



**PREZES
URZĘDU OCHRONY
KONKURENCJI I KONSUMENTÓW**

DOK2-410-1/13/JB

Warszawa, dnia 7 lipca 2015 r.

DECYZJA nr DOK - 1/2015

I. Na podstawie art. 105 § 1 ustawy z dnia 14 czerwca 1960 r. *Kodeks postępowania administracyjnego* (tekst jedn.: Dz. U. z 2013 r., poz. 267 ze zm.) w zw. z art. 83 ustawy z dnia 16 lutego 2007 r. o *ochronie konkurencji i konsumentów* (Dz. U. Nr 50, poz. 331 ze zm.) w zw. z art. 3 ustawy z dnia 10 czerwca 2014 r. o *zmianie ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów oraz ustawy – Kodeks postępowania cywilnego* (Dz. U. z 2014 r. poz. 945), Prezes Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów, po przeprowadzeniu postępowania antymonopolowego wszczętego z urzędu

umarza postępowanie antymonopolowe

w sprawie podejrzenia naruszenia art. 6 ust. 1 pkt 7 *ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów* przez przedsiębiorców Grabikowski-Grabikowska P.P.H.U. „INEX” sp.j. z siedzibą w Giżycku, Pro-Wet Śnioch-Wiese sp. j. z siedzibą w Koszalinie, IDT Biologika GmbH z siedzibą w Dessau-Roßlau (Niemcy) poprzez zawarcie przez tych przedsiębiorców porozumienia ograniczającego konkurencję na krajowym rynku dostawy szczepionki przeciwko wściekliznie dla lisów wolno żyjących, polegającego na uzgadnianiu przez ww. przedsiębiorców przystępujących do organizowanych przez Wojewódzkich Lekarzy Weterynarii przetargów publicznych na dostawę szczepionki przeciwko wściekliznie dla lisów wolno żyjących, warunków składanych ofert.

II. Na podstawie art. 3 i art. 5 zdanie trzecie Rozporządzenia Rady (WE) nr 1/2003 z dnia 16 grudnia 2002 r. w *sprawie wprowadzenia w życie reguł konkurencji ustanowionych w art. 81 i 82 Traktatu ustanawiającego Wspólnotę Europejską* (Dz.Urz.UE z 2003 r. nr L 1, s. 1-28, ze zm.), Prezes Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów, po przeprowadzeniu postępowania antymonopolowego wszczętego z urzędu

stwierdza brak podstaw do działania ze strony organu antymonopolowego

w sprawie podejrzenia naruszenia art. 101 ust. 1 *Traktatu o Funkcjonowaniu Unii Europejskiej* (wersja skonsolidowana: Dz.Urz.UE z 2010 r. nr C 83, s. 47) przez przedsiębiorców Grabikowski-Grabikowska P.P.H.U. „INEX” sp.j. z siedzibą w Giżycku,

Pro-Wet Śnioch-Wiese sp. j. z siedzibą w Koszalinie, IDT Biologika GmbH z siedzibą w Dessau-Roßlau (Niemcy) poprzez zawarcie przez tych przedsiębiorców porozumienia ograniczającego konkurencję na krajowym rynku dostawy szczepionki przeciwko wściekliźnie dla lisów wolno żyjących, polegającego na uzgadnianiu przez ww. przedsiębiorców przystępujących do organizowanych przez Wojewódzkich Lekarzy Weterynarii przetargów publicznych na dostawę szczepionki przeciwko wściekliźnie dla lisów wolno żyjących, warunków składanych ofert.

U z a s a d n i e n i e

- (1.) W dniu 13 listopada 2012 r. Prezes Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów (dalej jako: „**Prezes UOKiK**” lub „**Prezes Urzędu**”) wszczął postępowanie wyjaśniające w sprawie wstępnego ustalenia, czy w związku z działalnością przedsiębiorców w zakresie sprzedaży doustnej szczepionki przeciwko wściekliźnie dla lisów wolno żyjących (dalej jako: „**szczepionka**”) mogło dojść do naruszenia przepisów ustawy z dnia 16 lutego 2007 r. *o ochronie konkurencji i konsumentów* (Dz. U. Nr 50, poz. 331 ze zm.) (dalej również jako: „**Ustawa**” lub „**ustawa o ochronie konkurencji i konsumentów**”) uzasadniającego wszczęcie postępowania antymonopolowego, w tym, czy sprawa ma charakter antymonopolowy, sygn. akt DOK2-400-7/12/JB (dalej jako: „**postępowanie wyjaśniające**”).
- (2.) Postępowanie wyjaśniające zostało wszczęte w związku z zawiadomieniem Zastępcy Głównego Lekarza Weterynarii (dalej jako „**ZGLW**”) o podejrzeniu realizacji prowadzonych przez Wojewódzkich Lekarzy Weterynarii (dalej także jako: „**WLW**”) postępowań w sprawach o udzielenie zamówienia publicznego na dostawę szczepionek przeciwko wściekliźnie dla lisów wolno żyjących w warunkach stosowania przez przedsiębiorców praktyk ograniczających konkurencję, a także w związku z zawartymi w tym zawiadomieniu informacjami o odnotowanych przez Komisję Europejską (dalej także jako: „**KE**”) istotnych różnicach jednostkowych cen szczepionek przeciwko wściekliźnie dla lisów wolno żyjących oferowanych w Polsce w porównaniu do jednostkowych cen tych szczepionek oferowanych w innych Państwach Członkowskich Unii Europejskiej (dalej jako: „**UE**”).
- (3.) W toku postępowania wyjaśniającego Prezes Urzędu dokonał ustaleń dotyczących prowadzonych przez Wojewódzkich Lekarzy Weterynarii publicznych postępowań przetargowych na dostawę szczepionki przeciwko wściekliźnie dla lisów wolno żyjących (dalej także jako: „**szczepionki**” i „**przetargi**”), w tym pozyskał szczegółowe informacje dotyczące organizacji i przebiegu tych postępowań w okresie 2008-2013 r., a także dane dotyczące jednostkowych cen szczepionek oferowanych w okresie 2002-2007 r.

- (4.) W związku z ustaleniami poczynionymi przez Prezesa UOKiK w toku postępowania wyjaśniającego, które uprawdopodobniły zarzut formułowany przez zawiadamiającego, Prezes Urzędu postanowieniem z dnia 12 grudnia 2013 r. wszczął z urzędu postępowanie antymonopolowe w związku z podejrzeniem zawarcia przez przedsiębiorców: Grabikowski-Grabikowska P.P.H.U. „INEX” sp.j. z siedzibą w Giżycku (dalej jako: „**Inex**”), Pro-Wet Śnioch-Wiese sp. j. z siedzibą w Koszalinie (dalej jako: „**Pro-Wet**”), IDT Biologika GmbH z siedzibą w Dessau-Roßlau (Niemcy) (dalej jako: „**IDT**”) porozumienia ograniczającego konkurencję na polskim rynku dostawy szczepionek przeciwko wściekliznie dla lisów wolno żyjących w związku z organizowanymi przez Wojewódzkich Lekarzy Weterynarii przetargami na dostawę szczepionki przeciwko wściekliznie dla lisów wolno żyjących, polegającego na uzgadnianiu przez tych przedsiębiorców warunków składanych ofert w ww. postępowaniach przetargowych, co może naruszać art. 6 ust. 1 pkt 7 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów i art. 101 ust. 1 *Traktatu o funkcjonowaniu Unii Europejskiej* (wersja skonsolidowana: Dz. Urz. UE z 2010 r. nr C 83, s. 47) (dalej także jako: „**TFUE**”).
- (5.) Postanowieniami z dnia 12 grudnia 2013 r. Prezes Urzędu zaliczył w poczet materiału dowodowego niniejszego postępowania antymonopolowego dokumenty zgromadzone w toku postępowania wyjaśniającego.
- (6.) W odpowiedzi na zawiadomienie o wszczęciu postępowania antymonopolowego Inex pismem z 8 stycznia 2014 r. ustosunkował się do zarzutów zawartych w postanowieniu o wszczęciu postępowania antymonopolowego, wskazując, że materiał dowodowy zgromadzony w sprawie nie uzasadnia wszczęcia postępowania w sprawie zawarcia porozumienia ograniczającego konkurencję.
- (7.) IDT pismem z dnia 23 kwietnia 2014 r. przesłanym w odpowiedzi na zawiadomienie o wszczęciu postępowania antymonopolowego ustosunkował się do zarzutów zawartych w ww. postanowieniu, zaprzeczając zawarciu porozumienia z Inex i Pro-Wet.
- (8.) W piśmie z dnia 30 lipca 2014 r. Pro-Wet odniósł się do zarzutów zawartych w ww. postanowieniu, zaprzeczając zawarciu porozumienia z Inex (samodzielnie lub w konsorcjum z IDT).
- (9.) W piśmie z dnia 23 kwietnia 2014 r. IDT zawarł wniosek o przeprowadzenie dowodu z protokołów otwarcia ofert składanych w publicznych postępowaniach przetargowych na dostawę szczepionki przeciwko wściekliznie dla lisów wolno żyjących na okoliczność działania przez IDT/konsorcjum IDT i Pro-Wet bez porozumienia z Inex.
- (10.) Inex w piśmie z dnia 8 stycznia 2014 r. wniósł o przeprowadzenie dowodu z akt

Krajowej Izby Odwoławczej przy Urzędzie Zamówień Publicznych (dalej jako: „KIO”). W wyniku wezwania Prezesa UOKiK do sprecyzowania tezy ww. wniosku dowodowego oraz okoliczności, na udowodnienie jakich miałyby zostać przeprowadzony, przedsiębiorca ten w piśmie z dnia 6 października 2014 r. wskazał, że złożony wniosek dowodowy dotyczy przeprowadzenia dowodu z odwołania z dnia 25 stycznia 2012 r. wniesionego przez Inex w przetargu prowadzonym w 2012 r. przez WLW w Bydgoszczy (nr ogłoszenia: Dz. U. S S1118/01/2012 17145-2012-PL), protokołu rozprawy przed KIO oraz wyroku KIO w sprawie prowadzonej przez tym organem pod sygn. akt KIO 155/12 na okoliczność tego, że działania służb weterynaryjnych w przetargach są niezgodne z Ustawą, przetargi organizowane są niezgodnie z ustawą z dnia 29 stycznia 2004 r. *Prawo zamówień publicznych* (tekst jedn.: Dz. U. z 2013 r., poz. 907 ze zm.) (dalej także jako: „Pzp”), a działania tych służb zmierzają do wyeliminowania Inex z uczestnictwa w przetargach.

- (11.) W związku z postawieniem stronom postępowania także zarzutu naruszenia art. 101 ust. 1 TFUE, Prezes Urzędu poinformował o tym fakcie Komisję Europejską.
- (12.) Pismami z dnia 28 listopada 2014 r. każda ze stron postępowania została zawiadomiona o zakończeniu zbierania materiału dowodowego w niniejszym postępowaniu oraz o możliwości zapoznania się z materiałem zgromadzonym w aktach sprawy i wypowiedzenia się, co do zebranych dowodów i materiałów. Z możliwości przedstawienia stanowiska strony skorzystały.
- (13.) 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 ustawy *o ochronie konkurencji i konsumentów*, 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.**

- (14.) Przedmiotem postępowania w niniejszej sprawie jest ocena, w świetle zawartego w art. 6 Ustawy oraz art. 106 TFUE zakazu porozumień ograniczających konkurencję, działań podejmowanych przez Inex, IDT oraz Pro-Wet w związku z udziałem tych podmiotów w przetargach na dostawę szczepionek przeciwko wścieklicznie dla lisów wolno żyjących.

I. Strony postępowania

- (15.) Zgodnie z ustawą o *ochronie konkurencji i konsumentów* stroną postępowania w sprawie porozumienia ograniczającego konkurencję są przedsiębiorcy, wobec których zostało wszczęte postępowanie o stosowanie takich praktyk. Zakaz porozumień ograniczających konkurencję określony w art. 6 ust. 1 pkt 7 Ustawy stosuje się bowiem do przedsiębiorców. Niniejsze postępowanie jest prowadzone z urzędu również w sprawie zarzutu naruszenia art. 101 ust. 1 TFUE, który także stosuje się do przedsiębiorstw.

I.1. Inex

- (16.) Inex jest spółką jawną z siedzibą w Giżycku wpisaną do rejestru przedsiębiorców prowadzonego przez Sąd Rejonowy w Olsztynie, VIII Wydział Gospodarczy pod numerem KRS 0000016442. Wspólnikami w spółce są: p. **[informacja utajniona]** oraz **[informacja utajniona]**. Spółka rozpoczęła działalność w 2001 r. i prowadzi ją m.in. w zakresie sprzedaży hurtowej wyrobów farmaceutycznych i medycznych. Przedmiot prowadzonej przez spółkę działalności obejmuje także eksport oraz import leków i sprzętu weterynaryjnego m.in. z Czech, Słowacji i Węgier. Inex jest także wyłącznym dystrybutorem produktów spółki Biofaktor Sp. z o.o. z siedzibą w Skierniewicach.

I.2. IDT

- (17.) IDT (Fabryka Szczepionek Dessau-Tornau Biologika Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością) jest niemiecką spółką prawa handlowego z siedzibą w Dessau-Rosslau wpisaną do niemieckiego rejestru przedsiębiorców – Rejestru Handlowego (niem. *Handelsregister*) pod numerem B HRB 11813 przez Sąd Rejonowy w Sternal, Niemcy (niem. *Amtsgericht Stendal*). Spółka zajmuje się rozwojem, produkcją, importem i sprzedażą, produktów leczniczych a w szczególności szczepionek i surowic wykorzystywanych w weterynarii i medycynie. Ponadto IDT jest aktywne w obszarze badań i rozwoju. Prowadzi także produkcję wyrobów kosmetycznych na zlecenie.

I.3. Pro-Wet

- (18.) Pro-Wet jest spółką jawną z siedzibą w Koszalinie wpisaną do rejestru

przedsiębiorców prowadzonego przez Sąd Rejonowy w Koszalinie, IX Wydział Gospodarczy pod numerem KRS 0000159518. Wspólnikami w spółce są: [informacja utajniona] [informacja utajniona]. Spółka istnieje od 2001 r. i zajmuje się importem i dystrybucją leków weterynaryjnych, szczepionek, dodatków żywieniowych dla zwierząt, karm, preparatów pielęgnacyjnych i dezynfekcyjnych oraz narzędzi i sprzętu weterynaryjnego.

II. Rynek dostawy szczepionki przeciwko wściekliznie dla lisów wolno żyjących

II. 1 Sytuacja w Polsce

(19.) Państwa Członkowskie samodzielnie realizują programy zwalczania wścieklizny, które współfinansowane są przez UE. Polska organizuje programy zwalczania wścieklizny współfinansowane ze środków UE od 2004 r., przy czym w 2005 r. zakup szczepionki odbywał się ze środków w ramach projektu PHARE. Przed 2004 r. program zwalczania wścieklizny w Polsce był współfinansowany przez niemiecki program zwalczania wścieklizny i to jedynie w ograniczonym zakresie, tj. w ramach strefy buforowej 80 km w głąb terytorium Polski wzdłuż granicy z Niemcami.

dowód: pismo ZGLW z dnia 1 lipca 2013 r., k. 101

(20.) W listopadzie każdego roku KE publikuje decyzję wykonawczą zatwierdzającą roczne i wieloletnie programy oraz wkład finansowy UE w zakresie zwalczania, kontroli i monitorowania niektórych chorób zwierząt i chorób odzwierzęcych, przedstawione przez Państwa Członkowskie na następny rok kalendarzowy i lata następne. Prezes UOKiK ustalił, że zakres dofinansowania UE dla Polski na realizację programu zwalczania wścieklizny obejmuje zakup szczepionki, jej dystrybucję oraz koszty wykonania badań laboratoryjnych. Poziom tego dofinansowania w latach 2008-2014 kształtował się następująco:

- 2008 r.: 50 % kosztów, jakie Polska poniesie na wykonanie badań laboratoryjnych zakup i dystrybucję szczepionki (przynęt) i nie przekracza kwoty 3 900 000 euro, jednakże w piśmie Komisji Europejskiej, znak Ares(2012)202620-22/02/2012 wraz ze sprawozdaniem z kontroli finansowej *ex post* wydatków poniesionych przez Polskę na monitorowanie i zwalczanie wścieklizny w 2008 r., 2009 r. i 2010 r. (SANCO/08/2011) (dalej jako: „**Raport KE**”) wskazano kwotę 4 200 000 euro,
- 2009 r.: 50 % kosztów, jakie Polska poniesie na wykonanie badań laboratoryjnych zakup i dystrybucję szczepionki (przynęt) i nie przekracza kwoty 4 450 000 euro,
- 2010 r.: 75 % kosztów, jakie Polska poniesie na wykonanie badań laboratoryjnych zakup i dystrybucję szczepionki (przynęt) i nie przekracza kwoty 7 380 000 euro¹,
- 2011 r.: 75 % kosztów, jakie Polska poniesie na wykonanie badań laboratoryjnych zakup i dystrybucję szczepionki (przynęt) i nie przekracza kwoty 6 500 000 euro,

¹ Początkowo poziom dofinansowania został określony na poziomie 50 % do kwoty nieprzekraczającej 4 100 000 euro; dowód: Raport KE, k. 24 i k. 24 *verte* oraz k. 1046.

- 2012 r.: 75 % kosztów, jakie Polska poniesie na wykonanie badań laboratoryjnych zakup i dystrybucję szczepionki (przynęt) i nie przekracza kwoty 9 270 000 euro,
- 2013 r.: 75 % kosztów, jakie Polska poniesie na wykonanie badań laboratoryjnych zakup i dystrybucję szczepionki (przynęt) i nie przekracza kwoty 6 560 000 euro,
- 2014 r.: 75 % kosztów, jakie Polska poniesie na wykonanie badań laboratoryjnych zakup i dystrybucję szczepionki (przynęt) i nie przekracza kwoty 7 470 000 euro.

dowód: Raport KE z sierpnia 2011 r., k. 24

decyzje wykonawcze zatwierdzające roczne i wieloletnie programy oraz wkład finansowy UE w zakresie zwalczania, kontroli i monitorowania niektórych chorób zwierząt i chorób odzwierzęcych, przedstawione przez Państwa Członkowskie dotyczące okresu 2008-2014 r., k. 987-1075

- (21.) Dodatkowo w 2013 r. KE podjęła decyzję o tymczasowej refundacji kosztu szczepionki Lysvulpen w 2011 r. i w 2012 r. na podstawie średniego kosztu jednostkowego tej szczepionki przedstawionego przez pozostałe Państwa Członkowskie, w których przeprowadzane są programy zwalczania wścieklizny, tj. w oparciu o następujące stawki: 0,31 euro za jedną dawkę szczepionki w 2011 r. oraz 0,34 euro za jedną dawkę szczepionki w 2012 r. Oznacza to, że tymczasowa refundacja wkładu finansowego UE na zakup szczepionki za 2011 r. wynosi 1 087 531, 37 euro, zaś za 2012 r. wynosi 1 067 299,25 euro.

dowód: tłumaczenie przysięgłe wiadomości e-mail KE z dnia 25 listopada 2013 r., k.479

- (22.) W toku postępowania antymonopolowego Prezes UOKiK ustalił także, że KE dokonuje wypłaty ustalonej dla danego państwa kwoty dofinansowania *ex post*, a więc po przeprowadzeniu przez dane Państwo zakupu i zrzutu szczepionki i po przedstawieniu KE wydatków poniesionych na akcje szczepień w danym roku kalendarzowym. Kwota dofinansowania przekazywana jest do budżetu państwa z końcem danego roku kalendarzowego lub w roku następnym.

dowód: Raport KE, k.23 i następne

tłumaczenie przysięgłe wiadomości e-mail KE z dnia 25 listopada 2013 r., k.479

- (23.) Prezes UOKiK ustalił w dalszej kolejności, że przetargi organizowane są przez WLW w każdym województwie, co do zasady corocznie. Natomiast WLW są jedynymi nabywcami szczepionki w Polsce.

dowód: pismo ZGLW z dnia 26 czerwca 2012 r., k. 47

pismo IDT z dnia 22 kwietnia 2014 r., k. 497

- (24.) W okresie 2008-2014 r. WLW w poszczególnych województwach organizowali co do zasady jeden przetarg w celu zapewnienia dostawy szczepionki na wiosenną i

jesienną akcją szczepień. Jedynie w 2011 r. w woj. zachodniopomorskim oraz w 2013 r. w woj. wielkopolskim zorganizowano dwa odrębne przetargi w celu zapewnienia dostawy szczepionki na wiosenną i jesienną akcję szczepień. We wskazanym okresie tylko w jednym województwie w jednym roku kalendarzowym zamówiono dodatkową partię szczepionek (tzw. przetarg z wolnej ręki przeprowadzony w 2010 r. w województwie małopolskim). We wskazanym okresie jedynie w niektórych województwach przeprowadzano wyłącznie jesienną akcję szczepień (woj. dolnośląskie w latach 2010-2013 r., woj. lubuskie w 2013 r. oraz woj. kujawsko-pomorskie, opolskie i pomorskie w 2014 r.). W 2014 r. z doustnych szczepień lisów wolno żyjących przeciwko wścieklicznie wyłączone 4 województwa, tj. województwa dolnośląskie, lubuskie, wielkopolskie i zachodniopomorskie.

dowód: pismo Głównego Lekarza Weterynarii, dalej jako: „GLW” z dnia 22 sierpnia 2014 r., k. 1117

- (25.) Wskazać także należy, że WLW ma obowiązek zapewnienia dostawy szczepionek w liczbie ustalonej na podstawie przepisów prawa². W celu realizacji tego obowiązku WLW kalkulują wielkość budżetu na zakup szczepionki na dany rok kalendarzowy. Kalkulując wielkość takiego budżetu, poszczególni WLW biorą pod uwagę następujące czynniki:
- koszt poniesiony w roku poprzednim,
 - zmiana stawki podatku VAT,
 - poziom inflacji,
 - ceny szczepionki z przetargów rozstrzygniętych w innych województwach (analiza cen rynkowych),
 - kurs walut,
 - cena paliwa.

dowód: pismo ZGLW z dnia 24 lipca 2012 r., k. 69

- (26.) Powyższe oznacza, że kwota dofinansowania UE do programu zwalczania wścieklicziny w Polsce nie jest uwzględniana przez poszczególne WIW-y przy kalkulacji budżetu na zakup szczepionki w danym roku kalendarzowym.
- (27.) Jednocześnie poszczególni WLW samodzielnie określają maksymalną kwotę przeznaczoną na zakup szczepionek w danym województwie w ramach danego przetargu, zaś oferenci przystępujący do przetargów w momencie składania ofert nie mają dokładnej wiedzy o maksymalnej kwocie, jaką dany WLW może

² Rozporządzenie Ministra Rolnictwa i Rozwoju Wsi z dnia 2 czerwca 2004 r. w sprawie szczegółowych warunków i sposobu przeprowadzania ochronnych szczepień lisów wolno żyjących przeciwko wścieklicznie (Dz. U. z 2004, Nr 142, poz. 1509) oraz rozporządzenie Ministra Rolnictwa i Rozwoju Wsi z dnia 17 grudnia 2013 r. w sprawie przeprowadzania ochronnych szczepień lisów wolno żyjących przeciwko wścieklicznie (Dz. U. z 2013, poz. 1737).

rozdysponować w związku organizacją określonego przetargu.

dowód: pismo ZGLW z dnia 26 czerwca 2012 r., k. 48

- (28.) Z twierdzeń IDT wynika, że spółka ta m.in. w oparciu o dostępne opublikowane budżety województw dokonywała kalkulacji budżetów WLW na zakup szczepionki, zaś w dalszej kolejności spółka ta szacowała cenę zakupu szczepionki w celu stworzenia oferty cenowej w pierwszym przetargu w danym roku kalendarzowym.

dowód: pismo IDT z dnia 22 kwietnia 2012 r., k. 507

- (29.) Ponadto Prezes UOKiK ustalił także, że w okresie 2008-2014 r. niektórzy spośród WLW dokonywali publikacji wartości szacunkowej przedmiotu zamówienia w przetargu w Suplemencie do Dziennika Urzędowego Unii Europejskiej. Publikacja taka następowała przed upływem złożenia oferty w danym przetargu. Jednak nie było to zasadą, bowiem niektórzy spośród WLW nie byli objęci tym obowiązkiem publikacyjnym ze względu na wartość przedmiotu zamówienia nieprzekraczającą progu finansowego, określonego na podstawie art. 11 ust. 8 Pzp, zaś w opinii niektórych WLW brak jest obowiązku publikacji wartości szacunkowej zamówienia.

dowód: pismo GLW z dnia 22 sierpnia 2014 r. k. 1121-1122

- (30.) Publikacje wartości szacunkowej przedmiotu zamówienia w przetargu miały miejsce w 58 na 111 przetargów ogółem przeprowadzonych w okresie 2008-2014 r. Jednocześnie Prezes UOKiK ustalił, że
- w 11 przypadkach zamawiający wskazał, że wartość szacunkowa była wyższa niż kwota progowa wynikająca z art. 11 ust. 8 Pzp,
 - w 2 przypadkach zamawiający wskazał przedział kwotowy „od - do”,
 - w 9 przypadkach wartość szacunkowa różniła się od wartości kwoty przeznaczonej na realizację przedmiotu zamówienia w ramach przetargu (tj. była wyższa lub też niższa).

- (31.) Ponadto Prezes UOKiK ustalił, że miały miejsce takie sytuacje, że wartość przedmiotu zamówienia w ramach przetargu – obliczona jako iloczyn liczby dawek szczepionek oraz najniższej ceny jednostkowej zaoferowanej w przetargu - przewyższała wysokość kwoty szacunkowej wskazanej przez WLW (np. przetarg w woj. mazowieckim w 2010 r., w woj. podkarpackim w 2008 r., w woj. zachodniopomorskim w 2008 r. i w 2009 r., przetargi w woj. warmińsko-mazurskim w okresie 2009 – 2014 r.). Niektórzy WLW, aby uniknąć sytuacji, w której zaoferowana przez wykonawcę całkowita cena szczepionki będzie wyższa od kwoty przeznaczonej na realizację przedmiotu zamówienia, a odpowiadającej

opublikowanej wartości szacunkowej przedmiotu zamówienia, zabezpieczali wyższą kwotę na realizację przedmiotu zamówienia w ramach przetargu (np. przetarg w woj. świętokrzyskim w 2013 i 2014 r.). Prezes UOKiK ustalił także, że miały miejsce takie sytuacje, że kwota faktycznie przeznaczona przez zamawiającego na sfinansowanie przedmiotu zamówienia w przetargu była niższa niż opublikowana wartość szacunkowa przedmiotu zamówienia, co było spowodowane zabezpieczeniem niższej kwoty na realizację przetargu w projekcie planu rzeczowo-finansowego danego Wojewódzkiego Inspektoratu Weterynarii (np. przetarg w woj. wielkopolskim w 2013 r., wiosenna akcja szczepień).

dowód: zestawienie będące załącznikiem do pisma GLW z dnia 22 sierpnia 2014 r., k.
1124-1130.

- (32.) Ostatecznie Prezes UOKiK ustalił także, że zdarzało się, że kwota przeznaczona przez danego WLW na zakup szczepionki była niższa niż wartość najniższej oferty zaoferowanej w przetargu (np. WLW w Łodzi, przetargi w okresie 2009 – 2010 r.).
- (33.) W trakcie postępowania antymonopolowego Prezes UOKiK stwierdził, że w okresie 2008 – 2013 r. w wielu województwach liczba dawek szczepionki będąca przedmiotem zamówienia w przetargach w kolejnych latach kalendarzowych pozostawała na stałym poziomie, choć od tej prawidłowości zdarzały się odstępstwa i występowała ona znacznie rzadziej w 2014 r.
- (34.) Poniższa tabelka nr 1 przedstawia liczbę dawek szczepionki nabywanych w poszczególnych województwach w okresie 2008 – 2014 r.

Nazwa województwa	2008	2009	2010	2011	2012	2013	2014
dolnośląskie	638 320	638 320	319 160	319 160	319 160	320 898	
kujawsko-pomorskie	662 400	662 400	662 400	662 400	662 400	662 400	331 200
lubelskie	897 640	897 640	897 640	987 640	1 145 280	1 145 280	1 138 800
lubuskie	522 160	522 160	522 160	522 160	522 160	261 080	
łódzkie	678 800	678 800	678 800	678 800	678 800	678 800	678 800
małopolskie	607 600	607 600	607 320 (+ 120 000)	910 980	910 980	910 980	923 060
mazowieckie	1 308 680	1 308 680	1 282 760	1 282 760	1 290 060	1 290 060	1 290 060

opolskie	320 000	320 000	320 000	320 000	320 000	320 000	160 000
podkarpackie	727 920	645 320	645 320	756 420	967 980	967 980	1 005 480
podlaskie	748 440	748 440	748 440	748 440	748 440	978 260	978 260
pomorskie	731 720	731 720	662 360	662 360	662 360	662 360	331 200
śląskie	405 220	405 220	405 220	405 220	447 220	447 220	446 320
świętokrzyskie	567 000	567 000	567 000	567 000	420 000	420 000	630 200
warmińsko-mazurskie	990 000	990 000	990 000	990 000	1 200 000	1 140 000	1 140 000
wielkopolskie	1 105 506	1 105 506	1 105 506	1 105 506	1 105 506	1 105 506	
zachodniopomorskie	800 000	800 000	800 000	400 000 400 000	800 000	800 000	
łącznie w danym roku kalendarzowym	11 711 405	11 628 806	11 334 006	11 718 816	12 200 346	11 558 071	9 053 360

Wyjaśnienia: tabela nr 1 - liczba dawek szczepionki nabywanych w poszczególnych województwach w okresie 2008-2014 r., a także łącznie w danym roku kalendarzowym we wskazanym okresie.

dowód: załącznik nr 2 do pisma ZGLW z dnia 26 czerwca 2012 r. – SIWZ-y publikowane w przetargach przez poszczególnych WLW w okresie 2008-2012 r. (płyta CD) – k. 60

załącznik nr 1 i 2 do pisma GLW z dnia 29 lipca 2014 r., k. 1108-1111

załącznik nr 1 do pisma GLW z dnia 22 sierpnia 2014 r., k. 1123

pismo GLW z dnia 30 września 2014 r., k. 1448

- (35.) Prezes UOKiK ustalił, że poszczególni WLW publikowali ogłoszenie o przetargu oraz SIWZ w różnych terminach. Zgromadzony materiał dowodowy w sprawie pozwala stwierdzić, że w okresie 2008-2014 r. w przypadku przeprowadzania w danym województwie wiosennej i jesiennej akcji szczepień przeciwko wścieklicznie, ogłoszenie o przetargu oraz SIWZ publikowano w okresie styczeń-marzec, przy czym zdecydowanie najczęściej publikacja taka miała miejsce w styczniu i w lutym. Natomiast jeśli w danym województwie przeprowadzono jedynie jesienną akcję szczepień lub też zorganizowano dwa odrębne przetargi w danym roku kalendarzowym, taka publikacja odbywała się w okresie kwiecień-wrzesień, przy czym najczęściej były to miesiące czerwiec oraz lipiec.

dowód: wiadomość e-mail od [informacja utajniona] – pracownika Głównego Inspektoratu

Weterynarii z dnia 17 września 2013 r.

załącznik nr 1 i 2 do pisma GLW z dnia 29 lipca 2014 r., k. 1108-1111

załącznik nr 1 do pisma GLW z dnia 22 sierpnia 2014 r. k. 1123

pismo GLW z dnia 30 września 2014 r., k. 1448

- (36.) Przetargi organizowane były w terminach pozwalających na przeprowadzenie akcji szczepiennych lisów wolno żyjących w terminach zalecanych przez GLW. Otwarcie ofert następuje natomiast w terminie kilku tygodni od daty publikacji

ogłoszenia o przetargu (5-7 tygodni). Termin realizacji dostawy szczepionki wskazywany był każdorazowo w umowie będącej załącznikiem do SIWZ ogłoszonym w danym przetargu.

dowód: pismo ZGLW z dnia 26 czerwca 2012 r., k. 48

załącznik nr 2 do pisma ZGLW z dnia 26 czerwca 2012 r. – SIWZ-y publikowane w przetargach przez poszczególnych WLW w okresie 2008-2012 r. (płyta CD) – k. 60.

- (37.) Z punktu widzenia wykonawców sposób organizacji przetargów, tj. ich kumulacja w określonym czasie, była oceniana jako czasochłonna i wymagająca określonych nakładów finansowych. IDT angażowało do 6 osób w proces pozyskiwania i wypełnienia dokumentacji niezbędnej do złożenia oferty w przetargu, przy czym zdarzało się, że podmiot ten zatrudniał dodatkowych pracowników na czas przygotowywania ofert składanych w przetargach. W celu ograniczenia kosztów ponoszonych w związku z przygotowaniem ofert składanych w przetargach IDT korzystało z usług osób, które posiadają znajomość polskich realiów: osoby te zajmowały się przygotowaniem ofert składanych przez IDT w Polsce. W szczególności od 2005 r. IDT podejmowało współpracę z **[informacja utajniona]** jako osobą obcojęzyczną, od 2008 r. IDT podejmuje ścisłą współpracę z Pro-Wet przy przygotowywaniu składanych ofert, a od 2010/2011 r. IDT w przygotowanie ofert angażuje pracowników polskojęzycznych (m.in. **[informacja utajniona]**). Ponadto IDT podejmowało działania mające na celu oddziaływanie na decyzje kosztotwórcze zamawiających: w niektórych Wojewódzkich Inspektoratach Weterynarii, w których do zawarcia umowy wymagano osobistego stawiennictwa dyrektora IDT, spółce udało się doprowadzić do zawierania tych umów także poprzez wymianę dokumentów drogą pocztową.

dowód: pismo IDT z dnia 22 kwietnia 2014 r., k. 493

pismo IDT z dnia 28 października 2014 r., k.1498

- (38.) Natomiast w danym roku kalendarzowym INEX przygotowuje oferty w ciągu około 80 dni i w tym celu nie korzysta z pomocy dodatkowych pracowników.

dowód: pismo Inex z dnia 6 października 2014 r., k. 1451

- (39.) W dalszej kolejności Prezes UOKiK ustalił, że poszczególni WLW samodzielnie organizują przetargi, w związku z czym treść SIWZ w poszczególnych województwach może się różnić między sobą, np. w zakresie terminu realizacji przedmiotów zamówienia, zasady odpowiedzialności kontraktowej, wymaganych od wykonawcy zabezpieczeń wykonania przedmiotu zamówienia. Jednakże od 2009 r. w wyniku narad przeprowadzonych przez Głównego Lekarza Weterynarii oraz WLW SIWZ-y opracowywane w poszczególnych Wojewódzkich Inspektoratach Weterynarii w zakresie opisu przedmiotu zamówienia mają

zbliżoną treść, co ma na celu zapewnienie przebiegu akcji szczepień na terenie całego kraju według zasad zapewniających przejrzystość rezultatów.

dowód: pismo ZGLW z dnia 26 czerwca 2012 r., k. 48

załącznik nr 2 do pisma ZGLW z dnia 26 czerwca 2012 r. – SIWZ-y publikowane w przetargach przez poszczególnych WLW w okresie 2008-2012 r. (płyta CD) – k. 60.

- (40.) W toku postępowania antymonopolowego Prezes UOKiK stwierdził że od 2009 r. nastąpiły zmiany w opisie przedmiotu zamówienia, w tym w zakresie wymagań formułowanych w stosunku do wykonawców, w SIWZ, publikowanych w poszczególnych przetargach w celu dostosowania jego zapisów do charakterystyk leczniczych produktów weterynaryjnych oraz wymagań KE. Do przedmiotowych wymagań należy m.in. zapewnienie odpowiedniej temperatury podczas transportu i przechowywania szczepionki, przeprowadzenie badań szczepionki bezpośrednio przed jej wyłożeniem. Badania te przeprowadzane są w Państwowym Instytucie Weterynaryjnym – Państwowym Instytucie Badawczym w Puławach (daje jako: „PIW”) na koszt wykonawcy. Obecnie koszt takiego badania jednej partii szczepionek wynosi 421 zł brutto, jednakże wymóg jego przeprowadzenia generuje wyższe koszty oferentów wynikające z konieczności wynajęcia samochodu chłodni na okres dodatkowych kilku dni, opłacenia kosztów transportu oraz zaangażowania pracownika w proces przekazania prób szczepionki do przebadania.

dowód: pismo ZGLW z dnia 26 czerwca 2012 r., k. 48

pismo ZGLW z dnia 22 sierpnia 2014 r., k. 1119

pismo Inex z dnia 6 października 2014 r., k 1451

- (41.) Inex wskazał, że obowiązek przeprowadzenia takich badań skutkowało wzrostem kosztów na poziomie ok. kilkunastu tysięcy złotych w ramach każdej wykonywanej dostawy szczepionek. Z informacji przekazanych przez Inex wynika także, że dostawa szczepionki do PIW może odbywać się następująco. Po pierwsze, samochód chłodni - po załadowaniu szczepionki w magazynie dostawcy – jedzie do PIW, gdzie następuje badanie wszystkich serii szczepionek w ramach dostawy na zawartość miana wirusa. Po drugie, sporadycznie zdarza się, że w przypadku niektórych WLW próby szczepionki do przeprowadzania badania pobierane są na lotnisku, z którego ma być prowadzona akcja zrzutu. Następnie próby szczepionki transportowane są do PIW bądź z wykorzystaniem samochodu chłodni, bądź innym środkiem transportu po zabezpieczeniu temperatury przechowywania szczepionki suchym lodem. Po przesłaniu wyniku badań do zamawiającego i wykonawcy rozpoczyna się akcja zrzutu szczepionki. Z informacji przekazanych przez Inex wynika, że przeprowadzenie badania powoduje konieczność wynajęcia samochodu chłodni na dodatkowe 3-4 dni.

dowód: pismo Inex z dnia 6 października 2014 r., k 1450

- (42.) IDT wyjaśniło, że po dostawie szczepionki do miejsca określonego przez zamawiającego, które z reguły położone jest blisko lotniska wykorzystywanego do przeprowadzenia akcji zrzutu szczepionek, gdzie pobierane są próbki dostarczanej szczepionki. Wykonawca przewozi je na własny koszt i ryzyko do zbadania w PIW. Badanie takie trwa 4-5 dni.

dowód: pismo IDT z dnia 22 kwietnia 2014 r., k. 493

- (43.) W toku postępowania antymonopolowego Prezes UOKiK ustalił także, że treść SIWZ-ów publikowanych przez poszczególnych WLW była podobna, co obejmowało wymogi formalne stawiane oferentom³, opis przedmiotu zamówienia oraz warunki dostawy szczepionki. Prezes UOKiK ustalił także, że od 2009 r. poszczególni WLW do SIWZ-ów wprowadzili szczegółowy opis przedmiotu zamówienia, co obejmuje m.in. sprecyzowanie zawartości miana wirusa w szczepionce, a także wprowadzili obowiązkową procedurę badania miana wirusa w szczepionce na koszt wykonawców. Różnice w SIWZ-ach mogą dotyczyć natomiast dodatkowych wymogów stawianych wykonawcom m.in. co do obowiązku udzielenia gwarancji dobrego wykonania przedmiotu zamówienia przed zawarciem umowy z zamawiającym.

dowód: załącznik nr 2 do pisma ZGLW z dnia 26 czerwca 2012 r. – SIWZ-y publikowane w przetargach przez poszczególnych WLW w okresie 2008-2012 r. (płyta CD) – k. 60.

pismo GLW z dnia 22 sierpnia 2014 r., k. 1119 i następne

pismo Inex z dnia 6 października 2014 r., k 1451

- (44.) Podobnie Inex stwierdził, że z uwagi na występujące zbieżności w opisie przedmiotu zamówienia w poszczególnych przetargach spółka ta w znacznym stopniu wykorzystuje nabyte doświadczenie i wiedzę z dokumentów zgromadzonych na potrzeby przetargów przeprowadzonych w latach poprzednich, gdyż są one do siebie w miarę podobne.

dowód: pismo Inex z dnia 6 października 2014 r., k 1451

- (45.) Natomiast w ocenie IDT każde z województw stosowało różne formularze ofertowe i stawiało przed oferentami 16 różnych pakietów wymagań dotyczących zwłaszcza tego, jakie dokumenty, w jakiej formie oraz w jakiej kolejności należy dostarczyć. Podmiot ten wskazał, że różnice miały miejsce zarówno pomiędzy poszczególnymi Wojewódzkimi Inspektoratami Weterynarii w danym roku kalendarzowym, jak i w poszczególnych Inspektoratach na przestrzeni kolejnych

³ Co obejmuje: sposób udokumentowania warunku posiadania przez wykonawcę niezbędnego doświadczenia i wiedzy, warunku znajdowania się w sytuacji ekonomicznej i finansowej zapewniającej wykonanie przedmiotu zamówienia, postanowienia dotyczące wadium.

lat. IDT przekazało zbiorcze zestawienie opisujące w skali roku kalendarzowego, jakie dokumenty wymagane były przez poszczególnych WLW w związku z udziałem w przetargu, a także zestawienie przedstawiające, w jaki sposób wymagania w zakresie dokumentów wymaganych do złożenia ulegały zmianie w poszczególnych Inspektoratach w okresie 2008-2014 r. Jednocześnie spółka ta wyjaśniała, że przyczyna zachodzących różnic wynika stąd, że oprócz wymagań obligatoryjnych wynikających z przepisów Pzp zamawiający może wprowadzać inne, dodatkowe wymogi. W konsekwencji w odniesieniu do każdego przetargu konieczne jest odrębne zidentyfikowanie wymagań i dostosowanie do nich sporządzanych ofert wraz z załącznikami. Spółka ta wskazała także, że teoretycznie możliwe jest posiłkowanie się w pewnym zakresie poprzednimi wzorami ofert, ale w praktyce każda oferta musi być sporządzana w sposób adekwatny do aktualnych wymagań poszczególnych zamawiających.

dowód: pismo IDT z dnia 22 kwietnia 2014 r., k. 491 i następne
pismo IDT z dnia 7 listopada 2014 r., k. 1678
załącznik nr 9 oraz 10 do pisma IDT z dnia 7 listopada 2014 r., k. 1704-1828

- (46.) Z informacji przekazanych przez Inex wynika, że całkowity czas potrzebny na przeprowadzenie akcji szczepień zależy od warunków pogodowych oraz liczby samolotów pozostających do dyspozycji zamawiającego i wynosi on od kilku do kilkunastu dni (średnio od 9 do 15 dni). IDT wskazało natomiast, że akcja może przebiegać nawet przez jeden miesiąc.
- (47.) Prezes UOKiK ustalił także, że wykonawcy zobligowani są do poniesienia kosztów dostawy szczepionki na miejsce jej zrzutu, kosztów przechowywania szczepionki w samochodzie chłodni przez okres konieczny do przeprowadzenia akcji zrzutu, a także do utylizacji na własny koszt opakowań po szczepionce zgodnie z obowiązującymi przepisami prawa.

dowód: pismo IDT z dnia 22 kwietnia 2014 r., k. 493 i następne
pismo Inex z dnia 6 października 2014 r., k. 1450a

- (48.) Koszty generowane przez transport szczepionki na określone lotnisko oraz koszty przechowywania szczepionki w określonej, niskiej temperaturze są oceniane przez przedsiębiorców jako znaczące. Przy każdym przetargu Inex przyjmuje szacunkowo, że koszt wynajęcia samochodu wraz z kierowcą w celu przetransportowania szczepionki na lotnisko, przeprowadzenia badania, przechowywania szczepionki w określonej temperaturze, a także koszt przeprowadzenia utylizacji odpadów po przeprowadzeniu akcji zrzutu kształtuje się na poziomie 20-25 tysięcy zł, natomiast koszt przejechania 1 km wynosi 3,60 zł, a koszt jednego dnia postoju wynosi 950 zł. Z informacji przekazanych przez Inex wynika, że koszt wynajęcia przez spółkę samochodu chłodni wraz z kierowcą

(transport i przechowywanie szczepionki) w celu realizacji dostawy szczepionki w ramach jednego przetargu w okresie 2008-2012 r. kształtował się na poziomie ok. 12-50 tysięcy zł.

dowód: pismo Inex z dnia 6 października 2014 r., k. 1449, k. 1451

przekazane przez Inex kopie przykładowych faktur wystawionych przez „Transco” s.c. [informacja utajniona], Grodzisk Mazowiecki, k. 194-204.

- (49.) IDT wskazało, że koszt realizacji usługi transportu i przewozu szczepionki w ramach jednego przetargu do miejsca określonego przez zamawiającego, które z reguły położone jest blisko lotniska wykorzystywanego do przeprowadzenia akcji zrztu szczepionek, kształtują się na poziomie 1,5–2,5 tysiąca euro. Koszt każdego dnia postoju wynajętego samochodu chłodni wynosi 500 euro i nie uwzględnia kosztów paliwa zużywanego na chłodzenie szczepionki oraz innych ponoszonych kosztów. W przypadku dostawy szczepionki trwającej 30 dni (wraz z postojem i wywiezieniem odpadów) generowane są koszy na poziomie 18 tysięcy euro za zapewnienie samochodu z kierowcą. W latach 2008 – 2014 koszty transportu szczepionki wraz z dniami postoju samochodu chłodni na lotniku w skali roku kalendarzowego kształtowały się na poziomie wskazanym w pismach IDT z dnia 22 kwietnia 2014 r. oraz z dnia 7 listopada 2014 r. Koszty logistyczne stanowią ok. 10 % wartości towaru dostarczanego przez IDT jako wykonawcę, natomiast w stosunku do całkowitej wartości zamówień realizowanych przez IDT w ramach przetargów w skali roku kalendarzowego kształtują się na poziomie wskazanym w pismach z dnia 22 kwietnia 2014 r. oraz z dnia 7 listopada 2014 r.

dowód: pismo IDT z dnia 22 kwietnia 2014 r., k. 493-494

pismo IDT z dnia 7 listopada 2014 r., k. 1855

- (50.) Z informacji przekazanych przez IDT wynika także, że decyzja o przystąpieniu do przetargu uzależniona jest od następujących czynników: gwarancja posiadania towaru oraz środki na jego przewóz na miejsce docelowe. W związku z tym spółka ta każdorazowo z wyprzedzeniem dokonuje rezerwacji w przedsiębiorstwie spedycyjnym, z którym współpracuje, pojazdy którymi zostanie przewieziony towar (szczepionka) do miejsca docelowego, jeśli IDT wygra dany przetarg. Spółka wskazała, że wielokrotnie dokonywał anulacji takiej rezerwacji, co było wynikiem m.in. niewygrania danego przetargu lub też zmiany terminu dostawy szczepionki. IDT nie przekazało żadnych dokumentów potwierdzających poniesione koszty z tytułu anulacji dokonanej rezerwacji, jednakże koszty takie ponosi, co – zgodnie z twierdzeniem IDT - wynika z treści przepisów *Warunki spedycji*, w myśl których spedytorowi przysługuje roszczenie o częściowy zwrot kosztów w przypadku wypowiedzenia umowy spedycji. Z wyjaśnień IDT wynika, że koszty anulacji rezerwacji, podobnie jak inne koszty przygotowawcze, stanowią koszty utrzymania w gotowości samochodu chłodni.

dowód: pismo IDT z dnia 7 listopada 2014 r., k. 1853

załącznik nr 11 i 12 do pisma IDT z dnia 7 listopada 2014 r., k. 1829-1840

- (51.) Ostatecznie IDT wskazało także, że jego pracownicy wielokrotnie sugerowali w rozmowach z pracownikami Wojewódzkich Inspektoratów Weterynarii, że przechowywanie szczepionki w chłodni stacjonarnej spowoduje obniżenie kosztu dostawy szczepionki. Jednakże zapisy SIWZ-ów ogłaszanych przetargach nie zostały zmienione w tym zakresie.

dowód: pismo IDT z dnia 7 listopada 2014 r., k. 1681

- (52.) W toku postępowania antymonopolowego Prezes UOKiK ustalił także, że w 2012 r. WLW wprowadzili do treści SIWZ-ów dodatkowe wymagania dotyczące opisu przedmiotu zamówienia, które dotyczyły: wymogu dostarczenia przez wykonawcę wyników badań potwierdzających, że szczepionka zachowuje niespadające miano uodparniające przez okres nie krótszy niż 14 dni w warunkach terenowych (3.1. pkt 7 SIWZ), możliwości przeprowadzenia oceny skuteczności szczepionki (3.1. pkt 8, warunki ustalone w ust. 3.1. pkt 3 SIWZ), posiadanie przez szczepionkę właściwości silnie wabiących (3.1. pkt 9 SIWZ), wymóg pakowania szczepionki w kartony w sposób uniemożliwiający sklejanie się kostek (przynęt) (3.1. pkt 10 SIWZ), wymóg opisu blistera⁴, opakowania zewnętrznego i ulotki informacyjnej szczepionki zgodnie z prawem w j. polskim (3.1. pkt 12 SIWZ), wymóg dostawy szczepionki samochodem chłodnią w temperaturze nie wyższej niż -20 st. C (3.1. pkt 13 SIWZ). Wymogi te znalazły się w szczególności w SIWZ opublikowanym przez WLW w Bydgoszczy w przetargu w 2012 r.

dowód: treść SIWZ-ów ogłoszona przez WLW w przetargu w 2012 r., k. 60

pismo Inex z dnia 6 października 2014 r., k 1451

- (53.) W dniu 25 stycznia 2012 r. Inex wniósł do KIO odwołanie od treści SIWZ opublikowanego przez WLW w Bydgoszczy, zarzucając WLW naruszenie przepisów Pzp oraz ustawy z dnia 6 września 2001 r. *Prawo farmaceutyczne* (tekst jedn.: Dz. U. z 2008 r. Nr 45, poz. 271 ze zm.) (dalej także jako: „Pf”). Wyrokiem z dnia 8 lutego 2012 r., sygn. akt KIO 155/12 KIO uwzględniła odwołanie, nakazując WLW w Bydgoszczy dokonanie zmian w SIWZ w zakresie określonym w tym wyroku. Zgodnie z treścią tego wyroku, zamawiający został zobligowany m.in. do doprecyzowania treści SIWZ, do dokonania określonych zmian w treści tego dokumentu, w tym do wykreślenia niektórych jego postanowień. WLW w Bydgoszczy zastosował się do treści ww. rozstrzygnięcia KIO.

⁴ Opakowanie w postaci sztywnej, przezroczystej wytłoczki z tworzywa sztucznego (Słownik Języka Polskiego PWN, dostępny na str. internetowej: www.sjp.pwn.pl).

dowód: treść SIWZ ogłoszony przez WLW w Bydgoszczy przetargu w 2012 r., k. 60

- (54.) Ze względu na wysokie koszty procedury odwoławczej przed KIO Inex rozesłał treść ww. rozstrzygnięcia KIO do innych Wojewódzkich Inspektoratów Weterynarii. W konsekwencji w 12 województwach dokonano zmiany w treści SIWZ zgodnie z treścią ww. wyroku. Zmiany takiej nie dokonali WLW w Białymstoku, Łodzi i Gdańsku, zajmując stanowisko że wyrok KIO ma charakter wiążący jedynie w sprawie, w której został wydany lub też w ich ocenie opublikowana treść SIWZ nie była niezgodna z prawem.

dowód: pismo Inex z dnia 2 lipca 2013 r., k. 105

pismo Inex z dnia 6 października 2014 r., k. 1452-1453

pismo GLW z dnia 22 sierpnia 2014 r., k. 1118-1119

- (55.) Prezes UOKiK ustalił, że w organizowanych przez WLW przetargach w okresie 2008-2012 oferowane były przede wszystkim następujące szczepionki: Lysvulpen oraz Fuchsoral. Sprzedaż Lysvulpen w Polsce jest prowadzona od 2004 r., zaś Fuchsoral od 1993 r.

dowód: pismo Inex z dnia 2 lipca 2013 r., k. 103

pismo IDT z dnia 28 października 2014 r., k. 1493

- (56.) Jedynie w dwóch przetargach zorganizowanych w 2009 r. (tj. w województwie kujawsko-pomorskim oraz zachodniopomorskim) zaoferowana została szczepionka innego producenta sprzedawana pod nazwą Rabigen SAG2.
- (57.) Podmioty składające oferty w przetargach miały swobodę w określaniu ceny jednostkowej szczepionki w ofertach składanych w tych postępowaniach, ceny tych produktów leczniczych nie mają bowiem charakteru cen regulowanych.

dowód: pismo ZGLW z dnia 1 lipca 2013 r., k. 100

- (58.) Warunkiem wprowadzenia danej serii szczepionki do obrotu na terytorium Polski było przeprowadzenie obowiązkowej kontroli seryjnej wstępnej w PIW na koszt podmiotu odpowiedzialnego⁵.
- (59.) **Producentem** szczepionki **Fuchsoral** oraz podmiotem odpowiedzialnym jest spółka IDT. Początkowo IDT zaopatrywała w komponent, tj. blister ze szczepionką spółkę Bioweta Puławy Sp. z o.o. z siedzibą w Puławach, a od 2005 r. IDT rozpoczęła samodzielną sprzedaż tej szczepionki w Polsce. W 2009 r. IDT zaproponowało Pro-Wet rozszerzenie zakresu dotychczasowej współpracy na

⁵ Zgodnie z art. 65 ust. 3 Pf „Produkty lecznicze, o których mowa w ust. 4, mogą znajdować się w obrocie pod warunkiem, że zostały poddane kontroli seryjnej wstępnej na koszt podmiotu odpowiedzialnego.”

dystrybucję szczepionki Fuchsoral w Polsce, co obejmowało wspólny udział obu podmiotów w przetargach w formie konsorcjum. Pro-Wet dysponuje działającą na podstawie zezwolenia wydanego przez Głównego Lekarza Weterynarii hurtownią farmaceutyczną na terytorium Polski. W konsekwencji udział IDT w przetargach w konsorcjum z Pro-Wet - jako podmiotem zapewniającym dostęp do ww. hurtowni - umożliwiło spółce niemieckiej legalne wprowadzenie szczepionki Fuchsoral do obrotu na terytorium Polski⁶. Ponadto IDT zmodyfikowała sposób przystępowania do przetargów także ze względu na uzyskaną interpretację przepisów podatkowych, zgodnie z którą bezpośrednia sprzedaż szczepionki Fuchsoral na rzecz WLW prowadziłaby do sytuacji, że spółka ta nie mogłaby się ubiegać o zwrot podatku naliczonego z tytułu wewnątrzwspólnotowego nabycia towarów. W rezultacie począwszy od 2009 r. Pro-Wet uczestniczy w przetargach jako członek konsorcjum wraz z IDT i od tego roku żadna ze spółek nie brała udziału w przetargach samodzielnie.

dowód: pismo Pro-Wet z dnia 28 czerwca 2013 r., k. 95 i następne
pismo IDT z dnia 28 października 2014 r., k. 1494-1495

- (60.) Prezes UOKiK ustalił, że współpraca pomiędzy IDT a Pro-Wet w zakresie udziału w przetargach była inicjowana przez IDT. To IDT podejmowało decyzję o złożeniu oferty w danym przetargu. W oparciu o tę decyzję spółki następnie zawierały między sobą umowy konsorcjum. Wersja robocza umowy konsorcjum wysyłana była do Pro-Wet drogą mailową w celu dokonania uzgodnień co do jej treści. Umowy konsorcjum podpisywane były przez uprawnionych przedstawicieli obu spółek w różnych miejscowościach na terytorium Polski, w tym w trakcie spotkań w Gdańsku. Do zawarcia ww. umów dochodziło także drogą pocztową. Ponieważ współpraca obu spółek od 2009 r. miała charakter stały, umowy konsorcjum były podpisywane z dużym wyprzedzeniem, zwykle w styczniu lub w pierwszych dniach lutego w danym roku kalendarzowym. Umowa konsorcjum podpisywana była odrębnie dla każdego przetargu w danym roku kalendarzowym. Prezes UOKiK ustalił także, że to IDT, pełniąc funkcję lidera konsorcjum, przygotowywało oferty, w tym określało cenę szczepionki oferowaną w konkretnym przetargu. Następnie – po uzyskaniu zgody Pro-Wet na złożenie oferty – IDT składało ofertę w przetargu. Rozliczenie i fakturowanie wykonanych dostaw szczepionki dokonywał Pro-Wet, działając w imieniu konsorcjum na podstawie informacji przekazanych przez IDT. Do zadań Pro-Wet należało wystawianie faktury na rzecz zamawiającego, który był następnie zobowiązany do dokonania zapłaty za dostawę szczepionki na rachunek bankowy Pro-Wet. Następnie spółka ta przekazywała wpłacone przez zamawiającego wynagrodzenie na konto bankowe IDT. Z tytułu wykonywanych czynności w ramach konsorcjum Pro-Wet otrzymywał od IDT wynagrodzenie w wysokości 1% wynagrodzenia netto

⁶ Zgodnie z art. 72 pkt 1 Pf obrót hurtowy produktami leczniczymi, z zastrzeżeniem ust. 8 pkt 2 tej ustawy, mogą prowadzić wyłącznie hurtownie farmaceutyczne, składy celne i konsygnacyjne produktów leczniczych.

należnego IDT od zamawiających za dostawę szczepionki. Prezes UOKiK ustalił także, że biorąc udział w przetargach jako członek konsorcjum wraz z IDT, Pro-Wet wykonywał jedynie określone czynności o charakterze organizacyjnym, w tym pozyskiwał dla IDT dokumenty niezbędne do skompletowania dokumentów wymaganych do złożenia oferty. Należąca do Pro-Wet hurtownia farmaceutyczna nie była natomiast faktycznie wykorzystywana przez IDT do przechowywania dostarczanych partii szczepionki.

dowód: pismo Pro-Wet z dnia 28 czerwca 2013 r., k. 96-97

pismo Pro-Wet z dnia 6 sierpnia 2013 r., k. 310, k. 315, k. 384-385

pismo Pro-Wet z dnia 30 lipca 2014 r., k. 1104 -1106

pismo IDT z dnia 28 października 2014 r., k. 1496-1497

- (61.) W ocenie IDT następujące czynniki miały wpływ na jednostkową cenę szczepionki FuchSORAL oferowaną w przetargach w okresie 2008-2014 r.:
- **[informacja utajniona]**: IDT mając pełną informację o zakresie cen oferowanych przez konkurenta w poprzednim przetargu może dostosować swoją ofertę cenową do cen oferowanych przez konkurenta, z marginesem na przewidywane ruchy konkurenta w kolejnym przetargu. Obniżki cen w kolejnych przetargach nie są znaczące, ponieważ celem działania IDT jest osiągnięcie jak najwyższych przychodów (i dochodów).
- (62.) Spółka wskazała także, że **[informacja utajniona]**, co powodowało sukcesywne, kroczące obniżanie cen oferowanych przez każdy z podmiotów, zaś różnice między oferowanymi cenami nie były duże. IDT wskazała także, że mechanizm kształtowania cen przez IDT w przetargach nie jest powiązany z rabatami ilościowymi czy efektem skali, stąd w praktyce nie występują powiązania pomiędzy poziomem jednostkowej ceny zaoferowanej w przetargu a liczbą szczepionek nabywanych w ramach danego przetargu.

dowód: pismo IDT z dnia 7 listopada 2014 r., k. 1853

- (63.) Odnosząc się do kwestii wzrostu oferowanych cen szczepionki w 2009 r. w porównaniu z 2008 r. IDT wskazał następujące przyczyny wzrostu tych cen:
- poddanie każdej serii z dostawą szczepionki kontroli seryjnej wstępnej PIW-u,
 - pobranie prób szczepionki na miejscu dostawy - wykonawca dostarcza próby na własny koszt i ryzyko do PIW,
 - w razie negatywnego wyniku badania prób szczepionek, obowiązek dostawy nowej serii szczepionek w ciągu 4 dni.
- (64.) Spółka wskazała jednocześnie, że nowe wymagania zamawiających wprowadzone do SIWZ od 2009 r. doprowadziły do korzystania z samochodów chłodni w znacznie większym wymiarze.

dowód: pismo IDT z dnia 22 kwietnia 2014 r., k. 498

- (65.) W ocenie Prezesa UOKiK IDT mylnie wskazało obowiązek przeprowadzenia kontroli seryjnej wstępnej zamiast obowiązku przeprowadzenia kontroli szczepionek przed ich wyłożeniem. Obowiązek przeprowadzenia kontroli seryjnej wstępnej został co prawda wskazany w treści SIWZ (od 2009 r.), jednakże obowiązek jego przeprowadzenia wynika z przepisów Pf (art. 65 Pf) i badanie to jest warunkiem legalnego wprowadzenia szczepionki do obrotu. W związku z tym uznać należy, że nie jest to wymóg specyficzny dla przetargów. Natomiast podmiot odpowiedzialny za dany produkt leczniczy (np. szczepionkę), o ile zamierzał wprowadzić produkt do obrotu na terytorium Polski także przed 2009 r., zobowiązany był do przeprowadzenia takiego badania. W konsekwencji w ocenie Prezesa UOKiK uznać należy, że obowiązek przeprowadzenia kontroli seryjnej wstępnej nie jest czynnikiem, który mógł mieć wpływ na wzrost oferowanych cen szczepionek w 2009 r.

dowód: pismo GLW z dnia 22 sierpnia 2014 r., k. 1119 i następne

- (66.) W okresie 2009 – 2014 r. jednokrotnie odnotowano przypadek niezgodności serii szczepionki z danymi zawartymi w takiej decyzji: sytuacja ta miała miejsce w 2010 r. i dotyczyła szczepionki Lysvulpen.

dowód: pismo GLW z dnia 22 sierpnia 2014 r., k. 1121

- (67.) Jednokrotnie zdarzyło się, że szczepionka Fuchsoral w jednej z partii została zakwestionowana z powodu niższego miana wirusa niż wynikającego z Charakterystyki Produktu Leczniczego. Jednakże ostatecznie ustalono, że badana partia szczepionki nie była wadliwa.

dowód: pismo IDT z dnia 22 kwietnia 2014 r., k. 496

- (68.) W piśmie z dnia 7 i 17 listopada 2014 r. spółka IDT przekazała informacje dotyczące maksymalnej zdolności produkcyjnej tej spółki w zakresie produkcji szczepionki Fuchsoral w latach 2008 – 2014, w tym również w odniesieniu do ogólnej zdolności produkcyjnej tej spółki. Jednocześnie IDT zaznaczyło, że przekazane dane w zakresie wykorzystania zdolności produkcyjnej tej spółki mają charakter szacunkowy, ponieważ w ujęciu bezwzględnym brak jest możliwości przyporządkowania jej zdolności produkcyjnych do produkcji szczepionki Fuchsoral.

dowód: pismo IDT z dnia 7 listopada 2014 r., k. 1856-1858

pismo IDT z dnia 17 listopada 2014 r., k. 2037-2038

(69.) W pismach z dnia 22 kwietnia i 7 listopada 2014 r. Spółka wskazywała na specyficzne okoliczności produkcji szczepionek oraz wyjaśniała czynniki ograniczające możliwość udziału w przetargach związane kalendarzem przetargów i akcji szczepień.

dowód: pismo IDT z dnia 7 listopada 2014 r., k. 1857

pismo IDT z dnia 22 kwietnia 2014 r., k. 495

(70.) Z informacji wykazanych przez IDT wynika także, że **[informacja utajniona]**. Ponadto produkcja szczepionki na rynek polski wymaga opisu blisterów ze szczepionką w języku polskim, podczas gdy w wielu Państwach Członkowskich możliwe jest sporządzenie takiego opisu w języku angielskim.

dowód: pismo IDT z dnia 7 listopada 2014 r., k. 1857

pismo IDT z dnia 22 kwietnia 2014 r., k. 495

(71.) **Producentem** szczepionki **Lysvulpen** oraz podmiotem odpowiedzialnym jest spółka Bioveta, a.s., Komenského 212/12 Ivanovice na Hané, Republika Czeska (dalej jako: „**Bioveta**”), która prowadzi działalności w branży produktów medyczo-farmaceutycznych. Sprzedaż szczepionki Lysvulpen w Polsce prowadzona była od 2004 r. (od jesiennej akcji szczepień). Wyłączonym dystrybutorem szczepionki Lysvulpen w Polsce w okresie 2004-2012 r. był Inex. Umowa łącząca oba podmioty wygasła w 2013 r.

dowód: pismo Inex z dnia 2 lipca 2013 r., k. 103

pismo Inex z dnia 6 października 2014 r., k. 1452

(72.) Uczestnicząc w przetargach na dostawę szczepionki przeciwko wściekliźnie dla lisów wolno żyjących, Inex składał oferty samodzielnie.

(73.) W trakcie postępowania antymonopolowego ustalono, że Inex zidentyfikował następujące czynniki mające wpływ na poziom oferowanych cen szczepionki w Polsce:

- cena zakupu szczepionki,
- koszty przygotowania dokumentacji przetargowej,
- koszty transportu, których zmiany w okresie 2008-2012 r. nie przekroczyły 5%,
- ogólnozakładowe koszty,
- wzrost wymagań stawianych przez WLW w SIWZ-ach w stosunku do oferentów,
- wahania kursu korony czeskiej,
- ryzyko zmiany kursu walut,
- wzrost kosztów prowadzenia działalności gospodarczej.

(74.) Jednocześnie Inex wskazał, że okoliczność publikowania przez niektóre WLW-y szacunkowej wartości zamówienia nie odgrywa zasadniczej roli i nie wpływa w sposób decydujący na ostateczną cenę szczepionki.

dowód: pismo Inex z dnia 2 lipca 2013 r., k. 103-104
pismo Inex z dnia 5 sierpnia 2013 r., k. 180
pismo Inex z dnia 6 października 2014 r., k. 1449

(75.) W okresie 2004-2012 r. Inex nabywał Szczepionkę Lysvulpen od Biovety w oparciu o umowę zawartą 16 sierpnia 2004 r., zmienianą kolejno Aneksem nr 1 z dnia 3 września 2004 r., Aneksem nr 2 z dnia 13 września 2005 r. W tym okresie nabywał dokonywał zakupu szczepionki Lysvulpen w cenie 8,30 CZK ex. za jedną dawkę.

dowód: pismo Inex x dnia 5 sierpnia 2013 r., k. 180

(76.) Prezes UOKiK ustalił także, że choć ww. umowa przewidywała, że to **[informacja utajniona]**.

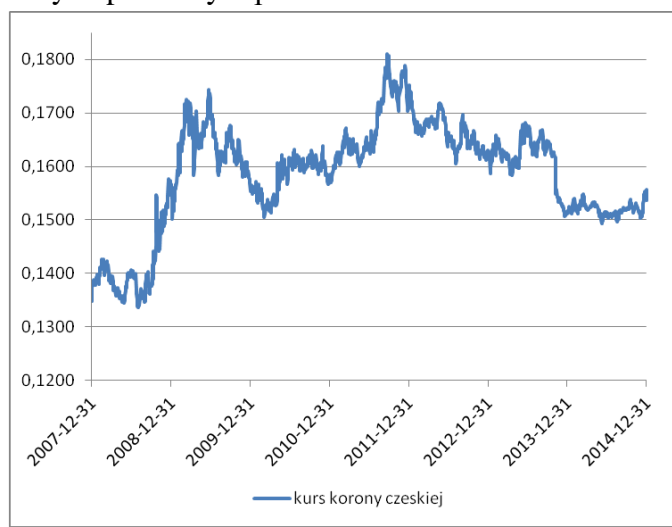
dowód: pismo Inex z dnia 5 sierpnia 2013 r., k. 180, k. 194-214

(77.) Wskazując na przyczyny istotnego podwyższenia ceny szczepionki Lysvulpen w 2009 r. w porównaniu do poziomu cen tej szczepionki oferowanych w 2008 r. Inex wskazał następujące czynniki:

- zmiana kursu korony czeskiej będąca główną przyczyną wzrostu cen,
- wzrost wymagań w SIWZ - wymóg przeprowadzenia dodatkowego badania miana szczepionki w PIW,
- ogólny wzrost kosztów zakładowych.

dowód: pismo Inex x dnia 5 sierpnia 2013 r., k. 180
pismo Inex z dnia 2 lipca 2013 r., k. 104.

Jednocześnie Prezes UOKiK ustalił, że kurs korony czeskiej w stosunku do złotego w okresie 2008-2009 r. uległ wzmocnieniu: według notowań NBP średni kurs korony czeskiej z pierwszego półrocza 2009 r. był prawie 20% wyższy niż średni kurs tej waluty w pierwszym półroczu 2008 r.



Wyjaśnienia: wykres nr 1 prezentuje notowania NBP kursu korony czeskiej w stosunku do złotówki w okresie 2008-2014.

dowód: pismo Inex x dnia 5 sierpnia 2013 r., k. 180

strona internetowa NBP (www.nbp.pl): <http://www.nbp.pl/home.aspx?c=/ascx/archa.ascx>

- (78.) Od 2013 r. Inex zaczął nabywać szczepionkę od Biovety w polskiej walucie i jednostkowa cena szczepionki Lysvulpen wynosiła 1,70 zł.

dowód: pismo Inex z dnia 6 października 2014 r. , k. 1449

- (79.) Z informacji przez Inex wynika, że wpływ na politykę cenową tej spółki w zakresie oferowanego poziomu jednostkowej ceny szczepionki Lysvulpen w różnych województwach miały następujące okoliczności:

i. ograniczona liczba szczepionek, jaką Bioveta jest w stanie wyprodukować, w szczególności na wiosenną akcję szczepień (maks. ok. 3 000 000 sztuk) ze względu na krótkie terminy pomiędzy rozstrzygnięciem przetargu a realizacją jego przedmiotu. Jednocześnie Bioveta byłaby w stanie wyprodukować wyższą liczbę dawek szczepionek, gdyby okres pomiędzy rozstrzygnięciem przetargu a dostarczeniem partii Szczepionki wynosiłby więcej niż 3 miesiące;

ii. liczba przetargów organizowanych przez WLW, który ma wpływ na cenę szczepionki: fakt organizowania w Polsce 16 przetargów na poziomie województwa przekłada się na niewielkie różnice (2-3 gr.) pomiędzy cenami jednostkowymi szczepionek oferowanymi w tych przetargach.

dowód: pismo Inex z dnia 2 lipca 2013 r., k. 103-104

pismo Inex z dnia 5 sierpnia 2013 r., k. 181

- (80.) Do października 2014 r. Inex nie zawarła kolejnej umowy z Biovetą regulującą współpracę tych podmiotów w zakresie dystrybucji szczepionki Lysvulpen w Polsce.

dowód: pismo Inex z dnia 6 października 2014 r., k. 1453

- (81.) **Producentem** Szczepionki **Rabigen SAG 2** oraz podmiotem odpowiedzialnym jest spółka Vibrac S.A. eme rue LID-BP 27, Carros Cedex, Francja (dalej jako: „**Vibrac**”). W okresie 2004-2011 r. przedstawicielem podmiotu odpowiedzialnego (tj. spółki Vibrac) generalnym importerem i dystrybutorem szczepionki Rabigen SAG 2 w Polsce była spółka Biuro Handlowo Techniczne Animal Trade Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie (dalej jako: „**Animal Trade**”), dysponująca zezwoleniem na prowadzenie hurtowni farmaceutycznej produktów weterynaryjnych. W 2008 r. ww. spółka podjęła działania mające na celu ustalenie możliwości przystąpienia do

przetargów, co obejmowało m.in. analizę opisu przedmiotu zamówienia, warunków dostawy, zapewnienie przez producenta partii szczepionki w liczbie i w okresach wskazanych przez zamawiających. W okresie 2008-2011 r. Animal Trade przystąpił jedynie do dwóch przetargów, oferując cenę szczepionki Rabigen SAG 2 na poziomie 2,50 zł netto za dawkę szczepionki. Z ustaleń Prezesa UOKiK wynika także, że przystąpienie przez tę spółkę we wskazanym okresie jedynie do 2 przetargów było wynikiem braku gwarancji dostarczenia przez producenta wymaganej liczby dawek szczepionki w określonym czasie, a także rezultatem wymagań sformułowanych w SIWZ, a dotyczących oferentów (wymóg posiadania określonego doświadczenia przez oferentów) oraz przedmiotu zamówienia (np. wielkość opakowań, wskazanie konkretnego szczepu wirusa o określonej charakterystyce).

dowód: pismo Animal Trade z dnia 8 sierpnia 2008 r., k. 1112-1113

- (82.) Prezes UOKiK ustalił także, że następujące czynniki miały wpływ na oferowaną przez tą spółkę jednostkową cenę szczepionki Rabigen SAG 2 w przetargach:
- cena sprzedaży oferowana przez producenta dla określonej liczby szczepionek,
 - kurs euro,
 - marża dystrybutora uwzględniająca wartość przetargu, koszty logistyczne i operacyjne.

dowód: wiadomość e-mail od p. Pawła Makowskiego – pracownika Głównego Inspektoratu Weterynarii z dnia 3 sierpnia 2012 r., k. 162

pismo Animal Trade z dnia 8 sierpnia 2008 r., k. 1112

- (83.) Spółka przestała pełnić rolę głównego importera oraz dystrybutora ww. szczepionki w lipcu 2011 r., a w grudniu 2010 r. na terytorium Polski została utworzona spółką Vibrac Sp. z o.o. obecnie z siedzibą w Warszawie (dalej jako: „**Vibrac Polska**”), która przejęła zadanie Animal Trade i do chwili obecnej jest dystrybutorem w Polsce produktów weterynaryjnych wytwarzanych przez Vibrac.

dowód: pismo Animal Trade z dnia 8 sierpnia 2008 r., k. 1112

strona internetowa: <http://www.virbac.pl/home/firma/virbac-w-polsce.html>

- (84.) Prezes UOKiK ustalił, że wcześniejsze niepowodzenia Animal Trade w przetargach, a także przyjęte przez Vibrac Polska plany rozwoju uwzględniające udział tej spółki w przetargach jedynie w marginalnym stopniu sprawiły, że spółka ta nie przystępowała do kolejnych przetargów, a sprzedaż ww. szczepionki nie jest obecnie prowadzona na terytorium Polski.

dowód: pismo Animal Trade z dnia 8 sierpnia 2008 r., k. 1112

pismo Vibrac Polska z dnia 30 września 2014 r.

II. 2 Raport KE oraz dofinansowanie programu zwalczania wścieklizny w Polsce 2011-2012 r.

(85.) W sierpniu 2011 r. KE sporządziła sprawozdanie z kontroli wydatków ponoszonych przez Polskę na program zwalczania wścieklizny w 2008-2010 r., co obejmuje koszty zakupu szczepionki, przeprowadzenia akcji zrzutu szczepionki (wraz z przynętą) oraz badania laboratoryjne zarówno lisów, w celu sprawdzenia, czy zostały zaszczepione, jak i szczepionki – w celu sprawdzenia jej jakości. Celem kontroli było sprawdzenie prawdziwości i prawidłowości przedstawionych wydatków, sprawdzenie realizacji programu po najkorzystniejszej cenie oraz rzeczywiste dokonanie płatności.

dowód: raport KE, k. 23 *verte*, k. 25

(86.) W toku przeprowadzonej kontroli w zakresie jednostkowej ceny szczepionki KE stwierdziła, że średnia jednostkowa cena szczepionki Lysvulpen w Polsce w 2010 r. była wyższa niż średnia jednostkowa cena Fuchsoralu, podczas gdy analiza jednostkowych cen szczepionek wskazanych przez Państwa Członkowie w dokumentacji o zwrot wydatków poniesionych w 2010 r. wskazuje na istnienie zależności odwrotnej, tj. Lysvulpen był zwykle znacznie tańszy od Fuchsoralu.

Szczepionka	Państwo Członkowskie	Koszt jednostkowy szczepionki	Liczba dawek szczepionki
Lysvulpen	średnia dla pozostałych Państw Członkowskich	0,24 euro	1 922 349
	Polska	0,57 euro	5 711 322
Fuchsoral		+141,63%	
	średnia dla pozostałych Państw Członkowskich	0,41 euro	2 018 400
	Polska	0,56 euro	5 622 286
		+26,04%	

Wyjaśnienie: tabela nr 2 obrazuje ceny szczepionki Lysvulpen oraz Fuchsoral w Państwach Członkowskich w 2010 r.

(87.) Wskazana zależność miała miejsce w Polsce, chociaż liczba szczepionek nabywanych rocznie w kraju była znacznie wyższa niż w pozostałych Państwach Członkowskich. W ocenie KE liczba dawek szczepionki nabywanych w Polsce powinna przekładać się na ich niższą cenę ze względu na efekt skali. Według KE oznacza to także, że cena szczepionki Fuchsoral w Polsce powinna kształtować się

poniżej, nie zaś powyżej średniej ceny tej szczepionki w innych Państwach Członkowskich. KE zauważyła jednak, że na takie ukształtowanie cen szczepionki w Polsce mogła mieć wpływ okoliczność, że w tym kraju umowy na dostawę szczepionek zawierane są na poziomie województw, nie zaś centralnie. Dokonując oceny kryterium ceny szczepionki KE uznała, że nie może stwierdzić, że zakupy szczepionek są dokonywane w Polsce po najkorzystniejszej cenie, mimo przestrzegania właściwych przepisów dotyczących publicznych postępowań przetargowych, zalecając jednocześnie polskim władzom określenie przyczyn wyjątkowo wysokich cen szczepionek w Polsce. Dane zgromadzone w Raporcie KE wskazują także, że istotny wzrostu średniej jednostkowej ceny każdej ze szczepionek w Polsce w 2009 r.

dowód: Raport KE, k. 8, k. 26 i następne

- (88.) W toku postępowania antymonopolowego IDT podnosiła, że Raport KE zawiera błędne dane i uproszczenia, albowiem w przekazywanych przez KE zestawieniach (cen szczepionek oraz liczby dawek szczepionek nabywanych w Państwach Członkowskich) ceny szczepionek zostały zaniżone lub zawyżone. Ponadto ceny szczepionek wynikające z Raportu KE nie uwzględniają różnic w zakresie świadczonych usług w ramach przetargu na dostawę szczepionki, jakie zachodzą w różnych analizowanych krajach.

dowód: pismo IDT z dnia 22 kwietnia 2014 r., k. 490-491

- (89.) Prezes UOKiK ustalił, że zastrzeżenia IDT dotyczące poprawności danych w zestawieniu za 2010 r. nie odnoszą się jednak do danych dotyczących szczepionek Lysvulpen i FuchSORALU, a dotyczą wyłącznie nieuwzględnienia w zestawieniu za ten rok kalendarzowy informacji dotyczących sprzedaży szczepionki Rabigen w Finlandii, Estonii i we Włoszech.
- (90.) Obecnie KE zmniejszyła wielkość wkładu finansowego na zakup szczepionki Lysvulpen w Polsce w ramach programu zwalczania wścieklizny w 2010 i 2011 r., ponieważ średni koszt jednostkowy tej szczepionki w Polsce był wyższy niż w innych Państwach Członkowskich.

dowód: pismo ZGLW z dnia 19 listopada 2013 r., k. 398

II. 3 Sytuacja w innych Państwach Członkowskich

- (91.) Z informacji przekazanych przez ZGLW, a pozyskanych od KE wynika, że popyt na szczepionkę w Państwach Członkowskich kształtują następujące czynniki:
- sytuacja epizootyczna w odniesieniu do wścieklizny,
 - strategia zwalczania wścieklizny wybrana przez dane Państwo Członkowskie.

- (92.) Czynniki te wpływają na wielkość obszaru, na którym przeprowadzane jest szczepienie.

dowód: pismo ZGLW z dnia 18 lipca 2012 r., k. 64

- (93.) W toku postępowania antymonopolowego ustalono, że sprzedaż szczepionek w okresie 2006 - 2012 r. jest lub była prowadzona w następujących Państwach Członkowskich: **[informacja utajniona]**. W krajach tych prowadzona była sprzedaż następujących szczepionek: Lysvulpen, Fuchsoral, Rabigen oraz Rabifox. Sprzedaż szczepionki Rabigen prowadzona jest w następujących państwach: Finlandia, Estonia i Rumunia, natomiast sprzedaż szczepionki Rabifox była prowadzona wyłącznie w Austrii do 2009 r.

- (94.) Jedynie sporadycznie zdarzało się, że w jednym Państwie Członkowskim organizowane były dwa postępowania przetargowe na zakup szczepionki (Łotwa w 2008 r., Austria w 2009 r.) – zasadą jest, że w danym kraju na szczeblu centralnym organizowane jest jedno postępowanie przetargowe na zakup szczepionki. W niektórych Państwach Członkowskich takie postępowanie może być organizowane raz na 2 lata (tj. w Austrii – 2011-2012 r., Finlandii na lata – 2008-2009 r., 2010-2011 r., Litwie – 2011-2012, Estonii – 2006-2007 r., 2010–2011 r., 2012 – 2013 r., 2014-2015 r.) lub raz na 3 lata (tj. w Bułgarii oraz Finlandii – 2012-2014 r., Łotwie - 2008-2010 r., 2011-2013 r., 2014-2016, Litwie – 2006-2008, 2013-2015 r., Rumunii – 2010 – 2013 r., 2014-2017 r.), choć z informacji pozyskanych przez Prezesa UOKiK wynika, że nie jest to zasadą.

dowód: pismo Vibrac Polska z dnia 30 września 2014 r., k. 1265-1266

pismo IDT z dnia 22 kwietnia 2014 r., k.492

pismo IDT z dnia 7 listopada 2014 r., k. 1847

- (95.) IDT wskazało, że **[informacja utajniona]**.

dowód: pismo IDT z dnia 7 listopada 2014 r., k. 1846

- (96.) Liczba dawek szczepionki nabywanych w tych krajach w ww. okresie kształtowała się w przedziale: od 80 430 do 3 720 000 dawek szczepionki. W 2009 r. nie daje się zaobserwować wzrostu średniej jednostkowej ceny każdej ze szczepionek w przetargach na jej dostawę organizowanych w innych Państwach Członkowskich. Liczbę nabywanych szczepionek w kraju wraz ze wskazaniem jego nazwy, a także nazwę i cenę zaoferowanej szczepionki w danym kraju w postępowaniach przetargowych na zakup szczepionek w okresie 2006-2012 r. przedstawia poniższa tabela nr 3.

[informacja utajniona]

(97.) Powyższe zestawienie zostało przygotowane w oparciu o dane pochodzące z KE, a także o dane przedstawione przez IDT. Jednocześnie z wyjaśnień IDT wynika, że zestawienie pochodzące od KE zawiera jedynie te oferty, które zostały wyłonione jako zwycięska w postępowaniach przetargowych. Wersja danych KE skorygowana przez IDT w pierwszej kolejności uszczegółowia, a także uzupełnia dane przekazane przez KE (przypisanie nazw krajów prowadzących zakup szczepionki do przekazanych przez KE symboli literowych, wskazanie państw, w których w danym roku przeprowadzane były dwa postępowania przetargowe wraz z informacją o liczbie dawek szczepionki nabywanych w każdym z postępowań oraz złożonej ofercie, przekazanie informacji dotyczących sprzedaży szczepionki Rabifox, przekazanie dodatkowych danych o sprzedaży szczepionki w krajach nieuwzględnionych w zestawieniu KE), dokonanie korekty rachunkowej niektórych danych przekazanych przez KE i, ostatecznie, dokonanie korekty dotyczącej postępowań przetargowych na **[informacja utajniona]** w 2011-2012 (wskazanie, że zaoferowano szczepionkę Fuchsoral, nie zaś Lysvulpen) oraz na **[informacja utajniona]** w 2012 r. (wskazanie, że w postępowaniu nie zaoferowano szczepionki Fuchsoral).

dowód: zestawienie danych przekazanych przez KE oraz przez IDT, k. 509-515
pismo IDT z dnia 7 listopada 2014 r., k. 1851

(98.) Dane przekazane przez IDT, a dotyczące postępowań na **[informacja utajniona]** w 2011-2012 oraz na **[informacja utajniona]** w 2012 r. należy uznać za wiarygodne z uwagi na to, że IDT bezpośrednio posiada dane o ofertach na dostawę szczepionki w postępowaniach przetargowych na dostawę szczepionki, w których uczestniczyła.

dowód: zestawienie danych przekazanych przez KE oraz przez IDT, k. 509-515

(99.) Prezes UOKiK zaznacza także, że w przekazanych zestawieniach IDT wskazało, że dane dotyczące oferty cenowej na szczepionkę Lysvulpen w latach 2011-2012 r. budzą wątpliwości ze względu na ich poziom lub proporcję do innych danych. Jednakże w ocenie Prezesa UOKiK, nawet jeśli dane dotyczące poziomu cen szczepionki Lysvulpen w innych Państwach Członkowskich mogłyby wymagać korekty, okoliczność ta pozostaje bez znaczenia dla niniejszej sprawy.

(100.) Ponadto w piśmie z dnia 7 listopada 2014 r. IDT wskazała, w jakich Państwach Członkowskich (innych niż Polska) oraz w jakich cenach jednostkowych netto w latach 2013 – 2014 była oferowana szczepionka.

(101.) Jednocześnie z danych przekazanych przez IDT wynika, gdzie w ww. okresie

miała miejsce dostawa szczepionki Fuchsoral.

dowód: załączniki nr 5 i 6 do pisma IDT z dnia 7 listopada 2014 r., k. 1878-1879

- (102.) Z informacji przekazanych przez IDT wynika ponadto, że zakres przedmiotowy postępowań przetargowych na dostawę szczepionki w innych Państwach Członkowskich różni się od zakresu przedmiotowego przetargów przeprowadzanych w Polsce ze względu na to, że wykonawcom w Polsce stawiane są wymagania, które nie występują w innych krajach. Wymagania te obejmują:
- liczbę przetargów przeprowadzanych w kraju w skali roku oraz ich kumulacja w okresie luty-kwiecień każdego roku,
 - liczne wymogi formalne, które muszą spełnić wykonawcy przystępujących do przetargów w Polsce,
 - obowiązek zapewnienia przez wykonawcę samochodu chłodni z kierowcą na cały okres trwania kampanii zrzutu szczepionki,
 - obowiązek przeprowadzenia badania szczepionki przed jej zrzutem wraz z obowiązkiem zapewnienia partii szczepionki w określonym terminie,
 - obowiązek utylizacji opakowań po szczepionce po przeprowadzonej akcji zrzutu oraz inne warunki umów zawieranych przez wykonawcę z WLW.

- (103.) Dodatkowe wymagania, a także sposób organizacji przetargów w Polsce generują ryzyko ekonomiczne ponoszone przez wykonawców, co przekłada się na dodatkowe koszty udziału w przetargach oraz na poziom cen szczepionki w Polsce. W konsekwencji - w ocenie IDT - nietrafne jest porównywanie poziomu cen szczepionki w Polsce z cenami szczepionki w innych Państwach Członkowskich: gdyby zakres usług w Polsce został zredukowany do zakresu usług wymaganych w innych krajach, spowodowałoby to znaczące obniżenie kosztów, a w rezultacie jednostkowych cen szczepionki, które według oceny IDT nie przekraczałyby średniej europejskiej. Ponadto dopiero w takiej sytuacji można byłoby mówić o miarodajności porównywania cen szczepionki w Polsce i w innych krajach.

dowód: pismo IDT z dnia 22 kwietnia 2014 r., k. 490-491

- (104.) IDT wskazało także, że we **[informacja utajniona]** szczepionkę dostarcza się do wskazanego przez zamawiającego magazynu chłodniczego. Do przewozu szczepionki wykorzystywany jest samochód chłodni.

- (105.) W **[informacja utajniona]** wykonawca, podobnie jak w Polsce, zobligowany jest do dostarczenia szczepionki do wskazanego przez zamawiającego magazynu chłodniczego, a także do wykonania innych czynności dystrybucyjnych, tj. przechowywanie, organizowanie transportu na lotnisko, obowiązki dokumentacyjne, zapewnienie kontroli jakości szczepionki na terenie kraju docelowego. Jednocześnie wskazać należy, że wykonawcą w **[informacja**

utajniona]- w zakresie dostawy szczepionki Fuchsoral w ramach przetargów - jest **[informacja utajniona]**, która pełni rolę dystrybutora tej szczepionki w Słowenii i która samodzielnie bierze udział w przetargach organizowanych w tym kraju.

(106.) Jednocześnie IDT w formie załącznika do złożonego pisma przekazało porównanie wykazu czynności wykonywanych przez dostawcę w ramach przedmiotu zamówienia w przetargach na dostawę szczepionki w Polsce oraz w innym Państwie Członkowskim.

dowód: załącznik nr 4 do pismo IDT z dnia 7 listopada 2014 r., k. 1699-1701

(107.) Spółka przekazała także zestawienie dotyczące określonych czynności (miejsce realizacji dostawy, obowiązek przeprowadzenia badania bezpośrednio przed wyłożeniem szczepionki, obowiązek przeprowadzenia kontroli seryjnej wstępnej w kraju docelowym/kraju wytwórcy) wykonywanych przez nią w związku z udziałem w przetargach na dostawę szczepionki (a w przypadku **[informacja utajniona]** w związku z dostawą szczepionki dystrybutorowi – **[informacja utajniona]**) w następujących Państwach Członkowskich: **[informacja utajniona]**. Z informacji tych wynika, że jedynie w Polsce przeprowadzenie kontroli seryjnej wstępnej odbywa się w kraju docelowym (tj. w kraju dostawy szczepionki), nie zaś w kraju jej produkcji. Ponadto jedynie w Polsce – spośród wskazanych Państw Członkowskich - przeprowadzane jest badanie szczepionki bezpośrednio przed jej wyłożeniem, zaś miejscem jej dostawy są poszczególne lotniska, nie zaś chłodnie.

dowód: załącznik nr 7 do pisma IDT z dnia 7 listopada 2014 r., k. 1702

(108.) Prezes UOKiK, w oparciu o informacje przekazane przez ZGLW, ustalił, że konieczność przeprowadzenia badania szczepionki bezpośrednio przed jej wyłożeniem oraz obowiązek zachowania odpowiedniej temperatury szczepionki podczas transportu i przechowywania stanowią wymogi określone przez KE. Wymogi KE dotyczą także innych Państw Członkowskich, które otrzymują od UE wkład finansowy na przeprowadzenie programów zwalczania wścieklizny. W rezultacie, w ocenie GLW, zakres usługi dostawy szczepionki powinien być zbieżny pod kątem tych wymogów w ramach Państw Członkowskich UE.

dowód: pismo GLW z dnia 22 sierpnia 2014 r., k. 1119 i 1122.

(109.) W świetle powyższych informacji zasadne jest przyjęcie, że nie we wszystkich Państwach Członkowskich, w których program zwalczania wścieklizny jest współfinansowany przez UE, przeprowadzane jest badanie szczepionki bezpośrednio przed jej zrzutem.

(110.) IDT przekazało także zestawienie dotyczące następujących krajów: Polska,

[informacja utajniona] zawierające następujące pozycje: zakres przetargu, etap realizacji zamówienia (zawierające bardziej szczegółowe pozycje). Z danych tych wynika, że jedynie w Polsce w skali roku kalendarzowego odbywa się wiele odrębnych przetargów na dostawę szczepionki, które nie są organizowane na poziomie centralnym. Jedynie w Polsce, **[informacja utajniona]** wymagane jest złożenie gwarancji należytego wykonania umowy. Natomiast we wszystkich wskazanych powyżej krajach istnieje wymóg przeprowadzenia badania szczepionki w wymaganym laboratorium i w określonym zakresie przed jej dostawą.

dowód: załącznik nr 8 do pismo IDT z dnia 7 listopada 2014 r., k. 1703

(111.) IDT wskazała także, że zasady dystrybucji szczepionki Fuchsoral w innych Państwach Członkowskich **[informacja utajniona]**. Natomiast **[informacja utajniona]** IDT nie działa bezpośrednio, lecz sprzedaje szczepionkę lokalnemu podmiotowi, tj. **[informacja utajniona]**, która uczestniczy w postępowaniach przetargowych na dostawę szczepionki na własne ryzyko i rachunek.

(112.) W piśmie z dnia 7 listopada 2014 r. IDT wskazała na czynniki determinujące jednostkową cenę szczepionki według kraju.

dowód: pismo IDT z dnia 7 listopada 2014 r., k.1850

(113.) Jednocześnie spółka ta wskazała, że nie sporządzała analiz ekonomicznych uzasadniających poziom cen oferowanych w Państwach Członkowskich.

dowód: pismo IDT z dnia 7 listopada 2014 r., k.1850

(114.) W ocenie IDT zasadne jest porównywanie cen szczepionki zaoferowanych w postępowaniach przetargowych w różnych Państwach Członkowskich jedynie wtedy, gdy zachowana jest ciągłość składania ofert w kolejnych latach.

(115.) IDT wskazało, że w każdym Państwie Członkowskim bariery prawne są zasadniczo analogiczne.

(116.) Ostatecznie z informacji przekazanych przez IDT wynika, że obecnie sprzedaż szczepionki Fuchsoral jest prowadzona w Polsce oraz w innym Państwie Członkowskim.

dowód: pismo IDT z dnia 7 listopada 2014 r., k. 1850

III. Przebieg przetargów w okresie 2006-2014 r. w Polsce

III. 1 Przebieg przetargów w Polsce w okresie 2008-2012 r.

III.1.1 Przetargi w 2008 r.

(117.) W 2008 r. przetargi zostały zorganizowane w 16 województwach, przy czym każdy z przetargów obejmował dostawę na wiosenną oraz jesienną akcję szczepień. W przetargach uczestniczyły wyłącznie dwa podmioty – IDT oraz Inex. Inex przystąpił do każdego z przetargów, natomiast IDT złożyło ofertę w 14 przetargach. Przyczyną niezłożenia oferty w WIW-ach w Łodzi oraz w Krośnie - według informacji przekazanych przez IDT - było spóźnienie się kuriera mającego doręczyć ofertę. Oferta tej spółki została odrzucona z przyczyn formalnych w WIW w Olsztynie.

(118.) Poniższa tabela nr 4 obrazuje przebieg przetargów w poszczególnych WIW-ach w 2008 r.

Lp.	Nazwa województwa	Data otwarcia ofert	Cena jednostkowa zaoferowana przez wykonawców w zł (netto)	Liczba dawek szczepionki	Wartość zamówienia w zł (netto)	Wyloniona oferta
1	łódzkie	10.03	L -1,90	678 800	1 289 720,00	L
2	wielkopolskie	11.03.	F - 1,92 L -1,99	1 105 506	2 122 571,52	F
3	zachodniopomorskie	14.03.	F -1,94 L -1,91	800 000	1 528 000,00	L
4	opolskie	17.03.	F -1,90 L -1,91	320 000	608 000,00	F
5	śląskie	18.03.	F -1,90 L -1,91	405 220	769 918,00	F
6	mazowieckie	20.03.	F -1,89 L -1,88	1 308 680	2 460 318,40	L
7	małopolskie	20.03.	F -1,89 L -1,91	607 600	1 148 364,00	F
8	podlaskie	20.03.	F -1,89 L -1,88	748 440	1 407 067,20	L
9	dolnośląskie	26.03.	F -1,87 L -1,86	638 320	1 187 275,20	L
10	podkarpackie	27.03.	L -1,86	727 920	1 353 931,20	L
11	świętokrzyskie	27.03.	F -1,85 L -1,86	567 000	1 048 949,99	F
12	lubuskie	27.03.	F -1,85 L -1,86	522 160	965 996,00	F
13	kujawsko-pomorskie	31.03.	F -1,83 L -1,86	662 400	1 212 192,00	F
14	pomorskie	31.03.	F -1,83 L -1,86	731 720	1 339 047,60	F
15	warmińsko-mazurskie	03.04.	F - odrz. (1,82) L -1,83	990 000	1 811 700,00	L

16	lubelskie	04.04.	F -1,8 L -1,78	897 640	1 597 799,00	L
-----------	-----------	---------------	-------------------	---------	--------------	---

Wyjaśnienia: tabela nr 4 obrazuje przebieg przetargów w Polsce w 2008 r.

Legenda: data otwarcia ofert – data w której nastąpiło otwarcie ofert złożonych w przetargu
cena jednostkowa zaoferowana przez wykonawców w zł (netto) – zaoferowana przez każdego z wykonawców
cena jednostkowa w przetargu, gdzie F oznacza szczepionkę Fuchsoral, zaś L szczepionkę Lysvulpen
wartość zamówienia w zł (netto) – wartość oferty wyłonionej jako zwycięska będąca iloczynem liczby dawek
szczepionek zamawianych w danym przetargu oraz zaoferowanej jednostkowej ceny szczepionki wyłonionej w przetargu
jako najkorzystniejsza
wyłoniona oferta - oznaczona symbolem literowym nazwa szczepionki wyłonionej w przetargu, gdzie F oznacza
szczepionkę Fuchsoral, zaś L szczepionkę Lysvulpen

(119.) W 2008 r. zarówno spółki IDT jak i Inex wygrały w takiej samej liczbie przetargów, tj. w 8. Całkowita liczba dawek szczepionki dostarczanych przez każdego z tych przedsiębiorców na polski rynek oraz całkowita wartość zamówień realizowanych w ramach przetargów przez każdego z tych przedsiębiorców w tym okresie kształtowały się następująco:

Nazwa wykonawcy	Całkowita liczba dawek szczepionki	Całkowita wartość realizowanych zamówień w zł (netto)
Inex	6 789 800	12 635 811,00
IDT	4 921 605	9 215 039,11

Wyjaśnienia: tabelka nr 5 - obliczenia własne – Prezes UOKiK

(120.) Jednostkowa cena szczepionki oferowana przez każdego z wykonawców kształtowała się następująco:

Inex: i. cena minimalna i maksymalna – 1,78-1,99 zł

ii. średnia cena jednostkowa szczepionki - 1,88 zł

IDT: i. cena minimalna i maksymalna –1,81- 1,94 zł; cena w wysokości 2 zł została wskazana w ofercie, która nie została doręczona na czas do Wojewódzkiego Inspektoratu Weterynarii w Łodzi

ii. średnia cena jednostkowa szczepionki - 1,87 zł

III.1.2 Przetargi w 2009 r.

(121.) W 2009 r. przetargi zostały zorganizowane w 16 województwach. W każdym województwie został zorganizowany jeden przetarg obejmujący dostawę na wiosenną oraz jesienną akcję szczepień. W przetargach uczestniczyły następujące podmioty: konsorcjum IDT i Pro-Wet, Inex, a także Animal Trade. Inex przystąpił do każdego z przetargów, natomiast konsorcjum nie przystąpiło do jednego przetargu (woj. podlaskie) ze względu na niemożność skompletowania dokumentacji ofertowej. Spółka Animal Trade przystąpiła jedynie do 2 przetargów (woj. kujawsko-pomorskie oraz zachodniopomorskie).

(122.) Poniższa tabela nr 6 obrazuje przebieg przetargów w poszczególnych WIW-ach w 2009 r.

Lp.	Nazwa województwa	Data otwarcia	Cena jednostkowa	Liczba dawek szczepionki	Wartość zamówienia	Wyłoniona oferta
-----	-------------------	---------------	------------------	--------------------------	--------------------	------------------

		ofert	zaoferowana przez wykonawców w zł (netto)		w zł (netto)	
1	zachodniopomorskie	06.03	F -2,4 L - 2,33 R - 2,5	800 000	1 864 000,00	L
2	dolnośląskie	18.03	F -2,31 L - 2,30	638 320	1 468 136,00	L
3	podlaskie	19.03	L - 2,3	748 440	1 721 412,00	L
4	kujawsko-pomorskie	23.03	F -2,27 L - 2,3 R -2,5	662 400	1 503 648,00	F
5	śląskie	23.03	F -2,27 L - 2,3	405 220	919 849,00	F
6	mazowieckie	23.03	F -2,27 L - 2,3	1 308 680	2 970 703,60	F
7	opolskie	23.03	F -2,27 L - 2,3	320 000	726 400,00	F
8	małopolskie	24.03	F -2,27 L - 2,26	607 600	1 373 176,00	L
9	podkarpackie	30.03	F -2,26 L - 2,25	645 320	1 451 970,00	L
10	łódzkie	31.03	F -2,23 L - 2,25	678 800	1 513 724,00	F
11	wielkopolskie	01.04	F -2,22 L - 2,21	1 105 506	2 438 312,00	L
12	pomorskie	02.04	F -2,19 L - 2,21	731 720	1 602 466,80	F
13	warmińsko-mazurskie	03.04	F -2,19 L - 2,18	990 000	2 158 200,00	L
14	świętokrzyskie	07.04	F -2,17 L - 2,18	567 000	1 230 309,00	F
15	lubuskie	07.04	F -2,17 L - 2,18	522 160	1 133 087,00	F
16	lubelskie	14.04	F -2,15 L - 2,16	897 640	1 929 926,00	F

Wyjaśnienia: tabela nr 6 obrazuje przebieg przetargów w Polsce w 2009 r.

Legenda: data otwarcia ofert – data w której następowało otwarcie ofert złożonych w przetargu

cena jednostkowa zaoferowana przez wykonawców w zł (netto) – zaoferowana przez każdego z wykonawców cena jednostkowa w przetargu, gdzie F oznacza szczepionkę Fuchsoral, zaś L szczepionkę Lysvulpen, R – szczepionka Rabigen SAG2

wartość zamówienia w zł (netto) – wartość oferty wyłonionej jako zwycięska będąca iloczynem liczby dawek szczepionek zamawianych w danym przetargu oraz zaoferowanej jednostkowej ceny szczepionki wyłonionej w przetargu jako najkorzystniejsza

wyłoniona oferta - oznaczona symbolem literowym nazwa szczepionki wyłonionej w przetargu, gdzie F oznacza szczepionkę Fuchsoral, zaś L szczepionkę Lysvulpen

(123.) W 2009 r. konsorcjum IDT i Pro-Wet wygrało w 9 przetargach, zaś Inex w 7 przetargach. Całkowita liczba dawek szczepionki dostarczanych przez każdego z tych przedsiębiorców na polski rynek oraz całkowita wartość zamówień realizowanych w ramach przetargów przez każdego z tych przedsiębiorców w tym okresie kształtowały się następująco:

Nazwa	Całkowita liczba dawek szczepionki	Całkowita wartość
-------	------------------------------------	-------------------

wykonawcy		realizowanych zamówień w zł (netto)
Inex	5 535 186	12 475 206
IDT	6 093 620	13 530 113,4

Wyjaśnienia: tabela nr 7 - obliczenia własne – Prezes UOKiK

(124.) Jednostkowa cena szczepionki oferowana przez każdego z wykonawców kształtowała się następująco:

Inex: i. cena minimalna i maksymalna – 2,16 – 2,33 zł
 ii. średnia cena jednostkowa szczepionki - 2,25 zł

IDT: i. cena minimalna i maksymalna – 2,15 – 2,40 zł
 ii. średnia cena jednostkowa szczepionki - 2,22 zł

III.1.3 Przetargi w 2010 r.

(125.) W 2010 r. przetargi przeprowadzono we wszystkich województwach. W 15 województwach został zorganizowany jeden przetarg obejmujący dostawę szczepionki na wiosenną oraz jesienną akcję szczepień. Jedynie w woj. dolnośląskiego przeprowadzono przetarg wyłącznie na dostawę szczepionki na jesienną szczepień. Ponadto w woj. małopolskim dokonano dodatkowego zakupu szczepionki w trybie z wolnej ręki. W przetargach uczestniczyli dwaj wykonawcy: konsorcjum IDT i Pro-Wet, a także Inex. Inex złożył ofertę w 14 przetargach, natomiast konsorcjum w 15 przetargach.

(126.) Poniższa tabela nr 8 obrazuje przebieg przetargów w poszczególnych WIW-ach w 2010 r.

Lp.	Nazwa województwa	Data otwarcia ofert	Cena jednostkowa zaoferowana przez wykonawców w zł (netto)	Liczba dawek szczepionki	Wartość zamówienia w zł (netto)	Wyloniona oferta
1	warmińsko-mazurskie	02.03	F - 2,35 L - 2,18	990 000	2 158 200,00	L
2	zachodniopomorskie	10.03	F - 2,17 L - 2,38	800 000	1 736 000,00	F
3	łódzkie	11.03	F - 2,37 L - 2,36	678 800	1 601 968,00	L
4	podlaskie	16.03	F - 2,36 L - 2,35	748 440	1 758 834,00	L
5	małopolskie	16.03	F - 2,36 L - 2,35 i 2,35	607 320 + 120 000	1 427 202,00 + 280 876,70	L
6	śląskie	17.03	F - 2,34 L - 2,35	405 220	948 214,80	F
7	mazowieckie	24.03	F - 2,34 L - 2,31	1 282 760	2 963 175,60	L
8	wielkopolskie	26.03	F - 2,3 L - 2,31	1 105 506	2 541 630,69	F
9	podkarpackie	30.03	F - 2,3	645 320	1 477 782,80	L

			L -2,29			
10	opolskie	31.03	F -2,26 L -2,25	320 000	720 000,00	L
11	lubuskie	07.04	F -2,24 L -2,25	522 160	1 169 638,40	F
12	kujawsko-pomorskie	07.04	F -2,24 L -2,25	662 400	1 483 776,00	F
13	pomorskie	08.04	F -2,24 L -2,25	662 360	1 483 686,40	F
14	świętokrzyskie	19.04	F -2,22	567 000	1 258 740,00	F
15	lubelskie	24.04	F -2,22	897 640	1 992 760,80	F
16	dolnośląskie	19.08	L -2,27	319 160	724 493,20	L

Wyjaśnienia: tabela nr 7 obrazuje przebieg przetargów w Polsce w 2010 r.

Legenda: data otwarcia ofert – data w której następowało otwarcie ofert złożonych w przetargu

cena jednostkowa zaoferowana przez wykonawców w zł (netto) – zaoferowana przez każdego z wykonawców

cena jednostkowa w przetargu, gdzie F oznacza szczepionkę Fuchsoral, zaś L szczepionkę Lysvulpen

wartość zamówienia w zł (netto) – wartość oferty wyłonionej jako zwycięska będąca iloczynem liczby dawek szczepionek zamawianych w danym przetargu oraz zaoferowanej jednostkowej ceny szczepionki wyłonionej w przetargu jako najkorzystniejsza

wyłoniona oferta - oznaczona symbolem literowym nazwa szczepionki wyłonionej w przetargu, gdzie F oznacza szczepionkę Fuchsoral, zaś L szczepionkę Lysvulpen

(127.) W 2010 r. zarówno IDT wraz z Pro-Wet, jak i Inex wygrali w takiej samej liczbie przetargów, tj. w 8 postępowaniach. Całkowita liczba dawek szczepionki dostarczanych przez każdego z tych przedsiębiorców na polski rynek oraz całkowita wartość zamówień realizowanych w ramach przetargów przez każdego z tych przedsiębiorców w tym roku kształtowały się następująco:

Nazwa wykonawcy	Całkowita liczba dawek szczepionki	Całkowita wartość realizowanych zamówień w zł (netto):
Inex	5 711 800	13 112 532,30
IDT	5 622 206	12 614 447,09

Wyjaśnienia: tabela nr 8 - obliczenia własne – Prezes UOKiK

(128.) Jednostkowa cena szczepionki oferowana przez każdego z wykonawców kształtował się następująco:

Inex: i. cena minimalna i maksymalna – 2,18 -2,38 zł

ii. średnia cena jednostkowa szczepionki - 2,30 zł

IDT: i. cena minimalna i maksymalna – 2,17 - 2,37 zł

ii. średnia cena jednostkowa szczepionki - 2,24 zł

III.1.4 Przetargi w 2011 r.

(129.) W 2011 r. przetargi zostały zorganizowane w 16 województwach, przy czym przetargi w 14 województwach obejmowały zarówno dostawę szczepionki na wiosenną oraz jesienną akcję szczepień. W woj. zachodniopomorskim zorganizowano dwa odrębne przetargi na dostawę szczepionki w celu przeprowadzenia wiosennej oraz jesiennej akcji szczepień. Natomiast w woj. dolnośląskim - tak samo jak w 2010 r. – przeprowadzono jedynie jesienną akcję

wprowadzających w błąd.

W przypadku jakichkolwiek wątpliwości dotyczących treści niniejszego pisma, prosimy o kontakt z osobą prowadzącą sprawę – panią Jolantą Brogowską (e-mail: jolanta.brogowska@uokik.gov.pl, tel. 22 550 0376) lub z sekretarzem Departamentu Ochrony Konkurencji (e-mail: zok@uokik.gov.pl, tel. 22 826 9106) w Warszawie. W przetargach uczestniczyli dwaj wykonawcy: konsorcjum IDT i Pro-Net, a także Inex. Każdy z podmiotów złożył ofertę w 16 na 17 przeprowadzonych przetargów.

(130.) Poniższa tabela nr 9 obrazuje przebieg przetargów w poszczególnych WIW-ach w 2011 r.

*Z upoważnienia
Przewodniczącego
i Konsumentów*

Lp.	Nazwa województwa	Data otwarcia ofert	Cena jednostkowa zaoferowana przez wykonawców w zł (netto)	Liczba dawek szczepionki	Wartość zamówienia w zł (netto)	Wyloniona oferta
1	zachodniopomorskie	15.03	F - 2,4 L - 2,5	400 000	960 000	F
2	śląskie	15.03	F - 2,4 L - 2,35	405 220	952 267,00	L
3	kujawsko-pomorskie	16.03	F - 2,39 L - 2,4	662 400	1 583 136,00	F
4	małopolskie	21.03	F - 2,39 L - 2,38	910 980	2 168 132,40	L
5	podlaskie	22.03	L - 2,38	748 440	1 781 287,20	L
6	łódzkie	24.03	F - 2,38 L - 2,37	678 800	1 608 756,00	L
7	warmińsko-mazurskie	29.03	F - 2,35 L - 2,37	990 000	2 326 500,00	F
8	świętokrzyskie	29.03	F - 2,35 L - 2,37	567 000	1 332 450,00	F
9	podkarpackie	30.03	F - 2,40 L - 2,37	756 420	1 792 715,40	L
10	lubuskie	31.03	F - 2,31 L - 2,33	522 160	1 206 189,60	F
11	opolskie	31.03	F - 2,34 L - 2,33	320 000	745 600,00	L
12	mazowieckie	05.04	F - 2,30 L - 2,31	1 282 760	2 950 348,00	F
13	lubelskie	12.04	F - 2,28 L - 2,27	987 640	2 241 942, 80	L
14	wielkopolskie	13.04	F - 2,24 L - 2,25	1 105 506	2 476 333,44	F
15	pomorskie	14.04	F - 2,24 L - 2,20	662 360	1 457 192,00	L
16	zachodniopomorskie	26.07	F - 2,22	400 000	888 000	F
17	dolnośląskie	10.08	F - 2,32 L - 2,27	319 160	724 493,20	L

Wyjaśnienia: tabela nr 9 obrazuje przebieg przetargów w Polsce w 2011 r.

Legenda: data otwarcia ofert – data w której nastąpiło otwarcie ofert złożonych w przetargu
cena jednostkowa zaoferowana przez wykonawców w zł (netto) – zaoferowana przez każdego z wykonawców
cena jednostkowa w przetargu, gdzie F oznacza szczepionkę Fuchsoral, zaś L szczepionkę Lysvulpen
wartość zamówienia w zł (netto) – wartość oferty wylonionej jako zwycięska będąca iloczynem liczby dawek szczepionek zamawianych w danym przetargu oraz zaoferowanej jednostkowej ceny szczepionki wylonionej w przetargu jako najkorzystniejsza
wyloniona oferta - oznaczona symbolem literowym nazwa szczepionki wylonionej w przetargu, gdzie F oznacza szczepionkę Fuchsoral, zaś L szczepionkę Lysvulpen

(131.) W 2011 r. konsorcjum IDT i Pro-Wet wygrało przetargi w 7 województwach, zaś Inex w 9 województwach. Całkowita liczba dawek szczepionki dostarczanych przez każdego z tych przedsiębiorców na polski rynek oraz całkowita wartość zamówień realizowanych w ramach przetargów przez każdego z tych przedsiębiorców w 2011 r. okresie kształtowały się następująco:

Nazwa wykonawcy	Całkowita liczba dawek szczepionki	Całkowita wartość realizowanych zamówień w zł (netto)
Inex	5 789 020	13 472 386
IDT	5 929 826	13 722 957,04

Wyjaśnienia: tabela nr 10 - obliczenia własne – Prezes UOKiK

(132.) Jednostkowa cena szczepionki oferowana przez każdego z wykonawców kształtował się następująco:

Inex: i. cena minimalna i maksymalna – 2,23 - 2,50 zł

ii. średnia cena jednostkowa szczepionki - 2,34

IDT: i. cena minimalna i maksymalna – 2,22 - 2,40 zł

ii. średnia cena jednostkowa szczepionki - 2,39 zł

III.1.5 Przetargi w 2012 r.

(133.) W 2012 r. przetargi zostały zorganizowane w 16 województwach, przy czym 15 przetargów obejmowało zarówno dostawę na wiosenną oraz jesienną akcję szczepień. W woj. dolnośląskim – podobnie jak w 2010 r. i 2011 r. – przeprowadzono jedynie jesienną akcję szczepień. W przetargach uczestniczyli dwaj wykonawcy: konsorcjum IDT i Pro-Wet, a także Inex. Konsorcjum nie złożyło oferty w jednym przetargu. Inex zaś nie przystąpił do trzech postępowań przetargowych, ponieważ WLW w woj. pomorskim, podlaskim oraz łódzkim nie zmienili treści SIWZ z uwzględnieniem treści wyroku KIO z dnia 8 lutego 2012 r., sygn. akt 155/12 KIO.

(134.) Poniższa tabela nr 11 obrazuje przebieg przetargów w poszczególnych WIW-ach w 2012 r.

Lp.	Nazwa województwa	Data otwarcia ofert	Cena jednostkowa zaoferowana przez wykonawców w zł (netto)	Liczba dawek szczepionki	Wartość zamówienia w zł (netto)	Wyloniona oferta
1	warmińsko-mazurskie	28.02	F -2,5 L -2,49	1 200 000	2 988 000,00	L
2	kujawsko-pomorskie	02.03	F -2,48 L -2,49	662 400	1 642 752,00	F
3	pomorskie	07.03	F -2,45	662 360	1 622 782,00	F
4	łódzkie	08.03	F -2,45	678 800	1 663 060,00	F
5	małopolskie	09.03	F -2,45 L -2,44	910 980	2 222 791,20	L

6	zachodniopomorskie	12.03	F -2,43 L -2,42	800 000	1 936 000,00	L
7	podlaskie	13.03	F -2,38	748 440	2 265 093,60	F
8	podkarpackie	14.03	F -2,37 L -2,36	967 980	2 284 432,80	L
9	śląskie	14.03	F -2,37 L -2,42	447 220	1 059 911,40	F
10	świętokrzyskie	29.03	F -2,34 L -2,33	420 000	978 600,00	L
11	opolskie	30.03	F -2,32 L -2,33	320 000	742 400,00	F
12	lubuskie	02.04	F -2,32 L -2,3	522 160	1 200 968,00	L
13	wielkopolskie	04.04	F -2,27 L -2,28	1 105 506	2 509 498,62	F
14	mazowieckie	04.04	F -2,27 L -2,28	1 290 060	2 928 436,20	F
15	lubelskie	16.04	F -2,27 L -2,23	1 145 280	2 553 974,40	L
16	dolnośląskie	17.07	L -2,25	319 160	718 110,00	L

Wyjaśnienia: tabela nr 11 obrazuje przebieg przetargów w Polsce w 2012 r.

Legenda: data otwarcia ofert – data w której nastąpiło otwarcie ofert złożonych w przetargu

cena jednostkowa zaoferowana przez wykonawców w zł (netto) – zaoferowana przez każdego z wykonawców
cena jednostkowa w przetargu, gdzie F oznacza szczepionkę Fuchsoral, zaś L szczepionkę Lysvulpen

wartość zamówienia w zł (netto) – wartość oferty wyłonionej jako zwycięska będąca iloczynem liczby dawek
szczepionek zamawianych w danym przetargu oraz zaoferowanej jednostkowej ceny szczepionki wyłonionej w przetargu
jako najkorzystniejsza

wyłoniona oferta - oznaczona symbolem literowym nazwa szczepionki wyłonionej w przetargu, gdzie F oznacza
szczepionkę Fuchsoral, zaś L szczepionkę Lysvulpen

(135.) W 2012 r. konsorcjum IDT i Pro-Wet, a także Inex wygrali w takiej samej liczbie przetargów. Oznacza to, że oferta każdego z wykonawców została wyłoniona jako zwycięska w 8 przetargach. Całkowita liczba dawek szczepionki dostarczanych przez każdego z tych przedsiębiorców na polski rynek oraz całkowita wartość zamówień realizowanych w ramach przetargów przez każdego z tych przedsiębiorców w 2012 r. okresie kształtowały się następująco:

Nazwa wykonawcy	Całkowita liczba dawek szczepionki	Całkowita wartość realizowanych zamówień w zł (netto)
Inex	6 285 560	14 882 876,4
IDT	5 914 786	14 433 933,82

Wyjaśnienia: tabela nr 12 - obliczenia własne – Prezes UOKiK

(136.) Jednostkowa cena szczepionki oferowana przez każdego z wykonawców kształtował się następująco:

Inex: i. cena minimalna i maksymalna – 2,23 - 2,49 zł

ii. średnia cena jednostkowa szczepionki - 2,36 zł

IDT: i. cena minimalna i maksymalna – 2,27 -2,50 zł

ii. średnia cena jednostkowa szczepionki - 2,37 zł

- (137.) IDT, wyjaśniając taktykę stosowaną przetargach w okresie 2008 – 2012 wskazywało, że **[informacja utajniona]**, tj.: fakt wygrania przetargu przez Inex, poziom ceny zaoferowanej przez Inex, utrzymywanie poziomu cen szczepionki Lysvulpen przez Inex. W niektórych przypadkach działania podejmowane przez IDT stanowiły wyprzedzającą obniżkę cen wobec ceny zaoferowanej przez Inex w przetargu wcześniej przeprowadzonym lub też obniżkę cen będącą reakcją na prawdopodobnie działanie Inex lub też były próbą wysondowania, jaka cena może wygrać w przetargu (rejony atrakcyjne dla IDT). Wyjaśniając przypadki podwyższenia oferowanych cen w przetargach IDT wskazało, że takie sytuacje miały miejsce ze względu na małą atrakcyjność lokalizacji dla tej spółki lub ze względu na przypuszczenie, że Inex nie dysponuje towarem (liczba dawki szczepionki wynikająca z SIWZ w danym przetargu). Poziom cen oferowanych przez IDT w niektórych przetargach był także następstwem zasady jawności ofert.
- (138.) Odnosząc się do poziomu cen oferowanych przez Inex w niektórych przetargach w tym okresie, IDT wysunęła przypuszczenie, że spółka ta reagowała na poziom cen zaoferowany przez IDT w przetargach wcześniejszych, w tym także na wygraną swojego konkurenta.

dowód: pismo IDT z dnia 22 kwietnia 2014 r., k. 498 i następne

- (139.) W odniesieniu do poziomu marży IDT wyjaśniło natomiast, że przekazane informacje są ustalane na podstawie mieszanej kalkulacji dla wszystkich krajów, dlatego nie da się podać maksymalnej i minimalnej marży w każdym roku kalendarzowym. Natomiast faktem notoryjnym jest, że istnieją różne sposoby liczenia marży i wskaźnik ten interpretuje się w różny sposób. Przekazane przez IDT dane w zakresie marży na szczepionkę Fuchsoral oferowaną w przetargach w Polsce opisują różnicę między ceną za jednostkę szczepionki a pełnymi kosztami tej szczepionki; pełne koszty tej szczepionki zawierają koszty produkcji z narzutem kosztów pośrednich spółki, jednak bez uwzględnienia kosztów transportu, zewnętrznych kosztów za poddanie kontroli seryjnej wstępnej oraz wydatków lokalnych.

dowód: pismo IDT z dnia 7 listopada 2014 r., k. 1854

III.1.6 Podsumowanie przebiegu przetargów w okresie 2008-2012 r.

- (140.) Przedstawione powyżej dane pozwalają na zaobserwowanie następujących prawidłowości dotyczących przetargów w okresie 2008 – 2012 r.
- (141.) **A)** W pierwszej kolejności analiza danych dotyczących przetargów przeprowadzonych w okresie 2008-2012 r. wskazuje na konsekwentnie

utrzymujący się zbliżony udział rynkowy Inex oraz IDT (wraz z Pro-Wet) na rynku dostawy szczepionki przeciwko wściekliźnie dla lisów wolno żyjących we wskazanym okresie.

Rok	Liczba wygranych przetargów		Liczba dostarczonych szczepionek		Wartość dostarczonych szczepionek	
	Lysvulpen	Fuchsoral	Lysvulpen	Fuchsoral	Lysvulpen	Fuchsoral
2008	50%	50%	58%	42%	58%	42%
2009	44%	56%	48%	52%	48%	52%
2010	50%	50%	51%	49%	50%	50%
2011	56%	44%	50%	50%	49%	51%
2012	50%	50%	51%	49%	52%	48%

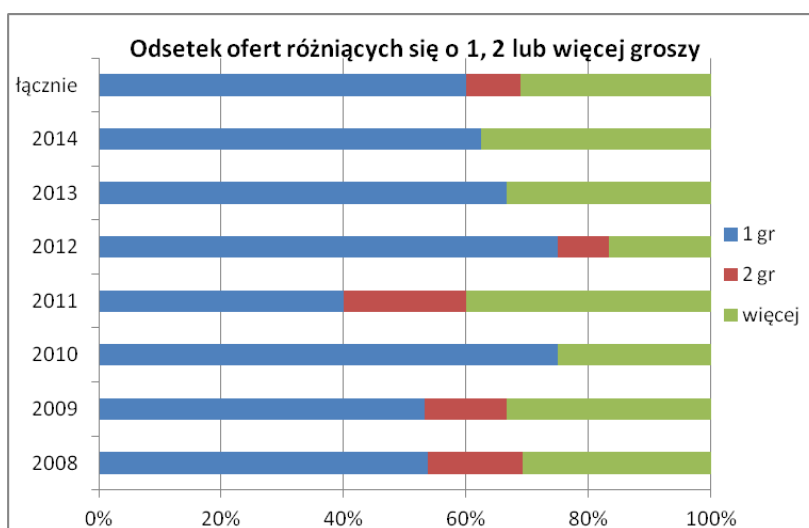
Wyjaśnienia: tabela 13 - udziały w rynku producentów szczepionek ze względu na liczbę wygranych przetargów, liczbę dostarczonych szczepionek i wartość zamówienia (obliczenia własne - Prezes UOKiK)

- (142.) Niezależnie od tego, czy udziały w rynku zostaną wyrażone liczbą wygranych przetargów, liczbą dostarczonych szczepionek czy też ich łączną wartością, można zauważyć, że wielkości te w okresie 2008 – 2012 kształtują się podobnie w odniesieniu do każdego z dostawców tych szczepionek w Polsce – żaden z nich nie uzyskuje systematycznej przewagi.
- (143.) W latach 2008, 2010 i 2012 oferty ze szczepionką Fuchsoral i Lysvulpen były wybierane dokładnie w takiej samej liczbie województw. Natomiast w latach 2009 i 2011 oferty z konkurującymi szczepionkami wybrane zostały wprawdzie w niejednakowej liczbie województw, ale tu również można zaobserwować pewną prawidłowość polegającą na tym, że jeśli w 2009 r. oferty ze szczepionką Lysvulpen zostały wybrane w 7 województwach, a ze szczepionką Fuchsoral w 9 województwach, to w 2011 r. proporcja ta odwróciła się: oferty ze szczepionką Lysvulpen zostały wybrane w 9 województwach, a ze szczepionką Fuchsoral w 7 województwach.
- (144.) Opisana prawidłowość funkcjonowała, chociaż w badanym okresie wykonawcy - co do zasady - wygrywali lub przegrywali przetargi w różnych województwach. Jedynie w woj. dolnośląskim oraz podkarpackim oferta zawierająca szczepionkę Lysvulpen była wyłaniana jako zwycięska w każdym kolejnym roku kalendarzowym w okresie 2008-2012. Natomiast w woj. kujawsko-pomorskim oraz świętokrzyskim w rozpatrywanym okresie oferta zawierająca szczepionkę Fuchsoral była wyłaniana jako zwycięska w każdym kolejnym roku kalendarzowym. Takiej prawidłowości nie daje się natomiast zaobserwować w pozostałych 12 województwach. Przykładowo wskazać należy, że w woj. opolskim oferta zawierająca szczepionkę Lysvulpen była wyłoniona jako zwycięska w 2010 r. oraz 2011 r., zaś w 2008 r., 2009 r. oraz w 2012 r. jako zwycięską wyłoniono

ofertę zawierającą szczepionkę Fuchsoral. Z kolei np. w woj. małopolskim w przetargu przeprowadzonym w 2008 r. jako zwycięską wyłoniono ofertę zawierającą szczepionkę Fuchsoral, natomiast w latach 2009-2010 r. wybrano ofertę złożoną przez Inex (tj. szczepionkę Lysvulpen).

- (145.) Analiza danych wskazuje także, iż w okresie 2008-2012 r. Inex oraz IDT (od 2009 r. wraz z Pro-Wet w konsorcjum) dostarczyli bardzo podobną liczbę dawek szczepionek w skali roku kalendarzowego, co obrazuje tabela nr 13. Także łączna wartość dostaw szczepionek Lysvulpen i Fuchsoral realizowanych w ramach wygranych przetargów przez każdego z ww. przedsiębiorców począwszy od 2008 r. do 2012 r. w skali każdego roku kalendarzowego analizowane oddzielnie wykazują podobieństwo.
- (146.) Opisany rozkład liczby i wartości realizowanych zamówień na dostawę szczepionki utrzymywał się, mimo tego, że w ww. okresie zdarzało się, że ww. wykonawcy nie przystępowali do niektórych przetargów.
- (147.) **B)** Zebrane dane wskazują, że w całym badanym okresie średnie roczne ceny szczepionek wzrastały. Największy skok cen zanotowano w 2009 r. – w przypadku Lysvulpenu jego średnia cena jednostkowa wzrosła o 21%, zaś w przypadku Fuchsoralu o 19%. W kolejnych latach przyrost poziomu cen obu szczepionek był wolniejszy i dla każdej ze szczepionek wynosił około 1-2% rocznie. Bez wpływu na to zjawisko pozostały zmiany w zakresie liczby zamawianych szczepionek. Liczba zamawianych szczepionek w skali roku kalendarzowego początkowo zmalała (o 3% w okresie od 2008 do 2010 r.), a potem wzrosła (o 7% w okresie od 2010 do 2012 r.). W konsekwencji brak jest zauważalnej korelacji pomiędzy zmianą poziomu ceny każdej ze szczepionek a zmianami w zakresie liczby zamawianych szczepionek w skali roku kalendarzowego.
- (148.) Prezes UOKiK nie zidentyfikował czynników mogących mieć istotny wpływ na wzrost cen szczepionek w analizowanym tutaj okresie poza dwoma okolicznościami. Po pierwsze, w 2009 r. doszło do istotnego osłabienia kursu złotego, co przełożyło się na wzrost ceny korony czeskiej. Oznacza to, że cena nabycia szczepionki Lysvulpen przez Inex od Bioveta istotnie wzrosła. Wskazać także należy, że IDT nie wskazała, aby zmiana siły nabywczej polskiej waluty miała przełożenie na politykę cenową tej spółki w zakresie ceny szczepionki Fuchsoral oferowanej w przetargach. Po drugie, w 2009 r. – w związku z rekomendacją KE - poszczególni WLW wprowadzili do SIWZ-ów ogłaszanych w przetargach wymóg przeprowadzenia badania szczepionki przed jej wyłożeniem na koszt wykonawcy wraz z obowiązkiem zapewnienia nowej partii szczepionek, w razie negatywnego wyniku badania. Koszt generowany przez konieczność wykonania takiego badania – według informacji przekazanych przez Inex - kształtuje się na poziomie kilkunastu tysięcy złotych w jednym przetargu.

- (149.) Jednakże, pomimo wskazania przez wykonawców, że podwyżka cen w 2009 r. była spowodowana ww. czynnikami, analiza wysokości procentowej (względnej) marży (rozumiana jako wyrażony w procentach stosunek marży do ceny sprzedaży) na szczepionkę Lysvulpen wskazuje, że uległa ona podwyższeniu. Spadkowi uległa natomiast względna marża na szczepionkę Fuchsoral.
- (150.) C) Przeprowadzona przez Prezesa UOKiK analiza zebranych danych i informacji wskazuje także, że w przypadku znaczącej liczby przetargów **różnice w cenie w ofertach składanych w przetargach przez Inex z jednej strony oraz IDT, także wraz z Pro-Wet z drugiej strony były nieznaczące**. W blisko 60% przetargów przeprowadzonych w 2008-2012 r., różnica w cenie w ofertach składanych w przetargach wynosiła 1 grosz. Zjawisko to nasiliło się w szczególności w 2010 r. i 2012 r. W tych latach procent przetargów, w których różnica między jednostkowymi cenami szczepionek oferowanymi przez wykonawców wynosiła 1 grosz, kształtował się na poziomie 75%. Natomiast w ok. 9% przetargów przeprowadzonych w całym rozpatrywanym okresie różnica pomiędzy oferowanymi jednostkowymi cenami szczepionek wynosiła 2 grosze.

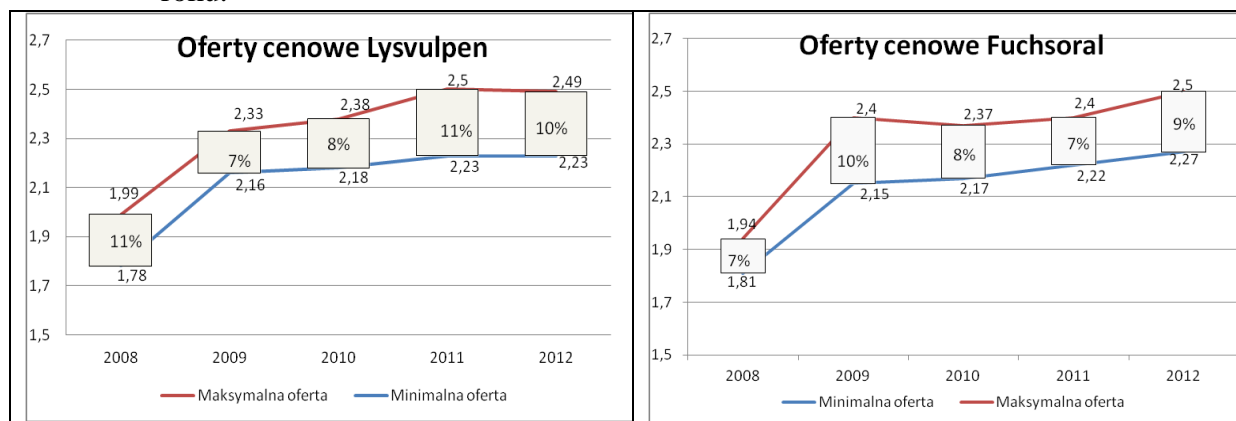


Wyjaśnienie: wykres 2 prezentuje odsetek następujących po sobie ofert przetargowych różniących się o 1, 2 lub więcej groszy analizowanych w okresie 2008-2014 r. (źródło: obliczenia własne - Prezes UOKiK).

dowód: załącznik nr 3 do pisma ZGLW z dnia 16 marca 2012 r., k. 38
załącznik nr 2 do pisma ZGLW z dnia 24 lipca 2012 r., k.76

- (151.) Prawidłowość ta miała miejsce pomimo tego, że przedsiębiorcy w badanym okresie w każdym kolejnym roku kalendarzowym w poszczególnych województwach oferowali, co do zasady, zróżnicowane ceny jednostkowe szczepionek. Jednocześnie w tym okresie nie miała miejsca taka sytuacja, aby obaj wykonawcy zaoferowali taką samą jednostkową cenę szczepionki.

(152.) Skutkiem zaś takiego postępowania były niewielkie różnice pomiędzy maksymalnymi a minimalnymi cenami szczepionek oferowanymi przez każdego z przedsiębiorców w danym roku. Wykresy zawarte w poniższej tabeli pozwalają także stwierdzić, że w okresie 2008-2012 r. w danym roku kalendarzowym żaden z wykonawców nie dokonał obniżenia jednostkowej szczepionki o więcej niż 11% w odniesieniu do poziomu maksymalnej ceny jednostkowej oferowanej w danym roku.



Wyjaśnienia: tabela 14 zawiera porównanie maksymalnych i minimalnych ofert cenowych składanych w przetargach przez Inex i IDT (Pro-Wet) (źródło: obliczenia własne - Prezes UOKiK).

(153.) **D)** Analiza poziomu jednostkowych cen szczepionek oferowanych w przetargach w poszczególnych latach kalendarzowych w różnych województwach nie daje podstaw do stwierdzenia istnienia zależności pomiędzy oferowaną ceną w przetargu, a liczbą szczepionek będących przedmiotem dostawy, czy też odległością pomiędzy miejscem załadunku partii szczepionek, a miejscem dostawy. Wyłączenie IDT, odnosząc się do poziomu jednostkowych cen szczepionki Fuchsoral zaoferowanych w 2011r. wskazało, że cena zaoferowana przez tę spółkę w danym przetargu była wyższa niż w przetargu, w którym otwarcie ofert nastąpiło wcześniej ze względu na mniejszą atrakcyjność zamawiającego z punktu widzenia IDT (tj. ze względu na odległość - woj. podkarpackie). Natomiast w odniesieniu do przetargu w woj. lubuskim i opolskim w 2011 r. IDT uzasadniło poziom zaoferowanej jednostkowej ceny szczepionki próbą wysondowania tego, jaka cena może wygrać w tych postępowaniach, wskazując przy tym, że są to rejony atrakcyjne dla IDT ze względu na bliską lokalizacją zamawiającego.

dowód: pismo IDT z dnia 22 kwietnia 2014 r., k. 502

(154.) Oznacza to, że oferowane przez wykonawców jednostkowe ceny szczepionek nie uwzględniają efektu skali, zaś koszty transportu szczepionki, które ulegają zróżnicowaniu ze względu na lokalizację miejsca załadunku szczepionki oraz położenia miejsca jej dostawy, co do zasady, nie przekładały się na poziom oferowanych cen.

(155.) E) Jednocześnie Prezes UOKiK odnotował, że pomimo występujących istotnych różnic między cenami tej samej szczepionki oferowanymi w jednym roku kalendarzowym w różnych województwach, zauważalna jest tendencja, że ceny szczepionek konkurentów ściśle za sobą podążały, przy czym możliwe jest także zaobserwowanie następujących zjawisk:

- w danym roku kalendarzowym wykonawca w następujących po sobie przetargach oferował identyczną jednostkową cenę szczepionki, także w sytuacji gdy otwarcie ofert w tych przetargach nie następowało w tym samym dniu, zaś drugi wykonawca w tych samych przetargach oferował jednostkową cenę szczepionki zarówno na poziomie nieznacznie wyższym, jak i nieznacznie niższym (np. 2010 r. – woj. wielkopolskie i podkarpackie, a także woj. opolskie, kujawsko-pomorskie, pomorskie lubuskie, 2011 r. – woj. łódzkie, warmińsko-mazurskie, świętokrzyskie i podkarpackie),
- dokonywanie przez każdego z wykonawców lub przez jednego z nich obniżenia jednostkowej ceny szczepionki w kolejnym przetargu dokładnie o 1 grosz w porównaniu do ceny zaoferowanej w postępowaniu wcześniejszym (np. 2009 r. woj. małopolskie i mazowieckie, 2010 r. – woj. łódzkie i podlaskie, 2011 r. – oferta IDT w woj. śląskim i kujawsko-pomorskim),
- jednocześnie zdarzały się takie sytuacje, że wykonawca oferował cenę wyższą aniżeli cena zaoferowana przez niego oraz przez konkurenta w przetargu wcześniejszym (np. 2011 r. – oferta IDT w woj. podkarpackim i lubuskim, oferta Inex w 2012 r. w woj. śląskim).

(156.) F) W oparciu o dane zawarte w Raporcie KE oraz przekazane przez KE zestawienia za okres 2008-2012 r. Prezes UOKiK ustalił, że popyt na szczepionkę na krajowym rynku dostawy szczepionki jest największy spośród rynków Państw Członkowskich, w których prowadzone są akcje zwalczania wścieklizny u lisów wolno żyjących. Jednocześnie istnieją następujące różnice pomiędzy krajowym rynkiem dostawy szczepionek, a sytuacją w innych Państwach Członkowskich.

(157.) W przeliczeniu na euro dokonany przez KE w 2008 r. średnia jednostkowa cena szczepionki Lysvulpen i Fuchsoral w Polsce wynosiła odpowiednio 0,40 euro i 0,40 euro, natomiast w 2009 r. ceny te kształtowały się na następującym poziomie: 0,58 euro oraz 0,57 euro. Oznacza to, że wzrost jednostkowych średnich cen szczepionek w 2009 r. przekroczył 28%. Dane pochodzą z Raportu KE. Kwota wydatków przedstawionych przez Polskę do zwrotu w ramach wkładu finansowego Państwa Członkowskiego wyrażona jest w walucie polskiej, a następnie jest przeliczana na euro. Przeliczenie następuje w oparciu o najbardziej aktualny kurs wymiany walut ustalony przez Europejski Bank Centralny przed pierwszym dniem miesiąca, w którym dane państwo członkowskie przedkłada swój wniosek.. W 2008 r. dla Polski kurs ten wyniósł: 1 euro = 4,6885 zł, zaś w 2009 r. 1 euro = 3,8673 zł.

dowód: Raport KE, str. 4 verte, decyzje wykonawcze zatwierdzające roczne i wieloletnie programy oraz wkład finansowy UE w zakresie zwalczania, kontroli i monitorowania niektórych chorób zwierząt i chorób odzwierzęcych, przedstawione przez Państwa Członkowskie dotyczące okresu 2008-2014 r., k. 987-1075.

- (158.) Jednocześnie takiego wzrostu cen szczepionek nie odnotowano w żadnym innym Państwie Członkowskim: w państwach tych cena jednostkowa Lysvulpenu w 2008 r. kształtowała się na poziomie od 0,28 – 0,43 euro za jedną dawkę szczepionki, zaś w 2009 r. w granicach 0,24 – 0,52 euro. W tym miejscu wskazać należy, że cena na poziomie 0,52 euro za jedną dawkę Lysvulpenu została zaoferowana w **[informacja utajniona]**. Państwo to nie dokonywało zakupu szczepionki w 2008 r., zaś jednostkowa cena Lysvulpen zaoferowana w tym kraju w 2010 r. kształtowała się na poziomie 0,38 euro za jedną dawkę tej szczepionki. Natomiast jednostkowa cena Fuchsoralu w 2008 r. w innych Państwach Członkowskich kształtowała się na poziomie 0,41 – 0,70 euro za jedną dawkę szczepionki, zaś w 2009 r. na poziomie 0,38 - 0,69 euro. Oznacza, że w innych Państwach Członkowskich w 2009 r. nie nastąpił zasadniczy wzrost jednostkowej ceny szczepionek, a wręcz daje się zaobserwować, że ceny tych szczepionek w niektórych Państwach Członkowskich wskazują tendencję spadkową.
- (159.) Powyższe dane wskazują także, że w innych państwach należących do UE, w których prowadzony jest program zwalczania wścieklizny u lisów wolno żyjących występuje znacząca różnica pomiędzy ceną obu szczepionek, przy czym Fuchsoral jest - co do zasady - szczepionką droższą, zaś Lysvulpen szczepionką tańszą.
- (160.) Zależność tę obrazuje także analiza poziomu cen obu szczepionek oferowanych w innych Państwach Członkowskich w kolejnych latach kalendarzowych, tj. w okresie 2010-2012 r. Zależność taka nie występuje z kolei w Polsce, gdzie średnia jednostkowa cena każdej ze szczepionek w kolejnych latach kalendarzowych w okresie 2010-2012 r. jest zbliżona i dla Lysvulpenu kształtuje się w przedziale 2,30 – 2,36 zł, zaś dla Fuchsoralu w przedziale 2,24 – 2,37 zł. Dane te dają podstawę do przyjęcia, że podczas gdy jednostkowe ceny szczepionek w Polsce kształtują się na podobnym poziomie i ulegają wahaniom w zbliżonym przedziale cenowym, to w innych Państwach Członkowskich brak jest takiej zależności.

dowód: Raport KE, k. 26 verte

załącznik nr 1 do pisma IDT z dnia 22 kwietnia 2014 r., k. 512-515

pismo Inex z dnia 6 października 2014 r., k. 1450

pismo IDT z dnia 7 listopada 2014 r., k. 1848

- (161.) Należy jednak zauważyć, że kursy walut wykorzystywane przez KE w celu przeliczania cen szczepionek (pkt. 157 decyzji) nie odpowiadają rzeczywistym kursom walut w czasie przeprowadzania przetargów, które to kursy walut mają

z kolei bezpośredni wpływ na koszty przedsiębiorców oferujących szczepionki. I tak w pierwszej połowie 2008 r. średni kurs euro zgodnie z notowaniami NBP⁷ wyniósł 3,49 zł, zaś w pierwszej połowie 2009 r. średni kurs euro zgodnie z notowaniami NBP⁸ wynosił 4,47 zł. Przeliczone - przy użyciu tych kursów - średnie ceny jednostkowe szczepionki Lysvulpen i Fuchsoral kształtowały się odpowiednio: 0,53 euro i 0,53 euro w 2008 r. oraz 0,50 euro i 0,50 euro w 2009 r. Dane te wskazują, że wzrost ceny każdej ze szczepionek wyrażony w złotych nie oznaczał wzrostu tych cen wyrażonych w euro⁹, jeśli wziąć pod uwagę średni kurs tej waluty (tj. euro) z okresu, w którym odbywały się przetargi. Wobec tego zasadnym wydaje się przyjęcie, że najwięcej informacji o stanie konkurencji na analizowanym rynku można uzyskać poprzez porównanie cen każdej ze szczepionek wyrażonej w walucie polskiej, gdyż to właśnie w tej walucie przedsiębiorcy przystępujący do przetargów na dostawę szczepionki kalkulowali oferty przetargowe, z uwzględnieniem poziomu aktualnie ponoszonych kosztów.

- (162.) **G)** W okresie 2008-2012 r., co do zasady, nie miały miejsca takie sytuacje, aby oferty wykonawców były odrzucane z przyczyn formalnych, ani też sytuacje odstępowania przez wykonawcę od podpisania umowy z zamawiającym w przypadku wygrania przetargu. Jedynie w 2008 r. IDT zostało wykluczone z udziału w przetargu woj. warmińsko-mazurskim, ponieważ szczepionka miała nie spełniać warunku stabilności termicznej.

dowód: pismo IDT z dnia 28 października 2014 r. k. 1499

- (163.) **H)** W okresie 2008-2012 r. IDT nie przystąpiła do 6 przetargów (dwukrotnie z powodu spóźnienia kuriera, który nie doręczył oferty do siedziby zamawiającego na czas, dwukrotnie z powodu braku towarów, jednokrotnie z powodu niemożności skompletowania dokumentacji ofertowej oraz z powodu braku czasu i personelu koniecznych do przygotowania oferty, wraz z niepozyskaniem gwarancji bankowej na czas.

dowód: pismo IDT z dnia 28 października 2014 r., k 1497-1498

- (164.) Natomiast Inex nie przystąpił do trzech przetargów w 2012 r. z powodu niedokonania zmiany przez zamawiających w SIWZ z uwzględnieniem treści wyroku KIO z dnia 8 lutego 2012 r. o sygn. akt KIO 155/12. Przedsiębiorca ten nie zidentyfikował przyczyn nieprzystąpienia do 3 innych przetargów, które miały miejsce w latach wcześniejszych.

dowód: pismo Inex z dnia 5 sierpnia 2013 r., k.181

⁷ Dane dostępne na stronie internetowej: <http://www.nbp.pl/home.aspx?c=/ascx/archa.ascx>.

⁸ *Ibidem*.

⁹ Przeciwnie – nastąpił bowiem spadek tych cen.

(165.) I) Prezes UOKiK ustalił także, że specyfika prowadzonych postępowań przetargowych na dostawę szczepionki, tj. ustawowy obowiązek WIW-ów zapewnienia dostawy szczepionki w każdym województwie w każdym roku kalendarzowym, a także możliwość szacowania wielkości zamówienia w danym województwie, a także okoliczność, że na rynku właściwym od wielu lat panuje faktyczny duopol, czynią rynek w znacznym stopniu transparentnym. Na transparentność rynku ma także wpływ okoliczność, że ceny oferowane przez wykonawców w kolejnych przetargach są jawne. Oznacza to, że konkurenci znają ceny oferowane przez każdego z nich we wcześniejszym przetargu. Z ustaleń poczynionych przez Prezesa UOKiK wynika, że przedstawiciele IDT lub Pro-Wet brali udział praktycznie we wszystkich posiedzeniach komisji przetargowych, na których następowała otwarcie ofert złożonych w przetargach w okresie 2008-2014 r.

dowód: załącznik nr 8 do pisma IDT z dnia 28 października 2014 r., k. 1570-1571

pisma nadesłane przez WLW- k. 1150-1272, k. 1267 – 1444, k. 1474-1477, k. 1665-1671

(166.) Ponadto z wyjaśnień przekazanych przez IDT wynika, że faktem notoryjnym jest okoliczność, że w przetargach publicznych oferenci na ogół składają oferty w ostatniej chwili, co w przedmiotowej sprawie pozwalało na formułowanie ofert w części cenowej z uwzględnieniem informacji dotyczących poziomu cen oferowanych w poprzednim przetargu.

III. 2 Okres po 2012 r.

III.2.1. Przetargi w 2013 r.

(167.) W 2013 r. przetargi zostały zorganizowane w 16 województwach. Jedynie w woj. wielkopolskim zorganizowano dwa odrębne przetargi w celu zapieczenia dostawy szczepionki na wiosenną i jesienną akcję szczepień. Zdecydowana większość przetargów, tj. 14 przetargów obejmowało zarówno dostawę na wiosenną oraz jesienną akcję szczepień W woj. dolnośląskim oraz lubuskim przeprowadzono wyłącznie przetarg na dostawę szczepionki w celu przeprowadzenia jesiennej akcji szczepień. W przetargach uczestniczyli dwaj wykonawcy: konsorcjum IDT i Pro-Wet, a także Inex. Konsorcjum złożyło oferty we wszystkich przetargach, zaś Inex nie przystąpił do jednego przetargu.

(168.) Poniższa tabela nr 17 obrazuje przebieg przetargów w poszczególnych WIW-ach w 2013 r.

Lp.	Nazwa województwa	Data otwarcia ofert	Cena jednostkowa zaoferowana przez wykonawców w zł (netto)	Liczba dawek szczepionki	Wartość zamówienia w zł (netto)	Wyloniona oferta
1	łódzkie	27.02	F - 2,43 L - 2,40 (odrz.)	678 800	1 649 484	F
2	kujawsko-pomorskie	11.03	F - 2,38 L - 2,39	662 400	1 576 512	F
3	małopolskie	11.03	F - 2,38 L - 2,39	910 980	2 168 132,4	F
4	śląskie	12.03	F - 2,36 L - 2,35	447 220	1 050 967	L
5	zachodniopomorskie	12.03	F - 2,36 L - 2,35	800 000	1 880 000	L
6	warmińsko-mazurskie	13.03	F - 2,33 L - 2,32	1 140 000	2 644 800	L
7	świętokrzyskie	14.03	F - 2,29 L - 2,30	420 000	961 800	F
8	podlaskie	14.03	F - 2,29 L - 2,50	978 260	2 240 215,40	F
9	podkarpackie	15.03	F - 2,28 L - 2,27	967 980	2 197 314,60	L
10	wielkopolskie	19.03	F - 2,26 L - 2,24	552 753	1 238 576,17	L
11	pomorskie	21.03	F - 2,20 L - 2,50	662 360	1 457 192	F
12	lubelskie	22.03	F - 2,16 L - 2,15	1 145 280	2 462 352	L
13	opolskie	27.03	F - 2,13 L - 2,12	320 000	678 400	L
14	mazowieckie	29.03	F - 2,09	1 290 060	2 696 225,40	F
15	lubuskie	30.07	F - 2,09 L - 2,35	261 080	545 657,20	F
16	dolnośląskie	26.08	F - 2,18 L - 2,30	320 898	699 557,64	F
17	wielkopolskie	12.09	F - 2,07 L - 2,14	552 753	1 235 734,61	F

Wyjaśnienia: tabela nr 17 obrazuje przebieg przetargów w Polsce w 2013 r.

Legenda: data otwarcia ofert – data w której nastąpiło otwarcie ofert złożonych w przetargu

cena jednostkowa zaoferowana przez wykonawców w zł (netto) – zaoferowana przez każdego z wykonawców
cena jednostkowa w przetargu, gdzie F oznacza szczepionkę Fuchsoral, zaś L szczepionkę Lysvulpen

wartość zamówienia w zł (netto) – wartość oferty wylonionej jako zwycięska będąca iloczynem liczby dawek szczepionek zamawianych w danym przetargu oraz zaoferowanej jednostkowej ceny szczepionki wylonionej w przetargu jako najkorzystniejsza

wyloniona oferta - oznaczona symbolem literowym nazwa szczepionki wylonionej w przetargu, gdzie F oznacza szczepionkę Fuchsoral, zaś L szczepionkę Lysvulpen

odrz. – oferta odrzucona przez zamawiającego

(169.) W 2013 r. konsorcjum IDT i Pro-Wet wygrało 10 przetargów, natomiast Inex 7 przetargów. Całkowita liczba dawek szczepionki dostarczanych przez każdego z tych przedsiębiorców na polski rynek oraz całkowita wartość zamówień realizowanych w ramach przetargów przez każdego z tych przedsiębiorców w 2013

r. okresie kształtowały się następująco:

Nazwa wykonawcy	Całkowita liczba dawek szczepionki	Całkowita wartość realizowanych zamówień w zł (netto)
Inex	5 373 233	12 152 409,77
IDT	6 184 838	15 230 510,65

Wyjaśnienia: tabela nr 18 - obliczenia własne – Prezes UOKiK

(170.) Jednostkowa cena szczepionki oferowana przez każdego z wykonawców kształtował się następująco:

- Inex: i. cena minimalna i maksymalna — 2,12 - 2,50 zł
- ii. średnia cena jednostkowa szczepionki - 2,32 zł
- IDT: i. cena minimalna i maksymalna – 2,07 - 2,43 zł
- ii. średnia cena jednostkowa szczepionki - 2,25 zł

IDT wyjaśniając taktykę stosowaną przez wykonawców w przetargach wskazywało, że **[informacja utajniona]**. Odnosząc się do poziomu cen oferowanych przez Inex w niektórych przetargach, IDT wysunęła przypuszczenie, że spółka ta reagowała na wygraną IDT w przetargu wcześniejszym lub też cena Inex uwzględniała rygorystyczne, nietypowe warunki SIWZ.

III.2.2. Przetargi w 2014 r.

(171.) W 2014 r. 4 województwa zostały wyłączone z akcji szczepień lisów wolno żyjących przeciwko wściekliznie, tj. woj. dolnośląskie, lubuskie, wielkopolskie i zachodniopomorskie. Natomiast w 3 województwach, tj. w woj. kujawsko-pomorskim, opolskim i pomorskim przeprowadzono wyłącznie przetarg na dostawę szczepionki w celu przeprowadzenia jesiennej akcji szczepień. Przetargi w pozostałych województwach obejmowały dostawę szczepionki zarówno na jesienną jak i wiosenną akcję szczepień. Przetargi w woj. kujawsko-pomorskim oraz opolskim unieważniono, ponieważ IDT, będąc jedynym oferentem w tych postępowaniach, zaoferowało cenę, która znaczenie przekraczała możliwości finansowe zamawiających. Przetargi w tych województwach zostały powtórzone w terminie późniejszym. Ponadto w woj. lubelskim oferenci zaoferowali identyczną jednostkową cenę szczepionek, w związku z czym zamawiający dopuścił złożenie ofert dodatkowych. W przetargach uczestniczyli dwaj wykonawcy: konsorcjum IDT i Pro-Wet, a także Inex. Konsorcjum złożyło oferty w 13 przetargach, zaś Inex nie przystąpił do 5 przetargów.

(172.) Poniższa tabela nr 19 obrazuje przebieg przetargów w poszczególnych WIW-ach w 2014 r.

Lp.	Nazwa województwa	Data otwarcia ofert	Cena jednostkowa zaoferowana przez wykonawców w zł (netto)	Liczba dawek szczepionki	Wartość zamówienia w zł (netto)	Wyłoniona oferta
1	opolskie	25.02	F-2,50	160 000	400 000	U
2	kujawsko-pomorskie	13.03.	F- 2,46	331 200	814 752	U
3	łódzkie	17.03.	F – 2,46	678 800	1 669 848	F
4	świętokrzyskie	18.03.	F-2,46	630 200	1 550 292	F
5	małopolskie	24.03.	F- 2,43	923 060	2 243 035,80	F
6	warmińsko-mazurskie	25.03.	F-2,40 L -2,39	1 140 000	2 724 600	L
7	podlaskie	28.03.	F-2,38 L - 2,39	978 260	2 328 258,80	F
8	mazowieckie	31.03.	F-2,1 L -2,09	1 290 060	2 696 225,40	L
9	śląskie	02.04.	F - 2,24 L -2,26	446 320	999 756,80	F
10	lubelskie	02.04. 04.04.	F i L - 2,24 F-2,25 L -2,12	1 138 800	2 414 256	L
11	podkarpackie	09.04.	F-2,06 L -2,07	1 005 480	2 071 288,80	F
12	kujawsko-pomorskie	05.06.	L-2,48	331 200	821 376	L
13	opolskie	04.07.	F-2,44 L -2,36	160 000	377 600	L
14	pomorskie	19.08.	F-2,31 L -2,24	331 180	741 843,20	L

Wyjaśnienia: tabela nr 19 obrazuje przebieg przetargów w Polsce w 2014 r.

Legenda: data otwarcia ofert – data w której nastąpiło otwarcie ofert złożonych w przetargu

cena jednostkowa zaoferowana przez wykonawców w zł (netto) – zaoferowana przez każdego z wykonawców
cena jednostkowa w przetargu, gdzie F oznacza szczepionkę Fuchsoral, zaś L szczepionkę Lysvulpen

wartość zamówienia w zł (netto) – wartość oferty wyłonionej jako zwycięska będąca iloczynem liczby dawek szczepionek zamawianych w danym przetargu oraz zaoferowanej jednostkowej ceny szczepionki wyłonionej w przetargu jako najkorzystniejsza

wyłoniona oferta - oznaczona symbolem literowym nazwa szczepionki wyłonionej w przetargu, gdzie F oznacza szczepionkę Fuchsoral, zaś L szczepionkę Lysvulpen

U – przetarg unieważniony

(173.) W 2014 r. każdy z wykonawców wygrał w 6 przetargach. Całkowita liczba dawek szczepionki dostarczanych przez każdego z tych przedsiębiorców na polski rynek oraz całkowita wartość zamówień realizowanych w ramach przetargów przez każdego z tych przedsiębiorców w 2014 r. okresie kształtowały się następująco:

Nazwa wykonawcy	Całkowita liczba dawek	Całkowita wartość
-----------------	------------------------	-------------------

	szczepionki	realizowanych zamówień w zł (netto)
Inex	4 391 240	9 775 900,2
IDT	4 662 120	10 862 480,2

Wyjaśnienia: tabela nr 20 - obliczenia własne – Prezes UOKiK

(174.) Jednostkowa cena szczepionki oferowana przez każdego z wykonawców kształtował się następująco:

Inex: i. cena minimalna i maksymalna — 2,07 - 2,48 zł

ii. średnia cena jednostkowa szczepionki - 2,27 zł

IDT: i. cena minimalna i maksymalna –2,06 - 2,50 zł

ii. średnia cena jednostkowa szczepionki - 2,51 zł

(175.) Na początku 2014 r. Inex nie przystępowała do przetargów, ponieważ w dniu 4 lutego 2014 r. GLW wydał decyzję nr GIWpuf-025-111/2013(2), którą wycofał z obrotu na terenie całego kraju wszystkie numery serii szczepionki Lysvulpen ze względu na stwierdzenie niewłaściwej jakości produktu: w szczepionce stwierdzono występowanie dwóch subpopulacji wirusa, podczas gdy w świadectwie rejestracji szczepionki została wskazana tylko jedna subpopulacja. W połowie marca 2014 r. GLW wydał interpretację wydanej uprzednio decyzji, uznając, że ww. decyzja dotyczy jedynie serii szczepionki Lysvulpen wprowadzonej do obrotu w Polsce przed datą jej wydania. Bioveta, działając jako podmiot odpowiedzialny w stosunku do szczepionki Lysvulpen, wyjaśniała ten stan rzeczy tym, że w ostatnich latach nastąpił znaczny wzrost możliwości diagnozowania subpopulacji wirusów, które natomiast nie były dostępne w czasie rejestracji szczepionki. Bioveta wskazała także (i przedstawiała dowody), że szczepionka Fuchsoral także zawiera dwie subsbopulacje wirusa szczepionki. Mimo żądań producenta Lysvulpen, GLW nie podjął analogicznych działań w stosunku do IDT, ograniczając się do wydania ww. interpretacji przywołanej decyzji. Niewydanie tej interpretacji doprowadziłoby natomiast do tego, że Inex nie złożyłby żadnej oferty w przetargach w 2014 r.

dowód: pismo Inex dnia 6 października 2014 r. wraz z decyzją nr GIWpuf-025-111/2013(2), k. 1452 oraz k. 1472-1474.

(176.) Uzasadniając przyczyny istotnego obniżenia przez IDT oferowanej w przetargach jednostkowej ceny szczepionki Fuchsoral w 2014 r. (najniższa zaoferowana cena w 2014 r. wyniosła 2,06 zł za dawkę szczepionki), spółka ta wskazała, że sukcesywnie obniżała oferowaną cenę szczepionki w kolejnych przetargach, nie mając wiedzy o decyzji nr GIWpuf-025-111/2013(2). Natomiast Inex rozpoczął składanie swoich ofert od szóstego przetargu zorganizowanego w tym roku kalendarzowym. W konsekwencji – w ocenie IDT – Inex, chcąc wyrównać straty wynikające z niebrania udziału w przetargach wcześniejszych, prowadził bardziej

agresywną politykę cenową, co w rezultacie doprowadziło do najniższego poziomu jednostkowej ceny obu szczepionek zaoferowanych w przetargach w ciągu ostatnich lat.

dowód: pismo IDT dnia 28 października 2014 r., k. 1501-1502

III.2.3. Okres 2013 – 2014 – podsumowanie.

- (177.) W porównaniu do okresu 2009 - 2012 zauważalne jest, że w 2013 r. brak jest występującego w okresie wcześniejszym podobieństwa co do: liczby wygranych przetargów przez każdego z wykonawców, całkowitej rocznej wartości zamówień realizowanych przez nich w ramach przetargów, a także co do liczby szczepionek dostarczanych w skali roku kalendarzowego. Podobieństwo pomiędzy wykonawcami w zakresie wskazanych wielkości daje się natomiast ponownie zauważyć w 2014 r.
- (178.) Porównanie okresów 2009-2012 r. oraz 2013-2014 r. pozwala stwierdzić, że średnia jednostkowa cena szczepionki Lysvulpen, uległy obniżeniu. Natomiast średnia jednostkowa cena szczepionki Fuchsoral uległa obniżeniu w 2013 r., po czym w 2014 r. uległa podwyższeniu o ok. 11%.
- (179.) Ponadto w latach 2013-2014 r. zauważalna jest znacznie większa różnica pomiędzy maksymalną a minimalną jednostkową ceną każdej ze szczepionek oferowaną w jednym roku kalendarzowym w porównaniu do okresu wcześniejszego. Oznacza to, w tym okresie ceny szczepionek uległy zmianie o ok. 15-18%.
- (180.) Ostatecznie w 2014 r. zauważalne są duże wahania w poziomie jednostkowej ceny każdej z oferowanych szczepionek: w ofertach złożonych w przetargu w woj. podlaskim Fuchsoral został zaoferowany w cenie 2,38 zł za jedną dawkę szczepionki, zaś Lysvulpen w cenie 2,39 zł za jedną dawkę szczepionki. W następnym przetargu rozstrzygniętym w woj. mazowieckim zaoferowane jednostkowe ceny szczepionek wynosiły 2,1 zł (Fuchsoral) i 2,09 zł (Lysvulpen), po czym następnie w woj. śląskim ceny te wynosiły: 2,24 zł (Fuchsoral) i 2,26 zł (Lysvulpen). W kolejnym przetargu (woj. lubelskie) wykonawcy zaoferowali identyczną cenę jednostkową szczepionki na poziomie 2,24 zł. W ofertach dodatkowych złożonych przez wykonawców w przetargu w tym województwie IDT zaoferowało cenę za jedną dawkę Fuchsoralu na poziomie 2,25 zł, zaś Inex cenę 2,12 zł za jedną dawkę Lysvulpen. Natomiast w następnym przetargu każdy z oferentów ponownie dokonał dużej obniżki jednostkowej ceny szczepionki (Fuchsoral – 2,06 zł, zaś Lysvulpen - 2,07 zł za dawkę). W okresie po 2008 r. do 2013 r. w jednym roku kalendarzowym nie występowały tak znaczne zmiany jednostkowych cen szczepionek obejmujących zarówno podwyższanie jak i obniżanie ich poziomu. Podobnie po 2007 r. a przed 2014 r. nie zdarzyło się, aby wykonawcy zaoferowali identyczną jednostkową cenę szczepionki w tym samym

przetargu.

III. 3 Okres przed 2008 r.

(181.) W trakcie postępowania Prezes UOKiK podjął działania mające na celu pozyskanie danych dotyczących poziomu jednostkowych cen szczepionek oferowanych w przetargach w okresie od daty rozpoczęcia sprzedaży danej szczepionki w Polsce do 2007 r. włącznie. Prezes UOKiK uzyskał dane obejmujące 2002-2007 r. do ZGLW (z wyłączeniem 2005 r., w którym zakup szczepionki finansowany był ze środków Phare, zaś zakup szczepionki został przeprowadzony przez centralną jednostkę finansująco-kontraktującą będącą podmiotem odrębnym od Inspekcji Weterynarii) oraz dane obejmujące 2004 – 2007 r. od Inex. Natomiast dane od IDT obejmowały okres 2005-2007 r.

dowód: pismo ZGLW z dnia 22 lipca 2013 r., k. 128-129
pismo IDT z dnia 7 listopada 2014 r., k. 1687-1691

(182.) Zgromadzone informacje dotyczące przetargów w ww. okresie - z wyłączeniem 2006 r. oraz 2007 r., dla których udało się zgromadzić dane niemal w całości - nie są jednak kompletne, co jest spowodowane stosunkowo odległym czasem przeprowadzenia tych przetargów, a także brakiem obowiązku przechowywania informacji o przetargu w przez okres dłuższy niż cztery lata od daty zakończenia danego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego¹⁰. Z tych względów w toku postępowania antymonopolowego Prezes UOKiK dokonał analizy danych dotyczących przetargów przeprowadzonych w 2006 r. i 2007 r.

(183.) W okresie 2006-2007 r. przetargi zostały zorganizowane we wszystkich 16 województwach. Co do zasady jeden przetarg obejmował dostawę szczepionki na jesienną oraz na wiosenną akcję szczepień. Jedynie w 2006 r. w woj. mazowieckim zorganizowano dwa oddzielne przetargi na dostawę szczepionki w czasie wiosennej i jesiennej akcji szczepień, natomiast w tym samym roku w woj. wielkopolskim zorganizowano dodatkowy przetarg w celu zapewnienia dostawy szczepionki na realizację wiosennej akcji szczepień w roku następnym. W 2007 r. w tym woj. przeprowadzono przetarg w celu zapewnienia dostawy szczepionki na jesienną akcję szczepień.

(184.) W przetargach uczestniczyli dwaj wykonawcy: IDT, a także Inex.

(185.) Poniższa tabela nr 21 obrazuje przebieg przetargów w poszczególnych WIW-ach w 2006-2007 r.

2006	2007

¹⁰ Zgodnie z art. 97 Pzp.

Lp.	Nazwa województwa	Cena jednostkowa zaoferowana przez wykonawców w zł (netto)	Liczba dawek szczepionki	Wyloniona oferta	Cena jednostkowa zaoferowana przez wykonawców w zł (netto)	Liczba dawek szczepionki	Wyloniona oferta
1	dolnośląskie	F – 1,87 L - 1,86	638 329	L	F - 1,87 L - 1,86	638 329	L
2	kujawsko-pomorskie	F – 1,95 L - 1,81	662 400	L	F – 1,85 L - 1,86	662 400	F
3	lubelskie	F – 1,45	1 127 887	F	F – 1,7	904 637	F
4	lubuskie	F – 1,78 L - 1,85	bd	F	F – 1,82 L - 1,83	552 160	F
5	łódzkie	F – 1,82 L - 1,85	678 800	F	F – 1,87 L - 1,86	678 800	L
6	małopolskie	F – 1,9 L - 1,88	605 800	L	F – 1,79 L - 1,78	607 600	L
7	mazowieckie	F – 1,9 - F – 1,9 -	654 340 655 840	F F	F – 1,85 L - 1,83	1 308 680	L
8	opolskie	F – 1,82 L - 1,81	320 000	L	F – 1,82 L - 1,80	320 000	L
9	podkarpackie	F – 1,85 L - 1,83	645 320	L	F – 1,79 L - 1,85	645 320	F
10	podlaskie	F – 1,82 L - 1,90	726 480	F	F – 1,89 L - 1,88	726 480	L
11	pomorskie	F – 1,82 L - 1,79	731 720	L	F – 1,79 L - 1,80	731 720	F
12	śląskie	F – 1,87 L - 1,86	405 220	L	F – 1,91 L - 1,90	405 220	L
13	świętokrzyskie	F - 1,70 L – 1,80	bd	F	F – 1,82 L - 1,83	567 000	F
14	warmińsko-mazurskie	F – 1,85 L - 1,81	859 320	L	F – 1,89 L - 1,87	344 680	L
15	wielkopolskie	F – bd L - 1,89 F – 1,90 L - 1,91	1 014 360 300 000	bd F	F – 1,91 L - 1,92	714 320	F
17	zachodniopomorskie	F – 1,90 L - 1,93	800 000	F	F – 1,89 L - 1,88	800 000	L

Wyjaśnienia: tabela nr 21 obrazuje przebieg przetargów w Polsce w 2006-2007 r.

Legenda:

cena jednostkowa zaoferowana przez wykonawców w zł (netto) – zaoferowana przez każdego z wykonawców
cena jednostkowa w przetargu, gdzie F oznacza szczepionkę Fuchsoral, zaś L szczepionkę Lysvulpen

wyloniona oferta - oznaczona symbolem literowym nazwa szczepionki wylonionej w przetargu, gdzie F oznacza szczepionkę Fuchsoral, zaś L szczepionkę Lysvulpen

liczba dawek szczepionki – liczba dawek szczepionki będących przedmiotem zamówienia w danym przetargu

bd – brak danych

(186.) Powyższe dane wskazują, że w okresie 2006-2007 r. szczepionki Fuchsoral oraz

Lysvulpen były wybierane w podobnej liczbie przetargów (Fuchsoral w 2006 r. nie mniej niż w 9, zaś Lysvulpen nie mniej niż w 7 przetargach, zaś w 2007 r. pierwsza ze szczepionek w 7 przetargach, zaś druga z nich w 9 przetargach). Także w tym okresie poziom cen szczepionek oferowanych w przetargach był, co do zasady, zbliżony do siebie i kształtował się następująco:

	L – cena minimalna i maksymalna w zł	F - cena minimalna i maksymalna w zł
2006	1,79 -1,93	1,45-1,95
2007	1,7 -1,91	1,78 -1,92

Wyjaśnienia: tabela nr 22 - obliczenia własne – Prezes UOKiK

(187.) Wskazane dane pokazują także, że w 2006 r. jednostkowa cena Fuchsoral została istotnie obniżona do poziomu 1,45 zł za jedną dawkę szczepionki, zaś sytuacja taka nie powtórzyła się w roku następnym. Jednocześnie zauważalna jest tendencja, że jednostkowe ceny każdej ze szczepionek w poszczególnych przetargach, co do zasady, są do siebie zbliżone i różnią się najczęściej o ok. 1-3 grosze, przy czym widoczne jest, że o ile w 2006 r. różnica to wynosiła najczęściej 2-3 grosze, to w 2007 r. wynosiła ona najczęściej 1 grosz. Ostatecznie analiza danych pozwala stwierdzić, że jednostkowe ceny szczepionek w oferowanych poszczególnych przetargach ulegają zmianie w kolejnych przetargach, wahając się.

IV. Opis powiązań pomiędzy stronami postępowania

(188.) W toku postępowania antymonopolowego ustalono, że Inex prowadzi z zajmującą się dystrybucją leków weterynaryjnych spółką Pro-Wet współpracę na niewielką skalę, w wyniku czego kontakty pomiędzy pracownikami obu przedsiębiorców są nieuniknione. W latach 1999-2006 r. Pro-Wet dokonywał zakupów bezpośrednio w Inex. Pro-Wet wznowił bezpośrednie dokonywanie zakupów w Inex w kwietniu 2014 r. Ponadto przedstawiciele regionalni Inex utrzymują kontakt z Pro-Wet jako podmiotem prowadzącym hurtownię leków weterynaryjnych. Pani **[informacja utajniona]** będąca współnikiem Inex nie utrzymywała żadnych kontaktów z Pro-Wet, nie są jej także znani przedstawiciele/pracownicy/osoby współpracujące z IDT. Natomiast drugi współnik Inex, p. **[informacja utajniona]** oświadczył, że nie utrzymywał żadnych kontaktów z IDT, ani też nie zna żadnych osób powiązanych z tą spółką. Zna natomiast **[informacja utajniona]**, będącego współnikiem w Pro-Wet, z którym w ciągu prowadzonej przez ok. 20 lat działalności spotkał się co najwyżej trzykrotnie. Natomiast pracownicy i współpracownicy Inex nie utrzymują kontaktów zarówno z IDT, jak i z Pro-Wet.

dowód: pismo Inex z dnia 2 lipca 2013 r., k. 105-106
pismo Inex z dnia 6 października 2014 r., k. 1453

(189.) Pro-Wet oświadczył, że w związku z prowadzoną działalnością gospodarczą spółka, jej wspólnicy oraz wedle najlepszej wiedzy Pro-Wet jego pracownicy i współpracownicy nie utrzymują jakichkolwiek formalnych stosunków z Inex, jej wspólnikami, pracownikami lub współpracownikami lub też ze spółką Bioveta lub z członkami jej organów, pracownikami, współpracownikami, które dotyczą sprzedaży szczepionki.

dowód: pismo Pro-Wet z dnia 28 czerwca 2013 r., k. 98.

(190.) IDT oświadczyło, że nigdy nie utrzymywało kontaktów służbowych z Inex.

(191.) Pomiędzy Biovetą a IDT nigdy nie były i nie są utrzymywane żadne stosunki handlowe. Od czerwca 2013 r. IDT stara się o nawiązanie współpracy z Biovetą w zakresie dystrybucji szczepionek dla świń, koni i królików. W związku z tym odbyto liczne spotkania w Dessau-Rosslau oraz w Ivanovicach na szczeblu menedżerskim, a także po stronie marketingu, sprzedaży oraz działu rejestracyjnego. Dotychczas spotkanie te nie doprowadziły do podjęcia żadnych konkretnych ustaleń pomiędzy IDT a Biovetą. Po wszczęciu przedmiotowego postępowania antymonopolowego odbyły się dwa kolejne spotkania dotyczące ww. licencji. W siedzibie IDT ustalono, że przy wszelkich spotkaniach pomiędzy IDT a Biovetą ma uczestniczyć przedstawiciel działu controllingu, który będzie sporządzał protokół z odbytego spotkania. IDT wskazało, że nie posiadał innych kontaktów z Biovetą.

(192.) Jednocześnie IDT wskazało, że dochodziło do spotkań przedstawicieli obydwu stron na otwarciu ofert w Polsce. Jednocześnie w ocenie tej spółki nie można wykluczyć, że obydwie ww. spółki spotykały się lub widziały na targach, wystawach, kongresach, nawet nie mając wiedzy o tym fakcie.

dowód: pismo IDT z dnia 7 listopada 2014 r., k. 1860

V. Stanowiska stron

V.1. Pro-Wet

(193.) Pro-Wet podniósł, że nie był i nie jest, uczestnikiem żadnego porozumienia z udziałem Inex. Uczestnicząc w konsorcjum, przedsiębiorca ten nie miał żadnego wpływu na poziom cen, jaki konsorcjum oferowało w przetargach, bowiem taką decyzję podejmowało IDT samodzielnie. W ocenie Pro-Wet w całym okresie współpracy tej spółki z IDT w zakresie udziału w przetargach brak było podstaw do wysnucia wniosków czy też podejrzeń, że IDT weszła w porozumienie z Inex. W ocenie Pro-Wet działania IDT były suwerenne. Ponadto Pro-Wet przychylił się do argumentacji IDT zawartej w piśmie z dnia 22 kwietnia 2014 r., wskazując m.in., że Raport KE jest nierzetelny i niemiarodajny dla oceny poziomu cen szczepionek oferowanych przez przedsiębiorców w Polsce, zaś poziom cen

oferowanych przez Inex i konsorcjum IDT z Pro-Wet w przetargach jest wynikiem działań paralelnych tych przedsiębiorców.

dowód: pismo Pro-Wet z dnia 30 lipca 2014 r., k. 1106 -1107

V.2. IDT

(194.) IDT stwierdziła, że ceny szczepionki oferowane przez nią w przetargach samodzielnie lub w konsorcjum z Pro-Wet nie były nigdy uzgadnianie z Inex – były one przejawem suwerennych decyzji IDT i konsorcjum, przy czym wiodącą rolę co do decyzji cenowych odgrywała IDT. Podmiot wskazał także, że krajowy rynek dostawy szczepionki charakteryzuje się wysokim poziomem transparentności oraz jawności, co wynika m.in. ze stosowania do organizacji przetargów przepisów Pzp, w tym w szczególności zasady jawności cen zaoferowanych w publicznym postępowaniu przetargowym. IDT posiadała więc pełną informację w zakresie cen oferowanych przez konkurenta w poprzednich, często nieodległych w czasie przetargach. IDT wskazała, że w przetargach publicznych oferenci zazwyczaj składają oferty w ostatniej chwili. Oznacza to, że **[informacja utajniona]**, a podmioty przystępujące do przetargów posiadały pełną możliwość dostosowywania swych ofert do warunków cenowych zaoferowanych przez konkurenta w poprzednich przetargach. IDT w sposób szczegółowy wyjaśniła także przyczyny oferowania cen jednostkowych Fuchsoral w przetargach w okresie 2008-2013 r. na określonym poziomie, podsumowując, że poziom ten był odpowiedzią na ofertę cenową zaoferowaną przez konkurenta w przetargu wcześniejszym lub też rezultatem przewidywania ruchu konkurenta. IDT wskazała także na spadek cen jednostkowych szczepionki oferowanych w kolejnych przetargach w poszczególnych latach kalendarzowych. W ocenie IDT taka spadkowa tendencja cen wskazuje na ostrą walkę konkurencyjną pomiędzy wykonawcami. IDT podniosła w dalszej kolejności, że także w wielu przetargach, kiedy jeden z konkurentów nie składał swojej oferty, drugi konkurent - mimo to – obniżał poziom oferowanych cen, nie podwyższał ich natomiast, czego należałoby oczekiwać w sytuacji wymiany informacji pomiędzy oferentami. Podmiot ten wskazał także, że przedstawiciele IDT lub Pro-Wet uczestniczyli we wszystkich posiedzeniach komisji przetargowych, na których następowało otwarcie ofert, co w ocenie tego podmiotu ma w sposób komplementarny potwierdzać niezawarcie antykonkurencyjnego porozumienia na przedmiotowym rynku właściwym. W celu wykazania tej okoliczności IDT wniosła o przeprowadzenie dowodu z protokołów otwarcia ofert z przetargów, a dodatkowo przesłała także zestawienie zawierające dane osobowe przedstawicieli IDT lub Pro-Wet uczestniczących w otwarciu ofert w przetargach przetargi w latach 2008 – 2014 r. Ostatecznie spółka ta wskazała metodę ustalania - w oparciu o dostępne dane szacunkowe – oferty cenowej w pierwszym przetargu w sezonie.

dowód: pismo IDT z dnia 22 kwietnia 2014 r., k. 490 i następne
pismo IDT z dnia 28 października 2014 r., k. 1570

V.3. Inex

(195.) Odnosząc się do treści postanowienia o wszczęciu przedmiotowego postępowania antymonopolowego Inex wskazał, że ustalenia dokonane przez Prezesa UOKiK w oparciu o materiał dowodowy wskazany w postanowieniu nie uzasadniają wszczęcia postanowienia porozumienia ograniczającego konkurencję przez podmioty biorące udział w przetargach, ponieważ brak jest jakiegokolwiek dowodu potwierdzającego zawarcie takiego porozumienia.

(196.) W trakcie postępowania antymonopolowego Inex wskazywał także, że działania podejmowane przez służby weterynaryjne mają na celu m.in. uniemożliwienie udziału Inex w przetargach.

dowód: pismo Inex z dnia 8 stycznia 2014 r., k. 442-443

VI. Wnioski dowodowe

(197.) W toku postępowania antymonopolowego zarówno IDT jak i Inex złożyły wnioski dowodowe.

VI.1. Wniosek dowodowy złożony przez Inex

(198.) Inex wniósł o przeprowadzenie dowodu z akt KIO o sygn. KIO 155/12.

dowód: pismo Inex z dnia 8 stycznia 2014 r., k. 442

(199.) Inex sprecyzował treść tego wniosku dowodowego poprzez wskazanie następujących dokumentów znajdujących w aktach KIO o sygn. KIO 155/12, z których Spółka wniosła o przeprowadzenie dowodu z:

- i. wyroku KIO z dnia 8 lutego 2012 r. o sygn. akt KIO 155/12,
- ii. odwołania do KIO złożonego przez Inex w dniu 25 stycznia 2012 r. w związku z treścią SIWZ w ogłoszonym przez Wojewódzkiego Lekarza Weterynarii w Bydgoszczy przetargu na dostawę szczepionki przeciwko wścieklicznie dla lisów wolno żyjących w 2012 r. (nr ogłoszenia 2012/S11-017145),
- iii. wyjaśnień złożonych na rozprawie w trakcie postępowania przed KIO przez zamawiającego,
- iv. wyjaśnień złożonych w trakcie postępowania przed KIO przez **[informacja utajniona]**, który jest autorem opinii złożonej przez Spółkę wraz z ww. odwołaniem na okoliczność:
 - działania służb weterynaryjnych niezgodnie z ustawą o ochronie konkurencji i konsumentów,
 - wyeliminowania Inex z uczestnictwa w przetargach na dostawę szczepionek przeciwko wścieklicznie dla lisów wolno żyjących
 - organizacji ww. przetargów niezgodnie z ustawą Pzp.

- (200.) Jednocześnie Inex przekazał Prezesowi UOKiK dokumenty wskazane w pkt. i oraz ii. powyżej.

dowód: załączniki do pisma Inex z dnia 6 października 2014 r., k. 1455-1471

- (201.) Postanowieniem z dnia 29 października 2014 r., sygn. DOK2-410-1/13/JB Prezes UOKiK odmówił przeprowadzenia dowodu z dokumentów wskazanych w pkt. iii. i pkt iv. powyżej, wskazując, że okoliczności na udowodnienie których miałyby zostać przeprowadzone wnioski dowodowe zgłoszone przez Inex nie mają znaczenia dla przedmiotowej sprawy. Jednocześnie odrębnym pismem z tego samego dnia Prezes UOKiK wyjaśnił, że ww. przekazane przez Inex dokumenty stały się częścią akt postępowania antymonopolowego. Tym samym stanowią one materiał dowodowy brany pod uwagę przez organ ochrony konkurencji przy ocenie czy przedsiębiorca naruszył przepisy Ustawy.

- (202.) Pismem z dnia 19 listopada 2014 r. Inex zwrócił się do Prezesa UOKiK o ponowną analizę zasadności odmowy przeprowadzenia wnioskowanego dowodu z akt, wskazując, że wyjaśnienia złożone przed KIO przez pełnomocnika WLW w Bydgoszczy oraz przedstawicieli GLW mogą mieć istotny wpływ na treść decyzji w toczącym się postępowaniu.

dowód: pismo Inex z dnia 19 listopada 2014 r., k. 1672

VI.2. Wniosek dowodowy złożony przez IDT

- (203.) IDT złożyło wniosek o przeprowadzenie dowodu z protokołów z czynności otwarcia ofert złożonych w związku z organizacją przez WLW przetargów w okresie 2008-2014 r. na okoliczność uczestnictwa przez przedstawicieli konsorcjum IDT i Pro-Wet we wszystkich posiedzeniach komisji przetargowych, na których następowała otwarcie ofert złożonych w przetargach. Przedmiotowy wniosek dowodowy miał wykazywać w sposób komplementarny, że członkowie konsorcjum uczestniczyli w przetargach w sposób całkowicie suwerenny, bez porozumienia z Inex.

dowód: pismo IDT z dnia 22 kwietnia 2014 r., k. 506

- (204.) Uwzględniając ww. wniosek dowodowy, Prezes UOKiK zwrócił się do każdego z WLW z prośbą o przekazanie protokołów z czynności otwarcia ofert złożonych w przetargach w okresie 2008-2014 r. W odpowiedzi Prezes UOKiK otrzymał informacje od wszystkich Wojewódzkich Inspektoratów Weterynarii. Z przekazanych danych wynika, że nie każdy z WLW w protokole z otwarcia oferty złożonej z przetargu wskazywał osoby reprezentujące oferentów w czynności otwarcia ofert, w przepisach Pzp brak jest bowiem obowiązku sporządzania listy obecności osób obecnych przy czynności otwarcia ofert.

Podobnie brak jest podstawy prawnej obligującej osoby trzecie obecne przy czynności otwarcia ofert do podpisania listy obecności. W oparciu o przesłane dane Prezes UOKiK ustalił, że jedynie w pięciu Wojewódzkich Inspektoratach Weterynarii sporządzano listy obecności osób trzecich obecnych przy czynności otwarcia ofert za cały ww. okres, zaś w dwóch kolejnych przekazane listy obejmowały tylko niektóre lata kalendarzowe z ww. okresu. W pozostałych województwach takie listy nie były sporządzane.

dowód: pisma nadesłane przez WLW- k. 1150-1272, k. 1267 – 1444, k. 1474-1477, k. 1665-1671

(205.) W świetle powyższego w ocenie Prezesa UOKiK dostępne dane przesłane przez WLW nie pozwalają stwierdzić że - zgodnie z tezą wniosku dowodowego złożonego przez IDT - przedstawiciele IDT lub Pro-Wet uczestniczyli we wszystkich posiedzeniach komisji przetargowych, na których następowała otwarcie ofert złożonych w przetargach w okresie 2008-2014 r.

(206.) W tym miejscu Prezes UOKiK wskazuje także, że IDT pismem z dnia 28 października 2014 r. przekazało załącznik w postaci wykazu przetargów wraz z osobami uczestniczącymi w posiedzeniach komisji (okres 2008-2014 r.), w którym wskazało dane osobowe przedstawicieli IDT lub Pro-Wet biorących udział w otwarciu ofert w poszczególnych przetargach.

dowód: załącznik nr 8 do pisma IDT z dnia 28 października 2014 r., k. 1570-1571.

(207.) W ocenie Prezesa UOKiK przesłany przez IDT wykaz nie budzi wątpliwości, jest wiarygodny i koresponduje z treścią dostępnych list obecności przekazanych przez WLW. W związku z tym wykaz jest wystarczającym środkiem dowodowym do stwierdzenia, że w okresie 2008-2014 r. przedstawiciele IDT lub Pro-Wet uczestniczyli w czynności otwarcia ofert w poszczególnych przetargach.

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

I. Interes publiczny

(208.) Podstawą zastosowania przez Prezesa UOKiK przepisów ustawy *o ochronie konkurencji i konsumentów* jest uprzednie stwierdzenie, że w wyniku stosowania praktyki zarzucanej stronie lub stronom postępowania doszło do naruszenia interesu publicznego, o którym mowa w art. 1 ust. 1 Ustawy. Zgodnie z tym przepisem Ustawa określa warunki rozwoju i ochrony konkurencji oraz zasady podejmowanej w interesie publicznym ochrony interesów przedsiębiorców i konsumentów. Ustawa należy więc do sfery prawa publicznego, a instrumenty w niej przewidziane mogą być stosowane jedynie wówczas, gdy na skutek działań

przedsiębiorcy lub przedsiębiorców naruszony jest interes publicznoprawny.

- (209.) Należy wskazać, że pojęcie interesu publicznego w postępowaniu antymonopolowym nie jest pojęciem jednolitym i stałym. 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 dotyczyło¹¹.
- (210.) Naruszenie interesu publicznego ma miejsce wówczas, gdy zachowanie przedsiębiorcy, będące przedmiotem postępowania antymonopolowego wywołało lub też mogło wywołać na rynku niekorzystne – w świetle 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 gospodarczego¹². Czynnikiem niezbędnym dla prawidłowego funkcjonowania rynku gospodarczego jest możliwość powstania i rozwoju konkurencji. Dobrem chronionym przez przepisy Ustawy 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.
- (211.) 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, w tym porozumienia pomiędzy uczestnikami postępowań przetargowych prowadzą do zniekształcenia konkurencji, a przez to naruszają interes publiczny. Ustalanie pomiędzy konkurentami warunków składanych ofert może wpływać negatywnie na poziom cen oferowanych w przetargach oraz zakres wyboru i jakość usług dla zamawiającego. Zawieranie między uczestnikami przetargu porozumień może ograniczać lub nawet wyeliminować oczekiwane korzyści z przetargu, narażając tym samym zamawiającego na niekorzystne rozporządzenie mieniem, w tym środkami publicznymi, przez co pośrednio naraża na straty ogół społeczeństwa.
- (212.) Przedmiotowa sprawa, która dotyczy zarzutu zawarcia zmowy przetargowej, mogła być analizowana w aspekcie naruszenia interesu publicznego rozumianego jako zapewnienie właściwych warunków funkcjonowania rynku. Charakter zarzutu uzasadniał ocenę zachowania stron niniejszego postępowania antymonopolowego

¹¹ Tak: wyrok Sądu Najwyższego z dnia 5 czerwca 2008 r., sygn. akt III SK 40/07, OSNP 2009/19-20/272.

¹² Tak: wyrok Sadu Antymonopolowego z dnia 23 października 2002 r. sygn. akt XVII Ama 133/01

w świetle przepisów ustawy *o ochronie konkurencji i konsumentów*. Zmowy przetargowe mogą bowiem powodować zakłócenie funkcjonowania systemu zamówień publicznych poprzez „zniweczenie celu, jaki ma być osiągnięty w drodze przetargu, a mianowicie wybór najkorzystniejszych ofert składanych przez oferentów w warunkach konkurencji”¹³, a w dalszej kolejności w sprawie niniejszej mogą negatywnie wpływać na wydatkowanie środków finansowych pochodzących z budżetu państwa oraz Unii Europejskiej, a przeznaczonych na realizację programu zwalczania wścieklizny u lisów wolno żyjących w kraju.

(213.) W związku z powyższym w niniejszej sprawie w ocenie Prezesa Urzędu zaistniały podstawy do przeprowadzenia analizy działań IDT, Pro-Wet oraz Inex w świetle przepisów *ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów*.

II. Status przedsiębiorcy/przedsiębiorstwa

(214.) Zgodnie z ustawą *o ochronie konkurencji i konsumentów* stroną postępowania w sprawie porozumienia ograniczającego konkurencję są przedsiębiorcy, wobec których zostało wszczęte postępowanie o stosowanie takich praktyk. Zakaz porozumień ograniczających konkurencję Ustawy stosuje się bowiem do tych uczestników rynku. Niniejsze postępowanie jest prowadzone z urzędu również w sprawie zarzutu naruszenia art. 101 ust. 1 *Traktatu o funkcjonowaniu Unii Europejskiej*, który stosuje się do przedsiębiorstw.

(215.) Zgodnie z art. 4 pkt 1 ustawy *o ochronie konkurencji i konsumentów*, w sprawach praktyk ograniczających konkurencję pod pojęciem „przedsiębiorcy” należy rozumieć m.in. przedsiębiorcę w rozumieniu przepisów o swobodzie działalności gospodarczej.

(216.) Pod pojęciem „*przepisów o swobodzie działalności gospodarczej*”, o których mowa w art. 4 pkt 1 (*in initio*) ustawy *o ochronie konkurencji i konsumentów*, należy rozumieć przepisy ustawy z 2 lipca 2004 r. *o swobodzie działalności gospodarczej* (tekst jedn.: Dz. U. 2013 poz. 672, ze zm.).

(217.) Wobec tego należy odwołać się przede wszystkim do art. 4 ust. 1 ww. ustawy *o swobodzie działalności gospodarczej*, zgodnie z którym za przedsiębiorcę uważa się osobę fizyczną, osobę prawną i jednostkę organizacyjną niebędącą osobą prawną, której odrębna ustawa przyznaje zdolność prawną – wykonującą 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 (art. 2 ww. ustawy).

¹³ Tak: wyrok SOKiK z dnia 17.04.2008 r., sygn. akt XVII Ama 117/05, dostępny na: www.uokik.gov.pl.

- (218.) Należy zarazem przyjąć, że ww. art. 4 pkt 1 (*in initio*) ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów odsyła zarówno do definicji przedsiębiorcy w ścisłym znaczeniu (w art. 4 ustawy o swobodzie działalności gospodarczej), jak i do innych kategorii przedsiębiorców z ustawy o swobodzie działalności gospodarczej, w tym do kategorii przedsiębiorcy zagranicznego zdefiniowanej w jej art. 5 pkt 3, zgodnie z którym za przedsiębiorcę zagranicznego uważa się osobę zagraniczną wykonującą działalność gospodarczą za granicą oraz obywatela polskiego wykonującego działalność gospodarczą za granicą. Statusem przedsiębiorcy na potrzeby ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów legitymuje się zatem każdy przedsiębiorca zagraniczny¹⁴.
- (219.) W unijnym prawie konkurencji odpowiednikiem pojęcia „przedsiębiorca”, które w prawie polskim określa adresatów zakazów praktyk ograniczających konkurencję, jest termin „przedsiębiorstwo” (ang. *undertaking*). Jego zakres znaczeniowy kształtowany jest w drodze sądowej wykładni funkcjonalnej art. 101 i 102 TFUE i obejmuje każdą autonomiczną jednostkę organizacyjną prowadzącą samodzielnie działalność gospodarczą, nienakierowaną na zaspokajanie swoich codziennych potrzeb, bez względu na formę prawną i sposób finansowania¹⁵. Zgodnie z orzecnictwem TSUE pojęcie działalności gospodarczej charakteryzuje oferowanie dóbr i usług na danym rynku¹⁶. Dla uznania danej osoby za przedsiębiorcę nie ma znaczenia okoliczność, czy działa w celu osiągnięcia zysku, jak również czy powstała w celu prowadzenia działalności gospodarczej – jeżeli tylko jej działalność faktycznie wiąże się z uczestnictwem w obrocie handlowym, na który jej zachowanie wywiera lub potencjalnie może wywierać skutek¹⁷.
- (220.) W świetle powyższych okoliczności, a także wobec faktu, iż IDT, Pro-Wet oraz Inex są spółkami prawa handlowego wpisanymi do niemieckiego (IDT) lub do polskiego rejestru przedsiębiorców, należy uznać, że każda ze stron przedmiotowego postępowania posiada zarówno status przedsiębiorcy w rozumieniu art. 4 pkt 1 *in initio*, jak i przedsiębiorstwa na potrzeby zastosowania art. 101 ust. 1 TFUE.

III. Rynek właściwy w sprawie

- (221.) Praktyki ograniczające konkurencję ujawniają się zawsze na rynku, przy czym nie chodzi tu o rynek rozumiany ogólnie (w znaczeniu ekonomicznym), ale o rynek relewantny w danej sprawie, tzw. rynek właściwy. Z tego względu wyznaczenie rynku właściwego ma kluczowe znaczenie dla stosowania przepisów ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów. Rynek właściwy wyznacza płaszczyznę

¹⁴ Zob. D. Szafrński, Przedsiębiorca zagraniczny jako przedsiębiorca w zakresie praktyk ograniczających konkurencję, EPS 2009, Nr 6, s. 13 i nast.

¹⁵ Wyrok TSUE z dnia 23 kwietnia 1991 r. w sprawie C-41/90 *Höfner i Elser*, ECR 1991, s. I-1979, pkt 21.

¹⁶ Tak np.: wyrok TSUE z dnia 11 lipca 2006 r. w sprawie C-205/03 *FENIN*, ECR 2006, s. I-6295, pkt 25.

¹⁷ Tak np.: wyrok TSUE z dnia 13 lipca 1989 r. w sprawie nr 395/87 *Ministère Public v. Tournier*, dostępny na: <http://curia.europa.eu>.

współzawodnictwa konkurentów w zakresie prowadzonej przez nich działalności gospodarczej na określonym terytorium geograficznym¹⁸. Wyznaczenie jego granic jest więc niezbędne dla oceny działań przedsiębiorców z punktu widzenia ich zgodności z prawem antymonopolowym.

(222.) Przez rynek właściwy, stosownie do art. 4 pkt 9 Ustawy, rozumie się „*rynek towarów, które ze względu na ich przeznaczenie, cenę oraz właściwości, w tym jakość, są uznawane przez ich nabywców za substytuty oraz są oferowane na obszarze, na którym, ze względu na ich rodzaj i właściwości, istnienie barier dostępu do rynku, preferencje konsumentów, znaczące różnice cen i koszty transportu, panują zbliżone warunki konkurencji*”. Ustawowa definicja rynku właściwego wskazuje zatem na dwa aspekty, jakie powinny być brane pod uwagę podczas jego określania, a mianowicie aspekt produktowy i geograficzny. Pierwszy stanowi, które towary są zaliczane do tego samego rynku właściwego, a drugi – jaki jest zakres terytorialny tego rynku. Należy przy tym wskazać, że pod pojęciem towaru, w świetle art. 4 pkt 7 Ustawy, rozumie się także wszelkiego typu usługi.

(223.) W ocenie Prezesa UOKiK badane w niniejszej sprawie badane zachowanie przedsiębiorców miało miejsce na **krajowym rynku dostawy szczepionki przeciwko wściekliznie dla lisów wolno żyjących**.

III.1. Rynek produktowy

(224.) Reguły definiowania rynku właściwego w ujęciu produktowym oparte są na koncepcji substytucyjności, rozumianej jako możliwość zamiennego stosowania produktów lub usług przez nabywców, których potrzeby mają one zaspokajać. To oznacza, że podstawowe znaczenie dla wyznaczenia rynku produktowego ma substytucyjność po stronie popytu (tzw. substytucyjność popytowa).

(225.) Prezes UOKiK uznał, że w niniejszej sprawie rynkiem właściwym w ujęciu produktowym jest rynek **dostawy szczepionki przeciwko wściekliznie dla lisów wolno żyjących**. Zakres analizowanego rynku w aspekcie produktowym w sprawie wyznacza przeznaczenie oraz cechy produktu, na dostawę którego zgłaszali zapotrzebowanie zamawiający w ramach przetargów, a którym to produktem są szczepionki przeciwko wściekliznie dla lisów wolno żyjących. Odbiorcami szczepionek nabywanych w ramach przetargów są wyłącznie Wojewódzcy Lekarze Weterynarii, którzy należą do struktury wojewódzkich organów administracji zespolonej. Zamawiający są zobowiązani przepisami prawa do zapewnienia dostawy szczepionki, jak i do stosowania Pzp przy wyborze jej dostawcy, ilekroć wartość zamówienia przekracza próg, o którym mowa w art. 11 ust. 8 Pzp.

(226.) W świetle powyższego uznać należy, że od strony popytowej ww. rynek tworzą

¹⁸ Zob. wyrok SOKiK z 18 grudnia 2002 r., XVII Ama 19/01, niepubl.

Wojewódzcy Lekarze Weterynarii. Natomiast od strony podażowej ww. rynek tworzą przedsiębiorcy zajmujący się produkcją lub dystrybucją wyrobów leczniczych - szczepionki przeciwko wściekliznie dla lisów wolno żyjących. W okresie do listopada 2014 r. do strony podażowej ww. rynku należeli następujący przedsiębiorcy: IDT wraz z Pro-Wet oraz Inex. W okresie 2008-2014 r. należy odnotować także krótkotrwałą obecność spółki Animal Trade, która swoją ofertę złożyła jedynie w dwóch przetargach (w 2009 r.).

- (227.) Porównanie szczepionki dostarczanej przez każdego z tych przedsiębiorców w ramach realizacji przedmiotu zamówienia w przetargach pozwala stwierdzić, że oferowane przez nich szczepionki są zasadniczo tożsame – poziom cen tych produktów jest bardzo podobny, a ponadto brak jest różnic w zakresie ich właściwości tych szczepionek, ponieważ każda z nich wykorzystywana jest do identycznego celu (zwalczanie wirusa wścieklizny u lisów wolno żyjących), a także muszą one spełniać identyczne wymogi określone przepisami Pf, a także wynikającymi z treści SIWZ publikowanych w przetargach. Jednocześnie nabywcy tych produktów, tj. WLW uznają je za substytucyjne, o czym świadczy to, że w poszczególnych przetargach wybierane są oferty na dostawę szczepionki Lysvulpen lub szczepionki Fuchsoral. Jednocześnie brak jest innych produktów, które mogłyby zaspokoić popyt WLW na dostawę szczepionki przeciwko wściekliznie dla lisów wolno żyjących.
- (228.) Zdaniem Prezesa Urzędu świadczenie usług w postaci dostawy szczepionki przeciwko wściekliznie dla lisów wolno żyjących stanowi rodzaj działalności odrębny od dostawy innych produktów leczniczych ze względu na szczególne wymogi prawna dotyczące obowiązku zakupu określonej ilości dawek szczepionki przez WLW, specyficzne przeznaczenie szczepionek nabywanych w ramach przetargów oraz zasady dostawy szczepionek (transport i przechowywanie szczepionki w określonej temperaturze, badania kontrolne przez zrzutem szczepionek).

III.2. Rynek geograficzny

- (229.) Analizując okoliczności niniejszej sprawy, Prezes Urzędu doszedł do przekonania, że rynek, którego dotyczy przedmiotowe postępowania, posiada **wymiar krajowy**.
- (230.) W ocenie Prezesa Urzędu za krajowym wymiarem tego rynku przemawia fakt, że strony niniejszego postępowania oraz inni przedsiębiorcy składali swoje oferty w przetargach organizowanych w województwach na terenie całego kraju, w tym w przetargach organizowanych w miejscowościach odległych od miejsca siedziby producenta szczepionki, z którego transportowana była szczepionka do miejsca określonego przez zamawiającego czy do miejsca siedziby dystrybutora. Za przyjęciem rynku krajowego przemawia również fakt, że na terenie całego kraju istnieją jednolite warunki konkurencji, nawet jeżeli przetargi ogłaszane są przez

WLW w różnych województwach. Barię wejścia na rynek jest przede wszystkim konieczność pozyskania pozwolenia na dopuszczenie produktu leczniczego do obrotu, a także wynikający z przepisów Pf wymóg posiadania dostępu do hurtowni farmaceutycznej oraz koszty generowane przez przystąpienie do poszczególnych przetargów. Mając powyższe na względzie w niniejszej sprawie Prezes Urzędu uznał, że rynkiem właściwym w ujęciu geograficznym, którego dotyczyło postępowanie w niniejszej sprawie, jest obszar Polski.

(231.) Podsumowując, w świetle powyższego w niniejszej sprawie rynkiem właściwym, na którym badano działania podejmowane przez strony niniejszego postępowania jest **krajowy rynek dostawy szczepionki przeciwko wściekliźnie dla lisów wolno żyjących**.

IV. Naruszenie zakazu, o którym mowa w art. 6 ust. 1 pkt 7 Ustawy

(232.) Przepis art. 6 ust. 1 pkt 7 ustawy *o ochronie konkurencji i konsumentów* stanowi, że zakazane są porozumienia, których celem lub skutkiem jest wyeliminowanie, ograniczenie lub naruszenie w inny sposób konkurencji na rynku właściwym, polegające na uzgadnianiu przez przedsiębiorców przystępujących do przetargu lub przez tych przedsiębiorców i przedsiębiorcę będącego organizatorem przetargu warunków składanych ofert, w szczególności zakresu prac lub ceny. Zgodnie z 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 przetargu¹⁹.

(233.) Dla ustalenia, czy przedsiębiorca naruszył zakaz zawierania antykonkurencyjnych porozumień, konieczne jest ustalenie przez Prezesa UOKiK następujących przesłanek:

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

IV.1 Porozumienie pomiędzy przedsiębiorcami

(234.) Pojęcie porozumienia, kluczowe dla stosowania zakazu porozumień ograniczających konkurencję wyrażonego w art. 6 ust. 1 ustawy *o ochronie konkurencji i konsumentów*, zdefiniowano w jej art. 4 pkt 5. 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 ustawy *o ochronie konkurencji i*

¹⁹ Wyrok SN z dnia 14 stycznia 2009 r., sygn. akt III SK 26/08, OSNP 2010/13-14, poz. 179.

konsumentów, przez porozumienie rozumie się:

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

(235.) Omawiany przepis ustanawia więc szeroką definicję porozumienia. Należy podkreślić, że porozumienie w znaczeniu Ustawy jest pojęciem szerszym niż umowa, przejawem porozumienia są bowiem oprócz umowy, także inne uzgodnienia w jakiegokolwiek formie, a ponadto uchwały i inne akty. Jak wskazuje się w orzecznictwie „*definicja porozumienia przyjęta przez ustawodawcę odbiega od cywilistycznego rozumienia pojęcia porozumienia w tym sensie, że została zakreślona szeroko pozwalając przyjąć za porozumienia uzgodnienia, a zatem wszelkie formy skoordynowanych działań, które zmierzają do naruszenia konkurencji*”²⁰. Dla stwierdzenia istnienia porozumienia nie jest ważna forma (pisemna, ustna), w jakiej porozumienie zostało zawarte. Porozumieniem mogą być wszelkie uzgodnienia pisemne lub ustne, również formalnie niewiążące (tzw. *gentlemen’s agreement*), czy też zawarta w sposób dorozumiany (konkludentny). Istotne jest, aby podmioty uczestniczące w porozumieniu złożyły zgodne oświadczenia woli lub dokonały w innej formie uzgodnień w zakresie sprzecznego z prawem ograniczenia konkurencji²¹. W szczególności porozumieniem są 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 konkurentów²².

(236.) Dla uznania działań podmiotów za sprzeczne z regułami konkurencji wystarczy więc 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 rynkowych²³, 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 jak istnieniem zmowy, mogą być zadowalająco wyjaśnione w sposób nieodwołujący się do tego rodzaju praktyk²⁴. Tak więc w celu wyeliminowania możliwości obejścia prawa

²⁰ Wyrok SOKiK z dnia 27 kwietnia 2011 r., sygn. akt XVII AmA 44/09, niepubl.

²¹ Wyrok SOKiK z dnia 8 maja 1996 r., sygn. akt XVII Amr 15/96, Wokanda 1997/8/46.

²² E. Modzelewska-Wąchal, Ustawa o ochronie konkurencji i konsumentów. Komentarz, Wydawnictwo Twigger, Warszawa 2002, s. 44.

²³ *Ibidem*, str. 45.

²⁴ Wyrok TS z dnia 28 marca 1984 r. w sprawach połączonych 29 i 30/83 *Compagnie Royale Asturienne des*

przez dokonywanie czynności i działań niespełniających przesłanek umowy cywilnoprawnej uznaje się za porozumienia – jak wskazano powyżej – także uzgodnienia dokonywane przez przedsiębiorców w jakiegokolwiek formie. Koordynacja pozwala bowiem na wyeliminowanie niepewności przedsiębiorców co do przebiegu procesów rynkowych i warunków działania konkurentów, w tym zachowań w toku postępowań o udzielenie zamówienia publicznego.

(237.) Również w orzecznictwie wskazywano, że fakt zawarcia zakazanego prawem porozumienia (w przypadku braku dowodów bezpośrednich) może być udowodniony w sposób pośredni, jeżeli podobieństwo postępowania przedsiębiorców nie da się wyjaśnić bez założenia uzgodnionego zachowania tych podmiotów na rynku.

(238.) W tym miejscu Prezes UOKiK wskazuje, że niniejsze postępowanie antymonopolowe zostało wszczęte przeciwko trzem przedsiębiorcom, z czego dwaj przedsiębiorcy tj. IDT oraz Pro-Wet uczestniczyli w przetargach w formie konsorcjum, składając wspólnie jedną ofertę. Natomiast analizie w sprawie zawarcia porozumienia ograniczającego konkurencję poddane zostało domniemane porozumienie pomiędzy tymi dwoma przedsiębiorcami, a podmiotem, który w przetargach organizowanych przez WLW występował z ofertą konkurencyjną, tj. Inex.

(239.) Prezes UOKiK wszczynając przedmiotowe postępowanie antymonopolowe dysponował szeregiem dowodów pośrednich, które uprawdopodobniały możliwość zawarcia antykonkurencyjnego porozumienia przez strony niniejszego postępowania, tj. IDT wraz z Por-Wet, a także Inex. Na dowody te składały się następujące okoliczności:

- powtarzalność co do liczby województw, w których były wybierane oferty ze szczepionką Fuchsoral i ze szczepionką Lysvulpen,
- łączna wartość zamówień na dostawę szczepionki Lysvulpen oraz szczepionki Fuchsoral, a realizowanych w ramach wygranych przetargów przez każdego z przedsiębiorców w okresie 2008 – 2012 w skali każdego roku oddzielnie była do siebie zbliżona,
- liczba dawek szczepionek dostarczonych przez IDT wraz Pro-Wet oraz Inex w okresie 2008-2012 r. w skali roku kalendarzowego była do siebie zbliżona (przy czym każda z tych okoliczności wskazywała na możliwość podziału rynku dostawy szczepionki przeciwko wściekliźnie dla lisów wolno żyjących przez Inex i IDT (wraz z Pro-Wet)
- w przypadku znaczącej liczby przetargów przeprowadzonych w okresie 2008-2012 r. różnice w jednostkowej cenie szczepionki w ofertach składanych w przetargach przez ww. przedsiębiorców były nieznaczne. W szczególności w

42 na 81 przetargów różnice w cenie w ofertach składnych przez tych przedsiębiorców wynosiła 1 grosz, zaś w 10 przetargach wynosiła ona 2 grosze,

- analiza poziomu jednostkowych cen szczepionek oferowanych w przetargach w poszczególnych latach kalendarzowych w różnych województwach nie pozwoliła na stwierdzenie istnienia jakiegokolwiek zależności pomiędzy oferowaną jednostkową ceną szczepionki w przetargu a liczbą zamawianych szczepionek, czy też odległością pomiędzy magazynami, w których składowane są szczepionki a miejscem ich dostawy (które to okoliczności wskazywały na możliwość kształtowania jednostkowej ceny szczepionki oferowanej przez strony postępowania w oparciu o dokonane między nimi ustalenia),
- zebrane dane wskazywały na wzrost oferowanej w różnych województwach ceny jednostkowej obu szczepionek w kolejnych latach kalendarzowych w sytuacji, gdy ilość szczepionek zamawianych w tych województwach pozostawała na bardzo zbliżonym poziomie (która to okoliczność mogła wskazywać na istnienie słabej wzajemnej presji konkurencyjnej na rynku dostawy szczepionki przeciwko wściekliźnie dla lisów wolno żyjących, co z kolei mogło być wynikiem zawarcia niedozwolonego porozumienia na tym rynku),
- specyfika przetargów, tj. ustawowy obowiązek WLW zapewnienia dostawy szczepionki w każdym województwie w każdym roku kalendarzowym, a także możliwość szacowania wielkości zamówienia w danym województwie, to czynniki, które czynią rynek w znacznym stopniu transparentnym, w sytuacji gdy od kilku lat na rynku panuje faktyczny duopol, co z kolei mogło ułatwiać zawarcie niedozwolonego porozumienia,
- istotny wzrost średniej jednostkowej każdej ze szczepionek w 2009 r., podczas gdy w innych Państwach Członkowskich, w których organizowane są przetargi, takie zjawisko nie wystąpiło (por. pkt 87 decyzji).

(240.) Po rozważeniu całokształtu okoliczności sprawy, w tym w szczególności działań i zachowań podejmowanych przez będących stronami tego postępowania przedsiębiorców na rynku właściwym, struktury oraz cech tego rynku, a także wobec niepozyskania bezpośrednich dowodów wskazujących na zawarcie przez ww. podmioty porozumienia w rozumieniu Ustawy, Prezes UOKiK uznał, że w przedmiotowej sprawie, w świetle zgromadzonego materiału dowodowego oraz wyników jego analizy, **nie jest możliwe uznanie za udowodnione, że pomiędzy IDT wraz z Pro-Wet z jednej strony, a Inex z drugiej strony doszło do zawarcia niedozwolonego porozumienia.**

(241.) Stwierdzenie, że w sprawie istnieją podstawy do przyjęcia, że zachowania i zjawiska zachodzące na analizowanym rynku właściwym mogą stanowić wynik nieskoordynowanych działań równoległych przedsiębiorców, zostało poprzedzone

dokonaną przez Prezesa UOKiK analizą materiały dowodowego zgromadzonego w sprawie, a także analizą tego rynku.

- (242.) W celu zbadania podstaw do zastosowania art. 6 ust. 1 pkt 7 *ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów* w prowadzonym postępowaniu antymonopolowym organ ochrony konkurencji w pierwszej kolejności rozważył **strukturę, cechy i uwarunkowania badanego w tym postępowaniu rynku** (krajowego dostawy szczepionki przeciwko wściekliźnie dla lisów wolno żyjących).
- (243.) Z ekonomicznego punktu widzenia działający na rynku oligopolistycznym przedsiębiorcy zmierzający do ograniczenia wywieranej wzajemnie na siebie presji konkurencyjnej poprzez skoordynowanie swoich zachowań rynkowych w sposób pozwalający na osiągnięcie ponadkonkurencyjnych (tj. wyższych niż realizowane w warunkach efektywnej konkurencji) zysków, napotykają na cztery problemy.
- (244.) Po pierwsze, tacy przedsiębiorcy muszą być w stanie **osiągnąć porozumienie co do pożądanego zachowania rynkowego**. Musi zatem istnieć zachowanie rynkowe (strategia rynkowa) korzystne dla wszystkich uczestników rynku, którzy muszą jednocześnie być w stanie zrozumieć intencje i interesy pozostałych uczestników rynku, by taką właśnie akceptowalną dla wszystkich strategię rynkową - każdy z osobna - przyjąć. Jeśli pomiędzy uczestnikami rynku zachodzą znaczące różnice co do preferowanej strategii rynkowej (tj. strategia pożądana z punktu widzenia jednych jest nie do przyjęcia dla drugich) bądź też nie są oni w stanie wystarczająco jasno komunikować sobie nawzajem swoich preferencji, koordynacja zachowań rynkowych w celu zwiększenia zysków może być znacząco utrudniona.
- (245.) Po drugie, uczestnicy rynku muszą być w stanie **wzajemnie monitorować swoje zachowanie**. Jeśli nie będzie to możliwe, w szczególności zaś uczestnicy rynku nie będą mogli sprawdzić lub też będą mogli ustalić jedynie z dużym opóźnieniem, czy ich konkurenci nie oferują korzystniejszych warunków transakcji ich klientom, stabilność koordynacji zachowań rynkowych będzie w dużym stopniu ograniczona. W takiej sytuacji uczestnicy rynku będą mieli silne bodźce, by nie trzymać się (wyraźnego bądź dorozumianego) porozumienia. Z jednej bowiem strony będą mieli zachętę, by w sposób niezauważony przez konkurentów odebrać im klientów, z drugiej zaś strony będą świadomi istnienia analogicznych bodźców po stronie swoich rynkowych rywali i związanego z tym ryzyka utraty własnych klientów.
- (246.) Po trzecie, uczestnicy rynku muszą **dysponować środkami pozwalającymi na „ukaranie” przedsiębiorców odstępujących od niekonkurencyjnej strategii** (np. poprzez odebranie im klientów, wojnę cenową lub inne działania zmniejszające ich zyski). Nawet gdy przedsiębiorcy są w stanie osiągnąć porozumienie co do pożądanego zachowania rynkowego oraz monitorować

wzajemnie swoje zachowania, to jeśli odstępstwo od wspomnianego zachowania nie wiąże się dla przedsiębiorcy z odpowiednio wysokimi kosztami (konkurenci nie są w stanie zareagować lub też mogą to zrobić jedynie z dużym opóźnieniem), będzie on wciąż miał bodźce, by wykorzystywać niekonkurencyjne zachowanie rywali rynkowych i przejmować ich klientów, oferując im nieco lepsze warunki transakcji.

- (247.) Po czwarte, rynek musi być **chroniony odpowiednio wysokimi barierami wejścia** (wynikającymi z jego specyfiki lub też stworzonymi przez samych jego uczestników). W przeciwnym wypadku wzrost zyskowności spowodowany koordynacją zachowań rynkowych doprowadzi do wejścia na rynek nowych konkurentów, czego skutkiem będzie spadek cen do konkurencyjnego poziomu.
- (248.) Analizując specyfikę krajowego rynku dostawy szczepionki w kontekście powyższych czterech warunków stabilności koordynacji rynkowej, należy wskazać, co następuje.
- (249.) Od strony popytowej na analizowanym w sprawie rynku właściwym występują wyłącznie WLW, którzy są jedynymi nabywcami szczepionki w Polsce (por. pkt 23 decyzji). Popyt na szczepionki jest względnie stabilny. Na podstawie właściwych regulacji prawnych poszczególni WLW są bowiem zobligowani do zapewnienia dostawy określonej liczby szczepionek. Jak wynika z ustaleń Prezesa UOKiK całkowita liczba szczepionek nabywanych przez WLW w poszczególnych latach co najmniej w okresie od 2008 r. do 2013 r. kształtowała się na zbliżonym poziomie i nie ulegała zasadniczym wahaniom. Jednocześnie obserwowana zmiana cen szczepionki nie przekłada się na zmianę popytu na produkt. Taka charakterystyka popytu ułatwia z kolei dostawcom podnoszenie cen szczepionki.
- (250.) Natomiast od strony podażowej analizowany rynek właściwy ma **strukturę duopolistyczną**. Działalność na nim prowadzą Inex dystrybuujący Lysvulpen oraz IDT w konsorcjum z Pro-Wet sprzedający Fuchsoral. Choć w dwóch postępowaniach przetargowych na dostawę szczepionki (tj. w postępowaniach zorganizowanych w województwie kujawsko-pomorskim oraz zachodniopomorskim w 2009 r.) pojawiła się konkurencja dla tych przedsiębiorców w postaci Animal Trade oferującego szczepionkę Rabigen, oferty złożone w tych przetargach przez ww. przedsiębiorcę nie były konkurencyjne cenowo w stosunku do ofert złożonych przez Inex oraz IDT (wraz z Pro-Wet). Pozwala to postawić tezę, że IDT (wraz z Pro-Wet) i Inex mogą posiadać na rynku polskim istotną przewagę kosztową nad pozostałymi przedsiębiorcami, którzy choćby potencjalnie mogliby na ten rynek wejść. Produkt, który uczestnicy rynku oferują, jest jednorodny, a konkurencja odbywa się jedynie w wymiarze cenowym. W takich zaś warunkach osiągnięcie (dorożumianego) porozumienia co do pożądanej strategii rynkowej nie jest skomplikowane, należy bowiem jedynie

przewidywać i reagować na dotyczące jednego parametru (ceny) działania jednego konkurenta.

- (251.) Okolicznością ułatwiającą przewidywanie zachowania konkurenta są **ograniczone krótkoterminowe możliwości produkcyjne** producentów szczepionki. Jak wynika z materiału dowodowego zgromadzonego w sprawie (por. pkt 69 oraz pkt 79 decyzji) każdy z producentów szczepionki byłby w stanie dostarczyć większą liczbę dawek szczepionek, gdyby okres pomiędzy rozstrzygnięciem poszczególnych przetargów a terminem dostarczeniem partii szczepionki był dłuższy niż kilka tygodni. Tymczasem sposób organizacji przetargów przez WLW, w szczególności stosunkowo krótki odstęp czasowy pomiędzy datą rozstrzygnięcia przetargu a wyznaczonym terminem realizacji przedmiotu zamówienia, który wynosi najczęściej około 2-3 tygodni, sprawia, że producent nie jest w stanie na bieżąco dostosowywać produkcji szczepionki do wyników przetargów, tj. produkować szczepionki na potrzeby oznaczonego, wygranego już przez dostawcę przetargu. **[informacja utajniona]**, co wiąże się z dodatkowym ryzykiem dla producentów.
- (252.) Podkreślenia wymaga, że powyższe problemy nie występowałyby, gdyby odstęp czasowy między przetargiem a realizacją zamówienia był wystraszająco duży, by umożliwić zwycięzcom wyprodukowanie wymaganej liczby dawek szczepionki już po wygraniu przetargu. W takiej sytuacji producenci nie ponosiliby ryzyka wyprodukowania nadmiernej liczby dawek szczepionki, ponieważ produkowałiby ich tylko tyle, ile wynosi zapotrzebowanie w wygranych przez danego producenta przetargach.
- (253.) Przy obecnej organizacji rynku właściwego w sprawie, produkcja liczby dawek szczepionki pozwalającej na obsłużenie wszystkich przetargów na jej dostawę w kraju w skali roku kalendarzowego nie jest ekonomicznie racjonalna, co wynika z następujących przyczyn.
- (254.) Po pierwsze, im większa wyprodukowana ilość szczepionek, tym większe są potencjalne koszty związane z utratą przez szczepionkę jej właściwości w okresie przechowywania (tj. zmniejszenie się miana wirusa w szczepionce poniżej wymaganego przez zamawiającego poziomu). W konsekwencji wcześniejsza produkcja znacznej liczby szczepionek może prowadzić do braku możliwości sprzedania co najmniej niektórych partii szczepionek, wyprodukowanie których wiązało się z koniecznością poniesienia określonych kosztów.
- (255.) Po drugie i najważniejsze, wcześniejsze **wyprodukowanie dużej liczby szczepionek przez jednego lub obu producentów znacząco zaostryłoby konkurencję między nimi**. Posiadając zapasy produktu, którego przydatność jest czasowo ograniczona (co do zasady nie można go przechować do następnego

roku), producenci mieliby bardzo silne bodźce, aby sprzedawać produkt po bardzo niskich cenach w celu pozbycia się jego zapasów, a tym samym zminimalizowania ryzyka całkowitej utraty przez ten produkt jego wartości rynkowej. Przewidując taki rozwój sytuacji, producenci szczepionek nie będą produkować z góry, nie mając gwarancji zbytu tak dużej liczby szczepionek. Odpowiednio dystrybutor szczepionki nie będzie dążyć do zapewnienia wyprodukowania z góry znacznej liczby szczepionek. Z punktu widzenia uczestników rynku **racjonalną strategią będzie raczej wyprodukowanie takiej ich liczby, którą z dużym prawdopodobieństwem będzie można sprzedać na rynku, biorąc pod uwagę spodziewane zachowanie konkurenta**. Wyprodukowanie większej ilości grozi bowiem, jak wskazano wyżej, zaostrzeniem konkurencji i niepożądanym z punktu widzenia Inex oraz IDT (wraz z Pro-Wet) spadkiem cen.

(256.) W niniejszej sprawie na rynku właściwym mamy do czynienia z duopolem, w ramach którego każdy z dostawców jest w stanie obsłużyć co najmniej połowę popytu. Jak już wskazano, zarówno Inex, jak i IDT (wraz z Pro-Wet), w zależności od roku kalendarzowego, obsługują ok. połowy przetargów. Z materiału dowodowego zgromadzonego w sprawie wynika ponadto, że producenci szczepionek byliby w stanie wyprodukować ich więcej. W takich warunkach najprostszym oczekiwaniem co do pożądanego przez konkurenta poziomu udziałów rynkowych jest przyjęcie, że będzie on chciał opanować ok. połowy rynku. Umożliwia to z jednej strony faktyczny (choć niebędący wynikiem zawarcia niedozwolonego porozumienia) podział rynku „po połowie”, z drugiej zaś strony minimalizuje ryzyko konieczności istotnego obniżenia cen szczepionki w wyniku „nadprodukcji”, a także koszty związane z produkcją tych szczepionek, które nie znalazły nabywcy. Nawet jednak w braku jasnych podstaw do formułowania oczekiwań co do akceptowalnego dla konkurenta udziału rynkowego, wysoka częstotliwość kontaktów rynkowych między Inex i IDT (wraz z Pro-Wet), związana z udziałem w tych samych postępowaniach przetargowych, znacząco ułatwia wypracowanie satysfakcjonującego obydwie strony rynkowego *status quo* metodą „prób i błędów”, tj. poprzez wzajemną obserwację i reagowanie na zachowania konkurenta.

(257.) W dalszej kolejności Prezes UOKiK wziął pod uwagę, że rynek właściwy w przedmiotowej sprawie charakteryzuje się **wysoką przejrzystością**, będącą konsekwencją organizacji przetargów na dostawę szczepionki w oparciu o przepisy Pzp. Zakup szczepionki na podstawie przepisów Pzp poprzez organizację w skali roku kalendarzowego wielu odrębnych przetargów w poszczególnych województwach sprawia, że - w pierwszej kolejności - oferenci posiadają wiedzę o liczbie zamawianych szczepionek, która określana jest w treści SIWZ-ów. Następnie, wskutek obowiązującej na gruncie przepisów Pzp zasady jawności, mają oni - po otwarciu ofert - dostęp do informacji zawartych w ofertach cenowych składanych w przetargach przez konkurenta. Podkreślić należy, że dostęp ten

możliwy jest nie tylko w wyniku realizacji przez zamawiających obowiązku zawiadomienia wykonawców o wybranej ofercie czy też obowiązku umieszczenia takiej informacji na stronie internetowej (art. 92 Pzp), ale przede wszystkim w wyniku udziału przez przedstawicieli oferentów w sesji otwarcia ofert składanych w przetargach, podczas której ogłaszane są informacje dotyczące warunków poszczególnych, złożonych w postępowaniu ofert. Udział w sesji otwarcia ofert umożliwia zatem wykonawcom pozyskanie wiedzy o ofercie cenowej konkurenta w sposób natychmiastowy, bez konieczności oczekiwania na oficjalne ogłoszenie wyników danego przetargu, czy też uzyskanie pisemnej informacji w tym zakresie od zamawiającego. Jak wynika z materiału dowodowego zgromadzonego w sprawie - przedstawiciele IDT (wraz z Pro-Wet) uczestniczyli praktycznie we wszystkich sesjach otwarcia ofert w przetargach w okresie 2008-2014 r., zaś przedstawiciele Inex uczestniczyli co najmniej w znacznej liczbie tych sesji.

(258.) Ponadto zauważyć należy, iż jak ustalono w trakcie prowadzonego postępowania, faktem notoryjnym jest, że wykonawcy składali swoje oferty w ostatnim dopuszczalnym terminie, zaś terminy składania ofert w jednym przetargu oraz data ich otwarcia w innym niejednokrotnie pokrywały się. Takie następstwo zdarzeń umożliwiało wykorzystywanie informacji o zachowaniu konkurenta w danym przetargu, pozyskanych na sesji otwarcia ofert przy konstruowaniu własnej ofert cenowej w kolejnym przetargu. Innymi słowy konkurenci mogli z łatwością oraz bardzo szybko pozyskiwać wiedzę o oferowanych przez rywala jednostkowych cenach szczepionki w poszczególnych przetargach, a odwołanie w czasie momentu złożenia swojej oferty w danym (kolejnym) przetargu umożliwiało im reagowanie na działania konkurenta w postępowaniach bezpośrednio poprzedzających ten przetarg.

(259.) W ww. opisanych warunkach monitorowanie działań rynkowych rywala jest bardzo ułatwione, a konkurenci dysponują natychmiastową wiedzą o swoich wzajemnych zachowaniach rynkowych, co powoduje, że stabilność koordynacji rynkowej co do zasady nie jest narażona na zakłócenia wynikające z rzeczywistych lub spodziewanych, nieobserwowanych działań konkurenta.

(260.) Sposób organizacji krajowego rynku dostawy szczepionek, tj. fakt organizowania w skali roku kalendarzowego znacznej liczby przetargów na dostawę szczepionki, zapewnia także **wysoką częstotliwość interakcji rynkowych** między IDT (wraz z Pro-Wet) i Inex, co ma zasadnicze znaczenie dla możliwości utrzymania działań skoordynowanych na rynku właściwym w sprawie. O ile wspomniana wcześniej wysoka przejrzystość rynku zapewnia wiedzę o zachowaniach konkurenta, wysoka częstotliwość interakcji umożliwia szybką na nie reakcję. Nawet bowiem na bardzo przejrzystym rynku, jeśli częstotliwość interakcji jest niewielka (np. przetargi organizowane są rzadko), wiedza o działaniach konkurenta może nie przekładać się na możliwość szybkiej i skutecznej reakcji, ponieważ następne interakcje rynkowe

są odległe w czasie.

- (261.) Co najistotniejsze, wysoka częstotliwość interakcji rynkowych pozwala na szybkie **ukaranie** odstępującego od strategii kooperacyjnej konkurenta, w szczególności poprzez istotne obniżenie cen. Jak wskazuje podany niżej (pkt 262 decyzji) przykład przetargów na dostawę szczepionki organizowanych w 2010 r., reakcja na zastosowanie przez konkurenta niskiej ceny w przetargu jest zasadniczo natychmiastowa – cena może zostać obniżona w następnym, organizowanym w odstepie kilku lub nawet jednego dnia przetargu.
- (262.) Wysoka częstotliwość interakcji ułatwia również jednostronne ujawnianie konkurentom własnych intencji za pośrednictwem oferowanych w przetargach cen, ponieważ obniża koszt takiej strategii. Składając ofertę zawierającą wysoką jednostkową cenę szczepionki, przedsiębiorca z jednej strony ponosi wysokie ryzyko niewygrania konkretnego postępowania przetargowego (im wyższa zaoferowana cena, tym większe prawdopodobieństwo, że będzie ona przewyższać cenę zaproponowaną przez konkurenta), z drugiej zaś pokazuje, że jest zainteresowany wysokim poziomem cen na rynku, nie zaś intensywną rywalizacją, co może skłonić tego konkurenta (lub konkurentów) do przyjęcia w przyszłości mniej agresywnych lub nawet „przyjaznych” strategii rynkowych pozwalających na osiągnięcie wyższych zysków. Jeśli natomiast przetargi odbywają się rzadko (i w związku z tym mają znaczną wartość), odległe w czasie i niepewne korzyści z możliwego poprawienia koordynacji pomiędzy konkurentami (tj. ewentualne przyszłe zyski spowodowane wzrostem cen w przyszłych przetargach) będą co do zasady mniejsze niż ponoszone koszty związane ze znaczącym ograniczeniem szans na wygranie bieżącego przetargu. Jeśli jednak przetargi odbywają się często (i w konsekwencji dotyczą relatywnie niskich kwot, w związku z czym koszt przegrania pojedynczego przetargu jest w takich warunkach niewielki), „zainwestowanie” przez oferenta w ww. jednostronną sygnalizację określonej strategii innym uczestnikom rynku może być opłacalne, a koordynacja zachowania na rynku skuteczniejsza. W takich warunkach ewentualną niepewność co do intencji konkurenta uczestnicy rynku mogą zniwelować za pomocą odpowiedniej sygnalizacji, zaś ewentualne pomyłki w tym zakresie mogą zostać szybko wyjaśnione w drodze obserwacji i wzajemnego dostosowywania się do swoich zachowań przez konkurentów.
- (263.) Jako przykład strategii obserwowania przez konkurentów swoich zachowań rynkowych i reagowania na nie może posłużyć zachowanie oferentów w pierwszych przetargach na dostawę szczepionki zorganizowanych w 2010 r. IDT (wraz z Pro-Wet) w swojej ofercie zaproponowało wówczas jednostkową cenę szczepionki na poziomie 2,35 zł, zaś Inex, składając ofertę, zaoferował cenę zbliżoną do tej, która ukształtowała się w ostatnim przetargu organizowanym w roku poprzednim, tj. 2,18 zł. W drugim przetargu IDT (wraz z Pro-Wet)

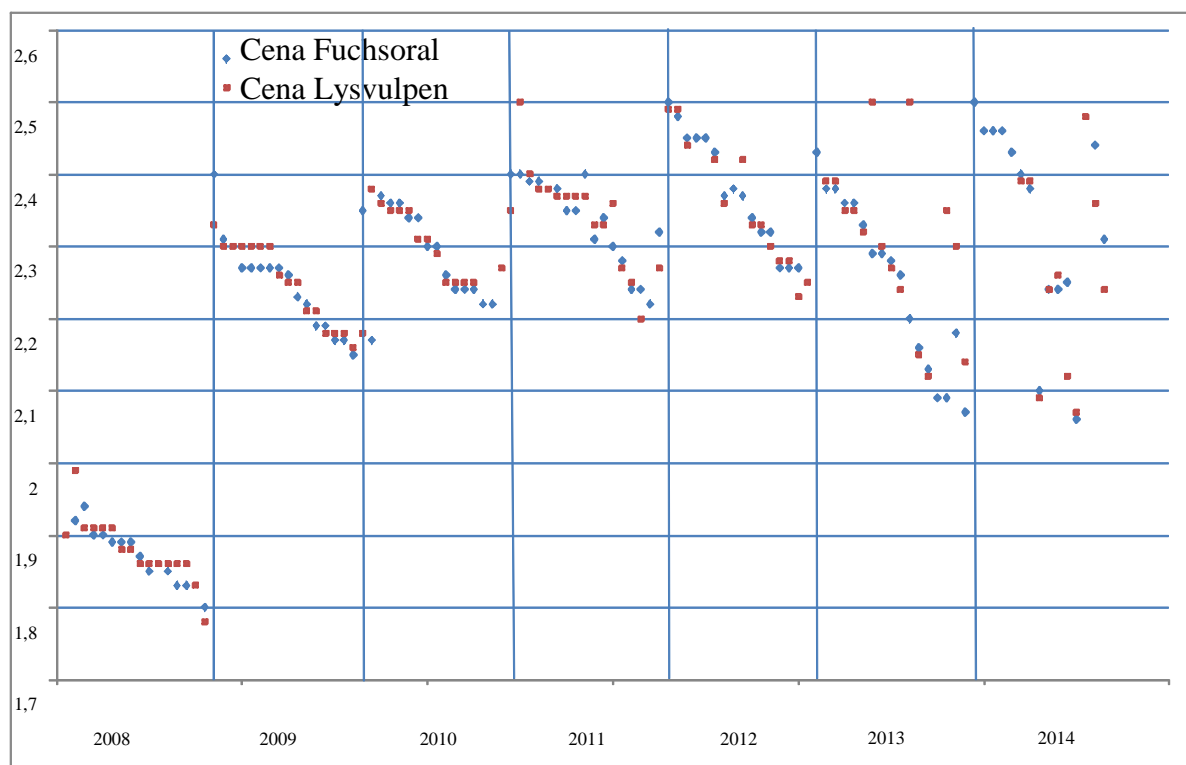
dostosował się do strategii rywala i podał cenę na poziomie 2,17 zł, natomiast Inex wskazał cenę 2,38 zł, sygnalizując, że zachowanie w poprzednim przetargu było wynikiem pomyłki i nie odzwierciedla dążenia do radykalnego obniżenia ceny. Wreszcie w trzecim przetargu – wyciągając wnioski z przebiegu wcześniejszych dwóch przetargów - obaj przedsiębiorcy podali ceny zbliżone, tj. na poziomie 2,37 zł i 2,36 zł, znacznie wyższe od ceny zaoferowanej przez Inex w pierwszym przetargu. W kolejnych przetargach spadek cen był już powolny.

- (264.) Wysoką częstotliwości interakcji między producentami szczepionki ograniczyłaby organizacja przetargów rzadko i w związku z tym na duże kwoty (np. przetarg organizowany co rok, na zapotrzebowanie wszystkich WLW). W takiej sytuacji uczestnicy przetargu mieliby silne bodźce do obniżania cen (w celu zdobycia dużego zamówienia), zaś opisywany wcześniej mechanizm sygnalizowania stałby się dla nich bardzo kosztowny i przez to nieefektywny.
- (265.) Podsumowując rozważania dotyczące specyfiki analizowanego rynku właściwego, należy wskazać, że istniejące warunki rynkowe umożliwiają działającym na rynku przedsiębiorcom przewyciężenie opisanych powyżej czterech problemów utrudniających koordynację zachowania rynkowego w celu ustalenia cen na poziomie ponadkonkurencyjnym. Na rynku tym działa tylko dwóch dostawców szczepionki, którym relatywnie łatwo jest przewidzieć zachowanie konkurenta. Natomiast w razie niepowodzeń w tym zakresie mogą oni niewielkim nakładem kosztów sygnalizować swoje intencje konkurentowi za pomocą odpowiedniego kształtowania ofert w przetargach. Uczestnicy rynku mają bodźce, by nie produkować znacząco większej liczby szczepionek niż spodziewają się sprzedać (biorąc pod uwagę oczekiwaną produkcję konkurenta), ponieważ wyprodukowanie ich „nadmiernej” liczby zaostrzyłoby konkurencję na rynku i doprowadziło do spadku cen. Z kolei spodziewaną wielkość produkcji konkurenta oraz jego oczekiwania co do produkcji własnej każdy z dwóch działających na rynku dostawców jest w stanie w relatywnie prosty sposób przewidzieć. Wzajemne zidentyfikowanie spodziewanego poziomu udziałów rynkowych, satysfakcjonującego obydwóch przedsiębiorców, ułatwiają w szczególności długa historia i wysoka częstotliwość interakcji między konkurentami.
- (266.) Analizowany rynek jest bardzo przejrzysty: przedsiębiorcy uzyskują natychmiastowe informacje o zachowaniu swojego konkurenta w poszczególnych przetargach (por. pkt 257 decyzji). Wysoka częstotliwość interakcji pomiędzy uczestnikami rynku pozwala z kolei na szybkie ukaranie rywala stosującego zbyt niskie - w stosunku do oczekiwań - ceny sprzedaży szczepionki poprzez znaczne obniżenie cen własnych i pozbawienie go zwycięstwa w następnych przetargach lub też umożliwienie mu zwycięstwa jedynie pod warunkiem istotnego obniżenia cen i – w konsekwencji - zysków. Koordynacji zachowań rynkowych nie zagrażają również nowe wejścia – przez cały badany okres na polskim rynku nie pojawiła się

skuteczna konkurencja dla uczestników niniejszego postępowania.

(267.) Można oczekiwać, że na tak funkcjonującym rynku właściwym racjonalni, maksymalizujący zysk przedsiębiorcy nie będą się zachowywać w sposób w pełni konkurencyjny (tj. ustalać cen na możliwie niskim poziomie, zapewniającym jedynie tzw. zyski normalne), nawet jeśli nie łączy ich niezgodne z prawem porozumienie ograniczające konkurencję. W przeciwieństwie bowiem do wielu innych rynków zachowanie konkurencyjne na zorganizowanym w opisany wyżej sposób krajowym rynku dostawy szczepionek będzie dla jego uczestników mniej opłacalne niż koordynacja zachowań poprzez ustalenie cen na wysokim poziomie – w oczekiwaniu, że konkurent zachowa się podobnie – i ewentualne ich obniżenie w reakcji na zachowanie rynkowego rywala.

(268.) Zaobserwowane przez Prezesa UOKiK na analizowanym rynku zachowania Inex oraz IDT (wraz z Pro-Wet) są spójne z powyższą hipotezą. Wniosek taki płynie z analizy rzeczywistych zachowań oferentów w poszczególnych przetargach w kolejnych latach, które zostało zobrazowane w postaci wykresu nr 3.



Wyjaśnienie: wykres nr 3: ceny szczepionek oferowane przez IDT (wraz z Pro-Wet) oraz Inex w organizowanych przez WLW przetargach w latach 2008-2014 r. (sporządzony przez Prezesa UOKiK w oparciu o materiał dowodowy zgromadzony w postępowaniu).

(269.) Jak wskazuje materiał dowodowy zgromadzony w sprawie i co obrazuje powyższy wykres, zachowanie stron przedmiotowego postępowania wykazuje charakterystyczną regularność: ceny w pierwszych przetargach organizowanych w danym roku kalendarzowym ustalane były na wysokim poziomie (zazwyczaj nieco

wyższym niż ceny oferowane w pierwszym przetargu w poprzednim roku kalendarzowym), a następnie, w kolejnych przetargach ich uczestnicy naprzemiennie obniżali swoje ceny o niewielkie kwoty (najczęściej o jeden lub dwa grosze, por. pkt 150 decyzji). Niewielka skala obniżek daje się wyjaśnić tym, że oferenci koordynowali swoje zachowanie w ten sposób, że cena w bieżącym przetargu stanowiła punkt wyjścia dla ewentualnej obniżki ceny w przetargu następnym. Racjonalni i świadomi takiego mechanizmu koordynacji zachowania rynkowego przedsiębiorcy starali się minimalizować obniżki w kolejnych przetargach, aby w przetargach organizowanych jako ostatnie w danym roku oferowana cena mogła być nadal kształtowana na satysfakcjonującym przedsiębiorców poziomie. Powyższy schemat zachowania pozwala również wyjaśnić brak wyraźnej zależności pomiędzy oferowaną jednostkową ceną szczepionki w przetargu a liczbą zamawianych szczepionek, czy też odległością pomiędzy magazynami, w których składowane były szczepionki a miejscem ich dostawy. W schemacie tym zasadniczą determinantą ceny była kolejność organizowanych przetargów: w pierwszych przetargach oferowane były wysokie ceny, które następnie stopniowo spadały. W takich warunkach koszty miały ograniczony wpływ na wysokość zaoferowanej ceny.

(270.) Opisana powyżej prawidłowość uległa pewnemu zaburzeniu w latach 2013-2014. W porównaniu z latami wcześniejszymi, w roku 2013 spadła średnia wygrywających cen w przetargach oraz wzrosła ich zmienność. W roku 2014 średnia wygrywająca cena powróciła do poziomu zbliżonego do zanotowanego w 2011 r., jednak w dalszym ciągu istotnie wzrosła zmienność cen. O ile w 2013 r. daje się zaobserwować co do zasady ten sam co w latach poprzednich schemat – stopniowe obniżanie cen w kolejnych przetargach (choć dostawcy szczepionek wychodzą od niższego niż w poprzednich latach poziomu cen i na niższym poziomie kończą), w roku 2014 jest on już poważnie zaburzony, a znaczące zmiany cen między kolejnymi przetargami znacznie niż w poprzednich latach częstsze. Tym samym, mimo spadku średniej wygrywającej ceny w przetargach w 2013 r., zachowanie uczestników postępowania nie uległo istotnym zmianom i wciąż daje się wyjaśnić wzajemnymi dostosowaniami do obserwowanego zachowania konkurenta. Kształtowanie się cen szczepionek uległo natomiast znaczącym zmianom w 2014 r.

(271.) Powyższe daje się wyjaśnić przede wszystkim okolicznością, że na początku 2014 r. Inex nie przystępował do pięciu kolejnych przetargów, ponieważ w dniu 4 lutego 2014 r. GLW wydał decyzję nr GIWpuf-025-111/2013(2), którą wycofał z obrotu na terenie całego kraju wszystkie serie szczepionki Lysvulpen ze względu na stwierdzenie niewłaściwej jakości produktu. W połowie marca 2014 r. GLW wydał interpretację wydanej uprzednio decyzji, uznając że ww. decyzja dotyczy jedynie serii szczepionki wprowadzonej do obrotu w Polsce przed datą jej wydania, co umożliwiło Inex udział w kolejnych przetargach. Próby odzyskania udziału

rynkowego skłoniły Inex do radykalnej obniżki ceny w województwie zamawiającym najwięcej szczepionek (tj. w woj. mazowieckim), jednak później spółka ta starała się wrócić do korzystnego dla niej wysokiego poziomu cen. To zaś działanie Inex miało wpływ na poziom cen oferowanych przez IDT (wraz z Pro-Wet). Zaburzenie schematu, który wcześniej funkcjonował, spowodowało, że ceny w 2014 r. wahały się bardziej niż w latach wcześniejszych, co z kolei może dodatkowo potwierdzać, że wykonawcy nie porozumiewali się w celu osiągnięcia koordynacji zachowania rynkowego.

(272.) Wskazane wyżej okoliczności nie pozwalają tym samym stwierdzić, iż zaburzenie obserwowanego w latach uprzednich schematu zachowania uczestników analizowanego rynku wskazuje na istnienie do 2012 lub 2013 r. antykonkurencyjnej zмовy, która następnie przestała funkcjonować. Specyfika analizowanego rynku oraz zachodzące na nim wydarzenia pozwalają bowiem przekonująco wyjaśnić kształtowanie się oferowanych cen szczepionek w sposób inny niż zawarcie porozumienia ograniczającego konkurencję między stronami postępowania.

(273.) Jak już zostało podniesione wcześniej (pkt 87, 157-158 decyzji), okolicznością mogącą wskazywać na funkcjonowanie na analizowanym rynku właściwym porozumienia ograniczającego konkurencję był istotny wzrost jednostkowych cen szczepionek w Polsce w 2009 r. W stosunku do roku poprzedniego średnia jednostkowa cena Lysvulpenu wzrosła o 21%, zaś Fuchsoralu – o 19% (dla cen tych szczepionek wyrażonych w polskiej walucie), które to zjawisko nie miało miejsca w innych Państwach Członkowskich. Również i ta okoliczność daje się jednak wyjaśnić bez założenia istnienia zмовy między stronami przedmiotowego postępowania. Znaczna dewaluacja złotego w stosunku do euro i korony czeskiej w latach 2008-2009 (por. pkt 77 i 161 decyzji) spowodowała wzrost (wyrażonych w walucie polskiej) kosztów produkcji szczepionek²⁵, co z kolei wywołało presję na wzrost cen oferowanych w krajowych przetargach na dostawę szczepionki dla lisów wolno żyjących. Jak wskazują dane pochodzące z NBP²⁶, średni kurs euro w pierwszej połowie 2009 r. był o ok. 28% wyższy od średniego kursu w analogicznym okresie roku poprzedniego. Dla korony czeskiej wzrost kursu w analogicznym okresie wyniósł ok. 19%²⁷.

(274.) W toku postępowania antymonopolowego jego strony wskazały również na wprowadzenie nowych wymagań w treści SIWZ przez zamawiających, co obejmowało: pobranie prób szczepionki na miejscu dostawy (wykonawca

²⁵ Ponieważ producenci szczepionek ponosili koszty w euro (IDT) lub w koronie czeskiej (Bioveta) wzmocnienie tych walut w stosunku do złotego było z ich punktu widzenia ekwiwalentem wzrostu kosztów wyrażonych w złotych polskich.

²⁶ Archiwalne kursy walut dostępne na stronie internetowej NBP (www.nbp.pl), w zakładce Statystyka, a następnie Kursy (<http://www.nbp.pl/home.aspx?f=/statystyka/kursy.html>).

²⁷ *Ibidem*.

dostarcza próby na własny koszt i ryzyko do PIW), zaś w razie negatywnego wyniku badania prób szczepionek, wykonawca zobligowany jest do dostawy nowej serii szczepionki w ciągu 4 dni. Wskazane nowe wymagania zamawiających stawiane oferentom w przetargach przełożyły się na konieczność korzystania z samochodów chłodni w znacznie większym wymiarze. Wskazane okoliczności w rezultacie doprowadziły do podwyższenia kosztów dostawy szczepionki, a tym samym cen żądanych przez przedsiębiorców.

- (275.) Biorąc pod uwagę wzrost wyrażonej w złotych polskich wartości euro i korony czeskiej oraz wprowadzenie do SIWZ ww. dodatkowych wymogów powodujących podwyższenie kosztów dostawy szczepionki w związku realizacją przedmiotu zamówienia w ramach przetargów, uznać należy, że możliwe jest wytłumaczenie wzrostu cen każdej ze szczepionek w 2009 r. bez zakładania istnienia między stronami przedmiotowego postępowania porozumienia ograniczającego konkurencję.
- (276.) Na istnienie między dostawcami na rynku szczepionek porozumienia ograniczającego konkurencję nie wskazują również sygnalizowane przez KE różnice w poziomie cen szczepionek oferowanych w Polsce oraz w innych Państwach Członkowskich, w tym przede wszystkim szczepionki Lysvulpen. Wynika to z następujących przyczyn.
- (277.) Po pierwsze, porównanie przedstawione przez KE obarczone jest istotnym błędem metodologicznym. Kurs euro stosowany przez KE w celu przeliczania cen szczepionek (pkt 157 decyzji) nie koresponduje z rzeczywistym kursem walut euro i korony czeskiej w czasie przeprowadzania przetargów, które to kursy mają z kolei bezpośredni wpływ na koszty przedsiębiorców oferujących szczepionki. Przeprowadzona przez Prezesa UOKiK analiza wskazuje wręcz, że przy uwzględnieniu średniego kursu euro z okresu, w którym odbywały się przetargi, w istocie – wbrew ustaleniom KE - nie jest możliwe zaobserwowanie w okresie 2008-2009 r. wzrostu cen obu szczepionek wyrażonych w euro. Powyższy problem metodologiczny istotnie ogranicza przydatność porównań cenowych dokonanych przez KE.
- (278.) Po drugie, między rynkiem polskim, a pozostałymi rynkami stanowiącymi punkt odniesienia w porównaniach przedstawionych przez KE istnieją zasadnicze różnice organizacyjne. Jak zostało to obszernie opisane (por. pkt 102-103 decyzji), w odróżnieniu od innych Państw Członkowskich, przetargi w Polsce organizowane są w sposób zdecentralizowany, a zakres przedmiotowy czynności, do wykonania których zobligowany jest oferent w Polsce, co do zasady jest znacznie szerszy niż w innych krajach, w których prowadzony jest zakup szczepionki. Wpływa to na wzrost kosztów dostawców w Polsce, co z kolei przekłada się na oferowaną cenę. Wskazany sposób organizacji rynku, w połączeniu z duopolem po stronie

podażowej, umożliwia dostawcom również osiągnięcie niekonkurencyjnej równowagi rynkowej i stosowanie cen wyższych niż te, które możliwe byłyby do zaoferowania na tym rynku w warunkach efektywnej konkurencji, jednak bez uciekania się do zawarcia antykonkurencyjnego porozumienia. Tym samym można oczekiwać, iż zarówno koszty, jak i ceny na polskim rynku kształtują się na poziomie wyższym niż na rynkach o innym sposobie organizacji, jednak brak jest podstaw do przyjęcia, że taki stan rzeczy jest wynikiem porozumienia ograniczającego konkurencję, a nie konsekwencją przedstawionych wcześniej w niniejszej decyzji organizacji, specyfiki i struktury rynku właściwego.

(279.) W dalszej kolejności wskazać należy, iż w niniejszej sprawie możliwe jest również zidentyfikowanie wielu innych okoliczności, które potwierdzają hipotezę o koordynacji zachowań rynkowych przez strony przedmiotowego postępowania w drodze obserwowania działań konkurenta i reagowania na te działania. Okoliczności te są natomiast nie do pogodzenia z hipotezą o możliwości zawarcia przez te podmioty porozumienia ograniczającego konkurencję, w ramach którego wymieniałyby się informacjami o swoich planowanych działaniach, a także wspólnie ustalały ceny.

(280.) W tym kontekście przede wszystkim zwrócić uwagę, że na zachowanie stron postępowania w przetargach, w których startował tylko jeden oferent. W takich sytuacjach jednostkowa cena szczepionki oferowana przez jedyne wykonawcę była spójna z opisanym wcześniej schematem, tj. kształtowała się co do zasady na poziomie nieco niższym niż wygrywająca cena w poprzednim postępowaniu przetargowym. Wskazuje to, że przedsiębiorcy kształtowali swoje oferty w oparciu o informacje o wynikach przetargów wcześniej przeprowadzonych. Znamionym wyjątkiem od tej reguły jest przetarg zorganizowany w sierpniu 2011 r. w województwie dolnośląskim, w którym IDT (wraz z Pro-Wet) zaoferowało jednostkową cenę szczepionki o 10 groszy wyższą niż w poprzednim przetargu, gdyż uważało – zgodnie z przekazanymi wyjaśnieniami – że Inex nie dysponuje zapasem szczepionki koniecznym do realizacji dostawy w ramach tego przetargu. Wyjaśnienia te należy uznać za wiarygodne w świetle faktu, iż Inex nie przystąpił do poprzedniego przetargu przeprowadzanego w lipcu 2011 r. Założenie, na którym się opierało IDT (wraz z Pro-Wet), okazało się jednak błędne – Inex wystartował w przetargu zorganizowanym w sierpniu w 2011 r. i zaoferował niższą cenę jednostkową. Powyższe okoliczności wskazują, iż strony postępowania nie dysponowały informacjami o swoich wzajemnych, planowanych działaniach, opierając swoje plany raczej na obserwacji zachowań rynkowych konkurenta.

(281.) W ocenie Prezesa UOKiK istotna jest także okoliczność, że obserwowane zachowanie rynkowe IDT (wraz z Pro-Wet) oraz Inex nie wydaje się prowadzić do optymalnej eksploatacji kontrahentów – WLW, tj. zrealizowania ich kosztem najwyższych możliwych zysków. Obniżka cen szczepionek w kolejnych

przetargach na dostawę szczepionki prowadziła do ukształtowania się ich poziomu przy końcu serii przetargów przeprowadzanych w danym roku kalendarzowym na wyraźnie niższym poziomie w porównaniu do poziomu cen szczepionek oferowanych w początkowych przetargach w danym roku, w związku z czym zyski z ostatnich przetargów były niższe niż zyski z przetargów początkowych. Zjawisko to daje się wyjaśnić w oparciu o opisaną wyżej specyfikę analizowanego rynku oraz nieskomplikowaną dostosowawczą strategię rynkową przyjętą przez jego uczestników. Nie jest natomiast charakterystyczne dla zachowania uczestników maksymalizującego zysk kartelu.

(282.) W przedmiotowej sprawie Prezes UOKiK nie stwierdził również występowania innych charakterystycznych dla zmów przetargowych zachowań przedsiębiorców. Każdy z oferentów przystępował do znacznej liczby przetargów organizowanych w danym roku kalendarzowym. Jednocześnie nie zdarzyły się takie sytuacje, że określony wykonawca odstępował od podpisania umowy z WLW na dostawę szczepionki, czy też że złożona przez niego oferta zawierała błędy formalne powodujące jej odrzucenie z przyczyn formalnych. Nie zdarzało się również, aby doszło do upływu terminu związania ofertą wykonawcy. Zauważalne jest natomiast, że Inex, a także IDT (wraz z Pro-Wet) korzystali ze środków odwoławczych przewidzianych w przepisach Pzp. W szczególności w 2012 r. Inex skutecznie zakwestionował zapisy w jednym SIWZ, doprowadzając do zmiany określonych zapisów w SIWZ publikowanych także przez innych WLW. Natomiast w 2014 r. podmiot ten – w wyniku działań podjętych przez służby weterynaryjne – przystąpił jedynie do części przetargów zorganizowanych w tym roku. Widoczne jest ponadto, że w tych postępowaniach Inex stosował agresywniejszą politykę cenową, dokonując znacznych obniżek ceny oferowanej szczepionki.

(283.) W świetle powyższych rozważań zasadny jest wniosek, iż zgromadzone w sprawie dowody nie dają podstaw do przyjęcia, że strony przedmiotowego postępowania - IDT (wraz z Pro-Wet) oraz Inex zawarły porozumienie ograniczające konkurencję. Całościowa ocena zachowań tych przedsiębiorców w kontekście ekonomicznych uwarunkowań ich działalności, w szczególności zaś specyfiki rynku na którym działają, prowadzi do wniosku, iż zachowania te są konsekwencją nie tyle łączącego strony postępowania niedozwolonego porozumienia, co wzajemnego rozpoznania wiążących ww. przedsiębiorców współzależności, a w konsekwencji przyjęcia – przez każdego z uczestników podażowej strony analizowanego rynku – strategii umożliwiającej kształtowanie cen na poziomie ponadkonkurencyjnym. Charakterystyka i organizacja rynku właściwego w sprawie ułatwiają jego uczestnikom działanie w warunkach tzw. „cichej zмовы” (ang. *tacit collusion*) i osiąganie ponadkonkurencyjnych zysków bez uciekania się do niezgodnej z prawem konkurencji koordynacji w drodze porozumienia. Pozwala to wyjaśnić wskazane w pkt. 239 decyzji zjawiska wskazujące na ograniczoną konkurencyjność

ryнку właściwego, do których należą: relatywnie stabilne i zbliżone do połowy udziały rynkowe, nieznaczne różnice w oferowanych cenach szczepionki, brak zależności między ceną, a liczbą zamawianych szczepionek i odległością pomiędzy miejscem składowania szczepionek i miejscem ich dostawy, stopniowy wzrost cen oferowanych szczepionek w kolejnych latach kalendarzowych, jak również kształtowanie się ich na poziomie wyższym niż w innych krajach. Tym samym, choć na rynku właściwym w sprawie nie wydaje się panować efektywna konkurencja, zgromadzone dowody nie pozwalają na przyjęcie, iż przyczyną tego stanu rzeczy jest lub było funkcjonowanie na nim porozumienia ograniczającego konkurencję.

(284.) W dalszej kolejności należy przedstawić uzasadnienie w zakresie **zastosowanego w sprawie standard dowodu**.

(285.) Na wstępie należy wskazać, że stwierdzenie praktyki ograniczającej konkurencję następuje wówczas na podstawie analizy rzeczywistych działań przedsiębiorców, gdy w sprawie nie zgromadzono bezpośrednich dowodów porozumienia. W prowadzonych przez Prezesa UOKiK sprawach dot. zarzutu antykonkurencyjnego porozumienia dopuszczalne jest zatem korzystanie z dowodów pośrednich w celu wykazania zawarcia takiego porozumienia. Zgodnie z art. 84 ustawy o *ochronie konkurencji i konsumentów* w sprawach dotyczących dowodów w postępowaniach prowadzonych przed Prezesa UOKiK w zakresie nieuregulowanym Ustawą zastosowanie znajdują przepisy art. 227-315 ustawy z dnia 17 listopada 1964 r. *Kodeks postępowania cywilnego* (tekst jedn. Dz. U. z 2014 r., poz. 101 ze zm.), w tym reguły dotyczące 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, np. rzeczywistych działań (zachowań) przedsiębiorców wskazujących na istnienie uzgodnień między nimi. Muszą być one jednak nieadekwatne do istniejących warunków rynkowych²⁸, 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 zмовy, mogą być zadowalająco wyjaśnione w sposób nieodwołujący się do tego rodzaju praktyk²⁹.

(286.) Sięgnięcie do dowodów pośrednich możliwe jest, gdy dla wniosku domniemania nie ma innych hipotez konkurencyjnych i wniosek nie budzi wątpliwości z uwagi

²⁸ E. Modzelewska-Wąchal, *Ustawa o ochronie konkurencji i konsumentów. Komentarz*, Wydawnictwo Twigger, Warszawa 2002, s. 45.

²⁹ Wyrok TS z dnia 28 marca 1984r. w sprawach połączonych 29 i 30/83 *Compagnie Royale Asturienne des Mines SA i Societe Rheinzink przeciwko Komisji WE*, Zb. Orz. 1984, 1679.

na starannie zebrane dowody³⁰. Tymczasem w niniejszej sprawie – jak zasygnalizowano powyżej – **materiał dowodowy zgromadzony w sprawie daje podstawy do wyjaśnienia zjawisk i zależności występujących na analizowanym rynku właściwym w sposób inny niż zawarcie antykonkurencyjnego porozumienia**. Zgodnie z zasadami wiedzy oraz reguł logicznego rozumowania istnieją więc podstawy do sformułowania hipotezy konkurencyjnej w stosunku do hipotezy o działaniu stron przedmiotowego postępowania antymonopolowego w warunkach niedozwolonej zmywy. W rezultacie, **ponieważ podobieństwo postępowania przedsiębiorców będących stronami niniejszego postępowania daje się wyjaśnić bez założenia uzgodnionego porozumienia tych podmiotów na rynku właściwym, brak jest w przedmiotowej sprawie podstaw do uznania tych zachowań za pośrednie dowody porozumienia**.

(287.) Wskazać w tym zakresie należy na orzecznictwo sądowe, zgodnie z którym „o rozkładzie ciężaru dowodu decyduje ogólna norma art. 6 k.c. (oraz art. 232 zdanie pierwsze k.p.c.). Zgodnie z wynikającą z tego przepisu zasadą, ciężar udowodnienia faktu spoczywa na osobie, która z faktu tego wywodzi skutki prawne. W sprawach z zakresu ochrony konkurencji do organu antymonopolowego (Prezesa Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów) należy udowodnienie faktu zawarcia przez przedsiębiorców porozumienia ograniczającego konkurencję na rynku właściwym (...)”³¹. Natomiast „Dla przyjęcia, że doszło do takiego porozumienia (porozumienia antykonkurencyjnego - przypis Prezes UOKiK) nie jest wystarczające stwierdzenie podobnych zachowań, dowodem jego istnienia jest analiza przejawów zachowań rynkowych i wykazanie, że zachowania te nie są adekwatne do istniejących warunków rynkowych. Od porozumień w formie uzgodnionych działań odróżnia się działania paralelne, polegające na podobnym dostosowaniu się przedsiębiorców do zmienionych warunków rynkowych (w tym do zachowań konkurentów) i ich adekwatność do nowej sytuacji na rynku”³². Dodatkowo „Zachowania równoległe nie stanowią same przez się dowodu uzgodnionej praktyki. Mogą stanowić dowód zmywy, ale tylko wówczas, gdy okoliczności stanu faktycznego - wsparte dowodami lub poszlakami - w sposób spójny wskazują, że zachowanie równoległe nie jest wynikiem niezależnego zachowania się przedsiębiorców lecz zmywy. Zatem w braku dodatkowych dowodów, zachowania równoległe nie stanowią dowodu istnienia uzgodnionej praktyki”³³.

(288.) Zatem w okolicznościach sprawy wobec nieudowodnienia przez Prezesa UOKiK w oparciu o dowody bezpośrednie, że przedsiębiorcy będący stronami niniejszego

³⁰ Wyroki SN: z dnia 11 grudnia 2007 r., I PK 157/07, Lex nr 375735; z dnia 3 grudnia 2003 r., I CK 297/03, M.Praw. 2006, nr 3, s. 147; z dnia 8 listopada 1974 r., II PR 242/74, Lex nr 14273; z dnia 8 września 1967 r., I PR 207/67, Lex nr 6210).

³¹ Wyrok Sądu Najwyższego z dnia 9 sierpnia 2006 r. sygn. akt III SK 6/06, OSNP 2008/1-2/25.

³² Wyrok Sądu Apelacyjnego w Warszawie z dnia 5 października 2005 r. sygn. akt VI ACa 1146/04.

³³ Wyrok Sądu Najwyższego z dnia 9 sierpnia 2006 r. III SK 6/06, OSNP 2008/1-2/25.

postępowania działali w warunkach niedozwolonego uzgodnienia, a ponadto przy jednoczesnym istnieniu podstaw do przyjęcia, że zachowania i zjawiska zachodzące na rozpatrywanym w sprawie rynku właściwym mogą stanowić wynik nieskoordynowanych działań równoległych, organ antymonopolowy uznał prowadzone postępowanie antymonopolowego za bezprzedmiotowe.

(289.) Podsumowując, w ocenie Prezesa UOKiK w niniejszej sprawie możliwe jest wskazanie pewnych okoliczności faktycznych, dla występowania których nie znaleziono jednoznacznego uzasadnienia. Jednakże - jak wskazano powyżej - organ antymonopolowy nie zgromadził jednoznacznych, nie budzących wątpliwości dowodów bezpośrednich wskazujących na zawarcie antykonkurencyjnego porozumienia przez przedsiębiorców będących stronami postępowania, a zarazem co do zasady działania tych podmiotów, a także występowanie określonych prawidłowości zachodzących na analizowanym rynku wydaje się spójne z hipotezą, że strony prowadzonego postępowania antymonopolowego mogły podejmować działania paralelne będące rezultatem dostosowywania się do sytuacji rynkowej oraz do zachowań konkurenta. Dlatego też wobec niezidentyfikowania jednoznacznych, nie budzących wątpliwości podstaw do przyjęcia, że ww. przedsiębiorcy działali w warunkach niedozwolonego porozumienia, Prezes UOKiK, działając w oparciu art. 105 § 1 Kpa w związku z art. 83 Ustawy, dokonał umorzenia mniejszego postępowania antymonopolowego.

(290.) W związku z powyższym orzeka się jak w pkt I sentencji niniejszej decyzji.

V. Naruszenie art. 101 ust. 1 TFUE

(291.) Zgodnie z art. 3 Rozporządzenia Rady (WE) Nr 1/2003 z dnia 16 grudnia 2003 w sprawie wprowadzenia w życie reguł konkurencji zawartych w art. 81 i 82 Traktatu ustanawiającego Wspólnotę Europejską (Dz.Urz.UE z 2003 r. nr L 1, s. 1) (dalej jako: „**Rozporządzenie 1/2003**”), jeśli krajowy organ ochrony konkurencji stosuje krajowe prawo konkurencji do praktyk zakazanych w rozumieniu art. 101 TFUE, które mogą wpływać na handel między Państwami Członkowskimi lub stosuje krajowe przepisy do praktyk zakazanych w rozumieniu art. 102 TFUE, stosuje również odpowiednio art. 101 lub 102 TFUE. W związku z tym, jeżeli krajowy organ ochrony konkurencji poweźmie uzasadnione podejrzenie, że przesłanka wpływu (choćby potencjalnego) na handel między Państwami Członkowskimi jest spełniona, wówczas jest zobowiązany do wszczęcia postępowania w sprawie praktyk ograniczających konkurencję również na podstawie przepisów traktatowych.

(292.) Zgodnie z art. 35 Rozporządzenia 1/2003 Państwa Członkowskie musiały wyznaczyć organ lub organy ochrony konkurencji odpowiedzialne za stosowanie

art. 81 lub 82 Traktatu ustanawiającego Wspólnotę Europejską³⁴ (dalej jako: „TWE”) (obecnie art. 101 i 102 TFUE). Zgodnie z art. 24 ust. 1a ustawy o *ochronie konkurencji i konsumentów*, Prezes Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów został wskazany jako organ wykonujący zadania nałożone na władze Państw Członkowskich UE na podstawie art. 84 i 85 TWE (obecnie art. 104 i 105 TFUE). W szczególności Prezes UOKiK jest właściwym organem ochrony konkurencji w rozumieniu art. 35 Rozporządzenia 1/2003.

(293.) Prezes Urzędu, wszczynając niniejsze postępowanie, przyjął na podstawie zgromadzonych danych, że działania przedsiębiorców IDT, Pro-Wet oraz Inex w związku z organizacją przetargów przez WLW, które są przedmiotem niniejszego postępowania antymonopolowego, mogą wywierać istotny wpływ na handel między Państwami Członkowskimi.

(294.) Kryterium istotnego wpływu na handel między *Państwami Członkowskimi* zostało *sprecyzowane* w wydanym w *Obwieszczenie KE z 2004 r. dotyczące koncepcji wpływu na handel zawartej w art. 81 i 82 TWE*³⁵ (dalej jako: „Wytyczne”). Prezes UOKiK, uwzględniając treść Wytycznych, dokonał analizy następujących elementów pozwalających na stwierdzenie, czy określona praktyka ma wpływ na handel pomiędzy Państwami Członkowskimi:

1. koncepcja „handlu między państwami członkowskimi”,
2. sformułowanie „może wpływać”,
3. pojęcie „znaczości” tego wpływu (odczuwalności).

(295.) **Ad. 1.** Pojęcie handlu jest interpretowane szeroko i nie jest ograniczone jedynie do tradycyjnej wymiany towarów i usług. Obejmuje ono wszelką działalność gospodarczą, tj. wymianę dóbr w ramach swobód rynku wewnętrznego - obrót towarami, usługami lub kapitałem - o zasięgu transgranicznym. Nie ulega więc wątpliwości, że pojęcie handlu obejmuje swoim zakresem także dostawę szczepionki przeciwko wściekliźnie dla lisów wolno żyjących.

(296.) **Ad. 2.** Określenie „może wpływać” oznacza, iż musi istnieć możliwość przewidzenia z wystarczającym stopniem prawdopodobieństwa, na podstawie obiektywnych przesłanek prawnych lub faktycznych, że zakazana praktyka może mieć wpływ, pośredni lub bezpośredni, rzeczywisty lub potencjalny, na model handlu między Państwami Członkowskimi. Wynika stąd, iż nie jest konieczne rzeczywiste istnienie wpływu na handel, wystarczy sama możliwość jego wystąpienia, a więc wystarczającym jest, że działania polegające na nadużywaniu pozycji dominującej są w stanie wywołać takie skutki, bez względu na to czy rzeczywiście je wywołują. W Wytycznych KE wskazała, że zastosowanie kryterium wpływu na handel jest niezależne od definicji rynku właściwego

³⁴ Tekst skonsolidowany: Dz. Urz. UE C nr 321E z dnia 29 grudnia 2006 r., str. 37.

³⁵ Dz. Urz. UE nr C 101 z 27.04.2004 r., s. 81.

geograficznie, gdyż wpływ taki może istnieć również wówczas, gdy rynkiem właściwym jest rynek krajowy, jak ma to miejsce w niniejszej sprawie.

- (297.) W opinii Prezesa UOKiK kwestionowane w niniejszej sprawie działania spółek Inex, Pro-Wet oraz IDT - w przypadku ich dowiedzenia - mogły spełniać przesłankę wpływu na handel między Państwami Członkowskimi UE. Należy bowiem zauważyć, że w świetle utrwalonej praktyki sądów UE porozumienia horyzontalne obejmujące swoim zasięgiem całe terytorium Państwa Członkowskiego - którego istnienie było przedmiotem niniejszego postępowania antymonopolowego - ze względu na samą swoją naturę mogą wpływać na handel między Państwami Członkowskimi z uwagi na to, że ich celem jest, z samej jego istoty, umacnianie podziałów rynków na poziomie krajowym i tym samym utrudnianie wzajemnej penetracji gospodarczej, której ma służyć TFUE³⁶.
- (298.) **Ad 3.** Koncepcja znacznego (odczuwalnego) wpływu na handel między państwami członkowskimi ogranicza jurysdykcję organów do stosowania unijnego prawa konkurencji tylko do tych praktyk, które mogą powodować skutki określonej wagi. Dla stwierdzenia, że wpływ jest znaczny, podstawowe znaczenie ma pozycja rynkowa uczestników porozumienia³⁷. Obok ww. pozycji rynkowej, znaczenie ma również charakter danej praktyki oraz rodzaj produktu nią objętego. Próg wykazania znaczości jest z zasady niższy w przypadkach, gdy z samego charakteru praktyki wynika, że jest ona w stanie wpływać na handel między Państwami Członkowskimi.
- (299.) W niniejszej sprawie udział rynkowy Inex, a także IDT wraz z Pro-Wet w krajowym rynku dostaw szczepionki przeciwko wścieklicznie dla lisów wolno żyjącym co najmniej od 2008 r. kształtował się na bardzo wysokim poziomie, co dawało podstawy do przyjęcia, że wpływ, jaki działania podejmowane przez tych przedsiębiorców wywierają wpływ na handel między Państwami Członkowskimi, jest znaczny. W szczególności Przez UOKiK wziął pod uwagę okoliczność, że na rozpatrywanym rynku właściwym panował co najmniej od 2008 r. panował duopol, zaś strony przedmiotowego postępowania antymonopolowego posiadały łącznie 100% udział w tym rynku pod względem przychodów oraz liczby dostarczanych szczepionek.
- (300.) Podsumowując należy uznać, że dokonana przez Prezesa Urzędu ocena, iż działania IDT wraz z Pro-Wet, a także Inex może wpływać na handel między państwami członkowskimi była prawidłowa, a wszczęcie postępowania równoległe na podstawie przepisów Ustawy i przepisu art. 101 TFUE uzasadnione.

³⁶ Wyrok Sądu UE z dnia 6 lipca 2000 r. w sprawie T-62/98 Volkswagen przeciwko Komisji, Rec. str. II-2707, pkt 17; wyrok TS z dnia 19 lutego 2002 r. w sprawie C-309/99 J.C.J Wouters, ECR 2002, s. I-1577, pkt 95.

³⁷ Wyrok TS w sprawie C-306/96 *Javico International*, ECR 1998, s. I-1983, pkt 17.

- (301.) W świetle art. 5 Rozporządzenia 1/2003 organy ochrony konkurencji Państw Członkowskich mają uprawnienie do stosowania art. 101 i 102 TFUE. Jednocześnie ten sam przepis wskazuje zamknięty katalog decyzji, które może wydać organ ochrony konkurencji Państwa Członkowskiego stosując art. 101 i 102 TFUE. Zgodnie z art. 5 Rozporządzenia 1/2003 organ antymonopolowy Państwa Członkowskiego może wydać następujące rodzaje decyzji:
- a.** domagająca się zaprzestania naruszenia (stwierdzająca praktykę),
 - b.** zarządzająca środkami tymczasowe,
 - c.** akceptująca zobowiązania,
 - d.** nakładająca grzywny lub okresowe kary pieniężne lub inne kary przewidziane w krajowych przepisach prawa,
 - e.** stwierdzająca, że nie ma podstaw do działania przez krajowy organ antymonopolowy³⁸.
- (302.) Zgodnie zatem z treścią art. 5 zdanie 3 Rozporządzenia 1/2003 krajowy organ ochrony konkurencji w przypadku nieposiadania informacji dających podstawę do zastosowania w sprawie zakazu porozumień antykonkurencyjnych lub też zakazu nadużywania pozycji dominującej na rynku właściwym, o których mowa odpowiednio w art. 101 oraz art. 102 TFEU, posiada kompetencje do zakończenia prowadzonego postępowania antymonopolowego poprzez stwierdzenie, że nie ma podstaw do działania z jego strony.
- (303.) Wskazać należy, że art. 5 Rozporządzenia 1/2003 nie może stanowić podstawy do wydania przez krajowy organ antymonopolowy decyzji niestwierdzającej stosowania praktyki ograniczającej konkurencję. Wydanie przez Prezesa UOKiK decyzji niestwierdzającej stosowania praktyki na podstawie art. 101 TFUE, stanowiłoby przekroczenie jego kompetencji nadanych przez unijne prawo konkurencji. Przepisy Rozporządzenia 1/2003, wprowadzając zamknięty katalog decyzji, które mogą być wydawane przez organy krajowe na podstawie art. 101 i 102 TFUE upoważniły te organy do przeprowadzenia dowodu wyłącznie na okoliczność wydania decyzji, o których mowa w art. 5 Rozporządzenia 1/2003. W rezultacie w przypadku nie dowiedzenia przez krajowy organ ochrony konkurencji, że zostały spełnione przesłanki zakazu art. 101 lub 102 TFUE organ ten posiada uprawnienie wyłącznie do stwierdzenia, że nie ma podstaw do działania z jego strony w związku z podejrzeniem naruszenia ww. zakazów.
- (304.) Do niniejszej decyzji nie ma zatem zastosowania art. 11 ust. 4 Rozporządzenia 1/2003. Przepis ten wyraźnie bowiem wskazuje rodzaje decyzji, które muszą być notyfikowane KE przed ich wydaniem. W katalogu zawartym w art. 11 ust. 4

³⁸ Zob. wyrok TS z dnia 3 maja 2011 r. w sprawie C-375/09, pkt. 32.: *Zgodnie z art. 5 akapit drugi rozporządzenia taki organ może jednak – jeżeli na podstawie informacji, które posiada, dojdzie do wniosku, iż przesłanki ustanowienia zakazu danej praktyki na podstawie art. 102 TFUE nie zostały spełnione – zdecydować, że nie ma podstaw do działania z jego strony.*

Rozporządzenia 1/2003 nie znalazła się decyzja o stwierdzeniu braku podstaw do działania przez krajowy organ ochrony konkurencji.

- (305.) Niewątpliwie natomiast do niniejszej decyzji ma zastosowanie art. 11 ust. 3 Rozporządzenia 1/2003, zgodnie z którym organy ochrony konkurencji Państw Członkowskich, w przypadku gdy działają na podstawie art. 101 lub 102 TFUE, informują KE o wszczęciu takiego postępowania. Obowiązek, o którym mowa w powołanym przepisie Rozporządzenia został przez Prezesa Urzędu wypełniony.
- (306.) W związku z powyższym oraz z uwagi na fakt, iż w niniejszej decyzji Prezes UOKiK stwierdził, że brak jest wystarczających dowodów do przyjęcia, że Inex i IDT wraz z Pro-Wet stosowali praktykę ograniczającą konkurencję, wskazaną w art. 6 ust. 1 pkt 7 ustawy *o ochronie konkurencji i konsumentów*, a jednocześnie możliwe jest przyjęcie hipotezy, że strony prowadzonego postępowania antymonopolowego mogły podejmować działania paralelne będące rezultatem dostosowywania się do sytuacji rynkowej oraz do zachowań konkurenta, należy stwierdzić – na podstawie art. 5 zdanie 3 Rozporządzenia 1/2003 - że w sprawie niniejszej brak jest podstaw do działania przez Prezesa Urzędu w oparciu o art. 101 TFUE.
- (307.) Ostatecznie wyjaśnić należy, że Ustawa nie reguluje instytucji bezprzedmiotowości postępowania antymonopolowego, zgodnie jednak z art. 83 tej ustawy, w sprawach w niej nieuregulowanych, do postępowania przed Prezesem UOKiK prowadzonych w oparciu o Ustawę stosuje się przepisy Kpa. W rozpatrywanej sprawie do podejrzenia naruszenia art. 101 TFUE przez strony tego postępowania nie będzie miał jednak zastosowania art. 105 § 1 Kpa, który stwierdza, że gdy postępowanie z jakiegokolwiek przyczyny stało się bezprzedmiotowe, organ administracji publicznej wydaje decyzje o jego umorzeniu. W orzecznictwie Sądu Najwyższego wskazuje się bowiem, że *Zgodnie z art. 288 TFUE, bezpośredniemu stosowaniu podlega art. 5 zdanie 3 rozporządzenia 1/2003, zgodnie z którym w razie ustalenia przez krajowy organ konkurencji, że przesłanki zakazu praktyki nadużywania pozycji dominującej ustanowionej w art. 102 TFUE nie zostały spełnione należy zdecydować, że nie ma podstaw do działania ze strony tego organu*³⁹. W ocenie przytoczone Prezesa UOKiK przytoczone stanowisko Sądu Najwyższego znajduje zastosowanie zarówno w sytuacji, gdy Prezes UOKiK zgromadzi wystarczające dowodowy bezpośrednie powalające na jednoznaczne przyjęcie, że przedsiębiorcy nie naruszyli zakazów, w których mowa w art. 101 i 102 TFEU, jak i w sytuacji, gdy organ antymonopolowy nie zgromadzi wystarczających dowodów pozwalających na przyjęcie działania stron postępowania z naruszeniem tych zakazów. Druga ze wskazanych sytuacji ma miejsce w niniejszej sprawie. W rezultacie zasadne jest przyjęcie, że w sprawie art. 5 zdanie 3 Rozporządzenia

³⁹ Wyrok SN z dnia 11 czerwca 2011 r., sygn. akt III SK 2/09

1/2003 stanowi podstawę rozstrzygnięcia decyzji Prezesa UOKiK w zakresie podejrzenia naruszenia przez strony przedmiotowego postępowania antymonopolowego art. 101 TFUE.

(308.) W związku z powyższym orzeka się jak w pkt II sentencji niniejszej decyzji.

(309.) Zgodnie z art. 81 ust. 1 ustawy z dnia 16 lutego 2007 r. *o ochronie konkurencji i konsumentów* w związku z art. 3 i 11 ustawy z dnia 10 czerwca 2014 r. *o zmianie ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów oraz ustawy – Kodeks postępowania cywilnego* (Dz. U. z 2014 r. poz. 945) w związku z art. 479²⁸ § 2 ustawy z dnia 17 listopada 1964 r. *Kodeks postępowania cywilnego* (tekst jedn. Dz. U. z 2014 r., poz. 101 ze zm.), od niniejszej decyzji przysługuje odwołanie do Sądu Okręgowego w Warszawie – Sądu Ochrony Konkurencji i Konsumentów, za pośrednictwem Prezesa UOKiK, w terminie miesiąca od dnia doręczenia niniejszej decyzji.

*Z up. Prezesa
Urzędu Ochrony Konkurencji
i Konsumentów*

Otrzymują:

1. Grabikowski-Grabikowska P.P.H.U. „INEX” sp.j.

ul. Białostocka 12
11-500 Giżycko

2. Pro-Wet Śnioch, Wiese sp.j.

ul. Okrężna 11
75-736 Koszalin

3. IDT Biologika GmbH

Am Pharmapark
06861 Dessau-Roßlau (Niemcy)
reprezentowana przez: