



**PREZES
URZĘDU OCHRONY
KONKURENCJI I KONSUMENTÓW
DELEGATURA W KRAKOWIE**

L.dz.: RKR-410-3/04/WJ-19/04

Kraków, dnia 22 września 2004 r.

DECYZJA Nr RKR -31/2004

Stosownie do treści art. 28 ust. 6 *ustawy z dnia 15 grudnia 2000 r. o ochronie konkurencji i konsumentów* (Dz. U. z 2003 r. Nr 86, poz. 804, z późn. zm.) oraz § 6 *rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 19 lutego 2002 r. w sprawie określenia właściwości miejscowej i rzeczowej Delegatur Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów* (Dz. U. Nr 18, poz. 172, z późn. zm.) - po przeprowadzeniu postępowania antymonopolowego wszczętego na wniosek Prezydenta Miasta Krakowa,

działając w imieniu Prezesa Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów,
na podstawie art. 11 ust. 1 w związku z art. 5 ust. 1 pkt 6 i 7 wymienionej na wstępie ustawy
- nie stwierdza się stosowania przez:

- Przedsiębiorstwo Inżynierskich Robót Kolejowych „TOR - KRAK” Sp. z o.o. w Krakowie,
- Zakłady Usług Energetycznych i Komunikacyjnych Grupa ZUE S. A. w Krakowie,
- Firmę Torowo – Spawalniczą „SPAW – TOR” - inż. Wiesław Michnik w Krakowie,
- Zakład Infrastruktury Miejskiej Sp. z o.o. w Krakowie oraz
- „BUDOSTAL-5” S.A. w Krakowie

praktyk ograniczających konkurencję polegających na zawarciu porozumienia, którego celem i skutkiem jest ograniczenie konkurencji na lokalnym rynku drogowych robót torowych na terenie Gminy Kraków poprzez uzgadnianie przez ww. przedsiębiorców - przystępujących do przetargu nieograniczonego pod nazwą „Naprawy awaryjne elementów infrastruktury torowej tramwajowej”, podzielonego przez zamawiającego, tj. Zarząd Dróg i Komunikacji na cztery części – warunków składanych ofert, w taki sposób, że każdy z czterech wykonawców (w tym Zakłady Usług Energetycznych i Komunikacyjnych w konsorcjum z Firmą „SPAW – TOR” - jako jeden wykonawca) złożył ofertę na dwie części zamówienia skalkulowane w ten sposób, aby zapewnić sobie przyznanie jednej części zamówienia i jednocześnie umożliwić pozostałym wykonawcom przyznanie innej części.

UZASADNIENIE

W dniu 6 maja 2004 r. - na wniosek z dnia 31 marca 2004 r. Prezydenta Miasta Krakowa (zwanego dalej „Wnioskodawcą”) działającego w imieniu Gminy Kraków - zostało wszczęte postępowanie antymonopolowe pod zarzutem zawarcia przez:

- Przedsiębiorstwo Inżynierskich Robót Kolejowych „TOR - KRAK” Sp. z o.o. w Krakowie – zwane dalej „TOR-KRAK”,

- Zakład Usług Energetycznych i Komunikacyjnych grupa ZUE S. A. w Krakowie – zwany dalej „ZUE”,
- Firmę Torowo – Spawalniczą „SPAW – TOR” - inż. Wiesław Michnik w Krakowie – zwaną dalej „SPAW-TOR”,
- Zakład Infrastruktury Miejskiej Sp. z o.o. w Krakowie – zwany dalej „ZIM” oraz
- „BUDOSTAL-5” S.A. w Krakowie – zwany dalej „BUDOSTAL-5”

porozumienia, którego celem i skutkiem jest ograniczenie konkurencji na lokalnym rynku drogowych robót torowych na terenie Gminy Kraków, polegającego na uzgodnieniu przez ww. przedsiębiorców - przystępujących do przetargu nieograniczonego pod nazwą „Naprawy awaryjne elementów infrastruktury torowej tramwajowej”, podzielonego przez zamawiającego, tj. Zarząd Dróg i Komunikacji na cztery części – warunków składanych ofert, w taki sposób, że każdy z czterech wykonawców (w tym ZUE w konsorcjum ze SPAW-TOR - jako jeden wykonawca) złożył ofertę na dwie części zamówienia skalkulowane w ten sposób, aby zapewnić sobie przyznanie jednej części zamówienia i jednocześnie umożliwić pozostałym wykonawcom przyznanie innej części - co może stanowić naruszenie art. 5 ust. 1 pkt 6 i 7 ustawy z dnia 15 grudnia 2000 r. o ochronie konkurencji i konsumentów - zwanej dalej „ustawą o ochronie (...)”.

Na podstawie informacji zawartych we wniosku oraz jego uzupełnieniu w pismach z dnia z 23 kwietnia i 6 maja 2004 r., a także przedłożonych przez Wnioskodawcę wyjaśnień i dokumentów, organ antymonopolowy dokonał następujących ustaleń:

Zarząd Dróg i Komunikacji w Krakowie (zwany dalej „Zamawiającym”) zamieścił w Biuletynie Zamówień Publicznych Nr 146 z dnia 2 października 2003 r. ogłoszenie o przetargu nieograniczonym na wykonanie na terenie miasta Krakowa zadania pod nazwą „Naprawy awaryjne elementów infrastruktury torowej tramwajowej” (zwanego dalej „zamówieniem”).

Zgodnie ze Specyfikacją Istotnych Warunków Zamówienia (zwaną dalej „SIWZ”), przedmiot zamówienia podzielono na cztery części, na które składają się naprawy awaryjne infrastruktury torowej tramwajowej, na następujących odcinkach eksploatacyjnych:

- część 1. - w ul. Igołomskiej,
- część 2. - w ul. Kocmyrzowskiej, od ul. K. Darwina do przejazdu drogowego na Cmentarz Grebałowski,
- część 3. - w ul. Mrozowej, od pętli tramwajowej „Walcownia” do węzła rozjazdów tramwajowych nr 43 „Mrozowa – Ujastek”,
- część 4 - węzeł rozjazdów tramwajowych nr 43 „Mrozowa – Ujastek”.

SIWZ przewidywała możliwość składania ofert częściowych oraz zawierania umów podwykonawstwa, w celu realizacji robót nie należących do profilu działalności wykonawcy przystępującego do przetargu. Podwykonawcy zaproponowani w takim trybie winni być jednak wcześniej - przed podpisaniem umowy o realizację zamówienia publicznego - zaakceptowani przez Zamawiającego.

Zgodnie z SIWZ, jedynym kryterium oceny ofert była cena brutto za wykonanie odpowiedniej części zamówienia.

SIWZ wykupiło 10 przedsiębiorców, w tym 5 wymienionych na wstępie - uczestników postępowania antymonopolowego (zwanymi dalej także „Wykonawcami”) - oraz 5 innych firm: 2 z Krakowa oraz po 1 z Poznania, Wrocławia i z Elbląga.

W terminie składania ofert, tj. do dnia 24 października 2003 r., oferty złożyło jedynie 5 Wykonawców. Łącznie złożyli oni 8 ofert częściowych. I tak:

- oferty na wykonanie części 1. zamówienia, tj. odcinka eksploatacyjnego w ul. Igołomskiej złożyli: TOR-KRAK i ZIM. Zgodnie ze SIWZ, za korzystniejszą uznano ofertę tańszą z ceną 2.999.790,61 zł - zaproponowaną przez TOR – KRAK,
- oferty na wykonanie części 2., tj. odcinka w ul. Kocmyrzowskiej złożyli – podobnie jak w przypadku części 1. – również TOR - KRAK i ZIM. Tym razem niższą cenę - 1.006.566,30 zł - zaoferował ZIM i jego oferta została uznana przez Zamawiającego za najkorzystniejszą,
- oferty na wykonanie części 3., tj. odcinka w ul. Mrozowej złożyli: BUDOSTAL-5 oraz Konsorcjum firm ZUE i SPAW – TOR (zwane dalej „Konsorcjum”). Za korzystniejszą uznana została oferta Konsorcjum, które zaproponowało niższą cenę – 3.000.445,74 zł.
- oferty na wykonanie części 4., tj. węzła rozjazdów tramwajowych nr 43 „Mrozowa – Ujastek”, złożyli ponownie: BUDOSTAL-5 oraz Konsorcjum. W tym przypadku korzystniejsza okazała się oferta BUDOSTAL-5, z ceną 962.798,63 zł.

Wszyscy ww. Wykonawcy zadeklarowali w ofertach, że zamówienie będą realizować przy pomocy podwykonawców. I tak:

- TOR-KRAK, zwycięzca przetargu w zakresie części 1. zamówienia zaproponował na podwykonawcę firmę SPAW-TOR, wchodzącą w skład Konsorcjum, które otrzymało zlecenie na realizację części 2. zamówienia,
- ZIM, któremu powierzono wykonanie części 2. zamówienia, zobowiązał się zaangażować jako podwykonawcę Zakład Gospodarki Komunalnej Sp. z o.o. w Krakowie - zwany dalej „ZGK” (przedsiębiorcę nie objętego niniejszym postępowaniem),
- Konsorcjum, któremu powierzono wykonanie części 3. zamówienia, zaproponowało na podwykonawcę BUDOSTAL-5 Firma Drogowa Sp. z o.o. w Krakowie - zwaną dalej „BUDOSTAL-5 FD” (przedsiębiorcę nie objętego niniejszym postępowaniem), tj. spółkę zależną od firmy BUDOSTAL-5,
- BUDOSTAL-5, jako zwycięzca części 4. zamówienia, wskazał na podwykonawców dwie firmy: SPAW-TOR, tj. uczestnika Konsorcjum oraz zależną od siebie BUDOSTAL-5 FD.

W dniu 8 listopada 2003 r. Zamawiający zawarł umowy o realizację poszczególnych części zamówienia z Wykonawcami, na których korzyść – w sposób wyżej opisany - rozstrzygnięte zostało postępowanie przetargowe.

Na podstawie powyższych faktów Wnioskodawca sformułował zarzut, iż każdy z czterech przystępujących do przetargu Wykonawców (w tym ZUE w konsorcjum ze SPAW-TOR - jako jeden) złożył oferty na dwie części zamówienia, proponując ceny w wysokości, które zapewniały mu uzyskanie zlecenia wykonania tylko jednej części. Złożenie ofert

na dwie części zamówienia zapobiegło natomiast – zdaniem Wnioskodawcy – unieważnieniu przetargu, ponieważ – stosownie do art. 27b ust. 1 pkt 1 *ustawy z dnia 10 czerwca 1994 r. o zamówieniach publicznych* (Dz. U. z 2002 r. Nr 72, poz. 664, z późn. zm.) - warunkiem ważności postępowania o udzielenie zamówienia publicznego jest uzyskanie przez zamawiającego co najmniej dwóch ofert nie podlegających odrzuceniu. Zdaniem Wnioskodawcy, każdy z Wykonawców zapewnił sobie w ten sposób uzyskanie jednej części zamówienia, a jednocześnie umożliwił pozostałym zdobycie innej części.

W ocenie Wnioskodawcy wszystkie wyżej wskazane okoliczności - tzn. podział pomiędzy Wykonawcami poszczególnych części zamówienia oraz zaproponowanie na podwykonawców firm realizujących inne części w charakterze głównych wykonawców – świadczą o zawarciu przez nich zakazanego przepisami art. 5 ust. 1 pkt 6 i 7 *ustawy o ochronie (...)* porozumienia, polegającego na uzgadnianiu warunków składanych ofert dotyczących zakresu prac oraz ceny i ograniczającego dostęp do rynku przedsiębiorców nie objętych porozumieniem. Ustalenie warunków zawartych w ofertach nie byłoby - w przekonaniu Wnioskodawcy - możliwe bez uprzedniego wzajemnego porozumiewania się Wykonawców, poprzez ich bezpośrednie lub pośrednie kontakty.

W celu zobrazowania dającego się - jego zdaniem - zauważyć stałego współdziałania Uczestników postępowania antymonopolowego, Wnioskodawca przedłożył listę szeregu innych zamówień publicznych realizowanych w latach 2001 – 2003 przez tych samych Wykonawców i podwykonawców na zlecenie tego samego Zamawiającego, tj. Zarząd Dróg i Komunikacji.

Wnioskodawca podniósł, że zarzucane porozumienie mogło mieć negatywny wpływ na wysokość kosztów poniesionych przez Gminę Kraków na wykonanie przedmiotu zamówienia, ponieważ ceny skalkulowane w ofertach Wykonawców były bardzo zbliżone do szacunkowej wartości zamówienia wyliczonej przez Zamawiającego w oparciu o kosztorys inwestorski.

Wnioskodawca wyjaśnił również, iż przeprowadził kontrolę prawidłowości zamówienia będącego przedmiotem wniosku antymonopolowego, jednak w jej trakcie nie natknął się na żaden dokument mogący stanowić dowód na okoliczność ustalania przez Wykonawców warunków składanych ofert lub rozstrzygnięcia zamówienia.

W jego przekonaniu fakt zawarcia porozumienia ograniczającego konkurencję wynika z samego przebiegu postępowania o zamówienie na „Naprawy awaryjne elementów infrastruktury torowej tramwajowej”, treści ofert złożonych przez Wykonawców oraz rozstrzygnięcia tego postępowania.

Ustosunkowując się do zarzutu Wnioskodawcy dotyczącego podziału poszczególnych części zamówienia, każdy z Wykonawców oświadczył, że nie zawierał zarówno z pozostałymi - objętymi postępowaniem - jak również innymi przedsiębiorcami, żadnych porozumień mających na celu ograniczenie konkurencji na rynku, a także nie uzgadniał w żadnej formie warunków przystąpienia do zamówienia lub jego realizacji. Zdaniem Wykonawców zarzuty zawarte we wniosku Gminy Kraków są nieprawdziwe, bezzasadne i nie poparte żadnymi dowodami, a oparte wyłącznie na nieuprawnionych tezach i domniemaniach.

Wykonawcy podnieśli, że na terenie całej Polski w branży drogowych robót torowych działa kilkudziesięciu przedsiębiorców, którzy potencjalnie mogliby przystąpić do walki o realizację zamówienia. Zwrócili uwagę, że *ustawa o zamówieniach publicznych* i SIWZ

dopuszczają tworzenie konsorcjów oraz zawieranie umów podwykonawstwa, co umożliwiało udział w zamówieniu kolejnym firmom.

Pomimo tego SIWZ na „Naprawy awaryjne elementów infrastruktury torowej tramwajowej” w Krakowie wykupiło tylko 10 przedsiębiorców, zaś oferty złożyło jedynie 5 z nich. Taki stan rzeczy - zdaniem Wykonawców - wynikał z tego, iż prace remontowe polegające na naprawach awaryjnych (w porównaniu np. z remontem kapitalnym) są bardzo trudne i pracochłonne w realizacji. I tak, zdaniem Wykonawców:

- naprawy awaryjne wiążą się z koniecznością: prowadzenia robót remontowych ”pod ruchem”, z częściowymi wyłączeniami odcinka z eksploatacji lub krótkimi wyłączeniami na całym odcinku jednocześnie, wykonywania niektórych prac tylko w godzinach nocnych, gdy nie kursuje komunikacja tramwajowa, co - jak podkreślił ZUE - oznacza zaangażowanie dużej ilości pracowników i sprzętu w tym samym czasie, krótki czas efektywnej pracy, zwiększony nadzór,
- przedmiot zamówienia obejmował znaczny zakres robót, a Zamawiający wyznaczył krótki termin na ich wykonanie, gdyż 30 % całego zakresu prac miało być zrealizowane w okresie pomiędzy 8 listopada 2003 r., tj. datą rozstrzygnięcia przetargu i podpisania umów o realizację poszczególnych części zamówienia, a końcem roku 2003 r. Wykonawcy zwracali także uwagę na nakładanie się terminów realizacji prac, wchodzących w skład poszczególnych części zamówienia, co ograniczało ich swobodny wybór pomiędzy tymi częściami,
- zamówienie realizowane było w trudnych warunkach jesienno-zimowych (ujemne temperatury, śnieg na torach itp.), znacznie utrudniających prowadzenie prac,
- odcinki remontowe, objęte poszczególnymi częściami zamówienia, były od siebie oddalone, co ograniczało swobodny wybór Wykonawców pomiędzy nimi,
- zakres przedmiotowy zamówienia obejmował prace specjalistyczne, takie jak spawanie termitowe i wykonywanie nawierzchni asfaltowych, które są przedmiotem działalności wąskiej grupy przedsiębiorców,
- każdy wykonawca uwzględniać musiał swoje własne możliwości ekonomiczne, aktualnie posiadane moce przerobowe i finansowe. Ograniczenia w tym zakresie wynikały z zaangażowania pracowników, sprzętu i środków finansowych na innych - prowadzonych przez nich w tym samym czasie - budowach, w tym również w miastach znacznie oddalonych do Krakowa,
- zdaniem TOR-KRAK wykonawcy uwzględnić musieli obiektywne warunki rynkowe, w których zamówienie miało być realizowane, zwłaszcza aktualne i przewidywane podwyżki cen szyn i złączy tramwajowych.

W ocenie Wykonawców, przedstawione powyżej okoliczności – składające się na specyfikę i wyjątkowość zamówienia – mogły spowodować ograniczone zainteresowanie uzyskaniem i realizacją zamówienia u części przedsiębiorców. Ze względów organizacyjnych i ekonomicznych naprawy awaryjne prowadzone w takich warunkach opłacało się realizować przede wszystkim przedsiębiorcom „miejscowym”, którzy posiadają siedzibę lub zaplecze techniczne na terenie wykonywania zamówienia, co ograniczało krąg zainteresowanych zdobywaniem zamówienia.

Wykonawcy utrzymywali, iż przedstawiona wyżej specyfika robót spowodowała, że żaden z nich nie miał technicznych i organizacyjnych, a część - również finansowych - możliwości

wykonania wszystkich prac objętych całym zamówieniem. Koncentrując się na dwóch jego częściach - tak aby otrzymać zlecenie na realizację maksimum około 50 % całości robót - Wykonawcy sądzili, iż zapewniają sobie osiągnięcie najkorzystniejszych efektów ekonomicznych, czyli optymalizację zysku i innych korzyści związanych z pracami publicznymi, przy jednoczesnym zachowaniu minimum ryzyka niewykonania w terminie lub nienależytego wykonania przedmiotu zamówienia. Z uwagi na to, każdy z nich złożył ofertę na jedną - zakresowo mniejszą i jedną - zakresowo większą z 4. części, na jakie zamówienie zostało podzielone.

W toku dalszych wyjaśnień Wykonawcy informowali, że decydując się na wybór odpowiednich części zamówienia, kierowali się również innymi obiektywnymi i racjonalnymi kryteriami. Każdy przedsiębiorca przystępując do przetargów, zwłaszcza o dużym zakresie robót, złożenie swojej oferty poprzedza dokładną analizą zaangażowania własnych środków finansowych i osobowo-sprzętowych. W zależności od wyników takiej analizy podejmowane są działania samodzielnie lub w ramach współpracy z innymi podmiotami, czy to polegającej na tworzeniu konsorcjów, czy też zawieraniu umów podwykonawstwa. Tak było - w ocenie Wykonawców - również w przypadku zamówienia będącego przedmiotem postępowania antymonopolowego. Jak argumentował TOR-KRAK, po wykupieniu i szczegółowym przeanalizowaniu SIWZ, przeprowadził wizję lokalną w terenie połączoną ze specjalistycznymi badaniami, a następnie dokonał wyceny wszystkich 4. części zamówienia, decydując się ostatecznie na opracowanie i złożenie oferty przetargowej dotyczącej realizacji części 1. i 2. zamówienia.

Wykonawcy zwracali uwagę, iż SIWZ wprost zezwalała na składanie ofert częściowych, nie wprowadzając jednocześnie w tym zakresie żadnych ograniczeń. Zgodnie natomiast z zapewnieniami Wykonawców, podstawowe znaczenie dla wyboru takich, a nie innych części zamówienia miała lokalizacja odcinków robót przyporządkowanych do tych części.

Tak bowiem, ZUE i SPAW-TOR - działając jako Konsorcjum - złożyli oferty na wykonanie 3. części, tj. odcinka eksploatacyjnego w ul. Mrozowej od pętli tramwajowej „Walcownia” do węzła rozjazdów tramwajowych nr 43 „Mrozowa-Ujastek” oraz 4. części zamówienia, tj. węzła rozjazdów tramwajowych nr 43 „Mrozowa – Ujastek” wraz z wymianą rozjazdu pojedynczego dwutorowego na wysokości ul. Mrozowej, czyli odcinków robót bezpośrednio ze sobą sąsiadujących.

Z kolei TOR-KRAK zdecydował się na realizację 1. części zamówienia, tj. odcinka eksploatacyjnego w ul. Igołomskiej, ponieważ posiada przy tej ulicy bazę materiałowo - sprzętową (na dowód czego załączył umowę dzierżawy bazy). Tego waloru - zdaniem TOR-KRAK - nie miały prace przy ul. Mrozowej, o porównywalnej wartości zamówienia.

Podobnie ZUE wyjaśniły, że posiadają odpowiednie zaplecze techniczne w okolicach ul. Mrozowej, tj. 3. część zamówienia. Ta okoliczność w połączeniu z podniesioną powyżej wspólną lokalizacją zadań objętych 3. i 4. częścią zamówienia - w ocenie SPAW-TOR - wpływały na zmniejszenie kosztów obsługi zaplecza i właściwą organizację robót. Zdaniem SPAW-TOR dawało to również realne możliwości wykonania obu części w terminie, co w odniesieniu do 1. i 2. części zamówienia byłoby z ekonomicznego punktu widzenia o wiele bardziej ryzykowne, zwłaszcza w okresie zimowym.

TOR-KRAK wyjaśniło ponadto, iż dokonało wyboru robót przy ul. Kocmyrzowskiej - wchodzących w skład 2. części zamówienia - kierując się rodzajem prac, które w tym wypadku były technicznie prostsze, w porównaniu do robót - o zbliżonym zakresie i wartościowo rozmiarze - w węźle rozjazdów tramwajowych nr 43 „Mrozowa – Ujastek”, czyli 4. części zamówienia.

Zdaniem TOR-KRAK, wartość materiałów w ramach 4. części zamówienia sięgnąć mogła nawet ok. 80 % wartości całej tej części, podczas gdy przy realizacji 2. części wartości materiałów nie przekraczała ok. 30 %. TOR-KRAK dodał także, iż wybór 1. i 2. części zamówienia spowodowany był również niekolidującym ze sobą czasokresem ich wykonania. Dzięki temu było mu łatwiej wykonać obie części zamówienia i osiągnąć planowany zysk.

Odnosząc się do argumentacji i wyjaśnień Wykonawców, Wnioskodawca potwierdził, że wyłączenia komunikacji tramwajowej w trakcie robót miały być dokonywane przez konkretnego wykonawcę w porozumieniu z Zamawiającym oraz Miejskim Przedsiębiorstwem Komunikacyjnym S. A. w Krakowie. W ten sposób ustalono, że prace objęte 2. i 3. częścią zamówienia będą wykonywane przy całkowitym wyłączeniu ruchu tramwajowego – jednak nie dłużej niż do końca 2003 r., natomiast roboty wykonywane w ramach 1. części będą realizowane przy utrzymaniu ruchu na jednym torze oraz z zastosowaniem „przejazdówek”.

Wnioskodawca wyjaśnił, że prace objęte poszczególnymi częściami zamówienia realizowane były w następujących okresach: część 2. - od 8 do 28 listopada 2003 r., część 3. od 29 listopada do 21 grudnia 2003 r. i część 1. - od 8 listopada 2003 r. do 2 lutego 2004 r.

Wnioskodawca przyznał, iż od 1996 r. naprawy awaryjne na torowiskach tramwajowych w Krakowie wykonywali wyłącznie przedsiębiorcy posiadający siedzibę oraz zaplecze techniczne w tym mieście. Przyznał także, iż nie kwestionuje braku możliwości wykonania całości prac objętych zamówieniem samodzielnie przez poszczególnych Wykonawców. W świadomości takiego braku możliwości samodzielnego wykonania zamówienia widział jednak przyczynę wspólnego i zamierzonego działania Wykonawców, prowadzącego do ich porozumienia się w zakresie realizacji poszczególnych części zamówienia.

Wnioskodawca nie podzielił poglądu, że najkorzystniejsze ekonomicznie efekty można było osiągnąć poprzez przystąpienie Wykonawców do dwóch części zamówienia. Jego zdaniem Wykonawcy mieli raczej świadomość tego, że takie rozwiązanie było konieczne z punktu widzenia ważności zamówienia. Zgodnie bowiem z art. 27 b *ustawy o zamówieniach publicznych*, jeżeli w postępowaniu prowadzonym w trybie przetargu nieograniczonego na którąkolwiek część zamówienia nie wpłyną co najmniej dwie oferty nie podlegające odrzuceniu, postępowanie dotyczące tej części zamówienia należy unieważnić. W celu uchronienia się od takiej sytuacji Wykonawcy - jak twierdził Wnioskodawca - zawarli porozumienie ograniczające konkurencję, opisane w jego wniosku.

W toku postępowania antymonopolowego Wnioskodawca nie podjął polemiki z argumentacją Wykonawców dotyczącą wyboru, takich a nie innych, części zamówienia.

Odpowiadając na zarzuty Wnioskodawcy dotyczące korzystania z pomocy podwykonawców w celu realizacji poszczególnych części zamówienia, Wykonawcy podnieśli następujące argumenty:

Zdaniem BUDOSTAL-5 powszechnym zjawiskiem na rynku usług budowlanych jest współpraca wyspecjalizowanych przedsiębiorców, co przejawia się m.in. w zawieraniu umów konsorcyjnych lub umów podwykonawstwa,

W ocenie wszystkich Wykonawców SIWZ dopuszczała zawieranie umów podwykonawstwa na wykonywanie prac specjalistycznych, nie mieszczących się w przedmiocie działalności oferenta. Ich zdaniem, do takich prac specjalistycznych zaliczyć należało: spawanie termitowe, które musiało być realizowane przez firmę posiadającą stosowne uprawnienia

i przy wykorzystaniu ściśle określonych metod oraz wykonywanie mas bitumicznych w odpowiedniej, wymaganej przez SIWZ technologii.

Zdaniem SPAW- TOR, jest ona jedynym w Krakowie wykonawcą specjalizującym się w spawalnictwie termitowym szyn tramwajowych, natomiast w całej Polsce działa jeszcze w tej branży 3 innych przedsiębiorców w Gdyni, Poznaniu i Wrocławiu.

Na wynikający ze SIWZ wymóg spawania w ściśle określonych technologiach przez firmę posiadającą odpowiednie uprawnienia zwróciły także uwagę ZUE oraz TOR-KRAK. W tych okolicznościach - jak podnosił TOR-KRAK - stawianie zarzutu ograniczenia dostępu do rynku innym przedsiębiorcom, z powodu zawarcia umowy podwykonawstwa z jedyną dostępną na rynku firmą miejscową, jest nieuzasadnione.

Odnosnie wykonywania mas bitumicznych wyjaśnień udzieliły ZUE, zwracając w pierwszym rzędzie uwagę na postanowienia SIWZ dotyczące wymaganej technologii. Spółka argumentowała, że na terenie Krakowa i jego okolic produkcją nawierzchni asfaltowych w technologii wymaganej przez SIWZ zajmują się trzy otaczarnie: Krakowskie Przedsiębiorstwo Robót Drogowych, Miejskie Przedsiębiorstwo Robót Inżynieryjnych oraz BUDOSTAL-5 FD, przy czym pierwsza z nich podejmuje się realizacji prac o dużym zakresie. Z uwagi natomiast na znikomy rozmiar tych robót w ramach zamówienia (wykonywanie nawierzchni asfaltowych w przejazdach tramwajowych) ZUE musiały skorzystać z usług jednej z pozostałych dwóch otaczarni.

W uzupełnieniu wyjaśnień dotyczących prac specjalistycznych Wykonawcy podkreślali, że wybór podwykonawców był za każdym razem poprzedzony analizą cenową zamawianych robót. Jak argumentowali, podstawowe znaczenie miała dla nich najniższa cena za jaką firma specjalistyczna była w stanie wykonać zlecenie. Aby wybrać najtańszego podwykonawcę, Wykonawcy przeprowadzali z reguły konkursy ofert lub kierowali zapytania cenowe do firm dostępnych na rynku, na co przedłożyli organowi antymonopolowemu stosowne dowody w postaci dokumentów ofertowych.

Niektórzy Wykonawcy zwrócili także uwagę na inny, nie będący przedmiotem wniosku aspekt sprawy. Z ich wyjaśnień oraz przedłożonych dokumentów wynikało, że Zamawiający wstrzymał wykonanie niektórych umów o realizację zamówienia.

TOR-KRAK podniosło, iż Zamawiający nie zapłacił mu należności wynikającej z faktury końcowej za roboty zrealizowane w ramach 1. części zamówienia w miesiącu styczniu, ponieważ nie zabezpieczył na ten cel odpowiednich środków finansowych. Zdaniem TOR-KRAK, zarzuty stosowania praktyk ograniczających konkurencję - zawarte we wniosku będącym podstawą niniejszego postępowania - miały na celu znalezienie uzasadnienia dla wstrzymania robót jeszcze niedokończonych oraz niezapłacenia za prace już wykonane. Na dowód TOR-KRAK przedłożył pismo skierowane w tej sprawie do Zamawiającego.

Odnosząc się do powyższej argumentacji Wnioskodawca przyznał, że ze względu na konieczność dysponowania odpowiednim sprzętem, wykwalifikowanymi pracownikami oraz znajomością technologii, spawy termitowe i nawierzchnie asfaltowe mogły być wykonywane wyłącznie przez przedsiębiorców specjalizujących się w tych robotach.

Przyznał także, że zgodnie z wymogami Zamawiającego, firma realizująca prace spawalnicze musiała posiadać licencję spawania uznawaną w kolejnictwie, przy czym ani on, ani Zamawiający nie prowadzili badania rynków spawania termitowego i wykonywania mas bitumicznych, a więc nie posiadają żadnych danych i informacji o ich uczestnikach.

W świetle informacji udzielonych przez Wnioskodawcę, realizacja poszczególnych części zamówienia przedstawiała się następująco:

- części 1. - prace przerwano z powodu braku środków finansowych, wpisem w dzienniku budowy z dnia 13.01.2004 r. Do dnia 2 lutego 2004 r. dokonano likwidacji „przejazdówek” i dostosowano tor do normalnej eksploatacji,
- część 2. – zrealizowana w całości,
- część 3. - prace przerwano z powodu braku środków finansowych, wpisem w dzienniku budowy z dnia 20.12.2003 r. o dopuszczeniu torowiska do ruchu. Prace porządkowe trwały do dnia 21 grudnia 2003 r.,
- część 4. – prace nie zostały wcale rozpoczęte, z powodu braku środków finansowych.

Wnioskodawca przedłożył również kopię korespondencji, prowadzonej pomiędzy Zamawiającym a Wykonawcami po podpisaniu umów o realizację poszczególnych części zamówienia, potwierdzającej przedstawiony powyżej stan faktyczny w zakresie wstrzymania robót, z powodu braku środków finansowych na ich kontynuowanie.

W końcowej fazie postępowania antymonopolowego Wykonawcy ponowili wyrażaną wcześniej opinię, że zarzuty Wnioskodawcy oparte są wyłącznie na zestawieniach danych faktycznych, z których wyprowadzone zostały tezy nie poparte żadnymi dowodami, a oparte wyłącznie na domniemaniach.

Ustosunkowując się do powyższego, Wnioskodawca podkreślił, iż w dalszym ciągu uważa, że oferty Wykonawców zawierały propozycje cenowe ustalone w sposób gwarantujący każdemu z nich uzyskanie zamówienia w zakresie wyłącznie jednej jego części. Zdaniem Wnioskodawcy, było to wynikiem zamierzonego działania Wykonawców. Jak bowiem argumentował, sposób przygotowania ofert, wynik postępowania oraz zapewnienie udziału podwykonawców w realizacji zamówienia w sposób gwarantujący wykonanie poszczególnych części, a w rezultacie całego zamówienia – potwierdzają zarzut dotyczący ustalania pomiędzy Wykonawcami warunków przystąpienia do postępowania i treści składanych ofert.

Wnioskodawca nie dostarczył jednak i nie wskazał - do przeprowadzenia z urzędu przez organ antymonopolowy - żadnych dowodów uzupełniających akta niniejszego postępowania. Nie przedstawił również żadnych nowych okoliczności uprawdopodobniających naruszenie przepisów *ustawy o ochronie (...)*, które organ antymonopolowy mógłby wziąć pod rozwagę przy ocenie zarzutów stosowania przez Wykonawców praktyk ograniczających konkurencję.

Odpowiadając na pytanie organu antymonopolowego dlaczego Zamawiający - pomimo ciężącego na nim obowiązku dokładnego sprawdzenia ofert – ich nie odrzucił, a w efekcie nie unieważnił postępowania o zamówienie, Wnioskodawca stwierdził, że na etapie oceny ofert Wykonawców nie stwierdził istnienia przesłanek do ich odrzucenia. Nieprawidłowości, będące podstawą skierowanego do Urzędu wniosku o wszczęcie postępowania antymonopolowego, zostały ujawnione dopiero po udzieleniu zamówienia.

Mając na uwadze powyższe ustalenia organ antymonopolowy zważył, co następuje:

Zdaniem Wnioskodawcy, w okolicznościach faktycznych niniejszej sprawy doszło do zawarcia porozumienia, polegającego na uzgodnieniu przez Wykonawców

przystępujących do zamówienia, warunków składanych ofert, w taki sposób, że każdy z nich zapewnił sobie przyznanie jednej części zamówienia i jednocześnie umożliwił pozostałym Wykonawcom uzyskanie innej części. Stanowi to – w ocenie Wnioskodawcy - naruszenie art. 5 ust. 1 pkt 6 i 7 *ustawy o ochronie (...)*.

Przepisy te zakazują zawierania porozumień, których celem lub skutkiem jest wyeliminowanie, ograniczenie lub naruszenie w inny sposób konkurencji na rynku właściwym, polegające na:

- ograniczaniu dostępu do rynku lub eliminowaniu z rynku przedsiębiorców nieobjętych porozumieniem (pkt 6),
- uzgadnianiu przez przedsiębiorców przystępujących do przetargu lub przez tych przedsiębiorców i przedsiębiorcę będącego organizatorem przetargu warunków składanych ofert, w szczególności dotyczących zakresu prac lub ceny (pkt 7).

Stosownie do treści art. 4 pkt 4 *ustawy o ochronie (...)* – porozumienia, to uzgodnione działania przedsiębiorców lub związków przedsiębiorców mające postać umów lub postanowień umów, uchwał lub innych aktów oraz wszelkiego rodzaju uzgodnień.

Zakazu zawierania porozumień nie stosuje się w przypadku porozumień bagatelnych, czyli takich, w których udział w rynku uczestniczących w nich przedsiębiorców nie przekracza granic określonych w art. 6 ust. 1 *ustawy o ochronie (...)*. Zgodnie natomiast z ust. 2 - wyłączeń, o których mowa w tym artykule, nie stosuje się do przypadków określonych w art. 5 ust. 1 pkt 1 – 3 i pkt 7 *ustawy o ochronie (...)*. W ten sposób ustawodawca uznał, między innymi, tzw. znowę przetargową z art. 5 ust. 1 pkt 7 za szczególnie ciężki rodzaj naruszenia *ustawy o ochronie (...)* i zwolnił organ antymonopolowy z obowiązku ustalania siły rynkowej uczestniczących w niej przedsiębiorców.

Kierując się powyższą dyspozycją ustawową, organ wszczął - po uzupełnieniu wniosku przez Wnioskodawcę - postępowanie antymonopolowe w niniejszej sprawie. Jednocześnie organ antymonopolowy odstąpił od ustalania pozycji rynkowej Wykonawców biorących udział w zamówieniu, a poprzestał na określeniu rynku właściwego.

Decydując się na wszczęcie postępowania antymonopolowego, organ dodatkowo kierował się treścią przepisu art. 1 ust. 1 *ustawy o ochronie (...)*, tzn. dopatrył się również możliwości naruszenia interesu publicznoprawnego, gdyż wynik przetargu w sprawie zamówienia mógł wpływać na prawidłowość mechanizmów konkurencji oraz interesy innych – niż Wykonawcy - przedsiębiorców działających na rynku właściwym.

Zgodnie z art. 4 pkt 8 *ustawy o ochronie (...)*, rynkiem właściwym - do którego odnosi się treść art. 5 ust. 1 tej ustawy - jest 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.

Właściwość przedmiotową (produktową) analizowanego rynku wyznacza rodzaj działalności, na wykonanie której zapotrzebowanie zgłosił Zamawiający w ramach zamówienia - a zatem są to drogowe roboty torowe. Jest to działalność specyficzna i specjalistyczna, prowadzona - jak wykazano w opisie stanu faktycznego sprawy - wyłącznie przez wąską grupę przedsiębiorców, obejmująca swym zakresem zarówno roboty torowe i spawalnicze, jak i drogowe.

Zauważyć należy, iż roboty objęte tą działalnością były podejmowane na zlecenie Zamawiającego wyrażone w publicznej ofercie, ogłoszonej w Biuletynie Zamówień Publicznych Urzędu Zamówień Publicznych. Potencjalnie oferta ta była zatem skierowana do wszystkich przedsiębiorców na terenie Polski, których przedmiotem działalności są drogowe roboty torowe.

Określając jednak zasięg geograficzny rynku właściwego należy - zdaniem organu antymonopolowego – przybliżyć i scharakteryzować właśnie Zamawiającego, czyli Zarząd Dróg i Komunikacji w Krakowie. Jest on miejską jednostką budżetową Gminy Kraków, w rozumieniu przepisów *ustawy z dnia 26 listopada 1998 r. o finansach publicznych* (Dz. U. Nr 155, poz. 1014, z późn. zm.). Siedzibą i obszarem działalności Zamawiającego jest Gmina Kraków. Zamawiający, jako jednostka organizacyjna Gminy, realizuje jej zadania własne, m.in. z zakresu drogownictwa, infrastruktury tramwajowej, komunikacji i oświetlenia. W szczególności Zamawiający zarządza drogami publicznymi, pętlami, torowiskami i przystankami tramwajowymi położonymi na terenie Gminy Kraków, zaspokajając potrzeby jej mieszkańców w tym zakresie.

Z powyższego jednoznacznie wynika tożsamość - w sensie prawnym - Zamawiającego i Gminy Kraków, będącej stroną niniejszego postępowania reprezentowaną przez Prezydenta Miasta. Dla porządku należy dodać, że Zamawiający, tj. Zarząd Dróg i Komunikacji nie posiada własnej osobowości prawnej. Przedsiębiorcą - w rozumieniu art. 4 pkt 1 lit. a) *ustawy o ochronie (...)* – jest Gmina Kraków, która zarówno posiada osobowość prawną, jak i organizuje usługi o charakterze użyteczności publicznej, a Zamawiający wchodzi w jej skład.

Zdaniem organu antymonopolowego, obszar Gminy Kraków wyznacza geograficzne granice rynku właściwego, który w tym stanie rzeczy należy ostatecznie zdefiniować jako lokalny rynek drogowych robót torowych na terenie Gminy Kraków.

Rynek ten odpowiada definicji rynku właściwego, zawartej w art. 4 pkt 8 *ustawy o ochronie (...)*, ze względu na specyfikę świadczonych usług (robót). Wykonywane są one bowiem w ramach zamówienia Zamawiającego, a więc na rzecz Gminy Kraków, a ostatecznie w celu zaspokojenia potrzeb jej mieszkańców. Dodatkowo, substytutem robót objętych przedmiotem tego zamówienia - polegających na naprawach awaryjnych elementów infrastruktury torowej tramwajowej - z uwagi na przedstawioną w opisie stanu faktycznego niniejszej decyzji ich specyfikę - są wyłącznie takie same roboty. Te zaś, jak podkreślają Wykonawcy i potwierdza Wnioskodawca, są ze względów logistycznych realizowane przez przedsiębiorców „miejscowych” – posiadających na terenie Krakowa siedzibę lub zaplecze techniczne.

Uczestnicy postępowania antymonopolowego reprezentują także przeciwne strony wyżej zdefiniowanego rynku właściwego. Wnioskodawca poprzez Zamawiającego – jako zlecający i organizujący drogowe roboty torowe na rzecz Gminy Kraków - jest zbiorowym nabywcą tych robót, a zatem reprezentuje stronę popytową rynku. Wykonawcy drogowych robót torowych, a zatem: ZUE, SPAW-TOR, TOR-KRAK, BUDOSTAL-5 i ZIM, reprezentują stronę podażową tego rynku.

Organizując na terenie Gminy Kraków prace objęte zakresem jego działalności, Zamawiający m.in. przeprowadzał liczne postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Wnioskodawca zauważył w czasie ich organizowania i rozstrzygania pewne nieprawidłowości, które stały się podstawą wniosku o wszczęcie postępowania przed Prezesem UOKiK.

Dokonując wstępnej analizy tego wniosku organ antymonopolowy uznał, iż jego przedmiotem jest wyłącznie domniemana zмова przetargowa Wykonawców, mająca miejsce w czasie zamówienia publicznego pod nazwą „Naprawy awaryjne elementów infrastruktury torowej tramwajowej”. Wniosek ten nie obejmuje innych – niż powyższe zamówienie - przetargów organizowanych przez Zamawiającego, co zostało ostatecznie sprecyzowane przez Wnioskodawcę w piśmie z dnia 23 kwietnia 2004 r. uzupełniającym wniosek.

W celu szczegółowego zbadania zarzutów Wnioskodawcy organ antymonopolowy podzielił je – jak w opisie stanu faktycznego - na elementy podstawowe i dokonał ich oceny.

Odnosząc się do zarzutu naruszenia art. 5 ust. 1 pkt 7 *ustawy o ochronie (...)*, czyli zarzutu uzgadniania przez Wykonawców warunków składanych ofert, należy na wstępie zauważyć, że przedmiot zamówienia został podzielony przez Zamawiającego na cztery części, którym odpowiadały cztery odcinki eksploatacyjne realizacji drogowych robót torowych.

Określenie zamówienia w taki sposób nie może budzić wątpliwości na gruncie obowiązujących przepisów. Zdaniem organu antymonopolowego zastosowanie w tym wypadku znajdują przepisy *ustawy z dnia 10 czerwca 1994 r. o zamówieniach publicznych* (Dz.U. z 2002 r. Nr 72, poz. 664, z późn. zm.), a nie *ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych* (Dz. U. Nr 19, poz. 177, z późn. zm.). Ta druga weszła wprawdzie w życie w dniu 2 marca 2004 r., a więc obowiązuje w dacie orzekania, niemniej jednak - stosownie do treści art. 220 ust. 1 *Prawa zamówień publicznych* – „do postępowań o udzielenie zamówienia wszczętych przed dniem wejścia w życie ustawy oraz postępowań odwoławczych i kontroli, które ich dotyczą stosuje się przepisy dotychczasowe”. Podobnie w myśl ust. 2 tego artykułu - „do umów w sprawach zamówień publicznych zawartych przed dniem wejścia w życie ustawy stosuje się przepisy dotychczasowe”. Skoro zatem zamówienie zostało wszczęte w dniu 2 października 2003 r. (data ogłoszenia w Biuletynie Zamówień Publicznych), a umowy o realizację poszczególnych części zamówienia podpisano w dniu 8 listopada 2003 r., to mają do nich zastosowanie przepisy *ustawy o zamówieniach publicznych*.

Tak więc, zgodnie z art. 3a ust. 1 i 2 *ustawy o zamówieniach publicznych*, dopuszczalny jest podział zamówienia na części. W celu realizacji wymogu art. 35 ust. 1 pkt 8 *ustawy o zamówieniach publicznych* – również SIWZ (zwłaszcza w części I – „Informacje ogólne”, ale i w następnych) zawiera opis odpowiednich części zamówienia.

Skoro SIWZ dzieliła zamówienie oraz dopuszczała składanie ofert częściowych – pozostawiając jednocześnie pełną swobodę z zakresie ich wyboru, oczywistym jest, że Wykonawcy musieli dostosowywać swoje działania do obowiązującego stanu prawnego. Jak szczegółowo wskazywano w opisie stanu faktycznego niniejszej sprawy, Wykonawcy podejmowali wszelkie dopuszczalne w granicach prawa czynności, aby sprostać wymogom SIWZ. W tym celu - jak sami podnoszą - przeprowadzali wizję lokalną i specjalistyczne badania, wyceniali wszystkie części zamówienia, kierowali się usytuowaniem poszczególnych odcinków robót w stosunku do innych odcinków lub własnych baz materiałowo-sprzętowych, eliminowali angażowanie się na takich odcinkach eksploatacyjnych, których terminy robót nakładały się na siebie.

Organ antymonopolowy zauważył i uwzględnił w dalszych rozważaniach, iż Wnioskodawca nie zakwestionował oraz nie ustosunkował się do ww. przesłanek, którymi kierowali się Wykonawcy dokonując wyboru poszczególnych części zamówienia.

Ostatecznie organ antymonopolowy przychylił się do szczegółowej argumentacji Wykonawców w zakresie wyboru poszczególnych, takich a nie innych części zamówienia. Uzasadnione wydaje się w szczególności powoływanie się na obiektywną przesłankę lokalizacji odcinków eksploatacyjnych przynależnych do tych części.

W tej materii na uwagę zasługuje zwłaszcza dysponowanie przez Wykonawców bazą materiałowo-sprzętową w sąsiedztwie konkretnych odcinków eksploatacyjnych. Takie bazy posiadają:

- TOR-KRAK - przy ul. Igołomskiej, tj. w pobliżu części 1. zamówienia, którą realizował,
- ZUE - przy ul. Mrozowej, tj. w pobliżu części 3. oraz blisko części 4. zamówienia, na których wykonanie Konsorcjum złożyło oferty,
- BUDOSTAL-5 - przy ul. Blokowej, gdzie spółka od niej zależna, tj. BUDOSTAL-5 FD ma siedzibę i otaczarnie mas bitumicznych (sąsiedztwo część 3. i 4. zamówienia, na których wykonanie złożyła oferty).

Mając na uwadze fakt posiadania baz technicznych w bezpośrednim sąsiedztwie części 3. i 4. zamówienia oraz to, że roboty objęte tymi częściami (np. w ul. Mrozowej) wzajemnie na siebie zachodziły, uzasadnione wydaje się twierdzenie ZUE i SPAW-TOR, że ich wybór podyktowany był przesłankami racjonalnymi i organizacyjno-ekonomicznymi. Z tego punktu widzenia, dla Konsorcjum i BUDOSTAL-5 prace remontowe w ramach części 1. lub 2. nie były substytutem prac przez nich wybranych, a tym samym mogły przedstawiać mniejszą wartość ekonomiczną i jawić się jako bardziej ryzykowne.

Z powyższych powodów, uzasadniony przesłankami ekonomicznymi wydaje się wybór TOR-KRAK w zakresie części 1. zamówienia. Jak wspomniano we wcześniejszej części decyzji, Wnioskodawca nie kwestionował przesłanek jakimi TOR-KRAK miało się kierować dokonując wyboru części 2. zamówienia. Należały do nich: niekolidujący ze sobą czasowo zakres prac objętych częścią 1. i 2. oraz łatwość prac na ul. Kocmyrzowskiej (część 2.) w stosunku do porównywalnych wielkościami w węzle rozjazdów tramwajowych nr 43 (część 4.).

Organ antymonopolowy uznał za udowodnioną również i tę okoliczność, iż żaden z Wykonawców nie miał techniczno-organizacyjnych lub finansowych możliwości wykonania całości prac objętych zamówieniem. Wykonawcy podali bowiem w sumie siedem powodów, dla których musieli ograniczyć się - kierując się powyższymi przesłankami - wyłącznie do konkretnych części zamówienia. Były to, opisane w uzasadnieniu faktycznym niniejszej decyzji: (1) konieczność prowadzenia prac "pod ruchem" lub z wyłączeniami z ruchu oraz w godzinach nocnych, (2) krótkie terminy realizacji robót oraz nakładanie się na siebie okresów wykonania poszczególnych części zamówienia, (3) trudne warunki jesienno-zimowe, (4) oddalenie od siebie poszczególnych odcinków eksploatacyjnych, (5) konieczność wykonywania prac specjalistycznych, (6) wzrost cen materiałów i (7) ograniczone możliwości finansowo-organizacyjne Wykonawców.

Wnioskodawca potwierdził słuszność trzech pierwszych przesłanek, a istnienia pozostałych nie wykluczył. Ponadto szereg powodów (punkty 1, 2 i 5) wynika wprost ze SIWZ, a inne (punkty 3,4 i 6) są faktami powszechnie znanymi lub znanymi organowi antymonopolowemu z urzędu.

Oceniając kolejny zarzut Wnioskodawcy - iż zaproponowanie na podwykonawców firm realizujących inne części zamówienia w charakterze głównych wykonawców, świadczy o zawarciu przez Wykonawców zakazanego porozumienia naruszającego art. 5 ust. 1 pkt 7 *ustawy o ochronie (...)* - organ antymonopolowy uznał go za bezzasadny.

W pierwszej kolejności, organ antymonopolowy zwrócił uwagę na prawną dopuszczalność zawierania umów podwykonawstwa, wynikającą z art. 35 ust. 1a *ustawy o zamówieniach publicznych*. Zgodnie z tym przepisem - „zamawiający może żądać w specyfikacji istotnych warunków zamówienia publicznego wskazania przez wykonawcę w ofercie, części zamówienia, której wykonanie zamierza on powierzyć osobie trzeciej”. SIWZ zezwala na zawieranie tego typu umów w celu realizacji robót nie należących do profilu działalności Wykonawcy, po wcześniejszym (przed podpisaniem umowy o realizację zamówienia publicznego) zaakceptowaniu podwykonawcy przez Zamawiającego (tak: pkt 6 i 7 „warunków wykonania zadania”, zawartych w części I. SIWZ). Co więcej, w punkcie 4 ww. „warunków wykonania zadania” Zamawiający zastrzegł, że „prace specjalistyczne jak nawierzchnie asfaltowe muszą być wykonywane przez firmy specjalistyczne posiadające doświadczenie w tego typu pracach”. W ten sposób Zamawiający nie tylko zezwolił na zawieranie umów podwykonawstwa, ale wręcz nakazał Wykonawcom angażowanie podwykonawców w przypadku prac specjalistycznych, takich jak wykonywanie nawierzchni asfaltowych oraz spawanie termitowe szyn.

W tym miejscu należy zwrócić uwagę na niektóre zapisy zawarte w opracowanych dla potrzeb poszczególnych części zamówienia: Specyfikacji Technicznych Wykonania i Odbioru Robót (zwanymi dalej „Specyfikacjami Technicznymi”), Warunkach technicznych wykonania robót związanych z naprawą awaryjną elementów infrastruktury torowej tramwajowej (zwanymi dalej „Warunkami technicznymi”) oraz w książkach przedmiarów. Zapisy te w sposób wyjątkowo szczegółowy i rygorystyczny określają warunki realizacji robót. I tak:

- zgodnie z podpunktem 3 pkt III – „Wymagania dodatkowe” Specyfikacji Technicznych – „termitowe spawanie musi odbywać się metodami SoWoS, SkV lub Railtech”. „W ramach zadania należy wykonać badania defektoskopowe spawów termitowych (...) metodą nieniszczącą” (podpunkt 4 pkt III Specyfikacji Technicznych),
- stosownie do podpunktu 5 pkt III Specyfikacji Technicznych – „w przypadku przejazdów drogowych, (...) nawierzchnię należy wykonać z asfaltu typu MASDEF lub mieszanki MNU, jak opisano w Warunkach technicznych”.
- podpunkt 8 pkt II – „Technologia remontu przejazdów drogowych” Warunków technicznych stanowi, że – „nawierzchnię drogową w przejazdach należy wykonać (...) z asfaltu twardo – lanego typu MASDEF modyfikowanego spełniającego wymagania normy PN-S-96025:2000 (...)”.
- w myśl podpunktu 4 pkt I – „Technologia wymiany szyn w części torowiska wydzielonego” Warunków technicznych – „styki przejściowe na połączeniu szyn należy wykonać metodą spęczania i spawania termitowego lub spawania termitowego przy użyciu prefabrykowanych form spawalniczych”.
- podpunkt 2 pkt III – „Regeneracja przyrządów wyrównawczych” Warunków technicznych powołuje się na „Warunki techniczne utrzymania nawierzchni na liniach kolejowych”, które stanowią załącznik do uchwały 155 Zarządu PKP Polskie Linie Kolejowe S. A. z dnia 6 czerwca 2002 r.

Dla porządku należy dodać, że również inne postanowienia Warunków technicznych i SIWZ oraz poszczególne pozycje książek przedmiarów wprowadzają obowiązek spawania termitowego szyn tramwajowych i kolejowych oraz wykonywania nawierzchni z asfaltu twardo – lanego typu MASDEF.

W ocenie organu antymonopolowego, powyższe zapisy dotyczące prac specjalistycznych realizowanych w ramach zamówienia, obrazują ich wyjątkową specyfikę i wysoki stopień skomplikowania. Wykonanie tego rodzaju prac wiąże się z koniecznością zatrudnienia podwykonawców posiadających odpowiednie zaplecze techniczno-materiałowe, potencjał ekonomiczny, niezbędną wysoko specjalistyczną wiedzę i doświadczenie, dysponujących skomplikowanym drogim sprzętem i uprawnieniami oraz pracownikami zdolnymi do wykonania prac. Zaakcentowania wymaga zwłaszcza konieczność znajomości warunków technicznych i posiadania odpowiednich uprawnień z zakresu kolejnictwa, na co zwracał uwagę TOR-KRAK. Również Wnioskodawca - w piśmie z dnia 25 czerwca 2004 r. – potwierdził, że zgodnie z warunkami stawianymi przez Zamawiającego, wykonawca prac spawalniczych musi posiadać licencją spawania uznawaną w kolejnictwie. W tym samym piśmie Wnioskodawca przyjął za słuszne uzasadnienia Wykonawców dotyczące konieczności korzystania z pomocy specjalistycznych firm podwykonawczych.

Tym samym organ antymonopolowy uznał za udowodnioną okoliczność, że z powodu ograniczonego kręgu potencjalnych kontrahentów, Wykonawcy byli zmuszeni skorzystać z pomocy dostępnych podwykonawców miejscowych. Na ogólnopolskim rynku spawania termitowego działają 4 firmy, a na lokalnym rynku wykonywania mas bitumicznych na terenie Gminy Kraków 2 przedsiębiorców, którzy byliby w stanie zrealizować prace spawalnicze i nawierzchnie asfaltowe na warunkach określonych w dokumentacji przetargowej zamówienia. Ostatecznie wszyscy Wykonawcy skorzystali z robót spawalniczych oferowanych przez jedyną krakowską firmę SPAW-TOR, a w zakresie mas bitumicznych z otaczarni własnych lub należących do jednej z dwóch dostępnych na terenie Krakowa firm - w tym przypadku BUDOSTAL-5 FD. Istotne jest przy tym to, że ich wybór poprzedzony był racjonalnymi ekonomicznie działaniami, zmierzającymi do maksymalizacji zysku. Wykonawcy na podstawie zapytań ofertowych lub konkursów ofert wybierali bowiem podwykonawców najtańszych, co zostało przez nich udowodnione kserokopiami dokumentów ofertowych, załączonych do akt sprawy.

Mając na uwadze przedstawione powyżej uzasadnienie faktyczne i prawne, organ antymonopolowy nie stwierdził stosowania przez Wykonawców praktyk ograniczających konkurencję, określonych w art. 5 ust. 1 pkt 7 *ustawy o ochronie (...)*.

Przechodząc do oceny następnego zarzutu Wnioskodawcy, tj. sprzecznego z art. 5 ust. 1 pkt 6 *ustawy o ochronie (...)* ograniczenia przez Wykonawców dostępu do rynku przedsiębiorcom nieobjętych porozumieniem, należy na wstępie wskazać, iż dotyczące go wywody winny być traktowane łącznie z argumentacją zbudowaną powyżej na gruncie zarzutu z pkt 7.

Ponieważ Zamawiający zamieścił ogłoszenie o przetargu nieograniczonym na realizację zamówienia w Biuletynie Zamówień Publicznych do przetargu tego mógł przystąpić w zasadzie każdy przedsiębiorca, którego przedmiot działalności pokrywał się z zakresem zamówienia. Ustalono, że na terenie całej Polski w branży drogowych robót torowych działa kilkudziesięciu przedsiębiorców, którzy potencjalnie mogliby przystąpić do walki o realizację zamówienia. Liczba ta mogłaby jednak ulec zwielokrotnieniu

z uwagi na dopuszczalność zawierania umów konsorcyjnych i podwykonawstwa. Pomimo tego SIWZ wykupiło zaledwie 10 przedsiębiorców, zaś do przetargu przystąpiło tylko 5. Wśród nich ZUE i SPAW-TOR wspólnie w Konsorcjum – jako jeden Wykonawca (co jest zgodne z przepisem art. 6b *ustawy o zamówieniach publicznych*), natomiast pozostali 3 samodzielnie, przy wykorzystaniu pomocy podwykonawców jedynie w zakresie prac specjalistycznych.

Zdaniem organu antymonopolowego, taki stan rzeczy nie był jednak wynikiem zakazanego porozumienia, polegającego na ograniczeniu dostępu do rynku innym niż Wykonawcy przedsiębiorcom. W stanie faktycznym niniejszej sprawy, ograniczenie musiałoby bowiem wynikać z uzgodnionego działania Wykonawców, które skutecznie uniemożliwiłoby innym przedsiębiorcom przystąpienie do przetargu i realizowanie zamówienia. Trudno sobie wyobrazić, aby nastąpiło to w inny sposób, jak tylko poprzez wykorzystanie określonej formy nacisku bądź przymusu, wynikającej np. z siły rynkowej lub przewagi kontraktowej. Takimi atrybutami Wykonawcy jednak z pewnością nie dysponują, posiada je natomiast Zamawiający, a więc Gmina Kraków.

Również Wnioskodawca nie zarzuca Wykonawcom, iżby ich domniemane porozumienie doprowadziło do wyeliminowania z walki o zamówienie pozostałych potencjalnych uczestników postępowania przetargowego. Wręcz przeciwnie, okoliczności faktyczne sprawy wskazują na niewielkie zainteresowanie zamówieniem - SIWZ wykupiło 7 krakowskich przedsiębiorców oraz jedynie 3 zamiejscowych. Organ antymonopolowy nie znalazł dowodów przeczących stanowisku, że decyzje przedsiębiorców w sprawie nie nabywania SIWZ oraz nie składania ofert w ramach procedur zamówienia były niezależnymi i samodzielnymi decyzjami ich organów, podejmowanymi bez nacisków lub wrogich ograniczeń.

Niewielkie zainteresowanie zamówieniem mogło wynikać z charakteru objętych nim robót, które – jak wyjaśniali Wykonawcy i przyznał Wnioskodawca - są trudne, pracochłonne i niewdzięczne w realizacji. Specyfika tych prac została szczegółowo opisana w uzasadnieniu faktycznym i prawnym niniejszej decyzji.

Organ antymonopolowy uznał za udowodniony – na zasadzie art. 229 *k.p.c.* – fakt, iż ze względów logistycznych naprawy awaryjne prowadzone w takich warunkach, jak będące przedmiotem zamówienia, opłaca się realizować przedsiębiorcom „miejscowym”. Wnioskodawca potwierdził bowiem wywód ZUE, że naprawy awaryjne na terenie Krakowa wykonują wyłącznie przedsiębiorcy posiadający w Krakowie siedzibę lub zaplecze techniczne. Wynika to zresztą również z okoliczności faktycznych sprawy – jedynie 3 przedsiębiorców zamiejscowych wykupiło SIWZ, żaden z nich nie uczestniczył jednak w zamówieniu, wszyscy oferenci pochodzili bowiem z Krakowa.

Z uwagi na powyższe okoliczności, organ antymonopolowy nie stwierdził stosowania przez Wykonawców praktyk ograniczających konkurencję, określonych w art. 5 ust. 1 pkt 6 *ustawy o ochronie (...)*. Jak zaznaczono wcześniej, przedstawione w tym zakresie wywody uzupełnia uzasadnienie faktyczno-prawne zbudowane na gruncie zarzucanego przez Wnioskodawcę naruszenia art. 5 ust. 1 pkt 7 *ustawy o ochronie (...)*.

Podsumowując wszystkie zarzuty Wnioskodawcy dotyczące naruszenia art. 5 ust. 1 pkt 6 i 7 *ustawy o ochronie (...)*, organ antymonopolowy zwraca uwagę również na obowiązki ciążące na Zamawiającym. Stosownie do treści pkt 22 części V SIWZ, wszystkie oferty winny zostać dokładnie sprawdzone przez Zamawiającego pod kątem wymagań stawianych

zamówieniu przez SIWZ i *ustawą o zamówieniach publicznych*. Oferenci nie spełniający tych wymagań powinni zostać wykluczeni z postępowania, bez możliwości rozpatrzenia ich ofert. Zamawiający ma obowiązek odrzucić ofertę, m.in. jeżeli w trakcie jej rozpatrywania stwierdzi, że:

- jest sprzeczna z *ustawą o zamówieniach publicznych* lub SIWZ,
- jej złożenie stanowi czyn nieuczciwej konkurencji,
- jest nieważna na podstawie odrębnych przepisów.

Pomimo jednak, iż badanie ofert odbywało się przez 6 dni, tj. od 24 października (termin składanie ofert) do 30 października 2004 r. (w dniu 29 października nastąpiło rozstrzygnięcie przetargu, a w dniu następnym – protokolarne zamknięcie postępowania), Zamawiający nie podjął żadnych wskazanych powyżej działań.

Mając na względzie jednoznaczne i kategoryczne zarzuty przedstawione przez Wnioskodawcę w jego wniosku, organu antymonopolowy stoi na stanowisku, że ewentualne nieprawidłowości w działaniach Wykonawców powinny zostać ujawnione i zakwestionowane już na etapie badania ofert lub pomiędzy rozstrzygnięciem przetargu a podpisaniem umów o realizację poszczególnych części zamówienia (co miało miejsce dopiero w dniu 8 listopada 2004 r.). Jeśliby bowiem przyznać rację argumentacji zawartej we wniosku będącym podstawą niniejszego postępowania, to zarzucane Wykonawcom działania mogły stanowić:

- zarówno czyn nieuczciwej konkurencji w rozumieniu art. 15 ust. 1 *ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji* (Dz. U. z 2003 r. Nr 153, poz. 1503, z późn. zm.) – polegający na utrudnianiu innym – niż Wykonawcy - przedsiębiorcom dostępu do rynku, jak i
- naruszenie powyżej cytowanych i uzasadnianych przepisów art. 5 ust. 1 pkt 6 i 7 *ustawy o ochronie (...)* oraz
- podstawę do uruchomienia instrumentów *ustawy o zamówieniach publicznych*, np. art. 19 ust. 1 pkt 8 (obowiązek wykluczenia oferentów), art. 27a ust. 1 pkt 1, 3 i 4 (obowiązek odrzucenia ofert) i art. 27b ust. 1 pkt 1 (obowiązek unieważnienia postępowania o zamówienie publiczne).

W takim stanie rzeczy Zamawiający - tożsamy podmiotowo z Wnioskodawcą, co wykazano w początkowej części uzasadnienia prawnego niniejszej decyzji - biorąc pod uwagę wymóg wnikliwej i dokładnej analizy ofert, powinien był już na etapie ich badania odrzucić kwestionowane obecnie oferty. Cytując treść wyżej przywołanego pkt 22 części V SIWZ, ich złożenie stanowiłoby bowiem czyn nieuczciwej konkurencji oraz byłyby one nieważne na podstawie odrębnych przepisów (w tym przypadku: art. 5 ust. 2 *ustawy o ochronie (...)*). Ostatecznie przetarg taki byłby unieważniony – stosownie do treści zapisu pkt 24 części VI SIWZ - ponieważ do Zamawiającego wpłynęłyby mniej niż dwie oferty nie podlegające odrzuceniu.

W niniejszej sprawie podnieść także należy, iż stosownie do treści art. 81 *ustawy o ochronie (...)* - do postępowania dowodowego przed Prezesem UOKiK stosuje się odpowiednio przepisy art. 227 – 315 *k.p.c.* Powoduje to, że ciężar dowodu spoczywa na stronach postępowania antymonopolowego w stopniu większym, niż w postępowaniu dowodowym prowadzonym według przepisów *k.p.a.*

Tymczasem Wnioskodawca nie dostarczył, ani nie wskazał do przeprowadzenia organowi antymonopolowemu żadnych dowodów - zarówno we wniosku i jego uzupełnieniach, jak i w odpowiedziach na wezwania organu i wyjaśnienia Wykonawców. Z kolei Wykonawcy podkreślali, że zarzuty Wnioskodawcy oparte zostały wyłącznie na zestawieniach danych faktycznych, z których wyprowadzone zostały tezy nie poparte żadnymi dowodami, a oparte wyłącznie na domniemaniach.

Mając powyższe na uwadze organ antymonopolowy – kierując się wymogami postępowania dowodowego obowiązującymi przed Prezesem UOKiK – uznał, iż zgromadzony w sprawie materiał dowodowy nie stanowi podstawy do zakwalifikowania działań Wykonawców, opisanych we wniosku Prezydenta Miasta Krakowa, jako porozumień ograniczających konkurencję polegających na ograniczaniu dostępu do rynku w sposób określony w art. 5 ust. 1 pkt 6 *ustawy o ochronie (...)* lub uzgadnianiu przez Wykonawców warunków składanych ofert w rozumieniu art. 5 ust. 1 pkt 7 tej ustawy.

Ponieważ nie było możliwe udowodnienie naruszenia zakazów określonych w art. 5 *ustawy o ochronie (...)* - w zakresie opisanym w postanowieniu o wszczęciu postępowania antymonopolowego, organ antymonopolowy – działając na podstawie art. 11 ust. 1 tej ustawy – orzekł, jak w sentencji.

Stosownie do art. 78 ust. 1 *ustawy o ochronie (...)*, w związku z art. 479²⁸ § 2 k.p.c. – od niniejszej decyzji przysługuje odwołanie do Sądu Okręgowego w Warszawie – Sądu Ochrony Konkurencji i Konsumentów, w terminie dwutygodniowym od dnia jej doręczenia, za pośrednictwem Delegatury Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów w Krakowie, Plac Szczepański 5, 31 – 011 Kraków.

Z upoważnienia Prezesa
Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów
Dyrektor Delegatury w Krakowie
Barbara du Vall

Otrzymują:

- 1) Gmina Kraków – reprezentowana na podstawie pełnomocnictwa Prezydenta Miasta Krakowa przez Pana Stanisława Sadowego, Biuro Kontroli Wewnętrznej Urzędu Miasta Krakowa, Plac Wszystkich Świętych 3/4, 31 - 004 Kraków,
- 2) Przedsiębiorstwo Inżynierskich Robót Kolejowych „TOR – KRAK” Sp. z o.o. w Krakowie, ul. Rzemieślnicza 31, 30 – 363 Kraków,
- 3) Zakłady Usług Energetycznych i Komunikacyjnych grupa ZUE S. A. w Krakowie, ul. Jugowicka 6A, 30 – 443 Kraków,
- 4) Firma Torowo – Spawalniczą „SPAW – TOR” – inż. Wiesław Michnik w Krakowie, ul. Łazy 3/4, 30 - 855 Kraków,
- 5) Zakład Infrastruktury Miejskiej Sp. z o.o. w Krakowie, ul. Rzemieślnicza 20, 30 – 420 Kraków,
- 6) „BUDOSTAL-5” S.A. w Krakowie, ul. Na Załączu 1, 31 – 587 Kraków,
- 7) a/a RKR.