Konsorcjum (2) Komunalnik	wygrała oferta Konsorcjum (100 pkt.), oferta Komunalnika została odrzucona ²⁶

Źródło: opracowanie własne.

- (22) Podejrzenie zawarcia antykonkurencyjnego konsorcjum stanowiło przedmiot badania Krajowej Izby Odwoławczej, albowiem we wrześniu 2017 r. jeden z oferentów, tj. Komunalnik, złożył odwołania w zakresie postępowań przetargowych na Sektor I (Poznań Grunwald) oraz Sektor V (Poznań Rataje). Odwołujący zarzucił ZM GOAP m. in. naruszenie przepisów ustawy p.z.p., zgodnie z którymi, z postępowania o udzielenie zamówienia wyklucza się wykonawcę, który z innymi wykonawcami zawarł porozumienie mające na celu zakłócenie konkurencji między wykonawcami w postępowaniu o udzielenie zamówienia, co zamawiający jest w stanie wykazać za pomocą stosownych środków dowodowych.²⁷ Ponadto zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli jej złożenie stanowi czyn nieuczciwej konkurencji w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji.²⁸ Zgodnie zaś z ustawą z dnia 16 kwietnia 1993 roku o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (Dz.U. z 2020 r. poz. 1913; dalej: „u.z.n.k.”) czynem nieuczciwej konkurencji jest działanie sprzeczne z prawem lub dobrymi obyczajami, jeżeli zagraża lub narusza interes innego przedsiębiorcy lub klienta.
- (23) Wyrokiem z dnia 15 września 2017 roku Krajowa Izba Odwoławcza (sygn. akt. KIO 1761/17 i KIO 1765/17) oddaliła ww. odwołania argumentując to m.in. tym, że odwołujący, na którym spoczywał ciężar wykazania, że przez zawarcie umowy konsorcjum doszło do zawarcia niedozwolonego porozumienia, nie sprostował temu obowiązkowi. Na poparcie twierdzenia o istnieniu zmywu przetargowej Komunalnik odwołał się jedynie do informacji dotyczących potencjału Remondisu pochodzących z jego strony internetowej, a także złożył wykaz dowodów rejestracyjnych pojazdów Remondisu i PUK A. ZYS oraz dokumenty dotyczące rocznego obrotu obu tych podmiotów. W ocenie zaś KIO, dowody te, dotyczące tylko dwóch spośród siedmiu członków konsorcjum, nie odnosiły się do aktualnych danych dotyczących zasobów, którymi podmioty te faktycznie dysponują. Ponadto odwołujący nie przeprowadził dowodu dotyczącego aktualnego zaangażowania zasobów technicznych czy finansowych poszczególnych członków Konsorcjum, w konsekwencji zatem, w ocenie KIO nie została przeprowadzona żadna analiza, z której wynikałoby, że wymagania określone przez ZM GOAP nie przekraczają indywidualnych i realnych możliwości organizacyjnych, technicznych czy finansowych każdego z członków Konsorcjum (dowód: k. 321-378 akt adm.).

²⁶ Jak w przypisie powyżej.

²⁷ Art. 24 ust 1 pkt 20 p.z.p.

²⁸ Art. 89 ust. 1 pkt 3 p.z.p.

- (24) KIO w uzasadnieniu wyroku z 15 września 2017 roku podniosła także, że współpraca w ramach konsorcjum (w podobnym składzie jak Konsorcjum z 2017 roku) była już przedmiotem badania przez Urząd Ochrony Konkurencji i Konsumentów w związku z postępowaniem o udzielenie zamówienia publicznego prowadzonym przez ZM GOAP w 2014 roku. W tamtym czasie, po przeprowadzeniu postępowania wyjaśniającego nie zostało wszczęte postępowanie antymonopolowe, co w ocenie KIO miało świadczyć o tym, że taka forma współpracy nie narusza przepisów ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów. W rozdziale 1.6 niniejszej decyzji („Konsorcjum obsługujące obszar ZM GOAP w latach 2015-2017”) wykazane zostanie jednak, iż stan prawny oraz warunki udziału w przetargach w 2014 i 2017 roku różniły się od siebie, w związku z czym nie są one w pełni porównywalne.

1.5 KONSORCJUM (2018-2022)

- (25) W dniu 7.06.2017 roku strony postępowania, tj. Remondis, PreZero, KDS, ORDO, EKO-TOM, Vikom, PUK A. ZYS, zawarły umowę konsorcjum²⁹ (dalej: „Umowa Konsorcjum”). Liderem została spółka Remondis (*dowód: k. 459-519 akt adm.*)
- (26) Celem Konsorcjum było przede wszystkim takie skumulowanie potencjału poszczególnych jego uczestników, aby pozwoliło ono na realizację usługi odbioru, transportu i zagospodarowania odpadów komunalnych ze wszystkich sektorów ZM GOAP (*dowód: k. 12-27 akt adm.*).
- (27) W Preambule Umowy Konsorcjum zawarto stwierdzenie, że w przekonaniu stron, efektywna realizacja zadań określonych w poszczególnych przetargach o udzielenie zamówienia publicznego na odbiór, transport i zagospodarowanie odpadów komunalnych w latach 2018-2022, w tym osiągnięcie efektywności gospodarczej, jest możliwa *„wyłącznie przy skali działalności wykraczającej poza jeden sektor oraz przy wykorzystaniu synergii wynikających z połączenia zasobów oraz doświadczenia Stron”* (*dowód: k. 463-487 akt adm.*).
- (28) Współpraca gospodarcza stron z założenia nie miała przekładać się na działalność gospodarczą poza Konsorcjum, co także zostało jasno określone w Umowie Konsorcjum: *„Współpraca Stron prowadzona w ramach Konsorcjum nie będzie w żadnym przypadku przekładać się na działalność gospodarczą Stron realizowaną poza Konsorcjum”* (Punkt D Preambuły Umowy Konsorcjum).
- (29) Umowa Konsorcjum weszła w życie z dniem zawarcia i obowiązywała przez okres przygotowania i trwania Przetargów (również drugiej tury postępowania o udzielenie zamówienia publicznego na odbiór, transport i zagospodarowanie odpadów komunalnych w latach 2018-2022), w tym przygotowania ofert Konsorcjum oraz przez okres wykonania i rozliczenia Umowy Konsorcjum oraz umów wykonawczych. W konsekwencji zatem, wobec korzystnego dla Konsorcjum rozstrzygnięcia Przetargów, obowiązywać miała do dnia całkowitego wykonania wszystkich praw i obowiązków stron względem siebie (w tym dokonania wzajemnych rozliczeń z tytułu realizacji Umowy Konsorcjum oraz umów wykonawczych). Zawarcie Umowy

²⁹ W późniejszym czasie zawierane były również aneksy do Umowy Konsorcjum.

Konsorcjum miało na celu uregulowanie wzajemnych praw i obowiązków stron związanych z udziałem w Przetargach ogłoszonych przez ZM GOAP, a w wypadku wyboru ofert Konsorcjum, w poszczególnych Przetargach także praw i obowiązków Stron wynikających z zawarcia i wykonywania umów z Zamawiającym.

- (30) W celu precyzyjnego skoordynowania i uszczegółowienia zasad współpracy, zgodnie z Umową Konsorcjum, jej strony miały zawrzeć Porozumienie Szczegółowe, tj. pisemne porozumienie, w którym strony po rozstrzygnięciu Przetargów, określą szczegółowy (w tym terytorialny) podział zadań przypadających do realizacji poszczególnym przedsiębiorcom.
- (31) Ponadto, zgodnie z ww. umową (*dowód: Umowa Konsorcjum k. 463-487 akt adm.*), niezwłocznie po jej zawarciu, strony miały zawrzeć Porozumienie Zakresowe, tj. pisemne porozumienie stron, w którym zostanie określony:
- procentowy udział każdej ze stron w wynagrodzeniu za wykonywanie usług objętych umowami wykonawczymi,
 - zakres zaangażowania stron w realizację zadań wynikających z umów wykonawczych odniesiony stosunkowo do procentowego udziału stron w wynagrodzeniu za wykonywanie usług objętych umowami wykonawczymi.
- (32) W Porozumieniu Zakresowym z dnia 22 listopada 2017 roku (*dowód: k. 481-484 akt adm.*), strony postanowiły, że wynagrodzenie przypadające każdej z nich z tytułu wykonywania umów wykonawczych (a także z wykonywania umowy interwencyjnej) będzie wynosiło:
- Lider (Remondis) - (*usunięto*) % wynagrodzenia bazowego.
 - Partner 1 (PreZero) - (*usunięto*) % wynagrodzenia bazowego.
 - Partner 2 (PUK A. ZYS) - (*usunięto*) % wynagrodzenia bazowego.
 - Partner 3 (EKO-TOM) - (*usunięto*) % wynagrodzenia bazowego.
 - Partner 4 (ORDO) - (*usunięto*) % wynagrodzenia bazowego.
 - Partner 5 (Vikom) - (*usunięto*) % wynagrodzenia bazowego.
 - Partner 6 (KDS) - (*usunięto*) % wynagrodzenia bazowego.
- (33) Jako wynagrodzenie bazowe, będące podstawą do obliczenia wynagrodzenia przysługującego poszczególnym stronom z tytułu realizacji zadań objętych umowami wykonawczymi, wskazano w ww. Porozumieniu Zakresowym sumę wynagrodzeń ryczałtowych wynikających z poszczególnych zawartych przez Konsorcjum umów wykonawczych zawartych przez Konsorcjum w wyniku rozstrzygnięcia przetargów na Sektory od II do IV oraz przetargów na Sektory od VI do XV. Podział wynagrodzenia uczestników Konsorcjum został określony na podstawie tonażu obrazującego potencjał każdego z jego uczestników i wynikającego z niego zaangażowania w realizację Umów Wykonawczych [*„Potencjał, czyli możliwość odbioru odpadów komunalnych (ich różnych frakcji) został oszacowany na podstawie zdarzeń*

historycznych oraz deklaracji poszczególnych członków Konsorcjum 2017 i wyrażony tonażowo.” (dowód: k. 1458-1460 akt adm.)].

- (34) Ponadto, poza wynagrodzeniem określonym w akapicie (32) niniejszej decyzji, Liderowi (spółce Remondis) oraz Partnerowi 1 (spółce PreZero) przysługiwało wynagrodzenie z tytułu Umowy Wykonawczej zawartej w wyniku rozstrzygnięcia przetargu na Sektor V (Poznań Rataje). Zgodnie z punktem 1.4.1 Porozumienia Zakresowego z dnia 22 listopada 2017 r. udział Remondisu oraz PreZero w tym wynagrodzeniu był dzielony (*usunięto*). Biorąc pod uwagę wartość podpisanej umowy wykonawczej, czyli (*usunięto*) za świadczenie usług na Sektorze V ZM GOAP.
- (35) Ostatecznie, Porozumienie Szczegółowe o którym mowa w ust. 6 Umowy Konsorcjum, nie zostało zawarte w formie pisemnej, a strony przedmiotowej umowy współpracowały w tym zakresie na podstawie ustaleń ustnych.
- (36) Zgodnie z Umową Konsorcjum, Porozumienie Szczegółowe miało określać szczegółowy, w tym terytorialny podział zadań przypadających do realizacji poszczególnym uczestnikom Konsorcjum, niemniej jednak, jak oświadczył Lider, przedłużająca się procedura dot. udzielania zamówień publicznych przez ZM GOAP spowodowała, że przyjęta forma ustaleń ustnych została zaakceptowana przez wszystkich członków Konsorcjum. Jednocześnie Lider podkreślił, że model współpracy konsorcjantów i dobre praktyki w tym zakresie wykształciły się jeszcze na gruncie poprzedniego konsorcjum (w sektorach, w których nie rozstrzygnięto Przetargów w pierwszej turze, konsorcjum w składzie: Remondis, PreZero, PUK A. ZYS, EKO-TOM, ORDO, Vikom, KDS realizowało w okresie (*usunięto*) usługi odbioru odpadów w ramach umowy zastępczej zawartej z ZM GOAP).
- (37) W efekcie powyższego, jak wyjaśnił Lider, zawarcie pisemnego Porozumienia Szczegółowego nie było konieczne, a dla funkcjonowania Konsorcjum wystarczyła Umowa Konsorcjum, Porozumienia Zakresowe oraz doświadczenia płynące z poprzednio zrealizowanej współpracy (dowód: 707-710 akt adm.).
- (38) Nie powstało także Centrum Zarządzania Umowami Wykonawczymi (dalej: „CZUW”), którego utworzenie strony deklarowały w Umowie Konsorcjum. Jak wyjaśnił Remondis w piśmie z dnia 29.01.2020 r., uczestnicy Konsorcjum doszli do wniosku, że tworzenie odrębnego bytu administracyjnego nie jest konieczne. Zarządzanie Umową Konsorcjum przebiegało na tyle sprawnie, że nie było konieczności tworzenia CZUW, albowiem jego funkcje *de facto* pełnił Lider i wykonywał on bez dodatkowego wynagrodzenia wszystkie zadania o charakterze administracyjnym. W konsekwencji rola Remondisu, jako Lidera Konsorcjum, sprowadzała się do (*usunięto*) (dowód: k. 1395-1397 akt adm.).

1.6 KONSORCJUM OBSŁUGUJĄCE OBSZAR ZM GOAP W LATACH 2015-2017

- (39) Konsorcjum, co wielokrotnie podkreślał jego Lider, przyjęło globalne podejście do realizacji zadań wynikających z postępowań o udzielenie zamówienia publicznego na odbiór, transport i zagospodarowanie odpadów komunalnych w latach 2018-2022, kontynuując w ten sposób dotychczasową praktykę obsługi ZM GOAP z lat 2015-2017. Konsorcjanci uznali bowiem Przetargi ogłoszone w 2017 roku za jedno zadanie

obejmujące cały obszar ZM GOAP, pomimo podzielenia go na 15 sektorów i ogłoszenia przez Zamawiającego 15 odrębnych postępowań przetargowych. W ocenie Lidera, takie globalne podejście uzasadniało złożenie przez Konsorcjum ofert na wszystkie 15 sektorów/przetargów (dowód: k. 12-27 akt adm.)

- (40) Prezes Urzędu analizując postępowania przetargowe ogłoszone w tych dwóch, ww. okresach, zwrócił jednak uwagę na istotne różnice dotyczące organizacji udzielania zamówień, a także różnice zawarte w Specyfikacjach Istotnych Warunków Zamówień (dalej także: „SIWZ”), co zostało wskazane już w postanowieniu o wszczęciu postępowania administracyjnego z dnia 22 kwietnia 2020 r.
- (41) Podstawową różnicą pomiędzy obecną sytuacją (tj. Przetargami ogłoszonymi przez GOAP na lata 2018-2022), a sytuacją, która miała miejsce w latach 2013-2014 (przetargi ogłoszone na lata 2015-2017) jest to, że ZM GOAP w okresie 2013-2014 ogłosił jeden przetarg na 22 sektory (który unieważniono), a następnie dwa przetargi: jeden na 10 sektorów i drugi na 12 sektorów. Natomiast w 2017 r. Związek ogłosił 15 odrębnych Przetargów na 15 sektorów wchodzących w skład ZM GOAP. Co więcej, składając oferty w latach 2013-2014, na każdą część zamówienia należało wykazać się innym doświadczeniem i potencjałem, przy czym doświadczenie i potencjał nie mogły powtarzać się w odniesieniu do poszczególnych części. Takich ograniczeń w 2017 roku nie było.
- (42) Zasadniczymi podobieństwami były natomiast: skład podmiotowy zawiązanych konsorcjów, który obrazuje Tabela 2 oraz podział terytorium ZM GOAP, na którym poszczególni konsorcjanci realizowali swoje zadania (Tabela 3).

TABELA 2 „SKŁAD PODMIOTOWY KONSORCJÓW”

Przetargi ogłoszone przez ZM GOAP na lata 2015-2017: Konsorcjum Remondis-Zys	Przetargi ogłoszone przez ZM GOAP na lata 2018-2022: Konsorcjum
Remondis (lider)	Remondis (lider)
Vikom	Vikom
Sita Zachód sp. z o.o. z siedzibą we Wrocławiu	PreZero
Firma Handlowo-Usługowa ALKOM Henryk Sienkiewicz w Poznaniu	KDS
PUK A. ZYS w Swarzędzu	PUK A. ZYS w Środzie Wielkopolskiej
Przedsiębiorstwo Komunalno-Transportowe ORDO Marek Friebe w Czerwonaku	ORDO
EKO-TOM	EKO-TOM
Przedsiębiorstwo Usług Komunalnych Hemar sp. z o.o. z siedzibą w Poznaniu	-----

Źródło: opracowanie własne.

- (43) Konsorcja zawiązane w 2014 i w 2017 roku mają co do zasady ten sam skład podmiotowy (w Konsorcjum z 2017 roku brak Przedsiębiorstwa Usług Komunalnych Hemar sp. z o.o. z siedzibą w Poznaniu).

- (44) Sita Zachód sp. z o.o. z siedzibą we Wrocławiu w 2016 roku zmieniła firmę na SUEZ Zachód sp. z o.o. z siedzibą we Wrocławiu, a następnie w 2021 roku na PreZero Dolny Śląsk sp. z o.o.
- (45) Ponadto w 2014 roku uczestnikiem konsorcjum był Henryk Sienkiewicz prowadzący działalność gospodarczą pod firmą Henryk Sienkiewicz „ALKOM” Firma Handlowo-Ustugowa w Poznaniu (dalej: „FHU ALKOM H. Sienkiewicz”), natomiast w 2017 roku członkiem Konsorcjum została spółka KDS, której (*usunięto*).
- (46) W 2014 roku uczestnikiem konsorcjum był Marek Friebe prowadzący działalność gospodarczą pod firmą Przedsiębiorstwo Komunalno-Transportowe ORDO Marek Friebe w Czerwonaku. W Umowie Konsorcjum zawartej w dniu 7 czerwca 2017 rok także figuruje Marek Friebe prowadzący ww. działalność gospodarczą. Niemniej jednak, jak wynika z wpisu w Krajowym Rejestrze Sądowym, ww. jednoosobowa działalność gospodarcza prowadzona przez Marka Friebe została przekształcona w Przedsiębiorstwo Komunalno-Transportowe ORDO Poznań sp. z o.o. z siedzibą w Czerwonaku (data rejestracji w KRS - 7 września 2017 roku). Następnie, spółkę tę przekształcono i powstała ORDO Poznań sp. z o.o. sp. k. z siedzibą w Czerwonaku (data rejestracji w KRS - 1.10.2018 r.) - współnikiem (komplementariuszem) tej spółki jest ORDO Poznań sp. z o.o. z siedzibą w Czerwonaku. Natomiast spółka Przedsiębiorstwo Komunalno-Transportowe ORDO Poznań sp. z o.o. z siedzibą w Czerwonaku została wykreślona z KRS w dniu 29.11.2018 r. (data uprawomocnienia tego wykreślenia to 12.12.2018 roku). Pismem z dnia 22.11.2019 r. ORDO Poznań sp. z o.o. sp. k. oświadczyła, że w wyniku przekształceń jednoosobowej działalności gospodarczej prowadzonej przez Marka Friebe, ostatecznie - to ta spółka - jest podmiotem występującym jako strona w Umowie Konsorcjum (*dowód: k. 1297-1298 akt adm.*).
- (47) Sposób podziału obszaru ZM GOAP na sektory różni się w latach 2015-2017 (przetargi ogłoszone w latach 2013-2014) oraz 2018-2022 (Przetargi ogłoszone w 2017 roku). Tabela 3 ilustruje te różnice, a także to, kto ostatecznie obsługiwał dany sektor (*dowód: k. 1458-1460 akt adm. oraz Analiza stanu gospodarki odpadami komunalnymi dla ZM GOAP za rok 2016³⁰*).

TABELA 3 „PODMIOTOWY PODZIAŁ ZADAŃ NA TERYTORIUM ZM GOAP”

Lata 2018-2022				Lata 2015-2017		
Lp.	Sektor		Nazwa członka Konsorcjum obsługującego dany sektor	Sektor		Główny wykonawca realizujący umowę
1	I	Grunwald	Remondis indywidualnie - bez konsorcjum	I	Grunwald	FB Serwis S.A.
				XI	Spółdzielnia Grunwald	Konsorcjum Remondis-Zys (Remondis)
2	II	Jeżyce	Vikom	II	Jeżyce	Konsorcjum Remondis-Zys (Vikom)
3	III	Piątkowo, Morasko, Umultowo, Kiekrz, Krzyżowniki, Strzeszyn	Remondis, ORDO, EKO-TOM	III	Piątkowo	FB Serwis S.A.
				VII	Morasko, Umultowo, Kiekrz, Krzyżowniki	Konsorcjum Remondis-Zys (ORDO Marek Friebe, EKO-TOM)

³⁰ Analiza dostępna jest pod adresem: <https://www.goap.poznan.pl/plik,539,analiza-stanu-gospodarki-odpadami-komunalnymi-dla-zm-goap-za-rok-2016-pdf.pdf> [dostęp 21.06.2022 r.]

4	IV	Nowe Miasto (Północ, Południe)	KDS, PreZero	IV	Nowe Miasto Północ	Konsorcjum Remondis-Zys (FHU ALKOM H. Sienkiewicz)
				V	Nowe Miasto Południe	Konsorcjum Remondis-Zys (Sita)
5	V	Rataje	Remondis, PreZero	VI	Rataje	FB Serwis S.A.
6	VI	Winogrody i Stare Miasto	Remondis	VIII	Winogrody	FB Serwis S.A.
				IX	Stare Miasto	Konsorcjum Remondis-Zys (VIKOM)
7	VII	Dębiec i Wilda	Remondis	X	Wilda, Dębiec	Konsorcjum Remondis-Zys (Remondis)
8	VIII	Buk	KDS	XII	Buk	Konsorcjum Remondis-Zys (FHU ALKOM H. Sienkiewicz)
9	IX	Oborniki	Remondis	XIII	Oborniki	Konsorcjum Remondis-Zys (Remondis)
10	X	Murowana Goślina	Remondis, ORDO, EKO-TOM	XV	Murowana Goślina - Spółdzielnia	Konsorcjum Remondis-Zys (FHU ALKOM H. Sienkiewicz)
				XVI	Murowana Goślina - gmina	Konsorcjum Remondis-Zys (ORDO Marek Friebe, EKO-TOM)
11	XI	Czerwonak	Remondis, ORDO, EKO-TOM	XVII	Czerwonak - Kozięglowy	Konsorcjum Remondis-Zys (Remondis)
				XVIII	Czerwonak - gmina	Konsorcjum Remondis-Zys (ORDO Marek Friebe, EKO-TOM)
12	XII	Swarzędz	PUK A. ZYS	XIX	Swarzędz - Spółdzielnia	Konsorcjum Remondis-Zys (ZYS)
				XX	Swarzędz - gmina	Konsorcjum Remondis-Zys (ZYS)
13	XIII	Pobiedziska	Remondis	XXI	Pobiedziska	Konsorcjum Remondis-Zys (HEMAR)
14	XIV	Kleszczewo	PUK A. ZYS	XXII	Kleszczewo	Konsorcjum Remondis-Zys (ZYS)
15	XV	Kostrzyn	PUK A. ZYS	XXIII	Kostrzyn	Konsorcjum Remondis-Zys (ZYS)

Źródło: opracowanie własne.

- (48) Co istotne, w porównaniu do lat 2013-2014 zmieniło się brzmienie art. 6d ust. 3 ustawy z dnia 13 września 1996 roku o utrzymaniu czystości i porządku w gminach (Dz.U. z 2022 r. poz. 2519) - nowe brzmienie weszło w życie z dniem 1.01.2017 r. Zgodnie ze znowelizowanym przepisem, gdy gmina jest podzielona na sektory, postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego przeprowadza się odrębnie dla każdego z wyznaczonych sektorów (wcześniej należało przeprowadzić postępowania przetargowe dla wszystkich sektorów, ale nie było wymogu, aby robić to oddzielnie).
- (49) W dniu 30.10.2013 r. ZM GOAP ogłosił postępowanie o udzielenie zamówienia w trybie przetargu nieograniczonego na odbiór i transport odpadów komunalnych zmieszanych i odpadów zielonych oraz odbiór i zagospodarowanie odpadów komunalnych zbieranych selektywnie z nieruchomości zamieszkałych i niezamieszkałych położonych na terenie Związku (sygn. SZP.271.42.2013 - przetarg na 10 sektorów). W odpowiedzi na ogłoszenie złożono następujące oferty: (1) First Recycling sp. z o.o. - sektor XI, XIX, (2) konsorcjum FB Serwis - sektor VIII i XIX, (3) Przedsiębiorstwo Usługowo-Transportowe ALTRANS Andrzej Lenarczyk - sektor XVIII, (4) Konsorcjum Remondis-Zys - sektor IV, V, VII, VIII, XI, XVIII, XIX, XX, XXII, XXIII.

- (50) W dniu 25.03.2014 r. ZM GOAP ogłosił postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego na odbiór i transport odpadów komunalnych zmieszanych i odpadów zielonych oraz na odbiór i zagospodarowanie odpadów komunalnych zbieranych selektywnie z nieruchomości zamieszkałych i niezamieszkałych położonych na terenie 12 sektorów GOAP (sygn. ZZP.271.3.2014 - przetarg na 12 sektorów). W odpowiedzi na ogłoszenie złożono następujące oferty: (1) First Recycling Poznań sp. z o.o. - sektor XV i XVII, (2) Zakład Komunalny w Pobiedziskach - sektor XXI, (3) Przedsiębiorstwo Gospodarki Komunalnej i Mieszkaniowej sp. z o.o. w Obornikach - sektor XIII, (4) Zakład Gospodarki Komunalnej sp. z o.o. w Buku - sektor XII, (5) konsorcjum FBSerwis - sektor I, III, VI, (6) Przedsiębiorstwo Usługowo-Transportowe ALTRANS Andrzej Lenarczyk - sektor XV-XVII, (7) Konsorcjum Remondis-Zys - sektor I-III, VI, IX, X, XII, XIII, XV-XVII, XXI.
- (51) W odniesieniu do przetargów ogłoszonych przez ZM GOAP w 2013-2014 roku, na skutek rozstrzygnięcia przetargu na 10 sektorów i przetargu na 12 sektorów, od dnia 1 stycznia 2015 roku odbiór odpadów komunalnych z terenu ZM GOAP prowadziły: (1) Konsorcjum FBSerwis - 4 sektory Poznania, tj. Grunwald, Piątkowo, Rataje i Winogrody oraz (2) Konsorcjum Remondis-Zys - 18 pozostałych sektorów. Umowy zostały zawarte na okres do końca 2017 roku, a ich wejście w życie wiązało się z rozwiązaniem, z końcem 2014 roku, umowy zawartej bez przetargu pomiędzy ZM GOAP a Remondis, na podstawie której Remondis oraz jego podwykonawcy odbierali odpady komunalne z terenu ZM GOAP w okresie przejściowym od dnia 1.07.2013 r. do dnia 31.12.2014 r.
- (52) W latach 2013-2014 zgodnie z SIWZ wykonawca mógł złożyć tylko jedną ofertę na wybrane części zamówienia (w jednej kopercie). W 2017 roku wykonawca mógł zaś złożyć łącznie 15 ofert, tj. po jednej ofercie w każdym przetargu.
- (53) W latach 2013-2014 składając ofertę na każdą część zamówienia należało wykazać się innym doświadczeniem, innym potencjałem, przy czym doświadczenie i potencjał nie mogły się powtarzać w odniesieniu do poszczególnych części. Wynika to m. in. z ogłoszeń o zamówieniach SZP.271.42.2013 (10 sektorów) oraz ZZP.271.3.2014 (12 sektorów) oraz SIWZ do tych przetargów.
- (54) Jak widać, pomimo tego, że *prima facie* postępowania przetargowe na obsługę ZM GOAP, ogłoszone na lata 2015-2017 oraz 2018-2022 mogą wydawać się bardzo podobne, to po głębszej ich analizie okazuje się, że zarówno stan prawny w dacie ich ogłoszenia, jak i warunki SIWZ znacząco się różnią.

1.7 WARUNKI UDZIAŁU W PRZETARGACH OGŁOSZONYCH W 2017 ROKU, KRYTERIA OCENY OFERT ORAZ POTENCJAŁY CZŁONKÓW KONSORCJUM

- (55) Warunki udziału w postępowaniach przetargowych na odbiór, transport i zagospodarowanie odpadów komunalnych w latach 2018-2022 na obszarze ZM GOAP zostały szczegółowo opisane dla każdego sektora z osobna w Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia oraz w Szczegółowym Opisie Przedmiotu Zamówienia (dalej: „SOPZ”). Dla niniejszej sprawy szczególnie istotne są zaś warunki dot. sytuacji ekonomicznej i finansowej wykonawców ubiegających się o udzielenie zamówienia oraz warunki dotyczące ich zdolności technicznej lub zawodowej, a w konsekwencji

to, czy członkowie Konsorcjum mogli samodzielnie (lub w mniejszych konsorcjach) składać konkurencyjne oferty w Przetargach.

(56) Zgodnie z SIWZ, o udzielenie zamówienia na dany sektor ZM GOAP mogli ubiegać się wykonawcy, którzy nie podlegali wykluczeniu oraz wykazali, że:

1. spełniają warunek dotyczący sytuacji ekonomicznej i finansowej poprzez:
 - a. posiadanie minimalnego rocznego obrotu na określonym poziomie za okres 3 ostatnich lat obrotowych, a jeżeli okres prowadzenia działalności był krótszy - za ten okres,
 - b. posiadanie środków finansowych lub zdolności kredytowej we wskazanej przez Zamawiającego minimalnej kwocie,
2. spełniają warunek dotyczący zdolności technicznej lub zawodowej (zarówno na etapie udzielenia zamówienia, jak i w czasie jego realizacji) poprzez:
 - a. posiadanie określonej ilości pojazdów do odbierania zmieszanych odpadów komunalnych, odpadów komunalnych zbieranych w sposób selektywny oraz pojazdów bez funkcji kompaktowania,
 - b. posiadanie bazy magazynowo - transportowej usytuowanej na terenie Związku lub w odległości nie większej, niż 60 km od granicy Związku, na terenie do którego posiadają tytuł prawny,
 - c. wykazanie, że w okresie ostatnich 3 lat przez upływem terminu składania ofert (a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie), wykonawca wykonał lub nadal wykonuje usługi odbierania odpadów komunalnych lub odpadów ulegających biodegradacji, ze szczególnym uwzględnieniem bioodpadów lub pozostałych odpadów komunalnych zbieranych w sposób selektywny z nieruchomości, na których zamieszkują mieszkańcy, a powstają odpady komunalne, o łącznej masie odebranych odpadów komunalnych, nie mniejszej niż ilość Mg określona w SIWZ.

(57) Kryteria, którymi miał się kierować Zamawiający przy wyborze oferty to:

- a. Cena - 60%.
- b. Termin podstawienia pojemnika na odpady komunalne 16%.
- c. Ilość kont dostępu do Systemu Wykonawcy dla Zamawiającego - 6%.
- d. Ilość Czytników RFID przekazanych do Zamawiającego - 6%.
- e. Termin płatności faktury VAT - 6%.
- f. Zatrudnienie osób niepełnosprawnych do realizacji zamówienia - 6%.

(58) Co istotne, w Przetargach ogłoszonych w 2017 roku (na lata 2018-2022) można było postąpić się tym samym wykazem robót i tym samym potencjałem w każdym z postępowań (żeby złożyć ofertę na kilka sektorów nie trzeba było sumować różnych niepowtarzających się potencjałów). Oznacza to, że jedną i tę samą flotę pojazdów i/lub wykaz robót można było zadeklarować w kilku postępowaniach, zwiększając tym samym szanse danego przedsiębiorcy na uzyskanie zamówienia publicznego.

- (59) Zgodnie z „Wyjaśnieniami treści Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia”³¹ „(...) Wykonawca, który złoży ofertę na więcej niż jeden Sektor wchodzący w skład Związku Międzygminnego GOAP (każdy Sektor jest odrębnym postępowaniem o udzielenie zamówienia publicznego) co do zasady może wykazać w odniesieniu do różnych Sektorów potencjał w postaci tych samych pojazdów o ile spełniać będą one wymagania SIWZ. Powyższą kwestię Zamawiający każdorazowo badał będzie pod kątem przepisu art. 22d ust. 2 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych.” Zgodnie zaś z (archiwalną już) treścią tegoż artykułu zamawiający może, na każdym etapie postępowania, uznać, że wykonawca nie posiada wymaganych zdolności, jeżeli zaangażowanie zasobów technicznych lub zawodowych wykonawcy w inne przedsięwzięcia gospodarcze wykonawcy może mieć negatywny wpływ na realizację zamówienia (dowód: k. 1103 akt adm.).
- (60) Ponadto, zgodnie z cytowanymi wyżej „Wyjaśnieniami treści Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia”³², „(...) Wykonawca, który złoży ofertę na więcej niż jeden Sektor wchodzący w skład Związku Międzygminnego GOAP (każdy Sektor jest odrębnym postępowaniem o udzielenie zamówienia publicznego) co do zasady może wykazać się doświadczeniem w wykonywaniu tych samych usług (w przypadku świadczeń okresowych lub ciągłych również nadal wykonywanych usług) odbierania odpadów, w zakresie opisanym w pkt. 5.3.lit. c) SIWZ z tym zastrzeżeniem, iż powyższą kwestię Zamawiający każdorazowo badał będzie pod kątem przepisu art. 22d ust. 2 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych. W powyższych granicach, jeśli jako dowód określający czy usługi zostały wykonane lub są wykonywane należycie Wykonawca przedstawi w zakresie dotyczącym więcej niż jednego Sektora te same referencje wykazujące spełnienie warunku z pkt. 5.3. lit. c) SIWZ, będzie to co do zasady dopuszczalne.” (dowód: k. 1103 akt adm.).
- (61) ZM GOAP w SIWZ i SOPZ zamieścił informacje o wymaganiach, które muszą zostać spełnione przez przedsiębiorców biorących udział w postępowaniach o udzielenie zamówień publicznych ogłoszonych w 2017 roku na odbiór, transport i zagospodarowanie odpadów komunalnych w latach 2018-2022 na obszarze Związku. Dla wyjaśnienia dodać należy, że liczba pojazdów, którą wykonawca powinien wykazać na etapie ubiegania się o udzielenie zamówienia publicznego została w SIWZ zmniejszona przez Zamawiającego celowo, aby dać szansę uczestnictwa w postępowaniach większej liczbie wykonawców. W praktyce zatem mniejsza liczba pojazdów była wymagana na etapie udzielania zamówienia (SIWZ), a większa na etapie realizacji zamówienia (SOPZ); (dowód: pismo Zamawiającego z dnia 23.10.2018 r., k. 537-538 akt adm.).

Poniższe tabele przedstawiają te wymagania.

TABELA 4 „WYMAGANIA WEDŁUG SIWZ ORAZ SOPZ DOTYCZĄCE LICZBY POJAZDÓW - PRZETARGI NA LATA 2018-2022”

Sektor	Pojazdy do zbiórki odpadów zmieszanych	Pojazdy do zbiórki odpadów zbieranych	Pojazdy bez funkcji kompaktującej

³¹ Str. 16 „Wyjaśnień treści Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia” (dot. punktu 5.3.a).

³² Str. 16 „Wyjaśnień treści Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia” (dot. punktu 5.3.c).

				selektywnie			
		SIWZ	SOPZ	SIWZ	SOPZ	SIWZ	SOPZ
I	Grunwald	6	8	3	5	2	2
II	Jeżyce	3	5	2	3	2	2
III	Piątkowo Morasko, Umultowo, Kiekrz, Krzyżowniki, Strzeszyn	5	6	3	4	2	2
IV	Nowe Miasto (Północ, Południe)	5	6	3	4	2	2
V	Rataje	5	6	3	4	2	2
VI	Winogrody i Stare Miasto	6	8	3	5	2	2
VII	Dębiec i Wilda	3	5	2	3	2	2
VIII	Buk	2	2	2	2	1	2
IX	Oborniki	3	4	2	2	1	2
X	Murowana Goślina	3	4	2	2	1	2
XI	Czerwonak	3	3	2	2	1	2
XII	Swarzędz	4	6	2	3	2	2
XIII	Pobiedziska	2	4	2	2	1	2
XIV	Kleszczewo	2	2	2	2	1	2
XV	Kostrzyn	2	3	2	2	1	2
Razem		54	72	35	45	23	30

Źródło: opracowanie na podstawie danych przekazanych przez Remondis (dowód: k. 507 akt adm.)

TABELA 5 „WYMAGANIA WYNIKAJĄCE Z SIWZ DOTYCZĄCE MINIMALNEGO ROCZNEGO OBROTU, ZDOLNOŚCI KREDYTOWEJ ORAZ DOŚWIADCZENIA DOT. ŁĄCZNEJ MASY ODBIERANYCH ODPADÓW KOMUNALNYCH”

Lp.	sektor		minimalny roczny obrót	zdolność kredytowa w wys. min.	doświadczenie w odebraniu/odbieraniu odpadów komunalnych, co najmniej o łącznej masie
1	I	Grunwald	7 430 000,00 zł	570 000,00 zł	30 000,00 Mg
	drugi przetarg po unieważnieniu		6 870 000,00 zł	520 000,00 zł	30 000,00 Mg
2	II	Jeżyce	3 140 000,00 zł	240 000,00 zł	16 000,00 Mg
3	III	Piątkowo Morasko, Umultowo, Kiekrz, Krzyżowniki, Strzeszyn	5 030 000,00 zł	390 000,00 zł	21 000,00 Mg
4	IV	Nowe Miasto (Północ, Południe)	4 440 000,00 zł	340 000,00 zł	18 000,00 Mg
5	V	Rataje	5 600 000,00 zł	430 000,00 zł	18 000,00 Mg
6	VI	Winogrody i Stare Miasto	8 040 000,00 zł	620 000,00 zł	32 000,00 Mg
7	VII	Dębiec i Wilda	1 840 000,00 zł	140 000,00 zł	14 000,00 Mg
8	VIII	Buk	1 870 000,00 zł	140 000,00 zł	3 000,00 Mg
	drugi przetarg po unieważnieniu		910 000,00 zł	70 000,00 zł	3 000,00 Mg
9	IX	Oborniki	1 000 000,00 zł	75 000,00 zł	7 000,00 Mg
	drugi przetarg po unieważnieniu		2 190 000,00 zł	168 000,00 zł	7 000,00 Mg

10	X	Murowana Goślina	1 050 000,00 zł	80 000,00 zł	4 000,00 Mg
11	XI	Czerwonak	1 620 000,00 zł	125 000,00 zł	6 000,00 Mg
12	XII	Swarzędz	3 820 000,00 zł	295 000,00 zł	14 000,00 Mg
drugi przetarg po unieważnieniu			3 820 000,00 zł	294 000,00 zł	14 000,00 Mg
13	XIII	Pobiedziska	1 690 000,00 zł	130 000,00 zł	6 000,00 Mg
drugi przetarg po unieważnieniu			1 690 000,00 zł	129 000,00 zł	6 000,00 Mg
14	XIV	Kleszczewo	580 000,00 zł	45 000,00 zł	2 000,00 Mg
drugi przetarg po unieważnieniu			580 000,00 zł	44 000,00 zł	2 000,00 Mg
15	XV	Kostrzyn	1 320 000,00 zł	100 000,00 zł	5 000,00 Mg
drugi przetarg po unieważnieniu			1 320 000,00 zł	100 000,00 zł	5 000,00 Mg

Źródło: opracowanie własne.

(62) Poza tym, zgodnie z SIWZ (w odniesieniu do każdego pojedynczego przetargu na dany sektor), baza magazynowo - transportowa musiała znajdować się na terenie Związku lub w odległości nie większej niż 60 km od granicy ZM GOAP, na terenie do którego składający ofertę posiada tytuł prawny. Lider Konsorcjum, na wezwanie Prezesa Urzędu przedłożył zestawienie zawierające potencjał techniczny przekazany przez poszczególnych konsorcjantów do realizacji zadań w ramach Konsorcjum (liczba pojazdów, pojemniki, bazy magazynowo - transportowe, inne), co obrazuje Tabela 6 (dowód: k. 3688 - 3689 akt adm.).

TABELA 6 „POTENCJAŁ TECHNICZNY POSZCZEGÓLNYCH PRZEDSIĘBIORCÓW PRZEKAZANY NA RZECZ KONSORCJUM - STAN NA DZIEŃ 7 CZERWCA 2017 ROKU, CZYLI DZIEŃ PODPISANIA UMOWY KONSORCJUM”

Członek Konsorcjum 2017	Liczba pojazdów do zbiórki odpadów zmieszanych	Liczba pojazdów do zbiórki odpadów zbieranych selektywnie	Liczba pojazdów bez funkcji kompaktującej ³³	Liczba pojemników	Baza magazynowo - transportowe	Inne
Remondis	(usunięto)	(usunięto)	(usunięto)	(usunięto)	ul. Górecka 104, Poznań	sortownia odpadów komunalnych
Vikom	(usunięto)	(usunięto)	(usunięto)	(usunięto)	ul. Poligonowa 1, Poznań	
PreZero	(usunięto)	(usunięto)	(usunięto)	(usunięto)	ul. Nowatorska 27, Poznań	
KDS	(usunięto)	(usunięto)	(usunięto)	(usunięto)	ul. Obodrzycka 75, Poznań	
PUK A. ZYS	(usunięto)	(usunięto)	(usunięto)	(usunięto)	Pławce 5a	sortownia odpadów komunalnych

³³ W tym miejscu, dla precyzji, należy zaznaczyć (zgodnie z treścią wyjaśnień Remondisu), że pojazdy bez funkcji kompaktującej mogą być (i są) stosowane zarówno do odbioru odpadów zmieszanych, jak i odpadów zbieranych selektywnie. Co więcej istnieje także możliwość wyposażenia pojazdów, które nie mają faktycznie uzbrojenia w mechanizm kompaktujący w tę funkcję, przy wykorzystaniu domontowywanego modułu kompaktującego. W efekcie, w przypadku zapotrzebowania na większą liczbę pojazdów z funkcją kompaktującą istnieje możliwość stosownego wyposażenia takiego pojazdu na wybrane kursy (ze strony Remondisu brak jest jednak możliwości zaraportowania w jakim stopniu moduły te były wykorzystywane w okresie, kiedy zawierana była Umowa Konsorcjum oraz czy takie moduły posiadali/wykorzystywali pozostali konsorcjanci).

ORDO	(usunięto)	(usunięto)	(usunięto)	(usunięto)	ul. Gdyńska 131, Czerwonak	
EKO-TOM	(usunięto)	(usunięto)	(usunięto)	(usunięto)	ul. Piaskowa 1, Koziegłowy	

Źródło: Remondis.

1.8 KOSZTY WDROŻENIA SYSTEMU INFORMATYCZNEGO ZGODNEGO Z WYMAGANIAMI SIWZ

- (63) Jednym z elementów kosztów koniecznych do realizacji zamówień publicznych, są w niniejszej sprawie koszty wdrożenia systemu informatycznego (dla każdego z członków Konsorcjum z osobna oraz dla Konsorcjum jako całości). Ustalenia w tym zakresie są o tyle istotne, że związane z zawarciem Konsorcjum ograniczenie ww. kosztów było podnoszone przez Remondis jako jedna z okoliczności uzasadniających zawieranie Konsorcjum.
- (64) Najważniejsze wymagania, wynikające z SIWZ i SPOZ, dotyczące systemu informatycznego zostaną przedstawione poniżej. Dotyczą one kwestii takich jak: System Wykonawcy, konta użytkownika pozwalające na dostęp do Systemu Wykonawcy, Pojemniki, Elektroniczny System Monitoringu, czytniki RFID przekazane do Zamawiającego, Anteny RFID, terminale/komputery pokładowe oraz urządzenia umożliwiające odczyt Transponderów oraz przesył danych do Systemu Wykonawcy.

a) System Wykonawcy.

Według SOPZ, System Wykonawcy to system oparty na oprogramowaniu służącym do zarządzania danymi pozyskiwanymi z systemów monitoringu Wykonawcy, opartych o system nawigacji GPS, system radiowej identyfikacji pojemników i kontenerów i system ważenia, umieszczony na pojazdach używanych przez Wykonawcę do realizacji przedmiotu zamówienia (Monitoring i Kontrola Systemu Identyfikacji - MKSI). System służący do gromadzenia i analizy danych otrzymywanych automatycznie z pojazdów Wykonawcy, takich jak położenie i stan pojazdu, z systemu RFID, z systemu wagowego, z terminali pokładowych itp.

Zgodnie z SOPZ, Wykonawca zobowiązany jest do wyposażenia Zamawiającego (na czas trwania Umowy) w System Wykonawcy, umożliwiającą bieżącą i nieprzerwaną kontrolę wykonywania Usługi objętej przedmiotem zamówienia, poprzez odczyt i analizę danych bezpośrednio z urządzeń monitorujących zamontowanych na sprzęcie, za pośrednictwem sieci internetowej z serwera oraz codzienne archiwizowanie danych przez Wykonawcę.

b) Konta użytkownika pozwalające na dostęp do Systemu Wykonawcy.

Zgodnie z SOPZ, Zamawiający wymaga udostępnienia przez Wykonawcę liczby kont dostępu do Systemu Wykonawcy dla użytkowników Zamawiającego, zgodnej z Ofertą Wykonawcy. Liczba kont użytkownika została określona odrębnie dla każdego Przetargu.

c) Pojemniki.

Wykonawca, na czas realizacji przedmiotu zamówienia, zobowiązany jest własnym staraniem i na własny koszt, w ramach zaoferowanej ceny ofertowej, wyposażyć nieruchomości na których zamieszkują mieszkańcy oraz nieruchomości na których nie zamieszkują mieszkańcy, a powstają odpady komunalne, w pojemniki do gromadzenia zmieszanych odpadów komunalnych oraz przeznaczone do gromadzenia odpadów komunalnych zbieranych w sposób selektywny, odpowiadające wymogom Regulaminu. Pojemniki muszą być oznakowane zgodnie z Regulaminem oraz z SIWZ (posiadać naklejkę informacyjną oraz naklejkę identyfikacyjną), a także spełniać określone tam wymagania, m.in. być wyposażone w transpondery (zob. pkt „e”).

d) Elektroniczny system monitoringu.

Zgodnie z SIWZ, Wykonawca miał wyposażyć wszystkie pojazdy do odbioru odpadów komunalnych w elektroniczny system monitoringu (bazujący na GPS lub innym równoważnym systemie nawigacji satelitarnej, dalej wymieniany, jako GPS) rejestrujący przebieg trasy pojazdów - punkty nie rzadziej niż co 100 m i 15 sekund.

Zgodnie natomiast z SOPZ, w odniesieniu do każdego sektora wykonawca zobowiązywał się do wyposażenia wszystkich pojazdów wykorzystywanych do realizacji przedmiotu zamówienia w urządzenia monitorujące umożliwiające automatyczne zapisywanie w nieulotnej pamięci: czasu pracy, informacji o frakcji odpadów, odczycie odebranych pojemników (poprzez RFID), aktualnej lokalizacji i przebytej drogi pojazdów z rzeczywistym, jednoznacznie wykazanym wykonaniem czynności, w szczególności zdarzeń (m. in. ruch pojazdu, postój, załadunek pojemnika, załadunek/wyładunek kontenera) określonych w osobnej tabeli.

Co więcej, Zamawiający w wyniku dokonywania odczytów za pomocą czytników RFID z transponderów na pojemnikach w terenie winien widzieć w Systemie Wykonawcy następujące dane: TAG RFID pojemnika, frakcję odpadów, typ pojemnika, adres nieruchomości, ID MGO, ID Posesji, ID Kontrahenta, współrzędne geograficzne, datę ostatniego odbioru odpadów.

e) Czytniki RFID przekazane do Zamawiającego (m. in. transpondery, tj. identyfikatory RFID na pojemnikach).

RFID to system radiowej identyfikacji pojemników. System ten poprzez zainstalowane na nich transpondery oraz terminal/komputer pokładowy pojazdów Wykonawcy i MKSI umożliwia identyfikację nieruchomości i właściciela pojemnika i kontenera przypisanego do danej nieruchomości oraz rodzaj wytwarzanych odpadów na tej nieruchomości. System zapewnia identyfikację pojemników za pomocą anten RFID umieszczonych na pojazdach - każdy zainstalowany na zasypie/mechanizmie wywrotu pojemnika jest automatycznie identyfikowany przez rejestrację identyfikatora (transpondera) zamontowanego na pojemniku.

f) Anteny RFID.

Wykonawca był zobowiązany do wyposażenia wszystkich pojazdów bezpylnych w anteny RFID na mechanizmie załadunkowym pojazdu, który miał umożliwiać automatyczne odczytywanie Transponderów.

g) Terminale/komputery pokładowe.

Wykonawca został zobowiązany do wyposażenia wszystkich pojazdów realizujących usługę w terminale/komputery pokładowe Systemu Identyfikacji RFID, umożliwiające czynności takie jak: wybranie MGO lub pojemnika, na którym realizowana jest Usługa oraz przypisanie notatki do konkretnego, zidentyfikowanego pojemnika, MGO lub Trasówki.

h) Urządzenia umożliwiające odczyt Transponderów oraz przesył danych do Systemu Wykonawcy.

Wykonawca został zobowiązany do wyposażenia wszystkich pojazdów realizujących usługę (innych, niż pojazdy bezpylne) w urządzenia umożliwiające odczyt Transponderów oraz przesył danych do Systemu Wykonawcy.

(65) Jak ustalono w toku postępowania, dostawcą rozwiązania IT stosowanego do obsługi Przetargów było *(usunięto)* z siedzibą w *(usunięto)* (dalej: „*(usunięto)*”). Była to ta sama firma, która przygotowała system informatyczny do obsługi przetargów ogłoszonych przez ZM GOAP w 2014 roku (obszar całego związku obsługiwało wtedy Konsorcjum Remondis-Zys; zob. rozdział 1.6 niniejszej decyzji). W 2017 roku zastosowano również to samo oprogramowanie *(usunięto)*, co uprzednio, choć o nieco innych funkcjonalnościach wynikających z modyfikacji SIWZ.

(66) W 2017 roku ze względu na kształt Konsorcjum (m. in. obsługa jednego sektora przez dwie firmy) oraz różne systemy źródłowe wykonawców, system z roku 2017 został zaprojektowany jako złożony z dwóch części (dwóch podsystemów); (*dowód: k. 3688-3693 akt adm.*):

I. *(usunięto)* (dalej: „Podsystem ZM GOAP”),

II. *(usunięto)* (dalej: „Podsystem MKSI”).

(67) Jak wynika oświadczenia ORDO i EKO-TOM, zgodnie z wiedzą spółek, system informatyczny funkcjonował na serwerach *(usunięto)*. Zarządzaniem serwerem zajmowało się natomiast *(usunięto)*, które świadczyło również szersze usługi dla *(usunięto)*³⁴ (*dowód: k. 1556-1630 akt adm.*).

(68) Koszty jakie były związane z wdrożeniem i funkcjonowaniem systemu informatycznego można podzielić na dwa rodzaje:

I. koszty poniesione przez Lidera Konsorcjum i następnie podzielone proporcjonalnie (refakturowane) na pozostałych konsorcjantów (podobnie jak wynagrodzenie

³⁴ *(usunięto)*

konsorcjantów wynikające z Umowy Konsorcjum, tj. na podstawie tonażu obrazującego potencjał każdego z uczestników Konsorcjum),

- II. koszty poniesione indywidualnie przez każdą ze stron postępowania, z pominięciem Lidera Konsorcjum jako pośrednika³⁵ - koszty właściwe tylko i wyłącznie dla danego podmiotu ze względu na jego indywidualną działalność związaną z realizacją usług na rzecz ZM GOAP (m. in. zakup urządzeń peryferyjnych i/lub zindywidualizowane usługi informatyczne). Takie koszty to np. *(usunięto)*.

(69) W tym miejscu należy wyjaśnić, że koszty wskazane w punkcie I. powyższego akapitu, tj. koszty poniesione przez Lidera Konsorcjum i następnie podzielone proporcjonalnie (refakturowane) na pozostałych konsorcjantów również można podzielić na dwa rodzaje kosztów, a mianowicie:

- i. koszty przygotowania funkcjonalności na Podsystemie ZM GOAP oraz Podsystemie MKSI, tj. koszty wdrożenia systemu informatycznego zgodnego z wymaganiami SIWZ na rzecz realizacji Przetargów ogłoszonych przez Związek.

Koszt tego typu poniesiony został raz dla całego obszaru ZM GOAP. W sytuacji, w której członkowie Konsorcjum startowaliby oddzielnie, lub w mniejszych konsorcjach, koszt ten musiałby być każdorazowo poniesiony przez każdego oferenta z osobna. W konsekwencji zatem uznać należy, iż jest to **koszt stały, niezależny od wielkości obsługiwanego przez danego przedsiębiorcę lub przedsiębiorców sektora lub sektorów.**

- ii. Koszty informatyczne „inne”, takie jak: zakup telefonów, czytników, aplikacji, instrukcje, szkolenia czy udostępnienie ZM GOAP kont dostępu.

Koszty tego typu związane były z zapotrzebowaniem na infrastrukturę techniczną uzależnioną od wielkości obsługiwanego przez danego członka Konsorcjum sektora lub sektorów (im większy obszar i większy tonaż odpadów do odbioru/transportu/ zagospodarowania, tym większe koszty).

(70) Powyższe koszty (poniesione przez Lidera i refakturowane na pozostałych konsorcjantów) kształtowały się następująco:

³⁵ W piśmie z dnia 29.01.2020 r., w odpowiedzi na pytanie o to, jakie były koszty wdrożenia systemu informatycznego na rzecz obsługi Przetargów dla Konsorcjum oraz koszty nabycia określonych urządzeń, Remondis wskazuje co następuje: „Urządzenia peryferyjne, w tym odbiorniki GPS i RFID, są własnością RSP. Każdy z członków Konsorcjum (...) miał swobodę w wyborze sposobu wejścia w posiadanie przedmiotowych urządzeń, więc Spółka nie posiada informacji na ten temat.”

TABELA 7 „KOSZTY WDROŻENIA SYSTEMU INFORMATYCZNEGO”

	Ad i.	Ad ii.	
	Koszty wykonania funkcjonalności <i>(usunięto)</i>	Udział w kosztach informatycznych: zakup telefonów marki Myphone oraz anten RFID (zgodnie z liczbą zadeklarowaną w ofercie złożonej ZM GOAP przez Konsorcjum), zainstalowanie oprogramowania na ww. urządzeniach, służącego do czytania danych RFID „w terenie”, przekazanie ZM GOAP instrukcji obsługi oraz zorganizowanie szkolenia	Udostępnienie ZM GOAP kont dostępu
Remondis	<i>(usunięto)</i>	<i>(usunięto)</i>	<i>(usunięto)</i>
PreZero	<i>(usunięto)</i>	<i>(usunięto)</i>	<i>(usunięto)</i>
PUK A. ZYS	<i>(usunięto)</i>	<i>(usunięto)</i>	<i>(usunięto)</i>
EKO-TOM	<i>(usunięto)</i>	<i>(usunięto)</i>	<i>(usunięto)</i>
ORDO	<i>(usunięto)</i>	<i>(usunięto)</i>	<i>(usunięto)</i>
Vikom	<i>(usunięto)</i>	<i>(usunięto)</i>	<i>(usunięto)</i>
KDS	<i>(usunięto)</i>	<i>(usunięto)</i>	<i>(usunięto)</i>
łącznie	<i>(usunięto)</i>	<i>(usunięto)</i>	<i>(usunięto)</i>

Źródło: opracowanie własne na podstawie akt adm. (k. 1806-1811 oraz 1953-1970).

(71) Koszty wskazane w kolumnie Ad i. to koszty stałe związane z wdrożeniem systemu informatycznego na potrzebę obsługi Przetargów. Koszty te, w kwocie *(usunięto)*, były niezależne od wielkości sektora na który przedsiębiorca chciał złożyć ofertę, jak również od liczby takich sektorów. Koszty te były również niezależne od tego, czy ofertę miałyby składać jeden, kilku czy nawet kilkunastu przedsiębiorców razem (np. jako konsorcjum). Wszystkie zaś pozostałe koszty kształtowały się wprost proporcjonalnie do liczby sektorów/obszaru obsługiwanego przez danego przedsiębiorcę (im większy zakres usług, tym wyższe koszty) oraz czynników zindywidualizowanych takich jak np. zdarzenia losowe (nieprzewidziane awarie), czy posiadana uprzednio przez danego przedsiębiorcę infrastruktura informatyczno-techniczna (*dowód: k. 12-26, k. 488-519 i 3707-3750 akt adm.*).

1.9 POTENCJAŁY POSZCZEGÓLNYCH KONSORCJANTÓW W CZASIE OGŁOSZENIA PRZETARGÓW

(72) W toku postępowania wyjaśniającego rozesłano kwestionariusze/zapytania do członków Konsorcjum oraz spółek należących do grupy kapitałowej kontrolowanej przez *(usunięto)*, tj. ALKOM sp. z o.o. S.K.A., ALKOM sp. z o.o., ALKOM sp. z o.o. sp. k. oraz FHU ALKOM H. Sienkiewicz.

(73) W powyższych kwestionariuszach zawarto pytania dot. spełnienia przez dany podmiot poszczególnych wymogów określonych w SIWZ i SOPZ odnośnie każdego z Przetargów. Odpowiedzi udzielone na ww. pytania stanowiły podstawę do oceny możliwości samodzielnego udziału w postępowaniach każdego z uczestników Konsorcjum.

(74) Potencjał techniczny wskazany w kwestionariuszach ankietowych (rozumiany jako liczba pojazdów przeznaczonych do odbioru odpadów komunalnych), został dodatkowo zweryfikowany o potencjał będący w dyspozycji każdego

z przedsiębiorców na dzień podpisania Umowy Konsorcjum i przekazany dyspozycji Konsorcjum.³⁶

(75) Bazując na powyższych danych oraz oświadczeniach przedsiębiorców dot. spełnienia wymogów określonych w SIWZ i SOPZ względem każdego z Przetargów, ustalono że uczestnicy Konsorcjum dysponowali wystarczającym **potencjałem techniczno-zawodowym** [posiadanie określonej ilości pojazdów do odbierania zmieszanych odpadów komunalnych, odpadów komunalnych zbieranych w sposób selektywny oraz pojazdów bez funkcji kompaktowania; posiadanie bazy magazynowo - transportowej usytuowanej na terenie Związku lub w odległości nie większej, niż 60 km od granicy Związku, na terenie do którego posiadają tytuł prawny; wykazanie, że w okresie ostatnich 3 lat przez upływem terminu składania ofert wykonawca wykonał lub nadal wykonuje usługi odbierania odpadów komunalnych (w tym odpadów biodegradowalnych i zbieranych w sposób selektywny) o łącznej masie odebranych odpadów nie mniejszej niż ilość Mg określona w SIWZ/SOPZ] oraz **ekonomiczno-finansowym** (posiadanie minimalnego rocznego obrotu na określonym poziomie za okres 3 ostatnich lat obrotowych, jak również posiadanie środków finansowych lub zdolności kredytowej we wskazanej przez Zamawiającego minimalnej kwocie) niezbędnym do samodzielnego złożenia ofert w poszczególnych przetargach na odbiór, transport i zagospodarowanie odpadów komunalnych w latach 2018-2022 na obszarze ZM GOAP.³⁷

(76) Biorąc pod uwagę wymagania Zamawiającego zawarte w SIWZ i SOPZ ustalono, co następuje:

1. Remondis - spółka spełniała warunki, by złożyć oferty samodzielnie na **(usunięto)**.

Notabene Remondis, w drugiej turze Przetargów na sektor I (Poznań Grunwald), złożył ofertę samodzielnie i uzyskał zamówienie publiczne (bez Konsorcjum). Sektor I był zaś drugim - po sektorze VI (Poznań Winogrady i Stare Miasto) - sektorem z największymi wymaganiami Zamawiającego określonymi w SIWZ i SOPZ (ilość pojazdów do odbioru odpadów komunalnych, minimalny roczny obrót, zdolność kredytowa w określonej minimalnej wysokości, doświadczenie w odebraniu / odbieraniu odpadów komunalnych).³⁸

2. Vikom - spółka spełniała warunki, by złożyć samodzielne oferty na sektory: **(usunięto)**.

Wyjaśnić należy, że odnośnie **(usunięto)** spółka Vikom spełniała warunki SIWZ i SOPZ w drugiej turze postępowań przetargowych. W pierwszej turze spółka wskazała **(usunięto)** (dowód: k. 1368-1376).

³⁶ Zob. Tabela 6 „Potencjał techniczny poszczególnych przedsiębiorców przekazany na rzecz Konsorcjum - stan na dzień 7 czerwca 2017 roku, czyli dzień podpisania Umowy Konsorcjum”.

³⁷ Warunki dot. sytuacji ekonomicznej i finansowej oraz technicznej lub zawodowej zostały szczegółowo opisane w akapicie (56) niniejszej decyzji.

³⁸ Zob. Tabela 4 „Wymagania według SIWZ oraz SOPZ dotyczące liczby pojazdów - przetargi na lata 2018-2022” i Tabela 5 „Wymagania wynikające z SIWZ dotyczące minimalnego rocznego obrotu, zdolności kredytowej oraz doświadczenia dot. łącznej masy odbieranych odpadów komunalnych”.

3. ORDO - spółka spełniała warunki dot. sytuacji technicznej lub zawodowej (dalej: „warunki techniczne”)³⁹, by złożyć samodzielne oferty na sektory: *(usunięto)* (w pierwszej i drugiej turze postępowań przetargowych). Biorąc pod uwagę wymogi dot. warunków technicznych zawarte w SIWZ (a nie w SOPZ), spółka mogła złożyć oferty także na *(usunięto)* (dowód: k. 1423-1432).

Do udziału w Przetargach, obok spełnienia warunków technicznych, konieczne było także spełnienie wymogów dotyczących sytuacji ekonomicznej i finansowej poprzez posiadanie minimalnego rocznego obrotu na określonym poziomie za okres 3 ostatnich lat obrotowych, a jeżeli okres prowadzenia działalności był krótszy - za ten okres oraz posiadanie środków finansowych lub zdolności kredytowej we wskazanej przez Zamawiającego minimalnej kwocie.

Spółka ORDO deklarowała *(usunięto)*. Spółka od początku zakładała, że będzie uczestniczyć w Przetargach jako członek Konsorcjum i nie widziała konieczności *(usunięto)*.

W ocenie Prezesa Urzędu, spełnienie przez spółkę kryteriów *(usunięto)*, a także świadczenie usług w ramach Konsorcjum Remondis-Zys⁴⁰ w latach 2015-2017 na części sektora III (Morasko, Umultowo, Kiekrz, Krzyżownicy), sektora X (Murowana Goślina - gmina) oraz sektora XI (Czerwonak - gmina) świadczą o tym, że ORDO, mając doświadczenie, obrót roczny powyżej *(usunięto)* i osiągając określone przychody m.in. z tytułu ww. działalności, mogłoby *(usunięto)* wykazać, gdyby *(usunięto)*. Mając na uwadze powyższe nie można stwierdzić zatem, że spółka ORDO nie miała *(usunięto)*, a jedynie, że nie potwierdziła jej odpowiednimi dokumentami wymaganymi w toku procedury zamówień publicznych.

4. EKO-TOM - spółka spełniała warunki, by złożyć samodzielne oferty (zarówno w pierwszej, jak i w drugiej turze postępowań przetargowych) na *(usunięto)*. Biorąc pod uwagę przekazany przez spółkę potencjał do Konsorcjum i wymagania SIWZ, spółka mogła samodzielnie złożyć oferty także na *(usunięto)*.

Powyższy stan (potencjał techniczno-finansowy przedsiębiorcy) ustalony został na podstawie kwestionariusza przesłanego przez EKO-TOM oraz potencjału technicznego, którym dysponowali poszczególni uczestnicy Konsorcjum na dzień podpisania Umowy Konsorcjum⁴¹ (dowód: k. 1433-1442 oraz k. 3688-3689).

³⁹ Warunki techniczne to: posiadanie określonej ilości pojazdów do odbierania zmieszanych odpadów komunalnych, odpadów komunalnych zbieranych w sposób selektywny oraz pojazdów bez funkcji kompaktowania; posiadanie bazy magazynowo - transportowej usytuowanej na terenie Związku lub w odległości nie większej, niż 60 km od granicy Związku, na terenie do którego posiadają tytuł prawny; wykazanie, że w okresie ostatnich 3 lat przez upływem terminu składania ofert wykonawca wykonał lub nadal wykonuje usługi odbierania odpadów komunalnych (w tym odpadów biodegradowalnych i zbieranych w sposób selektywny) o łącznej masie odebranych odpadów nie mniejszej niż ilość Mg określona w SIWZ/SOPZ.

⁴⁰ Zob. Tabela 3 „Podmiotowy podział zadań na terytorium ZM GOAP”.

⁴¹ Zob. Tabela 6 „Potencjał techniczny poszczególnych przedsiębiorców przekazany na rzecz Konsorcjum - stan na dzień 7 czerwca 2017 roku, czyli dzień podpisania Umowy Konsorcjum”.

5. KDS - spółka spełniała warunki techniczne, by złożyć samodzielne oferty na następujące sektory: *(usunięto)*⁴². Z treści wyjaśnień przedłożonych przez KDS Prezesowi Urzędu, wynika, iż KDS nie dysponował *(usunięto)* co było warunkiem niezbędnym do udziału w Przetargach (*dowód: k. 1409-1417*).

Zgodnie z obowiązującym na dzień złożenia ofert art. 22a ust. 1 i 4 p.z.p., wykonawca może w celu potwierdzenia spełnienia warunków udziału w postępowaniu, w stosownych sytuacjach oraz w odniesieniu do konkretnego zamówienia, lub jego części, polegać na zdolnościach technicznych lub zawodowych lub sytuacji finansowej lub ekonomicznej innych podmiotów, niezależnie od charakteru prawnego łączących go z nim stosunków prawnych. W odniesieniu zaś do warunków dotyczących wykształcenia, kwalifikacji zawodowych lub doświadczenia, wykonawcy mogą polegać na zdolnościach innych podmiotów, jeśli podmioty te zrealizują roboty budowlane lub usługi, do realizacji których te zdolności są wymagane.

Spółka KDS należy do grupy kapitałowej kontrolowanej przez *(usunięto)* KDS sp. z o.o. (KRS: 178658) posiadającym całość jej udziałów oraz posiadaczem większości udziałów (90%) w ALKOM sp. z o.o. (KRS: 343489). Przedsiębiorca jest powiązany także z ALKOM sp. z o.o. sp.k. (KRS: 345293) - zarówno udziałowcem jak i współnikiem uprawnionym do samodzielnego reprezentowania jest ALKOM sp. z o.o. oraz z ALKOM sp. z o.o. SKA (KRS: 442402) - tutaj także udziałowcem i współnikiem uprawnionym do samodzielnego reprezentowania jest ALKOM sp. z o.o.

Prezes Urzędu, w celu ustalenia spełnienia warunku dot. ilości odebranych odpadów (doświadczenia) niezbędnego do złożenia ofert w Przetargach przez spółkę KDS powiązaną z *(usunięto)*, zebrał informacje dotyczące zrealizowanych usług w zakresie odbioru, transportu i zagospodarowania odpadów komunalnych przez pozostałe spółki należące do grupy kapitałowej (*dowód: k. 3815 - k. 3944 akt adm.*).

Z zebranych dowodów wynika, że *(usunięto)* realizował w latach 2014-2017 liczne zamówienia w zakresie odbioru, transportu i zagospodarowania odpadów komunalnych na terenie wybranych gmin i związku międzygminnego leżących w Wielkopolsce (Związek Międzygminny „Centrum Zagospodarowania Odpadów - SELEKT” oraz gminy Witkowo, Kłecko, Niechanowo i Łubowo).

W ocenie Prezesa Urzędu, spółka KDS mogła w Przetargach *(usunięto)*, powołując się na zadania zrealizowane przez inny podmiot z grupy kapitałowej należącej do *(usunięto)*, co było dopuszczalne na podstawie wskazanego uprzednio art. 22a ust. 1 i 4 p.z.p.

⁴² Spółka KDS w kwestionariuszu (k. 1411 akt adm.) wskazała, że *(usunięto)*. Wobec powyższego, w ocenie Prezesa Urzędu, odpowiedź wskazaną w wierszu nr 14 można uznać za oczywistą omyłkę pisarską, która nie świadczy o tym, że przedsiębiorca nie spełniał kryterium *(usunięto)* zarówno w pierwszej turze przetargów, jak i w dogrywce.

6. PreZero - spółka spełniała warunki, by złożyć oferty samodzielnie na *(usunięto)*. Ze względu na ograniczenia związane z *(usunięto)* spółka PreZero mogłaby mieć jednak problemy z faktyczną realizacją zamówienia (dowód: k. 1398-1408).

Zgodnie z wyjaśnieniami przedsiębiorcy, z uwagi na ograniczenia występujące na rynku odpadów, w tym surowców wtórnych i gabarytów *(usunięto)*.

7. PUK A. ZYS - przedsiębiorca spełniał warunki, by samodzielnie złożyć ofertę na sektory: *(usunięto)*. Dodatkowo, biorąc pod uwagę wymogi dot. warunków technicznych zawarte w SIWZ (a nie w SOPZ), spółka mogła złożyć oferty także na sektory *(usunięto)* (dowód: k. 1353-1365).

1.10 UMOWA KONSORCJUM Z ZM GOAP ORAZ JEJ WCZEŚNIEJSZE ROZWIĄZANIE

(77) Konsorcjum, zgodnie z założeniem, realizować miało usługi na rzecz ZM GOAP w latach 2018-2022. Ze względu na znaczące zmiany w prawie, jakie wprowadziła nowelizacja ustawy o utrzymaniu czystości i porządku w gminach z września 2019 roku, Zarząd Związku (w listopadzie 2019 r.) podpisał porozumienia z wykonawcami usług odbioru odpadów komunalnych, na mocy których określono datę oraz warunki wcześniejszego zakończenia obowiązywania umów. W konsekwencji wcześniej, niż było to początkowo planowane, tj. w 2019 i 2020 roku, ZM GOAP ogłosił nowe przetargi na odbiór i transport niesegregowanych odpadów komunalnych i bioodpadów oraz odbiór i zagospodarowanie pozostałych odpadów komunalnych zbieranych selektywnie z nieruchomości objętych działalnością Związku Międzygminnego Gospodarka Odpadami Aglomeracji Poznańskiej, położonych na terenach sektorów I-XV.

(78) W tabeli poniżej zestawiono dane na temat oferentów, którzy uczestniczyli w przetargach ogłoszonych po wcześniejszym zakończeniu umów wykonawczych z Remondisem i z Konsorcjum oraz jaki był wynik tych postępowań. Celem porównania, w drugiej kolumnie pn. „Wykonawcy 2018-2020” wskazano także wykonawców (członków konsorcjów), którzy faktycznie świadczyli usługi na danych sektorach ZM GOAP w latach 2018-2020.

TABELA 8 „REALIZACJA USŁUG ODBIORU, TRANSPORTU I ZAGOSPODAROWANIA ODPADÓW KOMUNALNYCH NA TERENIE ZM GOAP: WYNIK PRZETARGÓW OGŁOSZONYCH W 2017 ROKU ORAZ W 2019/2020 R.”

	Wykonawcy 2018-2020	nr postępowania DP.271.5.2019		nr postępowania DP.271.11.2019	
		Oferenci (2019)	Wykonawca, którego oferta wygrała / wynik przetargu	Oferenci (2019/2020)	Wykonawca, którego oferta wygrała
Sektor I (Grunwald)	Remondis	Remondis	Remondis		
Sektor II (Jeżyce)	Konsorcjum (Vikom)	Remondis	UNIEWAŻNIONO	Remondis	Remondis
Sektor III (Piątkowo)	Konsorcjum (Remondis, EKO-TOM, ORDO)	KONSORCJUM PreZero ⁴³	Remondis		
		Remondis			

⁴³ Liderem tegoż konsorcjum było PreZero, a jego członkami spółki EKO-TOM i ORDO (dalej jako: „KONSORCJUM PreZero”).

Sektor IV (Nowe Miasto)	Konsorcjum (PreZero; KDS)	KONSORCJUM PreZero Komunalnik	KONSORCJUM PreZero		
Sektor V (Rataje)	Konsorcjum (Remondis, PreZero)	KONSORCJUM PreZero	UNIEWAŻNIONO	KONSORCJUM PreZero	KONSORCJUM PreZero
		Remondis		Remondis	
		Komunalnik			
Sektor VI (Winogrody i Stare Miasto)	Konsorcjum (Remondis)	Remondis	UNIEWAŻNIONO	Remondis	Remondis
Sektor VII (Wilda)	Konsorcjum (Remondis)	Remondis	Remondis		
		nr postępowania DP.271.18.2019		nr postępowania DP.271.12.2020	
Sektor VIII (Buk)	Konsorcjum (KDS)	KDS	KDS		
Sektor IX (Oborniki)	Konsorcjum (Remondis)	KONSORCJUM PreZero	UNIEWAŻNIONO	KONSORCJUM PreZero Remondis	KONSORCJUM PreZero
Sektor X (Murowana Goślina)	Konsorcjum (Remondis, EKO-TOM, ORDO)	KONSORCJUM PreZero	UNIEWAŻNIONO	KONSORCJUM PreZero	KONSORCJUM PreZero
Sektor XI (Czerwonak)	Konsorcjum (Remondis, EKO-TOM, ORDO)	KONSORCJUM PreZero Remondis	KONSORCJUM PreZero		
Sektor XII (Swarzędz)	Konsorcjum (PUK A. ZYS)	FBSerwis	FBSerwis		
Sektor XIII (Pobiedziska)	Konsorcjum (Remondis)	FBSerwis	UNIEWAŻNIONO	FBSerwis	FBSerwis
Sektor XIV (Kleszczewo)	Konsorcjum (PUK A. ZYS)	FBSerwis	UNIEWAŻNIONO	FBSerwis Remondis	FBSerwis (podwykonawca: PUK A. ZYS)
Sektor XV (Kostrzyn)	Konsorcjum (PUK A. ZYS)	FBSerwis	UNIEWAŻNIONO	FBSerwis	FBSerwis (podwykonawca: PUK A. ZYS)

Źródło: opracowanie własne na podstawie akt post. adm.: k. 1458-1460 oraz 4181-4216.

2. STANOWISKA STRON WYRAŻONE W TOKU POSTĘPOWANIA

2.1 REMONDIS

- (79) Lider Konsorcjum przedstawił stanowisko, w którym nie zgodził się z zarzutem postawionym przez Prezesa Urzędu w postanowieniu o wszczęciu postępowania antymonopolowego.
- (80) Zdaniem Remondis, w odniesieniu do Konsorcjum, nie jest możliwe wskazanie spełnienia przesłanek z art. 6 ust. 1 u.o.k.k., albowiem porozumienie między stronami Konsorcjum „nie ma charakteru z natury antykonkurencyjnego (ze względu na cel)”. Jak zauważył, i co wyraźnie podkreślił Lider, „kategoria porozumień zakazanych ze względu na cel powinna obejmować tylko takie porozumienia, które z samej swej natury, to znaczy bez konieczności badania ich rzeczywistych lub potencjalnych skutków, prezentują taki stopień wagi lub szkodliwości, że ich negatywny wpływ na konkurencję jest bardzo prawdopodobny.” W konsekwencji zatem, w opinii Remondisu, jako porozumienia o antykonkurencyjnym celu mogą być klasyfikowane tylko takie praktyki wielostronne, które zawsze lub prawie zawsze będą prowadziły do ograniczenia konkurencji. Umowa Konsorcjum, w ocenie Lidera, nie może być zaś klasyfikowana jako porozumienie o antykonkurencyjnym celu, ponieważ nie stanowi ona porozumienia, które samo w sobie byłoby antykonkurencyjne (zawsze i nieuchronnie prowadziło do zaburzenia Konkurencji).

- (81) Jednocześnie, jak wskazał Remondis, niemożliwe jest wykazanie antykonkurencyjnych skutków zawiązanego Konsorcjum. Podjęcie zaś przez Prezesa Urzędu daleko idącej oceny Konsorcjum powodującej nalożenie się na siebie kryteriów oceny celu i skutku, stoi w sprzeczności z przyjętą praktyką i orzecznictwem.
- (82) Lider Konsorcjum podniósł, że teza o antykonkurencyjnym charakterze zawartego Konsorcjum mogłaby być prawdziwa pod warunkiem, że przedsiębiorcy składający wspólną ofertę mogliby osiągnąć „*dokładnie ten sam, racjonalnie uzasadniony i zgodny z prawem cel gospodarczy (biznesowy), składając oferty odrębne, ewentualnie gdy dokładnie ten sam cel gospodarczy mogliby osiągnąć składając wspólną ofertę, ale w mniejszym gronie*”.
- (83) Celem Konsorcjum było zaś przede wszystkim skumulowanie potencjału poszczególnych jego uczestników, pozwalającego na realizację usług związanych z odbiorem, transportem i zagospodarowaniem odpadów komunalnych na rzecz ZM GOAP, ze wszystkich sektorów Związku.
- (84) W ocenie Remondis, konsorcja zawierane w wyniku wystąpienia potrzeby wzajemnego uzupełnienia zasobów przez zainteresowanych przedsiębiorców stymulują rozwój konkurencji i zwiększają efektywność gospodarowania czynnikami produkcji, umożliwiając tym samym zaoferowanie zamawiającemu niższej ceny i/lub wyższej jakości produktów i usług. Jednocześnie Lider Konsorcjum podniósł, że obsługa całego obszaru ZM GOAP była przyjętą na potrzeby Przetargów strategią biznesową, co jego zdaniem nie może być ograniczone tym, że Związek ogłosił 15 odrębnych przetargów na 15 poszczególnych sektorów.
- (85) Jak wskazał Remondis: „*Zgodnie z planami RSP (Remondisu - przypis własny), celem strategicznym było obsługiwanie całego obszaru ZM GOAP i z tego też względu komponowanie składu Konsorcjum miało pozwolić na zaoferowanie na całym tym obszarze warunków umożliwiających wygranie wszystkich Przetargów.*” Stwierdzenie to oznacza zaś w praktyce, że Remondis tak chciał dobrać partnerów do Konsorcjum, aby jak najefektywniej zrealizować założony przez siebie cel gospodarczy, co też w ostatecznym rozrachunku się udało (w wyniku rozstrzygnięcia Przetargów zamówienie na sektor I uzyskał Remondis indywidualnie, a zamówienia na sektory II-XV Konsorcjum).
- (86) Jednocześnie Lider podkreślił, że „*(...) zawiązane Konsorcjum zakładało, że każdy z konsorcjantów będzie wykonywał zadania na obszarze najlepiej mu znanym (...)*”, (konsorcjanci dobierani byli m.in. na podstawie tego, jakie sektory lub części sektorów ZM GOAP już wcześniej obsługiwali).
- (87) Lider zaznaczył też, że obszary obsługiwane przez poszczególnych konsorcjantów nie były jednoznacznie przypisane do konkretnych sektorów, albowiem zadania były rozdzielane przedmiotowo, a nie podmiotowo czy też obszarowo, o czym świadczyć miała współpraca PreZero, KDS i Remondisu na sektorach IV i V oraz Remondisu, ORDO i EKO-TOM na sektorach X i XI.

- (88) W ocenie Lidera powyższe usługi nie mogły być realizowane przez poszczególnych uczestników Konsorcjum, albo niektórych z osobna, ze względu na to, iż nie posiadali oni samodzielnie potencjału niezbędnego do realizacji usług odbioru, transportu i zagospodarowania odpadów komunalnych na całym obszarze Związku. Zdaniem Remondisu nie było również możliwe złożenie „racjonalnej oferty” na wszystkie obszary ZM GOAP.
- (89) Ponadto, mimo tego że Konsorcjum objęło dużych rynkowych graczy, to fakt ten nie może być oceniany w sprawie jako świadczący o antykonkurencyjnym charakterze Konsorcjum. Lider, opierając się na decyzji Prezesa Urzędu z dnia 31.12.2012 r. nr RLU 38/2012 wskazał bowiem, że nawet jeśli dochodzi do współpracy między takimi podmiotami (dużymi rynkowymi graczami), to jeśli jest ona korzystna dla kontrahentów (np. umożliwia obsługę dużych zamówień, których żaden z przedsiębiorców/konsorcjantów nie byłby w stanie wykonać samodzielnie), to takie porozumienie nie może zostać uznane za antykonkurencyjne.
- (90) Remondis wskazał także, że „*łączenie potencjałów w odniesieniu do usług liniowych nie musi mieć charakteru bezpośredniego*” i, tak jak to miało miejsce w niniejszej sprawie, może polegać na wsparciu członków porozumienia poprzez dostarczanie innych, niż bezpośrednio czynników produkcji. Takim czynnikiem mogła być np. możliwość zapewnienia Zamawiającemu elastycznej realizacji usługi w poszczególnych sektorach poprzez przesuwanie (w razie takiej potrzeby) potencjału konsorcjantów na inne sektory ZM GOAP. W konsekwencji zatem „*konstrukcja Konsorcjum (...) opierała się na uzupełnieniu nie tyle np. brakujących elementów taboru czy też kompetencjach, lecz złożenia takiej kompozycji przedsiębiorców, aby możliwe było obniżenie kosztów świadczenia usług publicznych*”. W konsekwencji zatem, w ocenie Lidera, drogą do złożenia konkurencyjnej oferty było wykorzystanie efektu skali i złożenie oferty na jak największą liczbę sektorów.
- (91) Ponadto podniesiono, że zawarcie Konsorcjum - w celu zapewnienia jak największej racjonalności ekonomicznej dla złożenia ofert na cały obszar ZM GOAP - przyczyniło się do:
1. Powstania efektywności odnoszących się do logistyki i optymalizacji kosztów związanych z transportem. W ocenie Remondisu, zawiązanie Konsorcjum umożliwiło efektywne wykorzystanie czynników produkcji (w tym infrastruktury) należących do poszczególnych konsorcjantów, takich jak instalacje do sortowania odpadów zbieranych selektywnie, bazy magazynowe oraz tabor. Zwiększona swoboda w zakresie wykorzystania zasobów należących do konsorcjantów miała pozwalać na planowanie prac w sposób efektywny kosztowo (redukcja odległości, kosztów pracowniczych i udziału aktywów). Zdaniem Remondisu, potwierdzeniem takiej możliwości planowania i korzyści z niej płynących był fakt, że w drugiej turze Przetargów Konsorcjum było w stanie przedłożyć oferty tańsze, niż w pierwszej turze.
 2. Identyfikacji i minimalizacji ryzyk operacyjnych związanych z realizacją odbioru, transportu i zagospodarowania odpadów komunalnych z terenu ZM GOAP. Lider

Konsorcjum wskazał, że zawarcie Konsorcjum pozwoliło jego członkom m. in. na zminimalizowanie ryzyka wystąpienia zdarzeń uzasadniających nałożenie przez ZM GOAP kar umownych na wykonawców (np. związanych z niewykonaniem, bądź nienależytym wykonaniem odbiorów z poszczególnych nieruchomości, wynikających np. z nieznanomości sektora, bądź pojawienia się w systemie nowych, nieobsługiwanych dotąd nieruchomości), a w przypadku ich wystąpienia - minimalizowanie czasu ich trwania, co pośrednio ograniczałoby wysokość nałożonych kar umownych. Ta okoliczność zaś spowodowała, że możliwe było „*odciążenie strony kosztowej przy kalkulacji ceny dla ZM GOAP*”, a pośrednio dla mieszkańca (nie wskazano jednak konkretnej kwoty owego „*odciążenia strony kosztowej*”).

Jednocześnie Remondis wskazał, że nigdy nie podjął prac nad wyszacowaniem kar możliwych do nałożenia w przypadku, gdyby nie doszło do zawiązania Konsorcjum i spółka „*musiałaby budować potencjał osobowy w sposób organiczny*” (co w rozumieniu Prezesa Urzędu oznacza, że trzeba by było przyuczyć nowych pracowników do obsługi nieznanych/nieobsługiwanych wcześniej przez danego przedsiębiorcę sektorów). „*Wstępna analiza ekspercka*” pozwoliła jednak na wyszacowanie przez Remondis tego ryzyka na wartość przekraczającą (*usunięto*) (Remondis nie wskazał w swoich wyjaśnieniach jacy eksperci, na podstawie jakich danych oraz w jaki sposób oszacowali ww. kwotę).

3. Powstania korzyści po stronie mieszkańców obszaru ZM GOAP. Remondis przeprowadził analizę porównawczą, z której wynika, że zawiązanie Konsorcjum pozwoliło na wygenerowanie korzyści dla mieszkańców gmin należących do aglomeracji poznańskiej. Jako argument potwierdzający tę tezę Remondis przeprowadził analizę, na podstawie której wykazał, że wysokość tzw. „podatku śmieciowego” (tj. opłat za gospodarowanie odpadami komunalnymi)⁴⁴ była w ZM GOAP, w porównaniu do Warszawy, Lublina i Wrocławia, najniższa i średnio w latach 2017-2020 wynosiła 18,11 zł (niżej o 97,54% od średniej wartości dla wskazanych wyżej miast w badanym okresie).
4. Powstania efektywności kosztowych, takich jak zdolności taborowe, pozyskanie pracowników oraz pozyskanie usługi IT. W ocenie Remondisu, powołanie Konsorcjum pozwoliło na połączenie potencjałów w zakresie taboru, pracowników oraz IT po to i w taki sposób, aby w odniesieniu do dwóch pierwszych zagadnień - pozyskać potencjał pozwalający na złożenie ofert w Przetargach oraz - w odniesieniu do trzeciego czynnika - zmniejszyć koszty funkcjonowania usługi na całym obszarze, jaki miałyby obsługiwać Konsorcjum.

Wyżej wskazana oszczędność miałyby powstać dzięki oparciu systemu informatycznego o infrastrukturę wdrożoną przez (*usunięto*) i wspólnie zakupionym przez konsorcjantów oprogramowaniu. W przypadku składania bowiem przez poszczególnych konsorcjantów ofert na wybrane sektory

⁴⁴ Zgodnie z art. 6k ust. 2 pkt 3 ustawy z dnia 13 września 1996 roku o utrzymaniu czystości i porządku w gminach (Dz.U. z 2022 r. poz. 2519) stawki opłat za gospodarowanie odpadami komunalnymi ustala rada gminy, biorąc pod uwagę m.in. koszty funkcjonowania systemu gospodarowania odpadami komunalnymi, o których mowa w art. 6r ust. 2-2b i 2d tejże ustawy.

(indywidualnie, a nie jako jedno Konsorcjum), każdy z nich musiałby uzyskać dostęp do ww. systemu informatycznego oddzielnie i osobno go sfinansować. Dzięki złożeniu ofert jako Konsorcjum koszt stały związany z wdrożeniem systemu informatycznego został zaś rozłożony proporcjonalnie na uczestników porozumienia.

Według szacunków Remondis (na podstawie oferty uzyskanej od dostawcy rozwiązań IT), koszt wyposażenia w systemy i infrastrukturę wymagane przez Związek, w przypadku realizacji usługi na całym obszarze ZM GOAP wynosi ponad **(usunięto)**. Na przedmiotowy nakład inwestycyjny składać się miało wyposażenie pojazdów i pojemników oraz wyposażenie Zamawiającego w stosowne oprogramowanie oraz kolektor RFID, a także dostosowanie systemu informatycznego wykonawcy, koszt wdrożenia i opieki serwisowej.

Zdaniem Remondisu wysokość kosztów uzależniona jest w części od liczby pojazdów, pojemników, terminali, obsługiwanych sektorów, serwerów oraz aktywnych aplikacji, a w części kształtowana jest przez liczbę serwerów i elementów infrastruktury, które występują w stałej liczbie, niezależnie od skali działalności wykonawcy (sektor, kilka sektorów czy też cały obszar ZM GOAP). W związku zaś z oczekiwaną przez Związek dostępnością danych w systemie 24 godziny przez 7 dni w tygodniu, w ocenie Lidera, do ww. kosztów należało doliczyć także koszt etatów co najmniej dwóch specjalistów IT **(usunięto)** przy czym koszt ten miał być względnie stały zarówno w przypadku, gdy usługa świadczona jest na całym obszarze ZM GOAP, jak i w jednym sektorze.

Ponadto, Lider w swoim stanowisku wskazał, że okoliczności związane z tym, iż nie doszło do utworzenia Centrum Zarządzania Umowami Wykonawczymi oraz zawarcia Porozumienia Szczegółowego (których powstanie przewidziane było Umową Konsorcjum) wynikały z faktu wypracowania przez konsorcjantów dobrych praktyk współpracy związanych z uprzednią realizacją usług na rzecz ZM GOAP (w ramach wykonywania wspólnie umowy zastępczej na rzecz ZM GOAP oraz współpracy jako Konsorcjum Remondis-Zys w latach 2015-2017), a także tego, że Związek dopuścił możliwość bezpośredniego kontaktu konsorcjantów z Zamawiającym. Wobec powyższego dodatkowe uzgodnienia pisemne lub były administracyjne nie były konieczne dla sprawnego funkcjonowania Konsorcjum.

W konsekwencji, współpraca w formie Konsorcjum pozwoliła na wygenerowanie znaczących korzyści w postaci obniżenia kosztu jednostkowego, w szczególności w obszarze kosztów stałych. Zdaniem Remondisu okoliczność ta była zaś szczególnie widoczna w obszarze pozyskania taboru, pracowników, infrastruktury IT oraz kosztów administracji i zarządu, związanych z obsługą świadczonej usługi.

5. Wykorzystania doświadczenia i potencjału konsorcjantów. Remondis podniósł, że zbudowanie Konsorcjum, które ukierunkowane było na obsługę całego obszaru ZM GOAP pozwoliło na bezpośrednie uruchomienie doświadczeń przedsiębiorców dostarczających kompetencje związane z obsługą określonych sektorów, takich jak znajomość/umiejętność:

- a. ułożenia pojemników w pergolach/śmietnikach,
- b. możliwości najazdowych pojazdów odbiorczych (śmieciarek),
- c. dostępu do pergoli/śmietników,
- d. rozwiązywania problemów odbiorowych w kontekście zgodności morfologii danej frakcji z zasadami referencyjnymi,
- e. ułożenia tzw. „trasówki” i kolejności odbiorów.

Wykorzystanie ww. doświadczeń konsorcjantów umożliwić zaś miało ograniczenie kosztów świadczenia usług na rzecz ZM GOAP i tym samym pozwolić na „efektywne wystartowanie w poszczególnych Przetargach przy jednoczesnym zaoferowaniu racjonalnych cen za przedmiotowe usługi”.

6. Powstania korzyści o charakterze ekologicznym, tj. ograniczenia emisji spalin i zużycia energii.

- (92) Podsumowując swoje stanowisko Remondis podniósł także, że w związku ze zmianą warunków rynkowych oraz tym, że Konsorcjum zaoferowało możliwie jak najniższe ceny, w konsekwencji nie było ono w stanie realizować usług odbioru, transportu i zagospodarowania odpadów komunalnych na rzecz ZM GOAP tak długo, jak było to pierwotnie zakładane. W rezultacie Konsorcjum zawarło z Zamawiającym porozumienie, zgodnie z którym, z dniem 29 listopada 2019 roku, podjęto decyzję o rozwiązaniu umów zawartych pomiędzy Konsorcjum a Związkiem, ze skutkiem na koniec sierpnia 2020 roku (k. 12-24, 488-519 oraz 3706-3750 akt adm.).

2.2 EKO-TOM ORAZ ORDO

- (93) EKO-TOM i ORDO (dalej także: „Spółki”) w piśmie z dnia 16 lipca 2020 r. przedstawiły wspólne wyjaśnienia i stanowisko wobec zarzutu postawionego przez Prezesa Urzędu w postanowieniu o wszczęciu postępowania antymonopolowego.
- (94) Główne argumenty na rzecz uznania iż Spółki nie naruszyły przepisów ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów koncentrowały się wokół następujących kwestii:

1. Konsorcjum działało zgodnie z prawem i przynosiło korzyści:

- a. **Konsorcjum jako forma zgodna z przepisami prawa** - Spółki podniosły, m.in. że współpraca między przedsiębiorcami, zarówno konkurującymi ze sobą, jak i tymi, którzy działają na różnych szczeblach obrotu, jest jednym z głównych filarów funkcjonowania gospodarki rynkowej.
- b. **ORDO i EKO-TOM jako „mali” uczestnicy rynku** - Spółki podniosły, że udział każdej z nich w rynku aglomeracji poznańskiej jest minimalny. Udział ten dla każdej ze Spółek kształtuje się na poziomie *(usunięto)* %, co znalazło swoje odzwierciedlenie w Porozumieniu Zakresowym (stanowiącym podstawę do określenia wynagrodzenia przysługującego poszczególnym konsorcjantom).
- c. **Konsorcjum jako szansa dla spółek z sektora MSP** - ORDO i EKO-TOM wskazały, że w Przetargach dla sektorów, obsługą których były

zainteresowane, co do zasady nie spełniały nawet warunków samodzielnego startu. Szansą rozwoju dla Spółek było zatem przystąpienie do Konsorcjum i w jego ramach uzyskanie zamówienia publicznego. Jako argument potwierdzający tę okoliczność podkreślono, że w przetargach ogłoszonych przez ZM GOAP na lata 2013-2014 i 2015-2017 również startowały i wygrywały konsorcja złożone z kilku przedsiębiorstw.

d. Korzyści dla Zamawiającego i konsumentów wynikające z zawarcia Konsorcjum.

W ocenie Spółek, pozytywnym skutkiem zawarcia Konsorcjum była atrakcyjna cena zaoferowana Zamawiającemu (oferty na poszczególne sektory), dowodem na co jest fakt, że ww. ceny mieściły się w granicach finansowych, jakie na zamówienie przeznaczył Związek (w przeciwieństwie do ofert złożonych w 2013 roku, kiedy Spółki startowały jako konsorcjum bez Remondisu).

Co więcej, ORDO i EKO-TOM podniosły argument, że dzięki złożeniu ofert jako jedno duże Konsorcjum, udało się zaoferować Związkowi tak atrakcyjne ceny, że nie musiał on podnosić opłat za gospodarowanie odpadami mieszkańcom terenów należących do ZM GOAP (Związek podniósł opłaty od 1.07.2019 r., co zdaniem Spółek nie było powiązane z rozstrzygnięciem analizowanych w niniejszym postępowaniu antymonopolowym Przetargów).

2. Porozumienie nie ograniczało konkurencji na rynku i miało charakter prokonkurencyjny. Zdaniem Spółek, nawet jeżeli konsorcjanci samodzielnie spełnialiby warunki udziału w Przetargach, albo mogliby samodzielnie wykonać zamówienie publiczne, to nie przesądza to o antykonkurencyjnym charakterze Konsorcjum, albowiem ani jego cel, ani skutek nie miały takiego charakteru.

W ocenie Spółek, weryfikować należy raczej przesłankę niezbędności zawarcia Konsorcjum, tj. ekonomiczną wartość Konsorcjum dla postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Zdaniem ORDO i EKO-TOM cel zawiązania Konsorcjum był prokonkurencyjny, gdyż dzięki połączeniu zasobów konsorcjantów możliwe było zaoferowanie najniższej ceny mieszczącej się w oczekiwaniach Zamawiającego.

Ww. czynniki decydujące o prokonkurencyjnym charakterze Konsorcjum to m.in.:

a. Komplementarność zasobów konsorcjantów i optymalizacja kosztów wynikająca z obsługi tych samych sektorów co wcześniej - dzięki startowi w Przetargach razem z Remondisem Spółki mogły złożyć oferty na interesujące je sektory: III, XI, XII. W szczególności dotyczyło to korzystania z pojazdów typu „żuraw” koniecznych do obsługi pojemników podziemnych typu Molok i spełniających normę euro4 (dot. sektora III i X), w których posiadaniu był tylko (spośród wszystkich konsorcjantów) Remondis.

Ponadto, w wyniku zmiany jaka została dokonana w podziale obszaru Związku ZM GOAP (zamiast 22 sektorów wprowadzono podział na 15 sektorów⁴⁵), rozszerzeniu uległ obszar, obsługą którego zainteresowane były ORDO i EKO-TOM. Na tym nowym, dodatkowym obszarze znajdowały się natomiast pojemniki należące albo do Remondisu, albo do podmiotów, które nie zdecydowały się na udział w Przetargach. Powyższa okoliczność, w ocenie ORDO i EKO-TOM powodowała, że gdyby miały one startować do Przetargów samodzielnie lub budować konsorcjum w oparciu o własne zasoby, to konieczne byłoby, po pierwsze, uzupełnienie bazy pojemników na odpady zmieszane i surowce wtórne, a po drugie, uzupełnienie floty śmieciarek o co najmniej tyle pojazdów, ile na te sektory wystawił Remondis (w ocenie Spółek potrzebne byłoby 6 takich śmieciarek). W takiej sytuacji jednak oferta Spółek nie byłaby konkurencyjna.

Co więcej, w ramach współpracy ORDO, EKO-TOM i Remondis transportowały surowce wtórne do sortowni odpadów należącej właśnie do Remondisu (Spółki nie miały własnej sortowni takich odpadów).

- b. **Obniżenie kosztów ogólnych przez wdrożenie wspólnego oprogramowania dla wszystkich konsorcjantów** (dostosowanie istniejącego oprogramowania *(usunięto)* do nowego SIWZ). Spółki podnoszą, że atrakcyjna cenowo oferta przedstawiona przez *(usunięto)* wynikała z tego, iż Remondis miał bardzo silną pozycję negocjacyjną, przy czym ORDO i EKO-TOM, jako małe/średnie przedsiębiorstwa takiej pozycji indywidualnie nie posiadały (w konsekwencji przygotowana dla nich oferta zapewne byłaby droższa).
- c. **Zachowanie odpowiedniej dynamiki w odbiorze odpadów** - współpraca ORDO, EKO-TOM i Remondisu umożliwiała zachowanie wymaganego harmonogramu odbioru odpadów oraz organizację zastępstw na trasach w przypadku nagłych awarii czy nieobecności kadry pozwalając jednocześnie na nienaruszanie innych zobowiązań Spółek (ORDO i EKO-TOM prowadzą także działalność w branży odpadów przemysłowych i budowlanych).
- d. **Rozłożenie kosztów wstępnych i ryzyka. Solidarna odpowiedzialność konsorcjantów.** Zawiązanie Konsorcjum pozwoliło na rozłożenie kosztów związanych z wejściem do postępowań przetargowych (zabezpieczenie umowy, przygotowanie oferty i obsługi prawnej, wniesienie wadium przez Lidera, itp.) oraz rozłożenie odpowiedzialności za wykonanie kontraktu solidarnie na wszystkich członków Konsorcjum.

Ponadto wskazano czynniki wyłączające lub zmniejszające potencjał ORDO i EKO-TOM w zakresie samodzielnego wykonania zamówienia oraz podkreślono, że Spółki nie miały wpływu na wybór pozostałych konsorcjantów, a samo Konsorcjum nie powodowało ograniczeń na innych polach. Jednocześnie Spółki podkreśliły, że mimo tego, że sposób skonstruowania SIWZ umożliwił wykorzystanie do każdego z Przetargów tego samego potencjału, to w ocenie Spółek „szansa startu nie jest tym samym, co realna szansa wygranej, bo gdy

⁴⁵ Zob. akapit (17) niniejszej decyzji.

takiej nie ma opłacalność startu jest ujemna (rodzi niepotrzebne koszty organizacyjne związane ze złożeniem oferty).” W konsekwencji zatem, z punktu widzenia uczestników Przetargów, możliwość powtarzania potencjałów przy składaniu ofert nie miała decydującego wpływu na treść i liczbę składanych ofert.

3. Konsorcjum nie było pozorne - w ramach konsorcjum podmioty realnie ze sobą współpracowały. ORDO i EKO-TOM wskazały szereg okoliczności, które świadczą o ich ścisłej współpracy jako konsorcjantów wraz z aktywnym udziałem w tej współpracy Remondisu. Spółki nie wskazały jednak na żadne inne okoliczności, które mogłyby świadczyć o jakiegokolwiek współpracy z pozostałymi konsorcjantami, tj. PreZero, KDS, Vikom oraz PUK A. ZYS.
 4. Wpływ ogólnej sytuacji na rynku na wzrost cen w branży odpadowej. W niniejszym punkcie Spółki podniosły, że to w głównej mierze reforma systemu odpadowego w Polsce z 2013 r. (nowelizacja ustawy o utrzymaniu czystości i porządku w gminach) niejako wymusiła na małych i średnich przedsiębiorstwach zawieranie konsorcjów w celu uzyskania szans na skuteczne starty w postępowaniach o udzielenie zamówień publicznych.
- (95) Podsumowując, Spółki stwierdziły, że Konsorcjum zawarte „*przede wszystkim ze spółką Remondis*”⁴⁶ było niezbędne, gdyż ani ORDO, ani EKO-TOM nie posiadały dostatecznych zasobów do obsługi sektorów III, X i XI (brak pojazdów typu żuraw do obsługi pojemników podziemnych, a także odpowiedniej liczby pojemników i śmieciarek), przy czym obsługą innych sektorów Spółki nie były zainteresowane.
- (96) W opinii Spółek, gdyby startowały one poza Konsorcjum (indywidualnie lub we dwie, tj. jako konsorcjum złożone z ORDO i EKO-TOM), to konieczność doposażenia zasobów spowodowałaby, że z uwagi na wyższą cenę złożonych ofert, nie miałyby one realnej szansy na wygranę wybranych Przetargów. Co więcej, „*Spółki nie spełniały też warunków SIWZ w przeważającej liczbie sektorów, więc ich samodzielny start nie byłby możliwy formalnie.*”
- (97) Spółki wyraźnie podkreśliły, że zawarcie Umowy Konsorcjum było dla nich niezbędne, aby mieć rzeczywistą szansę na wygranę Przetargów, przy czym musiały one w tym celu współpracować z Remondis, a na dobór pozostałych konsorcjantów przez Lidera nie miały wpływu.
- (98) Ponadto zawarcie Umowy Konsorcjum pozwoliło na obniżenie kosztów oferty poprzez obniżenie kosztów informatycznych oraz uniknięcie zakupów sprzętowych (nowe pojazdy) i osobowych (zwiększone zatrudnienie). Uniknięto również konieczności zakupu, „oczipowania” i rozstawienia nowych pojemników (na częściach sektorów dotąd nieobsługiwanych przez ORDO i EKO-TOM). Powyższe zaś spowodowało, że w opinii Spółek, Konsorcjum nie tylko nie ograniczyło konkurencji na rynku właściwym, ale miało prokonkurencyjne skutki (m. in. niższa cena ofert oraz wysoka jakość i sprawność realizacji umów wykonawczych); (k. 1556-1630 akt adm.).

⁴⁶ Jak wskazano w Tabeli 3, Sektory III, X i XI były obsługiwane łącznie przez trzy spółki, tj. Remondis, ORDO i EKO-TOM.

2.3 KDS

- (99) Spółka KDS, odnosząc się do zarzutu zawarcia antykonkurencyjnego konsorcjum, sformułowanego przez Prezesa Urzędu w postanowieniu z dnia 22 kwietnia 2020 r. jednoznacznie zaprzeczyła, jakoby w ramach prowadzonej działalności gospodarczej zawarła zakazane prawem porozumienie ograniczające konkurencję.
- (100) Jako główny argument podniesiona została kwestia związana z tym, że KDS nie mając wymaganego przez SIWZ (*usunięto*), nie mógł samodzielnie złożyć oferty (*usunięto*) z Przetargów ogłoszonych przez ZM GOAP i dlatego przystąpił on do Konsorcjum.
- (101) Jednocześnie KDS wskazał, że wbrew twierdzeniom Prezesa Urzędu, nie funkcjonował on wcześniej „na rynku właściwym odpadów”, a tym bardziej nie był „dużym graczem”. Dopiero udział w Konsorcjum pozwolił spółce KDS wejść na rynek. Ta okoliczność zaś przyczyniła się do zwiększenia konkurencyjności - jako dowód KDS wskazał swój samodzielny udział w postępowaniach przetargowych ogłoszonych w 2019 i 2020 roku na odbiór i transport niesegregowanych odpadów komunalnych i bioodpadów oraz odbiór i zagospodarowanie pozostałych odpadów komunalnych zbieranych selektywnie z nieruchomości objętych działalnością ZM GOAP, zakończony wygraną na Sektor VIII, tj. Miasto i Gminę Buk.
- (102) Podsumowując, KDS wniósł o umorzenie w stosunku do tej spółki postępowania antymonopolowego, albowiem rola KDS-u w Konsorcjum była bagatelna i odmienna od roli pozostałych uczestników (celem spółki było wejście na rynek właściwy (*usunięto*), nie mając samodzielnie (*usunięto*)), (k. 1799-1800 akt post. adm.).

2.4 PUK A. ZYS

- (103) PUK A. ZYS, w postępowaniu antymonopolowym przedstawił stanowisko w odpowiedzi na SUZ.
- (104) Uprzednio, w toku postępowania wyjaśniającego (sygn. RPZ.400.6.2018.AS), ogólne stanowisko przedsiębiorcy zostało wyrażone w piśmie z dnia 17.01.2020 r. Przedsiębiorca, w odpowiedzi na wezwanie Prezesa Urzędu dotyczące wypełnienia kwestionariusza określającego spełnienie przez PUK A. ZYS warunków wskazanych w SIWZ i SOPZ [oczekiwane odpowiedzi to „TAK” lub „NIE” na pytania typu: „(...) czy Przedsiębiorca spełniał warunek posiadania minimalnego rocznego obrotu za okres ostatnich trzech lat obrotowych (...)”, lub „(...) czy Przedsiębiorca spełniał warunek posiadania środków finansowych lub zdolności kredytowej w wysokości minimalnej wskazanej poniżej (...)”] wskazał, że wnioski, które można wyciągnąć z kwestionariusza, mogą być wadliwe ze względu na to, że ww. „kwestionariusz pomija czynniki kluczowe z biznesowego punktu widzenia”, tj. konieczność uwzględnienia ryzyka biznesowego, dążenie do jego minimalizacji oraz dążenie do przedstawienia w przetargu jak najatrakcyjniejszej oferty.
- (105) Jak podkreślił przedsiębiorca, istotny z jego punktu widzenia (oraz rynku) jest „(...) podział ryzyka między mnie (tj. PUK A. ZYS - przyp. własny) a pozostałych uczestników Konsorcjum, co nie ma miejsca w przypadku samodzielnego ubiegania się o realizację zamówienia publicznego, gdzie następuje kumulacja ryzyka tylko na

jednym przedsiębiorcy. Zawierając umowę Konsorcjum postawiłem sobie jako cel osiągnięcie efektywności ekonomicznej i organizacyjnej, która pozwala mi podjąć skuteczną walkę z konkurentami w zakresie ubiegania się o udzielenie zamówienia we wszystkich Przetargach.”

- (106) Przedsiębiorca podkreślił także, że ani on, ani nikt z pozostałych konsorcjantów nie posiadał potencjału wystarczającego do obsługi całego obszaru ZM GOAP zgodnie z wymaganiami SIWZ i SOPZ. Konsorcja zaś które zawierał i zawiera nie są zakazane przepisami powszechnie obowiązującego prawa, a służą przede wszystkim uzupełnieniu zasobów oraz zwiększeniu efektywności biznesowej.
- (107) Jednocześnie PUK A. ZYS wskazał, że zawiązanie Konsorcjum przyczyniło się do powstania szeregu „efektywności” wynikających ze współpracy przedsiębiorców, które skutkowały z kolei korzyściami dla ZM GOAP (a docelowo także dla lokalnej społeczności) w postaci niższej ceny świadczonych usług. Zawiązanie Konsorcjum nie miało także wpływu na ograniczenie działalności gospodarczej stron postępowania, która mogłaby przyczynić się do ograniczenia konkurencji na rynku (*k. 1353-1365 akt post. adm.*).

2.5 PREZERO

- (108) Spółka PreZero nie zgodziła się z zarzutem postawionym przez Prezesa Urzędu w postanowieniu o wszczęciu postępowania antymonopolowego. W jej opinii sankcjonowanie uczestnictwa w konsorcjach powinno mieć miejsce tylko w skrajnych i oczywistych przypadkach naruszenia przepisów u.o.k.k., albowiem zgodnie z zasadą *exceptiones non sunt extendendae*, wyjątki od zasady legalności uczestnictwa w przetargach w formie konsorcjów nie powinny być interpretowane w sposób rozszerzający.
- (109) Co więcej, w ocenie przedsiębiorcy, udział PreZero w Konsorcjum nie może być traktowany nawet jako potencjalne naruszenie przepisów u.o.k.k., w szczególności z uwagi na to, że:
- a) PreZero nie spełniał łącznie wszystkich warunków udziału w Przetargach wynikających z SIWZ oraz załączników do SIWZ.
 - b) PreZero nie był w stanie samodzielnie zrealizować zamówień będących wynikiem Przetargów, w szczególności ze względu na ograniczenia (*usunięto*).
 - c) Realizacja zamówień będących wynikiem Przetargów mogła nastąpić tylko przy wykorzystaniu infrastruktury konsorcjantów.
 - d) PreZero nie posiadał wystarczającego doświadczenia do realizacji zamówienia, albowiem w przeszłości nigdy nie obsługiwał samodzielnie terytorium ZM GOAP, ani też nie realizował innego podobnego zadania na tak dużą skalę.
 - e) Utworzenie Konsorcjum umożliwiło zapewnienie mieszkańcom Poznania oraz innych gmin wchodzących w skład ZM GOAP bardzo niskich cen za usługi

związane z odpadami. Gdyby nie Konsorcjum, ceny dla mieszkańców byłyby wyższe.

(110) Odnosząc się do postanowienia o wszczęciu postępowania antymonopolowego w niniejszej sprawie, tj. stwierdzenia Prezes Urzędu, że konsorcjum przetargowe prowadzi do ograniczenia konkurencji, jeżeli:

a) członkowie konsorcjum są w stanie niezależnie przedstawić ofertę oraz zrealizować zamówienie będące przedmiotem współpracy, albo

b) uczestnicy konsorcjum są w stanie niezależnie przedstawić ofertę oraz zrealizować zamówienie będące przedmiotem współpracy z mniejszą liczbą stron, niż liczba faktycznych uczestników konsorcjum,

PreZero oświadczył, iż nie spełniał łącznie wszystkich warunków udziału w postępowaniach, wynikających z SIWZ oraz załączników do SIWZ (wymagania dotyczące sytuacji ekonomicznej i finansowej, zdolności technicznej lub zawodowej oraz doświadczenia), jak również nie był w stanie samodzielnie wykonać zadania objętego Przetargami.

(111) Spółka podkreśliła także, że nie może odpowiadać za działania innych, niezależnych od niej przedsiębiorców. Przed przystąpieniem do Konsorcjum nie miała ona ani narzędzi, ani podstaw prawnych do tego, by weryfikować posiadanie przez pozostałych konsorcjantów potencjału (bądź jego braku) do samodzielnego złożenia ofert w Przetargach. PreZero zwrócił także uwagę, że w sytuacji, w której przyszli konsorcjanci udostępniliby sobie nawzajem dokumentację zawierającą analizy indywidualnych możliwości uczestniczenia w Przetargach, czy realizacji zamówień przez poszczególnych konsorcjantów, naraziliby się na ryzyko naruszenia przepisów u.o.k.k. poprzez wymianę informacji poufnych o strategicznym znaczeniu, która to wymiana informacji została już zakwestionowana przez Prezesa Urzędu m.in. w decyzji z 30 grudnia 2016 r. nr DOK-3/2016.

(112) PreZero podkreślił (podobnie jak Remondis), że brak jest przyczyn, które zabraniałyby członkom Konsorcjum potraktowania wszystkich przetargów dotyczących ZM GOAP jako jednego celu gospodarczego, wymagającego wspólnej oferty złożonej przez Konsorcjum.

(113) Zastrzeżenia przedstawione przez PreZero odnośnie możliwości samodzielnego udziału w Przetargach na poszczególne sektory dotyczyły przede wszystkim: kwestii posiadania nieodpowiedniej (*usunięto*) oraz wykorzystania pojazdów do odbierania odpadów komunalnych, pojazdów do odbierania odpadów komunalnych zbieranych selektywnie oraz pojazdów bez funkcji kompaktowania również w innych przedsięwzięciach, niezwiązanych z obsługą ZM GOAP.

(114) W ocenie PreZero, pomimo tego, że formalnie spółka posiada bazę magazynowo - transportową położoną w Poznaniu (*usunięto*). W ocenie PreZero, realizacja zadania polegającego m. in. na odbiorze, transporcie i zagospodarowaniu odpadów zbieranych selektywnie i problemowych nie jest możliwa, gdy przedsiębiorca

(*usunięto*) (w odniesieniu do pozostałych frakcji odpadów przedmiotem zamówienia był tylko ich odbiór i transport, a nie zagospodarowanie). (*usunięto*).

- (115) Tymczasem PreZero, co wynika z decyzji Prezydenta Miasta Poznania (zezwolenie na zbieranie odpadów), co do zasady (*usunięto*). Bazy przetwarzającej odpady zbierane selektywnie i problemowe spółka (*usunięto*).
- (116) W związku z wyżej opisanymi ograniczeniami spółka PreZero, już na etapie przygotowywania do Przetargów, wiedziała że koniecznym będzie dla niej korzystanie (*usunięto*), tj. Remondis, ORDO oraz PUK A. ZYS. (*usunięto*).
- (117) Co więcej, spółka stwierdziła, że nie może jednoznacznie określić, czy na dzień składania ofert spełniała samodzielnie warunek udziału w postępowaniu w zakresie dysponowania urządzeniami technicznymi w postaci pojazdów do odbierania zmieszanych odpadów komunalnych, pojazdów do odbierania odpadów komunalnych zbieranych selektywnie oraz pojazdów bez funkcji kompaktowania. Na dzień składania ofert spółka PreZero dysponowała bowiem pojazdami, które zaangażowane były w inne przedsięwzięcia gospodarcze, co powodowało, że w oparciu o art. 22 p.z.p., w jej ocenie istniało realne ryzyko, że zaangażowanie ww. pojazdów w „inne zadania” może mieć negatywny wpływ na ocenę realizacji zamówienia przez ZM GOAP. Zgodnie z ww. przepisem, zamawiający może, na każdym etapie postępowania, uznać, że wykonawca nie posiada wymaganych zdolności, jeżeli zaangażowanie zasobów technicznych lub zawodowych wykonawcy w inne przedsięwzięcia gospodarcze wykonawcy może mieć negatywny wpływ na realizację zamówienia.
- (118) Spółka PreZero podniosła także, że w odniesieniu do wymaganego przez Zamawiającego warunku posiadania odpowiedniego doświadczenia (wykazania wykonywania w okresie ostatnich trzech lat przed upływem terminu składania ofert, usługi odbierania odpadów komunalnych lub odpadów ulegających biodegradacji, ze szczególnym uwzględnieniem bioodpadów lub pozostałych odpadów komunalnych zbieranych w sposób selektywny z nieruchomości, na których zamieszkują mieszkańcy lub z nieruchomości na których nie zamieszkują mieszkańcy o łącznej minimalnej masie odebranych odpadów komunalnych określonej dla poszczególnych sektorów aglomeracji poznańskiej), spełniała go ona tylko w odniesieniu zamówień na poszczególne sektory ZM GOAP. Nie spełniałaby jednak tego wymogu, gdyby warunek posiadania doświadczenia traktować kumulatywnie, tj. jako sumę wartości łącznej masy odpadów komunalnych wymaganych na poszczególne zadania.
- (119) PreZero przywołało także stanowisko spółki Remondis, w którym ta podkreśliła że to właśnie utworzenie Konsorcjum i połączenie potencjałów współkonsorcjantów w zakresie taboru, pracowników oraz IT, pozwoliło na spełnienie wysokich wymagań Zamawiającego i zmniejszenie kosztów funkcjonowania usługi na całym obszarze. Spółka PreZero w przeszłości nigdy nie obsługiwała samodzielnie terytorium ZM GOAP, ani też nie realizowała innego podobnego zadania na tak dużą skalę, w związku z czym zdaniem spółki należy uznać, iż skala przedsięwzięcia przerastała jej samodzielne możliwości.

- (120) Co więcej, zwrócono także uwagę na fakt, że twierdzenie organu, zgodnie z którym konsorcjum przetargowe prowadzi do ograniczenia konkurencji, jeżeli uczestnicy konsorcjum są w stanie niezależnie przedstawić ofertę oraz zrealizować zamówienie będące przedmiotem współpracy z mniejszą liczbą stron, niż liczba faktycznych uczestników stanowi stosunkowo nowe podejście Prezesa Urzędu, z czym wiąże się cały szereg konsekwencji gospodarczych oraz brak pewności prawa po stronie potencjalnych konsorcjantów, czy przypadkiem zawiązując konsorcjum nie naruszają przepisów u.o.k.k.
- (121) W swojej dotychczasowej praktyce decyzyjnej Prezes Urzędu tylko w dwóch decyzjach zakwalifikował umowę konsorcjum jako porozumienie ograniczające konkurencję (decyzja z dnia 31.12.2012 r. nr RLU-38/2012 oraz decyzja z dnia 18.12.2019 r. nr DOK-2/2019). Co więcej w publikacji Urzędu pt. „Zmowy przetargowe” z 2017 r. Prezes Urzędu nie wyróżnił odrębnej kategorii „zakazanych” konsorcjów, w których przedmiot zamówienia mógłby zostać zrealizowany we współpracy z mniejszą liczbą stron, niż liczba faktycznych uczestników konsorcjum.
- (122) Podsumowując, w ocenie PreZero zawarcie Konsorcjum ani nie stanowiło porozumienia zakazanego ze względu na cel, ani też nie wywołało antykonkurencyjnych skutków.
- (123) Spółka podniosła także argumenty dotyczące wpływu zawartej Umowy Konsorcjum na konkurencję. W jej ocenie Konsorcjanci nie byli faktycznymi lub potencjalnymi konkurentami na rynku właściwym, albowiem zgodnie z orzecznictwem unijnym istotnym elementem na którym musi się opierać kwalifikacja przedsiębiorcy jako potencjalnego konkurenta, jest jego realna zdolność/zamiar do wejścia na dany rynek.
- (124) W praktyce zatem, w ocenie PreZero, aby móc uznać członków Konsorcjum za konkurentów, konieczne byłoby udowodnienie przez organ antymonopolowy, że każdy z konsorcjantów mógł samodzielnie i prawidłowo zrealizować zamówienie na rynku właściwym w pojedynkę (rynek ten określono w postanowieniu o wszczęciu postępowania jako rynek odbioru i transportu zmieszanych odpadów komunalnych i odpadów ulegających biodegradacji oraz odbioru, transportu i zagospodarowaniu pozostałych odpadów komunalnych zbieranych w sposób selektywny z terenu sektorów I-XV ZM GOAP). Jak wykazywała już uprzednio spółka PreZero, nie miała ona jednak możliwości samodzielnego zrealizowania zamówienia, m.in. z powodu **(usunięto)**.
- (125) PreZero podniósł, że w przypadku, gdy przedsiębiorca ocenia indywidualnie swoją sytuację na potrzeby konkretnego przetargu, nie mając jednocześnie wpływu na ocenę przeprowadzaną przez innych potencjalnych konsorcjantów, to nie można uznać, iż porozumienie takie ogranicza konkurencję ze względu na cel. W tym miejscu strona powołała także piśmiennictwo, zgodnie z którym, taka wykładnia prowadziłaby do schłodzenia, a nie wzmocnienia konkurencji na polskim rynku zamówień publicznych, ponieważ przedsiębiorcy, chcąc uniknąć zarzutu zmowy, baliby się nawiązywania w pełni legalnej współpracy w celu wspólnego uzyskania zamówienia.

- (126) PreZero, jako dowód na brak antykonkurencyjnego charakteru Konsorcjum, wskazał również treść zawartej Umowy Konsorcjum. W szczególności fakt, że nie ograniczała ona w jakikolwiek sposób działalności gospodarczej stron realizowanej poza Konsorcjum, w ocenie przedsiębiorcy świadczy o tym, że nie było to porozumienie antykonkurencyjne (strony mogły konkurować w innych przetargach zarówno na terenie ZM GOAP, jak i w postępowaniach ogłoszonych przez innych organizatorów).
- (127) Spółka zdecydowanie zaprzeczyła jakoby zawarte Konsorcjum miało antykonkurencyjny cel, niemniej jednak zaznaczyła, że gdyby kontrfaktycznie przyjąć, iż tak było, to w jej ocenie nie dałoby się wykazać jego antykonkurencyjnych skutków. Wręcz przeciwnie - Konsorcjum przyniosło korzyści rynkowe zarówno Zamawiającemu, jak i mieszkańcom ZM GOAP (pozytywny wpływ na jakość, ciągłość i cenę świadczonych usług)⁴⁷. Zawiązane Konsorcjum skupiło ponadto nie tylko „dużych graczy”, tak jak to miało miejsce w sprawie w której Prezes Urzędu wydał decyzję nr RLU 38/2012, ale również pozwoliło małym i średnim przedsiębiorstwom na wejście na rynek (*k. 1398-1408 oraz 4097-4125 akt post. adm.*).
- (128) W okresie poprzedzającym przedstawienie stronom szczegółowego uzasadnienia zarzutów, spółka Vikom nie przedstawiła swojego stanowiska w sprawie, które wykraczałoby merytorycznie poza udzielanie odpowiedzi na pytania zawarte w wezwaniach Prezesa Urzędu.

3. OCENA PRAWNA USTALONYCH FAKTÓW

3.1 OKREŚLENIE ZARZUTU

- (129) Stronom niniejszego postępowania antymonopolowego postawiony został zarzut zawarcia porozumienia ograniczającego konkurencję, o którym mowa w art. 6 ust. 1 pkt 7 u.o.k.k., na lokalnym rynku odbioru i transportu odpadów zmieszanych i ulegających biodegradacji oraz odbioru, transportu i zagospodarowania pozostałych odpadów komunalnych zbieranych w sposób selektywny, polegającego na uzgodnieniu przez przedsiębiorców przystępujących do Przetargów ogłoszonych przez ZM GOAP w kwietniu 2017 r., warunków składanych ofert dotyczących zakresu i ceny usługi. Dokładniej rzecz ujmując, stronom postępowania zarzucono zawarcie Konsorcjum, w sytuacji, w której jego uczestnicy byłiby w stanie samodzielnie (lub jako mniejsze konsorcja) złożyć oferty z realną szansą na wygranę Przetargów. Porozumienie takie w doktrynie prawa konkurencji określane jest jako „zmowa przetargowa”.⁴⁸

3.2 INTERES PUBLICZNY

- (130) Zgodnie z art. 1 ust. 1 u.o.k.k., ustawa ta określa warunki rozwoju i ochrony konkurencji oraz zasady podejmowanej w interesie publicznym ochrony interesów przedsiębiorców i konsumentów. Tak określony cel ustawy oznacza, że ma ona charakter publiczny i służy ochronie interesu publicznego (ogólnospołecznego). To

⁴⁷ PreZero odwołał się w tym miejscu do argumentów przedstawionych w swoim stanowisku przez Remondis.

⁴⁸ Kohutek Konrad, Sieradzka Małgorzata, *Ustawa o ochronie konkurencji i konsumentów. Komentarz*, Wydanie 2 LEX Wolters Kluwer 2014.

z kolei powoduje, że Prezes Urzędu nie może podejmować działań w celu ochrony interesów indywidualnych. Ochrona konkurencji jako mechanizmu funkcjonowania gospodarki dokonywana jest ze względu na fakt, że praktyki naruszające zakaz zawierania porozumień ograniczających konkurencję godzą w interes odbiorców, a ostatecznie w dobrobyt konsumenta. Interes publiczny w postępowaniu administracyjnym nie jest pojęciem jednolitym i stałym. W każdej sprawie winien być on ustalony i konkretyzowany. Takie stanowisko konsekwentnie prezentuje Sąd Okręgowy w Warszawie - Sąd Ochrony Konkurencji i Konsumentów.⁴⁹ Sąd ten stoi na stanowisku, że „*publiczny znaczy dotyczący ogółu, dotyczący ogółu a nie jednostki, czy też określonej grupy. A zatem podstawą do zastosowania przez Prezesa Urzędu przepisów ustawy antymonopolowej winno być uprzednie stwierdzenie, że został naruszony interes publicznoprawny, a nie interes prawny jednostki czy też grupy*”. Podobnie Sąd Najwyższy stwierdził, iż „*ustawa antymonopolowa ma charakter publicznoprawny, zatem jej celem jest służyć interesom publicznym. Ingeruje, gdy w wyniku pewnych ogólnych zjawisk zagrożona jest sama instytucja konkurencji. Nie odnosi się do ochrony roszczeń indywidualnych*”.⁵⁰

- (131) Przedmiotem niniejszego postępowania jest stwierdzenie czy porozumienie zawarte przez strony jest porozumieniem ograniczającym konkurencję w rozumieniu art. 6 ust. 1 pkt 7 i ewentualne nałożenie kary na strony, które dopuściły się naruszenia zakazu.
- (132) Zmowa przetargowa jest rodzajem horyzontalnego (zawartego pomiędzy konkurentami) porozumienia ograniczającego konkurencję, które zaliczane jest do najcięższych naruszeń prawa ochrony konkurencji. Porozumienia takie wywołują niekorzystne skutki na rynku, zniekształcając, ograniczając albo eliminując na nim konkurencję, przez co naruszają interes ogólnospołeczny. Uzgodnienie pomiędzy konkurentami treści składanych w trakcie przetargu ofert lub/oraz zachowania w toku prowadzonego przetargu mogą wpływać negatywnie na poziom cen oraz zakres wyboru i jakość usług dostępnych dla zamawiającego. Zawieranie pomiędzy przedsiębiorcami zmów przetargowych może ograniczać lub nawet eliminować oczekiwane, pozytywne efekty przetargu jako pola walki konkurencyjnej. Zmowy przetargowe są szczególnie szkodliwe, jeżeli dotyczą zamówień publicznych, powodują bowiem niekorzystne rozporządzenie środkami publicznymi, przez co pośrednio narażają na straty ogół społeczeństwa. Zmowy przetargowe powodują zakłócenie funkcjonowania systemu zamówień publicznych poprzez zniweczenie celu, jaki ma być osiągnięty w drodze przetargu, a mianowicie uzyskania przez zamawiającego przedmiotu zamówienia na możliwie najkorzystniejszych warunkach.
- (133) Zmowa przetargowa może polegać również na tym, że strony, będące formalnie konkurującymi ze sobą przedsiębiorcami, wykorzystując prawną konstrukcję umowy konsorcjum, która w innych warunkach byłaby dozwoloną formą ubiegania się o udzielenie zamówienia publicznego, składają jedną ofertę. Tym samym dzielą się zamówieniem, zamiast o nie konkurować. Takie działanie należy uznać za szkodliwe dla rynku, albowiem ma ono taki sam cel i wywołuje, lub może wywoływać, takie

⁴⁹ Zob. wyrok z dnia 27 czerwca 2001 r., sygn. akt XVII Ama 92/00.

⁵⁰ Wyrok Sądu Najwyższego z 29 maja 2001 r., sygn. akt I CKN 1217/98.

same skutki jak inne zakazane porozumienie przetargowe, określane mianem zmywy przetargowej. Z takim przypadkiem mamy do czynienia w niniejszej sprawie.

3.3 PRZEDSIĘBIORCY

- (134) Adresatami zakazów prawa konkurencji są „przedsiębiorcy”. Pojęcie to na potrzeby stosowania u.o.k.k. zostało zdefiniowane w art. 4 pkt 1 tej ustawy. W zakres tej definicji wchodzi między innymi przedsiębiorcy w rozumieniu ustawy z dnia 6 marca 2018 r. Prawo przedsiębiorców (Dz.U. z 2021 r. poz. 162; dalej: „Prawo przedsiębiorców”). Zgodnie z art. 4 ust. 1 tej ustawy przedsiębiorcą jest osoba fizyczna, osoba prawna lub jednostka organizacyjna niebędąca osobą prawną, której odrębna ustawa przyznaje zdolność prawną, wykonująca działalność gospodarczą. Działalnością gospodarczą jest zorganizowana działalność zarobkowa, wykonywana we własnym imieniu i w sposób ciągły (art. 3 Prawa przedsiębiorców). Za przedsiębiorcę uznaje się więc podmiot, który spełnia łącznie określone ww. przepisami kryteria podmiotowe i przedmiotowe: po pierwsze jest osobą fizyczną, osobą prawną lub jednostką organizacyjną niebędącą osobą prawną, której ustawa przyznaje zdolność prawną, a po drugie wykonuje działalność gospodarczą.
- (135) Nie budzi wątpliwości, że strony niniejszego postępowania antymonopolowego posiadają status przedsiębiorców w rozumieniu przepisów ustawy Prawo przedsiębiorców, są to bowiem: spółki z ograniczoną odpowiedzialnością (Remondis, PreZero, KDS), spółka z ograniczoną odpowiedzialnością spółka komandytowa (ORDO), spółki jawne (EKO-TOM, Vikom) oraz osoba fizyczna prowadząca działalność gospodarczą (PUK A. ZYS). W konsekwencji są to również przedsiębiorcy w rozumieniu art. 4 pkt 1 u.o.k.k. i podlegają regulacjom tej ustawy, w tym mają do nich zastosowanie przepisy dotyczące zakazu stosowania praktyk ograniczających konkurencję.

3.4 RYNEK WŁAŚCIWY

- (136) Praktyki ograniczające konkurencję ujawniają się na określonym rynku właściwym. Zgodnie z art. 4 pkt 9 u.o.k.k. przez rynek właściwy rozumie się rynek towarów, które ze względu na ich przeznaczenie, cenę oraz właściwości, w tym jakość, są uznawane przez ich nabywców za substytuty oraz są oferowane na obszarze, na którym, ze względu na ich rodzaj i właściwości, istnienie barier dostępu do rynku, preferencje konsumentów, znaczące różnice cen i koszty transportu, panują zbliżone warunki konkurencji.
- (137) Z przywołanej wyżej definicji ustawowej wynika zatem, że rynek właściwy określa się zarówno w ujęciu produktowym (przedmiotowym), jak i geograficznym (terytorialnym). Rynek w znaczeniu przedmiotowym odnosi się do towarów w rozumieniu art. 4 pkt 7 u.o.k.k., natomiast rynek w ujęciu geograficznym odnosi się do obszaru, na jakim towary te są oferowane.
- (138) 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.

- (139) 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 obszar, na którym warunki konkurencji, mające zastosowanie do określonych towarów, są zbieżne dla wszystkich konkurentów.
- (140) Przedmiotem badanych postępowań przetargowych zorganizowanych przez ZM GOAP były usługi odbioru i transportu zmieszanych odpadów komunalnych i odpadów ulegających biodegradacji, ze szczególnym uwzględnieniem bioodpadów oraz usługi odbioru, transportu i zagospodarowania pozostałych odpadów komunalnych zbieranych w sposób selektywny z nieruchomości, na których zamieszkujeją mieszkańcy oraz nieruchomości, na których nie zamieszkujeją mieszkańcy, a powstają odpady komunalne, położonych na terenie sektorów I-XV wchodzących w skład ZM GOAP.
- (141) Usługi odbioru i transportu oraz zagospodarowania różnorodnych odpadów, choć są usługami odrębnymi, wymagającym odmiennych umiejętności oraz sprzętu i infrastruktury, są co do zasady świadczone łącznie, jako pakiet niezbędny dla zaspokojenia potrzeb zamawiającego, choć określone zamówienie może obejmować jedynie część z nich (np. jedynie odbiór i transport). Z tego względu zasadne może być traktowanie ich łącznie, jako jednego rynku produktowego, ponieważ dostawcy wspomnianych usług co do zasady muszą być w stanie świadczyć te usługi łącznie (samodzielnie bądź we współpracy z innymi podmiotami). Usługi te nie posiadają substytutów.
- (142) Z tego względu Prezes Urzędu przyjął, iż rynek produktowy w niniejszej sprawie obejmuje usługi odbioru i transportu oraz zagospodarowania odpadów. Nie wyklucza to przyjęcia węższego zakresu rynku, w zależności od specyfiki konkretnego stanu faktycznego.
- (143) Niezbędnym elementem rynku właściwego jest także jego wymiar geograficzny, tj. określony obszar na którym warunki konkurencji występujące dla określonych towarów są jednakowe dla wszystkich konkurentów.
- (144) W niniejszej sprawie, zdaniem Prezesa Urzędu, rynkiem właściwym w ujęciu geograficznym, jest rynek lokalny obejmujący obszar co najmniej aglomeracji poznańskiej (miasto Poznań, gminy powiatu poznańskiego oraz Oborniki, Skoki, Szamotuły i Śrem)⁵¹ wraz z ościennymi gminami położonymi w odległości ok. 60 km od granic miasta Poznania.
- (145) Zgodnie z §2 Rozporządzenia ministra środowiska w sprawie szczegółowych wymagań w zakresie odbierania odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości z dnia 11 stycznia 2013 r. (Dz.U. z 2013 r. poz. 122), podmiot odbierający odpady komunalne

⁵¹ „Statystyczne Vademecum Samorządowca 2020”

https://poznan.stat.gov.pl/vademecum/vademecum_wielkopolskie/portret_obszaru_metropolitalnego/aglomeracja_poznanska.pdf (dostęp: 21.06.2022 r.)

od właścicieli nieruchomości jest obowiązany posiadać bazę magazynowo - transportową usytuowaną w gminie, z której terenu odbiera te odpady, lub w odległości nie większej niż 60 km od granicy tej gminy oraz na terenie, do którego posiada tytuł prawny. W praktyce oznacza to, że „*reforma z 2011 r. wprowadziła prawne wydzielenie rynków właściwych w wymiarze geograficznym zarówno w segmencie odbierania jak i zagospodarowania. W nowym systemie rynek odbioru i transportu odpadów komunalnych obejmuje obszar gminy, w której znajduje się baza magazynowo-transportowa przedsiębiorcy oraz obszar wyznaczony promieniem 60 km, mierzonym zasięgiem dróg publicznych od wskazanej gminy.*”⁵² Za przyjęciem takiego rynku w ujęciu geograficznym przemawia także przedmiot zamówienia obejmujący bezpośrednio odbiór odpadów z terenu ZM GOAP, którego członkowie należą jednocześnie do aglomeracji poznańskiej.

- (146) Ww. okoliczności, w ocenie Prezesa Urzędu przemawiają za tym, że rynek właściwy w ujęciu geograficznym to w niniejszej sprawie rynek lokalny ograniczony do obszaru aglomeracji poznańskiej wraz z ościennymi gminami.
- (147) Określony wyżej rynek jest rynkiem konkurencyjnym, na którym działa wielu przedsiębiorców. Świadczy o tym chociażby łączna liczba wykonawców uczestniczących w Przetargach (oferty złożyło 10 przedsiębiorców, w tym 7 skupionych w Konsorcjum). Z kolei w przetargach na lata 2018-2022 (ogłoszonych i przeprowadzonych w 2019 i 2020 roku) o tożsamym przedmiocie zamówienia, oferty złożyło 7 przedsiębiorców, w tym 3 skupionych w kolejnym konsorcjum. Zauważyć należy, że przedsiębiorcy, którzy składali oferty w ww. przetargach, mają swoje siedziby i świadczą usługi nie tylko na terenie aglomeracji poznańskiej, ale również na terenie województwa dolnośląskiego, jak chociażby Komunalnik czy PreZero.
- (148) Najważniejszymi barierami wejścia na ww. rynek są koszty związane z zakupem odpowiedniego sprzętu m.in. maszyn, urządzeń, środków transportu, posiadanie kadry pracowniczej wykwalifikowanej do świadczenia usług danego typu oraz dostępu do bazy magazynowo - transportowej. Poza tym konieczne jest spełnienie określonych wymogów formalnych, tj. uzyskanie zezwolenia wydawanego w drodze decyzji przez organ właściwy odpowiednio ze względu na miejsce zbierania lub przetwarzania odpadów (art. 41 ust. 1 i 2 ustawy o odpadach z dnia 14 grudnia 2012 r.; Dz. U. z 2021 r. poz. 779).
- (149) Rynek ten charakteryzuje się specyficzną organizacją. Jako że sprawy związane z gospodarką odpadami komunalnymi należą do zadań własnych gmin, o czym przesądza art. 7 ust. 1 pkt 3 ustawy z dnia 8 marca 1990 r. o samorządzie gminnym (Dz.U. z 2021 r. poz. 1372), wykonawców zajmujących się odbiorem, transportem i zagospodarowaniem odpadów komunalnych wybiera się w drodze zamówień publicznych. Tym samym przedsiębiorcy świadczący usługi odbioru odpadów komunalnych konkurują cyklicznie o zamówienia w przetargach, świadcząc następnie przez ustalony okres usługi na warunkach przedstawionych w ofertach, które co do zasady nie ulegają modyfikacji w trakcie wykonywania zamówienia (umowy wykonawcze zawierane są na czas określony, po czym, wraz z końcem ich obowiązywania, ogłaszane są kolejne przetargi i walka o rynek zaczyna się od nowa).

⁵² „Badanie rynku usług związanych z zagospodarowaniem odpadów komunalnych w instalacjach w latach 2014-2019”, str. 13 (raport do pobrania na stronie: https://www.uokik.gov.pl/aktualnosci.php?news_id=16405)

- (150) Ponadto, składanie ofert w postępowaniach o udzielenie zamówień publicznych obwarowane jest szeregiem wymagań wskazanych w SIWZ i SOPZ (spełnienie których jest niezbędne, aby dany wykonawca nie został wykluczony z przetargu, a jego oferta odrzucona), co może stwarzać dodatkowe bariery skutkujące ograniczeniem liczby podmiotów konkurujących o dane zamówienie.
- (151) Niezależnie od uwag przedstawionych powyżej, należy również stwierdzić, że zgodnie ze stanowiskiem wyrażanym wielokrotnie w orzecznictwie z zakresu prawa ochrony konkurencji, w sprawach dotyczących najpoważniejszych porozumień ograniczających konkurencję sposób zdefiniowania rynku właściwego nie może wpływać na konkluzję co do samej legalności lub nielegalności tego rodzaju porozumienia, a w konsekwencji na treść rozstrzygnięcia.⁵³ Definicja rynku właściwego mogłaby mieć przełożenie jedynie na możliwość skorzystania przez przedsiębiorców z wyłączenia *de minimis*. W niniejszej sprawie takie wyłączenie nie jest zaś możliwe, z uwagi na charakter zarzucanego naruszenia, jakim jest udział w zмовie przetargowej. Jak wynika z art. 7 ust. 3 w zw. z art. 7 ust. 1 u.o.k.k. wyłączenie nie ma zastosowania m.in. do porozumień określonych w art. 6 ust. 1 pkt 7 tej ustawy, tj. do zмów 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 określającą zasadę *de minimis* przepis art. 7 ust. 1 u.o.k.k.

3.5 ZAKAZ POROZUMIEŃ OGRANICZAJĄCYCH KONKURENCJĘ

- (152) Użyty w art. 6 ust. 1 u.o.k.k. termin „porozumienie” został zdefiniowany w art. 4 pkt 5 tejże ustawy, zgodnie z którym za porozumienie uznaje się m.in. umowy zawierane między przedsiębiorcami, albo niektóre postanowienia tych umów, a także uzgodnienia dokonane w jakiegokolwiek formie przez dwóch lub więcej przedsiębiorców. Powołany przepis ustanawia bardzo szeroką definicję porozumienia. Intencją takiej regulacji jest objęcie zakazem różnych form koordynacji między przedsiębiorcami i zapobiegnięcie obchodzeniu reguł konkurencji jedynie ze względu na formę, w której przedsiębiorcy koordynują swoje działania.⁵⁴ Aby zatem zaistniało porozumienie w rozumieniu art. 6 ust. 1 u.o.k.k. wystarczy, że nastąpiła świadoma koordynacja zachowań przedsiębiorców na rynku. Forma, w jakiej została wyrażona intencja takiego zachowania jest nieistotna.⁵⁵

3.6 KONSORCJUM PRZETARGOWE JAKO POROZUMIENIE OGRANICZAJĄCE KONKURENCJĘ

- (153) Konsorcjum to umowa nienazwana, której przedmiotem jest wspólna realizacja jakiegoś projektu przez co najmniej dwóch niezależnych przedsiębiorców, którzy ponoszą wspólne ryzyko za ten projekt. Jednym z prawnie dopuszczalnych celów takiej umowy może być wspólne ubieganie się przez strony o udzielenie zamówienia publicznego, przy czym samo p.z.p. nie posługuje się terminem „konsorcjum”.

⁵³ Wyrok Sądu Najwyższego z 16 kwietnia 2019 r., sygn. I NSK 10/18, Wyrok SOKiK z 14 lutego 2007 r., sygn. XVII Ama 98/06, Dz. Urz. UOKiK 2007/2/22, wyrok SOKiK z 29 maja 2008 r., sygn. XVII Ama 53/07, Dz. Urz. UOKiK 2008/4/37.

⁵⁴ Wyrok Trybunału Sprawiedliwości z 11 września 2014 r. w sprawie C-382/12 P, *MasterCard Inc*, EU:C:2014:2201, akapit 63.

⁵⁵ Wyrok Sądu I Instancji z 26 października 2006 r. w sprawie T-41/96, *Bayer AG*, EU:T:2000:242, akapit 69.

- (154) Konsorcjum nie ma osobowości prawnej, a jest wyłącznie umową pomiędzy konsorcjantami zawieraną w celu realizacji wspólnego przedsięwzięcia. Konsorcjum nie posiada własnego majątku, odrębnego od majątku konsorcjantów. Istota konsorcjum wyraża się w zobowiązaniu uczestników do współdziałania dla osiągnięcia wspólnego celu gospodarczego, poprzez podejmowanie oznaczonych w umowie działań. Stosownie do art. 141 p.z.p., konsorcjanci ponoszą solidarną odpowiedzialność za wykonanie umowy o udzielenie zamówienia i wniesienie zabezpieczenia należytego wykonania umowy. Konsorcjum, co do zasady, stanowi zatem dopuszczalną formę współpracy między przedsiębiorcami.
- (155) Możliwość powołania konsorcjum nie jest jednak zupełnie dowolna. Celem regulacji art. 23 p.z.p.⁵⁶ jest umożliwienie pozyskania zamówienia przedsiębiorcom, którzy z różnych przyczyn nie są w stanie wykonać go samodzielnie. Istotą tworzenia konsorcjum jest połączenie przez przedsiębiorców swoich potencjałów ekonomicznych, finansowych, doświadczenia, zasobów technicznych, itp. w celu wspólnego ubiegania się o udzielenie zamówienia publicznego i realizacji danego przedsięwzięcia. Celem zawiązania konsorcjum jest najczęściej wspólne działanie podmiotów, których możliwości w tym finansowe, kadrowe czy sprzętowe, nie pozwalają na samodzielny udział w postępowaniu i realizację zamówienia.
- (156) Wytyczne Komisji Europejskiej w sprawie stosowania art. 101 Traktatu o funkcjonowaniu Unii Europejskiej do horyzontalnych porozumień kooperacyjnych w paragrafie 237 stanowią, co następuje: *„porozumienie o komercjalizacji zazwyczaj nie stwarza problemów w zakresie konkurencji, jeżeli jest obiektywnie konieczne, aby umożliwić jednej stronie wejście na rynek, na który nie byłaby w stanie wejść samodzielnie lub wspólnie z mniejszą liczbą stron niż liczba uczestników współpracy. Szczególnym rozwiązaniem tej zasady byłyby umowy konsorcyjne, które umożliwiają uczestniczącym przedsiębiorcom udział w projektach, których nie byłyby w stanie podjąć indywidualnie”*.⁵⁷
- (157) Podobne stanowisko przedstawił Sąd Apelacyjny w Warszawie, w wyroku z dnia 8 czerwca 2016 r. sygn. akt VI ACa 651/15, w którym przyznał, że do oferenta należy wybór w zakresie uzupełnienia brakującego mu potencjału, jednakże istotne jest, w jakim celu przedsiębiorcy zawierają porozumienie (w tym przypadku umowę konsorcjum) i składają wspólną ofertę, ewentualnie jaki był jego skutek, nawet jeżeli nie obejmowali swoją świadomością antykonkurencyjnego charakteru porozumienia. Jak wskazał Sąd Apelacyjny *„Nie sposób bowiem abstrahować od celu regulacji zawartej w art. 23 ust. 1 p.z.p., czyli umożliwienia wygrania postępowania w przedmiocie zamówienia publicznego, uzyskania zamówienia i jego wykonania przez wykonawców, którzy nie mają możliwości osiągnąć tego samodzielnie, jak również gdyby samodzielne wykonanie zamówienia przez przedsiębiorcę byłoby dla niego ekonomicznie nieuzasadnione”*.
- (158) Współpraca przedsiębiorców w ramach konsorcjum, tak jak zasadniczo każde inne porozumienie przedsiębiorców, może podlegać ocenie pod kątem naruszenia

⁵⁶ Art. 58 aktualnie obowiązującej ustawy Prawo zamówień publicznych z dnia 11 września 2019 r. (Dz.U. z 2021 r. poz. 1129).

⁵⁷ Por. Grzegorz Materna *„Zmowy przetargowe w prawie ochrony konkurencji i prawie karnym”*, Warszawa 2016, str. 225. Wolters Kluwer.

przepisów u.o.k.k. Podstawą oceny konsorcjum pod kątem ewentualnego naruszenia u.o.k.k. jest art. 6 ust. 1 pkt. 7 tej ustawy. Za zmwę przetargową uznane może zostać działanie przedsiębiorców składających wspólną ofertę w przetargach publicznych w ramach konsorcjum, jeśli celem lub skutkiem utworzenia konsorcjum przetargowego jest ograniczenie konkurencji. W przypadku współpracy w ramach konsorcjum, gdy konsorcjanci, zamiast przedstawiać konkurencyjne oferty, eliminują konkurencję między sobą, przedstawiając ofertę wspólną, współpraca może zostać zakwalifikowana jako porozumienie ograniczające konkurencję.

(159) W ocenie Prezesa Urzędu konsorcjum przetargowe prowadzi do ograniczenia konkurencji, jeżeli:

- a) **uczestnicy konsorcjum są w stanie samodzielnie przedstawić ofertę (oraz zrealizować zamówienie będące przedmiotem współpracy).** Prezes Urzędu w decyzji z dnia 31 grudnia 2012 r. RLU Nr 38/2012 uznał za antykonkurencyjne konsorcjum, którego uczestnicy mogli skutecznie uczestniczyć w przetargu jako samodzielni wykonawcy. Podejście Prezesa Urzędu zostało potwierdzone prawomocnym wyrokiem Sądu Apelacyjnego w Warszawie z dnia 8 czerwca 2016 r. o sygn. akt VI ACa 651/15, w którym Sąd podkreślił, że: *„(...) zawarcie konsorcjum będzie naruszeniem prawa konkurencji, jeśli jego uczestnicy byłiby w stanie samodzielnie złożyć ofertę z realną szansą na wygraną przetargu. Jeśli bowiem mogliby konkurować ze sobą, a nie robią tego ze względu na związane przez siebie konsorcjum, doszło do wyeliminowania konkurencji między nimi - ze szkodą dla zamawiającego.”* Zawieranie umów konsorcjum przez wykonawców, którzy mogliby samodzielnie złożyć oferty, ogranicza rywalizację pomiędzy przedsiębiorcami, którzy zamiast przedstawiać konkurencyjne oferty, eliminują konkurencję między sobą, ustalając wspólną ofertę. Złożenie jednej, wspólnej oferty w powyższym przypadku likwiduje presję by przedstawić jak najkorzystniejszą ofertę, jaką wywierają wzajemnie na siebie przedsiębiorcy, zmniejszając tym samym konkurencyjność przetargu;
- b) **uczestnicy konsorcjum, są w stanie przedstawić ofertę oraz zrealizować zamówienie będące przedmiotem współpracy z mniejszą liczbą podmiotów, niż rzeczywista liczba konsorcjantów. Współpraca w ramach konsorcjum prowadzi do ograniczenia konkurencji, również w przypadku, gdy uczestnicy konsorcjum, którzy nie są w stanie samodzielnie przedstawić oferty i zrealizować zamówienia, mogliby tego dokonać we współpracy z mniejszą liczbą stron, niż liczba faktycznych uczestników konsorcjum.**⁵⁸ Konsorcjum

⁵⁸ Takie stanowisko prezentowane jest również przez inne organy antymonopolowe. W orzeczeniu z dnia 21 stycznia 2014 r. w sprawie Dackia i Euromaster, sąd w Szwecji potwierdził, że zawarcie konsorcjum stanowi naruszenie prawa konkurencji, gdy liczba konsorcjantów jest większa, niż to rzeczywiście niezbędne do wykonania zamówienia. Dackia mogła ubiegać się o wykonanie zamówienia samodzielnie, natomiast Euromaster, który nie spełniał wszystkich warunków przetargu, miał możliwość zawarcia umowy z innym przedsiębiorcą. Tym samym sąd wskazał, że współpraca pomiędzy Dackia i Euromaster nie była niezbędna, przez co potencjalna liczba ofert w przetargu została ograniczona. Natomiast włoski organ ochrony konkurencji (włos. Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato) uznał za praktykę ograniczającą konkurencję stworzenie konsorcjum na potrzeby przygotowania wspólnej oferty przez dotychczasowych konkurentów, którzy wspólnie posiadali ponad 50% udziałów w rynku i współpracowali w ramach konsorcjum przez kilka lat. W decyzji z dnia 3 lutego 2015 r. (Decision no. 25302, 1765 *Gare gestioni fanghi in Lombardia e Piemonte*) organ ten stwierdził, że przedsiębiorcy ograniczyli konkurencję poprzez ustanowienie „stałego konsorcjum”, a ich współpraca znacznie wykraczała ponad to, co jest niezbędne w ramach poszczególnych przetargów.

zawiązane przez więcej stron, niż to niezbędne do realizacji zamówienia, może ograniczać konkurencję nawet wówczas, gdy żaden z konsorcjantów nie jest w stanie złożyć oferty i zrealizować zamówienia samodzielnie. Zawiązanie konsorcjum przez większą liczbę podmiotów niż to konieczne do złożenia oferty i realizacji zamówienia ogranicza liczbę potencjalnych uczestników w przetargu. Przykładowo, w przypadku, gdy krąg uczestników konsorcjum składa się z kilku przedsiębiorców, a jedynie część z nich w praktyce realizuje zamówienie, wówczas istnieje możliwość, że pozostali konsorcjanci mogliby złożyć konkurencyjne oferty (np. z innym podmiotem), którą umowa konsorcjum eliminuje. Tym samym przedsiębiorcy, składając jedną ofertę w ramach konsorcjum, eliminują niepewność (ryzyko rynkowe) co do zachowania swoich konkurentów na rynku, w związku z czym ograniczają swoje bodźce ekonomiczne do przedstawienia jak najkorzystniejszej oferty, zmniejszając tym samym poziom konkurencji, w tym liczbę ofert, w ramach przetargu. Powyższe stanowisko prezentowane jest również w orzecznictwie państw członkowskich Unii Europejskiej, m.in. przez szwedzki sąd w wyroku z dnia 21 stycznia 2014 r. odnoszący się do decyzji organu antymonopolowego (*Konkurrensverket*), nr T-18896-10 *Dackia and Euromaster* oraz spójne z Wytycznymi Komisji Europejskiej w sprawie stosowania art. 101 Traktatu o funkcjonowaniu Unii Europejskiej do horyzontalnych porozumień kooperacyjnych.

- (160) Wobec powyższego naruszenie prawa konkurencji może stanowić zarówno zawiązanie konsorcjum przez wykonawców, którzy mogliby samodzielnie złożyć ofertę i zrealizować zamówienie, jak również, gdy liczba uczestników konsorcjum jest większa, niż jest to niezbędne do realizacji zamówienia. W obu ww. sytuacjach ograniczeniu ulega wywierana wzajemnie na siebie przez uczestników konsorcjum presja konkurencyjna, aby przedstawić jak najkorzystniejszą ofertę, co prowadzi do pogorszenia oferty dla zamawiającego. Jednocześnie współpraca w ramach konsorcjum, które ogranicza konkurencję może zostać wyłączona spod zakazu zawierania porozumień ograniczających konkurencję, jeśli powoduje zwiększenie efektywności uczestników konsorcjum - prowadzi do przedstawienia korzystniejszej oferty, niż w przypadku samodzielnego startu lub zmniejszenia liczby uczestników konsorcjum. Takie zwiększenie efektywności może być korzystne dla Zamawiającego, bowiem skutkuje zintensyfikowaniem konkurencji pomiędzy uczestnikami przetargu.
- (161) Okoliczność zwiększenia efektywności uczestników konsorcjum jest rozpatrywana nie na etapie badania naruszenia art. 6 u.o.k.k., lecz na etapie badania spełnienia przesłanek z art. 8 ust. 1 u.o.k.k, tj. indywidualnego wyłączenia spod zakazu porozumień ograniczających konkurencję. W takiej jednak sytuacji, stosownie do art. 8 ust. 2 u.o.k.k., konsorcjanci powinni być w stanie wykazać, że warunki wspólnie złożonej oferty są korzystniejsze dla zamawiającego, niż gdyby składali oddzielne oferty, czyli że utworzenie konsorcjum przynosi wymierne korzyści i nie wprowadza nieuzasadnionych ograniczeń, o których mowa w art. 8 ust. 1 u.o.k.k..
- (162) Podsumowując, jeśli uzgodnienia między niezależnymi przedsiębiorcami mające na celu opracowanie wspólnej oferty przetargowej i następnie wspólną realizację zamówienia w ramach konsorcjum, są motywowane potrzebą połączenia uzupełniających się działalności, umiejętności lub aktywów przez przedsiębiorców,

którzy bez współpracy ze sobą, nie mogliby podjąć się wykonania danego zadania - taka współpraca w ocenie Prezesa Urzędu nie ogranicza konkurencji.

- (163) Konsorcjum stworzone przez podmioty, z których każdy mógłby złożyć samodzielną ofertę, choć ogranicza między nimi konkurencję, może być korzystne dla zamawiającego, jeśli oferta konsorcjum, z uwagi na wygenerowane dzięki współpracy oszczędności, będzie korzystniejsza niż oferty, jakie mogłyby przedstawić poszczególne współpracujące podmioty samodzielnie lub w ramach alternatywnego konsorcjum, obejmującego jedynie podzbiór uczestników danego konsorcjum. Pozytywny wpływ konsorcjum na atrakcyjność oferty będzie tym większy, im mniejsze jest prawdopodobieństwo, że jego uczestnicy byliby w stanie wykonać dane zadanie samodzielnie oraz im większa jest komplementarność posiadanych przez nich zasobów oraz koszt ich uzyskania od podmiotów trzecich. Z kolei niebezpieczeństwo ograniczenia atrakcyjności oferty przez konsorcjum będzie wzrastać wraz z udziałem w rynku jego uczestników oraz substytucyjnością posiadanych przez nich zasobów. Ewentualne zwiększenie atrakcyjności oferty dzięki zawiązaniu określonego konsorcjum Prezes Urzędu może analizować jedynie pod kątem wyłączenia indywidualnego na podstawie art. 8 ust. 1 u.o.k.k. Inaczej mówiąc, porozumienie ograniczające konkurencję może być uznane za zgodne z prawem konkurencji, jeśli zostanie wykazane, że spełnia ono warunki przewidziane w art. 8 ust. 1 u.o.k.k. Ciężar dowodu w tym zakresie spoczywa na uczestnikach porozumienia.

3.7 ANTYKONKURENCYJNY CHARAKTER POROZUMIENIA

- (164) Prezes Urzędu, po przeanalizowaniu materiału dowodowego zebranego w toku postępowania antymonopolowego uznał, że w niniejszej sprawie porozumienie przedsiębiorców przystępujących do Konsorcjum miało za cel wyeliminowanie konkurencji między nimi na rynku właściwym.
- (165) W ocenie Prezesa Urzędu, zawieranie umów konsorcjum przez wykonawców, którzy mogliby samodzielnie (lub w mniejszych konsorcjach) złożyć oferty/zrealizować zadanie, ogranicza rywalizację pomiędzy tymi przedsiębiorcami, którzy zamiast przedstawiać konkurencyjne oferty w przetargach, eliminują konkurencję między sobą, ustalając wspólną ofertę. W konsekwencji, w niniejszej sprawie, złożenie wspólnych ofert przez uczestników Konsorcjum we wszystkich Przetargach na wszystkie sektory ZM GOAP w pierwszej turze (i odpowiednio ofert na sześć z siedmiu Przetargów w dogrywce) zlikwidowało presję konkurencyjną, jaką przedsiębiorcy wywierali wzajemnie na siebie, zmniejszając tym samym intensywność konkurencji w ramach Przetargów.
- (166) Przy ocenie antykonkurencyjnego charakteru Konsorcjum kluczowe było ustalenie, że zawiązanie go nie było niezbędne, tzn. że połączenie potencjałów przez siedmiu przedsiębiorców nie było konieczne do tego, aby spełnić warunki udziału w każdym poszczególnym Przetargu. Każdy z nich mógł złożyć oferty samodzielnie (lub w mniejszym konsorcjum) oraz w dalszej kolejności zrealizować zamówienie na jeden lub kilka Przetargów (sektorów ZM GOAP).
- (167) Nie można zgodzić się ze stanowiskiem lidera Konsorcjum, który założył, że wszystkie Przetargi (na wszystkie sektory ZM GOAP) stanowią jedno zadanie, a jego podział na

„części” jest tylko kwestią „formalną”. W ocenie Prezesa Urzędu, nie ma żadnych powodów, aby niezbędność zawiązania Konsorcjum oceniać przez pryzmat celu biznesowego przedsiębiorcy, tj. przez pryzmat możliwości złożenia ofert na cały obszar ZM GOAP (na wszystkie 15 sektorów Związku), nie zaś na poszczególne Przetargi (sektory). Innymi słowy, niezbędność zawiązania Konsorcjum musi być oceniana w odniesieniu do warunków każdego z 15 Przetargów z osobna.

- (168) Za przyjęciem powyższego stanowiska przemawia fakt, że organizacja 15 Przetargów, zamiast jednego z podziałem na części, jak miało to miejsce w latach poprzednich, jest skutkiem m.in. nowelizacji ustawy o utrzymaniu czystości i porządku w gminach. Weszła ona w życie z dniem 1 stycznia 2017 roku, tj. na cztery miesiące przed ogłoszeniem przez ZM GOAP Przetargów oraz na pół roku przed zawarciem Umowy Konsorcjum. Zgodnie ze znowelizowanym przepisem art. 6d ust. 3 tej ustawy, gdy gmina jest podzielona na sektory, postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego przeprowadza się odrębnie dla każdego z wyznaczonych sektorów (wcześniej należało przeprowadzić postępowania przetargowe dla wszystkich sektorów, ale nie było wymogu, aby robić to oddzielnie). Celem tej nowelizacji było ułatwienie małym i średnim przedsiębiorcom uzyskiwania zamówień publicznych.
- (169) Dodatkowo, zmiana w warunkach SIWZ w stosunku do przetargów na lata 2015-2017, wprowadzająca możliwość stosowania przez oferentów tego samego potencjału w przypadku udziału w kilku postępowaniach, w istotny sposób zwiększyła szanse małych i średnich przedsiębiorstw w przedmiotowym postępowaniu. Ww. zmiany skutkować miały wyższą liczbą potencjalnych uczestników postępowania i co za tym idzie zwiększeniem poziomu konkurencji w przetargach na poszczególne sektory.
- (170) Powyższą zmianę przepisów Lider Konsorcjum potraktował jednak tylko jako zmianę „formalną”. W swoim stanowisku wskazał bowiem, że *„Uwzględniając cele strategiczne konsorcjantów, Konsorcjum 2017 podjęło decyzję o uplasowaniu swoich ofert na całym obszarze ZM GOAP - tak jak w poprzednich postępowaniach^(...). Jedynie zmiana formalna spowodowała, że konieczne było składanie oddzielnych ofert w Przetargach.”* (dowód: k. 3710 akt adm.).
- (171) W ocenie Prezesa Urzędu nowelizacja ustawy w istotnym stopniu wpłynęła na rynek i konkurencję między przedsiębiorcami. Dodatkowo, zmiany w SIWZ, dopuszczające możliwość zadeklarowania przez oferentów tego samego potencjału w przypadku udziału w kilku postępowaniach, miały na celu zwiększenie szans małych i średnich przedsiębiorstw na złożenie ofert w Przetargach.⁵⁹
- (172) Opisane wyżej zmiany skutkować miały wyższą liczbą potencjalnych uczestników postępowań przetargowych, a co za tym idzie zwiększeniem poziomu konkurencji w postępowaniach o udzielenie zamówień publicznych. W ocenie Prezesa Urzędu, wyklucza to możliwość traktowania nowelizacji przepisów ustawy o utrzymaniu czystości i porządku w gminach oraz zmian w SIWZ, jako zmian wyłącznie

⁵⁹ Kwestie związane z różnicami w stanie prawnym oraz zmianami w SIWZ w latach 2015-2017 zostały szczegółowo opisane w rozdziale 1.6 niniejszej decyzji, pn. „Konsorcjum obsługujące obszar ZM GOAP w latach 2015-2017”.

„formalnych” i w konsekwencji potwierdza to, że niezbędność zawiązania Konsorcjum musi być oceniana w odniesieniu do każdego z 15 Przetargów z osobna.

- (173) Na marginesie dodać można, że podobny cel biznesowy jak Lider Konsorcjum (polegający na obsłudze całego obszaru ZM GOAP) miały też firmy ATF oraz Komunalnik, które także złożyły oferty na wszystkie sektory Związku w pierwszej turze Przetargów, a Komunalnik dodatkowo na wszystkie Przetargi w drugiej turze (*dowód: k. 179 akt adm.*). Niemniej jednak, odróżnić należy sytuację, w której przedsiębiorca składa indywidualnie oferty na cały ZM GOAP od takiej, w której siedmiu konkurujących ze sobą przedsiębiorców zawiązuje Konsorcjum i dopiero wtedy - wspólnie składają oferty na wszystkie Przetargi.
- (174) Podkreślenia wymaga również, na co wskazuje działanie przedsiębiorców składających oferty w Przetargach (FBSerwis i Remondis), że dla opłacalności kontraktu nie było niezbędnym złożenie ofert na wszystkie sektory ZM GOAP. FBSerwis w pierwszej turze Przetargów złożył oferty tylko na sektory I i V, a w dogrywce na sektory I i XII. Remondis złożył natomiast ofertę na sektor I w dogrywce (indywidualnie, a nie jako członek Konsorcjum). W ocenie Prezesa Urzędu, okoliczność ta świadczy jednoznacznie o tym, że składanie ofert na cały obszar ZM GOAP było tylko i wyłącznie wyborem przedsiębiorców, a nie ekonomicznie uzasadnioną koniecznością.
- (175) Ponadto, w pierwszej turze na sektor I oferty złożyło dwóch przedsiębiorców, tj. Konsorcjum (oferta droższa) i FBSerwis (oferta tańsza). Postępowanie zostało jednak unieważnione ze względu na to, że cena, którą Zamawiający zamierzał przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia przekraczała cenę najkorzystniejszej oferty. W dogrywce na tenże sektor oferty złożyło trzech przedsiębiorców: Remondis (indywidualnie), Komunalnik i FBSerwis. Najtańszą ofertę złożył Komunalnik, jednakże została ona odrzucona ze względu na wniesienie wadium w sposób nieprawidłowy. Przetarg wygrał Remondis. Jego oferta była tańsza o ponad 10 mln zł od oferty złożonej w pierwszej turze razem z Konsorcjum. Jak widać zatem, to nie udział w Konsorcjum stanowił czynnik polepszający efektywność wykonawcy, gdyż i bez niego Remondis mógł wykonać zadanie znacznie taniej.
- (176) Powyższe okoliczności, dają podstawy do twierdzenia, że po pierwsze nie było konieczności składania ofert na cały obszar ZM GOAP, a po drugie nie było konieczności składania ofert jako Konsorcjum złożone aż z siedmiu przedsiębiorców, aby oferty mogły być konkurencyjne i opłacalne dla wykonawców. To zaś dodatkowo potwierdza stanowisko Prezesa Urzędu, zgodnie z którym uzasadnionym jest dokonywanie oceny niezbędności zawiązania Konsorcjum w odniesieniu do każdego z Przetargów (sektorów) z osobna, a nie całego obszaru ZM GOAP łącznie.
- (177) W tym miejscu ponownie należy zwrócić uwagę, że nawet gdyby przyjąć, iż Konsorcjum przyczyniło się do powstania pewnych efektywności, które sygnalizowały strony, to mogą być one oceniane dopiero na etapie badania spełnienia przesłanek z art. 8 ust. 1 u.o.k.k. (w rozdziale 3.9 niniejszej decyzji zostaną szczegółowo opisane i przeanalizowane). Dla oceny antykonkurencyjnego charakteru zawiązanego Konsorcjum nie mają one jednak znaczenia, albowiem kluczowa jest tu okoliczność,

że każdy z przedsiębiorców mógł złożyć oferty samodzielnie (lub w mniejszym konsorcjum) oraz w dalszej kolejności zrealizować zamówienie na jeden lub kilka sektorów ZM GOAP (tak, jak to zrobił Remondis w dogrywce na sektor I wygrywając Przetarg indywidualnie i realizując na nim usługi samodzielnie).

- (178) W toku postępowania administracyjnego uzyskano od stron informacje niezbędne do oceny zdolności/potencjału do złożenia przez nie ofert w Przetargach bez zawiązywania Konsorcjum oraz ustalono na tej podstawie konkretne sektory, na obsługę których poszczególni uczestnicy Konsorcjum mieli możliwość złożenia ofert. Ustalenia w tym zakresie i wnioski zostały przedstawione w rozdziale 1.9 niniejszej decyzji. Bezspornie najwięcej możliwości miał sam Remondis, który niezależnie od innych mógł złożyć oferty (*usunięto*), niemniej jednak inni, w praktyce także mogli walczyć w Przetargach o uzyskanie dużej liczby zamówień, np. Vikom spełniał warunki SIWZ, aby złożyć oferty na (*usunięto*), PUK A. ZYS (*usunięto*), a PreZero (*usunięto*) z tym zastrzeżeniem, że musiałby znaleźć konsorcjanta (*usunięto*).
- (179) Jak stwierdził Remondis: „(...) sposób organizacji przedsiębiorstwa RSP był zorientowany na świadczenie przez spółkę usług na całym terenie ZM GOAP, a ryzyko nieuzyskania istotnej części zamówień było wysokie z powodu dużego zaangażowania konkurentów” (dowód: k. 3707-3750 akt adm.). Wobec powyższego, dążąc do realizacji swojego celu biznesowego, jakim było świadczenie usług odbioru, transportu i zagospodarowania odpadów komunalnych na terenie całego ZM GOAP, Remondis zaproponował wybranym przedsiębiorcom współpracę w formie konsorcjum. W praktyce jednak współpraca ta wyłączyła konkurencję między wykonawcami i sprawiła, że żaden z nich nie złożył w Przetargach samodzielnych ofert (za wyjątkiem Remondisu w drugiej turze Przetargów na sektor I).
- (180) Pomimo tego, że w Umowie Konsorcjum nie wprowadzono postanowienia o zakazie konkurencji, to złożenie przez Konsorcjum ofert na wszystkie sektory ZM GOAP (lub prawie wszystkie w dogrywce) w praktyce wyeliminowało możliwość składania ofert samodzielnie (bądź w mniejszych konsorcjach) przez poszczególnych konsorcjantów. Niedopuszczalną ustawowo⁶⁰ była bowiem sytuacja złożenia przez jednego przedsiębiorcę dwóch ofert w tym samym Przetargu (indywidualnie i jako członek Konsorcjum).
- (181) W odróżnieniu od przetargów ogłoszonych na obsługę ZM GOAP w latach 2015-2017, konstrukcje SIWZ w Przetargach na lata 2018-2022 umożliwiły przedsiębiorcom posługiwanie się tym samym potencjałem przy składaniu ofert na różne sektory. Oczywistym jest, że nie można oczekiwać od przedsiębiorców, aby składali oferty na wszystkie sektory, na które spełniali warunki wskazane w SIWZ, bez uwzględnienia tego, że niektóre sektory były dla nich z biznesowego punktu widzenia bardzo atrakcyjne, innymi zaś nie byli zainteresowani w ogóle (np. ze względu na odległość od posiadanej bazy magazynowo - transportowej lub właściwości posiadanej floty pojazdów). W ocenie Prezesa Urzędu, możliwym było jednak przyjęcie przez przedsiębiorców takiej strategii działania, która z jednej strony dawałaby szansę na

⁶⁰ Zgodnie z treścią art. 82 ust. 1 p.z.p. wykonawca może złożyć jedną ofertę, z wyjątkiem przypadku, o którym mowa w art. 83 ust. 1 zdanie drugie (dot. składania ofert wariantowych).

wygranie przetargów na najbardziej z ich perspektywy atrakcyjne sektory, a z drugiej nie wyłączałyby konkurencji między nimi. Takim działaniem mogłoby być np. zawiązanie mniejszych konsorcjów, które pozwoliłyby na realne współdziałanie i wzajemne uzupełnianie potencjałów mniejszych przedsiębiorców.

- (182) Wskazać należy także, że wbrew twierdzeniom lidera Konsorcjum, koszty stałe dotyczące wdrożenia systemu informatycznego, które każdy z oferentów musiałby ponieść składając w Przetargach oferty indywidualnie, nie stanowią istotnej bariery wejścia na rynek. Ustalenia poczynione przez Prezesa Urzędu w zakresie kosztów wdrożenia systemu informatycznego zgodnego z wymaganiami SIWZ na rzecz obsługi Przetargów podważają formułowaną wielokrotnie przez Remondis tezę, że koszt ten mógł stanowić barierę wejścia dla „małych” i „średnich” członków Konsorcjum dla ich udziału w Przetargach. Poczynione ustalenia nie potwierdziły również skali deklarowanej przez strony efektywności, która miałaby opierać się właśnie na wspólnym wdrożeniu systemu informatycznego przez wszystkich konsorcjantów i polegać na znaczącym obniżeniu kosztów stałych, co wpłynąć miało z kolei na niższą cenę świadczonych usług.
- (183) Jak wskazano w rozdziale 1.8 niniejszej decyzji, spośród wszystkich kosztów ponoszonych przez uczestników Konsorcjum w związku z wdrożeniem i utrzymaniem szeroko rozumianego systemu informatycznego, kluczowy jest koszt, który poniósł Lider na rzecz *(usunięto)* i który następnie refakturował na poszczególnych konsorcjantów. Koszt o którym mowa to koszt przygotowania funkcjonalności na Podsystemie ZMGOAP oraz Podsystemie MKSI, który został poniesiony jeden raz dla całego obszaru ZM GOAP i który wyniósł *(usunięto)*. Koszt ten jest stały, ponieważ w sytuacji, w której członkowie Konsorcjum startowaliby w Przetargach oddzielnie (jako indywidualni wykonawcy) lub w mniejszych konsorcjach, koszt ten musiałby być poniesiony przez każdego oferenta z osobna.
- (184) Jak ustalił Prezes Urzędu, wszystkie pozostałe koszty związane z wdrożeniem i utrzymaniem systemu informatycznego były wprost proporcjonalnie uzależnione od tego ile sektorów (jaki obszar i jaką ilość odpadów) obsługiwał dany przedsiębiorca. Im bowiem większy zakres świadczonych usług (większy tonaż odbieranych odpadów wpływający bezpośrednio na konieczność posiadania m. in. większej liczby pojazdów do ich odbioru), tym wyższe koszty utrzymania systemu informatycznego.
- (185) W ocenie Prezesa Urzędu stały koszt, tj. *(usunięto)* za przygotowanie funkcjonalności na Podsystemie ZMGOAP oraz Podsystemie MKSI, mający stanowić jedną z barier wejścia na rynek dla niektórych konsorcjantów, wymaga zaprezentowania w zestawieniu z wynagrodzeniem konsorcjantów otrzymanym za wykonanie usług odbioru, transportu i zagospodarowania odpadów na terenie ZM GOAP w zakontraktowanym okresie czasu (wynikającym z Umowy Konsorcjum i Porozumienia Zakresowego). Dopiero w takim zestawieniu widać bowiem, czy zgodnie z twierdzeniem Lidera stanowi on kwotę znaczącą, będącą potencjalną barierą wejścia na rynek, czy też nie (*Tabela 9*).

TABELA 9 „KOSZT WYKONANIA FUNKCJONALNOŚCI NA PODSYSTEMIE ZMGOAP ORAZ PODSYSTEMIE MKSI W ZESTAWIENIU Z WYNAGRODZENIEM KONSORCJANTÓW”

	koszty wykonania funkcjonalności na Podsystemie ZMGOAP oraz Podsystemie MKSI - <i>(usunięto)</i>	wynagrodzenie członka Konsorcjum	procentowy udział „kosztu wykonania funkcjonalności (...)” w wynagrodzeniu członka Konsorcjum
Remondis	<i>(usunięto)</i>	<i>(usunięto)</i> ⁶¹	<i>(usunięto)</i>
PreZero	<i>(usunięto)</i>	<i>(usunięto)</i>	<i>(usunięto)</i>
PUK A. ZYS	<i>(usunięto)</i>	<i>(usunięto)</i>	<i>(usunięto)</i>
EKO-TOM	<i>(usunięto)</i>	<i>(usunięto)</i>	<i>(usunięto)</i>
ORDO	<i>(usunięto)</i>	<i>(usunięto)</i>	<i>(usunięto)</i>
Vikom	<i>(usunięto)</i>	<i>(usunięto)</i>	<i>(usunięto)</i>
KDS	<i>(usunięto)</i>	<i>(usunięto)</i>	<i>(usunięto)</i>

Źródło: opracowanie własne na podstawie danych przedłożonych przez Remondis w piśmie z dnia 23.10.2018 r. (dowód: k. 3684-3687 akt post. adm.) oraz Porozumienia Zakresowego z dnia 22 listopada 2017 r. (dowód: k. 481-484 akt post. adm.).

- (186) Jak widać, wartość udziału kosztów wdrożenia systemu informatycznego (w łącznej kwocie wynagrodzenia za realizację usług na rzecz ZM GOAP) wynosiła od *(usunięto)* dla Remondisu do *(usunięto)* dla ORDO i EKO-TOM. W ocenie Prezesa Urzędu wartości te nie mogą zostać obiektywnie uznane za na tyle znaczące, aby stanowiły one dla któregokolwiek z przedsiębiorców będących członkami Konsorcjum, realną barierę wejścia na rynek.
- (187) Analogicznie rzecz ujmując, podział ww. kosztów wdrożenia systemu informatycznego proporcjonalnie na członków konsorcjum lub brak takiego podziału i poniesienie pełnego kosztu przez każdą ze stron z osobna, w ocenie Prezesa Urzędu nie mógł wpłynąć znacząco na obniżenie kosztów stałych, a przez to kosztów świadczenia usług.
- (188) Przykładowo, Remondis dzięki uczestnictwu w Konsorcjum i podziałowi kosztów stałych, zaoszczędził na wdrożeniu wspólnego systemu *(usunięto)*, PUK A. ZYS *(usunięto)*, a Vikom *(usunięto)*.⁶² Uzyskana redukcja kosztów stałych w zakresie wdrożenia systemu informatycznego jest niewątpliwa, niemniej jednak ujmowana w szerszym kontekście, takim jak np. wartość składanych ofert, ma znikomy udział w ich wartości.
- (189) Zwrócić należy także uwagę, że Konsorcjum złożyło oferty na wszystkie Przetargi drugiej tury ze znacząco niższą ceną, niż w pierwszej (pomimo tego, że przedmiot zamówienia był dokładnie taki sam). Oferty były tańsze o 20-29% przy utrzymaniu przez Zamawiającego kwoty przeznaczonej na sfinansowanie zamówienia na tym samym poziomie. Co więcej, Remondis złożył w dogrywce indywidualnie ofertę na

⁶¹ Wynagrodzenia Remondisu oraz PreZero obliczone zostały zgodnie z metodologią wskazaną w Porozumieniu Zakresowym z dnia 22 listopada 2017 r. *(usunięto)*.

⁶² Oszczędność przedsiębiorców została obliczona jako różnica kwoty *(usunięto)* (całkowite koszty wykonania funkcjonalności na Podsystemie ZMGOAP oraz Podsystemie MKSI) oraz kosztu wykonania funkcjonalności faktycznie poniesionego przez każdego z konsorcjantów (zob. Tabela 7).

sektor I (Poznań Grunwald) tańszą o 10 202 026,50 zł (23%) niż w pierwszej turze. W tym przypadku zmniejszeniu uległa jednak kwota przeznaczona na sfinansowanie zamówienia z 34 803 986,00 zł do 32 552 551,00 zł (dowód: k. 179-318 akt post. adm.).

- (190) Możliwość złożenia oferty indywidualnie przez Remondis na sektor I w dogrywce i wygranie przez niego Przetargu, jednoznacznie w ocenie Prezesa Urzędu wskazują, że to nie zawiązanie Konsorcjum było czynnikiem polepszającym oferty wykonawców.
- (191) W tym miejscu koniecznym jest także wskazanie, że wyjaśnienia „mniejszych” członków konsorcjum, tj. ORDO i EKO-TOM, jakoby nie mieli oni tak silnej pozycji negocjacyjnej, jak Remondis i w związku z tym nie byli w stanie uzyskać od **(usunięto)** tak korzystnej oferty, jaką uzyskał Lider Konsorcjum, nie znajduje potwierdzenia w treści zebranego materiału dowodowego.
- (192) Po pierwsze, zgodnie z oświadczeniem **(usunięto)**, żaden z członków Konsorcjum (Partnerów wskazanych w Umowie Konsorcjum) nie zwrócił się do tej spółki z indywidualnym zapytaniem ofertowym dotyczącym kompleksowej oferty na system zgodny z wymaganiami przetargów ogłoszonych przez ZM GOAP na lata 2018-2022. O taką ofertę zwrócił się tylko Lider Konsorcjum, co wynika m.in. z pisma ORDO i EKO-TOM z dnia 16.07.2020 r. [„(...) zamówienie na system złożył Remondis jako lider konsorcjum, a oprogramowanie zostało przygotowane na zlecenie lidera dla całego konsorcjum.” (dowód: k. 1556-1630 akt post. adm.)] oraz dwie inne konkurencyjne firmy. Wszystkim tym firmom przedłożono zaś oferty, w których ceny kształtowały się na tym samym poziomie (dowód: k. 1486-1492 akt adm.).
- (193) Po drugie zaś, jak oświadczyło **(usunięto)**, gdyby którykolwiek z pozostałych członków Konsorcjum zwrócił się do spółki z indywidualnym zapytaniem ofertowym, to wówczas otrzymałby ofertę identyczną z tą, którą przedłożono Liderowi Konsorcjum. Przeczy to tym samym twierdzeniu Remondisu jakoby „(...) mniejsi konsorcjanci nie mogli oczekiwać, że otrzymają ofertę tak korzystną, jaką w efekcie otrzymali korzystając z faktu zawarcia Konsorcjum 2017.” (dowód: k. 3707-3750 akt adm.). Z akt postępowania administracyjnego, jak wykazano powyżej, wynika bowiem coś innego - każdy, kto zwróciłby się do **(usunięto)** z zapytaniem ofertowym, otrzymałby taką samą wycenę na system informatyczny zgodny z wymaganiami SIWZ dla Przetargów ogłoszonych przez ZM GOAP, jaką otrzymał Remondis.
- (194) Co więcej, nie znajduje także potwierdzenia stanowisko Remondis, że dla niektórych konsorcjantów, np. ORDO i EKO-TOM, uzyskanie oferty od **(usunięto)** było niemożliwe z tego względu, iż „dostawca oprogramowania **(usunięto)** nie chciał współpracować z małymi, lokalnymi przedsiębiorcami, którzy próbowali się z nim kontaktować indywidualnie” (dowód: k. 3707-3750 akt adm.). Z treści pisma ORDO i EKO-TOM (a dokładniej załączników do niego w postaci korespondencji mailowej między spółką **(usunięto)** i Remondis - przesłanej do wiadomości pozostałych konsorcjantów), na które powoływał się Remondis, wynika jedynie, że Remondis jako Lider Konsorcjum żądał, aby **(usunięto)** nie kontaktowało się z poszczególnymi konsorcjantami indywidualnie (w kwestiach dot. wdrożenia wspólnego oprogramowania), lecz tylko

za jego pośrednictwem⁶³ (dowód: k. 1619-1620 akt adm.). Działo się to natomiast już na etapie wykonywania kontraktu przez Konsorcjum, a nie składania indywidualnych zapytań ofertowych.

- (195) Oceniając zgodność z prawem konkurencji Konsorcjum należy także wziąć pod uwagę okoliczności dotyczące faktycznego podziału zadań związanych z odbiorem, transportem i zagospodarowaniem odpadów na terenie ZM GOAP w 2017 roku wykonywanych przez nich po wygraniu przetargów przez Konsorcjum.
- (196) Analiza materiału dowodowego zebranego w sprawie wskazuje, że współpraca konsorcjantów polegała w praktyce na tym, iż samodzielnie lub w małych podgrupach (po 2-3 przedsiębiorców) obsługiwali oni „swoje” sektory (pokrywające się obszarowo z sektorami obsługiwanymi wcześniej). Nie było takiej sytuacji, aby siedmiu, sześciu, czy nawet pięciu konsorcjantów obsługiwało razem jeden sektor. W konsekwencji zatem, w ocenie Prezesa Urzędu, zawiązane Konsorcjum służyło wyłączeniu konkurencji między uczestnikami konsorcjum, którzy - gdyby nie zawarta umowa - mogliby, chociaż potencjalnie, samodzielnie lub w mniejszych grupach, konkurować o poszczególne zamówienia.
- (197) Jak wskazały same strony, tj. ORDO i EKO-TOM, odnosząc się do zarzutu postawionego przez Prezesa Urzędu: *„Współpraca z Remondis przesądzała współpracę również z innymi podmiotami, które stały się częścią konsorcjum z wyłącznej woli i wyboru Remondis. (...) Dla Spółek (ORDO i EKO-TOM - przyp. własny) pozostali konsorcjanci nie mieli natomiast istotnego znaczenia operacyjnego, choć oczywiście większa liczba podmiotów w ramach konsorcjum skutkowałą dalszym rozłożeniem kosztów i rozkładem ryzyka odpowiedzialności, a tym samym możliwością zaoferowania znacznie niższej ceny.”* (dowód: k. 1571 akt adm.)
- (198) Taka deklaracja w praktyce oznacza zaś, że ORDO i EKO-TOM nie były zainteresowane, ani nie potrzebowały dla realizacji swoich zadań współpracy z większością konsorcjantów. Nie podejmowali oni z nimi realnej współpracy, poza współpracą z Remondis przy obsłudze sektorów III, X i XI. Zatem zawiązanie konsorcjum nie tylko z Remondisem, ale również z innymi wykonawcami, z punktu możliwości wykonania tych zadań nie było niezbędne.
- (199) Analiza danych zebranych w toku postępowania potwierdza ocenę dokonaną przez Prezesa Urzędu na etapie wszczęcia postępowania antymonopolowego, zgodnie z którą konsorcjanci mogli złożyć oferty w Przetargach indywidualnie lub w mniejszych konsorcjach, albowiem mieli do tego odpowiedni potencjał i dążyli *de facto* do tego, żeby każdy z nich obsługiwał tylko wybrane przez siebie, niektóre sektory ZM GOAP.

⁶³ Fragment maila z dnia 7.12.2017 r. przesłanego przez (usunięto) (pracownika Remondisu) do (usunięto) (pracownika (usunięto)), który stanowi odpowiedź na pytanie, czy (usunięto) może udzielać konsorcjantom odpowiedzi na ich indywidualne zapytania odnośnie statusu prac i wykonania funkcjonalności oprogramowania (usunięto) dla ZM GOAP: *„Zmiany w oprogramowaniu do obsługi GOAP, zgodnie z ofertą zostały u Państwa zamówione w imieniu Konsorcjum przez Remondis Sanitech i tylko Remondis Sanitech uprawniony jest do zadawania pytań w tym zakresie oraz do ewentualnych modyfikacji zlecenia. Oczywiście jest, że każdy z konsorcjantów może zwrócić się ze swoimi zapytaniami do Lidera Konsorcjum.”*

(200) Poniższa tabela wskazuje jakie sektory dany przedsiębiorca (indywidualnie lub wspólnie z innymi) obsługiwał oraz na jakie sektory mógł złożyć ofertę w czasie ogłoszenia Przetargów przez ZM GOAP.

TABELA 10 „SEKTORY ZM GOAP OBSŁUGIWANE PRZEZ KONSORCJANTÓW ORAZ TE, NA KTÓRE ZGODNIE Z WYMAGANIAMI SIWZ, MOGLI ZŁOŻYĆ OFERTY”

Przedsiębiorca	Sektory faktycznie obsługiwane w Przetargach	Sektory na które przedsiębiorcy mieli teoretyczną możliwość startu (potencjał wg SIWZ - por. rozdz. 1.9 niniejszej decyzji)
Remondis	I, VI, VII, IX, XIII	<i>(usunięto)</i>
Remondis, ORDO, EKO-TOM	III, X, XI	<i>(usunięto)</i>
Remondis, PreZero	V	<i>(usunięto)</i>
Vikom	II	<i>(usunięto)</i>
PreZero, KDS	IV	<i>(usunięto)</i>
KDS	VIII	<i>(usunięto)</i>
PUK A. ZYS	XII, XIV, XV	<i>(usunięto)</i>

Źródło: opracowanie własne na podstawie pisma Remondisu z dnia 28.02.2020 r. (dowód: k. 1458-1460 akt adm.)

(201) Jak wynika z akt sprawy oraz *Tabeli 10*, realna współpraca między przedsiębiorcami to:

- obsługa sektora IV przez PreZero i KDS,
- obsługa sektorów III, X i XI przez Remondis, ORDO i EKO-TOM,
- obsługa sektora V przez PreZero i Remondis,

(202) Wszystkie pozostałe formy współpracy przy rzeczywistym wykonywaniu przedmiotu zamówienia w pozostałych sektorach pomiędzy konsorcjantami można uznać za marginalne i incydentalne, a w konsekwencji niemające istotnego znaczenia dla oceny antykonkurencyjnego charakteru zawartego porozumienia. W ocenie Prezesa Urzędu, zawiązanie Konsorcjum w takim składzie podmiotowym miało na celu wyłącznie ograniczenie konkurencji i zminimalizowanie niepewności co do uzyskania zamówień publicznych, nie zaś zapewnienie komplementarności zasobów konsorcjantów, co zostało wykazane powyżej.

(203) Za ograniczeniem konkurencji i możliwym nadużyciem formy konsorcjum przemawia nadto sposób, w jaki Remondis dokonywał wyboru konsorcjantów: „(...) *zawiązane Konsorcjum zakładało, że każdy z konsorcjantów będzie wykonywał zadania na obszarze najlepiej mu znanym (...)*”, z czego wynika, że konsorcjanci dobierani byli na podstawie tego, jakie sektory lub części sektorów ZM GOAP już obsługiwali. Miały być to w przyszłości „ich” sektory.

(204) Zwrócić należy także uwagę, że chociaż Remondis był największym z konsorcjantów i miał największy wpływ na funkcjonowanie Konsorcjum oraz jego skład podmiotowy,

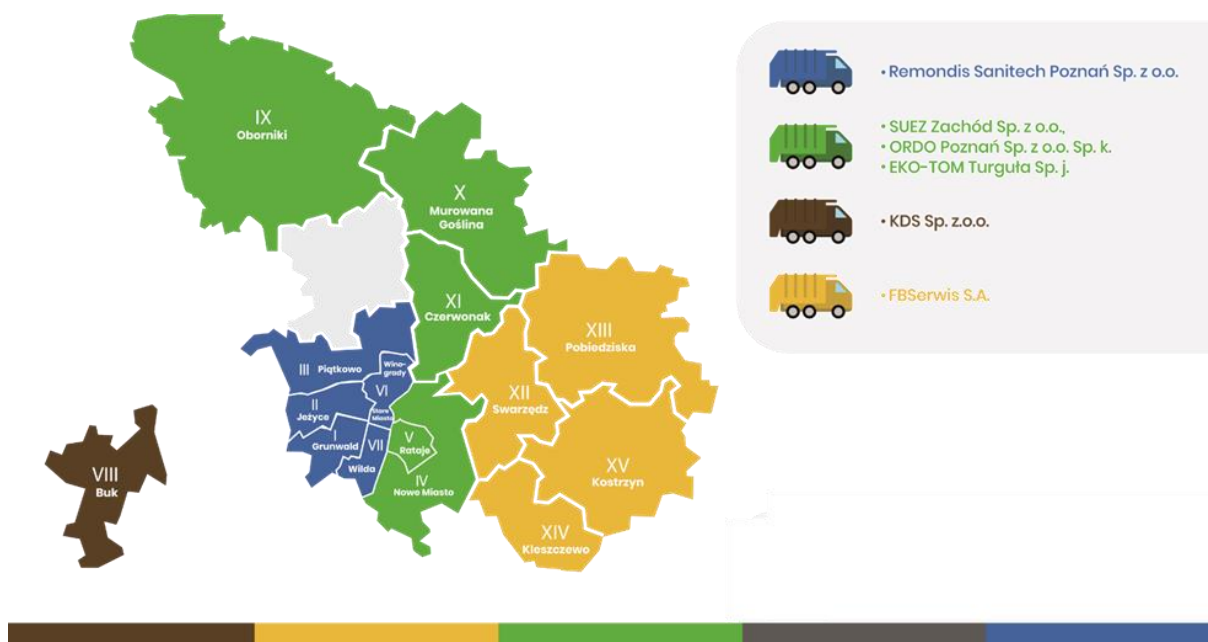
to nie podważa to odpowiedzialności innych jego uczestników za udział w antykonkurencyjnym porozumieniu, skoro przystąpili do niego i uczestniczyli w nim dobrowolnie.

- (205) Cytowane twierdzenie Lidera przeczy jednocześnie tezie, że to bliżej nieokreślony potencjał określający tonażowo możliwości odbioru odpadów przez danego przedsiębiorcę określał to, czy Remondis zaproponuje udział w Konsorcjum, czy też nie. W pierwszej kolejności decydowała bowiem znajomość danego sektora i doświadczenie w jego obsłudze, a dopiero w drugiej potencjał tonażowy w odbiorze odpadów.
- (206) Nie ulega wątpliwości, że doświadczenie w obsłudze danego sektora jest jedną z najważniejszych kwestii dla przedsiębiorców przy podejmowaniu decyzji na jakie sektory złożą swoje oferty. Wniosek taki wypływa m.in. z analizy przetargów, które ogłaszane były przez ZM GOAP na odbiór, transport i zagospodarowanie odpadów komunalnych z terenu Związku już od 2014 roku. Dla przykładu, w przetargach ogłoszonych w 2019 i 2020 r.⁶⁴ oferty na te same sektory, co w latach ubiegłych (przetargi z 2017 roku) złożyli (i uzyskali zamówienia publiczne) Remondis (sektory I, VI i VII) oraz KDS (sektor VIII). Spółka PUK A. ZYS nie złożyła w przetargach ofert, została natomiast podwykonawcą FBserwis na tych samych sektorach (XIV i XV), które uprzednio obsługiwała jako członek Konsorcjum.
- (207) Z ustaleń Prezesa Urzędu wynika ponadto, że przedsiębiorcy, którzy wygrali przetargi prowadzone w 2019 i 2020 roku nie musieli ani zawiązywać siedmiopodmiotowego konsorcjum, ani składać ofert na cały obszar ZM GOAP, żeby uznać udział w przetargach za „racjonalny ekonomicznie”. Na poniższej *Grafice 2* widać, że zamówienia publiczne ogłoszone w latach 2019-2020 uzyskali: Remondis (indywidualnie), KDS (indywidualnie), konsorcjum firm (PreZero, ORDO i EKO-TOM) oraz FBserwis (w sektorach XIV i XV podwykonawcą został PUK A.ZYS).⁶⁵

Grafika 2 -Wykonawcy wyłonieni w przetargu na odbiór odpadów komunalnych z terenu ZM GOAP od 01.09.2020 r.

⁶⁴ Zob. Tabela 8.

⁶⁵ Jw.



Źródło: ZM GOAP.

(208) W konsekwencji zatem okazało się, że sześciu z siedmiu członków Konsorcjum nadal wykonuje usługi odbioru, transportu i zagospodarowania wybranych frakcji odpadów komunalnych na terenie ZM GOAP, chociaż nie korzystali oni ani z „efektu skali”, ani z innych efektywności, jakie teoretycznie dawało im zawarcie Konsorcjum i złożenie ofert na wszystkie sektory Związku. Co więcej, niektórzy przedsiębiorcy złożyli oferty (i uzyskali zamówienia publiczne) na sektory, na których uprzednio usług nie świadczyli, w związku z czym nie posiadali doświadczenia w ich obsłudze, np. Remondis: sektor II - wcześniej obsługiwał go Vikom, KONSORCJUM PreZero: sektor IX - wcześniej obsługiwał go Remondis oraz FBSerwis: sektory XII i XIII, na których wcześniej usługi świadczyli PUK A. ZYS - sektor XII oraz Remondis - sektor XIII.

(209) Prezes Urzędu, po przeanalizowaniu materiału dowodowego zebranego w toku postępowania antymonopolowego uznał, że w niniejszej sprawie porozumienie przedsiębiorców przystępujących do Konsorcjum zmierzało do wyeliminowania konkurencji między sobą na rynku właściwym. Okoliczności faktyczne i ich ocena wskazują, że w niniejszej sprawie zaistniały następujące przesłanki, które pozwalają uznać, że Konsorcjum miało charakter antykonkurencyjnego porozumienia⁶⁶:

- konsorcjanci oddzielnie lub w mniejszych konsorcjach spełniali wymogi określone w SIWZ, a także byli w stanie samodzielnie lub w mniejszych konsorcjach wziąć udział w przetargach i złożyć samodzielne oferty, a samo zamówienie nie zawierało „wyśrubowanych” warunków,
- konsorcjanci byli w stanie samodzielnie lub w mniejszych konsorcjach wykonać zadania objęte postępowaniami przetargowymi,

⁶⁶ Dokonana przez organ ocena okoliczności, które wystąpiły w niniejszej sprawie jest zasadniczo zbieżna z analizą dokonana przez Sąd Apelacyjny w Warszawie, w wyroku z dnia 8 czerwca 2016 r. sygn. akt VI ACa 651/15 (tzw. sprawa Astwa).

- po zawarciu umów z Zamawiającym nie doszło do połączenia potencjałów wszystkich konsorcjantów, a doszło między nimi wyłącznie do podziału zamówienia w zakresie jego wykonania (każdy z konsorcjantów albo obsługiwał samodzielnie „swoje” sektory, albo robił to w małych grupach składających się z 2-3 podmiotów).

(210) W ocenie Prezesa Urzędu, zawieranie umów konsorcjum przez wykonawców, którzy mogliby samodzielnie (lub w mniejszych konsorcjach) złożyć oferty / zrealizować zadanie, ogranicza rywalizację pomiędzy tymi przedsiębiorcami, którzy zamiast przedstawiać konkurencyjne oferty w przetargach, eliminują konkurencję między sobą, ustalając wspólną ofertę. W konsekwencji, w niniejszej sprawie, złożenie jednej, wspólnej oferty we wszystkich Przetargach na wszystkie sektory ZM GOAP w pierwszej turze (i odpowiednio ofert na sześć z siedmiu Przetargów w dogrywce) przez uczestników Konsorcjum zlikwidowało presję konkurencyjną, jaką wywierali wzajemnie na siebie, zmniejszając tym samym intensywność konkurencji w ramach przetargu.

(211) Mając na względzie wszystkie wyżej przedstawione okoliczności Prezes Urzędu uznał, że zawarte w 2017 r. Konsorcjum ograniczyło konkurencję na rynku właściwym.

3.8 STANOWISKA STRON POSTĘPOWANIA WOBEC SZCZEGÓŁOWEGO UZASADNIENIA ZARZUTÓW PRZEDSTAWIONEGO PRZEZ PREZESA URZĘDU

(212) W piśmie z dnia 6 lipca 2022 r. Prezes Urzędu przedstawił stronom postępowania szczegółowe uzasadnienie zarzutów (*k. 4217-4269 akt adm.*).

(213) Za wyjątkiem spółki Vikom, pozostałe strony postępowania przedstawiły swoje stanowiska w odpowiedzi na SUZ: Remondis (*k. 4301-4305 akt adm.*), PreZero (*k. 4353-4399 akt adm.*), PUK A. ZYS (*k. 4348-4352 akt adm.*), EKO-TOM wspólnie z ORDO (*k. 4309-4347, 4402-4403 akt adm.*) oraz KDS (*k.4308 akt adm.*).

(214) W związku z faktem, iż strony w swoich stanowiskach wobec SUZ powoływały także argumenty, które przedstawione były już wcześniej, w ocenie Prezesa Urzędu, zasadnym jest zaprezentowanie stanowisk stron postępowania przedstawionych w odpowiedziach na SUZ tylko w takim zakresie, w jakim są to argumenty nowe, a jednocześnie są one potencjalnie istotne dla rozstrzygnięcia sprawy. Ponadto, o ile będzie to możliwe i zasadne, zostaną one przedstawione łącznie, jeśli podnosiła je więcej niż jedna strona. Dla porządku wyводу Prezes Urzędu ustosunkuje się do argumentów przedstawionych przez strony w niniejszym rozdziale za wyjątkiem:

- argumentów dotyczących błędnej oceny materiału dowodowego w zakresie oceny proefektywnościowego charakteru zawartego porozumienia, które zostaną opisane i przeanalizowane w rozdziale 3.9.6 niniejszej decyzji pn. *Stanowisko stron wobec dokonanej przez Prezesa Urzędu oceny spełnienia przesłanek o których mowa w art. 8 ust. 1 u.o.k.k.*,
- argumentów dotyczących błędnej oceny materiału dowodowego na rzecz odstąpienia od nałożenia kary lub nadzwyczajnego obniżenia jej wymiaru,

które zostaną opisane i przeanalizowane w rozdziale 4. niniejszej decyzji pn. *Kara pieniężna*.

- (215) W pierwszej kolejności podkreślić należy, że żaden z przedsiębiorców, którzy zajęli stanowisko wobec szczegółowego uzasadnienia zarzutów (Remondis, PreZero, PUK A. ZYS, EKO-TOM, ORDO i KDS) nie zgodził się z zarzutami przedstawionymi przez Prezesa Urzędu oraz z ich uzasadnieniem faktycznym i prawnym. Wszyscy przedsiębiorcy wnieśli o umorzenie postępowania antymonopolowego wobec niestwierdzenia naruszenia. Ponadto PUK A. ZYS, PreZero, oraz ORDO i EKO-TOM wniosły o odstąpienie od wymierzenia kary, ewentualne zaś o nadzwyczajne obniżenie jej wymiaru w przypadku, gdyby Prezes Urzędu nie umorzył postępowania.
- (216) Argumenty podnoszone przez strony dotyczące błędnej oceny stanu faktycznego przez Prezesa Urzędu odnosiły się przede wszystkim do nieprawidłowego, zdaniem stron, ustalenia potencjału poszczególnych przedsiębiorców, a w konsekwencji, do nieprawidłowo rozpoznanego celu zawarcia Konsorcjum. Według stron, ocena potencjałów poszczególnych przedsiębiorców dokonana przez Prezesa Urzędu jest tylko teoretyczna i oderwana od rzeczywistości rynkowej. Niezbędność zawiazania konsorcjum musi być bowiem zawsze rozpatrywana przez pryzmat celu biznesowego przedsiębiorców w nim uczestniczących, a nie w oderwaniu od niego. Wykazywana przez Prezesa Urzędu możliwość składania ofert na poszczególne sektory nie znajduje zaś potwierdzenia w realnych procesach gospodarczych. Zastosowanie podejścia prezentowanego w analizie Prezesa Urzędu zawartej w SUZ powodowałoby bowiem funkcjonowanie poszczególnych przedsiębiorców w warunkach wysokiego ryzyka gospodarczego.
- (217) PUK A. ZYS podniósł, iż przystąpił on do Konsorcjum gdyż dążył do ograniczenia ryzyka biznesowego, przewidywał bowiem możliwość obniżenia kondycji finansowej swojego przedsiębiorstwa w przyszłości oraz konieczność przeprowadzenia ewentualnego postępowania restrukturyzacyjnego (co faktycznie nastąpiło w dniu 4 września 2020 r. jako następstwo m.in. epidemii COVID-19). Ponadto bał się on także konieczności zapłaty ewentualnych kar umownych na rzecz ZM GOAP, np. w sytuacji, w której jego przedsiębiorstwo byłoby zagrożone niewypłacalnością lub Zamawiający wypowiedziałby umowę z przyczyny leżącej po jego stronie. Podkreślił również, że startując w Przetargach trzeba było złożyć oświadczenie (zapewnić Zamawiającego), że wg najlepszej wiedzy przedsiębiorcy nie wystąpią okoliczności, które przemawiałyby za wszczęciem wobec niego postępowania restrukturyzacyjnego lub upadłościowego w przyszłości. Takie oświadczenie złożone razem z Konsorcjum, PUK A. ZYS uznał za uzasadnione, miał jednak wątpliwości, czy mógłby je złożyć samodzielnie. Dzięki przystąpieniu do Konsorcjum przedsiębiorca obniżył ryzyko nałożenia na niego przez Zamawiającego kar umownych, a usługa na rzecz ZM GOAP była realizowana bez zakłóceń wynikających m.in. z osłabionej kondycji finansowej poszczególnych konsorcjantów.
- (218) W ocenie Prezesa Urzędu, przedstawione przez PUK A. ZYS okoliczności uzasadniające konieczność przystąpienia przez przedsiębiorcę do Konsorcjum nie są wiarygodne. Jak sam oświadczył, na moment zawierania Konsorcjum posiadał on płynność finansową, zmuszony był jednak wziąć pod uwagę fakt że branża, w której

jego przedsiębiorstwo działa „*podatna jest na dużą dynamikę niemożliwych do precyzyjnego przewidzenia zmian rentowności, związanej z rozmiarem kontraktów zawieranych długoterminowo, przy szybko zmieniających się realiach gospodarczych.*” Abstrahując od tego, że w ocenie Prezesa Urzędu branża odbioru, transportu i zagospodarowania odpadów charakteryzuje się pewną stabilnością, to ryzyko prowadzenia działalności gospodarczej (mniejsze lub większe) jest właściwe dla każdego przedsiębiorcy w każdej branży i nie może uzasadniać zawierania porozumień ograniczających konkurencję. Pogorszenie zaś kondycji finansowej PUK A. ZYS, co przedsiębiorca wiąże z pandemią COVID-19, która rozpoczęła się w 2020 r. nie ma żadnego związku z Przetargami ogłoszonymi w 2017 i 2018 roku.

(219) Strony (m.in. ORDO i EKO-TOM) podniosły ponadto, że ani cel, ani skutek Konsorcjum nie miały charakteru antykonkurencyjnego, mimo że uczestniczyły w nim podmioty zdolne do wykonania zamówienia samodzielnie lub w mniejszej grupie. Niedopuszczalna jest ich zdaniem automatyczna kwalifikacja konsorcjum jako zmywy przetargowej, nawet jeśli konsorcjanci samodzielnie spełniają warunki postępowania określone w SIWZ i SOPZ, albo mogą samodzielnie wykonać zamówienie. Zarzucono Prezesowi Urzędu brak wyjaśnień, na jakiej podstawie ocenił on antykonkurencyjny cel Konsorcjum oraz dlaczego odniosło ono jego zdaniem taki skutek.

(220) W tym miejscu wyjaśnić należy, że strony podnoszą różne argumenty tłumaczące ich przystąpienie do Konsorcjum, co uzasadniają odmienną sytuacją (posiadanym potencjałem) każdego z przedsiębiorców. Ze względu na powyższe, argumenty przedstawione przez strony⁶⁷ można podzielić następująco:

1) Remondis akcentował tezę, że to, co nie jest prawem zabronione, jest dozwolone.

Nieuprawnione jest, zdaniem Lidera, badanie legalności Konsorcjum w kontekście „*rzekomych celów*” nowelizacji ustawy o utrzymaniu i czystości porządku w gminach. Skoro bowiem ustawodawca nie zakazał składania wspólnie z innymi przedsiębiorcami ofert na więcej, niż jeden sektor w sytuacji, gdy gmina (Zamawiający) podzielona jest na sektory, to jest to legalne. Wobec powyższego nieuprawnione jest badanie legalności Konsorcjum w kontekście zasygnalizowanych przez Prezesa Urzędu celów nowelizacji ustawy o utrzymaniu i czystości porządku w gminach. Nie ma podstaw, aby ocena antymonopolowa zachowań przedsiębiorców dokonywana była przez pryzmat „*rzekomych niewypowiedzianych i nieskodyfikowanych oczekiwań ustawodawcy co do postulowanego rozdrobnienia rynku odbioru odpadów komunalnych*”. Trudno też jego zdaniem oczekiwać od racjonalnego przedsiębiorcy (a tym samym czynić mu zarzut działania sprzecznego z prawem), że w imię ww. niesprecyzowanych intencji ustawodawcy dokona samoograniczenia i nie będzie zainteresowany prowadzeniem działalności w możliwie jak najszerszym obszarze rynku właściwego, na którym przedsiębiorca naturalnie i historycznie funkcjonuje.

⁶⁷ PUK A. ZYS w swoich pismach nie podniósł kwestii dot. potencjałów, Vikom natomiast w ogóle nie zajął stanowiska w sprawie.

W ocenie Prezesa Urzędu taka argumentacja jest bezzasadna. Zmiana ustawy o utrzymaniu czystości i porządku w gminach nie przesądziła o braku legalności Konsorcjum. Spowodowała ona natomiast przyjęcie innych kryteriów oceny tego, czy Konsorcjum - w każdym konkretnym przetargu z osobna - było niezbędne do tego, aby umożliwić przedsiębiorcom złożenie ofert w tych przetargach. Innymi słowy, zmiana ustawy wywołała konieczność analizy i weryfikacji każdego przetargu ogłoszonego przez ZM GOAP z osobna oraz dokonania oceny czy Konsorcjum zostało zawarte po to, aby przedsiębiorcy mogli złożyć oferty i wystartować w poszczególnych przetargach (z uwzględnieniem warunków każdego z 15 przetargów z osobna), czy też po to, żeby konkurencję ograniczyć.

- 2) ORDO i EKO-TOM mogły wziąć udział w Przetargach, ale nie miały wystarczających potencjałów do złożenia ofert na wszystkie interesujące je sektory, dlatego też potrzebowały konsorcjanta (w tym przypadku był to konkretnie - tylko i wyłącznie - Remondis).

W ocenie ORDO i EKO-TOM, Prezes Urzędu zaniechał ustalenia istotnych dla rozstrzygnięcia faktów oraz niewłaściwie ocenił zgromadzony materiał dowodowy, co skutkowało błędami w ustaleniach faktycznych dotyczących rzeczywistego potencjału spółek, tj. niewystarczającego (*usunięto*) oraz braku (*usunięto*).

Teza Prezesa Urzędu o (*usunięto*) przez ORDO jest, zdaniem Spółki, bezpodstawna i błędna albowiem opiera się na analizie (*usunięto*) Prezes Urzędu nie uwzględnił okoliczności przekształcenia jednoosobowej działalności gospodarczej na sp. z o.o. (zgodnie z KRS rozpoczęcie działalności nastąpiło 07.09.2017 r.), co skutkowało tym, że (*usunięto*).

Ponadto w ocenie spółek możliwość wykorzystania tego samego potencjału w różnych postępowaniach nie jest tożsama z realną możliwością złożenia oferty i późniejszego wykonania zamówienia. Faktyczny potencjał ORDO i EKO-TOM pozwalał na samodzielne złożenie oferty tylko w jednym sektorze, co wiązałyby się z ograniczeniem udziału w rynku (obecnie spółki działają w trzech sektorach). Możliwość samodzielnej realizacji zamówienia w sektorach w których spółki spełnią warunki SIWZ (ale którymi nie były zainteresowane) wymagałaby istotnego zwiększenia zasobów (pojemniki, samochody), co niosłoby za sobą wzrost ceny ofert i tym samym obniżyło ich konkurencyjność.

W ocenie spółek, stanowisko Prezesa Urzędu nie uwzględniło rzeczywistych potrzeb, jeśli chodzi o konsorcjantów i ich realnych możliwości w zakresie konfiguracji/składu Konsorcjum. Układ sił na rynku odbioru odpadów nie pozwalał bowiem na zawarcie mniejszych konsorcjów lub konsorcjów w innym składzie. Współpraca z Remondisem, na której ORDO i EKO-TOM najbardziej zależało, przesądzała zaś współpracę z innymi podmiotami, które stały się częścią Konsorcjum z wyłącznej woli i wyboru Lidera. Większa liczba podmiotów skutkowała rozłożeniem kosztów i ryzyka, i tym samym możliwością zaoferowania niższej ceny, niemniej jednak udział w Konsorcjum innych spółek,

niż Remondis był dla ORDO i EKO-TOM obojętny, gdyż nie były one zainteresowane konkurencją o inne sektory.

W ocenie Prezesa Urzędu, dokonane w sprawie ustalenia faktów istotnych dla rozstrzygnięcia są prawidłowe, a ocena zebranego materiału jest spójna i logiczna. Wprawdzie ustalenia co do niektórych okoliczności opierają się na domniemaniach faktycznych, jak np. w kwestii (*usunięto*) posiadanej przez ORDO, jednak przesłanki na których domniemania te oparto ustalone zostały prawidłowo. W kwestii wspomnianej (*usunięto*) ww. Spółki wskazać należy, że pomimo tego, że ORDO w 2017 r. było nową spółką prawa handlowego, to powstała ona „na bazie” przedsiębiorstwa o wieloletniej ugruntowanej pozycji na rynku (Przedsiębiorstwo Komunalno-Transportowe ORDO Marek Friebe w Czerwonaku), co mając na uwadze stabilność branży odbioru, transportu i zagospodarowania odpadów ma znaczenie. Ponadto, zgodnie z danymi przekazanymi przez przedsiębiorcę w odpowiedzi na SUZ, w okresie 2014-2016 spółka ORDO notowała (*usunięto*).

Odnosząc się do pozostałych argumentów ORDO i EKO-TOM, Prezes Urzędu zwraca uwagę, iż nie kwestionuje tego, że spółki nie spełniały wszystkich warunków udziału w postępowaniach przetargowych na sektory, którymi były zainteresowane (ORDO nie miało (*usunięto*)). Mając jednak na uwadze wieloletnią współpracę ORDO i EKO TOM w tych samych sektorach, zasadna jest w tej sytuacji łączna ocena potencjału tychże spółek. Przy takim podejściu potencjał EKO-TOM umożliwiałby złożenie ofert (*usunięto*) również ORDO. Być może na złożenie oferty na (*usunięto*) spółki potrzebowałyby jeszcze jednego konsorcjanta, niemniej jednak miałyby one możliwość złożenia ofert (*usunięto*) obsługą których były zainteresowane (dla przykładu w latach 2018-2022 ich konsorcjantem była spółka PreZero).

Ponadto, w odpowiedzi na SUZ, spółki przedstawiły wyliczenia dotyczące kosztów, które musiałyby ponieść składając oferty na sektory, na które teoretycznie miały potencjał, lecz którymi nie były zainteresowane. ORDO i EKO-TOM próbowały dowieść, że takie oferty byłyby droższe i przez to mniej korzystne dla Zamawiającego, niż oferty złożone przez Konsorcjum. Przez to, że oferty byłyby droższe zapewne wpłynęłyby negatywnie również na konkurencję na rynku, albowiem oferty mniejszych spółek takich jak ORDO i EKO-TOM nie zostałyby przez ZM GOAP wybrane.

W ocenie Prezesa Urzędu, wyjaśnienia spółek w ww. kwestii nie mają jednak znaczenia dla oceny antykonkurencyjnego charakteru zawartego Konsorcjum, nie rozstrzygają one bowiem o możliwości udziału w Przetargach, a brane mogą być pod uwagę co najwyżej przy ewentualnym badaniu wyłączenia porozumienia na podstawie art. 8 ust. 1 u.o.k.k.

- 3) Pozostali przedsiębiorcy, tj. PreZero i KDS nie posiadali wymaganego potencjału do udziału w Przetargach (spółce KDS brakowało (*usunięto*)), a PreZero mimo iż formalnie spełniało wymogi SIWZ i SOPZ, to faktycznie nie było w stanie skutecznie zrealizować przedmiotu zamówienia ze względu na (*usunięto*), jak

również ze względu na zaangażowanie swojego potencjału technicznego w inne przedsięwzięcia).

KDS podniósł, że spośród grupy kapitałowej kontrolowanej przez *(usunięto)* tylko FHU ALKOM H. Sienkiewicz (jednoosobowa działalność gospodarcza) mógł dać referencje *(usunięto)* spółce KDS, ale wtedy musiałby zgodnie z p.z.p. zostać jej podwykonawcą. Jak tłumaczy KDS - FHU ALKOM H. Sienkiewicz był w danym czasie zaangażowany w realizację usług na rzecz Związku Międzygminnego "Centrum Zagospodarowania Odpadów - SELEKT" (dalej: „ZM SELEKT”) oraz gmin Dopiewo i Zbąszyń.

Prezes Urzędu zgadza się z twierdzeniem spółki, że powołanie się przez KDS *(usunięto)* wymagałoby (zgodnie z przepisami ówczesnej ustawy p.z.p.) uczestnictwa *(usunięto)* przy wykonaniu zamówienia. Niemniej jednak nie można zgodzić się z tym, że *(usunięto)* realizując w czasie, kiedy Konsorcjum było zawiązywane, zadania odbioru, transportu i zagospodarowania odpadów na terenie ZM SELEKT, nie był w stanie *(usunięto)* spółce KDS. Świadczy o tym m.in. fakt, że *(usunięto)* (w konsorcjum z KDS) realizowała w roku 2018 trzy kontrakty w zakresie odbioru odpadów (gminy Łubowo, Niechanowo, KłECKO), co przeczy twierdzeniu, iż spółka *(usunięto)* nie miała „mocy przerobowych by wspomóc KDS” przy realizacji usługi na terenie ZM GOAP. Co więcej, termin złożenia ofert w postępowaniach na przetargi dla gmin Łubowo, Niechanowo i KłECKO, przypadał na koniec roku 2017, a zatem już po terminie złożenia ofert dla ZM GOAP. Świadczy to o tym, iż decyzja o uczestnictwie w Konsorcjum z Remondisem nie wynikała z konieczności oraz braku realnych możliwości udziału w postępowaniu, gdyż zapas „mocy przerobowych” spółki KDS i *(usunięto)* miały.

Prezes Urzędu nie podważa tego, że zgodnie z zasadą swobody działalności gospodarczej, każdy przedsiębiorca ma wybór, czy chce wystartować w danym przetargu czy też nie, a jeśli tak to z kim i w jakiej formie (np. indywidualnie, w konsorcjum lub jako podwykonawca). Ocenie przez Prezesa Urzędu podlega jednak w każdej sytuacji to, czy zawierane porozumienie ogranicza konkurencję, czy też nie. Zawarte porozumienie (w tym przypadku konsorcjum) nie ograniczałoby zaś konkurencji tylko w sytuacji, w której jego zawarcie byłoby konieczne, aby umożliwić jego uczestnikom złożenie ofert w przetargach i wykonanie zamówienia publicznego.

PreZero, w odpowiedzi na SUZ podniósł natomiast, że Prezes Urzędu zbyt małe znaczenie przypisał znajdującemu zastosowanie w postępowaniach o zamówienia publiczne, w których ofertę składało Konsorcjum, przepisowi art. 22d ust. 2 p.z.p. Zgodnie z tym przepisem zamawiający może, na każdym etapie postępowania uznać, że wykonawca nie posiada wymaganych zdolności, jeżeli zaangażowanie zasobów technicznych lub zawodowych wykonawcy w inne przedsięwzięcia gospodarcze wykonawcy może mieć negatywny wpływ na realizację zamówienia. Zdaniem strony, Prezes Urzędu praktycznie w ogóle nie przeprowadził analizy omawianego przepisu. W ocenie PreZero, ze względu na zaangażowanie jego pojazdów w inne przedsięwzięcia, istniało realne

prawdopodobieństwo, że Zamawiający stosując art. 22d ust. 2 p.z.p. wykluczy PreZero z przetargu.

Prezes Urzędu badając potencjalnie antykonkurencyjny charakter zawartego porozumienia nie analizuje indywidualnych ryzyk prowadzenia działalności gospodarczej, a jedynie ocenia to, czy zawarcie danego porozumienia było niezbędne. W związku z powyższym brak było podstaw do oceny przez organ okoliczności takich jak decyzje przedsiębiorcy co do zaangażowania pojazdów należących do PreZero w inne przedsięwzięcia.

- (221) Niezależnie od powyższych, zindywidualizowanych argumentów na poparcie tez, że udział przedsiębiorców w Konsorcjum był konieczny i uzasadniony, strony podniosły, co zostało już uprzednio zasygnalizowane, że wykazywana przez Prezesa Urzędu możliwość składania ofert na poszczególne sektory nie znajduje potwierdzenia w realnych procesach gospodarczych. Składane przez oferentów oświadczenia co do posiadanych zasobów odnoszą się bowiem do przysługującego przedsiębiorcom tytułu prawnego do tych zasobów, nie zaś do realnej możliwości ich wykorzystania przy realizacji danego zadania. Nie dają więc one obrazu faktycznego potencjału przedsiębiorcy, a jedynie teoretyczny. Przyjmując takie podejście wystarczyłoby bowiem, aby przedsiębiorca posiadał potencjał na jeden, najbardziej wymagający sektor, aby hipotetycznie przyjąć, że mógł wystartować również na wszystkie, mniej wymagające sektory. Jak podkreślił Remondis, w praktyce jednak jest to nadal potencjał pozwalający na obsłużenie jednego, a nie wszystkich sektorów (tyle, że wielokrotnie powielony), a posłużenie się nim w odniesieniu do przetargów na wszystkie piętnaście sektorów w żadnym wypadku nie będzie oznaczać, że przedsiębiorca posiada faktyczny potencjał pozwalający na obsłużenie ich wszystkich.
- (222) ORDO i EKO-TOM zwrócili natomiast uwagę na to, że Prezes Urzędu dokonał błędnej oceny nie tylko w kontekście spełnienia warunków i realnych możliwości złożenia oferty, ale również wykonania zamówienia. Część sektorów w których spółki spełniały formalne wymogi (miały potencjał na złożenie ofert w Przetargach) nie mieściła się bowiem w polu ich zainteresowania z uwagi na odległość od bazy logistycznej. Na poparcie tezy o nieopłacalności świadczenia usług na tych sektorach spółki przedstawiły zaś obszerną symulację kosztów. Spółki podniosły także, że niedopuszczalna jest automatyczna kwalifikacja konsorcjum jako zmywy przetargowej, jeśli konsorcjanci samodzielnie spełniają warunki postępowania, albo mogą samodzielnie wykonać zamówienie. Konsekwencją tego byłoby bowiem przyjęcie, że uczestnictwo w konsorcjach jest legalne jedynie dla tych podmiotów, które nie spełniają warunków SIWZ.
- (223) Odnosząc się do powyższych zarzutów Prezes Urzędu wyjaśnia, że ocena potencjałów poszczególnych przedsiębiorców oraz spełnienia przez nich warunków udziału w Przetargach oparta została na zasobach zadeklarowanych w badaniu ankietowym przeprowadzonym w toku postępowania wyjaśniającego poprzedzającego niniejsze postępowanie antymonopolowe. Oprócz tego wzięto pod uwagę informacje dot. potencjałów, które zostały przekazane na rzecz Konsorcjum. Materiał dowodowy na

którym oparto analizy przedstawione w SUZ nie został przez strony zakwestionowany, podważono jedynie poprawność jego interpretacji.

- (224) Wobec powyższego Prezes Urzędu wyjaśnia, iż nie kwestionuje tego, że racjonalnie działający przedsiębiorca, pomimo możliwości skorzystania na etapie składania oferty z tego samego potencjału w kilku przetargach, raczej nie podjąłby takiego ryzyka. Za zasadne uznaje również twierdzenie przedsiębiorców, że poszczególne sektory ZM GOAP różniły się między sobą „atrakcyjnością” dla poszczególnych oferentów. Niemniej jednak, na podstawie zebranego materiału dowodowego oraz jego analizy, Prezes Urzędu podtrzymuje twierdzenie, zgodnie z którym poszczególni przedsiębiorcy mogli przynajmniej złożyć samodzielne oferty (lub w mniejszych konsorcjach) na najbardziej dogodnie dla nich sektory, w szczególności te, w których działali wcześniej i które byłyby w takim przypadku przedmiotem ich zainteresowania.
- (225) Nie oznacza to, że w przypadku braku zawiązania 7-podmiotowego Konsorcjum scenariusz kontrfaktyczny byłby taki sam jak rzeczywisty, tj. Konsorcjum nie zostałoby zawiązane, ale każda ze stron postępowania wygrałaby przetarg lub przetargi na ten sam sektor/sektory, które razem z Konsorcjum obsługiwała. Wręcz przeciwnie, niezawiązanie Konsorcjum spowodowałoby zapewne podjęcie innych decyzji przez przedsiębiorców, które dostosowane byłyby do zmienionych warunków rynkowych (brak Konsorcjum) i możliwości oferentów (start samodzielny lub w mniejszym konsorcjum). Prezes Urzędu oceniając potencjały stron nie oczekiwał zatem, że w przypadku nieprzystąpienia do Konsorcjum przedsiębiorcy złożą oferty na wszystkie sektory, które faktycznie razem z Konsorcjum obsługiwali, ani że złożą oferty na wszystkie sektory na które oferty mogli złożyć, mimo tego że nie byli zainteresowani ich obsługą. Możliwym było jednak przyjęcie przez przedsiębiorców takiej strategii działania, która z jednej strony dawałaby szansę na wygranie przetargów na „najlepsze” dla nich sektory, a z drugiej nie wyłączałaby konkurencji między nimi.
- (226) Ponownego podkreślenia wymaga zatem okoliczność, że przy ocenie antykonkurencyjnego charakteru Konsorcjum kluczowe było ustalenie, że zawiązanie go nie było niezbędne, tzn. że złożenie oferty na poszczególne sektory nie wymagało połączenia potencjałów przez siedmiu przedsiębiorców.
- (227) Wbrew twierdzeniom ORDO i EKO-TOM nie wyklucza to możliwości (legalności) zawiązywania konsorcjów przez podmioty, które samodzielnie spełniają warunki postępowania, albo mogą samodzielnie wykonać zamówienie. Niemniej jednak muszą one zdawać sobie sprawę z tego, że Prezes Urzędu każdorazowo w takiej sytuacji badać może niezbędność zawiązania konsorcjum dla osiągnięcia obiektywnie prokonkurencyjnych celów, tj. możliwości przedstawienia oferty. Prezes Urzędu może też badać, czy porozumienie wygenerowało określone korzyści, jednak dopiero na etapie analizowania spełnienia przesłanek z art. 8 ust. 1 u.o.k.k. Dla oceny antykonkurencyjnego charakteru zawiązanego konsorcjum spełnienie przesłanek z art. 8 ust. 1 u.o.k.k. nie ma jednak znaczenia.

- (228) Spółka PreZero podważyła natomiast tezę Prezesa Urzędu, zgodnie z którą udział przedsiębiorcy w Konsorcjum byłby legalny, gdyby obejmowało ono mniejszą liczbę konsorcjantów. Jej zdaniem, teza ta jest merytorycznie błędna i sprzeczna z dotychczasowym polskim orzecznictwem, a także w żaden sposób nieudowodniona.
- (229) Spółka stwierdziła, że to na Prezesie Urzędu spoczywa ciężar dowodu, że PreZero mogła zawrzeć konsorcjum z mniejszą liczbą uczestników. Wg niej, takiej możliwości nie było, a poza tym została zaproszona do Konsorcjum przez Remondis i nie mogła mieć podejrzeń, że Konsorcjum zostanie zakwestionowane przez Prezesa Urzędu, spółka nie miała bowiem żadnych zgodnych z prawem możliwości do tego, aby sprawdzić jaka jest minimalna - dopuszczalna przez prawo - liczba konsorcjantów. Jak podnosi PreZero, spółka aby to sprawdzić musiałaby przeprowadzić ankiety wśród wszystkich uczestników rynku zadając im pytania w szczególności o to jakie warunki przetargu spełniają, jakich warunków nie spełniają oraz jakie mają możliwości zrealizowania zamówienia. Jej zdaniem udzielenie jednak odpowiedzi na takie pytania, a być może nawet samo ich zadanie, mogłoby kwalifikować się jako porozumienia ograniczające konkurencję.
- (230) PreZero złożyło również wniosek o przeprowadzenie konsultacji z Prezesem Urzędu Zamówień Publicznych (dalej: „Prezes UZP”) w celu zweryfikowania, jaki wpływ na stan zamówień publicznych będzie miał pogląd prezentowany w niniejszym postępowaniu przez Prezesa Urzędu, zgodnie z którym przedsiębiorca, który chce przystąpić do konsorcjum powinien uprzednio sprawdzić czy liczba członków tego konsorcjum nie jest większa niż minimalna liczba członków potrzebnych do zrealizowania zamówienia. W tym czy pogląd ten nie wpłynie negatywnie na konkurencję w przetargach publicznych eliminując małych i średnich przedsiębiorców z możliwości przystępowania do konsorcjów.
- (231) Wobec powyższego Prezes Urzędu wyjaśnia, że zadaniem organu antymonopolowego jest ocena realnie zawartego przez przedsiębiorców porozumienia pod kątem zgodności z art. 6 u.o.k.k. i w przypadku wydawania decyzji stwierdzającej udowodnienie, że dane porozumienie ma anykonkurencyjny cel lub skutek. Nie jest natomiast rolą organu wskazywanie, jakie inne hipotetyczne porozumienie byłoby zgodne z prawem konkurencji i na organie nie spoczywa w tym zakresie ciężar dowodu. Z tego względu żądanie PreZero, by Prezes Urzędu wykazał z kim jego zdaniem spółka miałaby zawrzeć Konsorcjum, aby zrobić to zgodnie z prawem - w sytuacji, w której pozostali przedsiębiorcy byli już „zajęci” przez Remondis, należy uznać za bezzasadne.
- (232) Prezes Urzędu nie definiuje też minimalnej dopuszczalnej przez prawo liczby konsorcjantów. To w gestii przedsiębiorcy leży decyzja dotycząca formy udziału w postępowaniu przetargowym, oceny własnego potencjału oraz oceny konieczności przystąpienia do postępowania w formie konsorcjum oraz określenia niezbędnego składu danego konsorcjum.
- (233) Podobnie jeśli idzie o wniosek o przeprowadzenie konsultacji z Prezesem UZP. Organy działają w granicach i na podstawie prawa. To Prezes Urzędu, a nie Prezes

UZP jest właściwy w zakresie stosowania i interpretacji przepisów u.o.k.k., taki wniosek nie miałby zatem podstaw prawnych.

- (234) Co więcej, interpretacja przepisów ww. ustawy przyjęta w niniejszej sprawie jest identyczna z zastosowaną w sprawie Astwa i nie może być uznana za precedensową lub zaskakującą dla przedsiębiorcy. Ocena Prezesa Urzędu dokonywana przez jest w każdej sytuacji następczo i indywidualnie, tj. po zawiązaniu takiego konsorcjum. Każdorazowo przedsiębiorca musi zatem dokonywać oceny czy planowane przez niego zawarcie konsorcjum jest niezbędne, a jeśli nie jest niezbędne, to czy spełniać będzie ono przesłanki wyłączenia indywidualnego na podstawie art. 8 ust. 1 u.o.k.k.
- (235) Ponadto, w ocenie Prezesa Urzędu, przedsiębiorca zainteresowany określonym przetargiem ma rozeznanie co do własnego potencjału, a w konsekwencji swoich ewentualnych braków i konieczności ich uzupełnienia (w przypadku PreZero była i jest to *(usunięto)*). Nie jest zatem tak, że przed przystąpieniem do konsorcjum przedsiębiorca musi badać potencjały wszystkich swoich konkurentów oraz sprawdzać jaka jest dopuszczalna minimalna ilość konsorcjantów, a jedynie ustalić, jeśli jest zainteresowany udziałem w postępowaniu, czy ktoś jego konkretnie potencjał może uzupełnić. PreZero przystępując do Konsorcjum miało świadomość, kto będzie jego uczestnikiem oraz jaki jest cel Konsorcjum (złożenie ofert na wszystkie sektory), co powinno zostać poddane w danej sytuacji ocenie czy potencjalnie przystąpienie do takiego konsorcjum nie naruszy prawa konkurencji.
- (236) W odpowiedzi na SUZ spółki ORDO i EKO-TOM zarzucity również Prezesowi Urzędu błędną ocenę materiału dowodowego w zakresie określenia rynku właściwego w ujęciu geograficznym. W ocenie przedsiębiorców, rynkami właściwymi są poszczególne sektory ZM GOAP, a decyduje o tym lokalizacja baz poszczególnych przedsiębiorców, rozmieszczenie pojemników i odległości pomiędzy sektorami. Co więcej, nie wszyscy przedsiębiorcy działający na terenie ZM GOAP są dla siebie konkurentami. Większość z nich świadczy usługi tylko w wybranych sektorach i nie jest zainteresowana innymi ze względu na bariery wejścia. W ocenie spółek, dla przedsiębiorców których od miejsca wykonania usługi dzieli odległość 5 km i 45 km - nie występują zbliżone warunki konkurencji. Określony w Rozporządzeniu ministra środowiska w sprawie szczegółowych wymagań w zakresie odbierania odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości z dnia 11 stycznia 2013 r. promień 60 km nie stanowi zaś progu opłacalności. Próg opłacalności dla ORDO i EKO-TOM to odległość od bazy logistycznej 20 km. Rynkiem właściwym jest zatem w ocenie spółek każdy sektor osobno lub trzy sektory łącznie.
- (237) W ocenie Prezesa Urzędu, rynek właściwy w ujęciu geograficznym został w szczegółowym uzasadnieniu zarzutów określony prawidłowo i jest to rynek lokalny obejmujący obszar co najmniej aglomeracji poznańskiej (miasto Poznań, gminy powiatu poznańskiego oraz Oborniki, Skoki, Szamotuły i Śrem) wraz z ościennymi gminami położonymi w odległości ok. 60 km od granic miasta Poznania. Zgodnie natomiast ze stanowiskiem wyrażanym wielokrotnie w orzecznictwie z zakresu prawa ochrony konkurencji, w sprawach dotyczących najpoważniejszych porozumień ograniczających konkurencję sposób zdefiniowania rynku właściwego nie może

wpływać na konkluzję co do samej legalności lub nielegalności tego rodzaju porozumienia, a w konsekwencji na treść rozstrzygnięcia.⁶⁸

- (238) Ustosunkowując się do SUZ spółka PreZero podniosła, że zgodnie z wyrokiem Sądu Apelacyjnego w Warszawie sygn. VI ACa 651/15 (sprawa Astwa), utworzenie konsorcjum może być kwalifikowane jako porozumienie zakazane co do antykonkurencyjnych skutków, a nie celu. W związku z powyższym dokonana przez Prezesa Urzędu analiza jest błędna i bezprzedmiotowa. Zdaniem spółki, jeśli organ uważa, że porozumienie było sprzeczne z prawem, ma prawny obowiązek wykazania jego antykonkurencyjnych skutków. Skutki takie nie zostały zaś przez organ zbadane, a tym bardziej wykazane.
- (239) Jak cytuje spółka, zgodnie z ww. wyrokiem, w odniesieniu do umów konsorcjum, *„(...) ta forma współpracy powinna być rozpatrywana z punktu widzenia prawa ochrony konkurencji, ale przy uwzględnieniu, że w założeniu, przy faktycznie zawartej i realizowanej umowie konsorcjum, umowa tego rodzaju powinna wywoływać prokonkurencyjne efekty, co powinno ją wyróżniać od zmów kartelowych, które w swoim założeniu w praktyce są tajnymi porozumieniami, gdyż zawierając takie porozumienie, przedsiębiorcy raczej nie manifestują tego faktu na zewnątrz. Istotne jest więc ustalenie, czy takie porozumienie wywarło lub mogło wyrzucić negatywne skutki rynkowe w postaci naruszenia zasad konkurencji.”*
- (240) Prezes Urzędu nie wskazał również dowodów potwierdzających antykonkurencyjny cel zawarcia Konsorcjum. Jak podkreślił PreZero, *„najnowsze orzecznictwo TS potwierdza, że samo umieszczenie określonej kategorii porozumień wśród ograniczeń konkurencji `ze względu na cel` stanowi najwyżej o domniemaniu antykonkurencyjnego wpływu takiego uzgodnienia”*. Domniemanie to może być jednak obalone w konkretnej sprawie, ze względu na jej szeroko ujmowany kontekst ekonomiczno-prawny. Argumenty za tym (tj. brakiem ograniczenia konkurencji w konkretnym przypadku) - jeżeli zostały przedstawione przez stronę (a w ocenie przedsiębiorcy zostały ujawnione m.in. przez PreZero oraz Remondis) - organ antymonopolowy jest zobowiązany zbadać oraz dowieść antykonkurencyjnych skutków zawartego porozumienia.
- (241) PreZero złożył ponadto wniosek dowodowy z zeznań świadków (*usunięto*) - byłego Prezesa Zarządu PreZero, (*usunięto*) - byłej Prezes Zarządu PreZero oraz (*usunięto*) - pracownika PreZero na brak faktu antykonkurencyjnego charakteru porozumienia. Wniosek dowodowy został pominięty postanowieniem z dnia 6 grudnia 2022 r. Okoliczność, czy porozumienie miało charakter antykonkurencyjny jest bowiem kwestią oceny prawnej określonych faktów, a nie faktem samym w sobie, podczas gdy zadaniem świadka jest komunikowanie poczynionych przez niego spostrzeżeń o określonych faktach. Dlatego też brak było uzasadnienia do powołania świadków na ww. okoliczność.
- (242) Prezes Urzędu, po przeanalizowaniu stanowiska PreZero, nie zgadza się z tezą przedsiębiorcy, jakoby z wyroku w sprawie Astwa wynikała konieczność badania

⁶⁸ Zob. akapit (151) niniejszej decyzji.

antykonkurencyjnego skutku zawartego porozumienia. W decyzji w sprawie Astwa uznano zawarcie konsorcjum za porozumienie ze względu na cel, które dodatkowo wywołało antykonkurencyjne skutki. Tę ocenę Sąd Apelacyjny podtrzymał („*Biorąc pod uwagę wszystkie powyższe wywody, zaskarżona decyzja była prawidłowa, gdyż w wyniku zawarcia porozumienia (umowy konsorcjum) powodowie mieli na celu wyłączenie konkurencji, zachowanie dotychczasowych pozycji na rynku właściwym i taki był de facto skutek ich działania*”). W uzasadnieniu wyroku Sąd Apelacyjny wskazywał także, że dla uznania porozumienia za antykonkurencyjne konieczne jest wykazanie antykonkurencyjnego celu lub skutku (jak w przypadku każdego innego porozumienia), co w niniejszej sprawie zostało przez Prezesa Urzędu dokonane.

- (243) Strony podniosły także, że na etapie przystępowania do Konsorcjum niemożliwe było do przewidzenia uznanie przez Prezesa Urzędu działań Konsorcjum (i poszczególnych konsorcjantów) za działania ograniczające konkurencję (precedensowy charakter niniejszej sprawy).
- (244) PreZero zwrócił uwagę, że Prezes Urzędu w swojej dotychczasowej praktyce decyzyjnej tylko dwukrotnie zakwalifikował umowę konsorcjum jako porozumienie ograniczające konkurencję. W sprawie Astwa uczestnicy konsorcjum byli jednak dużymi graczami na rynku i mieli podobne potencjały, i to dopiero w sprawie dot. szczepionek dla lisów (decyzja nr DOK-2/2019 z 18 grudnia 2019 r.⁶⁹) okazało się, że w ocenie organu konsorcjum przetargowe prowadzi do ograniczenia konkurencji m.in. gdy uczestnicy konsorcjum są w stanie przedstawić ofertę oraz zrealizować zamówienie będące przedmiotem współpracy z mniejszą liczbą podmiotów, niż rzeczywista liczba konsorcjantów. Ww. decyzja została jednak wydana dopiero około półtora roku po zawarciu Konsorcjum⁷⁰. W jedynej dostępnej publikacji Urzędu poświęconej znikom przetargowym nie wyróżniono natomiast kategorii „niedozwolonych” konsorcjów, gdzie przedmiot zamówienia mógłby być zrealizowany z mniejszą liczbą stron, niż liczba faktycznych uczestników konsorcjum.
- (245) PreZero podniósł także, że zamknięcie postępowania wyjaśniającego postanowieniem z dnia 31 grudnia 2014 r. bez podejmowania dalszych działań w trybie u.o.k.k. uprawniało spółkę do przeświadczenia, że jej działanie nie narusza prawa i jest zgodne z oczekiwaniami organu. Spółka pozostawała zatem w usprawiedliwionej jej zdaniem nieświadomości bezprawności zidentyfikowanego przez Prezesa Urzędu działania, co wyłącza jej winę jako taką, a więc i podstawę do nałożenia kary.
- (246) Strony zarzuciły organowi również, że optyka przedstawiona w niniejszej sprawie powodowałaby, iż czegokolwiek przedsiębiorcy by nie zrobili, to i tak przystępując do konsorcjum narażaliby się na karę ze strony Prezesa Urzędu, np. składając oferty na wszystkie sektory na które formalnie spełniali wymogi wskazane w SIWZ, wygrywając przetargi, a potem odstępując od podpisania umów wykonawczych. Brak jest również ich zdaniem (co poruszył PreZero) wytycznych co do tego, w jaki sposób wybierać konsorcjantów, aby nie naruszyć prawa konkurencji (jak uzyskać informacje o ich potencjałach).

⁶⁹

https://decyzje.uokik.gov.pl/bp/dec_prez.nsf/1/3FBAB5E632431339C1258518002D9920?editDocument&act=Decyzja (dostęp: 22.11.2022 r.)

⁷⁰ Podpisanie Umowy Konsorcjum nastąpiło 07.06.2017 r., a wydanie decyzji nr DOK-2/2019 18 grudnia 2019 r.

- (247) Wobec powyższego Prezes Urzędu wyjaśnia, co następuje. Konsorcja są legalne o ile są zgodne z prawem, w tym z prawem antymonopolowym. Przepisy u.o.k.k. są bowiem jednym z kryteriów oceny legalności zawiązania konsorcjum. Nie można także zgodzić się z twierdzeniem, że przedsiębiorca, który chce przystąpić do jakiegokolwiek konsorcjum, nie może ocenić związanego z tym ryzyka naruszenia prawa antymonopolowego. Wręcz przeciwnie, każdy działający na rynku przedsiębiorca jest w stanie ocenić, na podstawie znajomości realiów rynkowych, kiedy liczba uczestników konsorcjum jest większa, niż jest to niezbędne do złożenia oferty i realizacji zamówienia. Alternatywa w postaci ryzyka utraty udziałów w rynku albo przystąpienia do konsorcjum ograniczającego konkurencję musi być w takich sytuacjach każdorazowo ważona przez przedsiębiorcę. Ważenie tego ryzyka jest zaś szczególnie istotne, gdy konsorcjum zawiązywane jest pomiędzy podmiotami, które są swoimi bezpośrednimi i rzeczywistymi konkurentami na rynku właściwym (a nie np. w układzie wertykalnym dostawca - wykonawca), gdyż w takiej sytuacji ryzyko jest szczególnie wysokie, a firmy powinny je przewidywać.
- (248) Innymi słowy, każdy przedsiębiorca może (i musi) sam ocenić ryzyko związane z zawiązaniem konsorcjum. Dokonanie takiej oceny przez przedsiębiorcę jest nie tylko możliwe (przedsiębiorca ma orientację jaką pozycję na rynku zajmuje/jakie zasoby posiada oraz jaką pozycję zajmują/jakie zasoby posiadają jego konkurencji), ale również konieczne.
- (249) Nie sposób też zgodzić się z tezą PreZero, że niniejsze postępowanie antymonopolowe stanowi sprawę całkowicie precedensową. Na dzień zawiązania Konsorcjum przez przedsiębiorców była co prawda tylko jedna prawomocna decyzja Prezesa Urzędu dotycząca zawiązania antykonkurencyjnego konsorcjum (w sprawie Astwa), niemniej jednak interpretacja przepisów u.o.k.k. przyjęta w niniejszej sprawie jest identyczna z zastosowaną w sprawie Astwa i nie może być uznana za precedensową lub zaskakującą dla przedsiębiorcy.
- (250) Zarówno z treści decyzji Astwa, jak i wyroku Sądu Apelacyjnego (dalej: „SA”) wydanego w tej sprawie, jednoznacznie wynika, że z punktu widzenia prawa konkurencji konsorcjum jest legalne, jeżeli brak było możliwości samodzielnego złożenia ofert przez poszczególnych przedsiębiorców, albo jeżeli konsorcjum spełniłoby przesłanki wyłączenia indywidualnego określone w art. 8 ust. 1 u.o.k.k. (co zostało wskazane na str. 50 decyzji Astwa). Z kolei SA wskazał: *„Reasumując, można w tym przedmiocie wskazać, że zawarcie konsorcjum będzie naruszeniem prawa konkurencji, jeśli jego uczestnicy byłiby w stanie samodzielnie złożyć ofertę z realną szansą na wygranie przetargu. Jeśli bowiem mogliby konkurować ze sobą, a nie robią tego ze względu na związane przez siebie konsorcjum, doszło do wyeliminowania konkurencji między nimi - ze szkodą dla zamawiającego”*.
- (251) Twierdzenie zaś PreZero, że zamknięcie postępowania wyjaśniającego o sygn. RPZ-400-9/14/DW z dniem 31 grudnia 2014 r. bez podejmowania dalszych działań w trybie u.o.k.k., uprawniało spółkę do przeświadczenia, że jej działanie nie narusza prawa i jest zgodne z oczekiwaniami organu, uznać należy w niniejszej sprawie za bezpodstawne. Co prawda analizowany w ww. postępowaniu wyjaśniającym stan faktyczny nie dał podstaw do postawienia zarzutów, niemniej jednak fakt, że Prezes Urzędu przeprowadził takie postępowanie, a zatem oceniał zgodność zawartego porozumienia z przepisami u.o.k.k. spowodował, że przedsiębiorca powinien mieć

świadomość, iż umowy konsorcjum podlegają ocenie przez pryzmat przepisów u.o.k.k. i że konieczne jest dokonywanie oceny ryzyka prawnego w tym zakresie.

(252) Na koniec wskazać należy, że spółka PreZero podniosła, iż Prezes Urzędu nieprawidłowo wszczął i prowadzi niniejsze postępowanie antymonopolowe, poddając zawiązanie Konsorcjum ocenie wyłącznie na podstawie art. 6 ust. 1 pkt 7 u.o.k.k., jednak bez oceny wpływu na handel między państwami członkowskimi Unii Europejskiej, podczas gdy w jej opinii istnieją przesłanki do uznania, że sprawa powinna być oceniana łącznie w zakresie zgodności z art. 6 ust. 1 pkt 7 u.o.k.k. oraz art. 101 ust. 1 TFUE.

(253) Zgodnie z art. 101 ust. 1 TFUE niezgodne z rynkiem wewnętrznym i zakazane są wszelkie porozumienia między przedsiębiorstwami, wszelkie decyzje związków przedsiębiorstw i wszelkie praktyki uzgodnione, które mogą wpływać na handel między państwami członkowskimi i których celem lub skutkiem jest zapobieżenie, ograniczenie lub zakłócenie konkurencji wewnątrz rynku wewnętrznego, a w szczególności te, które polegają na:

a) ustalaniu w sposób bezpośredni lub pośredni cen zakupu lub sprzedaży albo innych warunków transakcji;

b) ograniczaniu lub kontrolowaniu produkcji, rynków, rozwoju technicznego lub inwestycji;

c) podziale rynków lub źródeł zaopatrzenia;

d) stosowaniu wobec partnerów handlowych nierównych warunków do świadczeń równoważnych i stwarzaniu im przez to niekorzystnych warunków konkurencji;

e) uzależnianiu zawarcia kontraktów od przyjęcia przez partnerów zobowiązań dodatkowych, które ze względu na swój charakter lub zwyczaje handlowe nie mają związku z przedmiotem tych kontraktów.

(254) Art. 101 TFUE nie precyzuje jednak czym jest wpływ na handel, a Wytyczne Komisji Europejskiej w sprawie koncepcji wpływu na handel zawartej w art. 81 i 82 Traktatu (na które powołuje się PreZero) nie mają charakteru wiążącego dla państw członkowskich. Co najważniejsze zaś, to Prezes Urzędu jako organ samodzielnie ocenia czy dana sprawa kwalifikuje się do prowadzenia postępowania w oparciu o przepisy TFUE, czy też nie.

(255) W ocenie Prezesa Urzędu, w niniejszym przypadku fakt, że porozumienie zostało zawarte na rynku lokalnym, jednostkowy charakter Przetargów oraz dość niska wartość kontraktu (w skali kontraktów zawieranych przez międzynarodowe grupy kapitałowe) świadczą o tym, że Konsorcjum nie miało wpływu na handel między państwami członkowskimi. Ponadto PreZero nie przedstawiło żadnych dowodów na istnienie takiego wpływu poza teoretycznymi rozważaniami, że taki wpływ rzeczywiście mógł mieć miejsce.

- (256) Przedsiębiorca wskazał także, że postępowanie prowadzone na podstawie przepisów TFUE jest korzystniejsze, gdyż Komisja Europejska mogłaby skorygować błędną ocenę naruszenia dokonaną przez Prezesa Urzędu.
- (257) Prezes Urzędu wyjaśnia jednak, że Komisja Europejska nie pełni żadnej funkcji „korygującej” wobec organów krajowych. Organy krajowe i Komisja Europejska działają w ramach rozproszonego systemu ochrony konkurencji w Unii Europejskiej - każdy w granicach swoich własnych uprawnień. Komisja Europejska nie jest organem wyższego stopnia czy organem nadzorczym nad Prezesem Urzędu w zakresie stosowania prawa unijnego. Nie ma też żadnych uprawnień, aby wiążąco określać w jaki sposób organ krajowy ma wyklądać i stosować prawo unijne w swoich postępowaniach (może ona co najwyżej konsultować i doradzać). Decyzje Prezesa Urzędu (zarówno te wydawane wyłącznie na podstawie przepisów krajowych, jak również te, które obejmują przepisy TFUE) są zaskarżane zgodnie z zasadami przewidzianymi przez polski system prawny, w związku z czym w obu przypadkach ewentualną korektę decyzji Prezesa Urzędu zapewnia SOKIK. W efekcie niezastosowanie TFUE do oceny zawartego porozumienia, nie wpłynęłoby na pogorszenie sytuacji przedsiębiorcy.
- (258) Odnosząc się do argumentacji PreZero wskazać należy także, że fakt, iż włoski organ antymonopolowy przyjął, że zmowa na lokalnym rynku taksówkarskim miała wpływ na handel między państwami członkowskimi i postępowanie prowadził na podstawie przepisów TFUE, nie jest wiążące dla polskiego organu. Podobnie fakt, że polski organ antymonopolowy w niektórych sprawach dotyczących rynków lokalnych prowadził postępowanie w sprawie naruszenia TFUE nie oznacza, że wszystkie postępowania dotyczące rynków lokalnych powinny być prowadzone na podstawie przepisów TFUE. Prezes Urzędu czy Komisja Europejska są obowiązani do indywidualnej oceny każdej sprawy, natomiast przytoczone przez przedsiębiorcę decyzje dotyczą zupełnie innych rynków, niż ten który wystąpił w niniejszej sprawie.
- (259) Mając na uwadze powyższe, Prezes Urzędu nie podzielił stanowiska PreZero i po przeanalizowaniu argumentów strony uznał, że brak jest w niniejszej sprawie podstaw do rozstrzygnięcia postępowania również na podstawie art. 101 TFUE.

3.9 WYŁĄCZENIA SPOD ZAKAZU POROZUMIEŃ OGRANICZAJĄCYCH KONKURENCJĘ

3.9.1 RAMY WYŁĄCZENIA NA PODSTAWIE ART. 8 UST. 1 U.O.K.K.

- (260) Porozumienia ograniczające konkurencję są niedozwolone, o ile nie zostały wyłączone spod zakazu. Istnieją trzy rodzaje wyłączeń:
- zasada *de minimis* - wyłączenie na podstawie art. 7 u.o.k.k.,
 - wyłączenia grupowe - w oparciu o rozporządzenia wydane na podstawie art. 8 ust 3 u.o.k.k.,
 - wyłączenia indywidualne - na podstawie art. 8 ust. 1 u.o.k.k.
- (261) Wyłączenie stosowania zakazu zawierania porozumień ograniczających konkurencję z uwagi na niewielki udział przedsiębiorców w rynku (zasada *de minimis*) nie ma zastosowania do zmów przetargowych (art. 7 ust. 3 u.o.k.k.).

- (262) Żadne z rozporządzeń wykonawczych wydanych w oparciu o delegację zawartą w art. 8 ust. 3 u.o.k.k. nie znajduje zastosowania do zmów przetargowych.
- (263) Zakazy przewidziane w art. 6 ust. 1 u.o.k.k. mogą zostać uznane za niemające zastosowania na podstawie art. 8 ust. 1 ww. ustawy w przypadku, gdy porozumienie jednocześnie spełnia dwie przesłanki pozytywne i dwie negatywne:
1. przyczynia się do polepszenia produkcji, dystrybucji towarów lub do postępu technicznego lub gospodarczego,
 2. zapewnia nabywcy lub użytkownikowi odpowiednią część wynikających z porozumienia korzyści,
 3. nie nakłada na zainteresowanych przedsiębiorców ograniczeń, które nie są niezbędne do osiągnięcia założonych celów,
 4. nie stwarza przedsiębiorcom możliwości wyeliminowania konkurencji na rynku właściwym w zakresie znacznej części określonych towarów.
- (264) Ciężar udowodnienia okoliczności uzasadniających zwolnienie indywidualne spoczywa na przedsiębiorcy, który powołując się na to wyłączenie musi udowodnić spełnienie wszystkich przesłanek określonych w art. 8 ust. 1 u.o.k.k.
- (265) Tylko łączne spełnienie przesłanek wymienionych w art. 8 ust. 1 u.o.k.k. pozwala na zaliczenie porozumienia do kategorii porozumień wywierających negatywny wpływ na konkurencję i przynoszących zarazem co najmniej równoważące go korzyści.⁷¹ Stąd też ustawodawca nie dopuszcza możliwości wyłączenia porozumienia ograniczającego konkurencję spod zakazu określonego w przepisie art. 6 u.o.k.k., jeżeli chociażby jedna z ww. przesłanek nie zostanie spełniona. W momencie stwierdzenia, że którakolwiek z nich nie jest spełniona, analiza pozostałych przesłanek staje się bezprzedmiotowa. Natomiast gdy wszystkie cztery przesłanki są spełnione, należy przyjąć, iż porozumienie jest zgodne z prawem.
- (266) Wprawdzie przepisy dot. wyłączeń indywidualnych mogą być zasadniczo stosowane do każdego z porozumień ograniczających konkurencję, to jednak w przypadku porozumień stanowiących najcięższe ograniczenia konkurencji trudne do wykazania jest spełnienie przesłanek wyłączenia, w szczególności wskazanych w art. 8 ust. 1 pkt 1-2 u.o.k.k. (przyczynienie się porozumienia do powstania obiektywnych korzyści ekonomicznych oraz zapewnienie konsumentom udziału w tych korzyściach). Zwrócić należy uwagę na stanowisko Komisji Europejskiej, iż najpoważniejsze ograniczenia konkurencji nie przynoszą obiektywnych korzyści gospodarczych ani korzyści dla konsumentów, w związku z czym jest mało prawdopodobne, aby takie ograniczenia były niezbędne do zwiększenia efektywności.⁷²

⁷¹ Zob. decyzję Prezesa Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów nr DOK - 7/2014 z 30.12.2014 r. (akapity 165-168)

https://decyzje.uokik.gov.pl/bp/dec_prez.nsf/1/16045E709F3B4616C1257EC6007BA8BE?editDocument&act=Decyzja [dostęp 21.06.2022 r.]

⁷² Obwieszczenie Komisji - *Wytyczne w sprawie stosowania art. 81 ust. 3 Traktatu WE*, Dz. Urz. UE 2004, C 101/08, pkt 46 i 79.

- (267) Stosownie do art. 8 ust. 2 u.o.k.k. ciężar udowodnienia okoliczności uzasadniających wyłączenie spoczywa na przedsiębiorcy. Musi on dostarczyć dające się zweryfikować uzasadnione dowody, a nie ogólnikowe argumenty, mające świadczyć o spełnieniu przesłanek warunkujących wyłączenie danego porozumienia. Twierdzenia przedstawiane przez stronę postępowania muszą być oparte na faktach, gdyż uprawdopodobnienie występowania okoliczności wskazanych w art. 8 ust. 1 u.o.k.k., bądź złożenie stosownych zapewnień, nie jest wystarczające do zastosowania wyłączenia indywidualnego.
- (268) W niniejszej sprawie czterej przedsiębiorcy (Remondis, PreZero, ORDO i EKO-TOM) przedstawili argumenty mające świadczyć o spełnieniu wszystkich przesłanek indywidualnego wyłączenia,⁷³ które przeanalizowane i ocenione zostaną w dalszej części niniejszej decyzji.

3.9.2 PRZESŁANKA PIERWSZA: PRZYCZYNIENIE SIĘ POROZUMIENIA DO POLEPSZENIA PRODUKCJI, DYSTRYBUCJI TOWARÓW LUB DO POSTĘPU TECHNICZNEGO LUB GOSPODARCZEGO

OGÓLNA CHARAKTERYSTYKA PRZESŁANKI PIERWSZEJ

- (269) Pierwsza przesłanka wskazana w art. 8 ust. 1 pkt 1 u.o.k.k., polegająca na przyczynieniu się porozumienia do polepszenia produkcji, dystrybucji towarów lub do postępu technicznego lub gospodarczego (dalej także: „przesłanka efektywnościowa”), może odnosić się do różnych rodzajów efektywności. Przy czym, bez względu na to czy są to efektywności jakościowe, czy efektywności z tytułu ograniczenia kosztów, osiągnięte dzięki porozumieniu korzyści muszą być zarówno obiektywne, jak i ekonomicznie istotne. W tym kontekście zaś „istotne” oznacza, że korzyści, które wywołuje porozumienie są znaczne i w konsekwencji są w stanie przeważać nad negatywnymi konsekwencjami porozumienia. Wykazanie tych dwóch okoliczności jest niezbędne do udowodnienia przewagi skutków prokonkurencyjnych nad antykonkurencyjnymi wynikającymi z zawarcia ograniczającego konkurencję porozumienia.⁷⁴
- (270) W konsekwencji zatem przedsiębiorca chcąc skorzystać z wyłączenia na podstawie art. 8 ust. 1 u.o.k.k. musi wykazać, że zawarcie porozumienia ograniczającego konkurencję przyczyniło się do powstania obiektywnych i istotnych korzyści. Pomocne w tym zakresie są wskazówki zawarte w „Wytycznych KE w sprawie stosowania art. 81 ust. 3 Traktatu”. W świetle tychże wytycznych, wszystkie deklarowane korzyści należy udokumentować w taki sposób, aby można było sprawdzić:

a) *charakter* deklarowanych korzyści (tzn. czy są one obiektywne),

⁷³ Remondis w „Piśmie w postępowaniu” z dnia 23.02.2021 r., PreZero w „Piśmie procesowym zawierającym wniosek dowodowy na okoliczność spełnienia przesłanek z art. 8 ustawy” z dnia 20.01.2022 r. oraz ORDO i EKO-TOM w „Stanowisku stron” z dnia 23.08.2022 r.

⁷⁴ Zob. decyzję KE w sprawie MasterCard z 19.12.2007 r.

https://ec.europa.eu/competition/antitrust/cases/dec_docs/34579/34579_1889_2.pdf [dostęp 21.06.2022 r.]

- b) *związek* między porozumieniem a korzyściami,
- c) *prawdopodobieństwo* i *wielkość* każdej z deklarowanych korzyści oraz
- d) *jak i kiedy* osiągnięta zostanie każda z deklarowanych korzyści.⁷⁵

(271) Prezes Urzędu nie neguje twierdzenia, że zawiązanie Konsorcjum oraz wspólny start w Przetargach mogły wygenerować pewne korzyści, które nie powstałyby w sytuacji, w której Konsorcjum nie zostałoby zawiązane. Niemniej jednak obiektywna i istotna korzyść (efektywność) musi być wartością dodaną i mierzalną, która zostaje osiągnięta po zawarciu porozumienia i która w odpowiedniej części może być przekazana Zamawiającemu i/lub użytkownikom.

(272) W sytuacji, gdy deklarowana korzyść polega na zmniejszeniu kosztów, przedsiębiorstwa powołujące się na wyłączenie na podstawie art. 8 ust.1 u.o.k.k. zobowiązane są do możliwie jak najdokładniejszego oszacowania wartości takich korzyści oraz do podania szczegółowego opisu zastosowanego sposobu obliczeń. Muszą one opisać także metodę lub metody, za pomocą których osiągnięta została (lub zostanie) deklarowana korzyść. Przedstawione dane muszą być weryfikowalne, tak by można było z dostatecznie dużą dozą pewności stwierdzić, że korzyści o których mowa zostały lub prawdopodobnie zostaną zrealizowane.

(273) W przypadku gdy deklarowana korzyść ma postać nowych lub ulepszonych produktów, ewentualnie innych korzyści niezwiązanych z kosztami, przedsiębiorstwa chcące skorzystać z wyłączenia przewidzianego w art. 8 ust. 1 u.o.k.k. muszą opisać i szczegółowo wyjaśnić, jaki charakter mają owe korzyści oraz w jaki sposób i dlaczego przekładają się one na obiektywne korzyści ekonomiczne.⁷⁶

ARGUMENTY REMONDISU

(274) W ocenie Remondisu, Konsorcjum pozwoliło wygenerować szereg korzyści ekonomicznych i pozaekonomicznych zaś finalnymi beneficjentami zawiązania Konsorcjum byli mieszkańcy gmin należących do ZM GOAP, albowiem to oni korzystali z faktu płynnego świadczenia usługi odbioru i zagospodarowania odpadów komunalnych. Ponadto dzięki wprowadzeniu funkcji Lidera, scentralizowaniu systemu IT oraz zorganizowaniu świadczenia usług w formie konsorcjum, możliwe było sprawne administrowanie procesem odbioru odpadów, co oznaczało także większą wygodę dla Zamawiającego (kontakt z jednym przedsiębiorcą zamiast z kilkoma lub kilkunastoma) oraz większą pewność, że w razie gdyby któryś z konsorcjantów nie był w stanie obsłużyć przydzielonego mu rejonu, to pozostali konsorcjanci przejęliby jego zadania. W ocenie Remondisu zawiązanie Konsorcjum pozwoliło zatem na wystąpienie większej dostępności usługi oraz łatwiejsze (i w konsekwencji tańsze) zarządzanie nią.

⁷⁵ Zob. „Wytyczne KE w sprawie stosowania art. 81 ust. 3 Traktatu” (tamże: akapit 51) [https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PL/TXT/PDF/?uri=CELEX:52016XC1012\(03\)&from=SK](https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PL/TXT/PDF/?uri=CELEX:52016XC1012(03)&from=SK) [dostęp 21.06.2022 r.]

⁷⁶ Tamże (akapity 56-57).

(275) Zgodnie z przeprowadzonymi przez Remondis analizami, Konsorcjum przyczyniło się do wygenerowania następujących korzyści:

1. **oszczędności logistyczne** - potraktowanie całego obszaru ZM GOAP jako jednego przedsięwzięcia biznesowego pozwoliło na wypracowanie (w oparciu o doświadczenie poszczególnych konsorcjantów w zakresie wykonywania przejazdów na danym sektorze, a także fakt, że Konsorcjum mogło wykorzystywać dwie instalacje do sortowania odpadów zbieranych selektywnie należące do Remondisu oraz KDS, a także siedem baz magazynowo-transportowych należących do poszczególnych konsorcjantów) korzyści w postaci:
 - a) zmniejszenia kosztów zużycia paliwa z uwagi na krótsze dojazdy (bliskość baz i instalacji pozwoliła na optymalizowanie tras przejazdów),
 - b) zmniejszenia kosztów płac i narzutów na płace w wyniku optymalizacji czasu pracy (optymalizacja czasu dojazdu sprawiła, że ta sama liczba pracowników mogła w danym czasie obsłużyć większą liczbę punktów odbioru odpadów komunalnych),
 - c) zmniejszenia kosztów materiałów i zużycia sprzętu (w wyniku zmniejszenia długości łącznej i optymalizacji tras),
 - d) korzyści ekologicznych (w wyniku zmniejszenia długości łącznej tras pokonywanych przez pojazdy konsorcjantów), w postaci mniejszego zużycia paliwa, ogumienia, materiałów ciernych i redukcji hałasu.
2. **rozłożenie ryzyk operacyjnych** - podstawowym czynnikiem generującym ryzyka operacyjne związane ze świadczeniem usług odbioru, transportu i zagospodarowania odpadów komunalnych z terenu ZM GOAP były m.in. zobowiązanie wykonawcy nie tylko do zapewnienia odbioru, transportu i zagospodarowania odpadów komunalnych ze wszystkich nieruchomości zamieszkałych i niezamieszkałych włączonych do systemu w dacie zawarcia danej Umowy Wykonawczej, ale także tych, które zostaną włączone do tegoż systemu w okresie jej realizacji. Do tego dochodziło także zobowiązanie do zaopatrzenia ww. nieruchomości w odpowiednie pojemniki i ich wymianę na nowe w sytuacjach określonych w umowach zawartych z ZM GOAP. Ponadto, Zamawiający był uprawniony do jednostronnej zmiany harmonogramu czy częstości świadczonych usług, co również generowało dodatkowe ryzyka.

Korzyścią, jaką zapewniło zawiązanie Konsorcjum było obniżenie prawdopodobieństwa wystąpienia nieprzewidzianych i niepożądanych zdarzeń, które Zamawiający mógłby potraktować jako przypadki nienależytego wykonania Umowy Wykonawczej. W przypadku zaś wystąpienia takich zdarzeń można było minimalizować czas ich trwania, a dzięki temu, pośrednio ograniczyć wysokość nakładanych kar umownych.

Do minimalizacji opisanych wyżej ryzyk przyczyniły się w szczególności:

- a) doświadczenie konsorcjantów w obsłudze poszczególnych sektorów (minimalizacja niepożądanych zdarzeń wynikających z niezajomości sektora, bądź pojawienia się w sektorze nowych, dotychczas nieobsługiwanych nieruchomości),
- b) solidarna odpowiedzialność za realizację Umów Wykonawczych wynikająca z postanowień Umowy Konsorcjum (*usunięto*).
- c) wynikające z Umowy Konsorcjum prawo Lidera do podjęcia decyzji o użyciu zasobów tak własnych, jak i innych konsorcjantów w celu zapewnienia ciągłości realizacji usługi w należytym standardzie, w przypadku jej nienależytego wykonania przez któregośkolwiek z partnerów Konsorcjum.

Spółka Remondis nigdy nie dokonała oszacowania kar możliwych do nałożenia w przypadku, gdyby nie doszło do zawarcia Konsorcjum i musiała ona startować w Przetargach samodzielnie, zatrudniając załogi nieposiadające doświadczenia w obsłudze poszczególnych sektorów ZM GOAP, gdyż - jak sama wskazała - „*już wstępna analiza ekspercka pozwoliła wyszacować to ryzyko na wartość przekraczającą (usunięto).*” W praktyce oznacza to, w opinii Remondis, że gdyby przyjąć scenariusz kontrfaktyczny, w którym Konsorcjum nie zostało zawarte, a Remondis składałaby oferty samodzielnie, spółka musiałaby założyć rezerwę na potencjalne kary, w takiej właśnie wysokości, co przyczyniłoby się do zwiększenia cen świadczonych usług i obniżenia konkurencyjności oferty złożonej samodzielnie.

3. **oszczędności kosztowe** - złożenie ofert na cały obszar ZM GOAP umożliwiło uczestnikom Konsorcjum obniżenie kosztów, które zobowiązani są ponosić wykonawcy usług świadczonych na rzecz Zamawiającego. Do kosztów, które zostały obniżone dzięki złożeniu ofert nie indywidualnie na poszczególne sektory, a wspólnie jako Konsorcjum na cały obszar ZM GOAP należą:
 - a) **koszty związane z kwestią „zdolności taborowych”** - Remondis stwierdził, że jego zasoby własne w żadnym wypadku nie pozwalały na złożenie ofert, a tym bardziej na świadczenie usług na terenie całego obszaru ZM GOAP. Był co prawda w stanie wystartować samodzielnie na „wyszacowaną” liczbę sektorów, niemniej jednak byłoby to działanie sprzeczne zarówno z celami strategicznymi spółki, jak i racjonalnością ekonomiczną. Uzupelnienie taboru dla obsługi całego obszaru Związku stanowiłoby zaś istotny dodatkowy koszt, który musiałby zostać w kalkulowany w ofertę dla ZM GOAP.
 - b) **koszty pozyskania nowych pracowników** - przedsiębiorca podniósł, iż analiza związana z etatyzacją jest kwestią bardziej złożoną, w związku z czym została ona przeprowadzona tylko przez analogię do analizy taborowej. Zasadniczo jednak, w ocenie Remondisu, pozyskanie dodatkowych pracowników (w przypadku samodzielnego startu w Przetargach) stanowiłoby istotny koszt, który zostałby w kalkulowany w cenę oferty dla ZM GOAP.
 - c) **koszty pozyskania usługi IT dla obsługi zapotrzebowania ZM GOAP** - w ocenie Remondisu złożenie wspólnej oferty przez Konsorcjum umożliwiło

rozłożenie kosztów stałych na większą liczbę sektorów, co z kolei przyczyniło się do uzyskania istotnych korzyści gospodarczych (efekt skali). Jak wskazał Lider Konsorcjum, nawet gdyby jakiś podmiot przygotował się do obsługi chociaż jednego sektora, to musiałby ponieść koszty zbliżone do tych, które poniósłby dla celów obsługi kilku sektorów. Jeżeli zaś dany podmiot przygotowałby się do obsługi więcej, niż jednego sektora, to równie dobrze mógłby wykorzystać tę infrastrukturę do obsługi całego ZM GOAP. Takie rozwiązanie zaś pozwoliłoby na rozłożenie kosztów stałych na jak największy wolumen odpadów i w konsekwencji obniżenie kosztu jednostkowego, co zaś z kolei skutkowałoby utrzymaniem niskiej ceny w postępowaniu przetargowym i zbudowaniem przewagi konkurencyjnej, co w ocenie Remondisu miało miejsce w niniejszej sprawie. Ponadto Zamawiający odniósł wyraźne korzyści z faktu obsługi obszaru ZM GOAP przez jedno Konsorcjum (a nie np. przez piętnastu różnych przedsiębiorców), albowiem dzięki temu skrócony został czas poświęcany przez Zamawiającego na kontakty z wykonawcą (ograniczenie zakresu działań kontrolnych i zarządczych); (k. 2094-2137 akt adm.).

ARGUMENTY PREZERO

(276) PreZero podniósł, iż słuszne są argumenty Lidera Konsorcjum zgodnie z którymi, dzięki zbudowaniu komplementarnej oferty na cały obszar ZM GOAP i scentralizowaniu zarządzania świadczonymi usługami ułatwiony został dostęp do danych odbiorowych z obszaru Związku (w porównaniu do sytuacji, w której Zamawiający musiałby komunikować się z większą liczbą systemów informatycznych). Co więcej, zawiązanie Konsorcjum przyczyniło się do zapewnienia ZM GOAP (a ostatecznie mieszkańcom Związku) większej dostępności usług i sprawniejszego zarządzania usługą przez Konsorcjum (dzięki scentralizowaniu usługi). Osiągnięte zostały także korzyści ekologiczne (mniejsze zużycie paliwa i redukcja hałasu) dzięki zmniejszeniu łącznej długości tras koniecznych do pokonania dla realizacji usługi (k. 4159-4165 akt adm.).

ARGUMENTY ORDO I EKO-TOM

(277) ORDO i EKO-Tom podkreśliły natomiast, że podniesienie poziomu efektywności przez Konsorcjum przejawiało się przede wszystkim w cenie zaoferowanej Zamawiającemu w Przetargach (niższe koszty ponoszone przez Konsorcjum przełożyły się na niższe ceny oferowanych usług); (k. 4309-4347 akt adm.).

ANALIZA PREZESA URZĘDU

(278) Prezes Urzędu mając na uwadze treść przedstawionych przez spółki Remondis i PreZero wniosków o wyłączenie Konsorcjum na podstawie art. 8 u.o.k.k. spod zakazu zawierania porozumień ograniczających konkurencję uznał, iż zasadnym jest analizowanie argumentów przedstawionych przez przedsiębiorców łącznie. Co do zasady argumenty PreZero pokrywają się bowiem z treścią argumentów przedstawionych przez Remondis. Rozróżnienie między argumentami obu spółek

dokonywane będzie tylko wtedy, gdy będzie to miało znaczenie dla ich oceny merytorycznej.

OSZCZĘDNOŚCI LOGISTYCZNE

- (279) Argumenty na rzecz oszczędności logistycznych zasadniczo sprowadzają się do tego, że dzięki zawarciu Konsorcjum możliwym było skrócenie tras pokonywanych przez wykonawców usług w celu obsługi całego obszaru ZM GOAP. W konsekwencji skrócenia tras nastąpiło zmniejszenie kosztów zużycia paliwa, kosztów płac i narzutów na płace (w wyniku optymalizacji czasu pracy) oraz kosztów materiałów i zużycia sprzętu. Możliwe było także uzyskanie korzyści ekologicznych w postaci mniejszego zużycia paliwa, ogumienia, materiałów ciernych i redukcji hałasu.
- (280) W ocenie Prezesa Urzędu nie jest jasne, dlaczego Konsorcjum miałyby znacząco skrócić pokonywane trasy w porównaniu do tras pokonywanych przez indywidualnych wykonawców, tj. w scenariuszu kontrfaktycznym, w którym każdy z członków Konsorcjum startuje w Przetargach indywidualnie lub w mniejszym konsorcjum. Można przecież zasadnie oczekiwać, że korzystniejsze oferty na poszczególne sektory składają podmioty mające dostęp do baz magazynowych i sortowni znajdujących się w pobliżu danego sektora. Ponadto, w przypadku Konsorcjum, wykonawstwem/obsługą konkretnych sektorów zajmowały się podmioty posiadające doświadczenie w ich obsłudze, tj. przedsiębiorcy, którzy dane sektory dla siebie wybrali i na które się „zgłosili”.
- (281) Zauważyć należy także, że przedsiębiorcy przedstawiając argumenty na rzecz prokonkurencyjnych skutków zawiązania Konsorcjum w zakresie oszczędności logistycznych, nie przedstawili konkretnych danych mogących stanowić podstawę do wyliczeń, czy choćby szacunków rzeczywistych korzyści wynikających z zawarcia porozumienia. Mechanizm powstania oszczędności oraz ich wyliczenie winny zostać przedstawione w taki sposób, aby można było porównać scenariusz faktyczny z kontrfaktycznym (tj. sytuacją w której Konsorcjum nie zostało zawarte) i w konsekwencji porównać konkretne dane, np. długość pokonywanych tras, ilość zużytego paliwa lub czas pracy kierowców.
- (282) Wobec powyższego, twierdzenia przedsiębiorców, że zawarcie Konsorcjum umożliwiło optymalizację tras/czasu pracy/kosztów, bez konkretnego wyjaśnienia mechanizmu pomiaru efektywności oraz skali oszczędności (relatywnie do stanu kontrfaktycznego), zdecydowanie nie wystarczają do stwierdzenia, że korzyści logistyczne wystąpiły, a tym bardziej że wystąpiły w jakimkolwiek istotnym stopniu.

ROZŁOŻENIE RYZYK OPERACYJNYCH

- (283) Argumenty dotyczące minimalizacji i rozłożenia ryzyk operacyjnych podniósł w swoim stanowisku Remondis. Przedsiębiorca wskazał, że zawiązanie Konsorcjum umożliwiło podział ryzyka związanego z ewentualnym niewykonaniem lub nienależytym wykonaniem umów zawartych z ZM GOAP, pomiędzy jego członków. Stosownie bowiem do umów zawieranych przez Konsorcjum w poszczególnych Przetargach, **(usunięto)**. W ocenie Remondisu, świadczenie usług na całym obszarze ZM GOAP w

znacznym stopniu zmniejszyło ryzyko wystąpienia takich skrajnych przypadków, które zagrażałyby ciągłości obsługi Związku.

- (284) Korzyścią, jaką zapewniło zawiązanie Konsorcjum było zatem obniżenie prawdopodobieństwa wystąpienia nieprzewidzianych i niepożądanych zdarzeń, które Zamawiający mógłby potraktować jako przypadki nienależytego wykonania Umowy Wykonawczej. W sytuacji wystąpienia takich zdarzeń można było zaś minimalizować czas ich trwania, a dzięki temu, pośrednio ograniczyć wysokość nakładanych kar umownych. Ponadto, jak oświadczył Remondis, dzięki zawiązaniu Konsorcjum w celu obsługi całego obszaru Związku, nie musiał on doliczyć rezerwy na kary w wysokości około **(usunięto)** do oferty, którą potencjalnie (w scenariuszu kontrfaktycznym) składałby samodzielnie.
- (285) W ocenie Prezesa Urzędu, w odniesieniu do powyższej argumentacji, również w tym zakresie nie podano konkretnych danych stanowiących podstawę do oszacowania ryzyka i ewentualnych strat związanych z nałożeniem kar za nienależytą realizację Umów Wykonawczych. Opis w tym zakresie jest w większości teoretyczny, co uniemożliwia ocenę czy rzeczywiście wskazywane ryzyko wystąpiło oraz czy jego minimalizacja uzasadniała zawiązanie Konsorcjum.
- (286) Prezes Urzędu nie kwestionuje, że ryzyko nienależytego wykonania kontraktu przy wspólnej realizacji projektu przez konsorcjantów kształtuje się inaczej w porównywaniu do wykonania go samodzielnie przez jednego przedsiębiorcę. Przedstawiona przez Remondis argumentacja uniemożliwia jednak stwierdzenie wystąpienia konkretnych korzyści. Czynniki takie jak solidarna odpowiedzialność konsorcjantów za realizację Umów Wykonawczych, prawo Lidera do podjęcia decyzji o użyciu zasobów tak własnych jak i innych wykonawców, doświadczenie w obsłudze poszczególnych sektorów mogą determinować poziom ryzyka, jednak w celu wykazania spełnienia przesłanki efektywnościowej konieczne jest wskazanie konkretnych danych / szacunków, które będą mierzalne i weryfikowalne. Ponadto korzyści związane z minimalizacją ryzyka nienależytego wykonania kontraktu muszą mieć charakter obiektywny, tzn. nie mogą to być korzyści osiągane tylko przez uczestników Konsorcjum.
- (287) W przypadku zdarzeń przyszłych i niepewnych, w opinii Prezesa Urzędu, koniecznym jest uprawdopodobnienie wystąpienia konkretnych oszczędności, jakie zostały osiągnięte dzięki zawiązaniu Konsorcjum. Koszty samego utworzenia rezerwy na poziomie **(usunięto)** to nie kwota **(usunięto)** (którą po rozwiązaniu rezerwy Remondis uzyska z powrotem), tylko koszt jej utrzymania (koszt alternatywny - utracone zyski, które Remondis by osiągnął, gdyby powyższą kwotę zainwestował), stanowiący jedynie ułamek wartości danej rezerwy.
- (288) Jednocześnie należy zwrócić uwagę, że Remondis nie wskazał w jaki dokładnie sposób została oszacowana kwota **(usunięto)** oraz czy obsługując samodzielnie sektor I na który wygrał Przetarg, utrzymywał on jakąkolwiek rezerwę na kary oraz jakiej była ona wysokości. Co więcej okoliczność złożenia przez Remondis oferty o 10 mln zł tańszej (indywidualnie - w drugiej turze Przetargu na sektor I), stoi w sprzeczności

z deklarowanymi przez przedsiębiorcę oszczędnościami osiągniętymi dzięki Konsorcjum.

- (289) Warto podkreślić także, iż zgodnie z SIWZ, warunkiem podpisania umowy było złożenie przez oferenta zabezpieczenia należytego wykonania kontraktu w kwocie stanowiącej 2% wartości złożonej oferty. Kwota ta służy pokryciu roszczeń z tytułu niewykonania lub nienależytego wykonania umowy. Biorąc pod uwagę postępowania na sektory obsługiwane przez Konsorcjum, było ono zobowiązane do wniesienia zabezpieczenia o łącznej wartości nieprzekraczającej 3,7 mln zł (2% wartości złożonych ofert). Konieczność wniesienia zabezpieczenia jest niezależna od formy udziału w postępowaniu (indywidualnie lub jako konsorcjum). Wskazana zatem przez Remondis kwota ewentualnych rezerw w wysokości *(usunięto)* wydaje się niewspółmierna do, po pierwsze, realnie poniesionych kosztów zabezpieczenia kontraktów przez Konsorcjum, a po drugie, do mierzalnych wartości ryzyk określonych przez Zamawiającego (wysokości wymaganego zabezpieczenia należytego wykonania kontraktu).
- (290) Konkludując, stwierdzenie Remondisu, że zawarcie Konsorcjum „*generowało istotne efektywności w zakresie minimalizacji ryzyk operacyjnych*” (k. 2116 akt adm.) uznać należy za niepoparte przekonującymi dowodami. Sam fakt, że Remondis nie startując indywidualnie na cały obszar ZM GOAP i przez to nie posiłkując się podwykonawcami ograniczył swoje ryzyka zawiązując Konsorcjum, nie oznacza jeszcze że zawiązane porozumienie przyniosło korzyści, które można by było uznać za obiektywne. Remondis nie wskazał również żadnych dowodów pozwalających przyjąć, że ewentualne korzyści dla Zamawiającego wynikające z ww. ograniczenia ryzyka były istotne. W sytuacji zaś, w której nie jest wiadome, czy korzyść jest obiektywna oraz czy jest ona istotna, nie można jej traktować jako korzyści relewantnej dla oceny spełnienia przez porozumienie pierwszego warunku wyłączenia na podstawie art. 8 ust. 1 u.o.k.k.

OSZCZĘDNOŚCI KOSZTOWE

- (291) Przedsiębiorcy podnieśli, że złożenie ofert na cały obszar ZM GOAP umożliwiło uczestnikom Konsorcjum obniżenie kosztów wykonania usług na rzecz Zamawiającego. Były to koszty związane z taborem, koszty pozyskania nowych pracowników oraz koszty pozyskania usługi IT dla obsługi zapotrzebowania ZM GOAP. Ponadto, zawiązanie Konsorcjum przyczyniło się do sprawniejszego, tańszego oraz wygodniejszego dla Zamawiającego zarządzania usługą przez Konsorcjum (dzięki scentralizowaniu usługi, zamiast rozproszenia jej na poszczególnych wykonawców).
- (292) W ocenie Prezesa Urzędu, Remondis nie wykazał jednak związku między obsługą całego obszaru ZM GOAP, a generowaniem przez Konsorcjum efektywności. Korzyści związane ze współpracą wynikają bowiem co do zasady z łączenia komplementarnych zasobów przedsiębiorców umożliwiających wykonanie danej usługi po niższym koszcie. Mogą one zależeć od wielkości zamówienia, nie zależą natomiast od tego, czy współpraca dotyczy wszystkich sektorów ZM GOAP. Twierdzenie, zgodnie z którym obsługa całego obszaru Związku sama w sobie generowała korzyści, implikuje wniosek, że gdyby do obszaru Związku, obsługiwanego w całości przez

Konsorcjum, został dołączony kolejny sektor, obsługiwany przez podmiot inny niż Konsorcjum, efektywność obsługi pozostałych sektorów przez Konsorcjum spadłaby, ponieważ Konsorcjum nie obsługiwałoby już całego obszaru Związku. Wniosek taki jest oczywiście nielogiczny - pojawienie się nowego sektora nie wpływałoby bowiem w żaden sposób na efektywność funkcjonowania Konsorcjum w dotychczas obsługiwanych sektorach.

- (293) Mając ponadto na względzie fakt, że docelowo Konsorcjum nie złożyło oferty w dogrywce na sektor I (Poznań Grunwald) i w konsekwencji obsługiwało tylko czternaście z piętnastu sektorów Związku, teza o efektywności Konsorcjum, jedynie pod warunkiem obsługi całego obszaru ZM GOAP, nie znajduje oparcia w rzeczywistości i pozostaje w sprzeczności z działaniami samego Remondisu.
- (294) Należy także zauważyć, że w niniejszej sprawie nie ogłoszono przetargu na cały obszar ZM GOAP, a zatem korzyści Zamawiającego związane z ograniczeniem czasu poświęconego na kontakty z wykonawcą są czysto deklaratywne. Gdyby rzeczywiście były istotne, można by oczekiwać, że oferty obejmujące wszystkie obszary Związku byłyby promowane przez organizatora przetargu, co jednak nie miało miejsca.
- (295) Argumentacja Remondisu dotycząca zdolności taborowych i pozyskania nowych pracowników zakłada, że możliwość obsługi przez Remondis całego obszaru ZM GOAP zwiększa efektywność działania. Przedsiębiorca podniósł, że dzięki zawiązaniu Konsorcjum mógł on zrealizować strategię biznesową polegającą na obsłudze całego Związku i to bez konieczności posilkowania się podwykonawcami, pozyskiwania nowego taboru, czy pozyskania i szkolenia nowych pracowników, co z kolei przyczyniło się do możliwości złożenia tańszych ofert w Przetargach.
- (296) W ocenie Prezesa Urzędu, deklarowane korzyści dotyczące taboru i kadry pracowniczej, związane *stricte* ze złożeniem przez Konsorcjum ofert na wszystkie sektory ZM GOAP (oraz docelowo obsługą czternastu z piętnastu sektorów Związku), nie zostały jednak wykazane.
- (297) W odniesieniu do efektywności w zakresie kosztów IT, Lider Konsorcjum zwrócił uwagę, że złożenie wspólnej oferty umożliwiło rozłożenie kosztów stałych na większą liczbę sektorów, co z kolei przyczyniło się do uzyskania istotnych korzyści gospodarczych (efekt skali). Ponadto Zamawiający odniósł wyraźne korzyści z faktu obsługi obszaru ZM GOAP przez jedno Konsorcjum (a nie np. przez piętnastu różnych przedsiębiorców), albowiem dzięki temu skrócony został czas poświęcany przez Zamawiającego na kontakty z wykonawcą (ograniczenie zakresu działań kontrolnych i zarządczych).
- (298) Kwestia czasu i sprawnego zarządzania usługą przez Konsorcjum została oceniona przez Prezesa Urzędu już uprzednio. Jak wskazano, gdyby miała ona istotne znaczenie dla Zamawiającego, to przyjąć należy, że dodatkowo punktowałby on oferty składane na kilka sektorów. Jako że tak nie było, można zasadnie uznać, że osiągnięta przez Konsorcjum korzyść, mimo tego że wystąpiła, to nie była istotna.
- (299) Zagadnienia dotyczące zasad i kosztów wdrożenia systemu informatycznego zgodnego z wymaganiami ustalonymi przez Zamawiającego zostały szczegółowo opisane

w rozdziale 1.8 niniejszej decyzji pn. „Koszty wdrożenia systemu informatycznego zgodnego z wymaganiami SIWZ” oraz ocenione w ramach badania antykonkurencyjności Konsorcjum w rozdz. 3.7 (rozdział pn. „Antykonkurencyjny charakter porozumienia”). W tej części Prezes Urzędu dokona natomiast oceny przedstawionych przez przedsiębiorców argumentów, pod kątem analizy pierwszej przesłanki wyłączenia z art. 8 ust. 1 u.o.k.k.

(300) Przechodząc do tej oceny należy zauważyć, że koszty, które były związane z wdrożeniem i funkcjonowaniem systemu informatycznego można podzielić na dwa rodzaje:

a) koszty wdrożenia systemu informatycznego zgodnego z wymaganiami SIWZ na rzecz realizacji Przetargów ogłoszonych przez Związek, tj. koszt przygotowania funkcjonalności na Podsystemie ZMGOAP oraz Podsystemie MKSI. Koszt tego typu poniesiony został raz dla całego obszaru ZM GOAP i wyniósł *(usunięto)*.

Można zasadnie przyjąć, iż w sytuacji, w której członkowie Konsorcjum startowaliby oddzielnie lub w mniejszych konsorcjach, koszt ten musiałby być każdorazowo poniesiony przez każdego oferenta z osobna.

b) Koszty związane z zapotrzebowaniem na infrastrukturę techniczną (niezbędną do wdrożenia oraz obsługi systemu informatycznego) uzależnioną m. in. od wielkości sektora lub sektorów na którym/których dany członek Konsorcjum świadczył usługi (im większy obszar i większy tonaż odpadów do odbioru / transportu/ zagospodarowania, tym większe koszty).

Koszty tego typu były albo ponoszone przez Lidera Konsorcjum i następnie dzielone proporcjonalnie (refakturowane) na pozostałych konsorcjantów (podobnie jak wynagrodzenie konsorcjantów wynikające z Umowy Konsorcjum) lub też były ponoszone indywidualnie przez każdą ze stron postępowania, z pominięciem Lidera Konsorcjum jako pośrednika [wtedy były to koszty właściwe tylko i wyłącznie dla danego podmiotu (m. in. zakup urządzeń peryferyjnych i/lub zindywidualizowane usługi informatyczne, takie jak np. serwisowanie, przeglądy techniczne, i inne)].

(301) Przytaczając wyniki uprzednio dokonanej przez Prezesa Urzędu analizy należy stwierdzić, iż słuszne są argumenty Remondisu dotyczące tego, iż wspólne wdrożenie systemu informatycznego wygenerowało pewne oszczędności (w szczególności w przypadku wspólnego pokrywania kosztów oprogramowania i serwera). Niemniej jednak, taką oszczędnością nie może być na pewno wyposażenie pojazdów w określone urządzenia - liczba tych urządzeń jest konsekwencją liczby pojazdów, która z kolei jest wprost proporcjonalna do wielkości zdobytego kontraktu czy kontraktów na różne obszary i nie można tu stwierdzić jakichkolwiek korzyści skali.

(302) W części niniejszej decyzji dotyczącej antykonkurencyjnego charakteru Konsorcjum Prezes Urzędu dokonał oceny czy stały koszt, tj. *(usunięto)* za przygotowanie funkcjonalności na Podsystemie ZMGOAP oraz Podsystemie MKSI mógł stanowić jedną z barier wejścia na rynek dla niektórych konsorcjantów. W tym celu zestawiono tę kwotę z wynagrodzeniem konsorcjantów otrzymanym za wykonanie usług odbioru,

transportu i zagospodarowania odpadów na terenie ZM GOAP w okresie trwania umowy (wynikającym z Umowy Konsorcjum i Porozumienia Zakresowego).

- (303) Oceniając pierwszą przesłankę wyłączenia na podstawie art. 8 ust. 1 u.o.k.k. ocenić należy, czy oszczędność uzyskana dzięki wspólnemu złożeniu ofert przez Konsorcjantów była istotna. W tym celu przyjęto scenariusz kontrfaktyczny w którym Konsorcjum nie zostało zawiązane i każdy z konsorcjantów startował w Przetargach indywidualnie. Przy takim założeniu każdy z przedsiębiorców musiał ponieść koszt z tytułu przygotowania funkcjonalności na Podsystemie ZMGOAP oraz Podsystemie MKSI w wysokości (*usunięto*) i przez to wkalkulował go w swoją ofertę/oferty w Przetargach.
- (304) W takim scenariuszu hipotetyczna oszczędność dla Zamawiającego na kosztach wdrożenia systemu informatycznego, dzięki udziałowi w Przetargach Konsorcjum, a nie indywidualnych oferentów, mogła wynieść do (*usunięto*). Założenie poczynione przy tych obliczeniach zakłada, że zamiast jednego wykonawcy (Konsorcjum), wykonawców w Przetargach mogłoby być nawet siedmiu (Remondis, PreZero, PUK A. ZYS, EKO-TOM, ORDO, Vikom, KDS). W związku z powyższym kosztem, którego ZM GOAP nie musiał ponosić, była sześciokrotność⁷⁷ kwoty (*usunięto*) (zakładając, że do ofert zostałaby ona doliczona w pełnej wysokości oraz że każdy z Przedsiębiorców złożyłby indywidualnie ofertę w Przetargach).
- (305) W ocenie Prezesa Urzędu hipotetyczna oszczędność na kosztach wdrożenia systemu informatycznego nie może jednak zostać uznana za kwotę istotną, albowiem należy zestawić ją z całkowitą kwotą wynagrodzeń członków Konsorcjum⁷⁸, odpowiadającą wydatkom Związku na realizację Przetargów, która wyniosła 180 607 692,15 zł. W takiej perspektywie widać zaś wyraźnie, że maksymalne teoretyczne oszczędności na kosztach wdrożenia systemu informatycznego (*usunięto*) stanowią jedynie (*usunięto*) % realnie wydatkowanej na Przetargi kwoty.
- (306) Wobec powyższego, jedyną udowodnioną przez przedsiębiorców efektywnością kosztową dla Związku, wynikającą z zawiązania Konsorcjum, są poniesione tylko raz koszty przygotowania funkcjonalności na Podsystemie ZMGOAP oraz Podsystemie MKSI. W ocenie Prezesa Urzędu osiągnięta korzyść, rozpatrywania przez pryzmat wartości wszystkich Przetargów będących przedmiotem niniejszego postępowania, nie może jednak zostać uznana za korzyść istotną.
- (307) Podsumowując powyższe rozważania Prezes Urzędu stwierdził, że przedsiębiorcy nie wykazali spełnienia przesłanki pierwszej z art. 8 ust. 1 u.o.k.k.

3.9.3 PRZESŁANKA DRUGA: ZAPEWNIENIE NABYWCY LUB UŻYTKOWNIKOM ODPOWIEDNIEJ CZĘŚCI WYNIKAJĄCYCH Z POROZUMIENIA KORZYŚCI

OGÓLNA CHARAKTERYSTYKA PRZESŁANKI DRUGIEJ

⁷⁷ Kiedy oferty na cały obszar Związku składa Konsorcjum kwota (*usunięto*) zostaje doliczona do ceny ofert tylko raz, a kiedy konsorcjanci startują osobno, pomnożona musi ona zostać razy siedem (osobno dla każdego wykonawcy).

⁷⁸ Dla przypomnienia dodać należy, że Konsorcjum nie obsługiwało sektora I (Poznań Grunwald).

(308) Przesłanka wyłączenia o której mowa w art. 8 ust. 1 pkt 2 u.o.k.k. stanowi, iż zakazu, o którym mowa w art. 6 ust. 1 tejże ustawy nie stosuje się do porozumień, które - spełniając pozostałe warunki wyłączenia - zapewniają nabywcy lub użytkownikowi odpowiednią część wynikających z porozumień korzyści.

(309) Z piśmiennictwa wynika, iż aby powyższa przesłanka została spełniona, koordynacja zachowań przedsiębiorców, musi przynieść korzystne skutki konsumentom lub innym uczestnikom tego rynku.⁷⁹ Korzyści te mogą być zarówno bezpośrednie, np. niższe ceny, jak i pośrednie, np. poprawa jakości towarów lub też jakości świadczonych usług, czy też warunków sprzedaży.

ARGUMENTY REMONDISU

(310) W opinii Remondisu, zawiązane Konsorcjum wypracowało szereg oszczędności, które przełożyły się zarówno na cenę zaoferowaną w poszczególnych Przetargach, jak również na stabilność świadczonej usługi. W konsekwencji wysokość tzw. „opłaty śmieciowej” płaconej przez mieszkańców ZM GOAP była średnio niższa, niż w miastach takich jak Wrocław, Warszawa, czy Lublin (*k. 2094-2137 akt adm.*).

ARGUMENTY PREZERO

(311) Również w tym punkcie spółka PreZero podzieliła argumenty Remondisu dotyczące oszczędności wypracowanych przez Konsorcjum, których beneficjentem bezpośrednio był ZM GOAP, a finalnie również mieszkańcy Związku. W ocenie przedsiębiorcy zawiązanie Konsorcjum wpłynęło istotnie na zmniejszenie kosztów odbioru i zagospodarowania odpadów, dowodem na co ma być wysokość tzw. „opłaty śmieciowej”, która w latach 2017-2020 w ZM GOAP była średnio niższa, niż w analogicznym okresie w Warszawie, Lublinie i Wrocławiu. Dodatkową korzyścią była także stabilność i kompleksowość usługi świadczonej przez Konsorcjum (*k. 4159-4165 akt adm.*).

ARGUMENTY ORDO I EKO-TOM

(312) ORDO i EKO-TOM wskazały, że połączenie zasobów przez konsorcjantów obniżyło cenę świadczonych usług, wpływając przez to na cenę oferowaną dla Zamawiającego. Spółki przedstawiły również tezę, że skoro system gospodarowania odpadami ma „charakter samobilansujący”, to pozwoliło to ZM GOAP na utrzymanie tzw. opłaty śmieciowej na dotychczasowym (niskim) poziomie. Powyższe zaś świadczy o tym, że mieszkańcy ZM GOAP otrzymali usługę za możliwie najniższą cenę, jakiej nie byli w stanie zagwarantować inni oferenci (*k. 4309-4347 akt adm.*).

ANALIZA PREZESA URZĘDU

(313) Remondis przeprowadził analizę porównawczą „*cen za odbiór i zagospodarowanie odpadów niesegregowanych i segregowanych*”, stosowanych w latach 2017-2020 w Poznaniu, Warszawie, Wrocławiu i Lublinie, na podstawie której wysnuł wniosek,

⁷⁹ *Ustawa o ochronie konkurencji i konsumentów. Komentarz* pod. red. prof. Tadeusza Skocznego. Wyd. C.H. Beck, Warszawa 2009, str. 465-469.

że zawiązanie Konsorcjum pozwoliło na wygenerowanie korzyści dla Zamawiającego oraz mieszkańców gmin należących do aglomeracji poznańskiej. Zgodnie z powyższą analizą, wysokość średnich cen za odbiór i zagospodarowanie odpadów była najniższa właśnie w ZM GOAP (wysokość tzw. „podatku śmieciowego” średnio w latach 2017-2020 wynosiła 18,11 zł - niżej o 97,54% od średniej wartości dla Warszawy, Lublina i Wrocławia w badanym okresie).

- (314) Prezes Urzędu zwraca jednak uwagę, że Remondis niezasadnie używał sformułowania „cena” za odbiór i zagospodarowanie odpadów niesegregowanych i segregowanych, albowiem *de facto* przedstawił on dane dotyczące opłat (danin publicznych) za odbiór i zagospodarowanie tychże odpadów. Przykładowo zatem, kwota 11,40 zł podana dla ZM GOAP za lata 2017-2018 nie jest ceną za odbiór i zagospodarowanie odpadów komunalnych w danym okresie czasu, lecz jest opłatą przypadającą na mieszkańca lokalu czteroosobowego na podstawie uchwały Związku z 2015 r.
- (315) Co istotne, w różnych miastach i gminach daniny te ustalane są w różny sposób, co oznacza, iż nie są do końca porównywalne. Aby można je było konfrontować, musiałyby być one ustalane we wszystkich porównywanych miastach w identyczny sposób, a warunki na rynku odbioru odpadów w poszczególnych miejscowościach (czynniki kosztowe, popytowe oraz konkurencja na rynku) musiałyby być identyczne lub bardzo zbliżone.
- (316) W praktyce zatem porównywane opłaty śmieciowe powinny dotyczyć we wszystkich miastach tego samego przedmiotu (np. i odbiór, i transport, i zagospodarowanie odpadów), a strumień odpadów powinien być podobny (np. pod względem wielkości strumienia odpadów zmieszanych, który jest najbardziej kosztochłonny). Porównywalny powinien być również sposób zagospodarowania odpadów, który ma szczególne znaczenie w odniesieniu do odpadów zmieszanych. Inne będą bowiem koszty zagospodarowywania ww. frakcji w przypadku, kiedy dane miasto posiada instalację termicznego przetwarzania odpadów komunalnych, a inne kiedy takiej instalacji nie ma. Nie bez znaczenia pozostaje również to, czy w danym mieście opłata śmieciowa ustalana jest wg deklarowanej ilości osób w gospodarstwie domowym, średniego zużycia wody czy powierzchni lokalu mieszkalnego. Wszystkie ww. czynniki mają zaś wpływ na ostateczną wysokość danin publicznych związanych z zagospodarowaniem odpadów, ponoszonych przez obywateli.
- (317) Przetargi, w wyniku których Konsorcjum otrzymało kontrakty, dotyczą zamówień na usługę odbioru i transportu zmieszanych odpadów komunalnych i odpadów ulegających biodegradacji, ze szczególnym uwzględnieniem bioodpadów oraz na odbiór, transport i zagospodarowanie pozostałych odpadów komunalnych zbieranych w sposób selektywny z nieruchomości, na których zamieszkują mieszkańcy oraz nieruchomości, na których nie zamieszkują mieszkańcy, a powstają odpady komunalne położonych na terenie sektorów I-XV wchodzących w skład Związku. W konsekwencji zatem Konsorcjum było odpowiedzialne za odbiór i transport odpadów komunalnych zmieszanych oraz odpadów ulegających biodegradacji, a nie za ich zagospodarowanie (miały być zagospodarowywane we wskazanych przez Zamawiającego instalacjach). Zagospodarowanie odpadów zatem w przeważającej

części (czyli w zakresie dominujących w kosztach i w strumieniu - odpadów zmieszanych) było niezależne od Konsorcjum.

- (318) W dużych miastach wojewódzkich natomiast zagospodarowanie odpadów zmieszanych stanowiło zwykle większość kosztów gospodarki odpadami oraz decydowało o wzroście opłat.⁸⁰ Tym samym opłaty uiszczane przez mieszkańców są determinowane w decydującej mierze przez czynniki, na które uczestnicy Konsorcjum nie mają żadnego wpływu, w związku z czym porównywanie różnic w dynamice opłat w różnych miastach niewiele mówi o jakichkolwiek oszczędnościach realizowanych przez ww. Konsorcjum.
- (319) Szczególnie problematyczne jest porównywanie opłat obowiązujących mieszkańców ZM GOAP do opłat w miastach o zupełnie innej strukturze kosztów całej miejskiej gospodarki odpadami, wynikającej przede wszystkim z zupełnie innej technologii przetwarzania odpadów. ZM GOAP przetwarza odpady głównie w ITPOK z kogeneracją, czyli wytwarzającej energię elektryczną i ciepłą. Poznański ITPOK funkcjonuje na podstawie wieloletniej umowy między miastem a partnerem prywatnym, niezależnie od Przetargów ogłaszanych przez Związek, w których brali udział konsorcjanci.
- (320) W warunkach m.in. rosnących cen rynkowych energii wytwarzanej przez ITPOK, a także np. rosnących cen składowania odpadów (ITPOK znacząco zmniejsza masę odpadów do składowania), ceny zagospodarowania odpadów zmieszanych były w Poznaniu w skali kraju względnie stabilne. Pozostałe wskazane miasta korzystały z zewnętrznych instalacji - nienależących do miasta. Były to głównie instalacje stosujące technologię mechaniczno-biologicznego przetwarzania (dalej: „MBP”), których koszty znacząco w ostatnich latach wzrosły⁸¹, m.in. ze względu na wyższe koszty składowania (duża część odpadów po przesortowaniu w MBP jest składowana) czy zagospodarowania frakcji nienadających się w świetle przepisów do składowania (tzw. frakcji palnej).
- (321) Najwyższe opłaty, nawet dwukrotnie wyższe niż przeciętnie w kraju, odnotowano w woj. mazowieckim. Pomimo tego, że rynek pod koniec 2019 r. został otwarty (można przekazywać odpady do innych instalacji w kraju, nawet poza województwo), Warszawa wciąż musi płacić dużo więcej za odpady niż pozostałe miasta wojewódzkie. Miasto stołeczne posiada instalację ITPOK, jednak o mocach przerobowych wynoszących tylko kilka procent ilości zmieszanych odpadów komunalnych wytwarzanych w tym mieście - dopiero niedawno rozpoczęła się jej rozbudowa do mocy 300 tys. ton (ok. 30% obecnej masy odpadów miejskich).⁸²
- (322) W związku z powyższym zupełnie inna jest struktura kosztów oraz ich dynamika dla miast z ITPOK oraz pozostałych. Dla zilustrowania tego problemu w Tabeli 11 przedstawiono strukturę kosztów odbioru i zagospodarowania odpadów komunalnych w ZM GOAP oraz w Warszawie.

⁸⁰ Zob. raporty UOKiK: https://www.uokik.gov.pl/aktualnosci.php?news_id=15715 (2019 r.) oraz https://www.uokik.gov.pl/aktualnosci.php?news_id=16405 (2020 r.) [dostęp: 21.06.2022 r.]

⁸¹ Zob. ww. raport UOKiK z 2020 r.

⁸² <https://um.warszawa.pl/-/podpisalismy-umowe-na-rozbudowe-spalarni> [dostęp: 21.06.2022 r.]

TABELA 11 „Wielkość i struktura wydatków na odbieranie i zagospodarowanie odpadów komunalnych w ZM GOAP (w latach 2017-2021) oraz w Warszawie (2020 r.) - w tys. PLN”

Wyszczególnienie	GOAP					Warszawa
	2017	2018	2019	2020	2021	2020
1. Odbiór i transport odpadów komunalnych	61 372	62 257	62 353	82 209	179 952	330 956
2. Zagospodarowanie odpadów, w tym:	75 519	81 896	67 228	78 171	94 120	905 099
- Zagospodarowanie zmieszanych odpadów komunalnych w Instalacji	61 705	65 872	47 294	46 184	51 356	
- Utworzenie i prowadzenie PSZOK ⁸³ , MPSZOK ⁸⁴	5 847	7 140	7 789	11 157	25 950	
- Zagospodarowanie odpadów ulegających biodegradacji	7 966	8 884	12 144	20 829	16 815	
Ogółem odbiór i zagospodarowanie odpadów⁸⁵	136 891	144 153	129 581	160 380	274 072	1 236 056
Udział odbioru i transportu	45%	43%	48%	51%	66%	27%
Udział zagospodarowania	55%	57%	52%	49%	34%	73%

Tabela 11 stanowi opracowanie własne na podstawie danych przekazanych przez ZM GOAP oraz „Analizy stanu gospodarki odpadami w 2020 r.” (Warszawa).

(323) Jak wynika z Tabeli 11, w ostatnich latach, w ZM GOAP, koszty zagospodarowania odpadów (w tym zmieszanych odpadów komunalnych) rosły w wolniejszym tempie, niż koszty odbioru i transportu odpadów. Zmniejszył się również ich udział w łącznych wydatkach Związku na odbieranie i zagospodarowanie odpadów. Znacząco wzrosły zatem koszty samego odbierania i transportu odpadów, w związku z czym ich udział w wydatkach ogółem wzrósł z 43% w 2018 r. do 51% w 2020 r. i do 66% według planu na 2021 r.

(324) W Warszawie wystąpiła sytuacja zgoła odwrotna. To koszty zagospodarowania odpadów w instalacjach powodowały wzrost wydatków. W związku z tym już w 2020 r. sam udział odbioru i transportu odpadów wyniósł tylko 27%. Już na podstawie samej struktury wydatków, można stwierdzić, że porównywanie tzw. opłat śmieciowych uiszczanych przez mieszkańców ZM GOAP oraz Warszawy nie jest uzasadnione i nie potwierdza postulowanych oszczędności płynących z zawiązania Konsorcjum.

⁸³ PSZOK, tj. Punkt Selektywnego Zbierania Odpadów Komunalnych.

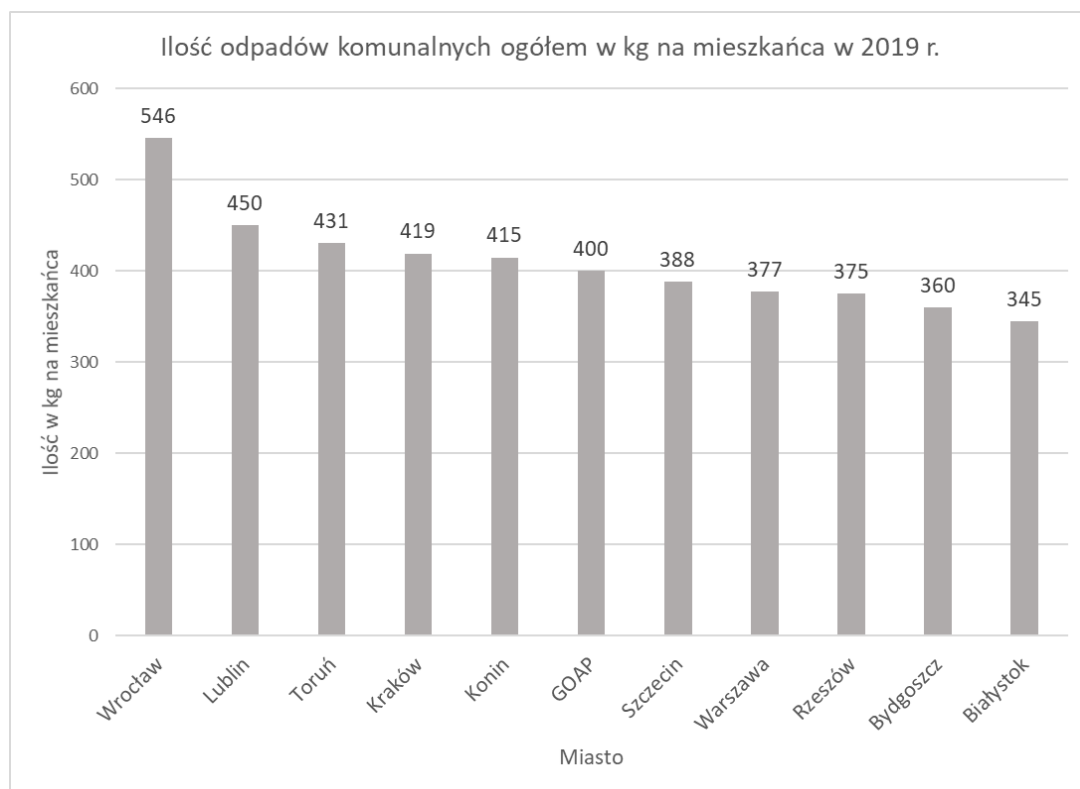
⁸⁴ MPSZOK, tj. Mobilny Punkt Selektywnego Zbierania Odpadów Komunalnych.

⁸⁵ Z założenia jest to suma punktów 1. i 2. Ewentualne różnice wynikają z zaokrąglenia do pełnych tysięcy.

(325) Ponadto należy dodać, że gdyby porównywać koszty funkcjonowania gospodarki odpadami w poszczególnych miastach i w związku z tym koszty ponoszone przez mieszkańców, należałoby brać pod uwagę szereg różnych czynników w celu ustandaryzowania danych. W szczególności bowiem, nawet duże miasta wojewódzkie mogą znacząco różnić się np. pod względem ilości odpadów czy też udziału odpadów zebranych nieselektywnie.⁸⁶

(326) Na Wykresach 1-3 podano dane dla wskazanych w analizie Remondisu miast (Lublin, Warszawa, Wrocław) oraz dla innych miast, które stosują podobnie jak ZM GOAP technologię ITPOK (Toruń, Bydgoszcz, Kraków, Konin, Szczecin, Rzeszów, Białystok).

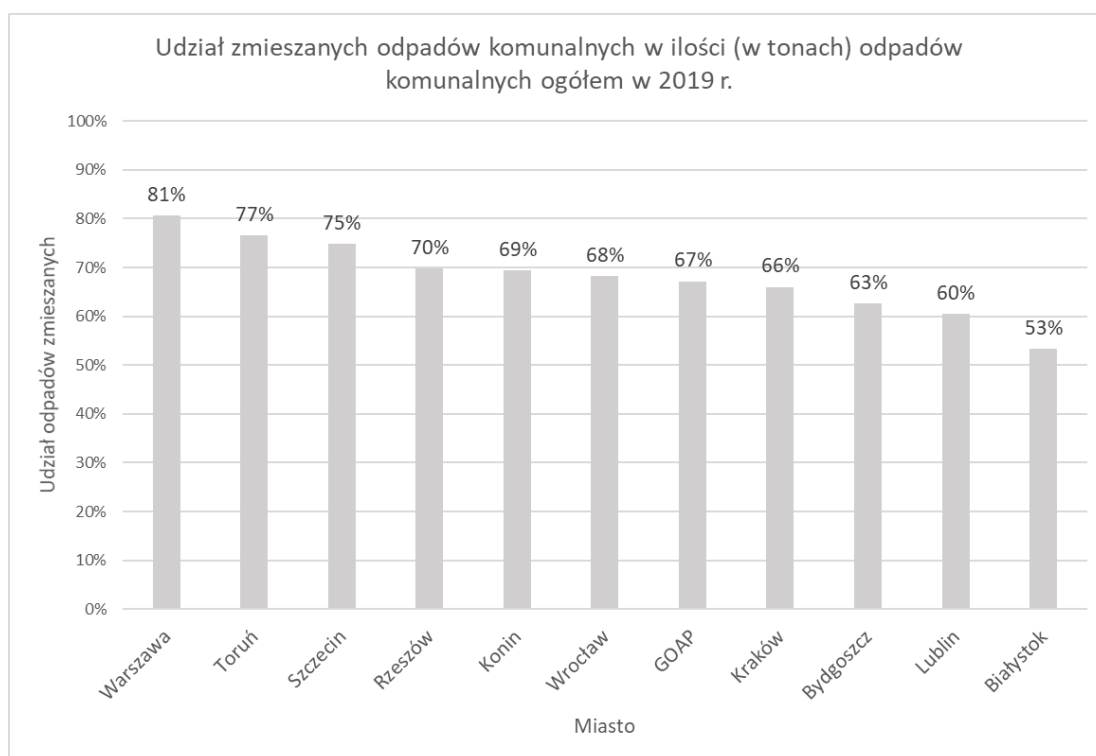
Wykres 1 Ilość odpadów ogółem⁸⁷



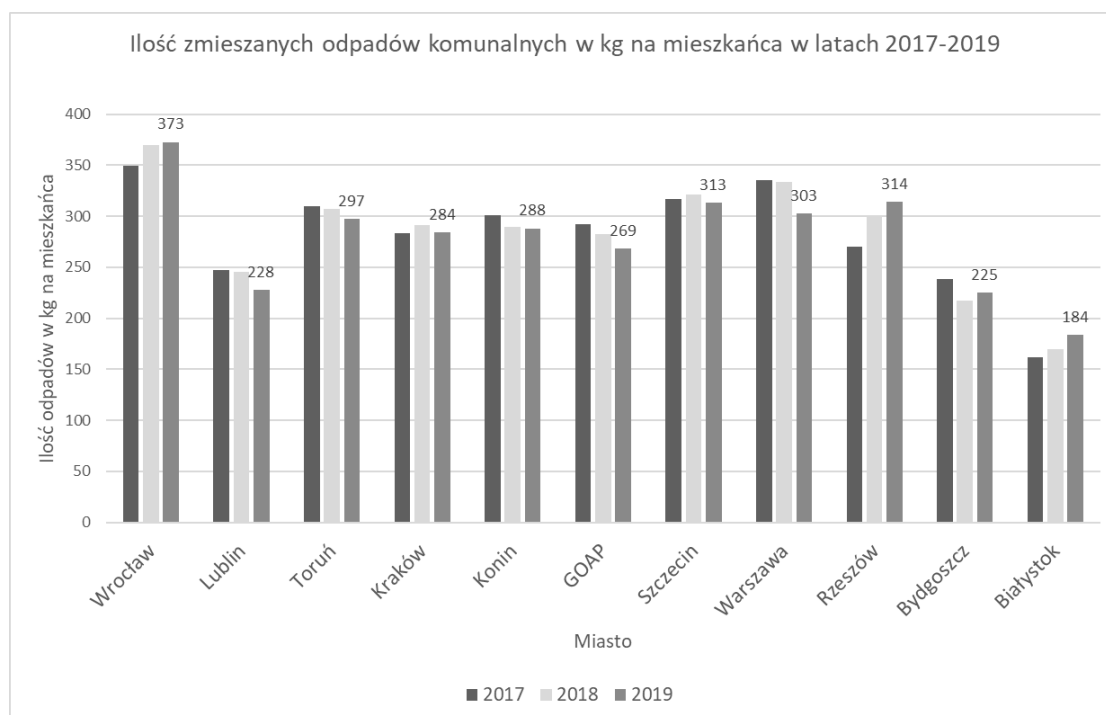
⁸⁶ O wskazanym zróżnicowaniu świadczą m.in. dane zawarte w Banku Danych Lokalnych GUS oraz w informacjach raportowanych przez każdą gminę, w tym w rocznych sprawozdaniach z realizacji zadań z zakresu gospodarki odpadami komunalnymi sporządzanych na podstawie art. 9q ust. 1 ustawy z dnia 13 września 1996 r. o utrzymaniu czystości i porządku w gminach oraz rocznych analizach z zakresu gospodarki odpadami komunalnymi za lata 2018-2020 (art. 9tb ww. ustawy z 1996 r.).

⁸⁷ Opracowanie własne na podstawie Banku Danych Lokalnych GUS.

Wykres 2 Udział odpadów zmieszanych⁸⁸



Wykres 3 Ilość odpadów zmieszanych⁸⁹



(327) Jak wynika z powyższych wykresów, porównywanie opłaty śmieciowej np. na terenie ZM GOAP i Wrocławia nie jest zasadne, gdyż nawet sama ogólna ilość odpadów na

⁸⁸ Jw.

⁸⁹ Jw.

mieszkańca w tym drugim przypadku jest o 37% większa [400 kg w ZM GOAP wobec 546 kg we Wrocławiu (Wykres 1)]. Innym przykładem jest udział w strumieniu odpadów niesegregowanych (zmieszanych odpadów komunalnych), które odpowiadają za większość kosztów zagospodarowania miejskich odpadów. W Warszawie ten udział w 2019 r. wynosił aż 81% podczas gdy w GOAP tylko 67% (Wykres 2). Również dynamika wzrostu/spadku ilości odpadów zmieszanych była różna, np. we Wrocławiu ilość tego rodzaju odpadów w latach 2017-2019 rosła, podczas gdy w ZM GOAP regularnie malała (Wykres 3).

- (328) Na koniec warto dodać, że porównywanie wystandaryzowanych kwot opłat również może być problematyczne z tego względu, że w danym roku, w dwóch porównywanych miastach, koszty mogły znacząco wzrosnąć, z czego jedno z tych miast mogło podnieść opłatę śmieciową w danym roku, a drugie nie (np. dlatego, że planowało to zrobić rok później). Różne są również metody liczenia opłat, co utrudnia ich porównywanie, np. Wrocław opłaty miał stosunkowo wysokie, ale jednocześnie stabilne, gdyż stosował opłatę od powierzchni lokalu, podczas gdy w ZM GOAP wyliczano opłatę na podstawie deklarowanej liczby mieszkańców.
- (329) Mając na uwadze powyższe ustalenia, w ocenie Prezesa Urzędu nie sposób zgodzić się z przedstawionymi przez Remondis argumentami, jakoby zawiązanie Konsorcjum w celu obsługi całego obszaru ZM GOAP wygenerowało wymierne korzyści dla jego mieszkańców, dające się zmierzyć poprzez porównanie wysokości opłaty śmieciowej w wybranych miastach. Wartości danin publicznych w każdej sytuacji ustalane są bowiem w odmiennych warunkach i przy użyciu odmiennej metodologii, co nie pozwala na odnoszenie ich wprost do wartości usług świadczonych przez przedsiębiorstwa zajmujące się odbiorem, transportem i zagospodarowaniem odpadów komunalnych, co w swoim piśmie sugerował Remondis.
- (330) Niezależnie od powyższego, wnioski wyciągane na podstawie powyższej analizy przez Remondis obciążone są fundamentalnym błędem polegającym na tym, iż porównanie opłat za odbiór odpadów pomiędzy różnymi miastami nie daje żadnych informacji o oszczędnościach, jakie rzekomo generowało Konsorcjum. W najlepszym wypadku porównanie takie może wskazywać, że ceny na danym obszarze kształtowały się w sposób bardziej korzystny niż w porównywanych miastach, jednak nie oznacza to, że kształtowały się w sposób bardziej korzystny niż w relewantnym dla sprawy scenariuszu kontrfaktycznym, tj. na obszarze GOAP w braku Konsorcjum.
- (331) Prezes Urzędu uznał, że przedsiębiorcy nie udowodnili faktycznego wpływu postulowanych oszczędności płynących z zawiązania Konsorcjum na bezpośrednie korzyści dla ZM GOAP (nabywcy) lub mieszkańców terenów należących do Związku (użytkownicy) i w związku z powyższym przesłanka druga nie została skutecznie wykazana.

3.9.4 PRZESŁANKA TRZECIA: BRAK NAŁOŻENIA NA ZAINTERESOWANYCH PRZEDSIĘBIORCÓW OGRANICZEŃ, KTÓRE NIE SĄ NIEZBĘDNE DO OSIĄGNIĘCIA CELÓW WSKAZANYCH W PRZESŁANCE PIERWSZEJ I DRUGIEJ.

OGÓLNA CHARAKTERYSTYKA PRZESŁANKI TRZECIEJ

- (332) Przesłanka niezbędności określona w art. 8 ust. 1 pkt 3 u.o.k.k. wymaga od zainteresowanego przedsiębiorcy wykazania, że ograniczenia konkurencji wynikające z zawarcia zakwestionowanego porozumienia nie wykraczają poza to, co jest niezbędne dla zrealizowania korzyści płynących z porozumienia.⁹⁰
- (333) Ocena niezbędności porozumienia wymaga oceny racjonalności działania stron porozumienia z uwzględnieniem z jednej strony ich interesu, a z drugiej szerokiego kontekstu gospodarczego. O niezbędności ograniczenia konkurencji nie decyduje czynnik subiektywny w postaci przekonania uczestników porozumienia, ani ocena jego niezbędności w oparciu o reprezentowany przez nie punkt widzenia. Ograniczenie konkurencji musi być niezbędne do wywołania pozytywnych skutków. Bez ograniczenia konkurencji skutki te nie wystąpiłyby w ogóle lub ich osiągnięcie byłoby trudne.⁹¹ Komisja Europejska wskazuje, iż czynnikiem decydującym o niezbędności jest stwierdzenie czy porozumienie ograniczające konkurencję i indywidualne ograniczenie konkurencji umożliwia prowadzenie działalności skuteczniej/bardziej efektywnie niż w przypadku braku takiego porozumienia. Tak więc pytaniem nie jest to, czy w przypadku braku ograniczenia konkurencji porozumienie nie zostałoby zawarte, ale - czy porozumienie lub ograniczenie daje więcej korzyści w porównaniu do sytuacji, kiedy takie porozumienie lub ograniczenie nie zostałoby zawarte.⁹² Porozumienie ograniczające konkurencję jest niezbędne do osiągnięcia korzyści wskazanych przez przedsiębiorcę w sytuacji kiedy nie istnieją inne ekonomicznie / gospodarczo wykonalne oraz mniej restrykcyjne sposoby osiągnięcia korzyści, jakie owo porozumienie oferuje. Strona postępowania musi wytłumaczyć oraz zaprezentować dlaczego wyglądające na realistyczne i znacząco mniej restrykcyjne alternatywy do porozumienia ograniczającego konkurencję zapewniają jednak mniejsze korzyści niż porozumienie ograniczające konkurencję.⁹³

ARGUMENTY REMONDISU

- (334) Lider podniósł, iż żadne z postanowień Umowy Konsorcjum nie wskazuje na to, aby na konsorcjantów nakładane były jakiegokolwiek obciążenia, bądź ograniczenia, które nie są bezpośrednio związane z faktem wykonywania zadań w ramach zamówienia realizowanego dla ZM GOAP. Ponadto, ww. Umowa nie pozbawiła konsorcjantów możliwości uczestniczenia w innych postępowaniach w zakresie gospodarki odpadowej, zarówno na terenie ZM GOAP, jak również w postępowaniach ogłaszanych przez innych organizatorów (*k. 2094-2137 akt adm.*).

ARGUMENTY PREZERO

⁹⁰ Decyzja Prezesa Urzędu z dnia 30 grudnia 2014 r., nr DOK - 7/2014
[https://decyzje.uokik.gov.pl/bp/dec_prez.nsf/0/16045E709F3B4616C1257EC6007BA8BE/\\$file/Decyzja%20DOK%207_2014%20w%20sprawie%20porozumienia%20Ski-Team%202014%2012%2029%20final%20wersja%20BIP.pdf](https://decyzje.uokik.gov.pl/bp/dec_prez.nsf/0/16045E709F3B4616C1257EC6007BA8BE/$file/Decyzja%20DOK%207_2014%20w%20sprawie%20porozumienia%20Ski-Team%202014%2012%2029%20final%20wersja%20BIP.pdf)
[dostęp: 21.06.2022 r.]

⁹¹ Decyzja Prezesa Urzędu z dnia 4 listopada 2011 r., nr RKT-33/2011
[https://decyzje.uokik.gov.pl/bp/dec_prez.nsf/0/050DF8EBB802A356C1257EC6007B9765/\\$file/Decyzja%20nr%20RKT%2033_2011%20z%2004.11.pdf](https://decyzje.uokik.gov.pl/bp/dec_prez.nsf/0/050DF8EBB802A356C1257EC6007B9765/$file/Decyzja%20nr%20RKT%2033_2011%20z%2004.11.pdf) [dostęp: 21.06.2022 r.]

⁹² Por. Obwieszczenie Komisji - Wytoczne w sprawie stosowania art. 81 ust. 3 Traktatu WE, Dz. Urz. UE 2004, C 101/08, pkt 74.

⁹³ Ibidem, pkt 75.

(335) Spółka podniosła argument, zgodnie z którym ocena trzeciej przesłanki sprowadza się w istocie do odpowiedzi na pytanie czy więcej korzyści gospodarczych zostałoby osiągniętych w przypadku zawarcia danego porozumienia (zawierającego ograniczenie konkurencji), czy też w razie braku jego zawarcia. W ocenie PreZero, gdyby zostało hipotetycznie przyjęte (z czym przedsiębiorca się nie zgadza), że Konsorcjum ograniczało konkurencję, to ograniczenia te były niezbędne do osiągnięcia korzyści (efektywności) wykazanych uprzednio. Jednocześnie spółka podkreśliła, że zawarcie Konsorcjum w żaden sposób nie ograniczyło jego członkom możliwości składania ofert i udziału w przetargach zarówno na terenie ZM GOAP, jak i poza nim (*k. 4159-4165 akt adm.*).

ARGUMENTY ORDO I EKO-TOM

(336) Spółki ORDO i EKO-TOM zwróciły w swoim piśmie uwagę, że Konsorcjum nie ograniczyło stronom możliwości konkurowania na rynku, nie ograniczyło bowiem konkurencji między nimi w innych przetargach. Konsorcjanci nie dzielili się także między sobą informacjami poufnymi i wrażliwymi, które nie były bezpośrednio związane z wykonywanymi wspólnie zadaniami, co oznacza że konkurencja między stronami została ograniczona tylko w takim zakresie, w jakim było to niezbędne dla funkcjonowania Konsorcjum zawiązanego w celu złożenia ofert i świadczenia usług na rzecz ZM GOAP w Przetargach (*k. 4309-4347 akt adm.*).

(337) Mając na uwadze fakt że dwie pierwsze przesłanki wyłączenia nie zostały przez przedsiębiorców udowodnione, dokonywanie analizy i oceny dalszych przesłanek jest bezprzedmiotowe. Zgodnie z treścią art. 8 ust. 1 u.o.k.k. przesłanki wyłączenia spod zakazu określonego w art. 6 ust. 1 ustawy muszą być bowiem spełnione łącznie, a niespełnienie przynajmniej jednej z nich eliminuje możliwość indywidualnego wyłączenia w ogóle.

3.9.5 PRZESŁANKA CZWARTA: BRAK STWORZENIA PRZEDSIĘBIORCOM MOŻLIWOŚCI WYELIMINOWANIA KONKURENCJI NA RYNKU WŁAŚCIWYM W ZAKRESIE ZNAJCZNEJ CZĘŚCI OKREŚLONYCH TOWARÓW.

OGÓLNA CHARAKTERYSTYKA PRZESŁANKI CZWARTEJ

(338) Zgodnie z przesłanką o której mowa w art. 8 ust. 1 pkt 4 u.o.k.k. zakazu określonego w art. 6 ust. 1 tejże ustawy nie stosuje się do porozumień, które - spełniając pozostałe warunki wyłączenia - nie stwarzają uczestniczącym w nich przedsiębiorcom możliwości wyeliminowania konkurencji na rynku właściwym w zakresie znacznej części określonych towarów.

(339) Jak wskazuje piśmiennictwo, porozumienie antykonkurencyjne nie zostanie zwolnione z zakazu, jeśli stwarza uczestniczącym w nim przedsiębiorcom możliwość wyeliminowania konkurencji w znacznej części tego rynku, z uwzględnieniem aktualnej i potencjalnej konkurencji.⁹⁴ Oznacza to, iż nie podlegają zwolnieniu na podstawie art. 8 ust. 1 pkt 4 u.o.k.k. porozumienia, które mogą prowadzić do

⁹⁴ *Ustawa o ochronie konkurencji i konsumentów. Komentarz pod red. prof. Tadeusza Skoczego. Wydawnictwo C.H. Beck 2009, str. 474.*

eliminacji konkurencji na znacznej części rynku. Przesłanka wyeliminowania konkurencji zostaje spełniona, gdy określone współdziałanie przedsiębiorców prowadziłoby do zaniku swobody w zakresie podejmowania decyzji rynkowych zarówno przez nich samych, jak też i innych przedsiębiorców działających na rynku właściwym. Tym samym do oceny tej przesłanki niezbędna jest ocena stanu konkurencji na danym rynku w dłuższym okresie czasu, pozycji na tym rynku przez strony porozumienia oraz ocena, czy doszło na tym rynku do eliminacji konkurencji.

ARGUMENTY REMONDISU, ORDO I EKO-TOM

(340) W ocenie Remondisu, ORDO i EKO-TOM powołanie Konsorcjum nie spowodowało braku konkurencji o rynek, albowiem w przetargach wystartowali również inni oferenci (oprócz członków Konsorcjum). Spółki podkreśliły także, że na obszarze aglomeracji poznańskiej funkcjonuje szereg podmiotów aktywnych w zakresie gospodarki odpadowej, jak również to, że sami konsorcjanci konkurowali ze sobą o inne kontrakty (np. w przetargach organizowanych przez Związek Międzygminny „Centrum Zagospodarowania Odpadów - SELEKT”). Ponadto EKO-TOM startowała także w przetargach na utworzenie i prowadzenie stacjonarnych punktów selektywnego zbierania odpadów komunalnych (PSZOK-ów), mobilnych PSZOK-ów oraz w przetargach na zorganizowanie punktów odbioru przeterminowanych leków w Poznaniu (*k. 2094-2137 oraz k. 4309-4347 akt adm.*).

ARGUMENTY PREZERO

(341) Spółka podniosła, że w ramach oceny czwartej przesłanki należy zbadać, czy porozumienie pozwala na wyłączenie (a nie tylko ograniczenie) konkurencji pomiędzy przedsiębiorcami w zakresie znaczącej części rynku produktowego, przy czym w jej ocenie do takiego wyłączenia konkurencji pomiędzy uczestnikami nie doszło z następujących przyczyn. Po pierwsze w Przetargach oferty składało nie tylko Konsorcjum, ale także inni przedsiębiorcy. Po drugie ZM GOAP nie jest jedynym zamawiającym na wskazanym przez Prezesa Urzędu rynku właściwym, albowiem w latach 2017-2018 możliwe było świadczenie zbliżonych usług m.in. na rzecz gmin takich jak: Kórnik, Dopiewo, Stęszew, Komorniki, Tarnowo Podgórne, Rokietnica czy Śrem. Na terenie aglomeracji poznańskiej funkcjonuje szereg podmiotów aktywnych w zakresie gospodarki odpadowej, a PreZero w latach 2017-2018 zaangażowane było w liczne inne przedsięwzięcia zarówno na rzecz podmiotów publicznych, jak i prywatnych. Po trzecie zaś konsorcjanci, w okresie objętym obowiązywaniem Konsorcjum, konkurowali ze sobą biorąc udział w przetargach na odbiór i zagospodarowanie odpadów komunalnych ogłoszonych przez ZM SELEKT. Ponadto spółka EKO-TOM startowała także w przetargach na utworzenie i prowadzenie stacjonarnych PSZOK-ów, mobilnych PSZOK-ów oraz zorganizowanie punktów odbioru przeterminowanych leków w Poznaniu. Wszystkie wskazane powyżej okoliczności świadczą zaś o tym, że konkurencja pomiędzy przedsiębiorcami w zakresie znaczącej części rynku produktowego nie została wyłączona (*k. 4159-4165 akt adm.*).

(342) Mając na uwadze fakt że dwie pierwsze przesłanki wyłączenia nie zostały przez przedsiębiorców udowodnione, dokonywanie analizy i oceny dalszych przesłanek jest bezprzedmiotowe. Zgodnie z treścią art. 8 ust. 1 u.o.k.k. przesłanki wyłączenia spod

zakazu określonego w art. 6 ust. 1 ustawy muszą być bowiem spełnione łącznie, a niespełnienie przynajmniej jednej z nich eliminuje możliwość indywidualnego wyłączenia w ogóle.

- (343) Biorąc pod uwagę powyższe, Prezes Urzędu uznał, iż żadna ze stron nie wykazała spełnienia przesłanek warunkujących możliwość skorzystania z wyłączenia indywidualnego.
- (344) Reasumując, brak jest podstaw do stwierdzenia, że kwestionowane w przedmiotowej sprawie porozumienie korzysta z wyłączenia spod zakazu porozumień ograniczających konkurencję.

3.9.6 STANOWISKO STRON WOBEC DOKONANEJ PRZEZ PREZESA URZĘDU OCENY SPEŁNIENIA PRZESŁANEK O KTÓRYCH MOWA W ART. 8 UST. 1 U.O.K.K.

- (345) Strony (Remondis, PreZero, ORDO i EKO-TOM) zarzuciły Prezesowi Urzędu, iż ten dokonał błędnej oceny materiału dowodowego w zakresie proefektywnościowego charakteru zawartego Konsorcjum, podtrzymały również swoje dotychczasowe stanowiska wyrażone w toku postępowania antymonopolowego.
- (346) W ocenie Lidera mieszkańcom ZM GOAP została dostarczona „*usługa objęta poszczególnymi przetargami na zasadzie ujednoczonej usługi publicznej, która bazowała na kompleksowym zabezpieczeniu jej ciągłości i standaryzacji procesowej*” i nie sposób oceniać jej tylko przez pryzmat ceny. Remondis zarzucił zatem Prezesowi Urzędu, iż ten nie przeanalizował innych niż cena elementów przyczyniających się do podniesienia poziomu efektywności zawartego Konsorcjum. W ocenie spółki wykazane uprzednio (zarówno przez PreZero, jak i Remondis) prokonkurencyjne skutki zawartego porozumienia przeważały nad domniemanym antykonkurencyjnym celem porozumienia, co powinno skutkować umorzeniem postępowania antymonopolowego przez Prezesa Urzędu.
- (347) PreZero podkreślił ponadto, że do wyłączenia indywidualnego wystarczające jest wystąpienie choć jednej korzyści (niezależnie od tego, czy będzie to korzyść ekonomiczna czy pozaekonomiczna), Prezes Urzędu zignorował zaś wszystkie argumenty dotyczące np. polepszenia jakości świadczonych przez Konsorcjum usług i zarządzania usługą tylko dlatego, że nie były one przez Zamawiającego dodatkowo punktowane. Z taką oceną zaś PreZero się nie zgadza, albowiem zdaniem przedsiębiorcy niezależnie od przyjętego kryterium oceny ofert, zawarcie Konsorcjum skutkowało obiektywnym usprawnieniem zarządzania usługą, a więc stanowiło dla Zamawiającego korzyść pozaekonomiczną.
- (348) Spółka PreZero odniosła się także do wątpliwości Prezesa Urzędu dotyczących mechanizmu, na podstawie którego wraz z zawiązaniem Konsorcjum miałyby dojść do skrócenia tras, w stosunku tras pokonywanych przez indywidualnych wykonawców, jak również tego, że nie został wyjaśniony mechanizm pomiaru efektywności oraz skali oszczędności w związku ze skróceniem trasówek. W wyjaśnieniach spółka wskazała, że „*do skrócenia tras w ramach Konsorcjum w stosunku do tych pokonywanych przez indywidualnych wykonawców doszło za sprawą uwzględnienia lokalizacji infrastruktury należącej do poszczególnych konsorcjantów, ponieważ*

pozwoлиło to na tworzenie bardziej optymalnych tras.” Powyższe zaś w bezpośredni sposób miało przełożyć się na redukcję zużycia paliwa, emisji spalin i hałasu.

- (349) PreZero podkreślił także, że zawiązanie Konsorcjum oraz wynikające z niego korzyści (m.in. skrócenie tzw. trasówek oraz ograniczenie kosztów administrowania kontraktem) wpisywało się w założenia ZM GOAP uzasadniające zmianę podziału administracyjnego Związku (zmniejszenie liczby sektorów): *„Zmniejszenie liczby sektorów było podyktowane nie tylko ograniczeniem kosztów administracyjnych związanych z rozliczeniem realizowanych przez Wykonawców usług, ale także możliwością bardziej efektywnego, a zarazem ekonomicznego podejścia do odbioru odpadów komunalnych. Dzięki podjętej uchwale, Związek został podzielony na mniejszą ilość, ale większych obszarowo sektorów, co daje lepsze możliwości optymalizacyjne realizowanych trasówek. Pojazdy wykorzystywane przez Wykonawców świadczących usługi będą mogły być wykorzystywane na większym obszarze, co w dużej mierze zoptymalizowało koszty odbioru odpadów. Co więcej, takie działania powodują minimalizację negatywnego oddziaływania na środowisko naturalne, tj. jeden transport - mniejsze zanieczyszczenie powietrza, mniejsza emisja hałasu, mniejsze zużycie dróg, itd.”*⁹⁵
- (350) Prezes Urzędu, odnosząc się do powyższych merytorycznych argumentów stron ponownie wyjaśnia, że stosownie do art. 8 ust. 2 u.o.k.k. ciężar udowodnienia okoliczności uzasadniających wyłączenie spoczywa na przedsiębiorcy. Musi on dostarczyć dające się zweryfikować uzasadnione dowody, a nie ogólnikowe argumenty, mające świadczyć o spełnieniu przesłanek warunkujących wyłączenie danego porozumienia. Twierdzenia przedstawiane przez stronę postępowania muszą być oparte na faktach, gdyż uprawdopodobnienie występowania okoliczności wskazanych w art. 8 ust. 1 u.o.k.k., bądź złożenie stosownych zapewnień, nie jest wystarczające do zastosowania wyłączenia indywidualnego. Nie jest więc tak, jak twierdzą strony, że Prezes Urzędu nie wziął pod uwagę podnoszonego przez nie argumentu „jakościowego”, dotyczącego polepszenia jakości zarządzania usługą oraz świadczenia jej na rzecz Zamawiającego i ostatecznie mieszkańców ZM GOAP. Na powyższą okoliczność nie zostały jednak przedstawione dające się zweryfikować uzasadnione dowody, a jedynie zapewnienia uprawdopodobniające wystąpienie wskazywanych korzyści, dlatego też Prezes Urzędu, w końcowej ocenie, nie uznał ich za skutecznie wykazane.
- (351) W odniesieniu zaś do cytowanego wyżej uzasadnienia Uchwały Zgromadzenia ZM GOAP w sprawie nowego podziału obszaru Związku na sektory odbioru odpadów komunalnych, zauważyć należy, że wskazuje ono tylko na to, że większe sektory pozwalają zoptymalizować trasówki i koszty odbioru odpadów. Treść Uchwały w żadnym razie nie uzasadnia natomiast istnienia korzyści w następstwie zawiązywania konsorcjów obsługujących wszystkie czy niemal wszystkie sektory ZM GOAP. Obniżenie kosztów może nastąpić zatem dzięki temu, że sektory będą większe i będzie ich mniej, nie zaś dzięki temu, że wykonawcy zawiążą konsorcja i każdy z nich będzie obsługiwać „swoje” sektory.

⁹⁵ Uchwała Zgromadzenia ZM GOAP z dnia 27 marca 2017 r. nr XXVII/184/2017.

- (352) Oprócz powyższego spółka PreZero zarzuciła Prezesowi Urzędu, iż ten kwestionując metodologię wyliczeń zastosowaną przez Remondis przy porównaniu wysokości tzw. opłat śmieciowych między różnymi miastami „nie wyjaśnił, jakie dokładnie dane powinny zostać przedstawione pomimo tego, że PreZero zawarło w swoim Stanowisku dot. Wyłączenia indywidualnego, wniosek o wskazanie przez Prezesa UOKiK, jakie elementy zdaniem Prezesa UOKiK nie zostały udowodnione i dlaczego (...)”.
- (353) Wobec powyższego wyjaśnić należy, że Prezes Urzędu nie jest uprawniony do tego, aby decydować za stronę o metodologii czy sposobie wyliczeń jakimi strona ma się posłużyć do wykazania danej okoliczności. Organ może jedynie oceniać przedstawione przez strony wyliczenia, w myśl reguł oceny dowodów wyrażonych w art. 227-315 ustawy z dnia 17 listopada 1964 r. - Kodeks postępowania cywilnego (Dz.U. z 2021 r. poz. 1805; dalej: „k.p.c.”), w zw. z art. 84 u.o.k.k.
- (354) Ponadto spółka złożyła wniosek o przeprowadzenie dowodu z zeznań świadka (przedstawiciela ZM GOAP) na fakt korzyści uzyskanych przez Związek, na skutek realizacji zamówienia w ramach Konsorcjum (tożsamość świadka miała zostać ustalona z urzędu). PreZero złożyło także wniosek dowodowy o powołanie biegłego z zakresu ekonomii na fakt spełnienia przesłanek indywidualnego wyłączenia Konsorcjum spod zakazu z art. 6 ust. 1 u.o.k.k., tj. przesłanek o których mowa w art. 8 ust. 1 u.o.k.k. Powyższe wnioski dowodowe zostały pominięte postanowieniem z dnia 6 grudnia 2022 r.
- (355) Na koniec wskazać należy, że w ocenie strony nieustosunkowanie się przez Prezesa Urzędu do argumentacji PreZero w zakresie spełnienia przesłanki trzeciej i czwartej wyłączenia indywidualnego stoi w sprzeczności z wyrażonym w k.p.a. nakazem należytego informowania strony o okolicznościach faktycznych i prawnych, które mogą mieć wpływ na ustalenia dot. ich praw i obowiązków będących przedmiotem postępowania oraz z samym celem przedstawiania szczegółowego uzasadnienia zarzutów, ponieważ w dokumencie tym powinna zostać zaprezentowana ocena prawna ustalonych faktów, aby strona postępowania miała możliwość ustosunkowania się do niej. Tym samym Prezes Urzędu uniemożliwił PreZero zapoznanie się ze stanowiskiem organu w przedmiocie realizacji przesłanki trzeciej i czwartej wyłączenia indywidualnego przed wydaniem ostatecznej decyzji.
- (356) W ocenie Prezesa Urzędu powyższy zarzut jest bezzasadny. Prezes Urzędu nie odniósł się bowiem w szczegółowym uzasadnieniu zarzutów do argumentacji PreZero, w zakresie spełnienia przesłanki trzeciej i czwartej, z uwagi na to, że dwie pierwsze przesłanki nie zostały udowodnione, w takiej sytuacji zaś dokonywanie analizy i oceny dalszych przesłanek jest bezprzedmiotowe. Stanowisko to znajduje potwierdzenie w orzecznictwie Sądu Najwyższego.⁹⁶

⁹⁶ Wyrok Sądu Najwyższego z dnia 25 października 2017 III SK 38/16: „Równocześnie zauważyć należy, że przedsiębiorca jest zobowiązany dowieść, że każda z czterech przesłanek wyłączeniowych jest spełniona. Nie ma więc potrzeby by sąd badał, czy przesłanka trzecia i czwarta jest spełniona, jeżeli stwierdzi, że przedsiębiorca nie dowiódł okoliczności opisanych w analizowanej łącznie pierwszej i drugiej przesłance wyłączeniowej”.

4. KARA PIENIĘŻNA

- (357) Na podstawie art. 106 ust. 1 pkt 1 u.o.k.k. Prezes UOKiK może nałożyć na przedsiębiorcę karę pieniężną w wysokości nie większej niż 10% obrotu osiągniętego w roku obrotowym poprzedzającym rok nałożenia kary, jeżeli przedsiębiorca ten, choćby nieumyślnie dopuścił się naruszenia zakazu określonego w art. 6 u.o.k.k. Prezes Urzędu ustalając wymiar kary bierze pod uwagę obrót wynikający z dokumentów finansowych przedstawionych przez przedsiębiorcę, zgodnie z art. 106 ust. 3. u.o.k.k.
- (358) Art. 106 ust. 5 u.o.k.k. stanowi przy tym, że w przypadku, gdy przedsiębiorca w roku obrotowym poprzedzającym rok nałożenia kary nie osiągnął obrotu lub osiągnął obrót w wysokości nieprzekraczającej równowartości 100 000 euro, Prezes Urzędu nakładając karę pieniężną na podstawie art. 106 ust. 1 u.o.k.k. uwzględnia średni obrót osiągnięty przez przedsiębiorcę w trzech kolejnych latach obrotowych poprzedzających rok nałożenia kary. Z kolei, art. 106 ust. 6 u.o.k.k. przewiduje, że w przypadku, gdy przedsiębiorca nie osiągnął obrotu w okresie trzyletnim, o którym mowa w art. 106 ust. 5, lub gdy obrót przedsiębiorcy obliczony na podstawie tego przepisu nie przekracza równowartości 100 000 euro, Prezes Urzędu może nałożyć na przedsiębiorcę, w drodze decyzji, karę pieniężną w wysokości nieprzekraczającej równowartości 10 000 euro.
- (359) Obrót Remondisu w 2021 r. wyniósł (*usunięto*), co uwzględniając średni kurs euro ogłoszony przez Narodowy Bank Polski w dniu 31 grudnia 2021 r., tj. 4,5994 zł, stanowi (*usunięto*).
- (360) Obrót PreZero w 2021 r. wyniósł (*usunięto*), co uwzględniając średni kurs euro ogłoszony przez Narodowy Bank Polski w dniu 31 grudnia 2021 r., tj. 4,5994 zł, stanowi (*usunięto*).
- (361) Obrót KDS w 2021 r. wyniósł (*usunięto*), co uwzględniając średni kurs euro ogłoszony przez Narodowy Bank Polski w dniu 31 grudnia 2021 r., tj. 4,5994 zł, stanowi (*usunięto*).
- (362) Obrót ORDO w 2021 r.⁹⁷ wyniósł (*usunięto*), co uwzględniając średni kurs euro ogłoszony przez Narodowy Bank Polski w dniu 31 grudnia 2021 r., tj. 4,5994 zł, stanowi (*usunięto*).
- (363) Obrót EKO-TOM w 2021 r. wyniósł (*usunięto*), co uwzględniając średni kurs euro ogłoszony przez Narodowy Bank Polski w dniu 31 grudnia 2021 r., tj. 4,5994 zł, stanowi (*usunięto*).
- (364) Obrót Vikom w 2021 r. wyniósł (*usunięto*), co uwzględniając średni kurs euro ogłoszony przez Narodowy Bank Polski w dniu 31 grudnia 2021 r., tj. 4,5994 zł, stanowi (*usunięto*).
- (365) Obrót PUK A. ZYS w 2021 r. wyniósł (*usunięto*), co uwzględniając średni kurs euro ogłoszony przez Narodowy Bank Polski w dniu 31 grudnia 2021 r., tj. 4,5994 zł, stanowi (*usunięto*).
- (366) Maksymalny wymiar kary wynosi zatem w przypadku:

⁹⁷ Rok obrotowy objął okres od 1 maja 2021 r. do 31 grudnia 2021 r.

- 1) Remondis - *(usunięto)*
- 2) PreZero - *(usunięto)*
- 3) KDS - *(usunięto)*
- 4) ORDO - *(usunięto)*
- 5) EKO-TOM - *(usunięto)*
- 6) Vikom - *(usunięto)*
- 7) PUK A. ZYS - *(usunięto)*

- (367) Treść art. 106 u.o.k.k. uzależnia dopuszczalność nałożenia kary pieniężnej za stosowanie praktyk ograniczających konkurencję od spełnienia przestanki choćby nieumyślnego naruszenia przepisów ustawy. Kara pieniężna może zostać nałożona, gdy przedsiębiorca „choćby nieumyślnie” dopuścił się określonego czynu.
- (368) W niniejszej sprawie porozumienie przedsiębiorców przystępujących do Konsorcjum zmierzało do zmniejszenia liczby konkurentów rywalizujących w poszczególnych przetargach. Działania te - w ocenie Prezesa Urzędu - nie wykazują cech działań przypadkowych. Przeciwnie, miały one charakter zamierzony, ukierunkowany na osiągnięcie określonego rezultatu.
- (369) Ponadto, w niniejszej sprawie mamy do czynienia z profesjonalnymi uczestnikami rynku, którzy powinni każdorazowo dokonywać oceny planowanych działań pod kątem ich zgodności z prawem, także prawem konkurencji. W ocenie Prezesa Urzędu Przedsiębiorcy, skoro mieli wiedzę o poprzednim postępowaniu wyjaśniającym dotyczącym potencjalnie antykonkurencyjnego charakteru zawartego przez nich porozumienia, mieli niewątpliwie świadomość, że konsorcjum może w pewnych okolicznościach stanowić porozumienie ograniczające konkurencję.
- (370) W niniejszej sprawie Prezes Urzędu uznał, że działania każdej strony postępowania miały charakter umyślny, a co za tym idzie spełniona została przestanka „choćby nieumyślnego” naruszenia reguł konkurencji.
- (371) Wobec spełnienia przestanki umożliwiającej nałożenie kar pieniężnych, Prezes Urzędu skorzystał z uprawnienia wynikającego z art. 106 ust. 1 pkt 1 u.o.k.k. i nałożył na Remondis, PreZero, PUK A. ZYS, EKO-TOM, ORDO, Vikom oraz KDS kary pieniężne.
- (372) Przemawiają za tym cele prewencji indywidualnej i ogólnej, jak również cel represyjny. Nałożenie kar pieniężnych służyć będzie jako środek odstraszący strony postępowania od stosowania podobnych praktyk w przyszłości (prewencja indywidualna) oraz będzie sygnałem dla innych profesjonalnych uczestników rynku, że tego typu działania nie mogą być podejmowane - pod rygorem sankcji finansowej (prewencja ogólna). Kara pieniężna spełni także funkcję represyjną, to znaczy stanowić będzie dolegliwość dla stron postępowania uzasadnioną zidentyfikowanymi korzyściami, jakie przedsiębiorcy odnieśli wskutek udziału w niedozwolonym porozumieniu.
- (373) Ustalając wysokość nakładanych kar pieniężnych, Prezes Urzędu kieruje się wytycznymi zawartymi w art. 111 u.o.k.k. oraz ich wykładnią przedstawioną w „Wyjaśnieniach dotyczących ustalania wysokości kar pieniężnych dla

przedsiębiorców w sprawach związanych z naruszeniem zakazu praktyk ograniczających konkurencję” z kwietnia 2021 r.⁹⁸ (dalej: „Wyjaśnienia”).

- (374) Prezes UOKiK nie jest związany swoimi dotychczasowymi decyzjami, w których nałożono kary pieniężne. Zgodnie z zasadą indywidualizacji kary jest ona określana indywidualnie w każdej sprawie przy uwzględnieniu wszystkich jej istotnych okoliczności oraz celów polityki karania Prezesa UOKiK.⁹⁹
- (375) Zgodnie z art. 111 ust. 1 u.o.k.k. Prezes UOKiK, ustalając wysokość nakładanych kar pieniężnych, uwzględnia w szczególności okoliczności naruszenia przepisów tej ustawy oraz uprzednie naruszenie przepisów ustawy, a także okres, stopień oraz skutki rynkowe naruszenia przepisów ustawy, przy czym stopień naruszenia Prezes UOKiK ocenia biorąc pod uwagę okoliczności dotyczące natury naruszenia, działalności przedsiębiorcy, która stanowiła przedmiot naruszenia oraz specyfiki rynku, na którym doszło do naruszenia.
- (376) Zgodnie z ww. Wyjaśnieniami, podstawą obliczenia wysokości kary pieniężnej jest obrót w rozumieniu z art. 106 ust. 3 u.o.k.k. za ostatni rok, w którym stosowana była praktyka ograniczająca konkurencję. W przedmiotowej sprawie jest to rok 2017.
- (377) Remondis osiągnął w 2017 r. obrót w wysokości *(usunięto)* (dowód k. 4456-4518).
- (378) PreZero osiągnął w 2017 r. obrót w wysokości *(usunięto)* (dowód k. 4519-4526).
- (379) KDS osiągnął w 2017 r. obrót w wysokości *(usunięto)* (dowód k. 4442-4448).
- (380) ORDO osiągnął w 2017 r. obrót w wysokości *(usunięto)* (dowód k. 4434-4441).
- (381) EKO-TOM osiągnął w 2017 r. obrót w wysokości *(usunięto)* (dowód k. 4428-4433).
- (382) Vikom osiągnął w 2017 r. obrót w wysokości *(usunięto)* (dowód k. 4527-4535).
- (383) PUK A. ZYS osiągnął w 2017 r. obrót w wysokości *(usunięto)* (dowód k. 4449-4455).
- (384) Powyższe kwoty stanowią podstawę wyliczenia kary.
- (385) Wyjściowa kwota kary jest ustalana jako wartość procentowa relewantnego obrotu. Wielkość wartości procentowej jest uzależniona od natury (powagi) naruszenia. Ze względu na kryterium natury naruszenia Prezes UOKiK wyróżnia trzy rodzaje naruszeń: bardzo poważne, poważne i pozostałe.
- (386) Przez naruszenia bardzo poważne Prezes Urzędu rozumie naruszenia art. 6 u.o.k.k. lub art. 101 TFUE polegające w szczególności na dokonywaniu ustaleń między konkurentami, a także naruszenia art. 9 u.o.k.k. oraz 102 TFUE mające na celu lub prowadzące do eliminacji konkurencji na rynku. Ponadto w przypadku naruszeń art. 6 u.o.k.k. oraz 101 TFUE za naruszenia tego rodzaju Prezes Urzędu uznaje wszelkie inne ustalenia, które jakkolwiek nie stanowią wprost ustaleń między konkurentami, to mimo wszystko dotyczą w praktyce relacji między konkurentami. Przez powyższe należy rozumieć w szczególności udzielanie pomocy w czynieniu ustaleń między konkurentami (w braku relacji konkurencyjnej między podmiotem udzielającym

⁹⁸ Wyjaśnienia do pobrania na stronie: <https://konkurencja.uokik.gov.pl/kary-dla-przedsiębiorcow/> [dostęp: 07.11.2022 r.]

⁹⁹ Wyrok Sądu Najwyższego z 30 stycznia 2019 r., sygn. akt I NSK 7/18

pomocy a pozostałymi uczestnikami ustaleń), a także koordynowanie działań konkurentów.

- (387) Przez naruszenia poważne Prezes Urzędu będzie rozumiał naruszenia art. 6 u.o.k.k. lub art. 101 TFUE w relacjach dotyczących różnych szczebli obrotu (np. producent-hurtownik, hurtownik-detalista) i polegających na dokonywaniu ustaleń co do cen (np. ustalenia co do minimalnych cen odsprzedaży) lub ograniczania możliwości sprzedaży pasywnej, niemniej z wyłączeniem sytuacji, o których mowa powyżej w odniesieniu do naruszeń bardzo poważnych, a ponadto również naruszenia art. 9 u.o.k.k. oraz art. 102 TFUE mające na celu lub prowadzące do istotnego ograniczenia konkurencji na rynku lub dotkliwej eksploatacji kontrahentów lub konsumentów.
- (388) Przez naruszenia pozostałe Prezes Urzędu będzie rozumiał naruszenia art. 6 u.o.k.k. lub art. 101 TFUE, a także art. 9 u.o.k.k. lub 102 TFUE inne niż bardzo poważne i poważne.
- (389) Naruszenie konkurencji, polegające na zawarciu przez strony antykonkurencyjnego konsorcjum zostało ocenione przez Prezesa Urzędu jako naruszenie bardzo poważne. W związku z taką klasyfikacją naruszenia, kwota wyjściowa będąca podstawą dla ustalenia wysokości kary została określona w przedziale od powyżej 1% do 3% obrotu.
- (390) Taka kwalifikacja naruszenia wynika z faktu, że zawarte przez strony porozumienie jest zawartym między konkurentami porozumieniem będącym tzw. zumą przetargową. Mimo tego, że z umowy przetargowe przybierają wiele form, to jednak zawsze mają na celu osłabienie konkurencji między potencjalnymi wykonawcami, co może prowadzić do zawyżenia ceny lub pogorszenia jakości świadczonych usług, dlatego też zawsze oceniane są jako bardzo poważne naruszenia konkurencji.
- (391) W przedmiotowej sprawie kwoty wyjściowe będące podstawą dla ustalenia wysokości kar nałożonych na Remondis, PreZero, PUK A. ZYS, EKO-TOM, ORDO, Vikom oraz KDS zostały ustalone odpowiednio na poziomie *(usunięto)* obrotu osiągniętego w 2017 r.
- (392) Przyjmując taki poziom kwoty wyjściowej kary Prezes Urzędu uwzględnił okoliczność, że porozumienie zostało zawarte pomiędzy znaczną liczbą konkurentów działających na tym samym rynku. Jednocześnie konkurencja na rynku nie została całkowicie wyeliminowana, albowiem byli też inni przedsiębiorcy startujący w tych samych Przetargach, którzy także składali swoje oferty na wszystkie sektory ZM GOAP.
- (393) Kwota wyjściowa dla wyliczenia kary została zatem przyjęta na następującym poziomie.

TABELA 12 „I etap naliczania wysokości kar”

Lp.	Przedsiębiorca	Procent obrotu osiągniętego w 2017 r. jako podstawa do ustalenia kwoty wyjściowej kary	Kwota wyjściowa kary (w zł)
1.	Remondis	<i>(usunięto)</i>	2 327 732,44 zł
2.	PreZero	<i>(usunięto)</i>	1 239 545,44 zł
3.	KDS	<i>(usunięto)</i>	118 491,06 zł
4.	ORDO	<i>(usunięto)</i>	86 408,82 zł
5.	EKO-TOM	<i>(usunięto)</i>	311 437,81 zł

6.	Vikom	(usunięto)	135 879,86 zł
7.	PUK A. ZYS	(usunięto)	364 431,65 zł

Źródło: opracowanie własne.

- (394) W dalszej kolejności Prezes UOKiK rozważył specyfikę rynku, na którym doszło do naruszenia konkurencji, działalności przedsiębiorców, a także skutki rynkowe naruszenia. Kara powinna być bowiem tym większa, im większe jest natężenie negatywnych efektów związanych z naruszeniem prawa konkurencji.
- (395) W tym zakresie Prezes Urzędu wziął pod uwagę specyficzną organizację rynku przejawiającą się cykliczną walką konkurencyjną o zamówienia w przetargach, która zastępuje konkurencję na rynku. W rezultacie przedsiębiorca wygrywający przetarg lub przetargi, na czas określony, z reguły co najmniej 2 lata, zyskuje wyłączność na wykonywanie usług na danym rynku. W niniejszej sprawie Przetargi w których Konsorcjum złożyło wspólne oferty zostały ogłoszone na lata 2018-2022. Z tego m. in. względu naruszenie, którego dopuścili się strony miało długotrwałe skutki.
- (396) Wobec powyższego, po uwzględnieniu przez Prezesa Urzędu okoliczności związanych ze specyfiką rynku na jakim doszło do naruszenia konkurencji, a także faktycznego wprowadzenia porozumienia w życie, kwoty wyjściowe wskazane w akapicie (393) niniejszej decyzji, na tym etapie kalkulacji kary, zostały podniesione w stosunku do spółek: Remondis, KDS, ORDO, EKO-TOM, Vikom oraz PUK A. ZYS o 30%, natomiast w stosunku do spółki PreZero o 10%, względem której Prezes Urzędu uwzględnił także okoliczność związaną z niewielkim udziałem przychodów przedsiębiorcy z towarów, których dotyczyło naruszenie.
- (397) W ten sposób wyznaczone zostały **kwoty bazowe**, służące do dalszego ustalania wysokości kary. Zostały one przyjęte na następującym poziomie.

TABELA 13 „II etap naliczania wysokości kar”

Lp.	Przedsiębiorca	Kwota wyjściowa kary (w zł)	Specyfika rynku, faktyczne wprowadzenie porozumienia w życie, udział przychodów przedsiębiorcy z towarów, których dotyczyło naruszenie.	Kwota kary po modyfikacji (w zł) - kwota bazowa
1.	Remondis	2 327 732,44 zł	+30%	3 026 052,17 zł
2.	PreZero	1 239 545,44 zł	+10%	1 363 499,98 zł
3.	KDS	118 491,06 zł	+30%	154 038,38 zł
4.	ORDO	86 408,82 zł	+30%	112 331,47 zł
5.	EKO-TOM	311 437,81 zł	+30%	404 869,15 zł
6.	Vikom	135 879,86 zł	+30%	176 643,82 zł
7.	PUK A. ZYS	364 431,65 zł	+30%	473 761,15 zł

Źródło: opracowanie własne.

- (398) W kolejnym etapie (III etap naliczania wysokości kar) został rozważony okres naruszenia. Długotrwałość stosowania praktyki ograniczającej konkurencję prowadzi do wielokrotnienia jej negatywnych skutków, w szczególności wpływa na wysokość korzyści uzyskiwanych przez przedsiębiorcę dopuszczającego się naruszenia lub szkód ponoszonych przez innych uczestników rynku. Zgodnie ze stosowaną przez Prezesa

UOKiK metodologią, długotrwałość stosowania praktyki i związane z nią zwiokrotnienie negatywnych skutków praktyki zostanie odzwierciedlone w wysokości nakładanej na przedsiębiorcę sankcji w ten sposób, że kwota bazowa zostanie przemnożona przez liczbę pełnych lat uczestnictwa przedsiębiorców w naruszeniu.

- (399) Rozważając przesłankę okresu naruszenia Prezes Urzędu wziął pod uwagę fakt, że porozumienie trwało krócej niż rok i miało jednorazowy charakter (Konsorcjum zostało zawiązane w celu wspólnego złożenia ofert w Przetargach na cały obszar ZM GOAP, zarówno w pierwszej, jak i drugiej turze postępowań). Nie zalicza się zatem do porozumień długotrwałych, gdyż za takie uznawane są naruszenia trwające dłużej niż rok. W związku z tym kwota bazowa, na tym etapie ustalania wysokości kary, nie została zwiększona.
- (400) Następnie zostały rozważone okoliczności łagodzące i obciążające, które wystąpiły w sprawie.
- (401) Zgodnie z art. 111 ust. 3 pkt 1 u.o.k.k. okolicznościami łagodzącymi są w szczególności: dobrowolne usunięcie skutków naruszenia, zaniechanie stosowania zakazanej praktyki przed wszczęciem postępowania lub niezwłocznie po jego wszczęciu, podjęcie z własnej inicjatywy działań w celu zaprzestania naruszenia lub usunięcia jego skutków oraz współpraca z Prezesem Urzędu w toku postępowania, bierna rola przedsiębiorcy w naruszeniu zakazu oraz działanie pod przymusem.
- (402) PUK A. ZYS wniósł o odstąpienie przez Prezesa Urzędu od nałożenia kary, ewentualnie zaś o nadzwyczajnie obniżenie jej wymiaru ze względu na: fakultatywny charakter kar, przedstawione przez przedsiębiorcę uzasadnienie przystąpienia do Konsorcjum oraz brak uprzedniego naruszenia przepisów u.o.k.k. Przedsiębiorca zwrócił także uwagę, że na etapie przystępowania przez niego do Konsorcjum, niemożliwe było do przewidzenia uznanie przez Prezesa Urzędu zawiązywanego porozumienia za ograniczające konkurencję (*k. 4348-4352 akt adm.*).
- (403) PreZero nie zgodził się z tym, by zarzucaną mu praktykę uznać za poważne, a tym bardziej za bardzo poważne naruszenie u.o.k.k. W ocenie przedsiębiorcy precedensowy charakter sprawy powinien zdecydować o odstąpieniu przez Prezesa Urzędu od wymierzenia kary lub o nadzwyczajnym jej złagodzeniu ze względu na:
- współpracę z Urzędem (terminowe dostarczanie żądanych informacji Prezesowi Urzędu),
 - działanie pod przymusem (jedynym wyborem PreZero było albo przyłączyć się do Konsorcjum, albo nie startować w przetargach w ogóle),
 - dotychczasowy brak naruszeń ustawy antymonopolowej,
 - zasadę proporcjonalności (kara nie powinna zależeć od wielkości przychodów w ogóle, ale od wielkości przychodu ze sprzedaży towarów, których dotyczyła praktyka),
 - mały udział w rynku i przychodach Konsorcjum (zaledwie 4,38% wynagrodzenia Konsorcjum przypadało dla PreZero - było to najniższe wynagrodzenie spośród wszystkich pozostałych konsorcjantów); (*k. 4353-4399 akt adm.*).

- (404) Również EKO-TOM i ORDO nie zgodziły się z planowanym rozstrzygnięciem Prezesa Urzędu, ani z dokonaną przez organ oceną stopnia naruszenia. Uznaniowość w zakresie nałożenia kar winna być w ich ocenie zindywidualizowana, a ocena antykonkurencyjnego charakteru przeprowadzona odrębnie dla każdego przedsiębiorcy i przy uwzględnieniu okoliczności łagodzących. W przypadku ORDO i EKO-TOM okolicznościami takimi byłyby zaś:
- współpraca przy wyjaśnianiu sprawy,
 - bierna rola w zawiązywaniu porozumienia (spółki nie były inicjatorami zawarcia Konsorcjum),
 - przymus ekonomiczny, tj. jedynym wyborem spółek było albo przyłączyć się do Konsorcjum, albo nie uzyskać zamówień publicznych oraz przymus bezpośredni - Remondis miał wywierać naciski na spółki wykorzystując ich położenie, przez co nakłonił je do udziału w porozumieniu (k. 4309-4347 akt adm.).
- (405) Mając na uwadze przedstawione powyżej wnioski stron o obniżenie kary przy ustalaniu jej wymiaru oraz o nietraktowanie samego zawarcia porozumienia jako bardzo poważnego naruszenia konkurencji, Prezes Urzędu wyjaśnia, co następuje.
- (406) Zgodnie z art. 111 ust. 4 pkt 1 u.o.k.k. okoliczności takie jak rola lidera lub inicjatora porozumienia, przymuszenie, wywieranie presji, umyślność naruszenia czy też dokonanie uprzednio podobnego naruszenia mogą zostać uznane za przesłanki obciążające. Nie oznacza to jednak, że w sytuacji, w której okoliczności te nie występują, można uznać ten fakt za okoliczność łagodzącą przy ustalaniu wymiaru kary.
- (407) Współpraca z organem antymonopolowym polegająca na terminowym dostarczaniu wyjaśnień i dokumentów na wezwanie Prezesa Urzędu to zwykła realizacja obowiązku strony postępowania i działaniu takiemu nie można przypisać znamion okoliczności łagodzących. Zostało to wprost przyjęte w Wyjaśnieniach, jak również znajduje potwierdzenie w orzecznictwie. Zgodnie z wyrokiem Sądu Najwyższego z 30 stycznia 2019 r., sygn. I NSK 7/18 „(...) *współpraca z Prezesem UOKiK w toku postępowania może być uznana za okoliczność łagodzącą. Jednak tylko wówczas, jeżeli wykracza poza obowiązki ustawowe (...). W ocenie Sądu Najwyższego, zachowanie, stanowiące tylko i wyłączne realizację obowiązku wynikającego z ustawy (...), powinno być dla wysokości kary, co do zasady, irrelewantne.*” Działań wykraczających poza obowiązki ustawowe, strony w niniejszym postępowaniu nie podjęły.
- (408) Podobnie w przypadku braku uprzednich naruszeń ustawy antymonopolowej przez członków Konsorcjum oraz „biernej roli” w zawiązywaniu porozumienia. Okoliczności te nie mogą być traktowane jako okoliczności łagodzące. Przestrzeganie prawa i nienaruszanie go jest powinnością każdego podmiotu i nie jest podstawą do obniżenia wymiaru kary, a okolicznością neutralną.¹⁰⁰ Podobnie zgoda na przystąpienie do porozumienia (niezainicjowanie porozumienia), może być traktowana co najwyżej jako przesłanka neutralna, tj. stanowić okoliczność, która

¹⁰⁰ Por. wyrok Sądu Najwyższego z 30 września 2020 r, I NSK 8/19

nie daje podstaw do tego, by podwyższyć danemu przedsiębiorcy wymiar kary. Nie jest ona natomiast podstawą do tego, by wymiar kary nadzwyczajnie obniżyć.

- (409) Strony podniosły w swoich stanowiskach także argument „działania pod przymusem”. Zwrócić należy jednak uwagę, że zwykła presja ekonomiczna charakterystyczna dla obrotu gospodarczego to nie samo, co przymus w rozumieniu przepisów u.o.k.k. W ustawie antymonopolowej ustawodawca mówi bowiem o rzeczywistym zmuszaniu kogoś do jakiegoś działania wbrew jego woli, tj. gdy zachodzą okoliczności takie jak przymuszanie, wywieranie presji lub stosowanie środków odwetowych w stosunku do innych przedsiębiorców lub osób w celu wprowadzenia w życie lub kontynuowania naruszenia (art. 111 ust. 4 pkt 1b). ORDO i EKO-TOM zwróciły co prawda uwagę, że Remondis wywierał na nie przymus bezpośredni, nie zostało jednak wyjaśnione (a tym bardziej udowodnione) jakiego rodzaju miałyby być to naciski.
- (410) W ocenie Prezesa Urzędu sprawa nie ma także charakteru precedensowego, co zostało szeroko wyjaśnione w rozdziale 3.8 niniejszej decyzji. Przedstawione przez PUK A. ZYS wyjaśnienia uzasadniające przystąpienie do Konsorcjum zostały przeanalizowane i ocenione na etapie badania antykonkurencyjnego charakteru zawartego porozumienia, a podnoszony przez PreZero mały udział w rynku i przychodach Konsorcjum na etapie badania specyfiki rynku (podobnie jak zasada proporcjonalności).
- (411) Mając na uwadze powyższe Prezes Urzędu, po przeanalizowaniu stanu faktycznego sprawy, nie zidentyfikował żadnej z okoliczności łagodzących w odniesieniu do którejkolwiek ze stron.
- (412) Zgodnie z art. 111 ust. 4 pkt 1 u.o.k.k. okolicznościami obciążającymi są: rola lidera lub inicjatora porozumienia, przymuszenie, wywieranie presji, umyślność naruszenia, czy też dokonanie uprzednio podobnego naruszenia.
- (413) Ustalony stan faktyczny sprawy potwierdza jedną okoliczność obciążającą wobec spółki Remondis, tj. rolę inicjatora porozumienia naruszającego konkurencję. Zebrany w sprawie materiał dowodowy jednoznacznie wskazuje, że Remondis pełnił wiodącą rolę w doprowadzeniu do zawarcia porozumienia, występował do pozostałych stron z propozycją dołączenia do Konsorcjum, które jak sam wielokrotnie podnosił miało realizować jego cel biznesowy uzyskania zamówienia na obsługę całości obszaru ZM GOAP. Ponadto Remondis nie tylko decydował o doborze uczestników Konsorcjum ale także faktycznie decydował o przypisaniu uczestnikom konkretnych zadań - obszarów GOAP, które mieli oni obsługiwać.
- (414) Po rozważeniu wagi okoliczności obciążającej wobec Remondisu, którego rola jako inicjatora zawarcia porozumienia była w niniejszej sprawie kluczowa, Prezes UOKiK postanowił o podwyższeniu kary na tym etapie jej ustalania wobec tego przedsiębiorcy o 50%, tj. do wysokości 4 539 078,26 zł.
- (415) Jako że w sprawie nie wystąpiła żadna okoliczność łagodząca, a wystąpiła jedna okoliczność obciążająca wobec Remondisu (rola inicjatora porozumienia), wysokość kar wobec stron postępowania, na tym etapie ich ustalania, została określona na następującym poziomie.

TABELA 14 „IV etap naliczania wysokości kar”

Lp.	Przedsiębiorca	Kwota z III etapu naliczania wysokości kary (w zł)	Okoliczności łagodzące i obciążające	Kwota kary po modyfikacji (w zł)
1.	Remondis	3 026 052,17 zł	+50%	4 539 078,26 zł
2.	PreZero	1 363 499,98 zł	-	1 363 499,98 zł
3.	KDS	154 038,38 zł	-	154 038,38 zł
4.	ORDO	112 331,47 zł	-	112 331,47 zł
5.	EKO-TOM	404 869,15 zł	-	404 869,15 zł
6.	Vikom	176 643,82 zł	-	176 643,82 zł
7.	PUK A. ZYS	473 761,15 zł	-	473 761,15 zł

Źródło: opracowanie własne.

- (416) W ocenie Prezesa UOKiK nałożenie na uczestników zmowy ustalonych kar stanowi adekwatną sankcję zapewniającą realną odczuwalność kary i realizację jej funkcji, przy jednoczesnym poszanowaniu zasady proporcjonalności.
- (417) Kary w ustalonych powyżej wysokościach mieszczą się jednocześnie w ustawowym limicie 10% obrotu osiągniętego przez przedsiębiorców w roku obrotowym poprzedzającym rok nałożenia kary (2021 r.).

POUCZENIA

- (418) Zgodnie z art. 112 ust. 3 u.o.k.k. karę pieniężną należy uiścić w terminie 14 dni od dnia uprawomocnienia się decyzji na rachunek bankowy UOKiK:

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

- (419) Koszty postępowania należy wpłacić w tym samym terminie na ten sam rachunek.
- (420) Zgodnie z art. 81 ust. 1 u.o.k.k. w zw. z art. 479²⁸ § 2 k.p.c., od niniejszej decyzji przysługuje odwołanie do Sądu Okręgowego w Warszawie - Sądu Ochrony Konkurencji i Konsumentów w terminie miesiąca od dnia doręczenia decyzji. Odwołanie wnosi się za pośrednictwem Prezesa Urzędu (Delegatura UOKiK w Poznaniu, ul. Zielona 8, 61-851 Poznań).
- (421) W przypadku kwestionowania wyłącznie postanowienia o kosztach, zgodnie z art. 81 ust. 5 u.o.k.k. w zw. z art. 479³² k.p.c. oraz art. 264 § 2 k.p.a. w zw. z art. 83 ww. u.o.k.k., przysługuje zażalenie do Sądu Okręgowego w Warszawie - Sądu Ochrony Konkurencji i Konsumentów, w terminie tygodnia od dnia doręczenia tej decyzji. Zażalenie wnosi się za pośrednictwem Prezesa Urzędu (Delegatura UOKiK w Poznaniu, ul. Zielona 8, 61-851 Poznań).
- (422) Zgodnie z art. 3 ust. 2 pkt 9 w zw. z art. 32 ust. 1 i 2 ustawy z dnia 28 lipca 2005 r. o kosztach sądowych w sprawach cywilnych (Dz.U. z 2022 r. poz. 1125), odwołanie od decyzji Prezesa Urzędu podlega opłacie stałej w kwocie 1000 zł, a zażalenie na postanowienie Prezesa Urzędu - w kwocie 500 zł.
- (423) Zgodnie z art. 103 ust. 1 ustawy o kosztach sądowych w sprawach cywilnych, sąd może przyznać zwolnienie od kosztów sądowych osobie prawnej lub jednostce organizacyjnej niebędącej osobą prawną, której ustawa przyznaje zdolność prawną, jeżeli wykazała, że nie ma dostatecznych środków na ich uiszczenie. Zgodnie z art.

103 ust. 2 ustawy o kosztach sądowych w sprawach cywilnych spółka handlowa powinna wykazać także, że jej wspólnicy albo akcjonariusze nie mają dostatecznych środków na zwiększenie majątku spółki lub udzielenie spółce pożyczki.

- (424) Zgodnie z art. 102 ust. 1 ustawy o kosztach sądowych w sprawach cywilnych zwolnienia od kosztów sądowych może się domagać osoba fizyczna, jeżeli złoży oświadczenie, z którego wynika, że nie jest w stanie ich ponieść bez uszczerbku utrzymania koniecznego dla siebie i rodziny lub ich poniesienie narazi ją na taki uszczerbek.
- (425) Zgodnie z art. 105 ust. 1 zd. 1 ustawy o kosztach sądowych w sprawach cywilnych, wniosek o przyznanie zwolnienia od kosztów sądowych należy zgłosić na piśmie lub ustnie do protokołu w sądzie, w którym sprawa ma być wytoczona lub już się toczy.
- (426) Stosownie do treści art. 117 § 1 kodeksu postępowania cywilnego, strona zwolniona przez sąd od kosztów sądowych w całości lub części, może domagać się ustanowienia adwokata lub radcy prawnego. Zgodnie z art. 117 § 2 kodeksu postępowania cywilnego, osoba fizyczna, niezwolniona przez sąd od kosztów sądowych, może się domagać ustanowienia adwokata lub radcy prawnego, jeżeli złoży oświadczenie, z którego wynika, że nie jest w stanie ponieść kosztów wynagrodzenia adwokata lub radcy prawnego bez uszczerbku utrzymania koniecznego dla siebie i rodziny. Zgodnie z art. 117 § 3 kodeksu postępowania cywilnego, osoba prawna lub inna jednostka organizacyjna, której ustawa przyznaje zdolność sądową, niezwolniona przez sąd od kosztów sądowych, może się domagać ustanowienia adwokata lub radcy prawnego, jeżeli wykaze, że nie ma dostatecznych środków na poniesienie kosztów wynagrodzenia adwokata lub radcy prawnego.
- (427) Zgodnie z art. 117 § 4 kodeksu postępowania cywilnego, wniosek o ustanowienie adwokata lub radcy prawnego strona zgłasza wraz z wnioskiem o zwolnienie od kosztów sądowych lub osobno, na piśmie lub ustnie do protokołu, w sądzie, w którym sprawa ma być wytoczona lub już się toczy. Osoba fizyczna, która nie ma miejsca zamieszkania w siedzibie tego sądu, może złożyć wniosek o ustanowienie adwokata lub radcy prawnego w sądzie rejonowym właściwym ze względu na miejsce swego zamieszkania, który niezwłocznie przesyła ten wniosek sądowi właściwemu.

Z up. PREZESA
Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów
DYREKTOR DELEGATURY w POZNANIU

Jarosław Krüger