



**PREZES
URZĘDU OCHRONY
KONKURENCJI I KONSUMENTÓW
DELEGATURA W POZNANIU**

ul. Zielona 8, 61-851 Poznań
tel. (0-61) 852-15-17, 852-77-50, fax (0-61) 851-86-44
e-mail: poznan@uokik.gov.pl

Poznań, dnia 28 sierpnia 2009 r.

RPZ-410/1/09/DW

DECYZJA RPZ nr 12/2009

1. Na podstawie art. 11 ust. 2 w zw. art. 6 ust. 1 pkt 7 ustawy z dnia 16 lutego 2007 r. o ochronie konkurencji i konsumentów (Dz. U. Nr 50, poz. 331 ze zm.) oraz stosownie do art. 33 ust. 6 tej ustawy i § 7 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 17 lipca 2007 r. w sprawie właściwości miejscowej i rzeczowej delegatur Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów (Dz.U. Nr 134, poz. 939), po przeprowadzeniu postępowania antymonopolowego wszczętego z urzędu,

- w imieniu Prezesa Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów

uznaje się za praktykę ograniczającą konkurencję i naruszającą zakaz określony w art. 6 ust. 1 pkt 7 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów, porozumienie zawarte na krajowym rynku hurtowych dostaw produktów warzywnych pomiędzy:

- a) Zygmuntem Kotschmarów prowadzącym działalność pod nazwą Gospodarstwo Rolno-Ogrodnicze Zygmunt Kotschmarów z siedzibą przy ul. Łódzkiej 141 w Kaliszu,
- b) Emilianem Kotschmarów prowadzącym działalność pod nazwą Gospodarstwo Rolno-Ogrodnicze Emilian Kotschmarów z siedzibą przy ul. Łódzkiej 141 w Kaliszu,
- c) Władysławą Kotschmarów prowadzącą działalność gospodarczą pod nazwą P.P.H.U. SAUERKRAUT Władysław Kotschmarów z siedzibą przy ul. Łódzkiej 141 w Kaliszu,

polegające na uzgadnianiu przez tych przedsiębiorców przystępujących do przetargów publicznych prowadzonych przez areszty śledcze, jednostki wojskowe i inne jednostki podlegających Ministrowi Sprawiedliwości oraz Ministrowi Obrony Narodowej, oraz inne jednostki publiczne, warunków składanych ofert oraz zachowania w toku prowadzonych przetargów, polegającego na rezygnacji z zawarcia umowy, bądź nie uzupełnianiu dokumentacji i doprowadzanie w ten sposób do wyboru tego z ww. przedsiębiorców, który posiada najwyższą cenę, co stanowi naruszenie art. 6 ust. 1 pkt 7 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów.

i stwierdza się jej zaniechanie z dniem 24 października 2008 r.

2. Na podstawie art. 106 ust. 1 pkt 1 ustawy z dnia 16 lutego 2007 r. o ochronie konkurencji i konsumentów (Dz. U. Nr 50, poz. 331 ze zm.) oraz stosownie do art. 33 ust. 6 tej ustawy w związku z § 7 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 17 lipca 2007 r. w sprawie właściwości miejscowej i rzeczowej delegatur Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów (Dz. U. Nr 134 poz. 939), nakłada się za naruszenie zakazu określonego w art. 6 ust. 1 pkt 7. ww. ustawy, w zakresie opisanym w punkcie I sentencji, kary pieniężne na wskazanych przedsiębiorców w następującej wysokości:
- a) Zygmunt Kotschmarów - kara w wysokości **39 774 zł (trzydzieści dziewięć tysięcy siedemset siedemdziesiąt cztery złote);**
 - b) Emilian Kotschmarów - kara w wysokości **41 752 zł (czterdzieści jeden tysięcy siedemset pięćdziesiąt dwa złote);**
 - c) Władysława Kotschmarów - kara w wysokości **11 950 zł (jedenaście tysięcy dziewięćset pięćdziesiąt złotych).**

UZASADNIENIE

Pismem z dnia 6 października 2008 r. Franciszek Płonka – przedsiębiorca uczestniczący w postępowaniach przetargowych, których przedmiotem jest dostawa produktów spożywczych, przede wszystkim warzyw, w tym kapusty kwaszonej i ogórków kiszonych, na rzecz podmiotów będących jednostkami organizacyjnymi Skarbu Państwa złożył zawiadomienie o podejrzeniu stosowania praktyki naruszającej konkurencję przez przedsiębiorców: Zygmunta Kotschmarów, Emiliana Kotschmarów oraz Władysławę Kotschmarów, polegającej na zawieraniu porozumień co do oferowanych towarów oraz uchylania się przez jednego z tych przedsiębiorców, którego oferta została wybrana przez zamawiającego, od zawarcia umowy, co skutkuje wyborem jako najkorzystniejszej oferty innego z ww. przedsiębiorców. Do zawiadomienia zostały załączone dokumenty z wybranych przetargów przemawiające, zdaniem zawiadamiającego, o zawarciu porozumienia ograniczającego konkurencję.

Postanowieniem z dnia 20 listopada 2008 r. Prezes Urzędu wszczął postępowanie wyjaśniające celem wstępnego ustalenia, czy mogło dojść do zawarcia przez ww.

porozumienia ograniczającego konkurencję, polegającego na uzgadnianiu warunków ofert i późniejszych działań podejmowanych w toku prowadzonych przetargów publicznych.

W toku tego postępowania Prezes Urzędu zwrócił się do czterech podmiotów wymienionych w zawiadomieniu z prośbą o nadesłanie szczegółowych informacji i materiałów dotyczących prowadzonych przetargów, w których występowali Zygmunt Kotschmarów, Emilian Kotschmarów oraz Władysława Kotschmarów i w których doszło do zawarcia ostatecznej umowy z innym podmiotem niż ten, którego oferta została uznana za najkorzystniejszą przy otwarciu ofert.

W związku z faktem, iż zebrany w powyższym trybie materiał uprawdopodobnił zarzuty stawiane przez zawiadamiającego, postanowieniem z dnia 26 stycznia 2009 r. Prezes Urzędu postanowił zamknąć postępowanie wyjaśniające. Tego samego dnia Prezes Urzędu wszczął jednocześnie postępowanie antymonopolowe w związku z podejrzeniem zawarcia na rynku dostaw przetworów warzywnych kwaszonych dla aresztów śledczych, jednostek wojskowych i innych jednostek podlegających Ministrowi Sprawiedliwości oraz Ministrowi Obrony Narodowej porozumienia ograniczającego konkurencję pomiędzy:

1. Zygmuntem Kotschmarów prowadzącym działalność gospodarczą pod nazwą Gospodarstwo Rolno-Ogrodnicze Zygmunt Kotschmarów z siedzibą przy ul. Łódzkiej 141 w Kaliszu,
2. Emilianem Kotschmarów prowadzącym działalność gospodarczą pod nazwą Gospodarstwo Rolno-Ogrodnicze Emilian Kotschmarów z siedzibą przy ul. Łódzkiej 141 w Kaliszu,
3. Władysławą Kotschmarów prowadzącym działalność gospodarczą pod nazwą P.P.H.U. SAUERKRAUT Władysław Kotschmarów z siedzibą przy ul. Łódzkiej 141 w Kaliszu,

polegającego na uzgadnianiu przez tych przedsiębiorców przystępujących do przetargów publicznych prowadzonych przez ww. jednostki warunków składanych ofert oraz zachowania w toku prowadzonych przetargów polegającego, w szczególności na rezygnacji z zawarcia umowy, bądź nie uzupełnianiu dokumentacji i doprowadzanie w ten sposób do wyboru tego z ww. przedsiębiorców, który posiada najwyższą cenę, co stanowi naruszenie art. 6 ust. 1 pkt 7 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów.

Do materiałów postępowania antymonopolowego Prezes Urzędu zaliczył w całości materiały postępowania wyjaśniające prowadzonego pod sygn. akt RPZ-400/62/08/DW.

W dniu 9 lutego 2009 r. Emilian Kotschmarów zapoznał się z aktami postępowania antymonopolowego.

W odpowiedzi na zawiadomienie o wszczęciu postępowania antymonopolowego strony, które ustanowiły wspólnego pełnomocnika procesowego podniosły, iż nie zawarły porozumienia ograniczającego konkurencję. Jak twierdzą, prowadzą oni niezależną działalność rolno-ogrodniczą, przetwórczą lub inną w oparciu o odrębne składniki majątkowe, w tym własne grunty rolne oraz maszyny i urządzenia. Konkurują ze sobą o klientów z tej samej branży, pomimo rodzinnych powiązań. Strony postępowania dysponują jedynie niektórymi dokumentami dotyczącymi przetargów, w których brali udział ze względu na brak obowiązku ich archiwizowania. Strony podkreśliły, iż „działają zupełnie niezależnie i w pełnej zgodzie z zasadami konkurencji.” Tłumacząc zachowanie podczas niektórych przetargów wyjaśniły, iż produkcja ogórków w Polsce charakteryzuje się dużą zmiennością plonów i nieprzewidywalnością rynku warzyw. Rezygnacja z zawarcia umów wynikała ze specyfiki rynku, nieprzewidywalnych trendów w produkcji i sprzedaży warzyw, a równocześnie długotrwałością postępowań przetargowych, zatem była uzasadniona względami ekonomicznymi. Dodatkowo strony podniosły, iż ich działania nie są odosobnione, bowiem zdarzają się w praktyce sytuacje, gdy w przetargach startują przedsiębiorcy działający pod tym samym adresem, czy też nie uzupełniają w terminie dokumentacji przetargowej.

(akta postępowania antymonopolowego k. 38-40)

W toku prowadzonego postępowania antymonopolowego Prezes Urzędu zwrócił się do trzynastu podmiotów z prośbą o nadesłanie informacji i dokumentów dotyczących przetargów, w których uczestniczyły wszystkie strony postępowania. Spośród wszystkich postępowań przetargowych, wybrano te postępowania, w których uczestniczyły wszystkie strony niniejszego

postępowania, a na skutek rozstrzygnięcia przetargu została zawarta umowa z jednym z członków rodziny Kotschmarów.

Pismem z dnia 29 lipca 2009 r. Prezes Urzędu poinformował strony o prawie do zapoznania się z aktami postępowania oraz prawie wypowiedzenia się co do zebranego materiału dowodowego.

Pismem z dnia 10 sierpnia 2009 r. Strony postępowania zajęły stanowisko w sprawie i wniosły o umorzenie postępowania ze względu na nieuczestniczenie w jakiegokolwiek znowie przetargowej. Strony podniosły, iż startowały łącznie w blisko 200 przetargach, z czego w niektórych występowały wszyscy, w niektórych tylko dwóch z nich, a w niektórych tylko jeden. Gdyby ich celem było manipulowanie wynikami przetargów występowałyby oni zawsze we wszystkich przetargach.

Przy takiej ilości przetargów, nie byłoby w stanie zagwarantować realizacji wszystkich umów, gdyby ich oferty zostały wybrane we wszystkich przetargach. Uczestnictwo w tak dużej ilości przetargów sprawia, iż nawet przy dołożeniu niezbędnej staranności zachodzą przypadki omyłkowego składania niepełnej oferty. Nieuzupełnianie dokumentacji następowało często z przyczyn obiektywnych - wielość przetargów oraz krótki czas uzupełnienia oferty. Strony podkreśliły również, iż ze względu na zmienność plonów w uprawie przedmiotowych warzyw szacowali oni możliwość zagwarantowania dostaw z dużym wyprzedzeniem. Zygmunt i Emilian Kotschmarów prowadzą jedynie działalność rolniczą i mogą sprzedawać jedynie to, co sami wytworzą, w przeciwieństwie do Władysławy Kotschmarów, która jako prowadząca działalność gospodarczą zawsze może dokupić potrzebne ilości przedmiotowych warzyw.

Strony podniosły także, iż organizatorzy przetargów prezentują nierzadko odmienne stanowiska i często wzywają Zygmunta i Emiliana Kotschmarów do złożenia zaświadczenia o wpisie do ewidencji działalności gospodarczej pomimo iż prowadzą oni działalność rolniczą. Przykładowo, w postępowaniu zorganizowanym przez Areszt Śledczy w Opolu odrzucono oferty ww. ze względu na nieprzedstawienie właściwych zaświadczeń.

Nieuzupełnianie ofert przetargowych przez Zygmunta i Emiliana Kotschmarów miało także miejsce z przyczyn ekonomicznych, a mianowicie kumulacji postępowań przetargowych. Konieczność zagwarantowania realizacji zamówień oraz brak możliwości dokonywania zakupów uzupełniających powodowały, iż w niektórych przetargach ww. strony nie uzupełniały dokumentacji. Dodatkowo wygranie dużych przetargów wyczerpywało zazwyczaj zasoby oraz przekraczało możliwości logistyczne stron postępowania.

Odstąpienie od podpisania umowy następowało także z powodu nieprzewidywalnego, drastycznego wzrostu cen, co powodowałoby, iż wykonanie warunków oferty odbywałoby się po cenach zdecydowanie niższych od ceny rynkowej. Dodatkowo Władysława Kotschmarów składała niejednokrotnie protesty o wykluczenie z postępowania Zygmunta oraz Emiliana Kotschmarów, co świadczy o tym, że strony prowadzą w pełni niezależną działalność gospodarczą.

I. Prezes Urzędu ustalił następujący stan faktyczny:

Zygmunt Kotschmarów prowadzi działalność pod nazwą „Gospodarstwo Rolno-Ogrodnicze Zygmunt Kotschmarów”, określoną w Polskiej Klasyfikacji Działalności pod nr 0112A - uprawa warzyw, z siedzibą przy ul. Łódzka 141 w Kaliszu. Prowadzi on osobiście gospodarstwo rolne oraz jest podatnikiem podatku rolnego z gruntów stanowiących użytki rolne wchodzące w skład gospodarstwa rolnego o powierzchni ok. (...) ha.

(akta postępowania antymonopolowego k. 25-27)

Emilian Kotschmarów prowadzi działalność pod nazwą „Gospodarstwo Rolno-Ogrodnicze Emilian Kotschmarów”, określoną w Polskiej Klasyfikacji Działalności pod nr 0112A - uprawa warzyw, z siedzibą przy ul. Łódzka 14 w Kaliszu. Prowadzi on osobiście gospodarstwo rolne oraz jest podatnikiem podatku rolnego z gruntów stanowiących użytki rolne wchodzące w skład gospodarstwa rolnego o powierzchni ok. (...) ha..

(akta postępowania antymonopolowego k. 28-30)

Władysława Kotschmarów prowadzi działalność gospodarczą pod firmą: „Przedsiębiorstwo Produkcyjno-Handlowo-Usługowe „SAUERKRAUT” z siedzibą w Kaliszu ul. Łódzka 141. Przedmiotem działalności Władysławy Kotschmarów, zgodnie z ewidencją działalności gospodarczej, jest m.in. pozostałe przetwarzanie i konserwowanie owoców i warzyw oraz sprzedaż hurtowa owoców i warzyw.

(akta postępowania antymonopolowego k. 41-44)

Strony postępowania wiążą ściśle więzy rodzinne. Władysława oraz Zygmunt Kotschmarów są małżeństwem, natomiast Emilian Kotschmarów jest ich synem. Maszyny rolnicze, środki transportu, a także urządzenia przetwórcze są sporadycznie przedmiotem użyczenia pomiędzy członkami rodziny. Władysława Kotschmarów świadczy ponadto na rzecz Zygmunta oraz Emiliana Kotschmarów usługi transportowe.

(akta postępowania antymonopolowego k. 38-40)

W latach 2007-2008 strony postępowania brały udział w następującej ilości przetargów na dostawę kapusty kwaszonej i ogórków kiszonych:

- | | |
|---------------------------|----------------|
| 1. Zygmunt Kotschmarów | 129 przetargów |
| 2. Emilian Kotschmarów | 143 przetargi |
| 3. Władysława Kotschmarów | 70 przetargów |

(akta postępowania antymonopolowego k. 45-52)

Poniższe tabele zawierają wykaz umów zawartych przez poszczególne strony postępowania oraz informację, czy w danym postępowaniu przetargowym występowały też pozostałe strony postępowania.

Tabela nr 1 Umowy zawarte przez Zygmunta Kotschmarów w 2008 r.

| Nr | Data zawarcia | Podmiot | Udział w przetargu | |
|----|---------------|--|--------------------|------------|
| | | | Emilian | Władysława |
| 1 | 29.12.2008 | Kasyno Wojskowe nr 415 przy CSW Ład w Poznaniu | tak | tak |
| 2 | 9.12.2008 | Jednostka Wojskowa nr 1933 w Łodzi | tak | tak |
| 3 | 26.11.2008 | Zakład Karny w Potulicach | nie | nie |
| 4 | 7.11.2008 | Zakład Karny w Brzegu | tak | tak |
| 5 | 6.11.2008 | Akademicki Szpital Kliniczny we Wrocławiu | tak | tak |
| 6 | 4.11.2008 | Zakład Karny w Bydgoszczy | tak | nie |
| 7 | 22.10.2008 | Zakład Karny w Gorzowie Wielkopolskim | nie | nie |
| 8 | 16.10.2008 | Zakład Karny w Bydgoszczy | tak | nie |
| 9 | 14.10.2008 | Jednostka Wojskowa nr 1106 w Olsztynie | nie | nie |
| 10 | 14.07.2008 | Zakład Karny w Sieradzu | nie | nie |
| 11 | 13.06.2008 | Areszt Śledczy w Mysłowicach | nie | nie |
| 12 | 29.04.2008 | Zakład Karny w Warszawie – Białołęce | nie | nie |
| 13 | 3.04.2008 | Zakład Karny w Uhercach Mineralnych | nie | nie |
| 14 | 30.01.2008 | 2 Baza Materiałowo-Techniczna w Kutnie | nie | nie |
| 15 | 7.01.2008 | Jednostka Wojskowa nr 2094 w Poznaniu | nie | nie |
| 16 | 2.01.2008 | Jednostka Wojskowa nr 2414 w Warszawie | nie | nie |
| 17 | 10.10.2008 | Instytut „Pomnik-Centrum Zdrowia Dziecka” w Warszawie | nie | nie |
| 18 | 29.09.2008 | Samodzielny Wojewódzki Publiczny Zespół Zakładów Psychiatrycznej Opieki Zdrowotnej w Radomiu | nie | nie |
| 19 | 22.07.2008 | Gospodarstwo Pomocnicze przy Miejskim Ośrodku Pomocy Rodzinie we Włocławku | tak | tak |
| 20 | 11.07.2008 | Zakład Karny w Czerwonym Borze | nie | nie |
| 21 | 10.07.2008 | Areszt Śledczy w Warszawie Grochowie | tak | tak |
| 22 | 9.07.2008 | Zakład Karny w Oleśnicy | nie | nie |
| 23 | 17.06.2008 | Szpital Kliniczny im. Ks. Anny Mazowieckiej w Warszawie | nie | nie |
| 24 | 21.03.2008 | Zakład Karny w Pińczowie | nie | nie |

Tabela nr 2 Umowy zawarte przez Zygmunta Kotschmarów w 2007 r.

| Nr | Data zawarcia | Podmiot | Udział w przetargu | |
|----|---------------|---|--------------------|------------|
| | | | Emilian | Władysława |
| 1 | 16.05.2007 | Specjalny Ośrodek Szkolno-Wychowawczy w Świebodzinie | nie | nie |
| 2 | 30.07.2007 | Instytut Kardiologii w Warszawie | tak | nie |
| 3 | 27.09.2007 | Centrum Szkolenia Policji w Legionowie | tak | tak |
| 4 | 2.07.2007 | Szpital Bielański im. ks. J. Popiełuszki Samodzielny Publiczny Zakład Opieki Zdrowotnej w Warszawie | nie | nie |
| 5 | 2.07.2007 | Szpital Wojewódzki im. Jana Pawła II w Belchatowie | tak | tak |
| 6 | 22.06.2007 | Zakład Karny w Tarnowie | tak | nie |
| 7 | 30.05.2007 | Miasto Rybnik – Miejski Dom Pomocy Społecznej | nie | nie |
| 8 | 17.05.2007 | Areszt Śledczy w Lublinie | nie | nie |
| 9 | 25.05.2007 | Areszt Śledczy w Warszawie Grochowie | nie | nie |
| 10 | 10.04.2007 | Zakład Opieki Zdrowotnej Poznań – Stare Miasto | nie | nie |
| 11 | 29.03.2007 | Zakład Karny w Jastrzębiu Zdroju | tak | nie |
| 12 | 22.03.2007 | Dom Pomocy Społecznej w Belchatowie | nie | nie |
| 13 | 19.03.2007 | Centralny Ośrodek Sportu w Warszawie | nie | nie |
| 14 | 6.02.2007 | Jednostka Wojskowa nr 2420 w Warszawie | tak | nie |
| 15 | 5.02.2007 | Jednostka Wojskowa nr 2819 w Zgierzu | tak | nie |
| 16 | 1.02.2007 | Specjalistyczny Zespół Psychiatrycznej Opieki Zdrowotnej we Wrocławiu | nie | nie |
| 17 | 31.01.2007 | Jednostka Wojskowa nr 4198 w Warszawie | tak | nie |
| 18 | 22.01.2007 | Kasyno Wojskowe nr 39 przy OSZW w Mińsku Mazowieckim | nie | nie |

(akta postępowania antymonopolowego k. 205-273 oraz 344-384)

Tabela nr 3 Umowy zawarte przez Emilian Kotschmarów w 2008 r.

| Data zawarcia | Podmiot | Udział w przetargu | |
|---------------|---|--------------------|-----------|
| | | Zygmunt | Władysław |
| 14.02.2008 | Zakład Karny we Włocławku | tak | tak |
| 20.10.2008 | Zakład Karny w Siedlcach | tak | tak |
| 15.10.2008 | Areszt Śledczy w Bydgoszczy | nie | nie |
| 24.10.2008 | Jednostka Wojskowa nr 1906 w Walczu | tak | tak |
| 24.10.2008 | Areszt Śledczy w Kielcach | nie | nie |
| 28.11.2008 | Zakład Karny w Koszalinie | nie | nie |
| 4.11.2008 | Zakład Karny w Płocku | nie | nie |
| 12.11.2008 | Jednostka Wojskowa nr 1123 w Grudziądzu | tak | tak |
| 19.12.2008 | Zakład Karny w Wołowie | tak | tak |
| 29.12.2008 | Centralny Ośrodek Szkolenia Służby Więziennej w Kaliszu | nie | nie |
| 29.12.2008 | Szpital Kliniczny im. H. Święciskiego Uniwersytetu Medycznego im. K. Marcinkowskiego w Poznaniu | nie | nie |
| 22.12.2008 | Wyższa Szkoła Oficerska Sił Powietrznych w Dęblinie | nie | nie |
| 14.01.2008 | Jednostka Wojskowa nr 1131 w Mińsku Mazowieckim | nie | nie |
| 8.09.2008 | Szpital Czerniakowski Samodzielny Publiczny Zakład Opieki Zdrowotnej w Warszawie | tak | tak |
| 7.01.2008 | Areszt Śledczy w Poznaniu | nie | nie |
| 14.02.2008 | Zakład Karny we Włocławku | tak | tak |
| 5.05.2008 | Wojskowy Szpital Uzdrowiskowo – Rehabilitacyjny w Ciechocinku | tak | tak |
| 5.03.2008 | Samodzielny Publiczny Zakład Opieki Zdrowotnej w Sieradzu | nie | nie |
| 9.05.2008 | Jednostka Wojskowa nr 1946 we Wrocławiu | tak | tak |
| 4.11.2008 | Zakład Karny w Płocku | nie | nie |
| 18.08.2008 | Areszt Śledczy w Łodzi | tak | nie |
| 1.10.2008 | Areszt Śledczy w Lublinie | nie | tak |
| 14.11.2008 | Przedsiębiorstwo Uzdrowisko Ciechocinek S.A. w Ciechocinku | nie | nie |
| 20.10.2008 | Zakład Karny w Siedlcach | tak | tak |
| 25.01.2008 | Wojewódzki Szpital Psychiatryczny w Warcie | nie | nie |
| 20.03.2008 | Zakład Karny w Tamowie | tak | tak |
| 1.02.2008 | Areszt Śledczy w Lublinie | nie | tak |
| 14.01.2008 | Szpital Kliniczny im. H. Święciskiego Uniwersytetu Medycznego im. K. Marcinkowskiego w Poznaniu | nie | nie |

Tabela nr 4 Umowy zawarte przez Emilianą Kotschmarów w 2007 r.

| Nr | Data zawarcia | Podmiot | Udział w przetargu | |
|----|---------------|--|--------------------|------------|
| | | | Zygmunt | Władysława |
| 1 | 2.01.2007 | Kasyno Wojskowe nr 421 przy Jednostce Wojskowej nr 1156 w Poznaniu | nie | nie |
| 2 | 3.04.2007 | Areszt Śledczy w Bytomiu | nie | nie |
| 3 | 30.03.2007 | Zakład Karny w Tarnowie | tak | nie |
| 4 | 20.03.2007 | Areszt Śledczy w Środzie Wielkopolskiej | nie | nie |
| 5 | 1.02.2007 | Zakład Karny w Kaliszu | tak | nie |
| 6 | 18.01.2007 | Samodzielny Publiczny Szpital Kliniczny nr 2 im. H. Święcickiego Akademii Medycznej w Poznaniu | tak | nie |
| 7 | 1.08.2007 | Jednostka Wojskowa nr 2211 w Skwierzynie | tak | tak |
| 8 | 10.07.2007 | Areszt Śledczy w Łodzi | nie | nie |
| 9 | 23.07.2007 | Areszt Śledczy w Łodzi | nie | nie |
| 10 | | Areszt Śledczy w Łodzi | nie | nie |
| 11 | 20.08.2007 | Areszt Śledczy w Łodzi | nie | nie |
| 12 | 28.06.2007 | Zakład Karny w Czerwonym Borze | nie | nie |
| 13 | 31.05.2007 | Zakład Karny nr 2 we Wrocławiu | tak | tak |
| 14 | 26.04.2007 | Wojskowy Szpital Uzdrowiskowo – Rehabilitacyjny w Ciechocinku | tak | nie |
| 15 | 19.01.2007 | Centralny Ośrodek Szkolenia Służby Więziennej w Kaliszu | nie | nie |
| 16 | 18.09.2007 | Zakład Karny w Tarnowie | tak | nie |
| 17 | 8.10.2007 | Areszt Śledczy w Łodzi | nie | nie |
| 18 | 31.12.2007 | Centralny Ośrodek Szkolenia Służby Więziennej w Kaliszu | nie | nie |
| 19 | 9.11.2007 | Zakład Karny w Płocku | nie | nie |
| 20 | 21.12.2007 | Centralny Ośrodek Szkolenia Służby Więziennej w Kaliszu | nie | nie |
| 21 | 21.12.2007 | Areszt Śledczy w Piotrkowie Trybunalskim | tak | tak |
| 22 | 18.12.2007 | Jednostka Wojskowa nr 1560 w Warszawie | tak | nie |
| 23 | 8.11.2007 | Przedsiębiorstwo Uzdrowisko Ciechocinek S.A. w Ciechocinku | nie | nie |
| 24 | 18.01.2007 | Wojewódzki Szpital Psychiatryczny w Warcie | nie | nie |
| 25 | 2.01.2007 | Jednostka Wojskowa nr 1156 w Poznaniu | nie | nie |
| 26 | 28.12.2007 | Zakład Karny w Tarnowie | tak | nie |

(akta postępowania antymonopolowego k. 128-204;284-343)

Tabela nr 5 Umowy zawarte przez Władysławę Kotschmarów w 2008 r.

| Nr | Data zawarcia | Podmiot | Udział w przetargu | |
|----|---------------|--|--------------------|---------|
| | | | Zygmunt | Emilian |
| 1 | 10.01.2008 | Areszt Śledczy w Opolu | tak | tak |
| 2 | 21.02.2008 | Szpital dla Nerwowo i Psychiczenie Chorych im. St. Kryzana w Starogardzie Gdańskim | nie | nie |
| 3 | 14.02.2008 | Zakład Karny w Rzeszowie | tak | tak |
| 4 | 17.03.2008 | Centralny Ośrodek Sportu w Warszawie Zakład Budżetowy Ministra Sportu Ośrodek Przygotowań Olimpijskich w Spale | nie | nie |
| 5 | 20.03.2008 | Zakład Karny w Tarnowie | tak | tak |
| 6 | 21.03.2008 | Zakład Karny w Strzelcach | tak | nie |
| 7 | 17.04.2008 | Jednostka Wojskowa nr 2420 w Warszawie | tak | nie |
| 8 | 4.06.2008 | Jednostka Wojskowa nr 2094 w Poznaniu | tak | nie |
| 9 | 30.06.2008 | Areszt Śledczy w Warszawie – Służewcu | nie | nie |
| 10 | 30.06.2008 | Zakład Karny w Kwidzynie | tak | tak |
| 11 | 7.07.2008 | Zakład Karny w Tarnowie | tak | tak |
| 12 | 11.07.2008 | Publiczny Samodzielny Zakład Opieki Zdrowotnej Wojewódzkie Centrum Medyczne w Opolu | tak | tak |
| 13 | 17.07.2008 | Komenda Portu Wojennego Gdynia | nie | nie |
| 14 | 25.07.2008 | Areszt Śledczy w Opolu | tak | tak |
| 15 | 29.07.2008 | Jednostka Wojskowa nr 2211 w Skwierzynie | tak | tak |
| 16 | 21.08.2008 | Samodzielny Publiczny Specjalistyczny Szpital Zachodni w Grodzisku Mazowieckim | tak | tak |
| 17 | 29.08.2008 | Centrum Onkologii – Instytut im. Marii Skłodowskiej – Curie w Warszawie | tak | tak |
| 18 | 8.09.2008 | Zakład Karny w Rawiczu | nie | nie |
| 19 | 1.10.2008 | Centrum Szkolenia Policji w Legionowie | tak | tak |
| 20 | 22.10.2008 | Jednostka Wojskowa nr 1158 w Łasku | tak | tak |
| 21 | 9.10.2008 | Areszt Śledczy w Warszawie – Białolece | tak | tak |
| 22 | 13.11.2008 | Jednostka Wojskowa nr 1123 w Grudziądzu | nie | tak |
| 23 | 27.11.2008 | Jednostka Wojskowa nr 1946 we Wrocławiu | tak | tak |
| 24 | 28.11.2008 | Jednostka Wojskowa nr 4824 w Stawach | tak | tak |

Tabela nr 6 Umowy zawarte przez Władysławę Kotschmarów w 2007 r.

| Nr | Data zawarcia | Podmiot | Udział w przetargu | |
|----|---------------|---|--------------------|---------|
| | | | Zygmunt | Emilian |
| 1 | 15.11.2007 | Kasyno Wojskowe nr 421 przy Jednostce Wojskowej nr 1156 w Poznaniu | nie | nie |
| 2 | 15.11.2007 | Jednostka Wojskowa nr 1156 w Poznaniu | nie | nie |
| 3 | 12.07.2007 | Areszt Śledczy w Opolu | tak | tak |
| 4 | 3.07.2007 | Szpital Praski pw. Przemienienia Pańskiego Samodzielny Publiczny Zakład Opieki Zdrowotnej w Warszawie | tak | tak |

(akta postępowania antymonopolowego k. 53-127;274-283)

I. Areszt Śledczy w Piotrkowie Trybunalskim

Areszt Śledczy w Piotrkowie Trybunalskim przeprowadził w 2007 r. przetarg nieograniczony nr DITIL/220/20/07/34855 na dostawę kapusty kwaszonej i ogórków kiszonych.

Jak wynika z zawiadomienia, o wyborze najkorzystniejszej oferty z dnia 4 grudnia 2007 r. za najkorzystniejszą została uznana oferta Zygmunta Kotschmarów. Następna w kolejności była oferta Władysławy Kotschmarów, a dalej Emiliana Kotschmarów:

- | | |
|---------------------------|-------------------|
| 1. Zygmunt Kotschmarów | cena 56.496,00 zł |
| 2. Władysława Kotschmarów | cena 62.209,80 zł |
| 3. Emilian Kotschmarów | cena 66 254,40 zł |

(akta postępowania wyjaśniającego k. 145-146)

Pismem z dnia 7 grudnia 2007 r. Zygmunt Kotschmarów poinformował, iż „W związku z galopującym zapotrzebowaniem i drastycznym wzrostem cen ogórka kwaszonego informujemy, że rezygnujemy z podpisania umowy”

(akta postępowania wyjaśniającego k. 232)

W związku z rezygnacją z podpisania umowy przez Zygmunta Kotschmarów za najkorzystniejszą została uznana oferta Władysławy Kotschmarów, która pismem z dnia 13 grudnia 2007 r. poinformowała co następuje: „W związku ze znacznym ograniczeniem możliwości transportowych oraz szybkim wzrostem cen ogórka kwaszonego na rynkach hurtowych rezygnuję z podpisania przedmiotowej umowy.”

(akta postępowania wyjaśniającego k. 219)

Na skutek rezygnacji z zawarcia umowy przez Zygmunta oraz Władysławę Kotschmarów w dniu 21 grudnia 2007 r. została zawarta umowa dostawy pomiędzy Aresztem Śledczym w Piotrkowie Trybunalskim a Emilianem Kotschmarów na dostawę 18 000 kg kapusty kwaszonej oraz 15 000 kg ogórków kiszonych.

(akta postępowania wyjaśniającego k. 243- 245)

II. Jednostka Wojskowa 1906 w Wałczu

W 2008 r. Jednostka Wojskowa 1906 w Wałczu prowadziła postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na dostarczanie przetworów warzywnych kwaszonych i konserwowych do jednostek wojskowych i ośrodków szkolenia poligonowego nr 41/2008.

Jak wynika ze zbiorczego zestawienia ofert, pierwsze trzy miejsca kształtowały się następująco:

1. Zygmunt Kotschmarów (zadanie 1 – 188.934,18 zł, zadanie 2 – 140.617,26 zł, zadanie 3 – 88.813,21 zł)
2. Władysława Kotschmarów (zadanie 1 – 246.540,52 zł, zadanie 2 – 184.004,70 zł, zadanie 3 – 111.862,08 zł)
3. Emilian Kotschmarów (zadanie 1 – 270.538,27 zł, zadanie 2 – 206.743,90 zł, zadanie 3 – 126.083,45 zł).

(akta postępowania wyjaśniającego k. 463)

Jak wynika z listy wykonawców obecnych w dniu 5 września 2008 r. podczas otwarcia ofert w przetargu nr 41/2008 był obecny Zygmunt Kotschmarów.

(akta postępowania wyjaśniającego k. 465)

Pismami z dnia 25 września 2008 r. organizator przetargu wykluczył Władysławę Kotschmarów i Zygmunta Kotschmarów z powodu nieuzupełnienia dokumentacji.

(akta postępowania wyjaśniającego k. 435 i 436)

W związku z wykluczeniem z przetargu Zygmunta Kotschmarów oraz Władysławy Kotschmarów za najkorzystniejszą ofertę została uznana oferta Emiliana Kotschmarów.

(akta postępowania wyjaśniającego k. 437)

III. Areszt Śledczy w Warszawie-Białołęce

W 2008 r. Areszt Śledczy w Warszawie-Białołęce prowadził postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na dostawy: warzyw, ziemniaków, jabłek, kwaszonek i fasoli, nr DOP-220/06/08.

Trzy najkorzystniejsze cenowo oferty zostały złożone przez:

1. Zygmunta Kotschmarów cena 129.577,00 zł
2. Emiliana Kotschmarów cena 157.718,00 zł
3. Władysławę Kotschmarów cena 195.007,50 zł

(akta postępowania wyjaśniającego k. 547, 554, 565)

Na otwarciu ofert obecny był Zygmunt Kotschmarów.

(akta postępowania wyjaśniającego k. 610)

Pismami z dnia 19 września 2008 r. Zygmunt Kotschmarów, Władysława Kotschmarów oraz Emilian Kotschmarów zostali wezwani do uzupełnienia dokumentów złożonych w toku przetargu.

(akta postępowania wyjaśniającego k. 583-600)

Z uwagi na nieuzupełnienie dokumentacji, Zygmunt Kotschmarów oraz Emilian Kotschmarów zostali wykluczeni z przetargu.

(akta postępowania wyjaśniającego k. 628-637)

Władysława Kotschmarów uzupełniła dokumentację i jej oferta została uznana za najkorzystniejszą, a w konsekwencji w dniu 9 października 2008 r. podpisała ona umowę dostawy z Aresztem Śledczym w Warszawie-Białolece

(akta postępowania wyjaśniającego k. 663-664)

IV. Wyższa Szkoła Oficerska Wojsk Lądowych we Wrocławiu

W 2008 r. Wyższa Szkoła Oficerska Wojsk Lądowych we Wrocławiu prowadziła postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego nr 24/PN/2008 na dostawę różnych produktów spożywczych na potrzeby WSOWL w 2009 r.

Jak wynika z otwarcia ofert pierwsze cztery miejsca kształtowały się następująco:

| | |
|---------------------------|--------------|
| 1. Zygmunt Kotschmarów | 19.452,60 zł |
| 2. Władysława Kotschmarów | 25.821,24 zł |
| 3. Franciszek Płonka | 25.964,62 zł |
| 4. Emilian Kotschmarów | 32.892,87 zł |

(akta postępowania wyjaśniającego k. 752)

Przy otwarciu ofert w dniu 22 września 2008 r. była obecna osoba reprezentująca Władysławę Kotschmarów.

(akta postępowania wyjaśniającego k. 754)

Zygmunt Kotschmarów, Władysława Kotschmarów oraz Emilian Kotschmarów pismami z dnia 25 września 2008 r. zostali wezwani do uzupełnienia dokumentacji złożonej w toku przetargu.

(akta postępowania wyjaśniającego k. 911-916)

Z uwagi na fakt, iż uzupełnienia dokumentacji dokonała jedynie Władysława Kotschmarów, natomiast nie uczynili tego Zygmunt oraz Emilian Kotschmarów, za najkorzystniejszą została wybrana oferta Władysławy Kotschmarów.

(akta postępowania wyjaśniającego k. 917-931; 934-937)

Franciszek Płonka, którego oferta była trzecią w kolejności wynikającą z otwarcia ofert, pismem z dnia 14 października 2008 r. złożył protest, którym wniósł on o odrzucenie oferty złożonej przez Władysławę Kotschmarów z uwagi na to, iż złożenie oferty przez Władysławę,

Zygmunta oraz Emiliana Kotschmarów stanowi: „czyn nieuczciwej konkurencji w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, polegający na wchodzeniu w porozumienie i uzgadnianiu warunków składanych ofert, w szczególności co do ceny.” Na poparcie swoich zarzutów przedsiębiorca ten przedstawił dokumenty z innych przetargów.

W odpowiedzi na pytanie Zamawiającego Władysława Kotschmarów wyjaśniła, iż w 2007 r. w przetargu organizowanym przez Areszt Śledczy w Piotrkowie Trybunalskim uchyliła się ona od podpisania umowy ze względu na ograniczone możliwości transportowe oraz szybki wzrost cen ogórka na rynkach hurtowych.

(akta postępowania wyjaśniającego k. 938-964)

Gospodarstwo Rolno-Ogrodnicze M.R. Różalscy pismem z dnia 20 października 2008 r. przyłączyli się do protestu, w pełni popierając zarzut zawarcia przez Zygmunta, Władysławę i Emiliana Kotschmarów porozumienia.

(akta postępowania wyjaśniającego k. 980-981)

Pismem z dnia 23 października 2008 r. Zamawiający uwzględnił protest Franciszka Płonka w zakresie naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz.U. 2007, Nr 223, poz. 1655 ze zm.; dalej: „Prawo zamówień publicznych”) i nie odrzucenia oferty Władysławy Kotschmarów pomimo, iż stanowi ona czy nieuczciwej konkurencji polegający na wchodzeniu w porozumienie i uzgadnianiu warunków składanych ofert oraz utrudnianie innym wykonawcom dostępu do rynku oraz działanie sprzeczne z prawem i dobrymi obyczajami.

W uzasadnieniu rozstrzygnięcia Zamawiający wskazał, iż odnośnie uchylenia się od podpisania umowy w przetargu organizowanym przez Areszt Śledczy w Piotrkowie Trybunalskim Władysława Kotschmarów **nie wskazała wiarygodnych powodów rezygnacji z podpisania umów**. W szczególności: „Powołując się na ograniczone możliwości transportowe, jednocześnie bierze udział w innych postępowaniach tylko po to aby w przypadku gdy kolejną ofertą jest oferta firmy Gospodarstwo Rolno-Ogrodnicze Emiliana Kotschmarów, znów odstąpić od podpisania umowy. Brak także uzasadnienia dla drugiego przedstawionego powodu – szybki wzrost cen ogórka. Wykonawca nie wskazuje żadnego argumentu na poparcie tej tezy, gdy tymczasem wskaźnik GUS w grupie warzywa, w okresie gdy toczyły się wskazane postępowania wynosił odpowiednio:

- za okres 2007 XI – 96,2
- za okres 2007 XII – 97,4
- za okres 2008 I – 93,6

(dane z Biuletynu Statystycznego, tab. 40 wskaźnik cen towarów i usług konsumpcyjnych – warzywa).”

(akta postępowania wyjaśniającego k. 985-989)

Na skutek odrzucenia oferty Władysławy Kotschmarów pismem z dnia 25.11.2008 r. Zamawiający za najkorzystniejszą ofertę wybrał ofertę złożoną przez Franciszka Płonka.

V. Centrum Szkolenia Policji w Legionowie

Centrum Szkolenia Policji w Legionowie prowadziło w 2008 r. przetarg na dostawę warzyw, owoców i pieczarek.

Ze zbiorczego zestawienia ofert wynika, iż w części III przetargu najwyżej zakwalifikowane zostały następujące oferty:

| | |
|---------------------------|--------------|
| 1. Zygmunt Kotschmarów | 21.335,80 zł |
| 2. Emilian Kotschmarów | 26.193,60 zł |
| 3. Władysława Kotschmarów | 31.286,80 zł |

Pismem z dnia 2 września 2008 r. Zygmunt oraz Emilian Kotschmarów zostali wezwani do uzupełnienia brakującej dokumentacji i na skutek niespełnienia tego wymogu zostali wykluczeni z przetargu. W związku z powyższym za najkorzystniejszą została uznana oferta Władysławy Kotschmarów, która w dniu 1 października 2008 r. podpisała z Centrum Szkolenia Policji w Legionowie umowę dostawy.

(akta postępowania antymonopolowego k. 1142-1177)

VI Jednostka Wojskowa nr 2211 w Skwierzynie

W 2008 r. Jednostka Wojskowa nr 2211 w Skwierzynie organizowała przetarg nieograniczony na dostawę m.in. warzyw przetworzonych.

Ze zbiorczego zestawienia ofert wynika, iż zostały złożone następujące oferty:

| | |
|---------------------------|--------------|
| 1. Zygmunt Kotschmarów | 10.582,30 zł |
| 2. Władysława Kotschmarów | 12.299,65 zł |
| 3. Jerzy Wiśniewski | 13.440,00 zł |
| 4. Emilian Kotschmarów | 13.762,34 zł |

Pismami z dnia 17 lipca 2008 r. Zygmunt Kotschmarów oraz Władysława Kotschmarów zostali wezwani do uzupełnienia dokumentacji poprzez nadesłanie aktualnego odpisu z rejestru oraz zaświadczenia o niezaleganiu z opłacaniem podatków i składek na ubezpieczenie społeczne. Brakujące dokumenty zostały złożone jedynie przez Władysławę Kotschmarów.

W związku z powyższym pismem z dnia 21 lipca 2008 r. Zygmunt Kotschmarów został wykluczony z postępowania przetargowego, natomiast za najkorzystniejszą została uznana oferta Władysławy Kotschmarów, która w dniu 27 lipca 2008 r. podpisała z Jednostką Wojskową 2211 w Skwierzynie umowę dostawy warzyw przetworzonych.

(akta postępowania antymonopolowego k. 1205-1221)

II. W oparciu o przedstawiony stan faktyczny Prezes Urzędu zważył, co następuje:

1. Określenie zarzutu

Stronom niniejszego postępowania antymonopolowego został postawiony zarzut stosowania praktyki ograniczającej konkurencję, o której mowa w art. 6 ust. 1 pkt 7 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów, polegającej na uzgadnianiu przez tych przedsiębiorców przystępujących do przetargów publicznych prowadzonych przez areszty śledcze, jednostki wojskowe i inne jednostki podlegające Ministrowi Sprawiedliwości oraz Ministrowi Obrony Narodowej, warunków składanych ofert oraz zachowania w toku prowadzonych przetargów

polegającego w szczególności na rezygnacji z zawarcia umowy, bądź nie uzupełnianiu dokumentacji i doprowadzanie w ten sposób do wyboru tego z ww. przedsiębiorców, który posiada najwyższą cenę.

2. Interes publicznoprawny

Zgodnie z opisanym w art. 1 ust. 1 ustawy z dnia 16 lutego 2007 r. o ochronie konkurencji i konsumentów, „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).

Zgodnie z orzecznictwem Sądu Antymonopolowego: “interes publiczny w postępowaniu administracyjnym nie jest pojęciem jednolitym i stałym. W każdej sprawie winien być on ustalony i konkretyzowany. Organ administracji - Prezes Urzędu winien być w toku i przy wydawaniu decyzji rzecznikiem tego interesu, albowiem wynika to z jego zadań w strukturze administracji publicznej - art. 7 k.p.a.”¹ Podobnie Sąd Najwyższy stwierdził, iż “ustawa antymonopolowa ma charakter publicznoprawny, zatem jej celem jest służenie interesom publicznym. Ingeruje, gdy w wyniku pewnych ogólnych zjawisk zagrożona jest sama instytucja konkurencji. Nie odnosi się do ochrony roszczeń indywidualnych.”²

Dobrem chronionym na podstawie przepisów ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów jest konkurencja rozumiana jako zjawisko o charakterze instytucjonalnym. 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 samodzielności w podejmowaniu decyzji, dlatego wszelkie formy grupowych działań przedsiębiorców, takich jak porozumienia zawierane między uczestnikami przetargów godzą w interes publiczny, gdy są one w stanie ograniczyć wolność działalności gospodarczej uczestników rynku i sztucznie zmienić stosunki rynkowe prowadząc do zakazanego zniekształcenia konkurencji.

Uzgadnianie przez przedsiębiorców przystępujących do przetargu warunków składanych ofert w zakresie cen godzą w tak rozumianą konkurencję, gdyż w sztuczny sposób prowadzą do zmiany stosunków rynkowych między zaangażowanymi w znowę przedsiębiorcami, wpływając tym samym na przebieg i wynik przetargu. Uzgadnianie cen oraz uzgadnianie warunków ofert składanych w przetargu stanowi niedozwoloną ingerencję w swobodę prowadzenia działalności gospodarczej przez niezależne podmioty, która może skutkować w sposób negatywny nie tylko w sferze konkurencji, ale również naraża zamawiającego na niekorzystne rozporządzanie środkami, których jest dysponentem.

W niniejszej sprawie, która dotyczy zarzutu zawarcia znowy przetargowej mógł zostać naruszony interes publicznoprawny polegający na zapewnieniu właściwych warunków funkcjonowania rynku, co uzasadnia ocenę zachowania stron niniejszego postępowania antymonopolowego w świetle przepisów ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów. Znowy 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.”³

¹ wyrok Sądu Antymonopolowego z dnia 04.07.2001 r. sygn. akt XVII Ama 108/00

² wyrok Sądu Najwyższego z dnia 29.05.2001 r. sygn. akt I CKN 1217/98

³ wyrok Sądu Ochrony Konkurencji i Konsumentów z dnia 17.04.2008 r. sygn. akt XVII Ama 117/05

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

3. Status przedsiębiorcy

Zakaz stosowania praktyk ograniczających konkurencję adresowany jest do przedsiębiorców. Ustawa o ochronie konkurencji i konsumentów zawiera szeroka definicję przedsiębiorcy, uznając za przedsiębiorcę również podmioty, które w rozumieniu przepisów innych ustaw (w szczególności ustawy o swobodzie działalności gospodarczej⁴) nie są przedsiębiorcami. Unormowanie to ma za zadanie umożliwienie Prezesowi Urzędu stosowania przepisów ustawy do wszystkich podmiotów uczestniczących w rynku.

Władysław Kotschmarów prowadzi działalność gospodarczą w rozumieniu przepisów o swobodzie działalności gospodarczej. Jest ona wpisana do Ewidencji Działalności Gospodarczej prowadzonej przez Prezydenta Miasta Kalisza pod nazwą: „Przedsiębiorstwo Produkcyjno-Handlowo-Usługowe „SAUERKRAUT” Władysława Kotschmarów. Nie ma zatem wątpliwości, iż jest ona przedsiębiorcą w rozumieniu art. 4 ust. 1 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów.

Zygmunt Kotschmarów oraz Emilian Kotschmarów prowadzą osobiście gospodarstwa rolne. W ramach prowadzonej działalności występują oni samodzielnie w przetargach publicznych na dostawę kapusty kwaszonej oraz ogórków kwaszonych. Pomimo tego, iż nie mają do nich zastosowania przepisy ustawy o swobodzie działalności gospodarczej są oni przedsiębiorcami w rozumieniu ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów. Jak słusznie zauważono w doktrynie: „działalność wytwórcza w rolnictwie - jeśli nie jest wykonywana wyłącznie dla zaspokojenia własnych potrzeb - ma charakter zarobkowy. Ponieważ jest ona jednocześnie wykonywana w sposób zorganizowany i ciągły, jest zarazem działalnością gospodarczą, a wykonujący ją rolnik - jako osoba fizyczna wykonująca tę działalność we własnym imieniu - spełnia przesłanki kwalifikujące go jako przedsiębiorcę.”⁵

Konkludując z uwagi na fakt, iż ww. przedsiębiorcy uczestniczą w rynku jako jego uczestnicy oraz prowadzą działalność zarobkową o charakterze zorganizowanym i ciągłym, są oni przedsiębiorcą w rozumieniu przepisów ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów, zatem mają do nich zastosowanie przepisy dotyczące zakazu stosowania praktyk ograniczających konkurencję.

Niezależnie od tego należy podnieść, iż żadna ze stron nie kwestionowała faktu posiadania statusu przedsiębiorcy.

4. Rynek właściwy

Praktyki ograniczające konkurencję ujawniają się na określonym rynku - rynku właściwym. Ustawa o ochronie konkurencji i konsumentów definiuje rynek właściwy jako rynek towarów, które ze względu na ich przeznaczenie, cenę oraz właściwości, w tym jakość, są uznawane przez ich nabywców za substytuty oraz są oferowane na obszarze, na którym, ze względu na ich rodzaj i właściwości, istnienie barier dostępu do rynku, preferencje konsumentów, znaczące różnice cen i koszty transportu, panują zbliżone warunki konkurencji (art. 4 pkt 9 ww. ustawy).

Przez towary należy rozumieć zarówno rzeczy, jak i energię, papiery wartościowe i inne prawa majątkowe, usługi, a także roboty budowlane (art. 4 pkt 7 ww. ustawy). Pojęcie rynku właściwego odnosi się przedmiotowo do wszystkich wyrobów (usług) jednego rodzaju, które ze względu na swoje szczególne właściwości odróżniają się od innych wyrobów (usług) w taki

⁴ Ustawa z 02.07.2004 r. o swobodzie działalności gospodarczej (Dz.U. 2007, Nr 155, poz. 1095 ze zm.)

⁵ Kohutek Konrad, Sieradzka Małgorzata, *Komentarz do ustawy z dnia 16 lutego 2007 r. o ochronie konkurencji i konsumentów*, komentarz do art. 4 LEX/EL 2008, por. G. Materna [w:] Skoczny, Jurkowska, Miąsik, *Komentarz OKiKU*, art. 4 Nb 54, Warszawa 2009

sposób, że nie istnieje możliwość dowolnej ich zamiany. Rynek właściwy produktowo obejmuje wszystkie towary, które służą zaspokajaniu tych samych potrzeb nabywców, mają zbliżone właściwości, podobne ceny i reprezentują podobny poziom jakości. Niezbędnym elementem rynku właściwego jest także jego wymiar geograficzny, oznaczający konieczność wskazania obszaru, na którym warunki konkurencji, mające zastosowanie do określonych towarów, są jednakowe dla wszystkich konkurentów. Zatem, aby wyznaczyć rynek właściwy określoną działalność poddaje się analizie z punktu widzenia produktowego (asortymentowego) a także geograficznego.

Wyznaczenie rynku właściwego produktowo opierać się powinno na zbadaniu substytucyjności towarów w oparciu o takie kryteria jak przeznaczenie, właściwości towaru oraz cenę.

Kapusta kwaszona oraz ogórki kwaszone jako produkty pierwszego przetworzenia płodów ziemi są niewątpliwie produktami rolnymi. Zgodnie bowiem z art. 32 Traktatu ustanawiającego Wspólnotę Europejską (Dz.U. 2004, Nr 90. poz. 864/2 ze zm.), „przez produkty rolne należy rozumieć plody ziemi, produkty pochodzące z hodowli i rybołówstwa, jak również produkty pierwszego przetworzenia, które pozostają w bezpośrednim związku z tymi produktami.” Niemniej jednak wydaje się, że zdefiniowanie rynku produktowego jako rynku produktów rolnych byłoby zbyt szerokie, gdyż substytucyjność podażowa oraz popytowa występuje raczej w ramach określonych kategorii, rodzajów produktów rolnych, aniżeli w obrębie tych produktów w ogólności. Uwzględniając punkt widzenia dostawcy zasadne jest, zdaniem Prezesa Urzędu, przyjęcie, iż w przypadku wzrostu cen na określone produkty warzywne, do których należą kapusta i ogórki, będzie on skłonny do zmiany profilu działalności przede wszystkim w obrębie tej grupy. Taka substytucyjność jest o wiele mniejsza w ramach całego rynku produktów rolnych, który oprócz warzyw obejmuje także m.in. produkty pochodzenia zwierzęcego, czy też produkty zbożowe. Także z punktu widzenia odbiorcy produkty warzywne ze względu na podobne przeznaczenie charakteryzują się wysoką zastępowalnością, która już nie występuje pomiędzy np. warzywami, a produktami pochodzenia zwierzęcego. W związku z powyższym właściwy rynek produktowy został określony jako rynek produktów warzywnych.

Jednocześnie należy podnieść, iż taki stopień ogólności w definiowaniu rynku jest wystarczające, ponieważ w przypadku porozumień nie podlegających wyłączeniom *de minimis* szczególnie dokładna definicja rynku nie jest niezbędna. Porozumienia takie są bowiem zakazane niezależnie od udziału uczestników w rynku.

Zgodnie z orzecznictwem Sądu Ochrony Konkurencji i Konsumentów, przy określaniu rynku należy m.in., obok towaru na nim oferowanego wziąć pod uwagę szczebel obrotu towarowego (zbyt, hurt, detal).⁶

Przetargi organizowane były na znaczne ilości kapusty kwaszonej czy ogórków kiszonych (kilka, kilkanaście tysięcy kilogramów) dlatego uznać należy, iż rynkiem właściwym produktowo jest rynek hurtowy, a nie rynek detaliczny. Wyżej wymienione towary (produkty warzywne, w tym kapusta i ogórki kwaszone) oferowane są bezpośrednio odbiorcy końcowemu i to odbiorcy szczególnemu, jakim jest jednostka przeprowadzająca przetarg publiczny. To co wyróżnia ten tryb dostaw produktów to przede wszystkim pewien formalizm procedur, opartych na regulacjach ustawy prawo zamówień publicznych. Jednocześnie jednak zważyć należy, iż odbiorcy jakimi są jednostki dokonujące zamówień publicznych nie różnią się w sposób istotny od innych odbiorców hurtowych. Z kolei dla dostawców fakt uczestniczenia w przetargu publicznym nie ma

⁶ Wyrok Sądu Ochrony Konkurencji i Konsumentów z dnia 23 marca 2006 r., sygn. akt: XVII Ama 130/04

znaczenia tak długo, jak nie jest on obwarowany szczególnymi warunkami, stwarzającymi dodatkowe bariery wejścia. Poza pewnymi wymogami formalnymi uczestniczenie w przetargach publicznych nie wymaga zmiany od dostawców określonego ukształtowania profilu działalności specjalnie pod przetargi publiczne. W związku z powyższym właściwym rynkiem, uwzględniając szczebel obrotu jest rynek hurtowy.

Z uwagi zatem na odmienne przeznaczenie towaru oraz jego właściwości, przeznaczenie i cenę należy uznać ich rynkiem produktowym w niniejszej sprawie jest **rynek hurtowych dostaw produktów warzywnych**.

Odnośnie rynku właściwego geograficznie, w ocenie Prezesa Urzędu, rynkiem takim jest **rynek krajowy**. Prawidłowość takiego określenia rynku geograficznego potwierdza fakt, iż strony niniejszego postępowania oraz inni przedsiębiorcy składali swoje oferty w przetargach organizowanych w różnych regionach Polski. Za przyjęciem rynku krajowego przemawia także fakt, iż nie istnieją istotne bariery wejścia na rynek hurtowych dostaw produktów warzywnych. Ustawodawca nie przewidział reglamentacji prowadzenia działalności gospodarczej w tym zakresie, a barierą wejścia są przede wszystkim koszty związane z zarejestrowaniem działalności oraz ewentualnym zakupem odpowiednich maszyn czy środków transportu. Z uwagi na charakter produktu, który jest wytwarzany w ramach działalności rolniczej, a następnie jedynie poddawany fermentacji, nie jest konieczny zakup skomplikowanych linii produkcyjnych, a działalność taką można prowadzić w oparciu o zakupy dokonywane na giełdach warzywno-ogrodniczych. Z uwagi na znaczne ilości dostarczanej kapusty kwaszonej czy też ogórków nie są barierą także koszty transportu, o czym świadczy m.in. fakt występowania przedsiębiorców w przetargach organizowanych w różnych i często odległych, w stosunku do miejsca dostawy, częściach Polski. Koszty transportu stanowią istotną barierę wejścia na rynek jedynie w przypadku sprzedaży detalicznej.

W związku z powyższym w niniejszym postępowaniu Prezes Urzędu uznał, że porozumienie zawarto na **krajowym rynku hurtowych dostaw produktów warzywnych**.

Na tym rynku działa wiele podmiotów, o czym świadczy m.in. ilość przedsiębiorców biorących udział w przetargach publicznych. Potwierdza to fakt, iż rynek ten nie cechuje się wysokimi barierami wejścia. Podkreślenia wymaga przy tym, iż w niniejszej sprawie nie było konieczne szczegółowe badanie stanu konkurencji na rynku właściwym, w tym ustalenie udziału w rynku stron postępowania. Zgodnie z art. 7 ust. 2 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów, porozumienia ograniczające konkurencję polegające na uzgadnianiu przez przedsiębiorców przystępujących do przetargu warunków składanych ofert nie podlegają wyłączeniu z uwagi na udział w rynku nie przekraczający tzw. progu bagatelności.

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

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

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

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

Jak słusznie podkreślił Sąd Ochrony Konkurencji i Konsumentów: „**Zakazane jest już samo porozumienie** określone w art.5 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów. Przy tym należy mieć na względzie, że ustawodawca w art. 4 pkt 4 b Ustawy wprowadził definicję porozumienia zgodnie którą, przez porozumienia rozumie się uzgodnienia dokonane w jakiegokolwiek formie przez dwóch lub więcej przedsiębiorców lub ich związki.”⁷

Zakaz porozumień ograniczających konkurencję obejmuje zatem wszelkie formy koordynacji działań między przedsiębiorcami, które w sposób celowy prowadzą, w wyniku praktycznej współpracy, do wyeliminowania konkurencji oraz ryzyka gospodarczego, i które powodują powstawanie warunków rynkowych sprzecznych z regulami wolnej konkurencji.

„Istotą porozumień cenowych jest koordynacja zachowań przedsiębiorców nie w drodze nałożenia prawnie wiążącego obowiązku, lecz przez świadome wskazanie sposobu współdziałania, którego celem lub skutkiem jest ograniczenie konkurencji. Takie zachowanie przedsiębiorców pozwala na wyeliminowanie ich niepewności co do przebiegu procesów rynkowych i warunków działania konkurentów, która to niepewność jest podstawą działania konkurencji. Do wykazania istnienia porozumienia ograniczającego konkurencję **nie jest konieczne istnienie sformalizowanej umowy**, wystarczające jest ustalenie, że nastąpiła świadoma koordynacja zachowań przedsiębiorców i przyjęcie sposobu współdziałania, którego skutkiem jest ograniczenie konkurencji.”⁸

W toku postępowania antymonopolowego nie wykazano, aby pomiędzy stronami postępowania istniała umowa cywilnoprawna regulująca zasady zachowań w przetargach, w których wszystkie strony biorą udział. W związku z powyższym należy przyjąć, iż porozumienie zawarte pomiędzy członkami rodziny Kotschmarów ma charakter uzgodnień, o których mowa w art. 4 pkt 5 lit b ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów (praktyki uzgodnione).

Jak podkreśla Sąd Ochrony Konkurencji i Konsumentów: „wykazanie istnienia zmowy 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 zmowy 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.”⁹

Cytowany powyżej pogląd Sądu Ochrony Konkurencji i Konsumentów odwołuje się do reguł dowodzenia opartych na domniemaniach faktycznych. Zgodnie z art. 231 k.p.c., który w postępowaniu antymonopolowym znajduje zastosowanie w związku z art. 84 ustawy o ochronie

⁷ wyrok Sądu Ochrony Konkurencji i Konsumentów z dnia 29 maja 2008 r. sygn. akt XVII Ama 53/07; wyrok Sądu Ochrony Konkurencji i Konsumentów z dnia 13.09.2006 r. sygn. akt XVI ACa 185/06 Dz.Urz.UOKiK 2007/1/12

⁸ Wyrok Sądu Apelacyjnego z dnia 5 października 2005 r. , sygn. akt VI ACa 1146/04

⁹ Wyrok SOKiK z dnia 17.04.2008 r. sygn. akt XVII Ama 117/05

konkurencji i konsumentów, można uznać za ustalone fakty mające istotne znaczenie dla rozstrzygnięcia sprawy, jeżeli wnioski takie można wyprowadzić z innych ustalonych faktów.

W ocenie Prezesa Urzędu, o tym, iż członkowie rodziny Kotschmarów dokonywali uzgodnień warunków składanych ofert oraz zachowania w toku prowadzonych przetargów świadczą następujące okoliczności:

1. Władysława Kotschmarów, Zygmunt Kotschmarów, Emilian Kotschmarów są związani najbliższym stopniem pokrewieństwa, Władysława i Zygmunt Kotschmarów są małżeństwem, natomiast Emilian Kotschmarów jest ich synem,
2. Strony postępowania prowadzą formalnie odrębne działalności, ale pod tym samym adresem - ul. Łódzka 141 w Kaliszu,
3. Pomiedzy stronami postępowania występują powiązania gospodarcze, które polegają co najmniej na tym, iż maszyny rolnicze, środki transportu, a także urządzenia przetwórcze są sporadycznie przedmiotem użyczenia pomiedzy członkami rodziny, a Władysława Kotschmarów świadczy na rzecz Zygmunta oraz Emiliana Kotschmarów usługi transportowe,
4. Istnieje zbieżność w oznaczaniu poczty wychodzącej od stron postępowania co może świadczyć o tym, iż nie istnieją odrębne systemy obiegu korespondencji, ale jeden wspólny. Przykładowo w toku przetargu prowadzonego przez Wyższą Szkołę Oficerską Wojsk Lądowych we Wrocławiu pisma stron były oznaczone następująco:
 - a) „L.DZ. 217/W/11/2008” – pismo Władysławy Kotschmarów z 12.11.2008 r.,
 - b) „L.DZ. 185/Z/11/2008” – pismo Zygmunta Kotschmarów z 12.11.2008 r.,
 - c) „L.DZ. 247/E/11/2008” – pismo Emiliana Kotschmarów z 07.11.2008 r.,
(akta postępowania wyjaśniającego k. 1004-1006),
5. Władysława Kotschmarów prowadzi działalność pod nazwą „SAUERKRAUT”, natomiast strona www.sauerkraut.pl prowadzona jest przez Zygmunta Kotschmarów prowadzącego Gospodarstwo Rolno-Ogrodnicze. W umowie z dnia 22.10.2008 r. z Zakładem Karnym w Gorzowie Wielkopolskim Zygmunt Kotschmarów wśród danych kontaktowych wskazał adres e-mail: biuro@sauerkraut.pl
(akta postępowania antymonopolowego k. 224),
6. Strony postępowania brały w latach 2007 - 2008 udział w licznych przetargach (Zygmunt Kotschmarów - 129 przetargów, Emilian Kotschmarów - 143 przetargi, Władysława Kotschmarów 70 przetargów), w znacznej części z nich występowały oni w tych samych postępowaniach (zob. tabela 1-6);
7. W przypadku przetargów, w których występowały strony niniejszego postępowania występowały sytuacje, gdy na otwarciu ofert był obecny tylko jeden z członków rodziny Kotschmarów, co świadczy o tym, iż przekazują oni sobie informacje z otwarcia ofert (zob. przetargi opisane w pkt II-IV);
8. W przypadku przetargów, w których występowali wszyscy członkowie rodziny Kotschmarów i zajmowali oni kolejne miejsca według ceny, osoby zajmujące pierwsze miejsca nie uzupełniały dokumentacji łatwej do złożenia (wpisy do ewidencji, zaświadczenia o niezaleganiu z zapłatą podatków), albo rezygnowały z podpisania umowy, a w konsekwencji wybrana została oferta innego z członków rodziny Kotschmarów (zob. przetargi opisane w pkt I-VI);
9. Wskazane w punkcie 8 zachowania nie były odosobnione, lecz miały charakter powtarzalny. Postępowanie wykazało, że taka sytuacja miała miejsce co najmniej sześciokrotnie.
10. W przypadku przetargu organizowanego przez Wyższą Szkołę Oficerską Wojsk

Lądowych we Wrocławiu Zygmunt, Emilian oraz Władysława Kotschmarów zostali wykluczeni z przetargu na skutek uznania, że zawarli oni porozumienie dotyczące warunków składanych ofert. W szczególności, powód rezygnacji z podpisania umowy przez Władysława Kotschmarów (wzrost cen oraz brak możliwości transportowych) został uznany za nie mający odzwierciedlenia w faktach i podany jedynie w celu umożliwienia zawarcia umowy przez członka rodziny Kotschmarów, który zaoferował wyższą cenę (zob. przetarg opisany w pkt IV).

Mając na uwadze powyższe stwierdzić należy, opierając się na domniemaniu faktycznym, iż strony dokonywały uzgodnień warunków składanych ofert oraz zachowania w toku prowadzonych przetargów, a tym samym zawarły porozumienie ograniczające konkurencję. Domniemanie to stanowi bowiem logicznie wynikający wniosek z faktów, które zostały w toku postępowania prawidłowo ustalone jako jego przesłanki. Przesłanki te stanowią podstawę przeprowadzenia rozumowania, zgodnie z którym stopień prawdopodobieństwa zawarcia porozumienia (faktu będącego skutkiem domniemania) jest tak duży, jak duży jest stopień prawdopodobieństwa, że nie zachodziły okoliczności wykluczające zaistnienie tego faktu. Innymi słowy, znikomy jest stopień prawdopodobieństwa, iż strony postępowania w toku przetargów opisanych w punkcie I – VI zachowywały się jak niezależne podmioty, które prowadzą wobec siebie działalność konkurencyjną. W szczególności fakt wielokrotnego odstępowania od zawarcia umowy mimo braku uzasadnienia ekonomicznego i braku spójnych wyjaśnień (co zostało wprost stwierdzone przez Wyższą Szkołę Oficerską Wojsk Lądowych we Wrocławiu) stanowi trudną do obalenia przesłankę przemawiającą za wnioskiem, zgodnie z którym strony zawarły porozumienie ograniczające konkurencję.

Dla uznania działań podmiotów za sprzeczne z regułami konkurencji wystarczy wykazanie, że ograniczyły one swobodę w stosunkach z osobami trzecimi na podstawie wspólnego uzgodnienia. Stwierdzenie praktyki ograniczającej konkurencję następuje wówczas na podstawie analizy rzeczywistych działań przedsiębiorców. Muszą być one nieadekwatne do istniejących warunków rynkowych niewytłumaczalne w sposób racjonalny bez założenia wcześniejszej koordynacji działań bądź zawierać elementy nieformalnej współpracy pomiędzy niezależnymi przedsiębiorcami.¹⁰ 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 praktyk.¹¹

W ocenie Prezesa Urzędu wszystkie ww. okoliczności brane pod uwagę wspólnie świadczą o tym, iż Zygmunt Kotschmarów, Emilian Kotschmarów oraz Władysława Kotschmarów zawarli porozumienie ograniczające konkurencję polegające na uzgadnianiu przez tych przedsiębiorców przystępujących do przetargów publicznych prowadzonych przez areszty śledcze, jednostki wojskowych i inne jednostki podlegających Ministrowi Sprawiedliwości oraz Ministrowi Obrony Narodowej, a także innych jednostek publicznych, warunków składanych ofert oraz zachowania w toku prowadzonych przetargów polegającego, na rezygnacji z zawarcia umowy, bądź nie uzupełnianiu dokumentacji i doprowadzanie w ten sposób do wyboru tego z ww. przedsiębiorców, który posiada najwyższą cenę, co stanowi naruszenie art. 6 ust. 1 pkt 7 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów.

Przede wszystkim, w świetle doświadczenia życiowego oraz zasad logicznego

¹⁰ S. Gronowski, *Ustawa antymonopolowa. Komentarz*, Warszawa 1999, s. 85.

¹¹ Wyrok Europejskiego Trybunału Sprawiedliwości z dnia 28 marca 1984r. 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.

rozumowania zachowania stron w siedmiu opisanych w poprzedniej części uzasadnienia przetargów nie można wytłumaczyć w inny sposób niż istnieniem zmywy przetargowej.

W szczególności nie zasługują na uwzględnienie argumenty stron, iż są oni niezależnymi podmiotami, prowadzącymi wobec siebie działalność konkurencyjną. Same strony przyznają, iż wiążą je stosunki obligacyjne w postaci umów użyczenia maszyn i urządzeń oraz umowy dotyczące środków transportu. Występowanie pomiędzy stronami postępowania ścisłych więzi rodzinnych oraz prowadzenie działalności pod tym samym adresem nie jest wprawdzie zabronione, niemniej jednak wskazuje na wysokie prawdopodobieństwo wymiany pomiędzy nimi istotnych informacji gospodarczych.

Powolywanie się przez strony na okoliczność, iż nie rzadkie są sytuacje gdy w przetargach występują podmioty powiązane więzami rodzinnymi oraz prowadzące działalność pod tym samym adresem nie jest w tym przypadku rozstrzygające, albowiem samo w sobie nie jest dowodem zmywy przetargowej, choć może sugerować, iż przy wystąpieniu dodatkowych okoliczności uzasadnione jest podejrzenie naruszenia prawa konkurencji, tak jak w niniejszym przypadku.

Prezes Urzędu nie uwzględnił także argumentu stron mającego przemawiać za brakiem porozumienia, a dotyczącym nieuzupełnienia dokumentacji przetargowej przez strony postępowania zawsze w przypadkach uzasadnionych ekonomicznie, w tym nieprzewidywalnością rynku oraz zmianami warunków uprawy i sprzedaży ogórka i kapusty, w tym nagłymi zmianami cen. W świetle wszystkich okoliczności sprawy, zdaniem Prezesa Urzędu, nie można uznać, iż uchylanie się od zawarcia umowy przez członków rodziny Kotschmarów jest zawsze wynikiem rachunku ekonomicznego. W szczególności przeczy temu sytuacja dotycząca uzasadnienia uwzględnienia protestu opisanego w pkt IV, gdzie Władysława Kotschmarów rezygnując z zawarcia umowy powoływała się na nagły wzrost cen, który w rzeczywistości nie nastąpił.

Odnosząc się do sześciu wyżej opisanych przetargów oraz argumentacji stron podniesionych w ich ostatecznym stanowisku należy zważyć co następuje.

Strony podały następujące wytłumaczenie nieprawidłowości występujących w ww. przetargach:

1. Areszt Śledczy w Piotrkowie Trybunalskim - rezygnacja z podpisania umowy przez Zygmunta Kotschmarów oraz Władysławę Kotschmarów wynikała ze wzrostu cen warzyw na giełdach;

2. Jednostka Wojskowa 1906 w Walczu - Zygmunt Kotschmarów zrezygnował z uzupełnienia oferty ponieważ wiedział, iż wygrał w postępowaniu 10/ŻYW/2008 z 5.09.2008 r. organizowanym przez Jednostkę Wojskową 1933 w Łodzi, natomiast Władysława Kotschmarów nie uzupełniła oferty ponieważ wygrała przetarg z 4.09.2008 r. organizowany przez Jednostkę Wojskową w Grudziądzu;

3. Areszt Śledczy w Warszawie-Białolece - Zygmunt Kotschmarów nie uzupełnił oferty ze względu na krótki termin oraz kumulację postępowań, poza tym Zygmunt Kotschmarów wiedział już, że wygrał przetarg organizowany przez Jednostkę 1933 w Łodzi oraz Jednostkę 1906 w Olsztynie. Emilian Kotschmarów wiedział już o wygranej w postępowaniu organizowanym przez Zakład w Siedlcach oraz Jednostce 1906 w Walczu. Jedynie Władysława Kotschmarów mogła dokupić towar jako przedsiębiorca;

4. Wyższa Szkoła Oficerska Wojsk Lądowych we Wrocławiu - Zygmunt Kotschmarów nie uzupełnił oferty wiedząc o wygranych w postępowaniach organizowanych przez Jednostkę 1933 w Łodzi oraz Jednostkę 1906 w Olsztynie. Uwzględniając protest i wykluczając wszystkich członków rodziny Kotschmarów z przetargu, zamawiający oparł się na wskaźnikach GUS dotyczących wszystkich warzyw, które nie oddawały wzrostu cen ogórków;

5. Centrum Szkolenia Policji w Legionowie - Zygmunt oraz Emilian Kotschmarów startowali w sześciu postępowaniach i omyłkowo złożyli niepełną ofertę. Niezłożenie w terminie brakujących dokumentów wynikało z kumulacji postępowań;

6. Jednostka Wojskowa nr 2211 w Skwierzynie - Zygmunt oraz Władysława Kotschmarów startowali także w innych przetargach w tym okresie i skoncentrowali się na innych przetargach, natomiast ten Emilian Kotschmarów skupił się na tym przetargu, „odpuszczając kolejne” dlatego zdołał w tak krótkim terminie uzupełnić brakujące dokumenty.

W ocenie Prezesa Urzędu ww. uzasadnienie nieprawidłowości w zbadanych przetargach nie jest przekonywujące w świetle dokonanych ustaleń faktycznych. Odnośnie przetargów realizowanych przez Areszt Śledczy w Piotrkowie Trybunalskim oraz Wyższą Szkołę Oficerską Wojsk Lądowych we Wrocławiu strony podniosły, iż odstąpienie od zawarcia umowy miało miejsce z powodu wzrostu cen warzyw.

Twierdzenie stron, iż w czasie, gdy składali oni oferty w przetargu organizowanym przez Areszt Śledczy w Piotrkowie Trybunalskim ceny ogórków na giełdach rosły nie znajduje odzwierciedlenia w zebranych materiałach dowodowych. Podnieść należy, iż strony złożyły oferty w tym przetargu pod koniec listopada 2007 r. (Zygmunt i Emilian Kotschmarów dnia 27.11.2007 r., Władysława Kotschmarów dnia 28.11.2007 r.) natomiast już tylko z dostarczonych przez strony materiałów wynika, iż ceny ogórka na giełdach nie zmieniały się w okresie od 19.11.2007 do 04.03.2008 r. Dlatego, w ocenie Prezesa Urzędu, zasadny jest wniosek, że zachowanie stron niniejszego postępowania, polegające na rezygnacji z wygranego przetargu nie miało racjonalnego uzasadnienia.

Z kolei odnośnie przetargu prowadzonego przez Wyższą Szkołę Oficerską Wojsk Lądowych we Wrocławiu i nie uwzględnienia przez zamawiającego argumentu dotyczącego wzrostu cen strony podnoszą, że zamawiający błędnie opierał się na braku wzrostu cen podanych przez GUS w odniesieniu do wszystkich warzyw, a nie jedynie ogórków. Tymczasem przesłane przez strony cenniki ogórków kwaszonych na rynkach hurtowych nie wskazują, iż w okresie, który badał zamawiający nastąpił wzrost cen ogórków, podczas gdy ceny wszystkich warzyw nie wzrosły.

Ponadto o wyborze swojej oferty jako najkorzystniejszej w przetargu organizowanym przez Jednostkę Wojskową 1933 w Łodzi Zygmunt Kotschmarów dowiedział się z pisma z dnia 30.10.2008 r., zatem nie wiedział on o tym w momencie wezwania do uzupełnienia oferty w przetargu organizowanym przez Wyższą Szkołę Oficerską Wojsk Lądowych we Wrocławiu (wezwanie z dnia 25.09.2008 r.).

W postępowaniu organizowanym przez Jednostkę Wojskową 1906 w Walczu członkowie rodziny Kotschmarów zajęli pierwsze trzy miejsca i na skutek nie uzupełnienia dokumentacji przez Zygmunta i Władysławę Kotschmarów wybrana została oferta Emiliana Kotschmarów. Twierdzenie, iż Zygmunt Kotschmarów nie uzupełnił dokumentacji ponieważ wiedział już o wygranej w przetargu organizowanym przez Jednostkę Wojskową 1933 w Łodzi nie zasługuje na uwzględnienie. Zwraca również uwagę fakt, iż ostateczna wartość dostaw w przetargu organizowanym przez Jednostkę Wojskową w Walczu wynosiła 563 893,10 zł, podczas gdy w przetargu organizowanym przez Jednostkę Wojskową w Łodzi jedynie 108 353,70 zł, a zatem była ponad pięciokrotnie wyższa. W tych okolicznościach za nieracjonalne należy uznać rezygnowanie z wygranej w przetargu, który zapewniał kilkakrotnie większą wartość zamówienia, a w konsekwencji większy dochód. Analogicznie zrezygnowanie z ww. przetargu przez Władysławę Kotschmarów nie było uzasadnione wygranym przetargu organizowanego przez Jednostkę Wojskową w Grudziądzu, ponieważ wartość tego przetargu wynosiła jedynie 68 720,00 zł, zatem ośmiokrotnie mniej niż w przetargu organizowanym przez Jednostkę Wojskową w Walczu.

Ponadto odnośnie przetargu organizowanego przez Jednostkę Wojskową 1906 w Walczu oraz Areszt Śledczy w Warszawie-Białoleśce zwrócić należy uwagę na pewną niekonsekwencję zawartą w argumentacji stron. Władysława Kotschmarów uzupełniła ofertę w przetargu

organizowanym przez Areszt Śledczy w Warszawie-Białolece ponieważ niezależnie od wygranych wcześniej przetargów ma ona możliwość dokupywania warzyw, z drugiej natomiast strony nie uzupełniła oferty w postępowaniu oferowanym przez Jednostkę Wojskową 1906 w Walczu z uwagi na wygrane wcześniej przetargi.

Odnosnie przetargu organizowanego przez Areszt Śledczy w Warszawie-Białolece podkreślić należy, iż Emilian Kotschmarów rezygnując z uzupełnienia oferty (termin uzupełnienia oferty od 19 do 25 września 2008 r.) nie mógł kierować się informacją o wygranej w przetargu organizowanym przez Jednostkę Wojskową 1906 w Walczu, ponieważ dopiero dnia 25.09.2008 r. została wysłana informacja o wyborze jego oferty jako najkorzystniejszej. Odnosnie natomiast przetargu organizowanego przez Zakład Karny w Siedlcach, informację o wyborze jego oferty Emilian Kotschmarów otrzymał znacznie później, ponieważ jego oferta została wybrana dopiero po zrezygnowaniu w dniu 1.10.2008 r. z podpisania umowy przez Zofię Cieślak.

Pozostałe uchybienia w opisanych przetargach strony tłumaczą kumulacją postępowań. Równocześnie jednak argumentacja dotycząca przetargu organizowanego przez Jednostkę Wojskową 2211 w Skwierzynie wskazuje, iż celowo członkowie rodziny Kotschmarów rezygnowali z uzupełnienia oferty w niektórych przetargach, celem skupienia się na innych.

W ocenie Prezesa Urzędu występowanie w kilku przetargach w jednym czasie oraz krótki, kilkudniowy okres uzupełnienia oferty, przy uwzględnieniu profesjonalnego charakteru prowadzonej działalności trudno uznać za uzasadnienie twierdzenia, iż strony poza swoją kontrolą i zamiarem bardzo często omyłkowo nie uzupełniały dokumentacji i były z tego powodu eliminowane z przetargów. Występowanie w takiej ilości przetargów, która uniemożliwia kontrolę nad ich przebiegiem i prowadzi do niezamierzonego wykluczania z wielu z nich byłoby nieracjonalne i prowadziło do ograniczenia ilości przetargów, w których występowały strony, celem dostosowania ilości przetargów do możliwości administracyjnych przedsiębiorców.

Fakt nieuwzględniania statusu Zygmunta i Emiliana Kotschmarów jako rolników i wymaganie od nich przedstawienia zaświadczenia o wpisie do właściwej ewidencji nie stanowi uzasadnienia nie podejmowania próby uzupełnienia dokumentacji. Jak wskazuje przykładowo postępowanie prowadzone przez Areszt Śledczy w Opolu, w przypadku, gdy ww. strony nie mają zamiaru rezygnowania z danego przetargu przesyłają brakujące dokumenty oraz składają oświadczenie z powołaniem się na odpowiednie przepisy, które tłumaczy brak przedmiotowego wpisu.

Fakt składania przez Władysławę Kotschmarów protestów oraz żądanie wykluczenia z postępowania Zygmunta i Emiliana Kotschmarów nie świadczy w ocenie Prezesa Urzędu o tym, iż strony są podmiotami w pełni niezależnymi. Wyżej wymienione protesty miały charakter incydentalny i skierowane były również przeciwko innym rolnikom.

Reasumując, incydentalnie mogła zaistnieć sytuacja uzasadniająca rezygnację z podpisania umowy ale w niniejszej sprawie już samo postępowanie wykazało sześć takich przypadków. Podkreślić należy, iż jeden z członków rodziny Kotschmarów zapoznawał się z informacjami podczas otwarcia ofert co świadczy o tym, iż informacje te były wzajemnie przekazywane. Oferty Władysławy, Zygmunta oraz Emiliana Kotschmarów zawsze były zróżnicowane, a nigdy zbliżone pomimo iż prowadzą oni działalność w tym samym miejscu (występują podobne koszty transportu), co świadczy o tym, iż oferty są tak przygotowywane, by uczestnicy porozumienia zajęli różne miejsca na skutek otwarcia ofert, co pozwoli im wykorzystanie sytuacji, gdy znajdą się na pierwszych miejscach.

Strony porozumienia generalnie wymieniają się informacjami, są przecież najbliższą rodziną, znają też warunki składanych ofert ponieważ zawsze jeden z nich uczestniczy albo uzyskuje informacje z otwarcia ofert. Nie można powiedzieć, iż uzgodnione zachowanie dotyczy wszystkich przetargów, w których brali udział, ale na podstawie posiadanego materiału można z

całą stanowczością stwierdzić, iż porozumienie miało miejsce.

W ocenie Prezesa Urzędu spełniona została zatem 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.

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

Cel antykonkurencyjny i skutek antykonkurencyjny porozumienia nie muszą zatem wystąpić łącznie. Dla stwierdzenia naruszenia art. 6 ust. 1 pkt 1 nie ma zatem istotnego znaczenia czy doszło do ograniczenia czy eliminacji konkurencji, skoro już sam cel może stanowić o nielegalności porozumienia.¹²

W nawiązaniu do przytoczonych wyroków należy stwierdzić, że w świetle ustawy antymonopolowej zakazane jest już samo zawarcie (istnienie) porozumienia ukierunkowanego na ograniczenie konkurencji, nie zaś osiągnięcie takiego skutku, a sam efekt ograniczenia konkurencji wcale nie musi wystąpić.

Jak wskazano powyżej, za porozumienia uznaje się także uzgodnienia dokonywane przez przedsiębiorców w jakiejkolwiek 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.

Procesy konkurencji w trakcie przeprowadzania przetargów mogą jednak ulec zniekształceniom w wyniku wcześniejszego uzgadniania ofert firm przystępujących do przetargów. Porozumienia oferentów mogą dotyczyć jednego przetargu, bądź kilku przetargów.

Abstrahując od oceny zachowania stron w świetle przepisów prawa karnego zważyć należy, iż praktyka będąca przedmiotem niniejszego postępowania jest w swojej istocie zbliżona do konstrukcji przestępstwa ciągłego. Mamy bowiem do czynienia z powtarzalnym, jednorodnym zachowaniem stron polegającym na dokonywaniu uzgodnień zachowań wpływających na ostateczne wyniki przetargów, a sprowadzających się do nieuzasadnionego nieuzupełniania oferty, bądź też odstąpienia od zawarcia umowy, celem zawarcia umowy z tym członkiem rodziny Kotschmarów, który zaoferował najwyższą cenę. Prezes Urzędu stwierdził siedem przypadków, w których tego rodzaju zachowania stron postępowania miało miejsce.

Oznacza to, iż zawarte porozumienie miało nie tylko na celu ograniczenie konkurencji na rynku właściwym, ale także i to, że cel ten został zrealizowany. Wystąpił więc również skutek w postaci ograniczenia konkurencji. Tym samym spełniony został warunek zastosowania art. 6 ust. 1 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów.

Istotą porozumienia, którego zawarcie stwierdzono w niniejszym postępowaniu było uzgadnianie warunków składanych ofert i zasad postępowania w konkretnych przetargach. Jak powiedziano wcześniej, zawarcie umów z tym członkiem rodziny Kotschmarów, który w danym przetargu zaoferował najwyższą cenę oznacza, iż uczestnicy porozumienia osiągnęli swój cel. Jednocześnie, wykonanie porozumienia (nastąpił jego założony skutek) uniemożliwia nałożenie

¹² Wyrok SOKiK z dnia 24 marca 2004 r. sygn.: XVII Ama 40/02

na jego uczestników podstawowej sankcji związanej ze stwierdzeniem stosowania praktyki ograniczającej konkurencję, tj. nakazu jej zaniechania na podstawie art. 10 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów albowiem nakaz ten odnosi się do praktyki jako takiej, a nie jej skutków. W tych okolicznościach należałoby przyjąć, iż praktyka została zaniechana z dniem 24 października 2008 r. W tym bowiem dniu została podpisana umowa pomiędzy Emilianem Kotschmarów a Jednostką Wojskową 1906 w Walczu, a zatem miał miejsce ostatni z 6 przejawów porozumienia dokładnie opisanych w części I uzasadnienia decyzji (ustalenie stanu faktycznego). Zarazem, w ocenie Prezesa Urzędu, brak podstaw by uznać, iż porozumienie dotyczyło wszystkich przetargów, w których występowały strony niniejszego postępowania. Z całą pewnością stwierdzić jednak można, iż istnieją dowody pośrednie świadczące o tym, iż zмова przetargowa została zrealizowana w sześciu wyżej opisanych przypadkach, które miały miejsce w 2007 oraz 2008 roku. W związku z powyższym, ze względu na brak podstaw opartych w materiale dowodowym do uznania, iż porozumienie nadal obowiązuje między stronami, należało stwierdzić zaniechanie stosowanej praktyki z dniem 24 października 2008 r.

W związku z powyższym należało orzec jak w pkt I sentencji.

5. Kara

Na podstawie art. 106 ust. 1 pkt 1 ustawy o ochronie konkurencji Prezes Urzędu może nałożyć na przedsiębiorcę, w drodze decyzji, karę pieniężną w wysokości nie większej niż 10% przychodu osiągniętego w roku rozliczeniowym poprzedzającym rok nałożenia kary, jeżeli przedsiębiorca ten, choćby nieumyślnie dopuścił się naruszenia zakazu określonego m.in. w art. 6 w zakresie niewylączonym na podstawie art. 7 i art. 8 ustawy o ochronie konkurencji.

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

Ponadto w judykaturze wskazuje się, że w przypadku kar za stosowanie praktyk ograniczających konkurencję przesłankami, które należy brać pod uwagę, są: potencjal ekonomiczny przedsiębiorcy, skutki praktyki dla konkurencji lub kontrahentów, dopuszczalny poziom kary wynikający z przepisów ustawy oraz cele jakie kara ma osiągnąć.¹³

Ustalając wymiar kary pieniężnej organ antymonopolowy w pierwszej kolejności dokonał oceny wagi stwierdzonych w niniejszej decyzji naruszeń. Wskazać przy tym należy, iż w kwestii natury naruszenia organ antymonopolowy wyróżnia naruszenia bardzo poważne (do których należy zaliczyć przede wszystkim szczególnie szkodliwe horyzontalne ograniczenia konkurencji, jak również przypadki nadużywania pozycji dominującej mające na celu lub prowadzące do eliminacji konkurencji na rynku), naruszenia poważne (do których należy zaliczyć przede wszystkim porozumienia horyzontalne niezaliczane do najpoważniejszych naruszeń, porozumienia pionowe wpływające na cenę lub warunki oferowania produktu, przypadki nadużywania pozycji dominującej mające na celu lub prowadzące do istotnego ograniczenia konkurencji lub dotkliwej eksploatacji kontrahentów lub konsumentów), naruszenia mniej poważne niż wyżej wymienione (naruszenia pozostałe, do których należą m.in. porozumienia

¹³ Wyrok Sądu Najwyższego z dnia 27 czerwca 2000 r., sygn. akt I CKN 793/98

wertykalne niedotyczące ceny lub możliwości odsprzedaży towaru, jak również przypadki nadużywania pozycji dominującej o mniejszej wadze).

W niniejszej sprawie Prezes Urzędu uznał, iż zawarte przez Zygmunta Kotschmarów, Emilianą Kotschmarów oraz Władysławę Kotschmarów porozumienie należy do szczególnie szkodliwych horyzontalnych ograniczeń konkurencji, jakimi są z umowy przetargowe. W związku z powyższym naruszenie do zostało zakwalifikowane do naruszeń bardzo poważnych, a kwotę bazową, stanowiącą podstawę dalszych wyliczeń ustalono w wysokości (...) przychodu za rok poprzedzający wydanie decyzji. **W przypadku Władysławy Kotschmarów (...) stanowi kwota (...), w przypadku Emiliany Kotschmarów kwota (...), a w przypadku Zygmunta Kotschmarów kwota (...)**

Ustalając wymiar kary organ antymonopolowy wziął w dalszej kolejności pod uwagę specyfikę rynku, na jakim doszło do naruszenia konkurencji. Kara powinna być bowiem tym większa, im większe jest natężenie negatywnych efektów związanych z naruszeniem prawa konkurencji lub im wyższe korzyści czerpie z niego przedsiębiorca.

W szczególności Prezes Urzędu wziął pod uwagę faktyczne wprowadzenie porozumienia w życie oraz jego negatywne skutki dla uczestników rynku - podmiotów przeprowadzających postępowania przetargowe. Na skutek zawartej umowy przetargowej podmioty te zostały bowiem pozostawione w sytuacji, gdy musiały wybrać ofertę, która nie była ofertą najkorzystniejszą cenowo, wynikającą z otwarcia ofert. Zawarte porozumienie wiąże się zatem z wymiernym uszczerbkiem ekonomicznym po stronie zamawiających.

W związku z powyższym, mając na uwadze szkodę poniesioną przez odbiorców, na tym etapie ustalania wysokości kary została ona powiększona o **20% tj. do kwoty (...) w przypadku Władysławy Kotschmarów, kwoty (...) zł w przypadku Emiliany Kotschmarów oraz kwoty (...) w przypadku Zygmunta Kotschmarów.**

W trzeciej kolejności Prezes Urzędu wziął pod uwagę długotrwałość naruszenia. Ze stwierdzonych przez Prezesa Urzędu nieprawidłowości w prowadzonych przetargach świadczących o zawarciu porozumienia ograniczającego konkurencję wynika, iż przejawy zawartego porozumienia miały miejsce już w czerwcu 2007 r. . W związku z faktem, iż naruszenie prawa konkurencji polegające na zawarciu porozumienia trwa ponad 1 rok zostało ono zakwalifikowane do naruszeń długotrwałych, a kwotę ustaloną w poprzednich etapach podwyższono o **50% tj. do kwoty (...) w przypadku Władysławy Kotschmarów, kwoty (...) w przypadku Emiliany Kotschmarów oraz kwoty (...) w przypadku Zygmunta Kotschmarów.**

W czwartej kolejności Prezes Urzędu rozważył występujące w sprawie okoliczności łagodzące i obciążające. Prezes Urzędu nie stwierdził w sprawie występowania okoliczności łagodzących takich jak np. bierna rola w naruszeniu, działanie pod przymusem, dobrowolne usunięcie skutków naruszenia, czy też zaniechanie stosowanej praktyki. Jako okoliczność obciążającą Prezes Urzędu wziął pod uwagę fakt, iż naruszenie prawa konkurencji miało w niniejszej sprawie charakter umyślny. W toku postępowania nie ustalono, która strona była inicjatorem zawartego porozumienia, jednakże nie ulega wątpliwości iż postępowania członków rodziny Kotschmarów polegające na uchylaniu się od zawarcia umowy, czy też nieuzupełnianiu dokumentacji, co skutkowało wyborem droższej oferty innego członka rodziny miały charakter umyślny. Wszystkie okoliczności sprawy, w szczególności powiązania stron oraz ich postępowanie świadczą o tym, iż są oni stronami porozumienia określającego pewną ustaloną taktykę występowania w przetargach mającą na celu przyniesienie im maksymalnych korzyści finansowych. Ze względu na umyślny charakter naruszenia kwota kary ustalona na poprzednich etapach została zatem podwyższona o **10%. tj. do kwoty (...) w przypadku Władysławy Kotschmarów, kwoty (...) w przypadku Emiliany Kotschmarów oraz kwoty (...) w przypadku Zygmunta Kotschmarów. Nałożona kara pieniężna stanowi zatem (...) kary maksymalnej.**

W związku z powyższym Prezes Urzędu postanowił jak w sentencji.

Zgodnie z art. 105 ust. 4 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów karę pieniężną należy uiścić w terminie 14 dni od uprawomocnienia się niniejszej decyzji na konto Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów:

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

Zgodnie z art. 78 ust. 1 ustawy z dnia 15 grudnia 2000 r. o ochronie konkurencji i konsumentów oraz z art. 479 (28) § 2 i 3 ustawy z dnia 17 listopada 1964 r. Kodeks postępowania cywilnego (Dz. U. z 1964 r., Nr 43, poz. 296 ze zm.), od niniejszej decyzji służy stronie odwołanie do Sądu Okręgowego w Warszawie - Sądu Ochrony Konkurencji i Konsumentów, za pośrednictwem Prezesa Urzędu, w terminie dwutygodniowym od dnia doręczenia decyzji.

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