



PREZES
URZĘDU OCHRONY
KONKURENCJI I KONSUMENTÓW
TOMASZ CHRÓSTNY

Gdańsk, 19 listopada 2021 r.

RGD.410.4.2019.2020.2021.JM

DECYZJA RGD NR - 6/2021

I. Na podstawie art. 10 ust. 1 ustawy z dnia 16 lutego 2007 r. *o ochronie konkurencji i konsumentów* (tekst jedn.: Dz. U. z 2021 r. poz. 275), uznaje się za praktykę ograniczającą konkurencję i naruszającą zakaz, o którym mowa w art. 6 ust.1 pkt 7 ww. ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów, zawarcie przez:

- 1) Ryszarda Milczarka prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą AQUA-EXPRES Ryszard Milczarek z siedzibą w Czarnem,
- 2) Mateusza Milczarka prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą Milczarek Mateusz - MATEX z siedzibą w Czarnem,

porozumienia ograniczającego konkurencję na rynku świadczenia usług odbioru i transportu odpadów kuchennych ulegających biodegradacji, polegającego na uzgadnianiu przez tych przedsiębiorców, uczestniczących w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego przeprowadzanego przez jednostkę organizacyjną Wojska Polskiego - 16 Wojskowy Oddział Gospodarczy w Drawsku Pomorskim, znak postępowania: nr 1013/2017, warunków składanych ofert oraz podejmowania w toku prowadzonego ww. postępowania przetargowego czynności mających doprowadzić do zawarcia umowy na realizację dostaw temu z nich, który zaproponował wyższą cenę.

II. Po przeprowadzeniu postępowania antymonopolowego, Prezes Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów z tytułu naruszenia zakazu określonego w art. 6 ust. 1 pkt 7 tej ustawy w zakresie określonym w punkcie I sentencji niniejszej decyzji nakłada:

- 1) na podstawie art. 106 ust.1 pkt 1 ustawy z dnia 16 lutego 2007 r. *o ochronie konkurencji i konsumentów* (tekst jedn.: Dz. U. z 2021 r. poz. 275) na Mateusza Milczarka prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą Milczarek Mateusz - MATEX z siedzibą w Czarnem karę pieniężną w wysokości 11 473 zł (słownie: jedenaście tysięcy czterysta siedemdziesiąt trzy złote), płatną do budżetu państwa,
- 2) na podstawie art. 106 ust. 6 w związku z art. 106 ust.1 pkt 1 ustawy z dnia 16 lutego 2007 r. *o ochronie konkurencji i konsumentów* (tekst jedn.: Dz. U. z 2021 r. poz. 275) na Ryszarda Milczarka prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą AQUA-EXPRES Ryszard Milczarek z siedzibą w Czarnem, karę pieniężną w wysokości 10 562 zł. (słownie: dziesięć tysięcy pięćset sześćdziesiąt dwa złote), płatną do budżetu państwa.

III. Na podstawie art. 77 ust. 1 w zw. z art. 80 ustawy z dnia 16 lutego 2007 r. o *ochronie konkurencji i konsumentów* (tekst jedn.: Dz. U. z 2021 r. poz. 275), oraz art. 263 § 1 i art. 264 § 1 ustawy *Kodeks postępowania administracyjnego* (tekst jedn.: Dz. U. z 2021 r. poz. 735 ze zm.) w zw. z art. 83 ww. ustawy o *ochronie konkurencji i konsumentów*, Prezes Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów obciąża kosztami postępowania antymonopolowego:

- 1) Ryszarda Milczarka prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą AQUA-EXPRES Ryszard Milczarek z siedzibą w Czarnem, w kwocie 23,60 zł. (słownie: dwadzieścia trzy złote sześćdziesiąt groszy),
- 2) Mateusza Milczarka prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą Milczarek Mateusz - MATEX z siedzibą w Czarnem, w kwocie 23,60 zł (słownie: dwadzieścia trzy złote sześćdziesiąt groszy)

oraz zobowiązuje w/w przedsiębiorców do uiszczenia wskazanych kosztówna rzecz Prezesa Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów w terminie 14 dni od daty uprawomocnienia się decyzji.

IV. Na podstawie art. 105 § 1 ustawy z dnia 14 czerwca 1960 r. *Kodeks postępowania administracyjnego* (tekst jedn.: Dz. U. z 2021 r. poz. 735 ze zm.) w zw. z art. 83 ustawy z dnia 16 lutego 2007 r. o *ochronie konkurencji i konsumentów* (tekst jedn.: Dz. U. z 2021 r. poz. 275), Prezes Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów umarza w części jako bezprzedmiotowe postępowanie antymonopolowe w sprawie podejrzenia naruszenia art. 6 ust. 1 pkt 7 *ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów* poprzez zawarcie przez przedsiębiorców: Ryszarda Milczarka prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą AQUA-EXPRES Ryszard Milczarek z siedzibą w Czarnem oraz Mateusza Milczarka prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą Milczarek Mateusz - MATEX z siedzibą w Czarnem, porozumienia ograniczającego konkurencję na rynku świadczenia usług odbioru i transportu odpadów kuchennych ulegających biodegradacji, polegającego na uzgadnianiu przez tych przedsiębiorców, uczestniczących w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego przeprowadzanego przez jednostkę organizacyjną Wojska Polskiego - 16 Wojskowy Oddział Gospodarczy w Drawsku Pomorskim, znak postępowania: 468/2018, warunków składanych ofert oraz podejmowania w toku prowadzonego ww. postępowania przetargowego czynności mających doprowadzić do zawarcia umowy na realizację dostaw temu z nich, który zaproponował wyższą cenę.

UZASADNIENIE

[1] Postępowanie antymonopolowe w sprawie, której dotyczy niniejsza decyzja, zostało wszczęte po otrzymaniu zawiadomienia i uprzednim przeprowadzeniu przez Prezesa Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów (dalej jako: „Prezes Urzędu”, „Prezes UOKiK”) postępowania wyjaśniającego o sygn. akt RGD.400-7/18/19/JM, mającego na celu wstępne ustalenie, czy działania przedsiębiorców, biorących udział w postępowaniach przetargowych jako wykonawcy, tj.: Ryszarda Milczarka prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą AQUA-EXPRES Ryszard Milczarek z siedzibą w Czarnem (zwanego zamiennie w dalszej części decyzji: „AQUA-EXPRES”) oraz Mateusza Milczarka prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą Milczarek Mateusz - MATEX z siedzibą w Czarnem (zwanego zamiennie w dalszej części decyzji: „MATEX”), nie prowadzą do naruszenia przepisu art. 6 ustawy z dnia 16 lutego 2007 r. o *ochronie konkurencji i konsumentów* (tekst jedn.: Dz. U. z 2021 poz. 275.; dalej jako: „uokik” albo „ustawa okik”) uzasadniając wszczęcie postępowania antymonopolowego, w tym czy sprawa ma charakter antymonopolowy.

- [2] Postępowanie wszczęto w związku z zawiadomieniem otrzymanym w dniu 18 lipca 2018 r. od 16 Wojskowego Oddziału Gospodarczego w Drawsku Pomorskim. W treści informacji przekazanych Urzędowi Ochrony Konkurencji i Konsumentów wskazano na możliwość zawarcia przez ww. przedsiębiorców zakazanego porozumienia.
- [3] W trakcie postępowania wyjaśniającego, ustalono, iż w latach 2017-2018 ww. przedsiębiorcy brali udział w następujących postępowaniach przetargowych, organizowanych przez jednostki organizacyjne Wojska Polskiego, przedmiotem których było wykonanie usług odbioru transportu i utylizacji odpadów konsumpcyjnych ze stołówek żołnierskich:
- 1) postępowanie przetargowe nr 103/WM/6WOG/2017 organizowane przez 6 Wojskowy Oddział Gospodarczy w Ustce – w postępowaniu tym brał udział Mateusz Milczarek oraz Ryszard Milczarek – postępowanie unieważniono z powodu odrzucenia obu ofert,
 - 2) postępowanie przetargowe nr 58/WM/6WOG/2018 organizowane przez 6 Wojskowy Oddział Gospodarczy w Ustce – w którym brał udział wyłącznie przedsiębiorca Mateusz Milczarek - MATEX z Czarnego – wybrana jedyna oferta MATEX,
 - 3) postępowanie przetargowe nr 104/WOG/U/Żywn./17 organizowane przez 17 Wojskowy Oddział Gospodarczy w Koszalinie - w którym brali udział obaj przedsiębiorcy objęci postępowaniem oraz Zoja sp. z o.o. w Grudziądzu - wybrana oferta „AQUA-EXPRES” Ryszard Milczarek - najkorzystniejsza cena,
 - 4) postępowanie przetargowe nr 2/WM/6WOG/2018 organizowane przez 6 Wojskowy Oddział Gospodarczy w Ustce – w którym brał udział przedsiębiorca Mateusz Milczarek - MATEX z Czarnego oraz P.P.H.U. CHEM MIX Ewa Beata Dziub z Olesna, oraz Edward Przybyszewski z Ustki – wybrano ofertę Mateusza Milczarka - firma MATEX,
 - 5) postępowanie przetargowe nr 10/WOG/U/Żywn./18 organizowane przez 17 Wojskowy Oddział Gospodarczy w Koszalinie – w którym brali udział przedsiębiorca Mateusz Milczarek - MATEX z Czarnego, oraz EKOSAN sp. z o.o. ze Świeszyna – wybrano jako najkorzystniejszą ofertę przedsiębiorcy Mateusz Milczarka - MATEX, który odstąpił od podpisania umowy, w związku z czym ostatecznie wybrano kolejną ofertę złożoną przez wykonawcę EKOSAN Sp. z o.o.,
 - 6) postępowanie przetargowe nr 16WOG-SZP.2712.34.2018 organizowane przez 16 Wojskowy Oddział Gospodarczy w Drawsku Pomorskim, znak postępowania 468/2018, podzielone na dwie części, w którym - w obu częściach - brali udział wyłącznie obaj przedsiębiorcy tj. Mateusz Milczarek - MATEX oraz AQUA-EXPRES Ryszard Milczarek. Ryszard Milczarek, który przedstawił najkorzystniejszą cenowo ofertę został jednak wykluczony z przetargu w związku z niezłożeniem uzupełniających dokumentów. W związku z powyższym wybrano ofertę Mateusza Milczarka tj. firmy MATEX,
 - 7) postępowanie przetargowe, przedmiotem którego było świadczenie usługi odbioru i transportu odpadów kuchennych ulegających biodegradacji z 16 Wojskowego Oddziału Gospodarczego w Drawsku Pomorskim (znak postępowania 1013/2017), podzielonego na dwie części, opublikowanego w dniu 29 września 2017 r. ogłoszeniem, w którym to termin składania ofert został wyznaczony na dzień 16 listopada 2017 r. W przedmiotowym postępowaniu oferty na dwie części złożyli następujący wykonawcy: Firma Handlowo Usługowa ECOMPLEX Przemysław Wierzbicki z Kielc, AQUA-EXPRES Ryszard Milczarek z siedzibą w Czarnem, Mateusz Milczarek - MATEX z siedzibą w Czarnem. W tym przetargu AQUA-EXPRES najpierw została wezwana do złożenia wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny dotyczącej zadania nr I, co uczyniła, natomiast na wezwanie Zamawiającego do uzupełnienia dokumentów dotyczących drugiego etapu w zakresie zadania nr I i II - wymaganych dokumentów nie złożyła, wycofała się także z wyjaśnień odnośnie rażąco niskiej ceny, tłumacząc się pomyłką w kalkulacji. W związku powyższym, wobec odrzucenia oferty AQUA-EXPRES, w zadaniu I wybrano ofertę firmy MATEX - Mateusz Milczarek jako drugą w kolejności. Natomiast w przypadku zadania II początkowo wybrano ofertę

firmy ECOMPLEX. Jednak, podmiot ten odstąpił od zawarcia umowy i jedyną ważną ofertą została oferta firmy MATEX, którą ostatecznie wybrano.

- [4] Analiza informacji i dokumentów zebranych w toku postępowania wyjaśniającego dała podstawę do wniosku, że w ramach zorganizowanych przez 16 Wojskowy Oddział Gospodarczy w Drawsku Pomorskim dwóch postępowań o udzielenie zamówienia publicznego (opisanych powyżej w punkcie [3] niniejszej decyzji pod numerami 6 oraz 7), których przedmiotem było świadczenie usług odbioru i transportu odpadów kuchennych ulegających biodegradacji, w których uczestniczyli obaj ww. przedsiębiorcy mogło dojść do naruszenia przepisów uokik.
- [5] W związku z tym, Prezes Urzędu, postanowieniem z dnia 19 grudnia 2019 r., wszczął postępowanie antymonopolowe w sprawie zawarcia przez przedsiębiorców: AQUA-EXPRES Ryszard Milczarek z siedzibą w Czarnem oraz Mateusz Milczarek - MATEX z siedzibą w Czarnem, porozumienia ograniczającego konkurencję na rynku świadczenia usług odbioru i transportu odpadów kuchennych ulegających biodegradacji, polegającego na uzgadnianiu przez tych przedsiębiorców, uczestniczących w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego przeprowadzanego przez jednostkę organizacyjną Wojska Polskiego - 16 Wojskowy Oddział Gospodarczy w Drawsku Pomorskim, znak postępowań nr 1013/2017 oraz 468/2018, warunków składanych ofert oraz podejmowania w toku prowadzonych ww. postępowań przetargowych czynności mających doprowadzić do zawarcia umowy na realizację dostaw temu z nich, który zaproponował wyższą cenę, co może stanowić naruszenie art. 6 ust. 1 pkt 7 ww. ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów.
- [6] W odpowiedzi na zawiadomienie o wszczęciu postępowania antymonopolowego, pismem z dnia 7 stycznia 2020 r., pełnomocnik ww. przedsiębiorców przedstawił stanowisko, zgodnie z którym zaprzeczono zawarciu porozumienia ograniczającego konkurencję dotyczącego postępowań o udzielenie zamówienia publicznego prowadzonych pod nr 1013/2017 oraz 468/2018, przez 16 Wojskowy Oddział Gospodarczy w Drawsku Pomorskim.
- Dowód: pismo z dnia 7 stycznia 2020 r. k. 8-59*
- [7] W szczegółowym uzasadnieniu zarzutów z dnia 15 kwietnia 2021 r. Prezes UOKiK poinformował strony postępowania, że wstępne ustalenia postępowania antymonopolowego wskazują na zawarcie przez Ryszarda Milczarka i Mateusza Milczarka porozumienia ograniczającego i konkurencję, o jakim mowa w art. 6 ust.1 pkt 7 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów, w zakresie przedmiotowym wskazanym w sentencji postanowienia o wszczęciu postępowania dotyczącym przetargu prowadzonego pod numerem 1013/2017, a co za tym idzie Prezes UOKiK zamierza wydać, na podstawie art. 10 ust. 1 uokik, decyzję administracyjną stwierdzającą zawarcie takiego porozumienia oraz nałożyć na strony postępowania kary pieniężne.
- [8] Pismem z dnia 25 maja 2021 r. strony postępowania zostały zawiadomione 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.

PREZES URZĘDU NA PODSTAWIE ZEBRANEGO MATERIAŁU DOWODOWEGO USTALIŁ, CO NASTĘPUJE:

- [9] Przedmiotem postępowania w niniejszej sprawie jest ocena - pod kątem zawartego w art. 6 ust. 1 pkt 7 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów zakazu porozumień ograniczających konkurencję - działań podejmowanych przez AQUA-EXPRES Ryszard Milczarek z siedzibą w Czarnem, oraz Mateusz Milczarek - MATEX z siedzibą w Czarnem, w związku z postępowaniami o udzielenie zamówienia publicznego nr 1013/2017 oraz 468/2018 (dalej jako: „przetargi” lub odpowiednio: „przetarg 1” - dotyczy przetargu o nr

1013/2017 i „przetarg 2” - dotyczy przetargu o numerze 468/2018), przedmiotem których było wykonywanie usług polegających na odbiorze i transporcie odpadów kuchennych ulegających biodegradacji z jednostek organizacyjnych Wojska Polskiego.

STRONY POSTĘPOWANIA

- 1) Mateusz Milczarek, wpisany do Centralnej Ewidencji i Informacji o Działalności Gospodarczej RP, dalej jako: „ceidg”, pod firmą Mateusz Milczarek - MATEX (REGON 220834500), prowadzi działalność gospodarczą polegającą głównie na zbieraniu odpadów innych niż niebezpieczne.
- 2) Ryszard Milczarek, wpisany do ceidg, prowadzi działalność gospodarczą pod firmą AQUA-EXPRES Ryszard Milczarek (REGON 771342440), polegającą głównie na zbieraniu odpadów innych niż niebezpieczne. Przedsiębiorca ten obecnie zawiesił prowadzenie działalności gospodarczej.

Dowód:

- 1) wydruki z ceidg,
- 2) pismo Naczelnika Urzędu Skarbowego w Człuchowie z dnia 4.09.2020 r.

[10] Wskazanych wyżej przedsiębiorców łączą więzy rodzinne (odpowiednio ojciec i syn). W ofertach składanych w analizowanych przetargach wskazywany jest jeden, ten sam adres zamieszkania. Przedsiębiorcy na etapie wszczęcia postępowania wyjaśniającego i antymonopolowego ustanowili jednego pełnomocnika.

OPIS PRZETARGÓW OGŁOSZONYCH PRZEZ 16 WOJSKOWY ODDZIAŁ GOSPODARCZY W DRAWSKU POMORSKIM, OBJĘTYCH POSTĘPOWANIEM

Przetarg o numerze 1013/2017

[11] Pierwszy przetarg objęty zawiadomieniem dotyczył zamówienia, przedmiotem którego było świadczenie usługi odbioru i transportu odpadów kuchennych ulegających biodegradacji z 16 Wojskowego Oddziału Gospodarczego w Drawsku Pomorskim (znak postępowania 1013/2017), podzielonego na dwie części, ogłoszonego w dniu 29 września 2017 r. Termin składania ofert został wyznaczony na 16 listopada 2017 r. W przedmiotowym postępowaniu oferty złożyli następujący wykonawcy:

- Firma Handlowo Usługowa ECOMPLEX Przemysław Wierzbicki z Kielc, kwota oferty: zadanie I - 131 040,00 zł (brutto), zadanie II - 24 000,00 zł (brutto),
- AQUA-EXPRES Ryszard Milczarek z siedzibą w Czarnem, kwota oferty: zadanie I - 87 360, 00 zł (brutto), zadanie II -28.500,00 zł (brutto),
- Mateusz Milczarek - MATEX z siedzibą w Czarnem, kwota oferty: zadanie I - 103 420, 80 zł (brutto), zadanie II - 48 600,00 zł (brutto).

[12] W ww. przetargu AQUA-EXPRES najpierw została wezwana do złożenia wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny dotyczącej zadania nr I, co uczyniła, natomiast na wezwanie Zamawiającego do uzupełnienia dokumentów dotyczących drugiego etapu w zakresie zadania nr I i II dokumentów (m.in. wpisu do rejestru działalności regulowanej, wykazu usług wykonywanych wcześniej, informacji banku o wysokości posiadanych środków finansowych, informacji z KRS) nie złożyła, wycofała się także z wyjaśnień dotyczących

rażąco niskiej ceny, tłumacząc się pomyłką w kalkulacji. W związku z powyższym ofertę odrzucono, co bezpośrednio przyczyniło się do wyboru w zadaniu I oferty firmy MATEX i - pośrednio - także w zadaniu nr II, w którym firma ECOMPLEX odstąpiła od zawarcia umowy i jedyną ważną ofertą została oferta firmy MATEX.

Przetarg o numerze 468/2018

[13] Drugi, analizowany w niniejszej sprawie, przetarg odnosił się do zamówienia dotyczącego świadczenia usługi odbioru i transportu odpadów kuchennych ulegających biodegradacji z 16 Wojskowego Oddziału Gospodarczego w Drawsku Pomorskim (znak postępowania 468/2018), podzielonego na dwie części. Ogłoszenie o tym przetargu opublikowane zostało w dniu 14 czerwca 2018 r. Termin składania ofert został wyznaczony na dzień 25 czerwca 2018 r.

Na wykonanie przedmiotowego zamówienia oferty złożyli następujący wykonawcy:

- AQUA-EXPRES Ryszard Milczarek z siedzibą w Czarnem, kwota oferty: zadanie I- 38 500, 00 zł (brutto), zadanie II - 47 250,00 zł (brutto),
- Mateusz Milczarek - MATEX z siedzibą w Czarnem, kwota oferty: zadanie I- 60 500,00 zł (brutto), zadanie II -45 500,00 zł (brutto).

W przypadku zadania I wykonawca, którego oferta okazała się najkorzystniejsza (AQUA-EXPRES) złożył niekompletne dokumenty dotyczące spełnienia warunków udziału w postępowaniu. Przedsiębiorca wezwany kilkakrotnie do uzupełnienia błędnie złożonych dokumentów nie uzupełnił ich w wyznaczonym terminie, co skutkowało wyborem drugiej, droższej o 22 000 zł, oferty firmy Matex. Zadanie II realizował zatem Mateusz Milczarek, którego oferta - w zaistniałym stanie faktycznym - była najkorzystniejsza cenowo.

[14] Z zawiadomienia złożonego do Prezesa Urzędu przez 16 Wojskowy Oddział Gospodarczy w Drawsku Pomorskim oraz ustaleń Prezesa Urzędu wynika, iż w przypadku obu ww. przetargów formularze obu oferentów zawierały podobieństwa, oferty złożone zostały w tym samym czasie, w takich samych kopertach identycznie zaadresowanych, ponadto obu wskazanych powyżej przedsiębiorców wiążą więzy rodzinne, jak też prowadzą oni działalność gospodarczą pod tym samym adresem.

Dowód: zawiadomienie 16 Wojskowego Oddziału Gospodarczego w Drawsku Pomorskim z dnia 18.07.2018 r k. 344-351

STANOWISKO STRON POSTĘPOWANIA

[15] W toku prowadzonych przez Prezesa Urzędu czynności ww. przedsiębiorcy zaprzeczyli jakoby kiedykolwiek między sobą porozumiewali się w sprawie składanych ofert przetargowych. Wskazali przy tym, że „nie występowała między firmami więź współpracy gospodarczej”. Ponadto wezwani do przedstawienia swojego stanowiska w sprawie udziału w postępowaniu przetargowym dot. świadczenia usługi odbioru i transportu odpadów kuchennych ulegających biodegradacji z 16 Wojskowego Oddziału Gospodarczego w Drawsku Pomorskim, znak postępowania nr 1013/2017, oświadczyli, iż nie posiadają dokumentów dotyczących tego przetargu.

[16] Odnośnie postępowania przetargowego nr 16WOG-SZP.2712.34.2018 organizowanego przez 16 Wojskowy Oddział Gospodarczy w Drawsku Pomorskim (znak postępowania 468/2018), w którym brali udział wyłącznie obaj przedsiębiorcy tj. Mateusz Milczarek - MATEX z Czarnego oraz „AQUA-EXPRES” Ryszard Milczarek, pełnomocnik przedsiębiorców oświadczył, iż niezłożenie uzupełniających dokumentów przez Ryszarda Milczarka,

spowodowane było stanem jego zdrowia i faktycznym zaprzestaniem prowadzenia przez niego działalności gospodarczej.

Dowód: wyjaśnienia przedsiębiorców z dnia 30.10.2018 r k. 277-280, oraz z dnia 29.10.2018 r k.301-303

- [17] Następnie, przedstawiając swoje stanowisko Prezesowi Urzędu pismem z dnia 7 stycznia 2020 r., tj. po wszczęciu postępowania w sprawie, pełnomocnik obu przedsiębiorców oświadczył, że kwestionowane przez Prezesa UOKiK działanie przedsiębiorców nie wyczerpuje znamion zachowań, o których mowa w art. 6 ust. 1 pkt 7 uokik, gdyż - w jego ocenie - pominięto istotne okoliczności wskazujące na przyczynę odstąpienia przez Ryszarda Milczarka od uczestnictwa w przetargach na ich dalszym etapie.
- [18] Odnosząc się do kwestii przetargu prowadzonego pod numerem 1013/2017, w którym oferta Ryszarda Milczarka została odrzucona ze względu na rażąco niską cenę, co ostatecznie skutkowało wyborem oferty droższej - przedstawionej przez firmę Matex Mateusza Milczarka, pełnomocnik stron postępowania wskazał, iż przedstawiając zarzut w tym zakresie nie uwzględniono udziału w przedmiotowym przetargu trzeciego podmiotu, tj. firmy Ecomplex która „także odstąpiła od przetargu i dopiero po rezygnacji firmy AQUA-EXPRES i ECOMPLEX, doszło do zawarcia umowy z firmą MATEX. A więc gdyby zakładać że miało istnieć porozumienie między podmiotami doprowadzające do zawarcia umowy z podmiotem który zaproponował najwyższą cenę, w zmwowie tej musiałyby uczestniczyć obie firmy tj. AQUA-EXPRES i ECOMPLEX.
- [19] Odpowiadając na zarzuty dotyczące postępowania przetargowego o numerze 468/2018, w którym uczestniczyli tylko obaj przedsiębiorcy, którym postawiono zarzut zawarcia niedozwolonego porozumienia, jako przyczynę odstąpienia Ryszarda Milczarka od dalszego udziału w tym postępowaniu przetargowym wskazano ... załączając do odpowiedzi ...
- [20] Ponadto wskazano, iż w przypadku ww. przetargu, odnośnie zadania II, różnica cen pomiędzy obiema ofertami wynosiła jedynie 2 000 zł. Tak znikoma różnica w wysokości oferty, zdaniem przedsiębiorców, nie daje wystarczających podstaw do stwierdzenia, iż strony wzajemnie uzgodniły warunki ofert, celem skorzystania - w przypadku rezygnacji przedsiębiorcy oferującego niższą cenę wykonania usługi - na wyborze oferty drożej.

Dowód : wyjaśnienia stron postępowania z dnia 7 stycznia 2020 r. k. 8-59

- [21] Wyżej wymienione okoliczności i fakty, zdaniem stron postępowania, nie dają wystarczających podstaw pozwalających stwierdzić i uznać za udowodnione zarzuty zawarcia pomiędzy nimi porozumienia, którego celem lub skutkiem było ograniczenie konkurencji.

**NA PODSTAWIE USTALEŃ POCZYNIONYCH W OPARCIU O ZGROMADZONY W SPRAWIE MATERIAŁ DOWODOWY,
PREZES URZĘDU ZWAŻYŁ CO NASTĘPUJE**

INTERES PUBLICZNY

- [22] Zgodnie z art. 1 ust. 1 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów określa ona „warunki rozwoju i ochrony konkurencji oraz zasady podejmowanej w interesie publicznym ochrony interesów przedsiębiorców i konsumentów”. Tak określony cel ustawy oznacza, że ma ona charakter publiczny i służy ochronie interesu publicznego (ogólnospołecznego). Taki charakter ustawy oznacza, że Prezes UOKiK nie może podejmować działań w celu ochrony interesów indywidualnych. Kompetencją Prezesa UOKiK jest zwalczanie niekorzystnych

zjawisk naruszających (mogących naruszyć) konkurencję lub wywołujących (mogących wywołać) na rynku inne niekorzystne zjawiska.

Takie stanowisko konsekwentnie prezentuje Sąd Okręgowy w Warszawie - Sąd Ochrony Konkurencji i Konsumentów¹. Sąd ten stoi na stanowisku, że „publiczny znaczy dotyczący ogółu, dotyczący ogółu a nie jednostki, czy też określonej grupy. A zatem podstawą do zastosowania przez Prezesa Urzędu przepisów ustawy antymonopolowej winno być uprzednie stwierdzenie, że został naruszony interes publicznoprawny, a nie interes prawny jednostki czy też grupy.”.

Podobnie Sąd Najwyższy stwierdził, iż „Tak określony cel ustawy pozwala przyjąć, że miała ona charakter publicznoprawny i służyła (podobnie jak obecnie obowiązująca ustawa) ochronie interesu ogólnospołecznego. Znajdowała zatem zastosowanie wówczas, gdy zagrożony lub naruszony był interes publiczny, polegający na zapewnieniu właściwych warunków funkcjonowania rynku gospodarczego. (...) Celem ustawy nie była więc ochrona indywidualnego przedsiębiorcy.”².

- [23] Odnosząc powyższe do przedmiotowej sprawy, wskazać należy iż stronom niniejszego postępowania antymonopolowego postawiony został zarzut zawarcia porozumienia ograniczającego konkurencję, o którym mowa w art. 6 ust. 1 pkt 7 ustawy oik, na rynku świadczenia usług odbioru i transportu odpadów kuchennych ulegających biodegradacji, polegającego na uzgadnianiu przez tych przedsiębiorców, uczestniczących w postępowaniach o udzielenie zamówienia publicznego przeprowadzanego przez jednostkę organizacyjną Wojska Polskiego - 16 Wojskowy Oddział Gospodarczy w Drawsku Pomorskim, znak postępowań: nr 1013/2017, oraz 468/2018 warunków składanych ofert oraz podejmowania w toku prowadzonego ww. postępowania przetargowego czynności mających doprowadzić do zawarcia umowy na realizację dostaw temu z nich, który zaproponował wyższą cenę. Porozumienie takie w doktrynie prawa konkurencji określane jest jako „zmowa przetargowa”.
- [24] 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. Zawieranie między uczestnikami przetargu uzgodnień co do treści składanych ofert może ograniczać lub nawet wyeliminować oczekiwane korzyści z przetargu, niwecząc cel, jaki ma być osiągnięty w drodze przetargu, a mianowicie wybór najkorzystniejszych ofert składanych przez oferentów w warunkach konkurencji³. Działanie w warunkach konkurencji wymaga samodzielności w podejmowaniu decyzji, dlatego pewne formy grupowych działań przedsiębiorców, takich jak porozumienia między uczestnikami przetargów prowadzą do zniekształcenia konkurencji, a przez to godzą w interes publiczny.
- [25] W analizowanym przypadku mamy do czynienia z porozumieniem o charakterze horyzontalnym (poziomym), tzn. zawartym pomiędzy przedsiębiorcami, którzy powinni ze sobą konkurować, działającymi na tym samym szczeblu obrotu, tj. pomiędzy aktualnymi lub potencjalnymi uczestnikami przetargu.
- [26] Z powyższych względów, w niniejszej sprawie została spełniona przesłanka naruszenia interesu publicznego, a zatem istnieją podstawy dla przeprowadzenia analizy zachowań stron postępowania w świetle zakazu stosowania praktyk ograniczających konkurencję.

¹ Między innymi wyrok z dnia 27 czerwca 2001 r., (sygn. akt: XVII Ama 92/00).

² Wyrok Sądu Najwyższego z 29 maja 2001 r., (sygn. akt: I CKN 1217/98).

³ Wyrok Sądu Okręgowego w Warszawie - Sądu Ochrony Konkurencji i Konsumentów z dnia 17 kwietnia 2008 r., sygn. akt XVII Ama 117/05.

STATUS PRZEDSIĘBIORCY

[27] Zakaz stosowania praktyk ograniczających konkurencję adresowany jest wyłącznie do przedsiębiorców. Zgodnie z definicją przedsiębiorcy, zawartą w art. 4 pkt 1 ustawy okik pod pojęciem tym należy rozumieć między innymi przedsiębiorcę w rozumieniu przepisów ustawy z dnia 6 marca 2018 r. - Prawo przedsiębiorców (Dz. U. z 2021 r. poz. 162; dalej jako: „Prawo przedsiębiorców”).

Zgodnie z przepisami Prawa przedsiębiorców przedsiębiorcą jest osoba fizyczna, osoba prawna lub jednostka organizacyjna niebędąca osobą prawną, której odrębna ustawa przyznaje zdolność prawną, wykonująca działalność gospodarczą. Przedsiębiorcami są także wspólnicy spółki cywilnej w zakresie wykonywanej przez nich działalności gospodarczej.

Za przedsiębiorcę uznaje się więc podmiot, który spełnia łącznie określone ww. przepisami kryteria podmiotowe i przedmiotowe: po pierwsze jest osobą fizyczną, osobą prawną lub jednostką organizacyjną niebędącą osobą prawną, której ustawa przyznaje zdolność prawną, po drugie wykonuje we własnym imieniu działalność gospodarczą.

[28] Strony niniejszego postępowania antymonopolowego prowadzą we własnym imieniu działalność gospodarczą, posiadają zatem status przedsiębiorcy w rozumieniu przepisów ustawy Prawo przedsiębiorców. W konsekwencji są oni również przedsiębiorcami w rozumieniu art. 4 pkt 1 ustawy okik i podlegają regulacjom tej ustawy, w tym mają do nich zastosowanie przepisy dotyczące zakazu stosowania praktyk ograniczających konkurencję. Zawieszenie prowadzenia działalności gospodarczej przez Ryszarda Milczarka, w trakcie prowadzonego w niniejszej sprawie postępowania, nie wpływa na ocenę działań jego jako przedsiębiorcy (patrz art.25 ust.2 pkt 4 ustawy Prawo przedsiębiorców, tj. Dz.U. z 2021r. poz.162).

RYNEK WŁAŚCIWY

[29] Praktyki ograniczające konkurencję ujawniają się na określonym rynku właściwym.

Zgodnie z art. 4 pkt 9 ustawy okik przez rynek właściwy rozumie się rynek towarów, które ze względu na ich przeznaczenie, cenę oraz właściwości, w tym jakość, są uznawane przez ich nabywców za substytuty oraz są oferowane na obszarze, na którym, ze względu na ich rodzaj i właściwości, istnienie barier dostępu do rynku, preferencje konsumentów, znaczące różnice cen i koszty transportu, panują zbliżone warunki konkurencji.

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

poddaje się analizie z punktu widzenia produktowego (asortymentowego) i geograficznego.

- [31] W niniejszej sprawie rynkiem właściwym w ujęciu produktowym, na jakim zostało zawarte niedozwolone porozumienie jest rynek świadczenia usług odbioru i transportu odpadów kuchennych ulegających biodegradacji. Za takim określeniem rynku w ujęciu produktowym przemawia rodzaj usług których dotyczyły przetargi, do których przystępowały strony niniejszego postępowania oraz fakt, że nie mają one substytutów.
- [32] Analizując okoliczności rozpatrywanej sprawy, Prezes UOKiK doszedł do przekonania, że rynek świadczenia usług odbioru i transportu odpadów kuchennych ulegających biodegradacji ma wymiar regionalny. W przypadku rynku usług zbierania i transportu odpadów ulegających biodegradacji przy określeniu granic rynku właściwego obok zidentyfikowania siedziby podmiotów biorących udział w przetargu, a także określenia obszaru, na którym usługi te mają być wykonywane, uwzględnić należy okoliczność, iż odbieranie odpadów komunalnych jest działalnością regulowaną i wymaga wpisu do rejestru prowadzonego przez gminę, wydawanego w trybie określonym przepisami ustawy z dnia 14 grudnia 2012 r. o odpadach (tj. Dz. U. z 2021 r. poz. 779 ze zm.).
- [33] Zgodnie z §2 ust. 1 Rozporządzenia Ministra Środowiska z dnia 11 stycznia 2013 r. w sprawie szczegółowych wymagań w zakresie odbierania odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości (Dz.U. z 2013 r. poz. 122) podmiot odbierający odpady komunalne od właścicieli nieruchomości jest obowiązany posiadać bazę magazynowo - transportową usytuowaną: w gminie, z której terenu odbiera te odpady, lub w odległości nie większej niż 60 km od granicy tej gminy (pkt. 1); na terenie, do którego posiada tytuł prawny (pkt 2).
- [34] Z ustaleń dokonanych przez Prezesa Urzędu wynika, że do przetargów zorganizowanych przez Zamawiającego przystąpili przede wszystkim przedsiębiorcy, których siedziby znajdują się na obszarze Polski północnej, tj.: w województwie pomorskim i zachodniopomorskim. W analizowanych w niniejszej sprawie postępowaniach przetargowych, jako miejsce świadczenia usług wskazano obszar działania 16 Wojskowego Oddziału Gospodarczego w Drawsku Pomorskim - obejmujący obszar części województwa zachodniopomorskiego i części wielkopolskiego.
- Na zasięg rynku geograficznego wpływają również koszty transportu, które muszą być relatywnie niskie, aby realizacja przez przedsiębiorcę usługi polegającej na zbieraniu i transporcie odpadów ulegających biodegradacji była opłacalna ekonomicznie. Wszystkie wskazane powyżej okoliczności, w tym przede wszystkim uregulowania prawne i wynikające tego tytułu ograniczenia dla podmiotów prowadzących tego działalność, stanowią wystarczającą przesłankę do uznania, że rynek geograficzny w sprawie ma wymiar regionalny.
- [35] Reasumując powyżej poczynione rozważania, w ocenie Prezesa UOKiK, rynkiem właściwym, na którym mogło dojść do ograniczenia konkurencji w niniejszej sprawie jest regionalny rynek świadczenia usług odbioru i transportu odpadów ulegających biodegradacji, obejmujący obszar województwa zachodniopomorskiego i część wielkopolskiego.
- [36] Należy mieć dodatkowo na uwadze, że przedmiotem sprawy jest horyzontalne porozumienie ograniczające konkurencję, o którym mowa w art. 6 ust. 1 pkt 7 ustawy okik. Takie porozumienia nie podlegają wyłączeniu spod zakazu, o którym mowa w art. 6 ust. 1 ustawy okik, z uwagi na udział w rynku nieprzekraczający tzw. progu bagatelności (art. 7 ust. 3 ustawy okik). Z tego względu szczególnie dokładna definicja rynku, a także analiza jego struktury, stanu konkurencji, czy udziału uczestników porozumienia w rynku nie jest konieczna.

ROZPATRYWANE NARUSZENIE ART. 6 USTAWY O OCHRONIE KONKURENCJI I KONSUMENTÓW

[37] Zgodnie z art. 6 ust. 1 pkt 7 ustawy okik zakazane są porozumienia, których celem lub skutkiem jest wyeliminowanie, ograniczenie lub naruszenie w inny sposób konkurencji na rynku właściwym, polegające w szczególności na uzgadnianiu przez przedsiębiorców przystępujących do przetargu lub przez tych przedsiębiorców i przedsiębiorcę będącego organizatorem przetargu warunków składanych ofert, w szczególności zakresu prac lub ceny. Powyższe porozumienia w doktrynie prawa konkurencji nazywane są znowami przetargowymi. W celu ustalenia, czy przedsiębiorca dopuścił się naruszenia ww. przepisu, Prezes UOKiK musi ustalić następujące przesłanki:

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

[38] Należy przy tym wyjaśnić, że z porozumieniem, o którym mowa w art. 6 ust. 1 pkt 7 ustawy okik mamy do czynienia nie tylko w sytuacji, w której jego strony dokonały ustaleń dotyczących konkretnych warunków składanych przez każdą ze stron ofert, ale zakaz wynikający z tego przepisu należy rozumieć szerzej. Znamiona znowy przetargowej mają bowiem różnego rodzaju zachowania podejmowane przez znowiających się prowadzące do koordynacji ich działań. Jak wskazuje się w orzecznictwie, przedsiębiorcy nie muszą ustalać wszystkich warunków udziału w przetargu. Wystarczy fakt porozumienia się w przedmiocie jednego z elementów postępowania lub tego, iż jeden z potencjalnych oferentów, który z reguły występował w przetargach wycofa się.

[39] W niniejszym postępowaniu należało więc najpierw ustalić, czy doszło do zawarcia porozumienia przez dwa podmioty: AQUA-EXPRES Ryszard Milczarek z siedzibą w Czarnem oraz MATEX Mateusz Milczarek z siedzibą w Czarnem. Pojęcie porozumienia zdefiniowano w art. 4 pkt 5 uokik, zgodnie z którym przez porozumienie rozumie się:

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

[40] Powołany przepis ustanawia bardzo szeroką definicję porozumienia, a wszystkie trzy formy porozumienia, o ile są antykonkurencyjne, są zakazane. Należy podkreślić, że porozumienie w rozumieniu ustawy okik jest pojęciem szerszym niż umowa. Formami porozumienia są bowiem także uzgodnienia w jakiegokolwiek formie oraz uchwały i inne akty. Zakaz porozumień ograniczających konkurencję obejmuje zatem wszelkie formy koordynacji działań między przedsiębiorcami, które mają na celu lub skutkują ograniczeniem konkurencji. Do wykazania istnienia porozumienia ograniczającego konkurencję nie jest konieczne istnienie sformalizowanej umowy, wystarczające jest ustalenie, że nastąpiła świadoma koordynacja zachowań przedsiębiorców i przyjęcie sposobu współdziałania, którego celem jest ograniczenie konkurencji.

[41] W orzecznictwie Sądu Okręgowego w Warszawie - Sądu Ochrony Konkurencji i Konsumentów podkreśla się, że: „wykazanie istnienia znowy przetargowej jest niezwykle trudne dowodowo. Podmioty, które dopuszczają się takich działań mając świadomość ich nielegalnego charakteru zwykle tuszują swe porozumienie. Zatem oceniać je możemy zwykle po rezultatach, przesłankach i całokształcie okoliczności sprawy.”⁴.

⁴Wyrok Sądu Okręgowego - Sądu Ochrony Konkurencji i Konsumentów z dnia 17 kwietnia 2008 r., sygn. akt: XVII AmA 117/05.

- [42] Z kolei w orzecznictwie Sądu Najwyższego wskazuje się, że praktyki o jakich mowa w art. 6 ustawy okik „mogą być ujawniane za pomocą dowodów bezpośrednich lub pośrednich. W praktyce możliwość skorzystania przez Prezesa Urzędu z dowodów bezpośrednich jest ograniczona ze względu na świadomość przedsiębiorców co do nielegalności takich działań”⁵. W tym kontekście należy wskazać na możliwość stosowania przez Prezesa UOKiK w celu wykazania zmów przetargowych reguł dowodzenia opartych na domniemaniach faktycznych. Zgodnie bowiem z art. 231 ustawy z dnia 17 listopada 1964 r. - *Kodeks postępowania cywilnego* (Dz. U. z 2020 r. poz.1575 ze zm.), który to przepis w postępowaniu antymonopolowym znajduje zastosowanie w związku z art. 84 ustawy okik, można uznać za ustalone fakty mające istotne znaczenie dla rozstrzygnięcia sprawy, jeżeli wniosek taki można wprowadzić z innych ustalonych faktów.
- [43] W orzecznictwie Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej wielokrotnie wyrażany był natomiast pogląd, że skoro zakaz udziału w antykonkurencyjnych porozumieniach oraz sankcje, które grożą podmiotom naruszającym prawo są powszechnie znane, to normalne jest, iż działania, które te porozumienia obejmują, takie jak spotkania, odbywają się potajemnie, a dokumentacja z nimi związana jest ograniczona do minimum. Nawet jeżeli zostaną wykryte dokumenty świadczące o bezprawnym działaniu przedsiębiorców, to będą one zazwyczaj jedynie fragmentaryczne i odosobnione, i dlatego często będzie konieczna rekonstrukcja niektórych elementów w drodze dedukcji. W większości przypadków istnienie niedozwolonego porozumienia musi być wywnioskowane na podstawie szeregu zbieżnych okoliczności oraz przesłanek, które rozpatrywane łącznie mogą stanowić, w braku innego możliwego wytłumaczenia, dowód naruszenia reguł konkurencji⁶.
- [44] Prezes Urzędu może stwierdzić zawarcie porozumienia ograniczającego konkurencję zarówno w oparciu o dowody bezpośrednie, jak i pośrednie. Dowody bezpośrednie to dowody z pierwszej ręki pochodzące od uczestników spotkań dotyczących porozumienia i, co do zasady, bezpośrednio wskazujące na jego uczestników. Dowody bezpośrednie mogą występować zarówno w formie pisemnej, jako dokumenty wytworzone w czasie, kiedy zdarzenia, których dotyczą, miały miejsce, jak również w formie ustnej relacji odnoszącej się do kontaktów w ramach porozumienia, przedstawionej później⁷. W praktyce jednak szczególny, sekretny charakter antykonkurencyjnych porozumień, niejednokrotnie sprawia, że pozyskanie dowodów bezpośrednich jest niemożliwe, co wymusza szerokie posługiwanie się przez Prezesa Urzędu dowodami pośrednimi. Dopuszczalność wykazania za pomocą domniemań faktycznych, o których mowa w art. 231 ustawy z dnia 17 listopada 1964 r. - *Kodeks postępowania cywilnego* (tekst jedn.: Dz. U. z 2021 r., poz. 1805 ze zm.; dalej jako: „k.p.c.”) istnienia porozumienia ograniczającego konkurencję, została potwierdzona w orzecznictwie⁸. Domniemanie faktyczne polega na tym, że na podstawie ustalenia jednych faktów wnioskuje się o istnieniu innych. W takim wypadku istnieje zupełna swoboda wnioskowania na podstawie całokształtu okoliczności ujawnionych w toku postępowania dowodowego. Musi ono być jednak poprawne z punktu widzenia zasad logiki.
- [45] Dokonanie ustalenia na podstawie domniemania faktycznego możliwe jest wówczas, gdy wniosek taki nasuwa się z pewnością lub ze szczególnie dużą dozą prawdopodobieństwa, natomiast wniosek przeciwny nie ma w danych okolicznościach żadnego uzasadnienia, bądź też jest wysoce mało prawdopodobny. W odniesieniu do udowadniania porozumień

⁵Wyrok Sądu Najwyższego z dnia 9 sierpnia 2006 r., sygn. akt: III SK 6/06.

⁶Wyrok w sprawie Knauf Gips KG przeciwko Komisji, C407/08 P, pkt 49, :wyrok w sprawach połączonych C-204/00 P, C-205/00 P, C-211/00 P, C-213/00 P, C-217/00 P and C-219/00 P., Aalborg Portland i in. przeciwko Komisji, pkt 55-57.

⁷ F. Arbault, E. Sakkers [w:] J. Faull, A. Nikpay, *The EC law of competition, 2nd edition*, Oxford 2007, s. 989.

⁸ Wyrok Sądu Najwyższego z dnia 9 sierpnia 2006 r., sygn. III SK 6/2006, wyrok Sądu Apelacyjnego w Warszawie z dnia 9 października 2009 r., sygn. VI ACa 86/09.

ograniczających konkurencję za pomocą tego typu domniemań w orzecznictwie⁹ przyjmuje się, że porozumienie ograniczające konkurencję można uznać za wykazane wtedy, kiedy zachowania stron postępowania nie da się racjonalnie wytłumaczyć inaczej, niż tylko zawarciem pomiędzy nimi porozumienia.

- [46] Wszczynając postępowanie antymonopolowe w przedmiotowej sprawie, Prezes Urzędu powziął uzasadnione podejrzenie, że pomiędzy przedsiębiorcami: AQUA-EXPRES Ryszard Milczarek z siedzibą w Czarnem oraz Mateusz Milczarek - MATEX z siedzibą w Czarnem mogło dojść do zawarcia porozumienia w formie uzgodnień, o których mowa w art. 4 pkt 5 lit. b uokik. Uzgodnienia te mogły polegać na ustalaniu składanych przez ww. przedsiębiorców warunków ofert w postępowaniach przetargowych o numerach 1013/2017 oraz 468/2018, o których mowa powyżej oraz podejmowaniu w toku tych postępowań przetargowych czynności mających doprowadzić do zawarcia umowy na realizację usługi z tym z nich, który zaproponował wyższą cenę. Czynności te mogły polegać w szczególności na zastosowaniu przez ww. przedsiębiorców mechanizmu rozstawiania i wycofywania ofert. Oferty ww. przedsiębiorców mogły być „rozstawiane”, tj. oferowane w nich ceny były odpowiednio różnicowane, a następnie po otwarciu oferty, gdy przedsiębiorcy uzyskiwali wiedzę, że ich oferty zawierają kolejno najniższe ceny, oferta tego z przedsiębiorców, który zaoferował niższą cenę zostawała wycofywana. Zebrany materiał dowodowy w trakcie postępowania wyjaśniającego dawał podstawę do stwierdzenia, że celem współpracy przedsiębiorców mogło być ograniczenie konkurencji.
- [47] Domniemane porozumienie nie tylko mogło zmierzać do ograniczenia konkurencji na rynku właściwym, ale i cel ten mógł zostać faktycznie zrealizowany przez uczestniczących w nim przedsiębiorców, którzy dzięki uzgodnionym zachowaniom uzyskali zamówienia po wyższej cenie, wpływając na wynik postępowania przetargowego. Niekorzystny skutek porozumienia jakie mogło zostać zawarte to odczuwalny przez ogłaszającego przetarg wzrost ceny wykonywanych usług w stosunku do najniższej oferowanej ceny. Tym samym istniało podejrzenie, że spełniony został warunek zastosowania art. 6 ust. 1 uokik polegający na istnieniu antykonkurencyjnego celu lub skutku porozumienia.
- [48] Podejrzenie zawarcia porozumienia pomiędzy stronami uzasadniata przede wszystkim okoliczność odstąpienia przedsiębiorcy AQUA-EXPRES Ryszard Milczarek, którego oferta okazywała się najkorzystniejsza w analizowanych postępowaniach przetargowych, od uzupełnienia dokumentów przetargowych oraz rezygnacji ze złożenia dodatkowych wyjaśnień, a tym samym wycofania się z dalszego udziału w postępowaniach przetargowych, co w konsekwencji skutkowało wyborem droższych ofert, przedstawionych przez przedsiębiorcę MATEX Mateusza Milczarka - osoby dodatkowo spokrewnionej z przedsiębiorcą rezygnującym z uczestnictwa w przetargu.

Postępowanie przetargowe 1013/2017

- [49] W analizowanym postępowaniu przetargowym o znaku postępowania 1013/2017 podjęte działania przedsiębiorcy polegające na nieuzupełnieniu oferty z niższą ceną niż oferta drugiego uczestnika porozumienia - zdaniem Prezesa UOKiK - wskazują, że strony postępowania mogły stosować mechanizm rozstawiania ofert, a w przypadku ich korzystnego rankingu miało miejsce wycofywanie oferty mniej korzystnej.

Zastosowanie tego mechanizmu w pierwszym etapie polega na uzgodnieniu treści ofert, a w szczególności cen, w ten sposób, że poszczególne oferty są szeregowane („rozstawiane”), tak, by przez poszczególnych uczestników zmywy składane były oferty, istotnie różniące się ceną.

⁹ Wyrok Sądu Okręgowego w Warszawie - Sądu Ochrony Konkurencji i Konsumentów z dnia 17 kwietnia 2008 r., sygn. XVII AmA 117/05.

Następnie, jeżeli po otwarciu i upublicznieniu ofert, lub po dokonaniu wyboru najkorzystniejszej oferty, okazuje się, że oferty stron porozumienia zajmują dwa kolejne miejsca, oferta najkorzystniejsza jest „wycofywana” (najczęściej przez niezuzupełnienie brakującej dokumentacji, niepoprawienie błędów w ofercie, etc.) w wyniku czego wykonawca zostaje wykluczony z przyczyn formalnych lub jego oferta jest odrzucana.

[50] Dokonując oceny działań przedsiębiorców Mateusza Milczarka i Ryszarda Milczarka w kontekście formułowanego zarzutu zawarcia porozumienia polegającego na rozstawieniu i wycofaniu mniej korzystnej oferty istotne znaczenie mają następujące, ustalone okoliczności:

- 1) wskazani wyżej przedsiębiorcy to ojciec i syn, prowadzący działalności gospodarcze pod jednym adresem,
- 2) w obu ofertach podano ten sam adres do korespondencji,
- 3) oferty złożono w tym samym czasie - o tej samej godzinie,
- 4) z treści wpisu do CEIDG wynika, iż w przypadku przedsiębiorcy Ryszarda Milczarka, pełnomocnikiem przedsiębiorcy jest Mateusz Milczarek.

W przedmiotowym przetargu, jak już wskazano wyżej - w punkcie [12] decyzji AQUA-EXPRES najpierw została wezwana do złożenia wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny dotyczącej zadania nr I, co uczyniła, natomiast w momencie wezwania przez Zamawiającego do uzupełnienia dokumentów do drugiego etapu w zakresie zadania nr I i II, nie złożyła wymaganych dokumentów, wycofała się także z wyjaśnień rażąco niskiej ceny tłumacząc się pomyłką w kalkulacji. W związku z powyższym ofertę odrzucono, co bezpośrednio przyczyniło się do wyboru w zadaniu I oferty firmy MATEX, i pośrednio także w zadaniu nr II gdzie firma ECOMPLEX odstąpiła od zawarcia umowy i jedną ważną ofertą została oferta firmy MATEX.

[51] Prezes Urzędu stwierdza że, powyższe okoliczności wskazują, iż przedsiębiorcy mieli sposobność i okazję pozwalającą na swobodną wymianę informacji i dokonywanie wiarygodnych ustaleń na każdym etapie działania w ramach ww. przetargu tj. od przygotowania ofert, aż do wycofania oferty, w sytuacji i w przypadku właściwej kolejności ofert. Pozwalało to na rozstawienie ofert, różnicowanie cenowe ofert na ustalonym przez strony postępowania poziomie. Uchylenie się od zawarcia umowy przez przedsiębiorcę oferującego najniższą cenę wykonania usługi, doprowadzające do wyboru drugiej oferty o wyższej cenie przez przedsiębiorcę powiązanego więzami rodzinnymi z wykonawcą odstępującym od podpisania umowy, przy uwzględnieniu ww. okoliczności (tj. co do sposobności i zaufania) wskazuje na zamierzone działanie obu przedsiębiorców, mające na celu uzyskanie od Zamawiającego wyższej ceny za oferowane usługi.

[52] Nie zasługuje na uwzględnienie argumentacja uczestników postępowania podnosząca fakt udziału w jednym z postępowań, poza przedsiębiorcami objętymi zarzutami także innego przedsiębiorcy, tj. Ecomplex, która to okoliczność zdaniem stron postępowania nie daje wystarczających podstaw i przesłanek pozwalających uznać, iż strony postępowania mogły swobodnie, niezależnie od działań innego przedsiębiorcy, uzgadniać między sobą warunki i sposób postępowania w tym postępowaniu przetargowym.

Prezes Urzędu podkreśla, że fakt, iż nie wszyscy uczestnicy przetargu są członkami porozumienia ograniczającego konkurencję w żaden sposób istnieniu takiego porozumienia nie przeczy. Dla skuteczności zmowy rozpatrywanego typu (rozstawienie i wycofywanie ofert) wystarczające jest, że zmówią się podmioty, które następnie zajmą kolejne najwyższe miejsca w przetargu. Oczywiście sukces takiego zachowania zależy od ostatecznej kolejności ofert, na którą wpływa obecność w przetargu podmiotów trzecich, niemniej jednak sam fakt uczestnictwa takich podmiotów nie uniemożliwia zakończonej

sukcesem zmowy polegającej na rozstawieniu i wycofywaniu ofert. Również w analizowanym postępowaniu przetargowym, mimo udziału w nim podmiotu trzeciego, strony niniejszego postępowania skutecznie doprowadziły do wyboru kolejnej oferty - droższej tj. Mateusza Milczarka. Stało się tak w odniesieniu do zadania I, w przypadku którego oferty uczestników postępowania zajęły dwa pierwsze miejsca. W tym zadaniu różnica między wycofaną ofertą AQUA-EXPRESS a ofertą Mateusza Milczarka wynosiła 16 060 zł 80 gr.

Również wycofanie oferty na zadanie II uznać należy za w pełni racjonalne w świetle faktu, iż uczestnicy postępowania zajmowali w nim drugie i trzecie miejsce. Wycofując się z przetargu AQUA-EXPRES traciła wadium, w wysokości 6 100 zł, natomiast zapewniała w ten sposób, że w przypadku odrzucenia oferty ECOMPLEX bądź też rezygnacji tego podmiotu, wykonanie zadania II przypadnie Mateuszowi Milczarkowi - MATEX, którego oferta była droższa od oferty AQUA-EXPRES, o kwotę 20 100 zł. Kwota, którą potencjalnie mogli zatem zyskać uczestnicy porozumienia znacznie więc przewyższała kwotę utraconego wadium. Tak właśnie się ostatecznie stało. Tym bardziej w przypadku, mającym miejsce w niniejszym postępowaniu, w którym realizacja wyłącznie zadania II przez podmioty uczestniczące w przetargu była mało opłacalna ekonomicznie z uwagi na znacznie niższą kwotę przeznaczoną na realizację tego zadania, w porównaniu do wysokości wynagrodzenia przeznaczonego na realizację zadania I (zadanie I jak i II polegało na wywozie odpadów kuchennych). Rezygnacja firmy ECOMPLEX, mającej siedzibę w znacznym oddaleniu od miejsca wykonywania zlecenia, z realizacji wyłącznie zadania II, która zaoferowała najniższą cenę za wykonanie zadania II, przy braku możliwości równoczesnej realizacji zadania I była, w tym przypadku, zrozumiała, zaś pozostałe podmioty uczestniczące w przetargu mogły ją przewidzieć.

[53] Dowody uzyskane w toku postępowania dają Prezesowi Urzędu podstawę do twierdzenia iż, Mateusz Milczarek i Ryszard Milczarek dokonywali uzgodnień co do swojego zachowania w trakcie przetargów. Biorąc pod uwagę stopień pokrewieństwa między nimi, wzajemne zaufanie i posiadanie siedzib pod tym samym adresem należy przypuszczać, że uzgodnienia te następowały podczas bezpośrednich kontaktów i tym samym nie pozostawiły utrwalonych śladów.

[54] Reasumując, bezpośrednich dowodów na celowe i uzgodnione działanie przedsiębiorców Ryszarda Milczarka i Mateusza Milczarka w ramach analizowanego przetargu o numerze 1013/2017 brak, jednakże zachowanie przedsiębiorców w świetle dowodów pośrednich wymienionych powyżej nie znajduje żadnego innego uzasadnienia, niż skoordynowane działanie obu przedsiębiorców o charakterze porozumienia, a sposób działania w analizowanym przetargu na zastosowanie metody rozstawiania ofert i w przypadku korzystnego rankingu, wycofania oferty mniej korzystnej. W warunkach konkurencji rzeczywistej, każdy podmiot zgłaszający swoją ofertę w postępowaniu o udzielenie zamówienia działa we własnym interesie, a nie w interesie pozostałych uczestników, którzy winni stanowić dla niego konkurencję. W powyższej sytuacji zasadnym wydaje się twierdzenie i zarzut, że okoliczności sprawy wskazują, iż obaj wykonawcy w tym postępowaniu przetargowym współdziałali wzajemnie zarówno na etapie przygotowania, jak i składania ofert.

Zebrany materiał dowodowy wskazuje zatem, że pomiędzy przedsiębiorcami - w przypadku wyżej analizowanego postępowania przetargowego - istniało porozumienie w formie uzgodnień, o których mowa w art. 4 pkt 5 lit. b ustawy okik.

Antykonkurencyjny cel lub charakter porozumienia

[55] Zgodne z art. 6 ust. 1 pkt 7 ustawy okik zakazane są porozumienia, których celem lub skutkiem jest wyeliminowanie, ograniczenie lub naruszenie w inny sposób konkurencji na

ryнку właściwym, polegające w szczególności na uzgadnianiu przez przedsiębiorców przystępujących do przetargu lub przez tych przedsiębiorców i przedsiębiorcę będącego organizatorem przetargu warunków składanych ofert, w szczególności zakresu prac lub ceny.

Z powyższego przepisu wynika, że antykonkurencyjny cel i antykonkurencyjny skutek porozumienia nie muszą wystąpić łącznie i zakazane jest już samo zawarcie (istnienie) porozumienia ukierunkowanego na ograniczenie konkurencji, zaś efekt w postaci ograniczenia konkurencji może, ale wcale nie musi wystąpić.

- [56] W niniejszej sprawie cel porozumienia nakierowany na ograniczenie konkurencji jest dla Prezesa Urzędu jednoznaczny - mamy do czynienia z działaniami przedsiębiorców polegającymi na dokonywaniu uzgodnień zachowań mających wpływać na ostateczne wyniki przetargów, a sprowadzających się do wspólnego przygotowywania ofert i ustalania poziomu cen, a następnie, w przypadku złożenia ofert zawierających kolejno dwie najniższe ceny, wycofywania tańszej z ofert w celu doprowadzenia do wyboru oferty tego z przedsiębiorców, który zaoferował wyższą cenę za wykonanie zamówienia.
- [57] Zebrane dowody wskazują, że celem współpracy przedsiębiorców było zniekształcenie konkurencji. Przedsiębiorcy wykorzystali w tym celu mechanizm wycofywania ofert, który pozwala uczestnikom porozumienia - przy zaistnieniu sprzyjających okoliczności (uplasowanie się na dwóch pierwszych miejscach) - na uzyskanie zamówienia po wyższej z oferowanych cen i tym samym zwiększenie zysków, kosztem zamawiającego. Współpraca ta - oparta na uzgodnionym scenariuszu działań - miała więc zapewnić stronom porozumienia korzystny dla nich wynik przetargu (do którego wspólnie przystępowali) i tym samym zapewnić osiągnięcie zysku wyższego niż w warunkach konkurencji.
- [58] Stwierdzić należy zatem, że porozumienie będące przedmiotem niniejszego postępowania zmierzało do ograniczenia konkurencji na rynku właściwym. Mając jednakże na uwadze, że dla spełnienia warunku zastosowania art. 6 ust. 1 ustawy okik jest już wystarczające samo zawarcie porozumienia mającego na celu ograniczenie konkurencji, w niniejszej sprawie Prezes UOKiK uznał, iż warunek ten został spełniony.

Wyłączenia spod zakazu porozumień, o których mowa w art. 6 ustawy okik

- [59] Ustawa o ochronie konkurencji i konsumentów przewiduje, że porozumienia ograniczające konkurencję są zakazane, o ile nie zostały wyłączone spod zakazu. Istnieją trzy rodzaje wyłączeń spod zakazu zawierania porozumień ograniczających konkurencję:
- zasada *de minimis* - wyłączenie na podstawie art. 7 tej ustawy,
 - wyłączenia grupowe - na podstawie art. 8 ust. 3 tej ustawy,
 - wyłączenia indywidualne - na podstawie art. 8 ust. 1 tej ustawy.
- [60] Ingerencja prawa konkurencji w stosunki gospodarcze przedsiębiorców powinna mieć miejsce jedynie w przypadkach, kiedy zachowania przedsiębiorców wywierają lub mogą wywierać (gdyby doszły do skutku) odczuwalne skutki dla konkurencji. W związku z tym w art. 7 ustawy okik przewidziane jest wyłączenie stosowania zakazu zawierania porozumień ograniczających konkurencję z uwagi na niewielki udział przedsiębiorców w rynku. Zgodnie z art. 7 ust. 1 pkt 1 tej ustawy wyłączenie to ma miejsce w odniesieniu do porozumień zawieranych między przedsiębiorcami, którzy są konkurentami, jeżeli ich łączny udział w rynku w roku kalendarzowym poprzedzającym zawarcie porozumienia nie przekracza 5%. Niemniej jednak, zgodnie z art. 7 ust. 3 ustawy okik, wyżej wskazane wyłączenie nie ma zastosowania między innymi do porozumień określonych w art. 6 ust. 1 pkt 7 tej ustawy, tj. do zμών przetargowych. Biorąc pod uwagę, że analizowane w niniejszej sprawie porozumienie stanowi właśnie taki rodzaj porozumienia, nie korzysta

ono z wyłączenia spod zakazu porozumień ograniczających konkurencję w oparciu o określającą zasadę *de minimis* przepis art. 7 ust. 1 ustawy okik.

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

[62] Rozpatrując możliwość wyłączenia indywidualnego porozumienia spod zakazu na podstawie art. 8 ust. 1 ustawy okik należy zauważyć, że ciężar udowodnienia okoliczności uzasadniających wyłączenie, to jest wykazania, iż porozumienie spełnia następujące warunki:

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

Wykazanie tych okoliczności spoczywa na przedsiębiorcy (strona powołująca się na wyłączenie musi udowodnić spełnienie wszystkich przesłanek zdefiniowanych w art. 8 ust. 1 ww. ustawy), co w niniejszej sprawie nie nastąpiło.

Postępowanie przetargowe o numerze 468/2018

[63] Odnosząc się do zarzutu sformułowanego w odniesieniu do postępowania przetargowego o numerze 16WOG-SZP.2712.34.2018 organizowanego przez 16 Wojskowy Oddział Gospodarczy w Drawsku Pomorskim (znak postępowania 468/2018), w którym brali udział wyłącznie obaj przedsiębiorcy tj. Mateusz Milczarek - MATEX oraz Ryszard Milczarek - AQUA-EXPRES, stwierdzić należy, iż w tym przypadku, nie znaleziono jednoznacznych i niebudzących wątpliwości dowodów, pozwalających uznać, iż doszło do zawarcia antykonkurencyjnego porozumienia (zmowy przetargowej).

[64] W tym postępowaniu przetargowym, podobnie jak w odniesieniu do przypadku analizowanego we wcześniejszej części niniejszej decyzji, postawienie ww. zarzutu na etapie wszczęcia postępowania przed Prezesem Urzędu było uzasadnione następującymi okolicznościami: pokrewieństwo przedsiębiorców, prowadzenie działalności gospodarczej pod jednym adresem i tym samym adresem do korespondencji, złożenie ofert w tym samym czasie - o tej samej godzinie, jak też wycofanie oferty z niższą ceną, co w konsekwencji skutkowało wyborem oferty droższej. Tym niemniej, analiza całokształtu okoliczności przedmiotowej sprawy, tj. tego przetargu, nie pozwala na jednoznaczne stwierdzenie zawarcia porozumienia pomiędzy stronami postępowania, w oparciu o wyżej opisane reguły dowodzenia.

[65] Odnosnie ww. postępowania przetargowego, brak jest dowodów bezpośrednich wskazujących na to, że między AQUA-EXPRES Ryszard Milczarek z siedzibą w Czarnem i Mateusz Milczarkiem - MATEX z siedzibą w Czarnem doszło do podjęcia uzgodnień w

przedmiocie doprowadzenia do wyboru oferty przedsiębiorcy, oferującego wyższą cenę wykonania usługi. Jednocześnie, również w oparciu o domniemania faktyczne, niemożliwe było wysnucie takiego wniosku z pewnością lub z dużą dozą prawdopodobieństwa. W toku postępowania antymonopolowego przedstawione zostały bowiem okoliczności, które uzasadniają - tłumaczą takie zachowanie stron w sposób nieodwołujący się do istnienia porozumienia ograniczającego konkurencję.

[66] Przechodząc do szczegółowego uzasadnienia tych okoliczności, należy odnieść się do kwestii oceny wyjaśnień dotyczących powodu odstąpienia przedsiębiorcy Ryszarda Milczarka, prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą AQUA-EXPRES z siedzibą w Czarnem od dalszego udziału w przetargu. Przedstawione przez tego przedsiębiorcę okoliczności, wskazujące na zły stan zdrowia przedsiębiorcy Ryszarda Milczarka jako przyczynę jego rezygnacji z dalszego udziału w postępowaniu przetargowym, skutkujący faktycznym zawieszeniem dalszego prowadzenia działalności gospodarczej, udokumentowane zostały bowiem kopiami dokumentacji medycznej, potwierdzającej fakt znacznego pogorszenia stanu zdrowia przedsiębiorcy oraz jego pobyt na leczeniu szpitalnym w okresie od dnia 12 lipca do dnia 9 sierpnia 2018 r. tj. w okresie pokrywającym się terminem uzupełnienia ofert oraz dnia 16 października 2018 r., jak też w okresie od 29 listopada 2018 do 3 grudnia 2018 r., oraz w latach wcześniejszych.

Dowód : pismo z dnia 7 stycznia 2020 r. k. 8-59

[67] Zdaniem Prezesa Urzędu, te wyjaśnienia przedsiębiorcy, poparte załączoną dokumentacją medyczną należało uznać za wiarygodne.

[68] Tym samym, przyjęcie - wyłącznie w oparciu o domniemanie faktyczne - iż w niniejszym przypadku doszło do zawarcia niedozwolonego porozumienia przetargowego wydaje się niezasadne. W prowadzonym postępowaniu wykazano bowiem, iż kwestionowane zachowanie strony postępowania (Ryszarda Milczarka) da się racjonalnie wytłumaczyć inaczej, niż tylko zawarciem pomiędzy stronami postępowania antykonkurencyjnego porozumienia.

[69] Wobec ustalenia powyższych okoliczności faktycznych uzasadniających zachowanie stron w ww. przetargach w sposób nieodwołujący się do istnienia zмовы przetargowej, Prezes Urzędu doszedł do wniosku, iż nie jest możliwe udowodnienie, że w przedmiotowej sprawie doszło do uzgodnienia przez strony postępowania warunków składanych ofert oraz sposobu zachowania w przetargach przeprowadzonych przez jednostkę organizacyjną Wojska Polskiego - 16 Wojskowy Oddział Gospodarczy w Drawsku Pomorskim, znak postępowań: nr 468/2018. W związku z tym, że w toku postępowania nie zostało udowodnione, że strony zawarły porozumienie ograniczające konkurencję, tym samym postępowanie antymonopolowe, w tej części tj. odnośnie zarzutu dotyczącego tego przetargu należy umorzyć, jako bezprzedmiotowe.

[70] Ustawa o ochronie konkurencji i konsumentów nie reguluje instytucji bezprzedmiotowości postępowania antymonopolowego, zgodnie jednak z art. 83 uokik w sprawach w niej nieuregulowanych, do postępowania przed Prezesem Urzędu stosuje się przepisy ustawy *Kodeks postępowania administracyjnego* (tj. Dz. U. z 2021 r. poz. 735 ze zm). W rozpatrywanej sprawie zastosowanie będzie miał art. 105 § 1 k.p.a., który stanowi, że gdy postępowanie z jakiegokolwiek przyczyny stało się bezprzedmiotowe w całości albo w części, organ administracji publicznej wydaje decyzję o umorzeniu postępowania odpowiednio w całości albo w części.

[71] Bezprzedmiotowość postępowania administracyjnego oznacza, że brak jest któregoś z elementów materialnego stosunku prawnego, a wobec tego nie można wydać decyzji rozstrzygającej sprawę co do istoty. Gdy zaistnieją takie okoliczności, umorzenie postępowania jest obligatoryjne, niezależne od woli bądź uznania organu administracji publicznej. Przesłanka bezprzedmiotowości postępowania może zarówno istnieć jeszcze przed wszczęciem postępowania i zostać ujawniona w toczącym się postępowaniu, jak i

powstać w czasie trwania postępowania, a więc w sprawie już zawistej przed organami administracyjnymi.

[72] W świetle prawa materialnego oraz ustalonego stanu faktycznego w przypadku tego postępowania przetargowego nieudowodnione zostało zajście materialnoprawnej przesłanki, koniecznej do stwierdzenia zawarcia antykonkurencyjnego porozumienia, wynikającej z art. 6 ust. 1 uokik. Zgromadzony materiał dowodowy nie potwierdził bowiem dostatecznie, że pomiędzy stronami zostało zawarte porozumienie ograniczające konkurencję, a w konsekwencji wystąpiły elementy prawnie statuujące zakaz, o którym mowa w art. 6 ust. 1 pkt 7 uokik. Ten brak kwalifikacji przedmiotowej powoduje, że nie ma podstaw do wydania - w tym zakresie - rozstrzygnięcia stwierdzającego stosowanie praktyk ograniczających konkurencję.

KARA PIENIĘŻNA

[73] Na podstawie art. 106 ust. 1 pkt 1 uokik Prezes UOKiK może nałożyć na przedsiębiorcę karę pieniężną w wysokości nie większej niż 10% obrotu osiągniętego w roku obrotowym poprzedzającym rok nałożenia kary, jeżeli przedsiębiorca ten, choćby nieumyślnie dopuścił się naruszenia zakazu określonego w art. 6 uokik.

Pojęcie „obrotu” zostało sprecyzowane w art. 106 ust. 3 pkt 1, 2 i 3 ustawy uokik, zgodnie z którym obrót, o którym mowa w ust. 1, oblicza się jako sumę:

- 1) przychodów wykazanych w rachunku zysków i strat - w przypadku przedsiębiorcy sporządzającego taki rachunek na podstawie przepisów o rachunkowości;
- 2) przychodów wykazanych w rocznym sprawozdaniu finansowym równoważnym do rachunku zysków i strat sporządzanym na podstawie przepisów o rachunkowości lub w innym dokumencie podsumowującym przychody w roku obrotowym, w tym w sprawozdaniu z wykonania budżetu - w przypadku przedsiębiorcy, który nie sporządza rachunku zysków i strat na podstawie przepisów o rachunkowości;
- 3) udokumentowanych przychodów uzyskanych w roku obrotowym w szczególności ze sprzedaży produktów, towarów lub materiałów, przychodów finansowych oraz przychodów z działalności realizowanej na podstawie statutu lub innego dokumentu określającego zakres działalności przedsiębiorcy, a także wartości uzyskanych przez przedsiębiorcę dotacji przedmiotowych - w przypadku braku dokumentów, o których mowa w pkt 1 i 2.

[74] Możliwość nałożenia na przedsiębiorcę kary wymaga ustalenia, że naruszenie zakazu było co najmniej nieumyślne.

Z ustaleń faktycznych sprawy wynika, że przedsiębiorcy Ryszard Milczarek i Mateusz Milczarek realizowali w odniesieniu do postępowania przetargowego o znaku postępowania 1013/2017 uzgodnioną strategię w celu pozyskiwania zamówienia publicznego na rynku świadczenia usług odbioru i transportu odpadów kuchennych ulegających biodegradacji, której celem było uzyskanie zamówienia po możliwie wysokiej cenie. Istotą tej strategii była manipulacja wynikami wskazanego przetargu, do którego wspólnie przystępowały strony postępowania. Uzgodnioną strategię udało się skutecznie zastosować w przypadku ww. jednego przetargu organizowanego przez jednostkę organizacyjną Wojska Polskiego - 16 Wojskowy Oddział Gospodarczy w Drawsku Pomorskim, poprzez nieuzupełnienie oferty oraz wycofanie złożonych wcześniej wyjaśnień dotyczących rażąco niskiej ceny - tłumacząc się pomyłką w kalkulacji, co w konsekwencji skutkowało wyborem oferty droższej przedstawionej przez drugiego uczestnika porozumienia. W ocenie Prezesa UOKiK umyślność naruszenia wynika z samej istoty podejmowanych przez strony postępowania działań. W sprawie

została zatem spełniona przesłanka umożliwiająca nałożenie kar pieniężnych, a Prezes UOKiK uznał za zasadne skorzystanie z tego uprawnienia.

[75] Przemawiają za tym bowiem cele prewencji indywidualnej i ogólnej, jak również cel represyjny. Nałożenie kar pieniężnych służyć będzie jako środek odstraszający strony postępowania od stosowania podobnych praktyk w przyszłości (prewencja indywidualna) oraz będzie sygnałem dla innych profesjonalnych uczestników rynku, że tego typu działania nie mogą być podejmowane - pod rygorem sankcji finansowej (prewencja ogólna). Kara pieniężna spełni także funkcję represyjną, to znaczy stanowić będzie dolegliwość dla stron postępowania.

[76] Ustalając wysokość nakładanych kar pieniężnych, Prezes UOKiK kieruje się wytycznymi zawartymi w art. 111 ustawy okik oraz ich wykładnią przedstawioną w „Wyjaśnieniach dotyczących ustalania kar pieniężnych w sprawach związanych z naruszeniem zakazu praktyk ograniczających konkurencję” z kwietnia 2021 r.¹⁰

[77] Zgodnie z art. 111 ust. 1 ustawy okik Prezes UOKiK, ustalając wysokość nakładanych kar pieniężnych, uwzględnia w szczególności okoliczności naruszenia przepisów tej ustawy oraz uprzednie naruszenie przepisów ustawy, a także okres, stopień oraz skutki rynkowe naruszenia przepisów ustawy, przy czym stopień naruszenia Prezes UOKiK ocenia biorąc pod uwagę okoliczności dotyczące natury naruszenia, działalności przedsiębiorcy, która stanowiła przedmiot naruszenia oraz specyfiki rynku, na którym doszło do naruszenia.

[78] Równocześnie, zgodnie z art. 106 ust. 1 ustawy okik, Prezes Urzędu może nałożyć na przedsiębiorcę, w drodze decyzji, karę pieniężną w wysokości nie większej niż 10% obrotu osiągniętego w roku obrotowym poprzedzającym rok nałożenia kary, czyli w analizowanym przypadku - w roku 2020.

[79] Zgodnie z ww. przepisami (art. 106 ust. 6 ustawy okik) w przypadku gdy przedsiębiorca nie osiągnął obrotu w okresie trzyletnim 100 000 euro, lub gdy obrót przedsiębiorcy obliczony na podstawie przepisu art. 106 ust. 5 tej ustawy nie przekracza równowartości 100 000 euro, Prezes Urzędu może nałożyć na przedsiębiorcę, w drodze decyzji, karę pieniężną w wysokości nieprzekraczającej równowartości 10 000 euro.

[80] Stosownie do art. 106 ust. 5 ustawy okik obrót wskazany w art. 106 ust. 6 tej ustawy to obrót przedsiębiorcy obliczony jako średni obrót osiągnięty przez przedsiębiorcę w trzech kolejnych latach obrotowych poprzedzających rok nałożenia kary. Jeżeli tak obliczony średni obrót z ostatnich 3 lat nie przekracza równowartości 100 000 euro, Prezes Urzędu może wówczas nałożyć na przedsiębiorcę, w drodze decyzji, karę pieniężną w wysokości nieprzekraczającej równowartości 10 000 euro.

[81] Przedsiębiorca Mateusz Milczarek w roku 2020 osiągnął obrót w wysokości ... zł.

Tak więc maksymalna kara jak mogłaby zostać nałożona na Mateusza Milczarka wynosi zł.

[82] Natomiast dochód osiągnięty przez przedsiębiorcę Ryszarda Milczarka w roku 2020 wyniósł zł. W takim przypadku do obliczenia wysokości kary dla tego przedsiębiorcy należało zastosować przepisy art. 106 ust. 5 i 6 ustawy o ochronie konkurencji konsumentów. ..

Obrót tego przedsiębiorcy wynosił w latach 2018 -2020 odpowiednio:

– 2018 r. zł, tj. wg. kursu euro NBP z dnia 31 grudnia 2018 r.(tabela 252/A/NBP/2018) 1 euro= 4,30 zł - euro,

¹⁰ https://www.uokik.gov.pl/wyjasnienia_i_wytyczne.php

- 2019 r. zł, tj. wg. kursu euro NBP z dnia 31 grudnia 2019 r. (tabela 251/A/NBP/2019) 1 euro = 4,2585 zł - ... euro,
- 2020 r. zł, tj. wg. kursu euro NBP z dnia 31 grudnia 2020 r. (tabela 255/A/NBP/2020) 1 euro = 4,6148 -... euro .

Tak więc średni obrót tego przedsiębiorcy w kolejnych trzech latach obrotowych, tj. 2018-2020 nie przekroczył wartości 100 000 euro.

Oznacza to, że maksymalna wysokość kary, jaka mogłaby zostać nałożona na Ryszarda Milczarka wynosi zł.

- [83] Zgodnie z Wyjaśnieniami wskazanymi w punkcie 76 decyzji podstawą obliczenia wysokości kary pieniężnej jest obrót ustalony zgodnie z art. 106 ust. 3 i następne ustawy oikkk za ostatni rok, w którym stosowana była praktyka ograniczająca konkurencję. Tak więc wysokość kary ustalona zostanie z uwzględnieniem obrotu osiągniętego za rok 2017. W analizowanej sytuacji termin składania ofert minął bowiem w 16 listopada 2017 r. Wyjściowa kwota kary jest ustalana jako wartość procentowa obrotu osiągniętego w ostatnim roku stosowania praktyki. Wielkość wartości procentowej jest uzależniona od natury (powagi) naruszenia. Ze względu na kryterium natury naruszenia Prezes UOKiK wyróżnia trzy rodzaje naruszeń: bardzo poważne, poważne i pozostałe. Zmowy przetargowe zawierane pomiędzy konkurentami zaliczane są przez Prezesa UOKiK do kategorii naruszeń bardzo poważnych, dla których kwota wyjściowa kar jest określona w przedziale od 1% jednak nie więcej niż 3% obrotu.
- [84] W przedmiotowej sprawie kwoty wyjściowe będące podstawą dla ustalenia wysokości kar nałożonych na Mateusza Milczarka i Ryszarda Milczarka ustalone zostały na poziomie ... % obrotu osiągniętego w roku 2017.

Zatem kwota wyjściowa dla wyliczenia kary została przyjęta dla:

- 1) Mateusza Milczarka - w wysokościzł. (...% przychodu w wysokości zł. osiągniętego w roku 2017),
- 2) Ryszarda Milczarka - w wysokości zł. (...% przychodu w wysokości zł. osiągniętego w roku 2017).

- [85] W dalszej kolejności Prezes UOKiK rozważył specyfikę rynku, na jakim doszło do naruszenia konkurencji, działalności przedsiębiorców a także skutki rynkowe naruszenia. Kara powinna być bowiem tym większa, im większe jest natężenie negatywnych efektów związanych z naruszeniem prawa konkurencji.
- [86] Prezes UOKiK uwzględnił fakt, że rynek świadczenia usług odbioru i transportu odpadów ulegających biodegradacji, jest rynkiem konkurencyjnym, na którym działa wielu przedsiębiorców. Ponadto porozumienie zostało wprowadzone w życie, wywołując zamierzony skutek.
- [87] Uwzględniając powyższe, Prezes UOKiK pozostawił karę ustaloną na poprzednim etapie bez zmian.
- [88] W kolejnym etapie rozważono okres naruszenia. Długotrwałość stosowania praktyki ograniczającej konkurencję prowadzi do zwielokrotnienia jej negatywnych skutków, w szczególności wpływa na wysokość korzyści uzyskiwanych przez przedsiębiorcę dopuszczającego się naruszenia lub szkód ponoszonych przez innych uczestników rynku. Zgodnie ze stosowaną przez Prezesa UOKiK metodologią, długotrwałość stosowania praktyki i związane z nią zwielokrotnienie negatywnych skutków praktyki, powinno zostać odzwierciedlone w wysokości nakładanej na przedsiębiorcę sankcji. W tym celu Prezes UOKiK może zwiększyć kwotę wyjściową w przypadku porozumień ograniczających konkurencję maksymalnie o 200%.

[89] Z uwagi na okres naruszenia w przedmiotowej sprawie, tj. od ogłoszenia przetargu przez 16 Wojskowy Oddział Gospodarczy w Drawsku Pomorskim do zakończenia przetargu, czyli okres krótszy niż rok, Prezes UOKiK z tego tytułu nie dokonał podwyższenia ww. kwoty bazowej.

[90] Następnie zostały rozważone okoliczności łagodzące i obciążające, które wystąpiły w sprawie.

Zgodnie z art. 111 ust. 3 pkt 1 uokk okolicznościami łagodzącymi są w szczególności: dobrowolne usunięcie skutków naruszenia, zaniechanie stosowania zakazanej praktyki przed wszczęciem postępowania lub niezwłocznie po jego wszczęciu, podjęcie z własnej inicjatywy działań w celu zaprzestania naruszenia lub usunięcia jego skutków oraz współpraca z Prezesem UOKiK w toku postępowania, bierna rola przedsiębiorcy w naruszeniu zakazu oraz działanie pod przymusem.

[91] Należy przy tym zwrócić uwagę, że współpraca z Prezesem Urzędu w toku postępowania, w szczególności przyczynienie się do szybkiego i sprawnego przeprowadzenia postępowania, rozumiana jest jako aktywne współdziałanie, wykraczające poza wynikający z art. 50 ust. 1 ustawy okik obowiązek przekazywania w wyznaczonym terminie koniecznych informacji i dokumentów, podjęte w szczególności z własnej inicjatywy, w celu szybkiego i kompleksowego wyjaśnienia sprawy oraz zakończenia postępowania.

[92] W ocenie Prezesa UOKiK w sprawie nie zaszyły żadne wskazane okoliczności mogące wpłynąć na obniżenie kary pieniężnej.

Odnosząc się do jedynej okoliczności łagodzącej, jaka ewentualnie mogła zostać wzięta pod uwagę w niniejszej sprawie, tj. zaniechania stosowania zakazanej praktyki przed wszczęciem postępowania, Prezes UOKiK uznał, że okoliczność ta w niniejszej sprawie nie zaszyła. Zaprzestanie praktyki miało bowiem miejsce w związku z zakończeniem realizacji wygranego przetargu.

[93] Zgodnie z art. 111 ust. 4 pkt 1 uokik okolicznościami obciążającymi są: rola lidera lub inicjatora porozumienia, przymuszenie, wywieranie presji, umyślność naruszenia, czy też dokonanie uprzednio podobnego naruszenia. Ustalony stan faktyczny sprawy potwierdza jedną okoliczność obciążającą, tj. umyślność naruszenia, która została omówiona na początku tego rozdziału. Dla podkreślenia - w ocenie Prezesa UOKiK - mamy do czynienia ze świadomym dążeniem do osiągnięcia antykonkurencyjnego celu. Strony postępowania, kierując się z góry powziętym zamiarem, dążyły w analizowanym postępowaniu przetargowym do ograniczenia konkurencji, w celu uzyskania zamówienia po wyższej cenie. Nie zostały dowiedzione natomiast okoliczności pozwalające na wzięcie pod uwagę pozostałych, wskazanych w przepisach, okoliczności obciążających.

[94] Z tytułu umyślności działań stron postępowania kwota wyjściowa została podniesiona o ... %.

Zatem kara w przypadku przedsiębiorców winna wynosić:

- 1) Mateusza Milczarka - w wysokości 11 473 zł.
- 2) Ryszarda Milczarka - w wysokości 10 562 zł.

[95] Prezes Urzędu uznał, że kara nałożona na przedsiębiorców w takiej wysokości jest adekwatna do stopnia naruszenia przepisów ustawy okik. Ustalony poziom kary uwzględnia wszystkie istotne okoliczności sprawy oraz zapewnia, że będą one dostatecznie odczuwalne dla osiągnięcia represyjnego i prewencyjnego celu sankcji. Jednocześnie dolegliwość kary będzie nie większa niż jest to niezbędne dla osiągnięcia tych celów.

KOSZTY POSTĘPOWANIA

[96] Zgodnie z art. 80 ustawy okik Prezes UOKiK rozstrzyga o kosztach, w drodze postanowienia, które może być zamieszczone w decyzji kończącej postępowanie. Zgodnie z art. 77 ust. 1 ustawy okik, jeżeli w wyniku postępowania stwierdzono naruszenie jej przepisów, przedsiębiorca, który dopuścił się tego naruszenia, jest obowiązany ponieść koszty postępowania. Zgodnie z art. 263 § 1 ustawy z dnia 14 czerwca 1960 r. - *Kodeks postępowania administracyjnego* (Dz. U. z 2021 r. poz. 735ze zm.) do kosztów postępowania zalicza się m.in. koszty doręczenia stronom pism urzędowych. Zgodnie z art. 264 § 1 ww. Kodeksu postępowania administracyjnego, jednocześnie z wydaniem decyzji organ administracji publicznej ustala w drodze postanowienia wysokość kosztów postępowania, osoby zobowiązane do ich poniesienia oraz termin i sposób ich uiszczenia.

[97] W związku z faktem, że w wyniku postępowania zakończonego przedmiotową decyzją stwierdzono naruszenie przepisów uokk, jego koszty obciążają strony postępowania. Na koszty postępowania składają się wydatki związane z prowadzoną w jego toku korespondencją w kwocie 23,60 zł względem każdego z przedsiębiorców.

POUCZENIA

1. Zgodnie z art. 112 ust. 3 ustawy okik karę pieniężną należy uiścić w terminie 14 dni od dnia uprawomocnienia się decyzji na rachunek bankowy UOKiK:

NBP O/O Warszawa Nr 51 1010 1010 0078 7822 3100 0000

2. Koszty postępowania należy wpłacić w tym samym terminie na ten sam rachunek.

3. Stosownie do treści art. 81 ust. 1 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów w związku z art. 479²⁸ § 2 ustawy z dnia 17 listopada 1964 roku - *Kodeks postępowania cywilnego* (Dz. U. z 2021 r. poz. 1805 z późn. zm.) - od niniejszej decyzji stronie przysługuje odwołanie do Sądu Okręgowego w Warszawie - Sądu Ochrony Konkurencji i Konsumentów, w terminie miesiąca od dnia jej doręczenia. Odwołanie wnosi się za pośrednictwem Prezesa Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów - Delegatury Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów w Gdańsku, ul. Podwale Przedmiejskie 30, 80- 824 Gdańsk.

4. W przypadku zakwestionowania wyłącznie postanowienia o kosztach postępowania, zawartego w punkcie III niniejszej decyzji - stosownie do treści art. 81 ust. 5 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów w związku z art. 479³² § 1 i 2 Kodeksu postępowania cywilnego oraz art. 264 § 2 Kodeksu postępowania administracyjnego w związku z art. 83 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów, stronie przysługuje zażalenie do Sądu Okręgowego w Warszawie - Sądu Ochrony Konkurencji i Konsumentów, w terminie tygodniowym od dnia doręczenia niniejszej decyzji. Zażalenie wnosi się za pośrednictwem Prezesa Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów - Delegatury Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów w Gdańsku, ul. Podwale Przedmiejskie 30, 80- 824 Gdańsk.

5. Zgodnie z art. 3 ust. 2 pkt 9 w związku z art. 32 ust. 1 i 2 ustawy z dnia 28 lipca 2005 r. o kosztach sądowych w sprawach cywilnych (Dz. U. z 2020 r. poz. 755 z późn. zm.), odwołanie od decyzji Prezesa Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów podlega opłacie stałej w kwocie 1.000 zł. Z kolei, zgodnie z art. 3 ust. 2 pkt 9 w związku z art. 32 ust. 2 ww. ustawy zażalenie na postanowienie Prezesa Urzędu podlega opłacie stałej w kwocie 500 zł.

6. Zgodnie z art. 102 ust. 1 i ust. 2 ustawy o kosztach sądowych w sprawach cywilnych zwolnienia od kosztów sądowych może się domagać osoba fizyczna, jeżeli złoży oświadczenie, z którego wynika, że nie jest w stanie ich ponieść bez uszczerbku utrzymania koniecznego dla siebie i rodziny lub ich poniesienie narazi ją na taki uszczerbek. Do wniosku o zwolnienie od kosztów sądowych powinno być dołączone oświadczenie obejmujące szczegółowe dane o stanie rodzinnym, majątku, dochodach i źródłach utrzymania osoby ubiegającej się o zwolnienie od kosztów. Oświadczenie sporządza się według ustalonego wzoru. Jeżeli oświadczenie nie zostało złożone albo nie zawiera wszystkich wymaganych danych, stosuje się art. 130 Kodeksu postępowania cywilnego. Zgodnie z art. 105 ust. 2 ustawy o kosztach sądowych w sprawach cywilnych osoba fizyczna, która nie ma miejsca zamieszkania w siedzibie tego sądu, może złożyć wniosek o przyznanie zwolnienia od kosztów sądowych w sądzie rejonowym właściwym ze względu na miejsce swego zamieszkania. Sąd przesyła niezwłocznie ten wniosek właściwemu sądowi.

7. Stosownie do treści art. 117 § 1, § 2 i § 4 Kodeksu postępowania cywilnego, strona zwolniona przez sąd od kosztów sądowych w całości lub części, może domagać się ustanowienia adwokata lub radcy prawnego. Osoba fizyczna, niezwolniona przez sąd od kosztów sądowych, może się domagać ustanowienia adwokata lub radcy prawnego, jeżeli złoży oświadczenie, z którego wynika, że nie jest w stanie ponieść kosztów wynagrodzenia adwokata lub radcy prawnego bez uszczerbku utrzymania koniecznego dla siebie i rodziny. Wniosek o ustanowienie adwokata lub radcy prawnego strona zgłasza wraz z wnioskiem o zwolnienie od kosztów sądowych lub osobno, na piśmie lub ustnie do protokołu, w sądzie, w którym sprawa ma być wytoczona lub już się toczy. Osoba fizyczna, która nie ma miejsca zamieszkania w siedzibie tego sądu, może złożyć wniosek o ustanowienie adwokata lub radcy prawnego w sądzie rejonowym właściwym ze względu na miejsce swego zamieszkania, który niezwłocznie przesyła ten wniosek sądowi właściwemu.

*Z up. Prezesa
Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów
Dyrektor Delegatury w Gdańsku
Dariusz Łomowski*