



PREZES
URZĘDU OCHRONY
KONKURENCJI I KONSUMENTÓW
DELEGATURA UOKIK W KRAKOWIE

Plac Szczepański 5, 31-011 Kraków
tel./fax 12 421 75 79, 12 421 74 98
e-mail: krakow@uokik.gov.pl

Kraków, dnia 28 sierpnia 2015 r.

RKR-410-3/14/MŻ-32/15

DECYZJA Nr RKR – 8/2015

Stosownie do treści przepisów art. 33 ust. 4-6 ustawy z dnia 16 lutego 2007 r. o ochronie konkurencji i konsumentów (Dz. U. Nr 50, poz. 331, z późn. zm.),

- w imieniu Prezesa Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów -

po przeprowadzeniu, wszczętego z urzędu, postępowania antymonopolowego:

I. Na podstawie art. 11 ust. 1 i ust. 2 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów w związku z art. 3 ustawy z dnia 10 czerwca 2014 r. o zmianie ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów oraz ustawy – Kodeks postępowania cywilnego (Dz. U. z 2014 r. poz. 945), **uznaje się za praktykę ograniczającą konkurencję** i naruszającą zakaz, o którym mowa w art. 6 ust. 1 pkt 7 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów, zawarcie przez:

- Jana Torbusa prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą Przedsiębiorstwo Usługowo-Handlowe J&J Jan Torbus w Chrzanowie i
- Martę Torbus prowadzącą działalność gospodarczą pod firmą Przedsiębiorstwo Usługowo-Handlowe J&J Marta Torbus w Olkuszu,

porozumienia ograniczającego konkurencję na:

- krajowym rynku usług ochrony osób i mienia oraz
- krajowym rynku usług czystościowo-porządkowych,

polegającego na uzgadnianiu przez tych przedsiębiorców w postępowaniach o udzielenie zamówień publicznych warunków składanych ofert oraz innych zachowań mających na celu doprowadzenie do wyboru oferty tego z przedsiębiorców, który zaoferował wyższą cenę

i **stwierdza się zaniechanie jej stosowania** z dniem 30 grudnia 2013 r.

- II.** Na podstawie art. 106 ust. 1 pkt 1 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów **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) 8 494,00 zł (słownie: osiem tysięcy czterysta dziewięćdziesiąt cztery złote 00/100) – na przedsiębiorcę Jana Torbusa prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą Przedsiębiorstwo Usługowo-Handlowe J&J Jan Torbus w Chrzanowie,
 - 2) 8 257,00 zł (słownie: osiem tysięcy dwieście pięćdziesiąt siedem złotych 00/100) – na przedsiębiorcę Martę Torbus prowadzącą działalność gospodarczą pod firmą Przedsiębiorstwo Usługowo-Handlowe J&J Marta Torbus w Olkuszu,
- płatne do budżetu państwa.
- III.** Na podstawie art. 77 ust. 1 w związku z art. 80 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów oraz na podstawie art. 263 § 1 i art. 264 § 1 ustawy z dnia 14 czerwca 1960 r. Kodeks postępowania administracyjnego (Dz. U. z 2013, poz. 267, z późn. zm.) w związku z art. 83 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów, **obciąża się kosztami niniejszego postępowania** w wysokości:
- 1) 30,90 zł (słownie: trzydzieści złotych 90/100) – przedsiębiorcę Jana Torbusa prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą Przedsiębiorstwo Usługowo-Handlowe J&J Jan Torbus w Chrzanowie,
 - 2) 30,90 zł (słownie: trzydzieści złotych 90/100) – przedsiębiorcę Martę Torbus prowadzącą działalność gospodarczą pod firmą Przedsiębiorstwo Usługowo-Handlowe J&J Marta Torbus w Olkuszu,
- oraz zobowiązuje się tych przedsiębiorców do zwrotu Prezesowi Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów kosztów postępowania w terminie 14 dni od dnia uprawomocnienia się niniejszej decyzji.

UZASADNIENIE

Postępowanie antymonopolowe w sprawie, której dotyczy niniejsza decyzja, zostało wszczęte po uprzednim przeprowadzeniu przez Prezesa Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów (zwanego dalej „Prezesem Urzędu”) postępowania wyjaśniającego o sygn. akt RKR-400-19/14/MŻ mającego na celu wstępne ustalenie, czy w związku z udziałem Jana Torbusa (Torbus) prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą Przedsiębiorstwo Usługowo-Handlowe J&J Jan Torbus z siedzibą w Chrzanowie i Marty Torbus prowadzącej działalność gospodarczą pod firmą Przedsiębiorstwo Usługowo-Handlowe J&J Marta Torbus w Olkuszu w postępowaniach o udzielenie zamówień publicznych mogło dojść do naruszenia przepisów ustawy z dnia 16 lutego 2007 r. o ochronie konkurencji i konsumentów (Dz. U. Nr 50, poz. 331, z późn. zm.) (zwanej dalej „ustawą o ochronie konkurencji i konsumentów”), w tym czy sprawa ma charakter antymonopolowy.

Na podstawie ustaleń dokonanych w toku postępowania wyjaśniającego Prezes Urzędu w dniu 16 grudnia 2014 r. postanowieniem nr RKR-254/2014 wszczął postępowanie antymonopolowe w sprawie podejrzenia stosowania przez Jana Torbusa i Martę Torbus praktyk ograniczających konkurencję na krajowym rynku usług ochrony osób i mienia oraz krajowym rynku usług czystościowo-porządkowych, polegających na uzgadnianiu przez tych przedsiębiorców w postępowaniach o udzielenie zamówień publicznych warunków składanych ofert oraz innych zachowań mających na celu doprowadzenie do wyboru oferty tego z przedsiębiorców, który zaoferował wyższą cenę, co może stanowić naruszenie art. 6 ust. 1 pkt 7 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów.

Postanowieniem nr RKR-255/2014 z dnia 16 grudnia 2014 r. zaliczono w poczet dowodów w niniejszym postępowaniu antymonopolowym dokumenty i materiały uzyskane przez Prezesa Urzędu w toku postępowania wyjaśniającego.

Pismami z dnia 16 grudnia 2014 r. przedsiębiorcy zostali zawiadomieni o wszczęciu postępowania antymonopolowego oraz wezwani do odniesienia się do przedstawionych zarzutów. Przedsiębiorcy zajęli stanowisko odnośnie zarzutów określonych w sentencji postanowienia o wszczęciu postępowania antymonopolowego oraz okoliczności przedstawionych w uzasadnieniu tego postanowienia, a także materiałów i dowodów zebranych w toku postępowania antymonopolowego w pismach z dnia 30 stycznia 2015 r. i 15 lipca 2015 r. W piśmie z dnia 30 stycznia 2015 r. wskazano, że ze względów praktycznych, wynikających z reprezentowania przedsiębiorców przez jednego pełnomocnika, zawiera ono połączoną odpowiedź obydwu przedsiębiorców na wezwania Prezesa Urzędu.

W toku przeprowadzonego postępowania Prezes Urzędu ustalił, co następuje:

1. Strony postępowania

Jan Torbus prowadzi działalność gospodarczą pod firmą Przedsiębiorstwo Usługowo-Handlowe J&J Jan Torbus na podstawie wpisu do Centralnej Ewidencji i Informacji o Działalności Gospodarczej (CEIDG). Zgodnie z informacjami ujawnionymi w CEIDG Jan Torbus prowadzi działalność gospodarczą od początku 1993 r. Głównym przedmiotem prowadzonej przez niego działalności jest świadczenie usług ochroniarskich oraz usług czystościowo-porządkowych. Według Polskiej Klasyfikacji Działalności (PKD) Jan Torbus prowadzi działalność m.in. w zakresie działalności ochroniarskiej, z wyłączeniem obsługi systemów bezpieczeństwa (kod PKD 80.10.Z), działalności pomocniczej związanej z utrzymaniem porządku w budynkach (PKD 81.10.Z), specjalistycznego i niespecjalistycznego sprzątania budynków i obiektów przemysłowych (PKD 81.21.Z i 81.22.Z) i pozostałego sprzątania (PKD 81.29.Z).

Marta Torbus prowadzi działalność gospodarczą pod firmą Przedsiębiorstwo Usługowo-Handlowe J&J Marta Torbus na podstawie wpisu do CEIDG. Zgodnie z informacjami ujawnionymi w CEIDG Marta Torbus prowadzi działalność gospodarczą od listopada 2008 r.

Głównym przedmiotem prowadzonej przez nią działalności jest świadczenie usług ochroniarskich oraz usług czystościowo-porządkowych. Według PKD Marta Torbus prowadzi działalność m.in. w zakresie działalności ochroniarskiej, z wyłączeniem obsługi systemów bezpieczeństwa (kod PKD 80.10.Z), działalności pomocniczej związanej z utrzymaniem porządku w budynkach (PKD 81.10.Z), specjalistycznego i niespecjalistycznego sprzątania budynków i obiektów przemysłowych (PKD 81.21.Z i 81.22.Z) i pozostałego sprzątania (PKD 81.29.Z). Przedmiot działalności gospodarczej obydwu przedsiębiorców jest zatem tożsamy.

Pomiędzy Janem Torbusem i Martą Torbus istnieje pokrewieństwo I stopnia – Jan Torbus jest ojcem Marty Torbus. Strony postępowania zamieszkują pod jednym adresem w Olkuszu przy ulicy Baczyńskiego 1/14 (dowód: karta nr 642).

2. Opis wybranych postępowań przetargowych, w których uczestniczyli Jan Torbus i Marta Torbus

W związku z postawionymi Janowi Torbusowi i Marcie Torbus zarzutami Prezes Urzędu przeanalizował przetargi, w których uczestniczyły obie strony niniejszego postępowania.

Strony postępowania począwszy od 2009 r. przystępowały do tych samych postępowań o udzielenie zamówień publicznych, których przedmiotem były usługi ochrony osób i mienia oraz usługi czystościowo-porządkowe.

W okresie od początku 2013 r. do końca 2014 r. Jan Torbus ubiegał się łącznie o udzielenie zamówienia (składając swoją ofertę) w około 63, a Marta Torbus w około 54 postępowaniach przetargowych. W zdecydowanej większości przypadków przedsiębiorcy składali samodzielne oferty. W nielicznych postępowaniach przetargowych przedsiębiorcy złożyli wspólne oferty działając w formie konsorcjum lub spółki cywilnej pod firmą Przedsiębiorstwo Usługowo-Handlowe J&J spółka cywilna Jan Torbus, Marta Torbus (dowód: karty nr 650-657). W oparciu o informacje zawarte w Biuletynie Zamówień Publicznych ustalono, że w omawianym okresie przedsiębiorcy uzyskali łącznie około 20 zamówień publicznych.

Poniżej przedstawiony został przebieg zbadanych w toku postępowania antymonopolowego postępowań przetargowych, w których przedsiębiorcy złożyli samodzielne oferty. W punktach od 2.1 do 2.5 poniżej zostały opisane postępowania przetargowe, w których ujawniła się współpraca między przedsiębiorcami, podlegająca ocenie w aspekcie art. 6 ust. 1 pkt 7 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów. Po ustaleniach Prezesa Urzędu odnośnie każdego ze wskazanych poniżej przetargów, przedstawione zostało stanowisko stron postępowania co do tych przetargów. Jednocześnie ogólne stanowisko stron postępowania odnoszące się do przedmiotu niniejszego postępowania antymonopolowego zostało przedstawione w dalszej części decyzji. Należy przy tym wyjaśnić, że w ramach postępowania antymonopolowego zakończonego wydaniem niniejszej decyzji, szczegółowej i kompleksowej analizie poddane zostały postępowania przetargowe zakończone po 31 grudnia 2012 r., zaś badanie przetargów przeprowadzonych w okresie wcześniejszym, ze względu na upływ znacznego czasu, miało węższy zakres obejmujący kwestie najistotniejsze

z punktu widzenia oceny naruszenia zakazu porozumień ograniczający konkurencję, o których mowa w art. 6 ust. 1 pkt 7 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów.

2.1. Postępowanie przetargowe przeprowadzone przez Sąd Rejonowy w Chrzanowie

2.1.1. Opis przebiegu przetargu

Postępowanie o udzielenie zamówienia pn. „*Sprzątanie pomieszczeń i otoczenia budynków Sądu Rejonowego w Chrzanowie*” (znak postępowania: 213/7/2013/Ch), przeprowadzone przez Sąd Rejonowy w Chrzanowie, zostało wszczęte w drodze ogłoszenia zamieszczonego w Biuletynie Zamówień Publicznych w dniu 28 listopada 2013 r. pod numerem 490100-2013. Przedmiotem zamówienia była usługa sprzątania pomieszczeń i otoczenia budynków Sądu Rejonowego w Chrzanowie, zgodnie ze szczegółowym opisem zawartym w specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Trybem udzielenia zamówienia był przetarg nieograniczony. Zamawiający nie wymagał wniesienia wadium. Jedynym kryterium, którym zamawiający kierował się przy wyborze oferty było kryterium ceny. Ocena spełnienia wymogów sformułowanych w przetargu dokonywana była metodą 0-1, (tj. nie spełnia/spełnia). Termin składania ofert ustalony został do dnia 6 grudnia 2013 r.

Oferty Jana Torbusa i Marty Torbus zostały złożone w siedzibie zamawiającego tego samego dnia (6 grudnia 2013 r.), o tej samej godzinie (w odstępie jednej minuty, tj. o 7⁴⁴ i 7⁴⁵) (dowód: kara nr 544).

W dniu 6 grudnia 2013 r. zamawiający dokonał otwarcia ofert. Bezpośrednio przed otwarciem ofert zamawiający podał kwotę, jaką zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia – 76 260 zł.

W postępowaniu złożono 7 ofert, które zawierały następujące ceny brutto:

- 43 645,32 zł – Przedsiębiorstwo Usługowo-Handlowe J&J Jan Torbus;
- 46 721,88 zł – Przedsiębiorstwo Usługowo-Handlowe J&J Marta Torbus;
- 63 822,24 zł – Era sp. z o.o.;
- 69 336,00 zł – Agencja Ochrony Osób i Mienia „MTM Maryt” Maciej Trenda;
- 85 608,00 zł – Firma Zajfert Aleksandra Zajfert;
- 104 400,00 zł – P.P.H.U Andar Anna Świech;
- 106 915,08 zł – Centrum Ochrony Security Group sp. z o.o.

W dniu 9 grudnia 2013 r. zamawiający dokonał oceny złożonych przez wykonawców ofert pod kątem spełniania warunków udziału w postępowaniu oraz braku podstaw do wykluczenia. W trakcie badania ofert zamawiający stwierdził nieprawidłowość w ofercie Jana Torbusa polegającą na błędnym dodaniu ceny netto i podatku od towarów i usług. W ofercie Jana Torbusa została wskazana cena brutto w wysokości 43 645,32 zł, zaś prawidłowo zsumowana kwota powinna wynosić 43 645,05 zł. Różnica pomiędzy ceną brutto prawidłowo obliczoną a ceną wskazaną w ofercie wynosiła 27 groszy i nie miała wpływu na konkurencyjność tej oferty. W związku z powyższą nieprawidłowością, pismem z dnia 10 grudnia 2013 r., przesłanym faksem w tym samym dniu, zamawiający zawiadomił Jana Torbusa o dokonaniu w formularzu ofertowym poprawy oczywistej omyłki rachunkowej oraz wezwał do potwierdzenia otrzymania tego pisma wraz z adnotacją o wyrażeniu zgody na

poprawę ww. omyłki (dowód: karta nr 580). Jan Torbus nie udzielił jakiegokolwiek odpowiedzi na to pismo zamawiającego (dowód: karta nr 592). W tym stanie rzeczy zamawiający – powołując się na art. 89 ust. 1 pkt 7 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2013 r. poz. 907, z późn. zm.) (zwanej dalej „*Prawem zamówień publicznych*”) – odrzucił ofertę Jana Torbusa i wybrał najkorzystniejszą ofertę spośród pozostałych ofert, tj. ofertę złożoną przez Martę Torbus. W dniu 30 grudnia 2013 r. między zamawiającym a Martą Torbus została zawarta umowa w sprawie zamówienia publicznego.

2.1.2. Stanowisko stron postępowania odnośnie przetargu

Strony postępowania wskazały, że Prawo zamówień publicznych nie wymaga od uczestnika przetargu wyrażenia zgody na dokonanie przez zamawiającego poprawy omyłek, o których mowa w art. 87 ust. 2 pkt 2 Prawa zamówień publicznych, tj. oczywistych omyłek rachunkowych. Następnie w wyjaśnieniach przedsiębiorców przedstawiono analizę art. 87 i 89 Prawa zamówień publicznych, której konkluzją było stwierdzenie, że Jan Torbus nie miał obowiązku odniesienia się do wezwania zamawiającego do wyrażenia zgody na dokonanie poprawki oczywistej i bardzo drobnej omyłki rachunkowej. Ponadto zamawiający w swoim wezwaniu nie poinformował Jana Torbusa o konsekwencji niewyrażenia zgody w postaci odrzucenia oferty, nie przytaczając nawet powołanego później błędnie art. 89 ust. 1 pkt 7 Prawa zamówień publicznych. O odrzuceniu swojej oferty Jan Torbus dowiedział się dopiero jednocześnie z otrzymaniem zawiadomienia z dnia 17 grudnia 2013 r. o wyborze jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez Martę Torbus. Podsumowując stanowisko odnośnie tego postępowania przetargowego stwierdzono, że bezzasadny jest zarzut, iż Jan Torbus celowo doprowadził do odrzucenia swojej oferty, tak aby Marta Torbus mogła otrzymać przedmiotowe zamówienie, a więc że doszło w tym przypadku do niedozwolonego porozumienia pomiędzy przedsiębiorcami. Zamawiający w sposób błędny zinterpretował przepisy Prawa zamówień publicznych bezzasadnie odrzucając ofertę Jana Torbusa, choć nie było ku temu podstaw prawnych i faktycznych.

2.2. Postępowanie przetargowe przeprowadzone przez Nadleśnictwo Kędzierzyn

2.2.1. Opis przebiegu przetargu

Postępowanie o udzielenie zamówienia pn. „*Obsługa administracyjna siedziby Nadleśnictwa Kędzierzyn w 2014 roku*” (znak postępowania: AG-S-2710-6/13), przeprowadzone przez Państwowe Gospodarstwo Leśne Lasy Państwowe – Nadleśnictwo Kędzierzyn, zostało wszczęte w drodze ogłoszenia zamieszczonego w Biuletynie Zamówień Publicznych w dniu 2 grudnia 2013 r. pod numerem 493912-2013. Przedmiotem zamówienia była obsługa administracyjna siedziby Nadleśnictwa Kędzierzyn w skład której wchodziły: (1) sprzątanie powierzchni w obiektach Nadleśnictwa, (2) dozór (stróżowanie) obiektów Nadleśnictwa, (3) utrzymanie terenu wokół siedziby Nadleśnictwa oraz (4) obsługa i dozór kotłowni. Trybem udzielenia zamówienia był przetarg nieograniczony. Zamawiający wymagał wniesienia wadium w wysokości 2 800 zł. Jedynym kryterium, którym zamawiający kierował się przy wyborze oferty było kryterium ceny. Ocena spełnienia wymogów sformułowanych

w przetargu dokonywana była metodą 0-1, (tj. nie spełnia/spełnia). Termin składania ofert ustalony został do dnia 10 grudnia 2013 r.

W dniu 10 grudnia 2013 r. zamawiający dokonał otwarcia ofert. Bezpośrednio przed otwarciem ofert zamawiający podał kwotę, jaką zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia – 118 080 zł. W postępowaniu złożono 3 oferty, które zawierały następujące ceny brutto:

- 97 681,80 zł – Przedsiębiorstwo Usługowo-Handlowe J&J Jan Torbus;
- 113 904,00 zł – Przedsiębiorstwo Usługowo-Handlowe J&J Marta Torbus;
- 124 996,54 zł – EKOTRADE sp. z o.o.

W formularzach pn. „*OFERTA WYKONANIA*”, stanowiących część dokumentacji ofertowej jaką składali wykonawcy przystępujący do omawianego przetargu, znajdowało się pole dotyczące stawki podatku od towarów i usług należnego od usługi stanowiącej przedmiot zamówienia. Oferty Jana Torbusa i Marty Torbus zostały w tym zakresie jednakowo uzupełnione wartościami 8% i 23%.

Pismami z dnia 13 grudnia 2013 r. zamawiający wezwał Jana Torbusa i Martę Torbus do złożenia wyjaśnień dotyczących zastosowanych stawek podatku od towarów i usług w terminie do 17 grudnia 2013 r. Marta Torbus przekazała wyjaśnienia w piśmie z dnia 16 grudnia 2013 r., w którym wskazano, że stawka podatku dla części usług objętych przedmiotem zamówienia (usługi zamiatania śmieci i usuwania śniegu, usługi związane z zagospodarowaniem terenów zieleni oraz pozostałe usługi sanitarne) wynosi 8%, a w pozostałym zakresie zastosowanie ma podstawowa stawka wynosząca 23% (dowód: karta nr 339). Jan Torbus nie udzielił jakiegokolwiek odpowiedzi na ww. wezwanie zamawiającego (dowód: karta nr 984). W związku z powyższym zamawiający – powołując się na art. 89 ust. 1 pkt 6 Prawa zamówień publicznych – odrzucił ofertę złożoną przez Jana Torbusa z powodu braku możliwości skontrolowania sposobu obliczenia ceny i wybrał najkorzystniejszą ofertę spośród pozostałych ofert, tj. ofertę złożoną przez Martę Torbus (dowód: karta nr 494). Zamawiający zwrócił Janowi Torbusowi wniesione przez niego wadium. W dniu 30 grudnia 2013 r. między zamawiającym a Martą Torbus została zawarta umowa w sprawie zamówienia publicznego.

2.2.2. Stanowisko stron postępowania odnośnie przedmiotowego przetargu

Strony postępowania wskazały, że Jan Torbus – wbrew temu co zostało stwierdzone w postanowieniu o wszczęciu postępowania antymonopolowego – udzielił odpowiedzi na wezwanie zamawiającego, w której przedstawił swoje wyjaśnienia dotyczące obliczenia podatku od towarów i usług, które zawarł w swojej ofercie. Jan Torbus wskazał, że odpowiedź ta została przesłana zamawiającemu faksem i nie ma jej w aktach postępowania. Odnośnie treści tej odpowiedzi Jan Torbus wyjaśnił, że zawierała ona informację o przyjętej kalkulacji stawek podatku od towarów i usług, które zostały zastosowane do wyliczenia ceny oferty. Z kalkulacji wynikało, że Jan Torbus w pierwotnej ofercie zastosował błędną stawkę podatku na świadczenie usług zamiatania śmieci i usuwania śniegu, usług związanych z zagospodarowaniem terenów zieleni oraz pozostałych usług

sanitarnych. Błąd w tym zakresie został popełniony już na etapie przygotowania oferty i zgodnie z przepisami Prawa zamówień publicznych nie podlegał korekcie. Oferta Jana Torbusa zawierająca błędnie zastosowaną stawkę podatku od towarów i usług zawsze podlegałaby odrzuceniu i z tego względu nie znajduje podstaw zarzut działania w celu ograniczenia konkurencji. W postępowaniu przetargowym nie zaistniał również skutek w postaci ograniczenia konkurencji. Oferta Marty Torbus, która ostatecznie została wybrana jako najkorzystniejsza, mieściła się w założonym przez zamawiającego budżecie, zaś następna oferta w kolejności pod względem zaoferowanej ceny, znacznie przekraczała limit określony przez zamawiającego. Fakt zwrócenia Janowi Torbusowi wniesionego przez niego wadium świadczy o tym, że zamawiający uznał, iż nie doszło do celowego uchylenia się od zawarcia umowy. Zdaniem Jana Torbusa nie bez znaczenia jest fakt, że oferta złożona przez trzeciego wykonawcę – EKOTRADE sp. z o.o. znacznie przekraczała limit określony przez zamawiającego.

Prezes Urzędu, w celu zweryfikowania wyjaśnień Jana Torbusa odnośnie udzielenia odpowiedzi dotyczącej zastosowanej stawki podatku od towarów i usług, zwrócił się do zamawiającego o wyjaśnienie tego zagadnienia. W odpowiedzi, pismem z dnia 29 kwietnia 2015 r. zamawiający potwierdził, że Jan Torbus nie udzielił odpowiedzi na wezwanie Nadleśnictwa Kędzierzyn w żadnym z dopuszczonych w specyfikacji istotnych warunków zamówienia sposobów porozumiewania się zamawiającego z wykonawcami.

Jan Torbus odnosząc się do pisma Nadleśnictwa Kędzierzyn z dnia 29 kwietnia 2015 r. powtórzył, że – wbrew twierdzeniom Nadleśnictwa – udzielił odpowiedzi na wezwanie z dnia 13 grudnia 2013 r. do złożenia wyjaśnień odnośnie zastosowanej przez niego stawki podatku w ustalonym terminie. Pismo zawierające przedmiotową odpowiedź zostało przesłane faksem. Nadleśnictwo Kędzierzyn musiało otrzymać odpowiedź, gdyż odrzuciło ofertę Jana Torbusa na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 6 Prawa zamówień publicznych, a nie z powodu braku złożenia wyjaśnień. Ponadto, gdyby wyjaśnienia nie zostały złożone, Nadleśnictwo Kędzierzyn nie zwróciłoby wniesionego wadium.

2.3. Postępowanie przeprowadzone przez Sąd Rejonowy w Prudniku

2.3.1. Opis przebiegu przetargu

Postępowanie o udzielenie zamówienia pn. „*Usługa sprzątnia pomieszczeń Sądu Rejonowego w Prudniku*”, przeprowadzone przez Sąd Rejonowy w Prudniku, zostało wszczęte w drodze ogłoszenia zamieszczonego w Biuletynie Zamówień Publicznych w dniu 25 listopada 2013 r. pod numerem 251755-2013. Przedmiot zamówienia był zgodny z jego nazwą. Trybem udzielenia zamówienia był przetarg nieograniczony. Zamawiający nie wymagał wniesienia wadium. Jedyнным kryterium, którym zamawiający kierował się przy wyborze oferty było kryterium ceny. Ocena spełnienia pozostałych wymogów sformułowanych w przetargu dokonywana była metodą 0-1, (tj. nie spełnia/spełnia). Termin składania ofert ustalony został do dnia 3 grudnia 2013 r.

W dniu 3 grudnia 2013 r. zamawiający dokonał otwarcia ofert. Bezpośrednio przed otwarciem ofert zamawiający podał kwotę, jaką zamierza przeznaczyć na sfinansowanie

zamówienia – 106 767,66 zł. W postępowaniu złożono 7 ofert, które zawierały następujące ceny brutto za jeden miesiąc świadczenia usług (zamówienie obejmowało łącznie okres 12 miesięcy):

- 5 399,70 zł – Firma Usługowo-Handlowa „Tip-Top” Marcin Bauerek;
- 7 694,36 zł – Przedsiębiorstwo Usługowo-Handlowe J&J Jan Torbus;
- 8 463,80 zł – Przedsiębiorstwo Usługowo-Handlowe J&J Marta Torbus;
- 9 158,29 zł – Zakład Usług Gospodarczo-Socjalnych „Anatema” sp. z o.o.;
- 10 614,90 zł – Odnowa sp. z o.o.;
- 11 877,14 zł – Zakład Ogólnobudowlany Malarski i Porządkowy Cezary Kołada;
- 12 810,00 zł – „Supervision” Bargiel i Wspólnik sp.j.

Pismami z dnia 5 grudnia 2013 r. zamawiający zwrócił się do stron postępowania o złożenie wyjaśnień dotyczących zależności finansowych pomiędzy przedsiębiorcami. Przedsiębiorcy udzielili odpowiedzi na powyższe wystąpienia zamawiającego pismami z dnia 6 grudnia 2013 r. W pismach wyjaśniono, że Jan Torbus i Marta Torbus nie należą do grupy kapitałowej oraz, że łączy ich umowa spółki cywilnej, jednakże w przedmiotowym przetargu występują jako niezależni przedsiębiorcy, co jest dozwolone przez obowiązujące prawo (dowód: karta nr 900 i 903).

Po dokonaniu badania ofert zamawiający wybrał jako najkorzystniejszą ofertę Marcina Bauerek prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą Firma Usługowo-Handlowa „Tip-Top” Marcin Bauerek. W związku z uchyleniem się tego wykonawcy od zawarcia umowy w sprawie zamówienia publicznego zamawiający dokonał wyboru najkorzystniejszej oferty spośród pozostałych ofert, tj. oferty złożonej przez Jana Torbusa, o czym poinformował go pismem z dnia 19 grudnia 2013 r. Tego samego dnia Jan Torbus poinformował zamawiającego, że z przyczyn od niego niezależnych nie może podjąć się realizacji zamówienia (dowód: karta nr 892). W związku z powyższym zamawiający dokonał wyboru następnej w kolejności oferty – oferty Marty Torbus. W dniu 20 grudnia 2013 r. między zamawiającym a Martą Torbus została zawarta umowa w sprawie zamówienia publicznego.

2.3.2. Stanowisko stron postępowania odnośnie przedmiotowego przetargu

Strony postępowania wyjaśniły, że spodziewały się zawarcia umowy przez zamawiającego z Marcinem Bauerkiem, który złożył ofertę zawierającą najniższą cenę. Po uzyskaniu informacji o uchyleniu się przez tego wykonawcę od zawarcia umowy, Jan Torbus udał się do Prudnika, by przeprowadzić rozmowy z potencjalnymi pracownikami, którzy wówczas świadczyli usługi na rzecz zamawiającego. Przedstawione przez nich oczekiwania finansowe przewyższały możliwości finansowe Jana Torbusa, wynikające ze złożonej przez niego oferty. Biorąc pod uwagę okres, jaki pozostał do rozpoczęcia realizacji zamówienia (około 6 dni roboczych), znaczną odległość do obiektów oraz wysokie kary za odstąpienie od umowy z winy wykonawcy, Jan Torbus nie zdecydował się na zawarcie umowy. Marta Torbus, której oferta została wybrana w następstwie uchylenia się od zawarcia umowy przez Jana Torbusa, dysponowała odpowiednimi zasobami kadrowymi i podjęła się realizacji zamówienia.

2.4. Postępowanie przetargowe przeprowadzone przez Urząd Skarbowy w Raciborzu w okresie od grudnia 2012 r. do stycznia 2013 r.

2.4.1. Opis przebiegu przetargu

Postępowanie o udzielenie zamówienia pn. „*Usługa świadczona kompleksowo na rzecz Urzędu Skarbowego w Raciborzu obejmująca: całodobową ochronę fizyczną osób, mienia i obiektu Urzędu Skarbowego w Raciborzu przy ul. Drzymały 32, konwojowanie wartości pieniężnych, obsługę centrali telefonicznej oraz kompleksowe utrzymanie czystości w obiekcie i na zewnątrz obiektu*” (znak postępowania: OL/251/1/2012), przeprowadzone przez Urząd Skarbowy w Raciborzu, zostało wszczęte w drodze ogłoszenia zamieszczonego w Biuletynie Zamówień Publicznych w dniu 11 grudnia 2012 r. pod numerem 262059-2012. Przedmiot zamówienia był zgodny z jego nazwą. Trybem udzielenia zamówienia był przetarg nieograniczony. Zamawiający nie wymagał wnieścia wadium. Termin składania ofert ustalony został do dnia 19 grudnia 2012 r. Jedynym kryterium, którym zamawiający kierował się przy wyborze oferty było kryterium ceny. Ocena spełnienia wymogów sformułowanych w przetargu dokonywana była metodą 0-1, (tj. nie spełnia/spelnia).

W dniu 19 grudnia 2012 r. zamawiający dokonał otwarcia ofert. Bezpośrednio przed otwarciem ofert zamawiający podał kwotę, jaką zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia – 130 000 zł. W postępowaniu złożono 7 ofert, które zawierały następujące ceny brutto:

- 101 814,48 zł – Przedsiębiorstwo Usługowo-Handlowe J&J Marta Torbus;
- 104 489,76 zł – Delta System Security Szymon Zieliński;
- 109 799,64 zł – Przedsiębiorstwo Usługowo-Handlowe J&J Jan Torbus;
- 119 488,10 zł – MASTER SECURITY sp. z o.o.;
- 139 334,40 zł – Agencja Ochrony Osób i Mienia Przedsiębiorstwo Handlowo-Usługowe „ALEX” Aleksander Latocha;
- 144 427,20 zł – Przedsiębiorstwo Handlowo-Usługowe „HETMAN” sp. z o.o.;
- 193 419,47 zł – ERA sp. z o.o.

Po dokonaniu badania ofert zamawiający stwierdził, że wykonawca Szymon Zieliński prowadzący działalność gospodarczą pod firmą Delta System Security Szymon Zieliński nie dołączył do swojej oferty dowodu opłacenia polisy ubezpieczeniowej, a co za tym idzie nie wykazał spełnienia warunków udziału w postępowaniu. W związku z powyższym pismem z dnia 20 grudnia 2012 r. zamawiający wezwał Szymona Zielińskiego do uzupełnienia oferty o ww. dokument. Po bezskutecznym upływie określonego przez zamawiającego terminu na uzupełnienie oferty, zamawiający stwierdził, że Szymon Zieliński podlega wykluczeniu, a jego oferta została odrzucona.

Po odrzuceniu oferty Szymona Zielińskiego ofertami zawierającymi dwie kolejno najniższe ceny były oferty Marty Torbus i Jana Torbusa. Pismami z dnia 3 stycznia 2013 r. zamawiający poinformował wykonawców o wyborze jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez Martę Torbus. Pisma te zawierały zestawienie złożonych ofert wraz z informacją

o odrzuceniu oferty Szymona Zielińskiego (dowód: karta nr 167). Zamawiający zażądał od wykonawców przesłania faksem lub pocztą elektroniczną potwierdzenia otrzymania tego pisma. W dniu 4 stycznia 2013 r. Marta Torbus potwierdziła otrzymanie ww. pisma zamawiającego.

Pismem z dnia 9 stycznia 2013 r. Marta Torbus poinformowała zamawiającego, że z przyczyn od niej niezależnych nie może podjąć się realizacji zamówienia (dowód: karta nr 145). Wobec powyższego zamawiający wybrał najkorzystniejszą ofertę spośród pozostałych ofert, tj. ofertę złożoną przez Jana Torbusa, o czym zawiadomił go pismem z dnia 11 stycznia 2013 r. W dniu 21 stycznia 2013 r. między zamawiającym a Janem Torbusem została zawarta umowa w sprawie zamówienia publicznego.

2.4.2 Stanowisko stron postępowania odnośnie przedmiotowego przetargu

Marta Torbus wyjaśniła, że przyczyną która uniemożliwiła jej przystąpienie do realizacji zamówienia, była odmowa przejścia do jej firmy dwóch dotychczasowych pracowników zatrudnionych do ochrony Urzędu Skarbowego w Raciborzu przez poprzedniego przedsiębiorcę, który świadczył usługi ochroniarskie dla zamawiającego, pomimo uprzednich zapewnień o woli zawarcia umów z Martą Torbus. Zapewnienia te zostały złożone w trakcie wizji lokalnej i wstępnych rozmów z potencjalnymi pracownikami. Po ogłoszeniu wyników przetargu ponownie przeprowadzono spotkanie ze wspomnianymi osobami, w trakcie którego okazało się, że jeden z pracowników ochrony nie jest już zainteresowany współpracą z Martą Torbus, a drugi nie ma możliwości podjęcia zatrudnienia z powodów rodzinnych. W związku z ograniczonym czasem na zawarcie umowy i przystąpieniem do jej realizacji, w którym niewykonalne okazało się znalezienie, zatrudnienie i przeszkolenie nowych pracowników, którzy posiadaliby odpowiednie uprawnienia wymagane przez zamawiającego, Marta Torbus zmuszona była odstąpić od podpisania umowy, gdyż w przeciwnym wypadku ryzykowałyby nierzetelne wykonanie zlecenia, co wiązałoby się z dotkliwymi konsekwencjami finansowymi i stratami wizerunkowymi firmy. Konkludując swoje stanowisko w zakresie omawianego postępowania przetargowego wskazano, że o odstąpieniu przez Martę Torbus od przedmiotowego przetargu zadecydowały okoliczności o charakterze obiektywnym, tj. rzeczywista niemożność wykonania przedmiotu zamówienia – a w żadnej mierze nie chęć „udostępnienia” tego przetargu Janowi Torbusowi.

2.5. Postępowania przetargowe przeprowadzone przed 2013 r.

2.5.1. Postępowanie przetargowe przeprowadzone przez Urząd Skarbowy w Raciborzu w 2011 r.

Postępowanie o udzielenie zamówienia pn. *„Usługa świadczona kompleksowo na rzecz Urzędu Skarbowego w Raciborzu obejmująca: całodobową ochronę fizyczną osób, mienia i obiektu Urzędu Skarbowego w Raciborzu przy ul. Drzymały 32, konwojowanie wartości pieniężnych, obsługę centrali telefonicznej oraz kompleksowe utrzymanie czystości w obiekcie i na zewnątrz obiektu.”* (znak postępowania: OL/251/3/2011), przeprowadzone przez Urząd Skarbowy w Raciborzu, zostało wszczęte w drodze ogłoszenia zamieszczonego w Biuletynie

Zamówień Publicznych w dniu 22 listopada 2011 r. pod numerem 390326-2011. Przedmiot zamówienia był zgodny z jego nazwą. Trybem udzielenia zamówienia był przetarg nieograniczony. Zamawiający nie wymagał wniesienia wadium. Termin składania ofert ustalony został do dnia 2 grudnia 2011 r. Jedynym kryterium, którym zamawiający kierował się przy wyborze oferty było kryterium ceny. Ocena spełnienia wymogów sformułowanych w przetargu dokonywana była metodą 0-1, (tj. nie spełnia/spelnia).

W postępowaniu złożono 7 ofert, z których jedna została odrzucona. Oferty złożone przez Jana Torbusa i Martę Torbus uzyskały największą liczbę punktów, tj. odpowiednio 91,45 i 100 (dowód: karta nr 980). Ceny brutto, jakie Jan Torbus i Marta Torbus zaoferowali za wykonanie zamówienia wynosiły 111 330,24 zł w przypadku oferty Jana Torbusa i 101 814,48 zł w przypadku oferty Marty Torbus.

Pismem z dnia 13 grudnia 2011 r. zamawiający poinformował wykonawców o wyborze jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez Martę Torbus. Pismem z dnia 19 grudnia 2011 r. Marta Torbus poinformowała zamawiającego, że z przyczyn od niej niezależnych nie może podjąć się realizacji zamówienia (dowód: karta nr 982). Wobec powyższego zamawiający wybrał najkorzystniejszą ofertę spośród pozostałych ofert, tj. ofertę złożoną przez Jana Torbusa, któremu następnie zostało udzielone zamówienie.

Stanowisko stron postępowania odnośnie przedmiotowego przetargu

W piśmie stron postępowania wyjaśniono, że konieczność odstąpienia od realizacji przedmiotowego zamówienia wynikała z problemów kadrowych, które ujawniły się zaraz po rozstrzygnięciu przetargu. Znaczna część pracowników, którzy zadeklarowali wcześniej gotowość do podjęcia pracy w obiekcie Urzędu Skarbowego w Raciborzu, po ogłoszeniu wyników przetargu poinformowała Martę Torbus, że nie zamierzają podjąć pracy na poprzednio uzgodnionych warunkach, co uzasadniali brakiem zaufania do Marty Torbus, wynikającym z jej młodego wieku. W związku z tym, że rynek pracowników posiadających licencję pracownika ochrony w Raciborzu jest bardzo ograniczony, niemożliwe było przeprowadzenie skutecznej rekrutacji, w terminie pozwalającym na realizację zamówienia wedle wymagań postawionych w specyfikacji istotnych warunków zamówienia przez Zamawiającego.

2.5.2. Postępowanie przetargowe przeprowadzone przez Generalną Dyрекcyję Dróg Krajowych i Autostrad – Oddział w Katowicach

Postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pn. „*Dozór mienia i utrzymanie obiektów socjalno-biurowych Rejonu GDDKiA w Zawierciu*” (znak postępowania: S1/2011/A) przeprowadzone przez Generalną Dyрекcyję Dróg Krajowych i Autostrad – Oddział w Katowicach, zostało wszczęte w drodze ogłoszenia zamieszczonego w Biuletynie Zamówień Publicznych w dniu 15 marca 2011 r. pod numerem 44812-2011. Przedmiotem zamówienia była: (1) bezpośrednia ochrona fizyczna mienia należącego do zamawiającego składającego się z budynków, ich pomieszczeń oraz rzeczy i materiałów znajdujących się w tych pomieszczeniach oraz na placach Obwodów Drogowych, (2) sprzątnięcie pomieszczeń socjalno-biurowych w siedzibie Rejonu w Zawierciu, (3) sprzątnięcie terenu otaczającego

siedzibę Rejonu w Zawierciu, (4) utrzymanie zieleni przy siedzibie Rejonu w Zawierciu, (5) odśnieżanie chodnika, parkingu i drogi dojazdowej do garaży przy siedzibie rejonu w Zawierciu. Trybem udzielenia zamówienia był przetarg nieograniczony. Termin składania ofert ustalony został do dnia 24 marca 2011 r. Jedynym kryterium, którym zamawiający kierował się przy wyborze oferty było kryterium ceny.

W przedmiotowym postępowaniu przetargowym Jan Torbus brał udział wspólnie z Łukaszem Torbusem w formie spółki cywilnej pod firmą: Przedsiębiorstwo Usługowo-Handlowe J&J spółka cywilna Jan Torbus, Łukasz Torbus. W postępowaniu złożono 7 ofert, które zawierały następujące ceny brutto:

- 273 717,30 zł – Przedsiębiorstwo Usługowo-Handlowe J&J s.c. Jan Torbus, Łukasz Torbus;
- 309 489,76 zł – Przedsiębiorstwo Usługowo-Handlowe J&J Marta Torbus;
- 379 962,51 zł – VISION GROUP sp. z o.o.;
- 404 889,42 zł – Przedsiębiorstwo Usługowe „TOMBOR” Celina Toman, Jerzy Toman sp.j.;
- 462 423,69 zł – Przedsiębiorstwo Produkcyjno-Handlowo-Usługowe „ZEF” S.A.;
- 496 540,38 zł – Przedsiębiorstwo Wielobranżowe „INTERGOS” sp. z o.o.;
- 593 170,38 zł – Agencja Detektywistyczna „RENOMA” sp. z o.o.;
- 737 999,55 zł – Kolejowe Przedsiębiorstwo Związkowe sp. z o.o.

Zamawiający dokonał wyboru jako najkorzystniejszej oferty Jana Torbusa i Łukasza Torbusa, o czym poinformował wykonawców pismem z dnia 30 marca 2011 r. (dowód: karta nr 991). Pismem z tego samego dnia zamawiający zaprosił Jana Torbusa i Łukasza Torbusa do swojej siedziby w dniu 6 kwietnia 2011 r. w celu podpisania umowy. Pismem z dnia 31 marca 2011 r. podpisanym przez Jana Torbusa wykonawcy Jan Torbus i Łukasz Torbus poinformowali zamawiającego, że z przyczyn od nich niezależnych nie mogą podjąć się realizacji zamówienia (dowód: karta nr 988). W związku z odmową podpisania umowy zamawiający zatrzymał wpłacone wadium w wysokości 13 685,87 zł. Z uwagi na odmowę podpisania umowy przez ww. wykonawców, zamawiający dokonał wyboru najkorzystniejszej spośród pozostałych ofert, tj. oferty złożonej przez Martę Torbus, której następnie w dniu 11 kwietnia 2011 r. udzielono zamówienia.

Stanowisko stron postępowania odnośnie przedmiotowego przetargu

Odnosząc się do przedmiotowego postępowania przetargowego Jan Torbus wyjaśnił, że zmuszony był odstąpić od realizacji zamówienia publicznego ze względu na rozbieżność zdań i konflikt co do sposobu prowadzenia działalności gospodarczej, który ujawnił się między wspólnikami w okresie między złożeniem oferty a rozstrzygnięciem postępowania. Konsekwencją konfliktu było wystąpienie Łukasza Torbusa ze spółki w maju 2011 r. Odstąpienie od realizacji przedmiotowego przedsięwzięcia spowodowało utratę przez wspólników wadium w wysokości siedmiu tysięcy złotych. Działania Jana Torbusa nie miały zatem na celu doprowadzenia do wyboru tego z przedsiębiorców, który zaoferował wyższą cenę, a były jedynie konsekwencją nieprzewidzianych okoliczności, które w przypadku nieodstąpienia od realizacji zamówienia mogły grozić znacznie większymi konsekwencjami finansowymi z tytułu kar umownych, niż tylko utrata wadium.

W tym miejscu należy wyjaśnić, że kwota wadium, jaką według wyjaśnień Jana Torbusa utracili wspólnicy – Jan Torbus i Łukasz Torbus, stanowi, w zaokrągleniu, połowę wskazanej w dokumentacji przetargowej kwoty wadium, jaką zatrzymał zamawiający (13 685,87 zł). Na tej podstawie Prezes Urzędu przyjął, że kwota siedmiu tysięcy wskazana w wyjaśnieniach Jana Torbusa odnosi się do każdego ze współników z osobna (a zatem utracili oni, po zaokrągleniu, po 7 tysięcy złotych).

2.5.3. Postępowanie przetargowe przeprowadzone przez Agencję Nieruchomości Rolnych – Oddział Terenowy w Opolu

Postępowanie o udzielenie zamówienia pn. *„Świadczenie usługi w zakresie całodobowej ochrony budynków byłego Przejścia Granicznego położonego w obrębie Konieczna, gmina Uście Gorlickie, powiat gorlicki, woj. małopolskie. Postępowanie nr: OP.SO.ZP-016/II/122/2011/U”*, przeprowadzone przez Agencję Nieruchomości Rolnych – Oddział Terenowy w Opolu, zostało wszczęte w drodze ogłoszenia zamieszczonego w Biuletynie Zamówień Publicznych w dniu 3 listopada 2011 r. pod numerem 286769-2011. Przedmiot zamówienia był zgodny z jego nazwą. Trybem udzielenia zamówienia był przetarg nieograniczony. Zamawiający wymagał wniesienia wadium w wysokości 1 404 zł. Termin składania ofert ustalony został do dnia 14 listopada 2011 r. Jedynym kryterium, którym zamawiający kierował się przy wyborze oferty było kryterium ceny.

W postępowaniu złożono 6 ofert, z których jedna została odrzucona. Najkorzystniejsza oferta została złożona przez Martę Torbus (cena 21 230,49 zł), zaś następną w kolejności, nie uwzględniając oferty odrzuconej, była oferta Jana Torbusa (cena 25 606,24 zł). Zamawiający dokonał wyboru oferty Marty Torbus, zaś w związku z odmową podpisania przez nią umowy w sprawie zamówienia publicznego, zamawiający wybrał najkorzystniejszą ofertę spośród pozostałych ofert, tj. ofertę złożoną przez Jana Torbusa (dowód: karta nr 594 i 595). Zamówienie zostało udzielone Janowi Torbusowi w dniu 30 listopada 2011 r.

Stanowisko stron postępowania odnośnie przedmiotowego przetargu

Odnosząc się do przedmiotowego postępowania przetargowego, Marta Torbus wskazała, że odstępienie od realizacji zadania publicznego spowodowane było problemami kadrowymi. Marta Torbus planowała nawiązać współpracę z pracownikami pochodzącymi z lokalnych środowisk małej miejscowości – Uście Gorlickie. Potencjalni pracownicy byli niechętnie nastawieni do współpracy z przedsiębiorcą pochodzącym z innego regionu oraz uprzedzeni wobec przedsiębiorców z branży ochroniarskiej z uwagi na niewywiązywanie się ze swoich zobowiązań przez poprzednią firmę świadczącą usługi w obiekcie.

2.6. Pozostałe skontrolowane w toku postępowania antymonopolowego przetargi

W ramach postępowania antymonopolowego zostały skontrolowane także dwa postępowania przetargowe przeprowadzone przez Sąd Rejonowy w Jaworznie pn. *„Kompleksowe usługi utrzymania czystości i porządku w budynku Sądu Rejonowego w Jaworznie wraz z utrzymaniem czystości na przylegających terenach zewnętrznych”* (znak postępowania: Adm. 2310-Zp-1/13) i pn. *„Stała, całodobowa, bezpośrednia ochrona osób i mienia*

w siedzibie Sądu Rejonowy w Jaworznie oraz odbiór i transportowanie wartości pieniężnych i innych przedmiotów wartościowych w formie inkasa i konwoju” część I „Ochrona” (znak postępowania: Adm. 2310-Zp-1/14) oraz postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pn. „Utrzymanie czystości i porządku w budynku Miejskiego Zarządu Zasobów Komunalnych w Chrzanowie” (znak postępowania: ZP.68/13) przeprowadzone przez Miejski Zarząd Zasobów Komunalnych w Chrzanowie.

W przypadku postępowań przeprowadzonych przez Sąd Rejonowy w Jaworznie oferty Jana Torbusa zawierały najniższą cenę i zostały najwyżej ocenione. Oferty Marty Torbus zajęły odpowiednio drugie i trzecie miejsce w klasyfikacji ofert. W obydwu przetargach Marta Torbus nie wykazała spełnienia warunku dotyczącego posiadanej wiedzy i doświadczenia zgodnie z wymogami określonymi w specyfikacji istotnych warunków zamówienia, w związku z czym została z nich wykluczona, a jej oferty odrzucone. W obydwu przetargach zamówienie zostało udzielone Janowi Torbusowi.

W przypadku postępowania przetargowego przeprowadzonego przez Miejski Zarząd Zasobów Komunalnych w Chrzanowie Jan Torbus złożył ofertę zawierającą najniższą cenę, a Marta Torbus ofertę następną w kolejności pod względem ceny. Zamówienie zostało udzielone Janowi Torbusowi.

Stanowisko stron postępowania odnośnie ww. przetargów

W ocenie stron postępowania okoliczności tych postępowań przetargowych uzasadniają twierdzenie o braku po ich stronie jakichkolwiek intencji naruszenia ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów. W obydwu przetargach organizowanych przez Sąd Rejonowy w Jaworznie Marta Torbus nie uzupełniła oferty na wezwanie zamawiającego, gdyż okazało się, że nie dysponuje referencjami, które spełniałyby warunki narzucone przez zamawiającego w specyfikacji istotnych warunków zamówienia, choć przed przystąpieniem do przetargów była w pełni przekonana, że posiadane przez nią doświadczenie jest dostateczne. W ocenie stron postępowania niezwykle istotną okolicznością jest to, że w przypadkach obydwu postępowań oferty złożone przez Martę Torbus opiewały na kwotę wyższą niż oferty Jana Torbusa. Brak odpowiedzi na wezwania zamawiającego do uzupełnienia ofert i w konsekwencji wykluczenie Marty Torbus z postępowań nie mogły więc skutkować doprowadzeniem do wyboru ofert tego z przedsiębiorców, który zaoferował wyższą cenę.

W ocenie stron postępowania przetarg przeprowadzony przez Miejski Zarząd Zasobów Komunalnych w Chrzanowie potwierdza, że prowadzą oni w rzeczywistości oddzielne funkcjonalnie przedsiębiorstwa, pomiędzy którymi prowadzona jest normalna konkurencja w ramach gry rynkowej. Jan Torbus i Marta Torbus podkreślili, że pomimo „sprzyjających” ku temu okoliczności nie doszło do sytuacji, w której z postępowania wycofałby się ten z przedsiębiorców, który zaoferował cenę najniższą, tak by jego „miejsce” zajął drugi z przedsiębiorców, którego oferta opiewała na wyższą cenę.

2.7. Ustalenia dotyczące podobieństw w dokumentacji ofertowej przedsiębiorców, koordynacji ich zachowań w ramach przetargów i powiązań organizacyjnych

Analiza dokumentacji ofertowych składanych przez Jana Torbusa i Martę Torbus w ramach powyżej opisanych postępowań przetargowych ujawniła następujące podobieństwa:

Oferty były wypełniane odręcznym pismem o podobnych cechach charakterystycznych.

Załączane do ofert wypisy z CEIDG były generowane w tym samym czasie (w odstępie jednej minuty). Przykładowo wypis z CEIDG Jana Torbusa, którego wydruk został załączony do dokumentacji ofertowej w ramach przetargu przeprowadzonego przez Sąd Rejonowy w Chrzanowie został wygenerowany 2 grudnia 2013 r. o godzinie 12⁴². Wypis z CEIDG Marty Torbus złożony przez nią w tym samym przetargu został wygenerowany 2 grudnia 2013 r. o godzinie 12⁴¹ (dowód: karty nr 550 i 564).

Odnosząc się do powyższych ustaleń strony postępowania przyznały, że ich oferty były sporządzane przez jedną osobę, tj. Agnieszkę Madejczyk – księgową zatrudnioną przez Jana Torbusa w wymiarze pół etatu i Martę Torbus w wymiarze pół etatu (dowód: karta nr 638). Z uwagi na niewielką skalę działalności obydwu przedsiębiorców ww. osoba zajmuje się również sprawami kadrowymi oraz sporządzaniem dokumentacji ofertowych. Według wyjaśnień stron postępowania, Agnieszka Madejczyk wykonywała jedynie czynności techniczne związane ze sporządzaniem ofert, tj. odręczne wypełnianie formularzy, kompletowanie zaświadczeń, referencji i oświadczeń. Ostateczne stawki na realizację zamówień ustalali samodzielnie przedsiębiorcy, zaś Agnieszka Madejczyk wprowadzała je jedynie do formularzy.

W niektórych przetargach oferty przedsiębiorców były składane w siedzibie zamawiających o tej samej godzinie (w odstępie jednej minuty) przez tę samą osobę. Taka sytuacja miała miejsce w postępowaniu przetargowym przeprowadzonym przez Sąd Rejonowy w Chrzanowie. Jak wynika z dokumentu pn. „Wykaz złożonych ofert” oferta Jana Torbusa została złożona w siedzibie zamawiającego w dniu 6 grudnia 2013 r. o godzinie 7⁴⁴, a oferta Marty Torbus minutę później tego samego dnia. W powyższym dokumencie, przy wpisach dotyczących ofert Jana Torbusa i Marty Torbus, w kolumnie „Podpis składającego ofertę”, znajdują się takie same podpisy, świadczące o tym, że oferty zostały złożone przez tę samą osobę (dowód: karta nr 544). Podobna sytuacja miała miejsce w przypadku przetargu przeprowadzonego przez Nadleśnictwo Kędzierzyn.

Strony postępowania wyjaśniły, że w niektórych przetargach Marta Torbus osobiście składała oferty swoją i Jana Torbusa, przy czym chodziło jedynie o faktyczną czynność dostarczenia z praktycznych względów do siedziby zamawiającego zamkniętych kopert, zawierających dokumentację ofertowe obydwu przedsiębiorców.

Koperty, w których składano oferty przedsiębiorców były przygotowane w ten sam sposób. Przykładowo na kopertach, w których przedsiębiorcy złożyli swoje oferty w postępowaniu przetargowym organizowanym przez Sąd Rejonowy w Chrzanowie, znajduje się nadruk zawierający adres zamawiającego, nazwę postępowania przetargowego oraz informację o tym, aby kopert nie otwierać przed terminem otwarcia ofert. Powyższy tekst ma ten sam

rodzaj i rozmiar czcionki, a układ tekstu jest identyczny. Informacja o nieotwieraniu kopert została sporządzona pogrubioną czcionką (dowód: karty nr 558 i 571).

Pisma stron postępowania z dnia 6 grudnia 2013 r., stanowiące odpowiedź na wezwanie Sądu Rejonowego w Prudniku dotyczące zależności finansowych pomiędzy stronami postępowania, były identyczne w zakresie treści i formy (edycji tekstu). W treści obydwu pism wskazano, że przedsiębiorcy nie należą do żadnej grupy kapitałowej oraz że łączy ich umowa spółki cywilnej, jednakże w przedmiotowym przetargu występują jako niezależni przedsiębiorcy, co jest dozwolone przez obowiązujące prawo. Pisma są identyczne także pod względem formy – mają ten sam rodzaj i rozmiar czcionki, układ strony, układ tekstu, odstępy między wierszami. Powyższe podobieństwa i zbieżności świadczą o tym, że pisma te zostały przygotowane na bazie tego samego pliku komputerowego. Ponadto obydwie pisma zostały wysłane w tym samym czasie (6 grudnia 2013 r., godz. 15⁰²), z tego samego numeru faks (32 643 04 98), którym posługuje się w ramach swojego przedsiębiorstwa Jan Torbus (dowód: karty nr 900 i 903).

Pisma stron postępowania o uchyleniu się od zawarcia umowy w sprawie zamówienia publicznego były identyczne pod względem treści oraz formy (edycji tekstu i formatowania). W zakresie treści pisma te różniły się jedynie danymi zamawiającego, do którego były adresowane oraz nazwą i oznaczeniem postępowania przetargowego, w ramach którego były składane. Zasadnicza treść merytoryczna tych pism była identyczna i brzmiała następująco:

„W odpowiedzi na pismo zawiadamiające o wyborze naszej oferty jako najkorzystniejszej w wyżej wymienionym postępowaniu, informujemy że z przyczyn od nas niezależnych nie możemy podjąć się realizacji zamówienia.

Za utrudnienia wynikające z tej decyzji przepraszamy.”

Pisma są identyczne także pod względem formy – mają ten sam rodzaj i rozmiar czcionki, układ strony, układ tekstu, odstępy między wierszami. Omawiane pisma zostały złożone przez Martę Torbus w obydwu powyżej opisanych postępowaniach przetargowych przeprowadzonych przez Urząd Skarbowy w Raciborzu, zaś przez Jana Torbusa w postępowaniach przetargowych przeprowadzonych przez Sąd Rejonowy w Prudniku oraz Generalną Dyрекcyję Dróg Krajowych i Autostrad (dowód: karty nr 145, 892, 982 i 988).

Marta Torbus kontaktowała się z zamawiającymi w trakcie postępowań przetargowych za pośrednictwem faksu o numerze 32 643 04 98, którym posługuje się w ramach swojego przedsiębiorstwa Jan Torbus. Z tego numeru faks zostały wysłane m.in. pisma o uchyleniu się przez Martę Torbus od zawarcia umowy w postępowaniach przetargowych przeprowadzonych przez Urząd Skarbowy w Raciborzu (dowód: karta nr 145 i 982).

W CEIDG znajduje się wpis o dodatkowym miejscu wykonywania działalności przez Martę Torbus pod adresem ul. Oświęcimska 9, 32-500 Chrzanów, który stanowi główny adres wykonywania działalności gospodarczej przez Jana Torbusa (dowód: karta nr 600).

W postępowaniu przeprowadzonym przez Sąd Rejonowy w Prudniku Jan Torbus w polu „adres do korespondencji” formularza ofertowego wskazał adres, pod którym prowadzi działalność gospodarczą Marta Torbus, tj. ul. Długa 134, 32-300 Olkusz (dowód: karta nr 921).

2.8. Ogólne stanowisko stron postępowania

Jak już wskazano, przedsiębiorcy odnieśli się do zarzutów określonych w sentencji postanowienia o wszczęciu postępowania antymonopolowego, okoliczności przedstawionych w uzasadnieniu tego postanowienia oraz materiałów i dowodów zebranych w toku postępowania antymonopolowego wspólnymi pismami z dnia 30 stycznia 2015 r. i 15 lipca 2015 r. Szczegółowe stanowisko przedsiębiorców odnośnie poszczególnych postępowań przetargowych oraz pozostałych ustaleń zostało już przedstawione w niniejszej decyzji, zaś w tym miejscu zostanie przedstawione ich ogólne stanowisko dotyczące postawionych im zarzutów.

Przedsiębiorcy wskazali, że ich celem nie było naruszenie przepisów ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów, ani w przywołanych okolicznościach nie wystąpił skutek w postaci ograniczenia konkurencji.

Pomiędzy przedsiębiorcami istnieją relacje konkurencyjne w ramach normalnej gry rynkowej, zaś przetargi wskazane przez Prezesa Urzędu miały charakter incydentalny, szczególnie i każdorazowo uzasadniony obiektywnymi okolicznościami danej sprawy. Strony postępowania podkreśliły, że ich celem zawsze była troska o dobrą opinię ich firm lub uniknięcie wysokich kar umownych za niewywiązanie się z zadań. W tych sytuacjach lepszym rozwiązaniem było odstąpienie od podpisywania umowy. Ich postępowaniem kierowała zatem dbałość o wizerunkowe i finansowe interesy przedsiębiorstwa, a nie naruszenie reguł konkurencji w postępowaniach przetargowych. W ocenie stron powyższe stanowisko potwierdzają okoliczności postępowań przeprowadzonych przez Miejski Zarząd Zasobów Komunalnych w Chrzanowie oraz Sąd Rejonowy w Jaworznie, w których – pomimo sprzyjających ku temu okoliczności nie doszło do zawarcia umowy przez tego z przedsiębiorców, który zaoferował wyższą cenę na realizację danego zadania publicznego. Działania przedsiębiorców nigdy nie miały zatem na celu ograniczenia konkurencji.

Przedsiębiorcy podkreślili, że corocznie biorą udział w ponad stu postępowaniach przetargowych, a zatem odsetek postępowań, w których dochodziło do rezygnacji któregośkolwiek z przedsiębiorców jest bardzo niski, a każdemu z tych postępowań można przypisać charakter incydentalny, łączący się z obiektywnymi czynnikami, które spowodowały odstąpienie.

Przedsiębiorcy wskazali, że miały miejsce sytuacje, w których obydwaj zostali zmuszeni do rezygnacji z realizacji zamówień publicznych, choć zamawiający informowali ich, że przedłożone przez nich oferty zostały kolejno uznane za najkorzystniejsze. Jako przykład takiego postępowania wskazano postępowanie przetargowe pn. „*Usługi utrzymania czystości i porządku w budynku Sądu Rejonowego w Zawierciu przy ul. Leśnej 4 i ul. Paderewskiego 12 wraz z utrzymaniem czystości na przylegających terenach zewnętrznych*”, przeprowadzone przez Sąd Rejonowy w Zawierciu w listopadzie i grudniu 2013 r., kiedy to z przyczyn obiektywnych żaden z nich nie mógł podjąć się realizacji zamówienia.

Przedsiębiorcy wskazali także na postępowanie przetargowe dotyczące świadczenia usług czystościowo-porządkowych przeprowadzone przez Generalną Dyрекcyję Dróg Krajowych

i Autostrad w Zawierciu w lipcu i sierpniu 2014 r., kiedy obydwaj przedsiębiorcy złożyli dwie kolejno najkorzystniejsze oferty. Pomimo tego nie doszło do odstąpienia od realizacji zamówienia przez tego z przedsiębiorców, który zaoferował niższą cenę w swojej ofercie.

W ocenie stron postępowania całokształt okoliczności sprawy nie wskazuje na istnienie koordynacji zachowań przedsiębiorców, która pociągnęłaby za sobą antykonkurencyjne skutki. Przedsiębiorcy wskazali, że ich oferty mieściły się w założonych przez zamawiających budżetach, niejednokrotnie pozwalając na znaczne oszczędności środków publicznych. Co zdaniem przedsiębiorców istotne, większość ofert złożonych przez pozostałych uczestników przetargów przekraczała założone limity. Ponadto, eliminacja z przetargu jednej ze stron postępowania umożliwiła prawidłowe wykonanie zamówienia przez drugą stronę postępowania. Wobec powyższego, w ocenie stron postępowania, nie została spełniona przesłanka antykonkurencyjnego skutku, warunkująca zastosowanie zakazu porozumień ograniczających konkurencję.

Przedsiębiorcy wskazali także, że relatywnie mała skala ich działalności, obejmująca świadczenie podstawowych usług ochroniarskich i czystościowo-porządkowych na ograniczonym terenie sprawia, że nie sposób w niniejszej sprawie mówić o naruszeniu interesu publicznego. Zdaniem stron postępowania, co prawda nie sposób dokładnie oszacować rozmiarów rynków usług ochroniarskich i czystościowo-porządkowych, jednak na rynku funkcjonuje ogromna liczba podmiotów publicznych i prywatnych, które korzystają z powyższych usług, co w zestawieniu z niewielkimi przychodami osiąganymi przez przedsiębiorców (około 450 000 zł), przy relatywnie wysokich kosztach działalności sprawia, że bardzo mało prawdopodobne jest, by jakiegokolwiek działania stron postępowania były w stanie w realny sposób negatywnie wpłynąć na stan konkurencji na rynkach właściwych.

W wyjaśnieniach dokonano także analizy zbieżności (koordynacji) zachowań przedsiębiorców w kontekście art. 8 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów. Wskazano w niej, że zachowania stron postępowania są racjonalne na tle stosowanej odpowiednio tzw. reguły rozsądku, określonej w ww. przepisie. W przypadku małych przedsiębiorców, jakimi są strony postępowania, którzy są krewnymi zamieszkującymi pod tym samym adresem i zatrudniającymi wspólną księgową, muszą zaistnieć pewne bieżące powiązania gospodarcze, których nie da się uniknąć, ale też nie sposób ich uznać *per se* za naganne. Powiązania te wynikają z racjonalizacji działań, przynoszącej obydwu przedsiębiorcom określone korzyści organizacyjne (np. uproszczenie procesu przygotowania i dostarczania ofert przetargowych) i finansowe (np. oszczędność kosztów poprzez zatrudnianie jednej księgowej w obydwu firmach), a jednocześnie nie pociągają za sobą ograniczeń konkurencji.

Strony postępowania podkreśliły, że przedmiotowe postępowanie antymonopolowe ma charakter swoiście poszlakowy i oparty jedynie na dowodach pośrednich. Zgromadzony materiał dowodowy stanowi jedynie pewną podstawę, z której Prezes Urzędu pośrednio wyprowadził wniosek, że przedsiębiorcy winni są dopuszczenia się czynów ograniczających konkurencję, w braku jakichkolwiek bezpośrednich dowodów, które wprost wskazywałyby na naruszenie przez przedsiębiorców przepisów ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów.

Zastosowanie tego rodzaju wnioskowania o dowodach jest jednak uprawnione tylko wtedy, gdy rozumowanie Prezesa Urzędu będzie logiczne, pozbawione luk, a co najistotniejsze, gdy z braku dowodów bezpośrednich dowody dostępne i należycie ocenione będą stanowić zamknięty łańcuch poszlak których wymowa w zasadzie wykluczy możliwość odmiennej oceny zaistniałych zdarzeń i wysnucie odmiennych, prawdopodobnych choćby w mniejszym stopniu, wniosków. W ocenie stron postępowania nie sposób stwierdzić, że wymowa dowodów zebranych w przedmiotowym postępowaniu antymonopolowym wyklucza możliwość odmiennej oceny ich działań lub że zaistniał brak innego spójnego wyjaśnienia niż to zawarte w postanowieniu o wszczęciu postępowania antymonopolowego. Wręcz przeciwnie – każdy z przypadków odstąpienia przez przedsiębiorców od realizacji zamówienia był wytłumaczalny i wynikał z całkowicie innych przesłanek niż wola ograniczenia konkurencji, a także nie pociągnął za sobą skutku w postaci jej ograniczenia. W ocenie stron postępowania, liczba niejasności i rozbieżności w interpretacji faktów jakie ujawniają się w przypadku każdego z opisanych postępowań przetargowych wskazuje, że w niniejszej sprawie powinna znaleźć zastosowanie zasada *in dubio pro reo*, zgodnie z którą wszelkie wątpliwości należy rozstrzygać na korzyść oskarżonego. Następnie w piśmie przedsiębiorców przedstawiono analizę orzecznictwa Europejskiego Trybunału Praw Człowieka, Europejskiego Trybunału Sprawiedliwości, Sądu Najwyższego oraz doktryny prawa konkurencji, której konkluzją był wniosek o konieczności zagwarantowania w postępowaniach antymonopolowych domniemania niewinności, co przesądza m.in. o rozkładzie ciężaru dowodu i obowiązku rozstrzygania wszystkich wątpliwości, których nie można usunąć, na korzyść podmiotu, któremu organ zarzuca naruszenie prawa.

W świetle powyższego, strony postępowania zwróciły uwagę na to, że prowadzą swoje firmy w formie jednoosobowej działalności gospodarczej i odpowiadają całym swoim majątkiem za wszelkie skutki wynikające z jej prowadzenia. Powyższe, zdaniem przedsiębiorców, uzasadnia szczególną dbałość o dochowanie w przedmiotowym postępowaniu antymonopolowym wszelkich reguł sprawiedliwego procesu i wskazanych wyżej gwarancji procesowych.

Podsumowując swoje stanowisko strony postępowania wskazały, że szereg wątpliwości, które ujawniają się w przypadku wszystkich postępowań przetargowych, w kontekście konieczności zastosowania zasady *in dubio pro reo*, uniemożliwia wydanie decyzji stwierdzającej dopuszczenie się przez przedsiębiorców stosowania praktyk ograniczających konkurencję.

W związku z powyższym strony postępowania wniosły o umorzenie postępowania antymonopolowego ze względu na jego bezprzedmiotowość. W przypadku uznania przez Prezesa UOKiK, że ustalone w toku postępowania okoliczności nie uzasadniają uznania go za bezprzedmiotowe, strony postępowania wniosły o odstąpienie od wymierzania kary finansowej. Gdyby jednak Prezes UOKiK zdecydowała o nałożeniu kary finansowej na przedsiębiorców, wnoszą oni o ustalenie jej w szczególnie niskiej wysokości.

W ocenie stron postępowania za łagodnym ich potraktowaniem, w przypadku uznania ich za winnych praktyk ograniczających konkurencję, przemawia:

- 1) bardzo niska szkodliwość ewentualnego naruszenia, na którą składa się:
 - charakterystyka rynków świadczenia usług czystościowo-porządkowych oraz ochroniarskich,
 - relatywnie niewielki zasięg działania przedsiębiorców,
 - niewielka skala działalności przedsiębiorców,
- 2) podjęcie przez przedsiębiorców działań naprawczych i zapobiegawczych, w tym zobowiązanie się do przestrzegania w przyszłości specjalnie sformułowanych wytycznych dotyczących przestrzegania reguł antymonopolowych;
- 3) współpraca z Prezesem Urzędu w toku postępowania;
- 4) brak uprzednich naruszeń zakazu praktyk naruszających konkurencję.

Jan Torbus osiągnął w 2014 r. przychód z działalności gospodarczej w wysokości (tajemnica przedsiębiorstwa), zaś Marta Torbus w wysokości (tajemnica przedsiębiorstwa) (dowód: karty nr 1004 i 1005).

Pismem z dnia 18 sierpnia 2015 r. strony postępowania zostały zawiadomione o zakończeniu zbierania materiału dowodowego w niniejszym postępowaniu oraz o tym, że mogą się zapoznać z materiałem zgromadzonym w aktach sprawy.

Mając powyższe ustalenia na uwadze Prezes Urzędu zważył, co następuje:

Rozważania dotyczące postawionych przedsiębiorcom zarzutów należy poprzedzić informacją dotyczącą stanu prawnego, w jakim została wydana niniejsza decyzja. W dniu 18 stycznia 2015 r. weszła w życie ustawa z dnia 10 czerwca 2014 r. o zmianie ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów oraz ustawy – Kodeks postępowania cywilnego (Dz. U. poz. 945). Zgodnie z art. 3 tej ustawy, „*Do spraw, w których postępowanie wszczęto przed dniem wejścia w życie niniejszej ustawy stosuje się przepisy dotychczasowe, o ile przepisy art. 4, art. 7, art. 10 i art. 11 nie stanowią inaczej.*”. Ze względu na fakt, że postępowanie antymonopolowe zakończone wydaniem niniejszej decyzji zostało wszczęte przed wejściem w życie ww. ustawy, do przedmiotowej sprawy zastosowanie miały przepisy ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów w brzmieniu sprzed ww. nowelizacji.

1. Określenie zarzutu

Stronom niniejszego postępowania antymonopolowego postawiony został zarzut stosowania praktyki ograniczającej konkurencję, określonej w art. 6 ust. 1 pkt 7 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów, polegającej na uzgadnianiu w postępowaniach o udzielenie zamówień publicznych, których przedmiotem były usługi ochrony osób i mienia oraz usługi czystościowo-porządkowe, warunków składanych ofert oraz innych zachowań tych przedsiębiorców, mających na celu wybór oferty tego z przedsiębiorców, który zaoferował wyższą cenę.

2. Interes publiczny

Stosownie do art. 1 ust. 1 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów określa ona „warunki rozwoju i ochrony konkurencji oraz zasady podejmowanej w interesie publicznym ochrony interesów przedsiębiorców i konsumentów”. Tak określony cel ustawy oznacza, że ma ona charakter publiczny i służy ochronie interesu ogólnospołecznego. Powyższe przesądza o wyłączeniu możliwości podejmowania przez Prezesa Urzędu działań w celu ochrony interesów indywidualnych. Takie rozumienie celu ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów oraz kompetencji Prezesa Urzędu potwierdza orzecznictwo Sądu Okręgowego w Warszawie – Sądu Ochrony Konkurencji i Konsumentów (zwanego dalej: „SOKiK”), w świetle którego *„interes publiczny w postępowaniu administracyjnym nie jest pojęciem jednolitym i stałym. W każdej sprawie winien być on ustalony i konkretyzowany. Organ administracji – Prezes Urzędu winien być w toku i przy wydawaniu decyzji rzecznikiem tego interesu, albowiem wynika to z jego zadań w strukturze administracji publicznej – art. 7 k.p.a.”*. Podobnie Sąd Najwyższy stwierdził, że *„ustawa antymonopolowa ma charakter publicznoprawny, zatem jej celem jest słuzenie interesom publicznym. Ingeruje, gdy w wyniku pewnych ogólnych zjawisk zagrożona jest sama instytucja konkurencji. Nie odnosi się do ochrony roszczeń indywidualnych”*.¹

Interes publiczny należy bowiem utożsamiać z naruszeniem konkurencji lub wywołaniem (możliwością wywołania) na rynku innych niekorzystnych zjawisk.² Zachowanie przedsiębiorców należy oceniać z punktu widzenia celów ustawodawstwa antymonopolowego, a mianowicie, czy może ono wywołać skutki w postaci wpływu na ilość, jakość, cenę towarów lub zakres wyboru dostępny konsumentom lub innym nabywcom.³

U podstaw zakazu zawierania porozumień ograniczających konkurencję leży postulat samodzielności rynkowej, z którego wynika zakaz nawiązywania wszelkich kontaktów, których celem lub skutkiem jest ograniczenie konkurencji na rynku właściwym. Ochrona konkurencji jako mechanizmu funkcjonowania gospodarki dokonywana jest w tym przypadku ze względu na fakt, że praktyki naruszające zakaz zawierania porozumień ograniczających konkurencję godzą w interes odbiorców, a ostatecznie w dobrobyt konsumenta i jako sprzeczne z naczelnym celem ustawy powinny być surowo karane.⁴

Horyzontalne porozumienia cenowe należy zaliczyć do najcięższych naruszeń prawa ochrony konkurencji, albowiem zazwyczaj wywołują one niekorzystne skutki na rynku, zniekształcając ten rynek, ograniczając albo eliminując na nim konkurencję, przez co naruszają interes ogólnospołeczny⁵. Uzgodnienie pomiędzy konkurentami treści składanych w trakcie przetargu ofert oraz zachowania w toku prowadzonego przetargu może wpływać negatywnie na poziom cen oraz zakres wyboru i jakość usług dostępnych dla zamawiającego. Zawieranie pomiędzy przedsiębiorcami zmów przetargowych może ograniczać lub nawet eliminować oczekiwane, pozytywne efekty przetargu jako pola walki konkurencyjnej,

¹ wyrok Sądu Najwyższego z dnia 29 maja 2001 r., (sygn. akt: I CKN 1217/98)

² wyrok Sądu Najwyższego z dnia 5 czerwca 2008 r., (sygn. akt: III SK 40/07)

³ wyrok Sądu Najwyższego z dnia 16 października 2008 r., (sygn. akt: III SK 2/08)

⁴ decyzja Prezesa UOKiK Nr RPZ-26/2010 z dnia 2 listopada 2010 r.

⁵ wyrok Sądu Najwyższego z dnia 24 lipca 2003 r., (sygn. akt: I CKN 496/01)

narażając zamawiającego na niekorzystne rozporządzenie mieniem, zwłaszcza środkami publicznymi, przez co pośrednio naraża na straty ogół społeczeństwa. Tego rodzaju porozumienia powinny być ścigane oraz karane niezależnie od ich faktycznego wpływu na rynek właściwy. *„Praktyka zmów przetargowych może być szczególnie społecznie szkodliwa, jeśli dotyczy zamówień publicznych. Szkodliwość zmów przetargowych polega na tym, że niweczą one korzyści wynikające z konkurencji”*.⁶

W sprawie będącej przedmiotem niniejszej decyzji, która dotyczy zawarcia umowy przetargowej, został naruszony interes publicznoprawny poprzez naruszenie zasad konkurencji w przetargach, co uzasadnia ocenę zachowania stron niniejszego postępowania w świetle przepisów ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów. Umowy przetargowe mogą bowiem powodować zakłócenie funkcjonowania systemu zamówień publicznych poprzez *„zniweczenie celu, jaki ma być osiągnięty w drodze przetargu, a mianowicie wybór najkorzystniejszych ofert składanych przez oferentów w warunkach konkurencji”*.⁷

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

4. Rynek właściwy

Praktyki ograniczające konkurencję ujawniają się na określonym rynku, dlatego koniecznym jest zdefiniowanie rynku właściwego w niniejszej sprawie. Zgodnie z art. 4 pkt 9 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów przez rynek właściwy rozumie się rynek towarów, które ze względu na ich przeznaczenie, cenę oraz właściwości, w tym jakość, są uznawane przez ich nabywców za substytuty oraz są oferowane na obszarze, na którym, ze względu na ich rodzaj i właściwości, istnienie barier dostępu do rynku, preferencje konsumentów, znaczące różnice cen i koszty transportu, panują zbliżone warunki konkurencji.

Z przywołanej wyżej definicji ustawowej wynika zatem, że rynek właściwy określa się zarówno w ujęciu produktowym (przedmiotowym), jak i geograficznym (terytorialnym). Rynek w znaczeniu przedmiotowym odnosi się do towarów w rozumieniu art. 4 pkt 7 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów. Natomiast rynek w ujęciu geograficznym odnosi się do obszaru, na jakim towary te są oferowane. Przez towary należy rozumieć zarówno rzeczy, jak i energię, papiery wartościowe i inne prawa majątkowe, usługi, a także roboty budowlane (art. 4 pkt 7 ww. ustawy). Pojęcie rynku właściwego odnosi się przedmiotowo do wszystkich wyrobów (usług) jednego rodzaju, które ze względu na swoje szczególne właściwości odróżniają się od innych wyrobów (usług) w taki sposób, że nie istnieje możliwość dowolnej ich zamiany. Rynek właściwy produktowo obejmuje wszystkie towary, które służą zaspokajaniu tych samych potrzeb nabywców, mają zbliżone właściwości, podobne ceny i reprezentują podobny poziom jakości. Niezbędnym elementem rynku właściwego jest także jego wymiar geograficzny, oznaczający konieczność wskazania obszaru, na którym warunki konkurencji, mające zastosowanie do określonych towarów, są zbieżne dla wszystkich konkurentów. Zatem, aby wyznaczyć rynek właściwy określoną działalność poddaje się

⁶ Z. Jurczyk, „Kartele w polityce konkurencji Unii Europejskiej”, Warszawa 2012, s. 372

⁷ wyrok SOKiK z dnia 17 kwietnia 2008 r., (sygn. akt: XVII Ama 117/05)

analizie z punktu widzenia produktowego (asortymentowego), a także geograficznego. Wyznaczenie rynku właściwego produktowo opierać się powinno na zbadaniu substytucyjności towarów w oparciu o takie kryteria jak przeznaczenie, właściwości towaru oraz cenę.

W niniejszej sprawie zakwestionowane zachowanie przedsiębiorców przejawiało się na następujących rynkach w ujęciu produktowym:

- rynku usług ochrony osób i mienia,
- rynku usług czystościowo-porządkowych.

Rynek usług ochrony osób i mienia obejmuje usługi polegające na zapewnieniu bezpieczeństwa osobom przebywającym na terenie stanowiącym przedmiot ochrony, zapobieganiu przestępstwom i wykroczeniom przeciwko mieniu w obrębie chronionych terenów, przeciwdziałaniu szkodzie wynikającej z tych przestępstw i wykroczeń, niedopuszczaniu do wstępu osób nieuprawnionych na teren chroniony. W przypadku zamówień publicznych szczegółowy zakres zadań w ramach usług ochrony osób i mienia określany jest w opisie przedmiotu zamówienia zawartym w specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Zasady prowadzenia działalności gospodarczej w zakresie usług ochrony osób i mienia określa ustawa z dnia z dnia 22 sierpnia 1997 r. o ochronie osób i mienia (Dz. U. z 2014 r. poz. 1099). Podjęcie działalności gospodarczej w zakresie usług ochrony osób i mienia wymaga uzyskania koncesji, określającej zakres i formy świadczenia tych usług. Organem właściwym w sprawie udzielania takiej koncesji jest minister właściwy do spraw wewnętrznych. Zadania ochrony osób i mienia wykonują pracownicy ochrony posiadający odpowiednie uprawnienia (np. wpis na listę kwalifikowanych pracowników ochrony fizycznej).

Rynek usług czystościowo-porządkowych obejmuje szeroki zakres czynności polegających na sprzątanii i utrzymaniu czystości pomieszczeń w budynkach i terenów przyległych. W przypadku zamówień publicznych szczegółowy zakres robót w ramach usług czystościowo-porządkowych określany jest w opisie przedmiotu zamówienia zawartym w specyfikacji istotnych warunków zamówienia i najczęściej obejmuje: sprzątanii biur i innych pomieszczeń, usuwanie kurzu ze sprzętów biurowych, czyszczenie i mycie sanitariatów oraz łazienek, bieżące uzupełnianie środków higienicznych, zmiatanie, mycie i czyszczenie podłóg, odkurzanie dywanów i wykładzin, mycie okien, drzwi, lusterek, opróżnianie koszy na śmieci i pojemników w niszczarkach, sprzątanii klatek schodowych i korytarzy, utrzymywanie w czystości, w tym odśnieżanie, terenów przylegających do budynków (pasy chodnikowe, parkingi, dziedzińce). Wykonywanie prac czystościowo-porządkowych wymaga użycia prostego sprzętu sprzątającego (wiadra, szczotki, ścierki), zmechanizowanego sprzętu sprzątającego (odkurzacze mechaniczne) oraz użycia materiałów i środków czystości (płyny, proszki, detergenty, ręczniki papierowe, ścierki). W zależności od potrzeb określonego zamawiającego usługi te w ramach udzielanych przez niego zamówień mogą być świadczone sprzętem powierzonym przez zamawiającego lub sprzętem własnym wykonawców.

Uwzględniając powyższe ustalenia należy przyjąć, że nie ma innych rodzajów usług, które mogłyby zostać uznane za substytut dla usług ochrony osób i mienia oraz usług czystościowo-porządkowych.

Analizując okoliczności niniejszej sprawy, Prezes Urzędu doszedł do przekonania, że zarówno rynek usług ochrony osób i mienia jak i rynek usług czystościowo-porządkowych mają wymiar krajowy. Za takim stanowiskiem przemawia przede wszystkim brak występowania na omawianych rynkach właściwych produktowo istotnych barier prawnych lub faktycznych, które mogłyby, choćby potencjalnie, ograniczać swobodę prowadzenia przez przedsiębiorców działalności rynkowej na danym obszarze geograficznym. Na terenie całego kraju przedsiębiorcy mają jednolite warunki konkutowania. Dodatkowo, w odniesieniu do rynku usług czystościowo-porządkowych ustawodawca nie przewidział reglamentacji prowadzenia działalności gospodarczej w tym zakresie, a jedynymi barierami wejścia na rynek są przede wszystkim koszty związane z zarejestrowaniem działalności oraz zakupem odpowiednich urządzeń i materiałów. Konieczność uzyskania koncesji na prowadzenie działalności na rynku usług ochrony osób i mienia oraz pozwolenia na broń obowiązuje jednakowo wszystkie podmioty świadczące takie usługi w całym kraju, co w konsekwencji pozwala na stwierdzenie, że brak jest istotnych barier izolujących w ramach obszaru stanowiącego terytorium Polski. Prawdliwość takiego określenia geograficznego wymiaru rynku potwierdza także fakt, że strony niniejszego postępowania oraz inni przedsiębiorcy składali swoje oferty w przetargach organizowanych w miastach znacznie odległych od miejsca ich siedziby.

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

5. Zarzut zawarcia porozumienia, o którym mowa w art. 6 ust. 1 pkt 7 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów – „zmowa przetargowa”

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

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

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

Zmowa przetargowa i sposoby jej udowodnienia

Ze znową przetargową mamy do czynienia wtedy, gdy przedsiębiorcy, którzy powinni ze sobą konkurować o uzyskanie zamówienia, podejmują niejawną współpracę, aby podnieść ceny, czy zachować się w określony sposób przynoszący im korzyści (np. odstąpić od wykonania zamówienia w celu jego przejęcia przez drugiego oferenta za wyższą cenę).

W orzecznictwie SOKiK podkreśla się, że: *„wykazanie istnienia znowy przetargowej jest niezwykle trudne dowodowo. Podmioty, które dopuszczają się takich działań mając świadomość ich nielegalnego charakteru zwykle tuszują swe porozumienie. Zatem oceniać je możemy zwykle po rezultatach, przesłankach i całokształcie okoliczności sprawy (...)”*.⁸

Z kolei w orzecznictwie Sądu Najwyższego wskazuje się, w odniesieniu do porozumień cenowych, że *„mogą być ujawniane za pomocą dowodów bezpośrednich lub pośrednich. W praktyce możliwość skorzystania przez Prezesa Urzędu z dowodów bezpośrednich jest ograniczona ze względu na świadomość przedsiębiorców co do nielegalności takich działań”*.⁹

W tym kontekście należy wskazać na możliwość stosowania przez Prezesa Urzędu w celu wykazania znowy przetargowych reguł dowodzenia opartych na domniemaniach faktycznych. Zgodnie bowiem z art. 231 ustawy z dnia 17 listopada 1964 r. – Kodeks postępowania cywilnego (Dz. U. z 2014 r., poz. 101, z późn. zm.) (zwanej dalej *„Kodeksem postępowania cywilnego”*), który w postępowaniu antymonopolowym znajduje zastosowanie w związku z art. 84 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów, można uznać za ustalone fakty mające istotne znaczenie dla rozstrzygnięcia sprawy, jeżeli wniosek taki można wyprowadzić z innych ustalonych faktów.

W kontekście argumentów stron postępowania należy także zauważyć, że postępowania antymonopolowe mają *quasi* karny charakter i z związku z tym dopuszczalne są pewne odstępstwa od restrykcyjnego stosowania standardów wywiedzionych z art. 6 Europejskiej Konwencji Praw Człowieka. Powyższe znalazło potwierdzenie w orzecznictwie, zgodnie z którym spraw antymonopolowych nie traktuje się jako spraw karnych w ścisłym znaczeniu i łagodniej traktuje się również wymagania stawiane przez art. 6 Europejskiej Konwencji Praw Człowieka takim sprawom.¹⁰

⁸ wyrok SOKiK z dnia 17 kwietnia 2008 r. (sygn. akt: XVII Ama 117/05)

⁹ wyrok Sądu Najwyższego z 9 sierpnia 2006 r. III SK 6/06, Dz. Urz. UOKiK 2007/3/39

¹⁰ wyrok ETPCz z 23 listopada 2006 r. w sprawie *Jussila przeciwko Finlandii*, nr 73053/01 i wyrok ETPCz z 27 września 2011 r. w sprawie *Menarini Diagnostici S.R.L. przeciwko Włochom*, nr 43509/08)

5.1. Zawarcie porozumienia pomiędzy przedsiębiorcami

5.1.1. Status przedsiębiorców

Zakaz stosowania praktyk ograniczających konkurencję adresowany jest wyłącznie do przedsiębiorców.

Zgodnie z definicją przedsiębiorcy, zawartą w art. 4 pkt 1 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów pod pojęciem tym należy rozumieć m.in. przedsiębiorcę w rozumieniu przepisów ustawy z dnia 2 lipca 2004 r. o swobodzie działalności gospodarczej (Dz. U. z 2015 r., poz. 584, z późn. zm.). Zarazem należy wskazać, że zgodnie z przepisami ustawy o swobodzie działalności gospodarczej przedsiębiorcą jest osoba fizyczna, osoba prawna i jednostka organizacyjna niebędąca osobą prawną, której odrębna ustawa przyznaje zdolność prawną – wykonująca we własnym imieniu działalność gospodarczą, tj. zarobkową działalność wytwórczą, budowlaną, handlową, usługową oraz poszukiwanie, rozpoznawanie i wydobywanie kopalin ze złóż, a także działalność zawodową, wykonywaną w sposób zorganizowany i ciągły. Za przedsiębiorcę uznaje się więc podmiot, który spełnia łącznie określone ww. przepisami kryteria podmiotowe i przedmiotowe: po pierwsze jest osobą fizyczną, osobą prawną lub jednostką organizacyjną niebędącą osobą prawną, której ustawa przyznaje zdolność prawną, po drugie wykonuje we własnym imieniu działalność gospodarczą.

Strony postępowania antymonopolowego zakończonego niniejszą decyzją prowadzą we własnym imieniu działalność gospodarczą, posiadają zatem status przedsiębiorcy w rozumieniu przepisów ustawy z dnia 2 lipca 2004 r. o swobodzie działalności gospodarczej (Dz. U. z 2015 r. poz. 584, z późn. zm.). W konsekwencji są oni również przedsiębiorcami w rozumieniu art. 4 pkt 1 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów i podlegają regulacjom tej ustawy, w tym mają do nich zastosowanie przepisy dotyczące zakazu stosowania praktyk ograniczających konkurencję.

Podkreślenia wymaga, że pomimo zbieżnego przedmiotu działalności i więzi rodzinnych pomiędzy przedsiębiorcami, są oni całkowicie niezależnymi podmiotami prowadzącymi funkcjonalnie odrębne przedsiębiorstwa. Okoliczność tę akcentują sami przedsiębiorcy, którzy wyjaśnili, że Marta Torbus w początkowym stadium działalności (2008 r) była wspierana wiedzą przez swojego ojca – Jana Torbusa, jednak nie przekłada się to na wyłączenie lub ograniczenie samodzielności przedsiębiorców w prowadzeniu własnych przedsiębiorstw.

5.1.2. Definicja porozumienia i charakter porozumienia zawartego przez strony postępowania

W pierwszej kolejności wskazać należy, że pod pojęciem porozumienia rozumie się w prawie ochrony konkurencji wszelkie relacje między przedsiębiorcami będące wyrazem wspólnych zamierzeń odnośnie do podejmowanych zachowań rynkowych, nawet gdy nie przybierają formy prawnie wiążącej umowy. Zgodnie z art. 4 pkt 5 tej ustawy, przez porozumienie rozumie się:

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

Powołany przepis ustanawia bardzo szeroką definicję porozumienia, a wszystkie trzy formy porozumienia, o ile są antykonkurencyjne, są zakazane. Należy podkreślić, że porozumienie w rozumieniu ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów jest pojęciem szerszym niż umowa. Formami porozumienia są bowiem także uzgodnienia w jakiegokolwiek formie oraz uchwały i inne akty. Jak wskazał SOKiK: „*definicja porozumienia przyjęta przez ustawodawcę odbiega od cywilistycznego rozumienia pojęcia porozumienia w tym sensie, że została zakreślona szeroko pozwalając przyjąć za porozumienia uzgodnienia, a zatem wszelkie formy skoordynowanych działań, które zmierzają do naruszenia konkurencji*”¹¹. Z orzecznictwa antymonopolowego jednoznacznie wynika także, że zakaz porozumień ograniczających konkurencję obejmuje wszelkie formy koordynacji działań między przedsiębiorcami, które w wyniku praktycznej współpracy w sposób celowy prowadzą do wyeliminowania konkurencji oraz ryzyka gospodarczego i które powodują powstawanie warunków rynkowych sprzecznych z regułami wolnej konkurencji.¹² „*Istotą porozumień cenowych jest koordynacja zachowań przedsiębiorców nie w drodze nałożenia prawnie wiążącego obowiązku, lecz przez świadome wskazanie sposobu współdziałania, którego celem lub skutkiem jest ograniczenie konkurencji. Takie zachowanie przedsiębiorców pozwala na wyeliminowanie ich niepewności co do przebiegu procesów rynkowych i warunków działania konkurentów, która to niepewność jest podstawą działania konkurencji. Do wykazania istnienia porozumienia ograniczającego konkurencję nie jest konieczne istnienie sformalizowanej umowy, wystarczające jest ustalenie, że nastąpiła świadoma koordynacja zachowań przedsiębiorców i przyjęcie sposobu współdziałania, którego skutkiem jest ograniczenie konkurencji*”.¹³

W toku postępowania antymonopolowego zakończonego wydaniem niniejszej decyzji nie wykazano, aby pomiędzy Janem Torbusem i Martą Torbus istniała umowa regulująca zasady ich współpracy w zakresie koordynacji zachowań i ofert. Zdaniem Prezesa Urzędu między przedsiębiorcami istniało jednak porozumienie w postaci uzgodnień, o których mowa w art. 4 pkt 5 lit. b ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów. Takie ustalenie zostało poczynione na podstawie dowodów pośrednich uzyskanych w toku postępowania antymonopolowego. Całokształt faktów i okoliczności świadczy o tym, że strony postępowania stale i ściśle ze sobą współpracowały, a w szczególności знаły wzajemnie treść składanych przez siebie ofert (na etapie ich przygotowywania), współpracowały przy ich sporządzaniu i składaniu oraz uzgadniały zachowania mające na celu doprowadzenie do wyboru oferty tego z przedsiębiorców, który zaoferował wyższą cenę.

¹¹ wyrok SOKiK z dnia 27 kwietnia 2011 r., sygn. akt: XVII AmA 44/09

¹² wyrok SOKiK z dnia 29 maja 2008 r. (sygn. akt: XVII AmA 53/07) oraz wyrok Sądu Apelacyjnego z dnia 13 września 2006 r. (sygn. akt: VI ACa 185/06)

¹³ wyrok Sądu Apelacyjnego z dnia 5 października 2005 r. (sygn. akt: VI ACa 1146/04)

6. Okoliczności i argumenty świadczące o działaniu w ramach umowy przetargowej

Okoliczności i argumenty świadczące o zawarciu przez strony postępowania antykonkurencyjnego porozumienia w postaci umowy przetargowej można podzielić na:

- 1) działania przedsiębiorców polegające na „wycofywaniu” ofert;
- 2) okoliczności wskazujące na współpracę przedsiębiorców w ramach przetargów;
- 3) całokształt relacji pomiędzy przedsiębiorcami – powiązania gospodarcze, organizacyjne i rodzinne.

6.1. Mechanizm rozstawiania i wycofywania ofert

6.1.1. Uchylenie się od zawarcia umowy w sprawie zamówienia publicznego

W dwóch postępowaniach przetargowych przeprowadzonych przez Urząd Skarbowy w Raciborzu oraz przetargu przeprowadzonym przez Agencję Nieruchomości Rolnych Marta Torbus, po wyborze jej oferty jako najkorzystniejszej, uchyliła się od zawarcia umowy w sprawie zamówienia publicznego. Uchylenie zostało osiągnięte poprzez przesłanie zamawiającemu informacji, że z przyczyn od niej niezależnych nie może podjąć się realizacji zamówienia. Uchylenia następowały w sytuacjach, w których następną w rankingu ofert była droższa oferta złożona przez Jana Torbusa, która mogła zostać wybrana przez zamawiającego w następstwie uchylenia się przez Marty Torbus od zawarcia umowy.

W postępowaniach przetargowych przeprowadzonych przez Sąd Rejonowy w Prudniku oraz Generalną Dyрекcję Dróg Krajowych i Autostrad Jan Torbus, po wyborze jego oferty jako najkorzystniejszej, uchylił się od zawarcia umowy w sprawie zamówienia publicznego. Uchylenie zostało osiągnięte poprzez przesłanie zamawiającemu informacji, że z przyczyn od niego niezależnych nie może podjąć się realizacji zamówienia. Uchylenia następowały w sytuacjach, w których następną w rankingu ofert była droższa oferta złożona przez Martę Torbus, która mogła zostać wybrana przez zamawiającego w następstwie uchylenia się przez Jana Torbusa od zawarcia umowy.

W ocenie Prezesa Urzędu w powyższych przetargach przedsiębiorcy zastosowali mechanizm rozstawiania i wycofywania ofert. Oferty Jana Torbusa i Marty Torbus były „rozstawiane”, tj. oferowane przez strony postępowania ceny były odpowiednio różnicowane, następnie po otwarciu ofert gdy przedsiębiorcy uzyskiwali wiedzę, że ich oferty zawierają dwie kolejno najniższe ceny, oferta tego z przedsiębiorców, który zaoferował niższą cenę była wycofywana. W przypadku czterech postępowań przetargowych wycofywanymi ofertami zawierającymi niższą cenę były oferty Jana Torbus (przetargi organizowane przez Sąd Rejonowy w Chrzanowie, Nadleśnictwo Kędzierzyn, Sąd Rejonowy w Prudniku i Generalną Dyрекcję Dróg Krajowych i Autostrad). Oferty Marty Torbus zawierające niższe ceny zostały wycofane w trzech postępowaniach przetargowych (dwóch przetargach organizowanych przez Urząd Skarbowy w Raciborzu oraz przetargu organizowanym przez Agencję Nieruchomości Rolnych). Zastosowaną przez przedsiębiorców w tych przetargach metodą wycofywania ofert było uchylenie się od zawarcia umowy w sprawie zamówienia

publicznego poprzez przesyłanie zamawiającym pism zawierających informację o braku możliwości podjęcia się realizacji zamówienia.

Wycofanie się z postępowania przetargowego przez przedsiębiorcę, którego oferta została wybrana jako najkorzystniejsza, przy braku istnienia innego wiarygodnego wytłumaczenia, może wskazywać na działanie w ramach zmywy przetargowej. Zasady logiki i doświadczenie życiowe wskazują bowiem, że przedsiębiorca, który angażuje swój czas i środki na sporządzenie oferty i udział w postępowaniu przetargowym, w przypadku wyboru jego oferty jako najkorzystniejszej, zdecyduje się na zawarcie umowy w sprawie zamówienia publicznego i realizację zamówienia, nie zaś na uchylenie się od zawarcia umowy i rezygnację z realizacji zamówienia. Nieuzasadniona rezygnacja z zawarcia umowy może zatem stanowić podstawę domniemania o istnieniu zmywy przetargowej. Dowód na istnienie praktyk uzgodnionych może być obalony, jeżeli przedsiębiorcy są w stanie dowieść, na podstawie racjonalnych przesłanek, że fakty uznane za niewytłumaczalne w inny sposób jak istnieniem zmywy, mogą być zadowalająco wyjaśnione w sposób nieodwołujący się do tego rodzaju praktyk. W związku z powyższym Prezes Urzędu rozważył wskazane przez przedsiębiorców okoliczności mające racjonalizować ich postępowanie w ww. przetargach.

Argument dotyczący problemów kadrowych

Strony postępowania jako przyczyny rezygnacji z zawarcia umów w sprawie zamówienia publicznego wskazywali głównie na trudności w pozyskaniu odpowiednich pracowników niezbędnych dla realizacji zamówienia w krótkim czasie. Prezes Urzędu uznał te wyjaśnienia za niewiarygodne. Podważa je w szczególności przebieg i okoliczności postępowania przetargowego przeprowadzonego przez Urząd Skarbowy w Raciborzu w okresie od grudnia 2012 r. do stycznia 2013 r.

W przypadku tego postępowania przetargowego należy zwrócić uwagę na następujące fakty. Zamawiający dokonał otwarcia ofert i odczytał zaoferowane ceny w dniu 19 grudnia 2012 r. W dniu 20 grudnia 2012 r. Marta Torbus wystąpiła do zamawiającego z wnioskiem o przekazanie informacji o złożonych w postępowaniu ofertach wraz z zaoferowanymi cenami. Urząd Skarbowy w Raciborzu przekazał żądane informacje tego samego dnia przesyłając odpowiedź faksem. Tym samym Marta Torbus uzyskała wiedzę o tym, że jej oferta zawiera najniższą cenę najpóźniej w dniu 20 grudnia 2012 r. i od tego momentu mogła zasadnie spodziewać się udzielenia jej zamówienia. Informację o braku możliwości realizacji zamówienia Marta Torbus przesłała zamawiającemu w dniu 9 stycznia 2013 r., a zatem 20 dni od dnia uzyskania wiedzy o złożonych w postępowaniu ofertach. Co więcej, zgodnie z informacjami zawartymi w ogłoszeniu o zamówieniu i specyfikacji istotnych warunków zamówienia, rozpoczęcie świadczenia usługi stanowiącej przedmiot zamówienia miało nastąpić w dniu 1 lutego 2013 r. Oznacza to, że okres od dnia powzięcia przez Martę Torbus wiedzy o złożonych w postępowaniu ofertach i ich cenach do dnia rozpoczęcia realizacji zamówienia wynosił 43 dni, a od dnia otrzymania informacji o wyborze jej oferty jako najkorzystniejszej (3 stycznia 2013 r.) – 29 dni. Tym samym, nawet zakładając, że Marta Torbus przystąpiła do postępowania przetargowego nie dysponując odpowiednią liczbą pracowników, to w ocenie Prezesa Urzędu okres na pozyskanie pracowników po

rozstrzygnięciu przetargu był dostatecznie długi. Należy przy tym zauważyć, że zamówienie było realizowane na terenie o znacznym stopniu urbanizacji i gęstości zaludnienia – Racibórz jest miastem o zaludnieniu wynoszącym 56 tysięcy mieszkańców. Bezpośrednio do Raciborza przylega obszar aglomeracji rybnicko-jastrzębskiej, zamieszkiwanej łącznie przez niemal pół miliona mieszkańców. W promieniu 30 km od Raciborza znajdują się m.in. następujące miasta: Rybnik (liczba ludności – 140 tys.), Jastrzębie-Zdrój (liczba ludności – 90 tys.), Wodzisław Śląski (liczba ludności – 50 tys.), Pszów (liczba ludności – 12 tys.), Radlin (liczba ludności – 18 tys.). Jako mało prawdopodobne należy zatem ocenić wyjaśnienia Marty Torbus, aby na omawianym obszarze w ciągu około 1 miesiąca niewykonalne było zatrudnienie dwóch pracowników ochrony fizycznej, spełniających warunki określone przez zamawiającego. Podkreślenia wymaga także okoliczność, że Marta Torbus poinformowała zamawiającego o braku możliwości wykonania zamówienia dopiero po uzyskaniu informacji o wykluczeniu z postępowania Szymona Zielińskiego, którego oferta przedzierała w klasyfikacji oferty Jana Torbusa i Marty Torbus, a zatem w momencie, gdy miała pewność, że w przypadku uchylenia się od zawarcia umowy najkorzystniejszą ofertą spośród pozostałych ofert będzie oferta Jana Torbusa.

Należy przy tym podkreślić, że analogiczne okoliczności dotyczyły postępowania przetargowego przeprowadzonego rok wcześniej (w 2011 r.) przez tego samego zamawiającego. Klasyfikacja ofert w tym przetargu w zakresie dwóch kolejno najwyższych ocenionych ofert była identyczna – oferta Marty Torbus zawierała najniższą cenę, oferta Jana Torbusa była następną w kolejności. Zamawiający zawiadomił wykonawców o wyborze oferty Marty Torbus jako najkorzystniejszej w dniu 13 grudnia 2011 r. Informację o braku możliwości podjęcia się realizacji przetargu Marta Torbus przesłała zamawiającemu w dniu 19 grudnia 2011 r. Zgodnie z informacjami zawartymi w ogłoszeniu o zamówieniu, rozpoczęcie świadczenia usługi stanowiącej przedmiot zamówienia miało nastąpić w dniu 1 lutego 2012 r. Zatem w okolicznościach tego przetargu, podobnie jak w przetargu przeprowadzonym rok później, wystąpił długi (półtora miesięczny) okres pomiędzy rozstrzygnięciem przetargu a planowanym rozpoczęciem świadczenia usługi.

Wskazać ponadto należy, że nawet zakładając prawdziwość wyjaśnień Marty Torbus w zakresie przyczyn uchylenia się od zawarcia umowy w przetargu przeprowadzonym w 2011 r., można spodziewać się, że racjonalnie działający przedsiębiorca wyciągnąłby wnioski z doświadczeń związanych z tym przetargiem i przedsięwzięłoby odpowiednie działania w celu uniknięcia podobnej sytuacji w kolejnym roku, np. w postaci zabezpieczenia odpowiedniej rezerwy kadrowej umożliwiającej realizację zamówienia.

W świetle powyższych okoliczności Prezes Urzędu uznał wyjaśnienia Marty Torbus, wskazujące takie same okoliczności jako uzasadniające uchylenie się od zawarcia umów w sprawie zamówienia publicznego z tym samym zamawiającym w dwóch kolejnych latach, przy uwzględnieniu długiego okresu od rozstrzygnięcia przetargów do planowanego rozpoczęcia realizacji zamówień, za całkowicie niewiarygodne. W ocenie Prezesa Urzędu opisana powtarzalność zachowań i zdarzeń jednoznacznie wskazuje na przyczynę uchylenia

się Marty Torbus od zawarcia umowy w sprawie zamówienia publicznego, którą było działanie wspólnie z Janem Torbusem w ramach zmowy przetargowej.

6.1.2. Doprowadzenie do odrzucenia oferty

Jak wskazano powyżej, stosowaną przez przedsiębiorców metodą wycofywania ofert było uchylenie się od zawarcia umowy w sprawie zamówienia publicznego poprzez przesłanie zamawiającemu pisma zawierającego informację o braku możliwości podjęcia się realizacji zamówienia. Przedsiębiorcy stosowali także inne metody wycofania ofert polegające na podjęciu działań nakierowanych na ich odrzucenie przez zamawiającego. Wykorzystywanym przez przedsiębiorców mechanizmem było nieudzielenie odpowiedzi na wezwania zamawiających, w następstwie czego oferty były odrzucane. Analiza przebiegu i okoliczności zbadanych w ramach postępowania antymonopolowego przetargów wskazuje, że powyższa metoda pełniła funkcję akcesoryjną wobec metody podstawowej – uchylenia się od zawarcia umowy. Sytuacje, w których wykorzystano metodę polegającą na doprowadzeniu do odrzucenia oferty, nie musiały być z góry zaplanowane przez przedsiębiorców. Metoda ta stosowana była niejako „przy okazji”, jeżeli okoliczności i przebieg konkretnego postępowania przetargowego stwarzał możliwość ich wykorzystania, zaś w braku takich okoliczności wykorzystywano metodę podstawową – uchylenie się od zawarcia umowy. Odrzucenie oferty przez zamawiającego mogło być przy tym bardziej korzystne dla stron postępowania, gdyż zmniejszało ryzyko podejrzenia o działanie w ramach zmowy przetargowej. Metoda doprowadzenia do odrzucenia oferty została wykorzystana w postępowaniach przetargowych przeprowadzonych przez Sąd Rejonowy w Chrzanowie i Nadleśnictwo Kędzierzyn, w których również zadziałał opisany powyżej mechanizm rozstawiania i wycofywania ofert.

Przetarg organizowany przez Sąd Rejonowy w Chrzanowie – brak zgody na poprawę oczywistej omyłki rachunkowej

W postępowaniu przetargowym przeprowadzonym przez Sąd Rejonowy w Chrzanowie oferta Jana Torbusa zawierała najniższą cenę, zaś następną w kolejności była oferta Marty Torbus. W przypadku tego przetargu Jan Torbus, dla wycofania swojej oferty, wykorzystał fakt skierowania do niego przez zamawiającego wezwania do: (1) potwierdzenia otrzymania pisma zamawiającego informującego o dokonaniu poprawy oczywistej omyłki rachunkowej oraz (2) wyrażenia zgody na poprawę ww. omyłki. Omyłka polegała na nieprawidłowym zsumowaniu w ofercie Jana Torbusa ceny netto oraz podatku od towarów i usług. Wobec braku odpowiedzi zamawiający odrzucił ofertę. W ocenie Prezesa Urzędu brak działania Jana Torbusa był celowy, a odrzucenie oferty przez zamawiającego było oczekiwanym przez Jana Torbusa następstwem braku odpowiedzi na wezwanie.

Argument dotyczący błędnego zastosowania przez zamawiającego przepisów Prawa zamówień publicznych

Prezes Urzędu nie znalazł racjonalnych przyczyn działań Jana Torbusa innych niż fakt realizacji wcześniej zawartego z Martą Torbus porozumienia. W szczególności przedstawiona

przez Jana Torbusa argumentacja, stanowiąca próbę racjonalizacji jego zachowania, nie może zostać uznana za wiarygodną. Jan Torbus w swoich wyjaśnieniach dotyczących przedmiotowego postępowania przetargowego podkreślił błędne zastosowanie przez zamawiającego przepisów Prawa zamówień publicznych. Przedsiębiorca przedstawił analizę przepisów Prawa zamówień publicznych dotyczących korygowania oczywistych omyłek, której konkluzją był wniosek, że ustawa ta nie wymaga od wykonawcy wyrażenia zgody na dokonanie poprawy oczywistych omyłek rachunkowych. Zamawiający błędnie zinterpretował przepisy Prawa zamówień publicznych i w konsekwencji bezzasadnie odrzucił ofertę Jana Torbusa, a zatem zarzut celowego doprowadzenia przez Jana Torbusa do odrzucenia jego oferty jest bezzasadny.

Odnosząc się do tych wyjaśnień należy podkreślić, że przedmiotem niniejszego postępowania antymonopolowego jest ocena zachowania stron postępowania w kontekście zakazu stosowania praktyki określonej w art. 6 ust. 1 pkt 7 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów, nie zaś ocena prawidłowości czynności podejmowanych przez zamawiającego na podstawie Prawa zamówień publicznych w ramach postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Wskazać zatem należy, że wezwanie do potwierdzenia otrzymania zawiadomienia o dokonaniu poprawy oczywistej omyłki rachunkowej wraz z adnotacją o wyrażeniu zgody na poprawę tej omyłki zostało sformułowane przez zamawiającego w kategorięczny sposób. W wezwaniu wskazano, że *„Zamawiający żąda od Wykonawcy potwierdzenia otrzymania niniejszego pisma poprzez złożenie pod treścią przesłanego faksem dokumentu następującej adnotacji: „potwierdzam odbiór dnia 10.12.2013 r.” Jak również wpisanie adnotacji dotyczącej wyrażenia zgody na przedmiotową poprawę (...).”* W tej sytuacji racjonalną reakcją przedsiębiorcy, którego celem jest uzyskanie zamówienia, byłoby udzielenie odpowiedzi na wezwanie zamawiającego i potwierdzenie wyrażenia zgody na dokonaną przez niego poprawę oczywistej omyłki. Takiego zachowania można by się zasadnie spodziewać bez względu na wykładnię przepisów Prawa zamówień publicznych w omawianym zakresie. W ocenie Prezesa Urzędu Jan Torbus celowo zaniechał wyrażenia zgody na dokonanie przedmiotowej poprawy oczekując odrzucenia jego oferty przez zamawiającego. Należy przy tym zwrócić uwagę, że Marta Torbus była obecna na otwarciu przez zamawiającego ofert, dzięki czemu Jan Torbus już w chwili przesłania mu przez zamawiającego ww. wezwania mógł posiadać wiedzę o złożonych w przetargu ofertach i zaproponowanych cenach, a zatem w szczególności mieć świadomość, że w przypadku odrzucenia jego oferty następną w kolejności ofertą, jaka może zostać wybrana przez zamawiającego, jest oferta Marty Torbus. Należy również zwrócić uwagę na brak jakiegokolwiek reakcji Jana Torbusa na odrzucenie przez zamawiającego jego oferty. W Prawie zamówień publicznych od niezgodnej z przepisami ustawy czynności zamawiającego podjętej w postępowaniu o udzielenie zamówienia wykonawcy przysługuje środek ochrony prawnej w postaci odwołania. W przypadku czynności zamawiającego polegającej na odrzuceniu oferty odwołanie przysługuje bez względu na wartość zamówienia (art. 180 ust. 2 pkt 4 Prawa zamówień publicznych). Odwołania rozpatruje Krajowa Izba Odwoławcza. Choć skorzystanie z tego środka ochrony prawnej jest uprawnieniem przedsiębiorcy, a nie jego obowiązkiem, to można zasadnie spodziewać się, że przedsiębiorca, którego celem jest uzyskanie zamówienia

i który jest przekonany o bezpodstawnym odrzuceniu jego oferty, będzie usiłował podważyć czynność zamawiającego polegającą na odrzuceniu oferty. Należy przy tym podkreślić, że Jan Torbus w okresie poprzedzającym przeprowadzenie omawianego przetargu korzystał z możliwości wniesienia odwołania w innych postępowaniach przetargowych. Przykładowo w sprawie o sygnaturze akt KIO 2795/11 zakończonej wyrokiem z dnia 10 stycznia 2012 r. Krajowa Izba Odwoławcza uwzględniła odwołanie Jana Torbusa i nakazała zamawiającemu (Sąd Rejonowy w Zawierciu) unieważnienie czynności wykluczenia go z postępowania. Jan Torbus znał zatem procedurę i wymogi związane z wniesieniem odwołania oraz potrafił skutecznie zastosować omawiany środek ochrony prawnej. Powyższe dodatkowo wzmocnia tezę, że brak udzielenia przez Jana Torbusa odpowiedzi na wezwanie zamawiającego miało na celu doprowadzenie do odrzucenia jego oferty i wybór droższej oferty Marty Torbus.

Należy ponadto podkreślić, że odrzucenie przez zamawiającego oferty Jana Torbusa w omawianym postępowaniu przetargowym nie było niezbędnym warunkiem realizacji zawartego z Martą Torbus niedozwolonego porozumienia. Jak bowiem już wskazano podstawową metodą wycofywania ofert przez przedsiębiorców zastosowaną w większości przetargów było uchylenie się przez stronę postępowania, która złożyła najkorzystniejszą ofertę, od zawarcia umowy w sprawie zamówienia publicznego już po wybraniu jej oferty poprzez przesłanie zamawiającemu informacji o braku możliwości realizacji zamówienia. W przedmiotowym postępowaniu inne zachowanie zamawiającego, tj. wybór oferty Jana Torbusa pomimo braku wyrażenia zgody na poprawę oczywistej omyłki w jego ofercie, nie unicestwiłoby zatem możliwości osiągnięcia przez strony postępowania założonego przez nie antykonkurencyjnego skutku porozumienia w postaci doprowadzenia do wyboru oferty Marty Torbus zawierającej wyższą cenę. Skutek ten zostałby osiągnięty w przypadku uchylenia się przez Jana Torbusa od zawarcia umowy w sprawie zamówienia publicznego i skorzystania przez zamawiającego z możliwości wyboru najkorzystniejszej spośród pozostałych ofert, tj. oferty Marty Torbus.

Przetarg organizowany przez Nadleśnictwo Kędzierzyn – brak wyjaśnień odnośnie zastosowanych stawek podatku

W postępowaniu przetargowym przeprowadzonym przez Nadleśnictwo Kędzierzyn oferta Jana Torbusa zawierała najniższą cenę, zaś następną w kolejności była oferta Marty Torbus.

Zamawiający wezwał Jana Torbusa i Martę Torbus do złożenia wyjaśnień dotyczących zastosowanych przez nich stawek podatku od towarów i usług – 8% i 23%. Marta Torbus przekazała wyjaśnienia, w których wskazała, że stawka podatku dla części usług objętych przedmiotem zamówienia (usługi zmiatania śmieci i usuwania śniegu, usługi związane z zagospodarowaniem terenów zieleni oraz pozostałe usługi sanitarne) wynosi 8%, a w pozostałym zakresie zastosowanie ma podstawowa stawka wynosząca 23%. Jan Torbus nie udzielił jakiegokolwiek odpowiedzi na ww. wezwanie zamawiającego. W związku z powyższym zamawiający – powołując się na art. 89 ust. 1 pkt 6 Prawa zamówień publicznych – odrzucił ofertę złożoną przez Jana Torbusa z powodu braku możliwości skontrolowania sposobu obliczenia ceny i wybrał najkorzystniejszą ofertę spośród pozostałych ofert, tj. ofertę złożoną przez Martę Torbus.

W tym miejscu należy omówić rozbieżność wyjaśnień zamawiającego i Jana Torbusa co do udzielenia przez niego odpowiedzi na wezwanie zamawiającego. Jan Torbus w swoich wyjaśnieniach wskazał, że odpowiedź została przesłana zamawiającemu faksem i nie ma jej w aktach postępowania. Odnośnie treści tej odpowiedzi wyjaśnił, że zawierała ona informację o przyjętej kalkulacji stawek podatku od towarów i usług, które zostały zastosowane do wyliczenia ceny oferty. Z kalkulacji wynikało, że Jan Torbus w pierwotnej ofercie zastosował błędną stawkę podatku na świadczenie usług zmiatania śmieci i usuwania śniegu, usług związanych z zagospodarowaniem terenów zieleni oraz pozostałe usługi sanitarne. W celu zweryfikowania wyjaśnień Jana Torbusa, Prezes Urzędu zwrócił się do zamawiającego o wyjaśnienie omawianej kwestii. W odpowiedzi Nadleśnictwo Kędzierzyn potwierdziło, że Jan Torbus nie udzielił odpowiedzi na wezwanie w żadnym z dopuszczonych w specyfikacji istotnych warunków zamówienia sposobów porozumiewania się zamawiającego z wykonawcami. Mając na uwadze, że w protokole z posiedzenia komisji przetargowej zamawiającego z dnia 18 grudnia 2013 r. wprost wskazano, że Jan Torbus nie złożył wymaganej informacji w ustalonym terminie, jego wyjaśnienia nie zostały uznane za wiarygodne.

Argument dotyczący błędnego zastosowania stawki podatku od towarów i usług

Bez względu na powyższe, Prezes Urzędu dokonał oceny wyjaśnień, jakich wedle swojego stanowiska Jan Torbus udzielił Nadleśnictwu Kędzierzyn w przedmiocie błędnego zastosowania stawek podatku w odniesieniu do niektórych usług wchodzących w skład przedmiotu zamówienia. Jan Torbus jest profesjonalistą w obrocie, wielokrotnym uczestnikiem postępowań przetargowych na usługi ochrony osób i mienia oraz usługi czystościowo-porządkowe przeprowadzanych w trybie Prawa zamówień publicznych. Z całą pewnością są mu zatem znane stawki podatku od towarów i usług należne od poszczególnych usług wchodzących w skład zamówień publicznych w tym zakresie, a także skutki błędu w obliczeniu ceny (którym jest odrzucenie oferty). Kalkulacja ceny, jaką przedsiębiorca zamierza zaoferować w trakcie przetargu jest zatem jedną z najistotniejszych czynności w procesie przygotowania oferty i dokonywana przez profesjonalistę działającego z należytą starannością nie powinna być obciążona błędem niewłaściwie naliczonego podatku. W tym kontekście warto także zwrócić uwagę na fakt, że strony postępowania korzystały z usług tej samej księgowej – Agnieszki Madejczyk, która przygotowywała oferty obydwu przedsiębiorców. Doświadczenie życiowe oraz zasady prowadzenia działalności gospodarczej uzasadniają przyjęcie, że to księgowa obliczała wysokość podatku od towarów i usług na podstawie wskazanych przez przedsiębiorców cen netto, a co najmniej weryfikowała wyliczoną przez przedsiębiorców wysokość podatku i cenę brutto. Przyjęcie takiego wniosku uzasadnia fakt świadczenia przez księgowych profesjonalnych usług z zakresu rachunkowości i podatków. Niewątpliwie celem zatrudnienia księgowego przez osobę prowadzącą działalność gospodarczą jest uzyskanie fachowego wsparcia w tych dziedzinach. Za niewiarygodne należało zatem uznać wyjaśnienia przedsiębiorców, że rola księgowej sprowadzała się wyłącznie do czynności technicznych związanych ze sporządzaniem ofert, tj. odręcznego wypełniania formularzy, kompletowania zaświadczeń, referencji i oświadczeń.

Skoro zatem podatek od towarów i usług od cen netto ustalanych przez przedsiębiorców był obliczany, a co najmniej weryfikowany, przez tę samą osobę, to należy przyjąć, że był kalkulowany w ten sam sposób, w oparciu o takie same stawki podatku.

Na taki sam sposób obliczenia podatku przez strony postępowania i w oparciu o takie same stawki podatku wskazuje także porównanie proporcji ceny netto i należnego podatku wskazanych w ofertach stron postępowania. W ofercie Jana Torbusa wskazano cenę netto w wysokości 81 587,88 zł oraz podatek od towarów i usług w wysokości 16 093,92 zł. W ofercie Marty Torbus wskazano cenę netto w wysokości 94 800 zł oraz podatek od towarów i usług w wysokości 19 104 zł. W przypadku oferty Jana Torbusa cena netto została zatem podwyższona o podatek w średniej stawce 19,73%, a w przypadku oferty Marty Torbus o podatek w średniej stawce 20,15%. Powyższe jednoznacznie wskazuje na kalkulację podatku w ten sam sposób i w oparciu o takie same stawki podatku.

Podsumowując powyższe wywody należy wskazać, że podatek od towarów i usług w ofertach Jana Torbusa i Marty Torbus został obliczony (lub co najmniej zweryfikowany) przez tę samą osobę przy zastosowaniu takich samych stawek, tj. 8% i 23%, a średnia stawka naliczonego podatku była dla obydwu przedsiębiorców niemal identyczna. Można z tego wysnuć wniosek, że podatek był naliczony prawidłowo w przypadku obydwu ofert albo błędnie w przypadku obydwu ofert, a co za tym idzie można by było spodziewać się podobnych wyjaśnień obydwu przedsiębiorców na wezwanie zamawiającego. Tymczasem przedsiębiorca, który złożył tańszą ofertę (Jan Torbus) – wedle przekazanych przez niego Prezesowi Urzędu wyjaśnień – poinformował zamawiającego, że zastosował błędną stawkę podatku, zaś przedsiębiorca, który złożył droższą ofertę (Marta Torbus) wyjaśnił, że zastosowanie przez niego dwóch stawek podatku, tj. 8% i 23% było prawidłowe. Zatem jeżeli nawet wersja zdarzeń przedstawiona przez Jana Torbusa o przesłaniu zamawiającemu wyjaśnień o błędnie wyliczonej cenie jest prawdziwa, to nie można jego działań wytłumaczyć inaczej niż zamiarem doprowadzenia do odrzucenia jego oferty i wyboru droższej oferty Marty Torbus, działającej z nim w porozumieniu. Podobnie należy ocenić nieudzielenie jakiegokolwiek odpowiedzi.

Argument dotyczący wadium

Prezes Urzędu rozważył także inne wskazane przez przedsiębiorców okoliczności mające świadczyć o braku istnienia niedozwolonego porozumienia, w tym dotyczące utraty wadium. W tym zakresie Jan Torbus wskazał, że w związku z odstąpieniem od zawarcia umowy w sprawie zamówienia publicznego w przetargu przeprowadzonym przez Generalną Dyрекcję Dróg Krajowych i Autostrad, do którego przystąpił wspólnie z Łukaszem Torbusem w formie spółki cywilnej, wspólnicy utracili wadium w wysokości 7 tysięcy złotych.

Jak już wyjaśniono w decyzji, kwota wadium, jaką według wyjaśnień Jana Torbusa utracili wspólnicy – Jan Torbus i Łukasz Torbus, stanowi, w zaokrągleniu, połowę wskazanej w dokumentacji przetargowej kwoty wadium, jaką zatrzymał zamawiający (13 685,87 zł). Na tej podstawie Prezes Urzędu przyjął, że kwota siedmiu tysięcy wskazana w wyjaśnieniach

Jana Torbusa odnosi się do każdego ze współników z osobna (a zatem utracili oni, po zaokrągleniu, po 7 tysięcy złotych).

W przypadku postępowań przetargowych, w których zamawiający zastrzega wniesienie wadium, a mechanizm zmowy obejmuje działania, które umożliwiają zamawiającemu zatrzymanie wadium, korzyść jaką mogą odnieść uczestnicy niedozwolonego porozumienia, stanowi różnica zaoferowanych przez nich cen pomniejszona o kwotę wadium (w przypadku zatrzymania wadium przez zamawiającego). Jeżeli wysokość wadium przewyższa różnicę zaoferowanych cen, to uczestnicy zmowy nie uzyskają żadnych korzyści związanych z udziałem w znowie. Taka sytuacja, ze względu na brak ekonomicznego uzasadnienia, wskazywałaby na inne przyczyny odstąpienia od zawarcia umowy niż zamiar doprowadzenia do wyboru droższej oferty innego uczestnika przetargu.

W przypadku ww. przetargu najniższą cenę zawierała oferta złożona przez Jana Torbusa i Łukasza Torbusa – 273 717,30 zł. Następną w kolejności ofertą pod względem ceny była oferta Marty Torbus zawierająca cenę 309 489,76 zł. Różnica pomiędzy tymi cenami wynosiła 35 772,46 zł. Zamawiający zatrzymał wniesione przez Jana Torbusa i Łukasza Torbusa wadium w wysokości 13 685,87 zł. Oznacza to, że przedsiębiorcy w następstwie uchylecia się przez Jana Torbusa i Łukasza Torbusa od zawarcia umowy w sprawie zamówienia publicznego i udzielenia zamówienia Marcie Torbus, mogli uzyskać korzyść, w łącznej wysokości 22 086,59 zł. Tym samym, w warunkach omawianego przetargu, fakt zatrzymania przez zamawiającego wadium nie ma żadnego znaczenia dla oceny zachowania przedsiębiorców.

Analogiczna sytuacja miała miejsce w przypadku przetargu przeprowadzonego przez Nadleśnictwo Kędzierzyn. Różnica pomiędzy cenami zaoferowanymi przez Martę Torbus (113 904,00 zł) i Jana Torbusa (97 681,80 zł) wyniosła 16 222,20 zł, zaś zamawiający wymagał wniesienia wadium w wysokości 2 800 zł. Korzyść, jaką strony postępowania mogły odnieść w związku z uchyleciem się przez Jana Torbusa od zawarcia umowy w sprawie zamówienia publicznego i udzielenia zamówienia Marcie Torbus w przypadku zatrzymania przez zamawiającego wadium wynosiła 13 422,20 zł. W omawianym przetargu do zatrzymania wadium nie doszło.

Argument dotyczący niewielkiego odsetku postępowań, w których doszło do odstąpienia

Prezes Urzędu za nieprzekonującą uznał również argumentację stron postępowania, o tym że odsetek postępowań przetargowych, w których dochodziło do rezygnacji któregośkolwiek z przedsiębiorców jest bardzo niski, gdyż rokrocznie biorą oni udział w ponad stu postępowaniach przetargowych. Należy zauważyć, że przekazane przez przedsiębiorców zestawienie postępowań przetargowych zakończonych po dniu 31 grudnia 2012 r. (a więc obejmujące okres 2 lat), w których brali oni jednocześnie udział, zawiera jedynie 44 przetargi. Mając na uwadze to, że rynek usług ochrony osób i mienia oraz rynek usług czystościowo-porządkowych są rynkami konkurencyjnymi, a o zamówienia publiczne dotyczące tych usług ubiega się wielu przedsiębiorców (w znacznej większości przetargów badanych w niniejszym postępowaniu antymonopolowym ich liczba wynosiła od 6 do 8), tylko w niewielkiej części

przetargów mogły wystąpić okoliczności umożliwiające zrealizowanie zamierzonego przez uczestników porozumienia antykonkurencyjnego skutku. Prezes Urzędu dostrzegł i rozważył dwa przypadki postępowań przetargowych, w których żaden z przedsiębiorców nie uchylił się od zawarcia umowy, pomimo takiego rozkładu ofert, który stwarzał potencjalną możliwość uzyskania przez przedsiębiorców dodatkowych korzyści w następstwie rezygnacji z zawarcia umowy (przetarg przeprowadzony przez Miejski Zarząd Zasobów Komunalnych w Chrzanowie oraz wskazany przez przedsiębiorców przetarg przeprowadzony przez Generalną Dyрекcję Dróg Krajowych i Autostrad – Oddział w Katowicach w lipcu i sierpniu 2014 r.). Tym niemniej w pozostałych przetargach, których dokumentacja znajduje się w materiale dowodowym niniejszej sprawy i w których oferty przedsiębiorców zostały ocenione jako dwie kolejno najbardziej korzystne, dochodziło do uchylenia się od zawarcia umowy przez tego z przedsiębiorców, który zaoferował niższą cenę, zaś całokształt ustaleń dokonanych w niniejszym postępowaniu wskazuje, że przyczyną takich zachowań było działanie w warunkach zmowy przetargowej. W odniesieniu do przetargu wskazanego przez przedsiębiorców, tj. przetargu przeprowadzonego w lipcu i sierpniu 2014 r. przez Generalną Dyрекcję Dróg Krajowych i Autostrad – Oddział w Katowicach należy zauważyć, że miał on miejsce ponad pół roku po stwierdzeniu zaniechania stosowania praktyki opisanej w sentencji niniejszej decyzji i może być dowodem jedynie na to, że w tym okresie antykonkurencyjne porozumienie rzeczywiście nie było już realizowane.

Należy jeszcze wyjaśnić, że wbrew twierdzeniom przedsiębiorców w postępowaniach przetargowych przeprowadzonych przez Sąd Rejonowy w Jaworznie nie wystąpiły „sprzyjające” okoliczności, stwarzające potencjalną możliwość uzyskania dodatkowych korzyści w następstwie wycofania tańszej oferty. W obydwu przetargach oferty Marty Torbus zostały odrzucone z uwagi na niewykazanie posiadania wymaganego przez zamawiającego doświadczenia. Jak wskazano w wyjaśnieniach przedsiębiorców, Marta Torbus nie uzupełniła oferty na wezwanie zamawiającego, gdyż okazało się, że nie dysponuje referencjami, które spełniałyby warunki narzucone przez zamawiającego w specyfikacji istotnych warunków zamówienia, choć przed przystąpieniem do przetargów była w pełni przekonana, że posiadane przez nią doświadczenie jest dostateczne. Marta Torbus nie spełniała zatem warunków udziału w przetargu, co oznacza, że jej oferta musiała zostać odrzucona. Ewentualne wycofanie oferty przez Jana Torbusa (który w obydwu przetargach złożył oferty zawierającą najniższe ceny) nie mogło zatem doprowadzić do wyboru oferty Marty Torbus, lecz innego wykonawcy. Ponadto w jednym z tych przetargów oferty Jana Torbusa i Marty Torbus zostały przedzielone ofertą innego wykonawcy.

Podsumowując powyższe należy wskazać, że przedstawione okoliczności i argumenty w pełni uzasadniają wniosek o działaniu przez Jana Torbusa i Martę Torbus w ramach zmowy przetargowej wykorzystującej mechanizm rozstawiania i wycofywania ofert, zaś wyjaśnienia przedstawione przez przedsiębiorców nie mogą zostać uznane za prawdopodobne wytłumaczenia ich zachowań.

6.2. Okoliczności wskazujące na faktyczną współpracę stron w ramach przetargów

W toku postępowania antymonopolowego ustalono szereg okoliczności, które wskazują na faktyczną współpracę stron postępowania w ramach przetargów.

6.2.1. Współpraca przy sporządzaniu ofert

W kontekście analizy okoliczności wskazujących na współpracę przedsiębiorców przy sporządzaniu ofert w pierwszej kolejności należy zwrócić uwagę na fakt, że obydwaj przedsiębiorcy współpracują z tą samą osobą – księgową, Agnieszką Madejczyk, która sporządza i wypełnia składane przez nich oferty. Zagadnienie to zostanie szerzej przedstawione przy omawianiu powiązań organizacyjnych między przedsiębiorcami w dalszej części uzasadnienia decyzji.

Na współpracę przy sporządzeniu ofert przez przedsiębiorców wskazuje identyczne przygotowanie kopert, w których oferty były składane. Przykładowo na kopertach, w których przedsiębiorcy złożyli swoje oferty w postępowaniu przetargowym organizowanym przez Sąd Rejonowy w Chrzanowie, znajduje się identyczny nadruk zawierający adres zamawiającego, nazwę postępowania przetargowego oraz informację o tym, aby kopert nie otwierać przed terminem otwarcia ofert. Powyższy tekst ma ten sam rodzaj i rozmiar czcionki, a układ tekstu jest identyczny. Informacja o nieotwieraniu kopert została sporządzona pogrubioną czcionką.

Nadruki mają następujący wygląd:

Sąd Rejonowy
Al. Henryka 23
32-500 Chrzanów

„Oferta na:

Sprzątanie pomieszczeń i otoczenia budynków

Sądu Rejonowego w Chrzanowie „

Nie otwierać przed dniem 06-12-2013r. godz. 8:15

Należy przy tym zauważyć, że zamawiający w specyfikacji istotnych warunków zamówienia wskazał, że na kopertach, w których są składane oferty, powinien znaleźć się następujący dopisek:

„Oferta na sprzątanie pomieszczeń i otoczenia budynków

Sądu Rejonowego w Chrzanowie.

Nie otwierać przed dniem 06.12.2013 r. godz. 8.15”.

Powyższy dopisek wskazany w specyfikacji istotnych warunków zamówienia oraz dopiski znajdujące się na kopertach Jana Torbusa i Marty Torbus są niewątpliwie bardzo podobne, jednak różni je kilka szczegółów. Po pierwsze, w dopiskach przedsiębiorców po słowach „Oferta na” wstawiono dwukropki, którego brakuje w dopisku wskazanym w specyfikacji. Po drugie, w dopiskach przedsiębiorców drugi znak cudzysłowu (zamykający cytat) po wyrazach „Sądu Rejonowego w Chrzanowie” znajduje się u dołu wiersza i – mając na uwadze zasady działania edytorów tekstu – został dodany po znaku spacji, a nie bezpośrednio po wyrazie

„w Chrzanowie”. W dopisku wskazanym w specyfikacji znak zamykający cytat znajduje się u góry wiersza i dopiero po określeniu terminu otwarcia ofert. Po trzecie, w dopiskach przedsiębiorców wstawiono znak pauzy pomiędzy liczbami określającymi dzień, miesiąc i datę otwarcia ofert (06-12-2013r.); w przypadku dopisku wskazanego w specyfikacji liczby te zostały przedzielone kropkami (06.12.2013 r.). Powyższe podobieństwa i cechy szczególne dopisków zamieszczonych na kopertach przedsiębiorców jednoznacznie wskazują, że z całą pewnością dopiski znajdujące się na kopertach stron postępowania zostały sporządzone przez tą samą osobę, nie zaś niezależnie przez różne osoby, sugerujące się jedynie dopiskiem wskazanym w specyfikacji.

O współpracy przedsiębiorców w trakcie sporządzania ofert świadczą również załączane do ich ofert wypisy z CEIDG, które w przypadku niektórych przetargów były generowane w tym samym czasie (w odstępie jednej minuty). Przykładowo wypis z CEIDG Jana Torbusa, którego wydruk został załączony do dokumentacji ofertowej w ramach przetargu przeprowadzonego przez Sąd Rejonowy w Chrzanowie został wygenerowany 2 grudnia 2013 r. o godzinie 12⁴². Wypis z CEIDG Marty Torbus złożony przez nią w tym samym przetargu został wygenerowany 2 grudnia 2013 r. o godzinie 12⁴¹.

6.2.2. Współpraca przy składaniu ofert

W tym zakresie należy wskazać, że w niektórych z opisanych w decyzji przetargach oferty przedsiębiorców były składane w siedzibie zamawiających o tej samej godzinie (w odstępie jednej minuty) przez tę samą osobę. Taka sytuacja miała miejsce w postępowaniu przetargowym przeprowadzonym przez Sąd Rejonowy w Chrzanowie. Jak wynika z dokumentu pn. „*Wykaz złożonych ofert*” oferta Jana Torbusa została złożona w siedzibie zamawiającego w dniu 6 grudnia 2013 r. o godzinie 7⁴⁴, a oferta Marty Torbus minutę później tego samego dnia. W powyższym dokumencie, przy wpisach dotyczących ofert Jana Torbusa i Marty Torbus, w kolumnie „*Podpis składającego ofertę*”, znajdują się takie same podpisy, świadczące o tym, że oferty zostały złożone przez tę samą osobę. Według wyjaśnień przedsiębiorców, które Prezes Urzędu uznała za wiarygodne, obydwa podpisy zostały złożone przez Martę Torbus. Podobna sytuacja miała miejsce w przypadku przetargu przeprowadzonego przez Nadleśnictwo Kędzierzyn.

6.2.3. Współpraca w zakresie korespondencji z zamawiającym w toku przetargu: wzajemny dostęp do wzorów pism oraz infrastruktury technicznej

Okolicznościami świadczącymi o współpracy przedsiębiorców w trakcie postępowań przetargowych (po złożeniu ofert) są podobieństwa w pismach kierowanych przez nich do zamawiających oraz korzystanie z tego samego numeru faks.

W pierwszej kolejności należy zwrócić uwagę na podobieństwa (niemal identyczność) pism o uchyleniu się od zawarcia umowy w sprawie zamówienia publicznego pod względem treści oraz formy (edycji tekstu i formatowania). W zakresie treści pisma te różniły się jedynie danymi zamawiającego, do którego były adresowane oraz nazwą i oznaczeniem postępowania przetargowego, w ramach którego były składane. Zasadnicza treść merytoryczna tych pism była identyczna i brzmiała następująco:

„W odpowiedzi na pismo zawiadamiające o wyborze naszej oferty jako najkorzystniejszej w wyżej wymienionym postępowaniu, informujemy że z przyczyn od nas niezależnych nie możemy podjąć się realizacji zamówienia.

Za utrudnienia wynikające z tej decyzji przepraszamy.”

Pisma są identyczne także pod względem formy – mają ten sam rodzaj i rozmiar czcionki, układ strony, układ tekstu, odstępy między wierszami. Omawiane pisma zostały złożone przez Martę Torbus w obydwu powyżej opisanych postępowaniach przetargowych przeprowadzonych przez Urząd Skarbowy w Raciborzu, zaś przez Jana Torbusa w postępowaniach przetargowych przeprowadzonych przez Sąd Rejonowy w Prudniku oraz Generalną Dyрекcyję Dróg Krajowych i Autostrad.

Analogiczne podobieństwa dotyczą pism stron postępowania z dnia 6 grudnia 2013 r., stanowiących odpowiedź na wezwanie Sądu Rejonowego w Prudniku, a dotyczących zależności finansowych pomiędzy stronami postępowania. Również te pisma były identyczne w zakresie treści i formy (edycji tekstu). W treści obydwu pism wskazano, że przedsiębiorcy nie należą do żadnej grupy kapitałowej oraz, że łączy ich umowa spółki cywilnej, jednakże w przedmiotowym przetargu występują jako niezależni przedsiębiorcy, co jest dozwolone przez obowiązujące prawo. Pisma są identyczne pod względem formy – mają ten sam rodzaj i rozmiar czcionki, układ strony, układ tekstu, odstępy między wierszami.

W ocenie Prezesa Urzędu opisane podobieństwa i zbieżności jednoznacznie wskazują, że powyższe pisma zostały sporządzane na bazie tych samych plików komputerowych, które przedsiębiorcy sobie udostępniali. Identyczność wyjaśnień udzielonych Sądowi Rejonowemu w Prudniku wskazuje, że przedsiębiorcy z całą pewnością uzgodnili ich treść, a następnie jeden z przedsiębiorców sporządził elektroniczny dokument tekstowy zawierający te wyjaśnienia, który następnie udostępnił drugiemu z przedsiębiorców.

Kolejną okolicznością świadczącą o ścisłej współpracy przedsiębiorców w toku postępowań przetargowych jest to, że Marta Torbus kontaktowała się z zamawiającymi w trakcie niektórych postępowań przetargowych za pośrednictwem faksu o numerze 32 643 04 98, którym posługuje się w ramach swojego przedsiębiorstwa Jan Torbus. Świadczy to o udostępnianiu sobie przez przedsiębiorców infrastruktury technicznej – urządzenia faks. Stosowanie tego samego numeru faks miało miejsce m.in. w przypadku postępowania przetargowego przeprowadzonego przez Sąd Rejonowy w Prudniku. W formularzach ofertowych Marta Torbus wskazała numer 32 645 22 44 jako swój numer faks, a Jan Torbus numer 32 643 04 98. W toku postępowania przetargowego obydwaj przedsiębiorcy w kontaktach z zamawiającym wykorzystywali ten sam numer wskazany w formularzu ofertowym Jana Torbusa, tj. 32 643 04 98. Z tego numeru zostały wysłane m.in. wyżej opisane pisma zawierające wyjaśnienia odnośnie zależności finansowych pomiędzy stronami postępowania oraz pismo Jana Torbusa, którym uchylił się od zawarcia umowy w sprawie zamówienia publicznego. Odnośnie ww. pism zawierających wyjaśnienia przedsiębiorców dotyczące wzajemnych zależności finansowych należy ponadto zauważyć, że zostały one wysłane w tym samym czasie – 6 grudnia 2013 r., o godz. 15⁰². Z tego samego numeru faks zostały wysłane także pisma Marty Torbus o uchyleniu się od zawarcia umowy

w postępowaniach przeprowadzonych przez Urząd Skarbowy w Raciborzu. Okoliczność ta jest istotna w kontekście zarzutu postawionego stronom postępowania, bowiem skorzystanie z urzędnika faks konkurenta w postępowaniu przetargowym w celu wysłania zamawiającemu informacji o uchyleniu się od zawarcia umowy wskazuje nie tylko na ścisłą współpracę przedsiębiorców, ale także wprost na wspólne uzgodnienie takiej rezygnacji.

Należy jeszcze zauważyć, że w postępowaniu przeprowadzonym przez Sąd Rejonowy w Prudniku Jan Torbus w polu „adres do korespondencji” formularza ofertowego wskazał adres, pod którym prowadzi działalność gospodarczą Marta Torbus, tj. ul. Długa 134, 32-300 Olkusz. Z kolei w CEIDG znajduje się wpis o dodatkowym miejscu wykonywania działalności przez Martę Torbus pod adresem ul. Oświęcimska 9, 32-500 Chrzanów, który stanowi główny adres wykonywania działalności gospodarczej przez Jana Torbusa.

Podsumowując powyższe okoliczności należy wskazać, że jednoznacznie wskazują one na faktyczną współpracę stron postępowania na różnych etapach związanych z udziałem w przetargu, tj. na etapie przygotowania i składania ofert, jak i w trakcie postępowania przetargowego, w korespondencji z zamawiającymi. Taka współpraca uprawdopodobnia istnienie pomiędzy stronami postępowania porozumienia w postaci uzgodnień, o których mowa w art. 4 pkt 5 lit. b ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów.

6.3. Całokształt relacji pomiędzy Janem Torbusem i Martą Torbus – powiązania gospodarcze, organizacyjne i rodzinne

Stwierdzając istnienie między stronami postępowania antymonopolowego zmowy przetargowej w wymienionych wyżej przetargach Prezes Urzędu uwzględnił całokształt relacji między Janem Torbusem i Martą Torbus, uznając że okoliczności współpracy między tymi przedsiębiorcami wzmacniają tezę o istnieniu zmowy przetargowej, nawet jeśli brak jest wystarczających dowodów, by same w sobie stanowiły przejawy zawarcia porozumienia ograniczającego konkurencję.

W tym zakresie Prezes Urzędu uwzględnił, że pomocne dla udowodnienia zawarcia porozumienia może być wykazanie istnienia różnorodnych związków między przedsiębiorcami, w tym organizacyjnych, gospodarczych lub rodzinnych. Podobnie oceniane jest utrzymywanie przez konkurentów regularnej współpracy biznesowej lub kontaktów towarzyskich.

6.3.1. Powiązania organizacyjne

W toku postępowania antymonopolowego zakończonego wydaniem niniejszej decyzji ustalono istnienie powiązań organizacyjnych pomiędzy przedsiębiorcami.

W tym kontekście należy w szczególności zwrócić uwagę na fakt, że obydwaj przedsiębiorcy współpracują z tą samą osobą – księgową, Agnieszką Madejczyk, która sporządza i wypełnia składane przez przedsiębiorców oferty i która tym samym znała warunki – w tym cenę – ofert składanych przez obydwu przedsiębiorców.

Wobec powyższego należy wyjaśnić, że w przetargach publicznych przedsiębiorcy konkurują ze sobą, starając się złożyć najkorzystniejszą dla zamawiającego ofertę. W przypadku przetargów, w których cena stanowi jedyne kryterium oceny ofert – jak w niniejszej sprawie –

złożenie oferty o jak najniższej cenie zwiększa prawdopodobieństwo na uzyskanie zamówienia przez przedsiębiorcę. Z drugiej strony – im niższą cenę zaoferuje przedsiębiorca w swojej ofercie, tym niższe uzyska wynagrodzenie z tytułu realizacji zamówienia w przypadku, gdy jego oferta okaże się najkorzystniejszą. Na decyzję przedsiębiorcy o wysokości ceny jego oferty składanej w przetargu mają również wpływ jego przewidywania, co do wysokości cen zamieszczanych w ofertach przez pozostałych uczestników przetargu. Optymalną ceną, jaką może zaoferować przedsiębiorca jest zatem cena niższa od najniższej z cen oferowanych przez pozostałych przedsiębiorców, gdy różnica pomiędzy nimi jest możliwie najniższa. Oferta taka pozwoli mu uzyskać zamówienie i jednocześnie zmaksymalizować wysokość zysku możliwego do uzyskania z jego realizacji. Wykonawca nie zna jednak cen, jakie zaoferują inni przedsiębiorcy; jest w tym zakresie skazany na niepewność i domysły. Znajomość ceny, którą oferuje inny wykonawca, umożliwi danemu wykonawcy złożenie oferty korzystniejszej przy jednoczesnym zminimalizowaniu kosztu (w postaci utraconego zarobku). Wzajemna niepewność poszczególnych przedsiębiorców uczestniczących w przetargu co do cen, oferowanych przez pozostałych oferentów, jest kluczowa dla funkcjonowania mechanizmu konkurencji w przetargu. Mechanizm ten z kolei ma zapewniać maksymalną efektywność wyboru oferty dla zamawiającego – najniższą cenę realizacji zamówienia, w przypadku przetargów, w których jedynym kryterium jest cena.

Z tych względów kwestia zachowania w tajemnicy treści poszczególnych ofert jest priorytetowa w postępowaniu przetargowym. W przetargach prowadzonych na podstawie Prawa zamówień publicznych sposób przygotowania ofert i postępowania z nimi jest szczegółowo określony w dokumentach regulujących procedurę przetargową. Stosownie do art. 36 ust. 1 pkt 10 i 11 Prawa zamówień publicznych specyfikacja istotnych warunków zamówienia powinna zawierać m.in. :

- opis sposobu przygotowywania ofert;
- miejsce oraz termin składania i otwarcia ofert.

W praktyce udzielania zamówień publicznych przyjmuje się, że opis sposobu przygotowania oferty powinien zawierać m.in. informacje o złożeniu oferty w sposób uniemożliwiający ujawnienie jej treści przed upływem terminu otwarcia ofert.¹⁴

W niniejszej sprawie każdy z przedsiębiorców będących stronami niniejszego postępowania, powierzając wypełnienie oferty temu samemu pracownikowi (księgowej), któremu powierzył to drugi z przedsiębiorców, musiał liczyć się z możliwością ujawnienia warunków jego oferty drugiemu przedsiębiorcy oraz godzić się na to. Takie zachowanie przedsiębiorcy byłoby działaniem na jego własną szkodę, poprzez wysoce prawdopodobne pozbawienie się szans na wygraną z konkurentem, któremu ujawnił w ten sposób szczegóły swojej oferty. Działania tego nie da się wyjaśnić racjonalnie inaczej, niż działaniem przedsiębiorców w porozumieniu, w ramach którego każdy z przedsiębiorcy ma zapewnioną rekompensatę straty (utraconego zarobku) spowodowanej jego pozornie nieracjonalnym działaniem w przetargu.

¹⁴ J. E. Nowicki, „Prawo zamówień publicznych”, LEX 2014, komentarz do art. 36

Rekompensata ta może przybrać formę udziału w podwyższonym – dzięki skoordynowanym zachowaniom uczestników przetargu – zysku zrealizowanym przez drugiego z przedsiębiorców. Uczestnik porozumienia obejmującego uczestnictwo w serii przetargów może również uzyskać rekompensatę swojego pozornie nieracjonalnego zachowania w jednym przetargu, w postaci symetrycznego zachowania drugiego przedsiębiorcy w innym przetargu, umożliwiającemu mu uzyskanie zamówienia realizowanego po wyższej cenie, niż cena jaką zaoferowałby on w warunkach niezaburzonej konkurencji. Taka sytuacja miała miejsce w analizowanej sprawie.

6.3.2. Powiązania rodzinne

Pomiędzy Janem Torbusem i Martą Torbus istnieje pokrewieństwo I stopnia – Jan Torbus jest ojcem Marty Torbus. Strony postępowania zamieszkują pod jednym adresem w Olkuszu przy ulicy Baczyńskiego 1/14. Jak już wskazano okoliczności te nie stanowią same w sobie dowodu zawarcia porozumienia ograniczającego konkurencję, tym niemniej wskazują na możliwość łatwego uzgadniania zachowań rynkowych przedsiębiorców oraz wysokie prawdopodobieństwo wymiany pomiędzy nimi istotnych informacji gospodarczych.

6.3.3. Stała współpraca gospodarcza

Dodatkowo okolicznością świadczącą w opinii Prezesa Urzędu o istnieniu zaawansowanych kontaktów i stałej współpracy gospodarczej między przedsiębiorcami jest fakt, że przedsiębiorcy wielokrotnie ubiegali się wspólnie – działając w formie konsorcjum lub spółki cywilnej – o zamówienia publiczne oraz wspólnie je realizowali. Okoliczności te, chociaż same w sobie nie są zabronione, to w powiązaniu z innymi okolicznościami sprawy dodatkowo uprawdopodobniają istnienie niedozwolonego porozumienia opisanego w sentencji niniejszej decyzji.

Podsumowując całokształt okoliczności związanych z relacjami pomiędzy przedsiębiorcami wskazać należy, że nie podejmowali oni działań zmierzających do utrzymania w tajemnicy treści składanych ofert (powierzane sporządzenia ofert tej samej osobie), a istniejące pomiędzy nimi relacje rodzinne i wspólne miejsce zamieszkania zapewniało nieograniczone możliwości swobodnego porozumiewania się i dokonywania uzgodnień treści składanych ofert. Rozważając te okoliczności łącznie i uwzględniając dodatkowo fakt ścisłej współpracy gospodarczej pomiędzy przedsiębiorcami, można wyprowadzić wniosek, że przedsiębiorcy znali wzajemnie treść swoich ofert, a także że w ramach wyżej opisanych przetargów, zamiast konkurować, współpracowali ze sobą.

Działanie przedsiębiorcy, składającego ofertę zawierającą wyższą cenę w sytuacji, w której z pewnością wie on o tym, że inny z przedsiębiorców składa ofertę zawierającą cenę niższą – a więc korzystniejszą – często jest obliczone na odstąpienie przez tego innego przedsiębiorcę od zawarcia umowy, w przypadku gdy okaże się ona najkorzystniejszą. Co prawda zachowanie takie może być również uzasadnione nadzieją na to, że korzystniejsza oferta zostanie odrzucona ze względów formalnych, jednak okoliczności niniejszej sprawy, w szczególności zaś zachowanie stron postępowania w przetargach („wycofywanie”

najkorzystniejszych ofert w sytuacji, gdy umożliwiała to zwycięstwo drugiemu w kolejności uczestnikowi porozumienia) nie pozwalają na przyjęcie, że sytuacja taka miała miejsce.

Konkludując wskazać należy, że całokształt przedstawionych powyżej argumentów i okoliczności (wycofywanie ofert, współpraca przedsiębiorców w ramach przetargów oraz istniejące między nimi powiązania), pomimo braku w sprawie dowodów bezpośrednich, pozwala w sposób całkowicie uzasadniony wyprowadzić wniosek o zawarciu przez Jana Torbusa i Martę Torbus zakazanego porozumienia ograniczającego konkurencję, o którym mowa w art. 6 ust. 1 pkt 7 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów.

Jan Torbus i Marta Torbus w powyżej wskazanych przetargach występowali jako podmioty pozornie ze sobą konkurujące. W rzeczywistości nie konkurowali ze sobą warunkami składanych ofert, lecz koordynowali ich treść oraz czynności związane z przygotowaniem ofert i dalszym zachowaniem w przetargach z ich udziałem. Oceniając całokształt zachowań przedsiębiorców w świetle doświadczenia życiowego oraz zasad logicznego rozumowania, nie można wytłumaczyć ich w inny sposób, niż istnieniem zмовы przetargowej.

Mając powyższe na uwadze, w ocenie Prezesa Urzędu spełniona została pierwsza przesłanka zastosowania art. 6 ust. 1 pkt 7 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów, polegająca na zawarciu porozumienia według zasad określonych w art. 4 pkt 5 tej ustawy.

7. Antykonkurencyjny cel lub charakter porozumienia

Stosownie do treści przepisu art. 6 ust. 1 pkt 7 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów – „zakazane są porozumienia, których celem lub skutkiem jest wyeliminowanie, ograniczenie lub naruszenie w inny sposób konkurencji na rynku właściwym, polegające w szczególności na uzgadnianiu przez przedsiębiorców przystępujących do przetargu lub przez tych przedsiębiorców i przedsiębiorcę będącego organizatorem przetargu warunków składanych ofert, w szczególności zakresu prac lub ceny”. Uwzględniając brzmienie tej regulacji przyjęć należy, że antykonkurencyjny cel i antykonkurencyjny skutek porozumienia nie muszą wystąpić łącznie i zakazane jest już samo zawarcie (istnienie) porozumienia ukierunkowanego na ograniczenie konkurencji, nie zaś osiągnięcie takiego skutku, natomiast efekt ograniczenia konkurencji wcale nie musi wystąpić.

W niniejszej sprawie antykonkurencyjny cel porozumienia jest jednoznaczny – mamy do czynienia z działaniem stron polegającym na dokonywaniu uzgodnień zachowań wpływających na ostateczne wyniki przetargów, a sprowadzających się do wspólnego przygotowywania ofert, a następnie, w przypadku złożenia ofert zawierających kolejno dwie najniższe ceny, wycofywania tańszej oferty w celu doprowadzenia do wyboru oferty tego z przedsiębiorców, który zaoferował wyższą cenę za wykonanie zamówienia. Celem współpracy przedsiębiorców było niewątpliwie ograniczenie konkurencji.

Porozumienie opisane w sentencji niniejszej decyzji, nie tylko zmierzało (miało na celu) do ograniczenia konkurencji na rynku właściwym, ale i cel ten został faktycznie zrealizowany

przez uczestniczących w nim przedsiębiorców, którzy dzięki uzgodnionym zachowaniom uzyskali zamówienia po wyższej cenie, wpływając na wynik postępowań przetargowych, w wyniku czego wystąpił również skutek w postaci zakłócenia konkurencji.

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

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

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

- zasada *de minimis* – wyłączenie na podstawie art. 7 tej ustawy,
- wyłączenia grupowe wydane na podstawie art. 8 ust. 3 tej ustawy,
- wyłączenia indywidualne – na podstawie art. 8 ust. 1 tej ustawy.

Ingerencja prawa konkurencji w stosunki gospodarcze przedsiębiorców powinna mieć miejsce jedynie w przypadkach, kiedy zachowania przedsiębiorców wywierają odczuwalne skutki dla konkurencji. W związku z tym w art. 7 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów przewidziane jest wyłączenie stosowania zakazu zawierania porozumień ograniczających konkurencję z uwagi na niewielki udział przedsiębiorców w rynku. Zgodnie z art. 7 ust. 1 pkt 1 tej ustawy wyłączenie to ma miejsce w odniesieniu do porozumień zawieranych między przedsiębiorcami, którzy są konkurentami, jeżeli ich łączny udział w rynku w roku kalendarzowym poprzedzającym zawarcie porozumienia nie przekracza 5%. Niemniej jednak, zgodnie z art. 7 ust. 2 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów, wyżej wskazane wyłączenie nie ma zastosowania m.in. do porozumień określonych w art. 6 ust. 1 pkt 7 tej ustawy, tj. do zmw przetargowych. Biorąc pod uwagę, że analizowane w niniejszej sprawie porozumienie stanowi właśnie taki rodzaj porozumienia, nie korzysta ono z wyłączenia spod zakazu porozumień ograniczających konkurencję w oparciu o określającą zasadę *de minimis* przepis art. 7 ust. 1 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów.

Przepis art. 8 ust. 3 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów stanowi natomiast, że Rada Ministrów może w drodze rozporządzenia wyłączyć określone rodzaje porozumień spod zakazu zawierania antykonkurencyjnych porozumień, biorąc pod uwagę korzyści jakie te porozumienia mogą przynieść. Żadne z rozporządzeń wykonawczych wydanych w oparciu o delegację zawartą w tym przepisie nie znajduje zastosowania w niniejszej sprawie, a opisane w niniejszej decyzji ograniczenie konkurencji nie podlega wyłączeniu na podstawie tego przepisu spod zakazu zawierania porozumień ograniczających konkurencję.

Odnosząc się z kolei do możliwości wyłączenia indywidualnego porozumienia spod zakazu na podstawie art. 8 ust. 1 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów należy zauważyć, że ciężar uowodnienia okoliczności uzasadniających wyłączenie, to jest wykazania, iż porozumienie spełnia następujące warunki:

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

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

9. Ciągły i jednolity charakter praktyki

Prezes Urzędu uznał, że stwierdzona praktyka miała charakter ciągły. Przejawiała się ona powtarzalnym, jednorodnym zachowaniem stron postępowania, polegającym na dokonywaniu uzgodnień zachowań wpływających na ostateczne wyniki przetargów, a sprowadzających się do wspólnego opracowania ofert i rezygnacji z zawarcia umowy o realizację zamówienia publicznego przez tego z oferentów, którego oferta zawiera niższą ceną, w celu doprowadzenia do wyboru oferty tego z przedsiębiorców, który oferuje cenę wyższą. Prezes Urzędu wskazał w niniejszej decyzji postępowania przetargowe, w których tego rodzaju zachowania stron postępowania miały miejsce. Istotną okolicznością uzasadniającą ciągły charakter praktyki stwierdzonej w niniejszej decyzji jest to, że w każdym z kolejnych lat od połowy 2011 r. (kiedy to miał miejsce pierwszy z przetargów, w którym stwierdzono przesłanki działania przedsiębiorców w ramach zmowy przetargowej) do końca 2013 r. (kiedy to miał miejsce ostatni z przetargów, w którym stwierdzono przesłanki działania przedsiębiorców w ramach zmowy przetargowej) został przeprowadzony co najmniej jeden przetarg, w którym stwierdzono przesłanki działania przedsiębiorców w ramach zmowy przetargowej. W 2013 r. miały miejsce trzy takie przetargi (organizowane przez Sąd Rejonowy w Chrzanowie, Nadleśnictwo Kędzierzyn oraz Sąd Rejonowy w Prudniku), w 2012 r. jeden przetarg (organizowany przez Urząd Skarbowy w Raciborzu – zakończony w styczniu 2013 r.), w 2011 r. trzy przetargi (organizowane przez Urząd Skarbowy w Raciborzu, Agencję Nieruchomości Rolnych i Generalną Dyрекcję Dróg Krajowych i Autostrad). Nie są przy tym przeszkodą dla stwierdzenia ciągłości praktyki odstępy czasowe – w niektórych przypadkach roczne – pomiędzy poszczególnymi postępowaniami przetargowymi. Należy bowiem zauważyć, że usługi ochrony osób i mienia oraz usługi czystościowo-porządkowe są zamawiane przez podmioty zobowiązane do stosowania Prawa zamówień publicznych zazwyczaj na okresy roczne, najczęściej

(w przybliżeniu) pokrywające się z rokiem kalendarzowym, a postępowania przetargowe, których przedmiotem są takie usługi, są zazwyczaj przeprowadzane pod koniec roku poprzedzającego rok, w którym zamówienie ma być realizowane. W przedmiotowej sprawie zdecydowana większość postępowań przetargowych, w których stwierdzono przesłanki działania przedsiębiorców w ramach zmowy przetargowej, została przeprowadzona w grudniu danego roku, a zatem w miesiącu, w którym nasilenie przeprowadzania przetargów na ww. usługi jest szczególnie wysokie. Wyjaśnia to jednocześnie przyczyny istnienia rocznych odstępów pomiędzy niektórymi przetargami, w których stwierdzono przesłanki działania przedsiębiorców w ramach zmowy przetargowej.

Należy także wskazać, że pomimo, iż przedmiotem zamówienia w niektórych przetargach były tylko jedne z usług wymienionych w sentencji niniejszej decyzji, tj. usługi ochrony osób i mienia albo usługi czystościowo-porządkowe, a co za tym idzie poszczególne przejawy antykonkurencyjnego porozumienia ujawniały się na różnych rynkach właściwych, to jednak praktyka miała taką samą naturę i przejawiała się podobnymi działaniami tych samych przedsiębiorców, stanowiąc tym samym jednorodny proceder stosowany przez nich w różnych przetargach, co uzasadniało przyjęcie jednolitości porozumienia.

10. Zaniechanie stosowania praktyki

Praktyka będąca przedmiotem zarzutów postawionych przedsiębiorcom w niniejszym postępowaniu polegała na uzgadnianiu przez Jana Torbusa i Martę Torbus w postępowaniach o udzielenie zamówień publicznych warunków składanych ofert oraz innych zachowań tych przedsiębiorców, mających na celu wybór oferty tego z przedsiębiorców, który zaoferował wyższą cenę. Działania polegające na uzgadnianiu składanych ofert z ich natury mogą być prowadzone tylko do momentu ich złożenia, natomiast inne zachowania przedsiębiorców zmierzające do wywarcia wpływu na wybór droższej oferty mogą mieć miejsce także w okresie, w którym zamawiający może dokonać wyboru którejś ze złożonych przez wykonawców ofert. Za dzień zaniechania praktyki należy zatem uznać moment, w którym przedsiębiorcy osiągnęli cel porozumienia, to jest dzień uzyskania zamówienia (podpisania umowy w sprawie zamówienia publicznego) będącego przedmiotem przetargu lub chwilę, w której możliwość zrealizowania celu porozumienia została definitywnie uniemożliwiona, to jest dzień unieważnienia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. W przypadku praktyki o charakterze ciągłym, w której porozumienie obejmuje uzgadnianie ofert oraz innych zachowań przedsiębiorców w szeregu przetargów, za chwilę zaniechania praktyki należy uznać dzień zawarcia umowy w sprawie zamówienia publicznego, względnie dzień unieważnienia postępowania przetargowego, w ramach ostatniego z tych przetargów.

W niniejszej sprawie w dniu 30 grudnia 2013 r. zostały zawarte dwie umowy w sprawie zamówienia publicznego pomiędzy Martą Torbus i Nadleśnictwem Kędzierzyn oraz pomiędzy Martą Torbus i Sądem Rejonowym w Chrzanowie w ramach ostatnich z przetargów, w których stwierdzono przesłanki działania przedsiębiorców w ramach zmowy przetargowej. Prezes Urzędu nie stwierdził istnienia chronologicznie późniejszych przetargów, w których mogło być realizowane antykonkurencyjne porozumienie. Powyższa

data stanowi zatem moment zaniechania praktyki, o której mowa w sentencji niniejszej decyzji.

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

11. Kara pieniężna

Zgodnie z art. 106 ust. 1 pkt 1 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów, „Prezes Urzędu może nałożyć na przedsiębiorcę, w drodze decyzji, karę pieniężną w wysokości nie większej niż 10% przychodu osiągniętego w roku rozliczeniowym poprzedzającym rok nałożenia kary, jeżeli przedsiębiorca ten, choćby nieumyślnie dopuścił się naruszenia zakazu określonego w art. 6, w zakresie niewyłączonym na podstawie art. 7 i art. 8, lub naruszenia zakazu określonego w art. 9.”. Tak więc, rozstrzygnięcie w przedmiocie nałożenia administracyjnej kary pieniężnej ma charakter fakultatywny, a o tym, czy w konkretnej sprawie w odniesieniu do danego przedsiębiorcy zasadne jest nałożenie kary pieniężnej decyduje, w ramach uznania administracyjnego, Prezes Urzędu. Niemniej, jak wskazuje się w orzecznictwie antymonopolowym: „skuteczna polityka karania wymaga jednak, by w przypadku stwierdzenia stosowania przez przedsiębiorcę praktyki ograniczającej konkurencję zasadą było nakładanie kary pieniężnej”.¹⁵

Przepisy ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów nie określają przesłanek, od których uzależnione byłoby podjęcie decyzji o nałożeniu kary. Ustawodawca wskazał jedynie w art. 111 ustawy te okoliczności, które Prezes Urzędu winien uwzględnić decydując o wymiarze kary pieniężnej, to jest: okres, stopień oraz okoliczności naruszenia przepisów ustawy, a także uprzednie naruszenie jej przepisów. Kara pieniężna może zostać nałożona na przedsiębiorcę niezależnie od tego, czy dopuścił się naruszenia przepisów ustawy umyślnie, czy też nieumyślnie. Przyjmuje się, że na wysokość kary pieniężnej wpływ musi mieć również stopień zagrożenia lub naruszenia interesu publicznoprawnego stosowanymi praktykami ograniczającymi konkurencję. Dodatkowo, w judykaturze wskazuje się, że w przypadku kar za stosowanie praktyk ograniczających konkurencję, przesłankami, które należy brać pod uwagę są: potencjał ekonomiczny przedsiębiorcy, skutki praktyki dla konkurencji lub kontrahentów, dopuszczalny poziom kary wynikający z przepisów ustawy oraz cele, jakie kara ma osiągnąć.¹⁶ Nakładana przez Prezesa Urzędu kara pieniężna powinna pełnić funkcję represyjną (tj. stanowić dolegliwość dla przedsiębiorcy naruszającego przepisy ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów), ale także prewencyjną, dyscyplinującą (tj. zapobiegać podobnym naruszeniom w przyszłości). W zależności od stopnia naruszenia przepisów ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów, pierwszeństwo przyznaje się funkcji prewencyjnej albo represyjnej. W niniejszej sprawie Prezes Urzędu uznał, że zachodzą przesłanki do nałożenia na przedsiębiorców kar pieniężnych.

Ustalając wymiar kary pieniężnej Prezes Urzędu w pierwszej kolejności dokonał oceny wagi stwierdzonego naruszenia. Wskazać przy tym należy, że w kwestii natury naruszenia Prezes Urzędu wyróżnia: naruszenia bardzo poważne (do których należy zaliczyć przede wszystkim

¹⁵ wyrok SOKiK z dnia 8 listopada 2004 r. (sygn. akt: XVII AmA 81/03)

¹⁶ wyrok Sądu Najwyższego z dnia 27 czerwca 2000 r., (sygn. akt: I CKN 793/98)

szczególnie szkodliwe horyzontalne ograniczenia konkurencji, jak również przypadki nadużywania pozycji dominującej mające na celu lub prowadzące do eliminacji konkurencji na rynku), naruszenia poważne (do których należy zaliczyć przede wszystkim porozumienia horyzontalne niezaliczane do najpoważniejszych naruszeń, porozumienia pionowe wpływające na cenę lub warunki oferowania produktu, przypadki nadużywania pozycji dominującej mające na celu lub prowadzące do istotnego ograniczenia konkurencji lub dotkliwej eksploatacji kontrahentów lub konsumentów), naruszenia mniej poważne niż wyżej wymienione (naruszenia pozostałe, do których należą m.in. porozumienia wertykalne niedotyczące ceny lub możliwości odsprzedaży towaru, jak również przypadki nadużywania pozycji dominującej o mniejszej wadze). W niniejszej sprawie Prezes Urzędu uznał, że porozumienie zawarte pomiędzy Martą Torbus i Janem Torbusem należą do szczególnie szkodliwych horyzontalnych ograniczeń konkurencji, jakimi są zmony przetargowe. W tym stanie rzeczy stwierdzone naruszenie zostało zakwalifikowane do kategorii naruszeń bardzo poważnych, a kwoty bazowe, stanowiące podstawy dalszych wyliczeń, ustalono na następujących poziomach: w przypadku Jana Torbusa (tajemnica przedsiębiorstwa) przychodu osiągniętego w 2014 r., tj. 6 990,57 zł, w przypadku Marty Torbusa (tajemnica przedsiębiorstwa) przychodu osiągniętego w 2014 r., tj. 6 796,01 zł.

Ustalając wymiar kary Prezes Urzędu wziął w dalszej kolejności pod uwagę specyfikę rynków, na jakich doszło do naruszenia konkurencji. Kara powinna być bowiem tym większa, im większe jest natężenie negatywnych efektów związanych z naruszeniem prawa konkurencji lub im wyższe korzyści czerpie z niego przedsiębiorca.

Prezes Urzędu uwzględnił zatem fakt, że rynek usług ochrony osób i mienia oraz rynek usług czystościowo-porządkowych są rynkami konkurencyjnymi, na których działa wielu przedsiębiorców, i na których nie występują istotne bariery wejścia. Tezę o intensywności konkurencji na tych rynkach potwierdza liczba ofert złożonych w ramach postępowań przetargowych analizowanych w postępowaniu antymonopolowym zakończonym wydaniem niniejszej decyzji. W znacznej większości przetargów liczba ta wynosiła od 6 do 8. Najmniejsza liczba ofert została złożona w przetargu organizowanym przez Nadleśnictwo Kędzierzyn – 3, a największa w jednym z przetargów organizowanych przez Sąd Rejonowy w Jaworznie – 11. Z powyższych względów wpływ ocenianego porozumienia na rynki był ograniczony.

Z drugiej strony Prezes Urzędu uwzględnił faktyczne wprowadzenie porozumienia w życie, poprzez realizację określonego zachowania w trakcie przetargów, a także negatywne skutki dla uczestników rynku, czyli organizatorów przetargów. Na skutek zawartej zmony zamawiający byli bowiem stawiani w sytuacjach, w których mogli: (1) wybrać ofertę, która nie była ofertą najkorzystniejszą cenowo w świetle pierwotnego rozstrzygnięcia przetargu lub (2) unieważnić przeprowadzone postępowanie i przeprowadzić ponownie procedurę przetargową. W postępowaniach przetargowych analizowanych w przedmiotowej sprawie zamawiający decydowali się na pierwszą możliwość – wybór najkorzystniejszej spośród pozostałych ofert. Tym samym przedsiębiorcy doprowadzili bezpośrednio do zamierzonego przez nich skutku – uzyskania zamówienia po wyższej cenie. Należy przy tym podkreślić,

że wybór przez zamawiających drugiej możliwości – unieważnienia przetargu i ponowienia procedury udzielenia zamówienia publicznego – wiąże się z dodatkową zwłoką w uzyskaniu zamawianych usług. Istotne przy tym jest, że usługi będące przedmiotem zamówienia w analizowanych przetargach były niezbędne dla bezpiecznego i sprawnego funkcjonowania organizatorów przetargów. Zamawiający, mając do wyboru ponowienie postępowania przetargowego pod presją czasu lub zakup usług po wyższej cenie, zdecydowali się na to ostatnie rozwiązanie.

Ostatecznie mając na uwadze łącznie wszystkie okoliczności związane ze specyfiką rynku oraz działaniem stron niniejszego postępowania, postanowiono zmniejszyć kwotę bazową w przypadku obydwu przedsiębiorców o 10%.

Kalkulując wymiar kary pieniężnej Prezes Urzędu wziął także pod uwagę przesłankę długotrwałości naruszenia. Długotrwałość stosowania praktyki powinna mieć wpływ na wysokość kary szczególnie w sytuacji, gdy prowadzi ona do zwiększenia korzyści uzyskanych przez przedsiębiorców dopuszczających się naruszenia lub szkody ponoszonej przez innych uczestników rynku. Jako długotrwałe traktowane są naruszenia trwające dłużej niż rok. Rozpatrywane w niniejszej sprawie porozumienie ograniczające konkurencję miało charakter ciągły i funkcjonowało w sposób zakwestionowany w niniejszej decyzji co najmniej od pierwszej połowy 2011 r., zaś dniem jego zaniechania był 30 grudnia 2013 r., kiedy to zostały zawarte umowy w sprawie zamówienia publicznego w ramach ostatnich z przetargów, w których stwierdzono przesłanki działania przedsiębiorców w ramach zmowy przetargowej. Uznano zatem, że stwierdzona niniejszą decyzją praktyka należy do kategorii naruszeń długotrwałych. W przypadku zmowy przetargowej obejmującej większą liczbę postępowań przetargowych długotrwałość praktyki może przekładać się na większą liczbę przetargów, w których przedsiębiorcom udaje się osiągnąć antykonkurencyjny skutek i tym samym uzyskać dodatkowe korzyści. Taka sytuacja miała miejsce w przedmiotowej sprawie, co uzasadniało podwyższenie kwoty bazowej o 50% w stosunku do obydwu przedsiębiorców.

Niezależnie od powyższego Prezes Urzędu rozważył również występujące w sprawie okoliczności łagodzące i obciążające. W ocenie Prezesa Urzędu w niniejszej sprawie występuje okoliczność łagodząca mająca zastosowanie do obydwu stron postępowania w postaci zaniechania stosowania praktyki ograniczającej konkurencję przed dniem wszczęcia postępowania antymonopolowego, tj. przed dniem 16 grudnia 2014 r. Jak zostało wskazane w pkt I niniejszej decyzji porozumienie przestało funkcjonować na rynku od dnia 30 grudnia 2013 r. Drugą okolicznością łagodzącą mającą zastosowanie do obydwu stron postępowania jest współpraca z Prezesem Urzędu w toku postępowania. W tym zakresie w szczególności uwzględniono przekazanie z własnej woli Prezesowi Urzędu przez przedsiębiorców nieznanymi mu informacji o okolicznościach przetargu przeprowadzonego przez Sąd Rejonowy w Prudniku. Nie stanowi natomiast okoliczności łagodzącej powołany przez strony postępowania brak uprzednich naruszeń zakazu praktyk naruszających konkurencję. Przesłanka uprzedniego naruszenia przepisów ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów spełnia funkcję okoliczności obciążającej wpływającej, w razie jej wystąpienia, na surowszy wymiar kary.

Jeżeli natomiast chodzi o okoliczności obciążające to uznano, że działanie przedsiębiorców miało charakter umyślny, co potwierdzają dowody wskazujące na koordynację ich zachowań. Wskazane dowody i okoliczności sprawy świadczą o tym, że przedsiębiorcy uzgodnili pewną podjętą z góry taktykę działania w przetargach, której celem było osiągnięcie dodatkowych korzyści finansowych – o ile pozwolą na to okoliczności, zdeterminowane przez rozkład ofert złożonych przez pozostałych uczestników przetargu, nieuczestniczących w porozumieniu – poprzez wygranę przetargów, przy jednoczesnym osiągnięciu możliwie jak najwyższej ceny.

Tak więc, uwzględniając łącznie wymienione okoliczności łagodzące i okoliczność obciążającą, w odniesieniu do obydwu przedsiębiorców postanowiono zmniejszyć kwotę bazową ustaloną w poprzednich etapach kalkulowania kary o 10%.

Kara nakładana przez Prezesa Urzędu na przedsiębiorców, którzy dopuścili się stosowania praktyk ograniczających konkurencję służy podkreśleniu naganności ocenianych zachowań. Decydując o nałożeniu kary pieniężnej i jej wysokości wzięto pod uwagę wszystkie opisane wyżej okoliczności. Orzeczona kara powinna również stanowić dolegliwość dla stron niniejszej decyzji tak, aby jej nałożenie skutkowało w przyszłości zapobieżeniem zaistnienia podobnych sytuacji. Z drugiej strony należy też podkreślić wymiar edukacyjny i wychowawczy zastosowanej sankcji oraz wyrazić nadzieję, że odniesie ona spodziewany skutek na przyszłość. Poza wymiarem indywidualnym kary, należy zwrócić uwagę na jej wymiar ogólny, funkcję odstrasżającą i wychowawczą w stosunku do innych uczestników rynku.

Mając na względzie wszystkie określone wyżej czynniki dotyczące wagi naruszenia, specyfiki rynku oraz okoliczności łagodzących i obciążających, Prezes Urzędu postanowił zatem nałożyć na strony niniejszego postępowania z tytułu naruszenia, o którym mowa w punkcie I niniejszej decyzji kary w wysokości: 8 494,00 zł – w przypadku Jana Torbusa, oraz w wysokości: 8 257,00 zł – w przypadku Marty Torbus.

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

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

12. Koszty postępowania

Zgodnie z art. 80 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów Prezes Urzędu rozstrzyga o kosztach, w drodze postanowienia, które może być zamieszczone w decyzji kończącej postępowanie. Natomiast stosownie do art. 77 ust. 1 tej ustawy, jeżeli w wyniku postępowania stwierdzono naruszenie jej przepisów, przedsiębiorca, który dopuścił się tego naruszenia, jest obowiązany ponieść koszty postępowania. Zgodnie z art. 263 § 1 Kodeksu postępowania administracyjnego, do kosztów postępowania zalicza się m.in. koszty doręczenia stronom pism urzędowych. Zgodnie z art. 264 § 1 Kodeksu postępowania administracyjnego, jednocześnie z wydaniem decyzji organ administracji publicznej ustala w drodze postanowienia wysokość kosztów postępowania, osoby zobowiązane do ich poniesienia oraz termin i sposób ich uiszczenia. Postępowanie zakończone niniejszą decyzją

zostało wszczęte z urzędu, a w jego wyniku Prezes Urzędu stwierdził naruszenie przepisów ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów. Kosztami niniejszego postępowania są wydatki związane z korespondencją prowadzoną przez Prezesa Urzędu w toku tego postępowania w łącznej wysokości 61,80 zł, czyli 30,90 zł w przypadku każdej ze stron postępowania.

Mając powyższe na uwadze, Prezes Urzędu orzekł, jak w pkt III sentencji decyzji.

Pouczenia

Zgodnie z art. 112 ust. 3 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów, określone wyżej kary pieniężne należy uiścić, w terminie 14 dni od dnia uprawomocnienia się niniejszej decyzji, na rachunek bankowy Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów:

NBP O/O Warszawa Nr 511010100078782231000000

Koszty postępowania strony niniejszej decyzji obowiązane są wpłacić w tym samym terminie na ten sam rachunek bankowy Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów.

Stosownie do treści art. 81 ust. 1 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów w związku z art. 479²⁸ § 2 Kodeksu postępowania cywilnego – od niniejszej decyzji przysługuje odwołanie do Sądu Okręgowego w Warszawie – Sądu Ochrony Konkurencji i Konsumentów, w terminie miesiąca od dnia jej doręczenia. Odwołanie wnosi się za pośrednictwem Prezesa Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów – Delegatury UOKiK w Krakowie, 31-011 Kraków, Plac Szczepański 5.

W przypadku kwestionowania wyłącznie postanowienia o kosztach, zawartego w punkcie III sentencji niniejszej decyzji – stosownie do treści art. 81 ust. 5 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów w związku z 479³² Kodeksu postępowania cywilnego oraz art. 264 § 2 Kodeksu postępowania administracyjnego w związku z art. 83 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów – 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 Ochrony Konkurencji i Konsumentów – Delegatury UOKiK w Krakowie, 31-011 Kraków, Plac Szczepański 5.

z upoważnienia Prezesa
Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów
Dyrektor Delegatury UOKiK w Krakowie
Waldemar Jurasz