



PREZES
URZĘDU OCHRONY
KONKURENCJI I KONSUMENTÓW
DELEGATURA WE WROCŁAWIU
50-224 Wrocław, pl. Strzelecki 25
tel. 71 32 36 380, fax 71 32 36 391
e-mail: wroclaw@uokik.gov.pl

RWR 410-1/14/AJ

Wrocław, 9 sierpnia 2016 r.

Decyzja RWR 7/2016

Na podstawie art. 105 § 1 ustawy z dnia 14 czerwca 1960 r. Kodeks postępowania administracyjnego (Dz.U. z 2016 r., poz. 23 j.t.), w związku z art. 83 ustawy z dnia 16 lutego 2007 r. o ochronie konkurencji i konsumentów (Dz. U. Nr 50, poz. 331 ze zm.), w związku z art. 3 ustawy z dnia 10 czerwca 2014 r. o zmianie ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów oraz ustawy – Kodeks postępowania cywilnego (Dz.U. z 2014 r., poz. 945) oraz stosownie do art. 33 ust. 6 tej ustawy oraz § 4 ust. 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 1 lipca 2009 r. w sprawie właściwości miejscowej i rzeczowej delegatur Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów (Dz.U. Nr 107, poz. 887),

– w imieniu Prezesa Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów -

umarza się wszczęte z urzędu postępowanie antymonopolowe w sprawie podejrzenia stosowania przez przedsiębiorców: Jarosława Wręczyckiego, prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą TOL-BUD z siedzibą w Bolesławcu oraz Piotra Musiałę, prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą OPOKA z siedzibą w Bolesławcu, praktyki ograniczającej konkurencję, polegającej na uzgodnieniu warunków składanych ofert, w szczególności w zakresie cen, jak i zasad postępowania, w postępowaniu przetargowym przeprowadzonym w 2013 r. przez Archiwum Państwowe we Wrocławiu pn.: „Przebudowa wraz ze zmianą sposobu użytkowania budynku przeznaczonego na siedzibę Oddziału Archiwum Państwowego w Bolesławcu przy ulicy Bankowej 6B” (znak postępowania: DAG.26.1.2013), co może stanowić naruszenie art. 6 ust. 1 pkt 7 ww. ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów.

UZASADNIENIE

1. Prezes Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów (dalej: Prezes Urzędu) powziął informację od Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych (dalej: Prezes UZP) o sytuacji mającej miejsce w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego pn.: „Przebudowa wraz ze zmianą sposobu użytkowania budynku przeznaczonego na siedzibę Oddziału Archiwum Państwowego w Bolesławcu przy ulicy Bankowej 6B” (dalej: Przetarg), zorganizowanym w 2013 r. przez Archiwum Państwowe we

Wrocławiu (dalej także jako Zamawiający). Prezes UZP poinformował, iż w toku przeprowadzonego postępowania wyjaśniającego ustalił, że do Przetargu przystąpiły następujące podmioty, składając wskazane wartości ofert:

- 1) „ROKOM” Roboty Ogólnobudowlane i Renowacja Obiektów Zabytkowych H.G.I Komorowscy Sp. j. z ceną 2 635 273,00 zł;
- 2) Firma Architektoniczno - Budowlana Restauracji Zabytków „ARCHITEKTON” Leszek Peljan, Leszek Link Sp. j. z ceną 2 429 977,74 zł;
- 3) Firma Usługowo – Handlowa „IZOLSUSZ” Usługi Ogólnobudowlane Janusz Łukaszewski z ceną 2 398 500,00 zł;
- 4) Konsorcjum firm: Basspol Construction – Sebastian Jonik i Basspol Sp. z o.o. z ceną 2 335 941,00 zł;
- 5) Jarosław Wręczycki „TOL-BUD” z ceną 2 100 000,00 zł;
- 6) Piotr Musiała „OPOKA” z ceną 1 880 000,00 zł.

Zamawiający odrzucił ofertę Piotra Musiały „OPOKA”, który - w odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego – wyjaśnił, że jego oferta zawierała istotny błąd w obliczeniu ceny, polegający na przyjęciu ceny jednostkowej 3,00 zł/ m² stolarki zamiast 3000,00 zł/ m² (w pozycji kosztorysowej nr 76 *Wymiana okien skrzynkowych na okna rozwierane i uchylno rozwierane*). Z uwagi na wskazany błąd, cena oferty winna wzrosnąć do kwoty 2 159 790,93 zł, jednakże wykonawca ostatecznie zaoferował cenę 2 159 000,00 zł. W tych okolicznościach za najkorzystniejszą Zamawiający uznał, drugą w kolejności pod względem ceny, ofertę Jarosława Wręczyckiego „TOL-BUD” i w dniu 26 października 2013 r. zawarł z nim umowę w sprawie zamówienia. Zdaniem Prezesa UZP, w sprawie zaszło podejrzenie naruszenia zakazu określonego w art. 6 ust. 1 pkt 7 ustawy z dnia 16 lutego 2007 r. o ochronie konkurencji i konsumentów, dalej także jako „ustawa okik”, w myśl którego zakazane są porozumienia, których celem lub skutkiem jest wyeliminowanie, ograniczenie lub naruszenie w inny sposób konkurencji, poprzez m.in. uzgadnianie przez przedsiębiorców przystępujących do przetargu warunków składanych ofert, w szczególności zakresu prac lub ceny.

2. W związku z otrzymanymi od Prezesa UZP informacjami, postanowieniem z dnia 29 grudnia 2014 r. nr 214/2014, Prezes Urzędu wszczął postępowanie antymonopolowe w sprawie podejrzenia stosowania przez przedsiębiorców: Jarosława Wręczyckiego, prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą TOL-BUD z siedzibą w Bolesławcu oraz Piotra Musiałę, prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą OPOKA z siedzibą w Bolesławcu, praktyki ograniczającej konkurencję, polegającej na uzgodnieniu warunków składanych ofert, w szczególności w zakresie cen, jak i zasad postępowania, w postępowaniu przetargowym przeprowadzonym w 2013 r. przez Archiwum Państwowe we Wrocławiu pn.: *„Przebudowa wraz ze zmianą sposobu użytkowania budynku przeznaczonego na siedzibę Oddziału Archiwum Państwowego w Bolesławcu przy ulicy Bankowej 6B”* (znak postępowania: DAG.26.1.2013), co może stanowić naruszenie art. 6 ust. 1 pkt 7 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów.

3. Strony zostały zawiadomione o wszczęciu postępowania antymonopolowego, a nadto wezwane do udzielenia informacji dotyczących okoliczności uczestnictwa poszczególnych podmiotów w Przetargu.

4. W toku postępowania antymonopolowego zwrócono się o informacje również do organizatora Przetargu - Archiwum Państwowego we Wrocławiu oraz do Urzędu Zamówień Publicznych, który rozpatrywał wniosek jednego z uczestników przetargu o przeprowadzenie kontroli doraźnej.

5. Strony postępowania zostały powiadomione o przysługującym im prawie do zapoznania się z aktami postępowania. Z uprawnienia tego skorzystał Jarosław Wręczycki, właściciel firmy „Tol-Bud”.

Prezes Urzędu, na podstawie zebranego materiału dowodowego, ustalił następujący stan faktyczny:

1. Jarosław Wręczycki - strona postępowania – zgodnie z danymi zawartymi w Centralnej Ewidencji i Informacji o Działalności Gospodarczej (CEIDG) - prowadzi działalność gospodarczą pod firmą: „TOL-BUD” Jarosław Wręczycki w Bolesławcu, w zakresie robót budowlanych związanych ze wznoszeniem budynków mieszkalnych i niemieszkalnych.

Piotr Musiała - strona postępowania – zgodnie z danymi zawartymi w CEIDG - prowadzi działalność gospodarczą pod firmą: „OPOKA” Musiała Piotr w Bolesławcu, w zakresie robót budowlanych związanych ze wznoszeniem budynków mieszkalnych i niemieszkalnych.

Dowód: wydruk ze strony internetowej CEIDG (<http://prod.ceidg.gov.pl>) – k. 31-32.

2. Dnia 1 października 2013 r. Zamawiający opublikował w Biuletynie Zamówień Publicznych (pod nr 20129-2013) ogłoszenie o przeprowadzeniu postępowania przetargowego w trybie przetargu nieograniczonego pn.: „Przebudowa wraz ze zmianą sposobu użytkowania budynku przeznaczonego na siedzibę Oddziału Archiwum Państwowego w Bolesławcu przy ulicy Bankowej 6B” (znak postępowania: DAG.26.1.2013).

W zakreślonym terminie wpłynęło 6. ofert.

- 1) Firma „ROKOM” Roboty Ogólnobudowlane i Renowacja Obiektów Zabytkowych H.G.I Komorowscy Sp. j. w Kamiennej Górze z ceną 2 635 273,00 zł;
- 2) Firma Architektoniczno - Budowlana Restauracji Zabytków „ARCHITEKTON” Leszek Peljan, Leszek Link Sp. j. w Głogowie z ceną 2 429 977,74 zł;
- 3) Firma usługowo – Handlowa „IZOLSUSZ” Usługi Ogólnobudowlane Janusz Łukaszewski w Wałbrzychu z ceną 2 398 500,00 zł;
- 4) Konsorcjum firm: Basspol Construction – Sebastian Jonik i Basspol Sp. z o.o. w Nysie z ceną 2 335 941,00 zł;
- 5) Jarosław Wręczycki „TOL-BUD” w Bolesławcu z ceną 2 100 000,00 zł;
- 6) Piotr Musiała „OPOKA” w Bolesławcu z ceną 1 880 000,00 zł.

Dowód: pismo UZP z dnia 27 października 2014 r. – k. 1-3.

3. Pismem z dnia 15 października 2013 r., Zamawiający wystąpił do Piotra Musiały „OPOKA” o udzielenie wyjaśnień dotyczących elementów oferty, mających wpływ na wysokość ceny ryczałtowej w Przetargu. Wskazał, że wyjaśnienie jest niezbędne w celu ustalenia, czy cena zawarta w ofercie Piotra Musiały nie jest rażąco niska.

Dowód: pismo Archiwum Państwowego we Wrocławiu z dnia 15 października 2013 r. – k. 266.

W odpowiedzi Piotr Musiała wskazał, że „w toku analizy elementów oferty, które stanowiły podstawę jej opracowania w segmencie określającym wartość, stwierdził istotny błąd”: pozycja kosztorysowa (wymiana okien skrzynkowych na rozwierane i uchylno-rozwierane) obciążona jest błędem ceny jednostkowej (jest 3.00 zł, a powinno być 3000.00 zł). Wartość robót objętych ofertą należy skorygować o kwotę 279790,93 zł brutto. W ten sposób całkowita właściwa wartość oferty wynosi 1 880 000,00 zł + 279790,93 zł =

2159790,93 zł. Piotr Musiała wyjaśnił, że zaistniała sytuacja jest skutkiem zastosowania do celów ustalenia wartości elektronicznego systemu kosztorysowania. Wobec tego wniósł o uznanie jako właściwej wartości całkowitej oferty na kwotę 2 159 000,00 zł brutto.

Dowód: pismo Piotra Musiały z dnia 17 października 2013 r. – k. 268.

4. Po zapoznaniu się z wyjaśnieniami złożonymi przez Piotra Musiałę „OPOKA”, Zamawiający odrzucił jego ofertę - na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 6 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Pismem z dnia 21 października 2013 r., Zamawiający poinformował wszystkich uczestników postępowania, że jako najkorzystniejszą wybrał ofertę Jarosława Wręczyckiego „TOL-BUD”, który zaoferował najniższą cenę ofertową. Umowa z wybranym wykonawcą została zawarta w dniu 26 października 2013 r.

Dowód: pismo Archiwum Państwowego we Wrocławiu z dnia 21 października 2013 r. – k. 269.

5. W toku postępowania antymonopolowego, Strony zostały wezwane do wskazania przetargów, w jakich uczestniczyły w latach 2012-2014, wraz ze wskazaniem, czy i który z przetargów był wygrany oraz czy miały miejsce sytuacje, że pomimo wygrania przetargu odstąpiono od wykonania zamówienia bądź oferta została wykluczona/odrzucona.

Informacje uzyskane w odpowiedzi od Stron, zostały zawarte w poniższej tabeli.

Tabela nr 1. Zestawienie przetargów, w jakich w latach 2012-2014, uczestniczyły Strony postępowania:

L P.	„OPOKA” Piotr Musiała		„TOL-BUD” Jarosław Wręczycki	
	Zamawiający:	Nazwa przetargu:	Zamawiający:	Nazwa przetargu:
1.	ZOZ Bolesławiec	„Modernizacja i przystosowanie łazienek dla osób niepełnosprawnych ruchowo (...)” *		
2.	Powiat Bolesławiecki	„Termomodernizacja budynku Sali Gimnastycznej Zespołu Szkół Mechanicznych w Bolesławcu”		
3.	ZOZ Bolesławiec	„Przebudowa Budynku Szpitalnego (...)”		
4.	Muzeum Ceramiki w Bolesławcu	„Przebudowa budynku Muzeum Ceramiki”	Muzeum Ceramiki w Bolesławcu	„Przebudowa budynku Muzeum Ceramiki”
5.	Archiwum Państwowe we Wrocławiu	„Przebudowa wraz ze zmianą sposobu użytkowania budynku przeznaczonego na siedzibę Oddziału Archiwum Państwowego w Bolesławcu (...)”**	Archiwum Państwowe we Wrocławiu	„Przebudowa wraz ze zmianą sposobu użytkowania budynku przeznaczonego na siedzibę Oddziału Archiwum Państwowego w Bolesławcu (...)” *

* - oferta zwycięska

** - oferta odrzucona

Z powyższej Tabeli wynika, że – oprócz postępowania przetargowego, którego dotyczy postępowanie – jedynym postępowaniem, w którym brali udział Jarosław Wręczycki oraz Piotr Musiała, był przetarg zorganizowany przez Muzeum Ceramiki w Bolesławcu na „Przebudowę budynku Muzeum Ceramiki Bolesławcu.”

Dowód: pismo Piotra Musiały z dnia 3 stycznia 2015 r. – k. 37 oraz pismo Jarosława Wręczyckiego z dnia 14 stycznia 2015 r. – k. 39.

6. W toku postępowania Prezes Urzędu zwrócił się do zamawiającego - Muzeum Ceramiki w Bolesławcu o przesłanie kopii protokołu z postępowania pn. „Przebudowę budynku Muzeum Ceramiki Bolesławcu”, które – oprócz przedmiotowego Przetargu – było jedynym postępowaniem, w którym wspólnie brali udział Jarosław Wręczycki oraz Piotr Musiała.

Z przesłanego protokołu wynikało, że w postępowaniu wpłynęły trzy oferty:

- 1) Przedsiębiorstwo Budowlane SAWREM s.c. D. Sawińska, T. Sawiński – z ceną 654 542,85 zł;
- 2) Jarosław Wręczycki „TOL-BUD” z ceną 527 650,57 zł;
- 3) Piotr Musiała „OPOKA” z ceną 494 368,19 zł.

Za najkorzystniejszą została uznana oferta z najniższą ceną, czyli Piotra Musiały „OPOKA”. Umowa została zawarta w dniu 19 sierpnia 2013 r.

W toku przetargu zorganizowanego Muzeum Ceramiki w Bolesławcu żadna oferta nie została odrzucona.

Dowód: protokół z otwarcia ofert i protokół postępowania – k. 382-389.

7. W toku postępowania administracyjnego, Prezes Urzędu zwrócił się do Urzędu Zamówień Publicznych z prośbą o przekazanie, zebranych przez ten Urząd informacji i dokumentów. Do UZP wpłynął bowiem wniosek jednego z oferentów w Przetargu, o wszczęcie kontroli doraźnej w postępowaniu przetargowym. Prezes UZP badał, m.in., zarzut niezasadnego odrzucenia oferty Piotra Musiały i stwierdził, że „cena oferty ww. wykonawcy nie została skalkulowana w sposób rzetelny oraz realnie odzwierciedlała koszty zamówienia. Zatem, niezależnie od wskazanej przez zamawiającego błędnej podstawy odrzucenia oferty wykonawcy OPOKA Piotr Musiała, należy wskazać, iż podlegałaby ona odrzuceniu na podstawie art. 89 ust. 1 w zw. z art. 90 ust. 3 ustawy Pzp, bowiem z wyjaśnień ww. wykonawcy a dnia 17 października 2013 r. wynika, że nie wycenił on w sposób należyty całego zakresu prac objętego ww. zamówieniem.” Po dokonaniu analizy zarzutów, Prezes UZP uznał, iż brak jest wystarczających postaw do wszczęcia kontroli doraźnej w zgłoszonej sprawie.

Dowód: pismo UZP z dnia 27 października 2014 r. – k. 375 odwrot.

8. Na pytanie, czy mogło dojść do zawarcia przez przedsiębiorców przystępujących do Przetargu tzw. z umowy przetargowej, polegającej na uzgadnianiu warunków składanych ofert, w szczególności zakresu prac lub ceny, oraz, czy w latach ubiegłych Archiwum Państwowe organizowało przetargi, w których wśród oferentów pojawili się przedsiębiorcy biorący udział w Przetargu, Archiwum Państwowe we Wrocławiu wskazało, że na etapie oceny ofert badało wszystkie dokumenty. Dokonało również sprawdzenia np. referencji przedłożonych przez firmę TOL-BUD, dokumentów dotyczących uprawnień kierowników budowy itp. Zamawiający uznał, że ceny zaproponowane przez wykonawców nie wykazywały znaczących różnic. W postępowaniach organizowanych przez Archiwum Państwowe w latach ubiegłych nie brali udziału przedsiębiorcy, którzy złożyli oferty w Przetargu. Zamawiający dostrzegł

pewne zbieżności dotyczące danych niektórych wykonawców, jednak po ich sprawdzeniu – w aspekcie ewentualnych powiązań osobowych – zbieżności nie dawały podstaw do odrzucenia lub wykluczenia wykonawców z postępowania.

Dowód: pismo Archiwum Państwowego we Wrocławiu z dnia 13 stycznia 2015 r. – k. 40-41.

9. Postanowieniem z dnia 30 czerwca 2014 r. – zatwierdzonym przez Prokuraturę Rejonową Wrocław - Śródmieście – Komenda Policji Wrocław Ołbin umorzyła śledztwo – z doniesienia osoby trzeciej – w sprawie doprowadzenia Archiwum Państwowego we Wrocławiu w okresie od stycznia do października 2013 r. do niekorzystnego rozporządzenia mieniem, poprzez przedłożenie w postępowaniu przetargowym nierzetelnych oświadczeń, dokumentów tj. listów referencyjnych oraz wykazu robót budowlanych w celu uzyskania korzyści majątkowej w postaci uzyskania zamówienia publicznego. W uzasadnieniu postanowienia wskazano, że zebrany materiał nie dostarczył danych uzasadniających podejrzenie popełnienia przestępstwa.

Dowód: postanowieniem Komendy Policji we Wrocławiu o umorzeniu śledztwa – k. 298.

Na podstawie ustalonego stanu faktycznego, Prezes Urzędu zważył, co następuje:

1. Przepisy będące podstawą prawną przeprowadzonego postępowania.

Postępowanie w niniejszej sprawie zostało wszczęte na podstawie ustawy z dnia 16 lutego 2007 r. o ochronie konkurencji i konsumentów w brzmieniu obowiązującym przed wejściem w życie nowelizującej ją ustawy z dnia 10 czerwca 2014 r. o zmianie ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów oraz ustawy – Kodeks postępowania cywilnego (Dz. U. z 2014 r. poz. 945), dalej: „ustawa zmieniająca”. W czasie trwania postępowania, tj. w dniu 18 stycznia 2015 r., weszła w życie ustawa zmieniająca.

Należy wskazać, że zgodnie z przepisem art. 3 ustawy zmieniającej, do spraw, w których postępowanie wszczęto przed dniem jej wejścia w życie (18 stycznia 2015 r.), stosuje się przepisy dotychczasowe, o ile przepisy art. 4, art. 7, art. 10 i art. 11 tej ustawy nie stanowią inaczej. W konsekwencji do zakończenia niniejszego postępowania oraz podstaw wydania decyzji administracyjnej zastosowanie znalazły odpowiednie przepisy ustawy okik w brzmieniu sprzed dnia 18 stycznia 2015 r., z zastrzeżeniem, że - zgodnie z art. 11 ustawy zmieniającej - stronom przysługuje miesięczny termin na złożenie odwołania od decyzji.

2. Interes publicznoprawny.

Zgodnie z art. 1 ust. 1 ustawy okik, „ustawa określa warunki rozwoju i ochrony konkurencji oraz zasady podejmowanej w interesie publicznym ochrony interesów przedsiębiorców i konsumentów”. Tak określony cel ustawy pozwala przyjąć, iż ma ona charakter publiczny i służy ochronie interesu ogólnospołecznego. Powyższe przesądza o wyłączeniu możliwości podejmowania przez organ antymonopolowy działań w celu ochrony interesów indywidualnych. Taką interpretację potwierdza orzecznictwo Sądu Ochrony Konkurencji i Konsumentów (dawniej: Sądu Antymonopolowego), dalej także jako „SOKiK”. Również Sąd Najwyższy stwierdził, iż „ustawa antymonopolowa ma charakter publicznoprawny, zatem jej celem jest słuzenie interesom publicznym. [ustawa] Ingeruje, gdy w wyniku pewnych ogólnych zjawisk zagrożona jest sama instytucja konkurencji. Nie odnosi się do ochrony roszczeń indywidualnych” (wyrok Sądu Najwyższego z dnia 29 maja 2001 r., sygn. akt I CKN 1217/98).

Dobrem chronionym na podstawie przepisów ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów jest konkurencja rozumiana jako zjawisko o charakterze systemowym. Istotą konkurencji jest współzawodnictwo niezależnych podmiotów w celu uzyskania przewagi pozwalającej na osiągnięcie maksymalnych korzyści ekonomicznych ze sprzedaży towarów i usług oraz maksymalne zaspokojenie potrzeb konsumentów na możliwie najkorzystniejszych warunkach. Działanie w warunkach konkurencji wymaga autonomii w podejmowaniu decyzji, dlatego wszelkie formy grupowych działań przedsiębiorców, mające na celu lub prowadzące do pogorszenia ich oferty, godzą w interes publiczny, gdyż skutkują, co najmniej potencjalnie, gorszym zaspokojeniem potrzeb kontrahentów tychże przedsiębiorców.

Szczególnie szkodliwe z punktu widzenia ochrony konkurencji są porozumienia przetargowe polegające na uzgodnieniu warunków składanych ofert, w szczególności ceny, jako ingerencja w podstawowy obszar rywalizacji przedsiębiorców na danym rynku właściwym. Wyłączenie konkurencji w przetargach pomiędzy przedsiębiorcami poprzez zawarcie porozumienia może, z jednej strony, prowadzić do wzrostu cen za oferowane towary lub usługi, a z drugiej strony, niweluje impuls dla tych samych przedsiębiorców do zwiększania efektywności swoich działań. Uzgodnienie pomiędzy konkurentami treści składanych w trakcie przetargu ofert oraz zachowania w toku prowadzonego przetargu może wpływać negatywnie na poziom cen oraz zakres wyboru i jakość usług dostępnych dla zamawiającego. 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.

W sprawie będącej przedmiotem niniejszego postępowania, która dotyczy zarzutu zawarcia umowy przetargowej, mógł zostać naruszony interes publicznoprawny, polegający na naruszeniu zasad konkurencji w postępowaniu przetargowym, co uzasadnia ocenę zachowania stron postępowania antymonopolowego w świetle przepisów ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów. Umowy 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” (wyrok SOKiK z dnia 17 kwietnia 2008 r., sygn. akt XVII Ama 117/05). W związku z powyższym, w ocenie Prezesa Urzędu, w niniejszej sprawie zaistniały podstawy do podjęcia działań w trybie postępowania antymonopolowego.

3. Status przedsiębiorcy.

Zakaz stosowania praktyk ograniczających konkurencję adresowany jest do przedsiębiorców. Zgodnie z art. 4 pkt 1 ustawy oik, pod pojęciem przedsiębiorcy należy rozumieć przedsiębiorcę w rozumieniu przepisów ustawy z dnia 2 lipca 2004 r. o swobodzie działalności gospodarczej (t.j. Dz. U. z 2015 r., poz. 584 ze zm.), a także: (a) osobę fizyczną, osobę prawną, oraz jednostkę organizacyjną niemającą osobowości prawnej, której ustawa przyznaje zdolność prawną, organizującą lub świadczącą usługi o charakterze użyteczności publicznej, które nie są działalnością gospodarczą w rozumieniu przepisów o swobodzie działalności gospodarczej, (b) osobę fizyczną wykonującą zawód we własnym imieniu i na własny rachunek lub prowadzącą działalność w ramach wykonywania takiego zawodu, (c) osobę fizyczną, która posiada kontrolę, w rozumieniu pkt 4, nad co najmniej jednym przedsiębiorcą, choćby nie prowadziła działalności gospodarczej w rozumieniu przepisów o swobodzie działalności gospodarczej, jeżeli podejmuje dalsze działania podlegające kontroli koncentracji, o której mowa w art. 13, (d) związek przedsiębiorców w rozumieniu pkt 2.

Natomiast art. 2 ustawy o swobodzie działalności gospodarczej, definiuje działalność gospodarczą jako zarobkową działalność wytwórczą, handlową, budowlaną, usługową oraz

poszukiwanie, rozpoznawanie i eksploatacja zasobów naturalnych, a także działalność zawodową wykonywaną w sposób zorganizowany i ciągły. Przedsiębiorcą w rozumieniu art. 4 ust. 1 tej ustawy jest osoba fizyczna, osoba prawna i jednostka organizacyjna nie będąca osobą prawną, której odrębna ustawa przyznaje zdolność prawną - wykonująca we własnym imieniu działalność gospodarczą. Ponadto, zgodnie z art. 14 ust. 1 tej ustawy „przedsiębiorca może podjąć działalność gospodarczą w dniu złożenia wniosku o wpis do Centralnej Ewidencji i Informacji o Działalności Gospodarczej albo po uzyskaniu wpisu do rejestru przedsiębiorców w Krajowym Rejestrze Sądowym”.

Jarosław Wręczycki prowadzi działalność gospodarczą pod firmą: „TOL-BUD” Jarosław Wręczycki w Bolesławcu, zaś Piotr Musiała prowadzi działalność gospodarczą pod firmą: „OPOKA” Musiała Piotr w Bolesławcu, co wynika z wpisu do Centralnej Ewidencji i Informacji o Działalności Gospodarczej. Oznacza to, że wskazane podmioty są przedsiębiorcami w rozumieniu art. 4 pkt 1 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów.

4. Rynek właściwy.

Praktyki ograniczające konkurencję ujawniają się na określonym rynku – rynku właściwym. 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 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 ocenie Prezesa Urzędu, zasadne jest przyjęcie, iż właściwości przedmiotowe (produktowe) analizowanego rynku wyznacza w niniejszej sprawie przedmiot zamówienia publicznego, na wykonanie którego zapotrzebowanie zgłaszał zamawiający – Archiwum Państwowe we Wrocławiu. Obejmowało ono przebudowę wraz ze zmianą sposobu użytkowania budynku przeznaczonego na siedzibę Oddziału Archiwum Państwowego w Bolesławcu. Wyznaczając zakres produktowy rynku właściwego wzięto pod uwagę, iż przedmiotem obrotu było tutaj kompleksowe zamówienie. Przedsiębiorcy działający na takim rynku muszą dysponować odpowiednim potencjałem ekonomicznym i technicznym oraz wiedzą i doświadczeniem pozwalającymi na realizowanie kompleksowej usługi. Ponadto produktowy wymiar rynku determinuje po części okoliczność, iż kontrakty pozyskiwane są w drodze procedur przetargowych przeprowadzanych w trybie zamówień publicznych. Prowadzenie działalności w zakresie realizacji kontraktów, do których odnosi się postawiony w przedmiotowym postępowaniu antymonopolowym zarzut, wyróżnia kompleksowość usługi, co powoduje, że działalność w tym zakresie prowadzić mogą odpowiednio przygotowane i wyspecjalizowane podmioty.

Niezbędnym elementem rynku właściwego jest również jego wymiar geograficzny, oznaczający konieczność wskazania obszaru, na którym warunki konkurencji, mające zastosowanie do określonych towarów są jednakowe dla wszystkich konkurentów. Rynkiem właściwym w ujęciu geograficznym jest w przedmiotowej sprawie rynek krajowy. Prawdopodobnie takiego określenia wymiaru rynku potwierdza fakt, że wykonywaniem robót budowlano-remontowych trudni się wielu przedsiębiorców na terenie całego kraju, zaś bariery związane z udziałem w przetargu i wykonaniem robót poza siedzibą przedsiębiorcy są relatywnie niewielkie. Rynek, na którym działają strony postępowania jest rynkiem o niskim stopniu koncentracji, jest rynkiem konkurencyjnym, na którym nie występują istotne bariery wejścia.

Nadmienić przy tym należy, iż struktura rynku właściwego nie będzie miała dla oceny niniejszej sprawy zasadniczego znaczenia. Zgodnie z polskimi i wspólnotowymi przepisami dotyczącymi porozumień ograniczających konkurencję, z umowy przetargowej, co do zasady, nie korzystają z żadnych wyłączeń spod zakazu. Są one niedozwolone niezależnie od wielkości udziału w rynku przedsiębiorców uczestniczących w porozumieniu. Udział w rynku właściwym przedsiębiorców objętych porozumieniem i ich siła rynkowa w okolicznościach sprawy nie ma zatem znaczenia dla kwalifikacji porozumienia jako praktyki ograniczającej konkurencję.

Podsumowując należy wskazać, iż rynkiem właściwym w niniejszej sprawie jest krajowy rynek wykonywania robót budowlano-remontowych.

5. Analiza przesłanek z art. 6 ust. 1 pkt 7 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów.

Przepis art. 6 ust. 1 pkt 7 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów stanowi, że zakazane są porozumienia, których celem lub skutkiem jest wyeliminowanie, ograniczenie lub naruszenie w inny sposób konkurencji na rynku właściwym, polegające w szczególności na uzgadnianiu przez przedsiębiorców przystępujących do przetargu lub przez tych przedsiębiorców i przedsiębiorcę będącego organizatorem przetargu warunków składanych ofert, w szczególności zakresu prac lub ceny.

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

A) przedsiębiorcy objęci zarzutem zawarli porozumienie, polegające na uzgadnianiu warunków ofert składanych w przetargu w zakresie prac i ceny;

B) cel lub skutek porozumienia miał charakter antykonkurencyjny.

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

a) umowy zawierane między przedsiębiorcami, między związkami przedsiębiorców oraz między przedsiębiorcami i ich związkami albo niektóre postanowienia tych umów,

b) uzgodnienia dokonane w jakiegokolwiek formie przez dwóch lub więcej przedsiębiorców lub ich związki,

c) uchwały lub inne akty związków przedsiębiorców lub ich organów statutowych.

W świetle powyższego, porozumienie to zarówno umowa, stanowiąca dowód materialny i bezpośredni na jej zawarcie, 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 więc bardzo szeroka i pozwala na objęcie zakazami wynikającymi z art. 6 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów, 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 niepewność co do przebiegu procesów rynkowych i warunków działania konkurentów¹.

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 ryzykiem². 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 rynkowych³, niewytłumaczalne w sposób racjonalny bez założenia wcześniejszej koordynacji działań bądź zawierać elementy nieformalnej współpracy pomiędzy niezależnymi przedsiębiorcami⁴. Dowód na istnienie praktyk uzgodnionych może być obalony, jeżeli przedsiębiorcy są w stanie dowieść, na podstawie racjonalnych przesłanek, że fakty uznane za niewytłumaczalne w inny sposób jak istnieniem zmowy, mogą być zadowalająco wyjaśnione w sposób nie odwołujący się do tego rodzaju praktyk⁵.

Tak więc w celu wyeliminowania możliwości obejścia prawa przez 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 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 przedsiębiorcami⁶.

Także 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. 81 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów - do przepisów kodeksu postępowania cywilnego, dotyczących reguł odnoszących się do domniemań faktycznych.

¹ E. Modzelewska-Wąchal, Ustawa o ochronie konkurencji i konsumentów. Komentarz, wyd. Twigger, Warszawa 2002, s. 44.

² Wyrok ETS z 14 lipca 1972 r. w sprawie Imperial Chemical Industries przeciwko Komisji Wspólnot Europejskich (Zob. wyr. ETS 1972, 619) za: Zakaz porozumień ograniczających konkurencję I, wpraw. T. Skoczny, W. Szpringer, Dom Wydawniczy ELIPSA, Urząd Antymonopolowy, Warszawa 1996, s. 28.

³ E. Modzelewska-Wąchal, Ustawa o ochronie konkurencji i konsumentów ... – op. cit., s. 45.

⁴ S. Gronowski, Ustawa antymonopolowa ... – op. cit., s. 85.

⁵ Wyrok Europejskiego Trybunału Sprawiedliwości z 28 marca 1984 r. w sprawach połączonych 29 i 30/83 Compagnie Royale Asturienne des Mines SA i Societe Rheinziink przeciwko Komisji Wspólnot Europejskich (Zb. Wyr. ETS 1984, 1679) za: Prawo konkurencji Wspólnoty Europejskiej. Orzecznictwo, Tom 1, Orzeczenia Europejskiego Trybunału Sprawiedliwości z lat 1962-1989, opracowanie i wprowadzenie A. Jurkowska, T. Skoczny, Wydawnictwo Naukowe Wydziału Zarządzania Uniwersytetu Warszawskiego, Warszawa 2004, s. 348.

⁶ E. Modzelewska-Wąchal, Ustawa o ochronie konkurencji i konsumentów ... – op. cit., s. 45.

Stosownie do art. 231 kodeksu postępowania cywilnego, można uznać za ustalone fakty mające istotne znaczenie dla rozstrzygnięcia sprawy, jeżeli wniosek taki można wyprowadzić z innych ustalonych faktów. Również 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 uzgodnionego zachowania tych podmiotów na rynku.

Odnosząc powyższe uwagi do realiów sprawy należy wskazać, iż jej okoliczności nie wskazują, aby pomiędzy Jarosławem Wręczyckim i Piotrem Musiałą istniała umowa cywilnoprawna, regulująca zasady zachowań w przetargach, w których oba podmioty biorą udział. Oczywistym jest także, że nie ma zastosowania w sprawie przypadek porozumienia, o jakim mowa w art. 4 pkt 5 lit. c ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów, czyli dotyczący uchwał lub innych aktów związków przedsiębiorców lub ich organów statutowych.

W związku z powyższym, należało dokonać oceny zachowań Stron postępowania w kontekście art. 4 pkt 5 lit. b ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów, tj. uzgodnień dokonanych w jakiegokolwiek formie.

Jak podkreśla Sąd Okręgowy w Warszawie – Sąd Ochrony Konkurencji i Konsumentów: „wykazanie istnienia zmywu przetargowej jest niezwykle trudne dowodowo. Podmioty, które dopuszczają się takich działań mając świadomość ich nielegalnego charakteru zwykle tuszują swe porozumienie. Zatem oceniać je możemy zwykle po rezultatach, przesłankach i całokształcie okoliczności sprawy, które to w tej konkretnej sprawie zadaniem Sądu jednoznacznie dowodzą wystąpienia zmywu 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.”⁷

Przeprowadzone postępowanie nie dało podstaw do stwierdzenia, aby Jarosław Wręczycki i Piotr Musiała dokonali uzgodnień warunków składanych ofert oraz podejmowali bądź zaniechali w toku tych postępowań, czynności mających doprowadzić do wyboru tego z ww. przedsiębiorców, który zaoferował wyższą cenę za wykonanie zamówienia.

Oceniając materiał dowodowy można zauważyć, że oferta Piotra Musiały zawierała cenę odbiegającą w swej wartości od pozostałych ofert złożonych w przetargu, ponieważ opiewała na kwotę 1 880 000 zł. Wartość kolejnych ofert to następujące kwoty: 2 100 000,00 zł; 2 335 941,00 zł; 2 398 500,00 zł; 2 429 977,74 zł oraz 2 635 273,00 zł.

Piotr Musiała, wezwany przez Zamawiającego do udzielenia wyjaśnień dotyczących ustalenia, czy cena zawarta w ofercie nie jest rażąco niska, wskazał, że popełnił błąd na skutek zastosowania do celów ustalenia wartości oferty elektroniczny system kosztorysowania. Wyjaśnił, że pozycja kosztorysowa: wymiana okien skrzynkowych na rozwierane i uchylno-rozwierane obarczona jest błędem ceny jednostkowej, gdyż w ofercie jest 3.00 zł za m², a powinno być 3000.00 zł.

Oceniając te wyjaśnienia należy przyjąć, iż nie można odmówić im wiarygodności. Takie zachowanie przedsiębiorcy znajduje obiektywne uzasadnienie, ponieważ zasady logiki i doświadczenia życiowego pozwalają przyjąć, że m² stolarki okiennej nie może kosztować 3.00 zł.

W toku postępowania administracyjnego, Prezes Urzędu zwrócił się do Urzędu Zamówień Publicznych z prośbą o przekazanie - zebranych przez ten Urząd - informacji i dokumentów. Do UZP wpłynął bowiem wniosek jednego z oferentów w Przetargu, o wszczęcie kontroli doraźnej w postępowaniu przetargowym. W tych okolicznościach organ antymonopolowy uznał, że informacje przekazane przez UZP będą stanowiły dodatkowe dowody w sprawie. Otrzymane z UZP dokumenty nie przyniosły nowych dowodów w

⁷ Wyrok Sądu Ochrony Konkurencji i Konsumentów z 17 kwietnia 2008 r., sygn. akt XVII Ama 117/05.

sprawie. Okazało się bowiem, iż po dokonaniu analizy zarzutów postawionych przez jednego z oferentów, Prezes UZP uznał, iż brak jest wystarczających postaw do wszczęcia kontroli doraźnej w zgłoszonej sprawie. Istotne jest, że Prezes UZP badał też zarzut niezasadnego odrzucenia oferty Piotra Musiały. W wyniku tego badania stwierdził, że: „cena oferty ww. wykonawcy nie została skalkulowana w sposób rzetelny oraz realnie odzwierciedlała koszty zamówienia. Zatem, niezależnie od wskazanej przez zamawiającego błędnej podstawy odrzucenia oferty wykonawcy OPOKA Piotr Musiała, należy wskazać, iż podlegałaby ona odrzuceniu na podstawie art. 89 ust. 1 w zw. z art. 90 ust. 3 ustawy Pzp, bowiem z wyjaśnień ww. wykonawcy a dnia 17 października 2013 r. wynika, że nie wycenił on w sposób należyty całego zakresu prac objętego ww. zamówieniem.”

Należy zauważyć, że w praktyce obrotu gospodarczego zdarza się, że przedsiębiorcy startujący w przetargach stosują wypracowane wspólnie metody postępowania, które pozwalają im na manipulowanie wynikami przetargów. Dowodem na istnienie zmywy przetargowej w jednym postępowaniu może być podobne działanie przedsiębiorców w czasie innych postępowań. Tego rodzaju okoliczności zostały zbadane również w przedmiotowej sprawie.

Materiał dowodowy wskazuje, iż jedynym – oprócz przedmiotowego Przetargu – postępowaniem, w którym wspólnie brali udział Jarosław Wręczycki oraz Piotr Musiała było postępowanie pn. „Przebudowę budynku Muzeum Ceramiki Bolesławcu”. W tej sytuacji Prezes Urzędu zwrócił się do zamawiającego - Muzeum Ceramiki w Bolesławcu o przesłanie kopii protokołu przetargu. Wynikało z niego, że w postępowaniu wpłynęły trzy oferty, przy czym oferty Jarosława Wręczyckiego i Piotra Musiały były kolejnymi najniższymi. Jako najkorzystniejsza została uznana oferta z najniższą ceną, czyli Piotra Musiały „OPOKA”, który zawarł umowę z zamawiającym - Muzeum Ceramiki. Hipotetycznie zakładając, chociaż okoliczności tego przetargu stwarzały możliwości zachowania niezgodnego z prawem, to sytuacja taka nie wystąpiła. Wobec powyższego nie jest zasadne uznanie, że Przedsiębiorcy stosują wypracowaną metodę uzgadniania warunków uczestnictwa w postępowaniach przetargowych.

Wobec powyższych ustaleń, należało dokonać oceny także innych okoliczności, mogących mieć znaczenie dla weryfikacji podejrzenia zawarcia zmywy przetargowej.

W zawiadomieniu skierowanym do Prezesa Urzędu, zarzucono bowiem, że Piotr Musiała oraz Jarosław Wręczycki, w celu wykazania się warunkiem udziału w postępowaniu w zakresie potencjału kadrowego, wskazali tę samą osobę, zaś na potwierdzenie spełniania w postępowaniu warunku udziału dotyczącego wiedzy i doświadczenia, wskazali tę samą robotę budowlaną. Ponadto oferty obu wykonawców były podobne co do formy i treści, w szczególności w zakresie załącznika nr 2 do SIWZ.

Materiał dowodowy nie potwierdza powyższych zarzutów. Należy zauważyć, iż formularz załącznika nr 2 do SIWZ został opracowany przez Zamawiającego i wszyscy oferenci wypełnili go według z góry ustalonego wzoru. Załącznik nr 2 zawierał w swej treści sformatowaną tabelę pn. „Doświadczenie zawodowe – wykaz robót budowlanych polegających na remoncie obiektu budowlanego o powierzchni powyżej 1500 m²”, w której oferenci wpisywali stosowne dane. Wprawdzie załączniki złożone przez Strony postępowania były wypełnione odręcznym pismem drukowanym, jednak nie są identyczne i różnią się np. co do sposobu pisania dat, adresu, znaków interpunkcyjnych, stosowanych skrótów. W tych okolicznościach należy uznać, że drobne podobieństwo ofert Stron dotyczyło jedynie załącznika nr 2 do SIWZ.

Do oferty Strony postępowania załączyły „Listy referencyjne”, sporządzone przez Wojewódzki Szpital dla Nerwowo i Psychiczenie Chorych w Bolesławcu. W ocenie Prezesa Urzędu, nie można na podstawie powyższego wskazać jako zarzut, iż Przedsiębiorcy, „wskazali tę samą robotę budowlaną”. Wypada wskazać, iż były to prace renowacyjne

budynków szpitala (w tym budynków zabytkowych o powierzchni użytkowej pow. 2000m²) oraz prace adaptacyjno-remontowe, polegające m.in. na tynkowaniu, szpachlowaniu malowaniu korytarzy, klatek schodowych, sal, wykonaniu dociepleń, wymianie stolarki okiennej i drzwiowej, odnowieniu i wymianie pokryć dachowych (wymiana dachówki na pow. ok. 1100m²), modernizacji wewnętrznych instalacji sanitarnych. Powyższe prace były wykonywane na przestrzeni kilku lat: w okresie 2009-2013 przez Jarosława Wręczyckiego, zaś w latach 2011-2013 przez Piotra Musiałę. Prace te nie były wykonywane w wyniku przetargu, zaś Strony postępowania wykonywały je odrębnie, nie współpracując ze sobą.

Należy zauważyć, że świadczenie usług na rzecz tego samego podmiotu, zwłaszcza, że były to usługi różnorakie i niezwiązane ze sobą, nie może działać jako argument na niekorzyść Stron. Zwłaszcza, że mają taki sam przedmiot działalności. Z podobnych przyczyn, nie ma podstaw, aby zakwestionować fakt wskazania w formularzu oferty, odnoszącym się do „potencjału kadrowego” (załącznik nr 5), tej samej osoby jako mogącej pełnić funkcję kierownika budowy. Należy dostrzec, iż wskazana osoba jest wpisana na listę Dolnośląskiej Okręgowej Rady Izby Architektów Rzeczypospolitej Polskiej, zaś mieszka i pracuje w Bolesławcu. Skoro zatem Strony postępowania mają siedziby w Bolesławcu i w Bolesławcu miał być realizowany przedmiot zamówienia, to – w tych warunkach - nie powinna być przedmiotem zarzutu okoliczność wskazania osoby z ogólnodostępnej listy architektów. Tym bardziej, że według informacji Dolnośląskiej Okręgowej Rady Izby Architektów RP, na terenie Bolesławca zamieszkuje zaledwie ok. 10 osób z uprawnieniami w specjalności architektonicznej (przy uwzględnieniu, że na terenie powiatu bolesławieckiego zamieszkuje ok. 90 000,00 mieszkańców).

Wobec powyższego należało stwierdzić, iż nie została udowodniona pierwsza przesłanka zastosowania art. 6 ust. 1 pkt 7 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów, polegająca na zawiązaniu porozumienia według zasad określonych w artykule 4 pkt 5 ww. ustawy. Skoro do stwierdzenia naruszenia praktyki naruszającej konkurencję z art. 6 ust. 1 pkt 7 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów, konieczne jest kumulatywne spełnienie dwóch przesłanek, to nieudowodnienie jednej z nich wyklucza możliwość stwierdzenia praktyki opisanej w tym przepisie.

6. Rozstrzygnięcie zawarte sentencji decyzji.

Zgodnie z art. 105 § 1 k.p.a., gdy postępowanie z jakiegokolwiek przyczyny stało się bezprzedmiotowe w całości albo w części, organ administracji publicznej wydaje decyzję o umorzeniu postępowania odpowiednio w całości albo w części. Przepis ten posiada zastosowanie do postępowania antymonopolowego na podstawie art. 83 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów, zgodnie z którym w sprawach nieuregulowanych w tej ustawie, stosuje się przepisy kodeksu postępowania administracyjnego.

Podkreślić przy tym należy, iż przesłanka umorzenia postępowania może istnieć jeszcze przed wszczęciem postępowania, co zostanie ujawnione w toczącym się postępowaniu, a może ona powstać także w czasie trwania postępowania, a więc w sprawie już zawisłej przed organami administracyjnymi. Zgodnie z wyrokiem Naczelnego Sądu Administracyjnego z dnia 24 kwietnia 2003 r. (sygn. akt III SA 2225/01), bezprzedmiotowość postępowania administracyjnego oznacza, że brak jest któregoś z elementów materialnego stosunku prawnego, a w związku z tym nie można wydać decyzji załatwiającej sprawę przez rozstrzygnięcie jej co do istoty. Jest to orzeczenie formalne, kończące postępowanie bez jego merytorycznego rozstrzygnięcia.

W toku niniejszego postępowania postawiono przedsiębiorcom Jarosławowi Wręczyckiemu i Piotrowi Musiałe zarzut naruszenia zakazu zawartego w art. 6 ust. 1 pkt 7 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów. Materiał dowodowy zgromadzony w sprawie

i oceniony w postępowaniu, nie dowiódł, że takie naruszenie miało miejsce. Analiza działań Przedsiębiorców nie dała podstaw do stwierdzenia, iż są one nieadekwatne do istniejących warunków rynkowych, niewytłumaczalne w sposób racjonalny bez założenia wcześniejszej koordynacji działań. Zachowania Stron postępowania dają się wytłumaczyć w sposób nie odwołujący się do istnienia zмовы. Analiza przesłanek zarzucanej praktyki z art. 6 ust. 1 pkt 7 ustawy oklik doprowadziła do wniosku, iż wobec ich niespełnienia, postępowanie antymonopolowe stało się bezprzedmiotowe. Mając powyższe na uwadze, Prezes Urzędu, na podstawie art. 105 § 1 k.p.a. w związku z art. 83 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów, umorzył postępowanie.

Mając powyższe na uwadze orzeczono jak w osnowie decyzji.

Pouczenie: Stosownie do treści art. 81 ust. 1 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów, w związku z art. 479²⁸ § 2 k.p.c., od decyzji Prezesa Urzędu przysługuje 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 we Wrocławiu.

*Z up. Prezesa Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów
Elżbieta Kołodziej
Dyrektor Delegatury we Wrocławiu*