



PREZES
URZĘDU OCHRONY
KONKURENCJI I KONSUMENTÓW
DELEGATURA W KRAKOWIE

Kraków, 6 marzec 2019 r.

RKR.410.1.2018.BR

DECYZJA Nr RKR- 1/2019

Zgodnie z art. 33 ust. 6 ustawy z dnia 16 lutego 2007 r. o ochronie konkurencji i konsumentów (Dz. U. z 2018 r. poz. 798 z późn. zm.)

- w imieniu Prezesa Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów -

po przeprowadzeniu, wszczętego z urzędu, postępowania antymonopolowego:

I. Na podstawie art. 10 ust. 1 ww. ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów, uznaje się za praktykę ograniczającą konkurencję i naruszającą zakaz, o którym mowa w art. 6 ust. 1 pkt 7 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów, zawarcie przez:

- przedsiębiorcę Józefa Słotę działającego pod firmą „WODO-GAZ” z siedzibą w Przeworsku,
- przedsiębiorcę Roberta Słotę działającego pod firmą „ARSTER” z siedzibą w Przeworsku,

porozumienia ograniczającego konkurencję na lokalnym rynku województwa podkarpackiego usług budowy urządzeń wodociągowo-kanalizacyjnych i przyłączy, polegającego na uzgodnieniu przez ww. przedsiębiorców warunków ofert złożonych w przetargu zorganizowanym w roku 2017 przez Miasto i Gminę Kańczuga na budowę kanalizacji sanitarnej wraz z przyłączami w miejscowości Siedliczka - etap II oraz podejmowania w tym postępowaniu czynności i dokonywania uzgodnień mających doprowadzić do wyboru tego z ww. przedsiębiorców, który zaoferował wyższą cenę za wykonanie zamówienia.

II. Na podstawie art. 113b ustawy z dnia 16 lutego 2007 r. o ochronie konkurencji i konsumentów (Dz. U. z 2018 r. poz. 798 z późn. zm.) **odstępuje się od nałożenia kary pieniężnej**, o której mowa w art. 106 ust. 1 pkt 1 ww. ustawy na Roberta Słotę działającego pod firmą „ARSTER” z siedzibą w Przeworsku z tytułu naruszenia zakazu określonego w art. 6 ust. 1 pkt 7 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów.

III. Na podstawie art. 106 ust. 1 pkt 1 w zw. z art. 113c ust.1 i 2 pkt 1 ustawy z dnia 16 lutego 2007 r. o ochronie konkurencji i konsumentów (Dz. U. z 2018 r. poz. 798 z późn. zm.) **nakłada się na Józefa Słotę działającego pod firmą „WODO-GAZ” z siedzibą w Przeworsku karę pieniężną**, z tytułu naruszenia zakazu określonego w art. 6 ust. 1 pkt 7 ww. ustawy w kwocie **12 915 zł** (słownie: dwanaście tysięcy dziewięćset piętnaście złotych), płatną do budżetu państwa.

IV. Na podstawie art. 77 ust. 1 i art. 80 ustawy z dnia 16 lutego 2007r. o ochronie konkurencji i konsumentów (Dz. U. z 2018 r. poz. 798 z późn. zm.) oraz na podstawie art. 263 § 1 i art. 264 § 1 ustawy z dnia 14 czerwca 1960 r. Kodeks postępowania administracyjnego (tekst jednolity Dz. U. z 2017 r. poz.1257 ze zm.), w związku z art. 83 ww. ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów, **obciąża się kosztami niniejszego postępowania oraz zobowiązuje się do zwrotu** Prezesowi Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów w terminie 14 dni od daty uprawomocnienia się niniejszej decyzji kosztów postępowania odpowiednio:

- Józefa Słotę działającego pod firmą „WODO-GAZ” z siedzibą w Przeworsku w kwocie **82,20 zł** (słownie: osiemdziesiąt dwa złote 20/100),
- Roberta Słotę działającego pod firmą „ARSTER” z siedzibą w Przeworsku w kwocie **87,40 zł** (słownie: osiemdziesiąt siedem złotych 40/100).

Uzasadnienie

(1) Postępowanie antymonopolowe w przedmiotowej sprawie zostało wszczęte po uprzednim przeprowadzeniu przez Prezesa Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów - Delegaturę w Krakowie (zwanego dalej: „Prezesem UOKiK”) postępowania wyjaśniającego w sprawie badania przetargów nieograniczonych na roboty budowlane w zakresie budowy kanalizacji sanitarnej w latach 2015 - 2017, mające na celu wstępne ustalenie, czy nie nastąpiło naruszenie przepisów ustawy z dnia 16 lutego 2007 r. o ochronie konkurencji i konsumentów (Dz. U. z 2018 r. poz. 798 z późn. zm. - dalej „ustawy okik”) uzasadniające wszczęcie postępowania antymonopolowego, w tym, czy sprawa ma charakter antymonopolowy.

(2) Dokonane ustalenia w postępowaniu wyjaśniającym dały podstawę do wszczęcia z urzędu w dniu 22 czerwca 2018 r. postępowania antymonopolowego w związku z podejrzeniem zawarcia przez:

- przedsiębiorcę Józefa Słotę działającego pod firmą „WODO-GAZ” z siedzibą w Przeworsku (dalej „WODO-GAZ”),
- przedsiębiorcę Roberta Słotę działającego pod firmą „ARSTER” z siedzibą w Przeworsku (dalej „ARSTER”),

porozumienia ograniczającego konkurencję na lokalnym rynku województwa podkarpackiego usług budowy urządzeń wodociągowo-kanalizacyjnych i przyłączy, polegającego na uzgodnieniu przez ww. przedsiębiorców warunków ofert złożonych w przetargu zorganizowanym w roku 2017 przez Miasto i Gminę Kańczuga (dalej również „Gminę Kańczuga”) na budowę kanalizacji sanitarnej wraz z przyłączami w miejscowości Siedliczka - etap II oraz podejmowania w tym postępowaniu czynności i dokonywania uzgodnień mających doprowadzić do wyboru tego z ww. przedsiębiorców, który zaoferował wyższą cenę za wykonanie zamówienia, co może stanowić naruszenie art. 6 ust. 1 pkt 7 ustawy okik.

dowód: postanowienie nr RKR-24/2018 (k.1-12)

(3) Przedmiotowym postanowieniem ponadto zaliczono w poczet dowodów w postępowaniu antymonopolowym całość informacji i dokumentów uzyskanych przez Prezesa UOKiK w postępowaniu wyjaśniającym prowadzonym pod sygnaturą RKR-400-5/17(BR).



(4) O wszczęciu postępowania antymonopolowego i możliwości odniesienia się do przedstawionych zarzutów strony zostały zawiadomione w dniu 22 czerwca 2018 r. W przedmiotowych zawiadomieniach strony zostały ponadto pouczone o rodzajach decyzji wydawanych przez Prezesa UOKiK oraz o możliwości złożenia wniosków o jakich mowa w art. 113a ustawy okik.

dowód: zawiadomienia o wszczęciu postępowania antymonopolowego (k.579-582, k.583-586)

(5) W odpowiedzi na zawiadomienie o wszczęciu postępowania antymonopolowego ARSTER złożył w dniu 31 lipca o godz. 12.30 wniosek na podstawie art. 113a ustawy okik o odstąpienie od wymierzenia kary pieniężnej lub jej obniżenia. Poinformował Prezesa UOKiK, że brał udział w porozumieniu.

(6) Natomiast w dniu 2 sierpnia 2018 r. o godz. 11.30 wpłynął złożony przez pełnomocnika WODO-GAZ wniosek o odstąpienie od wymierzenia kary pieniężnej lub obniżenie kary pieniężnej informujący, że przedsiębiorca ten brał udział w porozumieniu.

dowód: wniosek ARSTER (k.929-934), wniosek WODO-GAZ (k.935-949), uzupełnienie wniosku przez WODO-GAZ (k.1018-1019), uzupełnienie wniosku przez ARSTER (k.1014-1017)

(7) Przedsiębiorcy przedłożyli ponadto Prezesowi UOKiK dane dotyczące obrotu za ostatni rok obrotowy i dokumenty potwierdzające te dane.

(8) Na obrót ARSTER w roku 2017 w 93% składał się przychód z wykonania prac w ramach analizowanego przetargu.

dowód: wniosek ARSTER (k.929-934), wniosek WODO-GAZ (k.935-949), uzupełnienie wniosku przez WODO-GAZ (k.1018-1019), uzupełnienie wniosku przez ARSTER (k.1014-1017)

(9) W dniu 11 grudnia 2018 r. WODO-GAZ i ARSTER zostali zawiadomieni o zakończeniu zbierania materiału dowodowego i możliwości zapoznania się z materiałem zgromadzonym w aktach sprawy. W dniu 20 grudnia 2018 r. pełnomocnik WODO-GAZ zapoznał się z aktami.

(10) W dniu 17 stycznia 2019 r. wznowione zostało zbieranie materiału dowodowego, a strony postępowania zostały o tym fakcie poinformowane. Ponadto wezwano przedsiębiorców ARSTER i WODO-GAZ do wskazania, czy posiadają już dane dotyczące obrotu za rok obrotowy 2018.

dowód: pismo z dnia 17.01.2019 r. (k.1038-1039)

(11) Arster przedłożył kopię PIT-36L za rok 2018, z którego to dokumentu wynika, że obrót tego przedsiębiorcy za rok 2018 nie przekroczył kwoty o jakiej mowa w art. 106 ust. 5 ustawy okik.

dowód: pismo ARSTER z 25.01.2019 r. wraz z załącznikami (k.1041-1047)

(12) Natomiast WODO-GAZ oświadczył, iż nie posiada jeszcze danych dotyczących obrotu za rok 2018.

dowód: pismo pełnomocnika WODO-GAZ z 28.01.2019 r. (k.1049)

(13) W dniu 7 lutego 2019 r. WODO-GAZ i ARSTER zostali ponownie zawiadomieni o zakończeniu zbierania materiału dowodowego i możliwości zapoznania się z materiałem zgromadzonym w aktach sprawy.

(14) Strony nie skorzystały z tej możliwości.



Ustalenia faktyczne

Strony postępowania

(15) Przedsiębiorca WODO-GAZ został wpisany do Centralnej Ewidencji i Informacji o Działalności Gospodarczej RP. Rozpoczął prowadzenie działalności w październiku 1984 r. Zgodnie z wpisem w ww. Ewidencji przeważająca działalność tego przedsiębiorcy to roboty związane z budową rurociągów przesyłowych i sieci rozdzielczych.

(16) WODO-GAZ w latach 2015-2017 uczestniczył w co najmniej 15 przetargach na budowę kanalizacji sanitarnej.

(17) Przedsiębiorca ten w dacie przystąpienia do przetargu w Gminie Kańczuga miejscowości Siedliczka (data złożenia oferty - 26 maja 2017 r.):

- miał zatrudnionych 15 pracowników na umowę o pracę, w tym jednego specjalizującego się w przygotowywaniu ofert na potrzeby przetargów,
- posiadał 2 własne programy do kosztorysowania ZUZIA,
- w ewidencji środków trwałych ujętych zostało 57 specjalistycznych maszyn i urządzeń budowlanych, w tym różnego typu samochody.

dowód: pisma WODO-GAZ z dnia 27.11.2017 (k.377-402), z dnia 21.12.2017 r. (k.433-439), z dnia 05.01.2018 r. (k.447-462)

(18) Przedsiębiorca ARSTER został wpisany do Centralnej Ewidencji i Informacji o Działalności Gospodarczej RP. Rozpoczął prowadzenie działalności w czerwcu 2010 r. Zgodnie z wpisem w ww. Ewidencji przeważająca działalność tego przedsiębiorcy to produkcja aparatury rozdzielczej i sterowniczej energii elektrycznej.

(19) Nie przystępował on przed analizowanym przetargiem do innego przetargu dotyczącego budowy urządzeń wodociągowo-kanalizacyjnych.

(20) ARSTER w dacie złożenia oferty, tj. w dniu 26 maja 2017 r.:

- Nie miał zatrudnionego żadnego pracownika na umowę o pracę, mimo iż złożył na potrzeby analizowanego przetargu oświadczenie w dacie 12 czerwca 2017 r., że pracowników takich posiada. Trzy umowy o pracę na czas określony do dnia 31 października 2017 r. zostały podpisane z pracownikami w dniu 25 lipca 2017 r. Natomiast z jednym pracownikiem w dniu 1 sierpnia 2017 r. Był to pracownik WODO-GAZ, który na czas umowy z ARSTER przebywał na urlopie bezpłatnym u przedsiębiorcy WODO-GAZ. Wniosek o urlop bezpłatny złożył u pracodawcy w dniu 27 lipca 2017 r. Jak wynika z oświadczenia złożonego przez WODO-GAZ to ten przedsiębiorca zaproponował pracownikowi urlop bezpłatny i zatrudnienie na czas określony u ARSTER. W toku postępowania wyjaśniającego zarówno ARSTER, jak i WODO-GAZ zaprzeczali wyżej wskazanym faktom wskazując, że to pracownik sam wystąpił o urlop bezpłatny;
- Nie posiadał własnych programów do kosztorysowania;
- Nie posiadał żadnych środków trwałych, mimo iż w dniu 12 czerwca 2017 r. złożył oświadczenie na potrzeby analizowanego przetargu i jako dowód przedłożył stosowne zdjęcie, że posiada własny, duży park maszynowy. W dniu 1 czerwca 2017 r. podpisał umowę użyczenia 2 koparek. ARSTER posiadał zapewnienie WODO-GAZ, że zostaną mu udostępnione wszystkie niezbędne

maszyny i urządzenia. Załączone do oferty zdjęcie obrazowało park maszynowy WODO-GAZ.

dowód: pisma ARSTER z dnia 01.12.2017 r. (k.403-412), z dnia 20.12.2017 r. (k.417 - 430), z dnia 03.01.2017 r. (k.444 - 446)

Usługa budowy kanalizacji sanitarnej i przyłączy

(21) Budowa sieci wodociągowych i/lub kanalizacyjnych i przyłączy wymaga specjalistycznej wiedzy, praktyki i uprawnień oraz maszyn i urządzeń budowlanych, w tym również urządzeń specjalistycznych niezbędnych do wykonywania np. wierceń poziomych.

(22) Przedsiębiorca oferujący usługi w ww. zakresie winien mieć zatem zatrudnionych pracowników posiadających uprawnienia w zawodzie montera sieci wodnych i kanalizacyjnych, tj. osoby z wykształceniem zasadniczym zawodowym.¹

Postępowanie przetargowe przeprowadzone przez Miasto i Gminę Kańczuga w roku 2017 na „Budowę kanalizacji sanitarnej wraz z przyłączami dla miejscowości Siedliczka - etap II”

(23) Prezes UOKiK otrzymał zawiadomienie od Urzędu Marszałkowskiego Województwa Podkarpackiego o podejrzeniu zawarcia porozumienia przez WODO-GAZ i ARSTER w przetargu ogłoszonym przez Gminę Kańczuga.

(24) Ogłoszenie o zamówieniu „Budowa kanalizacji sanitarnej wraz z przyłączami dla miejscowości Siedliczka - etap II” zostało zamieszczone przez Gminę Kańczuga w dniu 9 maja 2017 r. w Biuletynie Zamówień Publicznych pod nr 503916-N-2017. Dodatkowo ogłoszenie ukazało się na stronie internetowej www.kanczuga.biuletyn.net. Nie było ono natomiast publikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej.

(25) Przedmiotem zamówienia była budowa kanalizacji sanitarnej na odcinku 2,7 km na terenie Aglomeracji Kańczuga oraz 0,7 km poza Aglomeracją wraz z budową sieciowej przepompowni ścieków oraz jednej przydomowej przepompowni ścieków.

(26) Wartość zamówienia została oszacowana przez Zamawiającego w dniu 18 kwietnia 2017 r. na kwotę 2 085 486,97 zł, tj. równowartość 499 529,80 euro. Projekt był dofinansowywany w 85% ze środków UE.

(27) Wymagany przez zawiadamiającego okres udzielonej przez wykonawcę gwarancji to 84 miesiące. Zgodnie z SIWZ wykonanie prac wymagało zastosowania między innymi specjalistycznych maszyn, takich jak np.: spycharki gaśnicowe, ubijaki mechaniczne, zgrzewarki rur, wibromłoty, młoty pneumatyczne, urządzenia do asfaltowania dróg, maszyny do wierceń poziomych.

(28) Termin składania ofert upływał w dniu 26 maja 2017 r. o godzinie 11:00. Umowę z wykonawcą podpisano w dniu 21 czerwca 2017 r. Zgodnie z treścią ww. umowy prace winny być zostać zakończone do dnia 31 października 2017 r.

(29) Do przetargu przystąpiło 5 przedsiębiorców składając oferty zestawione w poniższej tabeli.

¹ <https://strefainzyniera.pl/artukul/517/monter-sieci-wodnych-i-kanalizacyjnych>

Nazwa przedsiębiorcy uczestnika postępowania przetargowego	Adres siedziby	Cena z oferty [zł]	przyczyna odrzucenia oferty
WODO-GAZ Józef Słota	ul. Krakowska 23 37-200 Przeworsk	1 161 370,97	Oferta odrzucona zwrócono się do wykonawcy o wyjaśnienia dot. rażąco niskiej ceny. Wykonawca w określonym terminie nie złożył wyjaśnień w zakresie ceny, a złożył oświadczenie, że oferta została źle skalkulowana
ARSTER Robert Słota	ul. Krakowska 23 37-200 Przeworsk	1 443 809,66 OFERENT, Z KTÓRYM ZAWARTO UMOWĘ	Oferta wyższa od najkorzystniejszej o 24%
SANITEX sp. z o.o.	37-204 Tryńcza 120	1 463 454,00	Oferta odrzucona ponieważ treść oferty nie odpowiadała SIWZ w zakresie prac
GEO sp. z o.o.	ul. Złota Góra 19a 37-550 Radymno	1 468 277,68	
Konsorcjum firm: Lider: P.P.B. BUDAMEX Damian Wereda Partner HYDROTECH Piotr Sereda	Głogowiec 119, 37-204 Tryńcza ul. Dynowska 20A, 37- 200 Przeworsk	1 611 976,62	

(30) Najkorzystniejszą ofertę złożył przedsiębiorca WODO-GAZ. Drugą w kolejności była oferta przedsiębiorcy ARSTER.

(31) Ponieważ odchylenie najkorzystniejszej oferty złożonej przez WODO-GAZ od ceny szacunkowej wynosiło 54,73%, w dniu 5 czerwca 2017 r. ogłaszający przetarg zwrócił się do oferenta o wyjaśnienie i udokumentowanie zaoferowanej ceny. Przedsiębiorca nie przedłożył stosownego wyjaśnienia, a jedynie w dniu 12 czerwca 2017 r. oświadczył, że cena zaoferowana w ofercie złożonej w postępowaniu przetargowym w dniu 26 maja 2017r. zawiera błędnie skalkulowane koszty realizacji inwestycji. Spowodowało to odrzucenie najkorzystniejszej oferty. Na wezwanie Prezesa UOKiK WODO-GAZ wyjaśnił, że przyjął nieprawidłową (zbyt niską) stawkę roboczogodziny w wysokości 5,50 zł.

(32) Z podobnym zapytaniem - ponieważ odchylenie ceny oferty od ceny szacunkowej wynosiło 43,71% - Gmina Kańczuga zwróciła się również do ARSTER. Przedsiębiorca ten w tym samym dniu co WODO-GAZ wyjaśnił, iż zastosowane stawki odpowiadają stawkom

stosowanym w województwie podkarpackim. Natomiast posiadane własne bogate zaplecze techniczne niewymagające ponoszenia kosztów wynajmu lub zakupu maszyn i urządzeń znacznie obniża koszty działalności. Wskazał również na długoletnią współpracę z dostawcami materiałów udzielających mu z tego tytułu rabatów. Przedsiębiorca zapewniał ponadto, że posiada zatrudniony na podstawie umowy o pracę fachowy i doświadczony personel. Jako dowód przedłożył zdjęcie dużego parku maszynowego.

(33) W związku z odrzuceniem najkorzystniejszej oferty, w dniu 21 czerwca 2017 r. została podpisana umowa nr FZ.272.12.2017.WS z przedsiębiorcą ARSTER, tj. przedsiębiorcą który zaoferował drugą w kolejności cenę, ale wyższą od najniższej o 282 438, 90 zł, czyli ponad 24%, tj. na kwotę 1 443 809,66 zł brutto.

(34) Przedsiębiorcy, strony niniejszego postępowania antymonopolowego, są ze sobą spokrewnieni. Józef Słota jest ojcem Roberta Słoty.

(35) ARSTER miał możliwość przystąpienia do analizowanego przetargu ponieważ w SIWZ nie było wskazanych żadnych wymagań odnośnie doświadczenia w budowie sieci kanalizacyjnych i przyłączy. To WODO-GAZ, jako śledzący na bieżąco wszystkie ogłoszenia o przetargach organizowanych na terenie województwa podkarpackiego, a dotyczących budowy sieci i przyłączy wodociągowo-kanalizacyjnych poinformował ARSTER o możliwości przystąpienia przez niego do analizowanego przetargu. Przekazał również ARSTER informację o wartości przygotowanej przez siebie oferty. Tak więc ARSTER przygotowując własną ofertę znał wartość oferty WODO-GAZ.

(36) Formularz ofertowy dla WODO-GAZ w analizowanym postępowaniu przetargowym - przygotowywała pracownica [...] i ją składała.

dowód: komplet dokumentów dotyczących postępowania przetargowego otrzymany od Gminy Kańczuga (k.17 - 372), pisma WODO-GAZ z dnia 27.11.2017 (k.377-402) i z dnia 21.12.2017 r. (k.433-439)

(37) Osoba przygotowująca ofertę dla WODO-GAZ ([...]) jest zatrudniona u tego przedsiębiorcy od 10 lat. Jest równocześnie córką Józefa Słoty i siostrą Roberta Słoty. Posiada wykształcenie wyższe i szkolenia z zakresu zamówień publicznych. Do jej zadań należy między innymi przygotowywanie całej procedury związanej z przystąpieniem do przetargu od jego znalezienia do otwarcia ofert. Przygotowywała dotychczas wszystkie oferty przetargowe dla WODO-GAZ od roku 2010. W okresie pracy u przedsiębiorcy WODO-GAZ nie pracowała, ani nie współpracowała z żadnym innym przedsiębiorcą, w tym z ARSTER. W analizowanym przetargu miała popełnić błąd w przyjętej stawce roboczogodziny. Stawka określona w kosztorysie była zbyt niska. Jak argumentowała, aktualnie trudno jest znaleźć pracowników pracujących według stawki 5,00 zł za godzinę. Stawka roboczogodziny zaproponowana przez WODO-GAZ w analizowanym przetargu wynosiła 5,50 zł i była uwidoczniona na pierwszej stronie kosztorysu jako wydzielona pozycja.

dowód: pismo [...] z dnia 21.01.2018 r. (k. 469-470)

(38) Jednakże późniejsze ustalenia Prezesa UOKiK pozwalają na stwierdzenie, że [...] przed odstąpieniem WODO-GAZ od podpisania umowy, pomagała ARSTER w przygotowywaniu wyjaśnień dla Gminy Kańczuga na zapytanie dot. zaproponowanej w ofercie ceny rażąco niskiej. Wyjaśnienia ARSTER w analizowanym przetargu były kopią wyjaśnień składanych przez WODO-GAZ w postępowaniach przetargowych, do których przystępował ten przedsiębiorca, a w których był wzywany do składania wyjaśnienia, czy



zaproponowana cena nie jest ceną rażąco niską. Wykorzystano do tego celu nawet dane dotyczące współpracy WODO-GAZ z kontrahentami.

dowód: odpowiedź ARSTER na zapytanie Gminy Kańczuga w postępowaniu przetargowym (k. 54-59), dokumenty złożone przez WODO-GAZ w postępowaniu przetargowym ogłoszonym przez Gminę Stubnie (k.705-714), dokumenty złożone przez WODO-GAZ w postępowaniu przetargowym prowadzonym przez Gminę Tyczyn (k.757-761)

(39) ARSTER składając Gminie Kańczuga oświadczenie w toku analizowanego postępowania przetargowego odnośnie posiadanych maszyn i urządzeń wskazywał na urządzenia stanowiące własność WODO-GAZ i 2 koparki użyczone od przedsiębiorcy Bogusława Lisa. Po wycofaniu się WODO-GAZ z przetargu przedsiębiorca ten udostępnił bezpłatnie sprzęt, pracowników oraz wsparł doświadczeniem ARSTER.

(40) Ponadto ARSTER miał problemy z pozyskaniem pracowników do wykonania umowy. WODO-GAZ zaproponował przejście na czas wykonywania zadania swojego pracownika do ARSTER.

(41) Wszelkie ustalenia pomiędzy WODO-GAZ i ARSTER odnośnie przystąpienia do przetargu przez ARSTER, ceny oferty złożonej przez WODO-GAZ w analizowanym postępowaniu przetargowym, zasad udostępnienia komputera i programu do kosztorysowania, udzielenia wsparcia w toku postępowania przetargowego i wykonywania umowy przez ARSTER dokonywane były w formie ustnej.

dowód: pismo [...] z dnia 21.01.2018 r. (k.469-470), wniosek ARSTER (k. 929-934), wniosek WODO-GAZ (k.935-949)

(42) ARSTER dzięki przystąpieniu do analizowanego postępowania zdobył dokumenty potwierdzające doświadczenie w budowie sieci kanalizacyjnych i mógł w przyszłości przystępować do przetargów na budowę sieci, w których wymagane było doświadczenie. Robert Słota był do roku 2010 zatrudniony w WODO-GAZ. Do jego zadań należało kosztorysowanie ofert. Od roku 2010 ARSTER prowadził własną działalność gospodarczą pod tym samym adresem co WODO-GAZ, ale nie posiadał doświadczenia w przystępowaniu do przetargów, jak też nie posiada własnego programu do kosztorysowania, pracowników, maszyn i urządzeń budowlanych.

dowód: wniosek ARSTER (k. 929-934), wniosek WODO-GAZ (k.935-949)

(43) Jak wynika z analizy ofert składanych przez WODO-GAZ w innych, niżej omówionych, postępowaniach przetargowych zastosowana w przetargu organizowanym przez Gminę Kańczuga stawka roboczogodziny była wyższa o 37,5% od stawek roboczogodzin stosowanych przez tego przedsiębiorcę w innych przetargach, do których przystępował w tym samym okresie (4,00 zł w innych przetargach, 5,50 zł w analizowanym przetargu).

dowód: pismo Gminy Sanok z dnia 06.06.2018 r. (k.512-569), pismo Gminy Przemyśl z dnia 07.06.2018 r. (k.570 - 577), pismo PWiK w Jarosławiu sp. z o.o. z dnia 04.07.2018 r. (k.806-927), pismo Gminy Tyczyn z dnia 11.07.2018r. (k.733-761), pismo Gminy Stubnie z dnia 04.07.2018 r. (k.669-730), pismo Gminy Sanok z dnia 05.07.2018 r. (k.615 - 668)

(44) Ponadto w przypadku oferty złożonej przez WODO-GAZ w analizowanym przetargu poniższe pozycje kosztorysu ustalono w następujący sposób:



- narzuty - koszty pośrednie zostały określone jako: $50\%R+50\%S^2$,
- zysk jako: $10\%R+10\%S+10\% K_p(R)+10\%K_p(S)$.

(45) Identyczne wzory w tym przetargu zastosował ARSTER. Natomiast ze względu na przyjęcie przez ARSTER innej niż WODO-GAZ stawki roboczogodziny (ARSTER 8 zł, WODO-GAZ 5,50 zł) wartość ofert złożonych przez strony postępowania różniła się. Wodo-Gaz- co wynika z niżej przedstawionych ustaleń - w analizowanym postępowaniu przetargowym zastosował wzór na obliczenie narzutów, kosztów pośrednich ze wskaźnikami wyższymi o 10 p.p. w przypadku każdego ze składników, niż we wzorach zastosowanych przez niego w innych ofertach składanych w tym samym okresie.

(46) Również we wzorze na obliczenie zysku wszystkie składniki były wyższe o 5 p.p. niż w przypadku innych przetargów, do których przystępował WODO-GAZ w tym samym okresie. Równocześnie wzór zastosowany w analizowanym przetargu był identyczny jak wzór zastosowany przez ARSTER.

dowód: dokumenty z postępowania przetargowego przekazane przez Gminę Kańczuga (k. 20 - 133)

(47) Przedsiębiorca ARSTER twierdził, iż osobiście przygotowywał i składał ofertę w analizowanym przetargu korzystając z użyczonego (bez umowy użyczenia) od WODO-GAZ programu ZUZIA, dlatego też kosztorysy obu wykonawców, tj. WODO-GAZ i ARSTER sporządzone zostały w tym samym programie ZUZIA, o tym samym numerze licencji. Korzystał nie tylko z oprogramowania, ale również z komputera WODO-GAZ.

dowód: pismo ARSTER z dnia 02.08.2018 (k.935-949)

(48) Natomiast jak wynika z dokonanych ustaleń w czasie trwania przetargu wyjaśnienia w zakresie zastosowanych w kosztorysie ofertowym cen rażąco niskich pomagała ARSTER przygotowywać siostra [...]. Wykorzystała ona do tego celu wyjaśnienia i dokumenty jakie składała w imieniu WODO-GAZ w innych postępowaniach przetargowych, zawierające między innymi informacje dotyczące zasad współpracy z innymi przedsiębiorcami.

dowód: pismo ARSTER z dnia 02.08.2018 (k.935-949)

(49) W przypadku oferty złożonej przez ARSTER poniższe pozycje kosztorysu ustalono w następujący sposób:

- roboczogodzina 8 zł,
- narzuty - koszty pośrednie zostały określone jako: $50\%R +50\%S$,
- zysk jako: $10\%R+10\%S+10 K_p(R)+10\% K_p(S)$.

dowód: dokumenty z postępowania przetargowego przekazane przez Gminę Kańczuga (k.20-95)

(50) Natomiast w ofertach złożonych przez innych uczestników przetargu ww. pozycje kosztorysu zostały określone w sposób następujący:

² Gdzie w kosztorysach usług budowlanych:

R - oznacza koszty bezpośrednie robocizny,

S - koszty pracy sprzętu stanowiące sumę iloczynów ilości robót, norm czasu pracy sprzętu i stawek jednostkowych (cen) pracy sprzętu

$K_p(R)$ - koszty pośrednie robocizny

$K_p(S)$ - koszty pośrednie pracy sprzętu

- narzuty jako:

- a) 15%R+S
- b) 5%R
- c) 2%M + 60%R + 60%S

- zysk jako:

- a) 5% R+S+K_p(R+S)
- b) 5% R
- c) 7% (R+K_p(R))+7%(S+K_p(S))

dowód: pismo Gminy Kańczuga z dnia 25 października 2017 r. (k. 17- 372)

(51) Oferty WODO-GAZ i ARSTER złożone zostały w tym samym dniu 26 maja 2017 r., odpowiednio WODO-GAZ o godz. 10:42, ARSTER o godz. 10:45.

(52) Ponadto koperty, w których złożone zostały oferty ww. przedsiębiorców posiadały identyczną szatę graficzną, tj. rozkład wszystkich wymaganych na kopercie informacji był identyczny. Różnił je jedynie typ zastosowanej czcionki komputerowej.

(53) WODO-GAZ na etapie po otwarciu ofert i poznaniu kolejności złożonych ofert oraz informacji dotyczącej kompletności ofert - w odpowiedzi na wystosowane do niego zapytanie ogłaszającego przetarg, co do wysokości zaproponowanej ceny - wskazał, że popełnił błąd w kosztorysie nie wyjaśniając dodatkowo na czym błąd polegał. W toku postępowań przed Prezesem UOKiK uszczegółowił wyjaśnienie wskazując, iż zastosował zbyt niską stawkę roboczogodziny.

dowód: dokumenty z postępowania przetargowego przekazane przez Gminę Kańczuga (k. 96), pisma WODO-GAZ do Gminy Kańczuga z dnia 12.06.2017 r. (k.96)

(54) Natomiast ani na etapie postępowania wyjaśniającego, ani też postępowania antymonopolowego WODO-GAZ - mimo kilkakrotnie zadawanych pytań - nie odniósł się do kwestii zniżenia stawki roboczogodziny w przypadku kiedy była ona wyższa niż zaproponowana przez niego w innych postępowaniach przetargowych, do których przystępował w tym samym okresie, ani też do zastosowania wyższych przeliczników do określania kosztów pośrednich i zysku. Wskazywał jedynie, że zaproponowana cena była zbyt niska, a zasady wyliczenia kosztów pośrednich i zysku narzucały SIWZ.

dowód: pisma WODO-GAZ z dnia: 27.11.2017 r. (k.377-381), 02.08.2018 r. (k.935-949), z dnia 04.09. 2018 r.(k.1026-1034)

(55) Porozumienie będące przedmiotem postępowania antymonopolowego zostało zawarte na etapie przygotowywania ofert przez WODO-GAZ i ARSTER w maju 2017 r. i trwało do dnia zawarcia umowy przez ARSTER z Gminą Kańczuga, tj. do dnia 21 czerwca 2017 r. WODO-GAZ poinformował ARSTER o wysokości oferty przez siebie przygotowywanej oraz o wsparciu doświadczeniem, sprzętem i pracownikami.

(56) W toku postępowania WODO-GAZ i ARSTER wskazywali, że zawarcie porozumienia nie miało na celu podziału uzyskanych w wyniku wyboru droższej z ofert zysków, ale zdobycie doświadczenia przez ARSTER w budowie sieci kanalizacyjnej, co dawało temu przedsiębiorcy możliwość udziału w kolejnych przetargach w branży, w której startował WODO-GAZ.



dowód: pismo Gminy Kańczuga z dnia 25.11.2017 r. (k. 17- 372), pisma WODO-GAZ z dnia 27.11.2017 r. (k.377-402), z dnia 21.12.2017 r. (k.433-439), wniosek WODO-GAZ (k.935-949), uzupełnienie wniosku WODO-GAZ (k.1014-1017), pismo WODO-GAZ z dnia 27.11.2017 r. (k.380-381), pismo [...] z dnia 21.01.2018 r. (k.469-470)

Ustalenia dotyczące innych przetargów na budowę sieci wodociągowych i kanalizacyjnych, do których przystępował WODO-GAZ

(57) Jak udało się ustalić w oparciu o informacje uzyskane od gmin, które w okresie 2015-2018 organizowały przetargi na budowę kanalizacji sanitarnej, a których uczestnikiem był WODO-GAZ:

- W dniu 16 grudnia 2015 r. WODO-GAZ przystąpił do przetargu organizowanego przez Gminę Sanok na „Budowę sieci kanalizacji sanitarnej w miejscowości Markowice - II Etap”. W przetargu tym oferta WODO-GAZ została odrzucona jako niespełniająca warunków SIWZ - brak zestawienia materiałów i sprzętu. Kosztorys tej oferty zawierał stawkę roboczogodzinny 4,50 zł, a narzuty - koszty pośrednie zostały określone jako: 50%R +50%S, zysk natomiast jako: 6%(R+K_p (R))+6% (S+K_p (S)).

dowód: pismo Gminy Sanok z dnia 06.06.2018 r. (k.512-569)

- W dniu 22 lipca 2016 r. WODO-GAZ złożył ofertę w przetargu na budowę kanalizacji w miejscowości Ostrów-Kolonia. Stawka roboczogodzinny została określona w tej ofercie w wysokości 4,00 zł, koszty pośrednie zostały określone według wzoru: 40% R + 40% S, zysk jako 5% (R+K_p (R))+5% (S+K_p (S)).

dowód: pismo Gminy Przemyśl z dnia 07.06.2018 r. (k.570 - 577)

- W dniu 14 marca 2017 r. WODO-GAZ złożył ofertę na „Budowę kanalizacji sanitarnej w ul. Głębokiej w Jarosławiu”. Zaproponowana przez WODO-GAZ stawka roboczogodzinny wynosiła 4,20 zł, koszty pośrednie zostały wyliczone wg wzoru 40%R+40%S, a zysk jako: 5%R+5%S+5%K_p(R)+5% K_p(S). W przypadku tego przetargu inni uczestnicy zaproponowali stawki roboczogodzinny w wysokości: 12 zł - 2 oferentów, 9 zł, 10 zł. Przetarg wygrał przedsiębiorca oferujący stawkę roboczogodzinny 12 zł.

dowód: pismo PWiK w Jarosławiu sp. z o.o. z dnia 04.07.2018 r. (k.806-927)

- 29 marca 2017 r. WODO-GAZ przystąpił do postępowania przetargowego organizowanego przez Gminę Tyczyn na budowę kanalizacji sanitarnej w miejscowości Tyczyn w ulicy Potoki. W postępowaniu tym zaproponował stawkę roboczogodzinny 4 zł. Narzuty - koszty pośrednie zostały określone jako: 40%R+40%S, a zysk jako: 5%R+5%S+5%K_p(R)+5%K_p(S). Pozostali oferenci zaproponowali stawki roboczogodzinny w wysokości 8 zł, 12 zł, 13 zł. WODO-GAZ został wezwany do wyjaśniania rażąco niskiej ceny. W toku tego postępowania złożył identyczne wyjaśnienia jak ARSTER w postępowaniu przetargowym ogłoszonym przez Gminę Kańczuga. Przetarg wygrał przedsiębiorca, który zastosował do obliczeń stawkę roboczogodzinny 8 zł.

dowód: pismo Gminy Tyczyn z dnia 11.07.2018r. (k.733-761)



- 3 kwietnia 2017 r. WODO-GAZ przystąpił do przetargu organizowanego przez Gminę Stubnie na budowę kanalizacji sanitarnej grawitacyjnej oraz kolektora ciśnieniowego z pompami w miejscowości Kalników - etap II. Zaproponował w nim stawkę roboczogodziny 4 zł. Narzuty - koszty pośrednie zostały określone jako: $40\%R+40\%S$, a zysk jako: $5\%R+5\%S+5\%K_p(R)+5\%K_p(S)$. Pozostali oferenci stosowali stawki roboczogodziny 10 zł, 12 zł, 12,50 zł, 13 zł. Przetarg wygrał przedsiębiorca, który zaproponował stawkę roboczogodziny 12,50 zł. WODO-GAZ był wzywany do złożenia wyjaśnień w zakresie wiarygodności zaproponowanej ceny. Wyjaśnił, że zaproponowana cena zawiera wszystkie niezbędne składniki. Znacząca część wyjaśnień jest identyczna jak wyjaśnienia, jakie złożył ARSTER w postępowaniu przetargowym ogłoszonym przez Gminę Kańczuga. Do wyjaśnień WODO-GAZ dołączył nawet to samo zdjęcie parku maszynowego, które ARSTER przedłożył w przetargu będącym przedmiotem niniejszego postępowania.

dowód: pismo Gminy Stubnie z dnia 04.07.2018 r. (k.669-730)

- W dniu 25 kwietnia 2017 r. WODO-GAZ przystąpił do przetargu na „Budowę kanalizacji sanitarnej na terenie Gminy Leżajsk w ramach zadania: „Kanalizacja i wodociągi gminy”, przetarg ten wygrał i wykonał usługę. Zgodnie z przedłożonymi w ramach tego przetargu dwoma kosztorysami (2 części) stawka roboczogodziny wynosiła 4,00 zł. Natomiast - narzuty - koszty pośrednie zostały określone jako: $40\%R+40\%S$, a zysk jako: $5\%R+5\%S+5\%K_p(R)+5\%K_p(S)$.

dowód: pismo Gminy Leżajsk z dnia 07.06.2018 r. (k.496-511)

- W dniu 26 kwietnia 2017 r. WODO-GAZ złożył ofertę w przetargu organizowanym przez Gminę Sanok na budowę sieci wodociągowej w miejscowości Stróże Małe. Zaproponowana w ofercie stawka roboczogodziny to 4 zł. Natomiast - narzuty - koszty pośrednie zostały określone jako: $40\%R+40\%S$, a zysk jako: $5\%R+5\%S+5\%K_p(R)+5\%K_p(S)$. Pozostałych 4 oferentów zaproponowało stawki roboczogodziny 15 zł, 13 zł - 2 oferentów, 12 zł. Przetarg wygrał oferent stosujący stawkę roboczogodziny 13 zł.

dowód: pismo Gminy Sanok z dnia 05.07.2018 r. (k.615 - 668)

Ocena prawna ustalonych faktów

Określenie zarzutu

(58) Stronom niniejszego postępowania antymonopolowego postawiony został zarzut zawarcia porozumienia ograniczającego konkurencję, o którym mowa w art. 6 ust. 1 pkt 7 ustawy okik, polegającego na uzgadnianiu w postępowaniu przetargowym zorganizowanym w roku 2017 przez Miasto i Gminę Kańczuga na budowę kanalizacji sanitarnej wraz z przyłączami w miejscowości Siedliczka - etap II warunków ofert złożonych w przetargu oraz podejmowania w tym postępowaniu czynności i dokonywania uzgodnień mających doprowadzić do wyboru tego z ww. przedsiębiorców, który zaoferował wyższą cenę za wykonanie zamówienia.

(59) Porozumienie, o jakim mowa w art. 6 ust. 1 pkt 7 ustawy okik w doktrynie prawa konkurencji określane jest jako „zmowa przetargowa”.



Interes publiczny

(60) Zgodnie z art. 1 ust. 1 ustawy okik 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). Prezes UOKiK nie może zatem 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. Ochrona konkurencji jako mechanizmu funkcjonowania gospodarki dokonywana jest ze względu na fakt, że praktyki naruszające zakaz zawierania porozumień ograniczających konkurencję godzą w interes odbiorców, a ostatecznie w dobrobyt konsumenta i jako sprzeczne z naczelnym celem ustawy okik powinny być surowo karane. Interes publiczny w postępowaniu administracyjnym nie jest pojęciem stałym - jest konkretyzowany w każdej sprawie.

(61) Przedmiotem niniejszego postępowania jest zmowa przetargowa, tj. rodzaj horyzontalnego (zawartego pomiędzy konkurentami) porozumienia zaliczanego do najcięższych naruszeń prawa ochrony konkurencji. Porozumienia takie zazwyczaj wywołują niekorzystne skutki na rynku zniekształcając, ograniczając albo eliminując na nim konkurencję, przez co naruszają interes publiczny. Uzgodnienie pomiędzy konkurentami treści składanych ofert przetargowych oraz zachowań w toku przetargu mogą powodować podwyższenie poziomu cen przedmiotu zamówienia oraz ograniczyć zakres wyboru i jakość usług dostępnych dla zamawiającego. Zmowy przetargowe mogą zniweczyć cel, jaki ma być osiągnięty w drodze przetargu, a mianowicie wybór najkorzystniejszej oferty złożonej przez oferentów w warunkach konkurencji.

(62) Z powyższych względów w niniejszej sprawie została spełniona przesłanka naruszenia interesu publicznego, a zatem istnieją podstawy dla przeprowadzenia analizy zachowań WODO-GAZ i ARSTER w świetle zakazu stosowania praktyk ograniczających konkurencję.

Rynek właściwy

(63) Praktyki ograniczające konkurencję ujawniają się na określonym rynku właściwym, który powinien zostać zdefiniowany w sprawie.

(64) 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.

(65) 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).

(66) 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.

(67) 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.

(68) W niniejszej sprawie rynkiem właściwym w ujęciu produktowym, na jakim zostało zawarte niedozwolone porozumienie jest rynek budowy urządzeń wodociągowo-kanalizacyjnych i przyłączy.

(69) Przez urządzenia kanalizacyjne - stosownie do art. 2 pkt 14 ustawy z dnia 7 czerwca 2001 r. o zbiorowym zaopatrzeniu w wodę i zbiorowym odprowadzaniu ścieków (Dz.U. z 2018 r. poz. 1152 ze zm. - dalej „ustawy o zbiorowym zaopatrzeniu”) - rozumie się sieci kanalizacyjne, wyloty urządzeń kanalizacyjnych służących do wprowadzania ścieków do wód lub do ziemi oraz urządzenia podczyszczające i oczyszczające ścieki oraz przepompownie ścieków.

(70) Urządzenia wodociągowe (art. 2 pkt 16 ustawy o zbiorowym zaopatrzeniu) to natomiast ujęcia wód powierzchniowych i podziemnych, studnie publiczne, urządzenia służące do magazynowania i uzdatniania wód, sieci wodociągowe, urządzenia regulujące ciśnienie wody.

(71) Przyłączem kanalizacyjnym - zgodnie z art. 2 pkt 5 ustawy o zbiorowym zaopatrzeniu - jest odcinek przewodu łączącego wewnętrzną instalację kanalizacyjną w nieruchomości odbiorcy usług z siecią kanalizacyjną, za pierwszą studzienką, licząc od strony budynku, a w przypadku jej braku do granicy nieruchomości gruntowej.

(72) Przyłączem wodociągowym zaś (art. 2 pkt 6 ww. ustawy) - odcinek przewodu łączącego sieć wodociągową z wewnętrzną instalacją wodociągową w nieruchomości odbiorcy usług wraz z zaworem za wodomierzem głównym.

(73) Za wyżej wskazanym określeniem rynku w ujęciu produktowym przemawia przeznaczenie tych usług oraz ich właściwości.

(74) Odbiorcami tych usług są gminy lub przedsiębiorstwa wodociągowo-kanalizacyjne. Jedynie w przypadku budowy samych przyłączy mogą to być konsumenci. Kluczowym elementem wyboru usługodawcy jest posiadanie odpowiednich uprawnień i praktyki. Należy bowiem pamiętać, że stosownie do art. 5 ust 1 ustawy o zbiorowym zaopatrzeniu przedsiębiorstwo wodociągowo-kanalizacyjne ma obowiązek zapewnić zdolność posiadanych urządzeń wodociągowych i urządzeń kanalizacyjnych do realizacji dostaw wody w wymaganej ilości i pod odpowiednim ciśnieniem oraz dostaw wody i odprowadzania ścieków w sposób ciągły i niezawodny, a także zapewnić należyłą jakość dostarczanej wody i odprowadzanych ścieków. Wywiązanie się z tego obowiązku jest możliwe jedynie w przypadku właściwego wybudowania sieci oraz przyłączy, co wymaga specjalistycznej wiedzy i praktyki. Potwierdzeniem konieczności posiadania specjalistycznej wiedzy i stosownej praktyki w przypadku budowy sieci kanalizacyjnej i przyłączy może być wsparcie wiedzą i doświadczeniem udzielone przez WODO-GAZ niedoświadczonemu w branży ARSTER.

(75) W ujęciu geograficznym rynek właściwy jest rynkiem lokalnym, co najwyżej obejmującym teren województwa podkarpackiego. O takim określeniu rynku właściwego w ujęciu geograficznym decydują następujące przesłanki:

- do analizowanego przetargu oraz innych przetargów, w których uczestniczył WODO-GAZ przystąpili jedynie wykonawcy z terenu województwa podkarpackiego;
- z materiału dowodowego wynika, że z punktu widzenia stron dla oceny konkurencyjności cen stosowanych w ofertach istotne są warunki panujące na rynku pracy w województwie podkarpackim;
- możliwość wykonania prac wiąże się z koniecznością transportu maszyn budowlanych, co znacząco podnosi koszty usługi;
- pozyskanie specjalistów z terytorium szerszego niż województwo podkarpackie wiąże się z dodatkowymi kosztami.

(76) Jednocześnie brak jest jakichkolwiek przesłanek dla przyjęcia, że rynek może mieć wymiar szerszy niż lokalny.

(77) Reasumując - w ocenie Prezesa UOKiK - rynkiem właściwym na którym doszło do ograniczenia konkurencji w niniejszej sprawie jest lokalny rynek województwa podkarpackiego usług budowy urządzeń wodociągowo-kanalizacyjnych i przyłączy.

(78) W ocenie 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 są zawsze zabronione i 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.

(79) Takie podejście jest zgodne z orzecznictwem unijnym, w którym wyraźnie różnicuje się znaczenie definiowania rynku właściwego w sprawach nadużywania pozycji dominującej i porozumień ograniczających konkurencję. W przypadku nadużycia pozycji dominującej zdefiniowanie rynku właściwego jest pierwszym, niezbędnym krokiem dla oceny ewentualnych naruszeń prawa antymonopolowego. Nie jest bowiem możliwe ustalenie, czy przedsiębiorca posiada pozycję dominującą bez wcześniejszego zdefiniowania rynku właściwego. Z kolei w przypadku porozumień ograniczających konkurencję celem zdefiniowania rynku właściwego jest jedynie zbadanie tego, czy porozumienie może wpływać na handel pomiędzy państwami członkowskimi UE i czy jego celem lub skutkiem jest wyeliminowanie, ograniczenie lub naruszenie konkurencji w inny sposób³.

³ Taki pogląd został wyrażony w wyrokach Sądu I Instancji UE w sprawie T-62/98 Volkswagen AG przeciwko Komisji, pkt 230 oraz w sprawie T-29/92 SPO i inni przeciwko Komisji, pkt 74. "Jeśli chodzi o zakres obowiązku Komisji zdefiniowania rynku właściwego przed stwierdzeniem naruszenia wspólnotowych reguł konkurencji, należy zauważyć, że podejście do definiowania właściwego rynku różni się w zależności od tego, czy stosowany jest art. 85 czy art. 86 (obecnie art. 82 Traktatu WE). W przypadku art. 86 właściwa definicja rynku właściwego jest niezbędnym, wstępnym warunkiem dla jakiegokolwiek orzeczenia o rzekomo antykonkurencyjnym zachowaniu, ponieważ przed stwierdzeniem nadużycia pozycji dominującej konieczne jest ustalenie istnienia pozycji dominującej na danym rynku, co wymaga uprzedniego zdefiniowania rynku. Z drugiej strony, w celu zastosowania art. 85, powód określenia rynku właściwego, jeżeli w ogóle należy go określić, to ustalenie, czy porozumienie, decyzja związku przedsiębiorstw lub uzgodniona praktyka mogą wpływać na handel między państwami członkowskimi, a jego celem lub skutkiem jest zapobieganie, ograniczenie lub zakłócenie konkurencji w ramach wspólnego rynku (sprawa T-29/92 SPO i in. przeciwko Komisji [1995] ECR II-289, paragraf 74). W konsekwencji Komisja ma obowiązek zdefiniowania rynku w decyzji wydanej na podstawie art. 85 Traktatu, jeżeli bez takiej definicji nie jest możliwe ustalenie, czy porozumienie, decyzja związku przedsiębiorców lub uzgodniona praktyka może wpływać na handel między

(80) Należy przy tym wskazać, że istnienie daleko idących podobieństw między polskim a unijnym prawem konkurencji uprawnia do postawienia tezy, iż co do zasady właściwym jest przenoszenie reguł analitycznych wypracowanych w unijnym prawie konkurencji na grunt prawa polskiego. Mając to na uwadze uprawnione jest również twierdzenie, że na Prezesa UOKiK - podobnie jak na Komisji Europejskiej - nie ciąży obowiązek zdefiniowania rynku właściwego na potrzeby określenia, czy doszło do naruszenia art. 6 ustawy okik (w przypadku Komisji art. 101 Traktatu o funkcjonowaniu Unii Europejskiej), kiedy sprawa dotyczy porozumienia ograniczające konkurencję ze względu na cel.

(81) W analizowanej sprawie mamy do czynienia z porozumieniem horyzontalnym, należącym do najcięższych naruszeń prawa konkurencji. Tego typu porozumienia nie korzystają z wyłączeń ze względu na niski udział w rynku, ponieważ posiadają szczególnie antykonkurencyjny potencjał. Negatywny wpływ analizowanego porozumienia na konkurencję jest oczywisty i przejawia się przede wszystkim podwyższeniem ceny, po jakiej zamawiający nabył usługę. Wartość, o jaką cena zamówienia została podwyższona na skutek celowego działania uczestników porozumienia stanowi z jednej strony szkodę dla zamawiającego związaną z naruszeniem regulacji antymonopolowych, a z drugiej strony korzyści, jakie uczestnicy porozumienia odnieśli w związku z uczestnictwem w porozumieniu.

„Zmowa przetargowa” - definicja

(82) 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. Porozumienia o jakich mowa w art. 6 ust. 1 pkt 7 ustawy okik w doktrynie prawa konkurencji nazywane są „zmowami przetargowymi”. W celu ustalenia, czy przedsiębiorca dopuścił się naruszenia ww. przepisu, Prezes UOKiK musi ustalić następujące przesłanki:

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

(83) 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 zmowy przetargowej mają bowiem różnego rodzaju zachowania podejmowane przez zmawiających 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”⁴. Również możliwe jest stwierdzenie zawarcia zmowy przetargowej w razie uzgodnienia co do nieuczestniczenia

państwami członkowskimi, a jej celem lub skutkiem jest zapobieganie, ograniczanie lub zaktócanie konkurencji w ramach wspólnego rynku (połączone sprawy T-374/94, T-375/94, T-384/94 i T-388/94 *European Night Services i in. Przeciwko Komisji* [1998] ECR II-3141, pkt 93-95 i 105).”

⁴ wyrok Sądu Apelacyjnego w Warszawie z dnia 13 października 2009 r., sygn. akt: VI ACa 6/09



określonych wykonawców w danym przetargu, czy w razie zawarcia antykonkurencyjnego konsorcjum⁵.

Status przedsiębiorców

(84) 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 2018 r. poz. 646 ze zm. - dalej „Prawo przedsiębiorców”).

(85) Zarazem należy wskazać, że 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.

(86) 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.

(87) 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.

Porozumienie

(88) Pod pojęciem porozumienia w prawie ochrony konkurencji rozumie się wszelkie formy koordynacji działań między przedsiębiorcami będące wyrazem wspólnych zamierzeń odnośnie do podejmowanych zachowań rynkowych, nawet gdy nie przybierają formy prawnie wiążącej umowy. Zgodnie z art. 4 pkt 5 ustawy okik, przez porozumienie rozumie się:

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

(89) Zakaz porozumień ograniczających konkurencję obejmuje 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 skutkiem jest ograniczenie konkurencji.

⁵ wyrok Sądu Apelacyjnego w Warszawie z dnia 8 czerwca 2016 r., sygn. akt VI ACa 651/15

(90) W analizowanej sprawie dowodzenie istnienia porozumienia w znaczącej części oparte zostało na informacjach przedstawionych we wnioskach o odstąpienie od wymierzenia kary pieniężnej. Informacje te są bowiem spójne z materiałem dowodowym zgromadzonym w aktach sprawy i pozwoliły na odtworzenie kalendarium działań przedsiębiorców.

(91) Oceniając zachowania WODO-GAZ i ARSTER pod kątem zawarcia porozumienia należy pamiętać, że definicja porozumienia jest definicją szeroką, pozwalającą na objęcie zakazami wynikającymi z art. 6 ustawy okik wszelkich form skoordynowanych zachowań niezależnie działających przedsiębiorców lub ich związków, których celem lub skutkiem jest wyeliminowanie, ograniczenie lub naruszenie konkurencji na rynku właściwym. Zakaz porozumień ograniczających konkurencję obejmuje zatem wszelkie formy koordynacji działań między przedsiębiorcami, które w sposób celowy prowadzą, w wyniku praktycznej współpracy, do wyeliminowania konkurencji oraz ryzyka gospodarczego i które powodują powstawanie warunków rynkowych sprzecznych z regułami wolnej konkurencji.

(92) Jak wskazuje zgromadzony w niniejszej sprawie materiał dowodowy pomiędzy przedsiębiorcami zawarte zostało porozumienie, o jakim mowa w art. 6 ust. 1 pkt 7 ustawy okik. Po dokonaniu - w formie ustnych uzgodnień, o których mowa w art. 4 pkt 5 lit. b ustawy okik - ustaleń dotyczących ważnych składników oferty i zachowania w przetargu, przedsiębiorcy, ściśle ze sobą współpracując, podjęli działania zmierzające do zapewnienia wygranej ARSTER, w sytuacji, w której oferta tego przedsiębiorcy okazałaby się drugą w kolejności po ofercie WODO-GAZ.

(93) WODO-GAZ, jako przedsiębiorca śledzący na bieżąco ogłoszenia o przetargach przekazał ARSTER informację o ogłoszonym przetargu, zwracając uwagę na fakt, iż od oferentów nie wymagano wykazania posiadanego doświadczenia w branży.

(94) WODO-GAZ poinformował ARSTER o wysokości własnej oferty oraz udzielił wsparcia ARSTER przy przygotowaniu oferty, w szczególności użyczył programu do kosztorysowania i komputera. O ścisłej współpracy przedsiębiorców na tym etapie przetargu świadczy fakt, iż strony użyły zasadniczo tych samych wzorów do kalkulacji oferty (pozycji: narzuty, koszty pośrednie, zysk).

(95) Odnosząc się do podniesionej przez strony postępowania kwestii stosowania tych samych wzorów do kalkulacji ofert wynikających z konstrukcji SIWZ należy podnieść, że jak ustalono na podstawie zgromadzonego materiału dowodowego, pozostali uczestnicy przetargu zastosowali inne i różniące się między sobą wzory na potrzeby tych obliczeń.

(96) Natomiast po otwarciu ofert, kiedy okazało się, że oferty WODO-GAZ i ARSTER zajęły pierwsze i drugie miejsce, WODO-GAZ wycofał swoją ofertę przedkładając pozorne wyjaśnienie. Mało prawdopodobne jest bowiem, by przedsiębiorca, który przystępuje do kilkunastu przetargów w ciągu roku nie zauważył dość oczywistego błędu, widocznego na pierwszej stronie kosztorysu.

(97) Dodatkowo w sprawie dokonano ustaleń pozwalających na stwierdzenie, iż wycofanie oferty WODO-GAZ z postępowania przetargowego nie wynikało ze złego skalkulowania ceny poprzez przyjęcie zbyt niskiej stawki roboczogodziny. Przedsiębiorca ten stosował bowiem niższe o 37,3 % stawki roboczogodziny (4,00 zł) w przetargach, do których przystąpił w marcu i kwietniu 2017 r., tj. w okresie bezpośrednio sąsiadującym z analizowanym przetargiem. W kosztorysach w tych przetargach przyjmował ponadto niższe niż w analizowanym przetargu współczynniki do obliczenia narzutów i zysku.



(98) Jak wynika natomiast z dokumentów finansowo - księgowych WODO-GAZ odnotował w roku 2017 zysk z prowadzonej działalności gospodarczej na poziomie 16,5% obrotu, w przypadku stosowania w kosztorysach przygotowywanych na potrzeby innych przetargów, do których przystępował w tym okresie niższych stawek niż w analizowanym przetargu. Świadczy to zatem niezbicie, że zastosowanie wyższych stawek roboczogodziny oraz wyższych przeliczników narzutów, kosztów pośrednich i zysku również strat w działalności nie powinno przynieść. Brak jest więc podstaw do przyjęcia, że warunki cenowe zaoferowane przez WODO-GAZ w przedmiotowym przetargu byłyby niewystarczające do osiągnięcia zysku.

(99) Układ ofert w klasyfikacji, który wystąpił w analizowanym przetargu, umożliwił przedsiębiorcom zrealizowanie ustaleń i podwyższenie ceny zamówienia przy zapewnieniu jego uzyskania przez ARSTER. Oferta WODO-GAZ zawierająca niższą o ponad 24 % cenę została wycofana na etapie, kiedy znana już była kolejność ofert i sprawdzono ich kompletność. Również na tym etapie przetargu strony kontynuowały ścisłą współpracę. WODO-GAZ wspomógł ARSTER przy sporządzaniu wyjaśnień odnośnie wysokości ceny zaproponowanej przez ARSTER, tak aby oferta tego przedsiębiorcy nie została odrzucona. WODO-GAZ na potrzeby przygotowania wyjaśnień przez ARSTER udostępnił swojego pracownika - wyspecjalizowanego w przygotowywaniu dokumentacji przetargowej. Ponadto przekazał ARSTER informacje i dokumenty pozwalające na przygotowanie wiarygodnych wyjaśnień.

(100) Tak więc WODO-GAZ i ARSTER, zamiast ze sobą konkurować w ramach analizowanego przetargu, ściśle ze sobą współpracowały, w celu zawyżenia ceny, po której realizowane będzie zamówienie.

(101) Zebrane w sprawie dowody zdaniem Prezesa UOKiK wskazują, że strony postępowania realizowały w analizowanym postępowaniu przetargowym jeden z typowych mechanizmów zmywy przetargowej nazywany w doktrynie prawa konkurencji „rozstawianiem i wycofywaniem ofert”. Doprowadziły swoim działaniem do ograniczenia konkurencji narażając równocześnie Gminę Kańczuga na straty finansowe wynikające ze wzrostu kosztów wykonania sieci kanalizacyjnej wraz z przyłączami.

(102) Reasumując, zarzucana WODO-GAZ i ARSTER praktyka zawarcia porozumienia przetargowego, o której mowa w art. 6 ust. 1 pkt 7 ustawy okik wynika wprost z następujących faktów:

- nastąpiła wymiana informacji dotyczących cen i dokonywanie ustaleń na etapie przygotowywania ofert w tym samym postępowaniu przetargowym, do czego WODO-GAZ i ARSTER sami się przyznali,
- nastąpiło wycofanie najkorzystniejszej dla Zamawiającego oferty przez WODO-GAZ na etapie poznania kolejności ofert i cen zaproponowanych przez innych oferentów, po ustaleniu, iż złożone oferty odpowiadają warunkom SIWZ, bez wiarygodnego uzasadnienia tego działania przez WODO-GAZ.

(103) Zgodne z art. 6 ust. 1 ustawy okik - „zakazane są porozumienia, których celem lub skutkiem jest wyeliminowanie, ograniczenie lub naruszenie w inny sposób konkurencji na rynku właściwym”.

(104) 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 wcale nie musi wystąpić.



(105) W niniejszej sprawie antykonkurencyjny cel porozumienia jest jednoznaczny - mamy do czynienia z działaniami przedsiębiorców polegającymi na dokonywaniu uzgodnień zachowań wpływających na ostateczny wynik przetargu, a sprowadzających się do wspólnego przygotowywania ofert, a następnie, w związku ze złożeniem ofert zawierających kolejno dwie najniższe ceny, wycofywania tańszej oferty w celu doprowadzenia do wyboru oferty tego z przedsiębiorców, który zaoferował wyższą cenę za wykonanie zamówienia.

(106) Zebrane w sprawie dowody wskazują zatem, że celem współpracy przedsiębiorców było ograniczenie konkurencji. Porozumienie będące przedmiotem niniejszego postępowania nie tylko zmierzało do ograniczenia konkurencji na rynku właściwym, ale i cel ten został faktycznie zrealizowany przez uczestniczących w nim przedsiębiorców, którzy dzięki uzgodnionym zachowaniom uzyskali - jako uczestnicy porozumienia - zamówienie po wyższej o 24 % cenie, wpływając na wynik postępowania przetargowego.

(107) Konkludując powyższe należy wskazać, że całokształt przedstawionych powyżej faktów i ich ocena wskazuje na zawarcie przez WODO-GAZ i ARSTER zakazanego porozumienia ograniczającego konkurencję, o którym mowa w art. 6 ust. 1 pkt 7 ustawy okik.

Wyłączenia spod zakazu porozumień, o których mowa w art. 6 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów

(108) Ustawa okik 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.

(109) Ingerencja prawa konkurencji w stosunki gospodarcze przedsiębiorców powinna mieć miejsce jedynie w przypadkach, kiedy zachowania przedsiębiorców wywierają odczuwalne skutki dla konkurencji. W związku z tym w art. 7 ustawy 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 ma to miejsce wyłączenie 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 zmów przetargowych.

(110) 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.

(111) 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.

(112) Odnosząc się z kolei do możliwości wyłączenia indywidualnego porozumienia spod zakazu na podstawie art. 8 ust. 1 ustawy okik należy zauważyć, że ciężar uwodnienia 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,

spoczywa na przedsiębiorcy, a zatem strona powołująca się na wyłączenie musi udowodnić spełnienie wszystkich kumulatywnych przesłanek zdefiniowanych w art. 8 ust. 1 ww. ustawy, co w niniejszej sprawie nie nastąpiło.

Ad I sentencji decyzji

(113) Zgodnie z art. 10 ust. 1 ustawy okik, Prezes UOKiK wydaje decyzję o uznaniu praktyki za ograniczającą konkurencję jeżeli stwierdzi naruszenia między innymi zakazu określonego w art. 6 tej ustawy.

(114) Jednocześnie, w oparciu o przepis art. 10 ust. 2 ustawy okik Prezes UOKiK może nakazać zaniechanie stosowania praktyki jeżeli do czasu wydania decyzji nie została ona zaprzestana.

(115) W postępowaniu, które kończy niniejsza decyzja, przedsiębiorcom postawiono zarzut zawarcia porozumienia dotyczącego określonego postępowania przetargowego. Zebrany w sprawie materiał nie dostarczył żadnych dowodów wskazujących na fakt zawarcia porozumienia przez strony wcześniej, lub kontynuowania porozumienia po rozstrzygnięciu postępowania przetargowego ogłoszonego przez Gminę Kańczuga. Prezes UOKiK nie nakazał zatem zaniechania stosowania praktyki, bowiem została ona zaprzestana z dniem 21 czerwca 2017 r., w tym bowiem dniu zamawiający zawarł z ARSTER umowę nr FZ.272.12.2017.WS, która została wykonana do dnia 31 października 2017 r.

(116) Na podstawie art. 6 ust. 1 ustawy okik zakazane są porozumienia, których celem lub skutkiem jest wyeliminowanie, ograniczenie lub naruszenie konkurencji na danym rynku właściwym. W rozpatrywanej sprawie Prezes UOKiK uznał, iż postępowanie przedsiębiorców w analizowanym przetargu wskazuje jednoznacznie, iż działania tych wykonawców miały charakter uzgodniony i zaplanowany, a nie przypadkowy.

(117) Mając na uwadze wszystkie okoliczności faktyczne sprawy orzeczono, jak w pkt I sentencji decyzji.

KARA PIENIĘŻNA

(118) Zgodnie z art. 106 ust. 1 pkt 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, jeżeli przedsiębiorca ten, choćby nieumyślnie dopuścił się naruszenia zakazu określonego w art. 6, w zakresie niewyłączonym na podstawie art. 7 i art. 8, lub naruszenia zakazu określonego w art. 9.”.

(119) Rozstrzygnięcie w przedmiocie nałożenia administracyjnej kary pieniężnej ma charakter fakultatywny. O tym, czy w konkretnej sprawie zasadne jest nałożenie kary pieniężnej decyduje, w ramach uznania administracyjnego, Prezes UOKiK. Skuteczna polityka przeciwdziałania praktykom ograniczającym konkurencję wymaga jednak, by w przypadku stwierdzenia stosowania przez przedsiębiorcę takiej praktyki zasadą było nakładanie kary pieniężnej. W dotychczasowym orzecznictwie Prezesa UOKiK dotyczącym zμών przetargowych odstępianie od nałożenia kary miało miejsce jedynie wyjątkowo, w tych sprawach, w których wystąpiły nadzwyczajne okoliczności, takie jak precedensowy charakter sprawy. W przedmiotowej sprawie takie okoliczności nie wystąpiły. Stosowany przez uczestników porozumienia mechanizm rozstawiania i wycofywania ofert jest od lat intensywnie zwalczany przez Prezesa UOKiK i stanowi najliczniej reprezentowany w jego orzecznictwie typ zmowy przetargowej.

(120) Prezes UOKiK uznał zatem za zasadne nałożenie na strony niniejszego postępowania antymonopolowego kar pieniężnych. Przemawiają za tym cele prewencji indywidualnej i ogólnej, jak również cel represyjny. Nałożenie kary pieniężnej służyć będzie zatem jako środek odstraszcający strony postępowania od stosowania podobnych praktyk w przyszłości (prewencja indywidualna).

Umyślność i nieumyślność działania

(121) Możliwość nałożenia na przedsiębiorców kary na podstawie art. 106 ust. 1 pkt 1 ustawy okik wymaga wykazania, że naruszenie zakazu określonego w tej ustawie było co najmniej nieumyślne. Oznacza to, że z punktu widzenia zastosowania art. 106 ust. 1 ustawy istotna jest podmiotowa strona czynu, tj. wina przedsiębiorcy. Wina może przybrać dwie formy, tj. winy umyślnej i winy nieumyślnej. Umyślność naruszenia zachodzi w sytuacji, gdy sprawca miał świadomość, że swoim zachowaniem narusza zakaz praktyk ograniczających konkurencję. Natomiast z działaniem nieumyślnym mamy do czynienia wówczas, gdy przedsiębiorca nie miał świadomości, że swoim zachowaniem narusza zakaz praktyk ograniczających konkurencję, lecz jako profesjonalny uczestnik obrotu mógł (powinien był) taką świadomość mieć (można od niego zasadnie wymagać, aby taką świadomość w odniesieniu do swoich działań posiadał)⁶.

(122) Biorąc pod uwagę okoliczności sprawy w ocenie Prezesa UOKiK każda ze stron postępowania ponosi co najmniej winę nieumyślną, co umożliwia nałożenie kar pieniężnych na uczestników porozumienia.

(123) Należy mieć bowiem na uwadze, że WODO-GAZ i ARSTER są profesjonalistami w obrocie, a dodatkowo WODO-GAZ był w każdym roku kalendarzowym wielokrotnym uczestnikiem postępowań przetargowych na zamówienia na rynku usług budowy urządzeń wodociągowo - kanalizacyjnych i przyłączy.

(124) WODO-GAZ z całą pewnością posiada znaczną wiedzę dotyczącą praktycznych aspektów procedury udzielania zamówień publicznych, na co wskazał pracownik tego przedsiębiorcy. Poinformował on bowiem, że od roku 2010 jest zatrudniony u tego przedsiębiorcy jako specjalista do przygotowywania ofert w przetargach. Posiada w tym

⁶ Wyrok Sądu Najwyższego z dnia 16 kwietnia 2015 r., sygn. akt III SK 24/14 i z dnia 21 kwietnia 2011 r., sygn. akt III SK 45/10

zakresie stosowne wykształcenie i ukończył specjalistyczne szkolenia. Z usług tego pracownika korzystał także ARSTER.

(125) Można zatem przyjąć, że strony postępowania zdawały sobie sprawę, że wzajemne informowanie się o zaproponowanej cenie ofertowej, a następnie po poznaniu kolejności ofert wycofanie niższej i de facto wystąpienie jako podwykonawca ARSTER w tym samym przetargu ogranicza konkurencję.

Obrót

(126) Jako zasadę w ustawie okik przyjęto, że kara pieniężna nakładana na przedsiębiorcę nie może być większa niż 10% obrotu osiągniętego w roku obrotowym poprzedzającym rok nałożenia kary (art. 106 ust. 1 pkt 1 ustawy okik). Od powyżej zasady przyjęto dwa odstępstwa modyfikujące relewantny okres „obrotowy”, jaki Prezes UOKiK bierze pod uwagę przy ustaleniu kary pieniężnej oraz maksymalnej wysokości kary.

(127) Pierwsza regulacja szczególna dotyczy przypadku, gdy przedsiębiorca w roku obrotowym poprzedzającym rok nałożenia kary nie osiągnął obrotu lub osiągnął obrót w wysokości nieprzekraczającej równowartości 100.000 euro. W takim przypadku Prezes UOKiK, nakładając karę pieniężną na podstawie art. 106 ust. 1 ustawy okik, uwzględnia średni obrót osiągnięty przez przedsiębiorcę w trzech kolejnych latach obrotowych poprzedzających rok nałożenia kary (art. 106 ust. 5 ustawy okik). Jeżeli jednak średni obrót osiągnięty przez przedsiębiorcę w trzech kolejnych latach obrotowych poprzedzających rok nałożenia kary nie osiągnął równowartości co najmniej 100.000 euro zastosowanie znajdzie druga regulacja szczególna. W takim przypadku Prezes Urzędu może nałożyć na przedsiębiorcę, w drodze decyzji, karę w wysokości nieprzekraczającej równowartości 10.000 euro (art. 106 ust. 6 ustawy okik).

(128) Pojęcie „obrotu” zostało zdefiniowane w art. 106 ust. 3 pkt 1, 2 i 3 ustawy okik, 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(...)”.

(129) Należy jednocześnie zwrócić uwagę, że Prezes UOKiK dokonując wyliczenia wysokości kar stosuje dodatkowo opublikowane na stronie internetowej Urzędu „Wyjaśnienia dotyczące ustalania kar pieniężnych w sprawach związanych z naruszeniem zakazu praktyk ograniczających konkurencję”. Przedstawiona w nich metodologia ustalania kar została oparta na normatywnych przesłankach ustalania kar i dotychczasowym dorobku orzecznictwa w sprawach antymonopolowych. Zgodnie z pkt 1 tych wyjaśnień cyt.: „podstawą obliczenia wysokości kary pieniężnej jest obrót ustalony zgodnie z art. 106 ust.



3 i nast. Ustawy za ostatni rok, w którym stosowana była praktyka ograniczająca konkurencję”⁷.

(130) Zgodnie z art. 5 ustawy okik przeliczenie wartości euro na złote jest dokonywane według kursu średniego walut obcych ogłoszonego przez Narodowy Bank Polski w ostatnim dniu roku kalendarzowego poprzedzającego rok nałożenia kary.

Średni kurs euro ogłoszony przez Narodowy Bank Polski w dniu 29 grudnia 2017 r. w tabeli nr 251/A/NBP/2017 wynosił 4,1709 zł.

(131) Natomiast kurs średni euro ogłoszony przez Narodowy Bank Polski w dniu 31 grudnia 2018 r. w tabeli nr 252/A/NBP/2018 wynosił 4,30 zł.

(132) Uwzględniając ww. kursy próg 100.000 euro, o którym mowa w przywołanych przepisach art. 106 ust. 5 ustawy okik wynosi 417 090 zł w roku 2017 i 430 000 zł w roku 2018, zaś maksymalna kara, jaką Prezes Urzędu może nałożyć na podstawie art. 106 ust. 6 ustawy okik wynosi odpowiednio 41 709 zł lub 43 000 zł.

(133) Ponadto w niniejszej decyzji wzięto pod uwagę, że stosownie do art. 106 ust. 7 ustawy okik w przypadku gdy przedsiębiorca nie dysponuje przed wydaniem decyzji danymi finansowymi niezbędnymi do ustalenia obrotu za rok obrotowy poprzedzający rok nałożenia kary, Prezes Urzędu, nakładając karę pieniężną uwzględnia:

- obrót osiągnięty przez przedsiębiorcę w roku obrotowym poprzedzającym ten rok,
- w przypadku, obrotu niższego niż 100 000 euro średni obrót osiągnięty przez przedsiębiorcę w trzech kolejnych latach obrotowych poprzedzających ten rok.

(134) W roku 2017 zarówno WODO-GAZ, jak i ARSTER osiągnęły obroty przewyższające próg wskazany w art. 106 ust. 5 ustawy okik.

(135) Kara nałożona w niniejszej sprawie została określana w oparciu o obrót przedsiębiorców z roku stosowania praktyki, tj. 2017. Natomiast do ustalenia maksymalnej wysokości kary, jaka może być nałożona na przedsiębiorców przyjęto następujące zasady:

- obrót ARSTER ustalony zgodnie z art. 106 ust. 5 ustawy okik,
- obrót WODO-GAZ z 2017 r. jako ostatniego roku obrotowego, dla którego przedsiębiorca posiadał dane dotyczące wartości obrotu, zgodnie z art. 106 ust. 7 ustawy okik.

(136) Mając na uwadze obrót ARSTER za rok 2018 w celu ustalenia maksymalnego poziomu kary jaki mógłby zostać nałożony na tego przedsiębiorcę, konieczne było ustalenie wysokości obrotu jako średniego obrotu osiągniętego przez tego przedsiębiorcę w trzech kolejnych latach obrotowych poprzedzających rok nałożenia kary. Tak ustalony obrót ARSTER przekroczył równowartość 100 000 euro.

Wysokość kar pieniężnych

⁷ https://uokik.gov.pl/wyjasnienia_i_wytyczne.php

(137) Ustalając wysokość kar pieniężnych Prezes UOKiK kieruje się normatywnymi przesłankami ustalania wysokości kar pieniężnych wymienionymi w art. 111 ustawy okik oraz dodatkowo regułami wypracowanymi w orzecznictwie sądowym.

(138) Prezes UOKiK dokonując wyliczenia wysokości kar stosuje dodatkowo opublikowane na stronie internetowej Urzędu „Wyjaśnienia dotyczące ustalania kar pieniężnych w sprawach związanych z naruszeniem zakazu praktyk ograniczających konkurencję”.

(139) Zgodnie z art. 111 ust. 1 pkt 1 ustawy okik: „Prezes Urzędu, ustalając wysokość nakładanej kary pieniężnej, uwzględni w szczególności okoliczności naruszenia przepisów ustawy oraz uprzednie naruszenie przepisów ustawy, a także (...) okres, stopień oraz skutki rynkowe naruszenia przepisów ustawy, przy czym stopień naruszenia Prezes Urzędu ocenia biorąc pod uwagę okoliczności dotyczące natury naruszenia, działalności przedsiębiorcy, która stanowiła przedmiot naruszenia oraz (...) specyfiki rynku, na którym doszło do naruszenia”.

Natura naruszenia

(140) Ze względu na kryterium natury naruszenia Prezes UOKiK wyróżnia trzy rodzaje naruszeń: bardzo poważne, poważne i pozostałe. Naruszenie będące przedmiotem niniejszej sprawy Prezes UOKiK zakwalifikował do kategorii naruszeń bardzo poważnych, bowiem jest nim zмова przetargowa, tj. szczególnie szkodliwe porozumienie ograniczające konkurencję.

(141) Natura naruszenia znajduje odzwierciedlenie w wysokości kary w ten sposób, że decyduje ona o wysokości kwoty wyjściowej (bazowej) będącej podstawą dla ustalenia wysokości kary. W przypadku bardzo poważnych naruszeń Prezes UOKiK jako kwotę wyjściową przyjmuje wartość od powyżej 1% do 3% obrotu przedsiębiorcy.

(142) W przedmiotowej sprawie kwota wyjściowa będąca podstawą dla ustalenia wysokości kar nałożonych na WODO-GAZ i ARSTER ustalona została na poziomie 1,2% obrotu tych przedsiębiorców osiągniętego w roku 2017.

Specyfika rynku i działalności przedsiębiorcy oraz skutki rynkowe naruszenia

(143) Ustalając wymiar kary Prezes UOKiK wziął w dalszej kolejności pod uwagę specyfikę rynku, na jakim doszło do naruszenia konkurencji, specyfikę działalności przedsiębiorcy, a także skutki rynkowe naruszenia. Kara powinna być bowiem tym większa, im większe jest natężenie negatywnych efektów związanych z naruszeniem prawa konkurencji.

(144) Prezes UOKiK uwzględnił zatem fakt, że rynek usług budowy urządzeń wodociągowo - kanalizacyjnych i przyłączy jest rynkiem konkurencyjnym, na którym działa wielu przedsiębiorców. O intensywności konkurencji na tym rynku świadczy przede wszystkim liczba ofert składanych w przetargach. Do analizowanych przez Prezesa UOKiK przetargów na roboty budowlane w zakresie budowy kanalizacji sanitarnej w latach 2015 - 2017 w każdym przypadku przystępowało po kilku oferentów, działających w różnych formach, od jednoosobowych podmiotów gospodarczych po spółki działające w ramach grup kapitałowych z branży budowlanej.

(145) Z drugiej strony Prezes UOKiK uwzględnił faktyczne wprowadzenie porozumienia w życie, poprzez realizację określonego zachowania w trakcie przetargu, a także negatywne skutki dla organizatora przetargu (Gminy Kańczuga), który wybrał ofertę zawierającą cenę o 24% wyższą od najkorzystniejszej.



(146) Z tytułu specyfiki rynku i działalności przedsiębiorcy oraz skutków rynkowych naruszenia kwota bazowa kary została obniżona o 30%.

Okres naruszenia

(147) Kalkulując wymiar kary Prezes UOKiK wziął także pod uwagę przestankę długotrwałości naruszenia. Ustalone w sprawie fakty świadczą, że porozumienie miało jednorazowy, incydentalny charakter. Mając powyższe na uwadze postanowiono nie dokonywać zmian wysokości kwoty bazowej z tytułu okresu naruszenia.

Okoliczności łagodzące i obciążające

(148) Ustalając wysokość kar pieniężnych Prezes UOKiK bierze pod uwagę także okoliczności łagodzące lub obciążające, które wystąpiły w sprawie (art. 111 ust. 2 ustawy okik).

(149) 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, w szczególności przyczynienie się do szybkiego i sprawnego przeprowadzenia postępowania, bierna rola przedsiębiorcy w naruszeniu zakazu oraz działanie pod przymusem (art. 111 ust. 3 pkt 1 ustawy okik).

(150) W analizowanej sprawie zarówno WODO-GAZ jak i ARSTER złożyli wnioski o odstąpienie od wymierzenia kary pieniężnej lub jej obniżenie, W przypadku wnioskodawców leniency, współpraca z Prezesem UOKiK w pełnym zakresie jest przestanką warunkującą zastosowanie odstąpienia lub obniżenia kary i zostanie oceniona wraz z innymi przestankami określonymi w art. 113b i 113c ustawy okik.

(151) Brak jest również podstaw do uwzględnienia jako okoliczności łagodzącej zaniechania praktyki, bowiem do zaniechania doszło z samej natury postępowania przetargowego, które kończy się wraz z zawarciem umowy.

(152) Z kolei okolicznościami obciążającymi są: rola lidera lub inicjatora porozumienia, przymuszenie, wywieranie presji, umyślność naruszenia, czy też dokonanie uprzednio podobnego naruszenia (art. 111 ust. 4 pkt 1 ustawy okik).

(153) W przedmiotowej sprawie Prezes UOKiK postanowił uwzględnić jako okoliczność obciążającą w stosunku do WODO-GAZ umyślność naruszenia i rolę inicjatora porozumienia. W przypadku ARSTER mamy natomiast jedynie do czynienia z umyślnością działania. Szczegółowe rozważania dotyczące umyślności i nieumyślności działania uczestników porozumienia zostały już przedstawione na początku uzasadnienia decyzji w zakresie rozstrzygnięcia o karze. Odnosząc się do kwestii inicjatora porozumienia zarówno WODO-GAZ, jak i ARSTER wskazali, iż to WODO-GAZ namówił ARSTER do udziału w przetargu informując równocześnie ARSTER o wartości przygotowanej przez siebie oferty. Aby ARSTER mógł wywiązać się z terminowego i właściwego wykonania umowy WODO-GAZ został w praktyce jego podwykonawcą poprzez udzielanie porad, bezpłatne użyczenie maszyn specjalistycznych, „wypożyczenie” pracownika posiadającego stosowne uprawnienia.

(154) W związku z uwzględnieniem w odniesieniu do WODO-GAZ okoliczności obciążającej w postaci umyślności naruszenia oraz roli lidera i brakiem okoliczności łagodzących, kara pieniężna ustalona na poprzednim etapie została podwyższona wobec WODO-GAZ o 30%, a wobec ARSTER została podwyższona o 10% z tytułu umyślności naruszenia.

(155) Zarówno w przypadku WODO-GAZ, jak i ARSTER wcześniej nie było stwierdzone naruszenie przepisów ustawy okik.

(156) Tak więc, mając na uwadze wszystkie powyższe kryteria, na WODO-GAZ winna zostać nałożona kara w wysokości 25 830 zł. Natomiast na ARSTER w wysokości 11 308 zł. Taki poziom kar uwzględnia wszystkie istotne okoliczności sprawy oraz zapewnia, że będą dostatecznie odczuwalne dla osiągnięcia represyjnego i prewencyjnego celu sankcji. Jednocześnie dolegliwość kar będzie nie większa, niż jest to niezbędne dla osiągnięcia tych celów mając na uwadze, że stronami postępowania są jednoosobowe podmioty gospodarcze.

Odstąpienie od wymierzenia kary pieniężnej lub jej obniżenie w sprawach porozumień ograniczających konkurencję

(157) Art. 113a ustawy okik określa możliwość złożenia przez przedsiębiorcę wniosku o odstąpienie od wymierzenia lub o obniżenie kary pieniężnej. Powyższa regulacja przewiduje, że przedsiębiorca, który współpracuje z Prezesem UOKiK w ujawnieniu niedozwolonego porozumienia ograniczającego konkurencję jest traktowany łagodniej. To łagodniejsze traktowanie przejawia się w możliwości odstąpienia od wymierzenia kary albo obniżenia wymiaru nałożonej kary za udział w antykonkurencyjnym porozumieniu.

(158) Zgodnie z art. 113a ustawy okik:

„Ust. 1 Przedsiębiorca, który zawarł porozumienie, o którym mowa w art. 6 ust. 1 ustawy lub w art. 101 TFUE, może złożyć do Prezesa Urzędu wniosek o odstąpienie od wymierzenia kary pieniężnej lub jej obniżenie, zwany dalej „wnioskiem”.

Ust. 2 Wniosek zawiera opis porozumienia wskazujący w szczególności:

- 1) przedsiębiorców, którzy zawarli porozumienie;*
- 2) produkty lub usługi, których dotyczy porozumienie;*
- 3) terytorium objęte porozumieniem;*
- 4) cel porozumienia;*
- 5) okoliczności zawarcia porozumienia;*
- 6) okoliczności i sposób funkcjonowania porozumienia;*
- 7) czas trwania porozumienia;*
- 8) rolę poszczególnych przedsiębiorców uczestniczących w porozumieniu;*
- 9) imiona, nazwiska i stanowiska służbowe osób pełniących w porozumieniu znaczącą rolę wraz z jej opisem;*
- 10) czy wniosek został złożony również do organów ochrony konkurencji państw członkowskich Unii Europejskiej lub do Komisji Europejskiej.*

Ust.3 Przedsiębiorca, o którym mowa w ust. 1, jest obowiązany nie ujawniać zamiaru złożenia wniosku.

Ust.4 Prezes Urzędu potwierdza datę i godzinę złożenia wniosku.

Ust.5 Wnioskodawca jest obowiązany współpracować z Prezesem Urzędu w pełnym zakresie od złożenia wniosku, w szczególności:

- 1) z własnej inicjatywy i na żądanie Prezesa Urzędu dostarczać niezwłocznie wszelkie*



dowody lub informacje dotyczące porozumienia, którymi dysponuje albo którymi może dysponować, mające istotne znaczenie dla sprawy;

2) nie utrudniać złożenia wyjaśnień przez osoby zatrudnione przez przedsiębiorcę oraz osoby pełniące funkcję kierowniczą lub wchodzące w skład organu zarządzającego przedsiębiorcy;

3) nie niszczyć, nie fałszować, nie zatajać dowodów lub informacji związanych ze sprawą;

4) nie ujawniać faktu złożenia wniosku bez zgody Prezesa Urzędu.

Ust.6 Wnioskodawca, który nie zaprzestał uczestnictwa w porozumieniu przed złożeniem wniosku, jest obowiązany zaprzestać tego uczestnictwa niezwłocznie po złożeniu wniosku”.

(159) Stosownie do art. 113b ustawy okik Prezes UOKiK odstępuje od nałożenia kary pieniężnej, o której mowa w art. 106 ust. 1 pkt 1 lub 2, na przedsiębiorcę, który zawarł porozumienie, o którym mowa w art. 6 ust. 1 tej ustawy lub w art. 101 TFUE, w przypadku gdy przedsiębiorca ten łącznie:

1) jako pierwszy z uczestników porozumienia złożył wniosek zgodny z wymogami, określonymi w art. 113a ust. 2 oraz spełnił warunki określone w art. 113a ust. 3, 5 i 6;

2) przedstawił:

a) dowód wystarczający do wszczęcia postępowania antymonopolowego lub informacje umożliwiające Prezesowi Urzędu uzyskanie takiego dowodu, albo

b) jeżeli wniosek został złożony po wszczęciu postępowania antymonopolowego - dowód, który w istotny sposób przyczyni się do wydania decyzji, o której mowa w art. 10, lub na żądanie Prezesa Urzędu przedstawił informacje umożliwiające uzyskanie takiego dowodu

- o ile Prezes Urzędu nie posiadał w tym czasie tych informacji lub dowodów;

3) nie nakłaniał innych przedsiębiorców do uczestnictwa w porozumieniu.

(160) Zgodnie z art.113 c ustawy okik cyt.:

„Ust.1 W przypadku gdy przedsiębiorca, który zawarł porozumienie, o którym mowa w art. 6 ust. 1 ustawy lub w art. 101 TFUE, nie spełnia łącznie warunków, o których mowa w art. 113b, Prezes Urzędu obniża karę pieniężną nakładaną na tego przedsiębiorcę, jeżeli przedsiębiorca ten łącznie:

1) złożył wniosek zgodny z wymogami określonymi w art. 113a ust. 2;

2) spełnił warunki określone w art. 113a ust. 3, 5 i 6;

3) przedstawił dowód mający istotne znaczenie dla rozpatrywanej sprawy, którego Prezes Urzędu nie posiadał.

Ust.2. W przypadku, o którym mowa w ust. 1, Prezes Urzędu nakłada karę pieniężną obniżoną o:

1) 30-50% w stosunku do wysokości kary, jaka zostałaby nałożona na przedsiębiorcę, gdyby nie złożył wniosku - na przedsiębiorcę, który jako pierwszy spełnił warunki, o których mowa w ust. 1;

2) 20-30% w stosunku do wysokości kary, jaka zostałaby nałożona na przedsiębiorcę, gdyby nie złożył wniosku - na przedsiębiorcę, który jako drugi spełnił warunki, o których mowa w ust. 1;

3) maksymalnie 20% w stosunku do wysokości kary, jaka zostałaby nałożona na

przedsiębiorcę, gdyby nie złożył wniosku - na pozostałych przedsiębiorców, którzy spełnili warunki, o których mowa w ust. 1”.

Wniosek ARSTER w trybie art. 113 a ustawy okik

(161) W dniu 31 lipca 2018 r. o godzinie 12.30 do Prezesa UOKiK wpłynął wniosek ARSTER o odstąpienie od wymierzenia lub obniżenie kary pieniężnej w trybie art. 113a ustawy okik. Był to pierwszy wniosek jaki wpłynął do Prezesa UOKiK w analizowanej sprawie. Złożony został na formularzu „Wzór wniosku pełnego”.

(162) Przedsiębiorca ARSTER przyznał, że uczestniczył w porozumieniu przetargowym w przetargu dotyczącym budowy kanalizacji sanitarnej wraz z przyłączami dla miejscowości Siedliczka - etap II.

(163) Uznawszy, że wstępna analiza wniosku oraz materiału dowodowego dostarczonego przez ARSTER wskazywała, że przedsiębiorca ten może spełniać warunki z art.113b ustawy okik, Prezes UOKiK zawiadomił o tym wnioskodawcę. Jednocześnie Prezes UOKiK poinformował tego przedsiębiorcę, że uznanie spełnienia warunków przewidzianych w tym przepisie będzie podlegać weryfikacji w toku prowadzonego postępowania antymonopolowego.

(164) Należy wskazać, iż ARSTER zgłosił się do Prezesa UOKiK z przedmiotowym wnioskiem po otrzymaniu zawiadomienia o wszczęciu postępowania antymonopolowego. W chwili złożenia wniosku przez ARSTER Prezes UOKiK nie posiadał dowodów bezpośrednich na zawarcie porozumienia. Z uwagi na powyższe Prezes UOKiK oceniając, czy ARSTER spełnił przesłanki do odstąpienia od nałożenia na niego kary za udział w sprzecznym z prawem konkurencji porozumieniu, wziął pod uwagę - stosownie do art.113b - że wnioskodawca przedstawił Prezesowi UOKiK dowody w istotny sposób przyczyniające się do wydania decyzji, w szczególności pozwalające na dokonanie bardziej precyzyjnych ustaleń dotyczących funkcjonowania porozumienia.

(165) Wniosek złożony przez tego przedsiębiorcę spełniał wszystkie wymogi formalne wniosku o odstąpienie od nałożenia kary pieniężnej, tj.: jako pierwszy z uczestników porozumienia złożył wniosek zgodny z wymogami, określonymi w art. 113a ust. 2 ustawy okik czyli zawierający następujące informacje:

- przedsiębiorców, którzy zawarli porozumienie;
- produkty lub usługi, których dotyczy porozumienie;
- terytorium objęte porozumieniem; cel porozumienia; okoliczności zawarcia porozumienia;
- okoliczności i sposób funkcjonowania porozumienia;
- czas trwania porozumienia;
- rolę poszczególnych przedsiębiorców uczestniczących w porozumieniu;
- imiona, nazwiska i stanowiska służbowe osób pełniących w porozumieniu znaczącą rolę wraz z jej opisem;
- czy wniosek został złożony również do organów ochrony konkurencji państw członkowskich Unii Europejskiej lub do Komisji Europejskiej.

(166) Ponadto ARSTER spełnił pozostałe warunki, tj. nie ujawnił zamiaru złożenia wniosku, współpracował z Prezesem UOKiK w pełnym zakresie od złożenia wniosku, w szczególności na żądanie Prezesa UOKiK dostarczał niezwłocznie wszelkie posiadane informacje dotyczące porozumienia. Również zaprzestał uczestnictwa w porozumieniu przed złożeniem wniosku, tj. z dniem 21 czerwca 2017 r. - datą podpisania umowy na wykonanie usługi objętej zakresem postępowania przetargowego.

(167) ARSTER nie nakłaniał także innych przedsiębiorców do uczestnictwa w porozumieniu. Inicjatorem porozumienia był WODO-GAZ, który doskonale znał rynek właściwy przystępując regularnie do kilkunastu postępowań przetargowych w ciągu roku i kilku w tym samym okresie, co analizowane postępowanie. Pozwoliło to na ustalenie precyzyjnego scenariusza działań.

(168) Przedstawione przez ARSTER informacje spełniają wymóg zawarty w art. 113b pkt 2) ustawy okik, ponieważ umożliwiły wydanie niniejszej decyzji w oparciu o dowody bezpośrednio. Ustalając znaczenie dowodów przedłożonych przez przedsiębiorcę, Prezes UOKiK uwzględnił ich wartość i moc dowodową, w porównaniu do dowodów poszlakowych, które znajdowały się przed rozpoczęciem współpracy w posiadaniu Prezesa UOKiK, a także jakość współpracy z wnioskodawcą.

(169) Należy przyjąć, iż „dowód, który w istotny sposób przyczyni się do wydania decyzji”, to taki który umożliwi Prezesowi UOKiK w toku postępowania antymonopolowego dowiedzenie istnienia lub nieistnienia domniemanego porozumienia. Przy ocenie dowodów, dowody bezpośrednio odnoszące się do danego stanu faktycznego zasadniczo są uznawane za posiadające większą wartość niż dowody odnoszące się do niego pośrednio. Podobnie, na wartość przedstawionych dowodów wpływ ma zakres, w jakim potwierdzają je materiały pochodzące z innych źródeł.

(170) Prezes UOKiK pozytywnie ocenił i uznał za posiadające istotną wartość dodaną wyjaśnienia ARSTER odnośnie okoliczności zawarcia i funkcjonowania porozumienia. W złożonym wniosku przedsiębiorca ten przedstawił bowiem opis porozumienia pozwalający na ustalenie istotnych okoliczności związanych z zawarciem porozumienia, w tym na ustalenie przedsiębiorcy będącego inicjatorem praktyki. Bez informacji przekazanych przez ARSTER, Prezes UOKiK nie posiadałby istotnych informacji dotyczących porozumienia, a jedynie dowody poszlakowe.

(171) ARSTER współpracował z Prezesem UOKiK w pełnym zakresie, udzielając niezwłocznie wszelkich znanych przedsiębiorcy informacji związanych ze sprawą.

(172) Reasumując, w opinii Prezesa UOKiK ARSTER, spełnił wszystkie przesłanki odstąpienia od nałożenia kary pieniężnej, o którym mowa w art. 113b ustawy okik, która to kara zostałaby na niego nałożona w przypadku braku współpracy z Prezesem UOKiK w ramach programu łagodzenia kar ponieważ:

- złożony przez niego wniosek na podstawie art. 113a ustawy okik jako pierwszy wpłynął do Prezesa UOKiK;
- przedsiębiorca ten złożył z własnej inicjatywy Prezesowi UOKiK informacje pozwalające na wydanie decyzji o uznaniu analizowanego porozumienia jako naruszające zakaz określony w art. 6 ust. 1 pkt 7 ustawy okik;
- w chwili wpływu wniosku tego przedsiębiorcy o odstąpienie od nałożenia kary pieniężnej Prezes UOKiK posiadał jedynie dowody poszlakowe na zawarcie

porozumienia, bez dokładnego jego scenariusza. To informacje przekazane przez ARSTER pozwoliły na ustalenie przebiegu porozumienia;

- Przedsiębiorca współpracował z Prezesem UOKiK w toku postępowania antymonopolowego;
- Przedsiębiorca zaprzestał uczestnictwa w porozumieniu przed dniem przedstawienia Prezesowi UOKiK dowodu, który w istotny sposób przyczynił się do wydania decyzji;
- Przedsiębiorca nie był inicjatorem porozumienia.

(173) Wobec wszystkich powyższych okoliczności Prezes UOKiK odstąpił od nałożenia kary na ARSTER.

(174) W związku z powyższym orzeczono jak w punkcie II sentencji decyzji.

Wniosek WODO-GAZ w trybie art. 113 a ustawy okik

(175) W dniu 2 sierpnia 2018 r. o godz. 11.30 jako drugi wpłynął wniosek WODO-GAZ o jakim mowa w art. 113a ustawy okik. Wniosek złożony został przez pełnomocnika WODO-GAZ.

(176) Jak wskazał WODO-GAZ porozumienie ograniczające konkurencję na rynku usług budowy kanalizacji sanitarnej oraz przyłączy w ramach przetargu organizowanego przez Gminę Kańczuga zostało zawarte wyłącznie pomiędzy dwoma przedsiębiorcami, tj. WODO-GAZ i ARSTER. Celem porozumienia było zdobycie przez Roberta Słotę doświadczenia w zakresie robót budowlano - instalacyjnych możliwego do wykorzystania w przyszłości na potrzeby przyszłych postępowań.

(177) Prezes UOKiK pozytywnie ocenił wartość dodaną, jaką do sprawy wniósł wniosek WODO-GAZ. Dzięki uzyskanym informacjom uzupełniona została chronologia zdarzeń i potwierdzony ze szczegółami przebieg dokonywanych ustaleń.

(178) Mając powyższe na uwadze, w ocenie Prezesa UOKiK wniosek WODO-GAZ spełniał wszystkie wymogi formalne wniosku określone w art. 113c ustawy okik, tj.:

- złożony wniosek był zgodny z wymogami określonymi w art. 113a ust. 2 ustawy okik;
- WODO-GAZ spełnił warunki określone w art. 113a ust. 3, 5 i 6, tj. nie ujawnił zamiaru złożenia wniosku, współpracował z Prezesem UOKiK w toku postępowania antymonopolowego w szczególności wskazywał na możliwość złożenia wyjaśnień przez pracownika [...], zaprzestał uczestnictwa w analizowanym porozumieniu przed złożeniem wniosku;
- przedstawił dowód mający istotne znaczenie dla rozpatrywanej sprawy, którego Prezes UOKiK nie posiadał, tj. szczegóły dotyczące współpracy z ARSTER i działań mających charakter „podwykonawstwa” i to nie tylko na etapie postępowania przetargowego, ale również wykonywania prac dodatkowych dla tego samego zamawiającego.

(179) W takim przypadku Prezes UOKiK może nałożyć karę pieniężną obniżoną o 30-50% w stosunku do wysokości kary, jaka zostałaby nałożona na przedsiębiorcę, gdyby nie złożył wniosku o odstąpienie od wymierzenia lub obniżenia kary pieniężnej.



(180) Ustalając znaczenie dowodów przedłożonych przez przedsiębiorcę, Prezes UOKiK uwzględnia ich wartość i moc dowodową, w porównaniu do dowodów, które znajdowały się przed rozpoczęciem współpracy WODO-GAZ w posiadaniu organu, a także jakość współpracy z wnioskodawcą.

(181) Prezes UOKiK pozytywnie ocenił i uznał za posiadające istotną wartość dodaną wyjaśnienia WODO-GAZ odnośnie okoliczności zawarcia i funkcjonowania porozumienia. Wobec braku dowodów w formie papierowej, czy też nagrań ze spotkań istotną wartość dodaną miało potwierdzenie przez WODO-GAZ, że był inicjatorem analizowanego porozumienia. W złożonym wniosku przedsiębiorca ten przedstawił opis porozumienia pozwalający na uzupełnienie scenariusza porozumienia przedstawionego przez ARSTER.

(182) Bez informacji przekazanych przez WODO-GAZ, Prezes UOKiK nie posiadałby potwierdzenia istotnych informacji dotyczących porozumienia, gdyż posiadane przez organ dowody nie pozwalały na rekonstrukcję wszystkich szczegółów porozumienia.

(183) Należy zauważyć, że WODO-GAZ współpracował z Prezesem UOKiK w pełnym zakresie, udzielając niezwłocznie wszelkich posiadanych informacji związanych ze sprawą.

(184) Z uwagi na powyższe, w opinii Prezesa UOKiK WODO-GAZ, spełnił przesłanki obniżenia kary pieniężnej, o których mowa w art. 113c ustawy okik, która to kara została na niego nałożona w pełnej wysokości w przypadku braku współpracy z Prezesem UOKiK w ramach programu łagodzenia kar.

(185) W przypadku WODO-GAZ znajduje zastosowanie art. 113c ust. 2 pkt 1 ustawy okik. Zgodnie z tym przepisem jeżeli przedsiębiorca uczestniczący w porozumieniu, o którym mowa w art. 6 ust. 1 ustawy okik, nie spełnia warunków odstąpienia od nałożenia kary pieniężnej, Prezes UOKiK obniża karę, o której mowa w art. 106 ust. 1 pkt 1 lub 2 i nakłada karę w wysokości obniżonej o 30 do 50%.

(186) Prezes UOKiK biorąc pod uwagę, iż:

- WODO-GAZ złożył jako drugi wniosek o jakim mowa w art. 113a ustawy okik, a co za tym idzie jego wniosek nie spełniał warunku odstąpienia od nałożenia kary pieniężnej,
- przedstawił Prezesowi UOKiK, z własnej inicjatywy, dowody, mające istotne znaczenie dla rozpatrywanej sprawy,
- wartość dodana informacji przekazanych przez tego przedsiębiorcę była mniejsza w stosunku do informacji przekazanych przez ARSTER, ponieważ część informacji w chwili wpływu tego wniosku była już w posiadaniu Prezesa UOKiK, jednakże w znaczący sposób informacje te przyczyniły się do usystematyzowania scenariusza porozumienia,

obniżył karę pieniężną - jaka, zgodnie z przesłankami przedstawionymi w niniejszej decyzji w części dotyczącej wysokości kary pieniężnej miała zostać nałożona na WODO-GAZ - o 50% tj. do kwoty 12 915 zł.

(187) Wobec powyższego orzeczono jak w punkcie III sentencji decyzji.

KOSZTY POSTĘPOWANIA

(188) Zgodnie z art. 80 ustawy okik Prezes UOKiK rozstrzyga o kosztach, w drodze postanowienia, które może być zamieszczone w decyzji kończącej postępowanie.



(189) Natomiast stosownie do art. 77 ust. 1 tej ustawy, jeżeli w wyniku postępowania stwierdzono naruszenie jej przepisów, przedsiębiorca, który dopuścił się tego naruszenia, jest obowiązany ponieść koszty postępowania.

(190) Zgodnie z art. 263 § 1 ustawy z dnia 14 czerwca 1960 r. Kodeks postępowania administracyjnego (Dz. U. z 2017 r. poz. 1257 ze zm. - dalej „K.p.a.”), do kosztów postępowania zalicza się między innymi koszty doręczenia stronom pism urzędowych.

(191) Zgodnie z art. 264 § 1 K.p.a., 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.

(192) Postępowanie zakończone niniejszą decyzją zostało wszczęte z urzędu, a w jego wyniku Prezes UOKiK stwierdził naruszenie przepisów ustawy okik. Na koszty niniejszego postępowania antymonopolowego składają się wydatki związane z prowadzoną w jego toku korespondencją w kwotach:

- WODO-GAZ - 82,20 zł,
- ARSTER - 87,40 zł.

(193) Mając powyższe na uwadze orzeczono, jak w pkt IV sentencji niniejszej decyzji.

POUCZENIA

Zgodnie z art. 112 ust. 3 ustawy okik, określoną wyżej karę pieniężną WODO-GAZ winien uiszczyć, w terminie 14 dni od dnia uprawomocnienia się niniejszej decyzji, na rachunek bankowy Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów:

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

Koszty postępowania strony niniejszej decyzji obowiązane są wpłacić w tym samym terminie na ten sam rachunek bankowy Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów.

Stosownie do treści art. 81 ust. 1 ustawy okik, w związku z art. 479²⁸ § 2 ustawy z dnia 17 listopada 1964 r. Kodeks postępowania cywilnego (Dz. U. z 2018 r. poz. 1360 z późn. zm. - dalej „K.p.c.”) - od niniejszej decyzji 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 UOKiK w Krakowie, 31-011 Kraków, Plac Szczepański 5.

W przypadku kwestionowania wyłącznie postanowienia o kosztach, zawartego w punkcie IV sentencji niniejszej decyzji - stosownie do treści art. 81 ust. 5 ustawy okik w związku z art. 479³² K.p.c. oraz art. 264 § 2 K.p.a. i art. 83 ustawy okik - przysługuje zażalenie do Sądu Okręgowego w Warszawie - Sądu Ochrony Konkurencji i Konsumentów, w terminie tygodnia od dnia doręczenia tej decyzji. Zażalenie wnosi się za pośrednictwem Prezesa Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów - Delegatury UOKiK w Krakowie, 31-011 Kraków, Plac Szczepański 5.

Zgodnie z art. 3 ust. 2 pkt 9 w związku z art. 32 ust. 1 ustawy z dnia 28 lipca 2005 r. o kosztach sądowych w sprawach cywilnych (Dz. U. z 2018 r. poz. 300 ze zm.), odwołanie od decyzji Prezesa Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów podlega opłacie stałej w kwocie 1000 zł.

Zgodnie z art. 102 ust. 1 i ust. 2 ustawy o kosztach sądowych w sprawach cywilnych, osoba fizyczna może domagać się zwolnienia od kosztów sądowych, jeżeli złoży oświadczenie, z



którego wynika, że nie jest w stanie ich ponieść bez uszczerbku utrzymania koniecznego dla siebie i rodziny. 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.

Zgodnie z art. 105 ust. 1 i ust. 2 ustawy o kosztach sądowych w sprawach cywilnych, wniosek o przyznanie zwolnienia od kosztów sądowych należy zgłosić 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 przyznanie zwolnienia od kosztów sądowych w sądzie rejonowym właściwym ze względu na miejsce swego zamieszkania.

Stosownie do treści art. 117 § 1, § 2, § 3 i § 4 K.p.c. 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.

Dyrektor Delegatury
Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów
w Krakowie
Waldemar Jurasz

Otrzymują:

1. Robert Słota ARSTER
ul. Krakowska 23
37-200 Przeworsk

2. Józef Słota WODO-GAZ
reprezentowany przez r. pr.