



**PREZES
URZĘDU OCHRONY
KONKURENCJI I KONSUMENTÓW**

DELEGATURA w ŁODZI

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

RŁO-410 – 3 (19)13/AK

Łódź, dnia 30 grudnia 2013 r.

Decyzja Nr RŁO 60/2013

I. Na podstawie art. 11 ust. 2 ustawy z dnia 16 lutego 2007 r. o ochronie konkurencji i konsumentów (Dz. U. Nr 50, poz. 331 ze zm.) oraz stosownie do art. 33 ust. 6 tej ustawy

- w imieniu Prezesa Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów:

uznaje się za praktykę ograniczającą konkurencję i naruszającą zakaz określony w art. 6 ust. 1 pkt 7 ww. ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów zawarcie na krajowym rynku usług bieżącego utrzymania dróg i mostów w asortymencie utrzymania czystości i zieleni przydrożnej na sieci dróg krajowych porozumienia ograniczającego konkurencję pomiędzy:

1. Zdzisławem Janczykiem prowadzącym działalność gospodarczą pod nazwą Zdzisław Janczyk Usługi Sprzętowo-Transportowe, Zwierzyniec 63, 97-403 Drużbice,
a
2. Pawłem Janczykiem prowadzącym działalność gospodarczą pod nazwą Paweł Janczyk, Zwierzyniec 63, 97-403 Drużbice,

polegającego na uzgadnianiu przez ww. przedsiębiorców przystępujących do przetargu publicznego organizowanego przez Generalną Dyрекcję Dróg Krajowych i Autostrad Oddział w Łodzi, Rejon w Opocznie na usługi w zakresie bieżącego utrzymania dróg i mostów w asortymencie utrzymania czystości i zieleni przydrożnej na sieci dróg krajowych administrowanych przez Generalną Dyрекcję Dróg Krajowych i Autostrad Oddział w Łodzi Rejon w Opocznie w latach 2013-2016, warunków składanych ofert i zasad postępowania umożliwiających wykluczenie z przetargu Pawła Janczyka prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą Paweł Janczyk, Zwierzyniec 63, 97-403 Drużbice i wygranie przetargu przez Zdzisława Janczyka prowadzącego działalność

gospodarczą pod nazwą Zdzisław Janczyk Usługi Sprzętowo-Transportowe, Zwierzyniec 63, 97-403 Drużbice, oferującego wyższą cenę na usługi będące przedmiotem przetargu,

i stwierdza się jej zaniechanie z dniem 17 września 2012 r.

II. 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, nakłada się za naruszenie zakazu określonego w art. 6 ust. 1 pkt 7. ww. ustawy, w zakresie opisanym w punkcie I sentencji, kary pieniężne w następującej wysokości:

- 1) na Zdzisława Janczyka prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą Zdzisław Janczyk Usługi Sprzętowo-Transportowe, Zwierzyniec 63, 97-403 Drużbice, karę pieniężną w wysokości 31 217 zł (słownie: trzydzieści jeden tysięcy dwieście osiemnaście złotych),
- 2) na Pawła Janczyka prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą Paweł Janczyk, Zwierzyniec 63, 97-403 Drużbice karę pieniężną w wysokości 8 688 zł (osiem tysięcy sześćset osiemdziesiąt osiem złotych).

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

– działając w imieniu Prezesa Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów:

postanawia się obciążyć:

1. Zdzisława Janczyka prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą Zdzisław Janczyk Usługi Sprzętowo-Transportowe, Zwierzyniec 63, 97-403 Drużbice kosztami postępowania w sprawie zawarcia na krajowym rynku usług bieżącego utrzymania dróg i mostów w asortymencie utrzymania czystości i zieleni przydrożnej na sieci dróg krajowych porozumienia ograniczającego konkurencję opisanego w punkcie I sentencji decyzji oraz zobowiązać ww. przedsiębiorcę do zwrotu Prezesowi Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów kosztów postępowania w wysokości 17,10 zł. (słownie: siedemnaście złotych dziesięć groszy) w terminie 14 dni od dnia uprawomocnienia się niniejszej decyzji.
2. Pawła Janczyka prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą Paweł Janczyk, Zwierzyniec 63, 97-403 Drużbice, kosztami postępowania w sprawie zawarcia na krajowym rynku usług bieżącego utrzymania dróg i mostów w asortymencie utrzymania czystości i zieleni przydrożnej na sieci dróg krajowych porozumienia ograniczającego konkurencję opisanego w punkcie I sentencji decyzji oraz zobowiązać ww. przedsiębiorcę do zwrotu Prezesowi Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów kosztów postępowania w wysokości 11,40 zł. (słownie: jedenaście złotych czterdzieści groszy) w terminie 14 dni od dnia uprawomocnienia się niniejszej decyzji.

Uzasadnienie

Na przełomie 2012 i 2013 r. Prezes Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów (zwany dalej: „Prezesem Urzędu”) przeprowadził postępowanie wyjaśniające celem wstępnego ustalenia, czy na rynku świadczenia usług utrzymania dróg i mostów w asortymencie utrzymania czystości i zieleni przydrożnej oraz sygnalizacji świetlnej i znaków drogowych, nie doszło do naruszenia przepisów ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów, w tym, czy sprawa ma charakter antymonopolowy. Przedmiotem zainteresowania Prezesa Urzędu w przedmiotowym postępowaniu były przetargi organizowane przez Generalną Dyрекcję Dróg Krajowych i Autostrad Oddział w Łodzi dotyczące bieżącego utrzymania dróg i mostów w asortymencie utrzymania czystości i zieleni przydrożnej oraz sygnalizacji świetlnej i znaków drogowych, w latach 2012-2016. W toku postępowania wyjaśniającego Prezes Urzędu zwrócił się do organizatorów przetargów i uczestników poszczególnych przetargów w szczególności tych, w których doszło do zawarcia ostatecznej umowy z innym podmiotem niż ten, którego oferta została uznana za najkorzystniejszą po otwarciu ofert o przekazanie informacji i dokumentów dotyczących prowadzonych przetargów. Między innymi Prezes Urzędu ustalił, że do zawarcia ostatecznej umowy z innym podmiotem niż ten, którego oferta została uznana za najkorzystniejszą cenowo doszło w przetargu publicznym organizowanym przez Generalną Dyрекcję Dróg Krajowych i Autostrad (zwana dalej również: „GDDKiK”) Oddział w Łodzi, Rejon w Opocznie na usługi w zakresie bieżącego utrzymania dróg i mostów w asortymencie utrzymania czystości i zieleni przydrożnej na sieci dróg krajowych administrowanych przez GDDKiA Oddział w Łodzi Rejon w Opocznie w latach 2013-2016. Z przetargu tego na skutek nie uzupełnienia wymaganych dokumentów został wykluczony Paweł Janczyk Zwierzyniec 63, 97-403 Drużbice (zwany dalej: „Paweł Janczyk”), oferujący najniższą cenę, co zapewniło wygranę przetargu przez Zdzisława Janczyka prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą Zdzisław Janczyk Usługi Sprzętowo-Transportowe, Zwierzyniec 63, 97-403 Drużbice (zwany dalej: „Zdzisław Janczyk”), oferującego wyższą cenę na usługi będące przedmiotem przetargu. Ponadto, Prezes Urzędu przeprowadził kontrolę bezpośrednią Zdzisława Janczyka i Pawła Janczyka oraz wystąpił do organów administracji publicznej wydających dokumenty wymagane w badanych przetargach o przekazanie informacji o wydanych Pawłowi Janczykowi i Zdzisławowi Janczykowi dokumentach i zaświadczeniach.

W związku z faktem, iż zebrany w powyższym postępowaniu materiał wskazał na naruszenie przepisów ustawy z dnia 16 lutego 2007 r. o ochronie konkurencji i konsumentów (Dz. U. Nr 50, poz. 331 ze zm.) (zwana dalej: „ustawą o ochronie konkurencji i konsumentów”) w szczególności art. 6 ust. 1 pkt 7 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów, postanowieniem z dnia 12 lipca 2013 r. Prezes Urzędu wszczął postępowanie antymonopolowe dotyczące podejrzenia zawarcia na krajowym rynku usług bieżącego utrzymania dróg i mostów w asortymencie utrzymania czystości i zieleni przydrożnej na sieci dróg krajowych porozumienia ograniczającego konkurencję pomiędzy Zdzisławem Janczykiem prowadzącym działalność gospodarczą pod nazwą Zdzisław Janczyk Usługi Sprzętowo-Transportowe, Zwierzyniec 63, 97-403 Drużbice a Pawłem Janczykiem prowadzącym działalność gospodarczą pod nazwą Paweł Janczyk, Zwierzyniec 63, 97-403 Drużbice, polegającego na uzgadnianiu przez ww. przedsiębiorców przystępujących do przetargu publicznego nr ZP/Op/6/2012 organizowanego przez Generalną Dyрекcję Dróg Krajowych i Autostrad Oddział w Łodzi, Rejon w Opocznie, na usługi w zakresie bieżącego utrzymania dróg i mostów w asortymencie utrzymania czystości i zieleni przydrożnej na sieci dróg krajowych administrowanych przez GDDKiA Oddział w Łodzi Rejon w Opocznie

w latach 2013-2016, warunków składanych ofert i zasad postępowania umożliwiających wykluczenie z przetargu przedsiębiorcy Pawła Janczyka i wygranie przetargu przez przedsiębiorcę Zdzisława Janczyka, oferującego wyższą cenę na usługi będące przedmiotem przetargu, co może stanowić naruszenie art. 6 ust. 1 pkt 7 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów (dowód: karty nr 1-2). Do materiałów niniejszego postępowania antymonopolowego Prezes Urzędu zaliczył materiały z postępowania wyjaśniającego prowadzonego pod sygn. akt RŁO-400-14/12/AK (dowód: karty nr 6-7).

W odpowiedzi na zawiadomienie o wszczęciu postępowania antymonopolowego strony, podniosły, co następuje:

- Paweł Janczyk wyjaśnił, że „Nie miało miejsca żadne ze stawianych przez Prezesa Urzędu zarzutów. Moje niepowodzenie w przetargu w GDDKiA w Opocznie było związane z inną interpretacją wymogu dotyczącego wiedzy i doświadczenia. Według mojego rozumowania dokumentacja jaką posiadam a w tym szczególnym przypadku referencje i zaświadczenia KRK spełniały stawiane wymagania, niestety w interpretacji Zamawiającego stały się głównym punktem odrzucenia mojej oferty (...). Otrzymana decyzja była dla mnie ogromnym zaskoczeniem, rozważyłem zaskarżenie tej decyzji do Prezesa zamówień Publicznych jednakże wiązało się to z ogromnym wydatkiem pieniężnym” (dowód: karta nr 128).
- Zdzisław Janczyk wyjaśnił, że: „W przetargu ZP/Op/6/2012 startowałem samodzielnie posiadając aktualne dokumenty i doświadczenie itp. Startował również Paweł Janczyk – samodzielnie i bez żadnych uzgodnień, ze mną. Działalność (Paweł Janczyk)) prowadzi i zamieszkuje w Łodzi. Dotychczasowy zapis prowadzenia działalności w Zwierzyńcu nie może być żadną przesłanką wykazania porozumienia ograniczającego konkurencję. Po prostu brak znajomości ustawy o zamówieniach publicznych (przetargach) przez młodego przedsiębiorcę Pawła Janczyka skończył się wykluczeniem przez zamawiającego z udziału w przetargu. Tym samym przypuszczenia Prezesa Urzędu, że Zdzisław Janczyk i Paweł Janczyk mogli uzgodnić warunki składanych ofert są tylko przypuszczeniem i nie mogą stanowić podstawy do wykazania istniejącego porozumienia ograniczającego konkurencję (...)” (dowód: karty nr 132-133).

I. Prezes Urzędu ustalił następujący stan faktyczny:

Paweł Janczyk prowadzi działalność gospodarczą pod nazwą Paweł Janczyk, Zwierzyńiec 63, 97-403 Drużbice, w której przeważającą działalność gospodarczą stanowi „działalność usługowa wspomagająca produkcję roślinną (kod PKD 01.61.Z). Działalność tę prowadzi od 11 czerwca 2007 r. (dowód: karta nr 101). Paweł Janczyk jest właścicielem trzech ciągników, czterech kosiarek oraz mniejszego sprzętu w tym kos spalinowych oraz ręcznych. Paweł Janczyk zatrudnia jednego pracownika. Podczas wykonywania prac Paweł Janczyk używa sprzętu od innych przedsiębiorców, w tym od swego brata przedsiębiorcy Jacka Janczyka (dowód: karta nr 32-34). Paweł Janczyk jest synem Zdzisława Janczyka (dowód: karta nr 206).

W przetargu na usługi w zakresie bieżącego utrzymania dróg i mostów w asortymencie utrzymania czystości i zieleni przydrożnej oraz sygnalizacji świetlnej i znaków aktywnych na sieci dróg krajowych administrowanych przez GDDKiA Oddział w Łodzi Rejon w Opocznie

w latach 2013-2016, Pawłowi Janczykowi zobowiązania do udzielenia wiedzy i doświadczenia udzielił przedsiębiorca Jacek Janczyk (dowód: karta nr 103).

W 2012 r. Paweł Janczyk uczestniczył w województwie łódzkim w następujących przetargach:

- w przetargu publicznym nr 3/Z-15/p/2012 organizowanym przez Generalną Dyрекcyję Dróg Krajowych i Autostrad Oddział w Łodzi, Rejon w Radomsku na roboty i usługi w zakresie bieżącego utrzymania dróg i mostów w asortymencie utrzymania czystości i zieleni przydrożnej oraz sygnalizacji świetlnej i znaków aktywnych na sieci dróg krajowych nr 1,8,42,91c administrowanych przez GDDKiA Oddział w Łodzi Rejon w Radomsku w latach 2012 – 2016 (przetarg został ogłoszony w dniu 28 maja 2012 r. a zakończony w dniu 10 sierpnia 2012 r.), który to przetarg wygrał po wykluczeniu z przetargu Anny Wieruckiej Zwierzyniec 63, 97-403, oferującej niższą cenę usługi. W przetargu tym załączył wydane przez Punkt Informacyjny Krajowego Rejestru Karnego w Piotrkowie Trybunalskim „Zapytanie o udzielenie informacji o osobie” – zapytanie o karalność z dnia 6 marca 2012 r. (dowód: karty nr 176-178),
- w przetargu publicznym zorganizowanym przez Generalną Dyрекcyję Dróg Krajowych i Autostrad Oddział w Łodzi, Rejon w Łowiczu na usługi w zakresie bieżącego utrzymania dróg i mostów w asortymencie utrzymania czystości i zieleni przydrożnej na sieci dróg krajowych administrowanych przez GDDKiA Oddział w Łodzi Rejon w Łowiczu w latach 2013-2016 (przetarg został ogłoszony w dniu 26 maja 2012 r. a zakończony w dniu 16 sierpnia 2012 r.), który to przetarg wygrał po wykluczeniu z przetargu Ewy Janczyk p ul. Polna 34, 95-081 Dłutów , oferującej niższą cenę ww. usługi. W przetargu tym, do oferty załączył wydane przez Punkt Informacyjny Krajowego Rejestru Karnego w Piotrkowie Trybunalskim „Zapytanie o udzielenie informacji o osobie” – zapytanie o karalność z dnia 6 marca 2012 r. Również w tym przetargu w zakresie wykazania się posiadaną wiedzą i doświadczeniem wykazał, że w okresie ostatnich 3 lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie, wykonał (zakończył) na drogach klasy co najmniej G (drogi klasy G mogą należeć do kategorii dróg krajowych, dróg wojewódzkich lub dróg powiatowych), zamówienia na usługi w zakresie utrzymania czystości i zieleni przydrożnej o łącznej wartości nie mniejszej niż 500 000 PLN brutto w jednym roku (w tym zamówienia na utrzymanie zadrzewienia przydrożnego o wartości nie mniejszej niż 100 000 PLN brutto w jednym roku oraz zamówienia na koszenie traw i chwastów na drogach i obiektach mostowych o wartości nie mniejszej niż 350 000 PLN brutto w jednym roku (dowód: karty nr 186-197).

Ponadto Paweł Janczyk posiada wieloletnie doświadczenie w zachowniu w przetargach organizowanych przez zarządy dróg i GDDKiA, na co wskazuje jego uczestnictwo (między innymi) w następujących przetargach:

- w przetargu zorganizowanym w 2009 r. przez Mazowiecki Zarząd Dróg Wojewódzkich w Warszawie w zakresie zlecenia „koszenie traw, chwastów i odrostów na poboczach dróg wojewódzkich z podziałem na 14 zadań” (dowód: karty nr 143-152).
- w przetargu zorganizowanym w 2012 r. (rozstrzygnięcie przetargu nastąpiło dnia 23 sierpnia 2012 r.) przez Generalną Dyрекcyję Dróg Krajowych i Autostrad Oddział w Warszawie ul. Mińska 25, 03-808 Warszawa, na „Wykaszenie traw, chwastów, samosiejek, krzaków i odrostów z pasa dróg krajowych administrowanych przez GDDKiA Oddział w Warszawie z podziałem na 19 zadań” (dowód: karta nr 169-175).

W tych przetargach złożył prawidłową ofertę i załączył właściwe wymagane dokumenty.

W niniejszej sprawie Zakład Ubezpieczeń Społecznych Oddział w Tomaszowie Mazowieckim wydał Pawłowi Janczykowi „Zaświadczenia o niezaleganiu w opłacaniu składek” w następujących terminach: 9 maja 2012 r. i 17 sierpnia 2012 r. (dowód: karta nr 120).

Natomiast Naczelnik Urzędu Skarbowego w Bełchatowie wydał Pawłowi Janczykowi zaświadczenia o niezaleganiu w podatkach w dniu 14 maja 2012 r. (wniosek złożony 8 maja 2012 r.) i w dniu 20 sierpnia 2012 r. (wniosek złożony 16 sierpnia 2012 r.) (dowód: karty nr 121-124).

Punk Informacyjny Krajowego Rejestru Karnego w Piotrkowie Trybunalskim udzielił Pawłowi Janczykowi informacji o karalności na „Zapytanie o udzielenie informacji o osobie” w dniu 8 marca 2012 r. (dowód: karta nr 125).

Zdzisław Janczyk prowadzi działalność gospodarczą pod nazwą Zdzisław Janczyk Usługi Sprzętowo-Transportowe, Zwierzyniec 63, 97-403 Drużbice, a jego główną działalność stanowi „działalność usługowa wspomagająca produkcję roślinną (kod PKD 01.61.Z). Działalność tę prowadzi od 7 grudnia 1992 r. (dowód: karta nr 78). Zdzisław Janczyk jest właścicielem czterech ciągników, czterech kosiarek oraz mniejszego sprzętu do koszenia traw i wycinania odrostów (dowód: karta nr 8-10). Zdzisław Janczyk jest ojcem Jacka Janczyka, Anny Wieruckiej, Pawła Janczyka i Ewy Janczyk (dowód: karta nr 206).

Zdzisław Janczyk uczestniczył między innymi w następujących przetargach:

- w przetargu publicznym organizowanym w 2012 r. przez Generalną Dyрекcję Dróg Krajowych i Autostrad Oddział w Łodzi, Rejon w Wieluniu na roboty i usługi dotyczące bieżącego utrzymania dróg i mostów w asortymencie utrzymania czystości i zieleni przydrożnej oraz sygnalizacji świetlnej i znaków aktywnych na sieci dróg krajowych administrowanych przez GDDKiA Oddział w Łodzi Rejon w Wieluniu w latach 2012 – 201 (przetarg został ogłoszony w dniu 13 kwietnia 2012 r. a zakończony w dniu 15 czerwca 2012 r.), w zakresie bieżącego utrzymania dróg i mostów w asortymencie utrzymania czystości i zieleni przydrożnej na sieci dróg krajowych administrowanych przez GDDKiA Oddział w Łodzi Rejon w Wieluniu, który to przetarg wygrał po wykluczeniu z przetargu przedsiębiorcy Jacka Janczyka oferującego niższą cenę na usługi będące przedmiotem przetargu. Przyczyna wykluczenia Jacka Janczyka było nie uzupełnienie zgłoszenia o aktualne dokumenty i zaświadczenia (dowód: karty nr 198-201),
- w przetargu publicznym organizowanym w 2012 r. przez Generalną Dyрекcję Dróg Krajowych i Autostrad Oddział w Łodzi, Rejon w Kutnie na usługi bieżącego utrzymania dróg krajowych administrowanych przez GDDKiA Oddział w Łodzi, Rejon w Kutnie w zakresie utrzymania czystości pasa drogowego oraz utrzymania zieleni przydrożnej w latach 2013-2016 (przetarg został ogłoszony w dniu 16 lipca 2012 r. a zakończony w dniu 8 października 2012 r.), w którym jako lider w konsorcjum z partnerem Annę Wierucką prowadzącą działalność gospodarczą pod nazwą Anna Wierucka, Zwierzyniec 63,97-403 Drużbice, wygrał przetarg po wykluczeniu z przetargu konsorcjum, którego liderem był Jacek Janczyk a partnerem Przedsiębiorstwo Oczyszczania Miasta „EKO SERWIS”

Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Kutnie, oferujące niższą cenę na usługi będące przedmiotem przetargu niż Zdzisław Janczyk. Przyczyną wykluczenia konsorcjum Jacek Janczyk i Przedsiębiorstwo Oczyszczania Miasta „EKO SERWIS” Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Kutnie było nie uzupełnienie zgłoszenia o aktualne dokumenty i zaświadczenia (dowód: karta nr 202-205),

Posiada on wieloletnie doświadczenie w uczestnictwie w przetargach na wykaszanie traw, chwastów, samosiejek, krzaków i odrostów z pasów dróg, o czym świadczą poniższe przykłady uczestnictwa:

- w przetargu publicznym ogłoszonym w lipcu 2009 r. przez Mazowiecki Zarząd Dróg Wojewódzkich w Warszawie na „Koszenie traw, chwastów i odrostów na poboczach dróg wojewódzkich z podziałem na 14 zadań” (dowód: karty nr 143-152),
- w przetargu publicznym ogłoszonym w kwietniu 2012 r. przez Generalną Dyрекcję Dróg Krajowych i Autostrad Oddział w Warszawie ul. Mińska 25, 03-808 Warszawa, na „Wykaszanie traw, chwastów, samosiejek, krzaków i odrostów z pasa dróg krajowych administrowanych przez GDDKiA Oddział w Warszawie z podziałem na 19 zadań”. (dowód: karty nr 169-175),
- w przetargu publicznym zorganizowanym przez Generalną Dyрекcję Dróg Krajowych i Autostrad Oddział w Łodzi, Rejon w Łowiczu na usługi w zakresie czystości na drogach i obiektach mostowych, zadrzewienia przydrożnego i koszenia traw, chwastów i odrostów z pasa drogowego w ciągu administrowanych przez GDDKiA Odział w Łodzi Rejon w Łowiczu dróg, w roku 2011, który to przetarg nie wygrał (dowód: karta nr 74).

W ocenianym przetargu Zdzisław Janczyk załączył wydane przez Punkt Informacyjny Krajowego Rejestru Karnego w Piotrkowie Trybunalskim „Zapytanie o udzielenie informacji o osobie” – zapytanie o karalność wystawione w dniu 6 marca 2012 r. (dowód: karta nr 79).

Zakład Ubezpieczeń Społecznych Oddział w Tomaszowie Mazowieckim wydał Zdzisławowi Janczykowi „Zaświadczenia o niezaleganiu w opłacaniu składek” w następujących terminach: 10 maja 2012 r. i 17 sierpnia 2012 r. (dowód: karta nr 121).

Natomiast Naczelnik Urzędu Skarbowego w Bełchatowie wydał Pawłowi Janczykowi zaświadczenia o niezaleganiu w podatkach w dniu 14 maja 2012 r. (złożone w dniu 8 maja 2012 r.) i w dniu 22 sierpnia 2012 r. (złożone w dniu 16 sierpnia 2012 r.) (dowód: karta nr 123).

W dniu 11 czerwca 2012 r. (data ogłoszenia na stronie internetowej i w siedzibie GDDiK Rejon w Opocznie) Generalna Dyrekcja Dróg Krajowych i Autostrad Oddział w Łodzi, Rejon w Opocznie ogłosiła przetarg - zamówienie na wykonanie usługi w zakresie bieżącego utrzymania dróg i mostów w asortymencie utrzymania czystości i zieleni przydrożnej oraz sygnalizacji świetlnej i znaków aktywnych na sieci dróg krajowych administrowanych przez GDDKiA Odział w Łodzi Rejon w Opocznie w latach 2013-2016 (dowód: karty nr 54-59).

Zamówienie zostało podzielone na dwie części :

Część 1:

Usługi w zakresie bieżącego utrzymania dróg i mostów w asortymencie utrzymania czystości i zieleni przydrożnej na sieci dróg krajowych administrowanych przez GDDKiA Oddział w Łodzi Rejon w Opocznie w latach 2013 – 2016.

Część 2:

Usługi w zakresie bieżącego utrzymania dróg w asortymencie sygnalizacji świetlnej i znaków aktywnych na sieci dróg krajowych administrowanych przez GDDKiA Oddział w Łodzi Rejon w Opocznie w latach 2013 – 2016.

Na miejsce składania ofert wyznaczono siedzibę GDDKiA Oddział w Łodzi Rejon w Opocznie, ul. Zakątna 6. Oferty należało składać do godz. 10:00 dnia 24 lipca 2012 r.

Specyfikacja istotnych warunków zamówienia (zwana dalej: „SIWZ”) ocenianego przetargu w rozdziale „WARUNKI UDZIAŁU W POSTĘPOWANIU ORAZ OPIS SPOSOBU” w części 2) posiadana wiedza i doświadczenie obligowała składającego ofertę w części pierwszej zamówienia do wykazania, że w okresie ostatnich 3 lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie, wykonał przynajmniej:

A) co najmniej jedno zadanie polegające na bieżącym utrzymaniu dróg w zakresie czystości na drogach i obiektach mostowych, zadrzewienia przydrożnego i koszenia pasa drogowego o łącznej wartości nie mniej niż 500 tysięcy złotych brutto w jednym roku (w tym wartość koszenia pasa drogowego nie mniej niż 350 tys. złotych brutto w jednym roku),
lub

B) trzy zadania z których:

- jedno zadanie obejmowało usługi w zakresie utrzymania czystości na drogach i obiektach mostowych o wartości nie mniej niż 70 tysięcy PLN brutto w jednym roku,
- drugie zadanie obejmowało usługi w zakresie utrzymania zadrzewienia przydrożnego o wartości nie mniej niż 80 tysięcy PLN brutto w jednym roku,
- trzecie zadanie obejmowało usługi w zakresie koszenia traw i chwastów na drogach i 6 obiektach mostowych o wartości nie mniej niż 350 tysięcy PLN brutto w jednym roku.

Za zadanie wykonane uważać się będzie zadanie zakończone lub wykonaną część kontaktu wieloletniego, aktualnie realizowanego, w którym wykonano (zakończono) usługi w okresie co najmniej jednego roku.

Wartości podane w dokumentach potwierdzających spełnienie warunku w walutach innych niż wskazane przez Zamawiającego Wykonawca przeliczy wg średniego kursu NBP na dzień przekazania do publikacji Ogłoszenia o zamówieniu określony w Ogłoszeniu.

Wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia, spełnianie warunków wskazanych w art. 22 ust. 1 ustawy Pzp i których opis sposobu dokonania oceny spełniania został zamieszczony w pkt. 7.2.2) IDW, wykazują łącznie (dowód: karty nr 163-168).

Zgodnie z pkt 8 SIWZ pod tytułem „OŚWIADCZENIA I DOKUMENTY, JAKIE MAJĄ DOSTARCZYĆ WYKONAWCY W CELU POTWIERDZENIA SPEŁNIANIA WARUNKÓW UDZIAŁU WPOSTĘPOWANIU, składający ofertę był zobowiązany do przedstawienia następujących zaświadczeń i dokumentów:

- w pkt 8.3.3. Aktualne zaświadczenie właściwego naczelnika urzędu skarbowego potwierdzające, że wykonawca nie zalega z opłacaniem podatków lub zaświadczenie, że uzyskał przewidziane prawem zwolnienie, odroczenie lub rozłożenie na raty

zaległych płatności lub wstrzymanie w całości wykonania decyzji właściwego organu -wystawione nie wcześniej niż 3 miesiące przed upływem terminu składania ofert,

- w pkt 8.3.4. Aktualne zaświadczenie właściwego oddziału Zakładu Ubezpieczeń Społecznych lub Kasy Rolniczego Ubezpieczenia Społecznego potwierdzające, że wykonawca nie zalega z opłacaniem składek na ubezpieczenie zdrowotne i społeczne, lub potwierdzenie, że uzyskał przewidziane prawem zwolnienie, odroczenie lub rozłożenie na raty zaległych płatności lub wstrzymanie w całości wykonania decyzji właściwego organu - wystawione nie wcześniej niż 3 miesiące przed upływem terminu składania ofert,

w pkt 8.3.5. Aktualne informacje z Krajowego Rejestru Karnego w zakresie określonym w art. 24 ust. 1 pkt. 4-8 ustawy Pzp, wystawione nie wcześniej niż 6 miesięcy przed upływem terminu składania ofert (dowód: karty nr 163-168).

Ponadto zgodnie z pkt 7.3 SIWZ Wykonawca mógł polegać na wiedzy i doświadczeniu, potencjale technicznym oraz osobach zdolnych do wykonania zamówienia innych podmiotów, niezależnie od charakteru prawnego łączących go z nimi stosunków. Wykonawca w takiej sytuacji zobowiązany jest udowodnić, iż będzie dysponował zasobami niezbędnymi do realizacji zamówienia (dowód: karta nr 164).

Specyfika istotnych warunków zamówienia (zwana SIWZ) została zamieszczona na stronie internetowej www.gddkia.gov.pl w dniu 15 czerwca 2012 r.

Otwarcie ofert nastąpiło w dniu 24 lipca 2012 r. o godz. 10:00 w siedzibie GDDKiA Oddział w Łodzi Rejon w Opocznie, ul. Zakątna 6, pok. 1a. Zgodnie z art. 96 pkt 3 Prawa Zamówień publicznych, oferty z chwilą otwarcia stały się jawne. Startujący w przetargu mogli więc zapoznać się z ofertami swoich konkurentów.

Na część 1 przetargu dotyczącą usług w zakresie bieżącego utrzymania dróg i mostów w asortymencie utrzymania czystości i zieleni przydrożnej na sieci dróg krajowych administrowanych przez GDDKiA Oddział w Łodzi Rejon w Opocznie w latach 2013 – 2016, wpłynęło 5 ofert. Byli to:

1. Zakład Bezpieczeństwa Ruchu Drogowego ZABREB S.A. z siedzibą we Wrocławiu, która zaoferowała wykonanie usługi w cenie 7 431 495,83 zł,
2. Przedsiębiorstwo Robót Drogowo – Mostowych Spółka z o.o. z siedzibą w Piotrkowie Trybunalskim, która zaoferowała wykonanie usługi w cenie 5 127 746,40 zł,
3. Zdzisław Janczyk prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą Zdzisław Janczyk Usługi Sprzętowo-Transportowe, Zwierzyniec 63, 97-403 Drużbice, który zaoferował wykonanie usługi w cenie 4 646 147,05 zł,
4. „DROMED” Rospędek, Więckowski Spółka jawna z siedzibą w Opocznie, która zaoferowała wykonanie usługi w cenie 4 745 483,35 zł,
5. Paweł Janczyk, Zwierzyniec 97-403 Drużbice, który zaoferował wykonanie usługi w cenie 4 136 981,82 zł dowód: karty nr 54-59).

W dniu 27 lipca 2012 r. Generalna Dyrekcja Dróg Krajowych i Autostrad Oddział w Łodzi Rejon w Opocznie wezwała Pawła Janczyka do uzupełnienia brakujących i wyjaśnienia załączonych do oferty dokumentów:

- wykaz wykonywanych usług, Wiedza i Doświadczenie” – formularz 3.2

- Informacja z Krajowego Rejestru Karnego (dowód: karta nr 118).

W uzasadnieniu do ww. wezwania wyjaśniła, że załączone dokumenty nie potwierdzają spełnienia wymaganego doświadczenia oraz aktualnej informacji z Krajowego rejestru Karnego wystawionej nie wcześniej niż 6 miesięcy przed upływem terminu składania ofert.

W dniu 8 sierpnia 2012 r. Paweł Janczyk uzupełnił ww. postępowanie przetargowe o żądane wyjaśnianie i dokumenty. Należy nadmienić, że do wyjaśnień załączył Informację z Krajowego Rejestru Karnego datowaną na 8 sierpnia 2012 r. (dowód: karta nr: 84).

W dniu 24 sierpnia 2012 r. GDDKiA Oddział w Łodzi Rejon w Opocznie poinformował wszystkich wykonawców, którzy przystąpili do przetargu na usługi w zakresie bieżącego utrzymania dróg i mostów w asortymencie utrzymania czystości i zieleni przydrożnej na sieci dróg krajowych administrowanych przez GDDKiA Oddział w Łodzi Rejon w Opocznie w latach 2013 – 2016, o wyborze najkorzystniejszej oferty. Z informacji tej wynikało, że ww. przetarg wygrał przedsiębiorca Zdzisław Janczyk prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą Zdzisław Janczyk Usługi Sprzętowo-Transportowe, Zwierzyniec 63, 97-403 Drużbice, który zaoferował wykonanie usługi w cenie 4 646 147,05 zł. Z przetargu została wykluczona oferta Pawła Janczyka. Przyczyną wykluczenia było nie uzupełnienie oferty przetargowej o aktualne dokumenty potwierdzające spełnienie warunków udziału w postępowaniu w zakresie wiedzy i doświadczenia - w sposób wystarczający oraz nie uzupełnienie oferty o aktualne informacje z Krajowego Rejestru Karnego w zakresie określonym w art. 24 ust. 1 pkt. 4-8 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (jednolity tekst: Dz. U z 2010 Nr 113, poz. 759, ze zm.) Prawo zamówień publicznych (zwana dalej: „Prawo zamówień publicznych”)¹ (dowód: karta nr 113-117).

Zgodnie z art. 26 ust. 3 Prawa zamówień publicznych Zamawiający wzywa wykonawców, którzy w określonym terminie nie złożyli wymaganych przez zamawiającego oświadczeń lub dokumentów, o których mowa w art. 25 ust. 1, lub którzy nie złożyli pełnomocnictw, albo którzy złożyli wymagane przez zamawiającego oświadczenia i dokumenty, o których mowa w art. 25 ust. 1, zawierające błędy lub którzy złożyli wadliwe pełnomocnictwa, do ich złożenia w wyznaczonym terminie, chyba że mimo ich złożenia oferta wykonawcy podlega odrzuceniu albo konieczne byłoby unieważnienie postępowania. Złożone na wezwanie zamawiającego oświadczenia i dokumenty powinny potwierdzać spełnianie przez wykonawcę warunków udziału w postępowaniu oraz spełnianie przez oferowane dostawy, usługi lub roboty budowlane wymagań określonych przez zamawiającego, nie później niż w dniu, w którym upłynął termin składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu albo termin składania ofert.

W oparciu o przepisy art. 24 ust. 1 Prawa zamówień publicznych z postępowania o udzielenie zamówienia wyklucza się:

2) wykonawców, w stosunku do których otwarto likwidację lub których upadłość ogłoszono, z wyjątkiem wykonawców, którzy po ogłoszeniu upadłości zawarli układ zatwierdzony

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

prawomocnym postanowieniem sądu, jeżeli układ nie przewiduje zaspokojenia wierzycieli przez likwidację majątku upadłego;

3) wykonawców, którzy zalegają z uiszczeniem podatków, opłat lub składek na ubezpieczenia społeczne lub zdrowotne, z wyjątkiem przypadków gdy uzyskali oni przewidziane prawem zwolnienie, odroczenie, rozłożenie na raty zaległych płatności lub wstrzymanie w całości wykonania decyzji właściwego organu;

4) osoby fizyczne, które prawomocnie skazano za przestępstwo popełnione w związku z postępowaniem o udzielenie zamówienia, przestępstwo przeciwko prawom osób wykonujących pracę zarobkową, przestępstwo przeciwko środowisku, przestępstwo przekupstwa, przestępstwo przeciwko obrotowi gospodarczemu lub inne przestępstwo popełnione w celu osiągnięcia korzyści majątkowych, a także za przestępstwo skarbowe lub przestępstwo udziału w zorganizowanej grupie albo związku mających na celu popełnienie przestępstwa lub przestępstwa skarbowego;

5) spółki jawne, których wspólnika prawomocnie skazano za przestępstwo popełnione w związku z postępowaniem o udzielenie zamówienia, przestępstwo przeciwko prawom osób wykonujących pracę zarobkową, przestępstwo przeciwko środowisku, przestępstwo przekupstwa, przestępstwo przeciwko obrotowi gospodarczemu lub inne przestępstwo popełnione w celu osiągnięcia korzyści majątkowych, a także za przestępstwo skarbowe lub przestępstwo udziału w zorganizowanej grupie albo związku mających na celu popełnienie przestępstwa lub przestępstwa skarbowego;

6) spółki partnerskie, których partnera lub członka zarządu prawomocnie skazano za przestępstwo popełnione w związku z postępowaniem o udzielenie zamówienia, przestępstwo przeciwko prawom osób wykonujących pracę zarobkową, przestępstwo przeciwko środowisku, przestępstwo przekupstwa, przestępstwo przeciwko obrotowi gospodarczemu lub inne przestępstwo popełnione w celu osiągnięcia korzyści majątkowych, a także za przestępstwo skarbowe lub przestępstwo udziału w zorganizowanej grupie albo związku mających na celu popełnienie przestępstwa lub przestępstwa skarbowego;

7) spółki komandytowe oraz spółki komandytowo-akcyjne, których komplementariusza prawomocnie skazano za przestępstwo popełnione w związku z postępowaniem o udzielenie zamówienia, przestępstwo przeciwko prawom osób wykonujących pracę zarobkową, przestępstwo przeciwko środowisku, przestępstwo przekupstwa, przestępstwo przeciwko obrotowi gospodarczemu lub inne przestępstwo popełnione w celu osiągnięcia korzyści majątkowych, a także za przestępstwo skarbowe lub przestępstwo udziału w zorganizowanej grupie albo związku mających na celu popełnienie przestępstwa lub przestępstwa skarbowego;

8) osoby prawne, których urzędującego członka organu zarządzającego prawomocnie skazano za przestępstwo popełnione w związku z postępowaniem o udzielenie zamówienia, przestępstwo przeciwko prawom osób wykonujących pracę zarobkową, przestępstwo przeciwko środowisku, przestępstwo przekupstwa, przestępstwo przeciwko obrotowi gospodarczemu lub inne przestępstwo popełnione w celu osiągnięcia korzyści majątkowych, a także za przestępstwo skarbowe lub przestępstwo udziału w zorganizowanej grupie albo związku mających na celu popełnienie przestępstwa lub przestępstwa skarbowego.

Natomiast w oparciu o art. 24 ust. 2 Prawa zamówień publicznych z postępowania o udzielenie zamówienia wyklucza się również wykonawców, którzy:

1) wykonywali bezpośrednio czynności związane z przygotowaniem prowadzonego postępowania, z wyłączeniem czynności wykonywanych podczas dialogu technicznego, o którym mowa w art. 31a ust. 1, lub posługiwali się w celu sporządzenia oferty osobami uczestniczącymi w dokonywaniu tych czynności, chyba że udział tych wykonawców w

postępowaniu nie utrudni uczciwej konkurencji; przepisu nie stosuje się do wykonawców, którym udziela się zamówienia na podstawie art. 62 ust. 1 pkt 2 lub art. 67 ust. 1 pkt 1 i 2;

- 2) nie wnieśli wadium do upływu terminu składania ofert, na przedłużony okres związania ofertą lub w terminie, o którym mowa w art. 46 ust. 3, albo nie zgodzili się na przedłużenie okresu związania ofertą;
- 3) złożyli nieprawdziwe informacje mające wpływ lub mogące mieć wpływ na wynik prowadzonego postępowania;
- 4) nie wykazali spełniania warunków udziału w postępowaniu;

Ofertę wykonawcy wykluczonego uznaje się za odrzuconą (art. 24 ust. 4 Prawa zamówień publicznych).

W dniu 17 września 2012 r. została podpisana umowa ze Zdzisławem Janczykiem na wykonanie usługi będącej przedmiotem przetargu (dowód: karta nr 56-59)

Przychód Zdzisława Janczyka za 2012 r. wyniósł (tajemnica przedsiębiorcy) zł (dowód: karta nr 134).

Przychód Pawła Janczyka za 2012 r. wyniósł (tajemnica przedsiębiorcy) zł (dowód: karta nr 129).

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

1. Określenie zarzutu.

Stronom niniejszego postępowania antymonopolowego został postawiony zarzut stosowania praktyki ograniczającej konkurencję, o której mowa w art. 6 ust. 1 pkt 7 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów, polegającej na uzgodnieniu warunków składanych ofert i zasad postępowania umożliwiającym wykluczenie z przetargu Pawła Janczyka i wygranie przetargu przez Zdzisława Janczyka oferującego wyższą cenę na usługi będące przedmiotem przetargu.

2. Interes publicznoprawny.

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

W świetle orzecznictwa Sądu Antymonopolowego: „interes publiczny w postępowaniu administracyjnym nie jest pojęciem jednolitym i stałym. W każdej sprawie winien być on ustalony i konkretyzowany. Organ administracji - Prezes Urzędu winien być w toku i przy wydawaniu decyzji rzecznikiem tego interesu, albowiem wynika to z jego zadań w strukturze administracji publicznej - art. 7 k.p.a.”² Podobnie Sąd Najwyższy stwierdził, iż „ustawa antymonopolowa ma charakter publicznoprawny, zatem jej celem jest słuzenie

²Wyrok Sądu Antymonopolowego z dnia 04.07.2001 r., sygn. akt XVII Ama 108/00.

interesom publicznym. Ingeruje, gdy w wyniku pewnych ogólnych zjawisk zagrożona jest sama instytucja konkurencji. Nie odnosi się do ochrony roszczeń indywidualnych.”³

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

U podstaw zakazu zawierania porozumień ograniczających konkurencję leży postulat samodzielności rynkowej, z którego wynika zakaz nawiązywania wszelkich kontaktów, których celem lub skutkiem jest ograniczenie konkurencji na rynku właściwym. Ochrona konkurencji jako mechanizmu funkcjonowania gospodarki dokonywana jest w tym przypadku ze względu na fakt, iż praktyki naruszające zakaz zawierania porozumień ograniczających konkurencję, godzą w interes odbiorców, a w ostateczności w dobrobyt konsumenta (ang. *consumer welfare*)⁶ i jako sprzeczne z naczelnym celem ustawy powinny być surowo karane.

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

W niniejszej sprawie, która dotyczy zarzutu zawarcia zmowy przetargowej w przetargu zorganizowanym przez Generalną Dyрекcję Dróg Krajowych i Autostrad Oddział w Łodzi, Rejon w Opocznie zakończonęgo w sierpniu 2012 r., został naruszony interes publicznoprawny polegający na zapewnieniu właściwych warunków funkcjonowania rynku, co uzasadnia ocenę zachowania stron niniejszego postępowania antymonopolowego w świetle przepisów ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów. Zmowy przetargowe mogą bowiem powodować zakłócenie funkcjonowania systemu zamówień publicznych, poprzez „zniweczenie celu, jaki ma być osiągnięty w drodze przetargu, a mianowicie wybór najkorzystniejszych ofert składanych przez oferentów w warunkach konkurencji” (tak: wyrok SOKiK z dnia 17 kwietnia 2008 r., sygn. akt: XVII Ama 117/05).

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

³Wyrok Sądu Najwyższego z dnia 29.05.2001 r., sygn. akt I CKN 1217/98.

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

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

⁶Decyzja Prezesa UOKiK z 2.11.2010 r. nr RPZ 26/2010.

⁷Wyrok Sądu Najwyższego z dnia 24.07.2003 r., sygn. akt I CKN 496/01.

3. Status przedsiębiorcy.

Zakaz stosowania praktyk ograniczających konkurencję adresowany jest do przedsiębiorców. Ustawa o ochronie konkurencji i konsumentów zawiera szeroką definicję przedsiębiorcy. Zgodnie z art. 4 pkt 1 ilekroć w ustawie o ochronie konkurencji i konsumentów jest mowa o: przedsiębiorcy rozumie się przez to przedsiębiorcę w rozumieniu przepisów ustawy z dnia 2 lipca 2004 r. o swobodzie działalności gospodarczej (tekst jedn.: Dz. U. 2013 poz. 672, ze zm.), a także:

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

Natomiast stosownie do art. 4 ust. 1 ww. ustawy o swobodzie działalności gospodarczej przedsiębiorcą jest osoba fizyczna, osoba prawna i jednostka organizacyjna niebędąca osobą prawną, której odrębna ustawa przyznaje zdolność prawną - wykonująca we własnym imieniu działalność gospodarczą. Ponadto w oparciu o 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.

Zdzisław Janczyk prowadzi działalność gospodarczą pod nazwą Zdzisław Janczyk Usługi Sprzętowo-Transportowe, Zwierzyniec 63, 97-403 Drużbice, a jego główną działalność stanowi „działalność usługowa wspomagająca produkcję roślinną (kod PKD 01.61.Z). Działalność tą prowadzi od 7 grudnia 1992 r. (dowód: karta nr 78). Zdzisław Janczyk jest właścicielem czterech ciągników, czterech kosiarek oraz mniejszego sprzętu do koszenia traw i wycinania odrostów (dowód: karta nr 9). Zdzisław Janczyk jest ojcem Jacka Janczyka, Anny Wieruckiej, Pawła Janczyka, Ewy Janczyk (dowód: karta nr 206).

Paweł Janczyk jest wpisany do Centralnej Ewidencji i Informacji o Działalności Gospodarczej i prowadzi działalność gospodarczą pod nazwą Paweł Janczyk, Zwierzyniec 63, 97-403 Drużbice, której przeważającą część działalności stanowi „działalność usługowa wspomagająca produkcję roślinną (kod PKD 01.61.Z). Paweł Janczyk działalność gospodarczą prowadzi od 11 czerwca 2007 r. (dowód: karta nr 101).

Ww. podmioty prowadzą we własnym imieniu działalność zarobkową w sposób zorganizowany i ciągły. Nie ulega zatem wątpliwości, że ww. podmioty posiadają status

przedsiębiorcy w rozumieniu powoływanego powyżej art. 4 pkt 1 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów. Tym samym przy wykonywaniu działalności gospodarczej podlegają rygorom prawa antymonopolowego i ich działania mogą być oceniane w aspekcie naruszenia zakazu stosowania praktyk ograniczających konkurencję.

4. Rynek właściwy.

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

Wyznaczenie rynku właściwego produktowo opierać się powinno na zbadaniu substytucyjności towarów (usług) w oparciu o takie kryteria jak przeznaczenie, właściwości towaru oraz cenę. W niniejszej sprawie rynek produktowy został określony jako rynek usług bieżącego utrzymania dróg i mostów w asortymencie utrzymania czystości i zieleni przydrożnej na sieci dróg krajowych, na którym działają ww. przedsiębiorcy. Usługa ta nie posiada substytutów.

Rynek usług bieżącego utrzymania dróg i mostów w asortymencie utrzymania czystości i zieleni przydrożnej na sieci dróg krajowych, jest rynkiem konkurencyjnym, na którym działa wielu przedsiębiorców. Na rynku tym główną barierę wejścia stanowią koszty wyposażenia przedsiębiorstwa w sprzęt i narzędzia niezbędne do wykaszania traw, przycinania i wycinania drzew i zarośli i sprzątania dróg i poboczy.

Odbiorcami tej usługi są właściciele i zarządcy dróg krajowych (w rozumieniu: dróg gminnych powiatowych, wojewódzkich, krajowych i autostrad), a więc wszystkich rodzajów dróg występujących na terenie kraju. W związku z istnieniem dużej konkurencji w pozyskiwaniu zleceń na powyższą usługę przedsiębiorcy zajmujący się koszeniem traw, wycinaniem krzewów czy drzew, sprzątaniem dróg biorą udział w dużej ilości przetargów organizowanych przez zarządców dróg w kraju.

Usługa ta nie posiada substytutów, gdyż z uwagi na ochronę środowiska, przepisy ppoż. nie można ją zastąpić inną usługą, np. chemicznym usuwaniem traw i krzaków czy wypalaniem traw na poboczach dróg. Ponadto, uzyskane zlecenia od zarządców dróg na ww. usługi mają charakter długotrwały (zlecenia obejmują okres od roku do trzech lat) i zapewniają stały dochód w dłuższym okresie czasu.

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

Mając powyższe na względzie, Prezes Urzędu uznał za rynek właściwy pod względem produktowym rynek usług bieżącego utrzymania dróg i mostów w asortymencie utrzymania czystości i zieleni przydrożnej na sieci dróg krajowych

Natomiast odnośnie rynku właściwego geograficznie, w ocenie Prezesa Urzędu, dla ww. produktu rynkiem takim będzie co najmniej rynek krajowy. Prawdopodobnie takiego określenia rynku geograficznego potwierdza fakt zamieszczania informacji o przetargach na stronach internetowych zarządców dróg i publikowania ich w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej. Ponadto jak wynika z posiadanych informacji przez Prezesa Urzędu oraz ze stron internetowych organizatorów przetargów, do tak ogłaszanych przetargów przystępują przedsiębiorcy z terenu całego kraju.

Tym samym Prezes Urzędu przyjął, że zawarte porozumienie dotyczy krajowego rynku usług bieżącego utrzymania dróg i mostów w asortymencie utrzymania czystości i zieleni przydrożnej na sieci dróg krajowych.

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

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

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

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

Zakaz porozumień ograniczających konkurencję obejmuje zatem wszelkie formy koordynacji działań między przedsiębiorcami, które w sposób celowy prowadzą, w wyniku praktycznej współpracy, do wyeliminowania konkurencji oraz ryzyka gospodarczego, i które powodują powstawanie warunków rynkowych sprzecznych z regułami wolnej konkurencji. „Istotą porozumień cenowych jest koordynacja zachowań przedsiębiorców nie w drodze nałożenia prawnie wiążącego obowiązku, lecz przez świadome wskazanie sposobu współdziałania, którego celem lub skutkiem jest ograniczenie konkurencji. Takie zachowanie przedsiębiorców pozwala na wyeliminowanie ich niepewności, co do przebiegu procesów

rynkowych i warunków działania konkurentów, która to niepewność jest podstawą działania konkurencji. Do wykazania istnienia porozumienia ograniczającego konkurencję nie jest konieczne istnienie sformalizowanej umowy, wystarczające jest ustalenie, że nastąpiła świadoma koordynacja zachowań przedsiębiorców i przyjęcie sposobu współdziałania, którego skutkiem jest ograniczenie konkurencji.”⁸

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

Jak podkreśla Sąd Ochrony Konkurencji i Konsumentów: „wykazanie istnienia znowy 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 znowy 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 konkurencji i konsumentów, można uznać za ustalone fakty mające istotne znaczenie dla rozstrzygnięcia sprawy, jeżeli wniosek taki można wyprowadzić z innych ustalonych faktów.

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

Jak wynika z dokumentów zebranych w trakcie prowadzonego postępowania, pomiędzy stronami postępowania Zdzisławem Janczykiem i Pawłem Janczykiem występują więzy pokrewieństwa. Paweł Janczyk jest synem Zdzisława Janczyka. Obaj prowadzą działalność gospodarczą pod tym samym adresem. Z zestawienia dat wystawianych niezbędnych w przetargu dokumentów i złożonych wniosków o ich wystawienie wynika, że:

- w sierpniu 2012 r. zarówno Zdzisławowi Janczykowi i Pawłowi Janczykowi Zakład Ubezpieczeń Społecznych Oddział w Tomaszowie Mazowieckiej wydał „Zaświadczenia o niezaleganiu w opłacaniu składek” w tym samym terminie, to jest dnia 17 sierpnia 2012 r. ,
- w maju 2012 r. w tym samym dniu Naczelnik Urzędu Skarbowego w Belchatowie wydał Pawłowi Janczykowi i Zdzisławowi Janczykowi zaświadczenia o niezaleganiu w podatkach

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; wyrok SOKiK z dnia 27.10.2011 r. sygn. akt XVII Ama 204/09.

- to jest w dniu 14 maja 2012 r., a wnioski o te zaświadczenia zostały złożone w dniu 8 maja 2012 i podobnie w sierpniu 2012 r. ww. przedsiębiorcy złożyli wniosek o wydanie wspomnianego zaświadczenia w dniu 16 sierpnia 2012 r.,
- w dniu 6 marca 2012 r. Punkt Informacyjny Krajowego Rejestru Karnego w Piotrkowie Trybunalskim udzieli Pawłowi Janczykowi i Zdzisławowi Janczykowi informacji o karalności na „Zapytanie o udzielenie informacji o osobie”.

Wskazane powyżej okoliczności pokazują, że uczestnicy postępowania mieli możliwość wymieniać się informacjami odnośnie treści składanych ofert oraz zachowań w zakresie koordynacji swoich działań podczas ocenianego przetargu, zaś łączące ich więzy rodzinne i zawodowe czynią taką wymianę prawdopodobną, a w kontekście pozostałych poniższych dowodów pozwalają ją uznać za faktyczną.

2. Niedostarczenie wymaganych przez organizatora przetargu dokumentów.

Z przetargu na usługi w zakresie bieżącego utrzymania dróg i mostów w asortymencie utrzymania czystości i zieleni przydrożnej na sieci dróg krajowych administrowanych przez GDDKiA Oddział w Łodzi Rejon w Opocznie w latach 2013 – 2016 została wykluczona oferta Pawła Janczyka. Przyczyną wykluczenia było nie uzupełnienie oferty przetargowej o dokumenty potwierdzające spełnienie warunków udziału w postępowaniu w zakresie wiedzy i doświadczenia oraz nie uzupełnienie oferty o aktualne informacje z Krajowego Rejestru Karnego w zakresie określonym w art. 24 ust. 1 pkt. 4-8 ustawy o zamówieniach publicznych. Należy podnieść, że w przetargu publicznym wszczętym w dniu 26 maja 2012 r. (otwarcie ofert nastąpiło w dniu 3 lipca 2012 r.) przez Generalną Dyрекcję Dróg Krajowych i Autostrad Oddział w Łodzi na usługi w zakresie bieżącego utrzymania dróg i mostów w asortymencie utrzymania czystości i zieleni przydrożnej na sieci dróg krajowych administrowanych przez GDDKiA Oddział w Łodzi Rejon w Łowiczu w latach 2013-2016, który to przetarg wygrał Paweł Janczyk wykazał on, że posiada wiedzę i doświadczenie załączając dowody wykonania (zakończenia) na drogach klasy co najmniej G (drogi klasy G mogą należeć do kategorii dróg krajowych, dróg wojewódzkich lub dróg powiatowych), zamówienia na usługi w zakresie utrzymania czystości i zieleni przydrożnej o łącznej wartości nie mniejszej niż 500 000 PLN brutto w jednym roku (w tym zamówienia na utrzymanie zadrzewienia przydrożnego o wartości nie mniejszej niż 100 000 PLN brutto w jednym roku oraz zamówienia na koszenie traw i chwastów na drogach i obiektach mostowych o wartości nie mniejszej niż 350 000 PLN brutto w jednym roku. Można więc przyjąć, porównując wykazaną przez Pawła Janczyka wiedzę i doświadczenie w ww. przetargu i przetargu ocenianym w niniejszym postępowaniu, w którym miał się wykazać wykonaniem co najmniej jednego zadania polegające na bieżącym utrzymaniu dróg w zakresie czystości na drogach i obiektach mostowych, zadrzewienia przydrożnego i koszenia pasa drogowego o łącznej wartości nie mniej niż 500 tysięcy złotych brutto w jednym roku (w tym wartość koszenia pasa drogowego nie mniej niż 350 tys. złotych brutto w jednym roku), że był on w stanie i w tym przetargu spełnić ten warunek. Ponadto, posiadał on wydane przez Punkt Informacyjny Krajowego Rejestru Karnego w Piotrkowie Trybunalskim „ Zapytanie o udzielenie informacji o osobie” – zapytanie o karalność wystawione w dniu 6 marca 2012 r. informujące, że nie figuruje on w kartotece karnej Krajowego Rejestru Karnego. Oświadczenie to było ważne przez 6 miesięcy od daty jego wydania. Natomiast uzupełniając złożoną ofertę po wezwaniu GDDKiA Oddział w Łodzi Rejon w Opocznie załączył informację z dnia 8 sierpnia 2012 r. a więc wydaną po 24 lipca 2012 r., dniu zamykającym postępowanie przetargowe w zakresie składania ofert. Na podstawie powyższego zachowania Pawła Janczyka można przyjąć, że świadomie nie

uzupełnił dokumentacji przetargowej o właściwe i aktualne dokumenty-zaświadczenia w ocenianym przetargu umożliwiając wygranę go przez Zdzisława Janczyka.

3. Zachowania Zdzisława Janczyka i Pawła Janczyka w innych przetargach.

Paweł Janczyk w 2012 r. wygrał przetarg publiczny nr 3/Z-15/p/2012 organizowany przez Generalną Dyрекcyję Dróg Krajowych i Autostrad Oddział w Łodzi, Rejon w Radomsku na roboty i usługi w zakresie bieżącego utrzymania dróg i mostów w asortymencie utrzymania czystości i zieleni przydrożnej oraz sygnalizacji świetlnej i znaków aktywnych na sieci dróg krajowych nr 1,8,42,91c administrowanych przez GDDKiA Oddział w Łodzi Rejon w Radomsku w latach 2012 – 2016. Jego oferta została wybrana w następstwie wykluczenia z przetargu Anny Wieruckiej prowadzącej działalność gospodarczą pod nazwą Anna Wierucka, Zwierzyniec 63, 97-403 Drużbice, oferującej niższą cenę usługi (vide: decyzja Prezesa Urzędu z dnia 30 grudnia 2013 r. Nr RŁO 61/2013). W tym samym roku wygrał on również przetarg zorganizowany przez Generalną Dyрекcyję Dróg Krajowych i Autostrad Oddział w Łodzi, Rejon w Łowiczu, na usługi w zakresie bieżącego utrzymania dróg i mostów w asortymencie utrzymania czystości i zieleni przydrożnej na sieci dróg krajowych administrowanych przez GDDKiA Oddział w Łodzi Rejon w Łowiczu w latach 2013-2016 – w następstwie wykluczenia z przetargu przedsiębiorcy Ewy Janczyk, oferującej niższą cenę usługi będące przedmiotem przetargu. Przyczyną powyższych wykluczeń z ww. przetargów było nie uzupełnienie dokumentacji przetargowej o aktualne dokumenty i zaświadczenia (vide: decyzja Prezesa Urzędu z dnia 30 grudnia 2013 r. Nr RŁO 59/2013).

Zdzisław Janczyk uczestniczył w przetargu publicznym organizowanym w 2012 r. przez Generalną Dyрекcyję Dróg Krajowych i Autostrad Oddział w Łodzi, Rejon w Kutnie na usługi bieżącego utrzymania dróg krajowych administrowanych przez GDDKiA Oddział w Łodzi, Rejon w Kutnie w zakresie utrzymania czystości pasa drogowego oraz utrzymania zieleni przydrożnej w latach 2013-2016, w którym jako lider w konsorcjum z partnerem Annę Wierucką prowadzącą działalność gospodarczą pod nazwą Anna Wierucka, Zwierzyniec 63,97-403 Drużbice wygrał ten przetarg po wykluczeniu z przetargu konsorcjum, którego liderem był Jacek Janczyk a jego partnerem Przedsiębiorstwo Oczyszczania Miasta „EKO SERWIS” Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Kutnie, z powodu nie uzupełnienia zgłoszenia (oferty przetargowej) o aktualne dokumenty i zaświadczenia (vide: decyzja Prezesa Urzędu z dnia 30 grudnia 2013 r. Nr RŁO 58/2013). Taka sama sytuacja miała miejsce w przetargu publicznym zorganizowanym przez Generalną Dyрекcyję Dróg Krajowych i Autostrad Oddział w Łodzi, Rejon w Wieluniu na roboty i usługi dotyczące bieżącego utrzymania dróg i mostów w asortymencie utrzymania czystości i zieleni przydrożnej oraz sygnalizacji świetlnej i znaków aktywnych na sieci dróg krajowych administrowanych przez GDDKiA Oddział w Łodzi Rejon w Wieluniu w latach 2012 – 2016, w zakresie bieżącego utrzymania dróg i mostów w asortymencie utrzymania czystości i zieleni przydrożnej na sieci dróg krajowych administrowanych przez GDDKiA Oddział w Łodzi Rejon w Wieluniu, z którego to przetargu został wykluczony przedsiębiorca Jacek Janczyk, co umożliwiło wygranę przetargu przez Zdzisława Janczyka, oferującego wyższą cenę na usługi będące przedmiotem przetargu (vide: decyzja Prezesa Urzędu z dnia 30 grudnia 2013 r. Nr RŁO 62/2013).

Ponadto, jak zostało wykazane w części ustalił ww. decyzji zarówno Zdzisław Janczyk i Paweł Janczyk posiadają wieloletnie doświadczenie i wiedzę umożliwiającą im prawidłowe składanie ofert w przetargach organizowanych przez zarządy dróg w tym GDDKiA, tym

bardziej, że ustalone przez tych organizatorów przetargów warunki składanych ofert są takie same a ww. przedsiębiorcy nie byli z nich wykluczani. Natomiast zdobyta przez nich wiedza o zachowaniach konkurentów, zwiększa trafność ustalania przez nich poziomu najniższej ceny w danym przetargu.

Analizując zachowanie Zdzisława Janczyka i Pawła Janczyka w ww. przetargach i ich zachowanie w ocenianym przetargu można przyjąć, że zachowania te są tożsame co wskazuje, że we wszystkich tych przypadkach mamy do czynienia z zachowaniem uzgodnionym, nie przypadkowym, opartym na opracowanej przez nich metodzie polegającej na nie uzupełnieniu złożonej oferty o posiadane aktualne zaświadczenia-dokumenty przez jednego z uczestników przetargu. Celem tej metody było wygranie przetargu przez z góry ustalonego przedsiębiorcę oferującego wyższą cenę na oferowane usługi, którym w przedmiotowym postępowaniu był Zdzisław Janczyk.

Nie ma w niniejszej sprawie racjonalnego wytłumaczenia zachowania Zdzisława Janczyka i Pawła Janczyka jak chęć umożliwienia wyboru oferty Zdzisława Janczyka, poprzez nie uzupełnienie oferty przetargowej o prawidłowe dokumenty i zaświadczenia przez Pawła Janczyka. Oferty złożone przez tych przedsiębiorców były niższe cenowo niż oferty pozostałych uczestników przetargu. Trudno uznać, że Zdzisław Janczyk bez wcześniejszego uzgodnienia pomiędzy nim a Pawłem Janczykiem, działając niezależnie, byłby w stanie wygrać ww. przetarg w sytuacji możliwości wygrania przetargu przez Pawła Janczyka.

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 niniejszej sprawie Zdzisław Janczyk i Paweł Janczyk takich dowodów nie przedstawili, nie wykazali racjonalnej argumentacji która wskazywałaby na brak wspólnego uzgodnienia i zachowania. Wręcz przeciwnie ich twierdzenia o błędzie organizatora przetargu, niezależnym działaniu, nie utrzymywaniu wzajemnych kontaktów, nie znalazły potwierdzenia w zebranych materiale dowodowym.

Prezes Urzędu uznał, że spełniona została przesłanka 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.

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.

W myśl art. 6 ust. 1 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów zakazane są porozumienia, których celem lub skutkiem jest wyeliminowanie, ograniczenie lub naruszenie w inny sposób konkurencji na rynku właściwym, polegające m.in. na ustalaniu uzgadnianiu przez przedsiębiorców przystępujących do przetargu lub przez tych przedsiębiorców i przedsiębiorcę będącego organizatorem przetargu warunków składanych ofert, w szczególności zakresu prac lub ceny. Cel antykonkurencyjny i skutek antykonkurencyjny porozumienia nie muszą zatem wystąpić łącznie. Dla stwierdzenia naruszenia art. 6 ust. 1 pkt 7 ww. ustawy nie ma zatem istotnego znaczenia czy doszło do ograniczenia czy eliminacji konkurencji, skoro już sam cel może stanowić o nielegalności porozumienia.¹² W świetle ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów i przyjętego na jej podstawie orzecznictwa zakazane jest już samo zawarcie (istnienie) porozumienia ukierunkowanego na ograniczenie konkurencji, nie zaś osiągnięcie takiego skutku, a sam efekt ograniczenia konkurencji wcale nie musi wystąpić.

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

W ocenie Prezesa Urzędu zachowania Zdzisława Janczyka i Pawła Janczyka podczas ocenianego przetargu skutkowały ograniczeniem konkurencji. Mamy tu bowiem do czynienia z uzupełniającym się, skoordynowanym, przemyślanym zachowaniem stron porozumienia, polegającym na dokonywaniu uzgodnień zachowań wpływających na ostateczny wynik przetargu, a sprowadzającym się do nieuzupełnienia złożonej oferty o posiadane aktualne dokumenty przez jednego z uczestników porozumienia skutkującego wykluczeniem z przetargu i umożliwieniem tym samym wygrania przetargu drugiemu uczestnikowi porozumienia, który zaoferował wyższą cenę usługi. W następstwie takiego zachowania został faktycznie zrealizowany cel antykonkurencyjny porozumienia. Stworzone przez uczestników porozumienia pozory konkurencji doprowadziły do wyeliminowania reguł konkurencji jakie w założeniach ma gwarantować przetarg publiczny. Tym samym konkurencja została zakłócona w wyniku czego cena usługi będącej przedmiotem przetargu, została w sztuczny sposób podniesiona i przestała być obiektywną informacją o faktycznym poziomie oferty cenowej na tego rodzaju usługi, jaką można uzyskać lub wynegocjować.

Wobec powyższego Prezes Urzędu stwierdził naruszenie przez Zdzisława Janczyka i Pawła Janczyka art. 6 ust. 1 pkt 7 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów.

Zgodnie z ustaleniami niniejszego postępowania wynika, że w momencie podpisania umowy ze Zdzisławem Janczykiem uczestnicy porozumienia zrealizowali zawarte porozumienie, co uniemożliwia nałożenie na jego uczestników podstawowej sankcji związanej ze

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

stwierdzeniem stosowania praktyki ograniczającej konkurencję, tj. nakazu jej zaniechania, albowiem nakaz ten odnosi się do praktyki jako takiej, a nie jej skutków.

W związku z powyższym, z powodu braku podstaw do uznania – w oparciu o materiał dowodowy zgromadzony w niniejszej sprawie - iż porozumienie nadal istnieje między stronami postępowania, należało stwierdzić zaniechanie stosowanej praktyki ograniczającej konkurencję z dniem 17 września 2012 r.

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

Nalożenie kary pieniężnej.

Zgodnie z art. 106 ust. 1 pkt 1 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów organ antymonopolowy może nałożyć na przedsiębiorcę karę pieniężną, w wysokości nie większej niż 10% przychodu określonego w roku rozliczeniowym poprzedzającym rok nałożenia kary, jeżeli przedsiębiorca ten, choćby nieumyślnie, dopuścił się naruszenia zakazu określonego w art. 6 tej ustawy. Rozstrzygnięcie w przedmiocie nałożenia administracyjnej kary pieniężnej posiada więc charakter fakultatywny.

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 Prezes Urzędu musi wziąć pod uwagę, czy w danych okolicznościach sprawy konieczne albo celowe jest jej nałożenie, a jeżeli tak, to w jakiej wysokości kara spełni założone funkcje. Przy ustalaniu wysokości kar pieniężnych, o których mowa, w art. 106 – 108 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów, Prezes Urzędu powinien wziąć pod uwagę w szczególności okres, stopień oraz okoliczności uprzedniego naruszenia przepisów ustawy (art. 111 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów). Ponadto w judykaturze wskazuje się, że w przypadku kar za stosowanie praktyk ograniczających konkurencję przesłankami, które należy brać pod uwagę, są: potencjał ekonomiczny przedsiębiorcy, skutki praktyki dla konkurencji lub kontrahentów, dopuszczalny poziom kary wynikający z przepisów ustawy oraz cele jakie kara ma osiągnąć.

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

Nakładając karę pieniężną, Prezes Urzędu wziął pod uwagę konieczność ustalenia, czy określone w tym przepisie naruszenie dokonane było co najmniej nieumyślnie. Konieczność brania pod uwagę tej przesłanki w przypadku stosowania kar pieniężnych wynika bezpośrednio z art. 106 ust. 1 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów. Obowiązek znajomości i przestrzegania norm prawa ciąży na wszystkich przedsiębiorcach, tym bardziej na profesjonalnych uczestnikach obrotu rynkowego, takich jak ww. przedsiębiorcy. Podmioty profesjonalnie działające na rynku powinny mieć możliwość przewidzenia, że podejmowane przez nie działania będą uznane przez Prezesa Urzędu za praktykę ograniczającą konkurencję i nie mogą skutecznie dowodzić braku świadomości dokonanego naruszenia.

Podstawę obliczenia wysokości kary stanowi przychód (ogółem, nie tylko podlegający opodatkowaniu) przedsiębiorców: Zdzisława Jancyka i Pawła Jancyka osiągnięty w roku poprzedzającym rok nałożenia kary. Przychód Zdzisława Jancyka za 2012 r. wyniósł

(tajemnica przedsiębiorcy) zł. Natomiast przychód Pawła Janczyka za 2012 r. wyniósł (tajemnica przedsiębiorcy) zł. Tym samym maksymalna wysokość kary pieniężnej, jaka mogłaby być nałożona wynosi: dla Zdzisława Janczyka (tajemnica przedsiębiorcy) zł a dla Pawła Janczyka (tajemnica przedsiębiorcy) zł.

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

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

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

Prezes Urzędu uznał, że przedmiotowe porozumienie, zaliczane do tak zwanych najcięższych ograniczeń konkurencji (*hard-core restriction*), stanowi bardzo poważne naruszenie prawa konkurencji. Stąd jako podstawę do dalszego obliczania kary pieniężnej przyjął odsetek przychodu równy 1,1 %, co stanowi równowartość dla Pawła Janczyka kwoty (tajemnica przedsiębiorcy) zł a dla Zdzisława Janczyka kwoty (tajemnica przedsiębiorcy) zł.

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

Kolejno należało ocenić wpływ czynników związanych ze specyfiką rynku i działalności uczestników porozumienia na tym rynku. Pomimo faktu, iż rynek na którym doszło do zawarcia porozumienia jest rynkiem konkurencyjnym jednak zawarte porozumienie ograniczając konkurencję wpływa negatywnie na ten rynek i wymaga ingerencji organu antymonopolowego. Wykazana w niniejszym postępowaniu praktyka ma charakter trudno odwracalny, gdyż w następstwie stosowanej praktyki zastała już zawarta umowa ze Zdzisławem Janczykiem. Jednak po zakończeniu kontraktu skutki tej praktyki ustaną. Biorąc powyższe pod uwagę oraz fakt zrealizowania zmony przetargowej Prezes Urzędu postanowił zwiększyć wysokość kary dla każdej ze stron postępowania o 10%.

Tym samym kara pieniężna będzie wynosiła: dla Pawła Janczyka (tajemnica przedsiębiorcy) zł a dla Zdzisława Janczyka (tajemnica przedsiębiorcy) zł.

Nakładając karę pieniężną, w ramach rozpatrywania okoliczności obciążających, Prezes Urzędu wziął również pod uwagę konieczność ustalenia, czy stwierdzone w decyzji naruszenie dokonane było umyślnie czy też nieumyślnie. Okoliczności sprawy, w

szczegółności powiązania zawodowe i ekonomiczne stron oraz ich postępowanie świadczą o tym, iż byli oni stronami porozumienia określającego pewną ustaloną taktykę występowania w przetargach mającą na celu przede wszystkim przyniesienie im maksymalnych korzyści finansowych. Takie zachowanie wskazuje na umyślność działania stron porozumienia. Biorąc pod uwagę ich doświadczenie w uczestnictwie w przetargach, powtarzalność ustalonego zachowania w innych przetargach, dostępność informacji o stanowisku i orzecznictwie Prezesa Urzędu dotyczącym zmów przetargowych, nie jest możliwe, aby uczestnicy porozumienia nie zdawali sobie sprawy ze swojego zachowania, skutkującego ograniczeniem konkurencji. W związku z powyższym biorąc pod uwagę występującą w sprawie ww. okoliczność obciążającą, Prezes Urzędu uznał, że uzasadnione jest dodatkowe podwyższenie wysokości kary każdemu z ww. przedsiębiorców o 20%.

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

Ostatecznie, nałożona kara pieniężna po zaokrągleniu do pełnych złotych wynosi: dla Zdzisława Janczyka 31 217 zł a dla Pawła Janczyka 8 688 zł.

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

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

Ad. III. sentencji niniejszej decyzji

Zgodnie z art. 80 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów, Prezes Urzędu rozstrzyga o kosztach w drodze postanowienia, które może być zamieszczone w decyzji kończącej postępowanie. W myśl art. 77 ust. 1 tej ustawy, jeżeli postępowanie zostało wszczęte z urzędu i w jego wyniku organ antymonopolowy stwierdził naruszenie przepisów tejże ustawy, przedsiębiorca, który dopuścił się tego naruszenia, zobowiązany jest ponieść koszty postępowania. Przedmiotowe postępowanie wykazało, Zdzisław Janczyk i Paweł Janczyk stosowali praktykę ograniczającą konkurencję i naruszającą zakaz określony w art. 6 ust. 1 pkt 7 ww. ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów, wskazaną w pkt I sentencji niniejszej decyzji. Zgodnie z art. 263 § 1 ustawy z dnia 14 czerwca 1960 Kodeks postępowania administracyjnego (tekst jedn. Dz. U. z 2013 r., poz. 267) w związku z art. 83 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów do kosztów postępowania zalicza się koszty podróży i inne należności świadków i biegłych oraz stron w przypadkach przewidzianych w art. 56 ustawy z dnia 14 czerwca 1960 Kodeks postępowania administracyjnego, a także koszty spowodowane oględzinami na miejscu, jak również koszty doręczenia pism urzędowych. Kosztami niniejszego postępowania są koszty doręczenia Zdzisławowi Janczykowi i Pawłowi Janczykowi pism urzędowych.

W związku z powyższym Prezes Urzędu postanowił obciążyć:

1. Zdzisława Janczyka kosztami postępowania w wysokości 17,10 zł. (słownie: siedemnaście

złotych dziesięć groszy).

2. Pawła Janczyka kosztami postępowania w wysokości 11,40 zł. (słownie: jedenaście złotych czterdzieści groszy).

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

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

Koszty niniejszego postępowania należy uiścić na konto Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów w Warszawie do Narodowego Banku Polskiego, Oddział Okręgowy w Warszawie, na rachunek Nr 51101010100078782231000000 w terminie 14 dni od dnia uprawomocnienia się niniejszej decyzji.

Stosownie do treści art. 81 ust. 1 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów w związku z art. 479²⁸ § 2 ustawy z dnia 17 listopada 1964 r. Kodeks postępowania cywilnego (Dz. U. Nr 43, poz. 296, ze zm.), – od niniejszej decyzji przysługuje odwołanie do Sądu Okręgowego w Warszawie – Sądu Ochrony Konkurencji i Konsumentów, w terminie dwutygodniowym od dnia jej doręczenia, za pośrednictwem Prezesa Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów – Delegatury Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów w Łodzi.

W przypadku jednak kwestionowania wyłącznie postanowienia o kosztach zawartego w pkt III sentencji niniejszej decyzji, stosownie do art. 81 ust. 5 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów w związku z art. 479³² § 1 i 2 ustawy z dnia 17 listopada 1964 r. Kodeks postępowania cywilnego (Dz. U. Nr 43, poz. 296, ze zm.), oraz art. 264 § 2 ustawy z dnia 14 czerwca 1960 Kodeks postępowania administracyjnego (tekst jedn. Dz. U. z 2013 r., poz. 267) w związku z art. 83 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów, przysługuje zażalenie do Sądu Okręgowego w Warszawie – Sądu Ochrony Konkurencji i Konsumentów, w terminie tygodniowym od dnia doręczenia niniejszej decyzji, za pośrednictwem Prezesa Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów - Delegatury Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów w Łodzi.

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

Andrzej Kędzia

Otrzymują:

1. Zdzisław Janczyk
Usługi Sprzętowo-Transportowe
Zwierzyniec 63
97-403 Druzbice

2. Paweł Janczyk
Zwierzyniec 63
97-403 Druzbice