



RGD-410-2/15/MLM

Gdańsk, 28 października 2016 r.

DECYZJA NR RGD. 3/2016

Na podstawie art. 105 § 1 ustawy z dnia 14 czerwca 1960 r. - Kodeks postępowania administracyjnego (tekst jednolity: Dz. U. z 2016 r., poz. 23 ze zmianami) w związku z art. 83 ustawy z dnia 16 lutego 2007 r. o ochronie konkurencji i konsumentów (tekst jednolity: Dz. U. z 2015 r., poz. 184, ze zmianami), w imieniu Prezesa Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów, po przeprowadzeniu postępowania antymonopolowego, wszczętego z urzędu, przeciwko przedsiębiorcom:

- 1) 'Multi' Centrum Biznesu sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie,
- 2) PÔMELÔ POLSKA sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie,

UMARZA SIĘ postępowanie w sprawie zawarcia przez ww. przedsiębiorców porozumienia ograniczającego konkurencję na lokalnym rynku usług prowadzenia Punktu Informacji Drogowej w Generalnej Dyrekcji Dróg Krajowych i Autostrad Oddział w Szczecinie, polegającego na uzgadnianiu w postępowaniach o udzielenie zamówienia publicznego na prowadzenie Punktu Informacji Drogowej, przeprowadzonych przez Generalną Dyrekcję Dróg Krajowych i Autostrad O/SZ w Szczecinie (GDDKiA O/Sz-D-3-284/56/2013 i GDDKiA O/Sz-D-3-284/60/2013), treści składanych ofert oraz uzgadnianiu wzajemnych zachowań podejmowanych w toku postępowań przetargowych, celem doprowadzenia do wyboru tego z nich, który zaproponował wyższą cenę lub doprowadzenia do tego, aby zamówienie zostało przekazane do faktycznej realizacji któremuś z uczestników porozumienia, co może stanowić naruszenie art. 6 ust. 1 pkt 7 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów.

UZASADNIENIE

[1] Prezes Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów [zwany dalej również Prezesem Urzędu lub organem antymonopolowym] w dniu 23 stycznia 2014 r. otrzymał od Zastępcy Dyrektora Oddziału Generalnej Dyrekcji Dróg Krajowych i Autostrad GDDKiA w Szczecinie zawiadomienie dot. ewentualnej zmywy przetargowej, zawartej przez przedsiębiorców:

- konsorcjum: Krajowa Instytucja Rozliczeniowa sp. z .o.o. z siedzibą w Warszawie oraz PÔMELÔ POLSKA sp. z .o.o. z siedzibą w Warszawie,
- 'Multi' Centrum Biznesu sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie.

Prezes Urzędu postanowił o przeprowadzeniu w sprawie, pod sygn. akt RGD.400-29/14/MLM, postępowania wyjaśniającego, którego celem była m.in. ocena, czy zgłoszona sprawa ma charakter antymonopolowy i czy w ustalonych okolicznościach stanu faktycznego nie doszło do naruszenia przepisów ustawy z dnia 16 lutego 2007 r. o ochronie konkurencji i konsumentów [zwanej dalej ustawą o ochro-

nie konkurencji i konsumentów lub ustawą antymonopolową], w szczególności art. 6 tej ustawy.

- [2] Wyniki analizy materiału dowodowego, zgromadzonego w trakcie postępowania wyjaśniającego, dały podstawę do postawienia uzasadnionej hipotezy o podejrzeniu naruszenia zakazu określonego w art. 6 ust. 1 pkt 7 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów przez ww. przedsiębiorców, uczestników postępowań przetargowych, których przedmiotem było prowadzenie Punktu Informacji Drogowej.
- [3] W dniu 6 listopada 2015 r., postanowieniem nr 172 Prezes Urzędu wszczął, z urzędu, postępowanie antymonopolowe w sprawie podejrzenia zawarcia przez przedsiębiorców:

- PÔMELÔ POLSKA sp. z .o.o. z siedzibą w Warszawie,
- 'Multi' Centrum Biznesu sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie

porozumienia ograniczającego konkurencję na lokalnym rynku usług prowadzenia Punktu Informacji Drogowej, polegającego na uzgadnianiu w postępowaniach o udzielenie zamówienia publicznego na prowadzenie Punktu Informacji Drogowej, przeprowadzonych przez Generalną Dyрекcję Dróg Krajowych i Autostrad O/SZ w Szczecinie (GDDKiA O/Sz-D-3-284/56/2013 i GDDKiA O/Sz-D-3-284/60/2013), treści składanych ofert oraz uzgadnianiu wzajemnych zachowań podejmowanych w toku postępowań przetargowych, celem doprowadzenia do wyboru tego z nich, który zaproponował wyższą cenę lub doprowadzenia do tego, aby zamówienie zostało przekazane do faktycznej realizacji któremuś z uczestników porozumienia, co może stanowić naruszenie art. 6 ust. 1 pkt 7 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów.

- [4] Postanowieniem nr 173 z dnia 6 listopada 2015 r. do akt sprawy włączono całość dowodów, pozyskanych w trakcie przeprowadzonego postępowania wyjaśniającego.

PREZES URZĘDU OCHRONY KONKURENCJI I KONSUMENTÓW USTALIŁ, CO NASTĘPUJE:

I. STRONY POSTĘPOWANIA

- [5] Spółka PÔMELÔ POLSKA sp. z .o.o. z siedzibą w Warszawie [zwana dalej również POMELO] została zarejestrowana w KRS pod nr 0000447998, w dniu 18 stycznia 2013 r. Całość udziałów przedsiębiorcy posiada Krajowa Instytucja Rozliczeniowa Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie. Zgodnie z KRS, przedmiotem działalności PÔMELÔ POLSKA jest m.in. działalność usługowa w zakresie informacji.

Jedynym członkiem zarządu Spółki jest Michał Padło, który jest także głównym udziałowcem i dyrektorem w spółce Krajowa Instytucja Rozliczeniowa.

- [6] Spółka 'Multi' Centrum Biznesu sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie [zwana dalej również MCB] została zarejestrowana w KRS pod nr 0000435472, w dniu 4 października 2012 r. Zgodnie z odpisem KRS, przedmiotem jej działalności jest m.in. działalność usługowa w zakresie informacji.

Wyłącznym udziałowcem 'Multi' Centrum Biznesu jest MULTI Spółka z o.o. z siedzibą w Warszawie. Dyrektorem w 'Multi' Centrum Biznesu jest Łukasz Lech, który jest także głównym udziałowcem oraz dyrektorem w Spółce MULTI.

- [7] Postępowanie antymonopolowe w sprawie praktyk ograniczających konkurencję może być wszczęte wobec podmiotów posiadających status przedsiębiorcy. Zgod-

nie z definicją przedsiębiorcy, zawartą w art. 4 pkt 1 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów, pod pojęciem tym należy rozumieć m.in. przedsiębiorcę w rozumieniu ustawy z dnia 2 lipca 2004 r. o swobodzie działalności gospodarczej (tekst jednolity: Dz.U. z 2015 r., poz. 584 ze zmianami). Przedsiębiorcą jest więc osoba fizyczna, osoba prawna i jednostka organizacyjna niebędąca osobą prawną, której odrębna ustawa przyznaje zdolność prawną - wykonująca we własnym imieniu działalność gospodarczą, tj. zarobkową działalność wytwórczą, budowlaną, handlową, usługową oraz poszukiwanie, rozpoznawanie i wydobywanie kopalin ze złóż, a także działalność zawodową, wykonywaną w sposób zorganizowany i ciągły.

- [8] W rozpatrywanej sprawie nie ulega wątpliwości, że każda ze stron postępowania prowadzi działalność gospodarczą i posiada status przedsiębiorcy, co wykazano w pkt [5] i [6] niniejszej decyzji.

II. OKOLICZNOŚCI FAKTYCZNE SPRAWY

- [9] Dnia 23 stycznia 2014 r. do Prezesa Urzędu wpłynęło zawiadomienie Zastępcy Dyrektora Oddziału Generalnej Dyrekcji Dróg Krajowych i Autostrad w Szczecinie z dnia 16 stycznia 2014 r. (znak: GDDKiA O/Sz-D-3-ig-284/56/11/2013) dotyczące podejrzenia stosowania praktyk ograniczających konkurencję przez:

- 1) Konsorcjum: Krajowa Instytucja Rozliczeniowa sp. z .o.o. z siedzibą w Warszawie oraz PÔMELÔ POLSKA sp. z .o.o. z siedzibą w Warszawie,
- 2) 'Multi' Centrum Biznesu sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie.

Praktyka ta miała polegać, zdaniem Generalnej Dyrekcji Dróg Krajowych i Autostrad Oddział w Szczecinie [dalej także jako: GDDKiA], na zawarciu przez wyżej wymienionych przedsiębiorców umowy przetargowej w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego ogłoszonego przez GDDKiA Szczecin na „Prowadzenie Punktu Informacji Drogowej w Generalnej Dyrekcji Dróg Krajowych i Autostrad Oddział w Szczecinie (GDDKiA O/Sz-D-3-284/56/2013)”.

PRZEBIEG PRZEPROWADZONYCH PRZEZ GDDKiA POSTĘPOWAŃ PRZETARGOWYCH.

- (1) Dnia 19 listopada 2013 r. Zamawiający (GDDKiA Szczecin) ogłosił przetarg dotyczący zamówienia na „Prowadzenie Punktu Informacji Drogowej w Generalnej Dyrekcji Dróg Krajowych i Autostrad Oddział w Szczecinie (GDDKiA O/Sz-D-3-284/56/2013)”.
- (2) Termin składania ofert został wyznaczony na 29 listopada 2013 r. Jedynym kryterium wyboru była cena. W wyznaczonym czasie do zamawiającego wpłynęły oferty trzech wykonawców. Szczegółowe dane zawiera tabela nr 1.

Tabela nr 1

NR OFERTY	OFERENT	ZAPROPONOWANA CENA	UZYSKANE MIEJSCE
1	GLOBAL PROJEKT sp. z o.o. (GLOBAL) - wykonanie samodzielne- Godz. złożenia - 10:34	133 493,38 zł	oferent wykluczony
2	'Multi' Centrum Biznesu sp. z o.o. (MCB) - wykonanie z podwykonawstwem- Godz. złożenia - 11:10	156 569,60 zł	II

3	Konsorcjum: Krajowa Instytucja Rozliczeniowa (KIR) Sp. z o.o. POMELÔ POLSKA sp. z .o.o. - wykonanie z podwykonawstwem- Godz. złożenia - 11:09	114 580, 48 zł	I
---	--	----------------	---

Bezpośrednio przed otwarciem ofert zamawiający podał że wartość 196.957,00 zł (brutto) stanowi kwotę jaką zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia.

Przystępując do przetargu, wykonawca nr 3 (konsorcjum KIR i POMELO) potwierdził wiedzę oraz doświadczenie i przedstawił poświadczenia wystawione przez MCB (inny oferent w przetargu), z którego wynikało, że uczestnik konsorcjum (KIR) wykonuje na rzecz MCB usługi prowadzenia Punktu Informacji Drogowej.

Jak wynika z treści pisma GDDKiA z dnia 6 sierpnia 2014 r., MCB złożyło pisemny wniosek o wgląd do ofert w ostatnim dniu ich składania (29 listopada 2013 r.). W tym też dniu wnioskodawca zapoznał się z dokumentacją, jednak zainteresowany był jedynie ofertą wykonawcy GLOBAL, nie interesował się i nie przeglądał innych akt. Przedsiębiorca MCB w piśmie z dnia 26 czerwca 2014 r. wyjaśniał jednak, że jeżeli uczestniczy w postępowaniu przetargowym to każdorazowo składa podobne wnioski i dokonuje przeglądu ofert.

Ponadto, zgodnie z treścią ww. pisma GDDKiA, podczas przeglądania ofert, złożonych w trakcie przedmiotowego postępowania przetargowego, członek zarządu spółki MCB, Pan Łukasz Lech, miał oświadczyć członkom komisji przetargowej, że wygra przedmiotowe postępowanie, mimo że jego oferta zajmowała - na tamtą chwilę - trzecią pozycję w rankingu ofert.

Dnia 10 grudnia 2013 r. komisja przetargowa dokonała wyboru oferty najkorzystniejszej, wybierając ofertę złożoną przez Konsorcjum KIR i POMELO.

Wykonawca GLOBAL został wykluczony, na podstawie art. 24. ust. 2 pkt 3 i art. 24 ust. 4 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. *Prawo zamówień publicznych* (tekst jedn.: Dz. U. z 2013 r. poz. 907, dalej jako: PZP), z uwagi na niedostarczenie Zamawiającemu, mimo wezwania, oryginału lub notarialnie poświadczonej kopii zaświadczenia, wystawionego przez właściwego naczelnika urzędu skarbowego, o niezaleganiu z opłacaniem podatku.

- (3) Zamawiający wyznaczył termin podpisania umowy na dzień 17 grudnia 2013r. W tym dniu wykonawca, który wygrał przetarg, nie przedłożył jednak podpisanej umowy. Zamawiający zadzwonił do wykonawcy w celu ustalenia następnego/nowego terminu. Telefon odebrał jednak Pan Łukasz Lech (właściciel i Prezes Zarządu innego podmiotu) i oznajmił, że Pan Michał Pađło jest chory.
- (4) Zamawiający wyznaczył kolejny termin na podpisanie umowy na dzień 19 grudnia 2013, jednak wykonawca, który wygrał przetarg, nie stawiał się w tym dniu. W tej sytuacji GDDKiA Szczecin zdecydowała się złożyć zawiadomienie do Prezesa UOKiK, o czym poinformowała obu wykonawców (pismem z dnia 20 grudnia 2013 r.; znak: GDDKiA O/Sz-D-3-ig-284/56/10/2013) i pozostawiła przedmiotowe postępowanie przetargowe bez dalszego biegu.

PRZEBIEG DRUGIEGO PRZETARGU PRZEPROWADZONEGO PRZEZ GDDKiA SZCZECIN

- (5) Dnia 19 grudnia 2013 r. GDDKiA Szczecin wszczęła ponownie postępowanie o

udzielenie zamówienia publicznego na „Prowadzenie Punktu Informacji Drogowej w Generalnej Dyrekcji Dróg Krajowych i Autostrad Oddział w Szczecinie (GDDKiA O/Sz-D-3-284/60/2013)”.

- (6) Dnia 27 grudnia 2013 r. upływał termin składania ofert. Także i w tym przypadku jedynym kryterium wyboru miała być cena. W wyznaczonym terminie do zamawiającego wpłynęły oferty sześciu wykonawców.

Zestawienie wykonawców, którzy złożyli oferty wraz z zaproponowaną przez nich ceną zawiera tabela nr 2.

Tabela nr 2

NR OFERTY	OFERENT	ZAPROPONOWANA CENA	UZYSKANE MIEJSCE
1	GLOBAL PROJEKT sp. z o.o.	128 354,93 zł	II
2	PÔMELÔ POLSKA sp. z .o.o.	229 218,08 zł	V
3	'Multi' Centrum Biznesu sp. z o.o.	152 662, 12 zł	IV
4	Daria Cicha-Ościk	289 311,36 zł	VI
5	Justyna Gołąb	129 452,44 zł	III
6	Iwona Holka, ul. Ziębicka 7 lok. 14 01-461 WARSZAWA Pełnomocnik: Łukasz Lech - podwykonawca MCB -	112 000,20 zł	I

- (7) Dnia 7 stycznia 2014 r. komisja przetargowa dokonała wyboru oferty najkorzystniejszej, za którą uznano ofertę złożoną przez Panią Iwonę Holkę. Zamawiający wyznaczył także termin podpisania umowy na dzień 8 stycznia 2014 r. W tym dniu w siedzibie GDDKiA Szczecin stawił się Pan Łukasz Lech z pełnomocnictwem wystawionym przez Panią Iwonę Holkę, obejmującym czynności związane z zawarciem umowy i reprezentowaniem jej przed Zamawiającym, w zakresie przedmiotowego zamówienia publicznego. Pan Łukasz Lech został koordynatorem, upoważnionym w imieniu Pani Iwony Holki, do nadzorowania i zarządzania realizacją umowy oraz kontaktowania się z Zamawiającym. Podwykonawcą zamówienia miała być Spółka MCB. Zamawiającemu nie przedstawiono jednak umowy dot. podwykonawstwa.

WYJAŚNIENIA PRZEDSIĘBIORCÓW:

IWONA HOLKA

- (8) Iwona Holka prowadzi działalność gospodarczą pod firmą Iwona Holka Kancelaria Doradcza Zamówienia Publiczne w Warszawie, w oparciu o wpis do ewidencji CEIDG.
- (9) Przedsiębiorca zna zarówno Pana Łukasza Lecha, jak i Pana Michała Padło z kontaktów służbowych i świadczonych na ich rzecz usług doradczych.
- (10) Wyjaśniając okoliczności przystąpienia do przetargu zorganizowanego przez GDDKiA o/Szczecin, Pani Iwona Holka stwierdziła m.in.: *Spółka MULTI Centrum Biznesu poprosiła mnie o wzięcie udziału w przetargu z takim ustaleniem, że będą moim ewentualnym podwykonawcą, gdy oferta okazała się najtańsza. Redagowaniem i przygotowaniem oferty a także jej wysyłką, wpłatą wadium zajmował się przedstawiciel firmy MULTI Centrum Biznesu. Umowę w moim imieniu zawarło fizycznie MULTI Centrum Biznesu. Umowy*

na podwykonawstwo nie zawierałam w formie pisemnej. Wyjaśniam, że ja nie znałam ceny oferty zarówno swojej jak i MULTI Centrum Biznesu.

- (11) Dodatkowo wyjaśniła, że przedmiot przetargu, czyli *działalność prowadzenia punktu informacji drogowej* nijak się ma do prowadzonej przeze mnie działalności dlatego wykonawcą była Iwona Holka jako osoba fizyczna.
- (12) W kolejnym piśmie, z dnia 26 września 2014 r. Pani Holka - udzielając odpowiedzi na pytanie Urzędu, z jakich przyczyn nie zna własnej ceny skoro podpisała ofertę osobiście - stwierdziła, że *...kartki oferty zostały mi podsunięte do podpisu i nie czytałam ich treści... Moja oferta jako przedstawiająca najniższą cenę została wybrana do realizacji zamówienia, co wydaje się być jak najbardziej uczciwe i nie narusza przepisów o ochronie konkurencji i konsumentów. Nie mam wiedzy o działaniach innych przedsiębiorców i nie wnikam w cenę oferty spółki Multi Centrum Biznesu, nie znając przy okazji także ceny własnej oferty. Nie doszukuję się zatem chwili, w której miałoby dojść do uzgodnienia ceny i celu takiego działania.*

MULTI CENTRUM BIZNESU

- (13) Spółka brała udział w obu postępowaniach przetargowych zorganizowanych przez Oddział GDDKiA w Szczecinie na prowadzenie Punktu Informacji Drogowej.
- (14) W drugim przetargu wygrała oferta złożona przez Panią Iwonę Holkę.
- (15) Iwona Holka nie przygotowała, ani nie знаła swojej oferty. Oferta została przygotowana przez Spółkę MULTI Centrum Biznesu, która ostatecznie została także podwykonawcą. Z tych też powodów w sprawie nie doszło do zawarcia porozumienia ograniczającego konkurencję.
- (16) W kolejnym piśmie, z dnia 24 września 2015 r. Przedsiębiorca MCB stwierdził, że *...złożenie oferty to nie to samo co jej podpisanie. Iwona Holka podpisała i złożyła (w sensie cywilistycznym) ofertę w postępowaniu, nie mniej oferta jej jako najkorzystniejsza została wybrana, więc bez znaczenia stało się złożenie oferty przez spółkę. Spółce nie można przypisać czynu takiego jak miałoby miejsce w przypadku celowego składania dwóch ofert, gdzie po ich otwarciu jedna jest wycofywana....Iwona Holka nie znała w zasadzie ceny własnej oferty. Oferta została przez nią podpisana w miejscu do tego przeznaczonym, bez analizy treści. Tym bardziej, nie znając ceny swojej oferty nie zaznajomiła się z ofertą spółki w jakimkolwiek zakresie.*

GLOBAL PROJEKT

- (17) W piśmie z dnia 21 listopada 2014 r. przedsiębiorca stwierdził tylko, iż brał udział w przetargu i go nie wygrał.

INNE POSTĘPOWANIA PRZETARGOWE, W KTÓRYCH UCZESTNICZYŁ KIR

PKP INTERCITY - DWORCE LĘBORK I SZCZECIN

- (18) W dniu 12 lutego 2014 r. w dzienniku Urzędowym UE zamieszczono ogłoszenie dot. zamówienia na świadczenie usługi w zakresie agencyjnej sprzedaży biletów kolejowych w komunikacji krajowej i międzynarodowej na przejazdy pociągami Spółek: „PKP Intercity SA”, „Koleje Mazowieckie”, „Przewozy Regionalne”, „Koleje Wielkopolskie” oraz udzielanie informacji kolejowej, w kasach biletowych na dworcach PKP SA w następujących lokalizacjach:

- 1) Lębork - 1 kasa biletowa (część 1 przedmiotu zamówienia),



- 2) Szczecin Dąbie - 2 kasy biletowe (część 2 przedmiotu zamówienia),
- 3) Stargard Szczeciński - 1 kasa biletowa (część 3 przedmiotu zamówienia),
- 4) Rybnik - 1 kasa biletowa (część 4 przedmiotu zamówienia).

Zamawiającym była Spółka PKP Intercity SA. Otwarcie ofert nastąpiło w dniu 21 marca 2014 r., o godz. 11:00

W zakresie części 2 zamówienia złożono tylko jedną ofertę. Oferentem była Krajowa Instytucja Rozliczeniowa sp. z o.o. s.c. agent 106.

W zakresie części 3 zamówienia również złożona została tylko jedna oferta przez Krajową Instytucję Rozliczeniową sp. z o.o. s.c. agent 101. Obie oferty zostały jednak odrzucone.

Powodem odrzucenia ofert były:

- błędy w obliczeniu ceny (wykonawcy podali ceny bez VAT, wskazując na przepisy podatkowe zwalniające z VAT, co nie zostało zaakceptowane przez zamawiającego),
- czyny nieuczciwej konkurencji.

Z uzasadnienia zamawiającego: *Dla potrzeb przedstawienia ofert, Spółka Krajowe Centrum Rozliczeniowe powołała wiele spółek cywilnych. W każdym przypadku poszczególne spółki cywilne dysponują takimi samymi zasobami technicznymi i ludzkimi, wykonują takie same czynności na rzecz zamawiającego, a pomimo to chcą być traktowane jako odrębni podatnicy VAT. Zdaniem zamawiającego, brak jest ekonomicznego uzasadnienia dla wykonania tych zadań przez odrębne podmioty prawne, które i tak są w pełni uzależnione od wspólników i przez nich zarządzane. Nie ma biznesowej potrzeby powoływać odrębnych spółek dla realizacji tych samych zadań. Natomiast działania KIR noszą znamiona struktur tworzonych celem obejścia prawa podatkowego i nieuprawnionego korzystania ze zwolnienia.*

Spółka KIR odwołała się do Krajowej Izby Odwoławczej KIO. Wyrokiem z dnia 23 września 2014 r. odwołanie zostało oddalone. W wyroku KIO stwierdziła, iż odwołujący nie wskazał podstaw do zwolnienia od podatku VAT, czym naruszył przepis art. 89 ust. 1 pkt 6 Pzp, jak również wykorzystując sztuczne struktury prawne przedstawił ofertę zawierającą cenę znacznie niższą, niż oferty innych podmiotów, a przez to naruszył zasady uczciwej konkurencji.

- (19) Obaj wykonawcy (KIR Agent 101 i 109) do ofert dołączyli wykaz osób, które miały uczestniczyć w wykonaniu zadania. Jedną z nich była Justyna Gołąb, która brała udział w postępowaniu (GDDKiA O/Sz-D-3-284/60/2013), a jej oferta zajęła wówczas miejsce III [por. pkt(6)].

PKP INTERCITY - DWORZEC KRAKÓW DĘBICA

- (20) W dniu 21 stycznia 2014 r. zamawiający PKP Intercity SA zamieściła ogłoszenie o przetargu na świadczenie usługi w zakresie agencji sprzedaży biletów kolejowych w komunikacji krajowej i międzynarodowej na przejazdy pociągami Spółek: „PKP Intercity SA”, „Koleje Mazowieckie”, „Przewozy Regionalne”, Koleje Wielkopolskie oraz udzielenie informacji kolejowej, w kasach biletowych na dworcach PKP SA w następujących lokalizacjach:

- 1) Dębica - 1 kasa biletowa (część 1 przedmiotu zamówienia),
- 2) Kraków Płaszów - 2 kasy biletowe (część 2 przedmiotu zamówienia).



W dniu 12 marca 2014 r. na część 2 zadania wpłynęły 3 oferty, w tym złożona przez Krajową Instytucję Rozliczeniową sp. z o.o. s.c. agent 105. Oferta ta została odrzucona z uwagi na:

- błędy w obliczeniu ceny (wykonawcy podali ceny bez VAT, wskazując na przepisy podatkowe zwalniające z VAT, co nie zostało zaakceptowane przez zamawiającego),
- czyny nieuczciwej konkurencji.

Uzasadnienie jw. [pkt (17)].

KIR odwołała się do KIO. Wyrokiem z dnia 23 września 2014 r. odwołanie zostało oddalone. W wyroku KIO stwierdziła, iż odwołujący nie wskazał podstaw do zwolnienia od podatku VAT, czym naruszył przepis art. 89 ust. 1 pkt 6 Pzp, jak również wykorzystując sztuczne struktury prawne przedstawił ofertę zawierającą cenę znacznie niższą niż oferty innych podmiotów, a przez to naruszył zasady uczciwej konkurencji.

Zgodnie z załączonym do oferty wykazem osób, które miały uczestniczyć w wykonaniu zadania, jedną z nich była także Justyna Gołąb, która brała udział w postępowaniu (GDDKiA O/Sz-D-3-284/60/2013), a jej oferta zajęła wówczas miejsce III.

WYJAŚNIENIA ZŁOŻONE PRZEZ JUSTYNĘ GOŁĄB

(21) Justyna Gołąb (pismem z dnia 7 stycznia 2015 r.) wyjaśniła, że w postępowaniu przetargowym na prowadzenie Punktu Informacji Drogowej GDDKiA Oddział w Szczecinie (GDDKiA O/Sz-D-3-284/60/2013) brała udział jako osoba fizyczna, bowiem nie prowadzi działalności gospodarczej i nie jest zarejestrowana w CEIDG. Było to jedynie postępowanie, w którym brała udział, jako wykonawca.

Pani Gołąb ma uprawnienia do pracy w kasach agencyjnych jako kasjer. Po przetargu (GDDKiA O/Sz-D-3-284/60/2013) Pani Gołąb została zatrudniona przez Pana Michała Padło na wykonanie zleconych prac w okresie od 14 lutego 2014 r. do 30 września 2014 r.

Wcześniej pan Łukasz Lech zatrudniał ją w firmie Multi sp. z o.o.

W przypadku przetargów przeprowadzonych przez PKP Intercity Pani Gołąb była wymieniona w dokumentacji przetargowej, gdyż w tym okresie była zatrudniona przez wykonawców.

- [10] Po zakończeniu umowy dot. prowadzenia Punktu Informacji Drogowej, zawartej w dniu 7 stycznia 2014 r. z Iwoną Holką, GDDKiA przeprowadziła nowe postępowanie, wyłączone spod przepisów ustawy prawo zamówień publicznych. W celu udzielenia zamówienia przeprowadzono analizę cen rynkowych na podstawie danych dot. wykonawców: GLOBAL PROJEKT Sp. z o.o., MULTI CENTURM BIZNESU, Justyna Gołąb oraz Iwona Holka. Na ogłoszenie zamieszczone na stronie internetowej zamawiającego oferty złożyli: GLOBAL PROJEKT Andrzej Dyczkowski w Szczecinie oraz S.C.-A1 LIMITED POLSKA s.k. z Wrocławia, z którą podpisano umowę dot. realizacji zamówienia.

PREZES URZĘDU OCHRONY KONKURENCJI I KONSUMENTÓW ZWAŻYŁ, CO NASTĘPUJE.

- [11] Norma określona art. 6 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów wprowadza zakaz zawierania porozumień, których celem lub skutkiem jest wyeliminowanie,

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

[12] W postępowaniu, które kończy niniejsza decyzja zarzut naruszenia art. 6 ust. 1 pkt 7 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów postawiono dwóm przedsiębiorcom tj.:

- ‘Multi’ Centrum Biznesu sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie,
- PÔMELÔ POLSKA sp. z .o.o. z siedzibą w Warszawie,

którzy brali udział, jako wykonawcy, w postępowaniach przetargowych przeprowadzonych przez Oddział GDDKiA w Szczecinie (Zamawiający).

[13] Zarzut postawiony w niniejszej sprawie dotyczy porozumienia ograniczającego konkurencję zawartego pomiędzy przedsiębiorcami biorącymi udział w postępowaniach przetargowych na świadczenie usług prowadzenia punktu informacji drogowej – polegającego na uzgodnieniu treści składanych ofert oraz uzgadnianiu wzajemnych zachowań podejmowanych w toku postępowań przetargowych, celem doprowadzenia do wyboru tego z nich, który zaproponował wyższą cenę lub doprowadzenia do tego, aby zamówienie zostało przekazane do faktycznej realizacji któremuś z uczestników porozumienia.

Porozumienia zawierane pomiędzy konkurentami to jedne z najpoważniejszych naruszeń reguł konkurencji chronionych prawem, bowiem zazwyczaj prowadzą do zakłóceń w prawidłowym funkcjonowaniu rynku¹.

Ponadto, jak podkreśla się w literaturze przedmiotu² [...] *porozumienia horyzontalne w sprawie przetargów są ze swej natury jednymi spośród najbardziej poważnych naruszeń art. 101 TFUE. Naruszenia w tym przypadku sztucznie przekreślają i pozbawiają kontrahentów korzyści, jakich spodziewają się osiągnąć dzięki konkurencji związanych z przetargami, często organizowanych specjalnie po to, by wykorzystując silną konkurencję osiągnąć niskie ceny realizacji. Z tego też powodu za taki udział w spiskowaniu przeciwko konkurencji są na przedsiębiorstwa nakładane bardzo wysokie kary pieniężne.*

[14] Ustawa o ochronie konkurencji i konsumentów należy do dziedziny prawa publicznego, a prawo to ma na celu ochronę interesu ogólnospołecznego. Publicznoprawny charakter ustawy oznacza zatem, że nie wszystkie zachowania przedsiębiorców uzasadniają uruchomienie przewidzianych przez nią instrumentów. Powinno to następować tylko wówczas, gdy w następstwie zachowań naruszających ustawę zagrożony jest interes ogólnospołeczny. Klauzula generalna interesu publicznego jest kategorią nadrzędną, inkorporowaną przez definicje administracji publicznej, określające przedmiot jej działalności, lub wskazujące jej zasadnicze funkcje³. Według tych definicji, klauzula interesu publicznego służy wyznaczeniu relacji między sytuacją jednostki, a działalnością administracji publicznej, skierowaną na zapewnienie dobra wspólnego.

¹ Por. A. Stawicki, E. Stawicki [red.], *Ustawa o ochronie konkurencji i konsumentów. Komentarz*, Warszawa 2011, s. 211.

² Por. Z. Jurczyk, *Kartele w polityce konkurencji Unii Europejskiej*, Warszawa 2012, s. 375.

³ Por. H. Izdebski, M. Kulesza, *Administracja publiczna. Zagadnienia ogólne*, Warszawa 2004, s. 93-99.

- [15] Spełnienie przesłanki interesu publicznego stanowi bezwzględny warunek konieczny do podjęcia przez organ antymonopolowy interwencji w celu wdrażania i zastosowania prawa konkurencji. Warunek ten wynika wprost z art. 1 ust. 1 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów, który stanowi, że ustawa określa warunki rozwoju i ochrony konkurencji oraz zasady podejmowania w interesie publicznym ochrony interesów przedsiębiorców i konsumentów.
- [16] Zgodnie z orzecznictwem Sądu Najwyższego, naruszenie interesu publicznego ma miejsce wówczas, gdy po pierwsze skutkami działań sprzecznych z ustawą *dotknięty jest szerszy krąg uczestników rynku, ale również gdy te działania wywołują na rynku inne niekorzystne zjawiska*⁴. Z punktu widzenia dopuszczalności zastosowania ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów liczba podmiotów dotkniętych skutkami praktyki ograniczającej konkurencję jest nieistotna, wystarczającym jest bowiem, że zachowanie przedsiębiorcy wyczerpuje znamiona antykonkurencyjnej praktyki⁵.
- [17] Porozumienie będące przedmiotem oceny, zawarte przez niezależne podmioty tj. Spółki POMELO oraz MCB, a polegające na uzgadnianiu przez tych przedsiębiorców, przystępujących do postępowań o udzielenie zamówień publicznych na świadczenie usług prowadzenia punktu informacji drogowej, treści składanych ofert oraz uzgadnianiu wzajemnych zachowań podejmowanych w toku prowadzonych postępowań, celem doprowadzenia do wyboru oferty tego z ww. przedsiębiorców, który zaoferował najwyższą cenę lub doprowadzenia do tego, aby zamówienie zostało przekazane do faktycznej realizacji któremuś z uczestników porozumienia, godzą w zasady wolnej konkurencji. Porozumienia, szczególnie te zawierane między konkurentami (horyzontalne), zaliczają się do najcięższych naruszeń konkurencji, gdyż wywołują niekorzystne działania na rynku, zniekształcając ten rynek, ograniczając albo eliminując na nim konkurencję. Działania te naruszają zatem interes ogólnospołeczny⁶.

RYNEK WŁAŚCIWY

- [18] Działania przedsiębiorców, stanowiące praktykę ograniczającą konkurencję, ujawniają się na rynku właściwym. Rynek właściwy określa płaszczyznę współzawodnictwa konkurentów w prowadzonej przez nich działalności gospodarczej⁷. Ustalenie rynku właściwego w danej sprawie ma zatem znaczenie dla prawidłowego stosowania przepisów ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów.

Ustawa o ochronie konkurencji i konsumentów w art. 4 pkt 9 definiuje rynek właściwy, jako rynek towarów, które ze względu na ich przeznaczenie, cenę oraz właściwości, w tym jakość, są uznawane przez ich nabywców za substytuty oraz są oferowane na obszarze, na którym, ze względu na rodzaj i właściwości, istnienie barier dostępu do rynku, preferencje konsumentów, znaczące różnice cen i koszty transportu, panują zbliżone warunki konkurencji. Pod pojęciem towaru należy natomiast rozumieć, zgodnie z art. 4 pkt 7 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów, zarówno rzeczy, jak i energię, papiery wartościowe i inne prawa majątkowe, usługi, a także roboty budowlane.

⁴ Wyrok SN z dnia 5 czerwca 2008 r., III SK 40/07, LEX nr 523243, por. także wyrok SN z dnia 29 maja 2001 r. I CKN 1217/98, OSNC 2002 r., nr 1, poz. 13, wyrok SN z dnia 28 stycznia 2002 r., I CKN 112/99, OSNC 2002 r., nr 11, poz. 144.

⁵ Wyrok SN z dnia 16 października 2008 r., sygn. akt III SK 2/08, LEX nr 599553.

⁶ Wyrok Sądu Najwyższego z 24 lipca 2003 r., I CKN 496/01, Dz. Urz. UOKiK 2004/1/283.

⁷ Wyrok SOKiK z dnia 18 grudnia 2002 r., sygn. akt XVII Ama 19/01, Dz. Urz. UOKiK 2003/2/260.

- [19] Rynek właściwy danej sprawy delimitują dwa jego wymiary: wymiar towarowy (rynek właściwy produktowo lub asortymentowo) i wymiar geograficzny (rynek właściwy terytorialnie). Pojęcie rynku właściwego produktowo odnosi się do wszystkich towarów jednego rodzaju, które ze względu na swoje szczególne właściwości odróżniają się od innych towarów w taki sposób, że nie istnieje możliwość dowolnej ich zamiany. Wynika stąd, że rynek właściwy produktowo obejmuje wszystkie towary, które służą zaspokajaniu tych samych potrzeb nabywców, mają zbliżone właściwości, podobne ceny i reprezentują podobny poziom jakości⁸. Natomiast wyznaczenie geograficznego aspektu rynku właściwego oznacza zidentyfikowanie obszaru, na którym warunki konkurencji dotyczące danego towaru i jego substytutów są jednakowe dla wszystkich konkurentów - tj. warunki konkurencji są dostatecznie jednorodne - i który można odróżnić od obszarów sąsiadujących.
- [20] Zdaniem Prezesa Urzędu, w rozpatrywanej sprawie rynkiem właściwym, w aspekcie produktowym, jest rynek usług prowadzenia Punktu Informacji Drogowej. Usługi te obejmują zbieranie, gromadzenie i przekazywanie zainteresowanym informacji o stanie dróg krajowych, zarządzanych przez GDDKiA oraz o warunkach na drogach dotyczących ich przejezdności, sytuacjach nadzwyczajnych, czy wykonywaniu czynności związanych z zimowym utrzymaniem dróg.
- Generalna Dyrekcja Dróg Krajowych i Autostrad działa pod bezpośrednim kierownictwem Generalnego Dyrektora Dróg Krajowych i Autostrad, który jest centralnym organem administracji rządowej, właściwym w sprawach dróg krajowych i wykonuje zadania zarządcy dróg krajowych. Generalnemu Dyrektorowi Dróg Krajowych i Autostrad podlega Centrala GDDKiA w Warszawie i 16 oddziałów terenowych, których obszar działania pokrywa się z województwami. Oddziały mają w swej strukturze Rejony Dróg Krajowych, zarządzające drogami w terenie.
- Do zadań GDDKiA należy m.in.: przygotowywanie i koordynowanie budowy oraz eksploatacja dróg krajowych i autostrad, utrzymanie dróg krajowych (w tym: odśnieżanie, bieżące naprawy, utrzymanie standardu drogi), a także gromadzenie danych i sporządzanie informacji o sieci dróg publicznych. W celu realizacji zadania dot. gromadzenia i przekazywania informacji nt. stanu dróg krajowych na danym obszarze/województwie każdy z oddziałów GDDKiA prowadzi Punkt Informacji Drogowej. Punkty pracują bez przerwy (7 dni w tygodniu, przez 24 godziny).
- [21] Kolejnym aspektem, który należy uwzględnić przy delimitacji rynku właściwego jest jego wymiar terytorialny. Oznacza to, że w każdej, konkretnej sprawie należy wyznaczyć obszar, na którym, ze względu m.in. na rodzaj i właściwości towarów (tu: usług), bariery dostępu do rynku, znaczące różnice cen i kosztów transportu, panują zbliżone warunki konkurencji. W wypadku rynku usług prowadzenia Punktu Informacji Drogowej rynek geograficzny określony jest obszarem właściwości terytorialnej danego Oddziału GDDKiA. Każdy z Oddziałów, prowadzący Punkt, gromadzi i udziela informacje jedynie nt. stanu dróg mu podległych. Ponadto, wprowadzie przedsiębiorcy ubiegający się o zamówienie nie napotykają na prawne, ani administracyjne bariery dostępu do przetargów organizowanych w innych miejscach w kraju/województwach przez pozostałe Oddziały GDDKiA, jednak zapewnienie nieprzerwalnej pracy Punktu (codziennie przez 24h/dobę) wymaga odpowiedniego zaplecza tj. zasobów materiałowych i ludzkich. Co więcej struktura i system pracy Punktu wymaga aby zaplecze znajdowało się w takiej odległości/na tyle blisko aby zapewnić sprawne wykonanie usługi.

⁸ E. Modzelewska-Wąchal, *Ustawa o ochronie konkurencji i konsumentów. Komentarz*, Warszawa 2002, s. 49.

- [22] Uwzględniając przywołane okoliczności Prezes Urzędu uznał, że w przedmiotowej sprawie mamy do czynienia z lokalnym rynkiem usług prowadzenia Punktu Informacji Drogowej obejmującym obszar działania Generalnej Dyrekcji Dróg Krajowych i Autostrad - Oddział w Szczecinie.

W ocenie Prezesa Urzędu, przyjęta definicja rynku właściwego jest poprawna merytorycznie i pozwala na ocenę zachowań przedsiębiorców w kontekście postawionego im zarzutu naruszenia art. 6 ust. 1 pkt 7 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów.

ANALIZA PRZESŁANEK Z ART. 6 UST. 1 PKT 7 USTAWY O OCHRONIE KONKURENCJI I KONSUMENTÓW.

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

Kwalifikując działania przedsiębiorców jako naruszające zakaz z art. 6 ust.1 pkt 7 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów, należy zatem wykazać kumulatywne spełnienie następujących przesłanek:

- 1) przedsiębiorcy objęci zarzutem zawarli porozumienie, polegające na uzgadnianiu warunków ofert składanych w przetargu w zakresie prac i ceny;
- 2) cel lub skutek porozumienia miał charakter antykonkurencyjny.

Formy, w jakich te porozumienia mogą zostać zawarte określa art. 4 pkt 5 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów, uznając za porozumienia:

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

Zakaz porozumień ograniczających konkurencję obejmuje zatem różne formy współpracy i koordynacji działań między przedsiębiorcami, które celowo i/lub skutecznie prowadzą do wyeliminowania konkurencji oraz ryzyka gospodarczego związanego z brakiem pewności co do zachowań innych uczestników rynku. Porozumienie to zarówno umowa, jak i uzgodnienia dokonane w jakiegokolwiek innej formie. Dla stwierdzenia istnienia porozumienia nie jest ważna forma (pisemna, ustna), w jakiej zostało ono zawarte. Definicja porozumień jest bardzo szeroka i pozwala na objęcie zakazami wynikającymi z art. 6 ustawy o ochronie [...], wszelkich form skoordynowanych działań niezależnie funkcjonujących przedsiębiorców. Porozumieniem może być dokonane w jakiegokolwiek formie uzgodnienie dwóch lub więcej niezależnych przedsiębiorców lub ich związków, które wywołuje lub grozi wywołaniem negatywnych skutków dla konkurencji. W szczególności są to wszelkie formy współpracy faktycznej, którym przedsiębiorcy nie zamierzali nadać wiążącego charakteru, a które w sposób celowy i świadomy eliminują niepew-



ność co do przebiegu procesów rynkowych i warunków działania konkurentów⁹. Celem wyróżnienia praktyk uzgodnionych jako kategorii porozumień ograniczających konkurencję jest uniemożliwienie przedsiębiorcom obejścia zakazu zawartego w art. 6 ust. 1 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów, poprzez stosowanie takich form koordynacji zachowań, które nie osiągnęły stadium umowy, ale świadomie pozwalają praktycznej współpracy zająć miejsce konkurencji powiązanej z ryzykiem¹⁰.

Dla uznania działań podmiotów za sprzeczne z regułami konkurencji wystarczy zatem wykazanie, że skoordynowały one swoje zachowanie w stosunkach z osobami trzecimi na podstawie wspólnego uzgodnienia. Stwierdzenie praktyki ograniczającej konkurencję następuje wówczas na podstawie analizy rzeczywistych działań przedsiębiorców. Muszą być one nieadekwatne do istniejących warunków rynkowych¹¹, niewytłumaczalne w sposób racjonalny bez założenia wcześniejszej koordynacji działań bądź zawierać elementy nieformalnej współpracy pomiędzy niezależnymi przedsiębiorcami¹². Dowód na istnienie praktyk uzgodnionych może być obalony, jeżeli przedsiębiorcy są w stanie dowieść, na podstawie racjonalnych przesłanek, że fakty uznane za niewytłumaczalne w inny sposób jak istnieniem zмовy, mogą być zadowalająco wyjaśnione w sposób nie odwołujący się do tego rodzaju praktyk¹³.

Tak więc w celu wyeliminowania możliwości obejścia prawa przez dokonywanie czynności i działań niespełniających 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 konkurentów, w tym zachowań w toku postępowań o udzielenie zamówienia publicznego. Jednakże dla udowodnienia takiej koordynacji zachowań nie wystarcza stwierdzenie wystąpienia podobnych zachowań przedsiębiorców. Konieczne jest udowodnienie, że zachowania te nie są adekwatne do istniejących warunków rynkowych. Pomocne w udowodnieniu takiego uzgodnienia może być wykazanie istnienia związków prawnych i gospodarczych między przedsiębiorcami¹⁴.

- [24] Porozumienia, których przedmiotem są uzgodnienia dokonane przez przedsiębiorców przystępujących do przetargu, a dotyczące warunków składanych ofert nie podlegają wyłączeniu - w drodze ustawy przewidzianego wyjątku - spod reguł konkurencji ze względu na obowiązywanie zasady *de minimis*. Taka sytuacja ma również miejsce w realiach rozpatrywanej sprawy, bowiem norma określona art. 7

⁹ E. Modzelewska-Wąchal, *Ustawa o ochronie konkurencji i konsumentów*, s. 44.

¹⁰ Wyrok ETS z 14 lipca 1972 r. w sprawie Imperial Chemical Industries przeciwko Komisji Wspólnot Europejskich [za: *Zakaz porozumień ograniczających konkurencję I*, Urząd Antymonopolowy, Warszawa 1996, s. 28.

¹¹ E. Modzelewska-Wąchal, *Ustawa o ochronie konkurencji i konsumentów ...*, s. 45.

¹² S. Gronowski, *Ustawa antymonopolowa ...*, s. 85.

¹³ Wyrok Europejskiego Trybunału Sprawiedliwości z 28 marca 1984 r. w sprawach połączonych 29 i 30/83 Compagnie Royale Asturienne des Mines SA i Societe Rheinzink przeciwko Komisji Wspólnot Europejskich (Zb. Wyr. ETS 1984, 1679) [za:] *Prawo konkurencji Wspólnoty Europejskiej. Orzecznictwo, Tom 1, Orzeczenia Europejskiego Trybunału Sprawiedliwości z lat 1962-1989*, Wydawnictwo Naukowe Wydziału Zarządzania Uniwersytetu Warszawskiego, Warszawa 2004, s. 348.

¹⁴ E. Modzelewska-Wąchal, *Ustawa o ochronie konkurencji i konsumentów ...*, s. 45.

ust. 1 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów nie ma tu zastosowania, a to z uwagi na uregulowanie zawarte w art. 7 ust. 3 tego aktu prawnego

- [25] W przedmiotowej sprawie, Prezes Urzędu, nie dysponuje, co prawda, bezpośrednimi dowodami zmywy w postaci podjętej uchwały, czy sporządzonej na piśmie między przedsiębiorcami - stronami postępowania, umowy. Dokonując jednakże analizy i oceny zachowań przedsiębiorców, należy rozważyć, czy w badanej sprawie wystąpiły okoliczności, o których mowa w art. 4 pkt 5 lit. b ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów. Pomocnymi w tym względzie są konkretne wskazówki płynące z orzecznictwa¹⁵, w którym wskazuje się m.in., że *wykazanie istnienia zmywy przetargowej jest niezwykle trudne dowodowo. Podmioty, które dopuszczają się takich działań mając świadomość ich nielegalnego charakteru zwykle tuszują swe porozumienie. Zatem oceniać je możemy zwykle po rezultatach, przestankach i całości kształcie okoliczności sprawy, które to w tej konkretnej sprawie zdaniem Sądu jednoznacznie dowodzą wystąpienia zmywy przetargowej. Nie da się bowiem inaczej racjonalnie wytłumaczyć podania przez powódkę i zainteresowanych zbliżonych parametrów ofert zgłoszonych do przetargu, a pozostałe okoliczności sprawy zgodnie i jednoznacznie wskazują na uzgodnienie między podmiotami warunków składanych ofert, co stanowi niedozwoloną praktykę ograniczającą konkurencję.* Przytoczone wyżej stanowisko Sądu Ochrony Konkurencji i Konsumentów odwołuje się do reguł dowodzenia opartych na domniemaniach faktycznych. Zgodnie z art. 231 ustawy z dnia 17 listopada 1964 r. - Kodeks postępowania cywilnego (tekst jednolity: Dz. U. z 2014 r., poz. 101 ze zmianami), który w postępowaniu antymonopolowym znajduje zastosowanie w związku z art. 84 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów, można uznać za ustalone fakty mające istotne znaczenie dla rozstrzygnięcia sprawy, jeżeli wniosek taki można wyprowadzić z innych ustalonych faktów.

Dla wykazania naruszenia przez przedsiębiorców zakazu określonego w art. 6 ust. 1 pkt 7 ustawy o ochronie [...] koniecznym jest udowodnienie, że przedsiębiorcy objęci zarzutem zawarli porozumienie oraz, że cel lub skutek tego porozumienia miał charakter antykonkurencyjny. Należy przy tym podnieść - na co wskazuje się w literaturze przedmiotu - że zakaz ustanowiony art. 6 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów obejmuje formy negatywnego oddziaływania na konkurencję na rynku właściwym (wyeliminowanie, ograniczenie, zapobieganie, zaskórcenie, naruszenie w inny sposób), które mogą mieć różnicowane natężenie. [...] *W praktyce skutek prawny stwierdzonego naruszenia jest tożsamy bez względu na to, która z tych form oddziaływania na konkurencję została rozpoznana w konkretnej sprawie.*¹⁶

- [26] Ustalenia stanu faktycznego, zgromadzony w sprawie materiał dowodowy, a także dokonana na ich podstawie ocena zachowań rynkowych przedsiębiorców - stron postępowania, pozwala na postawienie im uzasadnionego zarzutu podjęcia i sfinalizowania uzgodnień poczynionych w związku z postępowaniem przetargowym dot. zamówienia na „Prowadzenie Punktu Informacji Drogowej w Generalnej Dyrekcji Dróg Krajowych i Autostrad Oddział w Szczecinie (GDDKiA O/Sz-D-3-284/56/2013)”.
[27] W przetargu tym złożone zostały trzy oferty, przy czym Spółka MCB, w dniu składania ofert, wystąpiła z pisemnym wnioskiem o wgląd do oferty tylko jednego z

¹⁵ Wyrok Sądu Ochrony Konkurencji i Konsumentów z dnia 17.04.2008 r. sygn. akt XVII Ama 117/05; wyrok Sądu Ochrony Konkurencji i Konsumentów z dnia 27.10.2011 r. sygn. akt XVII Ama 204/09.

¹⁶ Por. G. Materna, *Zmowy przetargowe w prawie ochrony konkurencji i prawie karnym*, Warszawa, s. 161-162.

wykonawców, tj. Spółki GLOBAL, co może wskazywać, że oferta trzeciego z uczestników postępowania tj. konsorcjum POMELO i KIR była jej znana.

Ponadto, członek zarządu spółki MCB, Pan Łukasz Lech, oświadczył członkom komisji przetargowej, że wygra przedmiotowe postępowanie, mimo że jego oferta była najmniej korzystna. Ocena jego zachowania może rodzić uzasadnione domniemanie, że wspólnie z konsorcjum ustalił on schemat postępowania, zmierzając do zmanipulowania przetargu i uzyskania zamówienia przez wykonawcę, który złożył ofertę najdroższą tj. MCB.

W wyniku postępowania umowę na wykonanie zamówienia miało zawrzeć z GDDKiA konsorcjum POMELO i KIR, które złożyło ofertę najkorzystniejszą, do podpisania umowy jednak nie doszło. GDDKiA wyznaczyła termin podpisania umowy na dzień 17 grudnia 2013 r., jednak, w tym dniu, konsorcjum nie przedłożyło podpisanej umowy, natomiast na próbę ustalenia nowego terminu odpowiedział właściciel i Prezes Zarządu Spółki MCB, tj. Pan Łukasz Lech oficjalnie niezwiązany, ani niebędący członkiem konsorcjum. Zamawiający GDDKiA O/Szczecin - wbrew przewidywaniom czy oczekiwaniom wykonawców - nie powierzył jednak zamówienia przedsiębiorcy, który ostatecznie złożył drugą, najkorzystniejszą ofertę tj. Spółce MCB, ale pozostawił to postępowanie przetargowe bez dalszego biegu.

Mając na uwadze niewyłonienie wykonawcy, dnia 19 grudnia 2013 r. GDDKiA Szczecin wszczęła ponownie postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na „Prowadzenie Punktu Informacji Drogowej w Generalnej Dyrekcji Dróg Krajowych i Autostrad Oddział w Szczecinie (GDDKiA O/Sz-D-3-284/60/2013)”.

- [28] W drugim postępowaniu brało udział sześciu oferentów, wśród nich Spółka MCB oraz Spółka POMELO, która tym razem złożyła indywidualną/samodzielną ofertę, a nie jako członek konsorcjum. Co więcej, oferta POMELO - w tym postępowaniu - znacznie przewyższa cenę proponowaną poprzednio, wspólnie ze Spółką KIR. O ile wykonawcy, biorący udział w pierwszym postępowaniu (GLOBAL i MCB), w drugim przedstawili oferty z niższą ceną, o tyle oferta POMELO była niemal dwukrotnie wyższa od tej złożonej pierwotnie przez konsorcjum, której Spółka była członkiem, a dodatkowo przewyższała znacznie kwotę, jaką zamawiający zamierzał przeznaczyć na wykonanie zamówienia.
- [29] Ostatecznie postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego (GDDKiA O/Sz-D-3-284/60/2013) zostało zakończone podpisaniem umowy z Panią Iwoną Holką, w dniu 8 stycznia 2014 r.
- [30] Ponieważ zarówno przedmiot, zakres, jaki i kryteria dotyczące tego przetargu były identyczne jak pierwszego, zasadnym było przyjęcie, że - zasadniczo - było to jedno „działanie” Zamawiającego przebiegające w dwóch etapach. Stąd też w kontekście całego „działania” należało ocenić zachowania rynkowe przedsiębiorców - stron postępowania prowadzonego przez Prezesa UOKiK.
- [31] Ustalenia stanu faktycznego i dokonana na jego tle ocena zachowań przedsiębiorców mogą prowadzić do wniosku, że na pierwszym etapie „działania” zainicjowanego przez Zamawiającego doszło do podjęcia przez MCB i POMELO współpracy mającej cechy zmywy opartej na wykorzystaniu mechanizmu polegającego na rozstawianiu i wycofywaniu ofert; *ten mechanizm zakłada bowiem uzgadnianie (odpowiednie różnicowanie) treści ofert, mające umożliwić późniejsze manipulowanie ofertami w celu zapewnienia zwycięstwa oferty najmniej korzystnej spośród składanych przez uczestników porozumienia*¹⁷. W realiach przedmiotowej sprawy

¹⁷ Por. G. Materna, *Zmowy przetargowe...*, s. 189.

za niepozabawioną podstaw można zatem przyjąć hipotezę, że obaj przedsiębiorcy najpierw uzgodnili warunki składanych ofert, a następnie - wobec wykluczenia z przetargu trzeciego jego uczestnika, tj. firmy GLOBAL - zwycięzca nie podpisał umowy o wykonawstwo, licząc, że w tej sytuacji Zamawiający, nie mając możliwości wyboru, przyjmie ofertę najmniej dla niego korzystną, ale lukratywną dla MCB. Faktu, że stanie się inaczej strony porozumienia zapewne nie przewidziały. Komisja przetargowa dokonała bowiem oferty najkorzystniejszej oferty w dniu 10 grudnia 2013r., a na dzień 17 grudnia 2013 r. Zamawiający wyznaczył termin podpisania umowy, przełożony następnie na dzień 19 grudnia 2013r., i - ostatecznie - tego samego dnia, wobec braku reakcji ze strony wygrywającego, GDDKiA Szczecin wszczęła ponownie postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na „Prowadzenie Punktu Informacji Drogowej w Generalnej Dyrekcji Dróg Krajowych i Autostrad Oddział w Szczecinie (GDDKiA O/Sz-D-3-284/60/2013)”.

- [32] Kwestią o podstawowym znaczeniu, jaką należało udowodnić i rozstrzygnąć w niniejszej decyzji jest wykazanie, że opisany wyżej mechanizm (vide pkt [31]), na którym zasadać się mogła domniemana współpraca przedsiębiorców ustalił wraz z unieważnieniem pierwszego przetargu, czy też mógł być wykorzystywany także na etapie drugim. Zgodnie bowiem z brzmieniem art. 5. ustawy z dnia 10 czerwca 2014 r. o zmianie ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów oraz ustawy - Kodeks postępowania cywilnego (Dz.U., poz. 945) do praktyk ograniczających konkurencję zaniechanych przed dniem wejścia w życie przepisów ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów w obecnym brzmieniu, stosuje się przepisy art. 93 ustawy zmienianej, w brzmieniu dotychczasowym, przewidującym, że nie wszczy-
na się postępowania w sprawie praktyk ograniczających konkurencję, jeżeli od końca roku, w którym zaprzestano ich stosowania upłynął rok. W sytuacji, w której brak pozytywnego dla POMELO i MBC efektu koordynacji zachowań w pierwszym przetargu skutkowałby trwałym rozpadem współpracy pomiędzy stronami, byt domniemanej praktyki polegającej na zawarciu zмовы przetargowej ustaliłby w grudniu 2013r. Ponieważ postępowanie antymonopolowe w przedmiotowej sprawie zostało wszczęte w dniu 6 listopada 2015r., czyli ponad rok od końca roku, w którym ewentualna praktyka ujawniająca się w trakcie pierwszego postępowania przetargowego została zakończona, przepisy dotyczące przedawnienia miałyby bezpośrednie zastosowanie. Z tych powodów ocena zachowań POMELO i MBC w pierwszym postępowaniu na prowadzenie PID - przy braku ciągłości tych zachowań - nie mogłyby samodzielnie stanowić podstawy do orzeczenia ewentualnej praktyki ograniczającej konkurencję.
- [33] W materiale dowodowym zgromadzonym w przedmiotowej sprawie brak jest bezpośrednich dowodów potwierdzających zawarcie przez POMELO i MBC zмовы przetargowej. W związku z tym ocenę ich zachowań należało przeprowadzić w oparciu o dokonane ustalenia i analizę przyczynowo skutkową zachowań przedsiębiorców. Przy przyjęciu hipotezy, że w drugim przetargu działali oni w porozumieniu, to wówczas celem jego zawarcia winno być uzyskanie zamówienia przez jednego z nich, a przy nadarzającej się sposobności, by wygrał ten, który zaoferował wyższą cenę. W realiach przedmiotowej sprawy różnica między cenami zaoferowanymi przez POMELO i MBC wynosiła ok. 80.000 zł, co stanowiło niemal połowę wartości zamówienia GDDKiA. Tak duża różnica między ofertami obu przedsiębiorców mogłaby sugerować, że w drugim przetargu zastosowali oni strategię polegającą na złożeniu przez Spółkę POMELO oferty zabezpieczającej (cover bidding)¹⁸, która była droższa od oferty wytypowanej na ofertę zwycięską (MCB), a

¹⁸ Por. OECD, *Wytyczne dotyczące zwalczania zмовы przetargowych*, tekst dostępny pod adresem:

ponadto zbyt droga, by mogła zostać wybrana przez Zamawiającego. Tego rodzaju strategię stosowane są jednak dla uniknięcia niebezpieczeństwa unieważnienia lub nierozstrzygnięcia przetargu z powodu zbyt małej liczby oferentów. Taka sytuacja nie miała jednak miejsca w drugim postępowaniu przetargowym, do którego przystąpiło sześciu, a nie jak poprzednio jedynie trzech przedsiębiorców. Oferty MCB i PÔMELÔ zostały skwalifikowane odpowiednio na IV i V miejscu, żadna więc z nich nie miała szansy na zwycięstwo. W ocenie organu antymonopolowego może to świadczyć nie tyle o braku skuteczności założonej strategii, co raczej o braku takiej strategii w ogóle.

- [34] Zachowania niektórych oferentów biorących udział w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego na „Prowadzenie Punktu Informacji Drogowej w Generalnej Dyrekcji Dróg Krajowych i Autostrad Oddział w Szczecinie (GDDKiA O/Sz-D-3-284/60/2013)” mogły wskazywać na podjęte przez nich próby współdziałania. Dotyczy to w szczególności Spółki MCB i Pani Iwony Holki. Jak na to wskazują wyjaśnienia Pani Holki, nie przygotowała ona, ani nie znała swojej oferty. Oferta została przygotowana przez Spółkę MULTI Centrum Biznesu, która ostatecznie została także podwykonawcą przy realizacji zlecenia. Pani Iwona Holka nie była stroną postępowania antymonopolowego, bowiem w postanowieniu o jego wszczęciu zarzut zawarcia porozumienia postawiono MCB i POMELO. Ponadto zebrany w sprawie materiał nie dostarczył innych, wystarczająco przekonywujących dowodów wskazujących na istnienie zmywy pomiędzy Panią Holką i MCB, bądź potwierdzających hipotezę, że wybór Pani Holki, której ostatecznie powierzono realizację zamówienia publicznego, był rezultatem kontynuowania uzgodnień zawartych pomiędzy MCB i POMELO, przy na wykorzystaniu mechanizmu polegającego na rozstawianiu i wycofywaniu ofert. Z tych powodów hipotezę tę należało odrzucić.

W ocenie Prezesa Urzędu zgromadzony w sprawie materiał dowodowy mógł stanowić podstawę, na której oparto domniemanie istnienia porozumienia między PÔMELÔ i MCB w pierwszym postępowaniu przetargowym, nie jest jednak wystarczający dla udowodnienia i wykazania, że przedsiębiorcy ci zawarli i kontynuowali porozumienie ograniczające konkurencję w obu przedmiotowych przetargach.

ROZSTRZYGNIĘCIE ZAWARTE W SENTENCJI DECYZJI.

- [35] Zgodnie z art. 83 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów, w sprawach nieuregulowanych w ustawie, do postępowań przed Prezesem Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów, zastosowanie mają przepisy ustawy z dnia 14 czerwca 1960 r. - Kodeks postępowania administracyjnego.

Art. 105 § 1 Kodeksu postępowania administracyjnego stanowi natomiast, że jeżeli z jakichkolwiek przyczyn postępowanie stało się bezprzedmiotowe organ administracji publicznej umarza prowadzone postępowanie. Bezprzedmiotowość postępowania administracyjnego, o której mowa w tym artykule, będąca przesłanką jego umorzenia oznacza, że brak jest któregoś z elementów materialnego stosunku prawnego. Ustalenie istnienia tej przesłanki stwarza obowiązek zakończenia postępowania w danej instancji poprzez jego umorzenie, a wobec tego nie można wydać decyzji załatwiającej sprawę przez rozstrzygnięcie co do jej istoty.

Przesłanka umorzenia postępowania może istnieć jeszcze przed wszczęciem postępowania, co zostanie ujawnione dopiero w toczącym się postępowaniu,

a może ona powstać także w czasie trwania postępowania, a więc w sprawie już zawistej przed organem administracyjnym.

Konsekwencją jednak wykazania przesłanki bezprzedmiotowości prowadzonego postępowania antymonopolowego jest wydanie decyzji o jego umorzeniu, które ma charakter obligatoryjny.

- [36] Postępowanie antymonopolowe, poprzedzające wydanie niniejszej decyzji, ujawniło przesłanki determinujące jego umorzenie wskutek braku materialnoprawnych podstaw do władczego rozstrzygnięcia o stosowaniu praktyki ograniczającej konkurencję zarzucanej przedsiębiorcom POMELO i MCB. Dla prawnego bytu praktyki objętej zarzutem postępowania, opisanej w art. 6 ust. 1 pkt 7) ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów, niezbędne jest wystąpienie przesłanek w postaci samego zawiązania porozumienia oraz nielegalny charakter porozumienia w postaci kwalifikowanego celu lub skutku porozumienia, którym jest wyeliminowanie, ograniczenie lub naruszenie w inny sposób konkurencji na rynku właściwym. W rozpatrywanej sprawie zgromadzony materiał dowodowy nie potwierdził dostatecznie, by wystąpiły powołane elementy prawnie statuujące porozumienie ograniczające konkurencję, a w konsekwencji Prezes Urzędu uznał, iż zachodzi bezprzedmiotowość niniejszego postępowania, wynikająca z następujących przyczyn:

Po PIERWSZE, przeprowadzone postępowanie nie ujawniło żadnych dowodów bezpośrednich wskazujących na fakt zawarcia porozumienia między skarżonymi podmiotami. Przedmiotowe postępowanie zostało wszczęte w oparciu o analizę przesłanek i zgromadzonych dowodów pośrednich. Mimo, iż istniały podstawy do wszczęcia postępowania w sprawie praktyk ograniczających konkurencję, w jego toku nie uzyskano żadnych innych, dodatkowych - ani bezpośrednich, ani pośrednich - dowodów, które umożliwiają stwierdzenie, bez żadnych wątpliwości, że działania przedsiębiorców, podejmowane w celu uzyskania zamówienia na prowadzenie PID, miały charakter działań zakazanych przepisami ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów.

Po WTÓRE, stan faktyczny i okoliczności rozpatrywanej sprawy, stanowiące podstawę dla wszczęcia postępowania antymonopolowego, mogły wprowadzić rodzić domniemanie o podjęciu przez strony działań uzgodnionych w pierwszym przetargu, jednak ta ewentualna praktyka została zaniechana, a jej byt ustał w drugiej dekadzie grudnia 2013r. Z uwagi na określone, w świetle przepisów zmieniających ustawę o ochronie konkurencji i konsumentów uregulowania dotyczące terminu przedawnienia, przewidujące, że nie wszczyna się postępowania w sprawie praktyk ograniczających konkurencję, jeżeli od końca roku, w którym zaprzestano ich stosowania upłynął rok, brak jest możliwości orzeczenia co do istoty sprawy.

- [37] Uwzględniając wszystkie ww. okoliczności Prezes Urzędu stwierdził, iż - w tej konkretnej sprawie - dalsze prowadzenie postępowania dotyczącego praktyk ograniczających konkurencję, stosowanych przez MCB i PÔMELÔ uznać należy za bezprzedmiotowe, a wszczęte postępowanie należy umorzyć. Zgodnie bowiem z reprezentowanym w doktrynie poglądem ustalenie bezprzedmiotowości postępowania *stwarza obowiązek zakończenia postępowania [...] przez jego umorzenie, ponieważ nie będzie podstaw do rozstrzygnięcia sprawy co do jej istoty. Dalsze prowadzenie postępowania w takim przypadku stanowiłoby o jego wadliwości mającej istotny wpływ na wynik sprawy*¹⁹.

¹⁹ B. Adamiak, J. Borkowski, *Kodeks postępowania administracyjnego. Komentarz*, Warszawa 1996, s. 461-463.

Powyższe stanowisko znajduje również uzasadnienie w orzecznictwie. I tak zgodnie z wyrokiem Naczelnego Sądu Administracyjnego z dnia 14 maja 1998 r. (sygn. akt I SA/Kr/1141/97) w myśl art. 105 § 1 K.pa., *gdy postępowanie z jakiegokolwiek przyczyny stało się bezprzedmiotowe, organ administracji państwowej wydaje decyzję o umorzeniu postępowania. Użycie przez ustawodawcę słowa „wydaje” a nie „może wydać” oznacza, że wydanie decyzji o umorzeniu postępowania jest obligatoryjne, gdy postępowanie stało się bezprzedmiotowe z jakiegokolwiek przyczyny.* Natomiast zgodnie z tezą wyroku Naczelnego Sądu Administracyjnego z dnia 18 kwietnia 1995 r. (sygn. akt SA/Ldz. 2424/94), *z bezprzedmiotowością postępowania (art. 105 § 1 Kpa) mamy do czynienia wówczas, gdy w sposób oczywisty organ stwierdzi brak podstaw prawnych i faktycznych do merytorycznego rozpatrzenia sprawy.* Rozstrzygając przedmiotową sprawę, Prezes Urzędu, wypełniając dyspozycję wynikającą z art. 105 § 1 k.p.a. uwzględnił brak podstaw materialnoprawnych do merytorycznego rozstrzygnięcia o zarzucanym przedsiębiorcom porozumieniu ograniczającym konkurencję.

Biorąc pod uwagę wszystkie ww. okoliczności Prezes Urzędu orzeka, jak w sentencji decyzji.

POUCZENIE:

Stosownie do treści art. 81 ust. 1 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów, w związku z art. 479²⁸ § 2 ustawy z dnia 17 listopada 1964 r. - Kodeks postępowania cywilnego (tekst jednolity: Dz. U. z 2014 r. poz. 101, ze zm.), od niniejszej decyzji przysługuje stronie odwołanie do Sądu Okręgowego w Warszawie - Sądu Ochrony Konkurencji i Konsumentów w terminie miesiąca od dnia jej doręczenia, za pośrednictwem Prezesa Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów - Delegatury Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów w Gdańsku.

Z upoważnienia Prezesa Urzędu
Roman Jarząbek
Dyrektor Delegatury UOKiK w Gdańsku