



**PREZES
URZĘDU OCHRONY
KONKURENCJI I KONSUMENTÓW**

DELEGATURA UOKiK W POZNANIU

ul. Zielona 8, 61-851 Poznań

Tel. (0-61) 852-15-17, 852-77-50, Fax (0-61) 851-86-44

E-mail: poznan@uokik.gov.pl

Poznań, dnia 31 grudnia 2013 roku

RPZ - 410/1/13/AS

DECYZJA Nr RPZ 50/2013

Stosownie do art. 33 ust. 6 ustawy z dnia 16 lutego 2007 r. o ochronie konkurencji i konsumentów (Dz. U. z 2007 r. Nr 50, poz. 331 ze zm.), po przeprowadzeniu postępowania antymonopolowego

- w imieniu Prezesa Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów,

I. na podstawie art. 11 ust. 2 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów, **uznaje się za praktykę ograniczającą konkurencję**, określoną w art. 6 ust. 1 pkt 7 ww. ustawy, zawarcie przez:

1. Łukasza Ratajczaka prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą: „Łukasz Ratajczak Firma Handlowo-Usługowa LUKTRANS” w Gnieźnie,
2. Pawła Stanisławskiego prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą: „PAWEKO-Paweł Stanisławski” w Luboniu,
3. „KDS” Sp. z o.o. w Poznaniu,
4. „ALKOM Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością” Sp. k. w Poznaniu,
5. „ALKOM” Sp. z o.o. w Poznaniu

porozumienia ograniczającego konkurencję w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego na „Konserwację i utrzymanie zieleni miejskiej na terenie miasta Poznania - 10 części”, polegającego na uzgodnieniu przez ww. przedsiębiorców warunków ofert składanych w związku z przystąpieniem do tego przetargu, w celu podziału lokalnego rynku usług związanych z konserwacją i utrzymaniem zieleni miejskiej obejmującego miasto Poznań, czego efektem było złożenie przez każdego z nich ofert wzajemnie ze sobą niekolidujących na różne rejony miasta Poznania, co stanowi naruszenie zakazu uzgadniania przez przedsiębiorców przystępujących do przetargu warunków składanych ofert, w szczególności zakresu prac lub ceny

i stwierdza się zaniechanie jej stosowania z dniem 29 stycznia 2013 roku,

II. na podstawie art. 105 § 1 ustawy z dnia 14 czerwca 1960 r. Kodeks postępowania administracyjnego (tekst jedn. Dz.U. 2013, poz. 267) w zw. z art. 83 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów, **umarza się postępowanie antymonopolowe przeciwko** Henrykowi Sienkiewiczowi prowadzącemu działalność gospodarczą pod nazwą „Henryk Sienkiewicz ALKOM Firma Handlowo-Uslugowa” w Poznaniu w sprawie podejrzenia zawarcia przez Łukasza Ratajczaka prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą: „Łukasz Ratajczak Firma Handlowo-Uslugowa LUKTRANS” w Gnieźnie, Pawła Stanisławskiego prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą: „PAWEKO-Paweł Stanisławski” w Luboniu, „KDS” Sp. z o.o. w Poznaniu, „ALKOM Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością” Sp. k. w Poznaniu oraz „ALKOM” Sp. z o.o. w Poznaniu porozumienia ograniczającego konkurencję w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego na „Konserwację i utrzymanie zieleni miejskiej na terenie miasta Poznania – 10 części”, polegającego na uzgodnieniu przez ww. przedsiębiorców warunków ofert składanych w związku z przystąpieniem do tego przetargu, w celu podziału lokalnego rynku usług związanych z konserwacją i utrzymaniem zieleni miejskiej obejmującego miasto Poznań, czego efektem było złożenie przez każdego z nich ofert wzajemnie ze sobą niekolidujących na różne rejony miasta Poznania, co stanowi naruszenie zakazu uzgadniania przez przedsiębiorców przystępujących do przetargu warunków składanych ofert, w szczególności zakresu prac lub ceny,

III. na podstawie art. 106 ust. 1 pkt 1 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów, w związku z naruszeniem art. 6 ust. 1 pkt 7 ww. ustawy w zakresie określonym w punkcie I, w imieniu Prezesa Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów, **nakłada się na:**

1. Łukasza Ratajczaka prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą: „Łukasz Ratajczak Firma Handlowo-Uslugowa LUKTRANS” w Gnieźnie karę pieniężną w wysokości **3.794,00 zł** (słownie: trzy tysiące siedemset dziewięćdziesiąt cztery złote) płatną do budżetu państwa;
2. Pawła Stanisławskiego prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą „PAWEKO - Paweł Stanisławski” w Luboniu karę pieniężną w wysokości **3.259,00 zł** (słownie: trzy tysiące dwieście pięćdziesiąt dziewięć złotych) płatną do budżetu państwa;
3. „KDS” Sp. z o.o. w Poznaniu karę pieniężną w wysokości **41.428,00 zł** (słownie: czterdzieści jeden tysięcy czterysta dwadzieścia osiem złotych) płatną do budżetu państwa;
4. „Alkom” Sp. z o.o. w Poznaniu karę pieniężną w wysokości **126.220,00 zł** (słownie: sto dwadzieścia tysięcy dwieście dwadzieścia złotych) płatną do budżetu państwa;
5. „Alkom Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością” Sp.k. w Poznaniu karę pieniężną w wysokości **3.152,00 zł** (słownie: trzy tysiące sto pięćdziesiąt dwa złote) płatną do budżetu państwa;

Uzasadnienie

Prezes Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów (dalej: „Prezes Urzędu”) postanowieniem z dnia 21.02.2013 r. wszczął postępowanie wyjaśniające celem wstępnego ustalenia, czy działania przedsiębiorców uczestniczących w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego na „Konserwację i utrzymanie zieleni miejskiej na terenie miasta Poznania - 10 części” mogą naruszać przepisy ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów, w tym czy sprawa ma charakter antymonopolowy (sygn. akt: RPZ-400/3/13/AS).

Postępowanie wyjaśniające zostało wszczęte po analizie przekazanego przez Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w Warszawie w dniu 22.01.2013 r. wyroku Krajowej Izby Odwoławczej (dalej: „KIO”) z dnia 15.01.2013 r. (sygn. akt: KIO 2865/12) w sprawie z odwołania wniesionego w dniu 24.12.2012 r. przez wykonawcę GREENQL Sp. z o.o. z siedzibą w Poznaniu w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego - Zarząd Zieleni Miejskiej w Poznaniu przy udziale:

1. MAGARD Maciej Nowacki, 61-333 Poznań, ul. Lachowicka 24;
 2. Ogród Projekt Aldona Szkudlarek-Lipowy, 62-020 Swarzędz, ul. I. Paderewskiego 46A;
 3. TRAWPOL Roboty Drogowe i Utrzymanie Zieleni Miejskiej, 61-063 Poznań, ul. Sławomira 19;
 4. Agro-Estetyka Piotr Kowalczyk, 62-200 Gniezno, ul. Żwirki i Wigury 16/2;
 5. PHU ABIES Szymon Grodzki, 62-095 Murowana Goślina, Zielonka 7
- zgłaszających przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie odwołującego oraz przy udziale:

1. Łukasz Ratajczak Firma Handlowo-Usługowa „LUKTRANS”, 62-200 Gniezno, ul. Konikowo 10-12;
 2. KDS Sp. z o.o., 61-719 Poznań, ul. Północna 1;
 3. ALKOM Sp. z o.o. Sp. k., 61-719 Poznań, ul. Północna 1,
 4. Alkom Sp. z o.o., 61-719 Poznań, ul. Północna 1
- zgłaszających swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego oraz wnoszących sprzeciw od uwzględnienia całości zarzutów odwołania przez zamawiającego.

KIO w ww. wyroku uwzględniła odwołanie i nakazała zamawiającemu unieważnienie najkorzystniejszej oferty w zakresie części IV zamówienia, odrzucenie oferty wykonawcy KDS Sp. z o.o. w Poznaniu złożonej na część IV zamówienia oraz nakazała ponowne badanie i ocenę ofert w zakresie części IV zamówienia.

W ocenie Prezesa Urzędu, uzasadnienie ww. wyroku KIO oraz materiały (m. in. oferty złożone w ww. przetargu) dostarczone przez Miasto Poznań oraz Zarząd Zieleni Miejskiej w Poznaniu czyniły zasadnym podejrzenie, że „KDS” Sp. z o.o., Łukasz Ratajczak prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą „Łukasz Ratajczak Firma Handlowo-Usługowa LUKTRANS” (dalej: „Łukasz Ratajczak”), Paweł Stanisławski prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą

„PAWEKO - Paweł Stanisławski” (dalej: „Paweł Stanisławski”), „ALKOM” Sp. z o.o. oraz „ALKOM Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością” Spółka komandytowa w porozumieniu i w sposób niedozwolony zamierzali wpłynąć na wynik całego postępowania. Oferty zostały złożone na poszczególne zadania tak, aby się nie pokrywały. Celem współdziałania było porozumienie co do podziału lokalnego rynku (miasta Poznania) usług związanych z konserwacją i utrzymaniem zieleni miejskiej pomiędzy wykonawców ze sobą powiązanych, bądź ściśle ze sobą współpracujących.

Przedmiot zamówienia podzielony został przez Zamawiającego na dziesięć części (rejonów), przy czym zgodnie z zapisami Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia (dalej: „SIWZ”), jeden wykonawca mógł złożyć ofertę na maksymalnie dwa rejony. Wydaje się mało prawdopodobne, aby w warunkach konkurencji, w sytuacji niepewności co do zachowań pozostałych uczestników rynku, nie doszło do kolizji ofert. Uczestnicy porozumienia dokonali podziału przedmiotu zamówienia, czego efektem było złożenie przez każdego z nich ofert wzajemnie się niepokrywających. Wyżej wymienione okoliczności i zbieżności nie można wytłumaczyć w inny sposób niż istnieniem porozumienia.

„KDS” Sp. z o.o., „ALKOM” Sp. z o.o. oraz „ALKOM Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością” Sp.k. stanowią grupę kapitałową w rozumieniu art. 4 pkt 14 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów, na czele której stoi Henryk Sienkiewicz prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą „Henryk Sienkiewicz ALKOM Firma Handlowo-Usługowa” (dalej: „Henryk Sienkiewicz”). Jest on bowiem współnikiem zarówno spółki „KDS” Sp. z o.o., jak i „ALKOM” Sp. z o.o. oraz „ALKOM Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością” Sp.k. Na podstawie udostępnionych materiałów postępowania przetargowego można przyjąć, że to on, jako podmiot dominujący był koordynatorem i podmiotem ułatwiającym zawarcie porozumienia, w tym podejmował wszelkie istotne decyzje dotyczące ofert składanych w przedmiotowym przetargu przez podmioty zależne.

W związku z powyższym, postanowieniem z dnia 6.05.2013 r. Prezes Urzędu wszczął postępowanie antymonopolowe w związku z podejrzeniem zawarcia przez:

1. Henryka Sienkiewicza prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą „ALKOM” Firma Handlowo-Usługowa,
2. Łukasza Ratajczaka prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą Firma Handlowo-Usługowa „LUKTRANS”,
3. Pawła Stanisławskiego prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą PAWEKO - Paweł Stanisławski

porozumienia ograniczającego konkurencję w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego na „Konserwację i utrzymanie zieleni miejskiej na terenie miasta Poznania – 10 części”, polegającego na uzgodnieniu przez ww. przedsiębiorców warunków ofert składanych w związku z przystąpieniem do tego przetargu, w celu podziału lokalnego rynku usług związanych z konserwacją i utrzymaniem zieleni miejskiej obejmującego miasto Poznań, czego efektem było złożenie przez każdego z nich ofert wzajemnie ze sobą niekolidujących na różne rejony miasta Poznania, co może stanowić naruszenie

zakazu uzgadniania przez przedsiębiorców przystępujących do przetargu warunków składanych ofert, w szczególności zakresu prac lub ceny zawartego w art. 6 ust. 1 pkt 7 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów.

Pojęcie „oferty niekolidujące” oznacza oferty, które zostały złożone na poszczególne części przetargu w taki sposób, że każda z ofert została złożona na osobny rejon (jeden przedsiębiorca złożył ofertę na część 1 i 2, drugi na część 3 i 6, trzeci na część 4 i 5 itd.). W niniejszej sprawie, poszczególne oferty członków porozumienia nie pokrywały się zatem, czy też nie kolidowały między sobą, a w konsekwencji, przedsiębiorcy nie konkurowali między sobą w ramach poszczególnych części przetargu.

Równocześnie, postanowieniem z tego samego dnia zaliczono w poczet dowodów w postępowaniu antymonopolowym materiały zebrane w postępowaniu wyjaśniającym prowadzonym pod sygnaturą RPZ-400/3/13/AS (k. 4-1214 akt post. adm.).

W odpowiedzi na zawiadomienie z dnia 6.05.2013 r. o wszczęciu postępowania antymonopolowego Henryk Sienkiewicz, pismem z dnia 22.05.2013 r. złożył następujące oświadczenie „zaprzeczam (...) oraz nie zgadzam się z krzywdzącą oceną Urzędu, wg której w ramach prowadzonej przeze mnie działalności gospodarczej zawierałem zakazane prawem porozumienia ograniczające konkurencję. Dążąc do ustalenia prawdy obiektywnej, jako jednej z naczelnych zasad również w postępowaniu antymonopolowym Urząd, powinien w sposób wszechstronny ustalić, czy w ogóle zachodzą okoliczności zarzucanego mi czynu. Opierając się jedynie na orzeczeniu Krajowej Izby Odwoławczej, wydanym w oparciu o pomówienia podmiotu, który wykorzystując ułomne ustawodawstwo, pragnie mnie zdyskredytować, przedmiotowa reguła może zostać zniweczona. Albowiem, gdyby nie dość skuteczna bariera finansowa ww. orzeczenie zostałoby zaskarżone do Sądu Okręgowego. Oczywiście w chwili obecnej nie mogę stwierdzić, czy w wyniku skargi oczyściłbym się z niestuszných zarzutów, niemniej ww. instytucja wszechstronnie oceniłaby zebrany materiał dowodowy, niż podmiot, który nie ma w tej materii doświadczenia i odpowiedniej wiedzy, instrumentów dowodowych, a prowadzone przez niego postępowanie było wybiórcze, a nawet tendencyjne. Przenosząc przedmiotowe rozważania na grunt ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów (dalej ustawy) oraz treść dokumentów otrzymanych z Urzędu pragnę wskazać, na pewne nieścisłości, które mam nadzieję, zostaną wyjaśnione w toku postępowania antymonopolowego, a mianowicie Urząd:

1) formułując zarzut w trybie art. 6 ust. 1 pkt 7 ustawy nie wyjaśnił w rzeczywistości na czym polegała omawiana praktyka w kontekście przestanki „uzgadnianie warunków składanych ofert, w szczególności zakresu prac i ceny”, a jedynie przyjął za udowodnioną argumentację KIO, wg której doszło do działania cyt. „podziału lokalnego rynku usług związanych z konserwacją i utrzymaniem zieleni miejskiej obejmującego miasto Poznań”. Przedmiotowa teza już na pierwszy rzut oka jest nadużyciem, gdyż „lokalnego rynku usług” nie można rozpatrywać przez pryzmat jednego Zamawiającego i jednego postępowania w sprawie zamówienia publicznego, gdyż z istoty rzeczy nie jest rynek właściwy w rozumieniu ustawy. Jest to zatem widomy przykład nadinterpretacja ustawy przez KIO, wynikający braku elementarnej wiedzy oraz dużego poczucia bezpieczeństwa (bariera finansowa), iż tego rodzaju praktyki nie będą zaskarżane,

2) *nie wyjaśnił, czy w kontekście art. 4 pkt 5 ustawy doszło do porozumienia antykonkurencyjnego, i czy w związku z tym domniemaniem doszło do wyeliminowania, ograniczenia lub naruszenia w inny sposób konkurencji na rynku właściwym*".

Ponadto, Łukasz Ratajczak oraz Paweł Stanisławski na żądanie Prezesa Urzędu, przedłożyli wszystkie wymagane informacje i dokumenty, nie skorzystali jednak z samej możliwości ustosunkowania się do przedstawionego zarzutu.

Po analizie materiału dowodowego zgromadzonego w toku postępowania, Prezes Urzędu, postanowieniem z dnia 14.11.2013r., zmienił ww. postanowienie z dnia 6.05.2013r. o wszczęciu postępowania antymonopolowego w taki sposób, że nadał sentencji tego postanowienia następujące brzmienie:

„Na podstawie art. 49 ust. 1 ustawy z dnia 16 lutego 2007 r. o ochronie konkurencji i konsumentów (Dz.U. Nr 50, poz. 331 ze zm.) oraz stosownie do art. 33 ust. 6 tej ustawy

- w imieniu Prezesa Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów,

wszczyna się z urzędu postępowanie antymonopolowe w związku z podejrzeniem zawarcia przez:

1. Henryka Sienkiewicza prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą „ALKOM” Firma Handlowo-Usługowa w Poznaniu,
2. Łukasza Ratajczaka prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą Firma Handlowo-Usługowa „LUKTRANS” w Gnieźnie,
3. Pawła Stanisławskiego prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą PAWEKO - Paweł Stanisławski w miejscowości Tarnowa (gm. Tuliszków),
4. KDS Sp. z o.o. w Poznaniu,
5. ALKOM Sp. z o.o. Sp. k. w Poznaniu,
6. ALKOM Sp. z o.o. w Poznaniu

porozumienia ograniczającego konkurencję w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego na „Konserwację i utrzymanie zieleni miejskiej na terenie miasta Poznania – 10 części”, polegającego na uzgodnieniu przez ww. przedsiębiorców warunków ofert składanych w związku z przystąpieniem do tego przetargu, w celu podziału lokalnego rynku usług związanych z konserwacją i utrzymaniem zieleni miejskiej obejmującego miasto Poznań, czego efektem było złożenie przez każdego z nich ofert wzajemnie ze sobą nie kolidujących na różne rejony miasta Poznania, co może stanowić naruszenie zakazu uzgadniania przez przedsiębiorców przystępujących do przetargu warunków składanych ofert, w szczególności zakresu prac lub ceny zawartego w art. 6 ust. 1 pkt 7 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów.”

Pismem z dnia 4.12.2013 r. strony postępowania zostały zawiadomione o zakończeniu zbierania materiału dowodowego oraz o możliwości zapoznania się z aktami sprawy i złożenia dodatkowych wyjaśnień w terminie 7 dni od daty doręczenia niniejszego pisma.

W odpowiedzi na zawiadomienie pełnomocnik Łukasza Ratajczaka podniósł, że nie jest w stanie samodzielnie ustalić zakresu i kierunku prowadzonego postępowania oraz odnieść się do obszernych akt sprawy, albowiem nie wie, do których konkretnie dokumentów Prezes UOKiK zamierza się odwołać. Ponadto, Strona zaprzeczyła, że uczestniczyła w porozumieniu oraz oświadczyła, że oferty zostały sporządzone samodzielnie. Analogiczne stanowisko zajął pełnomocnik reprezentujący Henryka Sienkiewicza, KDS Sp. z o.o., Alkom Sp. z o.o. oraz Alkom Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością Sp.k.

W toku postępowania Prezes Urzędu ustalił następujący stan faktyczny:

Zarząd Zieleni Miejskiej w Poznaniu (dalej: „Zamawiający” lub „ZZM”), który jest jednostką organizacyjną Miasta Poznania działającą w formie jednostki budżetowej¹, na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 roku Prawo zamówień publicznych (tekst jedn.: Dz. U. z 2010 roku Nr 113, poz. 759 ze zm., dalej: „ustawa p.z.p.”) przeprowadził postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego na „Konserwację i utrzymanie zieleni miejskiej na terenie miasta Poznania – 10 części” (sygnatura zamówienia ZZM.ZP/172-143/12).

Zgodnie z protokołem postępowania w trybie przetargu nieograniczonego zatwierdzonym w dniu 21.02.2012 r., ogłoszenie o zamówieniu publicznym zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej z dnia 24.10.2012 r. pod numerem 2012/S 205-337679, a także zostało zamieszczone w siedzibie zamawiającego na tablicy ogłoszeń oraz na stronie internetowej www.zzmpoznan.pl i bip.poznan.pl (k. 152-155 post. adm.).

Zgodnie z SIWZ, termin realizacji całości zamówienia obejmuje okres od dnia 1.01.2013 r. do dnia 31.12.2015 r. lub w przypadku przedłużenia czasu trwania procedury od dnia podpisania umowy do dnia 31.12.2015 r. (k. 68-74 akt post. adm.).

Ponadto, zgodnie z SIWZ, przedmiot zamówienia, czyli konserwacja i utrzymanie zieleni miejskiej na terenie miasta Poznania, został podzielony na 10 części (numer części jest równy numerowi rejonu):

- Część Nr 1 – obejmuje rejon I – Górny taras Rataj,
- Część Nr 2 – obejmuje rejon II – Dolny taras Rataj,
- Część Nr 3 – obejmuje rejon III – Śróдка,
- Część Nr 4 – obejmuje rejon IV – Piątkowo,
- Część Nr 5 – obejmuje rejon V – Winogrody,
- Część Nr 6 – obejmuje rejon VI – Centrum Południe,
- Część Nr 7 – obejmuje rejon VII – Centrum Północ,
- Część Nr 8 – obejmuje rejon VIII – Wilda,
- Część Nr 9 – obejmuje rejon IX – Grunwald,
- Część Nr 10 – obejmuje rejon X – Jeżyce.

Zamawiający dopuścił składanie ofert częściowych, tj. na poszczególne części (rejony miasta Poznania), z zastrzeżeniem, że każdy z Wykonawców może złożyć

¹ Zgodnie ze statutem, stanowiącym załącznik do uchwały Nr VII/52/VI/2011 Rady Miasta Poznania z dnia 22 lutego 2011 roku;

ofertę co najwyżej na dwie takie części, tj. dwa rejony. W przypadku, gdy Wykonawca (samodzielnie lub w konsorcjum) złożyłby ofertę na więcej niż dwie części, oferta podlegałaby odrzuceniu na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy p.z.p. (k. 69 akt post. adm.). Podkreślenia wymaga także to, że zgodnie z pkt 14 SIWZ, jedynym kryterium, którym zamawiający kierował się przy wyborze oferty, była najniższa cena (k. 73 akt post. adm.).

Przedsiębiorcy, w ramach niniejszego postępowania przetargowego, mogli składać oferty na maksymalnie dwa rejony miasta Poznania. I tak:

- Łukasz Ratajczak złożył ofertę na **część nr 1 oraz 2;**
- Paweł Stanisławski złożył ofertę na **część nr 8;**
- „KDS” Sp. z o.o. złożyła ofertę na **część nr 4 oraz 5;**
- „ALKOM” Sp. z o.o. złożyła ofertę na **część nr 3 oraz 6;**
- „ALKOM Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością” Sp. k. złożyła ofertę na **część nr 9 oraz 10;**
(k. 165-167, 573, 618, 669, 709, 746 akt post. adm.).

W przedmiotowym postępowaniu oferty złożyli także przedsiębiorcy, którzy nie są stronami niniejszego postępowania:

- „Agro-Estetyka” Piotr Kowalczyk złożył ofertę na część nr 3 oraz 7;
- „PHU ABIES” Szymon Grodzki złożył ofertę na część nr 1 oraz 6;
- „MAGARD” Maciej Nowacki złożył ofertę na część nr 1 oraz 10;
- „Zakład Kształtowania Zieleni Gardens” Grzegorz Sobolewski złożył ofertę na część nr 3;
- „TRAWPOL Roboty Drogowe i Utrzymanie Zieleni Miejskiej” Janusz Zięba złożył ofertę na część nr 2 oraz 8;
- GREENQL Sp. z o.o. złożyła ofertę na część nr 4;
- „Ogród Projekt” Aldona Szkudlarek-Lipowy złożyła ofertę na część nr 10;
- „Zakład Usługowo-Handlowy Zieleni Wiosna” złożył ofertę na część nr 1 oraz 4;
- „PARK-M” Sp. z o.o. złożyła ofertę na część nr 9 oraz 10;
- „BKW Usługi Komunalne” Sp. z o.o. złożyła ofertę na część nr 4 oraz 5;

Zgodnie z protokołem postępowania w trybie przetargu nieograniczonego zatwierdzonym w dniu 21.02.2012 r., w dniu 17.12.2012 r. jako najkorzystniejszą ofertę wybrano (k. 153 akt post. adm.):

- Część Nr 1 – Łukasz Ratajczak Firma Handlowo-Usługowa LUKTRANS,
- Część Nr 2 – TRAWPOL Roboty Drogowe i Utrzymywanie Zieleni Miejskiej,
- Część Nr 3 – ALKOM Sp. z o.o.,
- Część Nr 4 – KDS Sp. z o.o.,
- Część Nr 5 – KDS Sp. z o.o.,
- Część Nr 6 – ALKOM Sp. z o.o.,
- Część Nr 7 – Agro-Estetyka, Piotr Kowalczyk,
- Część Nr 8 – TRAWPOL Roboty Drogowe i Utrzymywanie Zieleni Miejskiej,
- Część Nr 9 – ALKOM Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością Sp. k. ,

Część Nr 10 - ALKOM Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością Sp. k. .

Niemniej jednak, Zamawiający zmuszony był unieważnić czynność wyboru oferty najkorzystniejszej na rejon II, gdyż w dniu 17.12.2012 r. powziął informację o niezgodnej z przepisami ustawy p.z.p. czynności podjętej przez Zamawiającego, do której jest on zobowiązany na podstawie przepisów tej ustawy, a na którą nie przysługuje odwołanie na podstawie art. 180 ust. 2. ustawy p.z.p. tj. Zamawiający nie dokonał poprawki oczywistej omyłki rachunkowej w zakresie zsumowania wartości kosztorysów ofertowych na poszczególne lata. I tak w formularzu ofertowym Łukasza Ratajczaka było: 372.158,54 zł + 375.098,50 zł + 375.636,00 zł = 2.118.849,70 zł. Po poprawce jest: 372.158,54 zł + 375.098,50 zł + 375.636,00 zł = 1.122.893,04 zł (k. 154 akt post. adm.).

W wyniku powtórzonych czynności, działając na podstawie art. 87 ust. 2 pkt 2 ustawy p.z.p. Zamawiający dokonał w ofercie Łukasza Ratajczaka poprawy ww. omyłki rachunkowej, z uwzględnieniem konsekwencji rachunkowych. W wyniku powtórzonych czynności na część nr 2 obejmującą rejon II – Dolny taras Rataj jako najkorzystniejszą wybrano ofertę Łukasza Ratajczaka (k. akt 154 post. adm.).

Następnie, w związku z wydaniem przez KIO orzeczenia kończącego postępowanie odwoławcze (sygn. KIO 2865/2012) - uwzględniającego odwołanie i nakazującego zamawiającemu unieważnienie wyboru najkorzystniejszej oferty w zakresie części IV zamówienia, odrzucenie oferty wykonawcy KDS Sp. z o.o. w Poznaniu złożonej na część IV zamówienia oraz nakazującego ponowne badanie i ocenę ofert w zakresie części IV zamówienia - a także w związku z art. 7 ust. 1 i ust 3 ustawy p.z.p. ZZM unieważnił wybór oferty na część nr 1,2,3,4,5,6,8,9,10 z dnia 17.12.2012 roku (k. 154, 1182 post. adm.). Poza tym, zgodnie z art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy p.z.p., który stanowi, że zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli jej złożenie stanowi czyn nieuczciwej konkurencji w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, odrzucono oferty następujących Wykonawców (k. 154 akt post. adm.):

- KDS Sp. z o.o.,
 - Łukasz Ratajczak Firma Handlowo-Usługowa LUKTRANS,
 - PAWEKO - Paweł Stanisławski,
 - ALKOM Sp. z o.o.,
 - ALKOM Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością Sp. k.,
- oraz
- PARK-M Sp. z o.o.,
 - BKW Usługi Komunalne Sp. z o.o.

Po dokonaniu ponownego wyboru, za najkorzystniejsze na część nr 1, 2, 3, 4, 6, 8, 10 uznano następujące oferty:

- Część Nr 1 - MAGARD Maciej Nowacki,
- Część Nr 2 - TRAWPOL Roboty Drogowe i Utrzymywanie Zieleni Miejskiej,
- Część Nr 3 - Agro-Estetyka Piotr Kowalczyk,
- Część Nr 4 - Green QL Sp. z o.o. w Poznaniu,
- Część Nr 6 - PHU ABIES Szymon Grodzki,
- Część Nr 8 - TRAWPOL Roboty Drogowe i Utrzymywanie Zieleni Miejskiej,

Część Nr 10 - Ogród Projekt Aldona Szkudlarek-Lipowy.
(k. 154 i k. 454 akt post. adm.)

Jednocześnie, na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 1 ustawy p.z.p., zgodnie z którym zamawiający unieważnia postępowanie o udzielenie zamówienia, jeżeli nie złożono żadnej oferty niepodlegającej odrzuceniu albo nie wpłynął żaden wniosek o dopuszczenie do udziału w postępowaniu od wykonawcy niepodlegającego wykluczeniu, z zastrzeżeniem pkt 2 i 3, Zarząd Zieleni Miejskiej w Poznaniu unieważnił postępowanie na część 5 i 9, gdyż nie wpłynęła żadna ważna oferta (k. 154, 155 akt post. adm.).

Z odpisów z rejestru przedsiębiorców Krajowego Rejestru Sądowego i oświadczeń zawartych w ofertach wynika, że:

- jedynym wspólnikiem KDS Sp. z o.o., ul. Północna 1, 61-719 Poznań jest Henryk Sienkiewicz (PESEL [...]) - KRS Spółki 0000178658 (k. 615 akt post. adm.);

- wspólnikami ALKOM Sp. z o.o., ul. Północna 1, 61-719 Poznań, są Henryk Sienkiewicz (PESEL [...]) posiadający 9 udziałów o wartości 4500 złotych oraz Andrzej Sienkiewicz (PESEL [...]) posiadający 1 udział o wartości 500 złotych przy kapitale zakładowym Spółki wynoszącym łącznie 5000 złotych – Prezesem Zarządu jest zaś Andrzej Sienkiewicz - KRS Spółki 0000343489 (k. 693 akt post. adm.);

- wspólnikami „ALKOM Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością” Sp.k., ul. Północna 1, 61-719 Poznań, są Henryk Sienkiewicz (PESEL [...]) oraz Andrzej Sienkiewicz (PESEL [...]) będący komandytariuszami, zaś komplementariuszem upoważnionym do reprezentowania jest ALKOM Sp. z o.o. (k. 648 akt post. adm.);

- Łukasz Ratajczak Firma Handlowo-Usługowa „LUKTRANS”, ul. Konikowo 10-12, 62-200 Gniezno – korzysta z zasobów w zakresie doświadczenia i wiedzy Henryka Sienkiewicza prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą „Henryk Sienkiewicz ALKOM Firma Handlowo-Usługowa”, ul. Falista 6 lok. 1, 61-249 Poznań (str. 26 oferty) (k. 771 akt post. adm.);

- PAWEKO - Paweł Stanisławski, al. Jana Pawła II 19 lok. 25 w Luboniu (przed zmianą siedziby w 2013 r.: Tarnowa 14, 62-740 Tuliszków) – w latach 2010 i 2011 wykonywał prace z zakresu utrzymania i konserwacji zieleni na terenie dzielnicy Nowe Miasto dla firmy Henryka Sienkiewicza „ALKOM” Firma Handlowo-Usługowa (str. 33, 34 oferty) (k. 743-744 akt post. adm.).

Zarówno ALKOM Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością Sp.k. (str. 53-56 oferty) (k. 664-667 akt post. adm.), jak i KDS Sp. z o.o. (str. 25 i str. 29 oferty) (k. 597, 601 akt post. adm.) korzysta z zasobów w zakresie doświadczenia i wiedzy Henryka Sienkiewicza prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą „Henryk Sienkiewicz ALKOM Firma Handlowo-Usługowa”.

Prezes Urzędu ustalił także, że na terenie miasta Gniezno z działalnością Henryka Sienkiewicza powiązana jest działalność Łukasza Ratajczaka (k. 423, 495 akt post. adm.). Zgodnie z danymi zawartymi na stronie internetowej Henryka Sienkiewicza prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą „Henryk Sienkiewicz ALKOM Firma Handlowo-Usługowa <http://www.alkom.pl/kontakt.html> pod pozycją „pozostałe oddziały” wymieniony jest Oddział

Gniezno znajdujący się pod adresem: ul. Konikowo 10-12, 62-200 Gniezno, e-mail: gniezno@alkom.pl (k. 1253 akt post. adm.). Dokładnie pod tym adresem działalność gospodarczą prowadzi Łukasz Ratajczak Firma Handlowo-Usługowa „LUKTRANS”. Ponadto, jako kierownik ds. handlowych Oddziału Gniezno został z imienia i nazwiska wskazany Łukasz Ratajczak (k. 281, 746, 784 akt post. adm.).

Oferty „KDS” Sp. z o.o., „ALKOM” Sp. z o.o., „ALKOM Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością” Sp.k. oraz podmiot udostępniający zasoby, tj. Henryk Sienkiewicz prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą „Henryk Sienkiewicz ALKOM Firma Handlowo-Usługowa” zawierają ten sam numer faxu do przesyłania korespondencji: 61 852 28 75 (k. 573, 618, 667, 669, 744, 771, 1244 akt post. adm.).

Oferty wykonawców „ALKOM” Sp. z o.o. oraz „ALKOM Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością” Sp.k. posiadają ten sam adres e-mail do korespondencji: sekretariat@alkom.pl, wykonawca KDS Sp. z o.o. wskazał adres e-mail: maciag@alkom.pl, natomiast podmiot udostępniający zasoby, tj. Henryk Sienkiewicz, posługuje się adresem e-mail biuro@alkom.pl. Powyższe oznacza, że ww. podmioty mają adresy e-mail na tej samej domenie, czyli na alkom.pl (k. 573, 618, 669 akt post. adm.).

Ponadto, siedziby ww. spółek znajdują się pod tym samym adresem, tj. przy ul. Północnej 1 w Poznaniu. Henryk Sienkiewicz prowadzi jednoosobową działalność gospodarczą pod adresem: ul. Falista 6 lok. 1 w Poznaniu, natomiast jako adres korespondencyjny wskazuje on adres siedziby ww. spółek, tj. 61-719 Poznań, ul. Północna 1 (k. 573, 601, 618, 667, 669, 1244 akt post. adm.).

Protokół posiedzenia Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 14.01.2013 r., w sprawie o sygn. KIO 2865/12 zawiera m.in. stanowisko zajęte w sprawie przez a Sienkiewicza, występującego jako pełnomocnik KDS Sp. z o.o.

Występujący w tej sprawie również jako pełnomocnik KDS Henryk Sienkiewicz oświadcza, iż prowadzi firmę wykonującą usługi kosztorysowe dla różnych instytucji. Stwierdza, iż po ogłoszeniu przetargu na przedmiotowe zamówienie zgłosiło się do niego 5 wykonawców celem przygotowania przez jego firmę kosztorysu na przedmiotowe zamówienie. Pracownicy jego firmy pod jego osobistym nadzorem wykonali usługi dla tych 5 firm opracowując kosztorysy formularze ofertowe na wskazane przez nich części zamówienia. Uzgodnienia co do rejonu którego miała dotyczyć oferta oraz sposób kalkulacji cen był uzgadniany przez niego z właścicielami firm zlecających zamówienie.

Tym samym normalną rzeczą jest fakt szeregu podobieństw w przygotowanych ofertach, gdyż wykonywały je te same dwie pracownice jego firmy, pod jego nadzorem. Jednakże jego zdaniem sytuacja taka wcale nie upoważnia odwołującego jak i zamawiającego do stwierdzenia, iż w sprawie doszło do zaistnienia zмовы przetargowej. Takie praktyki, że wykonawcy zlecają wykonanie kosztorysu firmom specjalistycznym w tym zakresie są rzeczą normalną i powszechną na rynku kapitałowym.

(k. 1624 akt post. adm., podkreślenie nieoryginalne).

Pomimo, że Henryk Sienkiewicz nie wskazał wprost na ww. posiedzeniu przed Krajową Izbą Odwoławczą dla jakich 5 przedsiębiorców przygotował oferty

przetargowe oraz kosztorysy, nie budzi wątpliwości fakt, że przedsiębiorcami tymi byli: Łukasz Ratajczak, Paweł Stanisławski, „KDS” Sp. z o.o., „Alkom” Sp. z o.o. oraz „Alkom Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością” Sp.k. Posiedzenie to dotyczyło bowiem zarzutu zawarcia z umowy przetargowej przez ww. 5 przedsiębiorców, a bezpośrednio przed zajęciem stanowiska przez Henryka Sienkiewicza stanowisko zajął pełnomocnik zamawiającego, który wskazywał na dowody mające świadczyć o zawarciu z umowy przetargowej przez dokładnie wskazanych 5 ww. przedsiębiorców.
(k. 1623 akt post. adm.)

Fakt sporządzenia przez dwie pracownice Henryka Sienkiewicza, pod jego nadzorem, ofert 5 przedsiębiorców objętych zarzutem (Łukasza Ratajczaka, Pawła Stanisławskiego, „KDS” Sp. z o.o., „Alkom” Sp. z o.o. oraz „Alkom Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością” Sp.k.) potwierdza treść tych ofert, albowiem występują pomiędzy nimi istotne podobieństwa.

Kosztorysy ofertowych wykonawców sporządziły dwie pracownice Henryka Sienkiewicza, co potwierdza zbliżony charakter pisma oraz podanie roku na jaki został przygotowany dany kosztorys ofertowy na dany rejon.

(ALKOM Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością Sp.k. - nagłówek str. 4, str. 7, str. 10, str. 13, str. 16, str. 19, str. 22, str. 25, str. 28 oferty - k. 621, 624, 627, 630, 633, 636, 639, 642, 645 akt post. adm.);

KDS Sp. z o.o. - nagłówek str. 4, str. 7, str. 10, str. 13, str. 16, str. 19 oferty - k. 576, 579, 582, 585, 588, 591 akt post. adm.);

Łukasz Ratajczak Firma Handlowo-Usługowa LUKTRANS - nagłówek str. 4, str. 7, str. 10, str. 13, str. 16, str. 19 oferty - k. 749, 752, 755, 758, 761, 764 akt post. adm.);

PAWEKO Paweł Stanisławski - nagłówek str. 4, str. 7, str. 10 oferty - k. 712, 716, 719 post. adm.)

W ten sam sposób, lecz innym charakterem pisma ALKOM Sp. z o.o. oznaczył kosztorysy ofertowe na dane rejony na poszczególne lata.

(nagłówek str. 4, nagłówek str. 6, nagłówek str. 8 oferty - k. 672, 674, 1262 akt post. adm.).

Ponadto, ALKOM Sp. z o.o., ALKOM Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością Sp.k., KDS Sp. z o.o., Łukasz Ratajczak oraz Paweł Stanisławski tak samo uzupełnili tabelę w miejscach, w których należało podać ceny na poszczególne rejony, w formularzach ofertowych udostępnionych przez Zamawiającego - mianowicie, w odniesieniu do rejonów, na które nie składali oferty wykreskowali miejsca w tabeli w identyczny sposób.

(k. 573, 574, 618, 669, 709, 746 akt post. adm.)

Ceny w formularzach ofertowych na poszczególne lata obowiązywania umowy wzrastały niemal identycznie - w ofertach tych przyjęto zasadę, że wzrost cen na poszczególne rejony na dany następny rok będzie wynosić w przybliżeniu od 0% do 1% - wyjątkiem jest firma ALKOM Sp. z o.o., która w drugim roku podniosła ceny w rejonie III o 3% a w rejonie VI o 8%.

Rok	ALKOM Sp. z o.o.		LUKTRANS		ALKOM Sp. z o.o. Sp. k.		KDS Sp. z o.o.		PAWEKO
Rejon	Rejon III	Rejon VI	Rejon II	Rejon I	Rejon IX	Rejon X	Rejon IV	Rejon V	Rejon VIII
2013	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]
2014	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]
2015	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]
Razem	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]
2013/2014	3%	8%	1%	1%	1%	1%	1%	1%	1%
2014/2015	1%	1%	0%	0%	0%	1%	0%	1%	1%

(k. 573, 574, 618, 669, 709, 746 akt post. adm.)

Ponadto wskazać należy, że tylko oferty ww. przedsiębiorców przewidywały wzrost cen w kolejnych latach (2013-2015). Wszyscy pozostali przedsiębiorcy uczestniczący w przetargu złożyli oferty w takiej samej kwocie na poszczególne lata, a sporządzone przez nich kalkulacje nie przewidywały jakiegokolwiek wzrostu cen za oferowane przez nich usługi.

(k. 573, 574, 618, 669, 709, 746 akt post. adm.)

Kosztorysy ofertowe przygotowane przez ww. wykonawców zawierają w wielu pozycjach identyczne ceny jednostkowe.

(k. 347-350², 576-593, 621-647, 672-685, 712-721, 1186-1192 akt post. adm.)

Oferty ALKOM Sp. z o.o. i ALKOM Sp. z o.o. Sp. k. zostały podpisane przez tę samą osobę, czyli Andrzeja Sienkiewicza.

(k. 618-647, 669-685 akt post. adm.)

Oferty wykonawców KDS Sp. z o.o., Łukasza Ratajczaka, Pawła Stanisławskiego, ALKOM Sp. z o.o., ALKOM Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością Sp. k. zostały złożone u Zamawiającego w tym samym czasie - zostały one zaewidencjonowane w dzienniku podawczym Zamawiającego w jednodominutowych odstępach czasu.

(k. 497, 1257-1259 akt post. adm.)

We wszystkich ofertach ww. podmiotów powtarzał się ten sam błąd rachunkowy polegający na nieprawidłowym obliczeniu ceny netto i podatku VAT - policzono podatek VAT od ceny brutto zamiast od ceny netto.

(k. 171-205, 576-593, 621-647, 672-685, 712-721, 749-766 akt post. adm.).

W ofertach wskazane zostały te same osoby, które miały odpowiadać za realizację zamówienia:

- 1) [...] był wskazany w ofercie ALKOM Sp. z o.o. , KDS Sp. z o.o. oraz Pawła Stanisławskiego

² W odpowiedzi z dnia 02.01.2013r. na odwołanie, ZZM sporządził tabelę wykazującą, że kosztorysy ofertowe wykonawców KDS Sp. z o.o., ALKOM Sp. z o.o., ALKOM Sp. z o.o. Spółka komandytowa, Firma Handlowo-Usługowa LUKTRANS oraz PAWEKO - Paweł Stanisławski zawierają w wielu pozycjach identyczne ceny jednostkowe;

- (k. 598, 690, 739 akt post. adm.),
- 2) [...] był wskazany w ofercie Łukasza Ratajczaka oraz ALKOM Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością Sp.k.
(k. 661, 772 akt post. adm.),
- 3) [...] był wskazany w ofercie KDS SP. z o.o. oraz Pawła Stanisławskiego
(k. 739 akt post. adm.),
- 4) [...] był wskazany w ofercie ALKOM Sp. z o.o. oraz ALKOM Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością Sp. k.
(k. 661, 690 akt post. adm.),
- 5) [...] był wskazany w ofercie ALKOM Sp. z o.o. oraz Pawła Stanisławskiego
(k. 598, 739 akt post. adm.).

Prezes Urzędu zważył co następuje:

Interes publiczny

Ustawa o ochronie konkurencji i konsumentów chroni interes publiczny, co wynika z art. 1 ust. 1 tej ustawy. Zgodnie z tym przepisem, ustawa określa warunki rozwoju i ochrony konkurencji oraz zasady podejmowanej w interesie publicznym ochrony interesów przedsiębiorców i konsumentów.

Pojęcie interesu publicznego nie jest pojęciem o charakterze jednolitym i stałym, a Prezes Urzędu wydając decyzję powinien ustalić, czy w sprawie został naruszony interes publicznoprawny. Jak uznał Sąd Okręgowy w Warszawie – Sąd Antymonopolowy: „Organ administracji publicznej – Prezes Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów powinien w toku postępowania i przy wydawaniu decyzji być rzecznikiem tego interesu, albowiem wynika to z jego zadań w strukturze administracji publicznej – art. 7 kpa. „Publiczny” znaczy odnoszący się do ogółu a nie do jednostki, czy też określonej grupy. Podstawą do zastosowania przez Prezesa Urzędu przepisów ustawy antymonopolowej winno więc być uprzednie udowodnienie przez wyżej wymieniony organ administracji, czy nastąpiło rzeczywiste naruszenie wskazanego przepisami ustawy „interesu publicznego”, nie zaś interesu jednostki, czy też grupy”³.

Interes publiczny należy zatem utożsamiać z naruszeniem konkurencji lub wywołaniem (możliwością wywołania) na rynku innych niekorzystnych zjawisk.⁴ Zachowanie przedsiębiorców należy oceniać z punktu widzenia celów ustawodawstwa antymonopolowego, a mianowicie, gdy może ono wywołać skutki w postaci wpływu na ilość, jakość, cenę towarów lub zakres wyboru dostępny konsumentom lub innym nabywcom.⁵

Ochrona konkurencji jako mechanizmu funkcjonowania gospodarki dokonywana jest nie tylko ze względu na interes innych przedsiębiorców, którzy wskutek stosowania praktyk ograniczających konkurencję są pozbawieni lub ograniczeni w możliwości skutecznego konkurowania na rynku. Praktyki

³ Uzasadnienie wyroku Sądu Okręgowego w Warszawie – Sądu Antymonopolowego z dnia 12 czerwca 2002 r., sygn. akt XVII AmA 47/2001;

⁴ Wyrok Sądu Najwyższego z dnia 05.06.2008 r., sygn. akt III SK 40/07;

⁵ Wyrok Sądu Najwyższego z dnia 16.10.2008 r., sygn. akt III SK 2/08;

ograniczające konkurencję godzą w ostatecznym wymiarze w interes odbiorców, a tym samym w dobrobyt konsumenta (ang. *consumer welfare*), którego ochrona jest ostatecznym celem prawa konkurencji, poprzez pozbawienie odbiorców końcowych korzyści wynikających z konkurencji takich jak: większy wybór, lepsza jakość, niższe ceny oraz większa innowacyjność produktów i usług oferowanych na rynku.⁶

Stronom niniejszego postępowania został postawiony zarzut zawarcia porozumienia ograniczającego konkurencję, określonego w art. 6 ust. 1 pkt 7 ww. ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów, w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego na „Konserwację i utrzymanie zieleni miejskiej na terenie miasta Poznania – 10 części”, polegającego na uzgodnieniu przez ww. przedsiębiorców warunków ofert składanych w związku z przystąpieniem do tego przetargu, w celu podziału lokalnego rynku usług związanych z konserwacją i utrzymaniem zieleni miejskiej obejmującego miasto Poznań, czego efektem było złożenie przez każdego z nich ofert wzajemnie ze sobą niekolidujących na różne rejony miasta Poznania, co może stanowić naruszenie zakazu uzgadniania przez przedsiębiorców przystępujących do przetargu warunków składanych ofert, w szczególności zakresu prac lub ceny.

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.⁷ 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.⁸

Oceniając stopień zagrożenia interesu publicznego nie można pominąć okoliczności, iż z realizacją udzielonego w wyniku przetargu zamówienia związane jest wydatkowanie przez Zamawiającego środków publicznych, przeznaczonych na realizację określonych ustawowo zadań własnych jednostki samorządu terytorialnego; zatem zarzucane porozumienie uderzało w samego zamawiającego, zobowiązanego do racjonalnego gospodarowania środkami publicznymi, a pośrednio również we wszystkich członków społeczności lokalnej.⁹

W niniejszej sprawie, która dotyczy zarzutu zawarcia zmywy przetargowej, mógł zatem zostać naruszony interes publicznoprawny polegający na zapewnieniu właściwych warunków funkcjonowania rynku, co uzasadnia ocenę zachowania stron

⁶ Decyzja Prezesa Urzędu nr RPZ 26/2010 z dnia 2.11.2010 r.; Decyzja Prezesa Urzędu nr RPZ 7/2011 z dnia 15.06.2011 r.; Decyzja Prezesa UOKiK nr DOK 6/2011 z dnia 25.07.2011;

⁷ Wyrok Sądu Najwyższego z dnia 24 lipca 2003 r., sygn. akt I CKN 496/01;

⁸ Decyzja Prezesa Urzędu RPZ-28/2012 z dnia 09.10.2012r.;

⁹ prawomocna decyzja Prezesa Urzędu nr RLU 21/2008 z dnia 10.06.2008 r. - wyrok Sądu Apelacyjnego w Warszawie z dnia 08.04.2011r., VI ACa 1071/10;

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 wybór najkorzystniejszych ofert składanych przez oferentów w warunkach konkurencji”¹⁰ (wyrok SOKiK z dnia 17.04.2008r., sygn. akt XVII AmA 117/05).

W związku z powyższym w niniejszej sprawie, w ocenie Prezesa Urzędu, istnieją podstawy do podjęcia interwencji w interesie publicznym.

Status przedsiębiorcy

Fakt posiadania przez strony niniejszego postępowania statusu przedsiębiorcy nie był kwestionowany, jednakże Prezes Urzędu wydając przedmiotową decyzję winien ocenić, czy strona jest przedsiębiorcą w rozumieniu ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów.

Zgodnie z definicją przedsiębiorcy, zawartą w art. 4 pkt 1 ww. ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów przedsiębiorcą jest przede wszystkim przedsiębiorca w rozumieniu przepisów ustawy z dnia 2 lipca 2004 r. o swobodzie działalności gospodarczej (tekst jedn. Dz.U. 2010, Nr 220, poz. 1447 ze zm). Zgodnie z art. 4 ust. 1 tej ustawy, przedsiębiorcą jest osoba fizyczna, osoba prawna i jednostka organizacyjna niebędąca osobą prawną, której odrębna ustawa przyznaje zdolność prawną, wykonująca we własnym imieniu działalność gospodarczą.

Henryk Sienkiewicz, Łukasz Ratajczak oraz Paweł Stanisławski są przedsiębiorcami w rozumieniu ww. przepisów. Są bowiem osobami fizycznymi prowadzącymi we własnym imieniu działalność gospodarczą na podstawie wpisów do Centralnej Ewidencji i Informacji o Działalności Gospodarczej. W świetle dokumentacji przetargowej można uznać, że przedmiotem działalności tych przedsiębiorców jest m. in. wykonywanie prac w zakresie utrzymania i konserwacji zieleni. KDS Sp. z o.o., Alkom Sp. z o.o. oraz Alkom Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością Sp.k. są natomiast spółkami prawa handlowego wpisanymi do rejestru przedsiębiorców Krajowego Rejestru Sądowego.

W związku z powyższym, strony niniejszego postępowania posiadają status przedsiębiorcy na gruncie przepisów o swobodzie działalności gospodarczej, a w konsekwencji także na gruncie ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów. Przedsiębiorcy będący stronami niniejszego postępowania są zatem adresatami zakazów zawartych w ustawie o ochronie konkurencji i konsumentów, w tym powinni przestrzegać zakazu zawierania porozumień ograniczających konkurencję.

Rynek właściwy

Praktyki ograniczające konkurencję ujawniają się na określonym rynku - rynku właściwym. Art. 4 pkt 9 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów definiuje rynek właściwy jako rynek towarów, które ze względu na ich

¹⁰ Decyzja Prezesa Urzędu nr RPZ-28/2012 z dnia 09.10.2012r.;

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.

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.

W niniejszej sprawie, rynek produktowy został określony, jako rynek usług związanych z konserwacją i utrzymaniem zieleni miejskiej, stanowiący pakiet różnorodnych czynności, co najlepiej odzwierciedlają dokumenty pt.: „Specyfikacja techniczna wykonania i odbioru prac. Konserwacja terenów miejskich w rejonach (...) - branża zieleń” oraz „Specyfikacja techniczna wykonania i odbioru prac. Konserwacja terenów miejskich w rejonach (...) - branża mała architektura” stanowiącymi załącznik nr 2 do SIWZ. W świetle wymienionych dokumentów, usługi konserwacji i utrzymania zieleni miejskiej polegają m.in. na koszeniu, zakładaniu i pielęgnacji trawników, krzewów, żywopłotów, pnączy, roślin okrywkowych oraz kwietników; sadzeniu krzewów, żywopłotów, pnączy i roślin okrywkowych; prześwietlaniu krzewów, drzew starszych parkowych i przyulicznych; sadzeniu i ścinaniu drzew parkowych; sadzeniu kwiatów oraz na oczyszczaniu dróg i schodów, zimowym utrzymaniu dróg, oczyszczaniu terenu toalety dla psów, utrzymaniu w czystości placów zabaw/siłowni/boisk sportowych, pomników, a także na malowaniu i myciu ławek, siedzisk na murkach, koszy, ogrodzeń, zakupie i montażu ławek, koszy, wymianie piasku w piaskownicy, utrzymaniu w sprawności systemów automatycznego nawadniania itp. Przedsiębiorcy świadczący usługi konserwacji i utrzymania zieleni miejskiej muszą być zatem wyposażeni w sprzęt i narzędzia niezbędne do wykonywania ww. czynności, tj.: wykaszania traw, przycinania i wycinania drzew, sprzątania dróg, itp. Jest to zatem działalność specyficzna i specjalistyczna, prowadzona przez przedsiębiorców dysponujących specjalistycznym sprzętem i umiejętnościami.

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 na uwadze powyższe, za rynek właściwy pod względem produktowym Prezes Urzędu uznał **rynek usług związanych z konserwacją i utrzymaniem zieleni miejskiej**.

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.¹¹ Zdaniem Prezesa Urzędu w poszczególnych rejonach, na które zamówienie zostało podzielone przez Zamawiającego, panowały podobne, zbliżone warunki konkurencji. Przedsiębiorcy prowadzący działalność w zakresie konserwacji i utrzymania zieleni miejskiej, pod warunkiem, że posiadali, zgodnie z pkt. 6 SIWZ, uprawnienia do wykonywania określonej działalności lub czynności, jeżeli przepisy prawa nakładają obowiązek ich posiadania, posiadali wiedzę i doświadczenie, dysponowali odpowiednim potencjałem technicznym oraz osobami zdolnymi do wykonania zamówienia oraz spełniali warunki dotyczące sytuacji ekonomicznej i finansowej, mogli swobodnie decydować o uczestnictwie w przetargu na konserwację i utrzymanie zieleni miejskiej poszczególnych rejonów miasta. Nie istniały bariery dostępu do przetargu na poszczególne rejony. Konserwacja i utrzymanie zieleni miejskiej w każdym rejonie mogło odbywać się, co do zasady, przy użyciu tego samego specjalistycznego sprzętu. Zdaniem Prezesa Urzędu brak jest przesłanek do zawężania właściwego w sprawie rynku geograficznego do konkretnego rejonu miasta. Jak podkreślił Sąd Apelacyjny w Warszawie w wyroku z dnia 8.04.2011r. (sygn. akt. VIA Ca 1071/10). *Nie można sztucznie wydzielać z niego poszczególnych regionów, bowiem niezależnie od dokonania przez (...) podziału jego obszaru na właśnie takie rejony, należy zauważyć, że panują w nich, co najmniej podobne warunki konkurencji określone w tym przypadku m.in. przez warunki przetargu organizowanego przez miasto jako jedyny podmiot mogący zostać zleceniodawcą w tym zakresie.*

Dlatego też rynek właściwy w ujęciu geograficznym zdefiniowano jako lokalny, określony granicami miasta Poznania. Dodatkową, przesłanką przemawiającą za takim szerokim określeniem rynku w jego ujęciu geograficznym jest fakt, że przetarg dotyczył właśnie konserwacji i utrzymania zieleni miejskiej na terenie Miasta Poznania.

Można także ewentualnie rozważać, czy w tego typu porozumieniu rynek geograficzny mógłby zostać ujęty szerzej, chociażby z uwagi na to, że część oferentów ma siedzibę poza Poznaniem. Niemniej jednak, przyjęte w niniejszej decyzji ujęcie rynku geograficznego, w ocenie Prezesa Urzędu, jest wystarczające z uwagi na powołany wcześniej art. 7 ust. 2 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów. Porozumienia ograniczające konkurencję polegające na uzgadnianiu przez przedsiębiorców przystępujących do przetargu warunków

¹¹ decyzja Prezesa UOKiK nr RPZ 28/2005 z dnia 21.09.2005 r.;

składanych ofert lub zachowania w toku przetargu są bowiem zakazane niezależnie od udziału uczestników w rynku i nie podlegają wyłączeniom *de minimis*.

Rynkiem właściwym w sprawie jest zatem rynek usług związanych z konserwacją i utrzymaniem zieleni miejskiej obejmujący miasto Poznań.

Zawarcie porozumienia - naruszenie zakazu, o którym mowa w art. 6 ust. 1 pkt 7 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów

Stronom 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 zawarciu porozumienia ograniczającego konkurencję w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego na „Konserwację i utrzymanie zieleni miejskiej na terenie miasta Poznania – 10 części”, polegającego na uzgodnieniu przez ww. przedsiębiorców warunków ofert składanych w związku z przystąpieniem do tego przetargu, w celu podziału lokalnego rynku usług związanych z konserwacją i utrzymaniem zieleni miejskiej obejmującego miasto Poznań, czego efektem było złożenie przez każdego z nich ofert wzajemnie ze sobą niekolidujących na różne rejony miasta Poznania.

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.

Jak podkreślił Sąd Ochrony Konkurencji i Konsumentów: „z redakcji tego przepisu jasno też wynika, iż nie jest okolicznością istotną, czy planowany cel lub skutek został przez porozumiewające się strony osiągnięty i czy porozumienie weszło w życie. **Zakazane jest już samo porozumienie** określone w art. 5 [obecnie art. 6] ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów. Przy tym należy mieć na względzie, że ustawodawca w art. 4 pkt 5 b ww. ustawy wprowadził definicję porozumienia, zgodnie z którą przez porozumienia rozumie się uzgodnienia dokonane w jakiegokolwiek formie przez dwóch lub więcej przedsiębiorców lub ich związki.”¹² Istotą porozumienia jest bowiem już sama „koordynacja zachowań przedsiębiorców nie w drodze nałożenia prawnie wiążącego obowiązku wspólnego działania, lecz przez świadome wskazanie sposobu współdziałania, którego celem

¹² Wyrok Sądu Ochrony Konkurencji i Konsumentów z dnia 29 maja 2008 r. sygn. akt XVII Ama 53/07; wyrok Sądu Ochrony Konkurencji i Konsumentów z dnia 13.09.2006 r. sygn. akt XVI ACa 185/06 Dz.Urz.UOKiK 2007/1/12.

lub skutkiem jest ograniczenie konkurencji (...), a nie to czy było ono do końca wykonane czy nie”^{13,14}.

Definicja porozumienia w powyższym brzmieniu jest definicją szeroką, pozwalającą na objęcie zakazami wynikającymi z art. 6 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów wszelkich form skoordynowanych zachowań niezależnie działających przedsiębiorców lub ich związków, których celem lub skutkiem jest wyeliminowanie, ograniczenie lub naruszenie konkurencji na rynku właściwym. Zakaz porozumień ograniczających konkurencję obejmuje zatem wszelkie formy koordynacji działań między przedsiębiorcami, które w sposób celowy prowadzą, w wyniku praktycznej współpracy, do wyeliminowania konkurencji oraz ryzyka gospodarczego i które powodują powstawanie warunków rynkowych sprzecznych z regułami wolnej konkurencji. W celu wyeliminowania możliwości obejścia prawa poprzez dokonywanie czynności i działań nie spełniających przesłanek umowy cywilnoprawnej uznaje się za porozumienia, jak wskazano powyżej, 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 konkurencji¹⁵, w tym zachowań w toku przetargów. Jednakże dla udowodnienia takiej koordynacji zachowań nie wystarcza stwierdzenie wystąpienia podobnych zachowań przedsiębiorców. Koniecznym jest udowodnienie, że zachowania te nie są adekwatne do istniejących warunków rynkowych. Pomocne w udowodnieniu takiego uzgodnienia może być ustalenie relacji prawnych i gospodarczych pomiędzy przedsiębiorcami¹⁶.

Najczęstszą formą zmów przetargowych są¹⁷:

- rezygnacja z zawarcia umowy przez zwycięzcę przetargu po to, aby zamówienie zrealizował przedsiębiorca, którego oferta była druga w kolejności, czyli droższa;
- ograniczanie liczby przedsiębiorców składających oferty w celu zapewnienia zwycięstwa z góry wyznaczonemu podmiotowi;
- rotacyjne składanie ofert polegające na podziale pomiędzy uczestników zmowy wygranej w kolejnych przetargach;
- podział rynku przez uczestników zmowy, w wyniku którego w danym regionie do przetargu startują tylko z góry ustaleni oferenci.

W tym konkretnym postępowaniu przetargowym przeprowadzonym przez ZZM porozumienie pomiędzy Łukaszem Ratajczakiem, Pawłem Stanisławskim, KDS

¹³ Wyrok Sądu Ochrony Konkurencji i Konsumentów z dnia 29 maja 2008 r. sygn. akt XVII Ama 53/07.

¹⁴ Decyzja Prezesa Urzędu nr RPZ-42/2012 z dnia 21.12.2012r.

¹⁵ E. Modzelewska – Wąchał, Ustawa o ochronie konkurencji i konsumentów. Komentarz. Wydawnictwo Twigger, Warszawa 2002, s. 44.

¹⁶ Ibidem, s. 45.

¹⁷ "Raport – System zamówień publicznych a rozwój konkurencji w gospodarce" Urząd Ochrony Konkurencji i Konsumentów, Warszawa, wrzesień 2013r.

Sp. z o.o., Alkom Sp. z o.o. oraz Alkom Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością Sp.k. polegało właśnie uzgodnieniu warunków ofert, w celu dokonania podziału rynku, w wyniku którego ofertę na dany rejon (część) miasta Poznania składał tylko jeden z nich przy jednoczesnym nieskładaniu ofert na ten rejon przez pozostałych. Porozumienie doprowadziło więc do złożenia przez każdego z ww. przedsiębiorców ofert wzajemnie ze sobą niekolidujących na różne rejony miasta Poznania. Przedmiotem porozumienia było zatem uzgodnienie treści ofert w celu dokonania podziału rynku. Brak złożenia przez przedsiębiorców ofert pokrywających się (ofert na te same części, rejony) jest zatem skutkiem zawarcia ww. porozumienia, a równocześnie przesłanką świadczącą o jego zawarciu.

Przedsiębiorcy, w ramach niniejszego postępowania przetargowego, mogli składać oferty na maksymalnie dwa rejony miasta Poznania. Wykonawcy objęci niniejszym postępowaniem sporządzili i złożyli oferty na poszczególne rejony (części) miasta Poznania w taki sposób, by ze sobą nie konkurowały i nie pokrywały się (KDS Sp. z o.o. złożyła ofertę na część nr 4 i 5, Łukasz Ratajczak złożył ofertę na część nr 1 i 2, Paweł Stanisławski złożył ofertę na część nr 8, ALKOM Sp. z o.o. złożyła ofertę na część nr 3 i 6, ALKOM Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością Sp.k. złożyła ofertę na część nr 9 i 10).

Brak złożenia ofert pokrywających się, w kontekście ścisłych powiązań pomiędzy ww. przedsiębiorcami oraz w kontekście tego, że wszystkie oferty przetargowe oraz kosztorysy zostały przygotowane przez dwie pracownice pod nadzorem Henryka Sienkiewicza, świadczy o zawarciu porozumienia.

Jakkolwiek brak bezpośredniego dowodu na to, że porozumienie zostało zawarte, niemniej jednak zebrany materiał dowodowy pozwala na ustalenie kilku faktów, które stanowią podstawę do wniosku, iż takie uzgodnienia miały miejsce. W doktrynie przyjmuje się, iż w razie braku bezpośrednich dowodów na udowodnienie praktyk ograniczających konkurencję, dopuszczalnym jest oparcie się na dowodach pośrednich, poprzez odwołanie się, zgodnie z art. 84 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów, do przepisów Kodeksu postępowania cywilnego dotyczących reguł odnoszących się do domniemań faktycznych¹⁸. Stosownie do art. 231 k.p.c., można uznać za ustalone fakty mające istotne znaczenie dla rozstrzygnięcia sprawy, jeżeli wniosek taki można wyprowadzić z innych ustalonych faktów. Także w orzecznictwie wskazywano, iż fakt zawarcia zakazanego prawem porozumienia (w przypadku braku dowodów bezpośrednich) może być udowodniony w sposób pośredni, jeżeli podobieństwo postępowania przedsiębiorców nie da się wyjaśnić bez założenia wcześniej uzgodnionego zachowania tych podmiotów na rynku¹⁹.

Za istnieniem koordynacji zachowań Łukasza Ratajczaka, Pawła Stanisławskiego oraz KDS Sp. z o.o., Alkom Sp. z o.o. oraz Alkom Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością Sp.k. przemawiają okoliczności dotyczące:

¹⁸ St. Gronowski, Ustawa antymonopolowa, Komentarz, 2 wydanie, Wydawnictwo C. H. Beck, Warszawa 1999, s. 165.

¹⁹ Wyrok Sądu Antymonopolowego z 01.03.1993 r., XVII Amr 37/92, OG 1993, z. 3, poz. 63; Por. wyrok Sądu Antymonopolowego z 20.09.1995 r., XVII Amr 15/95, Wokanda 1996, Nr 8 oraz wyrok Sądu Najwyższego z 24.4.1996 r., I CRN 49/96, OSNCP 1996, Nr 9, poz. 124.

- a) powiązań gospodarczych pomiędzy przedsiębiorcami;
- b) sposobu przygotowania ofert przetargowych i kosztorysów.

A.

Należy raz jeszcze podkreślić, że firmy KDS Sp. z o.o., ALKOM Sp. z o.o. oraz ALKOM Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością Sp.k. stanowią grupę kapitałową w rozumieniu art. 4 pkt 14 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów. Jak wskazano w części ustalającej decyzji są to podmioty powiązane, nad którymi kontrolę sprawuje właśnie Henryk Sienkiewicz. Na podstawie udostępnionych materiałów postępowania przetargowego można przyjąć, że to on, jako podmiot dominujący podejmował wszelkie istotne decyzje dotyczące ofert składanych w przedmiotowym przetargu przez podmioty zależne. W szczególności, z tych materiałów wynika, że to do niego przyszli uczestnicy porozumienia i pod jego nadzorem przygotowywane były kosztorysy oraz formularze ofertowe.

Wyżej wymienione spółki posiadają ponadto ten sam adres siedziby, ten sam numer faksu oraz ten sam adres e-mail, lub adres e-mail założony w ramach tej samej domeny internetowej tj. alkom.pl, co wskazuje na bardzo silne powiązania gospodarcze pomiędzy tymi przedsiębiorcami.

Jak wskazano w części ustalającej niniejszej decyzji Łukasz Ratajczak korzysta z zasobów w zakresie doświadczenia i wiedzy Henryka Sienkiewicza, a Paweł Stanisławski w latach 2010 i 2011 wykonywał dla Henryka Sienkiewicza prace z zakresu utrzymania i konserwacji zieleni na terenie dzielnicy Nowe Miasto.

Ponadto, na terenie miasta Gniezno Henryka Sienkiewicza, jako osobę prowadzącą jednoosobową działalność gospodarczą, reprezentuje Łukasz Ratajczak. Zgodnie bowiem z danymi zawartymi na stronie internetowej <http://www.alkom.pl/kontakt.html> pod pozycją „pozostałe oddziały” wymieniony jest Oddział Gniezno znajdujący się pod adresem: ul. Konikowo 10-12, 62-200 Gniezno, pod którym to adresem działalność gospodarczą prowadzi Łukasz Ratajczak Firma Handlowo-Usługowa „LUKTRANS”. Ponadto, jako kierownik ds. handlowych Oddziału Gniezno został z imienia i nazwiska wskazany Łukasz Ratajczak

B.

Za istnieniem koordynacji zachowań stron niniejszego postępowania antymonopolowego przemawia przede wszystkim oświadczenie Henryka Sienkiewicza złożone na posiedzeniu Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 14.01.2013 r. w imieniu wykonawcy KDS Sp. z o.o. **Henryk Sienkiewicz wprost stwierdził, że zgłosiło się do niego 5 wykonawców celem przygotowania kosztorysu na przedmiotowe zamówienie. Dokonał on z przedsiębiorcami uzgodnień co do rejonu, którego miała dotyczyć oferta. Oferty złożone przez Łukasza Ratajczaka, Pawła Stanisławskiego, KDS Sp. z o.o., Alkom Sp. z o.o. oraz Alkom Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością Sp.k. zostały opracowane przez dwie pracownice Henryka Sienkiewicza, pod jego nadzorem.**

Oferty przetargowe oraz kosztorysy nie zostały zatem sporządzone samodzielnie przez 5 ww. przedsiębiorców, lecz zostały one sporządzone w sposób umożliwiający daleko idącą koordynację działań przedsiębiorców w toku przetargu organizowanego przez ZZM. Te same osoby sporządziły wszystkie oferty oraz kosztorysy ww. przedsiębiorców, na co wskazuje także treść tych ofert.

W tym miejscu należy wskazać, że fakt przygotowania ofert dla pięciu wykonawców przez dwie pracownice pod nadzorem Henryka Sienkiewicza stanowi przykład antykonkurencyjnej wymiany informacji pomiędzy przedsiębiorcami, którą nie sposób uznać za normalną praktykę. Antykonkurencyjna wymiana informacji pomiędzy konkurentami może w określonych sytuacjach zostać uznana za zawarcie porozumienia ograniczającego konkurencję (gdy dotyczy ona np. wymiany informacji pomiędzy konkurentami o planowanych podwyżkach cen), lub też może ona stanowić, jak w niniejszej sprawie, jedną z przesłanek uznania, że doszło do zawarcia porozumienia ograniczającego konkurencję.

W przypadku gdy jedna osoba przygotowuje oferty dla różnych przedsiębiorców w ramach tego przetargu, trudno uznać, że osoba ta mogłaby sporządzić oferty w sposób umożliwiający zaistnienie konkurencji pomiędzy tymi ofertami. Przygotowując kolejną ofertę w ramach tej samej części osoba przygotowująca oferty ma bowiem wiedzę jakie oferty zostały przygotowane wcześniej. Przygotowanie w takim przypadku na tę samą część kolejnej oferty, z ceną wyższą od ceny zawartej w poprzedniej ofercie, byłoby w sposób oczywisty wykonywaniem pracy bezsensownej. Osoba przygotowująca ofertę ma bowiem świadomość, że oferta z wyższą ceną nie zostanie wybrana, skoro wcześniej osoba ta przygotowywała w ramach tej samej części ofertę z niższą ceną. W przypadku takiej antykonkurencyjnej wymiany informacji wystąpić może przede wszystkim porozumienie polegające na podziale rynku, a w konsekwencji złożenie ofert niekolidujących (jak w niniejszej sprawie), lub też złożenie tzw. ofert zabezpieczających (ofert, o których wiadomo, że nie zostaną one wybrane i mają one jedynie sprawić wrażenie, że w przetargu występuje konkurencja).

Podkreślić należy, że celem procedury składania ofert oraz ich jawnego otwarcia w jednym dniu jest właśnie uniemożliwienie zaistnienia sytuacji, w której poszczególni wykonawcy znali by oferty innych uczestników przetargu przed ich otwarciem. Ponadto, wiele krajów wchodzących w skład Organizacji Współpracy Gospodarczej i Rozwoju (OECD) wymaga złożenia przez uczestników przetargu tzw. oświadczenia o niezależnym przygotowaniu oferty (ang. *Certificate of Independent Bid Determination*), a propozycję wprowadzenia takiego wymogu zawierają Wytyczne OECD dotyczące zwalczania zmów przetargowych²⁰.

W związku z powyższym, sporządzenie przez dwie pracownice pod nadzorem Henryka Sienkiewicza pięciu ofert złożonych w ramach jednego przetargu

²⁰ Raport UOKiK System zamówień publicznych a rozwój konkurencji w gospodarce, Wrzesień 2013, s. 92, dostępny na stronie internetowej: www.uokik.gov.pl/download.php?plik=13832; Wytyczne OECD dotyczące zwalczania zmów przetargowych, Luty 2009, s 10, dostępne na stronie internetowej: <http://www.oecd.org/competition/cartels/42945908.pdf>. W niektórych krajach, np. w USA samo udostępnienie konkurentom ofert, które mają być złożone w przetargu może zostać uznane za przestępstwo – *OECD Policy Roundtables. Collusion and Corruption in Public Procurement*, 2010, s. 405, dostępny na stronie internetowej: <http://www.oecd.org/competition/cartels/46235884.pdf>.

nie można uznać za normalną i powszechną praktykę, jak charakteryzował to Henryk Sienkiewicz na rozprawie przed Krajową Izbą Odwoławczą. Wręcz przeciwnie, działanie takie stanowi antykonkurencyjną wymianę informacji pomiędzy konkurentami, która powszechnie w krajach OECD uznawana jest za ważną przesłankę świadczącą o zawarciu zmywy przetargowej.

Jak wskazano w części ustalającej niniejszej decyzji, w kosztorysach i formularzach ofertowych uczestników przedmiotowego porozumienia występuje bardzo dużo podobieństw, m.in. (1) tym samym charakterem pisma w nagłówkach podano rok na jaki został przygotowany dany kosztorys ofertowy na dany rejon; (2) w odniesieniu do rejonów, na które nie składano ofert, w identyczny sposób wykresowano miejsca, w których należało podać ceny na poszczególne rejony; (3) ceny w formularzach ofertowych na poszczególne lata obowiązywania umowy wzrastały niemal identycznie – w ofertach tych przyjęto zasadę, że wzrost cen na poszczególne rejony na dany następny rok będzie wynosić w przybliżeniu od 0% do 1% (wyjątkiem jest firma ALKOM Sp. z o.o., która w drugim roku podniosła ceny w rejonie III o 3% a w rejonie VI o 8%), (4) występowanie identycznych cen jednostkowych w wielu pozycjach kosztorysów; (5) rozbicie cen na poszczególne lata²¹ w danym rejonie; (6) ten sam błąd rachunkowy polegający na nieprawidłowym obliczeniu ceny netto i podatku VAT – policzono podatek VAT od ceny brutto zamiast od ceny netto, powtarzające się nazwiska w wykazie osób przy udziale których realizowane ma być zamówienie.

Mało prawdopodobne wydaje się, aby identyczne błędy wystąpiły w złożonych ofertach, gdyby nie było współpracy przy ich opracowywaniu. Potwierdza to także ww. oświadczenie zaprezentowane przez Henryka Sienkiewicza przed Krajową Izbą Odwoławczą w Warszawie, że to dwie jego pracownice, pod jego nadzorem sporządzały oferty przedsiębiorców. Henryk Sienkiewicz, także z uwagi na jego pozycję w grupie kapitałowej oraz powiązania z Łukaszem Ratajczakiem oraz Pawłem Stanisławskim, był zatem koordynatorem i podmiotem ułatwiającym zawarcie porozumienia.

Ponadto, oferty ww. uczestników porozumienia zostały złożone na dzienniku podawczym Zamawiającego w tym samym czasie i zaewidencjonowane w jednodominutowych odstępach czasu, co wskazuje na złożenie ich przez jedną osobę.

Powyższe okoliczności wskazują na to, że przedsiębiorcy wchodzący w skład grupy kapitałowej, na czele której stoi Henryk Sienkiewicz, tj.: KDS Sp. z o.o., ALKOM Sp. z o.o., ALKOM Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością Sp. k. oraz Łukasz Ratajczak i Paweł Stanisławski, działali w porozumieniu i w sposób niedozwolony zamierzali wpłynąć na wynik całego postępowania. Warunki ofert złożonych w przetargu zostały uzgodnione celem dokonania podziału rynku. W konsekwencji, przedsiębiorcy ci złożyli oferty na różne części zamówienia. Celem współdziałania było porozumienie co do podziału lokalnego rynku (Miasta Poznań) usług związanych z konserwacją i utrzymaniem zieleni miejskiej pomiędzy

²¹ Jeszcze jeden przedsiębiorca przygotował kosztorysy ofertowe z rozbiciem cen na poszczególne lata – jednak na każdy rok kosztorysy zawierały dokładnie takie same ceny (oferent nie przewidział wzrostu cen w kolejnych latach)

wykonawców ze sobą powiązanych, bądź ściśle ze sobą współpracujących. Przedmiot zamówienia podzielony został przez zamawiającego na dziesięć części (rejonów), przy czym zgodnie z zapisami SIWZ jeden wykonawca mógł złożyć ofertę na maksymalnie dwa rejony.

Wydaje się mało prawdopodobne, aby w warunkach konkurencji, w sytuacji niepewności co do zachowań pozostałych uczestników rynku, nie doszło do kolizji ofert. Uczestnicy porozumienia dokonali podziału przedmiotu zamówienia, czego efektem było złożenie przez każdego z nich ofert wzajemnie się nie pokrywających. Sposobu działania przedsiębiorców w toku przetargu, w tym treści złożonych przez nich ofert nie można wytłumaczyć w inny sposób niż istnieniem porozumienia. Nieprawdopodobne wydaje się bowiem, żeby ww. przedsiębiorcy złożyli niekolidujące i niekonkurujące ze sobą oferty, gdyby do porozumienia między nimi nie doszło. Raz jeszcze należy podkreślić, że przedsiębiorcy ci w skutek zawartego porozumienia złożyli oferty na różne części miasta Poznań.

Stosowanie praktyki i stwierdzenie jej zaniechania

Jak podkreślono wyżej, dla stwierdzenia praktyki ograniczającej konkurencję polegającej na zawarciu porozumienia nie jest konieczne jego realizowanie w praktyce, albowiem naruszeniem przepisów ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów jest już samo zawarcie porozumienia ograniczającego konkurencję.

Istotą porozumienia, którego zawarcie stwierdzono w niniejszym postępowaniu było uzgodnienie warunków składanych ofert, w celu podziału lokalnego rynku usług związanych z konserwacją i utrzymaniem zieleni miejskiej obejmującego miasto Poznań. Efektem porozumienia było złożenie przez przedsiębiorców biorących udział w porozumieniu ofert wzajemnie ze sobą niekonkurujących i niekolidujących na różne rejony miasta Poznania.

W związku z wydaniem orzeczenia przez KIO kończącego postępowanie odwoławcze (sygn. KIO 2865/2012) oraz w związku z art. 7 ust. 1 i ust 3 ustawy p.z.p. Zamawiający unieważnił wybór oferty na część nr 1,2,3,4,5,6,8,9,10 z dnia 17.12.2012 roku. W związku z tym, nie doszło do zawarcia umów pomiędzy Zamawiającym a przedsiębiorcami, którzy wzięli udział w znowie przetargowej tj. Łukaszem Ratajczakiem, Pawłem Stanisławskim, KDS Sp. z o.o., ALKOM Sp. z o.o. oraz ALKOM Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością Sp.k..

Analizując kwestię, czy porozumienie zostało zaniechane czy trwa nadal, trzeba rozróżnić sam fakt zawarcia porozumienia od jego wykonywania. Praktyka trwała bowiem tak długo, jak długo porozumienie było wykonywane. Porozumienie pomiędzy Łukaszem Ratajczakiem, Pawłem Stanisławskim, KDS Sp. z o.o., Alkom Sp. z o.o. oraz Alkom Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością Sp.k. zostało zawarte zanim strony złożyły swoje oferty. Trzeba zatem przyjąć, że praktyka trwała tak długo, jak przetarg nie był unieważniany, i tak długo jak strony były gotowe zawrzeć umowy na warunkach zawartych w ofertach. W momencie unieważnienia przetargu zaniechano stosowania praktyk.

W tych okolicznościach należałoby przyjąć, iż praktyka została zaniechana z dniem 29 stycznia 2013 roku. W tym bowiem dniu ZZM skierował pismo do wszystkich przedsiębiorców biorących udział w postępowaniu przetargowym informujące o unieważnieniu podjętych czynności od momentu otwarcia ofert do momentu wyboru najkorzystniejszych na część (rejon) nr 1, 2, 3, 4, 5, 6, 8, 9, 10.

W związku z powyższym należało stwierdzić zaniechanie stosowanej praktyki z dniem 29 stycznia 2013 roku.

Umorzenie postępowania przeciwko Henrykowi Sienkiewiczowi

W punkcie II sentencji niniejszej decyzji umorzono postępowanie antymonopolowe wszczęte przeciwko Henrykowi Sienkiewiczowi prowadzącemu działalność gospodarczą pod nazwą „Henryk Sienkiewicz ALKOM Firma Handlowo-Usługowa” w Poznaniu.

W ocenie Prezesa UOKiK, Henrykowi Sienkiewiczowi nie można przypisać naruszenia przepisów ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów w formie opisanej w zarzucie. Zarzut dotyczył zawarcia porozumienia polegającego na uzgodnieniu warunków ofert składanych w przetargu, w celu podziału lokalnego rynku usług związanych z konserwacją i utrzymaniem zieleni miejskiej obejmującego miasto Poznań, tj. naruszenia zakazu zawartego w art. 6 ust. 1 pkt 7 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów.

Łukasz Ratajczak, Paweł Stanisławski, KDS Sp. z o.o., Alkom Sp. z o.o. oraz Alkom Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością Sp.k. złożyły w przedmiotowym przetargu oferty, które były ze sobą wzajemnie uzgodnione celem dokonania podziału rynku. W konsekwencji, przedsiębiorcy ci złożyli oferty ze sobą niekolidujące tj. złożyli oferty na różne części w taki sposób, aby pomiędzy nimi nie było konkurencji.

Rola Henryka Sienkiewicza była odmienna od roli przedsiębiorców, którzy złożyli oferty w przedmiotowym przetargu, albowiem jako osoba prowadząca jednoosobową działalność gospodarczą nie składał on ofert w przedmiotowym przetargu i nie był on stroną porozumienia polegającego na uzgodnieniu treści ofert celem dokonania podziału rynku. W konsekwencji jego działań nie można zakwalifikować jako naruszenia zakazu zawartego w art. 6 ust. 1 pkt 7 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów.

Henryk Sienkiewicz przy pomocy dwóch pracowników, działających pod jego nadzorem opracował oferty przetargowe oraz kosztorysy złożone następnie przez 5 ww. przedsiębiorców w postępowaniu przetargowym. Był on zatem koordynatorem i podmiotem ułatwiającym zawarcie porozumienia ograniczającego konkurencję. Podkreślić należy, że pomimo tego, że działania Henryka Sienkiewicza winny spotkać się ze zdecydowaną dezaprobatą, to jednakże nie stanowią one naruszenia zakazu zawierania porozumień ograniczających konkurencję zawartego w art. 6 ust. 1 pkt 7 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów, w sposób opisany w postanowieniu o wszczęciu postępowania antymonopolowego. Polskie prawo ochrony konkurencji nie przewiduje bowiem odpowiedzialności przedsiębiorców za pomocnictwo w zawarciu porozumienia ograniczającego konkurencję, lecz jedynie za udział w porozumieniu ograniczającym konkurencję.

W związku z powyższym, z uwagi na fakt, że Henrykowi Sienkiewiczowi nie można przypisać udziału w porozumieniu określonym w zarzucie, na podstawie art. 105 § 1 Kodeksu postępowania administracyjnego w zw. z art. 83 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów należało umorzyć postępowanie antymonopolowe przeciwko Henrykowi Sienkiewiczowi.

Kara pieniężna

Na podstawie art. 106 ust. 1 pkt 1 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów Prezes Urzędu może nałożyć na przedsiębiorcę, w drodze 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 m.in. w art. 6 ww. ustawy w zakresie niewyłączonym na podstawie art. 7 i art. 8 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów.

Z powołanego wyżej przepisu wynika, że kara pieniężna ma charakter fakultatywny, zatem o tym, czy w konkretnej sprawie w odniesieniu do wskazanego przedsiębiorcy zasadne jest nałożenie kary pieniężnej decyduje, w ramach uznania administracyjnego, Prezes Urzędu. Skuteczna polityka przeciwdziałania tego typu praktykom wymaga jednak, aby w przypadku stwierdzenia stosowania przez przedsiębiorcę praktyki ograniczającej konkurencję zasadą było nakładanie kary pieniężnej.

Prezes Urzędu wydając decyzję o nałożeniu kary pieniężnej działa zatem w ramach uznania administracyjnego, co oczywiście nie jest równoznaczne z dowolnością. Rozważając kwestię nałożenia kary organ antymonopolowy musi wziąć pod uwagę, czy w danych okolicznościach sprawy konieczne albo celowe jest jej nałożenie, a jeżeli tak, to w jakiej wysokości kara spełni założone funkcje. Przy ustalaniu wysokości kar pieniężnych, o których mowa w art. 106-108 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów, Prezes Urzędu powinien wziąć pod uwagę w szczególności okres, stopień oraz okoliczność uprzedniego naruszenia przepisów ustawy (art. 111 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów).

Prezes Urzędu uznał, że Łukasz Ratajczak, Paweł Stanisławski, „KDS” Sp. z o.o., „Alkom” Sp. z o.o. oraz „Alkom Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością” Sp.k. jako przedsiębiorcy świadczący usługi w zakresie konserwacji i utrzymania zieleni miejskiej, naruszyli zakaz zawierania porozumień ograniczających konkurencję w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego na „Konserwację i utrzymanie zieleni miejskiej na terenie miasta Poznania - 10 części” - ich porozumienie polegało na złożeniu ofert niekolidujących ze sobą na różne części miasta Poznań. Okoliczności sprawy świadczą o tym, iż ww. przedsiębiorcy byli stronami porozumienia ustalającego taktykę występowania w ww. przetargu, mającą przede wszystkim na celu podział lokalnego rynku usług związanych z konserwacją i utrzymaniem zieleni miejskiej obejmującego miasto Poznań.

W ocenie Prezesa Urzędu, zebrany w sprawie materiał dowodowy nie pozwala na kategoryczne stwierdzenie, że doszło do umyślnego naruszenia zakazu

zawierania porozumień ograniczających konkurencję przez Łukasza Ratajczaka, Pawła Stanisławskiego, „KDS” Sp. z o.o., „Alkom” Sp. z o.o. oraz „Alkom Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością” Sp.k.

Przedsiębiorcy ci uzgodnili, że w ww. postępowaniu przetargowym złożą oferty niepokrywające się i niekonkurujące ze sobą na różne rejony miasta Poznań i tym samym podzielą między siebie ww. rynek. Zebrany w sprawie materiał dowodowy wskazuje, że podmiotem koordynującym oraz ułatwiającym zawarcie porozumienia był Henryk Sienkiewicz, pod którego nadzorem jego pracownicy sporządziły oferty i kosztorysy pięciu ww. przedsiębiorców. Henryk Sienkiewicz nie był natomiast uczestnikiem porozumienia opisanego w postanowieniu o wszczęciu postępowania antymonopolowego, a rola i zamiar poszczególnych osób reprezentujących przedsiębiorców uczestniczących w zмовie przetargowej nie jest możliwa do ustalenia m.in. z uwagi na powoływanie się przez ww. przedsiębiorców wolność od samooskarżania. Brak zatem wystarczających podstaw do przypisania ww. przedsiębiorcom umyślności, czyli zamiaru naruszenia zakazu zawierania porozumień ograniczających konkurencję.

Powyższe nie zmienia jednakże faktu, że jako profesjonalni uczestnicy rynku, Łukasz Ratajczak, Paweł Stanisławski, „KDS” Sp. z o.o., „Alkom” Sp. z o.o. oraz „Alkom Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością” Sp.k. powinni jednak wiedzieć, że tego typu porozumienia są objęte zakazem zawartym w art. 6 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów. W związku z tym, że mogli i powinni byli przewidzieć, że swoim postępowaniem naruszają ww. przepisy, można im postawić zarzut naruszenia zasad ostrożności, co uzasadnia przypisanie im nieumyślności naruszenia ww. zakazu.

Ponadto, w przypadku kar za stosowanie praktyk ograniczających konkurencję przesłankami, które należy brać pod uwagę, są: potencjał ekonomiczny przedsiębiorcy, skutki praktyki dla konkurencji lub kontrahentów, dopuszczalny poziom kary wynikający z przepisów ustawy oraz cele jakie kara ma osiągnąć²².

Biorąc pod uwagę okoliczności sprawy i stopień naruszenia interesu publicznoprawnego Prezes Urzędu uznał za uzasadnione i celowe nałożenie na strony niniejszego postępowania kary pieniężnej za naruszenie zakazu stosowania praktyki ograniczającej konkurencję, określonej w art. 6 ust. 1 pkt 7 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów.

Ustalając wymiar kary pieniężnej organ antymonopolowy w pierwszej kolejności dokonał oceny wagi stwierdzonych w niniejszej decyzji naruszeń. Wskazać przy tym należy, iż pod względem szkodliwości (natury) naruszenia organ antymonopolowy wyróżnia naruszenia:

- a) bardzo poważne (do których należy zaliczyć przede wszystkim szczególnie szkodliwe horyzontalne ograniczenia konkurencji, jak również przypadki nadużywania pozycji dominującej mające na celu lub prowadzące do eliminacji konkurencji na rynku),
- b) naruszenia poważne (do których należy zaliczyć przede wszystkim porozumienia horyzontalne niezaliczane do najpoważniejszych naruszeń, porozumienia pionowe wpływające na cenę lub warunki

²² Wyrok Sądu Najwyższego z dnia 27 czerwca 2000 r., sygn. akt I CKN 793/98.

- oferowania produktu, przypadki nadużywania pozycji dominującej mające na celu lub prowadzące do istotnego ograniczenia konkurencji lub dotkliwej eksploatacji kontrahentów lub konsumentów) oraz
- c) naruszenia mniej poważne niż wyżej wymienione (naruszenia pozostałe, do których należą m.in. porozumienia wertykalne niedotyczące ceny lub możliwości odsprzedaży towaru, jak również przypadki nadużywania pozycji dominującej o mniejszej wadze).

Prezes Urzędu uznał, że zawarte przez Łukasza Ratajczaka, Pawła Stanisławskiego, KDS Sp. z o.o., Alkom Sp. z o.o. oraz Alkom Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością Sp.k. porozumienie należy do szczególnie szkodliwych horyzontalnych ograniczeń konkurencji, jakimi są zmony przetargowe określone w art. 6 ust. 1 pkt 7 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów.

Ustalając wymiar kary organ antymonopolowy wziął w dalszej kolejności pod uwagę specyfikę rynku, na jakim doszło do naruszenia konkurencji oraz działalność przedsiębiorców. Kara powinna być bowiem tym większa, im większe jest natężenie negatywnych efektów związanych z naruszeniem prawa konkurencji lub im wyższe korzyści czerpie z niego przedsiębiorca. Do zawarcia porozumienia doszło w momencie, w którym dokonali oni uzgodnień, co do warunków składanych ofert, w szczególności co do rejonów miasta Poznań, na które później złożyli swoje oferty. Porozumienie zostało zrealizowane w momencie złożenia przez nich ofert u Zamawiającego. Jednakże nie wystąpiły zamierzone skutki zawartego porozumienia - Miasto Poznań unieważniło bowiem wybór oferty na część nr 1,2,3,4,5,6,8,9,10 z dnia 17.12.2012 roku. Nie doszło zatem do zawarcia umów pomiędzy Zamawiającym a ww. przedsiębiorcami. Prezes Urzędu wziął także pod uwagę specyfikę przedmiotu zamówienia (zawarcie umowy na 3 lata dla dużego miasta) i w związku z tym potencjalnie wysoką szkodę, jaka mogła zostać wyrządzona w wyniku zawarcia porozumienia ograniczającego konkurencję.

W związku z powyższym, porozumienie to zostało zakwalifikowane do naruszeń bardzo poważnych, a kwotę bazową, stanowiącą podstawę dalszych wyliczeń ustalono w wysokości [...] % **przychodu** za rok poprzedzający wydanie decyzji.

W oparciu o ww. kwotę bazową, Prezes Urzędu nałożył na poszczególnych przedsiębiorców kary pieniężne kierując się następującymi okolicznościami.

1. Łukasz Ratajczak

Łukasz Ratajczak prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą: „Łukasz Ratajczak Firma Handlowo-Usługowa LUKTRANS” w Gnieźnie osiągnął w 2012 r. przychód w wysokości [...] zł. W związku z powyższym maksymalna wysokość kary, do nałożenia które uprawniony jest Prezes Urzędu wynosi [...] zł.

Łukasz Ratajczak był uczestnikiem horyzontalnego porozumienia ograniczającego konkurencję, które polegało na uzgodnieniu warunków składanych ofert w celu podziału lokalnego rynku usług związanych z konserwacją

i utrzymaniem zieleni miejskiej w Poznaniu. Kierując się ww. okolicznościami, kwota bazowa ustalona w wysokości [...] % przychodu wynosi w przypadku Łukasza Ratajczaka [...] zł.

W ocenie Prezesa Urzędu, w odniesieniu do tego przedsiębiorcy nie występują okoliczności związane ze specyfiką rynku oraz działalności przedsiębiorcy, które przemawiałyby za zwiększeniem albo zmniejszeniem kary wyliczonej na podstawie ww. kwoty bazowej. Z uwagi na fakt, że porozumienie trwało krócej niż rok, brak także podstaw do zwiększenia wymiaru kary z uwagi na długotrwałość naruszenia.

W sprawie nie występują także okoliczności łagodzące, bądź też okoliczności obciążające, które przemawiałyby za obniżeniem, lub zwiększeniem kary. W szczególności, zebrany materiał dowodowy nie wskazuje, by Łukasz Ratajczak był inicjatorem zawarcia porozumienia, czy też przymuszał innych przedsiębiorców do udziału w porozumieniu. Z drugiej strony, brak okoliczności, które wskazywałyby, że działał on pod przymusem, czy też dobrowolnie zaniechał stosowania praktyki.

Mając na uwadze wszystkie wyżej wymienione czynniki dotyczące wagi naruszenia, specyfiki rynku, długotrwałości naruszenia oraz okoliczności łagodzące i obciążające, Prezes Urzędu postanowił nałożyć na przedsiębiorcę karę w łącznej wysokości 3.794,00 zł. Nałożona ostatecznie na Przedsiębiorcę kara pieniężna stanowi jedynie [...] % przychodu za 2012 r. oraz [...] % kary maksymalnej, do nałożenia której upoważniony był Prezes Urzędu.

2. Paweł Stanisławski

Paweł Stanisławski prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą: „PAWEKO-Paweł Stanisławski” w Luboniu osiągnął w 2012 r. przychód w wysokości [...] zł. W związku z powyższym maksymalna wysokość kary, do nałożenia której uprawniony jest Prezes Urzędu wynosi [...] zł.

Paweł Stanisławski był uczestnikiem horyzontalnego porozumienia ograniczającego konkurencję, które polegało na uzgodnieniu warunków składanych ofert w celu podziału lokalnego rynku usług związanych z konserwacją i utrzymaniem zieleni miejskiej w Poznaniu. Kierując się ww. okolicznościami, kwota bazowa ustalona w wysokości [...] % przychodu wynosi w przypadku Pawła Stanisławskiego [...] zł.

W ocenie Prezesa Urzędu, w odniesieniu do tego przedsiębiorcy występują okoliczności związane ze specyfiką rynku oraz działalności przedsiębiorcy, które przemawiały za zmniejszeniem kary wyliczonej na podstawie ww. kwoty bazowej. Prezes Urzędu uwzględnił fakt, że w 2012 r. niewielki był udział przychodów z rynku właściwego (świadczenia usług związanych z konserwacją i utrzymaniem zieleni miejskiej) w ogólnym przychodzie przedsiębiorcy. Biorąc bowiem pod uwagę specyfikę działalności przedsiębiorcy postanowiono kwotę kary wyliczoną na poprzednim etapie obniżyć o [...] % tj. do kwoty [...] zł.

Z uwagi na fakt, że porozumienie trwało krócej niż rok, brak także podstaw do zwiększenia wymiaru kary z uwagi na długotrwałość naruszenia. W sprawie nie występują także okoliczności łagodzące, bądź też okoliczności obciążające, które przemawiałyby za obniżeniem, lub zwiększeniem kary. W szczególności, zebrany

materiał dowodowy nie wskazuje, by Paweł Stanisławski był inicjatorem zawarcia porozumienia, czy też przymuszał innych przedsiębiorców do udziału w porozumieniu. Z drugiej strony, brak okoliczności, które wskazywałyby, że działał on pod przymusem, czy też dobrowolnie zaniechał stosowania praktyki.

Mając na uwadze wszystkie wyżej wymienione czynniki dotyczące wagi naruszenia, specyfiki rynku, długotrwałości naruszenia oraz okoliczności łagodzące i obciążające, Prezes Urzędu postanowił nałożyć na przedsiębiorcę karę w łącznej wysokości 3.259,00 zł. Nałożona ostatecznie na Przedsiębiorcę kara pieniężna stanowi jedynie [...] % przychodu za 2012 r. oraz [...] % kary maksymalnej, do nałożenia której upoważniony był Prezes Urzędu.

3. KDS Sp. z o.o.

KDS Sp. z o.o. osiągnęła w 2012 r. przychód w wysokości [...] zł. W związku z powyższym maksymalna wysokość kary, do nałożenia której uprawniony jest Prezes Urzędu wynosi [...] zł.

KDS Sp. z o.o. była uczestnikiem horyzontalnego porozumienia ograniczającego konkurencję, które polegało na uzgodnieniu warunków składanych ofert w celu podziału lokalnego rynku usług związanych z konserwacją i utrzymaniem zieleni miejskiej w Poznaniu. Kierując się ww. okolicznościami, kwota bazowa ustalona w wysokości [...] % przychodu wynosi w przypadku KDS Sp. z o.o. [...] zł.

W ocenie Prezesa Urzędu, w odniesieniu do tego przedsiębiorcy występują okoliczności związane ze specyfiką rynku oraz działalnością przedsiębiorcy, które przemawiały za zmniejszeniem kary wyliczonej na podstawie ww. kwoty bazowej. Prezes Urzędu uwzględnił fakt, że w 2012 r. niewielki był udział przychodów z rynku właściwego (świadczenia usług związanych z konserwacją i utrzymaniem zieleni miejskiej) w ogólnym przychodzie przedsiębiorcy. Biorąc bowiem pod uwagę specyfikę działalności przedsiębiorcy postanowiono kwotę kary wyliczoną na poprzednim etapie obniżyć o [...] % tj. do kwoty [...] zł.

Z uwagi na fakt, że porozumienie trwało krócej niż rok, brak także podstaw do zwiększenia wymiaru kary z uwagi na długotrwałość naruszenia. W sprawie nie występują także okoliczności łagodzące, bądź też okoliczności obciążające, które przemawiałyby za obniżeniem, lub zwiększeniem kary. W szczególności, zebrany materiał dowodowy nie wskazuje, by KDS Sp. z o.o. była inicjatorem zawarcia porozumienia, czy też przymuszała innych przedsiębiorców do udziału w porozumieniu. Z drugiej strony, brak okoliczności, które wskazywałyby, że działał on pod przymusem, czy też dobrowolnie zaniechał stosowania praktyki.

Mając na uwadze wszystkie wyżej wymienione czynniki dotyczące wagi naruszenia, specyfiki rynku, długotrwałości naruszenia oraz okoliczności łagodzące i obciążające, Prezes Urzędu postanowił nałożyć na przedsiębiorcę karę w łącznej wysokości 41.428,00 zł. Nałożona ostatecznie na Przedsiębiorcę kara pieniężna stanowi jedynie [...] % przychodu za 2012 r. oraz [...] % kary maksymalnej, do nałożenia której upoważniony był Prezes Urzędu.

4. Alkom Sp. z o.o.

Alkom Sp. z o.o. osiągnęła w 2012 r. przychód w wysokości [...] zł. W związku z powyższym maksymalna wysokość kary, do nałożenia której uprawniony jest Prezes Urzędu wynosi [...] zł.

Alkom Sp. z o.o. była uczestnikiem horyzontalnego porozumienia ograniczającego konkurencję, które polegało na uzgodnieniu warunków składanych ofert w celu podziału lokalnego rynku usług związanych z konserwacją i utrzymaniem zieleni miejskiej w Poznaniu. Kierując się ww. okolicznościami, kwota bazowa ustalona w wysokości [...] % przychodu wynosi w przypadku Alkom Sp. z o.o. [...] zł.

W ocenie Prezesa Urzędu, w odniesieniu do tego przedsiębiorcy występują okoliczności związane ze specyfiką rynku oraz działalnością przedsiębiorcy, które przemawiały za zmniejszeniem kary wyliczonej na podstawie ww. kwoty bazowej. Prezes Urzędu uwzględnił fakt, że w 2012 r. niewielki był udział przychodów z rynku właściwego (świadczenia usług związanych z konserwacją i utrzymaniem zieleni miejskiej) w ogólnym przychodzie przedsiębiorcy. Biorąc bowiem pod uwagę specyfikę działalności przedsiębiorcy postanowiono kwotę kary wyliczoną na poprzednim etapie obniżyć o [...] % tj. do kwoty [...] zł.

Z uwagi na fakt, że porozumienie trwało krócej niż rok, brak także podstaw do zwiększenia wymiaru kary z uwagi na długotrwałość naruszenia. W sprawie nie występują także okoliczności łagodzące, bądź też okoliczności obciążające, które przemawiałyby za obniżeniem, lub zwiększeniem kary. W szczególności, zebrany materiał dowodowy nie wskazuje, by Alkom Sp. z o.o. była inicjatorem zawarcia porozumienia, czy też przymuszała innych przedsiębiorców do udziału w porozumieniu. Z drugiej strony, brak okoliczności, które wskazywałyby, że działał on pod przymusem, czy też dobrowolnie zaniechał stosowania praktyki.

Mając na uwadze wszystkie wyżej wymienione czynniki dotyczące wagi naruszenia, specyfiki rynku, długotrwałości naruszenia oraz okoliczności łagodzące i obciążające, Prezes Urzędu postanowił nałożyć na przedsiębiorcę karę w łącznej wysokości 126.220,00 zł. Nałożona ostatecznie na Przedsiębiorcę kara pieniężna stanowi jedynie [...] % przychodu za 2012 r. oraz [...] % kary maksymalnej, do nałożenia której upoważniony był Prezes Urzędu.

5. Alkom Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością Sp.k.

Alkom Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością Sp. z o.o. osiągnęła w 2012 r. przychód w wysokości [...] zł. W związku z powyższym maksymalna wysokość kary, do nałożenia której uprawniony jest Prezes Urzędu wynosi [...] zł.

Alkom Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością Sp. z o.o. była uczestnikiem horyzontalnego porozumienia ograniczającego konkurencję, które polegało na uzgodnieniu warunków składanych ofert w celu podziału lokalnego rynku usług związanych z konserwacją i utrzymaniem zieleni miejskiej w Poznaniu. Kierując się

ww. okolicznościami, kwota bazowa ustalona w wysokości [...] % przychodu wynosi w przypadku Alkom Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością Sp. z o.o. [...] zł.

W ocenie Prezesa Urzędu, w odniesieniu do tego przedsiębiorcy występują okoliczności związane ze specyfiką rynku oraz działalności przedsiębiorcy, które przemawiały za zmniejszeniem kary wyliczonej na podstawie ww. kwoty bazowej. Prezes Urzędu uwzględnił fakt, że w 2012 r. niewielki był udział przychodów z rynku właściwego (świadczenia usług związanych z konserwacją i utrzymaniem zieleni miejskiej) w ogólnym przychodzie przedsiębiorcy. Biorąc bowiem pod uwagę specyfikę działalności przedsiębiorcy postanowiono kwotę kary wyliczoną na poprzednim etapie obniżyć o [...] % tj. do kwoty [...] zł.

Z uwagi na fakt, że porozumienie trwało krócej niż rok, brak także podstaw do zwiększenia wymiaru kary z uwagi na długotrwałość naruszenia. W sprawie nie występują także okoliczności łagodzące, bądź też okoliczności obciążające, które przemawiałyby za obniżeniem, lub zwiększeniem kary. W szczególności, zebrany materiał dowodowy nie wskazuje, by Alkom Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością Sp. z o.o. była inicjatorem zawarcia porozumienia, czy też przymuszała innych przedsiębiorców do udziału w porozumieniu. Z drugiej strony, brak okoliczności, które wskazywałyby, że działał on pod przymusem, czy też dobrowolnie zaniechał stosowania praktyki.

Mając na uwadze wszystkie wyżej wymienione czynniki dotyczące wagi naruszenia, specyfiki rynku, długotrwałości naruszenia oraz okoliczności łagodzące i obciążające, Prezes Urzędu postanowił nałożyć na przedsiębiorcę karę w łącznej wysokości 3.152,00 zł. Nałożona ostatecznie na Przedsiębiorcę kara pieniężna stanowi jedynie [...] % przychodu za 2012 r. oraz [...] % kary maksymalnej, do nałożenia której upoważniony był Prezes Urzędu.

Zdaniem Prezesa Urzędu, kara w tej wysokości jest adekwatna do stopnia, okresu oraz okoliczności naruszenia przez ww. przedsiębiorców przepisów ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów. Pełni ona przede wszystkim rolę prewencyjną, mając na celu zapobieżenie ponownym naruszeniom przepisów ustawy i stanowi adekwatną dolegliwość finansową za stosowanie praktyki ograniczającej konkurencję.

W związku z powyższym Prezes UOKiK orzekł jak w pkt III sentencji.

Zgodnie z art. 112 ust. 3 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów karę pieniężną należy uiścić w terminie 14 dni od dnia uprawomocnienia się niniejszej decyzji na konto Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów:

NBP o/o Warszawa Nr 51 1010 1010 0078 7822 3100 0000.

Stosownie do treści art. 81 ust. 1 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów w związku z art. 479²⁸ § 2 Kodeksu postępowania cywilnego – od niniejszej decyzji przysługuje odwołanie do Sądu Okręgowego w Warszawie – Sądu Ochrony Konkurencji i Konsumentów, w terminie dwóch tygodni od daty jej doręczenia, za pośrednictwem Prezesa Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów – Delegatury Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów w Poznaniu.

z upoważnienia Prezesa
Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów
Dyrektor Delegatury UOKiK w Poznaniu
Jarosław Krüger