



**PREZES
URZĘDU OCHRONY
KONKURENCJI I KONSUMENTÓW**

DELEGATURA w ŁODZI
ul. Piotrkowska 120
90-006 Łódź
tel. (42) 636 36 89, fax (42) 636 07 12
e-mail: lodz@uokik.gov.pl

RŁO-410 – 1 ()14/TD

Łódź, dnia 27 sierpnia 2015 r.

Decyzja Nr RŁO 6/2015

- I. Na podstawie art. 11 ust. 1 i ust. 2 ustawy z dnia 16 lutego 2007 r. o ochronie konkurencji i konsumentów (Dz. U. Nr 50, poz. 331 ze zm.) w związku z art. 3 ustawy z dnia 10 czerwca 2014 r. o zmianie ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów oraz ustawy – Kodeks postępowania cywilnego (Dz. U. z 2014 r. poz. 945) oraz stosownie do art. 33 ust. 6 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów,

- w imieniu Prezesa Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów:

uznaje się za praktykę ograniczającą konkurencję i naruszającą zakaz określony w art. 6 ust. 1 pkt 7 ww. ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów zawarcie przez **Anettę Granatowską prowadzącą działalność gospodarczą pod nazwą MAR-MAT Usługi Komunalne Anetta Granatowska w Łodzi** porozumienia ograniczającego konkurencję na krajowym rynku usług komunalnych w zakresie utrzymania i konserwacji miejskich terenów zielonych, polegającego na uzgodnieniu przez przedsiębiorców:

- Anettę Granatowską prowadzącą działalność gospodarczą pod nazwą MAR-MAT Usługi Komunalne Anetta Granatowska w Łodzi, oraz
- Mateusza Granatowskiego prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą WULMAT Mateusz Granatowski w Łodzi,

przystępujących do przetargu publicznego zorganizowanego przez Gminę Miasto Łódź na koszenie trawy i usługi ogrodnicze na Polu Gettowym Cmentarza Żydowskiego w Łodzi, warunków składanych ofert i zasad postępowania, umożliwiających wygranie przetargu przez Anettę Granatowską prowadzącą działalność gospodarczą pod nazwą MAR-MAT Usługi Komunalne Anetta Granatowska w Łodzi oferującą cenę na usługi będące przedmiotem przetargu wyższą, niż cena oferty najkorzystniejszej

i stwierdza się zaniechanie jej stosowania z dniem 7 maja 2013 r.

II. Na podstawie art. 105 § 1 ustawy z dnia 14 czerwca 1960 r. Kodeks postępowania administracyjnego (tekst jedn. Dz. U. z 2013 r., poz. 267 ze zm.) w związku z art. 83 ustawy z dnia 16 lutego 2007 r. o ochronie konkurencji i konsumentów (Dz. U. Nr 50, poz. 331 ze zm.) w związku z art. 3 ustawy z dnia 10 czerwca 2014 r. o zmianie ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów oraz ustawy – Kodeks postępowania cywilnego (Dz. U. poz. 945) oraz stosownie do art. 33 ust. 6 ustawy z dnia 16 lutego 2007 r. o ochronie konkurencji i konsumentów,

- w imieniu Prezesa Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów,

umarza się wobec Mateusza Granatowskiego prowadzącego do 30 grudnia 2014 r. działalność gospodarczą pod nazwą WULMAT Mateusz Granatowski w Łodzi – **jako bezprzedmiotowe** – postępowanie antymonopolowe prowadzone w związku z podejrzeniem stosowania przez przedsiębiorców:

- Anetę Granatowską prowadzącą działalność gospodarczą pod nazwą MAR-MAT Usługi Komunalne Anetta Granatowska w Łodzi, oraz
- Mateusza Granatowskiego prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą WULMAT Mateusz Granatowski w Łodzi,

naruszającej zakaz określony w art. 6 ust. 1 pkt 7 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów praktyki ograniczającej konkurencję na krajowym rynku usług komunalnych w zakresie utrzymania i konserwacji miejskich terenów zielonych, polegającej na uzgadnianiu przez ww. przedsiębiorców przystępujących do przetargu publicznego zorganizowanego przez Gminę Miasto Łódź na koszenie trawy i usługi ogrodnicze na Polu Gettowym Cmentarza Żydowskiego w Łodzi warunków składanych ofert i zasad postępowania, umożliwiających wygranie przetargu przez Anetę Granatowską prowadzącą działalność gospodarczą pod nazwą MAR-MAT Usługi Komunalne Anetta Granatowska w Łodzi oferującą cenę na usługi będące przedmiotem przetargu wyższą, niż cena oferty najkorzystniejszej.

III. Na podstawie art. 106 ust. 1 pkt 1 ustawy z dnia 16 lutego 2007 r. o ochronie konkurencji i konsumentów (Dz. U. Nr 50, poz. 331 ze zm.) w związku z art. 3 ustawy z dnia 10 czerwca 2014 r. o zmianie ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów oraz ustawy – Kodeks postępowania cywilnego (Dz. U. z 2014 r. poz. 945) oraz stosownie do art. 33 ust. 6 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów, po przeprowadzeniu wszczętego z urzędu postępowania antymonopolowego, w związku z podejrzeniem stosowania praktyki ograniczającej konkurencję,

– **działając w imieniu Prezesa Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów:**

nakłada się na Anetę Granatowską prowadzącą działalność gospodarczą pod nazwą MAR-MAT Usługi Komunalne Anetta Granatowska w Łodzi **karę pieniężną**, płatną do budżetu państwa, w wysokości **2 325 zł (słownie: dwa tysiące trzysta dwadzieścia pięć złotych)** z tytułu naruszenia zakazu, o jakim mowa w art. 6 ust. 1 pkt 7 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów w zakresie opisanym w pkt I sentencji niniejszej decyzji.

- IV. Na podstawie art. 77 ust. 1 i art. 80 ustawy z dnia 16 lutego 2007 r. o ochronie konkurencji i konsumentów (Dz. U. Nr 50, poz. 331 ze zm.), w związku z art. 3 ustawy z dnia 10 czerwca 2014 r. o zmianie ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów oraz ustawy – Kodeks postępowania cywilnego (Dz. U. z 2014 r. poz. 945) oraz stosownie do art. 33 ust. 6 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów oraz art. 263 § 1 i art. 264 § 1 ustawy z dnia 14 czerwca 1960 Kodeks postępowania administracyjnego (tekst jedn. Dz. U. z 2013 r., poz. 267), w związku z art. 83 wyżej wymienionej ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów,

– działając w imieniu Prezesa Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów:

postanawia się obciążyć Anetę Granatowską prowadzącą działalność gospodarczą pod nazwą MAR-MAT Usługi Komunalne Anetta Granatowska w Łodzi **kosztami niniejszego** postępowania w sprawie stosowania praktyki ograniczającej konkurencję, w kwocie **22,50 zł (słownie: dwadzieścia dwa złote pięćdziesiąt groszy)** oraz **zobowiązuje się** Anetę Granatowską prowadzącą działalność gospodarczą pod nazwą MAR-MAT Usługi Komunalne Anetta Granatowska w Łodzi do ich zwrotu Prezesowi Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów w terminie 7 dni od dnia uprawomocnienia się niniejszej decyzji.

Uzasadnienie

Prezes Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów – zwany dalej: „Prezesem Urzędu” – przeprowadził postępowanie wyjaśniające o sygnaturze akt RŁO-400-16/13/TD, wszczęte w związku z zawiadomieniem, w celu wstępnego ustalenia, czy mogło dojść do porozumienia ograniczającego konkurencję pomiędzy przedsiębiorcami biorącymi udział w organizowanych postępowaniach dotyczących zamówień publicznych na wykonywanie usług w zakresie utrzymania i sprzątania terenów miejskich (gminnych), w tym terenów, dróg wewnętrznych oraz grobów i cmentarzy wojennych zlokalizowanych na obszarze Miasta Łodzi, w tym czy sprawa ma charakter antymonopolowy.

W związku z faktem, iż zebrany w powyższym postępowaniu materiał wskazał na naruszenie przepisów ustawy z dnia 16 lutego 2007 r. o ochronie konkurencji i konsumentów (Dz. U. Nr 50, poz. 331 ze zm.) (zwana dalej: „ustawą o ochronie konkurencji i konsumentów”), w szczególności art. 6 ust. 1 pkt 7 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów, postanowieniem z dnia 8 września 2014 r. Prezes Urzędu wszczął postępowanie antymonopolowe w związku z podejrzeniem stosowania przez przedsiębiorców:

- Anetę Granatowską prowadzącą działalność gospodarczą pod nazwą MAR-MAT Usługi Komunalne Anetta Granatowska w Łodzi, oraz
- Mateusza Granatowskiego prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą WULMAT Mateusz Granatowski w Łodzi,

praktyki ograniczającej konkurencję na krajowym rynku usług komunalnych w zakresie utrzymania i konserwacji miejskich terenów zielonych, polegającej na uzgadnianiu przez ww. przedsiębiorców przystępujących do przetargu publicznego zorganizowanego przez Gminę Miasto Łódź na koszenie trawy i usługi ogrodnicze na Polu Gettowym Cmentarza

Żydowskiego w Łodzi, warunków składanych ofert i zasad postępowania umożliwiających wygranę przetargu przez Anetę Granatowską prowadzącą działalność gospodarczą pod nazwą MAR-MAT Usługi Komunalne Anetta Granatowska w Łodzi oferującą cenę na usługi będące przedmiotem przetargu wyższą, niż cena oferty najkorzystniejszej, co może stanowić naruszenie zakazu określonego w art. 6 ust. 1 pkt 7 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów. (dowód: karta Nr 1-3)

Prezes Urzędu zawiadomił przedsiębiorców Anetę Granatowską prowadzącą działalność gospodarczą pod nazwą MAR-MAT Usługi Komunalne Anetta Granatowska w Łodzi oraz Mateusza Granatowskiego prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą WULMAT Mateusz Granatowski w Łodzi o wszczęciu niniejszego postępowania oraz o zaliczeniu w poczet dowodów dokumentów zgromadzonych w toku ww. postępowania wyjaśniającego. (dowód: karty Nr 5-5a oraz 8-8a)

Strony nie ustosunkowały się do przedstawionych zarzutów.

Prezes Urzędu ustalił następujący stan faktyczny:

Anetta Granatowska prowadzi działalność gospodarczą pod nazwą MAR-MAT Usługi Komunalne Anetta Granatowska w Łodzi (zwana dalej: Anetta Granatowska), ul. Zakładowa 106, 92-402 Łódź. Anetta Granatowska rozpoczęła wykonywanie działalności gospodarczej od dnia 21 lutego 2008 r., przy czym od 3 stycznia 2013 r. wznowiła jej wykonywanie po okresie zawieszenia. Przedmiotem działalności gospodarczej Anetty Granatowskiej jest m.in. zbieranie odpadów innych niż niebezpieczne (PKD 38.11.Z), działalność usługowa związana z zagospodarowaniem terenów zieleni (PKD 80.30.Z) oraz pozostałe sprzątanie (PKD 81.29.Z). (dowód: Centralna Ewidencja i Informacja o Działalności Gospodarczej RP – karta Nr 61).

Mateusz Granatowski prowadził działalność gospodarczą pod nazwą WULMAT Mateusz Granatowski w Łodzi (zwany dalej: Mateusz Granatowski), ul. Zakładowa 106, 92-402 Łódź. Mateusz Granatowski prowadził działalność gospodarczą od 1 stycznia 2013 r. Przedsiębiorca zaprzestał prowadzenia działalności gospodarczej w dniu 30 grudnia 2014 r. W dniu 31 grudnia 2014 r. dokonano wykreślenia wpisu działalności gospodarczej Mateusza Granatowskiego z rejestru. Przedmiotem działalności gospodarczej Mateusza Granatowskiego było m.in. zbieranie odpadów innych niż niebezpieczne (PKD 38.11.Z), działalność usługowa związana z zagospodarowaniem terenów zieleni (PKD 80.30.Z) oraz pozostałe sprzątanie (PKD 81.29.Z). (dowód: Centralna Ewidencja i Informacja o Działalności Gospodarczej RP – karty Nr 808-809).

Mateusz Granatowski jest synem Anetty Granatowskiej. (dowód: wyjaśnienia złożone w dniu 27 marca 2014 r., dowód: karta Nr 702).

Przebieg postępowania na bieżące utrzymanie grobów i cmentarzy wojennych zlokalizowanych na terenie Miasta Łodzi

W dniu 20 marca 2013 r. Gmina Miasto Łódź (zwana dalej również: „Zamawiający”) ogłosiła rozpoczęcie postępowania w trybie przetargu nieograniczonego, którego przedmiotem było zamówienie publiczne dotyczące bieżącego utrzymania grobów i cmentarzy wojennych zlokalizowanych na terenie Miasta Łodzi, nr ref.: DOA-ZP-V.271.2.24.2013 (zwane dalej: „Zamówienie”). (dowód: karty Nr 20-22)

Postępowanie w sprawie Zamówienia prowadzone było na podstawie art. 39-46 w związku z art. 10 ust. 1 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz.U. z 2010 r., Nr 113, poz. 759 ze zm.)¹ – zwanej dalej: „Prawo zamówień publicznych”. (dowód: karta Nr 23)

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w siedzibie Zamawiającego, stronie internetowej Zamawiającego oraz Biuletynie Zamówień Publicznych w dniu 20 marca 2013 r. pod nr 111986. Ogłoszenie o zamówieniu nie było natomiast publikowane w dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej. (dowód: karta Nr 12)

Specyfikacja istotnych warunków zamówienia (zwane dalej również: „siwz”) została zamieszczona na stronie internetowej Zamawiającego. W specyfikacji wyróżniono trzy części zamówienia (dowód: karta Nr 23):

- 1) utrzymanie grobów i cmentarzy wojennych (termin wykonania do 30 listopada 2013 r.),
- 2) koszenie trawy na Polu Gettowym Cmentarza Żydowskiego (termin wykonania: do 16 sierpnia 2013 r.),
- 3) usługa ogrodnicza na Polu Gettowym Cmentarza Żydowskiego (termin wykonania: do 16 sierpnia 2013 r.).

Zamawiający wymagał, aby wykonawcy posiadali odpowiednią wiedzę i doświadczenie w wykonywaniu prac objętych Zamówieniem. Wykonawca zobowiązany był wykazać, iż wykonał lub wykonuje usługi – o określonej wartości – polegające na utrzymaniu czystości i porządku na terenach zieleni, pasów drogowych, osiedli mieszkaniowych. Wykonawca mógł polegać na wiedzy i doświadczeniu, potencjale technicznym lub zdolnościach finansowych innego podmiotu lub podmiotów. Wykonawca w takiej sytuacji był zobowiązany udowodnić Zamawiającemu, iż będzie dysponował zasobami niezbędnymi do realizacji zamówienia, w szczególności poprzez przedstawienie oświadczenia podmiotu udzielającego zasobów. (dowód: karta Nr 24-25)

Zamawiający dopuścił możliwość składania ofert częściowych (na jedną lub więcej części zamówienia). (dowód: karta Nr 27)

Zamawiający nie żądał wniesienia wadium. Jedynym kryterium oceny składanych ofert w Zamówieniu była cena. Oferty należało składać do dnia 28 marca 2013 r. do godziny 9:30. (dowód: karta Nr 27-28)

W załączniku Nr 1 do Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia pn. „Opis przedmiotu zamówienia” w odniesieniu do części 2 i 3 Zamówienia zawarto informacje, iż prace związane z realizacją Zamówienia muszą być wykonane ze zwróceniem szczególnej uwagi na istniejące nagrobki, a także na pozostałości po nagrobkach. Wszelkie elementy i fragmenty zniszczonych nagrobków oraz kamienie musiały pozostać w miejscu. Wykonawca był zobowiązany uzgadniać wykonanie prac będących przedmiotem umowy z Fundacją Monumentum Iudaicum Lodzense jako reprezentantem Gminy Wyznaniowej Żydowskiej w Łodzi, która jest właścicielem terenu objętego pracami określonymi w Zamówieniu.

¹ W niniejszej decyzji przywołane zostały przepisy ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. w brzmieniu obowiązującym w czasie organizowania przetargu, o którym mowa w sentencji decyzji. Aktualne brzmienie ustawy Prawo zamówień publicznych, które nie zmieniło treści cytowanych przepisów opublikowano w Dz. U. z 2013 pod pozycją 907.

Postanowienia tej treści były również zawarte w przedstawionych w ogłoszeniu o Zamówieniu wzorcach umów. (dowód: karty Nr 34-41)

Po ogłoszeniu o rozpoczęciu postępowania w sprawie Zamówienia, istniała możliwość składania zapytań i wniosków o wyjaśnienia co do przedmiotu i warunków Zamówienia. Komisja przetargowa Zamawiającego udzielała odpowiedzi za zapytania wykonawców przed terminem otwarcia ofert. (dowód: karta Nr 15)

Zgodnie z art. 38 ust. 1 Prawa zamówień publicznych wykonawca może zwrócić się do zamawiającego o wyjaśnienie treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Zamawiający jest obowiązany udzielić wyjaśnień niezwłocznie.

W postępowaniu wpłynęło 8 ofert odnośnie zadania określonego w części 1 Zamówienia oraz po 13 ofert odnośnie zadań w części 2 i 3 Zamówienia. Oferenci byli przedsiębiorcami mającymi swoje siedziby głównie w Łodzi, ale również w Konstancynie Łódzkiej, Zgierzu, Jeżowie (województwo łódzkie) oraz Warszawie (województwo mazowieckie). (dowód: karty Nr 12-13)

Anetta Granatowska złożyła ofertę w Zamówieniu w części 2 i 3. Oferta Anetty Granatowskiej wpłynęła w dniu 27 marca 2013 r. o godz. 11:55. Zamawiający oznaczył wpływ oferty numerem porządkowym „l.dz. 1639”. (dowód: karta Nr 49)

Oferta Anetty Granatowskiej opiewała na kwotę 16 200 zł w cz. 2 oraz 16 200 zł w cz. 3. Przedsiębiorca oświadczył w złożonej ofercie, iż nie należy do grupy kapitałowej w rozumieniu ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów. Oświadczył również, iż nie uczestniczy jako wykonawca w jakiegokolwiek innej ofercie złożonej w celu udzielenia niniejszego zamówienia, nie planował również zaangażować podwykonawców do realizacji przedmiotu zamówienia. (dowód: karty Nr 56-61)

Mateusz Granatowski złożył ofertę w Zamówieniu w części 2 i 3. Oferta Mateusza Granatowskiego wpłynęła w dniu 28 marca 2013 r. o godz. 9:20. Zamawiający oznaczył wpływ oferty numerem porządkowym „l.dz. 1665”. (dowód: karta Nr 49)

Oferta Mateusza Granatowskiego opiewała na kwotę 15 120 zł w cz. 2 oraz 15 120 zł w cz. 3. Przedsiębiorca oświadczył w złożonej ofercie, iż nie należy do grupy kapitałowej w rozumieniu ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów. Oświadczył również, iż nie uczestniczy jako wykonawca w jakiegokolwiek innej ofercie złożonej w celu udzielenia niniejszego zamówienia, nie planował również zaangażować podwykonawców do realizacji przedmiotu zamówienia. Mateusz Granatowski zobowiązał się, w przypadku uznania jego oferty za najkorzystniejszą, do zawarcia umowy w miejscu i terminie wskazanym przez Zamawiającego. Mateusz Granatowski przedstawił w ofercie oświadczenie Anetty Granatowskiej o zobowiązaniu do przekazania Mateuszowi Granatowskiemu wiedzy i doświadczenia w zakresie realizacji zadań określonych w Zamówieniu. (dowód: karty Nr 49-55)

W złożonych ofertach ww. przedsiębiorcy podali identyczny adres poczty elektronicznej przeznaczony do komunikacji z Zamawiającym. (dowód: karty Nr 50 i 57)

Formularze ofert Mateusza Granatowskiego i Anetty Granatowskiej były wypełniane odrębnie przez te same osoby: Marcelinę Granatowską oraz Barbarę Olczak (dowód: karty Nr 706 i 702). Marcelina Granatowska jest córką Anetty Granatowskiej i siostrą Mateusza Granatowskiego (dowód: karty Nr 698, 700, 704). Barbara Olczak świadczy usługi księgowe dla Anetty Granatowskiej w zakresie prowadzonej przez nią działalności gospodarczej (dowód: karty Nr 704 oraz 724-725).

Ponadto występowały inne znaczące i charakterystyczne podobieństwa treści ofert ww. przedsiębiorców i opisu kopert zawierających te oferty. Formularze ofert obu przedsiębiorców oznaczono datą wypełnienia 28.03.2013 r., pomimo, iż oferta Anetty Granatowskiej wpłynęła do Zamawiającego w dniu 27 marca 2013 r. W opisie na kopertach zawierających oferty obu przedsiębiorców znalazł się błąd językowy: „*bierzące utrzymanie (...)*”. Obie koperty opisane były bardzo zbliżonym charakterem pisma. (dowód: karty Nr 49 i 56). W załączniku do oferty pn. „Wykaz głównych usług” w opisie usług wykonanych samodzielnie lub przez podmiot udostępniający doświadczenia w przypadku obu przedsiębiorców znalazło się sformułowanie zawierające błąd językowy: „*Interwencyjne uporzątkowanie (...)*”. (dowód: karty Nr 52 i 59)

Bezpośrednio przed otwarciem ofert Zamawiający podał kwotę, jaką zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zadań określonych w Zamówieniu, w wysokości: dla części 1 – 40 000 zł, **części 2 – 45 000 zł**, części 3 – 15 000 zł. Otwarcie ofert odbyło się w dniu 28 marca 2013 r. o godzinie 10:00 w siedzibie Zamawiającego.

W zakresie części 2 Zamówienia wpłynęło 13 ofert opiewających na kwoty od 15 120 zł brutto do 58 900 zł brutto, z czego dwie oferty podlegały odrzuceniu (dotyczyło ofert o cenach 28 000 zł oraz 58 900 zł). Oferta **Mateusza Granatowskiego opiewała na kwotę 15 120 zł**, zaś **Anetty Granatowskiej – na kwotę 16 200 zł**. Kolejne oferty opiewały na kwoty od 20 000 zł do 58 900 zł. (dowód: karty Nr 13-14 oraz 18-19)

W zakresie części 3 Zamówienia wpłynęło również 13 ofert, opiewających na kwoty od 3 000 zł do 32 400 zł, z czego dwie oferty podlegały odrzuceniu. Oferty przedsiębiorców Mateusza Granatowskiego oraz Anetty Granatowskiej, sklasyfikowane jako siódma i ósma w kolejności od najkorzystniejszej, opiewały na kwoty odpowiednio 15 120 zł oraz 16 200 zł. (dowód: karty Nr 13-14 oraz 18-19)

W zakresie części 2 Zamówienia wybrano, jako najkorzystniejszą, ofertę Mateusza Granatowskiego. Zawiadomienia o wyborze najkorzystniejszych ofert dla części 1-3 Zamówienia zostały przesłane w dniu 17 kwietnia 2013 r. (środa) za pośrednictwem poczty elektronicznej (e-mail). Od rozstrzygnięcia nie wniesiono odwołań. (dowód: karta Nr 15)

Pismem z dnia 24 kwietnia 2013 r. (środa) Mateusz Granatowski doręczył (tego samego dnia o godz. 8:45) Zamawiającemu oświadczenie o treści: „*Oświadczam, że odstępuję od podpisania umowy na Bieżące utrzymanie grobów i cmentarzy wojennych zlokalizowanych na terenie Miasta Łodzi dla części nr 2 – koszenie traw na Polu Gettowym Cmentarza Żydowskiego z przyczyn ode mnie niezależnych*”. (dowód: karta Nr 63)

W związku z powyższym, w dniu 26 kwietnia 2013 r., dokonano na podstawie art. 94 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych² wyboru najkorzystniejszej oferty spośród pozostałych ofert bez przeprowadzania ich ponownego badania i oceny. Za najkorzystniejszą Zamawiający uznał w ten sposób ofertę Anetty Granatowskiej. (dowód: karta Nr 15)

Pismem z dnia 29 kwietnia 2013 r. Anetta Granatowska wyraziła zgodę na zawarcie umowy z Zamawiającym na realizację Zamówienia w części 2. Umowę zawarto w dniu 7 maja 2013 r. (dowód: karty Nr 15 oraz 64)

² Zgodnie z art. 94 ust. 3 Prawa zamówień publicznych, jeżeli wykonawca, którego oferta została wybrana, uchyla się od zawarcia umowy w sprawie zamówienia publicznego lub nie wnosi wymaganego zabezpieczenia należytego wykonania umowy, zamawiający może wybrać ofertę najkorzystniejszą spośród pozostałych ofert bez przeprowadzania ich ponownego badania i oceny, chyba że zachodzą przesłanki unieważnienia postępowania, o których mowa w art. 93 ust. 1.

Uczestnictwo przedsiębiorców w innych postępowaniach przetargowych

Przedsiębiorcy oświadczyli, iż nie brali udziału w postępowaniach przetargowych innych, niż organizowane przez Miasto Łódź. (dowód: karty Nr 702 i 706)

W toku postępowania wyjaśniającego Zamawiający przekazał dokumenty dotyczące konkursów ofert w postępowaniach o zamówienie publiczne organizowanych przez niego w okresie począwszy od 2009 r., w których wpłynęły oferty co najmniej jednego z ww. przedsiębiorców: Anetty Granatowskiej oraz Mateusza Granatowskiego.

Anetta Granatowska posiada wieloletnie doświadczenie, jeżeli chodzi o udział w przetargach organizowanych przez Zamawiającego. Anetta Granatowska brała udział w łącznie 13 postępowaniach o udzielenie zamówienia publicznego organizowanych przez Gminę Miasto Łódź w okresie od 2009 r. do pierwszego kwartału 2014 r. w zakresie sprzątnięcia i utrzymania (interwencyjnego i bieżącego) terenów, zimowego utrzymania dróg wewnętrznych, likwidacji nielegalnych wysypisk śmieci. (dowód: karty Nr 65-697)

W postępowaniach tych brali udział oferenci nie tylko z województwa łódzkiego, ale także przykładowo pomorskiego, czy opolskiego. (dowód: karty Nr 141-142)

Prace dotyczące utrzymania i sprzątnięcia terenów obejmują typowo m.in. (dowód: karty Nr 295-294):

- oczyszczanie terenów utwardzonych, chodników, schodów, dróg, pokryw studzienek z wszelkiego rodzaju zanieczyszczeń (papiery, śmieci komunalne, niedopałki, butelki, folie, odchody, liście, gałązki, nadmiar ziemi, gruz),

- usuwanie śniegu, lodu i błota z chodników, schodów, dróg, pokryw studzienek wraz z powierzchniowym udrażnianiem wpustów ulicznych,

- wygrabianie terenów zielonych z zanieczyszczeń,

- opróżnianie koszy ulicznych,

- koszenie i wywóz skoszonej trawy,

- wywóz zanieczyszczeń.

Oferty Anetty Granatowskiej były wyłonione jako najkorzystniejsze w postępowaniach prowadzonych przez Zamawiającego w 2009 r., 2010 r. oraz 2013 r. (por. Tab. 1):

- sprzątnięcie terenów i likwidacja nielegalnych wysypisk: V.RK 3411-7/09 cz. 1 (czerwiec 2009 r.), V.RK.3411-03/2010 (marzec 2010 r.), DOA-ZP-V.271.2.41.2013 cz. 6 i DOA-ZP-V.271.2.41.2013 cz. 11 (czerwiec 2013 r.), (dowód: karty Nr 65-697).

- zimowe i pozimowe utrzymanie dróg wewnętrznych: DOA-ZP-V-271.2.90.2013 cz 4 (grudzień 2013 r.). (dowód: karta Nr 65-697)

Tab. 1. Zestawienie informacji o uczestnictwie przedsiębiorców Anetty Granatowskiej i Mateusza Granatowskiego w postępowaniach przetargowych organizowanych przez Gminę Miasto Łódź

| | Utrzymanie i sprzątanie terenów, likwidacja wysypisk | MAR-MAT Anetta Granatowska | WULMAT Mateusz Granatowski (pocz. dział. gosp. 2013 r.) | Liczba oferentów |
|--------------------------------|---|---|---|------------------|
| Termin ogłoszenia postępowania | Nr przetargu | Uwagi - wygrana TAK/NIE | Uwagi - wygrana TAK/NIE | |
| 2009 luty | V.RK 3411-2/09 | NIE | nie składał oferty | 11 |
| 2009 czer | V.RK 3411-7/09 cz. 1 | TAK | nie składał oferty | 7 |
| 2009 gru | V.RK 3411-25/09 cz. 1 | NIE | nie składał oferty | 8 |
| 2009 gru | V.RK 3411-25/09 cz. 2 | NIE | nie składał oferty | 8 |
| 2010 marz | V.RK 3411-02/2010 cz. 1 | NIE | nie składał oferty | 9 |
| 2010 marz | V.RK.3411-03/2010 | TAK | nie składał oferty | 11 |
| 2011 paź | DO-ZP_V.271.2.4.2011 cz X | NIE | nie składał oferty | 6 |
| 2011 paź | DO-ZP_V.271.2.4.2011 cz XI | NIE | nie składał oferty | 7 |
| 2011 gru | DO-ZP-V.271.2.23.2011 cz. IX | NIE | nie składał oferty | 7 |
| 2011 gru | DO-ZP-V.271.2.23.2011 cz. X | NIE | nie składał oferty | 7 |
| 2013 maj | DOA-ZP-V.271.2.9.2013 cz 1 | NIE | nie składał oferty | 13 |
| 2013 maj | DOA-ZP-V.271.2.9.2013 cz 2 | NIE | nie składał oferty | 14 |
| 2013 maj | DOA-ZP-V.271.2.9.2013 cz 8 | NIE | nie składał oferty | 11 |
| 2013 czer | DOA-ZP-V.271.2.41.2013 cz 2 | NIE | nie składał oferty | 11 |
| 2013 czer | DOA-ZP-V.271.2.41.2013 cz 6 | TAK | nie składał oferty | 12 |
| 2013 czer | DOA-ZP-V.271.2.41.2013 cz 11 | TAK | nie składał oferty | 11 |
| 2013 czer | DOA-ZP-V.271.2.41.2013 cz 8 | NIE | nie składał oferty | 9 |
| | Utrzymanie terenów zielonych na Polu Gettowym Cmentarza Żydowskiego | MAR-MAT Anetta Granatowska | WULMAT Mateusz Granatowski (pocz. dział. gosp. 2013 r.) | Liczba oferentów |
| 2013 marz | DOA-ZP.V.271.2.24.2013 cz. 2 | TAK, po wycofaniu się z umowy WULMAT M. Granatowski | TAK, ale wycofał się z zawarcia umowy | 13 |
| 2013 marz | DOA-ZP.V.271.2.24.2013 cz. 3 | NIE | NIE | 13 |

Dowód: karty Nr 11-19 oraz 65-697.

W związku z wygranymi przetargami Anetta Granatowska zawarła z Zamawiającym następujące umowy:

- umowa z dnia 30 czerwca 2009 r. o świadczenie usługi likwidacji nielegalnych wysypisk śmieci zlokalizowanych na terenie Widzew w rejonie I (dowód: karty Nr 780-783),
- umowa z dnia 30 marca 2010 r. o świadczenie usług interwencyjnego sprzątania terenów zlokalizowanych na terenie działania Delegatury Widzew w rejonie I (dowód: karty Nr 759-760),
- umowy z dnia 22 lipca 2010 r. oraz 21 września 2010 r. o świadczenie usługi kompleksowego uporządkowania terenu (dowód: karty Nr 764-769),
- umowa z dnia 25 sierpnia 2010 r. o świadczenie usług interwencyjnego jednokrotnego koszenia traw w pasach dróg wewnętrznych w rejonie II Widzewa (dowód: karty Nr 761-763),

- umowa z dnia 22 października 2010 r. o świadczenie usług interwencyjnego sprzątania terenów zlokalizowanych na terenie działania Delegatury Widzew w rejonie I (dowód: karty Nr 770-773),

- umowa z dnia 13 grudnia 2010 r. o świadczenie usług interwencyjnego odśnieżania i posypywania ciągów pieszo jezdnych w pasach dróg wewnętrznych w rejonie I Widzewa (dowód: karty Nr 788-790),

- umowa z dnia 23 grudnia 2010 r. o świadczenie usług interwencyjnego odśnieżania i posypywania piaskiem dojeżdż i dojazdów do nieruchomości Delegatury Widzew (dowód: karty Nr 777-780),

- umowa z dnia 1 lutego 2011 r. o świadczenie usług interwencyjnego oczyszczania i odśnieżania chodników i parkingów na terenie działania Delegatury Widzew (dowód: karty Nr 774-776),

- umowa z dnia 7 maja 2013 r. o świadczenie usługi skoszenia trawy na Polu Gettowskim Cmentarza Żydowskiego (dowód: karty Nr 784-787),

- umowa z dnia 7 sierpnia 2013 r. o świadczenie usług całorocznego, bieżącego utrzymania porządku i czystości na terenach Widzewa rejon 3 (dowód: karty Nr 744-753),

- umowa z dnia 7 sierpnia 2013 r. o świadczenie usług całorocznego, bieżącego utrzymania porządku i czystości na terenach Polesia rejon II (dowód: karty Nr 754-758),

- umowa zawarta w dniu 31 grudnia 2013 r. o świadczenie usług zimowego i pozimowego utrzymania dróg wewnętrznych (dowód: karty Nr 730-743).

Mateusz Granatowski złożył, za pośrednictwem ustanowionego pełnomocnika, wyjaśnienie (w dniu 27 marca 2014 r., w toku kontroli bezpośredniej), iż uczestniczył w postępowaniu przetargowym jako jeden z oferentów tylko jeden raz. Postępowanie to miało miejsce w 2013 r. i dotyczyło usług utrzymania Pola Gettowego na Cmentarzu Żydowskim w Łodzi (określone wyżej Zamówienie). Przedsiębiorca złożył oferty w części 2 i 3 tego przetargu. Przedsiębiorca nie składał oferty w kolejnej edycji tego przetargu na rok 2014, m.in. z uwagi na fakt, iż nie posiada pozwolenia na prowadzenie działalności transportowej, co było niezbędnym wymaganie warunków przetargu w tej edycji. Przedsiębiorca nie wykonywał wcześniej usług komunalnych, w tym w ramach podwykonawstwa, natomiast na potrzeby ww. przetargu z 2013 r. otrzymał wiedzę i doświadczenie w tym zakresie od przedsiębiorcy Anetty Granatowskiej prowadzącej działalność gospodarczą pod nazwą Mar-Mat Anetta Granatowska w Łodzi. (dowód: karta Nr 702).

Ustalenia poczynione w toku kontroli bezpośredniej przedsiębiorcy Anetty Granatowskiej (dowód: karty Nr 706-707)

Anetta Granatowska wyjaśniła, iż w postępowaniach o udzielenie zamówienia publicznego oferuje z reguły niższe ceny, ponieważ szczególnie zależy jej na uzyskaniu zlecenia, a tym samym nabywaniu doświadczenia i utrzymaniu się na rynku. Przedsiębiorca jest w stanie oferować niższe ceny m.in. z tego względu, iż jako osoba fizyczna zatrudniona jest również na umowę o pracę u odrębnego pracodawcy (w przedszkolu miejskim w Łodzi). W związku z tym zwolniona jest w części z odprowadzania składek ubezpieczenia społecznego z tytułu prowadzonej działalności gospodarczej.

W odniesieniu do przetargu dotyczącego określonego wyżej Zamówienia Anetta Granatowska oświadczyła, iż złożyła konkurencyjną wobec Mateusza Granatowskiego ofertę w następujących okolicznościach. Anettę Granatowską łączy z Mateuszem Granatowskim relacja rodzinna i wymieniała w związku z tym z nim uwagi na temat warunków cenowych uczestnictwa w ww. przetargu. Przedsiębiorcy zależało na nabyciu doświadczenia w tego typu usługach, dlatego zaoferował niską cenę. Po rozstrzygnięciu przetargu ustalano szczegółowe reguły wykonywania pracy na Polu Gettowym. Anetta Granatowska wskazała, iż wykonanie zlecenia wymagało w praktyce dużo czasochłonnej pracy ręcznej, czego nie była wcześniej świadoma. Anetta Granatowska nie była w stanie wskazać powodów odstąpienia Mateusza Granatowskiego od zawarcia z Zamawiającym umowy na realizowanie prac w ramach Zamówienia.

Anetta Granatowska poinformowała, iż zatrudnia (na dzień 21 marca 2014 r.) 11 osób na podstawie umów o pracę oraz 3 osoby na podstawie umów o dzieło. Określony wyżej stan zatrudnienia jest efektem zwiększenia zatrudnienia w czwartym kwartale 2013 r. Przekazała również informację, iż nadzorem bieżącej organizacji pracy zatrudnionych pracowników zajmuje się jej córka Marcelina Granatowska. (dowód: karty Nr 704 oraz 706).

Anetta Granatowska przekazała informacje o posiadanych przez nią urządzeniach i pojazdach służących do realizacji usług w zakresie zamówień publicznych. Na dzień składania wyjaśnień dysponowała jednym pojazdem wielofunkcyjnym, dwoma samochodami ciężarowymi, trzema samochodami dostawczymi oraz dwoma ciągnikami do oczyszczania chodników.

Inwestycje związane z zakupem ww. pojazdów związane były z realizowaną przez przedsiębiorcę trzyletnią umową z Zamawiającym po wygraniu przetargu z czerwca 2013 r. na bieżące utrzymanie terenu w dzielnicy Polesie oraz Widzew w Łodzi.

Ponadto, Anetta Granatowska używa również od jednego z przedsiębiorców (który nie prowadzi działalności w zakresie zadań publicznych z zakresu utrzymania dróg i terenów) sprzęt (ciągniki, koparko-ładowarka, samochód samowyładowczy, równiarka) wykorzystywany interwencyjnie do zadań w ramach zimowego utrzymania dróg wewnętrznych.

Ustalenia poczynione w toku kontroli bezpośredniej przedsiębiorcy Mateusza Granatowskiego (dowód: karty Nr 702-703)

Mateusz Granatowski, z uwagi na zwolnienie lekarskie przypadające na okres kontroli, upoważnił do składania wyjaśnień w toku kontroli swoją siostrę Marcelinę Granatowską. (dowód: karty Nr 698 i 700).

Zgodnie z odebrany oświadczeniem, Mateusz Granatowski zdecydował się na przystąpienie do postępowania w sprawie Zamówienia w ostatniej chwili, mając na celu zdobycie doświadczenia na rynku usług komunalnych i podjęcia na nim szerszej działalności. Nie miał jednak pełnej świadomości co do warunków pracy na Polu Gettowym i relacji zaproponowanej stawki do warunków rynkowych. Zakładał natomiast, że będzie miał możliwość skorzystać – w przypadku realizacji zadania przetargowego w przypadku wyboru jego oferty – z pomocy i zasobów przedsiębiorcy Anetty Granatowskiej (matki).

Ostatecznie, zadanie wykonywane było z wykorzystaniem zasobów i pracy każdego z przedsiębiorców, tj. Anetty Granatowskiej i Mateusza Granatowskiego. W trakcie realizacji zadania okazało się przy tym, iż istnieje potrzeba dokupienia nowego wyposażenia technicznego (wykaszarek).

Jako jeden z najważniejszych powodów odstąpienia Mateusza Granatowskiego od zawarcia umowy po wyborze jego oferty, jako najkorzystniejszej w ww. postępowaniu przetargowym, wskazano fakt, iż przedsiębiorca przeanalizował swoje możliwości i uznał, że nie będzie w stanie podjąć się wykonania zlecenia. Mateusz Granatowski w momencie składania oferty był w wieku niespełna 21 lat, z czym miało wiązać się jego niezdecydowanie, jeżeli chodzi o zakładane plany i zobowiązania. (podjął studia począwszy od października 2013 r.; na dzień 27 marca 2014 r. nie studiował, nie miał statusu studenta również w I półroczu 2013 r.).

Na dzień 31 grudnia 2013 r. Mateusz Granatowski zatrudniał dwie osoby, natomiast w momencie składania oferty w postępowaniu dotyczącym Zamówienia (i w momencie jego rozstrzygnięcia) nie zatrudniał pracowników. Na dzień rozstrzygnięcia ww. postępowania Mateusz Granatowski nie był właścicielem zasobów technicznych, które mogłyby służyć do wykonania zlecenia objętego tym przetargiem. Zasobami takimi nie dysponował również (w sensie własności) w momencie składania niniejszych wyjaśnień.

W toku niniejszego postępowania ustalono przychód Anetty Granatowskiej z tytułu prowadzenia działalności gospodarczej za 2014 r. na podstawie przedstawionych przez Anetę Granatowską dokumentów księgowych (potwierdzone za zgodność kopie 51 szt. faktur). Kwota przychodu w całości związana była z wynagrodzeniem uzyskanym od Urzędu Miasta Łodzi w związku z realizacją umowy w zakresie bieżącego utrzymania porządku i czystości na terenach dzielnic Widzew i Polesie w Łodzi, zgodnie z zawartymi umowami. (dowód: karty Nr 812-864).

Mając powyższe na uwadze Prezes Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów zważył, co następuje.

1. Określenie zarzutu.

Stronom niniejszego postępowania antymonopolowego został postawiony zarzut stosowania praktyki ograniczającej konkurencję, o której mowa w art. 6 ust. 1 pkt 7 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów, polegającej na uzgodnieniu warunków składanych ofert i zasad postępowania umożliwiającym wygraną przetargu przez Anetę Granatowską prowadzącą działalność gospodarczą pod nazwą MAR-MAT Usługi Komunalne Anetta Granatowska w Łodzi oferującą cenę na usługi będące przedmiotem przetargu wyższą, niż cena oferty najkorzystniejszej.

2. Interes publicznoprawny.

Ustawa o ochronie konkurencji i konsumentów w art. 1 ust. 1 określa warunki rozwoju i ochrony konkurencji oraz zasady podejmowanej w interesie publicznym ochrony interesów przedsiębiorców i konsumentów. Tak określony cel ustawy pozwala przyjąć, iż ma ona charakter publiczny i służy ochronie interesu ogólnospołecznego. Powyższe przesądza o wyłączeniu możliwości podejmowania przez Prezesa Urzędu działań w celu ochrony interesów indywidualnych.

W świetle orzecznictwa Sądu Antymonopolowego: „*interes publiczny w postępowaniu administracyjnym nie jest pojęciem jednolitym i stałym. W każdej sprawie winien być on ustalony i konkretyzowany. Organ administracji - Prezes Urzędu winien być w toku i przy wydawaniu decyzji rzecznikiem tego interesu, albowiem wynika to z jego zadań w strukturze*

*administracji publicznej - art. 7 k.p.a.*³ Podobnie Sąd Najwyższy stwierdził, iż „ustawa antymonopolowa ma charakter publicznoprawny, zatem jej celem jest słuzenie interesom publicznym. Ingeruje, gdy w wyniku pewnych ogólnych zjawisk zagrożona jest sama instytucja konkurencji. Nie odnosi się do ochrony roszczeń indywidualnych.”⁴ Interes publiczny należy utożsamiać z naruszeniem konkurencji lub wywołaniem (możliwością wywołania) na rynku innych niekorzystnych zjawisk.⁵ Zachowanie przedsiębiorców należy oceniać z punktu widzenia celów ustawodawstwa antymonopolowego, a więc gdy może ono wywołać skutki w postaci wpływu na ilość, jakość, cenę towarów lub zakres wyboru dostępny konsumentom lub innym nabywcom.⁶

U podstaw zakazu zawierania porozumień ograniczających konkurencję leży postulat samodzielności rynkowej, z którego wynika zakaz nawiązywania wszelkich kontaktów, których celem lub skutkiem jest ograniczenie konkurencji na rynku właściwym. Ochrona konkurencji jako mechanizmu funkcjonowania gospodarki dokonywana jest w tym przypadku ze względu na fakt, iż praktyki naruszające zakaz zawierania porozumień ograniczających konkurencję, godzą w interes odbiorców, a w ostateczności w dobrobyt konsumenta (ang. *consumer welfare*)⁷.

Porozumienia horyzontalne, zawierane pomiędzy przedsiębiorcami należy zaliczyć do najcięższych naruszeń prawa ochrony konkurencji, zwłaszcza gdy dotyczą praktyk określonych w art. 6 ust. 1 pkt 1-3 i 7 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów. Porozumienia te zazwyczaj wywołują niekorzystne skutki na rynku, zniekształcając ten rynek, ograniczając albo eliminując na nim konkurencję, przez co naruszają interes ogólnospołeczny.⁸ Ustalenie pomiędzy konkurentami zachowania w toku prowadzonego przetargu może wpływać negatywnie na poziom cen oraz zakres wyboru i jakość usług dostępnych zamawiającemu. Zawieranie pomiędzy przedsiębiorcami zmów przetargowych może ograniczać lub nawet eliminować oczekiwane, pozytywne efekty przetargu jako pola walki konkurencyjnej, narażając zamawiającego na niekorzystne rozporządzenie mieniem, zwłaszcza środkami publicznymi, przez co pośrednio naraża na straty ogół społeczeństwa. Tego rodzaju porozumienia powinny być ścigane oraz karane, nawet jeżeli wywoływany przez nie skutek ma jedynie charakter potencjalny.

W niniejszej sprawie, która dotyczy zarzutu zawarcia zmowy przetargowej w przetargu zorganizowanym przez Gminę Miasto Łódź, został naruszony interes publicznoprawny polegający na zapewnieniu właściwych warunków funkcjonowania rynku, co uzasadnia ocenę zachowania stron niniejszego postępowania antymonopolowego w świetle przepisów ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów. Zmowy przetargowe mogą bowiem powodować zakłócenie funkcjonowania systemu zamówień publicznych, poprzez „zniweczenie celu, jaki ma być osiągnięty w drodze przetargu, a mianowicie wyboru najkorzystniejszych ofert składanych przez oferentów w warunkach konkurencji” (tak: wyrok SOKiK z dnia 17 kwietnia 2008 r., sygn. akt: XVII Ama 117/05).

W związku z powyższym w niniejszej sprawie Prezes Urzędu uznał, że istnieją podstawy do podjęcia działań w interesie publicznym.

³Wyrok Sądu Antymonopolowego z dnia 04.07.2001 r., sygn. akt XVII Ama 108/00.

⁴Wyrok Sądu Najwyższego z dnia 29.05.2001 r., sygn. akt I CKN 1217/98.

⁵Wyrok Sądu Najwyższego z dnia 05.06.2008 r., sygn. akt III SK 40/07.

⁶Wyrok Sądu Najwyższego z dnia 16.10.2008 r., sygn. akt III SK 2/08.

⁷Decyzja Prezesa UOKiK z 2.11.2010 r. nr RPZ 26/2010.

⁸Wyrok Sądu Najwyższego z dnia 24.07.2003 r., sygn. akt I CKN 496/01.

3. Status przedsiębiorcy.

Zakaz stosowania praktyk ograniczających konkurencję adresowany jest do przedsiębiorców. Ustawa o ochronie konkurencji i konsumentów zawiera szeroką definicję przedsiębiorcy. Zgodnie z art. 4 pkt 1 tej ustawy, ilekroć w ustawie o ochronie konkurencji i konsumentów jest mowa o przedsiębiorcy, rozumie się przez to przedsiębiorcę w rozumieniu przepisów o swobodzie działalności gospodarczej, a także:

- osobę fizyczną, osobę prawną a także jednostkę organizacyjną niemającą osobowości prawnej, której ustawa przyznaje zdolność prawną, organizującą lub świadczącą usługi o charakterze użyteczności publicznej, które nie są działalnością gospodarczą w rozumieniu przepisów o swobodzie działalności gospodarczej,
- osobę fizyczną wykonującą zawód we własnym imieniu i na własny rachunek lub prowadzącą działalność w ramach wykonywania takiego zawodu,
- osobę fizyczną, która posiada kontrolę w rozumieniu pkt 4, nad co najmniej jednym przedsiębiorcą, choćby nie prowadziła działalności gospodarczej w rozumieniu przepisów o swobodzie działalności gospodarczej, jeżeli podejmuje dalsze działania podlegające kontroli koncentracji, o której mowa w art. 13,
- związek przedsiębiorców w rozumieniu pkt 2 – na potrzeby przepisów dotyczących praktyk ograniczających konkurencję oraz praktyk naruszających zbiorowe interesy konsumentów.

Przedsiębiorcą w rozumieniu art. 4 ust. 1 ustawy z dnia 2 lipca 2004 r. o swobodzie działalności gospodarczej (tj. Dz. U. z 2015 r., poz. 584) – zwanej dalej: „ustawą o swobodzie działalności gospodarczej” – jest osoba fizyczna, osoba prawna i jednostka organizacyjna niebędąca osobą prawną, której odrębna ustawa przyznaje zdolność prawną – wykonująca we własnym imieniu działalność gospodarczą. Ponadto, zgodnie z art. 14 ust. 1 ustawy o swobodzie działalności gospodarczej przedsiębiorca może podjąć działalność gospodarczą w dniu złożenia wniosku o wpis do Centralnej Ewidencji i Informacji o Działalności Gospodarczej albo po uzyskaniu wpisu do rejestru przedsiębiorców w Krajowym Rejestrze Sądowym. Przepis art. 2 ustawy o swobodzie działalności gospodarczej definiuje działalność gospodarczą jako zarobkową działalność wytwórczą, budowlaną, handlową, usługową oraz poszukiwanie, rozpoznawanie i wydobywanie kopaliny ze złóż, a także działalność zawodową, wykonywaną w sposób zorganizowany i ciągły.

Anetta Granatowska prowadzi działalność gospodarczą pod nazwą MAR-MAT Usługi Komunalne Anetta Granatowska w Łodzi przy ul. Zakładowej 106, 92-402 Łódź. Jak wynika z wpisu do Centralnej Ewidencji i Informacji o Działalności Gospodarczej Rzeczypospolitej Polskiej, Anetta Granatowska rozpoczęła wykonywanie działalności gospodarczej z dniem 1 lutego 2008 r. Przedmiotem działalności gospodarczej Anetty Granatowskiej jest m.in. zbieranie odpadów innych niż niebezpieczne (PKD 38.11.Z), działalność usługowa związana z zagospodarowaniem terenów zieleni (PKD 80.30.Z) oraz pozostałe sprzątanie (PKD 81.29.Z). (dowód: Centralna Ewidencja i Informacja o Działalności Gospodarczej RP – karta Nr 61).

Mateusz Granatowski w momencie wszczęcia niniejszego postępowania antymonopolowego prowadził działalność gospodarczą pod nazwą WULMAT Mateusz Granatowski w Łodzi (zwany dalej: Mateusz Granatowski), ul. Zakładowa 106, 92-402 Łódź. Jak wynika z wpisu do Centralnej Ewidencji i Informacji o Działalności Gospodarczej Rzeczypospolitej Polskiej, Mateusz Granatowski rozpoczął wykonywanie działalności

gospodarczej z dniem od 1 stycznia 2013 r. Przedmiotem działalności gospodarczej Mateusza Granatowskiego było m.in. zbieranie odpadów innych niż niebezpieczne (PKD 38.11.Z), działalność usługowa związana z zagospodarowaniem terenów zieleni (PKD 80.30.Z) oraz pozostałe sprzątnięcie (PKD 81.29.Z). Przedsiębiorca zaprzestał prowadzenia działalności gospodarczej w dniu 30 grudnia 2014 r. W dniu 31 grudnia 2014 r. dokonano wykreślenia wpisu działalności gospodarczej Mateusza Granatowskiego z rejestru. (dowód: Centralna Ewidencja i Informacja o Działalności Gospodarczej RP – karty Nr 808-809).

Określone wyżej osoby w momencie wszczęcia niniejszego postępowania antymonopolowego prowadziły we własnym imieniu działalność zarobkową w sposób zorganizowany i ciągły. Nie ulega zatem wątpliwości, że oba ww. podmioty posiadały w tym czasie status przedsiębiorcy w rozumieniu powoływanego powyżej art. 4 pkt 1 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów. Tym samym przy wykonywaniu działalności gospodarczej podlegały rygorom prawa antymonopolowego i ich działania mogły być oceniane w aspekcie naruszenia zakazu stosowania praktyk ograniczających konkurencję.

Anetta Granatowska w dalszym ciągu prowadzi działalność gospodarczą. Mateusz Granatowski zaprzestał jej prowadzenia z dniem 30 grudnia 2014 r.

W toku postępowania ustalono, że z dniem 31 grudnia 2014 r. nastąpiło wykreślenie wpisu Mateusza Granatowskiego z Centralnej Ewidencji i Informacji o Działalności Gospodarczej Rzeczypospolitej Polskiej. Do dnia wydania decyzji Mateusz Granatowski nie dokonał ponownego wpisu potwierdzającego prowadzenie działalności gospodarczej.

4. Rynek właściwy.

Praktyki ograniczające konkurencję ujawniają się na określonym rynku – rynku właściwym. Ustawa o ochronie konkurencji i konsumentów definiuje rynek właściwy jako rynek towarów, które ze względu na ich przeznaczenie, cenę oraz właściwości, w tym jakość, są uznawane przez ich nabywców za substytuty oraz są oferowane na obszarze, na którym, ze względu na ich rodzaj i właściwości, istnienie barier dostępu do rynku, preferencje konsumentów, znaczące różnice cen i koszty transportu, panują zbliżone warunki konkurencji (art. 4 pkt 9 ww. ustawy). Przez towary należy rozumieć zarówno rzeczy, jak i energię, papiery wartościowe i inne prawa majątkowe, usługi, a także roboty budowlane (art. 4 pkt 7 ww. ustawy). Pojęcie rynku właściwego odnosi się przedmiotowo do wszystkich wyrobów (usług) jednego rodzaju, które ze względu na swoje szczególne właściwości odróżniają się od innych wyrobów (usług) w taki sposób, że nie istnieje możliwość dowolnej ich zamiany. Rynek właściwy produktowo obejmuje wszystkie towary, które służą zaspokajaniu tych samych potrzeb nabywców, mają zbliżone właściwości, podobne ceny i reprezentują podobny poziom jakości. Niezbędnym elementem rynku właściwego jest także jego wymiar geograficzny, oznaczający konieczność wskazania obszaru, na którym warunki konkurencji, mające zastosowanie do określonych towarów, są jednakowe dla wszystkich konkurentów. Zatem, aby wyznaczyć rynek właściwy określoną działalność poddaje się analizie z punktu widzenia produktowego (asortymentowego), a także geograficznego.

Wyznaczenie rynku właściwego produktowo opierać się powinno na zbadaniu substytucyjności towarów (usług) w oparciu o takie kryteria jak przeznaczenie, właściwości towaru oraz cenę. W niniejszej sprawie rynek produktowy został określony jako rynek usług komunalnych w zakresie utrzymania i konserwacji miejskich terenów zielonych, na którym działają ww. przedsiębiorcy. Usługa ta nie posiada substytutów, gdyż z uwagi na ochronę

środowiska, przepisy ppoż. nie można jej zastąpić inną usługą, np. chemicznym usuwaniem traw i krzaków czy wypalaniem traw. Ponadto, uzyskane zlecenia od zarządców terenów na ww. usługi mają charakter długotrwały (zlecenia obejmują okres od roku do trzech lat) i zapewniają stały dochód w dłuższym okresie. Określony wyżej rynek jest rynkiem konkurencyjnym, na którym działa wielu przedsiębiorców. Świadczy o tym w ocenie Prezesa Urzędu liczba oferentów w analizowanych postępowaniach w sprawie zamówień publicznych organizowanych przez Gminę Miasto Łódź. Na rynku tym główną barierę wejścia stanowią koszty wyposażenia przedsiębiorstwa w sprzęt transportowy i narzędzia (niezbędne m.in. do wykaszania traw), a także możliwość wykazania przed zamawiającym doświadczenia w wykonywaniu tego typu usług.

Odbiorcami usług tego rodzaju są właściciele i zarządcy niezabudowanych terenów miejskich (w tym w szczególności terenów zielonych), a więc przede wszystkim gminy miejskie. W związku z istnieniem dużej konkurencji w pozyskiwaniu zleceń na powyższą usługę przedsiębiorcy zajmujący się utrzymaniem terenów zielonych (w tym koszeniem traw) biorą udział w dużej ilości przetargów organizowanych przez zarządców terenów.

Jednocześnie należy podnieść, iż taki stopień ogólności w definiowaniu rynku jest wystarczający w przypadku porozumień nie podlegających wyłączeniom *de minimis*. Porozumienia takie są bowiem zakazane niezależnie od udziału uczestników w rynku. Zgodnie z art. 7 ust. 2 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów, porozumienia ograniczające konkurencję polegające na uzgadnianiu przez przedsiębiorców przystępujących do przetargu warunków składanych ofert lub zachowania w toku przetargu nie podlegają wyłączeniu z uwagi na udział w rynku (tzw. próg bagatelności).

Mając powyższe na względzie, Prezes Urzędu uznał za rynek właściwy pod względem produktowym rynek usług komunalnych w zakresie utrzymania i konserwacji miejskich terenów zielonych.

Zasięg rynku właściwego w ujęciu geograficznym w przedmiotowej sprawie jest w ocenie Prezesa Urzędu szerszy niż lokalny i może mieć wymiar regionalny lub krajowy. Prezes Urzędu przyjął, iż ma on charakter krajowy. Może na to wskazywać fakt zamieszczania informacji o przetargach na zamówienia dotyczące rynku właściwego na stronach internetowych zamawiających oraz w Biuletynie Zamówień Publicznych lub Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej (dla zamówień o większej wartości) – dowód: karty Nr 12, 132-139. Ponadto, jak wynika z posiadanych przez Prezesa Urzędu informacji, do tak ogłaszanych przetargów przystępują przedsiębiorcy z terenu całego kraju. Nie można zarazem wykluczyć, iż zasięg geograficzny tego rynku – z uwagi na koszty dojazdu do miejsca wykonania zamówienia – jest w istocie mniejszy i ma on zasięg regionalny. Przyjęta definicja rynku geograficznego nie wpływa jednak na ocenę zachowania uczestników postępowania, z uwagi na fakt, iż zarzucane im porozumienie nie podlega wyłączeniu przewidzianemu w art. 7 ustawy (o czym mowa w dalszej części uzasadnienia niniejszej decyzji).

Tym samym Prezes Urzędu przyjął, że zawarte porozumienie dotyczy krajowego rynku usług komunalnych w zakresie utrzymania i konserwacji miejskich terenów zielonych.

Naruszenie zakazu porozumień ograniczających konkurencję wskazanego w art. 6 ust. 1 pkt 7 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów.

Przepis art. 6 ust. 1 pkt 7 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów stanowi, że zakazane są porozumienia, których celem lub skutkiem jest wyeliminowanie, ograniczenie lub naruszenie w inny sposób konkurencji na rynku właściwym, polegające 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.

Zgodnie z art. 4 pkt 5 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów przez porozumienie rozumie się:

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

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. *„Istotą porozumień cenowych jest koordynacja zachowań przedsiębiorców nie w drodze nałożenia prawnie wiążącego obowiązku, lecz przez świadome wskazanie sposobu współdziałania, którego celem lub skutkiem jest ograniczenie konkurencji. Takie zachowanie przedsiębiorców pozwala na wyeliminowanie ich niepewności, co do przebiegu procesów rynkowych i warunków działania konkurentów, która to niepewność jest podstawą działania 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.”*⁹

W toku niniejszego postępowania antymonopolowego nie znaleziono bezpośrednich dowodów wskazujących na jawną zмовę przetargową np. w postaci umowy cywilnoprawnej regulującej zasady współpracy pomiędzy uczestnikami porozumienia w zakresie koordynacji zachowań i ofert. Tym samym Prezes Urzędu dokonał oceny zachowania Anetty Granatowskiej i Mateusza Granatowskiego na podstawie dowodów pośrednich uzyskanych w niniejszym postępowaniu. Wnioski wyprowadzone z poniżej przeprowadzonej analizy materiału dowodowego wskazują, że zachowanie uczestników niniejszego postępowania miało charakter uzgodnienia, wskazanego w art. 4 pkt 5 lit b ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów.

Jak podkreśla Sąd Ochrony Konkurencji i Konsumentów: *„wykazanie istnienia zмовы przetargowej jest niezwykle trudne dowodowo. Podmioty, które dopuszczają się takich działań mając świadomość ich nielegalnego charakteru zwykle tuszują swe porozumienie. Zatem oceniać je możemy zwykle po rezultatach, przesłankach i całokształcie okoliczności sprawy, które to w tej konkretnej sprawie zadaniem Sądu jednoznacznie dowodzą wystąpienia zмовы przetargowej. Nie da się bowiem inaczej racjonalnie wytłumaczyć podania przez powódkę i zainteresowanych zbliżonych parametrów ofert zgłoszonych do przetargu, a pozostałe okoliczności sprawy zgodnie i jednoznacznie wskazują na uzgodnienie między podmiotami warunków składanych ofert, co stanowi*

⁹ Wyrok Sądu Apelacyjnego z dnia 5 października 2005 r. , sygn. akt VI ACa 1146/04

niedozwoloną praktykę ograniczającą konkurencję."¹⁰ Cytowany powyżej pogląd Sądu Ochrony Konkurencji i Konsumentów odwołuje się do reguł dowodzenia opartych na domniemaniach faktycznych. Zgodnie z art. 231 ustawy z dnia 17 listopada 1964 r. Kodeks postępowania cywilnego (t.j. Dz.U. 2014 r., poz. 101 ze zm.) – zwanej dalej: „k.p.c.”, który w postępowaniu antymonopolowym znajduje zastosowanie w związku z art. 84 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów, można uznać za ustalone fakty mające istotne znaczenie dla rozstrzygnięcia sprawy, jeżeli wniosek taki można wyprowadzić z innych ustalonych faktów.

Powiązania osobowe i miejsce prowadzenia działalności gospodarczej oraz okoliczności wskazujące na te powiązania.

Jak wynika z dokumentów zebranych w trakcie prowadzonego postępowania, pomiędzy stronami postępowania Anetą Granatowską i Mateuszem Granatowskim występują więzy pokrewieństwa. Mateusz Granatowski jest synem Anetty Granatowskiej. Przedsiębiorcy mieli ten sam adres siedziby prowadzonej działalności gospodarczej.

Anetta Granatowska oświadczyła, iż w związku z zamiarem złożenia oferty w postępowaniu przetargowym dotyczącym Zamówienia, wymieniała informacje na temat warunków cenowych uczestnictwa w ww. przetargu z Mateuszem Granatowskim. Co więcej, formularze ofert tych przedsiębiorców były wypełniane przez te same osoby, o czym świadczą zarówno zebrane oświadczenia, jak i cechy treści oferty (podobieństwo charakteru pisma oraz zaistniałe identyczne błędy językowe).

Wobec powyższego należy stwierdzić, że przedsiębiorcy mieli możliwość wymiany informacji tak co do treści i warunków składnych ofert, jak i późniejszej koordynacji działań. W ocenie Prezesa Urzędu, z uwagi na powyższe okoliczności, wymiana informacji między przedsiębiorcami była nie tylko prawdopodobna, ale faktyczna.

Zachowania Anetty Granatowskiej i Mateusza Granatowskiego w toku postępowania przetargowego.

Oferta Mateusza Granatowskiego została w postępowaniu przetargowym o sygnaturze DOA-ZP.V.271.2.24.2013 cz. 2 prowadzonym przez Gminę Miasto Łódź oceniona jako najkorzystniejsza. Jednakże, Mateusz Granatowski odstąpił od zawarcia umowy na wykonanie Zamówienia, nie wskazując uzasadnienia („(...) z przyczyn ode mnie niezależnych”). W związku z powyższym, Zamawiający dokonał wyboru najkorzystniejszej oferty spośród pozostałych ofert bez przeprowadzania ich ponownego badania i oceny. Za najkorzystniejszą Zamawiający uznał w ten sposób ofertę Anetty Granatowskiej. Pismem z dnia 29 kwietnia 2013 r. Anetta Granatowska wyraziła zgodę na zawarcie umowy z Zamawiającym na realizację Zamówienia w części 2. Umowę zawarto w dniu 7 maja 2013 r.

W toku kontroli Mateusz Granatowski (reprezentowany przez pełnomocnika) został wezwany przez kontrolujących do przedstawienia i udokumentowania okoliczności uzasadniających odstąpienie przedsiębiorcy od zawarcia umowy z Zamawiającym. W ocenie Prezesa Urzędu Mateusz Granatowski nie przedstawił w toku kontroli wyjaśnień i dowodów, które w sposób obiektywny mogłyby potwierdzić zaistnienie przyczyn uniemożliwiających

¹⁰ Wyrok SOKiK z dnia 17.04.2008 r. sygn. akt XVII Ama 117/05; wyrok SOKiK z dnia 27.10.2011 r. sygn. akt XVII Ama 204/09.

realizację Zamówienia po złożeniu przez przedsiębiorcę oferty i rozstrzygnięciu przetargu. Mateusz Granatowski wskazał jedynie na swoje niezdecydowanie, wyjaśnił także, iż powtórnie przeanalizował swoje możliwości i uznał, że nie będzie w stanie podjąć się wykonania zlecenia.

W ocenie Prezesa Urzędu Mateusz Granatowski nie wskazał okoliczności, które z racjonalnego punktu widzenia uniemożliwiały zrealizowanie złożonej przez niego oferty, a co do których nie mógł mieć wiedzy przed przygotowaniem i złożeniem oferty. Racjonalnie funkcjonujący na rynku przedsiębiorca ocenia możliwości wykonania zobowiązania i wiążące się z tym ryzyko. Mateusz Granatowski miał świadomość okoliczności dotyczących charakteru i zakresu prac, do których wykonania się zobowiązał. W treści Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia Zamawiający zawarł informacje, iż prace związane z realizacją Zamówienia muszą być wykonane ze zwróceniem szczególnej uwagi na istniejące nagrobki, a także na pozostałości po nagrobkach. Określono również, iż wszelkie elementy i fragmenty zniszczonych nagrobków oraz kamienie muszą pozostać w miejscu. Przedsiębiorca miał możliwość dokonać oglądu bezpośredniego terenu, na którym prowadzone miały być prace objęte zakresem Zamówienia, co umożliwiłoby ocenę warunków pracy i niezbędnych zasobów. W razie wątpliwości miał również możliwość uzyskać stosowne informacje, również przed terminem otwarcia ofert, od Zamawiającego lub dysponenta terenu. Jak wskazują zgromadzone materiały dowodowe, Zamawiający udzielał dodatkowych wyjaśnień i informacji wnioskującym o to potencjalnym wykonawcom.

Mateusz Granatowski miał również świadomość zasobów i doświadczenia, niezbędnych dla wykonywania prac, których rodzaj został określony w Zamówieniu (koszenie i wywóz trawy). Należy zwrócić uwagę, iż Mateusz Granatowski już w momencie składania oferty zamierzał korzystać przy realizacji Zamówienia (w przypadku wyboru jego oferty) z doświadczenia oraz zasobów Anetty Granatowskiej. W momencie składania oferty w postępowaniu dotyczącym Zamówienia (i w momencie jego rozstrzygnięcia) nie zatrudnił pracowników i nie był właścicielem zasobów technicznych, które mogłyby służyć do wykonania zlecenia objętego Zamówieniem.

Jak wskazano wyżej, Mateusz Granatowski i Anetta Granatowska ściśle współpracowali ze sobą planując złożenie ofert w postępowaniu przetargowym dotyczącym Zamówienia. Wymieniali się zarówno doświadczeniem, jak i informacjami, w tym w zakresie planowanych do zaoferowania cen. Anetta Granatowska posiadała bogate doświadczenie, jeżeli chodzi o wykonywanie usług utrzymania terenów zielonych, w tym w zakresie koszenia traw. Nawet, jeśli w określonych elementach usługa koszenia trawy na Polu Gettowym charakteryzowała się pewną specyfiką, z racji posiadanego doświadczenia, znanych warunków Zamówienia i możliwości uzyskania dodatkowej wiedzy (np. poprzez ogląd bezpośredni terenu lub kontakt z Zamawiającym lub dysponentem terenu), przedsiębiorca Anetta Granatowska mogła rozsądnie i miarodajnie ocenić warunki realizacji Zamówienia. Z tą wiedzą i doświadczeniem, z racji wymiany informacji, była w stanie dzielić (i dzieliła się) z Mateuszem Granatowskim.

Należy również zwrócić uwagę na fakt, iż Anetta Granatowska przyznała, iż zależało jej na zdobyciu zlecenia związanego z Zamówieniem (celem nabycia praktycznego doświadczenia również w tym obszarze usług utrzymania terenów zielonych), nawet za cenę zaoferowania niskiej ceny. Ta strategia była znana Mateuszowi Granatowskiemu.

Ostatecznie, zadanie wykonywane było z wykorzystaniem zasobów i pracy każdego z przedsiębiorców.

Analizując zachowanie Anetty Granatowskiej i Mateusza Granatowskiego w trakcie przebiegu postępowania przetargowego w sprawie Zamówienia, można przyjąć, że zachowania te były uzgodnione, nie zaś przypadkowe, oparte na przyjęciu strategii wygrania przetargu przez z góry ustalonego przedsiębiorcę oferującego wyższą cenę na oferowane usługi, którym w przedmiotowym postępowaniu była Anetta Granatowska.

Nie ma w niniejszej sprawie racjonalnego wytłumaczenia zachowania Mateusza Granatowskiego, jak chęć umożliwienia wyboru oferty Anetty Granatowskiej, poprzez odstąpienie od zawarcia umowy na wykonanie Zamówienia.

Po pierwsze, Mateusz Granatowski jeszcze przed złożeniem oferty, był świadomy, iż nie jest w stanie zrealizować Zamówienia bez skorzystania z zasobów będących w dyspozycji Anetty Granatowskiej. Niezależnie od sytuacji, zasoby obu przedsiębiorców miały być wykorzystane do wykonania zlecenia. Co więcej, jak wynika z poczynionych ustaleń, jedynym zasobem, jakim dysponował Mateusz Granatowski w momencie złożenia oferty, był potencjał jego pracy osobistej. W tej sytuacji, w przypadku braku ofert konkurencyjnych rozdzielających oferty obu przedsiębiorców, korzystniejszym ekonomicznie rozwiązaniem – z punktu widzenia obu przedsiębiorców rozpatrywanych łącznie – było wycofanie oferty tańszej i podjęcie wykonania Zamówienia przez przedsiębiorcę oferującego cenę wyższą. W przypadku podjęcia się wykonania Zamówienia przez Mateusza Granatowskiego (zgodnie z wynikiem przetargu), obaj przedsiębiorcy byłiby zaangażowani w jego wykonanie za niższą kwotę wynagrodzenia. W ocenie Prezesa Urzędu powyższe okoliczności obrazują przyjętą przez Anettę Granatowską strategię, która miała na celu zdobycie zlecenia wykonania Zamówienia, jednak możliwie po wyższej cenie, zgodnie z warunkami rozstawionych ofert. Warunkiem realizacji tej strategii była współdziałanie pomiędzy przedsiębiorcami, zarówno w przygotowaniu ofert, jak i działaniach po rozstrzygnięciu przetargu.

Jak wynika wprost z wyjaśnień Anetty Granatowskiej, zależało jej na wygraniu przetargu dotyczącego Zamówienia, nawet kosztem zaoferowania niższej ceny. Mając doświadczenie w innych postępowaniach przetargowych prowadzonych przez Zamawiającego, dotyczących utrzymania terenów, znała rynek i mogła spodziewać się wielu oferentów. Z poczynionych przez Prezesa Urzędu ustaleń wynika, iż w innych postępowaniach dotyczących utrzymania terenów, w których uczestniczyła Anetta Granatowska, oferty zgłaszało stosunkowo wielu przedsiębiorców (od 7 do 14). Anetta Granatowska miała wiedzę co do wysokości ceny, jaką Mateusz Granatowski zamierza określić w swojej ofercie. Działanie przedsiębiorcy, składającego ofertę zawierającą wyższą cenę w sytuacji, w której z pewnością wie on o tym, że inny z przedsiębiorców (tj. Mateusz Granatowski) składa lub zamierza złożyć ofertę zawierającą cenę niższą – a więc korzystniejszą – w okolicznościach przedmiotowej sprawy musiało być obliczone na odstąpienie przez tego innego przedsiębiorcę od zawarcia umowy, w przypadku gdy okaże się ona najkorzystniejszą (przy braku ofert „rozdzielających”). Co prawda zachowanie takie może być również podyktowane nadzieją na to, że korzystniejsza oferta zostanie odrzucona ze względów formalnych, jednak okoliczności niniejszej sprawy, w szczególności zaś zachowanie stron w przetargu nie pozwalają na przyjęcie, że sytuacja taka miała miejsce. Przede wszystkim doszło rzeczywiście do „wycofywania” oferty Mateusza Granatowskiego w sytuacji, gdy umożliwiało to zwycięstwo Anetty Granatowskiej. Poza tym oferty obu przedsiębiorców przygotowywały te same osoby, należy więc przyjąć, iż zarówno te osoby jak i sami oferenci mieli jednakową świadomość, co do możliwości wystąpienia ewentualnych braków formalnych oferty.

Po drugie, Mateusz Granatowski nie przedstawił innego racjonalnego uzasadnienia, które mogłoby wskazywać, iż odstąpienie przez niego od zawarcia umowy po wygranym przetargu nie było efektem poczynionych między nimi uzgodnień. Za takie uzasadnienie nie można bowiem uznać okoliczności związanych z wiekiem czy cechami charakteru przedsiębiorcy. Uzasadnienia takiego nie można w okolicznościach przedmiotowej sprawy upatrywać w wyjaśnieniach przedstawionych przez Anettę Granatowską wskazujących na niepełną świadomość przedsiębiorcy co do charakteru prac związanych z Zamówieniem. Przede wszystkim, jak wynika z wyjaśnień Anetty Granatowskiej, była ona świadoma przed złożeniem oferty, iż zaoferowana przez nią cena była relatywnie niska w stosunku do warunków rynkowych i charakteru prac. Zależało jej w sposób szczególny na zdobyciu zlecenia i tym samym doświadczenia w tym segmencie usług utrzymania terenów zielonych. Z drugiej strony nie było przeszkód, w przypadku wątpliwości co do charakteru i zakresu prac, aby uzyskać stosowną wiedzę poprzez osobisty ogląd terenu lub z wyjaśnień od Zamawiającego przed złożeniem oferty. Należy zwrócić przy tym uwagę, iż Anetta Granatowska miała wieloletnie doświadczenie uczestnictwa w postępowaniach przetargowych prowadzonych przez Zamawiającego dotyczących usług utrzymania terenów, znała więc choćby tryb uzyskiwania od Zamawiającego dodatkowych wyjaśnień dotyczących zamówienia.

W związku z powyższym, w ocenie Prezesa Urzędu w przedmiotowej sprawie przedsiębiorcy dokonywali uzgadniania warunków składanych ofert oraz innych zachowań, mających na celu wybór oferty tego z przedsiębiorców, który zaoferował wyższą cenę. Oceniając całokształt zachowań przedsiębiorców w świetle doświadczenia życiowego oraz zasad logicznego rozumowania, nie można wytłumaczyć ich w inny sposób, niż istnieniem zmowy przetargowej. W ocenie Prezesa Urzędu analiza działań Anetty Granatowskiej i Mateusza Granatowskiego wskazuje na zastosowanie przez nich w toku postępowania przetargowego mechanizmu rozstawienia i wycofania oferty. Polega on na tym, że oferty działających w porozumieniu wykonawców są „rozstawiane”, tj. oferowane przez nich ceny są odpowiednio zróżnicowane, następnie po otwarciu ofert, gdy okazuje się, że oferty członków porozumienia zajmują kolejne po sobie, pierwsze miejsca, oferta niższa zostaje „wycofana” (np. poprzez odstąpienie od zawarcia umowy).

Dla uznania działań podmiotów za sprzeczne z regułami konkurencji wystarczy wykazanie, że ograniczyły one swobodę w stosunkach z osobami trzecimi na podstawie wspólnego uzgodnienia. Stwierdzenie praktyki ograniczającej konkurencję następuje wówczas na podstawie analizy rzeczywistych działań przedsiębiorców. Muszą być one nieadekwatne do istniejących warunków rynkowych, niewytłumaczalne w sposób racjonalny bez założenia wcześniejszej koordynacji działań bądź zawierać elementy nieformalnej współpracy pomiędzy niezależnymi przedsiębiorcami.¹¹ Dowód na istnienie praktyk uzgodnionych może być obalony, jeżeli przedsiębiorcy są w stanie dowieść, na podstawie racjonalnych przesłanek, że fakty uznane za niewytłumaczalne w inny sposób jak istnieniem zmowy, mogą być zadowalająco wyjaśnione w sposób nie odwołujący się do tego rodzaju praktyk.¹² W niniejszej sprawie Mateusz Granatowski i Anetta Granatowska takich dowodów

¹¹ S. Gronowski, *Ustawa antymonopolowa. Komentarz*, Warszawa 1999, s. 85.

¹² Wyrok Europejskiego Trybunału Sprawiedliwości z dnia 28 marca 1984r. w sprawach połączonych 29 i 30/83 *Compagnie Royale Asturienne des Mines SA i Societe Rheinzink przeciwko Komisji Wspólnot Europejskich* (Zb. Wyr. ETS 1984, 1679) za: *Prawo konkurencji Wspólnoty Europejskiej. Orzecznictwo, Tom 1, Orzeczenia Europejskiego Trybunału Sprawiedliwości z lat 1962-1989*, opracowanie i wprowadzenie A. Jurkowska, T. Skoczny, Wydawnictwo Naukowe Wydziału Zarządzania Uniwersytetu Warszawskiego, Warszawa 2004, s. 348.

nie przedstawili, nie wykazali racjonalnej argumentacji, która wskazywałaby na brak wspólnego uzgodnienia zachowań. Co więcej, zgromadzone informacje potwierdzają, iż przedsiębiorcy wymieniali między sobą informacje o warunkach cenowych uczestnictwa w przetargu dotyczącym Zamówienia.

Prezes Urzędu uznał, że spełniona została przesłanka art. 6 ust. 1 pkt 7 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów polegająca na zawarciu porozumienia, o którym mowa w artykule 4 pkt 5 ww. ustawy.

W myśl art. 6 ust. 1 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów zakazane są porozumienia, których celem lub skutkiem jest wyeliminowanie, ograniczenie lub naruszenie w inny sposób konkurencji na rynku właściwym, polegające m.in. na ustalaniu uzgadnianiu przez przedsiębiorców przystępujących do przetargu lub przez tych przedsiębiorców i przedsiębiorcę będącego organizatorem przetargu warunków składanych ofert, w szczególności zakresu prac lub ceny. Cel antykonkurencyjny i skutek antykonkurencyjny porozumienia nie muszą zatem wystąpić łącznie. Dla stwierdzenia naruszenia art. 6 ust. 1 pkt 7 ww. ustawy nie ma zatem istotnego znaczenia, czy doszło do ograniczenia czy eliminacji konkurencji, skoro już sam cel może stanowić o nielegalności porozumienia.¹³ W świetle ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów i przyjętego na jej podstawie orzecznictwa zakazane jest już samo zawarcie (istnienie) porozumienia ukierunkowanego na ograniczenie konkurencji, nie zaś osiągnięcie takiego skutku, a sam efekt ograniczenia konkurencji wcale nie musi wystąpić.

Jak wskazano powyżej, za porozumienia uznaje się także uzgodnienia dokonywane przez przedsiębiorców w jakiegokolwiek formie. Istotą tej formy jest koordynacja zachowań przedsiębiorców poprzez świadome współdziałanie, którego celem lub skutkiem jest ograniczenie konkurencji. Koordynacja pozwala bowiem na wyeliminowanie niepewności przedsiębiorców co do przebiegu procesów rynkowych i warunków działania konkurentów, w tym zachowań w toku postępowań o udzielenie zamówienia publicznego. Jednakże dla udowodnienia takiej koordynacji zachowań nie wystarcza stwierdzenie wystąpienia podobnych zachowań przedsiębiorców. Konieczne jest udowodnienie, że zachowania te nie są adekwatne do istniejących warunków rynkowych.

W ocenie Prezesa Urzędu zachowania Mateusza Granatowskiego i Anetty Granatowskiej podczas ocenianego przetargu skutkowały ograniczeniem konkurencji. Mamy tu bowiem do czynienia z uzupełniającym się, skoordynowanym, przemyślanym zachowaniem niezależnych przedsiębiorców – stron porozumienia, polegającym na dokonywaniu uzgodnień zachowań wpływających na ostateczny wynik przetargu, a sprowadzającym się do odstąpienia od zawarcia umowy na wykonanie prac objętych zamówieniem publicznym przez przedsiębiorcę, którego oferta została wybrana w postępowaniu przetargowym jako najkorzystniejsza. Spowodowało to tym samym udzielenie zamówienia drugiemu uczestnikowi porozumienia, który zaoferował wyższą cenę usługi. W następstwie takiego zachowania został faktycznie zrealizowany cel antykonkurencyjny porozumienia. Tym samym konkurencja została zakłócona, co miało również wpływ na cenę zapłaconą przez Zamawiającego.

Z porozumieniem ograniczającym konkurencję mamy do czynienia, gdy jest ono zawarte pomiędzy co najmniej dwoma niezależnymi od siebie przedsiębiorcami.

¹³Wyrok SOKiK z dnia 24 marca 2004 r. sygn.: XVII Ama 40/02

W przedmiotowej sprawie Prezes Urzędu ustalił, że rozpatrywane porozumienie wynika z uzgodnień dokonywanych między osobami fizycznymi prowadzącymi odrębnie działalność gospodarczą. Przedsiębiorcy zawierający porozumienie nie tworzyli grupy kapitałowej w rozumieniu art. 4 pkt 14 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów, co również sami przyznali w treści oświadczeń składanych w toku postępowania przetargowego.

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

Ustawa o ochronie konkurencji i konsumentów przewiduje, że porozumienia ograniczające konkurencję są zakazane, o ile nie zostały wyłączone spod zakazu. Istnieją trzy rodzaje wyłączeń spod zakazu zawierania porozumień ograniczających konkurencję:

- zasada *de minimis* – wyłączenie na podstawie art. 7 tej ustawy,
- wyłączenia grupowe wydane na podstawie art. 8 ust. 3 tej ustawy,
- wyłączenia indywidualne – na podstawie art. 8 ust. 1 tej ustawy.

Ingerencja prawa konkurencji w stosunki gospodarcze przedsiębiorców powinna mieć miejsce jedynie w przypadkach, kiedy zachowania przedsiębiorców wywierają, choćby potencjalnie, odczuwalne skutki dla konkurencji. W związku z tym w art. 7 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów przewidziane jest wyłączenie stosowania zakazu zawierania porozumień ograniczających konkurencję z uwagi na niewielki udział przedsiębiorców w rynku. Zgodnie z art. 7 ust. 1 pkt 1 tej ustawy wyłączenie to ma miejsce w odniesieniu do porozumień zawieranych między przedsiębiorcami, którzy są konkurentami, jeżeli ich łączny udział w rynku w roku kalendarzowym poprzedzającym zawarcie porozumienia nie przekracza 5%. Niemniej jednak, zgodnie z art. 7 ust. 2 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów, wyżej wskazane wyłączenie nie ma zastosowania m.in. do porozumień określonych w art. 6 ust. 1 pkt 7 tej ustawy, tj. do zmwów przetargowych. Biorąc pod uwagę, że analizowane w niniejszej sprawie porozumienie stanowi właśnie taki rodzaj porozumienia, nie korzysta ono z wyłączenia spod zakazu porozumień ograniczających konkurencję w oparciu o określający zasadę *de minimis* przepis art. 7 ust. 1 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów.

Przepis art. 8 ust. 3 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów 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 opisane w niniejszej decyzji ograniczenie konkurencji nie podlega wyłączeniu na podstawie tego przepisu spod zakazu zawierania porozumień ograniczających konkurencję.

Odnosząc się z kolei do możliwości wyłączenia indywidualnego porozumienia spod zakazu na podstawie art. 8 ust. 1 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów należy zauważyć, że ciężar uwodnienia okoliczności uzasadniających wyłączenie, to jest wykazania, iż porozumienie spełnia jednocześnie 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 (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. Należy przy tym zauważyć, że ewentualne zaistnienie przesłanek wskazanych w tym przepisie w odniesieniu do porozumienia zawartego pomiędzy przedsiębiorcami w niniejszej sprawie, z uwagi na jego charakter, jest nieprawdopodobne. W związku z powyższym, zastosowanie wyłączenia indywidualnego nie może mieć w niniejszej sprawie miejsca.

Wobec powyższego Prezes Urzędu stwierdził w przedmiotowej sprawie naruszenie art. 6 ust. 1 pkt 7 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów.

Z ustaleń poczynionych w niniejszym postępowaniu wynika, że w momencie zawarcia umowy pomiędzy Zamawiającym a Anetą Granatowską uczestnicy porozumienia zrealizowali zawarte porozumienie, co uniemożliwia nałożenie na jego uczestników podstawowej sankcji związanej ze stwierdzeniem stosowania praktyki ograniczającej konkurencję, tj. nakazu jej zaniechania, albowiem nakaz ten odnosi się do praktyki jako takiej, a nie jej skutków.

W związku z powyższym, z powodu braku podstaw do uznania – w oparciu o materiał dowodowy zgromadzony w niniejszej sprawie – iż porozumienie między stronami postępowania nadal istniało po zawarciu umowy z Zamawiającym, należało stwierdzić zaniechanie stosowanej praktyki ograniczającej konkurencję z dniem 7 maja 2013 r. (tj. z dniem zawarcia umowy pomiędzy Zamawiającym, a Anetą Granatowską).

W związku z powyższym Prezes Urzędu orzekł, jak w pkt I sentencji.

Ad II sentencji niniejszej decyzji – umorzenie postępowania w zakresie zarzutu dotyczącego Mateusza Granatowskiego

Postępowanie antymonopolowe w sprawach praktyk ograniczających konkurencję – podobnie jak każde inne postępowanie administracyjne – toczy się z udziałem osób mających przymiot strony. Zgodnie z art. 88 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów, stroną postępowania jest każdy, wobec kogo zostało wszczęte postępowanie w sprawie praktyk ograniczających konkurencję. Przedmiotem zarzutu w niniejszym postępowaniu antymonopolowym jest zawarcie porozumienia ograniczającego konkurencję. Zgodnie zaś z art. 4 pkt 5 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów przez porozumienia rozumie się umowy zawierane między przedsiębiorcami, a także uzgodnienia dokonane w jakiejkolwiek formie przez dwóch lub więcej przedsiębiorców. Należy wskazać więc, że przepisy ww. ustawy mają zastosowanie jedynie o przedsiębiorców, a zatem ostatecznie podmiotem, który uzyskuje status strony, może być przedsiębiorca w rozumieniu art. 4 pkt 1 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów, wobec którego wszczęto postępowanie w sprawach praktyk ograniczających konkurencję.

Stosownie do treści art 4 pkt 1 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów pod pojęciem przedsiębiorcy rozumie się przedsiębiorcę w rozumieniu przepisów o swobodzie działalności gospodarczej. Zgodnie natomiast z ustawą o swobodzie działalności gospodarczej, pod pojęciem przedsiębiorcy należy rozumieć osobę fizyczną osobę prawną i jednostkę organizacyjną niebędącą osobą prawną, której odrębna ustawa przyznaje zdolność prawną – wykonującą we własnym imieniu działalność gospodarczą (art. 4 ust. 1 ww. ustawy).

W niniejszej sprawie postępowanie antymonopolowe w związku z podejrzeniem zawarcia porozumienia ograniczającego konkurencję na krajowym rynku usług komunalnych w zakresie utrzymania i konserwacji miejskich terenów zielonych zostało wszczęte wobec dwóch przedsiębiorców prowadzących działalność gospodarczą w zakresie usług komunalnych, w tym wobec Mateusza Granatowskiego.

Zgodnie z art. 83 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów, w sprawach nieuregulowanych w ustawie do postępowania przed Prezesem Urzędu stosuje się przepisy ustawy z dnia 14 czerwca 1960 r. – Kodeks postępowania administracyjnego (tekst jednolity Dz. U. z 2013 r., poz. 267 ze zm.) – zwanej dalej: „k.p.a.”. Stosownie do art. 105 § 1 k.p.a., gdy postępowanie z jakiegokolwiek przyczyny stało się bezprzedmiotowe w całości albo w części, organ administracji publicznej wydaje decyzję o umorzeniu postępowania odpowiednio w całości albo w części. W orzecznictwie utrwalony jest pogląd, że przesłanka bezprzedmiotowości, o której mowa w art. 105 § 1 k.p.a., występuje, gdy brak jest podstaw prawnych do merytorycznego rozstrzygnięcia danej sprawy. Naczelny Sad Administracyjny¹⁴ wskazał, że bezprzedmiotowość postępowania oznacza brak któregoś z elementów stosunku materialnoprawnego, skutkującego tym, iż nie można załatwić sprawy przez rozstrzygnięcie jej co do istoty. Jednocześnie wskazać należy, że bezprzedmiotowość postępowania wynikać może także wyłącznie z przyczyn podmiotowych (np. śmierć strony, ustanie bytu prawnego osoby prawnej).¹⁵

Mateusz Granatowski prowadził działalność gospodarczą pod nazwą WULMAT Mateusz Granatowski w Łodzi. W toku postępowania ustalono, że z dniem 31 grudnia 2014 r. nastąpiło wykreślenie wpisu Mateusza Granatowskiego z Centralnej Ewidencji i Informacji o Działalności Gospodarczej. Do dnia wydania decyzji Mateusz Granatowski nie dokonał ponownego wpisu potwierdzającego prowadzenie działalności gospodarczej.

Nie ulega zatem wątpliwości, że Mateusz Granatowski utracił status przedsiębiorcy w rozumieniu powołanego wyżej art. 4 pkt 1 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów. Tym samym Mateusz Granatowski nie podlega obecnie rygorom określonym w ustawie o ochronie konkurencji i konsumentów i jego działania nie mogą podlegać ocenie pod kątem naruszenia zakazu stosowania praktyk ograniczających konkurencję. Biorąc pod uwagę fakt, że naruszenie zakazu praktyk ograniczających konkurencję może zostać stwierdzone wyłącznie w stosunku do przedsiębiorcy, należy uznać, że brak jest podstaw prawnych i faktycznych do merytorycznego rozpoznania sprawy w zakresie przedstawionych zarzutów.

W przedmiotowej sprawie, przesłanką umorzenia postępowania, przemawiającą za jego bezprzedmiotowością jest fakt, że Mateusz Granatowski nie jest już przedsiębiorcą w rozumieniu powołanego wyżej art. 4 pkt 1 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów.

¹⁴ Wyrok Naczelnego Sądu Administracyjnego z dnia 24 kwietnia 2003 r. sygn. akt III SA 2225/01, LEX nr 82196.

¹⁵ B. Adamiak, J. Borkowski, Kodeks postępowania administracyjnego. Komentarz, Warszawa 2003, s. 471.

Z ustaleń dokonanych w przedmiotowym postępowaniu wynika, iż przesłanka umorzenia postępowania powstała w czasie trwania postępowania, a więc w sprawie już zawisłej przed organem administracyjnym. Postępowanie przed Prezesem Urzędu zostało wszczęte w dniu 8 września 2014 r., a wykreślenie wpisu Mateusza Granatowskiego z Centralnej Ewidencji i Informacji o Działalności Gospodarczej nastąpiło z dniem 31 grudnia 2014 r.

Mając na uwadze powyższe rozważania należy wskazać, że postępowanie niniejsze powinno zatem zostać na podstawie art. 105 §1 k.p.a. umorzone w części, tj. w stosunku do Mateusza Granatowskiego, gdyż stało się w tym zakresie bezprzedmiotowe. W związku z zaprzestaniem prowadzenia działalności gospodarczej przez osobę, przeciwko której wszczęto niniejsze postępowanie antymonopolowe i wykreśleniem z Centralnej Ewidencji i Informacji o Działalności Gospodarczej, przesłał istnieć przedsiębiorca, którego zachowania mogłyby podlegać ocenie w świetle przepisów ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów.

W związku z powyższym należało orzec, jak w pkt II sentencji decyzji

Ad III sentencji niniejszej decyzji – nałożenie kary pieniężnej.

Dnia 18 stycznia 2015 r. weszły w życie przepisy ustawy z dnia 10 czerwca 2014 r. o zmianie ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów oraz ustawy – Kodeks postępowania cywilnego (Dz. U. 2014 poz. 945) – zwanej dalej: „ustawą o zmianie ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów”, które między innymi zmieniły brzmienie art. 106 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów. Zgodnie jednak z art. 3 ustawy o zmianie ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów do spraw, w których postępowanie wszczęto przed dniem wejścia w życie niniejszej ustawy stosuje się przepisy dotychczasowe, o ile przepis art. 4, art. 7, art. 10 i art. 11 nie stanowią inaczej. Niniejsze postępowanie zostało wszczęte przed dniem 18 stycznia 2015 r., a w zakresie nakładania kary pieniężnej nie ma zastosowania przepis art. 4, art. 7 art. 10 lub art. 11 ustawy o zmianie ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów, co oznacza, że przy nakładaniu kary pieniężnej znajdzie zastosowanie art. 106 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów w brzmieniu obowiązującym przed dniem 18 stycznia 2015 r.

Zgodnie z art. 106 ust. 1 pkt 1 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów Prezes Urzędu może nałożyć na przedsiębiorcę, w swojej decyzji, karę pieniężną w wysokości nie większej niż 10% przychodu osiągniętego w roku rozliczeniowym poprzedzającym rok nałożenia kary, jeżeli przedsiębiorca ten, choćby nieumyślnie dopuścił się naruszenia zakazu określonego w art. 6 ustawy. Przywołany wyżej przepis określa zatem podstawę i górną granicę ustalenia kary dla przedsiębiorcy objętego zarzutem w niniejszym postępowaniu. Z treści powyższego przepisu wynika również, iż ww. kara ma charakter fakultatywny, a zatem do Prezesa Urzędu należy – w ramach uznania administracyjnego – uznanie w decyzji zasadności nałożenia kary pieniężnej wraz z określeniem jej wysokości. Wprawdzie ustawa o ochronie konkurencji i konsumentów, nie zawiera katalogu przesłanek, od których uzależniona jest decyzja o nałożeniu kary, jednakże art. 111 wskazuje, że ustalając wysokość kary Prezes Urzędu winien wziąć pod uwagę w szczególności okres, stopień oraz okoliczności naruszenia przepisów ustawy, a także uprzednie naruszenie przepisów ustawy. Ustalając wysokość kary pieniężnej w decyzjach stwierdzających naruszenie zakazów określonych w ustawie o ochronie konkurencji i konsumentów, należy zatem uwzględnić wagę tego naruszenia, rozmiar skutków stosowanej praktyki ograniczającej konkurencję, bądź

praktyki naruszającej zbiorowe interesy konsumentów, jak również zaistniałe okoliczności obciążające i łagodzące.

W przedmiotowym postępowaniu Prezes Urzędu, biorąc pod uwagę charakter stwierdzonej praktyki i stopień naruszenia interesu publicznego, uznał za zasadne nałożenie kary pieniężnej na uczestnika porozumienia.

Nakładając karę pieniężną, o której mowa w art. 106 ust. 1 pkt. 1 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów, Prezes Urzędu wziął pod uwagę konieczność ustalenia, czy określone w tym przepisie naruszenie dokonane było przez poszczególnych przedsiębiorców co najmniej nieumyślnie. Konieczność brania pod uwagę tej przesłanki w przypadku stosowania kar pieniężnych wynika bezpośrednio z art. 106 ust. 1 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów. Dopuszczenie się naruszenia przepisów ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów może nastąpić zarówno umyślnie, jak też i nieumyślnie. Kara pieniężna może zostać nałożona także w przypadku, gdy przedsiębiorca „choćby nieumyślnie” dopuścił się określonego czynu. Oznacza to, że kara może być nałożona także w przypadku, gdy po stronie przedsiębiorcy nie będzie występować wina, rozumiana jako świadomość bezprawności zachowania.

Dokonując oceny zaistnienia w niniejszej sprawie przesłanki co najmniej nieumyślnego naruszenia przepisów ustawy przez Anettę Granatowską, Prezes Urzędu wziął pod uwagę, że zgodnie z orzecznictwem Sądu Najwyższego, element subiektywny w postaci umyślności lub nieumyślności naruszenia przepisów ustawy wyraża się w tym, że przedsiębiorca działa mając świadomość, że swoim zachowaniem narusza zakaz praktyk ograniczających konkurencję, lub gdy jako profesjonalny uczestnik obrotu mógł (powinien był) taką świadomość mieć¹⁶. Prezes Urzędu uwzględnił również treść art. 83 Konstytucji RP, zgodnie z którym każdy ma obowiązek przestrzegania prawa Rzeczypospolitej Polskiej, a także stanowisko Sądu Najwyższego, który uznaje, że przedsiębiorcy będący profesjonalnymi uczestnikami obrotu rynkowego mają możliwość prawidłowego określenia ryzyka prawnego przy podejmowaniu określonych decyzji biznesowych¹⁷.

Biorąc pod uwagę powyższe okoliczności, Prezes Urzędu uznał, że stwierdzone niniejszą decyzją naruszenia zakazów określonych w art. 6 ust. 1 pkt 1 i 3 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów mają **charakter umyślny**.

Powyższa ocena wynika przede wszystkim z faktu, że w przedmiotowa sprawa dotyczy profesjonalnych uczestników obrotu rynkowego. Obowiązek znajomości i przestrzegania norm prawa ciąży na wszystkich przedsiębiorcach, tym bardziej na profesjonalnych uczestnikach obrotu rynkowego. Podmioty profesjonalnie działające na rynku powinny mieć możliwość przewidzenia, że podejmowane przez nie działania będą uznane przez Prezesa Urzędu za praktykę ograniczającą konkurencję i nie mogą skutecznie dowodzić braku świadomości dokonanego naruszenia. Ponadto, należy zwrócić uwagę, iż przedmiotowa sprawa dotyczy zawarcia porozumienia przetargowego, a więc uzgodnionej koordynacji działań oferentów w celu zmanipulowania wyników tegoż postępowania. Przedsiębiorcy składający oferty w postępowaniu przetargowym dotyczącym Zamówienia byli świadomi, iż prowadzone jest ono w trybie przetargu nieograniczonego na podstawie przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych. Oferenci byli zobowiązani do złożenia szeregu oświadczeń o spełnieniu warunków udziału w postępowaniu, przewidzianych w Prawie zamówień publicznych (określonych m.in. w art. 22 ust. 1 i art. 24 ust. 1 tej ustawy). Z

¹⁶ Wyrok SN z 21 kwietnia 2011 r., sygn. akt III SK 45/10, niepubl.

¹⁷ Wyrok SN z 21 kwietnia 2011 r., sygn. akt III SK 45/10, niepubl.

przepisów tej ustawy wynika m.in., iż zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców (art. 7 ust. 1). W toku postępowania zamawiający dokonuje wyboru najkorzystniejszej oferty, w więc takiej, która przedstawia najkorzystniejszy bilans ceny i innych kryteriów odnoszących się do przedmiotu zamówienia publicznego. Każdy oferent ma zatem świadomość, iż prowadząc skoordynowane działania z innym oferentem (lub oferentami, w tym potencjalnymi) mające na celu wpłynięcie na wynik postępowania przetargowego, przeciwdziała celowi postępowania przetargowego, jakim jest wybór najkorzystniejszej oferty. Wynika to nie tylko z przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych, ale wprost z charakteru postępowań przetargowych. Wszystkie powyższe okoliczności świadczą, iż objęci zarzutem niniejszego postępowania przedsiębiorcy działali umyślnie.

Ustalając wymiar kary pieniężnej Prezes Urzędu w pierwszej kolejności dokonał oceny natury stwierdzonego w niniejszej decyzji naruszenia, która determinuje wysokość kwoty bazowej kary będącej odsetkiem uzyskanych przychodów przez uczestników tego porozumienia. Odnośnie natury naruszenia organ antymonopolowy wyróżnia naruszenia bardzo poważne (do których zalicza się szkodliwe horyzontalne ograniczenia konkurencji, w tym porozumienia cenowe, zmowy przetargowe, podział rynku, nadużywanie pozycji dominującej prowadzące do eliminacji konkurencji z rynku), naruszenia poważne (do których zaliczamy porozumienia horyzontalne nie zaliczane do poważnych naruszeń, porozumienia pionowe wpływające na cenę lub warunki oferowania produktu, nadużywanie pozycji dominującej prowadzące do istotnego ograniczenia konkurencji na rynku) i naruszenia mniej poważne, niż wyżej wymienione (porozumienia wertykalne nie związane z cenami, nadużycia pozycji dominującej o mniejszej wadze).

Natura naruszenia skutkuje wysokością kary w ten sposób, że wyjściowy poziom kary, jako baza do dalszych wyliczeń kształtuje się dla poszczególnych naruszeń następująco:

- powyżej 1%, jednak nie więcej niż 3% przychodu w przypadku naruszeń bardzo poważnych,
- powyżej 0,2%, jednak nie więcej niż 1% przychodu w przypadku naruszeń poważnych,
- powyżej 0,01%, jednak nie więcej niż 0,2% przychodu w przypadku naruszeń pozostałych.

Prezes Urzędu uznał, że przedmiotowe porozumienie, zaliczane do tak zwanych najcięższych ograniczeń konkurencji (*hard-core restriction*), stanowi bardzo poważne naruszenie prawa konkurencji. Stąd jako podstawę do dalszego obliczania kary pieniężnej Prezes Urzędu przyjął w przypadku Anetty Granatowskiej kwotę bazową 9 688,61 zł.

Kolejno należało ocenić wpływ czynników związanych ze specyfiką rynku i działalnością uczestników porozumienia na tym rynku. Rynek na którym doszło do zawarcia porozumienia jest rynkiem konkurencyjnym, a zawarte porozumienie ograniczające konkurencję nie wpłynęło na ograniczenie konkurencji pomiędzy znaczną liczbą uczestników rynku (oferentów). Nie zaburzyło również w bardzo poważnym stopniu mechanizmu wyznaczenia realnej wysokości ceny rynkowej na zamawiane usługi. Oferty złożone przez Mateusza Granatowskiego i Anettę Granatowską zawierały ceny znacznie niższe od cen oferowanych przez pozostałych uczestników postępowania przetargowego (następna w kolejności oferta opiewała na kwotę o ponad 23% wyższą od oferty Anetty Granatowskiej). Daleko odbiegały również *in minus* od kwoty przewidzianej przez Zamawiającego na

realizację Zamówienia. Różnica pomiędzy cenami zaoferowanymi przez obu objętych zarzutem przedsiębiorców była z kolei niewielka w stosunku ceny oferty najkorzystniejszej (ok. 1080 zł, co stanowi ok. 7% ceny oferty najkorzystniejszej).

Rozważając wpływ specyfiki działalności przedsiębiorcy Anetty Granatowskiej na wysokość kalkulowanej kary pieniężnej należało również uwzględnić analizę struktury przychodów przedsiębiorcy w odniesieniu do skutków finansowych praktyki. Wykazane przez Anetę Granatowską przychody za 2014 r. związane były wyłącznie z wynagrodzeniem za realizację zamówień określonych w innych postępowaniach przetargowych, niż postępowanie, w którym doszło do zawarcia stwierdzonego porozumienia. Zarówno wartość zamówienia dotyczącego koszenia trawy na Polu Gettowym Cmentarza Żydowskiego w Łodzi, jak i korzyści finansowe uzyskane przez Anetę Granatowską w wyniku zaistnienia skutków zarzucanej praktyki, były znikome w stosunku do wartości przychodów wykazanych przez Przedsiębiorcę za 2014 r.

Biorąc powyższe pod uwagę oraz fakt zrealizowania zmywy przetargowej Prezes Urzędu postanowił obniżyć wysokość kary dla strony postępowania o 80%.

W związku z tym, wysokość kary pieniężnej na tym etapie kalkulacji wyniosła 1 937,72 zł.

Prezes Urzędu uwzględnił następnie okres trwania stwierdzonego naruszenia. Biorąc pod uwagę ramy czasowe zawartego porozumienia obejmujące okres od ogłoszenia przetargu do podpisania umowy są one krótsze niż rok, czyli okres trwania praktyki nie był długotrwały. Wobec powyższego Prezes Urzędu nie uznał za celowe, na tym etapie ustalania kary pieniężnej, jej podwyższanie.

Nakładając karę pieniężną, w ramach rozpatrywania okoliczności obciążających, Prezes Urzędu wziął również pod uwagę konieczność ustalenia, czy stwierdzone w decyzji naruszenie dokonane było umyślnie czy też nieumyślnie. Okoliczności sprawy, w szczególności powiązania stron, doświadczenie jednego z przedsiębiorców oraz specyfika postępowania przetargowego w trybie przepisów Prawa zamówień publicznych, świadczą o tym, iż przedsiębiorcy byli stronami porozumienia określającego pewną ustaloną taktykę zachowania mającą na celu przede wszystkim optymalizację korzyści finansowych. Takie zachowanie wskazuje na umyślność działania stron porozumienia. W związku z powyższym biorąc pod uwagę występującą w sprawie ww. okoliczność obciążającą, Prezes Urzędu uznał, że uzasadnione jest dodatkowe podwyższenie wysokości kary o 20%, tj. do kwoty 2 325,27 zł

Ustalając wysokość nałożonej na ww. przedsiębiorców kary pieniężnej, Prezes Urzędu rozważył również, czy w sprawie występują inne okoliczności łagodzące lub obciążające. Prezes Urzędu uznał, że w sprawie nie występują inne okoliczności łagodzące lub obciążające.

Ostatecznie, nałożona kara pieniężna po zaokrągleniu do pełnych złotych wyniosła 2 325 zł (słownie: dwa tysiące trzysta dwadzieścia pięć złotych).

W ocenie Prezesa Urzędu powyższa kara pieniężna jest adekwatna do stopnia naruszenia przepisów ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów. Prezes Urzędu, kierując się potrzebą przeciwdziałania stosowaniu praktyk ograniczających konkurencję na rynku uznał, że orzeczona kara powinna stanowić dolegliwość dla strony niniejszego postępowania. W tym przypadku kara powinna w szczególności spełnić funkcję represyjną, prewencyjną i wychowawczą, tak, aby zapobiec w przyszłości naruszeniom przepisów ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów.

W związku z powyższym Prezes Urzędu orzekł jak w punkcie III sentencji niniejszej decyzji.

Ad. IV. sentencji niniejszej decyzji

Zgodnie z art. 80 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów w związku z art. 3 ustawy o zmianie ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów, Prezes Urzędu rozstrzyga o kosztach w drodze postanowienia, które może być zamieszczone w decyzji kończącej postępowanie. Zgodnie z art. 77 ustawy o ochronie konsumentów w związku z art. 3 ustawy o zmianie ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów, jeżeli w wyniku postępowania Prezes Urzędu stwierdził naruszenie przepisów tejże ustawy, przedsiębiorca, który dopuścił się tego naruszenia, zobowiązany jest ponieść koszty postępowania. Zgodnie z art. 263 § 1 k.p.a. w związku z art. 83 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów do kosztów postępowania zalicza się koszty podróży i inne należności świadków i biegłych oraz stron w przypadkach przewidzianych w art. 56 k.p.a., a także koszty spowodowane oględzinami na miejscu, jak również koszty doręczenia stronom pism urzędowych. Kosztami niniejszego postępowania są koszty związane z korespondencją prowadzoną przez Prezesa Urzędu w związku z niniejszą sprawą.

Niniejsze postępowanie antymonopolowe zostało wszczęte z urzędu. W jego wyniku Prezes Urzędu w punkcie I sentencji niniejszej decyzji stwierdził naruszenie art. 6 ust. 1 pkt 7 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów. Kosztami niniejszego postępowania są wydatki związane z prowadzoną w toku tego postępowania korespondencją. W związku z powyższym Prezes Urzędu postanowił obciążyć Anettę Granatowską kosztami postępowania w wysokości 22,50 zł. (słownie: dwadzieścia dwa złote pięćdziesiąt groszy).

Mając na uwadze powyższe, Prezes Urzędu postanowił jak w punkcie IV sentencji niniejszej decyzji.

Stosownie do art. 112 ust. 3 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów w związku z art. 3 ustawy o zmianie ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów, karę pieniężną należy uiścić w terminie 14 dni od dnia uprawomocnienia się decyzji Prezesa Urzędu na konto Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów w Warszawie do Narodowego Banku Polskiego, Oddział Okręgowy w Warszawie, na rachunek Nr 51101010100078782231000000.

Zgodnie z art. 264 § 1 k.p.a. w związku z art. 83 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów koszty niniejszego postępowania przedsiębiorca zobowiązany jest wpłacić na konto Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów: NBP o/o Warszawa Nr 51101010100078782231 000000 w terminie 7 dni od dnia uprawomocnienia się niniejszej decyzji.

Stosownie do treści art. 81 ust. 1 ustawy z dnia 16 lutego 2007 r. o ochronie konkurencji i konsumentów (Dz.U. z 2015 r., poz. 184) w związku z art. 479²⁸ § 2 k.p.c. w związku z art. 3 i art. 11 ustawy o zmianie ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów, od niniejszej decyzji przysługuje odwołanie do Sądu Okręgowego w Warszawie – Sądu Ochrony Konkurencji i Konsumentów w terminie miesiąca od daty jej doręczenia, za pośrednictwem Prezesa Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów – Delegatury Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów w Łodzi.

W przypadku jednak kwestionowania wyłącznie postanowienia o kosztach zawartego w pkt IV sentencji niniejszej decyzji, stosownie do art. 81 ust. 5 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów w związku z art. 479³² § 1 i 2 k.p.c., oraz art. 264 § 2 k.p.a. w związku z art. 83 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów, przysługuje zażalenie do Sądu Okręgowego w Warszawie – Sądu Ochrony Konkurencji i Konsumentów, w terminie tygodniowym od dnia doręczenia niniejszej decyzji, za pośrednictwem Prezesa Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów - Delegatury Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów w Łodzi.

*Z upoważnienia
Prezesa
Urzędu Ochrony
Konkurencji i Konsumentów
Z-ca Dyrektora Delegatury w Łodzi*

Andrzej Kędzia

Otrzymują:

1. Adw. Maciej Lenart
Kancelaria Adwokacka
Ul. Więckowskiego 17 lok. 4
90-721 Łódź

pełnomocnik przedsiębiorcy:
Anetta Granatowska
MAR-MAT Usługi Komunalne

2. Mateusz Granatowski
Ul. Zakładowa 106
92-402 Łódź