



**PREZES
URZĘDU OCHRONY
KONKURENCJI I KONSUMENTÓW**

DELEGATURA w ŁODZI
ul. Piotrkowska 120
90-006 Łódź, P - 36
tel. (42) 636 36 89, fax (42) 636 07 12
e-mail: lodz@uokik.gov.pl

RŁO-410 - 2 (71)14/AK

Łódź, dnia 15 grudnia 2015 r.

Decyzja Nr RŁO 11/2015

- I. Na podstawie art. 11 ust. 2 ustawy z dnia 16 lutego 2007 r. o ochronie konkurencji i konsumentów (Dz. U. z 2007 r. Nr 50, poz. 331, ze zm.) oraz stosownie do art. 33 ust. 6 tej ustawy, w związku z art. 3 ustawy z dnia 10 czerwca 2014 r. o zmianie ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów oraz ustawy - Kodeks postępowania cywilnego (Dz. U. z 2014 r., poz. 945), oraz stosownie do § 4 ust. 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 1 lipca 2009 r. w sprawie właściwości miejscowej i rzeczowej delegatur Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów (Dz. U. Nr 107, poz. 887),

- w imieniu Prezesa Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów:

uznaje się za praktykę ograniczającą konkurencję na regionalnym rynku budowy kanalizacji sanitarnych i naruszającą zakaz określony w art. 6 ust. 1 pkt 7 ww. ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów zawarcie porozumienia ograniczającego konkurencję pomiędzy Przemysławem Tchórz i Honoratą Tchórz - współnikami spółki cywilnej „BINSTAL” s.c. Przemysław Tchórz, Honorata Tchórz z siedzibą w Tomaszowie Mazowieckim a Bożeną Tchórz prowadzącą, działalność gospodarczą pod nazwą „BINSTAL” Bożena Tchórz w Tomaszowie Mazowieckim, polegającą na uzgodnieniu warunków składanych ofert, w szczególności w zakresie cen, jak i zasad postępowania:

- 1) w postępowaniu przetargowym przeprowadzonym w trybie przetargu nieograniczonego w 2013 r. przez Gminę Będków na roboty budowlane: „*Budowy sieci kanalizacji sanitarnej w miejscowościach Będków – Zacharz - Nowiny oraz Rosocha*” (znak sprawy: zp.271.2.2013),
- 2) postępowaniu przetargowym przeprowadzonym w trybie przetargu nieograniczonego w 2013 r. przez Gminę Lubochnia na roboty budowlane: „*Budowy kanalizacji sanitarnej w miejscowościach Jasień, Nowy Jasień, Albertów w gminie Lubochnia*” (znak sprawy: RI.9.271.Rzp.2013),

umożliwiającego wygranie ww. przetargów przez Bożeną Tchórz, prowadzącą działalność gospodarczą pod nazwą „BINSTAL” Bożena Tchórz w Tomaszowie Mazowieckim oferującą wyższą cenę na roboty budowlane będące przedmiotem przetargu niż Przemysław Tchórz i Honorata Tchórz, prowadzący działalność gospodarczą w formie

spółki cywilnej pod nazwą „BINSTAL” s.c. Przemysław Tchórz, Honorata Tchórz z siedzibą w Tomaszowie Mazowieckim,

i stwierdza się zaniechanie jej stosowania z dniem 12 sierpnia 2013 r.

- II.** Na podstawie art. 106 ust. 1 pkt 1 ustawy z dnia 16 lutego 2007 r. o ochronie konkurencji i konsumentów (Dz. U. z 2007 r., Nr 50, poz. 331, ze zm.) oraz stosownie do art. 33 ust. 6 tej ustawy, w związku z art. 3 ustawy z dnia 10 czerwca 2014 r. o zmianie ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów oraz ustawy - Kodeks postępowania cywilnego (Dz. U. z 2014 r., poz. 945) oraz stosownie do § 4 ust. 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 1 lipca 2009 r. w sprawie właściwości miejscowej i rzeczowej delegatur Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów (Dz. U. Nr 107, poz. 887),

- w imieniu Prezesa Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów

nakłada się za naruszenie zakazu określonego w art. 6 ust. 1 pkt 7. ww. ustawy, w zakresie opisanym w punkcie I sentencji, kary pieniężne w następującej wysokości:

- 1) na Przemysława Tchórz, prowadzącego działalność gospodarczą w formie spółki cywilnej pod nazwą „BINSTAL” s.c. Przemysław Tchórz, Honorata Tchórz z siedzibą w Tomaszowie Mazowieckim, karę pieniężną w wysokości 28 357,00 zł (słownie: dwadzieścia osiem tysięcy trzysta pięćdziesiąt siedem złotych), za zapłatę której odpowiada solidarnie z Honoratą Tchórz, prowadzącą działalność gospodarczą w formie spółki cywilnej pod nazwą „BINSTAL” s.c. Przemysław Tchórz, Honorata Tchórz z siedzibą w Tomaszowie Mazowieckim,
 - 2) na Honoratę Tchórz, prowadzącą działalność gospodarczą w formie spółki cywilnej pod nazwą „BINSTAL” s.c. Przemysław Tchórz, Honorata Tchórz z siedzibą w Tomaszowie Mazowieckim, karę pieniężną w wysokości 28 357,00 zł (słownie: dwadzieścia osiem tysięcy trzysta pięćdziesiąt siedem złotych), za zapłatę której odpowiada solidarnie z Przemysławem Tchórz, prowadzącym działalność gospodarczą w formie spółki cywilnej pod nazwą „BINSTAL” s.c. Przemysław Tchórz, Honorata Tchórz z siedzibą w Tomaszowie Mazowieckim,
 - 3) na Bożenę Tchórz, prowadzącą działalność gospodarczą pod nazwą „BINSTAL” Bożena Tchórz w Tomaszowie Mazowieckim, karę pieniężną w wysokości 155 156,00 zł (słownie: sto pięćdziesiąt pięć tysięcy sto pięćdziesiąt sześć złotych).
- III.** Na podstawie art. 77 ust. 1 i art. 80 ustawy z dnia 16 lutego 2007 r. o ochronie konkurencji i konsumentów (Dz. U. z 2007 r., Nr 50, poz. 331 ze zm.) oraz na podstawie art. 263 § 1 i art. 264 § 1 ustawy Kodeks postępowania administracyjnego (tekst jedn. Dz. U. z 2013 r., poz. 267, ze zm.), w związku z art. 83 ww. ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów oraz stosownie do art. 33 ust. 6 tej ustawy i § 4 ust. 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 1 lipca 2009 r. w sprawie właściwości miejscowej i rzeczowej delegatur Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów (Dz. U. Nr 107, poz. 887) 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. 2014 r., poz. 945)

– działając w imieniu Prezesa Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów:

postanawia się obciążyć:

- 1) Przemysława Tchórz, prowadzącego działalność gospodarczą w formie spółki cywilnej pod nazwą „BINSTAL” s.c. Przemysław Tchórz, Honorata Tchórz z siedzibą

w Tomaszowie Mazowieckim, kosztami postępowania w sprawie zawarcia porozumienia ograniczającego konkurencję na regionalnym rynku budowy kanalizacji sanitarnych, opisanego w punkcie I sentencji niniejszej decyzji, w kwocie 33,10 zł (słownie: trzydzieści trzy złotych dziesięć groszy) oraz zobowiązać ww. przedsiębiorcę do zwrotu ich Prezesowi Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów w terminie 14 dni od dnia uprawomocnienia się niniejszej decyzji,

- 2) Honoratę Tchórz, prowadzącą działalność gospodarczą w formie spółki cywilnej pod nazwą „BINSTAL” s.c. Przemysław Tchórz, Honorata Tchórz z siedzibą w Tomaszowie Mazowieckim, kosztami postępowania w sprawie zawarcie porozumienia ograniczającego konkurencję na regionalnym rynku budowy kanalizacji sanitarnych, opisanego w punkcie I sentencji niniejszej decyzji, w kwocie 33,10 zł (słownie: trzydziestu trzech złotych dziesięciu groszy) oraz zobowiązać ww. przedsiębiorcę do zwrotu ich Prezesowi Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów w terminie 14 dni od dnia uprawomocnienia się niniejszej decyzji,
- 3) Bożenę Tchórz, prowadzącą działalność gospodarczą pod nazwą „BINSTAL” Bożena Tchórz w Tomaszowie Mazowieckim, kosztami postępowania w sprawie zawarcie porozumienia ograniczającego konkurencję na regionalnym rynku budowy kanalizacji sanitarnych, opisanego w punkcie I sentencji niniejszej decyzji, w kwocie 58, 20 zł. (słownie: pięćdziesiąt osiem złotych dwadzieścia groszy) oraz zobowiązać ww. przedsiębiorcę do zwrotu ich Prezesowi Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów kosztów postępowania w terminie 14 dni od dnia uprawomocnienia się niniejszej decyzji.

Uzasadnienie

W 2014 r. Prezes Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów przeprowadził postępowanie wyjaśniające celem wstępnego ustalenia, czy na lokalnym rynku świadczenia usług budowy kanalizacji sanitarnej, w związku z przetargiem zorganizowanym przez Gminę Lubochnia, nie doszło do naruszenia przepisów ustawy z dnia 16 lutego 2007 r. o ochronie konkurencji i konsumentów (Dz. U. z 2007 r., Nr 50, poz. 331 ze zm.)¹, (zwana dalej: „ustawą o ochronie konkurencji i konsumentów”), w tym czy sprawa ma charakter antymonopolowy. W ww. postępowaniu wyjaśniającym (znak RŁO 400-10/14) Prezes Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów (zwany dalej: „Prezesem Urzędu”) ustalił, że przedsiębiorcy Przemysław Tchórz i Honorata Tchórz, prowadzący działalność gospodarczą w formie spółki cywilnej pod nazwą „BINSTAL” s.c. Przemysław Tchórz, Honorata Tchórz z siedzibą w Tomaszowie Mazowieckim oraz Bożena Tchórz prowadząca, działalność gospodarczą pod nazwą „BINSTAL” Bożena Tchórz w Tomaszowie Mazowieckim uczestniczyli, w 2013 r., między innymi, w przetargu organizowanym przez Gminę Będków na roboty budowlane: „*Budowę sieci kanalizacji sanitarnej w miejscowościach Będków – Zacharz - Nowiny oraz Rosocha*”

¹ „W toku postępowania, 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. z 2014 r., poz. 945). W dniu 26 stycznia 2015 r. Marszałek Sejmu Rzeczypospolitej Polskiej wydał obwieszczenie w sprawie ogłoszenia jednolitego tekstu ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów (Dz. U. z 2015 r., poz. 184). Jednakże z art. 3 wskazanej powyżej ustawy o zmianie ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów oraz ustawy – Kodeks postępowania cywilnego wynika, że do spraw, w których postępowanie wszczęto przed dniem wejścia w życie tej ustawy (to jest przed dniem 18 stycznia 2015 r.) stosuje się przepisy dotychczasowe, o ile przepisy art. 4, art. 7, art. 10 i art. 11 nie stanowią inaczej. W tym stanie rzeczy, mając na uwadze, że postępowanie w tej sprawie zostało wszczęte w dniu 30 grudnia 2014 r. podstawę rozstrzygnięcia Prezesa Urzędu stanowią przepisy ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów w brzmieniu obowiązującym przed nowelizacją”.

(znak sprawy zp.271.2.2013), w którym termin składania ofert upłynął 1 marca 2013 r. i w przetargu organizowanym przez Gminę Lubochnia na roboty budowlane: „Budowę kanalizacji sanitarnej w miejscowościach Jasień, Nowy Jasień, Albertów w gminie Lubochnia”(znak sprawy: RI.9.271.Rzp.2013), w którym termin składania ofert upłynął 12 czerwca 2013 r. Wartość zamówienia Gminy Będków na roboty budowlane: „Budowę sieci kanalizacji sanitarnej w miejscowościach Będków – Zacharz - Nowiny oraz Rosocha” wynosiła 3.500.000,00 zł brutto a wartość zamówienia Gminy Lubochnia na roboty budowlane: „Budowę kanalizacji sanitarnej w miejscowościach Jasień, Nowy Jasień, Albertów w gminie Lubochnia” wynosiła 5.823.629,60 zł brutto. W powyższych przetargach najkorzystniejszą ofertę przedłożyli przedsiębiorcy: Przemysław Tchórz i Honorata Tchórz, prowadzący działalność gospodarczą w formie spółki cywilnej pod nazwą „BINSTAL” s.c. Przemysław Tchórz, Honorata Tchórz. Jednak przedsiębiorcy ci zostali wykluczeni z przetargu organizowanego przez Gminę Będków z powodu nieprzedłożenia informacji banku lub spółdzielczej kasy oszczędnościowo-kredytowej, w których wykonawca posiada rachunek, potwierdzającej wysokość posiadanych środków finansowych lub zdolności kredytowej, wystawionej nie wcześniej niż trzy miesiące przed upływem terminu składania ofert. Natomiast w przetargu organizowanym przez Gminę Lubochnia odstąpili od zawarcia umowy w sprawie ww. zamówienia wyjaśniając, że odstąpienie jest podyktowane brakiem możliwości przedłożenia gwarancji ubezpieczeniowej należytego wykonania kontraktu i usunięcia wad lub usterek. W postępowaniu wyjaśniającym za powód nieprzedłożenia informacji banku lub spółdzielczej kasy oszczędnościowo-kredytowej Przemysław Tchórz i Honorata Tchórz, prowadzący działalność gospodarczą w formie spółki cywilnej pod nazwą „BINSTAL” s.c. Przemysław Tchórz, Honorata Tchórz podali, przeoczenie tego wymogu w momencie składania ofert.

W związku z faktem, iż zebrany w powyższym postępowaniu materiał dowodowy wskazywał na możliwość naruszenia ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów w szczególności art. 6 ust. 1 pkt 7 tej ustawy, Postanowieniem Nr 1 z dnia 30 grudnia 2014 r. Prezes Urzędu wszczął postępowanie antymonopolowe w sprawie podejrzenia stosowania przez przedsiębiorców: Przemysława Tchórz i Honoratę Tchórz prowadzących działalność gospodarczą w formie spółki cywilnej pod nazwą „BINSTAL” s.c. Przemysław Tchórz, Honorata Tchórz z siedzibą w Tomaszowie Mazowieckim oraz Bożenę Tchórz prowadzącą działalność gospodarczą pod nazwą „BINSTAL” Bożena Tchórz w Tomaszowie Mazowieckim, praktyki ograniczającej konkurencję. Jednocześnie Postanowieniem Nr 2 z dnia 30 grudnia 2014 r, przeniósł materiał dowodowy zgromadzony w postępowaniu wyjaśniającym (sygn. akt RŁO-400-10/14/AK), wszczętym w celu wstępnego ustalenia, czy na lokalnym rynku świadczenia usług budowy kanalizacji sanitarnej, w związku z przetargiem zorganizowanym przez Gminę Lubochnia, nie doszło do naruszenia przepisów ustawy z dnia 16 lutego 2007 r. o ochronie konkurencji i konsumentów (Dz. U. Nr 50, poz. 331, ze zm.), o czym zawiadomił strony postępowania.

W odpowiedzi na zawiadomienie o wszczęciu postępowania antymonopolowego strony postępowania wyjaśniły, co następuje:

1. Przemysław Tchórz i Honorata Tchórz w piśmie z dnia 27 lutego 2015 r. wyjaśnili (dowód: karty 652-656 odwrot), że:
 - a. zaprzeczają jakoby dopuścili się praktyki ograniczającej konkurencję na regionalnym rynku budowy kanalizacji sanitarnych, polegającej na uzgodnieniu warunków składanych ofert, w szczególności w zakresie cen, jak i zasad postępowania, umożliwiając wygranie wskazanych w zawiadomieniu o wszczęciu postępowania przetargów przez BINSTAL Bożena Tchórz,
 - b. odnośnie korzystania z uprawnień do udostępnienia potencjału oraz zawierania konsorcjów wskazali, iż faktem jest, że współpracowali z BINSTAL Bożena Tchórz w niektórych organizowanych przetargach w ramach konsorcjów bądź na podstawie umowy

o współpracę, co nie stanowi naruszenia przepisów prawa. Tym samym zrozumieliśmy, iż ww. podmioty uczestnicząc w tych samych przetargach mają prawo w dokumentacji ofertowej wykazać tożsame inwestycje i referencje pochodzące od tych samych inwestorów. Korzystając zaś z przewidzianej prawem możliwości udostępnienia zasobów, wykonawcy mają też prawo do wskazania tych samych osób w wykazie osób spełniających wymogi zamawiającego. Jednakże poza wspólnymi przedsięwzięciami, wspólnicy spółki cywilnej BINSTAL konkurują z BINSTAL Bożena Tchórz, czego wyrazem było złożenie odrębnych ofert, aby samodzielnie zdobyć i zrealizować zamówienie,

- c. zarzucili kompletny brak logiki w przyjętym przez organ antymonopolowy schemacie rzekomej zмовы przetargowej, gdyż nie mieli oni interesu w tym aby wykonawcą zamówienia była firma BINSTAL Bożena Tchórz, gdyż uniemożliwiłoby to pozyskanie wiedzy i doświadczenia pozwalającego na samodzielne spełnianie warunków udziału w przyszłych postępowaniach przetargowych, gdyż ich firma jest firmą młodą, obecną zaledwie od kilku lat na rynku w przeciwieństwie do BINSTAL Bożena Tchórz. Gdyby oceniane podmioty próbowały zawiązać zмовę przetargową, to raczej Bożena Tchórz powinna była składać oferty z wyższą ceną, co umożliwiłoby uzyskanie referencji oraz znacznie większych zysków przez młodą firmę. Zarzucili całkowite pominięcie okoliczności, iż będące przedmiotem postępowania oferty były składane na rynku lokalnym, do podmiotów na rzecz których było i jest realizowanych szereg zamówień i tym samym ryzyko związane z zawarciem rzekomej zмовы przetargowej oraz prawnymi i społecznymi konsekwencjami jej wykrycia było nieporównywalnie wysokie i całkowicie nieproporcjonalne do ewentualnych zysków,
- d. sama zbieżność wyglądu przygotowywanych ofert nie oznacza, iż wykonawcy zawarli porozumienie przetargowe. Zamawiający posługiwali się w ocenianych dwóch przetargach formularzami ofertowymi opracowanymi przez zamawiających i udostępnionymi na stronach internetowych w postaci edytowanych plików tekstowych. Siłą rzeczy samo tylko uzupełnienie formularzy załączonych do ogłoszenia o zamówieniu, doprowadziło do identyczności składanych ofert pod względem użytej czcionki i sposobu wypełnienia.
- e. złożenie ofert w krótkich odstępach czasu jest kwestią przypadku, gdyż gdyby przedsiębiorcy pozostawali w zмовie na pewno nie zdecydowali się na złożenie ofert bezpośrednio po sobie,
- f. podobieństwo napisów na kopertach wynika z faktu, że koperty używane w profesjonalnym obrocie są w mniejszym lub większym stopniu podobne, a tożsamość adresów korespondencji determinować również będzie podobieństwa nadruków zamieszczanych na kopertach, na co mają również wpływ szczegółowe wymogi dotyczące sposobu opisu kopert z ofertami w danym postępowaniu w SIWZ,
- g. fakt zgłoszenia identycznych numerów telefonu oraz faksu był spowodowany uszkodzeniem pomieszczeń biurowych na skutek pożaru w październiku 2012 r. i czasowym korzystaniem z pomieszczeń w innym budynku,
- h. niezłączenie wymaganej opinii bankowej w postępowaniu prowadzonym przez Gminę Będków było spowodowane niezyskaniem pomimo starań stosownej opinii bankowej dotyczącej warunków ekonomicznych i finansowych, tym samym wspólnicy spółki cywilnej przedłożyli opinię bankową jednak nie spełniającą postawionego przez zamawiającego warunku w zakresie zdolności finansowej (w zakresie kwoty). Braku możliwości sprostania stawianym wymaganiom nie można utożsamiać z rezygnacją z uzupełnienia na wezwanie zamawiającego stwierdzonych braków,
- i. nieprzedłożenie zabezpieczenia należytego wykonania umowy w postępowaniu prowadzonym przez Gminę Lubochnia a tym samym nie sprostania stawianym wymaganiom, wynikało z braku możliwości przedłożenia zabezpieczenia należytego

wykonania umowy. W celu uzyskania zabezpieczenia wspólnicy spółki cywilnej BINSTAL podjęli stosowne działania poprzez brokera ubezpieczeniowego, ale ubezpieczyciel nie był w stanie wydać przedmiotowej gwarancji w ramach zawartej umowy generalnej. Natomiast poza zawartą umową generalną na umowę z dodatkowym zabezpieczeniem wspólnicy ww. spółki nie mogli sobie pozwolić. Składając ofertę w przedmiotowym przetargu brano pod uwagę odmienny przebieg zdarzeń, w wyniku których nastąpiłoby znaczne zasilenie budżetu firmy, w kwocie 1 805 536,44 zł, ze środków pochodzących z wykonanych robót budowlanych, co pozwalałoby zabezpieczyć umowę w formie gotówki, jak również w postaci gwarancji ubezpieczeniowej. Jednakże w połowie lipca pojawiło się nieplanowane zobowiązanie, które zmusiło do poniesienia kosztów na kwotę 1 622 916,61 zł,

- j. w dniu 9 lipca 2013 r. Gmina Lubochnia zwróciła się do wnioskodawcy o przedłużenie terminu związania umową, a wspólnicy spółki cywilnej BINSTAL zgodzili się na to przedłużenie. Fakt ten świadczy o tym, że wspólnicy spółki cywilnej BINSTAL byli zainteresowani uzyskaniem stosowanego zabezpieczenia finansowego należytego wykonania umowy. (dowód: karta nr
2. BINSTAL Bożena Tchórz w piśmie z dnia 16 lutego 2015 r. wyjaśniła (dowód: karty 645-648), że:
- a. postawiony zarzut jest całkowicie bezzasadny. Nie miało miejsca uzgodnienie w szczególności warunków składanych ofert w przetargach wskazanych w niniejszym postępowaniu,
 - b. BINSTAL Bożena Tchórz jest odrębnym podmiotem gospodarczym, mającym osobny personel i park maszynowy, nie jest powiązana kapitałowo z BINSTAL s.c., ale firmy współpracują ze sobą na podstawie zawartej umowy o współpracę (w szczególności tworząc konsorcja),
 - c. na co dzień firmy konkurują ze sobą w postępowaniach przetargowych. Za każdym razem oferty były kalkulowane i przygotowane samodzielnie, ale BINSTAL Bożena Tchórz oferowała wyższe wynagrodzenie, co jest uzasadnione znacznie wyższymi kosztami funkcjonowania (zatrudnienie 25 pracowników etatowych i 7 zleceniodawców, większe zobowiązania finansowe),
 - d. w firmie BINSTAL Bożena Tchórz zatrudniona jest Honorata Tchórz (synowa) na stanowisku pełnomocnika do spraw jakości. Pozyskanie pracownika o tych samych kwalifikacjach byłoby bardzo trudne na rynku lokalnym, dlatego taki stan rzeczy trwa od kilku lat i nie wpływa na konflikt interesów,
 - e. obydwie inwestycje były wykonywane wyłącznie przez BINSTAL Bożena Tchórz,
 - f. obie firmy aktualnie prowadzą działalność pod tym samym adresem wynajmując pomieszczenia od firmy STALBUD, przy ul. Spalskiej. Stan ten trwa od pożaru, który zniszczył siedzibę firmy syna i synowej. Stąd też w ofertach przetargowych zostały wskazane te same numery telefonów i faksów, telefony wszystkich firm są na jednej linii,
 - g. Obie firmy używają bardzo podobnego oznaczenia graficznego i nazwy do oznaczania firmy. Okoliczność ta jest związana z faktem, że BINSTAL Bożena Tchórz zamierza powoli kończyć działalność gospodarczą, a wtedy na rynku pozostanie firma syna i synowej i fakt ten będzie stanowił znaczną pomoc w dalszej działalności firmy syna i synowej,
 - h. z powiązań rodzinnych nie wynika absolutnie nic, co by uzasadniało zarzut istnienia z umowy przetargowej w każdym z kwestionowanych przetargów. Wygranie dwóch kwestionowanych przetargów było rezultatem niefortunnego zbiegu okoliczności związanych z zachowaniem (opieszałością) osób trzecich, na postępowanie których żadna z firm BINSTAL nie miała wpływu,

I. Prezes Urzędu ustalił następujący stan faktyczny:

Honorata Tchórz wraz z Przemysławem Tchórz prowadzą działalność gospodarczą w formie spółki cywilnej pod nazwą „BINSTAL” s.c. Przemysław Tchórz, Honorata Tchórz z siedzibą w Tomaszowie Mazowieckim. Umowa spółki cywilnej BINSTAL s.c. Przemysław Tchórz, Honorata Tchórz została zawarta w dniu 15 listopada 1997 r. (dowód: karta nr 476) Przedmiotem działalności ww. spółki są: roboty związane z budową kanalizacji sanitarnej rozumianej jako system rur, koryt, kolektorów służący do odprowadzania ścieków sanitarnych, przepompowni ścieków, budowa sieci wodociągowych, budowa gazowych rurociągów przesyłowych, budowa linii telekomunikacyjnych i elektroenergetycznych i inne roboty budowlane.

Honorata Tchórz jest wpisana do Centralnej Ewidencji i Informacji o Działalności Gospodarczej, a z wpisu wynika, że działalność gospodarczą rozpoczęła w dniu 5 października 2011 r. (dowód: karta nr 266). Natomiast Przemysław Tchórz został wpisany do Centralnej Ewidencji i Informacji o Działalności Gospodarczej z datą rozpoczęcia działalności gospodarczej w dniu 30 marca 2001 r. (dowód: karta nr 265)

Bożena Tchórz jest wpisana do Centralnej Ewidencji i Informacji o Działalności Gospodarczej i zgodnie z ww. wpisem działalność gospodarczą rozpoczęła w dniu 18 listopada 1988 r. pod nazwą „BINSTAL” Bożena Tchórz (dowód: karta nr 283). Przeważającą część działalności gospodarczej BINSTAL Bożena Tchórz stanowi wykonywanie robót związanych z budową kanalizacji sanitarnej rozumianej jako system rur, koryt, kolektorów służących do odprowadzania ścieków sanitarnych, przepompowni ścieków, sieci wodociągowych, kanalizacji deszczowej, oczyszczalni ścieków, budowy dróg oraz innych robót budowlanych.

Porozumienia rozpatrywane w niniejszej sprawie dotyczą postępowań o udzielenie zamówienia publicznego na roboty budowlane dotyczące budowy sieci kanalizacji sanitarnej. Z przedmiotu zamówienia wynika, że zakres robót w ramach ww. przetargów dotyczył nie tylko budowy sieci kanalizacyjnej (grawitacyjnej i tłocznej), ale również przepompowni ścieków i przyłączy kanalizacyjnych. Zamawiającym powyższe roboty budowlane były gminy i przedsiębiorstwa komunalne realizujące zadania gmin w zakresie zbiorowego odprowadzania i oczyszczania ścieków dostarczanych przez mieszkańców gmin i przedsiębiorców z ich terenu. Usługa ta nie posiada substytutów, gdyż ze względu na przeznaczenie sieci kanalizacji sanitarnej i przepompowni ścieków, obowiązujące normy budowlane i przepisy dotyczące ochrony środowiska oraz technologię ich układania nie można tych instalacji zastąpić inną instalacją i technologią budowy.

Wykonawcami powyższych zamówień publicznych są przedsiębiorstwa budowlane zajmujące się między innymi lub tylko budową sieci kanalizacji sanitarnej. Przedsiębiorstwa te posiadają odpowiedni sprzęt do tego typu robót zarówno metodą wykopową, jak i bezwykopową – przewiertów - precisków, kadrę z odpowiednimi uprawnieniami, doświadczenie w wykonywaniu takich robót budowlanych. Udział w powyższych przetargach ww. przedsiębiorców determinują warunki ekonomiczne, jakie stanowi wyznaczony przez organizatora przetargu zakres robót, koszty delegacji pracowników, koszty wynajmu bazy na sprzęt lub jego transportu-dojazdu na miejsce inwestycji.

Zarówno wspólnicy spółki cywilnej BINSTAL i BINSTAL Bożena Tchórz uczestniczyli w przetargach, których miejsce realizacji znajdowało się w województwie łódzkim lub mazowieckim, w promieniu 50 km. od siedzib ww. przedsiębiorców. W latach 2012 -2014 wspólnicy spółki cywilnej BINSTAL uczestniczyli w następujących przetargach nieograniczonych (dowód: karty 454-456):

1. w ramach konsorcjum z BINSTAL Bożena Tchórz:

- a) na „Budowę Oczyszczalni Ścieków na terenie wsi Zawada oraz kanalizacji sanitarnej w miejscowościach Chorzęcin, Godaszewice, Zawada organizowanym przez Gminny Zakład Komunalny w Tomaszowie Mazowieckim w 2012 r.,
- b) na „Przebudowę sieci wodociągowej z rur azbestowych na rury PE w ulicach: Grota Roweckiego, ks. Jerzego Popiełuszki, Cekanowskiej, Ugaj, Jałowcowej w Tomaszowie Mazowieckim” organizowanym przez Zakład Gospodarki Wodno-Kanalizacyjnej w Tomaszowie Mazowieckim Sp. z o.o. w 2012 r.,
- c) na „Projektowanie i budowę kanalizacji sanitarnej dla zadania 7” organizowanym przez Zakład Gospodarki Wodno-Kanalizacyjnej w Tomaszowie Mazowieckim Sp. z o.o. w 2012 r.,
- d) na „Projektowanie i budowę kanalizacji sanitarnej dla zadania 14” organizowanym przez Zakład Gospodarki Wodno-Kanalizacyjnej w Tomaszowie Mazowieckim Sp. z o.o. w 2012 r.,
- e) na „Projektowanie i budowę kanalizacji sanitarnej dla zadania nr 14” organizowanym przez Zakład Gospodarki Wodno-Kanalizacyjnej w Tomaszowie Mazowieckim Sp. z o.o. w 2012 r.
- f) na „Projektowanie i budowę kanalizacji sanitarnej dla zadania 5,6,10” organizowanym przez Zakład Gospodarki Wodno-Kanalizacyjnej w Tomaszowie Mazowieckim Sp. z o.o. w 2012 r.,
- g) na „Projektowanie i budowę kanalizacji sanitarnej dla zadań 8,9,11,12,13” organizowanym przez Zakład Gospodarki Wodno-Kanalizacyjnej w Tomaszowie Mazowieckim Sp. z o.o. w 2012 r.,

2. samodzielnie:

- h) na „Budowę wodociągów w Lubieszowie Nowym” organizowanym przez Gminę Wolbórz w 2013 r.
- i) na „Budowę ulicy Gęziej” organizowanym przez Gminę –Miasto Tomaszów Mazowiecki w 2012 r.,
- j) na „Budowę ulicy Husarskiej oraz ul. Brzozowej” organizowanym przez Gminę – Miasto Tomaszów Mazowiecki w 2012 r.,
- k) na „Budowę sieci kanalizacji sanitarnej w miejscowościach Zawada, Niebitów, Łazisko, Łagiewniki aglomeracji Zawada” organizowanym przez Gminny Zakład Komunalny W Tomaszowie Mazowieckim w 2014 r.,
- l) na „Budowę sieci wodociągowych i kanalizacji sanitarnej na terenie Tomaszowa Mazowieckiego” organizowanym przez Zakład Gospodarki Wodno-Kanalizacyjnej w Tomaszowie Mazowieckim Sp. z o.o. w 2014 r.,
- m) na „Budowę sieci wodociągowej Lubochnia – Lubochnia Górki, oraz przebudowę sieci wodociągowej wraz z przyłączeniami przy ul. Łódzkiej i Zapłotniej w Lubochni” organizowanym przez Gminę Lubochnia w 2013 r.,
- n) na „Budowę sieci kanalizacyjnej w miejscowości Zagóry i w miejscowości Lipie” organizowanym przez Gminę Czerniewice na przełomie 2011/2012 r.,
- o) na „Budowę ulicy Przejazd Dąbrowski wraz z ściągaczem do ul. Zielonej” organizowanym przez Gminę – Miasto Tomaszów Mazowiecki w 2012 r.,
- p) na „Budowę ulicy Łącznej wraz z ściągaczem do ul. Głównej” organizowanym przez Gminę – Miasto Tomaszów Mazowiecki w 2012 r.,
- q) na „Budowę ulic w osiedlu Nowy Port w Tomaszowie Mazowieckim” organizowanym przez Gminę – Miasto Tomaszów Mazowiecki w 2013 r..
- r) na „Budowę ulic Batorego, Żółkiewskiego i Hetmańskiej” organizowanym przez Gminę – Miasto Tomaszów Mazowiecki w 2014 r.,
- s) na „Budowę sieci wodociągowej łączącej Wysokin z miejscowością Lipiny” organizowanym przez Gminę Odrzywół w 2012 r.,

- t) na „Przebudowę sieci wodociągowej we wsi Brenica” organizowanym przez Gminę Lubochnia,
- u) na „Budowę kanalizacyjnej sanitarnej w m. Biskupia Wola - Kaliska Wola” organizowanym przez Gminę Czarnocin w 2013 r.,
- v) na „Budowę sieci wodociągowej w miejscowości Swolszewice Małe, gmina Tomaszów Mazowiecki” organizowanym przez Gminny Zakład Komunalny w 2014 r.,
- w) na „Budowę sieci kanalizacji sanitarnej w m. Będków- Zacharz – Nowiny oraz Rosocha” organizowanym przez gminę Będków,
- x) na „Budowę kanalizacji sanitarnej w m. Jasień, Nowy Jasień, Albertów w gminie Lubochnia organizowanym przez Gminę Lubochnia.

W latach 2012 -2014 BINSTAL Bożena Tchórz uczestniczyła samodzielnie w przetargach nieograniczonych (dowód: karty 442-445):

- a) na „Rozbudowę sieci kanalizacyjnej w miejscowości Dąbrowa, Nowy Glinnik, Marianka, Kochanów, Nowy Olszowiec oraz Lubochnia Dworska ul. Bogusławskiego” organizowanym przez Gminę Lubochnia w 2012 r.,
- b) na „Projektowanie i budowę kanalizacji sanitarnej dla zadania 2,3,4” organizowanym przez Zakład Gospodarki Wodno-Kanalizacyjnej w Tomaszowie Mazowieckim Sp. z o.o. w 2012 r.,
- c) na „Budowę przepompowni ścieków w miejscowości Nowy Glinnik” organizowanym przez Gminę Lubochnia w 2012 r.,
- d) na „Budowę sieci wodociągowej łączącej Wysokin z miejscowością Lipiny” organizowanym przez Gminę Odrzywół w 2012 r.,
- e) na „Budowę sieci wodociągowej w miejscowości Kozenin” organizowanym przez Gminę Sławno w 2012 r.,
- f) na „Budowę sieci kanalizacyjnej sanitarnej w miejscowości Biskupia Wola-Kaliska Wola” organizowanym przez Gminę Czarnocin w 2013 r.,
- g) na „Budowę i przebudowę kanalizacji deszczowej wraz z odtworzeniem chodnika i krawędzi jezdni w ulicy Ujezdzkiej w Tomaszowie Mazowieckim” organizowanym przez Zakład Gospodarki Wodno-Kanalizacyjnej w Tomaszowie Mazowieckim Sp. z o.o. w 2014 r.,
- h) na „Budowę sieci wodociągowej Lubochnia – Lubochnia Górki, oraz przebudowę sieci wodociągowej wraz z przyłączeniami przy ul. Łódzkiej i Zapłotniej w Lubochni” organizowanym przez Gminę Lubochnia w 2013 r.,
- i) na „Budowę i przebudowę kanalizacji deszczowej wraz z odtworzeniem chodnika i krawędzi jezdni w ulicy Ujezdzkiej i Warszawskiej w Tomaszowie Mazowieckim” organizowanym przez Zakład Gospodarki Wodno – Kanalizacyjnej w Tomaszowie Mazowieckim,
- j) na „Budowę ulicy Husarskiej oraz ul. Brzozowej” organizowanym przez Gminę – Miasto Tomaszów Mazowiecki w 2012 r.,
- k) na „Budowę ulicy Łącznej wraz z ściągaczem do ul. Głównej” organizowanym przez Gminę – Miasto Tomaszów Mazowiecki w 2012 r.,
- l) na „Budowę ulicy Gęsiej” organizowanym przez Gminę –Miasto Tomaszów Mazowiecki w 2012 r.

- y) na „Budowę sieci kanalizacji sanitarnej w m. Będków- Zacharz – Nowiny oraz Rosocha” organizowanym przez gminę Będków,
- z) na „Budowę kanalizacji sanitarnej w m. Jasień, Nowy Jasień, Albertów w gminie Lubochnia organizowanym przez Gminę Lubochnia.

Ze wskazanych przetargów z lat 2012-2014 wspólnicy spółki cywilnej BINSTAL w następstwie nieprzedstawienia wymaganych dokumentów finansowych nie wygrali dwóch

przetargów, pomimo zaoferowania najniższej ceny. Były to przetargi nieograniczone na „Budowę sieci kanalizacji sanitarnej w miejscowościach Będków –Zacharz - Nowiny oraz Rosocha” organizowany przez Gminę Będków (dowód: karty 486-492) i „Budowę kanalizacji sanitarnej w miejscowościach Jasień, Nowy Jasień, Albertów w gminie Lubochnia” organizowany przez Gminę Lubochnia (dowód: karty nr 18-21 i 260-279).

Przetarg nieograniczony na „Budowę sieci kanalizacji sanitarnej w miejscowościach Będków –Zacharz - Nowiny oraz Rosocha” został ogłoszony przez Gminę Będków w dniu 14 lutego 2013 r. w Biuletynie Zamówień Publicznych pod nr 23489-2013 oraz na stronie internetowej Gminy Będków i na tablicy ogłoszeń w budynku ww. Gminy od dnia 14 lutego 2013 r. do dnia 1 marca 2013 r. Termin składania ogłoszeń upływał w dniu 1 marca o godz. 10:15. Ustalonym kryterium oceny ofert była cena (dowód: karty 486-492). Specyfikacja Istotnych Warunków Zamówienia w tym przetargu w rozdziale V pkt 3.4 zawierała informację, że „Zamawiający uzna warunek za spełniony (dot. sytuacji finansowej przedsiębiorcy), jeżeli Wykonawcy wykażą, że: posiadają środki finansowe lub zdolność kredytową w wysokości co najmniej 1 000 000,00 zł” (dowód: karta 615).

Do upływu terminu składania ofert oferty złożyło 5 przedsiębiorców. Najniższą cenę wykonania usługi zaoferowali wspólnicy spółki cywilnej BINSTAL (2.292999,21 zł brutto) a drugą w kolejności najniższą cenę za wykonanie usługi zaoferowała BINSTAL Bożena Tchórz (2.414.149,29 zł brutto).

Oferty złożone przez BINSTAL Bożena Tchórz i wspólników spółki cywilnej BINSTAL zostały złożone w dniu 1 marca 2013 r. w odstępie 1 minuty. Podczas weryfikacji złożonych ofert stwierdzono, że:

- obie złożone oferty złożone przez BINSTAL Bożena Tchórz i wspólników spółki cywilnej BINSTAL są tożsame w zakresie sposobu ich przygotowania - takie same koperty i nadruki na kopertach a oferty wypełnione zostały identyczną czcionką komputerową,
- BINSTAL Bożena Tchórz i wspólnicy spółki cywilnej BINSTAL na kierownika budowy wskazali tę samą osobę - Bożenę Tchórz, a na kierownika robót drogowych wskazali Edwarda Kamińskiego,
- wspólnicy spółki cywilnej BINSTAL wskazali, że w zakresie wiedzy i doświadczenia zasoby będą udostępniane przez udział w charakterze kierownika budowy właścicielki firmy BINSTAL Bożeny Tchórz,
- adres dodatkowego miejsca wykonywania działalności gospodarczej BINSTAL Bożena Tchórz pokrywał się z adresem działalności gospodarczej wspólników spółki cywilnej BINSTAL to jest: ul. Konstytucji 3 maja 38, 97-200 Tomaszów Mazowiecki,
- Przemysław Tchórz jest synem Mieczysława i Bożeny Tchórz.

Ponadto, oferta złożona przez wspólników spółki cywilnej BINSTAL nie zawierała dokumentów dotyczących (dowód: karta 677):

- 1) wykazu zrealizowanych robót budowlanych,
- 2) informacji banku lub spółdzielczej kasy oszczędnościowo – kredytowej, w której wykonawca posiada rachunek, potwierdzającej wysokość posiadanych środków finansowych lub zdolność kredytową wykonawcy, wystawionej nie wcześniej niż trzy miesiące przed upływem terminu składania ofert (brak w ofercie),
- 3) zobowiązania do udostępnienia zasobów przez inne podmioty,

- 4) pełnomocnictwo do reprezentowania wspólników w postępowaniu – pełnomocnictwo wykazał tylko jeden wspólnik a nie dwóch.

Natomiast oferta BINSTAL Bożena Tchórz nie zawierała wykazu zrealizowanych robót budowlanych.

Na wezwania organizatora przetargu z dnia 7 marca 2013 r. wspólnicy spółki cywilnej BINSTAL i BINSTAL Bożena Tchórz w dniu 14 marca uzupełnili swoje oferty przetargowe o wskazane w wezwaniach dokumenty. W następstwie weryfikacji dosłanych przez ww. przedsiębiorców dokumentów Gmina Będków stwierdziła, że wspólnicy spółki cywilnej BINSTAL nie wykazali spełnienia warunków udziału w postępowaniu w zakresie sytuacji ekonomicznej i finansowej, gdyż opina bankowa z dnia 26 lutego 2013 r. wystawiona przez Oddział BGŻ w Tomaszowie Mazowieckim potwierdziła zdolność kredytową przedsiębiorcy w wysokości 700 tysięcy zł (dowód: karta 679), a zgodnie z warunkiem udziału w niniejszym postępowaniu przetargowym wykonawca był zobowiązany wykazać, że posiada środki finansowe lub zdolność kredytową w wysokości, co najmniej 1 miliona zł. Taki wymóg został zamieszczony w Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia na przetarg nieograniczony na „Budowę sieci kanalizacji sanitarnej w miejscowościach Będków - Zacharz - Nowiny oraz Rosocha”. W związku z powyższym oferta wspólników spółki cywilnej BINSTAL została wykluczona z przetargu, a organizator przetargu jako najkorzystniejszą wybrał ofertę BINSTAL Bożena Tchórz (dowód: karty 480-482). Oferta BINSTAL Bożena Tchórz była o ponad 121 tysięcy zł wyższa od odrzuconej oferty wspólników spółki cywilnej BINSTAL. Umowa z BINSTAL Bożena Tchórz na „Budowę sieci kanalizacji sanitarnej w miejscowościach Będków - Zacharz - Nowiny oraz Rosocha” została podpisana 26 marca 2013 r.

Przetarg nieograniczony na: „Budowę kanalizacji sanitarnej w miejscowościach Jasień, Nowy Jasień, Albertów w gminie Lubochnia” został ogłoszony przez Gminę Lubochnia w dniu 27 maja 2013 r. w Biuletynie Zamówień Publicznych pod nr 90147-2013 oraz na stronie internetowej Gminy Lubochnia i na tablicy ogłoszeń w budynku ww. Gminy od dnia 27 maja 2013 r., do dnia 12 czerwca 2013 r. Termin składania ogłoszeń upływał w dniu 12 czerwca 2013 r. o godz. 10:00. Jedynym kryterium oceny ofert była cena usługi. Specyfikacja Istotnych Warunków Zamówienia w tym przetargu w rozdziale XV Wymagania dotyczące zabezpieczenia należytego wykonania umowy w pkt. 2 zobowiązywała Wykonawcę, którego oferta zostanie wybrana do wniesienia zabezpieczenia należytego wykonania umowy w wysokości 10% ceny brutto podanej w ofercie (dowód: karty 18-27) .

Do upływu ww. terminu oferty złożyło 10 przedsiębiorców. Najniższą cenę wykonania usługi zaoferowali wspólnicy spółki cywilnej BINSTAL (2 369 437,40 zł brutto) a drugą w kolejności najniższą cenowo ofertę wykonania usługi zaoferowała BINSTAL Bożena Tchórz (2 653 999,29 zł brutto).

Oferty złożone przez BINSTAL Bożena Tchórz i wspólników spółki cywilnej BINSTAL zostały złożone w dniu 12 czerwca 2013 r. Podczas weryfikacji złożonych ofert stwierdzono, że:

- oferty złożone przez BINSTAL Bożena Tchórz i wspólników spółki cywilnej BINSTAL są tożsame co do nazwy oraz korzystają z takich samych logotypów oraz pieczętek,
- adres dodatkowego miejsca prowadzenia działalności gospodarczej BINSTAL Bożena Tchórz jest tożsamy z adresem głównym prowadzenia działalności gospodarczej przez wspólników spółki cywilnej BINSTAL,

- z załączonych do oferty wykazów robót budowlanych wynika, że oba przedsiębiorstwa wskazały tożsame inwestycje oraz referencje pochodzące od tych samych inwestorów,
- w obu ofertach, jako dane kontaktowe podano identyczne numery telefonów oraz faksu (łącznie z numerami wewnętrznymi),
- w wykazie osób spełniających wymogi organizatora przetargu dotyczące dysponowania osobami posiadającymi uprawnienia budowlane wspólnicy spółki cywilnej BINSTAL i BINSTAL Bożena Tchórz wskazali te same osoby, a ponadto wspólnicy spółki cywilnej BINSTAL na kierownika budowy wskazali Bożenę Tchórz.

Złożone w przedmiotowym przetargu oferty przez wspólników spółki cywilnej BINSTAL i BINSTAL Bożena Tchórz zawierały wszystkie niezbędne dokumenty, których organizator przetargu wymagał w Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia. Pismem z dnia 7 lipca 2013 r. Gmina Lubochnia poinformowała wspólników spółki cywilnej BINSTAL o wyborze ich oferty, jako oferty z najniższą ceną (dowód: karty 362-364). Pismem z dnia 11 lipca 2013 r. wspólnicy spółki cywilnej BINSTAL poinformowali Gminę Lubochnia o przedłużeniu terminu związania ofertą o 30 dni licząc od dnia 12 lipca 2013 r. (dowód: karta 387). Również BINSTAL Bożena Tchórz złożyła w dniu 8 lipca 2013 r. pismo o przedłużeniu terminu związania ofertą o 30 dni (dowód: karta 386).

Zgodnie z art. 85 ust. 2 ustawy z dnia 29 stycznia 2014 r. Prawo zamówień publicznych (tekst jedn. Dz. U. 2013 poz. 907, ze zm.) wykonawca samodzielnie lub na wniosek zamawiającego może przedłużyć termin związania ofertą z tym, że zamawiający może tylko raz, co najmniej na 3 dni przed upływem terminu związania ofertą, zwrócić się do wykonawców o wyrażenie zgody na przedłużenie tego terminu o oznaczony okres, nie dłuższy jednak niż 60 dni. W dniu 18 lipca 2013 r. droga mailową wspólnicy spółki cywilnej BINSTAL przesłali Gminie Lubochnia pismo do firmy ubezpieczeniowej w sprawie uzyskania gwarancji na „Budowę kanalizacji sanitarnej w miejscowościach Jasień, Nowy Jasień, Albertów w gminie Lubochnia” informując jednocześnie, że Honorata Tchórz jest w trakcie dalszego załatwiania gwarancji. W dniu 19 lipca 2013 r. wspólnicy spółki cywilnej BINSTAL przekazali Gminie Lubochnia informację, że nie będą mogli przystąpić do podpisania umowy na „Budowę kanalizacji sanitarnej w miejscowościach Jasień, Nowy Jasień, Albertów w gminie Lubochnia”, gdyż nie mogą uzyskać od firmy ubezpieczeniowej gwarancji ubezpieczeniowej należytego wykonania kontraktu i usunięcia wad i usterek (dowód: karta 390). Za powód odstąpienia od podpisania umowy na „Budowę kanalizacji sanitarnej w miejscowościach Jasień, Nowy Jasień, Albertów w gminie Lubochnia” podali brak możliwości przedłożenia gwarancji ubezpieczeniowej należytego wykonania kontraktu i usunięcia wad i usterek, w związku z wykorzystanym limitem oraz brakiem środków finansowych na zabezpieczenie ww. zadania w formie gotówki. Do ww. pisma załączyli pismo przedsiębiorcy EKO-BROKER, w którym zostali poinformowani, że uzyskanie gwarancji ubezpieczeniowej na ww. zadanie zgodnie z wymogiem przetargowym nie jest możliwe na dotychczasowych warunkach a ocena ryzyka nie pozwala ubezpieczycielowi na gwarantowanie zadania po cenie sugerowanej przez wspólników spółki cywilnej BINSTAL (dowód: karta 393). Natomiast w dodatkowych wyjaśnieniach wspólników spółki cywilnej BINSTAL adresowanych do Gminy Lubochnia podniesiono, że z uwagi na charakter rozliczeń finansowych z tytułu realizacji kontraktów firmy, kondycja finansowa ulega ciągłej zmianie powodując raz stratę a drugi raz niwelację straty (np. stratę wspólnicy spółki cywilnej BINSTAL mieli za okres styczeń –marzec 2013 r.). Wyjaśnili oni również, że przygotowując się do złożenia oferty w ww. przetargu założyli, że w przypadku wyłonienia oferty jako najkorzystniejszej, przedłożą do ubezpieczyciela bilans finansowy za miesiąc lipiec biorąc pod uwagę czasookres procedury przetargowej. (dowód: karty nr 579-595 i 392-396).

W związku z powyższym Gmina Lubochnia odstąpiła od podpisania umowy ze współnikami spółki cywilnej BINSTAL (dowód: karta nr 404) i wybrała jako najkorzystniejszą ofertę BINSTAL Bożena Tchórz (dowód: karta nr 401). Oferta BINSTAL Bożena Tchórz była o ponad 284 tysiące zł wyższa od odrzuconej oferty współników spółki cywilnej BINSTAL. BINSTAL Bożena Tchórz podpisała w dniu 12 sierpnia 2013 r. umowę na „Budowę kanalizacji sanitarnej w miejscowościach Jasień, Nowy Jasień, Albertów w gminie Lubochnia”.

Ponadto Prezes Urzędu ustalił, że BINSTAL Bożena Tchórz została wykluczona z przetargu na „Budowę sieci wodociągowej Lubochnia – Lubochnia Górki, oraz przebudowę sieci wodociągowej wraz z przyłączeniami przy ul. Łódzkiej i Zapłotniej w Lubochni”, w którym uczestniczyli również współnicy spółki cywilnej BINSTAL. Przetarg nieograniczony na „Budowę sieci wodociągowej Lubochnia – Lubochnia Górki, oraz przebudowa sieci wodociągowej wraz z przyłączeniami przy ul. Łódzkiej i Zapłotniej w Lubochni” został ogłoszony przez Gminę Lubochnia w dniu 16 maja 2013 r. w Biuletynie Zamówień Publicznych pod nr 78103-2013 oraz na stronie internetowej Gminy Lubochnia i na tablicy ogłoszeń w budynku ww. Gminy od dnia 16 maja 2013 r. do dnia 3 czerwca 2013 r. Termin składania ogłoszeń upływał w dniu 3 czerwca 2013 r. o godz. 10:00. Ustalonym kryterium oceny ofert była cena. Z przetargu tego zostało wykluczonych dwóch przedsiębiorców INSTAL BUD Pecyna Sp. z o.o. (z piątą ofertą cenową na wykonanie usługi objętej przetargiem) i BINSTAL Bożena Tchórz (z pierwszą ofertą cenową na wykonanie usługi objętej przetargiem). Przetarg został wygrany przez współników spółki cywilnej BINSTAL, którzy zaoferowali wykonanie usługi za kwotę 147 317,10 zł. BINSTAL Bożena Tchórz, została wykluczona z przetargu, gdyż pomimo wezwania do uzupełnienia złożonej oferty nie uzupełniła jej w wyznaczonym terminie o aktualne zaświadczenie właściwego Zakładu Ubezpieczeń Społecznych lub Kasy Rolniczego Ubezpieczenia Społecznego potwierdzające, że wykonawca nie zalega z opłacaniem składek na ubezpieczenie zdrowotne i społeczne, lub potwierdzenie, że uzyskał przewidziane prawem zwolnienie, odroczenie lub rozłożenie na raty zaległych płatności lub wstrzymanie w całości wykonania decyzji właściwego organu. Zaświadczenie to musiało być wystawione nie wcześniej niż 3 miesiące przed terminem składania ofert (dowód: karty 1069-1077, 1084). Należy nadmienić, że takie zaświadczenie z datą 28 maja 2013 r. wydane przez Zakład Ubezpieczeń Społecznych Oddział w Tomaszowie Mazowieckim zostało załączone do oferty złożonej w przetargu nieograniczonym na „Budowę kanalizacji sanitarnej w miejscowościach Jasień, Nowy Jasień, Albertów w gminie Lubochnia” (dowód: karta nr 284 odwrot).

Również w 2012 r. BINSTAL Bożena Tchórz była wykluczona z przetargu. Sytuacja taka miała miejsce podczas przetargu na „Budowę ulicy Gęsiej”. Przetarg ten został ogłoszony przez Gminę – Miasto Tomaszów Mazowiecki w dniu 27 sierpnia 2012 r., a rozstrzygnięto go w dniu 12 września 2012 r. W przetargu tym przedsiębiorca BINSTAL Bożena Tchórz zaoferował najniższą kwotę wykonania „budowy ulicy Gęsiej” w wysokości 198 813,51 zł. Przyczyną wykluczenia było załączenie opinii BGŻ Banku Gospodarki Żywnościowej S.A. Oddział w Tomaszowie Mazowieckim potwierdzającego wysokość posiadanych środków finansowych lub zdolność kredytową w wysokości 250 000,00 zł, bez podpisu osoby do tego umocowanej. W następstwie wykluczenia BINSTAL Bożena Tchórz została wybrana oferta współników spółki cywilnej BINSTAL z proponowaną kwotą 217 710,00 zł. BINSTAL Bożena Tchórz nie odwołała się od decyzji organizatora przetargu (dowód: karty 894-912)

BGŻ Bank Gospodarki Żywnościowej S.A. Oddział w Tomaszowie Mazowieckim w piśmie z dnia 26 czerwca 2015 r. zaprzeczył, że wydaje opinie bankowe bez podpisu osób umocowanych do składania oświadczeń w imieniu banku.

Obsługę brokerską wspólników spółki cywilnej BINSTAL od 1 października 2012 r. prowadzi firma EKO-BROKER Jarosław Zakrzewski (zwany dalej: „EKO-BROKER”) (dowód: karta nr 521).

W 2012 r. wspólnicy spółki cywilnej za pośrednictwem EKO-BROKER uzyskali 10 gwarancji (gwarancje wadialne, gwarancje wykonania kontraktu i gwarancje usunięcia wad i usterek). Najwyższa kwotowo gwarancja wadialna wynosiła 100 000,00 zł, najwyższa kwotowo gwarancja należytego wykonania kontraktu wynosiła 73 480,20 zł a udzielona gwarancja usunięcia wad i usterek 22 044,06 zł. Gwarancji w tym okresie udzielał InterRisk S.A. Oddział w Zielonej Górze. (dowód: karty nr 522-523).

Natomiast w 2013 r. za pośrednictwem EKO – BROKER wspólnicy spółki cywilnej BINSTAL uzyskali gwarancje finansowe w wysokości:

Data wniosku o wydanie gwarancji	Nazwa gwaranta	Rodzaj gwarancji	Wysokość gwarancji w zł.	Okres obowiązywania i jej przedmiot	Uwagi
19.02.2013	TUZ Towarzystwo Ubezpieczeń Wzajemnych Oddział we Wrocławiu	Gwarancja wadialna	80, 000,00	01.03.-do 30.04.2013 na rzecz Gminy Będków – Budowa sieci kanalizacji sanitarnej Będków – Zacharz – Nowiny oraz Rosicha	Gwarancja wydawana w ramach przyznanego limitu na podstawie umowy generalnej z ubezpieczycielem
20.06.2013	TUZ Towarzystwo Ubezpieczeń Wzajemnych Oddział we Wrocławiu	Gwarancja należytego wykonania kontraktu	3 062,52	25.06. do 30.09.2013 r. na rzecz Gminy Wolbórz – Budowa wodociągów w Lubieszowie Nowym	Gwarancja wydawana w ramach przyznanego limitu na podstawie umowy generalnej z ubezpieczycielem
20.06.2013	TUZ Towarzystwo Ubezpieczeń Wzajemnych Oddział we Wrocławiu	Gwarancja usunięcia wad i usterek	918,00	01.10.2013 do 15.10.2016 na rzecz Gminy Wolbórz – Budowa wodociągów w Lubieszowie Nowym	Gwarancja wydawana w ramach przyznanego limitu na podstawie umowy generalnej z ubezpieczycielem
05.07.2013	TUZ Towarzystwo Ubezpieczeń Wzajemnych Oddział we Wrocławiu	Gwarancja należytego wykonania kontraktu	117 885,37	15.07.2013 do 20.10.2013 na rzecz Gminy Lubochnia – Budowa sieci wodociągowej Lubochnia – Lubochnia Górki	Gwarancja wydawana w ramach przyznanego limitu na podstawie umowy generalnej z ubezpieczycielem
05.07.2013	TUZ Towarzystwo Ubezpieczeń Wzajemnych Oddział we Wrocławiu	Gwarancja usunięcia wad i usterek	3 535,61	21.10.2013 do 04.11.2016 na rzecz Gminy Lubochnia – Budowa sieci wodociągowej jak wyżej	Gwarancja wydawana w ramach przyznanego limitu na podstawie umowy generalnej z ubezpieczycielem
11.07.2013	TUZ Towarzystwo Ubezpieczeń Wzajemnych Oddział we Wrocławiu	Gwarancja należytego wykonania kontraktu	236 943,74	15.07.2013 do 30.04.2014 na rzecz Gminy Lubochnia – Budowa kanalizacji sanitarnej w m. Jasień, Nowy Jasień Albertów w gminie Lubochnia	rezygnacja
11.07.2013	TUZ Towarzystwo Ubezpieczeń Wzajemnych	Gwarancja usunięcia wad i usterek	71 083,00	01.05.2013 do 15.05.2015 na rzecz Gminy Lubochnia – Budowa kanalizacji	rezygnacja

	Oddział we Wrocławiu			sanitarnej w m. Jasień, Nowy Jasień Albertów w gm. j.w.	
26.10.2013	TUZ Towarzystwo Ubezpieczeń Wzajemnych Oddział we Wrocławiu	Gwarancja wadialna	50 000,00	04.10 do 23.12. 2013 na rzecz Gminy Miasta Tomaszowa Maz. – Budowa ulic w osiedlu Nowy Port w Tomaszowie Maz.	Gwarancja wydawana w ramach przyznanego limitu na podstawie umowy generalnej z ubezpieczycielem.
24.10.2013	TUZ Towarzystwo Ubezpieczeń Wzajemnych Oddział we Wrocławiu	Gwarancja wadialna	20 000,00	04.10 do 23.12. 2013 na rzecz Gminy Czarnocin – Budowa kanalizacji sanitarnej w Biskupiej Woli, Kaliskiej Woli.	Gwarancja wydawana w ramach przyznanego limitu na podstawie umowy generalnej z ubezpieczycielem

Opracowanie własne na podstawie informacji EKO-BROKER (dowód: karty nr 523-526) .

W 2014 r. wspólnicy spółki cywilnej za pośrednictwem EKO-BROKER uzyskali 11 gwarancji (gwarancje wadialne, gwarancje wykonania kontraktu i gwarancje usunięcia wad i usterek). Najwyższa kwotowo gwarancja wadialna wynosiła 100 000,00 zł, najwyższa kwotowo gwarancja należytego wykonania kontraktu wynosiła 269 700,20 zł (była to gwarancja wydana poza limitem) a gwarancja usunięcia wad i usterek 80 910,00 zł. (była to gwarancja wydana poza limitem). Gwarancji w tym okresie udzielało również TUZ Towarzystwo Ubezpieczeń Wzajemnych Oddział we Wrocławiu. Gwarancje udzielone poza limitem dotyczyły budowy kanalizacji sanitarnej w miejscowościach Zawada, Niebrów, Łazisko, Łagiewniki w aglomeracji Zawada – etap II finansowanej inwestycji przez Gminny Zakład Komunalny w Tomaszowie Mazowieckim (dowód: karty nr 525-526).

Wspólników spółki cywilnej BINSTAL z TUZ Towarzystwem Ubezpieczeń Wzajemnych wiązała umowa generalna Nr 102/WR/2012 z dnia 28 listopada 2012 r. Zgodnie z § 2 tej umowy maksymalny limit zaangażowania dla wszystkich jednocześnie czynnych gwarancji został ograniczony do kwoty 150 000,00 zł, a łączne zaangażowanie wynikające z gwarancji należytego wykonania kontraktu nie mogło przekraczać kwoty 80 000,00 zł, natomiast wartość pojedynczej gwarancji nie mogła być wyższa niż 30 000,00 zł. Ponadto zaangażowanie wynikające z gwarancji usunięcia wad lub usterek nie mogło przekraczać kwoty 30 000,00 zł, a wartość pojedynczej gwarancji usunięcia wad lub usterek nie mogła być wyższa niż 9 000,00 zł. Aneks z dnia 27 listopada 2013 r. ww. kwoty zostały zwiększone. Kwota 30 000,00 zł. z tytułu pojedynczej gwarancji należytego wykonania kontraktu została podniesiona do wysokości 200 000,00 zł, a wartość pojedynczej gwarancji usunięcia wad lub usterek została podniesiona z 9 000,00 zł do kwoty 70 000,00 zł. Wzrosły również maksymalne limity zaangażowania dla wszystkich jednocześnie czynnych gwarancji.

TUZ Ubezpieczenia wyjaśniło, że w sprawie ww. gwarancji negocjacje były prowadzone w formie telefonicznej. Zgodnie z przyjętą procedurą TUZ Towarzystwo Ubezpieczeń Wzajemnych wysłało do wspólników spółki cywilnej „wzory gwarancji” (drafty) celem ewentualnego wprowadzenia zmian w zapisach gwarancji. Po wysłaniu ww. wzorów gwarancji TUZ Towarzystwo Ubezpieczeń Wzajemnych nie otrzymało ani w formie graficznej ani w formie telefonicznej propozycji dodatkowego zabezpieczenia, dlatego też ww. gwarancje ubezpieczeniowe nie zostały wydane.

Na podstawie informacji otrzymanych od organizatorów przetargów z lat 2012 -2014 Prezes Urzędu ustalił, że BGŻ Bank Gospodarki Żywnościowej S.A. Oddział w Tomaszowie Mazowieckim wydawał opinie bankowe wspólnikom spółki cywilnej BINSTAL:

- w dniu 20 stycznia 2012 r. informującą, że istnieje możliwość udzielenia kredytu w kwocie 10 mln zł (załączona do dokumentacji przetargowej na budowę ulicy Przejazd Dąbrowski wraz z ściągiaczem do ul. Zielonej) (dowód: karta 562),
- w dniu 20 kwietnia 2012 r. informującą, że istnieje możliwość udzielenia kredytu w kwocie 5 mln zł (załączona do dokumentacji przetargowej na budowę kanalizacji sanitarnej dla zadania 5,6,10 Lubochnia i budowę ulicy Przejazd w Tomaszowie Maz.) (dowód: karta nr 851),
- w dniu 12 lipca 2012 r. informującą, że istnieje możliwość udzielenia kredytu w kwocie 5 mln zł (załączona do dokumentacji przetargowej na budowę ulicy Gęsiej i do dokumentacji na budowę sieci wodociągowej łączącej Wysokin z miejscowością Lipiny, Gmina Odrzywół) (dowód: karta 825 i 908),
- w dniu 20 lipca 2012 r. informującą, że istnieje możliwość udzielenia kredytu w kwocie 5 mln zł (załączona do dokumentacji przetargowej na budowę ulicy Husarskiej oraz Brzozowej) (dowód: karta nr 945),
- w dniu 23 października 2012 r. informującą, że istnieje możliwość udzielenia kredytu w kwocie 500 000,00 zł (załączona do dokumentacji przetargowej na budowę ulicy Łącznej wraz ze ściągiaczem do ul. Głównej) (dowód: karta nr 893),
- w dniu 26 lutego 2013 r. informującą, że istnieje możliwość udzielenia kredytu w kwocie 700 000,00 zł (dowód: karta 679),
- w dniu 5 czerwca 2013 r. informującą, że istnieje możliwość udzielenia kredytu w kwocie 2.500 000,00 zł (załączona do wyjaśnień wspólników spółki cywilnej BINSTAL do bilansów firmy, z dnia 19 lipca 2013 r.) (dowód: karta nr 397),
- w dniu 4 października 2013 r. informującą, że istnieje możliwość udzielenia kredytu w kwocie 1 500 000,00 zł (załączona do dokumentacji przetargowej na budowę ulicy Nowy Port) (dowód: karta nr 978),
- w dniu 11 kwietnia 2014 r. informującą, że istnieje możliwość udzielenia kredytu w kwocie 500 000,00 zł (załączona do dokumentacji przetargowej na budowę ulicy Batorego, Żółkiewskiego, Hetmańskiej) (dowód: karta nr 1004),
- w dniu 17 września 2014 r. informującą, że istnieje możliwość udzielenia kredytu w kwocie 7 000 000,00 zł (załączona do odpowiedzi BINSTAL z dnia 12 listopada 2014 r.) (dowód: karta nr 531).

BGŻ Bank Gospodarki Żywnościowej S.A. Oddział w Tomaszowie Mazowieckim odmówił przekazania informacji o treści wniosków wspólników spółki cywilnej BINSTAL w zakresie wnioskowanych kwot kredytu, jakie mógł udzielić im bank w latach 2012-2013 r., zasłaniając się tajemnicą bankową, jak również przekazania informacji o datach wydawanych opiniach bankowych lub dat złożenia takich wniosków, pomimo faktu, że Prezes Urzędu nie wymagał informacji o treści tych opinii (dowód: karta nr 1218 i 1011). Natomiast wspólnicy spółki cywilnej BINSTAL oświadczyli, że nie przechowują wszystkich wydanych opinii wydawanych przez BGŻ Bank Gospodarki Żywnościowej S.A. Oddział w Tomaszowie Mazowieckim (dowód: karta nr 1198).

Przychód Honoraty Tchórz wspólnika spółki cywilnej BINSTAL za 2014 r. został ustalony na podstawie informacji przekazanych przez pełnomocnika ww. w piśmie z dnia 10 czerwca 2015 r. (dowód: karta nr 1139).

Przychód Przemysława Tchórz wspólnika spółki cywilnej BINSTAL za 2014 r. został ustalony na podstawie informacji przekazanych przez pełnomocnika ww. w piśmie z dnia 10 czerwca 2015 r. (dowód: karta nr 1144).

Przychód Bożeny Tchórz za 2014 r. został ustalony na podstawie informacji przekazanych przez pełnomocnika w piśmie z dnia 15 czerwca 2015 r. (dowód: karta nr 1109).

W dniu 29 września 2015 r. wspólnicy spółki cywilnej BINSTAL, po zapoznaniu się z materiałem dowodowym złożyli wyjaśnienia do zebranego w sprawie materiału dowodowego. W wyjaśnieniach tych wskazali, że podtrzymują dotychczasowe stanowisko w sprawie oraz, że zebrany materiał dowodowy nie daje podstaw do stwierdzenia zawarcia przez wspólników spółki cywilnej BINSTAL porozumienia ograniczającego konkurencję z BINSTAL Bożena Tchórz. Ich zachowanie w ww. przetargach było w pełni racjonalne i nie przyniosło im żadnych korzyści. Przeciwnego zdania jest Prezes Urzędu, który w dalszej części niniejszej decyzji wykazuje bezzasadność ww. wyjaśnień.

III. Mając powyższe na uwadze Prezes Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów, zważył, co następuje.

1. Określenie zarzutu

Stronom niniejszego postępowania antymonopolowego został postawiony zarzut stosowania praktyki ograniczającej konkurencję na regionalnym rynku budowy kanalizacji sanitarnych, o której mowa w art. 6 ust. 1 pkt 7 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów, polegającej na uzgodnieniu warunków składanych ofert i zasad postępowania umożliwiającym wykluczenie z przetargu lub odmówienie podpisania umowy po wygranych przetargu przez wspólników spółki cywilnej BINSTAL, co skutkowało wygraniem przetargu przez przedsiębiorcę BINSTAL Bożena Tchórz oferującego wyższą cenę na usługi będące przedmiotem przetargu.

2. Interes publicznoprawny

Ustawa o ochronie konkurencji i konsumentów w art. 1 ust. 1 określa warunki rozwoju i ochrony konkurencji oraz zasady podejmowanej w interesie publicznym ochrony interesów przedsiębiorców i konsumentów. Tak określony cel ustawy pozwala przyjąć, iż ma ona charakter publiczny i służy ochronie interesu ogólnospołecznego. Powyższe przesądza o wyłączeniu możliwości podejmowania przez Prezesa Urzędu działań w celu ochrony interesów indywidualnych.

W świetle orzecznictwa Sądu Antymonopolowego (obecnie Sądu Okręgowego w Warszawie - Sądu Ochrony Konkurencji i Konsumentów) „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.”² Podobnie Sąd Najwyższy stwierdził, iż „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.”³

² Wyrok Sądu Antymonopolowego z dnia 04.07.2001 r., sygn. akt XVII Ama 108/00.

³Wyrok Sądu Najwyższego z dnia 29.05.2001 r., sygn. akt I CKN 1217/98.

Interes publiczny należy bowiem utożsamiać z naruszeniem konkurencji lub wywołaniem (możliwością wywołania) na rynku innych niekorzystnych zjawisk.⁴ Zachowanie przedsiębiorców należy oceniać z punktu widzenia celów ustawodawstwa antymonopolowego, a mianowicie, gdy może ono wywołać skutki w postaci wpływu na ilość, jakość, cenę towarów lub zakres wyboru dostępny konsumentom lub innym nabywcom.⁵

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, iż praktyki naruszające zakaz zawierania porozumień ograniczających konkurencję, godzą w interes odbiorców, a w ostateczności w dobrobyt konsumenta (ang. *consumer welfare*)⁶ i jako sprzeczne z naczelnym celem ustawy powinny być surowo karane.

Porozumienia horyzontalne, zawierane pomiędzy przedsiębiorcami należy zaliczyć do najcięższych naruszeń prawa ochrony konkurencji, zwłaszcza, gdy dotyczą praktyk określonych w art. 6 ust. 1 pkt 1-3 i 7 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów. Porozumienia te zazwyczaj wywołują niekorzystne skutki na rynku, zniekształcając ten rynek, ograniczając albo eliminując na nim konkurencję, przez co naruszają interes ogólnospołeczny.⁷ Ustalenie pomiędzy konkurentami zachowania w toku prowadzonego przetargu może wpływać negatywnie na poziom cen oraz zakres wyboru i jakość usług dostępnych zamawiającemu. Zawieranie pomiędzy przedsiębiorcami zmów przetargowych może ograniczać lub nawet eliminować oczekiwane, pozytywne efekty przetargu, jako pola walki konkurencyjnej, narażając zamawiającego na niekorzystne rozporządzenie mieniem, zwłaszcza środkami publicznymi, przez co pośrednio naraża na straty ogół społeczeństwa. Tego rodzaju porozumienia powinny być ścigane oraz karane, nawet jeżeli wywoływany przez nie skutek ma jedynie charakter potencjalny.

W niniejszej sprawie, która dotyczy zarzutu zawarcia zmowy przetargowej w przetargach na roboty budowlane: „Budowy sieci kanalizacji sanitarnej w miejscowościach Będków – Zacharz - Nowiny oraz Rosocha” (znak sprawy: zp.271.2.2013) i „Budowy kanalizacji sanitarnej w miejscowościach Jasień, Nowy Jasień, Albertów w gminie Lubochnia” (znak sprawy: RI.9.271.Rzp.2013) został naruszony interes publicznoprawny polegający na zapewnieniu właściwych warunków funkcjonowania rynku, co uzasadnia ocenę zachowania stron niniejszego postępowania antymonopolowego w świetle przepisów ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów. Zmowy 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” (tak: wyrok Sądu Ochrony Konkurencji i Konsumentów z dnia 17 kwietnia 2008 r., sygn. akt: XVII Ama 117/05).

Ponadto zgodnie z definicją interesu publicznego, który określił Trybunał Konstytucyjny, w uchwale W 8/96 z dnia 12 marca 1997 r. wskazując, że za interes publiczny należy bez wątplenia uznać korzyści uzyskiwane w wyniku realizacji przedsięwzięć służących ogółowi w zakresie zadań ciężących na administracji rządowej oraz samorządowej, realizowanych w drodze świadczenia usług powszechnie dostępnych, związanych np. z ochroną zdrowia

⁴ Wyrok Sądu Najwyższego z dnia 05.06.2008 r., sygn. akt III SK 40/07.

⁵ Wyrok Sądu Najwyższego z dnia 16.10.2008 r., sygn. akt III SK 2/08.

⁶ Decyzja Prezesa UOKiK z 2.11.2010 r. nr RPZ 26/2010.

⁷ Wyrok Sądu Najwyższego z dnia 24. lipca 2003 r., sygn. akt I CKN 496/01.

oświaty, kultury czy porządku prawnego, w przedmiotowej sprawie można przyjąć, że w następstwie ww. zmowy przetargowej został naruszony interes publiczny mieszkańców gmin Będków i Lubochnia, którzy muszą wydać większą ilość środków finansowych na podjęte inwestycje niż wynikałoby to z wyników przetargów a tym samym zostali pozbawieni możliwości wydatkowania ich na inne cele społeczne związane z potrzebami mieszkańców.

W związku z powyższym w niniejszej sprawie Prezesa Urzędu uznał, że ma podstawy do podjęcia działań w interesie publicznym.

3. Rynek właściwy

Praktyki ograniczające konkurencję ujawniają się na określonym rynku - rynku właściwym. Ustawa o ochronie konkurencji i konsumentów definiuje rynek właściwy, jako rynek towarów, które ze względu na ich przeznaczenie, cenę oraz właściwości, w tym jakość, są uznawane przez ich nabywców za substytuty oraz są oferowane na obszarze, na którym, ze względu na ich rodzaj i właściwości, istnienie barier dostępu do rynku, preferencje konsumentów, znaczące różnice cen i koszty transportu, panują zbliżone warunki konkurencji (art. 4 pkt 9 ww. ustawy). Przez towary należy rozumieć zarówno rzeczy, jak i energię, papiery wartościowe i inne prawa majątkowe, usługi, a także roboty budowlane (art. 4 pkt 7 ww. ustawy). Pojęcie rynku właściwego odnosi się przedmiotowo do wszystkich wyrobów (usług) jednego rodzaju, które ze względu na swoje szczególne właściwości odróżniają się od innych wyrobów (usług) w taki sposób, że nie istnieje możliwość dowolnej ich zamiany. Rynek właściwy produktowo obejmuje wszystkie towary, które służą zaspokajaniu tych samych potrzeb nabywców, mają zbliżone właściwości, podobne ceny i reprezentują podobny poziom jakości. Niezbędnym elementem rynku właściwego jest także jego wymiar geograficzny, oznaczający konieczność wskazania obszaru, na którym warunki konkurencji, mające zastosowanie do określonych towarów, są jednakowe dla wszystkich konkurentów. Zatem, aby wyznaczyć rynek właściwy określoną działalność poddaje się analizie z punktu widzenia produktowego (asortymentowego) a także geograficznego.

Wyznaczenie rynku właściwego produktowo opierać się powinno na zbadaniu substytucyjności towarów (usług) w oparciu o takie kryteria jak przeznaczenie, właściwości towaru oraz cenę. W niniejszej sprawie rynek produktowy został określony jako rynek budowy kanalizacji sanitarnych, w skład którego wchodzi roboty budowlane związane z budową systemu rur, koryt, kolektorów służących do odprowadzania ścieków sanitarnych i przepompowni ścieków, układane metodą bezwykopową lub wykopową.

Rynek budowy kanalizacji sanitarnych, jest rynkiem konkurencyjnym, na którym działa wielu przedsiębiorców. Na rynku tym główną barierę wejścia stanowią koszty wyposażenia przedsiębiorstwa w sprzęt i narzędzia niezbędne do wykonywania robót budowlanych związanych z budową i instalacją urządzeń tworzących system kanalizacji sanitarnej w danej miejscowości, gminie oraz zatrudnienia osób posiadających odpowiednią specjalizację i uprawnienia w zakresie budowy urządzeń sanitarnych.

Odbiorcami tej usługi są głównie jednostki samorządu terytorialnego wykonujące zadania w zakresie odprowadzania ścieków sanitarnych z gospodarstw domowych i przemysłu oraz konsumenci przyłączający się do sieci kanalizacyjnych. W związku z istnieniem dużej konkurencji w pozyskiwaniu zleceń na powyższą usługę przedsiębiorcy zajmujący się budową kanalizacji sanitarnej biorą udział w dużej ilości przetargów organizowanych przez gminy lub przedsiębiorstwa komunalne.

Roboty te nie posiadają substytutów, gdyż ze względu na przeznaczenie kanalizacji sanitarnych, obowiązujące normy budowlane i przepisy dotyczące ochrony środowiska oraz

technologię ich układania nie można tych instalacji zastąpić inną instalacją budowlaną i związaną z nią technologią robót.

Mając powyższe na względzie, Prezes Urzędu uznał za rynek właściwy pod względem produktowym rynek budowy kanalizacji sanitarnych.

Natomiast odnośnie rynku właściwego geograficznie, w ocenie Prezesa Urzędu, takim rynkiem będzie rynek regionalny. Uczestnicy ocenianych w niniejszym postępowaniu przetargów uczestniczą w przetargach organizowanych na inwestycje realizowane w odległości 50 km od siedzib stron postępowania. Jest to obszar obejmujący swoim zasięgiem teren województwa łódzkiego, mazowieckiego i świętokrzyskiego i można przyjąć, że działalność uczestników porozumienia nie wykracza poza ten obszar. Tym samym na takim obszarze mogło dojść do zakłócenia funkcjonowania systemu zamówień publicznych. Biorąc pod uwagę, że obszar ten obejmuje kilka województw, a nie obejmuje większej części kraju, określono go, jako rynek regionalny.

Jednocześnie należy podnieść, iż taki stopień ogólności w definiowaniu rynku jest wystarczający w przypadku porozumień niepodlegających wyłączeniom *de minimis*. Porozumienia takie są bowiem zakazane niezależnie od udziału uczestników w rynku. Zgodnie z art. 7 ust. 2 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów, porozumienia ograniczające konkurencję polegające na uzgadnianiu przez przedsiębiorców przystępujących do przetargu warunków składanych ofert lub zachowania w toku przetargu nie podlegają wyłączeniu z uwagi na udział w rynku (tzw. próg bagatelności).

Mając na uwadze powyższe, w niniejszej sprawie rynkiem właściwym, na którym doszło do zawarcia antykonkurencyjnych porozumień oraz ograniczenia konkurencji, jest regionalny rynek budowy kanalizacji sanitarnych.

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

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

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

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

Zakaz porozumień ograniczających konkurencję obejmuje zatem wszelkie formy koordynacji działań między przedsiębiorcami, które w sposób celowy prowadzą, w wyniku praktycznej współpracy, do wyeliminowania konkurencji oraz ryzyka gospodarczego, i które powodują powstawanie warunków rynkowych sprzecznych z regułami wolnej konkurencji. „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.”⁸

Brak dowodów wskazujących na jawną zмовę przetargową np. w postaci umowy cywilnoprawnej regulującej zasady współpracy pomiędzy uczestnikami porozumienia w zakresie koordynacji zachowań i ofert, nie wyklucza możliwości udowodnienia faktu zawarcia porozumienia ograniczającego konkurencję. Tym samym Prezes Urzędu dokonał oceny zachowania wspólników spółki cywilnej BINSTAL i BINSTAL Bożena Tchórz na podstawie dowodów pośrednich uzyskanych w niniejszym postępowaniu. Wnioski wyprowadzone z poniżej przeprowadzonej analizy materiału dowodowego wskazują, że zachowanie uczestników niniejszego postępowania miało charakter uzgodnienia, wskazanego w art. 4 pkt 5 lit b ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów.

Jak podkreśla Sąd Ochrony Konkurencji i Konsumentów: „wykazanie istnienia zмовы przetargowej jest niezwykle trudne dowodowo. Podmioty, które dopuszczają się takich działań mając świadomość ich nielegalnego charakteru zwykle tuszują swe porozumienie. Zatem oceniać je możemy zwykle po rezultatach, przesłankach i całokształcie okoliczności sprawy, które to w tej konkretnej sprawie zdaniem Sądu jednoznacznie dowodzą wystąpienia zмовы przetargowej. Nie da się bowiem inaczej racjonalnie wytłumaczyć podania przez powódkę i zainteresowanych zbliżonych parametrów ofert zgłoszonych do przetargu, a pozostałe okoliczności sprawy zgodnie i jednoznacznie wskazują na uzgodnienie między podmiotami warunków składanych ofert, co stanowi niedozwoloną praktykę ograniczającą konkurencję.”⁹Cytowany powyżej pogląd Sądu Ochrony Konkurencji i Konsumentów odwołuje się do reguł dowodzenia opartych na domniemaniach faktycznych. Zgodnie z art. 231 ustawy z dnia 17 listopada 1964 r. Kodeks postępowania cywilnego (tekst jedn. Dz. U. z 2014 r., poz. 101, ze zm.) (zwana dalej: „k.p.c.”), 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 związku z powyższym w celu ustalenia, czy przedsiębiorcy dopuścili się naruszenia zakazu zawierania antykonkurencyjnych porozumień, Prezes Urzędu ustalił poniżej następujące przesłanki:

- zawarcie porozumienia pomiędzy przedsiębiorcami,
- antykonkurencyjny cel lub skutek porozumienia w postaci wyeliminowania, ograniczenia lub naruszenia w inny sposób konkurencji na rynku właściwym,
- niepodleganie porozumienia wyłączeniu spod zakazu.

Zawarcie porozumienia pomiędzy przedsiębiorcami

Zakaz stosowania praktyk ograniczających konkurencję adresowany jest do przedsiębiorców. Zgodnie z art. 4 pkt 1 ilekroć w ustawie o ochronie konkurencji i konsumentów jest mowa o przedsiębiorcy rozumie się przez to przedsiębiorcę w rozumieniu przepisów ustawy z dnia

⁸ Wyrok Sądu Apelacyjnego w Warszawie z dnia 5 października 2005 r. , sygn. akt VI ACa 1146/04.

⁹ Wyrok SOKiK z dnia 17.04.2008 r. sygn. akt XVII Ama 117/05; wyrok SOKiK z dnia 27.10.2011 r. sygn. akt XVII Ama 204/09.

2 lipca 2004 r. o swobodzie działalności gospodarczej (tekst jedn. Dz. U. z 2015 r., poz. 584, ze zm.), a także:

- osobę fizyczną, osobę prawną a także jednostkę organizacyjną niemającą osobowości prawnej, której ustawa przyznaje zdolność prawną, organizującą lub świadczącą usługi o charakterze użyteczności publicznej, które nie są działalnością gospodarczą w rozumieniu przepisów o swobodzie działalności gospodarczej,
- osobę fizyczną wykonującą zawód we własnym imieniu i na własny rachunek lub prowadzącą działalność w ramach wykonywania takiego zawodu,
- osobę fizyczną, która posiada kontrolę w rozumieniu pkt 4, nad co najmniej jednym przedsiębiorcą, choćby nie prowadziła działalności gospodarczej w rozumieniu przepisów o swobodzie działalności gospodarczej, jeżeli podejmuje dalsze działania podlegające kontroli koncentracji, o której mowa w art. 13,
- związek przedsiębiorców w rozumieniu pkt 2 – na potrzeby przepisów dotyczących praktyk ograniczających konkurencję oraz praktyk naruszających zbiorowe interesy konsumentów.

Natomiast stosownie do art. 4 ust. 1 ww. 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. Za przedsiębiorców uznaje się także wspólników spółki cywilnej w zakresie wykonywanej przez nich działalności (art. 4 ust. 2 tej ustawy). Z kolei zgodnie z art. 2 ustawy o swobodzie działalności gospodarczej, działalnością gospodarczą jest zarobkowa działalność wytwórcza, budowlana, handlowa, usługowa oraz poszukiwanie i wydobywanie kopalin ze złóż, a także działalność zawodowa, wykonywana w sposób zorganizowany i ciągły. Ponadto, w oparciu o art. 14 ust. 1 ww. ustawy przedsiębiorca może podjąć działalność gospodarczą w dniu złożenia wniosku o wpis do Centralnej Ewidencji i Informacji o Działalności Gospodarczej albo po uzyskaniu wpisu do rejestru przedsiębiorców w Krajowym Rejestrze Sądowym.

Honorata Tchórz wraz z Przemysławem Tchórz prowadzą działalność gospodarczą w formie spółki cywilnej pod nazwą „BINSTAL” s.c. Przemysław Tchórz, Honorata Tchórz z siedzibą w Tomaszowie Mazowieckim i są wpisani do Centralnej Ewidencji i Informacji o Działalności Gospodarczej. Bożena Tchórz jest wpisana do Centralnej Ewidencji i Informacji o Działalności Gospodarczej pod firmą „BINSTAL” Bożena Tchórz.

Ww. podmioty prowadzą we własnym imieniu działalność zarobkową w sposób zorganizowany i ciągły. Nie ulega zatem wątpliwości, że posiadają status przedsiębiorcy w rozumieniu powoływanego powyżej art. 4 pkt 1 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów. Tym samym przy wykonywaniu działalności gospodarczej podlegają rygorom prawa antymonopolowego i ich działania mogą być oceniane w aspekcie naruszenia zakazu stosowania praktyk ograniczających konkurencję.

Charakterystyka porozumienia

Jak wskazano wyżej przepisy ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów przewidują trzy różne formy, jakie może przybrać zakazane przez prawo konkurencji porozumienie.

W niniejszej sprawie, w opinii Prezesa Urzędu, Przemysław Tchórz i Honorata Tchórz, prowadzący działalność gospodarczą w formie spółki cywilnej pod nazwą „BINSTAL” s.c. Przemysław Tchórz, Honorata Tchórz z siedzibą w Tomaszowie Mazowieckim oraz Bożena

Tchórz, prowadząca działalność gospodarczą pod nazwą „BINSTAL” Bożena Tchórz w Tomaszowie Mazowieckim zawarli w postępowaniu przetargowym przeprowadzonym w trybie przetargu nieograniczonego w 2013 r. przez Gminę Będków na roboty budowlane: „Budowy sieci kanalizacji sanitarnej w miejscowościach Będków – Zacharz - Nowiny oraz Rosocha” (znak sprawy zp.271.2.2013) i w postępowaniu przetargowym przeprowadzonym w trybie przetargu nieograniczonego w 2013 r. przez Gminę Lubochnia na roboty budowlane: „Budowy kanalizacji sanitarnej w miejscowościach Jasień, Nowy Jasień, Albertów w gminie Lubochnia” (znak sprawy: RI.9.271.Rzp.2013) porozumienie ograniczające konkurencję, polegające na uzgodnieniu warunków składanych ofert, w szczególności w zakresie cen, jak i zasad postępowania, co spowodowało, że uczestnicy ci nie działali autonomicznie, tylko w porozumieniu. Porozumienie to narusza zakaz określony w art. 6 ust. 1 pkt 7 ww. ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów.

Antykonkurencyjny cel i skutek zawartych porozumień tzw. zmów przetargowych

Art. 6 ust. 1 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów przewiduje, że zakazane są porozumienia, których celem lub skutkiem jest wyeliminowanie, ograniczenie lub naruszenie w inny sposób konkurencji na rynku właściwym. W niniejszej sprawie w opinii Prezesa Urzędu celem porozumienia było naruszenie konkurencji w dwóch przetargach na budowę sieci kanalizacji sanitarnych. Wspólnicy spółki cywilnej BINSTAL i BINSTAL Bożena Tchórz w ww. przetargach uzgodnili warunki składanych ofert, w tym cenę, oraz sposób zachowania podczas przetargu. Polegało to na złożeniu przez wspólników spółki cywilnej BINSTAL w każdym z przetargów oferty zabezpieczającej, która w sytuacji nie pojawienia się pomiędzy ich ofertami oferty konkurencyjnej ulegała „wycofaniu”. Wycofanie polegało na nie podejmowaniu określonych czynności (niezbędnych w sytuacji nie złożenia niektórych wymaganych dokumentów) skutkujących odrzuceniem ich oferty a w konsekwencji wyborem oferty BINSTAL Bożena Tchórz oferującej w ocenianych przetargach wyższą cenę za wykonanie zamówienia. W konsekwencji ww. przedsiębiorcy wzmocniali swoją pozycję w stosunku do pozostałych uczestników przetargu i jednocześnie ograniczali możliwość wyboru przez zamawiającego najkorzystniejszej oferty. Skutkiem tego było zakłócenie mechanizmu konkurencji, który dla wszystkim uczestników przetargów publicznych gwarantuje funkcjonujący system zamówień publicznych.

Niezależnie od powyższego, należy wskazać, że w krajowym i unijnym orzecznictwie podkreśla się, iż antykonkurencyjny cel i antykonkurencyjny skutek porozumienia nie muszą wystąpić łącznie, wystarczające jest spełnienie tylko jednego z wskazanych elementów, tj. antykonkurencyjnego celu porozumienia lub antykonkurencyjnego skutku porozumienia. Tym samym zmony przetargowe są traktowane jako ograniczenia konkurencji zakazane z uwagi jedynie na ich cel (przedmiot)¹⁰, a zatem stanowią one naruszenie zakazu określonego w art. 6 ust. 1 pkt 7 ustawy niezależne od ich realnego wpływu na wynik przetargu¹¹.

Wobec powyższego należy uznać, że działania wspólników spółki cywilnej BINSTAL i BINSTAL Bożena Tchórz miały na celu naruszenie konkurencji w ww. postępowaniach o udzielenie zamówień publicznych na budowę sieci kanalizacji sanitarnej i skutkowały zakłóceniem mechanizmu konkurencji w ocenianych w niniejszym postępowaniu przetargach publicznych.

¹⁰ Por. D. Miąsik, Porozumienia, których celem jest ograniczenie konkurencji w rozumieniu art. 81 ust. 1 TWE, EPS nr 2009/8, s. 53.

¹¹ Por. wyrok Sądu Najwyższego z dnia 14 stycznia 2009 r., sygn. akt III SK 26/08, OSNP 2010/13-14, poz. 179.

Wykazanie uzgadniania przez przedsiębiorców przystępujących do przetargów warunków składanych ofert

W opinii Prezesa Urzędu opisane w niniejszej decyzji działania Przemysława Tchórz i Honoraty Tchórz, prowadzących działalność gospodarczą w formie spółki cywilnej pod nazwą „BINSTAL” s.c. Przemysław Tchórz, Honorata Tchórz z siedzibą w Tomaszowie Mazowieckim oraz Bożeny Tchórz, prowadzącej działalność gospodarczą pod nazwą „BINSTAL” Bożena Tchórz w Tomaszowie Mazowieckim, polegające na uzgodnieniu warunków składanych ofert, w szczególności w zakresie cen, jak i zasad postępowania, w postępowaniach przetargowych:

- w postępowaniu przetargowym przeprowadzonym w trybie przetargu nieograniczonego w 2013 r. przez Gminę Będków na roboty budowlane: „Budowy sieci kanalizacji sanitarnej w miejscowościach Będków – Zacharz - Nowiny oraz Rosocha” (znak sprawy: zp.271.2.2013),
- w postępowaniu przetargowym przeprowadzonym w trybie przetargu nieograniczonego w 2013 r. przez Gminę Lubochnia na roboty budowlane: „Budowy kanalizacji sanitarnej w miejscowościach Jasień, Nowy Jasień, Albertów w gminie Lubochnia” (znak sprawy: RI.9.271.Rzp.2013),

noszą znamiona zakazanej na podstawie art. 6 ust. 1 pkt 7 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów z umowy przetargowej.

Zarzucane stronom niniejszego postępowania porozumienie polegało na uzgadnianiu sposobu ich postępowania w toku przetargów, co powodowało, że uczestnicy ci nie działali niezależnie, tylko w porozumieniu. O zawarciu przez ww. przedsiębiorców antykonkurencyjnego porozumienia stwierdzonego w sentencji niniejszej decyzji świadczy całokształt faktów i okoliczności przedstawionych poniżej.

Zawarcie porozumienia w przedmiotowych przetargach ułatwiał fakt, iż jedynym kryterium wyboru wykonawcy była cena. W ocenie Prezesa Urzędu analiza działań wspólników spółki cywilnej BINSTAL i BINSTAL Bożena Tchórz wskazuje, że w ww. przetargach ustalili oni, jaka będzie cena robót w zgłaszanych ofertach, kto złoży niższą cenę oraz to, że oferty nie będą zawierać wszystkich wymaganych dokumentów niezbędnych dla ofert, jak i to, że po wybraniu oferty brakujące dokumenty nie zostaną dostarczone lub zostaną dostarczone dokumenty nieaktualne, ewentualne nie dojdzie do podpisania umowy przez wspólników spółki cywilnej BINSTAL a BINSTAL Bożena Tchórz będzie gotowa do podpisania umowy. Drugim warunkiem, jaki musiał zaistnieć, aby porozumienie doszło do skutku, było zaistnienie sytuacji nie pojawienia się pomiędzy ich ofertami oferty konkurencyjnej. W takiej sytuacji na skutek nie dostarczenia przez wspólników spółki cywilnej BINSTAL wymaganych przez organizatora przetargu dokumentów ich oferta była wykluczana lub nie dochodziło do podpisania umowy. W konsekwencji wybierana była oferta BINSTAL Bożena Tchórz z wyższą cenę za wykonanie zamówienia.

W orzecznictwie Prezesa Urzędu mechanizm działania przedsiębiorców polegający na sporządzeniu najkorzystniejszej oferty z błędami, czy brakami i ich nieusunięcie, nieuzupełnienie dokumentacji lub niedopełnienie innych warunków formalnych pomimo wezwania, tak aby musiała zostać wybrana oferta następna w kolejności (mniej korzystna)

uznano, przy uwzględnieniu całokształtu okoliczności sprawy, za dowód uprawdopodobniający zawarcie umowy przetargowej¹².

W postępowaniu przetargowym przeprowadzonym w trybie przetargu nieograniczonego na przełomie miesięcy luty-marzec 2013 r. organizowanego przez Gminę Będków na roboty budowlane: „Budowy sieci kanalizacji sanitarnej w miejscowościach Będków – Zacharz - Nowiny oraz Rosocha” (znak sprawy: zp.271.2.2013), do zrealizowania umowy przetargowej doszło w następstwie nieuzupełnienia oferty przetargowej przez współników spółki cywilnej BINSTAL. Zachowanie w tym przetargu było efektem realizacji mechanizmu rozstawiania i wycofania ofert, gdyż w tym przetargu ww. przedsiębiorcy zajmowali następujące po sobie miejsca według kryterium ceny. Przyczyną „wycofania” oferty, która w przedmiotowym przetargu skutkowałą wykluczeniem z przetargu oferty współników spółki cywilnej BINSTAL, było niewykazanie spełnienia warunków udziału w postępowaniu w zakresie sytuacji ekonomicznej i finansowej, gdyż opinia bankowa z dnia 26 lutego 2013 r. wystawiona przez Oddział BGŻ w Tomaszowie Mazowieckim potwierdzała zdolność kredytową przedsiębiorcy w wysokości 700 tysięcy zł, a zgodnie z warunkiem udziału w niniejszym postępowaniu przetargowym wykonawca był zobowiązany wykazać, że posiada środki finansowe lub zdolność kredytową w wysokości, co najmniej 1 miliona zł. W następstwie zachowania współników spółki cywilnej BINSTAL organizator przetargu, jako najkorzystniejszą wybrał ofertę BINSTAL Bożena Tchórz. Oferta BINSTAL Bożena Tchórz była o ponad 121 tysięcy zł wyższa od odrzuconej oferty współników spółki cywilnej BINSTAL. O obowiązku wykazania zdolności kredytowej w wysokości, co najmniej 1 mln zł współnicy spółki cywilnej BINSTAL wiedzieli od dnia 14 lutego 2013 r. to jest po ogłoszeniu go w Biuletynie Zamówień Publicznych pod nr 23489-2013 oraz na stronie internetowej Gminy Będków i na tablicy ogłoszeń w budynku ww. Gminy. Ponieważ Oddział BGŻ w Tomaszowie Mazowieckim wydaje ww. opinie na wniosek klienta banku ustny lub pisemny, który we wniosku tym określa, jaką wysokość kredytu pragnie on uzyskać, współnicy spółki cywilnej mieli możliwość złożenia wniosku o wydanie opinii banku o możliwości udzielenia kredytu w wysokości 1 mln zł. Wniosek taki jest bezpłatny. Ich wcześniejsze opinie uzyskane z tego banku wskazują, że uzyskanie przez nich opinii dotyczącej zdolności kredytowej w wysokości, co najmniej 1 mln zł było możliwe. Wystawienie przez BGŻ Bank Gospodarki Żywnościowej S.A. Oddział w Tomaszowie Mazowieckim w dniu 26 lutego 2013 r. opinii potwierdzającej zdolność kredytową przedsiębiorcy w wysokości 700 tysięcy zł wskazuje, że współnicy spółki cywilnej BINSTAL występowali do ww. Banku o wymagane w przetargach opinie. Jak wynika z analizy dokumentacji przetargowej zebranej w niniejszym postępowaniu współnicy spółki cywilnej BINSTAL nie mieli trudności w uzupełnieniu dokumentacji przetargowej o wymagane dokumenty i zaświadczenia, poza będącymi przedmiotem zarzutu. Należy przyjąć, uwzględniając dotychczasowe zachowanie przedsiębiorcy i jego doświadczenie, że wystąpił on i uzyskał opinię potwierdzającą zdolność kredytową w wysokości 1 mln zł. Tym bardziej, że w dniu 5 czerwca 2013 r. współnicy spółki cywilnej BINSTAL bez problemu uzyskali opinię na udzielenie kredytu w kwocie 2.5 miliona złotych, a więc opinię gwarantującą ponad dwukrotnie wyższą zdolność kredytową jaką mieli uzyskać 2 miesiące wcześniej. Zdaniem Prezesa Urzędu opinię potwierdzającą zdolność kredytową w wysokości 1 mln zł współnicy spółki cywilnej BINSTAL prawdopodobnie zataili przed organizatorem przetargu, w sytuacji, gdy oferta BINSTAL Bożena Tchórz była drugą najniższą cenowo ofertą w omawianym przetargu. Takie zachowanie umożliwiło wykluczenie ich z ww. przetargu i wygranie go przez BINSTAL Bożenę Tchórz.

Natomiast w przetargu organizowanym na przełomie miesięcy czerwiec-lipiec 2013 r. przez Gminę Lubochnia na roboty budowlane: „Budowę kanalizacji sanitarnej w miejscowościach Jasień, Nowy Jasień, Albertów w gminie Lubochnia” do zrealizowania umowy przetargowej

¹² Decyzje Prezesa Urzędu z dnia 16 lipca 2007 r., nr RKT-22/2007 i z dnia 21 lipca 2005 r., nr RPZ-20/2005, www.uokik.gov.pl.

nie doszło nie dlatego, że oferta wspólników spółki cywilnej nie spełniała wymogów formalnych, gdyż oferta ich w przedmiotowym przetargu zawierała wszystkie niezbędne dokumenty, ale poprzez odmowę podpisania po wygranym przetargu umowy z Gminą Lubochnia. Odmowa podpisania umowy została uzasadniona niemożnością uzyskania od firmy ubezpieczeniowej gwarancji ubezpieczeniowej należytego wykonania kontraktu i gwarancji ubezpieczeniowej usunięcia wad i usterek (był to warunek podpisania umowy po wygraniu przetargu). O wygraniu przetargu i obowiązku przedłożenia gwarancji ubezpieczeniowej należytego wykonania kontraktu i gwarancji ubezpieczeniowej usunięcia wad i usterek wspólnicy spółki cywilnej BINSTAL wiedzieli od dnia 7 lipca 2013 r. Ponadto, wiedzieli oni przystępując do przetargu, że ewentualne udzielenie gwarancji przez TUZ Towarzystwo Ubezpieczeń Wzajemnych będzie wiązało się z dodatkowymi zabezpieczeniami i gwarancjami, gdyż wysokość wymaganych gwarancji znacząco przewyższała kwotę limitu ustaloną w umowie na udzielanie gwarancji ubezpieczeniowych z tym Towarzystwem. Pomimo uzyskania zgody na przedłużenie terminu związania ofertą o 30 dni licząc od dnia 12 lipca 2013 r. już w dniu 19 lipca 2013 r. poinformowali ww. gminę, że nie będą mogli przystąpić do podpisania umowy na „Budowę kanalizacji sanitarnej w miejscowościach Jasień, Nowy Jasień, Albertów w gminie Lubochnia”, gdyż nie mogą uzyskać od firmy ubezpieczeniowej gwarancji ubezpieczeniowej należytego wykonania kontraktu i usunięcia wad i usterek. Przyczyną nie uzyskania gwarancji miało być wykorzystanie limitu oraz brak środków finansowych na zabezpieczenie ww. zadania w formie gotówki (dowód: karta 588) oraz zbyt wysokie żądanie zabezpieczenia gwarancji hipoteką (dowód: karta 595). Do ww. pisma ww. przedsiębiorcy załączyli pismo EKO-BROKER, w którym zostali poinformowani, że uzyskanie gwarancji ubezpieczeniowej na ww. zadanie zgodnie z wymogiem przetargowym nie jest możliwe na dotychczasowych warunkach, a ocena ryzyka nie pozwalała ubezpieczycielowi na gwarantowanie zadania po cenie sugerowanej wspólników spółki cywilnej BINSTAL. Należy nadmienić, że w ocenie brokera wspólników spółki cywilnej BINSTAL uzyskanie ww. gwarancji było możliwe po spełnieniu dodatkowych warunków (dowód: karta 527). Jak wynika z zebranych w sprawie informacji wspólnicy spółki cywilnej BINSTAL zrezygnowali przed 17 lipca 2013 r. z oferty zabezpieczenia należytego wykonania umowy w formie gwarancji ubezpieczeniowej należytego wykonania kontraktu i usunięcia wad i usterek po jednorazowej wymianie propozycji z Towarzystwem Ubezpieczeń Wzajemnych TUZ Oddział we Wrocławiu pomimo zaoferowania przez ww. ubezpieczyciela udzielania gwarancji poza umową generalną na podstawie umowy jednostkowej z dodatkowym zabezpieczeniem na majątku firmy poza wekslem in blanco. Tym samym faktycznie negocjacje w sprawie udzielenia gwarancji ubezpieczeniowej należytego wykonania kontraktu i usunięcia wad i usterek nie były prowadzone, gdyż sprowadziły się do zapytania przez wspólników spółki cywilnej BINSTAL o wymagane dodatkowe gwarancje i odpowiedzi Towarzystwa Ubezpieczeń Wzajemnych TUZ Oddział we Wrocławiu (przekazania propozycji). Należy nadmienić, że wspólnicy spółki cywilnej BINSTAL musieli liczyć się ze złożeniem dodatkowych zabezpieczeń gwarancji ubezpieczeniowych, gdyż wysokość gwarancji, o którą wystąpili wielokrotnie przewyższała gwarancje, o które występowali i które gwarantowała im umowa zawarta z ubezpieczycielem. Nie wyjaśnia też zachowania wspólników spółki cywilnej BINSTAL ich chwilowa zła sytuacja finansowa. Gdyż tylko wygranie przetargu gwarantowało im poprawę sytuacji finansowej. Ponadto już w czerwcu 2013 r. ich sytuację finansową można ocenić jako bardzo dobrą, gdyż w dniu 5 czerwca 2013 r. uzyskali opinię bankową stwierdzającą posiadanie zdolności kredytowej w wysokości 2,5 miliona zł (dowód: karta nr 397). Tym samym, przy zmiennej sytuacji finansowej, z jaką spotykali się wspólnicy spółki cywilnej BINSTAL podczas swej działalności, chwilowe jej pogorszenie, nie powinno stanowić przeszkody w podjęciu rokowań z ubezpieczycielem w celu uzyskania kontraktu. Czas trwania negocjacji oraz odrzucenie oferty Towarzystwa Ubezpieczeń Wzajemnych TUZ Oddział we Wrocławiu oraz gotowość BINSTAL Bożena Tchórz do podpisania umowy na skutek przedłużenia terminu związania ofertą wskazuje że wspólnicy spółki cywilnej BINSTAL nie byli zainteresowani uzyskaniem wymaganych w wygranym przetargu gwarancji ubezpieczeniowych, a tym

samym jego wygraniem. Inne zachowanie wspólników spółki cywilnej BINSTAL zniweczyłoby efekty zmywy przetargowej, w następstwie której przetarg miała wygrać BINSTAL Bożena Tchórz.

Ww. zachowania wspólników spółki cywilnej BINSTAL w obu ocenianych przetargach nie można oceniać w oderwaniu od zachowań BINSTAL Bożena Tchórz w innych przetargach z ich udziałem. W tych przetargach, zdaniem Prezesa Urzędu, prawdopodobnie również dochodziło do uzgodnienia warunków składanych ofert, ale to BINSTAL Bożena Tchórz składała oferty z niższą ceną, które nie zawierały wszystkich wymaganych dokumentów przez organizatora przetargu lub błędy w dokumentach. Dotyczyło to przetargu na „Budowę sieci wodociągowej Lubochnia – Lubochnia Górki, oraz przebudowa sieci wodociągowej wraz z przyłączeniami przy ul. Łódzkiej i Zapłotniej w Lubochni”, w którym uczestniczyli również wspólnicy spółki cywilnej BINSTAL. W przetargu tym w dniu 3 czerwca 2013 r. upływał termin składania ofert. Z przetargu tego zostało wykluczonych dwóch przedsiębiorców INSTAL BUD Pecyna Sp. z o.o., (z piątą ofertą cenową na wykonanie usługi objętej przetargiem) i BINSTAL Bożena Tchórz (z pierwszą ofertą cenową na wykonanie usługi objętej przetargiem). Przetarg został wygrany przez wspólników spółki cywilnej BINSTAL. BINSTAL Bożena Tchórz, została wykluczona z przetargu, gdyż pomimo wezwania do uzupełnienia złożonej oferty nie uzupełniła jej w wyznaczonym terminie o aktualne zaświadczenie właściwego Zakładu Ubezpieczeń Społecznych lub Kasy Rolniczego Ubezpieczenia Społecznego potwierdzające, że wykonawca nie zalega z opłacaniem składek na ubezpieczenie zdrowotne i społeczne, lub potwierdzenie, że uzyskał przewidziane prawem zwolnienie, odroczenie lub rozłożenie na raty zaległych płatności lub wstrzymanie w całości wykonania decyzji właściwego organu. Zaświadczenie to musiało być wystawione nie wcześniej niż 3 miesiące przed terminem składania ofert. Takie zaświadczenie zgodne z wymogami ww. przetargu zostało załączone przez BINSTAL Bożena Tchórz do oferty złożonej w przetargu nieograniczonym na „Budowę kanalizacji sanitarnej w miejscowościach Jasień, Nowy Jasień, Albertów w gminie Lubochnia”, z datą wystawienia 28 maja 2013 r. (dowód: karta nr 284 odwrot). Podobna sytuacja miała miejsce podczas przetargu na „Budowę ulicy Gęsiej” w Tomaszowie Mazowieckim w 2012 r. Przyczyną wykluczenia z tego przetargu BINSTAL Bożena Tchórz było załączenie opinii BGŻ Banku Gospodarki Żywnościowej S.A. Oddziału w Tomaszowie Mazowieckim potwierdzającej wysokość posiadanych środków finansowych lub zdolność kredytową w wysokości 250 000,00 zł, bez podpisu osoby do tego umocowanej. BINSTAL Bożena Tchórz nie odwołała się od wyników tego przetargu. Należy nadmienić, że BGŻ Bank Gospodarki Żywnościowej Oddział w Tomaszowie Mazowiecki w niniejszym postępowaniu zaprzeczył, że wydawane przez niego opinie były wystawiane przez osoby nieuprawnione.

Zarówno od wspólników spółki cywilnej BINSTAL i BINSTAL Bożena Tchórz, jako profesjonalnych uczestników postępowań przetargowych, wymaga się zachowania należytej staranności w celu uzyskania zamówienia, a w szczególności dołożenia wszelkich starań w celu podpisania umowy oraz wiedzy w zakresie złożonych dokumentów.

Biorąc powyższe pod uwagę na podstawie ustalonych zachowań ww. przedsiębiorców można stwierdzić istnienie mechanizmu rozstawiania i wycofywania ofert polegającego w szczególności na nieprzedstawieniu wszystkich wymaganych dokumentów lub rezygnowaniu z uzyskania wymaganych gwarancji ubezpieczeniowych. W każdym z opisanych przypadków, na skutek wycofania się przedsiębiorcy zajmującego pierwsze miejsce, pierwsze miejsce zajmował drugi z uczestników porozumienia.

Bezspornym jest w przedmiotowej sprawie (vide: wyjaśnienia stron postępowania i ustalenia Prezesa Urzędu), że wspólnicy spółki cywilnej BINSTAL i BINSTAL Bożena Tchórz współpracują ze sobą. Działają razem w konsorcjach, prowadzą działalność pod tym samym adresem, korzystają z tych samych połączeń telekomunikacyjnych (faks, telefon), udzielają

sobie wysoko wykwalifikowanej pomocy fachowej. Ponadto Bożena Tchórz, jako wskazany w ofercie przetargowej kierownik budowy spółki cywilnej BINSTAL i Honorata Tchórz-pracownik BINSTAL Bożena Tchórz mają dostęp do wiedzy technicznej i ekonomicznej swojego konkurenta. Taką otwartość ułatwia im fakt powiązań rodzinnych oraz zamierzenia Bożeny Tchórz dotyczące zakończenia działalności gospodarczej w sposób umożliwiający dalsze jej kontynuowanie przez syna i synową (Przemysława Tchórz i Honoratę Tchórz). Jest to sytuacja umożliwiająca uzgadniania ofert i zasad postępowania podczas przetargów. Dowodem takich uzgodnień w ocenianych przetargach jest również identyczność składanych ofert pod względem użytej czcionki i sposobu wypełnienia oraz prawie ten sam czas składanych ofert.

Oczywiście, rozpatrując każde zachowanie i dowód w sprawie oddzielnie, można byłoby się zgodzić z wyjaśnieniami stron postępowania o przypadkowości niektórych zdarzeń, niefortunnym zbiegu okoliczności, racjonalności wstępnych zachowań i przewidywań, czy też wystąpieniu obiektywnych nieprzewidzianych okoliczności. Jednak zachowania wspólników spółki cywilnej BINSTAL i BINSTAL Bożena Tchórz należy rozpatrywać całościowo. Mamy tu bowiem do czynienia z profesjonalnymi uczestnikami tego rynku. W normalnych warunkach rynkowych wątpliwe jest, aby przedsiębiorcy o takim doświadczeniu i wiedzy oraz nastawieni na pozyskanie zamówień, dopuścili do popełnienia takich błędów w kompletowaniu dokumentacji przetargowej i aby po wyborze oferty zdecydowali się na rezygnację bez wykorzystania wszystkich możliwości czasowych, finansowych i prawnych z realizacji zamówienia. Zebrany materiał dowodowy w przedmiotowej sprawie wskazuje, że w okresie niespełna roku, mamy do czynienia z czterema przetargami na: „Budowę sieci kanalizacji sanitarnej w miejscowościach Będków – Zacharz - Nowiny oraz Rosocha”, „Budowę kanalizacji sanitarnej w miejscowościach Jasień, Nowy Jasień, Albertów w gminie Lubochnia” „Budowę sieci wodociągowej Lubochnia – Lubochnia Górki, oraz przebudowę sieci wodociągowej wraz z przyłączeniami przy ul. Łódzkiej i Zapłotniej w Lubochni” i „Budowę ulicy Gęsiej” w Tomaszowie Mazowieckim, w których wspólnicy spółki cywilnej BINSTAL i BINSTAL Bożena Tchórz zastosowali mechanizm składania oferty zabezpieczającej, która w sytuacji nie pojawienia się pomiędzy ich ofertami oferty konkurencyjnej ulegała „wycofaniu”. Takie zachowanie w tych czterech przetargach wyklucza możliwość przyjęcia tezy o przypadkowości zachowań ww. przedsiębiorców i niefortunnego zbiegu okoliczności. W tym miejscu należy jeszcze raz podnieść, że zdaniem Prezesa Urzędu omówione wyżej działania wspólników spółki cywilnej BINSTAL i BINSTAL Bożena Tchórz były elementem ich uzgodnionej strategii, która umożliwiła im podejmowanie działań w zależności od całokształtu okoliczności danego postępowania przetargowego, tak aby zapewnić wygranie przetargu raz jednemu a innym razem drugiemu przedsiębiorcy.

Mając na uwadze powyższe, w ocenie Prezesa Urzędu, opisane w niniejszej decyzji okoliczności świadczą o tym, że wspólnicy spółki cywilnej BINSTAL i BINSTAL Bożena Tchórz uczestnicząc we wskazanych w sentencji decyzji postępowaniach o udzielenie zamówień publicznych działali w porozumieniu, o którym mowa w art. 6 ust. 1 pkt 7 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów.

Czas trwania porozumienia ograniczającego konkurencję. Zaniechanie praktyki

W ocenie Prezesa Urzędu porozumienie stwierdzone w pkt I sentencji niniejszej decyzji, stanowi porozumienie ciągłe i jednolite. W niniejszej sprawie porozumienie składało się z powtarzalnych i jednorodnych działań w dwóch przetargach, w których brali udział Przemysław Tchórz i Honorata Tchórz, prowadzący działalność gospodarczą w formie spółki cywilnej pod nazwą „BINSTAL” s.c. Przemysław Tchórz, Honorata Tchórz z siedzibą w Tomaszowie Mazowieckim oraz Bożena Tchórz, prowadząca działalność gospodarczą pod

nazwą „BINSTAL” Bożena Tchórz w Tomaszowie Mazowieckim. Porozumienie to miało wspólny cel ekonomiczny – zawarcie przez zamawiającego umowy z tym członkiem porozumienia, który zaoferował wyższą cenę i tym samym uzyskanie najwyższej ceny usługi przy zachowaniu gwarancji wygrania przetargu przez jednego z uczestników przetargu. Wspólny cel ten był realizowany poprzez dokonywanie uzgodnień zachowań wpływających na ostateczne wyniki przetargów kosztem niezależnych działań rynkowych. Porozumienie sprowadzało się do nieuzasadnionego niedopełniania wymagań formalnych. Dla oceny przedmiotowego porozumienia jako ciągłego i jednolitego nie bez znaczenia pozostaje także fakt, że wszystkie zidentyfikowane w niniejszej decyzji działania Przemysława Tchórz i Honoraty Tchórz, prowadzących działalność gospodarczą w formie spółki cywilnej pod nazwą „BINSTAL” s.c. Przemysław Tchórz, Honorata Tchórz z siedzibą w Tomaszowie Mazowieckim oraz Bożeny Tchórz, prowadzącej działalność gospodarczą pod nazwą „BINSTAL” Bożena Tchórz w Tomaszowie Mazowieckim miały na celu ograniczenie konkurencji na tym samym rynku właściwym, dotyczyły bowiem zamówień publicznych na ten sam rodzaj usług budowlanych na regionalnym rynku budowy kanalizacji sanitarnych organizowanych przez jednostki samorządu terytorialnego. Przedstawione stanowisko jest spójne z orzecznictwem unijnym, które podkreśla, że istotną okolicznością dla ustalenia, czy naruszenie jest jednolite i ciągłe, czy też istnieje kilka odrębnych naruszeń, jest wspólność celu, to jest wpływu na konkurencję na danym rynku produktowym¹³.

Z ustaleń niniejszego postępowania wynika, że w momencie podpisania w dniu 12 sierpnia 2013 r. umowy pomiędzy ostatnim zamawiającym w ww. przetargach a BINSTAL Bożena Tchórz na „Budowę kanalizacji sanitarnej w miejscowościach Jasień, Nowy Jasień, Albertów w gminie Lubochnia” uczestnicy porozumienia zrealizowali zawarte porozumienie dotyczące ocenianych przetargów. Fakt ten uniemożliwia nałożenie na jego uczestników podstawowej sankcji związanej ze stwierdzeniem stosowania praktyki ograniczającej konkurencję, tj. nakazu jej zaniechania, albowiem nakaz ten odnosi się do praktyki, jako takiej, a nie jej skutków.

W związku z powyższym, z powodu braku podstaw do uznania – w oparciu o materiał dowodowy zgromadzony w niniejszej sprawie - iż porozumienie nadal istnieje między stronami postępowania, należało stwierdzić zaniechanie stosowanej praktyki ograniczającej konkurencję w dniu 12 sierpnia 2013 r. w zakresie porozumienia ciągłego dotyczącego przetargów na roboty budowlane: „Budowę sieci kanalizacji sanitarnej w miejscowościach Będków – Zacharz - Nowiny oraz Rosocha”, i „Budowę kanalizacji sanitarnej w miejscowościach Jasień, Nowy Jasień, Albertów w gminie Lubochnia”

Wyłączenia spod zakazu porozumień ograniczających konkurencję

W niniejszej sprawie doszło do zawarcia porozumienia pomiędzy Przemysławem Tchórz i Honoratą Tchórz, prowadzącymi działalność gospodarczą w formie spółki cywilnej pod nazwą „BINSTAL” s.c. Przemysław Tchórz, Honorata Tchórz z siedzibą w Tomaszowie Mazowieckim a Bożeną Tchórz, prowadzącą działalność gospodarczą pod nazwą „BINSTAL” Bożena Tchórz w Tomaszowie Mazowieckim, którego celem było ograniczenie konkurencji na regionalnym rynku budowy kanalizacji sanitarnych

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:

- 1) zasada *de minimis* – art. 7 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów,

¹³ Wyrok TS z dnia 8 lipca 1999 r. w sprawie C-49/92, *Komisja przeciwko Anic Participazioni*, www.curia.europa.eu; wyrok Sądu z dnia 20 marca 2002 r. w sprawie T-9/99 *HFB przeciwko Komisji*, www.curia.europa.eu.

- 2) wyłączenia grupowe wydane na podstawie art. 8 ust. 3 ustawy *o ochronie konkurencji i konsumentów*,
- 3) wyłączenia indywidualne – art. 8 ust. 1 ustawy *o ochronie konkurencji i konsumentów*.

Ad. 1) Zasada de minimis

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

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

Ad. 2) Wyłączenia grupowe

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

Ad. 3) Wyłączenie na podstawie art. 8 ust. 1 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów

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

Biorąc powyższe pod uwagę Prezes Urzędu orzekł jak w pkt I sentencji.

Nażalenie kary pieniężnej

Zgodnie z art. 106 ust. 1 pkt 1 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów organ antymonopolowy może nałożyć na przedsiębiorcę karę pieniężną, w wysokości nie większej niż 10% przychodu określonego w roku rozliczeniowym poprzedzającym rok nałożenia kary, jeżeli przedsiębiorca ten, choćby nieumyślnie, dopuścił się naruszenia zakazu określonego w art. 6 tej ustawy. Rozstrzygnięcie w przedmiocie nałożenia administracyjnej kary pieniężnej posiada więc charakter fakultatywny.

Prezes Urzędu wydając decyzję o nałożeniu kary pieniężnej działa zatem w ramach uznania administracyjnego, co oczywiście nie jest równoznaczne z dowolnością. W tym zakresie kieruje się on zasadą równości i proporcjonalności. Rozważając kwestię nałożenia kary Prezes Urzędu musi wziąć pod uwagę, czy w danych okolicznościach sprawa konieczne albo celowe jest jej nałożenie, a jeżeli tak, to w jakiej wysokości kara spełni założone funkcje. Przy ustalaniu wysokości kar pieniężnych, o których mowa w art. 106 – 108 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów, Prezes Urzędu powinien wziąć pod uwagę w szczególności okres, stopień oraz okoliczności uprzedniego naruszenia przepisów ustawy (art. 111 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów). Ponadto 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.

W przedmiotowej sprawie z uwagi na charakter praktyki ograniczającej konkurencję i stopień naruszenia interesu publicznego Prezes Urzędu uznał za zasadne nałożenie kary pieniężnej na uczestników porozumienia.

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

Podstawę obliczenia wysokości kary stanowi dochód (ogółem, nie tylko podlegający opodatkowaniu) przedsiębiorców: Przemysława Tchórz i Honoraty Tchórz, którzy prowadząc działalność gospodarczą w formie spółki cywilnej pod nazwą „BINSTAL” s.c. Przemysław Tchórz, Honorata Tchórz z siedzibą w Tomaszowie Mazowieckim oraz Bożeny Tchórz prowadzącej działalność gospodarczą pod nazwą „BINSTAL” Bożena Tchórz w Tomaszowie Mazowieckim, za 2014 r.. Dochód ww. przedsiębiorców został ustalony na podstawie informacji uzyskanych od pełnomocników tych przedsiębiorców.

Ustalając wymiar kary pieniężnej Prezes Urzędu w pierwszej kolejności dokonał oceny natury stwierdzonego w niniejszej decyzji naruszenia, która determinuje wysokość kwoty bazowej kary będącej odsetkiem uzyskanych dochodów przez uczestników tego porozumienia. Odnośnie natury naruszenia organ antymonopolowy wyróżnia naruszenia bardzo poważne (do których zalicza się szkodliwe horyzontalne ograniczenia konkurencji, w tym porozumienia cenowe, zmywy przetargowe, podział rynku, nadużywanie pozycji dominującej prowadzące do eliminacji konkurencji z rynku), naruszenia poważne (do których zaliczamy porozumienia horyzontalne nie zaliczane do poważnych naruszeń, porozumienia pionowe wpływające na cenę lub warunki oferowania produktu, nadużywanie pozycji dominującej prowadzące do istotnego ograniczenia konkurencji na rynku) i naruszenia mniej poważne niż wyżej wymienione (porozumienia wertykalne nie związane z cenami, nadużycia pozycji dominującej o mniejszej wadze).

Natura naruszenia skutkuje wysokością kary w ten sposób, że wyjściowy poziom kary, jako baza do dalszych wyliczeń kształtuje się dla poszczególnych naruszeń następująco:

- powyżej 1%, jednak nie więcej niż 3% przychodu w przypadku naruszeń bardzo poważnych,
- powyżej 0,2%, jednak nie więcej niż 1% przychodu w przypadku naruszeń poważnych,
- powyżej 0,01%, jednak nie więcej niż 0,2% przychodu w przypadku naruszeń pozostałych.

Prezes Urzędu uznał, że przedmiotowe porozumienie, zaliczane do tak zwanych najcięższych ograniczeń konkurencji (*hard-core restriction*), stanowi bardzo poważne naruszenie prawa konkurencji.

Kolejno Prezes Urzędu ocenił wpływ czynników związanych ze specyfiką rynku i działalności uczestników porozumienia na tym rynku. Pomimo faktu, iż rynek na którym doszło do zawarcia porozumienia jest rynkiem konkurencyjnym to jednak zawarte porozumienie miało za cel ograniczenie konkurencji i wymaga ingerencji organu antymonopolowego. Wykazana w niniejszym postępowaniu praktyka ma charakter trudno odwracalny, gdyż w następstwie stosowanej praktyki zastały już zawarte umowy z Bożeną Tchórz. Jednak po zakończeniu kontraktu skutki tej praktyki ustaną. Biorąc powyższe pod uwagę oraz fakt zrealizowania zmywy przetargowej Prezes Urzędu postanowił zwiększyć wysokość kary dla każdej ze stron postępowania o 10%.

Prezes Urzędu uwzględnił następnie okres trwania stwierdzonego naruszenia. Biorąc pod uwagę ramy czasowe zawartego porozumienia obejmujące okres od ogłoszenia pierwszego przetargu do podpisania umowy po ostatnim przetargu są krótsze niż rok, czyli okres trwania praktyki nie był długotrwały. Wobec powyższego Prezes Urzędu nie uznał za celowe, na tym etapie ustalania kary pieniężnej, jej podwyższenie.

Nakładając karę pieniężną, w ramach rozpatrywania okoliczności obciążających, Prezes Urzędu wziął również pod uwagę konieczność ustalenia, czy stwierdzone w decyzji naruszenie dokonane było umyślnie czy też nieumyślnie. Okoliczności sprawy, w szczególności powiązania zawodowe i ekonomiczne stron oraz ich postępowanie świadczą o tym, iż były one stronami porozumienia określającego pewną ustaloną taktykę występowania w przetargach mającą na celu przede wszystkim przyniesienie im maksymalnych korzyści finansowych. Takie zachowanie wskazuje na umyślność działania stron porozumienia. Biorąc pod uwagę ich doświadczenie w uczestnictwie w przetargach, powtarzalność ustalonego zachowania w innych przetargach, dostępność informacji o stanowisku i orzecznictwie Prezesa Urzędu dotyczącym zmyw przetargowych, nie jest możliwe, aby uczestnicy porozumienia nie zdawali sobie sprawy ze swojego zachowania, skutkującego ograniczeniem konkurencji. W związku z powyższym biorąc pod uwagę występującą w sprawie ww. okoliczność obciążającą, Prezes Urzędu uznał, że uzasadnione jest dodatkowe podwyższenie wysokości kary każdemu z ww. przedsiębiorców o 20%.

Ustalając wysokość nałożonej na ww. przedsiębiorców kary pieniężnej, Prezes Urzędu rozważył również, czy w sprawie występują inne okoliczności łagodzące lub obciążające. Prezes Urzędu uznał, że w sprawie nie występują inne okoliczności łagodzące lub obciążające.

W konsekwencji, nałożona kara pieniężna po zaokrągleniu do pełnych złotych wynosi: dla Przemysława Tchórz 28 357,00 zł, dla Honoraty Tchórz 28 357,00 zł, dla Bożeny Tchórz 155 156,00 zł.

W ocenie Prezesa Urzędu powyższe kary pieniężne są adekwatne do stopnia naruszenia przepisów ustawy. Prezes Urzędu, kierując się potrzebą przeciwdziałania stosowaniu praktyk ograniczających konkurencję na rynku uznał, że orzeczona kara powinna stanowić dolegliwość dla stron niniejszego postępowania. W tym przypadku kara powinna w szczególności spełnić funkcję represyjną, prewencyjną i wychowawczą, tak, aby zapobiec w przyszłości naruszeniom przepisów ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów.

W związku z powyższym Prezes Urzędu orzekł jak w punkcie II sentencji niniejszej decyzji.

Ad. III. sentencji niniejszej decyzji

Zgodnie z art. 80 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów Prezes Urzędu rozstrzyga o kosztach w drodze postanowienia, które może być zamieszczone w decyzji kończącej postępowanie. W myśl art. 77 ust. 1 tej ustawy, jeżeli w wyniku postępowania Prezes Urzędu stwierdził naruszenie przepisów tejże ustawy, przedsiębiorca, który dopuścił się tego naruszenia, zobowiązany jest ponieść koszty postępowania. Przedmiotowe postępowanie wykazało, że Przemysław Tchórz i Honorata Tchórz, prowadzący działalność gospodarczą w formie spółki cywilnej pod nazwą „BINSTAL” s.c. Przemysław Tchórz, Honorata Tchórz z siedzibą w Tomaszowie Mazowieckim oraz Bożena Tchórz, prowadząca działalność gospodarczą pod nazwą „BINSTAL” Bożena Tchórz w Tomaszowie Mazowieckim stosowali praktykę ograniczającą konkurencję i naruszającą zakaz określony w art. 6 ust. 1 pkt 7 ww. ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów, wskazaną w pkt I sentencji niniejszej decyzji. Zgodnie z art. 263 § 1 ustawy z dnia 14 czerwca 1960 Kodeks postępowania administracyjnego (tekst jedn. Dz. U. z 2013 r., poz. 267, ze zm.) w związku z art. 83 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów do kosztów postępowania zalicza się koszty podróży i inne należności świadków i biegłych oraz stron w przypadkach przewidzianych w art. 56 ustawy z dnia 14 czerwca 1960 Kodeks postępowania administracyjnego, a także koszty spowodowane oględzinami na miejscu, jak również koszty doręczenia pism urzędowych. Kosztami niniejszego postępowania są koszty doręczenia stronom postępowania i badanym przedsiębiorcom pism urzędowych.

W związku z powyższym Prezes Urzędu postanowił obciążyć:

- 1) Przemysława Tchórz, prowadzącego działalność gospodarczą w formie spółki cywilnej pod nazwą „BINSTAL” s.c. Przemysław Tchórz, Honorata Tchórz z siedzibą w Tomaszowie Mazowieckim, kosztami postępowania w wysokości 33,10 zł (słownie: trzydziestu trzech złotych dziesięciu groszy),
- 2) Honoratę Tchórz, prowadzącą działalność gospodarczą w formie spółki cywilnej pod nazwą „BINSTAL” s.c. Przemysław Tchórz, Honorata Tchórz z siedzibą w Tomaszowie Mazowieckim, kosztami postępowania w wysokości 33,10 zł (słownie: trzydziestu trzech złotych dziesięciu groszy),
- 3) Bożenę Tchórz, prowadzącą działalność gospodarczą w formie spółki cywilnej pod nazwą „BINSTAL” s.c. Przemysław Tchórz, Honorata Tchórz z siedzibą w Tomaszowie Mazowieckim, kosztami postępowania w wysokości 58, 20 zł (słownie: pięćdziesiąt osiem złotych dwadzieścia groszy).

Mając na uwadze powyższe, Prezes Urzędu postanowił jak w punkcie III. sentencji niniejszej decyzji.

Stosownie do art. 112 ust. 3 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), kary pieniężne należy uiścić w terminie 14 dni od dnia uprawomocnienia się decyzji Prezesa Urzędu na konto Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów w Warszawie do Narodowego Banku Polskiego, Oddział Okręgowy w Warszawie, na rachunek Nr 51101010100078782231000000.

Koszty niniejszego postępowania, na podstawie art. 264 § 1 Kodeksu postępowania administracyjnego, w związku z art. 83 i art. 80 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów oraz art. 3 ustawy z dnia 10 czerwca 2014 r. o zmianie ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów oraz ustawy - Kodeks postępowania cywilnego (Dz. U. z 2014 r., poz. 945), przedsiębiorca obowiązany jest wpłacić na konto Urzędu Ochrony Konkurencji i

Konsumentów w Warszawie w NBP o/o Warszawa Nr 51101010100078782231000000 w terminie 14 dni od daty uprawomocnienia się niniejszej decyzji.

Stosownie do treści art. 81 ust. 1 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów w związku z art. 3 i art. 11 ustawy z dnia 10 czerwca 2014 r. o zmianie ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów oraz ustawy - Kodeks postępowania cywilnego (Dz. U. z 2014 r., poz. 945), 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, za pośrednictwem Prezesa Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów – Delegatury Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów w Łodzi.

W przypadku jednak kwestionowania wyłącznie postanowienia o kosztach zawartego w pkt III sentencji niniejszej decyzji, stosownie do art. 81 ust. 5 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, w związku z art. 479³² § 1 i 2 kodeksu postępowania cywilnego oraz art. 264 § 2 ustawy z dnia 14 czerwca 1960 r. - Kodeks postępowania administracyjnego (tekst jedn. Dz. U. z 2013 r., poz. 267, ze zm.) 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 tygodniowym od dnia doręczenia niniejszej decyzji, za pośrednictwem Prezesa Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów - Delegatury Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów w Łodzi.

*Z upoważnienia
Prezesa
Urzędu Ochrony
Konkurencji i Konsumentów
Z-ca Dyrektora Delegatury w Łodzi*

Andrzej Kędzia

Otrzymują: