



**PREZES
URZĘDU OCHRONY
KONKURENCJI I KONSUMENTÓW**

DOK1-410-5/13/MW

Warszawa, dnia 30 grudnia 2014 r.

DECYZJA nr DOK– 9/2014

- I.** Na podstawie art. 11 ust. 1 i 2 ustawy z dnia 16 lutego 2007 r. *o ochronie konkurencji i konsumentów* (Dz. U. Nr 50, poz. 331 ze zm.), po przeprowadzeniu postępowania antymonopolowego, Prezes Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów **uznaje za praktykę ograniczającą konkurencję** i naruszającą zakaz, o którym mowa w art. 6 ust. 1 pkt 7 ustawy z dnia 16 lutego 2007 r. *o ochronie konkurencji i konsumentów* zawarcie przez „Agrotur” Sp. z o.o. z siedzibą w Pabianicach, „Marko” Sp. z o.o. z siedzibą Borkowicach oraz „Texpol” Zakład Pracy Chronionej Sp. z o.o. z siedzibą w Dłutowie porozumienia ograniczającego konkurencję na krajowym rynku dostawy przedmiotów zaopatrzenia mundurowego, polegającego na uzgadnianiu przez ww. przedsiębiorców przystępujących do przetargów na dostawę przedmiotów zaopatrzenia mundurowego warunków składanych ofert **i stwierdza zaniechanie jej stosowania z dniem 17 października 2012 r.**
- II.** Na podstawie art. 106 ust. 1 pkt 1 ustawy z dnia 16 lutego 2007 r. *o ochronie konkurencji i konsumentów* (Dz. U. Nr 50, poz. 331 ze zm.), po przeprowadzeniu postępowania antymonopolowego, Prezes Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów z tytułu naruszenia zakazu, o którym mowa w art. 6 ust. 1 pkt 7 ww. ustawy, w zakresie określonym w pkt. I sentencji niniejszej decyzji, **nakłada na:**
- 1.** „Agrotur” Sp. z o.o. z siedzibą w Pabianicach karę pieniężną w wysokości **34 881,89 zł** (słownie: trzydzieści cztery tysiące osiemset osiemdziesiąt jeden złotych i osiemdziesiąt dziewięć groszy) płatną do budżetu państwa,

2. „Marko” Sp. z o.o. z siedzibą Borkowicach karę pieniężną w wysokości **55 966,04 zł** (słownie: pięćdziesiąt pięć tysięcy dziewięćset sześćdziesiąt sześć złotych i cztery grosze) płatną do budżetu państwa,
3. „Texpol” Zakład Pracy Chronionej Sp. z o.o. z siedzibą w Dłutowie karę pieniężną w wysokości **207 533,99 zł** (słownie: dwieście siedem tysięcy pięćset trzydzieści trzy złote i dziewięćdziesiąt dziewięć groszy) płatną do budżetu państwa.

III. Na podstawie art. 77 ust. 1 oraz art. 80 ustawy z dnia 16 lutego 2007 r. *o ochronie konkurencji i konsumentów* (Dz. U. Nr 50, poz. 331 ze zm.), oraz stosownie do art. i 263 § 1 i 264 § 1 ustawy z dnia 14 czerwca 1960 r. – *Kodeks postępowania administracyjnego* (t.j. Dz. U. z 2013 r., poz. 267) w związku z art. 83 ustawy *o ochronie konkurencji i konsumentów*, Prezes Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów **obciąża kosztami** postępowania antymonopolowego:

1. „Agrotur” Sp. z o.o. z siedzibą w Pabianicach w kwocie **75,28 zł** (słownie: siedemdziesiąt pięć złotych i dwadzieścia osiem groszy),
 2. „Marko” Sp. z o.o. z siedzibą Borkowicach w kwocie **81,75 zł** (słownie: osiemdziesiąt jeden złotych i siedemdziesiąt pięć groszy),
 3. „Texpol” Zakład Pracy Chronionej Sp. z o.o. z siedzibą w Dłutowie w kwocie **75,28 zł** (słownie: siedemdziesiąt pięć złotych i dwadzieścia osiem groszy),
- i zobowiązuje ww. przedsiębiorców do zwrotu Prezesowi Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów tych kosztów w terminie 14 dni od daty uprawomocnienia się niniejszej decyzji.

Uzasadnienie

- (1) Postępowanie antymonopolowe w sprawie, której dotyczy niniejsza decyzja, zostało wszczęte na podstawie informacji uzyskanych w przeprowadzonym przez Prezesa Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów (dalej także jako: „Prezes Urzędu”, „organ antymonopolowy”) postępowaniu wyjaśniającym (sygn. akt: DOK1-400-9/12/MF), mającym na celu wstępne ustalenie, czy w zakresie postępowań o udzielenie zamówień publicznych na dostawy odzieży nastąpiło naruszenie przepisów ustawy z dnia 16 lutego 2007 r. *o ochronie konkurencji i konsumentów* (Dz. U. Nr 50, poz. 331 ze zm., dalej także jako: u.o.k.k.) uzasadniające wszczęcie postępowania antymonopolowego.

- (2) Analiza dokumentów pozyskanych przez Prezesa Urzędu w toku postępowania wyjaśniającego wykazała, że między „Agrotur” Sp. z o.o. z siedzibą w Pabianicach (dalej jako: Agrotur), „Marko” Sp. z o.o. z siedzibą Borkowicach (dalej jako: Marko) oraz „Texpol” Zakład Pracy Chronionej Sp. z o.o. z siedzibą w Dłutowie (dalej jako: Texpol) mogło dojść do zawarcia porozumienia mogącego naruszać przepisy ustawy *o ochronie konkurencji i konsumentów*.
- (3) W związku z powyższym, postanowieniem z dnia 30 grudnia 2013 r., Prezes Urzędu wszczął postępowanie antymonopolowe przeciwko Agrotur, Marko oraz Texpol w sprawie zawarcia porozumienia ograniczającego konkurencję na krajowym rynku dostawy przedmiotów zaopatrzenia mundurowego, polegającego na uzgadnianiu przez ww. przedsiębiorców przystępujących do przetargów na dostawę przedmiotów zaopatrzenia mundurowego warunków składanych ofert, co może naruszać art. 6 ust. 1 pkt 7 ustawy *o ochronie konkurencji i konsumentów*.
- (4) Pismem z 28 listopada 2014 r. strony niniejszego postępowania zostały poinformowane o zakończeniu zbierania przez Prezesa Urzędu materiału dowodowego i o możliwości zapoznania się z materiałem zgromadzonym w aktach sprawy. Spółka Texpol skorzystała z uprawnienia do zapoznania się ze zgromadzonym w trakcie postępowania materiałem dowodowym. Pismami z 11, 12 i 15 grudnia 2014 r. kolejno Texpol, Agrotur i Marko przedstawili ostateczne stanowisko w sprawie.
- (5) W tym miejscu należy zauważyć, że część informacji i dokumentów, w oparciu o które Prezes UOKiK wydał niniejszą decyzję, stanowią prawnie chronione tajemnice, które nie mogą być ujawniane do wiadomości publicznej. Wobec powyższego Prezes UOKiK uznał, że w treści jawnej wersji decyzji administracyjnej nie powinny być ujawnione tego rodzaju informacje. Sprzeciwia się temu w szczególności art. 71 ust. 1 u.o.k.k., zgodnie z którym pracownicy Urzędu są obowiązani do ochrony tajemnicy przedsiębiorstwa, jak również innych informacji, podlegających ochronie na podstawie odrębnych przepisów, o których powzięli wiadomość w toku postępowania. Wobec powyższego tego rodzaju informacje, które dla adresatów decyzji pozostają jawne, w publicznie dostępnej treści decyzji zostały ujęte w nawias kwadratowy, oznaczone: **[informacja utajniona]** i pozostaną niewidoczne.

**Prezes Urzędu na podstawie zebranego materiału dowodowego ustalił,
co następuje**

I. Strony postępowania

- (6) **Agrotur** jest spółką z ograniczoną odpowiedzialnością wpisaną do rejestru przedsiębiorców prowadzonego przez Sąd Rejonowy dla Łodzi-Śródmieścia w Łodzi pod numerem KRS 0000234427. Spółka powstała w 2005 r. Przedmiot działalności Agrotur jest związany z wynajmem i zarządzaniem nieruchomościami własnymi. Spółka świadczy także usługi związane z dostawami przedmiotów zaopatrzenia mundurowego, w tym zakresie od 2007 r. bierze udział w postępowaniach o udzielenie zamówień publicznych.

Dowód: odpis KRS, k. 63 i n., pismo Agrotur z 30 września 2014 r., k. 1188 i n.

- (7) **Marko** jest spółką z ograniczoną odpowiedzialnością wpisaną do rejestru przedsiębiorców prowadzonego przez Sąd Rejonowy dla Łodzi-Śródmieścia w Łodzi pod numerem KRS 0000120437. Spółka powstała w 2002 r. Głównym przedmiotem działalności Marko jest produkcja i obrót wyrobami włókienniczymi (włókninami, dzianinami, tkaninami, przędzami, nićmi) oraz bielizną. W postępowaniach o udzielenie zamówień publicznych spółka bierze udział od 1999 r.

Dowód: odpis KRS, k.42 i n., pismo Marko doręczone do Urzędu 1 października 2014 r., k. 1177 i n.

- (8) **Texpol** jest spółką z ograniczoną odpowiedzialnością wpisaną do rejestru przedsiębiorców prowadzonego przez Sąd Rejonowy dla Łodzi-Śródmieścia w Łodzi pod numerem KRS 0000102146. Spółka powstała w 2002 r. Podstawowym przedmiotem działalności Texpol jest produkcja wyrobów tekstylnych ze szczególnym uwzględnieniem bielizny, wyrobów z dzianin i pozostałych tkanin. W zakresie zaopatrzenia mundurowego Texpol produkuje i sprzedaje bieliznę i ręczniki przeznaczone dla służb mundurowych.

Dowód: odpis KRS, k.21 i n., pismo Texpol doręczone do Urzędu 1 października 2014 r., k. 1149 i n.

- (9) Strony niniejszego postępowania antymonopolowego wskazały, że nie są powiązane z żadnymi przedsiębiorcami prawnie, osobowo i organizacyjnie. Między Agrotur, Marko i Texpol występują powiązania rodzinne. Wspólnikami Agrotur są p. [informacja utajniona], która posiada 946 udziałów i p. [informacja utajniona], który posiada 2 udziały. Pan [informacja utajniona] jest także większościovym

udziałowcem spółki Marko, w której posiada 151 udziałów. Pozostałe 2 udziały w Marko posiada także Pani [informacja utajniona]. Z kolei Dyrektorem Zarządzającym Texpol jest Pani [informacja utajniona]. Zgodnie z informacjami przekazanymi przez spółki Pani [informacja utajniona] jest matką [informacja utajniona], osoby te są zameldowane pod tym samym adresem. Poza tym między stronami niniejszego postępowania występują powiązania gospodarcze polegające na współpracy w zakresie produkcji wyrobów tekstylnych, zaopatrywania w surowce do produkcji, sprzedaży gotowych wyrobów, świadczenia usług: pakowania, oznakowania wyrobów i przygotowania ich do wysyłki. Marko i Agrotur świadczą na rzecz Texpol usługi konfekcjonowania, kontroli jakości oraz pakowania produktów. Spółki, w ramach podwykonawstwa, wielokrotnie współpracowały przy realizacji zamówień publicznych na dostawy przedmiotów zaopatrzenia mundurowego.

Dowód: pismo Agrotur z 30 września 2014 r., k. 1190., pismo Marko doręczone do Urzędu 1 października 2014 r., k. 1182, pismo Texpol doręczone do Urzędu 1 października 2014 r., k. 1158 i n., pismo Agrotur z 13 listopada 2013 r., k. 156 i n., pismo Marko doręczone do Urzędu 17 listopada 2014 r., k. 1545 i n., pismo Texpol doręczone do Urzędu 17 listopada 2014 r., k. 1504 i n.

II. Rynek dostawy przedmiotów zaopatrzenia mundurowego

- (10) Porozumienie rozpatrywane w niniejszej sprawie dotyczy postępowań o udzielenie zamówienia publicznego na dostawy przedmiotów zaopatrzenia mundurowego, takich jak bielizna i ręczniki, które są produkowane przez strony niniejszego postępowania. W zakresie przedmiotów zaopatrzenia mundurowego dla wojska postępowania o zamówienia publiczne organizowane były zgodnie z wykazem opracowanym na podstawie „Planu zakupów środków materiałowych na 2011 r.” zatwierdzonym przez Ministra Obrony Narodowej w marcu 2011 r.
- (11) Do 31 marca 2011 r. realizatorem zakupów środków materiałowych dla wojska, w tym przedmiotów zaopatrzenia mundurowego, była Agencja Mienia Wojskowego w Warszawie (dalej także: „AMW”). Następnie, decyzją z dnia 29 marca 2011 r. nr 98/MON, Minister Obrony Narodowej począwszy od 1 kwietnia 2011 r. jako realizatora przedmiotowych zakupów wyznaczył Inspektorat Wsparcia Sił Zbrojnych, który następnie jako właściwą do tych czynności wskazał Jednostkę Wojskową nr 4226 w Warszawie (dalej także: „Jednostka Wojskowa 4226” oraz „JW 4226”).

Dowód: pismo AMW z 3 grudnia 2012 r., k. 83 i n.

- (12) Przedmioty zaopatrzenia mundurowego muszą spełniać wymagania ściśle określone w Wojskowej Dokumentacji Techniczno-Technologicznej oraz być zgodne z aktualnym wzorem danych przedmiotów dostępnym w Wojskowym Ośrodku Badawczo Wdrożeniowym Służby Mundurowej. Materiały przeznaczone do produkcji przedmiotów zaopatrzenia mundurowego są badane pod kątem spełnienia wymogów jakościowych określonych przez zamawiającego. Poza tym, każda partia dostarczanych przedmiotów zaopatrzenia mundurowego podlega nadzorowi jakości i musi zostać zgłoszona do odbioru wojskowego.

Dowód: pismo Texpol doręczone do Urzędu 1 października 2014 r., k. 1155 i n.

- (13) Rynek dostawy przedmiotów zaopatrzenia mundurowego jest rynkiem konkurencyjnym. Wskazać należy w pierwszej kolejności, że działa na nim od strony podażowej wielu przedsiębiorców, co wynika przede wszystkim z faktu, że bariery wejścia na ten rynek są niewielkie. O intensywnej konkurencyjności tego rynku świadczy również znaczna liczba ofert wpływających w poszczególnych przetargach organizowanych przez zamawiających¹. Liczba ta przekracza średnią liczbę ofert wpływających w przetargach, która od 2007 r. kształtuje się na poziomie 2,41-2,96 dla postępowań ogłaszanych w Biuletynie Zamówień Publicznych i 2,36-2,55 dla postępowań powyżej progów unijnych ogłaszanych w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej².

Dowód: Pismo AMW z 3 grudnia 2012 r., k. 84 i n. wraz z załącznikiem: zestawienie danych dotyczących postępowań o udzielenia zamówienia publicznego, k. 90 i n., załącznik do pisma JW 4226 z 3 grudnia 2012 r.,: zestawienie postępowań, k. 129 i n., pismo Texpol doręczone do Urzędu 1 października 2014 r., k. 1153 i n.

III. Opis wybranych postępowań przetargowych, w których uczestniczyły Agrotur, Marko oraz Texpol

- (14) Agrotur w okresie od 1 stycznia 2011 r. do 30 czerwca 2014 r. startował w 6 postępowaniach o udzielenie zamówień publicznych organizowanych przez Agencję Mienia Wojskowego oraz Jednostkę Wojskową 4226, w ramach których złożył oferty na realizację 11 zadań. W ramach tych zadań oferta Agrotur trzykrotnie była najkorzystniejszą. W dwóch przypadkach oferta Agrotur została odrzucona, ze

¹ Z zestawień dotyczących postępowań o udzielenie zamówienia publicznego przekazanych Prezesowi Urzędu przez AMW oraz JW 4226 wynika, że zazwyczaj oferty udziału w tych postępowaniach składa co najmniej 3.

² Raport: System zamówień publicznych a rozwój konkurencji w gospodarce, UOKiK, Warszawa 2013, s. 41.

względu na niedopełnienie wymogów formalnych oraz nieudzielenie wyjaśnień w zakresie elementów mających wpływ na wysokość zaoferowanej ceny, w trzecim przypadku natomiast spółka odstąpiła od podpisania umowy, jednak przy jego realizacji świadczyła usługę podwykonawstwa na rzecz Texpol. Poza tym, oferta Agrotur dwukrotnie została uznana za najkorzystniejszą po wykluczeniu innego wykonawcy (Texpol). Przy ich realizacji skorzystała z usług podwykonawstwa Texpol.

Dowód: Pismo Agrotur z 30 września 2014 r., k. 1190 i n., załączniki do pisma JW 4226 z 3 grudnia 2012 r. zestawienie ofert, k. 156, zestawienie ofert, k. 168 i n., pismo JW 4226 z 7 lutego 2014 r., k. 245 i n. wraz z załącznikami: zestawienie ofert, 884, zbiorcze zestawienie ofert, k. 313, zbiorcze zestawienie ofert, k. 488, zbiorcze zestawienie ofert, k. 973 i n.

- (15) Marko w okresie od 1 stycznia 2011 r. do 30 czerwca 2014 r. startował w 6 postępowaniach o udzielenie zamówień publicznych organizowanych przez Agencję Mienia Wojskowego oraz Jednostkę Wojskową 4226, w ramach których złożył oferty na realizację 11 zadań. Trzykrotnie oferta Marko została uznana za najkorzystniejszą po wykluczeniu innego wykonawcy, spółka nie zawarła jednak żadnej umowy, w dwóch przypadkach było to związane z unieważnieniem wyboru najkorzystniejszej oferty przez zamawiającego. Trzeci przypadek był związany natomiast z brakiem informacji o terminie zawarcia umowy. Marko dwukrotnie świadczył usługę podwykonawstwa przy realizacji tych zamówień przez pozostałe strony niniejszego postępowania.

Dowód: Załącznik nr 1 (na płycie CD) do pisma Marko doręczonego do Urzędu 1 października 2014 r., k. 1176., załączniki do pisma JW 4226 z 3 grudnia 2012 r. zestawienie ofert, k. 156, zestawienie ofert, k. 168 i n., pismo JW 4226 z 7 lutego 2014 r., k. 245 i n. wraz z załącznikami: zestawienie ofert, 884, zbiorcze zestawienie ofert, .k. 313, zbiorcze zestawienie ofert, k. 488, zbiorcze zestawienie ofert, k. 973 i n.

- (16) Texpol w okresie od 1 stycznia 2011 r. do 30 czerwca 2014 r. startował w 9 postępowaniach o udzielenie zamówień publicznych organizowanych przez Agencję Mienia Wojskowego oraz Jednostkę Wojskową 4226, w ramach których złożył oferty na realizację 25 zadań. W ramach tych zadań oferta Texpol pięciokrotnie była najkorzystniejsza. W trzech przypadkach Texpol został wykluczony, ze względu na niedopełnienie wymogów formalnych, w dwóch kolejnych przypadkach natomiast spółka odstąpiła od podpisania umowy. Poza tym, oferta Texpol dwukrotnie została uznana za najkorzystniejszą po wykluczeniu innych wykonawców – stron niniejszego

postępowania antymonopolowego. Przy realizacji jednego z nich spółka skorzystała z usług podwykonawstwa Agrotur i Marko.

Dowód: Załącznik nr 2 (na płycie CD) do pisma Texpol doręzonego do Urzędu 1 października 2014 r., k. 1149., załączniki do pisma JW 4226 z 3 grudnia 2012 r. zestawienie ofert, k. 156, zestawienie ofert, k. 168 i n., pismo JW 4226 z 7 lutego 2014 r., k. 245 i n. wraz z załącznikami: zestawienie ofert, 884, zbiorcze zestawienie ofert, .k. 313, zbiorcze zestawienie ofert, k. 488, zbiorcze zestawienie ofert, k. 973 i n.

- (17) Strony niniejszego postępowania antymonopolowego złożyły odrębne oferty w zakresie tych samych 11 zadań będących częściami 6 postępowań o udzielenie zamówienia publicznego organizowanych przez AMW i JW 4226.

Dowód: Załącznik nr 2 (na płycie CD) do pisma Texpol doręzonego do Urzędu 1 października 2014 r., k. 1149, załącznik nr 1 (na płycie CD) do pisma Marko doręzonego do Urzędu 1 października 2014 r., k. 1176, Pismo Agrotur z 30 września 2014 r., k. 1190 i n., załączniki do pisma JW 4226 z 3 grudnia 2012 r. zestawienie ofert, k. 156, zestawienie ofert, k. 168 i n., pismo JW 4226 z 7 lutego 2014 r., k. 245 i n. wraz z załącznikami: zestawienie ofert, 884, zbiorcze zestawienie ofert, .k. 313, zbiorcze zestawienie ofert, k. 488, zbiorcze zestawienie ofert, k. 973 i n.

- (18) Poniżej przedstawiony został przebieg wybranych postępowań o udzielenie zamówień publicznych zorganizowanych przez Agencję Mienia Wojskowego oraz Jednostkę Wojskową 4226, w których Agrotur, Marko oraz Texpol uczestniczyli z osobnymi ofertami, a jednocześnie w których – według ustaleń Prezesa Urzędu – ujawniła się między nimi współpraca podlegająca ocenie w aspekcie art. 6 ust. 1 pkt 7 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów.

Postępowanie przetargowe nr 93/M/MON/ZZŚM/PN/ZO/2011, części nr 1, 2 i 5

- (19) Wskazane postępowanie przetargowe zostało ogłoszone 30 sierpnia 2011 r. przez Agencję Mienia Wojskowego, informacja o nim została opublikowana w suplemencie Dziennika Urzędowego Unii Europejskiej 31 sierpnia 2011 r., pod numerem 2011/S 166-274542.

Dowód: Załącznik do pisma AMW z 3 grudnia 2012 r.: zestawienie danych dotyczących postępowań o zamówienie publiczne, k. 125 v., załączniki do pismo JW 4226 z 3 grudnia 2012 r.: zestawienie postępowań na zakup przedmiotów zaopatrzenia mundurowego, k. 142.

- (20) Postępowanie to składało się z 8 części, strony niniejszego postępowania złożyły swoje oferty w częściach nr 1 (bielizna letnia pilota – 2 500 kompletów), 2 (bielizna zimowa pilota – 2 500 kompletów) i 5 (kalesony pilota zimowe – 1 700 sztuk). We wszystkich trzech częściach Agrotur, Marko i Texpol byli jedynymi oferentami.

UCZESTNICZY	CENA w PLN (brutto)
Część zamówienia nr 1	
ZPCh Texpol Sp. z o.o.	180 000,00
Agrotur Sp. z o.o.	232 250,00
Marko Sp. z o.o.	234 750,00
Część zamówienia nr 2	
ZPCh Texpol Sp. z o.o.	139 750,00
Agrotur Sp. z o.o.	190 500,00
Marko Sp. z o.o.	208 000,00
Część zamówienia nr 5	
ZPCh Texpol Sp. z o.o.	47 515,00
Agrotur Sp. z o.o.	64 770,00
Marko Sp. z o.o.	71 400,00

Jedynym kryterium wyboru ofert była najniższa cena. Kwota przeznaczona przez zamawiającego na zrealizowanie ww. zamówienia w części nr 1 wynosiła 198 650,00 zł brutto, w części nr 2 – 168 375,00 zł brutto, natomiast w części nr 5 – 41 310,00 zł brutto. Zamawiający ujawnił ww. kwoty bezpośrednio przed otwarciem ofert, 7 października 2011 r.

Dowód: Załącznik do pisma AMW z 3grudnia 2012 r.: zestawienie danych dotyczących postępowań o zamówienie publiczne, k. 125 v., załącznik do pismo JW 4226 z 3 grudnia 2012 r.: zestawienie ofert, k. 150 i n., załączniki do pisma JW 4226 z 7 lutego 2014 r.: SIWZ, k. 652 i n., oferta Marko, k. 755 i n., oferta Agrotur 769 i n., oferta Texpol, k. 783 i n., zestawienie ofert, 884.

- (21) We wszystkich trzech częściach omawianego zamówienia najkorzystniejsza oferta należała do Texpol. Przedsiębiorca ten został jednak wykluczony z każdej z części postępowania o udzielenie zamówienia ze względu na nieprzedłożenie aktualnej (wystawionej nie wcześniej niż 6 miesięcy przed upływem terminu składania ofert) informacji z Krajowego Rejestru Karnego, do przedłożenia której był zobowiązany zgodnie ze Specyfikacją Istotnych Warunków Zamówienia (dalej: SIWZ). AMW, pismem z 13 października 2011 r., wezwała Texpol do uzupełnienia brakującego dokumentu oraz poinformowała, że dokument ten powinien potwierdzić spełnienie warunku udziału w postępowaniu nie później niż w dniu, w którym upłynął termin składania ofert. Mimo wezwania Texpol nie uzupełnił braków w wymaganym terminie, w wyniku czego AMW zatrzymała wniesione przez spółkę wadium dla części zamówienia nr 1, 2 i 5 w łącznej wysokości 8 350,00 zł (część nr 1 – 4 000,00 zł, część nr 2 – 3 500,00 zł,

część nr 5 – 850,00 zł). W ramach części 1 i 2 zamówienia publicznego kolejne najkorzystniejsze pod względem ceny oferty należały do Agrotur, z którym 8 listopada 2011 r., zamawiający zawarł umowy. W ramach części nr 5 przedmiotowego postępowania, po wykluczeniu Texpol, AMW unieważniła tę część zamówienia, ponieważ cena następnej w kolejności najkorzystniejszej oferty, którą również była oferta Agrotur - przewyższała kwotę, którą zamawiający zamierzał przeznaczyć na jego sfinansowanie.

- (22) Jednocześnie należy wskazać, że wszystkie trzy oferty złożone przez strony niniejszego postępowania w omawianych trzech częściach zamówienia publicznego zostały wypełnione co najmniej bardzo podobnym charakterem pisma.

Dowód: Załącznik do pisma JW 4226 z 3 grudnia 2012 r.: informacja o wyborze najkorzystniejszej oferty z 24 października 2011 r., k. 152 i n.; pismo JW 4226 z 7 lutego 2014 r., k. 245 i n. wraz z załącznikami: SIWZ, k. 652 i n., oferta Marko, k. 755 i n., oferta Agrotur 769 i n., oferta Texpol, k. 783 i n., pismo AMW z 13 października 2011 r., k. 803 i n. i 808 i n., k. 815 i n., pismo Marko z 14 października 2011 r., k. 813 i n., pismo Agrotur z 14 października 2011 r., k. 819, informacja o wyborze najkorzystniejszej oferty z 24 października 2011 r., k. 830 i n., 835 i n., pismo AMW z 26 października 2011 r., k.840, protokół postępowania, k. 873 i n., umowa z 8 listopada 2011 r., k. 890 i n.

- (23) Dnia 8 listopada 2011 r. JW 4226 podpisała z Agrotur umowę na realizację przedmiotowego zamówienia publicznego, części nr 1 i 2. Zgodnie z informacjami przekazanymi przez strony niniejszego postępowania, Texpol świadczył Agrotur usługę podwykonawstwa w zakresie wykonania finalnego wyrobu wraz z odbiorem kontroli jakości oraz z dostawą pod wskazany adres. Z faktur wystawionych przez Texpol wynika, że dostarczył on Agrotur 2505 kompletów bielizny letniej pilota oraz 2505 kompletów bielizny zimowej pilota o łącznej wartości 306 512,28 zł brutto. Zgodnie z informacjami przekazanymi przez Marko, w związku z realizacją omawianego zamówienia, spółka ta sprzedała Texpol 1205 kompletów bielizny letniej pilota oraz 1205 kompletów bielizny zimowej pilota za 144 479,98 zł brutto.

Dowód: Załącznik do pisma JW 4226 z 7 lutego 2014 r., k. 245 i n.: umowa z 8 listopada 2011, k. 890 i n., pismo Agrotur z 30 września 2014 r., k. 1190, pismo Texpol doręczone do Urzędu 17 listopada 2014 r., k. 1504 i n. wraz z załącznikami: faktura VAT, k. 1518, faktura VAT, k. 1519, pismo Agrotur z 13 listopada 2014 r. k. 1526 i n. wraz z załącznikami: faktura VAT, k. 1529, faktura VAT, k. 1530, pismo Marko doręczone do Urzędu 17 listopada 2014 r., k. 1548 wraz z załącznikiem: faktura VAT, k. 1554.

Postępowanie przetargowe D/39/03/2012 zadanie nr 4

- (24) Kolejnym postępowaniem o udzielenie zamówienia publicznego na dostawę przedmiotów zaopatrzenia mundurowego, w którym wzięły udział strony niniejszego postępowania antymonopolowego był przetarg ogłoszony 20 marca 2012 r. przez Jednostkę Wojskową nr 4226 nr ref. D/39/03/2012. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w suplemencie Dziennika Urzędowego Unii Europejskiej 20 marca 2012 r. pod numerem 2012/S 55-089663. Przedmiotowe zamówienie składało się z 7 zadań, w ramach których strony niniejszego postępowania antymonopolowego złożyły swoje oferty m.in. w zakresie zadania nr 4.

Dowód: Pismo JW 4226 z 3 grudnia 2012 r., k. 127 wraz z załącznikiem: zestawienie postępowań, k. 145, pismo JW 4226 z 7 lutego 2014 r. k. 245 i n. wraz z załącznikami: ogłoszenie o zamówieniu, k. 279 i n.

- (25) Przedmiotowe postępowanie przetargowe dotyczyło ręczników kąpielowych (45 032 sztuki), swoje oferty złożyło czterech oferentów.

UCZESTNICY	CENA w PLN (brutto)
Agrotur Sp. z o.o.	643 070,47
ZPCh Texpol Sp. z o.o.	719 507,79
Marko Sp. z o.o.	851 334,46
PHU „CHEMAN” Anna Rogozińska	917 247,80

Jedynym kryterium wyboru ofert była najniższa cena. Kwota przeznaczona przez zamawiającego na zrealizowanie zamówienia wynosiła 666 334,00 zł brutto. Zamawiający ujawnił wartość środków jakie przeznaczył na realizację ww. zamówień bezpośrednio przed otwarciem ofert 7 maja 2012 r.

Dowód: Pismo JW 4226 z 3 grudnia 2012 r., k. 127 wraz z załącznikami: zbiorcze zestawienie ofert, k. 161 i n., pismo JW 4226 z 7 lutego 2014 r., k. 245 i n. wraz z załącznikami: SIWZ, k. 286, protokół nr 2 z posiedzenia komisji, k. 310 i n., zbiorcze zestawienie ofert, .k. 313.

- (26) Trzy najkorzystniejsze pod względem ceny oferty należały kolejno do: Agrotur, Texpol oraz Marko. Pismem z 1 czerwca 2012 r. JW 4226 przekazała informację o wynikach ww. postępowania. Pismem z 13 czerwca 2012 r. Agrotur wycofała się z podpisania umowy wskazując na zmienne czynniki ekonomiczne, w tym rosnący kurs waluty obcej, w której to spółka zakupuje surowce niezbędne do wykonania zamówienia. Agrotur wskazała, że obecna kalkulacja uniemożliwia jej należyte i korzystne dla obu stron zrealizowanie zamówienia. W związku z powyższym, zamawiający zatrzymał wniesione przez tę spółkę wadium w wysokości 16 000,00 zł.

W dniu 29 czerwca 2012 r. JW 4226 dokonała wyboru oferty Texpol jako kolejnej najkorzystniejszej. Spółka ta 31 lipca 2012 r. podpisała umowę na realizację przedmiotowego zamówienia. Spółka korzystała z usług podwykonawstwa Marko w zakresie snucia przędzy oraz Agrotur w zakresie składania i klasyfikacji towarów. Marko za wykonanie ww. usługi otrzymał wynagrodzenie w wysokości 32 786,88 zł brutto, natomiast Agrotur 180 219,60 zł brutto.

Dowód: Pismo JW 4226 z 3 grudnia 2012 r., k. 127 wraz z załącznikami: informacja o wynikach postępowania z 1 czerwca 2012 r., k. 164 i n., informacja dodatkowa z 29 czerwca 2012 r., k. 167, pismo JW 4226 z 7 lutego 2014 r., k. 245 i n. wraz z załącznikami: protokół nr 2 z posiedzenia komisji, k. 310 i n., informacja o wynikach postępowania z 1 czerwca 2012 r., k. 397 i n., pismo Agrotur z 13 czerwca 2011 r., k. 400, pismo Agrotur z 20 listopada 2014 r., k. 1570, pismo JW 4226 z 21 listopada 2014 r. k. 1576 i n., informacja dodatkowa z 29 czerwca 2012 r., k. 401, umowa z 31 lipca 2012 r., k. 433 i n., pismo Texpol doręczone do Urzędu 17 listopada 2014 r., k. 1505 wraz z załącznikami: faktury VAT, k. 1510-1515, pismo Agrotur z 13 listopada 2014 r. k. 1527 wraz z załącznikami: faktury VAT, k. 1533-1537, pismo Marko doręczon do Urzędu 17 listopada 2014 r., k. 1548 wraz z załącznikiem: faktura VAT, k. 1551.

- (27) Analiza ofert złożonych przez Agrotur, Marko i Texpol w toku omawianego zamówienia publicznego wykazała, że wszystkie zostały wypełnione, co najmniej bardzo podobnym charakterem pisma. Poza tym załączone do ww. ofert gwarancje wadialne dla wszystkich trzech wykonawców zostały wystawione 25 kwietnia 2012 r. przez Powszechny Zakład Ubezpieczeń S.A. z siedzibą w Warszawie (dalej: PZU S.A.) i są oznaczone kolejnymi numerami: Gwo/450/2012-071-24-05 – gwarancja Texpol, Gwo/451/2012-071-24-05 – gwarancja Agrotur, Gwo/452/2012-071-24-05 – gwarancja Marko. Należy także zaznaczyć, że strony niniejszego postępowania antymonopolowego wystawiały sobie wzajemne referencje, również załączone do ww. ofert. Spółka Agrotur wystawiła referencje dotyczące wcześniejszej współpracy spółce Texpol i Marko. Ponadto Marko otrzymało referencje od spółki Texpol.

Dowód: Załączniki do pisma JW 4226 z 7 lutego 2014 r., k. 245 i n. wraz z załącznikami: oferta Texpol, k. 317 i n., gwarancja ubezpieczeniowa, k. 334, list referencyjny, k. 324, oferta Agrotur, k. 338 i n., gwarancja ubezpieczeniowa 356, oferta Marko, k. 361 i n., gwarancja ubezpieczeniowa, k. 380, referencje, k. 368, list referencyjny, k. 369.

- (28) Nie bez znaczenia pozostaje także fakt, że wszystkie 3 oferty złożone przez strony niniejszego postępowania nie zawierały dokumentów wymaganych przez zamawiającego. Agrotur nie przedstawił aktualnego zaświadczenia właściwego naczelnika urzędu skarbowego potwierdzającego, że nie zalega z opłacaniem

podatków, lub zaświadczenia, że uzyskał przewidziane prawem zwolnienie, odroczenie lub rozłożenie na raty zaległych płatności lub wstrzymanie w całości wykonania decyzji właściwego organu – wystawionego nie wcześniej niż 3 miesiące przed upływem terminu składania ofert. Texpol nie przedstawił aktualnego zaświadczenia Zakładu Ubezpieczeń Społecznych lub Kasy Rolniczego Ubezpieczenia Społecznego (dalej: ZUS/KRUS), potwierdzającego, że nie zalega z opłacaniem składek na ubezpieczenie zdrowotne i społeczne, lub potwierdzenia, że uzyskał przewidziane prawem zwolnienie, odroczenie lub rozłożenie na raty zaległych płatności lub wstrzymanie w całości wykonania decyzji właściwego organu – wystawionego nie wcześniej niż 3 miesiące przed upływem terminu składania ofert. Z kolei Marko nie przedstawił aktualnej informacji z Krajowego Rejestru Karnego, wystawionej nie wcześniej niż 6 miesięcy przed upływem terminu składania ofert. Pismem z 22 maja 2012 r. JW 4226 wezwała strony postępowania do uzupełnienia ww. dokumentów w terminie do 24 maja 2012 r. Wszystkie spółki uzupełniły ww. braki w terminie.

Dowód: Załączniki do pisma JW 4226 z 7 lutego 2014 r., k. 245 i n.: wezwania do uzupełnienia dokumentów z 22 maja 2012 r., k. 382 i n., pismo Agrotur z 22 maja 2012 r., k. 391 i n., pismo Marko z 22 maja 2012 r., k. 393 i n., pismo Texpol z 22 maja 2012 r., k. 395 i n.

Postępowanie przetargowe nr D/155/06/2012, zadanie nr 6

- (29) Kolejnym postępowaniem o udzielenie zamówienia publicznego na dostawę przedmiotów zaopatrzenia mundurowego, w którym wzięły udział strony niniejszego postępowania antymonopolowego był przetarg ogłoszony 20 lipca 2012 r. przez Jednostkę Wojskową nr 4226, nr ref. nr D/155/06/2012. Przedmiotowe zamówienie składało się z 7 zadań, w ramach których strony niniejszego postępowania antymonopolowego wzięły udział w zadaniu nr 6.

Dowód: Pismo JW 4226 z 3 grudnia 2012 r., k. 127 wraz z załącznikami: zestawienie postępowań, k. 149, zbiorcze zestawienie ofert, k. 168 i n.

- (30) Przedmiotowe postępowanie przetargowe dotyczyło ręczników frotte (30 832 sztuki), swoje oferty złożyły trzy strony niniejszego postępowania antymonopolowego.

UCZESTNICZY	CENA w PLN (brutto)
Agrotur Sp. z o.o.	178 998,26
Marko Sp. z o.o.	196 822,24
ZPCh Texpol Sp. z o.o.	234 745,60

Jedynym kryterium wyboru ofert była najniższa cena. Kwota przeznaczona przez zamawiającego na zrealizowanie zamówienia wynosiła 129 318,66 zł brutto. Zamawiający ujawnił wartość środków jakie przeznaczył na realizację ww. zamówień bezpośrednio przed otwarciem ofert 5 września 2012 r.

Dowód: Załączniki do pisma JW 4226 z 3 grudnia 2012 r.: zbiorcze zestawienie ofert, k. 168 i n., informacja o wynikach postępowania, k. 170 i n., załączniki do pisma CBA z 7 listopada 2014 r.: oferta Marko, k. 1366 i n., oferta Texpol, k. 1387 i n., oferta Agrotur, k. 1408 i n., zbiorcze zestawienie ofert, k. 1429, informacja z otwarcia ofert z 5 września 2012 r., k. 1433 i n., protokół postępowania, k. 1476 i n.

- (31) Najkorzystniejszą ofertę złożył Agrotur. Wraz z ofertą spółka nie złożyła jednak aktualnego zaświadczenia Zakładu Ubezpieczeń Społecznych lub Kasy Rolniczego Ubezpieczenia Społecznego, potwierdzającego, że nie zalega z opłacaniem składek na ubezpieczenia zdrowotne i społeczne, lub potwierdzenia, że uzyskała przewidziane prawem zwolnienie, odroczenie lub rozłożenie na raty zaległych płatności lub wstrzymanie w całości wykonania decyzji właściwego organu, wystawionego nie wcześniej niż 3 miesiące przed upływem terminu składania ofert, spółka nie potwierdziła także warunku spełnienia posiadania wiedzy i doświadczenia. Również Texpol wraz z ofertą nie przedłożył ww. zaświadczenia ZUS/KRUS. Z kolei Marko nie złożył aktualnego zaświadczenia właściwego naczelnika urzędu skarbowego potwierdzającego, że nie zalega z opłacaniem podatków, lub zaświadczenia, że uzyskał przewidziane prawem zwolnienie, odroczenie lub rozłożenie na raty zaległych płatności lub wstrzymanie w całości wykonania decyzji właściwego organu, wystawionego nie wcześniej niż 3 miesiące przed upływem terminu składania ofert. JW 4226 19 września 2012 r. wezwała wszystkich trzech wykonawców do uzupełnienia ww. braków w terminie do 24 września 2012 r. Jednak swoją ofertę uzupełnił jedynie Texpol. W konsekwencji Agrotur i Marko zostali wykluczeni, a ich oferty odrzucone. Zamawiający zatrzymał wadium w wysokości 3 800,00 zł wpłacone przez każdą z tych spółek. Wobec powyższych okoliczności za najkorzystniejszą

uznano ofertę Texpol, z którym 5 listopada 2012 r. zawarto umowę na realizację przedmiotowego zamówienia. Zgodnie z informacjami przekazanymi przez strony niniejszego postępowania, mimo wcześniejszych zapewnień, Texpol nie korzystał z usług podwykonawstwa przy realizacji tego zamówienia.

Dowód: Załączniki do pisma JW 4226 z 3 grudnia 2012 r.: zestawienie ofert, k. 168 i n., informacja o wynikach postępowania, k. 170 i n., załączniki do pisma CBA z 7 listopada 2014 r.: oferta Marko, k. 1366 i n., oferta Texpol, k. 1387 i n., oferta Agrotur, k. 1408 i n., pismo JW 4226 z 19 września 2012r., k. 1438 i n., pismo JW 4226 z 19 września 2012 r., k. 1440 i n., pismo JW 4226 z 19 września 2012r., k. 1442 i n., pismo Texpol z 20 września 2012 r., k. 1444 i n., informacja o wynikach postępowania z 15 października 2012 r., k. 1447 i n., protokół postępowania, k. 1484 i n., pismo Texpol doręczone do Urzędu 17 listopada 2014 r., k. 1505, pismo Marko doręczone do Urzędu 17 listopada 2014 r., k. 1548.

- (32) Analiza ofert złożonych w toku przedmiotowego postępowania przez Agrotur, Marko i Texpol wykazała, że zostały one wypełnione co najmniej bardzo podobnym charakterem pisma. Poza tym, gwarancje wadialne załączone do tych ofert zostały wystawione 30 sierpnia przez PZU S.A. i są oznaczone kolejnymi numerami: Gwo/800/2012/071-24-05 – Texpol, Gwo/801/2012/071-24-05 – Marko i Gwo/802/2012/071-24-05 – Agrotur.

Dowód: Załączniki do pisma CBA z 7 listopada 2014 r.: oferta Marko, k. 1366 i n., gwarancja ubezpieczeniowa, k. 1384, oferta Texpol, k. 1387 i n., gwarancja ubezpieczeniowa, k. 1405, oferta Agrotur, k. 1408 i n., gwarancja ubezpieczeniowa, k. 1427.

- (33) Prezes Urzędu ustalił także, że zarówno Agrotur jak i Marko dysponowali w tym czasie ww. dokumentami potwierdzającymi spełnienie warunków udziału w postępowaniu, gdyż złożyli je w innych postępowaniach przetargowych ogłoszonych przez JW 4226. W postępowaniu nr D/39/03/2012 Agrotur przedstawił zaświadczenie o zrealizowaniu dostaw ręczników frotte, potwierdzające posiadanie wymaganej wiedzy i doświadczenia, z kolei w postępowaniu nr D/176/07/2012 Agrotur złożył odpowiednie zaświadczenia Zakładu Ubezpieczeń Społecznych, a Marko właściwego naczelnika urzędu skarbowego.

Dowód: Załączniki do pisma CBA z 7 listopada 2014 r.: pismo JW 4226 z 15 października 2012 r., k. 1456, pismo JW 4226 z 15 października 2012 r., k. 1457, zaświadczenie AMW, k. 345 i n., zaświadczenie Naczelnika Urzędu Skarbowego w Pabianicach z 21 sierpnia 2012 r., k. 575, zaświadczenie o niezaleganiu z opłacaniem składek, k. 583, informacja o wynikach postępowania z 15 października 2012 r., k. 1447 i n., protokół postępowania, k. 1484 i n.

Postępowanie przetargowe nr D/176/07/2012, zadania nr 1 i 2

- (34) Prezes Urzędu ustalił, że ww. postępowanie przetargowe JW 4226 ogłosiła 20 marca 2012 r. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej 21 lipca 2012 r. pod numerem 2012/S 139-232342.

Dowód: Zawiadomienie JW 4226 z 14 listopada 2012 r., k. 8 i n., pismo JW 4226 z 3 grudnia 2012 r., k. 127 wraz z załącznikami: zestawienie postępowań, k. 149, zbiorcze zestawienie ofert, k. 174 i n., pismo JW 4226 z 7 lutego 2014 r., k. 245 i n. wraz z załącznikiem: ogłoszenie o zamówieniu, k. 452 i n.,

- (35) Strony niniejszego postępowania złożyły swoje oferty w zakresie zadań nr 1 i 2, przedmiotem których były kolejno: bielizna pilota letnia (koszulka i kalesony) oraz bielizna pilota zimowa (koszulki i kalesony).

UCZESTNICZY	CENA w PLN (brutto)
Zadanie nr 1	
Zakład Pracy Chronionej „Texpol” Sp. z o.o.	386 804,25
Marko Sp. z o.o.	425 484,68
Agrotur Sp. z o.o.	431 361,00
Zadanie nr 2	
Zakład Pracy Chronionej „Texpol” Sp. z o.o.	308 133,45
Marko Sp. z o.o.	338 280,75
Agrotur Sp. z o.o.	350 199,45

Jedynym kryterium wyboru ofert była najniższa cena. Bezpośrednio przed otwarciem ofert, 4 września 2012 r., zamawiający podał wartość środków jakie przeznaczył na realizację ww. zamówień: na zadanie nr 1 było to 341 370,90 zł brutto oraz na zadanie nr 2 – 258 145,02 zł brutto.

Dowód: pismo JW 4226 z 7 lutego 2014 r., k. 245 i n. wraz z załącznikami: ogłoszenie o zamówieniu, k. 452 i n., protokół nr 1 z posiedzenia komisji – otwarcie ofert, k. 481 i n., zbiorcze zestawienie ofert, k. 488.

- (36) Jedynymi uczestnikami przedmiotowych części postępowania o udzielenie zamówienia publicznego były spółki Agrotur, Marko oraz Texpol. Zarówno w zakresie zadania nr 1 jak i 2 najkorzystniejsza oferta należała do Texpol, o czym spółka została poinformowana przez JW 4226 pismem z 9 października 2012 r. Tego samego dnia Texpol odmówił podpisania i realizacji umowy w zakresie ww. zadań argumentując to zbyt krótkim terminem na ich należytą i terminową realizację. 12 października 2012 r. JW 4226 zawiadomiła Texpol o zatrzymaniu wniesionego przez niego wadium w łącznej wysokości 14 500,00 zł (zadanie nr 1 –

8 300,00 zł, zadanie nr 2 – 6 200,00 zł). Tego samego dnia zamawiający poinformował pozostałych uczestników ww. przetargów, że w związku z odmową zawarcia umowy przez Texpol dokonano wyboru najkorzystniejszej oferty spośród pozostałych ofert bez przeprowadzenia ich ponownego badania i oceny. Kolejną najkorzystniejszą pod względem ceny była oferta Marko, jednak ze względu na fakt, że cena tej oferty przewyższała kwotę, jaką zamawiający przeznaczył na sfinansowanie zamówienia, 17 października 2012 r. zamawiający unieważnił czynność wyboru najkorzystniejszych ofert w zakresie zadań nr 1 i 2 oraz unieważnił postępowanie w tym zakresie.

Dowód: Zawiadomienie JW 4226 z 14 listopada 2012 r., k. 8 i n. wraz z załącznikami: zawiadomienie o wynikach postępowania z 9 października 2012 r., k. 73 i n., pismo Texpol z 9 października 2012 r., k. 77, załączniki do pisma JW 4226 z 3 marca 2012 r.: zbiorcze zestawienie ofert, k. 174 i n., informacja o wynikach postępowania, k. 176 i n., informacja dodatkowa, k. 177, informacja o unieważnieniu postępowania, k. 178, pismo JW 4226 z 7 lutego 2014 r., k. 245 i n. wraz z załącznikami: SIWZ, k. 472, informacja o wynikach postępowania, k. 591 i n., pismo Texpol z 9 października 2012 r., k. 598, pismo JW. 4226 z 12 października 2012 r., k. 602, informacja dodatkowa z 12 października 2012 r., k. 599, informacja o unieważnieniu czynności wyboru z 17 października 2012 r., k. 605, zawiadomienie o unieważnieniu czynności wyboru z 17 października 2012 r., k. 608., protokół postępowania, k. 613 i n.

- (37) Z wpisów w książce wejść do JW 4226 wynika, że oferty Agrotur, Marko i Texpol zostały złożone 4 września 2012 r., o godzinie 7:24 przez p. [informacja utajniona] z Bud Dłutowskich. Prezes Urzędu ustalił, że p. [informacja utajniona] był tym czasie zatrudniony w Agrotur na stanowisku barmana.

Dowód: Zawiadomienie JW 4226 z 14 listopada 2014 r., k. 8 i n. wraz z załącznikiem: kopia książki wejść, k. 78, pismo Agrotur z 13 listopada 2014 r., k. 1528, wraz z załącznikami: umowa o pracę, k. 1538 i n.

- (38) Analiza ofert złożonych w toku przedmiotowego postępowania przez Agrotur, Marko i Texpol wykazała, że zostały one wypełnione co najmniej bardzo podobnym charakterem pisma. Poza tym, gwarancje wadialne załączone do ww. ofert zostały wystawione 30 sierpnia 2012 r. przez PZU S.A. i są oznaczone kolejnymi numerami: Gwo/797/2012/071-24-05 – Texpol, Gwo/798/2012/071-24-05 – Marko i Gwo/799/2012/071-24-05 – Agrotur. Należy także zaznaczyć, że strony niniejszego postępowania antymonopolowego wystawiały sobie wzajemne referencje, również załączone do ww. ofert. Spółka Agrotur wystawiła referencje dotyczące wcześniejszej współpracy spółce Texpol i Marko. Ponadto Marko otrzymało referencje od spółki Texpol.

Dowód: Zawiadomienie JW 4226 z 14 listopada 2014 r., k. 8 i n. wraz z załącznikami: formularz oferty Texpol, k. 13 i n., wykaz dostaw, k. 17, referencje, k. 19 i n., gwarancja ubezpieczeniowa, k. 30 i n., formularz oferty Marko, k. 34 i n., wykaz dostaw, k. 38, referencje, k. 40 i n., gwarancja ubezpieczeniowa, k. 50 i n., formularz oferty Agrotur, k. 54 i n., wykaz dostaw, k. 58, gwarancja ubezpieczeniowa, k. 69 i n., kopia książki wejść, k. 78, pismo JW 4226 z 7 lutego 2014 r., k. 245 i n. wraz z załącznikami: protokół nr 2 z posiedzenia komisji, k. 485 i n., formularz oferty Texpol, k. 492 i n., wykaz dostaw, k. 497, referencje 499 i n., gwarancja ubezpieczeniowa, k. 512 i n., formularz oferty Marko, k. 516 i n., wykaz dostaw, k. 521, referencje, k. 523 i n., gwarancja ubezpieczeniowa, k. 535 i n., formularz oferty Agrotur, k. 539 i n., gwarancja ubezpieczeniowa, k. 558 i n., wezwania JW 4226 z 19 września 2012 r., k. 560 i n.

- (39) Żadna z 3 ofert złożonych przez strony niniejszego postępowania nie zawierała wszystkich dokumentów wymaganych przez zamawiającego. Texpol i Agrotur nie przedstawili aktualnego zaświadczenia ZUS/KRUS, potwierdzającego, że nie zalegają z opłacaniem składek na ubezpieczenie zdrowotne i społeczne, lub potwierdzenia, że uzyskali przewidziane prawem zwolnienie, odroczenie lub rozłożenie na raty zaległych płatności lub wstrzymanie w całości wykonania decyzji właściwego organu – wystawionego nie wcześniej niż 3 miesiące przed upływem terminu składania ofert. Agrotur nie potwierdził także warunku spełnienia posiadania wiedzy i doświadczenia. Z kolei Marko nie przedstawił aktualnego zaświadczenia właściwego naczelnika urzędu skarbowego potwierdzającego, że nie zalega z opłacaniem podatków, lub zaświadczenie, że uzyskał przewidziane prawem zwolnienie, odroczenie lub rozłożenie na raty zaległych płatności lub wstrzymanie w całości wykonania decyzji właściwego organu – wystawionego nie wcześniej niż 3 miesiące przed upływem terminu składania ofert. Pismem z 19 września 2012 r. JW 4226 wezwała Spółki do uzupełnienia ww. dokumentów w terminie do 24 września 2012 r. Wszystkie uzupełniły braki w terminie.

Dowód: pismo JW 4226 z 7 lutego 2014 r., k. 245 i n. wraz z załącznikami: pismo JW 4226 z 19 września 2012 r., k. 560 i n., pismo JW 4226 z 19 września 2012 r., k. 563 i n., pismo JW 4226 z 19 września 2012 r., k. 566 i n., pismo Texpol z 20 września 2012 r., k. 571 i n., pismo Marko z 21 września 2012 r., k. 574 i n., pismo Agrotur z 20 września 2012 r., k. 578 i n.

IV. Stanowiska Stron postępowania

Agrotur

- (40) Agrotur pismem z 30 stycznia 2014 r. (k. 226 i n.) kwestionując zasadność postawionych przez Prezesa Urzędu zarzutów podniósł, że w postępowaniach przetargowych to zamawiający decyduje o ich rozstrzygnięciu zgodnie z przepisami

prawa. Jeśli zatem nie dopatrył się on nieprawidłowości stawiane obecnie zarzuty, w opinii Agrotur, są nieuprawnione. Również żadna instytucja uprawniona do kontroli poprawności przetargów organizowanych przez AMW nie dostrzegła żadnych uchybień dotyczących przetargów, w których udział brał Agrotur.

- (41) Spółka wskazała ponadto, że współpracuje zarówno z Texpol jak i Marko. W ramach tej współpracy, w celu przyspieszenia procedury w postępowaniu nr D/176/07/2012 Agrotur skorzystał z możliwości złożenia oferty przetargowej bezpośrednio w siedzibie zleceniodawcy za pośrednictwem pracownika Marko.
- (42) Pismem z 12 grudnia 2014 r. spółka przekazała ostateczne stanowisko w sprawie oraz zaznaczyła, że dotychczas w zakresie prowadzonej działalności gospodarczej nie naruszyła przepisów ustawy o *ochronie konkurencji i konsumentów* oraz wskazała, że biorąc udział w przetargach sporządza oferty mając na uwadze swoje możliwości finansowe, organizacyjne i kadrowe oraz potrzeby oblata. Przystępując do przetargu spółka waży swoje interesy i możliwości sprostania warunkom przystąpienia do przetargu. Agrotur zaznaczył, że jego działalność nie przyniosła skutku w postaci szkody majątkowej, ani też nie wywołała zagrożenia dla prawnie chronionych interesów majątkowych instytucji, na rzecz której przetargi były organizowane. Spółka zaznaczyła także, że jej udział w rynku dostawy przedmiotów zaopatrzenia mundurowego jest marginalny.

Marko

- (43) Marko wskazał, że przygotowując oferty kieruje się wyłącznie rachunkiem ekonomicznym spółki, co można zauważyć w przypadku przetargów przegranych ze względu na zbyt wysoką cenę.
- (44) Odnosząc się do przetargów ogłoszonych w lipcu 2012 r. Marko wskazał, że zawsze przekazywał pełną dokumentację ofertową i nawet jeżeli wystąpiły uchybienia formalne, to dokumentacja złożona do następnego przetargu była kompletna
- (45) Marko odniósł się również do okoliczności złożenia trzech odrębnych ofert przetargowych przez p. **[informacja utajniona]**, który to pracownik Marko, w ramach przysługi dla sąsiadujących spółek Texpol i Agrotur przekazał Jednostce Wojskowej 4226 trzy odrębne koperty z ofertami. Spółka wskazała, że ww. pracownik nie uczestniczył w procesie przygotowania oferty przetargowej Marko oraz nigdy nie uczestniczył w tworzeniu ofert przetargowych na przedmioty zaopatrzenia mundurowego i nie znał wartości tych ofert.

- (46) Pismem z 15 grudnia 2014 r. Marko zajął ostateczne stanowisko w sprawie wskazując, że jego dotychczasowa działalność, w tym udział w przetargach, jednoznacznie wskazują, że nie narusza on zasad konkurencji, szanując zasady ustanowione w przepisach prawa. Spółka wskazała, że samodzielnie sporządza oferty przetargowe mając na uwadze swoje możliwości finansowe i organizacyjne oraz potrzeby oblata. Spółka wskazała, że przystępując do przetargu waży swoje interesy i możliwości sprostania warunkom przystąpienia do przetargu, a składając ofertę czyni to z poszanowaniem zasad konkurencji dotyczących samego oblata, jak i pozostałych podmiotów przystępujących do przetargu. Spółka zaznaczyła, że jej działalność nie przyniosła skutku w postaci szkody majątkowej, ani też nie wywołała zagrożenia dla prawnie chronionych interesów majątkowych instytucji, na rzecz której przetargi były organizowane.

Texpol

- (47) Pismem z 30 stycznia 2014 r. (k. 228 i n.) Texpol podniósł, że wskazane przez Prezesa Urzędu okoliczności nie są wystarczające, aby uznać, że doszło do zawarcia porozumienia. Z doświadczeń rynkowych Texpol wynika, że odstępowanie od zawierania umów oraz nieuzupełnianie dokumentacji przetargowej nie jest praktyką rzadką. Dodatkowo Texpol wskazał, że referencje, które spółka wystawia bądź otrzymuje, wynikają z prowadzonej przez nią działalności rynkowej. Texpol współpracuje z Agrotur i Marko, stąd wzajemne referencje.
- (48) Texpol podniósł także, że domniemane porozumienie nie mogło w żadnym przypadku skutkować eliminacją konkurencji. Do zamawiającego należy ostateczna decyzja o rozstrzygnięciu postępowania, a przepisy prawa zapewniają mu narzędzia służące do zapobiegania nadużyciom. Texpol wskazał, że sam charakter postępowań przetargowych wyklucza możliwość stosowania praktyk eksploatacyjnych. Zamawiający ustala maksymalny budżet na dane postępowanie przetargowe, zatem oferty dopuszczone do oceny, lecz przekraczające wartość zamówienia zakładaną przez zamawiającego, nie są realizowane.
- (49) Texpol wskazał także, że przedmioty zaopatrzenia mundurowego są ustandaryzowane i szeroko dostępne. Wyroby oferowane przez Spółkę, takie jak bielizna, czy ręczniki, posiadają liczne substytuty dostępne u wielu konkurencyjnych producentów i dostawców, co wskazuje na istotne rozdrobnienie rynku. Texpol nie identyfikuje żadnych potencjalnych i rzeczywistych negatywnych skutków dla innych uczestników

rynku, jakie domniemane naruszenie mogłoby spowodować. Texpol podkreślił także, że ocena ofert składanych w postępowaniach o udzielenie zamówienia publicznego na dostawę przedmiotów zaopatrzenia mundurowego, jest niemal zawsze dokonywana wyłącznie w oparciu o kryterium ceny, przy czym przewidziany przez zamawiającego budżet, jest najczęściej bardzo ograniczony co powoduje, że marża osiągnięta na takich kontraktach jest niska. Realizacja dostaw na takich warunkach nie pozwala na osiągnięcie jakiegokolwiek przewagi konkurencyjnej. Texpol wskazał, że zarzucane porozumienie nie mogło wpłynąć na strukturę rynku oraz zaznaczył, że postępowania przetargowe mają charakter jednorazowy i w przypadku produktów takich jak przedmioty zaopatrzenia mundurowego, stanowią marginalną wartość w odniesieniu do wartości rynku.

- (50) Texpol podniósł także, że zarzuty dotyczące postępowań o udzielenie zamówienia publicznego nr 93/M/MON/ZZŚM/PN/ZO/2011 części nr 1 i 2, zgodnie z art. 93 u.o.k.k. podlegają umorzeniu ze względu na spełnienie przesłanki przedawnienia. Spółka wskazała, że ww. przetargi zostały rozstrzygnięte w 2011 r., co oznacza że do porozumienia również mogło dojść wyłącznie w 2011 r. (przed lub co najwyżej w niewielkim odstępie czasowym po wyborze najkorzystniejszej oferty). Texpol wskazał, że z samej natury umowy przetargowej wynika, że jest ona podejmowana na potrzeby konkretnego postępowania przetargowego, a jego rozstrzygnięcie oznacza sfinalizowanie i wprowadzenie w życie dokonanych wcześniej uzgodnień. Rozstrzygnięcie przetargu jest zatem równoznaczne z zaprzestaniem stosowania porozumienia przetargowego. Zgodnie z dyspozycją ww. przepisu nie wszczyna się postępowania w sprawie praktyk ograniczających konkurencję, jeżeli od końca roku, w którym zaprzestano ich stosowania upłynął rok.
- (51) Texpol odniósł się także do postępowania przetargowego nr D/176/07/2012 oraz wskazał, że złożenie ofert wszystkich trzech spółek w tym samym czasie wynikało z posłużenia się posłańcem, który jako pracownik Marko zatrudniony na stanowisku kierowcy wykonywał wyłącznie czynność techniczną. Z uwagi na niekwestionowany fakt, że wszystkim trzem spółkom zdarzyło się w przeszłości współpracować, a także ze względu na zlokalizowanie ich siedzib na tym samym obszarze, w małych, sąsiadujących miejscowościach, tego typu wzajemna pomoc w czynnościach technicznych była zwyczajowo przyjęta i zmierzała do eliminacji zbędnych kosztów. Texpol zaznaczył, że p. [informacja utajniona] dostarczając oferty nie posiadał wiedzy o ich zawartości, ponieważ powierzono mu wyłącznie trwale zamknięte

(zgodnie z wymaganiami przetargowymi) koperty zawierające komplet dokumentów przetargowych. Odnosząc się do kwestii złożenia przez wszystkie spółki gwarancji wadialnych o kolejnych numerach, Texpol wskazał, że spośród zakładów ubezpieczeń, których placówki znajdują się w pobliżu siedzib wszystkich spółek, PZU S.A. posiada najkorzystniejszą ofertę finansową dla tego typu ubezpieczeń. Spółka podniosła, że zważywszy na prawdopodobnie niewielką liczbę gwarancji wadialnych udzielanych przez lokalny inspektorat PZU S.A, wysoce prawdopodobne jest, że w okresie poprzedzającym złożenie przez spółki ofert w postępowaniu przetargowym ogłoszonym 21 lipca 2012 r. zakupu takich produktów dokonywała bardzo ograniczona grupa podmiotów z obszaru działalności ww. inspektoratu. Tym samym, zdaniem Spółki, nie można wykluczyć, że umowy o ustanowienie gwarancji wadialnych były przez wszystkie spółki zawierane kolejno po sobie.

- (52) Pismem z 11 grudnia 2014 r. Texpol podkreślił, że jego udział w rynku dostawy przedmiotów zaopatrzenia mundurowego jest znikomy, a zarzucane antykonkurencyjne porozumienie nie mogłoby mieć istotnego wpływu na rynek i tym samym wypaczać zasady funkcjonowania wolnej konkurencji na tym rynku. Spółka wskazała także, że zarzucane porozumienie nie mogło mieć charakteru długotrwałego, bowiem było ograniczone do kilku lat objętych zakresem postępowania antymonopolowego. Texpol zaznaczył także, że nigdy nie podejmował działań, które mogłyby naruszać uczciwą konkurencję.

W oparciu o przedstawiony stan faktyczny, Prezes Urzędu zważył, co następuje

I. Interes publiczny

- (53) Podstawą zastosowania przez Prezesa Urzędu przepisów ustawy *o ochronie konkurencji i konsumentów* jest uprzednie stwierdzenie, iż w wyniku stosowania praktyki zarzucanej stronie lub stronom postępowania doszło lub też mogło dojść do naruszenia interesu publicznego, o którym mowa w art. 1 ust. 1 u.o.k.k. Zgodnie z tym przepisem ustawa antymonopolowa określa warunki rozwoju i ochrony konkurencji oraz zasady podejmowanej w interesie publicznym ochrony interesów przedsiębiorców i konsumentów.
- (54) Interes publiczny w postępowaniu administracyjnym nie jest pojęciem jednolitym i stałym i w każdej sprawie powinien on być ustalony i konkretyzowany. Organ

antymonopolowy rozważając, czy zachodzą podstawy do wszczęcia postępowania oraz wydając odpowiednią decyzję musi wskazać, na czym polegał interes publiczny w podjęciu interwencji w odniesieniu do konkretnej praktyki, której postępowanie dotyczyło³.

- (55) Naruszenie interesu publicznego ma miejsce wówczas, gdy zachowanie przedsiębiorcy, będące przedmiotem postępowania antymonopolowego wywołało lub mogło wywołać na rynku niekorzystne – z punktu widzenia celów ustawodawstwa antymonopolowego – skutki w postaci wpływu na ilość, jakość, cenę towarów lub zakres wyboru dostępny konsumentom lub innym nabywcom. Ustawa o *ochronie konkurencji i konsumentów* chroni zatem interes publiczny polegający na zapewnieniu właściwych warunków funkcjonowania rynku gospodarczego⁴. Czynnikiem niezbędnym dla prawidłowego funkcjonowania rynku gospodarczego jest możliwość powstania i rozwoju konkurencji. Dobrem chronionym na podstawie przepisów ustawy o *ochronie konkurencji i konsumentów* jest więc konkurencja rozumiana jako zjawisko o charakterze instytucjonalnym. Bowiem tylko w warunkach konkurencji przedsiębiorcy i konsumenci mają gwarancje realizacji konstytucyjnej wolności gospodarczej i ochrony swoich praw.
- (56) Odnosząc to do przedmiotowej sprawy, która dotyczy zarzutu zawarcia zmowy przetargowej, należy wskazać, że istotą konkurencji jest współzawodnictwo niezależnych podmiotów w celu uzyskania przewagi pozwalającej na osiągnięcie maksymalnych korzyści ekonomicznych ze sprzedaży towarów i usług oraz maksymalne zaspokojenie potrzeb konsumentów na możliwie najkorzystniejszych warunkach. Działanie w warunkach konkurencji wymaga samodzielności w podejmowaniu decyzji. Dlatego pewne formy grupowych działań przedsiębiorców, takich jak porozumienia między uczestnikami przetargów prowadzą do zniekształcenia konkurencji, a przez to godzą w interes publiczny. Ustalanie pomiędzy konkurentami treści składanych ofert oraz zachowania w toku prowadzonego postępowania przetargowego może wpływać negatywnie na poziom cen oraz zakres wyboru i jakość świadczenia. Zawieranie między uczestnikami przetargu porozumień może ograniczać lub nawet wyeliminować oczekiwane korzyści z przetargu, niwecząc cel, jaki ma być osiągnięty w drodze przetargu, a mianowicie wybór

³ Wyrok Sądu Najwyższego z dnia 5 czerwca 2008 r., sygn. akt III SK 40/07, OSNP 2009/19-20/272.

⁴ Wyrok Sadu Antymonopolowego z dnia 23 października 2002 r. sygn. akt XVII Ama 133/01, www.uokik.gov.pl.

najkorzystniejszych ofert składanych przez oferentów w warunkach konkurencji⁵. Takie praktyki narażają zamawiającego na niekorzystne rozporządzenie mieniem, zwłaszcza środkami publicznymi, co pośrednio naraża na straty ogół społeczeństwa.

- (57) Z powyższych względów należało przyjąć, że w niniejszej sprawie 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*. W związku z powyższym w niniejszej sprawie w ocenie Prezesa Urzędu istnieją podstawy do przeprowadzenia analizy działań Agrotur, Marko i Texpol w świetle przepisów u.o.k.k.

II. Status przedsiębiorcy

- (58) Postępowanie antymonopolowe w sprawie praktyk ograniczających konkurencję może być wszczęte wobec podmiotów posiadających status przedsiębiorcy.
- (59) Zgodnie z definicją przedsiębiorcy, zawartą w art. 4 pkt 1 u.o.k.k. pod pojęciem tym należy rozumieć m.in. przedsiębiorcę w rozumieniu przepisów o swobodzie działalności gospodarczej. Zgodnie z przepisami ustawy z dnia 2 lipca 2004 r. *o swobodzie działalności gospodarczej* (t.j. Dz. U. z 2013 r., poz. 672 ze zm.) przedsiębiorcą jest osoba fizyczna, osoba prawna i jednostka organizacyjna niebędąca osobą prawną, której odrębna ustawa przyznaje zdolność prawną – wykonująca we własnym imieniu działalność gospodarczą, tj. zarobkową działalność wytwórczą, budowlaną, handlową, usługową oraz poszukiwanie, rozpoznawanie i wydobywanie kopalin ze złóż, a także działalność zawodową, wykonywaną w sposób zorganizowany i ciągły. Za przedsiębiorcę uznaje się więc podmiot, który spełnia łącznie określone tymi przepisami kryteria podmiotowe i przedmiotowe: po pierwsze jest osobą fizyczną, osobą prawną lub jednostką organizacyjną niebędącą osobą prawną, której ustawa przyznaje zdolność prawną, po drugie wykonuje we własnym imieniu działalność gospodarczą.
- (60) W świetle powyższego nie może budzić wątpliwości, że wszystkie strony przedmiotowego postępowania posiadają przymiot przedsiębiorcy. Zarówno Agrotur, Marko, jak i Texpol są przedsiębiorcami prowadzącymi działalność gospodarczą w formie kapitałowych spółek prawa handlowego, wpisanych do Krajowego Rejestru Sądowego. W świetle powyższego należy stwierdzić, że strony przedmiotowego

⁵ Wyrok SOKiK z dnia 17.04.2008 r., sygn. akt XVII Ama 117/05.

postępowania spełniają przesłanki konieczne do uznania ich za przedsiębiorców w rozumieniu ustawy *o ochronie konkurencji i konsumentów*.

III. Rynek właściwy

- (61) Działania przedsiębiorców, stanowiące praktykę ograniczającą konkurencję, ujawniają się na określonym rynku - rynku właściwym. Rynek właściwy określa płaszczyznę współzawodnictwa konkurentów w prowadzonej przez nich działalności gospodarczej⁶. Ustalenie rynku właściwego w danej sprawie ma zatem znaczenie dla prawidłowego stosowania przepisów ustawy *o ochronie konkurencji i konsumentów*.
- (62) Ustawa ta w art. 4 pkt 9 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 rodzaj i właściwości, istnienie barier dostępu do rynku, preferencje konsumentów, znaczące różnice cen i koszty transportu, panują zbliżone warunki konkurencji. Natomiast pod pojęciem towaru należy rozumieć zgodnie z art. 4 pkt 7 u.o.k.k. zarówno rzeczy, jak i energię, papiery wartościowe i inne prawa majątkowe, usługi, a także roboty budowlane.
- (63) Zawarta w ustawie *o ochronie konkurencji i konsumentów* definicja rynku właściwego wyznacza dwa jego wymiary: wymiar towarowy (rynek właściwy produktowo) i wymiar geograficzny (rynek właściwy terytorialnie). Pojęcie rynku właściwego produktowo odnosi się do wszystkich towarów jednego rodzaju, które ze względu na swoje szczególne właściwości odróżniają się od innych towarów w taki sposób, że nie istnieje możliwość dowolnej ich zamiany. Wynika stąd, że rynek właściwy produktowo obejmuje wszystkie towary, które służą zaspokajaniu tych samych potrzeb nabywców, mają zbliżone właściwości, podobne ceny i reprezentują podobny poziom jakości⁷. Natomiast wyznaczenie geograficznego aspektu rynku właściwego oznacza zidentyfikowanie obszaru, na którym warunki konkurencji dotyczące danego towaru i jego substytutów są jednakowe dla wszystkich konkurentów – tj. warunki konkurencji są dostatecznie jednorodne – i który można odróżnić od innych obszarów.

⁶ Wyrok SOKiK z dnia 18 grudnia 2002 r., sygn. akt XVII Ama 19/01, Dz. Urz. UOKiK 2003/2/260.

⁷ E. Modzelewska-Wąchal, *Ustawa o ochronie konkurencji i konsumentów. Komentarz*, TWIGGER, Warszawa 2002, s. 49.

- (64) Zdaniem Prezesa Urzędu stwierdzone w pkt I sentencji niniejszej decyzji porozumienie zostało zawarte na krajowym rynku dostawy przedmiotów zaopatrzenia mundurowego.

III.1. Rynek właściwy w ujęciu produktowym

- (65) Prezes Urzędu uznał, że w niniejszej sprawie rynkiem właściwym w ujęciu produktowym jest rynek dostawy przedmiotów zaopatrzenia mundurowego.
- (66) Zakres analizowanego rynku w aspekcie produktowym wyznacza rodzaj asortymentu, na dostawę którego zgłosili zapotrzebowanie zamawiający w ramach postępowań o udzielenie zamówienia publicznego. Obejmuje on przedmioty zaopatrzenia mundurowego, do których można zaliczyć różnego rodzaju elementy wyposażenia mundurowego, jak np. bieliznę, odzież, ręczniki, czy pościel.
- (67) Uczestnikami rynku po stronie popytowej, a więc odbiorcami ww. dostaw są zamawiający, tj. podmioty zobowiązane do stosowania ustawy *Prawo zamówień publicznych*. Na gruncie niniejszej sprawy zamawiającymi byli Agencja Mienia Wojskowego oraz Jednostka Wojskowa 4226 – realizatorzy zakupów środków materiałowych dla Sił Zbrojnych Rzeczypospolitej Polskiej [pkt (10) niniejszej decyzji]. Niemniej jednak do odbiorców przedmiotów zaopatrzenia mundurowego należałoby także zaliczyć inne jednostki mundurowe, jak np. Agencję Bezpieczeństwa Wewnętrznego, Policję, Biuro Ochrony Rządu, Straż Graniczną, Służbę Leśną, Służbę Więzienną, Straż Pożarną, Straż Miejską, Straż Ochrony Kolei itp., które również zgłaszają zapotrzebowanie na przedmiotowe towary.
- (68) Po stronie podażowej omawianego rynku są dostawcy przedmiotów zaopatrzenia mundurowego, w tym Agrotur, Marko i Texpol, którzy są potencjalnymi kontrahentami ww. jednostek mundurowych. Przedmiotem działalności stron niniejszego postępowania antymonopolowego jest m.in. produkcja oraz obrót wyrobami tekstylnymi, przeznaczonymi zarówno dla służb mundurowych jak i odbiorców cywilnych.
- (69) Zdaniem Prezesa Urzędu dostawy dla instytucji mundurowych stanowią odrębny rodzaj działalności w stosunku do dostaw podobnych wyrobów na rynek cywilny. Za takim wyodrębnieniem rynku przemawiają specyficzne wymagania dla tego typu produktów, które są każdorazowo określone przez zamawiającego. Dotyczą one zwłaszcza wykończenia oraz kroju poszczególnych przedmiotów zaopatrzenia mundurowego. Poza tym, tkaniny, z których mają zostać wykonane te przedmioty

podlegają badaniom technicznym pod kątem spełnienia określonych wymogów jakościowych.

- (70) Co do zasady przedmioty zaopatrzenia mundurowego są indywidualnie dostosowywane do wymagań określonych przez poszczególne jednostki mundurowe. Można zatem dokonać segmentacji przedmiotów zaopatrzenia mundurowego ze względu na ich odbiorców, a więc przedmioty zaopatrzenia mundurowego dla straży miejskiej, sił zbrojnych, policji, itp. Przedmioty zaopatrzenia mundurowego można także podzielić ze względu na ich rodzaj oraz przeznaczenie, np. odzież wierzchnia, bielizna, rękawiczki, pościel. Poza tym przedmioty zaopatrzenia mundurowego mogą być przeznaczone dla odrębnych, wydzielonych kategorii odbiorców, np. dla kobiet, mężczyzn, pilotów, kierowców.
- (71) W ocenie Prezesa Urzędu na rynek w ujęciu produktowym – rynek dostawy przedmiotów zaopatrzenia mundurowego – składają się wszystkie przedmioty zaopatrzenia mundurowego dostarczane w związku z zapotrzebowaniem zgłaszanym przez różnego rodzaju jednostki mundurowe, bez względu na ich rodzaj oraz przeznaczenia. Bez wątpienia dla zamawiających i późniejszych użytkowników poszczególne elementy wyposażenia mundurowego nie będą uważane za zamienniki, w związku z czym z punktu widzenia odbiorcy końcowego, zasadne mogłoby być rozważenie węższej segmentacji rynku niż przyjęta powyżej. Niemniej jednak Prezes Urzędu wziął pod uwagę, że zgodnie z orzecznictwem wyznaczenie zakresu rynku właściwego może prowadzić do przyjęcia rynku produktowego szerszego niż gdyby rynek rozpatrywany był wyłącznie z perspektywy odbiorcy końcowego. Przykładowo Komisja Europejska za produktowy rynek właściwy uznała dystrybucję towarów niesubstytucyjnych z punktu widzenia nabywców np. traktorów, kombajnów oraz kosiarek⁸, a Prezes Urzędu np. fortepianów cyfrowych, automatów perkusyjnych, organów oraz akordeonów⁹, a także płyt wiórowych surowych, płyt wiórowych laminowanych oraz blatów roboczych¹⁰.
- (72) W tym kontekście należy wziąć pod uwagę fakt, że przez strony niniejszego postępowania antymonopolowego oferowane są różne ww. przedmioty zaopatrzenia mundurowego. Przedsiębiorcy – producenci tych wyrobów – co do zasady nie ograniczają się wyłącznie do oferowania jednego ich rodzaju, a zamówienia

⁸ Decyzja KE z dnia 8 lutego 1991 r. w sprawie nr IV/M.009 – Fiat Geotech/Ford New Holland

⁹ Decyzja Prezesa UOKiK z dnia 29 grudnia 2011 r., nr DOK-13/2011, www.uokik.gov.pl.

¹⁰ Decyzja Prezesa UOKiK z dnia 27 grudnia 2012 r., nr DOK-8/2012, www.uokik.gov.pl.

dokonywane są przez zobowiązane do tego podmioty niejednokrotnie łącznie, na wiele rodzajów przedmiotów zaopatrzenia mundurowego.

- (73) Mając na uwadze powyższe Prezes Urzędu uznał, że niezasadna byłaby dalsza segmentacja tego rynku na konkretne produkty, ponieważ mogłoby to spowodować sztuczne podzielenie zarzutu odnoszącego się do jednej praktyki obejmującej swym zasięgiem kilka kategorii produktów, których wspólnym mianownikiem jest przynależność do grupy przedmiotów zaopatrzenia mundurowego.
- (74) W ocenie Prezesa Urzędu, całokształt przedstawionych powyżej okoliczności przemawia za określeniem rynku właściwego w wymiarze produktowym, jako rynek dostawy przedmiotów zaopatrzenia mundurowego.

III.2. Rynek właściwy w ujęciu geograficznym

- (75) Analizując okoliczności niniejszej sprawy Prezes Urzędu doszedł do przekonania, że zarówno rynek, na którym zawarto porozumienie, jak i rynek, na który porozumienie oddziałuje, mają wymiar krajowy.
- (76) W ocenie Prezesa Urzędu za krajowym wymiarem tego rynku przemawia organizacja postępowań o udzielenie zamówienia publicznego na dostawę przedmiotów zaopatrzenia mundurowego, które swym zasięgiem obejmują terytorium całego kraju, natomiast nie mają wymiaru ponadkrajowego.
- (77) Jak już wskazano odbiorcami dostaw przedmiotów zaopatrzenia mundurowego są krajowe instytucje mundurowe obowiązane do stosowania ustawy *Prawo zamówień publicznych*. W organizowanych przez nie przetargach swoje oferty składają przedsiębiorcy mający siedziby w różnych regionach Polski, w tym strony niniejszego postępowania antymonopolowego. Jednocześnie, ci sami przedsiębiorcy, co do zasady, nie dostarczają przedmiotów zaopatrzenia mundurowego na rynki zagraniczne. Poza tym, z analizy informacji zebranych w toku niniejszego postępowania wynika, że przedsiębiorcy spoza Polski, co do zasady, nie składają samodzielnie ofert w postępowaniach o udzielenie zamówienia publicznego na dostawę przedmiotów zaopatrzenia mundurowego, organizowanych przez krajowe instytucje mundurowe. Zdarzyły się pojedyncze przypadki ofert złożonych przez konsorcjum, w skład którego wchodził podmiot zagraniczny.

- (78) Za przyjęciem rynku krajowego przemawia również fakt, że na terenie całego kraju przedsiębiorcy mają jednolite warunki konkurencji. Ustawodawca nie przewidział reglamentacji prowadzenia działalności gospodarczej w tym zakresie, a bariery wejścia na rynek są znikome i wiążą się przede wszystkim z zarejestrowaniem działalności i zakupem odpowiednich materiałów.
- (79) Prezes Urzędu uznał, że rynkiem właściwym w ujęciu geograficznym, na którym zostało zawarte porozumienie dotyczące dostaw przedmiotów zaopatrzenia mundurowego oraz rynkiem właściwym, na którym nastąpiło ograniczenie konkurencji jest **obszar Polski**.
- (80) Mając na uwadze powyższe, w niniejszej sprawie rynkiem właściwym, na którym doszło do zawarcia antykonkurencyjnego porozumienia oraz ograniczenia konkurencji, jest **krajowy rynek dostawy przedmiotów zaopatrzenia mundurowego**.
- (81) Rozpatrując kwestie rynku właściwego w niniejszej sprawie należy zarazem stwierdzić, że zgodnie ze stanowiskiem wyrażanym wielokrotnie w orzecznictwie¹¹ w sprawach porozumień ograniczających konkurencję, ewentualne uchybienia w zakresie określenia rynku i błędne przyjęcie udziału rynkowego nie mają zasadniczego znaczenia dla treści rozstrzygnięcia. Definiowanie rynku właściwego w tych sprawach nie wymaga takiego stopnia precyzji, jaki konieczny jest przy rozpatrywaniu spraw dotyczących nadużywania pozycji dominującej lub koncentracji przedsiębiorców, gdzie udziały rynkowe stron mają istotne znaczenie. Dokładne wyznaczenie rynku właściwego w sprawach dotyczących antykonkurencyjnych porozumień jest niezbędne wtedy, gdy należy poddać analizie skutki takiego porozumienia¹². W sytuacji, kiedy można stwierdzić, iż dane porozumienie ma na celu ograniczenie konkurencji, w przypadku porozumień – takich jak rozpatrywane w tej sprawie – w których z uwagi na treść art. 7 ust. 2 u.o.k.k. nie ma zastosowania zasada *de minimis* i nie istnieje potrzeba brania pod uwagę skutków, jakie porozumienie wywołuje na rynku¹³.

IV. Naruszenie art. 6 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów

¹¹ Wyrok SOKiK z dnia 14 lutego 2007 r., sygn. akt XVII Ama 98/06, Dz. Urz. UOKiK 2007/2/22; wyrok SOKiK z dnia 29 maja 2008 r., sygn. akt XVII Ama 53/07, Dz. Urz. UOKiK 2008/4/37.

¹² R. Whish, *Competition Law*, Oxford University Press, London 2009, s. 27.

¹³ Decyzja Prezesa UOKiK z dnia 8 grudnia 2009 r., nr DOK-7/09, www.uokik.gov.pl.

IV.1. Zawarcie antykonkurencyjnego porozumienia

- (82) Ustawa *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. Stosownie do art. 6 ust. 1 pkt 7 u.o.k.k. zakazane są w szczególności porozumienia polegające na uzgadnianiu przez przedsiębiorców przystępujących do przetargu lub przez tych przedsiębiorców i przedsiębiorcę będącego organizatorem przetargu warunków składanych ofert, w szczególności zakresu prac lub ceny.
- (83) Zgodnie z orzecznictwem zakazane są porozumienia dotyczące zarówno warunków składanych przez przedsiębiorców ofert, jak i kręgu oferentów. Co do zasady każdy z oferentów powinien samodzielnie określić warunki własnej oferty, uwzględniając ryzyko związane z udziałem innych przedsiębiorców w przetargu¹⁴. Ze złą porozumieniem mamy do czynienia wtedy, gdy przedsiębiorcy, od których oczekuje się, że będą ze sobą konkurować, podejmują niejawną współpracę, aby podnieść ceny, czy zachować się w określony sposób przynoszący im korzyści (np. odstąpić od wykonania zamówienia w celu jego przejęcia przez drugiego oferenta za wyższą cenę).
- (84) Wskazać zarazem należy, że pod pojęciem porozumienia rozumie się w prawie ochrony konkurencji wszelkie relacje między przedsiębiorcami będące wyrazem wspólnych zamierzeń odnośnie do podejmowanych zachowań rynkowych, nawet gdy nie przybierają formy prawnie wiążącej umowy. Zgodnie z art. 4 pkt. 5 u.o.k.k., 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 jakiejkolwiek formie przez dwóch lub więcej przedsiębiorców lub ich związki,
 - c) uchwały lub inne akty związków przedsiębiorców lub ich organów statutowych.
- (85) Omawiany przepis ustanawia więc szeroką definicję porozumienia. Należy podkreślić, że porozumienie w znaczeniu ustawy *o ochronie konkurencji i konsumentów* jest pojęciem szerszym niż umowa, przejawem porozumienia są bowiem oprócz umowy, także inne uzgodnienia w jakiejkolwiek formie, a także uchwały i inne akty. Jak wskazuje się w orzecznictwie „definicja porozumienia przyjęta przez ustawodawcę

¹⁴ Wyrok SN z dnia 14 stycznia 2009 r., sygn. akt III SK 26/08, OSNP 2010/13-14, poz. 179.

odbiega od cywilistycznego rozumienia pojęcia porozumienia w tym sensie, że została zakreślona szeroko pozwalając przyjąć za porozumienia uzgodnienia, a zatem wszelkie formy skoordynowanych działań, które zmierzają do naruszenia konkurencji”¹⁵. Porozumieniem może być dokonane w jakiegokolwiek formie uzgodnienie dwóch lub więcej niezależnych przedsiębiorców lub ich związków, które wywołuje lub grozi wywołaniem negatywnych skutków dla konkurencji. W szczególności są to wszelkie formy współpracy faktycznej, którym przedsiębiorcy nie zamierzali nadać wiążącego charakteru, a które w sposób celowy i świadomy eliminują niepewność co do przebiegu procesów rynkowych i warunków działania konkurentów¹⁶. Definicja porozumień jest więc bardzo szeroka i pozwala na objęcie zakazami wynikającymi z art. 6 u.o.k.k. wszelkich form skoordynowanych działań niezależnie funkcjonujących przedsiębiorców.

- (86) Dla uznania działań podmiotów za sprzeczne z regułami konkurencji wystarczy zatem wykazanie, że ograniczyły one swobodę w stosunkach z osobami trzecimi na podstawie wspólnego uzgodnienia. Stwierdzenie praktyki ograniczającej konkurencję następuje wówczas na podstawie analizy rzeczywistych działań przedsiębiorców. Muszą być one nieadekwatne do istniejących warunków rynkowych¹⁷, niewytłumaczalne w sposób racjonalny bez założenia wcześniejszej koordynacji działań bądź zawierać elementy nieformalnej współpracy pomiędzy niezależnymi przedsiębiorcami. Dowód na istnienie praktyk uzgodnionych może być obalony, jeżeli przedsiębiorcy są w stanie dowieść, na podstawie racjonalnych przesłanek, że fakty uznane za niewytłumaczalne w inny sposób niż istnieniem zmowy, mogą być zadowalająco wyjaśnione w sposób nieodwołujący się do tego rodzaju praktyk¹⁸.
- (87) Także w doktrynie przyjmuje się, że w razie braku bezpośrednich dowodów na stosowanie praktyk ograniczających konkurencję, dopuszczalnym jest oparcie się na dowodach pośrednich, poprzez odwołanie się, zgodnie z art. 81 u.o.k.k. do

¹⁵ Wyrok SOKiK z dnia 27 kwietnia 2011 r., sygn. akt XVII AmA 44/09, niepubl.

¹⁶ E. Modzelewska – Wąchał, Ustawa o ochronie konkurencji i konsumentów. Komentarz, Wydawnictwo Twigger, Warszawa 2002, s. 44.

¹⁷ E. Modzelewska – Wąchał, Ustawa o ochronie konkurencji i konsumentów. Komentarz, Wydawnictwo Twigger, Warszawa 2002, s. 45.

¹⁸ Wyrok Europejskiego Trybunału Sprawiedliwości z dnia 28 marca 1984r. w sprawach połączonych 29 i 30/83 *Compagnie Royale Asturienne des Mines SA i Societe Rheinzink przeciwko Komisji Wspólnot Europejskich* Zb. Wyr. ETS 1984, 1679) za: Prawo konkurencji Wspólnoty Europejskiej. Orzecznictwo, Tom 1, Orzeczenia Europejskiego Trybunału Sprawiedliwości z lat 1962-1989, opracowanie i wprowadzenie A. Jurkowska, T. Skoczny, Wydawnictwo Naukowe Wydziału Zarządzania Uniwersytetu Warszawskiego, Warszawa 2004, s. 348.

przepisów ustawy z dnia 17 listopada 1964 r. *Kodeks postępowania cywilnego* (tekst jedn. Dz. U. z 2014 r., poz. 101 ze zm.) dotyczących reguł odnoszących się do domniemań faktycznych. Stosownie do art. 231 *Kodeksu postępowania cywilnego*, można uznać za ustalone fakty mające istotne znaczenie dla rozstrzygnięcia sprawy, jeżeli wniosek taki można wyprowadzić z innych ustalonych faktów. Również w orzecznictwie wskazywano, że fakt zawarcia zakazanego prawem porozumienia (w przypadku braku dowodów bezpośrednich) może być udowodniony w sposób pośredni, jeżeli podobieństwa postępowania przedsiębiorców nie da się wyjaśnić bez założenia uzgodnionego zachowania tych podmiotów na rynku¹⁹.

- (88) Należy przy tym zauważyć, że – jak podkreślił SOKiK w jednej ze spraw – „wykazanie istnienia zmowy przetargowej jest niezwykle trudne dowodowo. Podmioty, które dopuszczają się takich działań mając świadomość ich nielegalnego charakteru zwykle tuszują swe porozumienie. Zatem oceniać je możemy zwykle po rezultatach, przesłankach i całokształcie okoliczności sprawy”²⁰.
- (89) W niniejszej sprawie w ocenie Prezesa Urzędu mimo braku dowodów bezpośrednich, szereg okoliczności ustalonych w toku postępowania świadczy jednak o tym, że jego strony dokonywały uzgodnień w zakresie warunków składanych ofert oraz działań podejmowanych w toku postępowań o udzielenie zamówienia publicznego na dostawę przedmiotów zaopatrzenia mundurowego.
- (90) Pomiędzy Agrotur, Marko i Texpol funkcjonował mechanizm współpracy polegający na uzgadnianiu sposobu ich postępowania w toku postępowań przetargowych, co powodowało, że uczestnicy ci nie działali autonomicznie, tylko w porozumieniu. O zawarciu przez Agrotur, Marko i Texpol antykonkurencyjnego porozumienia będącego przedmiotem niniejszego postępowania antymonopolowego świadczy całokształt faktów i okoliczności przedstawionych poniżej.
- (91) W ocenie Prezesa Urzędu analiza działań Agrotur, Marko i Texpol w toku postępowań przetargowych opisanych w pkt **Błąd! Nie można odnaleźć źródła odwołania.** – (39) niniejszej decyzji wskazuje na zastosowanie przez nich **mechanizmu rozstawiania i wycofywania ofert**. Polega on na tym, że oferty działających w porozumieniu wykonawców są „rozstawiane”, tj. oferowane przez nich ceny są odpowiednio zróżnicowane, następnie po otwarciu ofert gdy okazuje się, że oferty członków

¹⁹ Por. wyrok Sądu Apelacyjnego w W-wie z dnia 13 października 2009r., sygn. VI ACa 6/09.

²⁰ Wyrok SOKiK z dnia 17 kwietnia 2008 r., sygn. akt XVII Ama 117/05, niepubl.

porozumienia zajmują kolejne po sobie, pierwsze miejsca, oferta niższa zostaje „wycofana” w wyniku nieprzekazania wymaganych informacji lub dokumentów. W orzecznictwie Prezesa Urzędu mechanizm działania przedsiębiorców polegający na sporządzeniu najkorzystniejszej oferty z błędami, czy brakami i ich nieusunięcie, niezuzupełnienie 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 uprawdopodobniający zawarcie z umowy przetargowej²¹. Podobnie w opublikowanych w lutym 2009 r. przez Organizację Współpracy Gospodarczej i Rozwoju (dalej jako: „OECD”) *Wytycznych dotyczących zwalczania z umów przetargowych* wyraźnie wskazano, że tego rodzaju zachowanie przedsiębiorców stanowi sygnał zawarcia umowy przetargowej²².

- (92) Wskazany antykonkurencyjny mechanizm rozstawiania i wycofania ofert został zastosowany przez strony niniejszego postępowania antymonopolowego w przetargach nr **93/M/MON/ZZŚM/PN/ZO/2011, części 1, 2 i 5** oraz **nr D/155/06/2012, zadanie nr 6**, w których strony niniejszego postępowania zajęły następujące po sobie miejsca według kryterium ceny.
- (93) W przypadku pierwszego w ww. przetargów, w trzech jego częściach, najkorzystniejsze oferty należały kolejno do Texpol, Agrotur i Marko, przy czym cena zaproponowana przez Texpol była znacznie niższa od kwoty jaką zamawiający zamierzał przeznaczyć na zrealizowanie zamówienia, natomiast ceny w ofertach Agrotur i Marko tę kwotę przewyższały. Oferta Texpol została odrzucona, ponieważ spółka ta nie przedłożyła aktualnej informacji z Krajowego Rejestru Karnego [pkt (21) niniejszej decyzji]. Kolejna najkorzystniejsza oferta należała do Agrotur, z którą zamawiający zawarł umowę na realizację ww. zamówienia w zakresie części nr 1 i 2. Zamawiający unieważnił postępowanie w części nr 5.
- (94) Praktyka polegająca na niedołączaniu przez oferentów do składanej dokumentacji wymaganych prawem oświadczeń jest charakterystyczna w przypadku chęci wprowadzenia omówionego wcześniej mechanizmu rozstawiania i wycofywania ofert. Zdaniem Prezesa Urzędu także w omawianym przypadku okoliczność niedopełnienia

²¹ 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.

²² Organisation for Economic Co-operation and Development, *Wytyczne dotyczące zwalczania z umów przetargowych*, luty 2009 r., s. 14, www.oecd.org.

wszystkich wymagań formalnych przez wykonawcę, który złożył najkorzystniejszą ofertą budzi poważne podejrzenia. Texpol wiedział, że jego oferta znajduje się na pierwszym miejscu, mimo to nie uzupełnił braków formalnych, co naraziło go na wykluczenie z postępowania przetargowego. Opisane działanie doprowadziło do wyboru przez zamawiającego oferty Agrotur droższej o ok. 50 000 zł brutto dla każdej z części zamówienia.

- (95) Podobna sytuacja miała miejsce w przypadku przetargu **nr D/155/06/2012, zadanie nr 6**, w którym najkorzystniejsze oferty należały kolejno do Agrotur, Marko i Texpol. Jednak, mimo wezwania zamawiającego, ani Agrotur, ani Marko nie uzupełnili braków formalnych w swoich ofertach – Agrotur nie przedstawił zaświadczenia z ZUS lub KRUS, natomiast Marko nie przedstawił zaświadczenia właściwego naczelnika urzędu skarbowego [pkt (31) niniejszej decyzji] – w wyniku czego za najkorzystniejszą uznano ofertę Texpol – droższą o ponad 50 000 zł brutto. Podkreślenia przy tym wymaga, że zarówno Agrotur, jak i Marko byli w posiadaniu ww. dokumentów, mimo to nie przedłożyli ich zamawiającemu, co z kolei skutkowało odrzuceniem ich ofert.
- (96) W ocenie Prezesa Urzędu zachowania Agrotur oraz Marko w przedmiotowym przetargu nie można wytłumaczyć inaczej niż realizacją uprzednich uzgodnień z Texpol, bowiem w normalnych warunkach rynkowych wątpliwe jest, aby przedsiębiorcy mający wiedzę, że ich oferty zostały ocenione jako najlepsze (a tak było w tym przypadku) zdecydowali się na rezygnację z realizacji zamówienia. Jak już wskazano powyżej, fakt, że wykonawca z korzystniejszą ofertą nie uzupełnia wszystkich wymaganych dokumentów (pomimo, że je posiada), co skutkuje jego wykluczeniem z przetargu, budzi podejrzenia i może być uznany za okoliczność świadcząca o zawarciu umowy przetargowej.
- (97) Analogiczny schemat rozstawiania i wycofywania ofert został zastosowany przez strony niniejszego postępowania także w przetargach **nr D/39/03/2012, zadanie nr 4 oraz D/176/07/2012, zadania nr 1 i 2**, w przypadku których oferenci, których oferty były najkorzystniejsze wycofywali się z podpisania umowy z zamawiającym.
- (98) W przypadku postępowania **nr D/39/03/2012, zadanie nr 4**, Agrotur wycofał się z podpisania umowy wskazując na zmienne czynniki ekonomiczne uniemożliwiające należyte i korzystne wykonanie zamówienia. Ostatecznie umowę z zamawiającym zawarł Texpol, którego oferta była drugą najkorzystniejszą po Agrotur.

- (99) Z kolei w przetargu **nr D/176/07/2012, zadania nr 1 i 2**, Texpol, którego oferta była najkorzystniejsza, odstąpił od podpisania umowy wskazując na zbyt krótki termin jej realizacji. Po wyborze kolejnej oferty w zakresie obu ww. zadań, zamawiający unieważnił tę czynność ze względu na fakt, że zaproponowane w nich ceny przewyższały kwotę jaką zamawiający przeznaczył na sfinansowanie przedmiotowych części zamówienia.
- (100) Zdaniem Prezesa Urzędu **opisane powyżej działania** Agrotur Marko oraz Texpol we wskazanych postępowaniach przetargowych **świadczą o realizacji uzgodnień i nie mogą być uzasadnione inaczej niż zawarciem zmowy przetargowej.**
- (101) Powyższą tezę potwierdza dodatkowo okoliczność, że oferty składane przez strony niniejszego postępowania antymonopolowego w ramach wszystkich omawianych przetargów zawsze zawierały braki formalne dotyczące dokumentów potwierdzających spełnienie warunków udziału w postępowaniu. W ocenie Prezesa Urzędu takie działanie budzi podejrzenia, mimo że w niektórych przypadkach spółki ww. wskazane braki uzupełniały, bowiem fakt ten odnosi się do przedsiębiorców regularnie biorących udział w przetargach. Trudno uzasadnić okoliczność, aby wykonawca – jak to miało miejsce np. w przypadku Texpol – nigdy nie załączał do swojej oferty zaświadczenia z ZUS lub KRUS, zwłaszcza, że każdorazowo był wzywany przez zamawiającego do uzupełnienia tego braku. Zdaniem Prezesa Urzędu takie działanie było elementem strategii stron niniejszego postępowania antymonopolowego i umożliwiało im podejmowanie dalszych działań stosownie do całokształtu okoliczności danego postępowania przetargowego.
- (102) W tym miejscu należy także odnieść się do kwestii utraty wpłacanych przez oferentów wadium, do których dochodziło w niektórych przypadkach nieuzupełnienia braków formalnych w ofercie lub odstąpienia od podpisania umowy. Przede wszystkim należy wskazać, że z ustaleń Prezesa Urzędu wynika, że kwoty przeznaczone na realizację zamówień na dostawy przedmiotów zaopatrzenia mundurowego są bardzo wysokie w stosunku do wysokości wadium wpłacanego przez oferentów, które mieści się w granicach od kilku do kilkunastu tysięcy złotych. Jak wskazano powyżej, w wyniku skutecznego wprowadzenia mechanizmu rozstawiania i wycofania ofert może dojść do wyboru oferty droższej nawet o kilkadziesiąt tysięcy złotych brutto. W ocenie Prezesa Urzędu tak znaczące różnice między ww. kwotami rekompensują oferentom utratę wadium, albowiem zyski czerpane z porozumienia znacznie przewyższają wysokość wadium.

- (103) Tezę o działaniu stron tego postępowania w porozumieniu wzmocnia też okoliczność, że przy realizacji zamówień **nr 93/M/MON/ZZŚM/PN/ZO/2011, część nr 1 i 2 oraz D/39/03/2012, zadanie nr 4**, spółki świadczyły wzajemne usługi podwykonawstwa.
- (104) Z informacji zgromadzonych w toku postępowania wynika, że pierwsze z ww. zamówień **w rzeczywistości zostało zrealizowane przez Texpol**, który w imieniu Agrotur przeprowadził kontrolę jakości oraz dostarczył całość zamówienia pod wskazany adres. Udział w realizacji zamówienia miał również Marko, który dostarczył Texpol niemal połowę finalnego wyrobu (2410 kompletów bielizny).
- (105) Działanie Texpol w toku przedmiotowego postępowania przetargowego należy uznać za niekonsekwentne i budzące wątpliwości. Mianowicie, Texpol złożył ofertę na realizację omawianego zamówienia, następnie jednak, nie dopełnił powszechnego w przetargach wymagania (tj. przekazania informacji z Krajowego Rejestru Karnego), w związku z czym został z przetargu wykluczony. Ostatecznie dostarczył na rzecz Agrotur całość przedmiotów zaopatrzenia mundurowego, wynikających z zakresu omawianego zamówienia. Zdaniem Prezesa Urzędu powyższe zachowanie Texpol należy uznać za nieracjonalne. Najpierw bowiem przedsiębiorca ten uznał, iż nie jest w stanie lub też nie jest skłonny zrealizować zamówienia, następnie zaś podjął się jego realizacji jako podwykonawca. Zachowanie takie staje się racjonalne dopiero w świetle założenia istnienia między przedsiębiorcami porozumienia ograniczającego konkurencję, którego celem było doprowadzenie do wyboru przez organizatora przetargu mniej korzystnej spośród ofert tych przedsiębiorców. Podkreślić dodatkowo należy, że wycofanie się z przetargu oferenta z niższą ofertą, który potem okazuje się być jednym z podwykonawców zostało wprost uznane w *Wytycznych dotyczących zwalczania zmów przetargowych* OECD za ewidentny sygnał zawarcia umowy przetargowej²³.
- (106) Nie bez znaczenia pozostaje również fakt, że rezultat niniejszego przetargu, tj. udzielenie zamówienia Agrotur i powierzenie jego realizacji Texpol był korzystny dla wszystkich stron postępowania. Agrotur „zwolnił się” z realizacji zamówienia i nie wykonując żadnych prac otrzymał ok. 116 237,00 zł brutto. Zamówienie zostało natomiast zrealizowane przez Texpol przy współpracy z Marko, który dostarczył Texpol 2410 kompletów bielizny.

²³ Organisation for Economic Cooperation and Development, *Wytyczne dotyczące zwalczania zmów przetargowych*, luty 2009 r., s. 14, www.oecd.org.

- (107) Poza ww. przypadkiem, należy również zwrócić uwagę na zamówienie nr D/39/03/2012, zadanie nr 4, w którym Texpol korzystał w usług podwykonawstwa Agrotur, który pierwotnie zajmował pierwsze miejsce, a następnie wycofał się z udziału w nim. Zatem także w tym przypadku strony niniejszego postępowania antymonopolowego odniosły korzyści płynące z realizacji zamówienia na dostawę przedmiotów zaopatrzenia mundurowego.
- (108) W ocenie Prezesa Urzędu, zachowania stron przy realizacji części nr 1 i 2 zamówienia nr 93/M/MON/ZZŚM/PN/ZO/2011 oraz nr D/39/03/2012 potwierdzają tezę o istnieniu między nimi wcześniejszego porozumienia.
- (109) W ocenie Prezesa Urzędu, na uzgodniony charakter działań Agrotur, Marko i Texpol wskazuje także okoliczność, że wraz ze swoimi ofertami spółki składały gwarancje wadialne, które zostały wystawione tego samego dnia, przez ten sam zakład ubezpieczeniowy oraz oznaczone następującymi po sobie numerami [pkt (27), (32) i (38) niniejszej decyzji]. W ocenie Prezesa Urzędu nie może to być inaczej uzasadnione jak tylko działaniem w uzgodnieniu, zwłaszcza że taka sytuacja miała miejsce trzykrotnie, w ramach odrębnych przetargów, ogłoszonych po upływie kilku miesięcy. W tym zakresie nie zasługuje na uwzględnienie stanowisko stron, zgodnie z którym zbieżność numerów gwarancji wadialnych wynika z niewielkiej liczby ich udzielania przez lokalny inspektorat PZU S.A. Przede wszystkim trudno jest uzasadnić już sam fakt wystawienia przedmiotowych gwarancji tego samego dnia. Analizując z kolei numery gwarancji wystawionych w kwietniu (na potrzeby pierwszego z ww. przetargów) oraz numery gwarancji wystawionych w sierpniu (na potrzeby drugiego i trzeciego przetargu), należy wskazać, że na przestrzeni tych miesięcy zostało wystawionych niemal 350 takich dokumentów.
- (110) Poza tym, przy ocenie niniejszej sprawy nie bez znaczenia pozostaje fakt, że oferty złożone we wszystkich omawianych przetargach zostały wypełnione co najmniej bardzo podobnym charakterem pisma.
- (111) W ocenie Prezesa Urzędu, sytuacje, gdy jedna osoba sporządza oferty w imieniu trzech przedsiębiorców ubiegających się o to samo zamówienie wskazują co najmniej na daleko idącą współpracę między nimi, ułatwiającą powzięcie i realizowanie postanowień mających na celu ograniczenie konkurencji. W określonych sytuacjach okoliczność powyższa może pozwalać na dalej idące wnioski, wskazując wprost na

istnienie między uczestnikami rynku zмовy i jest tak również w niniejszej sprawie. Stwierdzony fakt wypełnienia ofert co najmniej bardzo zbliżonym charakterem pisma daje podstawy do stwierdzenia, iż co najmniej jeden z uczestników postępowania (osoba przygotowująca oferty; jako nieprawdopodobne w świetle doświadczenia życiowego jawi się, by oferty sporządzała osoba trzecia, niepowiązana z żadną ze stron postępowania) znał wysokość ofert pozostałych. Jest wysoce wątpliwe, by takie zachowanie wystąpiło w przypadku realnej konkurencji między uczestnikami niniejszego postępowania, bowiem konkurujący ze sobą uczestnicy przetargu co do zasady nie przygotowują ofert wspólnie. Strony postępowania nie przedstawiły również żadnego wyjaśnienia, które pozwalałoby powyższą okoliczność – zwłaszcza w powiązaniu z innymi ustaleniami dokonanymi w niniejszej sprawie, w szczególności dotyczącymi zachowania stron w przetargach – interpretować inaczej niż w kontekście łączącego je porozumienia ograniczającego konkurencję.

- (112) Ponadto, istotna przy ocenie działań stron niniejszego postępowania jest okoliczność, że w postępowaniu nr D/176/07/2012 oferty Agrotur, Marko i Texpol zostały złożone u zamawiającego przez tę samą osobę. W ocenie Prezesa Urzędu nie zasługuje na uwzględnienie argument, że działanie to miało u swojej podstawy względy ekonomiczne i wynikało z chęci ograniczenia kosztów. Należy bowiem mieć na uwadze, że takie działanie w przypadku ofert konkurujących ze sobą przedsiębiorców jest bardzo ryzykowne. Przede wszystkim skorzystanie z usług pracownika konkurenta (był to w czasie składania ofert pracownik Marko i Agrotur) przy dostarczaniu ofert wiąże się z ryzykiem niezłożenia tej oferty u zamawiającego. Poza tym takie działanie wiązało się z ryzykiem, że osoba dostarczająca oferty zapozna się z ich treścią oraz dokona zmian zapewniających swojemu pracodawcy (swoim pracodawcom) wygraną. W ocenie Prezesa Urzędu, fakt, że strony niniejszego postępowania nie uwzględniły opisanego ryzyka – realnego w przypadku rzeczywiście konkurujących ze sobą przedsiębiorców – potwierdza, że działały one w porozumieniu, w związku z czym to ryzyko ich nie dotyczyło.
- (113) Nie bez znaczenia dla oceny niniejszej sprawy jest okoliczność, że Agrotur, Marko i Texpol pozostawały w stałej współpracy. Jak wskazano powyżej spółki świadczyły wzajemne usługi podwykonawstwa, a także wystawiały sobie wzajemne referencje, które potwierdzały spełnienie warunku posiadania przez nie wiedzy i doświadczenia –

wymaganego od wykonawców biorących udział w postępowaniach przetargowych na dostawę przedmiotów zaopatrzenia mundurowego.

- (114) Wobec przedstawionych okoliczności, w ocenie Prezesa Urzędu spełniona została przesłanka zastosowania art. 6 ust. 1 pkt 7 ustawy *o ochronie konkurencji i konsumentów* polegająca na zawiązaniu porozumienia według zasad określonych w art. 4 pkt 5 ww. ustawy.
- (115) Dokonując oceny zarzutu należy w dalszej kolejności podkreślić, że dla uznania porozumienia za naruszające zakaz określony w przepisie art. 6 ust. 1 pkt 7 u.o.k.k. wystarczające jest, aby celem kwestionowanych zachowań lub ich skutkiem było naruszenie konkurencji.
- (116) Cel i skutek porozumienia mają charakter alternatywny, a dla zastosowania zakazu porozumień ograniczających konkurencję wystarczy, spełnienie jednej z omawianych przesłanek. Zgodnie z orzecznictwem sądowym „(...) dla uznania konkretnego działania albo zaniechania za przejaw praktyki monopolistycznej nie jest wcale konieczne, aby owo zachowanie wywołało skutki na rynku. Dla bytu praktyki monopolistycznej wystarczająca jest już bowiem sama możliwość wystąpienia na rynku negatywnych skutków będących przejawem ograniczenia konkurencji”²⁴.
- (117) Jednocześnie należy zwrócić uwagę, że **brak konieczności badania skutków porozumienia dotyczy m.in. kategorii porozumień określonej w art. 6 ust. 1 pkt 7 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów**, tj. porozumień, polegających na uzgadnianiu przez przedsiębiorców przystępujących do przetargu lub przez tych przedsiębiorców i przedsiębiorcę będącego organizatorem przetargu warunków składanych ofert, w szczególności zakresu prac lub ceny²⁵, a więc takich jak porozumienie w niniejszej sprawie. Dla stwierdzenia naruszenia art. 6 ust. 1 pkt 7 ustawy *o ochronie konkurencji i konsumentów* nie ma istotnego znaczenia czy doszło do ograniczenia lub eliminacji konkurencji, skoro sam cel może stanowić o nielegalności porozumienia²⁶. Ograniczeniem konkurencji jest samo uzgodnienie

²⁴ Wyrok Sądu Antymonopolowego z dnia 15 lipca 1998 r., sygn. XVII Ama 32/98, niepubl.

²⁵ Wyrok SOKiK z 27.10.2011 r., sygn. akt XVII AmA 204/09; wyrok SOKiK z dnia 24 marca 2004 r., sygn. akt XVII Ama 40/02, Dz. Urz. UOKiK z 2004 r. 3/310; K. Kohutek [w:] K. Kohutek, M. Sieradzka, Ustawa o ochronie konkurencji i konsumentów. Komentarz. 2. wydanie, Warszawa 2014, s. 287.

²⁶ Wyrok SOKiK z dnia 24 marca 2004 r., sygn. akt XVII Ama 40/02, Dz. Urz. UOKiK z 2004 r. 3/310.

przez przedsiębiorców warunków ofert złożonych w przetargu, niezależnie od tego, czy uda im się wpłynąć na wynik przetargu²⁷.

- (118) W niniejszej sprawie antykonkurencyjny cel porozumienia jest jednoznaczny, mamy do czynienia z działaniem stron polegającym na nieuzasadnionej rezygnacji z ubiegania się o udzielenie zamówienia poprzez odstępowanie od podjęcia określonych czynności w toku przetargów, aby doprowadzić do wyboru oferty tego z nich, który w danym przetargu zaoferował wyższą cenę za wykonanie zamówienia oraz z uzgadnianiem warunków składanych ofert. Celem współpracy przedsiębiorców było niewątpliwie ograniczenie konkurencji. Tym samym spełniony został warunek zastosowania art. 6 ust. 1 u.o.k.k.

IV.2. Zakres podmiotowy porozumienia

- (119) Z porozumieniem ograniczającym konkurencję mamy do czynienia, gdy jest ono zawarte pomiędzy co najmniej dwoma niezależnymi od siebie przedsiębiorcami. W przedmiotowej sprawie Prezes Urzędu ustalił, że rozpatrywane porozumienie dotyczące przetargów na dostawę przedmiotów zaopatrzenia mundurowego wynika z uzgodnień dokonywanych między spółkami Agrotur, Marko i Texpol.
- (120) W tym miejscu należy uzasadnić ocenę, że zawierając kwestionowane porozumienie, jego strony, tj. Agrotur, Marko i Texpol działali jako niezależni przedsiębiorcy. Jak zostało już w niniejszej decyzji wskazane, pomiędzy stronami niniejszego postępowania istnieją powiązania osobowe [pkt (9) decyzji]. Forma i zakres tych powiązań nie niweczy jednak wniosku, że zawierając porozumienie, jego strony były niezależne względem siebie. Zaznaczenia wymaga, że między ww. spółkami brak jest innych (kapitałowych czy organizacyjnych) powiązań. O wzajemnej niezależności Agrotur, Marko i Texpol świadczą następujące okoliczności.
- (121) Po pierwsze należy zauważyć, że przedsiębiorcy zawierający porozumienie nie tworzyli grupy kapitałowej w rozumieniu art. 4 pkt 14 ustawy *o ochronie konkurencji i konsumentów*, zawierającego definicję grupy kapitałowej. W świetle tego przepisu przez grupę kapitałową należy rozumieć wszystkich przedsiębiorców, którzy są kontrolowani w sposób bezpośredni lub pośredni przez jednego przedsiębiorcę, w tym również tego przedsiębiorcę. Pomędzy przedsiębiorcami należącymi do grupy kapitałowej zachodzi stosunek zależności i dominacji, w którym jedna ze stron ma

²⁷ Wyrok SN z dnia 14 stycznia 2009, sygn. akt III SK 26/08, OSNP 2010, Nr 13-14, poz. 179.

możliwość dokonywania kontroli nad inną stroną. Przez kontrolę rozumie się możliwość wywierania decydującego wpływu na innego przedsiębiorcę²⁸.

- (122) Strony niniejszego postępowania pozostają niezależne, żadna z nich nie sprawuje bezpośredniej lub pośredniej kontroli nad pozostałymi, w związku z czym należy uznać, że nie należą one do jednej grupy kapitałowej.
- (123) Związki między stronami porozumienia nie są również tego rodzaju, by móc uczestników postępowania w niniejszej sprawie traktować jako jeden podmiot gospodarczy (ang. *single economic unit*), które to pojęcie ukształtowało się na gruncie unijnego prawa konkurencji.
- (124) Pojęcie *single economic unit* zakłada wyłączenie zastosowania zakazu antykonkurencyjnych porozumień w stosunku do porozumień pomiędzy przedsiębiorstwem zależnym i dominującym należącymi do tej samej grupy, w ramach której przedsiębiorstwa zależne nie mają rzeczywistej swobody określania swego postępowania na rynku.
- (125) Mając powyższe na uwadze należy zauważyć, że z jednej strony w niniejszej sprawie niewątpliwie istnieją pomiędzy Agrotur i Marko powiązania osobowe: wspólnikami Agrotur jest rodzeństwo, **[informacja utajniona]**, która posiada 946 udziałów i **[informacja utajniona]**, który posiada 2 udziały. Pan **[informacja utajniona]** jest także większościowym udziałowcem spółki Marko, w której posiada 151 udziałów. Pozostałe 2 udziały w Marko posiada Pani **[informacja utajniona]**.
- (126) Z drugiej jednak strony w opinii Prezesa Urzędu opisane powyżej powiązania nie są tego rodzaju, by niweczyły uznanie niezależności stron niniejszego postępowania, ponieważ liczba posiadanych udziałów przez p. **[informacja utajniona]** w Agrotur oraz p. **[informacja utajniona]** w Marko uniemożliwiają im wywieranie jakiegokolwiek wpływu na działalność tych spółek. Należy przy tym wskazać, że same jakiegokolwiek powiązania osobowe między przedsiębiorcami nie są wystarczające, by uznać je za jeden organizm gospodarczy²⁹.
- (127) Należy podkreślić, że poza opisanymi wyżej powiązaniem osobowymi, między Agrotur, Marko i Texpol nie istniały inne dodatkowe powiązania, które w prawie unijnym są uznawane za istotne z punktu widzenia zakwalifikowania podmiotów jako *single economic unit*. Brak jest w niniejszej sprawie powiązań kapitałowych między

²⁸ K. Kohutek (w:) K. Kohutek, M. Sieradzka, *Ustawa o ochronie konkurencji i konsumentów. Komentarz*, Warszawa 2008 r., s. 237.

²⁹ Decyzja Komisji z 15 maja 1991 r. w sprawie nr IV/32186 *Gosmé/Martell-DMP*, oraz wyrok Sądu w sprawie T-141/89 *Tréfileurope Sales SARL*.

stronami postępowania a także powiązań personalnych między ich organami wykonawczymi oraz wspólnikami, które to okoliczności uznawane są za istotne w orzecznictwie unijnym³⁰.

- (128) W podsumowaniu należy uznać, że porozumienie w niniejszej sprawie zostało zawarte pomiędzy niezależnymi przedsiębiorcami.

IV.3. Czas trwania porozumienia ograniczającego konkurencję

- (129) W ocenie Prezesa Urzędu porozumienie stwierdzone w pkt I sentencji niniejszej decyzji, stanowi porozumienie **ciągłe i jednolite**. Mamy bowiem do czynienia z powtarzalnym, jednorodnym zachowaniem stron polegającym na dokonywaniu uzgodnień zachowań wpływających na ostateczne wyniki przetargów, a prowadzących się do nieuzasadnionego nieuzupełniania ofert, bądź też odstępowania od zawarcia umowy, celem zawarcia umowy z tym członkiem porozumienia, który zaoferował najwyższą cenę. Nie bez znaczenia pozostaje także fakt, że wszystkie zidentyfikowane w niniejszej decyzji przetargi miały na celu ograniczenie konkurencji na tym samym rynku właściwym. Wszystkie postępowania przetargowe dotyczyły bowiem tej samej kategorii produktów, a uczestnikami porozumienia byli ci sami przedsiębiorcy.
- (130) W ocenie Prezesa Urzędu, przedstawione okoliczności przemawiają za uznaniem działań Agrotur, Marko i Texpol podejmowanych w toku wskazanych w niniejszej decyzji postępowań przetargowych, za działania podejmowane w ramach jednolitego i ciągłego porozumienia. Przedstawione stanowisko jest spójne z orzecznictwem unijnym, które podkreśla, że istotną okolicznością dla ustalenia, czy naruszenie jest jednolite i ciągłe, czy też istnieje kilka odrębnych naruszeń, jest wspólność celu, to jest wpływu na konkurencję na danym rynku produktowym³¹.
- (131) Jednocześnie, należy stwierdzić, że na ocenę porozumienia jako porozumienia ciągłego i jednolitego nie wpływa okoliczność, że nie w każdym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, wszystkie trzy spółki podejmowały działania bezpośrednio wpływające na ostateczne rozstrzygnięcie danego przetargu – nie zmienia to bowiem istoty omawianego porozumienia, którym przez cały okres obowiązywania było uzgadnianie zachowań wpływających na ostateczne wyniki

³⁰ Wyrok TS w sprawach w połączonych C-189/02 P, C-202/02 P, C-205/02 P do C-208/02 P i C-213/02 P Dansk Rorindustri A/S, Henss/Isoplus group i inni.

postępowania przetargowych. Na tę ocenę oddziałuje także istnienie swoistej rotacji w zakresie podejmowanych przez strony porozumienia działań, wygrywanych przetargów, podwykonawstwa.

- (132) W ocenie Prezesa Urzędu jednoznacznie można stwierdzić, że istnieją dowody pośrednie świadczące o tym, że zмова przetargowa została zrealizowana w siedmiu opisanych przypadkach, które miały miejsce w 2011 i 2012 r. [pkt **Błąd! Nie można odnaleźć źródła odwołania.**- (34) niniejszej decyzji]. Jednocześnie biorąc pod uwagę okoliczność, że istotą przedmiotowego porozumienia było uzgadnianie przez Agrotur, Marko i Texpol warunków składanych ofert oraz zasad postępowania w przetargach, Prezes Urzędu przyjął, że praktyka została zaniechana z dniem 17 października 2012 r., w którym doszło do unieważnienia przetargu nr D/176/07/2012. Przetarg ten był chronologicznie ostatnim przetargiem, w którym Prezes Urzędu ustalił istnienie przejawów realizacji antykonkurencyjnego porozumienia. Jednocześnie Prezes Urzędu nie dysponuje dowodami istnienia kwestionowanego tą decyzją porozumienia między spółkami po tej dacie.
- (133) Ze względu na fakt, że okoliczności świadczące o realizacji zmony zostały zidentyfikowane w przetargu nr D/176/07/2012 jako w ostatnim przetargu chronologicznie oraz z uwagi na brak dowodów świadczących o dalszym trwaniu porozumienia, należało stwierdzić zaniechanie stosowanej praktyki z dniem **17 października 2012 r.**
- (134) Odpowiadając na zarzut przedawnienia wszczęcia postępowania w zakresie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego 93/M/MON/ZZŚM/PN/ZO/2011 części nr 1 i 2, podnoszony przez Texpol, należy wskazać, że zgodnie z art. 93 u.o.k.k. nie wszczyna się postępowania w sprawie stosowania praktyk ograniczających konkurencję, jeżeli od końca roku, w którym zaprzestano ich stosowania, upłynął rok. Jak wykazano powyższej porozumienie między Agrotur, Marko i Texpol stwierdzone niniejszą decyzją ma charakter jednolity i ciągły, a w jego zakres wchodzi także ww. przetarg z 2011 r. Prezes Urzędu stwierdził zaniechanie stosowania przedmiotowej praktyki z dniem 17 października 2012 r. Postanowienie o wszczęciu niniejszego postępowania zostało natomiast wydane 30 grudnia 2013 r.

³¹ 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.

(135) Odnosząc się do powyższego, należy wskazać, że od końca roku w którym zaniechano stosowania praktyki, do wszczęcia przez Prezesa Urzędu postępowania antymonopolowego w niniejszej sprawie, nie upłynął rok, z którym ustawa *o ochronie konkurencji i konsumentów* wiąże przedawnienie wszczęcia postępowania. W związku z tym, zarzut Texpol w zakresie przedawnienia wszczęcia postępowania antymonopolowego w przedmiotowej sprawie należy uznać za bezzasadny.

IV.5. Wyłączenia spod zakazu porozumień ograniczających konkurencję

(136) W niniejszej sprawie doszło do zawarcia porozumienia, którego celem jest ograniczenie konkurencji na krajowym rynku dostawy przedmiotów zaopatrzenia mundurowego, poprzez uzgadnianie przez Agrotur, Marko i Texpol warunków składanych ofert.

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

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

Zasada de minimis

(138) 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 u.o.k.k. 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%.

- (139) Niemniej jednak, zgodnie z ust. 2 art. 7 u.o.k.k. 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 u.o.k.k.

Wyłączenia grupowe

- (140) Przepis art. 8 ust. 3 u.o.k.k. 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.

Wyłączenie na podstawie art. 8 ust. 1

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

V. Kara pieniężna

- (142) Przepis art. 106 ust. 1 pkt 1 ustawy *o ochronie konkurencji i konsumentów* stanowi, że organ antymonopolowy może nałożyć na przedsiębiorcę, w drodze decyzji, karę pieniężną w wysokości nie większej niż 10% przychodu osiągniętego w roku rozliczeniowym poprzedzającym rok nałożenia kary, jeżeli przedsiębiorca ten, choćby nieumyślnie, dopuścił się naruszenia zakazu określonego w art. 6 ww. ustawy, w zakresie niewyłączonym na podstawie art. 7 i 8 u.o.k.k. W związku z powyższym, ustawa *o ochronie konkurencji i konsumentów* wprowadza zasadę fakultatywności kary pieniężnej nakładanej przez Prezesa Urzędu na przedsiębiorców. Fakultatywność

w tym przypadku oznacza, że za żaden rodzaj naruszenia Prezes Urzędu nie ma obowiązku ukarania podmiotu, który dopuszcza się naruszenia³². W każdym przypadku do organu antymonopolowego należy ocena, czy w konkretnym stanie faktycznym zasadne jest sięgnięcie po najcięższą sankcję. Również żaden przepis ustawy *o ochronie konkurencji i konsumentów* ani też przepis żadnego aktu wykonawczego nie wskazuje wprost wysokości kary, jaką należałoby nałożyć za określony czyn. Zatem fakultatywność kar pieniężnych dotyczy nie tylko wysokości nakładanej kary pieniężnej, ale również samego faktu jej nałożenia³³. Bowiem nakładanie kar w trybie określonym ustawą *o ochronie konkurencji i konsumentów* następuje w drodze uznania administracyjnego, które jest szczególną formą wykonania przepisów prawa, polegającą na tym, że nie ustawodawca, lecz organ stosujący przepisy prawa uwzględnia indywidualne warunki dla wydania decyzji i decyduje o wysokości kary pieniężnej oraz samym fakcie jej nałożenia.

V.1. Przesłanka „co najmniej nieumyślnego” naruszenia przepisów

- (143) Rozstrzygnięcie w przedmiocie nałożenia przez Prezesa Urzędu, na podstawie art. 106 ust. 1 pkt 1 u.o.k.k., administracyjnej kary pieniężnej za naruszenie zakazu określonego w art. 6 u.o.k.k. ma fakultatywny charakter, przy czym możliwość nałożenia na przedsiębiorcę tej kary wymaga stwierdzenia, że naruszenie zakazu określonego w ww. przepisach ustawy było „co najmniej nieumyślne”.
- (144) Dokonując oceny umyślności działania stron niniejszego postępowania, Prezes Urzędu uwzględnił dokonane wcześniej zważenia w zakresie zawarcia porozumienia [pkt (82)-(114) niniejszej decyzji] oraz antykonkurencyjnego charakteru tego porozumienia [pkt (115)-(118) niniejszej decyzji]. Należy wskazać, że dla przypisania Agrotur, Marko i Texpol umyślności bądź nieumyślności zawarcia porozumienia ograniczającego konkurencję, konieczne jest stwierdzenie, że odnosiła się ona do wszystkich ww. elementów, tzn. do faktu zawarcia porozumienia oraz do jego antykonkurencyjnego charakteru.
- (145) Analizując wystąpienie przesłanki „co najmniej nieumyślnego” naruszenia zakazu porozumień ograniczających konkurencję Prezes Urzędu wziął pod uwagę wyrok Sądu Najwyższego z dnia 21 kwietnia 2011 r., zgodnie z którym subiektywna przesłanka nałożenia kary pieniężnej jest spełniona jeśli zostanie wykazane, że

³² C. Banasiński, E. Piontek (red.), *Ustawa o ochronie konkurencji i konsumentów. Komentarz*, LexisNexis, Warszawa 2009, s. 950.

„przedsiębiorca miał świadomość, że swoim zachowaniem narusza zakaz praktyk ograniczających konkurencję, lub (...) jako profesjonalny uczestnik obrotu mógł (powinien był) taką świadomość mieć”³⁴. Prezes Urzędu uwzględnił także stanowisko Trybunału Sprawiedliwości UE, który w wyroku z dnia 11 lipca 1989 r., uznał, że aby naruszenie było traktowane jako popełnione umyślnie nie jest konieczne, aby przedsiębiorstwo było świadome naruszenia reguł konkurencji, wystarcza natomiast, że nie mogło nie być świadome, że sporne zachowanie miało na celu ograniczenie konkurencji³⁵. Warto wskazać, że z powołanym orzecnictwem koresponduje również stanowisko wyrażone w wyroku Trybunału z dnia 18 czerwca 2013 r., w którym wskazano, że „jeżeli chodzi o kwestię tego, czy dane naruszenie zostało popełnione umyślnie lub w wyniku niedbalstwa (...) przesłanka ta jest spełniona, jeżeli dane przedsiębiorstwo nie może nie wiedzieć, że jego działanie ma charakter antykonkurencyjny, niezależnie od tego, czy ma świadomość naruszenia reguł konkurencji zawartych w Traktacie, czy też nie”³⁶.

- (146) Odnosząc powyższe do stanu faktycznego niniejszego postępowania Prezes Urzędu uznał, że zawarte przez Agrotur, Marko i Texpol antykonkurencyjne porozumienie miało charakter umyślny. Powyższa ocena wynika z całokształtu okoliczności sprawy, a zwłaszcza działań podejmowanych przez Agrotur, Marko i Texpol w toku postępowań przetargowych, które jednoznacznie wskazują, że spółki te realizowały pewną, z góry określoną taktykę, której celem było przyniesienie im maksymalnych korzyści finansowych. O umyślności działań stron niniejszego postępowania świadczą przede wszystkim przypadki odstępowania od zawarcia umowy lub niedopełnianie formalnych obowiązków (które nie powinny być problematyczne dla przedsiębiorców stale uczestniczących w przetargach) skutkujących odrzuceniem oferty, w przetargach, gdy oferta najkorzystniejsza i kolejna były złożone przez strony niniejszego postępowania. Poza tym, Prezes Urzędu wziął także pod uwagę okoliczność, że osobne oferty Agrotur, Marko i Texpol złożone w kilku postępowaniach przetargowych były wypełnione bardzo podobnym charakterem pisma, zdarzyła się także sytuacja, że ta sama osoba złożyła wszystkie trzy oferty u zamawiającego. Ze zgromadzonego materiału dowodowego wynika także, że Agrotur, Marko i Texpol

³³ *Ibidem*.

³⁴ Wyrok Sądu Najwyższego z dnia 21 kwietnia 2011 r., sygn. akt III SK 45/10, LEX nr 901645.

³⁵ Wyrok TS z dnia 11 lipca 1989 r. w sprawie 246/86 S.C. Belasco i inni v. Komisja; por. także wyrok Sądu Pierwszej Instancji z dnia 1 kwietnia 1993 r. w sprawie T-65/89 BPB Industries plc and British Gypsum Limited v. Komisja, www.curia.europa.eu.

posługiwali się gwarancjami wadialnymi wystawionymi tego samego dnia, kolejno po sobie, przez jednego ubezpieczyciela.

- (147) W ocenie Prezesa Urzędu przedstawione okoliczności pozwalają stwierdzić, że między stronami niniejszego postępowania doszło do pełnej koordynacji działań oraz wytyczenia strategii mającej na celu realizację z góry powziętego planu udziału w przetargach. W ocenie Prezesa Urzędu Agrotur, Marko i Texpol dążyły do ograniczenia konkurencji na rynku dostawy przedmiotów zaopatrzenia mundurowego z jednej strony poprzez uniemożliwienie zamawiającym wyboru najkorzystniejszej oferty, z drugiej natomiast eliminację niepewności w zakresie wartości wzajemnych, konkurujących ze sobą ofert. Analiza stanu faktycznego niniejszego postępowania wskazuje, że ww. spółki nie mogły być nieświadome, że ich zachowania stanowią naruszenie zasad konkurencji.
- (148) Prezes Urzędu uwzględnił w dalszej kolejności okoliczność, że stwierdzone tą decyzją porozumienie ograniczające konkurencję dotyczyło praktyki nazwanej, określonej wprost w ustawowym katalogu praktyk zakazanych. W związku z tym stwierdzone przez Prezesa Urzędu naruszenie należy do najbardziej typowych zachowań sprzecznych z ustawą *o ochronie konkurencji i konsumentów*. Wszystkie powyższe okoliczności przemawiają za uznaniem umyślności działań Stron postępowania.
- (149) Biorąc pod uwagę powyższe okoliczności, Prezes Urzędu uznał, że stwierdzone niniejszą decyzją naruszenie zakazu określonego w art. 6 ust. 1 pkt 7 ustawy *o ochronie konkurencji i konsumentów* ma **charakter umyślny**. Tym samym, **kryterium „co najmniej nieumyślnego” naruszenia** zakazu zawierania porozumień ograniczających konkurencję należy uznać za **spełnione**. Prezes Urzędu jest zatem uprawniony do nałożenia na strony niniejszego postępowania kar pieniężnych.

V.2. *Wysokość kary pieniężnej*

- (150) Ustalając wysokość kary pieniężnej Prezes Urzędu oparł się na art. 106 ust. 1 pkt 1 u.o.k.k., zgodnie z którym wysokość nakładanej przez organ antymonopolowy na przedsiębiorcę kary pieniężnej nie może przekraczać 10% przychodu osiągniętego w roku rozliczeniowym poprzedzającym rok nałożenia kary. Zarazem Prezes Urzędu wziął pod uwagę przepis art. 111 u.o.k.k., nakazujący przy ustalaniu wysokości kar pieniężnych uwzględnienie w szczególności okresu, stopnia oraz okoliczności

³⁶ Wyrok TS z dnia 18 czerwca 2013 r. w sprawie C-681/11 Schenker & Co. AG i inni v. Bundeswettbewerbbehörde, Bundeskartellanwalt, www.curia.europa.eu.

naruszenia przepisów ustawy *o ochronie konkurencji i konsumentów*, a także uprzednie naruszenie jej przepisów. Zgodnie z art. 4 pkt 15 u.o.k.k. podstawą do ustalenia wysokości nałożonej kary pieniężnej jest wysokość osiągniętego przez strony niniejszego postępowania w 2013 r. przychodu wynikającego z zeznania podatkowego (CIT).

- (151) Mając na względzie, że ustawa *o ochronie konkurencji i konsumentów* nie zawiera zamkniętego katalogu przesłanek, od których uzależniana jest wysokość nakładanych na przedsiębiorców kar, Prezes Urzędu wziął również pod uwagę, zgodnie z utrwalonym orzecznictwem, element subiektywny w postaci umyślności naruszenia przepisów wspomnianej ustawy. W orzecznictwie wyraźnie bowiem stwierdzono, że niezależnie od tego, że przesłanka ta brana jest pod uwagę już na etapie podejmowania decyzji o nałożeniu kary³⁷, również wysokość nakładanej kary musi odzwierciedlać stopień zawinienia, z jakim związane jest naruszenie zakazu³⁸.
- (152) Prezes Urzędu uwzględnił również, że – zgodnie z orzecznictwem – w przypadku kar za stosowanie praktyk ograniczających konkurencję przesłankami, które należy brać pod uwagę są stopień naruszenia interesu publicznego³⁹, a także potencjał ekonomiczny przedsiębiorcy, skutki praktyki dla konkurencji lub kontrahentów, dopuszczalny poziom kary wynikający z przepisów ustawy oraz cele, jakie kara ma osiągnąć⁴⁰. Nałożona przez organ antymonopolowy kara pieniężna powinna pełnić funkcję represyjną (tj. stanowić dolegliwość za naruszenie przepisów u.o.k.k.), ale także prewencyjną i dyscyplinującą (tj. zapobiegać podobnym naruszeniom w przyszłości). Prezes Urzędu kierował się interpretacją przesłanek branych pod uwagę przy wymiarze kary pieniężnej zawartą w *Wyjaśnieniach w sprawie ustalania wysokości kar pieniężnych za stosowanie praktyk ograniczających konkurencję*⁴¹.
- (153) Mając na względzie wszystkie ww. okoliczności, organ antymonopolowy ustalił wymiar kary pieniężnej w niniejszej sprawie, biorąc pod uwagę przede wszystkim fakt, że o wadze (szkodliwości) naruszenia decydują dwie grupy okoliczności, które dotyczą: (i) natury naruszenia i (ii) czynników związanych ze specyfiką rynku oraz działalnością przedsiębiorcy.
- (154) Odnosząc się do natury naruszenia należy wskazać, że Prezes Urzędu wyróżnia (i) naruszenia bardzo poważne, do których należy zaliczyć przede wszystkim

³⁷ Wyrok Sądu Najwyższego z dnia 21 kwietnia 2011 r., sygn. akt III SK 45/10, LEX nr 901645.

³⁸ Wyrok SOKiK z dnia 24 maja 2006 r., sygn. akt XVII Ama 17/05, Dz. Urz. UOKiK 2006/3/48.

³⁹ Wyrok SOKiK z dnia 24 maja 2006 r., sygn. akt XVII Ama 17/05, Dz. Urz. UOKiK 2006/3/48.

⁴⁰ Wyrok Sądu Najwyższego z dnia 27 czerwca 2000 r., sygn. akt I CKN 793/98, LEX nr 50870.

szczególnie szkodliwe horyzontalne ograniczenia konkurencji, jak również przypadki nadużywania pozycji dominującej mające na celu lub prowadzące do eliminacji konkurencji na rynku, (ii) naruszenia poważne, do których należy zaliczyć przede wszystkim porozumienia horyzontalne niezaliczane do najpoważniejszych naruszeń, porozumienia wertykalne wpływające na cenę lub warunki oferowania produktu, przypadki nadużywania pozycji dominującej mające na celu lub prowadzące do istotnego ograniczenia konkurencji lub dotkliwej eksploatacji kontrahentów lub konsumentów, (iii) naruszenia mniej poważne niż wyżej wymienione (naruszenia pozostałe), do których należą m.in. porozumienia wertykalne niedotyczące ceny lub możliwości odsprzedaży towaru, jak również przypadki nadużywania pozycji dominującej o mniejszej wadze.

- (155) Wobec powyższego w ocenie Prezesa Urzędu porozumienie polegające na zawarciu przez Agrotur, Marko i Texpol porozumienia ograniczającego konkurencję polegającego na uzgadnianiu przez ww. przedsiębiorców przystępujących do przetargów publicznych warunków składanych ofert, należy uznać za **bardzo poważne naruszenie prawa konkurencji**. W trakcie postępowania Prezes Urzędu ustalił, że wskazane powyżej porozumienie zawiązane zostało między podmiotami działającymi na tym samym szczeblu obrotu, czyli było porozumieniem horyzontalnym. Ponadto porozumienie zawarte przez ww. przedsiębiorców należy do szczególnie szkodliwych horyzontalnych ograniczeń konkurencji, jakimi są zmywy przetargowe.

Tabela 1: Pierwszy etap naliczania kar

podmiot	wymiar kary
	natura naruszenia
Agrotur	33 220,84 zł
Marko	53 300,98 zł
Texpol	197 651,40 zł

- (156) Następnie, organ antymonopolowy, określając wysokość nałożonej na Agrotur, Marko i Texpol kary pieniężnej, wyszedł z założenia, że wymiar kary nie może abstrahować od specyfiki rynku właściwego oraz działalności przedsiębiorców na tym rynku, a zatem powinna ona podlegać dalszej modyfikacji. Kierując się oceną wpływu naruszenia na rynek, Prezes Urzędu może zwiększyć lub zmniejszyć ustaloną powyżej

⁴¹ Dz. Urz. UOKiK 2008/4/33.

kwotę maksymalnie o 80%. Kara powinna być tym większa, im większe jest natężenie negatywnych efektów związanych z naruszeniem prawa konkurencji lub im wyższe korzyści czerpie z niego przedsiębiorca. W szczególności Prezes Urzędu wziął pod uwagę czy wprowadzano porozumienie w życie oraz jakie negatywne skutki wywarło dla uczestników rynku – zamawiających w postępowaniach przetargowych oraz innych wykonawców startujących w tych samych postępowaniach przetargowych, co strony postępowania.

- (157) Oceniając oddziaływanie praktyki na rynek, na którym porozumienie miało ograniczać konkurencję, Prezes Urzędu wziął pod uwagę, że strony niniejszego postępowania wzięły udział w relatywnie niewielu postępowaniach przetargowych na dostawy przedmiotów zaopatrzenia mundurowego. Poza tym, Prezes Urzędu uwzględnił, że dostawy przedmiotów zaopatrzenia mundurowego nie stanowią podstawowego przedmiotu działalności stron postępowania. Nie bez znaczenia pozostaje także fakt, że krajowy rynek dostawy przedmiotów zaopatrzenia mundurowego jest rynkiem konkurencyjnym, na którym działa wielu przedsiębiorców [pkt (13) niniejszej decyzji].
- (158) Wszystkie wyżej wymienione okoliczności wzięte pod uwagę łącznie wskazują, że wpływ przedmiotowego porozumienia na konkurencję na rynku był ograniczony. W opinii Prezesa Urzędu zasadnym jest zatem obniżenie kary pieniężnej. Mając to na uwadze, wyjściowy poziom kar pieniężnych ustalony w oparciu o naturę naruszenia został **zmniejszony o 30%**.

Tabela 2: Drugi etap naliczania kar

podmiot	wymiar kary		
	natura naruszenia	specyfika rynku oraz działalności przedsiębiorcy	razem
Agrotur	33 220,84 zł	↓30%	23 254,59 zł
Marko	53 300,98 zł	↓30%	37 310,69 zł
Texpol	197 651,40 zł	↓30%	138 355,99 zł

- (159) Kalkulując wymiar kar pieniężnych nałożonych na Agrotur, Marko i Texpol organ antymonopolowy wziął także pod uwagę przesłankę długotrwałości naruszenia. Uwzględniając okres naruszenia, Prezes Urzędu może zwiększyć kwotę bazową kar, jeśli długotrwałość stosowania praktyki ograniczającej konkurencję prowadzi do zwielokrotnienia jej negatywnych skutków, w szczególności, gdy wpływa na

wysokość korzyści uzyskiwanych przez przedsiębiorcę dopuszczającego się naruszenia lub szkody ponoszone przez innych uczestników rynku. Jako długotrwałe traktowane są naruszenia trwające dłużej niż rok. Biorąc powyższe pod uwagę, dla odzwierciedlenia wpływu długotrwałości naruszenia na wysokość kar, Prezes Urzędu może zwiększyć w przypadku porozumień ograniczających konkurencję kwotę bazową maksymalnie o 200%.

- (160) Rozpatrywane w niniejszej sprawie porozumienie ograniczające konkurencję funkcjonuje w sposób zakwestionowany co najmniej od początku drugiej połowy 2011 roku, kiedy to został ogłoszony przetarg nr 93/M/MON/ZZŚM/PN/ZO/2011. Zgodnie z ustaleniami Prezesa Urzędu strony zaniechały stosowania tej antykonkurencyjnej praktyki 17 października 2012 r. Stwierdzone niniejszą decyzją naruszenie należy zatem do kategorii naruszeń długotrwałych.
- (161) W ocenie Prezesa Urzędu długotrwałość porozumienia przyczyniła się do zwielokrotnienia korzyści osiągniętych przez Agrotur, Marko i Texpol i wpłynęła na zwielokrotnienie szkód ponoszonych przez innych uczestników rynku w stopniu uzasadniającym **podwyższenie kwot bazowych kar o 50%**.

Tabela 3: Trzeci etap naliczania kar

podmiot	wymiar kary			
	natura naruszenia	specyfika rynku oraz działalności przedsiębiorcy	długotrwałość naruszenia	razem
Agrotur	33 220,84 zł	↓30%	↑50%	34 881,89 zł
Marko	53 300,98 zł	↓30%	↑50%	55 966,04 zł
Texpol	197 651,40 zł	↓30%	↑50%	207 533,99 zł

- (162) Organ antymonopolowy, ustalając wysokość kary, powinien także wziąć pod uwagę okoliczności mające wpływ na zwiększenie (okoliczności obciążające) lub zmniejszenie (okoliczności łagodzące) wymiaru kary. Okoliczności łagodzące i obciążające są oceniane łącznie, indywidualnie dla każdej sprawy oraz dla każdego przedsiębiorcy. Poszczególne okoliczności łagodzące lub obciążające mogą mieć różną wagę. Ustalona na wcześniejszym etapie wysokość kary może ulec zwiększeniu/zmniejszeniu maksymalnie o 50%.
- (163) W ocenie Prezesa Urzędu w niniejszej decyzji **występuje okoliczność łagodząca** mająca zastosowanie do Agrotur, Marko i Texpol w postaci **zaniechania** stosowanej

praktyki ograniczającej konkurencję przed dniem wszczęcia postępowania antymonopolowego tj. przed dniem 30 grudnia 2013 r.

- (164) Z drugiej strony, **jako okoliczność obciążającą** organ antymonopolowy potraktował fakt, że dokonane naruszenie miało charakter **umyślny**. Należy bowiem wskazać, że spółki Agrotur, Marko i Texpol zawierając porozumienie świadomie dążyły do ograniczenia konkurencji. Wszystkie okoliczności sprawy, w szczególności postępowanie stron w przetargach świadczą o tym, iż przedsiębiorcy określili pewną ustaloną z góry taktykę działania w ww. przetargach, której celem było osiągnięcie dodatkowych korzyści finansowych oraz zwiększenie swoich szans na realizację zamówienia.
- (165) Ustalając wysokość nakładanych kar pieniężnych Prezes Urzędu uwzględnił również, stosownie do wymogów art. 111 u.o.k.k., kryterium „uprzedniego naruszenia przepisów ustawy”. Zgodnie z przywoływanym przepisem Prezes Urzędu powinien przy nakładaniu kary oraz określaniu jej wysokości uwzględniać, czy nastąpiło to w warunkach swoistej recydywy. Strony niniejszego postępowania nie były dotąd prawomocnie ukarane za naruszenie zakazu praktyk ograniczających konkurencję, nie zaistniała zatem podstawa do podwyższenia wymiaru kar.
- (166) Powyższe powoduje, że wymienione wyżej czynniki wzajemnie zrównoważyły się, stąd wysokość kar na tym etapie nie uległa dalszej zmianie.

Tabela 4: Czwarty etap naliczania kar

podmiot	wymiar kary				razem
	natura naruszenia	specyfika rynku oraz działalności przedsiębiorcy	długotrwałość naruszenia	okoliczności łagodzące/obciążające	
Agrotur	33 220,84 zł	↓30%	↑50%	-	34 881,89 zł
Marko	53 300,98 zł	↓30%	↑50%	-	55 966,04 zł
Texpol	197 651,40 zł	↓30%	↑50%	-	207 533,99 zł

- (167) Mając na uwadze wszystkie powyższe okoliczności, Prezes Urzędu uznał, że waga stwierdzonego niniejszą decyzją naruszenia ustawy *o ochronie konkurencji i konsumentów* przesądza o ustaleniu wysokości kar pieniężnych dla Agrotur, Marko i Texpol, w oparciu o przedstawione przez strony informację na temat osiągniętych przychodów w 2013 r., w następującej wysokości:

Tabela 5: Wysokość kar pieniężnych

Podmiot	wysokość kary pieniężnej
Agrotur	34 881,89 zł
Marko	55 966,04 zł
Texpol	207 533,99 zł

VI. Koszty postępowania

- (168) Zgodnie z art. 77 ust. 1 u.o.k.k., jeżeli w wyniku postępowania Prezes Urzędu stwierdził naruszenie przepisów ustawy, przedsiębiorca, który dopuścił się tego naruszenia, jest obowiązany ponieść koszty postępowania. Natomiast w świetle art. 80 u.o.k.k., Prezes Urzędu rozstrzyga o kosztach w drodze postanowienia, które może być zamieszczone w decyzji kończącej postępowanie.
- (169) Z ustawy nie wynika, co składa się na koszty postępowania, o których mowa w art. 77 u.o.k.k. Wobec wyrażonego w art. 83 ww. ustawy generalnego odesłania w sprawach nieuregulowanych do przepisów ustawy z dnia 14 czerwca 1960 r. *Kodeks postępowania administracyjnego* (t.j. Dz. U. z 2013 r., poz. 267; dalej jako: „k.p.a.”) należy przyjąć, iż zakres tych kosztów wyznacza art. 263 § 1 k.p.a. W jego świetle do kosztów postępowania zalicza się: (1) koszty podróży i inne należności świadków i biegłych oraz stron, (2) koszty doręczania stronom pism procesowych, (3) inne koszty bezpośrednio związane z rozstrzygnięciem sprawy. Zgodnie natomiast z art. 264 § 1 k.p.a. jednocześnie z wydaniem decyzji organ administracji publicznej ustali w drodze postanowienia wysokość kosztów postępowania, osoby zobowiązane do ich poniesienia oraz termin i sposób ich uiszczenia
- (170) W punkcie I sentencji decyzji stwierdzono stosowanie przez Agrotur, Marko i Texpol praktyk ograniczających konkurencję zakazanych na podstawie art. 6 ust. 1 pkt 7 u.o.k.k. Na koszty Prezesa Urzędu w niniejszym postępowaniu składają się łączne wydatki w kwocie **232,31 zł** (słownie: dwieście trzydzieści dwa złote i trzydzieści jeden groszy), które są związane z prowadzoną w toku postępowania korespondencją (składają się na nie koszty doręczania 26 listów w cenie 5,70 zł oraz 13 listów w cenie 6,47).
- (171) W związku z powyższym postanowiono obciążyć:

- a. (słownie: siedemdziesiąt pięć złotych i dwadzieścia osiem groszy), na które składają się koszty doręczenia stronie 7 listów w cenie 5,70 zł, 4 listów w cenie 6,47 zł oraz jedna trzecia kosztów doręczenia 5 listów w cenie 5,70 zł,
- b. „Marko” Sp. z o.o. z siedzibą Borkowicach kosztami w wysokości **81,75 zł** (słownie: osiemdziesiąt jeden złotych i siedemdziesiąt pięć groszy), na które składają się koszty doręczenia stronie 7 listów w cenie 5,70 zł, 5 listów w cenie 6,47 zł oraz jedna trzecia kosztów doręczenia 5 listów w cenie 5,70 zł.,
- c. „Texpol” Zakład Pracy Chronionej Sp. z o.o. z siedzibą w Dłutowie kosztami w wysokości **75,28 zł** (słownie: siedemdziesiąt pięć złotych i dwadzieścia osiem groszy), na które składają się koszty doręczenia stronie 7 listów w cenie 5,70 zł, 4 listów w cenie 6,47 zł oraz jedna trzecia kosztów doręczenia 5 listów w cenie 5,70 zł.

(172) Koszty niniejszego postępowania należy uiścić na konto Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów: **NBP O/O Warszawa 51 1010 1010 0078 7822 3100 0000**, w terminie 14 dni od daty uprawomocnienia się niniejszej decyzji.

Biorąc powyższe pod uwagę, orzeka się jak w sentencji.

(173) Zgodnie z art. 112 ust. 3 u.o.k.k. karę pieniężną należy uiścić w terminie 14 dni od dnia uprawomocnienia się niniejszej decyzji.

(174) Karę pieniężną należy uiścić na następujące konto Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów: **NBP O/O Warszawa 51 1010 1010 0078 7822 3100 0000**.

Przy dokonywaniu wpłaty na powyższe konto należy dopisać numer decyzji Prezesa Urzędu stanowiącej podstawę jej dokonania.

(175) Zgodnie z art. 81 ust. 1 u.o.k.k. w związku z art. 479²⁸ § 2 ustawy z dnia 17 listopada 1964 r. *Kodeks postępowania cywilnego* (Dz. U. Nr 43, poz. 296 ze zm.), od niniejszej decyzji przysługuje odwołanie do Sądu Okręgowego w Warszawie – Sądu Ochrony Konkurencji i Konsumentów, za pośrednictwem Prezesa Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów, w terminie dwutygodniowym od dnia doręczenia niniejszej decyzji.

(176) W przypadku kwestionowania wyłącznie postanowienia o kosztach postępowania zawartego w pkt III niniejszej decyzji, na podstawie art. 264 § 2 *kodeksu postępowania administracyjnego*, w związku z art. 83 ustawy *o ochronie konkurencji*

i konsumentów, jak również stosownie do art. 81 ust. 5 tej ustawy, w związku z art. 479³² § 1 i 2 kodeksu postępowania cywilnego, należy wnieść zażalenie do Sądu Okręgowego w Warszawie – Sądu Ochrony Konkurencji i Konsumentów, za pośrednictwem Prezesa Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów, w terminie tygodnia od dnia doręczenia niniejszej decyzji.

*Z up. Prezesa
Urzędu Ochrony Konkurencji
i Konsumentów*

Otrzymują:

„Agrotur” Sp. z o.o.
ul. Orła 10/12
95-200 Pabianice

„Marko” Sp. z o.o.
Borkowice 26
95-081 Dłutów

„Texpol” Zakład Pracy Chronionej Sp. z o.o.
reprezentowana przez:
adw. Jakuba Miziołka
Marciniak Miziołek Cieniewski
Adwokaci i Radcowie Prawni Sp. p.
ul. Radwańska 23 m. 2
90-540 Łódź