



PREZES
URZĘDU OCHRONY
KONKURENCJI I KONSUMENTÓW
TOMASZ CHRÓSTNY

RKR.410.3.2018.AGW

Kraków, 30 grudnia 2020 r.

DECYZJA Nr RKR- 11/2020

I. Na podstawie art. 10 ust. 1 ustawy z dnia 16 lutego 2007 r. o ochronie konkurencji i konsumentów (Dz. U. z 2020 poz. 1076 i 1086), uznaje się za praktykę ograniczającą konkurencję i naruszającą zakaz, o którym mowa w art. 6 ust. 1 pkt 7 ww. ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów, zawarcie przez:

- BRIMAT Sp. z o.o. z siedzibą w Rzeszowie,
- Janusza Kurka prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą Janusz Kurek Firma Budowlana J&S w Kazimierzy Wielkiej,

porozumienia ograniczającego konkurencję na regionalnym rynku specjalistycznych robót i materiałów budowlano-konstrukcyjnych niewykonywanych seryjnie polegającego na podejmowaniu czynności w przetargu ogłoszonym w roku 2014 przez Gminę Tarnobrzeg (w zakresie zadania częściowego nr 1, tj. dostawy wraz z montażem ścianek aranzacyjnych aluminiowych z wypełnieniem z płyty meblowej i szkła bezpiecznego) w związku z wydatkowaniem środków w toku realizacji projektu pod nazwą „Tarnobrzesci Park Przemysłowo - Technologiczny” współfinansowanego przez Unię Europejską z Europejskiego Funduszu Rozwoju Regionalnego w ramach Programu Operacyjnego Rozwój Polski Wschodniej 2007-2013 (działanie 1.3 Wspieranie Innowacji), na dostawę wraz z montażem ścianek aranzacyjnych aluminiowych z wypełnieniem z płyty meblowej i szkła bezpiecznego, dostawę pomieszczeń kontenerowych, dostawę urządzenia wielofunkcyjnego, dostawę wraz z instalacją systemu do monitoringu kotłowni oraz dokonywaniu uzgodnień mających doprowadzić do wyboru tego z ww. przedsiębiorców, który zaoferował wyższą cenę za wykonanie zamówienia.

II. Na podstawie art. 106 ust. 1 pkt 1 ustawy z dnia 16 lutego 2007 r. o ochronie konkurencji i konsumentów (Dz. U. z 2020 poz. 1076 i 1086) nakłada się kary pieniężne z tytułu naruszenia zakazu określonego w art. 6 ust. 1 pkt 7 tej ustawy w zakresie określonym w punkcie I sentencji niniejszej decyzji w wysokości:

- 1) **216.900 zł** (słownie: dwieście szesnaście tysięcy dziewięćset złotych) na BRIMAT Sp. z o.o. z siedzibą w Rzeszowie,
 - 2) **157.479 zł** (słownie: sto pięćdziesiąt siedem tysięcy czterysta siedemdziesiąt dziewięć złotych) na Janusza Kurka prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą Janusz Kurek Firma Budowlana J & S w Kazimierzy Wielkiej,
- płatne do budżetu państwa.

III. Na podstawie art. 77 ust. 1 w zw. z art. 80 ustawy z dnia 16 lutego 2007 r. o ochronie konkurencji i konsumentów (Dz. U. z 2020 r. poz. 1076 i 1086) oraz art. 263 § 1 i art. 264 § 1 ustawy z dnia 14 czerwca 1960 r. - Kodeks postępowania administracyjnego (Dz. U. z 2020 r. poz. 256 ze zm.) w związku z art. 83 ww. ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów, Prezes Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów obciąża kosztami postępowania antymonopolowego:

- 1) BRIMAT Sp. z o.o. z siedzibą w Rzeszowie w kwocie **63,50 zł** (słownie: sześćdziesiąt trzy złote 50/100),
- 2) Janusza Kurka prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą Janusz Kurek Firma Budowlana J&S w Kazimierzy Wielkiej w kwocie **75,30 zł** (słownie: siedemdziesiąt pięć złotych 30/100)

oraz zobowiązuje do ich uiszczenia na rzecz Prezesa Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów w terminie 14 dni od daty uprawomocnienia się decyzji.



UZASADNIENIE

- (1) Postanowieniem nr RKR-60/2018 z dnia 21 grudnia 2018 r. Prezes Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów (dalej: „Prezes UOKiK” lub „Prezes Urzędu”) wszczął postępowanie przeciwko.
 - BRIMAT Sp. z o.o. z siedzibą w Rzeszowie (dalej: „BRIMAT”),
 - Januszowi Kurkowi prowadzącemu działalność gospodarczą pod firmą Janusz Kurek Firma Budowlana J&S w Kazimierzy Wielkiej (dalej: „J&S Janusz Kurek”)w związku z podejrzeniem zawarcia porozumienia ograniczającego konkurencję na regionalnym rynku specjalistycznych robót i materiałów budowlano-konstrukcyjnych niewykonywanych seryjnie polegającego na podejmowaniu czynności w przetargu ogłoszonym w roku 2014 przez Gminę Tarnobrzeg (w zakresie zadania częściowego nr 1, tj. dostawy wraz z montażem ścianek aranżacyjnych aluminiowych z wypełnieniem z płyty meblowej i szkła bezpiecznego) w związku z wydatkowaniem środków w toku realizacji projektu pod nazwą „Tarnobrzesci Park Przemysłowo - Technologiczny” współfinansowanego przez Unię Europejską z Europejskiego Funduszu Rozwoju Regionalnego w ramach Programu Operacyjnego Rozwój Polski Wschodniej 2007-2013 (działanie 1.3 Wspieranie Innowacji), na dostawę wraz z montażem ścianek aranżacyjnych aluminiowych z wypełnieniem z płyty meblowej i szkła bezpiecznego, dostawę pomieszczeń kontenerowych, dostawę urządzenia wielofunkcyjnego, dostawę wraz z instalacją systemu do monitoringu kotłowni oraz dokonywaniu uzgodnień mających doprowadzić do wyboru tego z ww. przedsiębiorców, który zaoferował wyższą cenę za wykonanie zamówienia, co może stanowić naruszenie art. 6 ust. 1 pkt 7 ww. ustawy z dnia 16 lutego 2007 r. o ochronie konkurencji i konsumentów (Dz. U. z 2020 r. poz. 1076 i 1086, dalej: „ustawa o ochronie konkurencji i konsumentów”).
- (2) W Szczegółowym Uzasadnieniu Zarzutów z dnia 17 marca 2020 r. Prezes UOKiK poinformował strony postępowania, że wstępne ustalenia postępowania antymonopolowego wskazują na zawarcie przez BRIMAT i J&S Janusz Kurek porozumienia ograniczającego konkurencję, o jakim mowa w art. 6 ust. 1 pkt 7 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów w zakresie przedmiotowym wskazanym w sentencji postanowienia o wszczęciu postępowania, a w konsekwencji Prezes UOKiK zamierza wydać, na podstawie art. 10 ust. 1 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów, decyzję administracyjną stwierdzającą zawarcie takiego porozumienia oraz nałożyć na strony postępowania kary pieniężne.
- (3) Strony postępowania w jego toku zaprzeczyły zarzutowi zawarcia porozumienia ograniczającego konkurencję. Do Szczegółowego Uzasadnienie Zarzutów odniósł się tylko J&S Janusz Kurek.
- (4) Pismami z dnia 11 grudnia 2020 r. Prezes UOKiK zawiadomił strony postępowania o zakończeniu postępowania dowodowego oraz o możliwości zapoznania się z aktami sprawy i wypowiedzenia się co do zgromadzonego materiału dowodowego.
- (5) Strony nie zapoznały się z materiałem dowodowym.

1. USTALENIA FAKTYCZNE

1.1 STRONY POSTĘPOWANIA

- (6) Stronami postępowania antymonopolowego są:

BRIMAT Sp. z o.o. wpisany do Krajowego Rejestru Sądowego w dniu 17 października 2003 r. pod numerem KRS: 0000176869. Przedmiotem działalności przedsiębiorcy jest wykonywanie pozostałych instalacji budowlanych, produkcja wyrobów dla budownictwa z tworzyw sztucznych, produkcja konstrukcji metalowych i ich części, produkcja metalowych elementów stolarki budowlanej.



Dowód: odpis z KRS (k.181-187)

Obrót BRIMAT za rok 2019 wynosił - [<*<*<*<*<] zł, zaś za rok 2015 - [<*<*<*<*<] zł.

Dowód: - Rachunek zysków i strat na koniec okresu 2019 grudzień (k. 801-802),
- Rachunek zysków i strat na koniec okresu 2015 grudzień (k. 681-682)

J&S Janusz Kurek jest przedsiębiorcą działającym na podstawie wpisu do Centralnej Ewidencji i Informacji o Działalności Gospodarczej Rzeczypospolitej Polskiej prowadzonej przez Ministra Rozwoju (dalej: „CEIDG”). Rozpoczął wykonywanie działalności w dniu 4 stycznia 2001 r. Przeważającym przedmiotem jego działalności gospodarczej są roboty budowlane związane ze wznoszeniem budynków mieszkalnych i niemieszkalnych. J&S Janusz Kurek produkuje również wyroby z aluminium i stopów aluminium. Na dzień wydania niniejszej decyzji status indywidualnej działalności gospodarczej przedsiębiorcy określony jest w CEIDG jako „aktywny”.

Dowód: wydruk z CEIDG (k. 107, k. 815)

Obrót J&S Janusz Kurek za rok 2019 wynosił [<*<*<*<*<]zł, zaś za rok 2015 - [<*<*<*<*<] zł.

Dowód: - Zeznanie o wysokości osiągniętego dochodu (poniesionej straty) za rok 2019 (k. 805-810),
- Bilans z księgi za okres 01.01.2015-31.12.2015 (k. 667-668)

- (7) Prezes UOKiK - w związku z przeprowadzonym monitoringiem przetargów publicznych związanych z wydatkowaniem środków z funduszy unijnych m. in. Programu Operacyjnego Rozwój Polski Wschodniej - wystąpił do Gminy Tarnobrzeg o udostępnienie informacji i dokumentów, dotyczących przetargów (ograniczonych i nieograniczonych) przeprowadzonych w ramach projektów realizowanych w oparciu o Program Operacyjny Rozwój Polski Wschodniej pod nazwą „Tarnobrzesci Park Przemysłowo-Technologiczny”.
- (8) W oparciu o materiał przekazany przez Gminę Tarnobrzeg wszczęto postępowanie wyjaśniające o sygn. akt RKR-400-509/15/AGW mające na celu wstępne ustalenie, czy w przetargu na dostawę wraz z montażem ścianek aranzacyjnych aluminiowych z wypełnieniem z płyty meblowej i szkła bezpiecznego, dostawę pomieszczeń kontenerowych, dostawę urządzenia wielofunkcyjnego, dostawę wraz z instalacją systemu do monitoringu kotłowni (w zakresie zadania częściowego nr 1, tj. dostawy wraz z montażem ścianek aranzacyjnych aluminiowych z wypełnieniem z płyty meblowej i szkła bezpiecznego) organizowanym przez Gminę Miejską Tarnobrzeg w związku z wydatkowaniem środków w toku realizacji projektu pod nazwą „Tarnobrzesci Park Przemysłowo - Technologiczny” współfinansowanego przez Unię Europejską z Europejskiego Funduszu Rozwoju Regionalnego w ramach Programu Operacyjnego Rozwój Polski Wschodniej 2007-2013 (działanie 1.3 Wspieranie Innowacji) (dalej: „Przetarg”), doszło do zawarcia porozumienia ograniczającego konkurencję, w tym czy sprawa ma charakter antymonopolowy.
- (9) W toku postępowania wyjaśniającego u przedsiębiorców: J&S Janusz Kurek oraz BRIMAT w dniach 4-6 czerwca 2018 r. przeprowadzono przeszukania na podstawie postanowień wydanych przez Sąd Okręgowy w Warszawie - Sąd Ochrony Konkurencji i Konsumentów (sygn. akt XVII Amo 25/18 oraz XVII Amo 26/18).
- (10) W związku z ustaleniami dokonаныmi w toku ww. postępowania wyjaśniającego oraz dowodami uzyskanymi w trakcie przeprowadzonego przeszukania Prezes UOKiK w dniu 21 grudnia 2018 r. postanowieniem nr RKR-60/2018 wszczął niniejsze postępowanie antymonopolowe.



- (11) Stronami postępowania antymonopolowego są przedsiębiorcy: Janusz Kurek, który prowadzi działalność gospodarczą pod firmą Janusz Kurek Firma Budowlana J&S w Kazimierzy Wielkiej oraz BRIMAT Sp. z o.o. z siedzibą w Rzeszowie.
- (12) Ww. przedsiębiorcy brali udział w postępowaniu przetargowym organizowanym przez Miasto Tarnobrzeg na przełomie 2014 i 2015 roku. Postępowanie o udzielenie zamówienia na dostawę wraz z montażem ścianek aranzacyjnych aluminiowych z wypełnieniem z płyty meblowej i szkła bezpiecznego, dostawę pomieszczeń kontenerowych, dostawę urządzenia wielofunkcyjnego, dostawę wraz z instalacją systemu do monitoringu kotłowni zostało wszczęte w drodze ogłoszenia zamieszczonego w Biuletynie Zamówień Publicznych w dniu 23 grudnia 2014 r. pod numerem 418322-2014. Zamawiającym była Gmina Tarnobrzeg (dalej: „Zamawiający” lub „Gmina”).
- (13) Zamówienie zostało podzielone na 4 części. Część 1 dotyczyła dostawy wraz z montażem ścianek aranzacyjnych aluminiowych z wypełnieniem z płyty meblowej i szkła bezpiecznego.
- (14) Trybem udzielania zamówienia był przetarg nieograniczony.
- (15) Kryteria oceny ofert jakimi kierował się Zamawiający przy wyborze oferty były: kryterium ceny oferty (90 %) oraz kryterium terminu realizacji (10 %).
- (16) Termin składania ofert ustalony został do dnia 8 stycznia 2015 r.
- (17) W dniu 8 stycznia 2015 r. Zamawiający dokonał otwarcia ofert.
- (18) Bezpośrednio przed otwarciem ofert, zamawiający podał kwotę, jaką zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia, tj. 1.423.068,94 zł. W postępowaniu złożono pięć ofert, które zawierały następujące ceny brutto:
- 361.447,80 zł - Firma Budowlana J&S Kurek Janusz;
 - 450.057,00 zł - Koczwara Stolarka Aluminiowa Sp. j. Z. Koczwara, H. Koczwara;
 - 478.913,93 zł - Przedsiębiorstwo Specjalistyczne TONAL Sp. z o.o.;
 - 676.377,00 zł - Przedsiębiorstwo Robót i Materiałów Budowlanych BRIMAT Sp. z o.o.;
 - 1.028.489,57 zł - Przedsiębiorstwo Produkcyjno-Handlowo-Uslugowe ZEGPOL.
- (19) Oferta Koczwara Stolarka Aluminiowa Sp. j. Z Koczwara, H. Koczwara została wykluczona w trybie art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2013 r. poz. 907 ze zm.¹, dalej: „Prawo zamówień publicznych”), z uwagi na fakt, że nie zawierała aktualnego odpisu z Krajowego Rejestru Sądowego. Przedsiębiorca wezwany do uzupełnienia dokumentów przesłał odpis wystawiony w dniu 19 stycznia 2015 r., tj. po terminie składania ofert, który upłynął w dniu 8 stycznia 2015 r.

Dowód: pismo Zamawiającego z dnia 23 stycznia 2015 r. (k. 756)

- (20) Oferta Przedsiębiorstwa Specjalistycznego TONAL Sp. z o.o. została wykluczona w trybie art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Prawo zamówień publicznych z uwagi na fakt, że nie zawierała dokumentów potwierdzających spełnienie warunku wiedzy i doświadczenia. Przedsiębiorca wezwany do uzupełnienia dokumentów, nie uzupełnił oferty o brakujące dokumenty.

Dowód: pismo Zamawiającego z dnia 23 stycznia 2015 r. (k. 756)

¹ Wersja ustawy obowiązująca w momencie ogłoszenia Przetargu, obecnie obowiązuje tekst jednolity opublikowany w Dzienniku ustaw 27.09.2019 r. (Dz. U. z 2019 r., poz. 1843)



- (21) Oferty ww. dwóch przedsiębiorców zostały odrzucone w trybie art. 89 ust. 1 pkt 5 ustawy Prawo zamówień publicznych, ponieważ zostali oni wykluczeni z postępowania.

Dowód: pismo Zamawiającego z dnia 23 stycznia 2015 r. (k. 755-756)

- (22) W trakcie trwania postępowania przetargowego Zamawiający zwrócił się do przedsiębiorcy J&S Janusz Kurek o złożenie wyjaśnień dotyczących ceny ofertowej, która zdaje się być rażąco niska, gdyż zachodzi w stosunku do niej jedna z okoliczności, wymienionych w art. 90 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych².

Dowód: pismo Zamawiającego do J&S Janusz Kurek z dnia 16 stycznia 2015 r. (k. 19)

- (23) W odpowiedzi J&S Janusz Kurek przedstawił założenia do kalkulacji ceny oraz podtrzymał złożoną ofertę wraz ze wszystkimi warunkami przedstawionymi na formularzu ofertowym. Jak wyjaśnił: „Ofertę skalkulowaliśmy zgodnie ze Specyfikacją Istotnych Warunków Zamówienia, Specyfikacją Techniczną, Projektem Wykonawczym oraz przedmiotem robót. (...) Po ponownej weryfikacji naszej oferty - jako producent ślusarki aluminiowej dysponujący własnymi wykwalifikowanymi pracownikami budowlanymi i monterami stolarki - podtrzymujemy naszą ofertę ww. przetargu wraz ze wszystkimi warunkami przedłożoną przez nas na formularzu ofertowym.”

Dowód: pismo J&S Janusz Kurek z dnia 19 stycznia 2015 r. (k. 47)

- (24) BRIMAT również został wezwany do złożenia wyjaśnień dotyczących ceny ofertowej, która zdawała się być rażąco niska, gdyż zachodziła w stosunku do niej jedna z okoliczności, wymienionych w art. 90 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Dowód: pismo Zamawiającego do BRIMAT z dnia 16 stycznia 2015 r. (k. 20)

- (25) W odpowiedzi BRIMAT wskazał, że oferta zawiera wszystkie czynniki cenowe związane nie tylko z zakupem materiałów, ale również robocizną i transportem. Jak wyjaśnił: „Materiały ujęte do kalkulacji posiadają wymagane Aprobaty oraz Atesty potrzebne do stosowania w budownictwie zgodnie z obecnie stosowanymi przepisami prawa, natomiast kadra odpowiedzialna za produkcję oraz ekipa montażowa są to pracownicy posiadający wieloletnie doświadczenie w realizacji podobnych zleceń.”

Dowód: pismo BRIMAT z dnia 20 stycznia 2015 r. (k. 51-52)

- (26) W przetargu została wybrana oferta J&S Janusz Kurek, która uzyskała 95,00 pkt.

- (27) O wyborze najkorzystniejszej oferty organizator przetargu poinformował przedsiębiorców pismem z dnia 23 stycznia 2015 r. W piśmie tym oprócz wskazania najkorzystniejszej oferty umieszczono również informacje ze streszczeniem i porównaniem złożonych ofert (ranking ofert), jak również wskazano odrzucone oferty oraz przedsiębiorców, którzy zostali wykluczeni z postępowania przetargowego.

Dowód: pismo Zamawiającego z dnia 23 stycznia 2015 r. (k. 754-757)

² Art. 90 ust. 1 Jeżeli cena oferty wydaje się rażąco niska w stosunku do przedmiotu zamówienia i budzi wątpliwości zamawiającego co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi przez zamawiającego lub wynikającymi z odrębnych przepisów, w szczególności jest niższa o 30% od wartości zamówienia lub średniej arytmetycznej cen wszystkich złożonych ofert, zamawiający zwraca się o udzielenie wyjaśnień, w tym złożenie dowodów, dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny (...)



(28) W dniu 26 stycznia 2015 r. organizator przetargu przesłał e-mailem do J&S Janusz Kurek (na adres e-mail: produkcja@jskazimierza.pl) informację, że umowa zostanie podpisana po 29.01.2015 r.

Dowód: e-mail z 26.01.2015 r., godz. 14:45 od [zakończony] do produkcja@jskazimierza.pl, tytuł: „Podpisanie umowy”, plik na płycie CD: export_JanuszKurek\dysk przenosny_export\Items\Podpisanie umowy.eml (k. 594)

(29) W dniu 27 stycznia 2015 r. organizator przetargu przesłał e-mailem do J&S Janusz Kurek (na adres e-mail: produkcja@jskazimierza.pl) wzór umowy z prośbą o uzupełnienie danych osoby reprezentującej firmę przy jej podpisywaniu oraz zapytanie czy w dniu następnym, tj. 28 stycznia 2015 r. reprezentant firmy będzie w Tarnobrzegu.

Dowód: e-mail z 27.01.2015 r., godz. 14:17 od [zakończony] do produkcja@jskazimierza.pl, tytuł: „ODP: Podpisanie umowy”, plik na płycie CD: export_JanuszKurek\JanuszKurek_OEM_KOMPUTER_export\Items\ODP_Podpisanie umowy.eml (k. 597-602)

(30) Tego samego dnia J&S Janusz Kurek udzielił informacji, że reprezentantem firmy przy podpisywaniu umowy będzie jej właściciel - Janusz Kurek. Jednocześnie poinformował Zamawiającego, że podpisanie umowy nie będzie możliwe 28 stycznia 2015 r., gdyż wcześniej wskazywano termin podpisania umowy po 29 stycznia 2015 r.

Dowód: e-mail z 27.01.2015 r., godz. 15:23 od produkcja@jskazimierza.pl do [zakończony], tytuł: „Re: Podpisanie umowy”, plik na płycie CD: export_JanuszKurek\JanuszKurek_OEM_KOMPUTER_export\Items\ODP_Podpisanie umowy_1.eml (k. 603)

(31) W dniu 29 stycznia 2015 r. Zamawiający w e-mailu zaproponował podpisanie umowy 30 stycznia 2015 r. i przesłał uzupełnioną umowę z nadanym przez Zamawiającego numerem.

Dowód: e-mail z 29.01.2015 r., godz. 08:49 od [zakończony] do JS Kazimierza, tytuł „ODP. Podpisanie umowy”, tytuł załącznika: „umowa ścianki aranżacyjne 30 01 2015.doc”), plik na płycie CD: export_JanuszKurek\JanuszKurek_OEM_KOMPUTER_export\Items\ODP_Podpisanie umowy_1.eml (k. 603-610)

(32) W dniu 30 stycznia 2015 r. z prywatnego adresu mailowego [zakończony] na adres firmowy J&S Janusz Kurek (produkcja@jskazimierza.pl) został przesłany e-mail od [zakończony] z BRIMAT (który pełnił funkcję Dyrektora BRIMAT w czasie, gdy przeprowadzany był Przetarg) z tego samego dnia, zawierający 3 załączniki, tj.:

- umowę na dostawę konstrukcji aluminiowej zawartej w dniu 3.12.2014 r. między BRIMAT a J&S Janusz Kurek na kwotę 32.604,88 zł netto i terminem dostawy do dnia 28.01.2015 r. w oparciu o zapytanie ofertowe BRIMAT z dnia 25.11.2014 r.,

- projekt dokumentu zatytułowanego „PROTOKÓŁ” spisany na okoliczność dostawy konstrukcji aluminiowej zgodnie z zapytaniem z dnia 25.11.2014 r. Projekt dokumentu nosi datę 28.01.2015 r.,

- projekt Umowy nr 1/2015 między BRIMAT (jako zamawiającym) a J&S Janusz Kurek (jako wykonawcą) na realizację zamówienia, będącego przedmiotem przetargu z datą jej zawarcia w dniu 30 stycznia 2015 r. Cena za usługę jest określona w wysokości 478.808,39 zł brutto, termin realizacji jest określony „do 60 dni od daty zawarcia umowy”. Kary umowne określono w następujący sposób (w § 9):

- 338,18 zł za każdy dzień opóźnienia w dostawie, ale
- maksymalnie 101 456,55 zł (§ 9 ust. 1);



- 67 637,70 zł w przypadku odstąpienia od umowy z przyczyn leżących po stronie J&S Janusz Kurek (§ 9 ust. 2);
- 338,18 zł w przypadku opóźnienia w przeprowadzeniu odbioru przedmiotu umowy, ale
- nie więcej niż 67 637,70 zł (§ 9 ust. 3);
- 67 637,70 zł w przypadku odstąpienia od umowy z przyczyn leżących po stronie BRIMAT (§ 9 ust. 4);
- łączna wysokość kar umownych nie mogła przekroczyć 67 637,70 zł (§ 9 ust. 6)

Dowód:

- e-mail z 30.01.2015 r., godz. 14:19 od Janusza Kurka [§<§<§<§<§<] do produkcja@jskazimierza, tytuł: „Fwd: umowy 1”,
 - załącznik do ww. e-maila o tytule: „umowa aluminium.docx”
 - załącznik do ww. e-maila o tytule: „Protokół odbioru.doc”,
 - załącznik do ww. e-maila o tytule: „Umowa końcowa Tarnobrzeg.doc”
 plik na płycie CD: export_JanuszKurek\JanuszKurek-dysk przenosny_export\Items\Fwd_umowy 1.eml (k. 611-619)

- (33) J&S Janusz Kurek odstąpił od podpisania umowy z Zamawiającym. Informację o odstąpieniu przesłał pismem z dnia 5 lutego 2015 r. Wskazał, że w związku z otrzymanymi informacjami od swoich dostawców o wzroście od dnia 2 lutego 2015 r. cen materiałów potrzebnych do wykonania przedmiotu zamówienia musi zrezygnować z podpisania umowy.

Dowód: pismo J&S Janusz Kurek z dnia 5 lutego 2015 r. (k. 26)

- (34) W związku z rezygnacją przez J & S Janusz Kurek z podpisania umowy Zamawiający na podstawie art. 94 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych wybrał ofertę najkorzystniejszą spośród pozostałych ofert złożonych dla zadania częściowego nr 1 bez przeprowadzania ich ponownego badania i oceny. Tym samym za najkorzystniejszą została uznana oferta BRIMAT, która uzyskała 53,09 pkt. Zamawiający poinformował o nowym wyborze pismem z dnia 5 lutego 2019 r.

Dowód: - pismo Zamawiającego z dnia 5 stycznia 2015 r. (k. 25),
 - pismo Zamawiającego z dnia 23 stycznia 2015 r. (k. 755)

- (35) J&S Janusz Kurek w dniu 13 lutego 2015 r. wysłał do BRIMAT e-mail o treści: „Witam, Do p. Jakuba” z załącznikiem o nazwie „noname.doc”. Załącznik stanowi projekt upoważnienia dla Pana [§<§<§<§<§<], pracownika J&S Janusz Kurek, do reprezentowania BRIMAT w sprawach związanych z realizacją Przetargu.

Dowód: e-mail z 13.02.2015 r., godz. 09:55 od produkcja@jskazimierza.pl do BRIMAT, tytuł: „noname.doc”, tytuł załącznika: „noname.doc”, plik na płycie CD: export_JanuszKurek\JanuszKurek-dysk przenośny_export\Items\Noname.doc.eml (k. 620-621)

- (36) W dniu 16 lutego 2015 r. BRIMAT wysłał e-mail do J&S Janusz Kurek z załącznikiem, który stanowił dokument na firmowym papierze BRIMAT w formacie .pdf zawierający upoważnienie dla Pana [§<§<§<§<§<] podpisane przez [§<§<§<§<§<] - Dyrektora BRIMAT do reprezentowania BRIMAT w sprawach związanych z realizacją Przetargu.

Dowód: e-mail z 16.02.2015 r., godz. 08:55 od BRIMAT do produkcja@jskazimierza.pl, tytuł: „Upoważnienie”, tytuł załącznika: „150216085217-001.pdf”, plik na płycie CD: export_JanuszKurek\JanuszKurek_OEM_KOMPUTER_export\Items\Upoważnienie.eml (k. 622-623)



- (37) Umowa Zamawiającego, tj. Gminą Tarnobrzeg z BRIMAT na realizację zamówienia, będącego przedmiotem przetargu została zawarta w dniu 16 lutego 2015 r.

Dowód: Umowa NR Or.VII.272.13.2015 (k. 297-301)

- (38) W tym samym dniu, tj. 16 lutego 2015 r. pomiędzy BRIMAT a J&S Janusz Kurek została zawarta umowa na dostawę wraz z montażem ścianek aranżacyjnych aluminiowych z wypełnieniem z płyty meblowej i szkła bezpiecznego matowego - dla Inwestora: Urząd Miasta Tarnobrzeg w budynku Inkubatora na terenie TPPT w Zakrzowie. Wartość umowy strony określiły na kwotę 518.927,00 zł brutto.

Dowód: Umowa NR 1/2015 z dnia 16 lutego 2015 r. (k. 238-241, 284-287)

- (39) Treść tej umowy była identyczna jak treść umowy zawartej przez BRIMAT z Gminą Tarnobrzeg. Obie umowy różniły się jedynie ceną oraz sposobem określenia kar umownych. BRIMAT zawarł bowiem z Gminą umowę na kwotę 676.377,00 zł, a z J&S Janusz Kurek na kwotę niższą o 157.450,00 zł. W obu umowach wskazano termin realizacji umowy do dnia 16 kwietnia 2015 r. W obu umowach wartość kar umownych była identyczna, chociaż określona w różny sposób. Zestawienie różnic występujących w tych umowach przedstawia poniższa tabela:

Tabela nr 1 - wykaz różnic pomiędzy umową zawartą na realizację przetargu oraz umową podwykonawstwa

	Umowa BRIMAT z Gminą	Umowa BRIMAT z J&S Janusz Kurek
Wartość umowy	676.377,00 zł	518.927,00 zł
Termin realizacji umowy	do dnia 16.04.2015 r.	do dnia 16.04.2015 r.
Kara umowna za każdy dzień opóźnienia w dostawie (§ 9 ust. 1)	0,05% wartości umowy (676.377 zł x 0,05% = 338,18 zł)	338,18 zł
Maksymalna kara umowna za opóźnienie w dostawie (§ 9 ust. 1)	15% wartości umowy (676.377 zł x 15% = 101.456,55 zł)	101.456,55 zł
Kara umowna za odstąpienie z przyczyn leżących po stronie Wykonawcy umowy (§ 9 ust. 2)	10% wartości umowy (676.377 zł x 10% = 67.637,70 zł)	67.637,70 zł
Kara umowna za każdy dzień opóźnienia w odbiorze (§ 9 ust. 3)	0,05% wartości umowy (676.377 zł x 0,05% = 338,18 zł)	338,18 zł
Maksymalna kara umowna za opóźnienie w odbiorze (§ 9 ust. 3)	10% wartości umowy (676.377 zł x 10% = 67.637,70 zł)	67.637,70 zł
Kara umowna za odstąpienie z przyczyn leżących po stronie Zamawiającego (§ 9 ust. 4)	10% wartości umowy (676.377 zł x 10% = 67.637,70 zł)	67.637,70 zł
Maksymalna łączna wysokość kar umownych	10% wartości umowy	67.637,70 zł



(§ 9 ust. 6)	(676.377 zł x 10% = 67.637,70 zł)	
--------------	--------------------------------------	--

Źródło: opracowanie własne na podstawie akt sprawy

Analiza treści ww. umów wskazuje, że zarówno kary umowne jednostkowe za każdy dzień opóźnienia realizacji umów jak i kary maksymalne zostały ustalone w takiej samej wysokości. To samo dotyczy kar umownych za odstąpienie od umowy.

Dowód: - Umowa NR Or.VII.272.13.2015 (k. 297-301),
- Umowa NR 1/2015 z dnia 16 lutego 2015 r. (k. 238-241, 284-287)

- (40) W dniu 25 lutego 2015 r. J&S Janusz Kurek przesłał samemu sobie wiadomość z załącznikiem zawierającym projekt umowy NR 1.2015 z BRIMAT z datą jej zawarcia w dniu 16 lutego 2015 r. Projekt ten od ostatecznej umowy podpisanej w dniu 16 lutego 2015 r. różnił się w zakresie określenia terminu realizacji. W projekcie tym termin realizacji jest wskazany poprzez użycie sformułowania: „do 2 miesięcy od daty zawarcia umowy tj. do dnia 17.04.2015 r.” podczas gdy w umowie ostatecznej jest to określenie: „do dnia 16.04.2015 r.”

W § 9 tego projektu umowy wskazane są inne wysokości kar umownych, są to odpowiednio kwoty: 259,46 zł (za każdy dzień opóźnienia) oraz 51.892,70 zł (maksymalna wysokość kar umownych) zamiast kwot zawartych w umowie ostatecznej pomiędzy BRIMAT oraz J&S Janusz Kurek, tj. kwot 338,18 zł (za każdy dzień opóźnienia), 67.637,70 zł (maksymalna wysokość kar umownych) oraz 101.456,55 zł (maksymalna kara umowna za opóźnienie w dostawie).

Dowód: e-mail z 25.02.2015 r., godz. 08:50 od JS Kazimierza (produkcja@jskazimierza.pl) do J&S Produkcja, tytuł: Wysyłanie wiadomości e-mail: umowa ścianki aranżacyjne 16 02 2015 Brimat.doc, tytuł załącznika: „umowa ścianki aranżacyjne 16 02 2015 Brimat.doc, plik na płycie CD: export_JanuszKurek\JanuszKurek_OEM_KOMPUTER_export\Items\Wysyłanie wiadomości e-mail_umowa ścianki aranżacyjne 16 02 2015 Brimat.doc.eml (k. 624-628)

Wyjaśnienia złożone przez uczestników postępowania

- (41) Na etapie postępowania wyjaśniającego BRIMAT wyjaśnił, że z J&S Janusz Kurek współpracował jednorazowo tylko przy realizacji Przetargu. Spółka nie była w stanie udzielić odpowiedzi na pytanie czy przystępując do Przetargu zakładała, że dostawcą stolarki aluminiowej będzie J & S Janusz Kurek.

Dowód: pismo BRIMAT z 13 września 2017 r. (k. 243)

- (42) W kolejnym piśmie z 13 lipca 2017 r. BRIMAT wyjaśnił, że umowa została zawarta z J&S Janusz Kurek z uwagi na fakt, że był on ich podwykonawcą i dlatego umowa została podpisana z nim tego samego dnia co umowa z Gminą Tarnobrzeg.

Dowód: pismo BRIMAT z 13 lipca 2017 r., które wpłynęło do Delegatury UOKiK 26 października 2017 r. (k. 257)

- (43) J&S Janusz Kurek wezwany do wyjaśnienia, dlaczego wycofał się z podpisania oferty, skoro wcześniej informował Zamawiającego, że podtrzymuje swoją ofertę, wskazał, że podjął taką decyzję po przeprowadzeniu wizji lokalnej i informacji od dostawców o podwyżce cen materiałów potrzebnych do wykonania zadania. Wyjaśnił, że przy kalkulacji oferty nie wziął pod uwagę utrudnionego i specyficznego sposobu montażu. Zapytany czy kiedykolwiek współpracował z BRIMAT przy wykonywaniu zlecenia w ramach zamówienia publicznego odpowiedział, że nie. W kolejnym piśmie doprecyzował, że współpraca z tym przedsiębiorcą była jednorazowa.



Dowód: - pismo J&S Janusz Kurek z dnia 2 marca 2017 r. (k. 180),
- pismo Prezesa UOKiK do J&S Janusz Kurek z dnia 27 marca 2017 r. (k. 191-192),
- pismo J&S Janusz Kurek z dnia 4 kwietnia 2017 r. (k. 195)

- (44) Na wezwanie Prezesa UOKiK J&S Janusz Kurek nie przedstawił szczegółowych kalkulacji ani ofert otrzymanych od dostawców, na podstawie których podjął decyzję o niepodpisaniu umowy. Wskazał, że nie przeprowadził szczegółowej kalkulacji z nowymi cenami, a decyzję podjął w oparciu o samą informację o podwyżce cen materiałów.

Dowód: - pismo Prezesa UOKiK do J&S Janusz Kurek z dnia 17 lutego 2017 r. (k. 178- 179),
- pismo J&S Janusz Kurek z dnia 2 marca 2017 r. (k. 180),
- pismo J&S Janusz Kurek z dnia 4 kwietnia 2017 r. (k. 195)

- (45) Gmina zapytana, czy zamówienie dotyczące przetargu obejmowało skomplikowany i nietypowy montaż stolarki odpowiedziała, że zamówienie związane było z nietypowym systemem zabudowy i było skomplikowane pod względem technicznym. Jednocześnie z projektu wykonawczego (projektów i rysunków) z jakimi przedsiębiorcy mogli się zapoznać na etapie przystępowania do przetargu można było odczytać utrudnienia techniczne jakie napotka wykonawca realizujący dostawę i montaż ścianek aranżacyjnych.

Dowód: - pismo Gminy z dnia 14 kwietnia 2017 r. (k. 199-200),
- pismo Gminy z dnia 1 września 2017 r. (k. 242)

- (46) W dniu 5 czerwca 2018 r. Janusz Kurek wyjaśnił, że z BRIMAT współpracował tylko raz przy realizacji Przetargu. Ponadto wskazał, że to BRIMAT skontaktował się z jego firmą po tym jak wycofał się z podpisania umowy na wygrany przetarg. Sama umowa z BRIMAT została podpisana korespondencyjnie. Wskazał, że pracując jako podwykonawca BRIMAT po raz pierwszy wykonywali zamówienie na taki rodzaj ścianek, które były przedmiotem umowy.

Dowód: Załącznik nr 7 do protokołu przeszukania, plik na płycie CD „Wyjaśnienia J. Kurek”: 2018.06.05_08.07_02.MP3 (k. 583)

- (47) W piśmie z dnia 14 stycznia 2019 r. J&S Janusz Kurek wskazał, że decyzja o odstąpieniu od zawarcia umowy na wygrany przetarg była spowodowana dwiema okolicznościami:

- a) W procesie przygotowywania oferty doszło do błędu pracownika, który przygotowywał kalkulację oferty. Pracownik ten nie uwzględnił ceny całego towaru podlegającego dostawie, w efekcie czego wykonanie prac po cenach określonych w ofercie nie było opłacalne. Błąd ten został ujawniony dzień przed złożeniem oświadczenia o odstąpieniu od zawarcia umowy z Gminą Tarnobrzeg;
- b) Przy kalkulacji oferty nie wzięto pod uwagę utrudnionego i specyficznego montażu, który został dostrzeżony po wizji lokalnej, która miała miejsce przed złożeniem oświadczenia o odstąpieniu od zawarcia umowy. W dniu 19 stycznia 2015 r., kiedy J&S Janusz Kurek podtrzymał swoją ofertę nie dysponował jeszcze wiedzą o ww. błędzie pracownika firmy, a także o utrudnieniach technicznych jakie mógłby napotkać wykonawca realizujący dostawę i montaż ścianek aranżacyjnych.

- (48) Ponadto J&S Janusz Kurek wyjaśnił, że z BRIMAT nie łączyła go stała współpraca biznesowa, a zawarcie umowy z dnia 16 lutego 2015 r. nastąpiło po uprzednim złożeniu przez BRIMAT zapytania ofertowego i nie było poprzedzone ustaleniami w przedmiocie zachowania w ramach postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Przed dniem 5 lutego 2015 r. nie były prowadzone jakiegokolwiek rozmowy ani dotyczące zachowania w ramach postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, ani dotyczące zawarcia umowy na dostawę wraz z montażem ścianek aranżacyjnych aluminiowych dla inwestora Gminy Tarnobrzeg.



Dowód: pismo J&S Janusz Kurek z dnia 14 stycznia 2019 r. (k. 649-653)

- (49) W kolejnym piśmie z 29 marca 2019 r. J&S Janusz Kurek wskazał, że błąd jego pracownika przy przygotowywaniu oferty polegał na niewłaściwym odczycie parametrów stolarki aluminiowej z rysunku technicznego o 200 m² powierzchni ścianek aranżacyjnych ALU z wypełnieniem z płyty meblowej i szyby bezpiecznej. Powyższy błąd ujawnił się dopiero dzień przed odstąpieniem od zawarcia umowy z Gminą Tarnobrzeg. Wykonano wówczas pomiary, które umożliwiły wykrycie błędu. Ponadto na etapie przygotowywania i kalkulacji oferty nie wzięto pod uwagę utrudnionego montażu. Dostarczenie gotowych konstrukcji ścianek aluminiowych na miejsce montażu (1 piętro) było utrudnione z powodu zbyt wąskiej klatki schodowej. Gotowe konstrukcje musiały być demontowane przez pracowników na mniejsze elementy i po wniesieniu tych konstrukcji na miejsce docelowe ponownie montowane. Dodatkowym utrudnieniem montażowym był fakt, że pod warstwą podłoża, do którego miały być montowane ścianki aluminiowe, przebiegała instalacja elektryczna. W ocenie J&S Janusz Kurek informacje o tym nie wynikały ze Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia.

Dowód: pismo J&S Janusz Kurek z dnia 29 marca 2019 r. (k. 664-666)

- (50) Odnosząc się do projektu umowy z BRIMAT z dnia 30 stycznia 2015 r. J&S Janusz Kurek wskazał, że data jaką ów projekt jest opatrzony nie świadczy o tym, iż tego dnia został on przygotowany. Taki stan rzeczy mógł być wynikiem chociażby omyłkowego niedokonania zmiany daty we wzorze umowy (na podstawie którego umowa mogła zostać przygotowana). Przedsiębiorca ponownie podkreślił, że zawarcie umowy z BRIMAT w dniu 16 lutego 2015 r. nie było poprzedzone żadnymi ustaleniami w przedmiocie zachowania J&S Janusz Kurek w ramach postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Wskazał również, że umowa pomiędzy nim a BRIMAT nie mogła zostać sporządzona przed dniem odstąpienia od podpisania umowy z Gminą Tarnobrzeg (tj. przed 5 lutego 2015 r.), gdyż przed tą datą nie podjął rozmów z BRIMAT w przedmiocie zawarcia umowy dotyczącej przetargu ogłoszonego przez Gminę Tarnobrzeg.

Dowód: pismo J&S Janusz Kurek z dnia 29 marca 2019 r. (k. 664-666)

- (51) W piśmie z dnia 3 czerwca 2019 r. J&S Janusz Kurek uzupełnił wcześniejsze wyjaśnienia wskazując, że na jego decyzję o rezygnacji z podpisania umowy z Gminą wpływ miało także otrzymanie informacji od dostawców o wzroście od dnia 2 lutego 2015 r. cen materiałów potrzebnych do wykonywania przedmiotu zamówienia, tj. o niemożności zapewnienia przez dostawców cen materiałów w wysokości wskazanej w ofercie złożonej w przetargu. Dowody na tą okoliczność nie zostały przedstawione przez przedsiębiorcę, ani też nie pozyskano ich w trakcie przeprowadzonego przeszukania.

Dowód: pismo J&S Janusz Kurek z dnia 3 czerwca 2019 r. (k. 689-692)

- (52) Ponadto J&S Janusz Kurek wskazał dodatkowe okoliczności - a mianowicie, że już w planowanym dniu zawarcia umowy z Gminą Tarnobrzeg informował pracowników Gminy o okolicznościach stojących u podstaw rezygnacji z zawarcia umowy. Fakt wystosowania pisma potwierdzającego rezygnację z zawarcia umowy dopiero w dniu 5 lutego 2015 r. wynikał z faktu, że był przekonany, iż niepodpisanie umowy z Gminą w ustalonym terminie będzie równoznaczne z rezygnacją z realizacji zamówienia. Dopiero w następstwie przeprowadzonej rozmowy z pracownikami Gminy Tarnobrzeg, którzy przekazali informację o konieczności złożenia pisma potwierdzającego rezygnację z wykonania zamówienia J & S Janusz Kurek złożył na piśmie wolę odstąpienia od zawarcia umowy z Gminą Tarnobrzeg.

Dowód: pismo J&S Janusz Kurek z dnia 3 czerwca 2019 r. (k. 689-692)



(53) J&S Janusz Kurek wskazał również, że w dniu 30 stycznia 2015 r. na adres [§<§<§<§<§<] została przesłana wiadomość mailowa od BRIMAT.

Ta wiadomość mailowa została przekazana przez Janusza Kurka bez zapoznania się z jej treścią na adres produkcja@jskazimierza.pl. Właściciel firmy wielokrotnie stosował praktykę przekazywania wiadomości mailowych dotyczących działalności gospodarczej bez zapoznania się z ich treścią z prywatnego adresu mailowego na firmowy adres mailowy. Miało to służyć temu, by daną sprawą zajęli się pracownicy zatrudniani przez niego. Przedsiębiorca nie posiada wiedzy, dlaczego BRIMAT już w dniu 30 stycznia 2015 r. przygotował projekt umowy podwykonawstwa na realizację Przetargu. Podkreślił, że o propozycji zawarcia umowy z BRIMAT dowiedział się dopiero po dniu, w którym oferta BRIMAT została wybrana w ramach Przetargu.

W tym miejscu wskazać należy, że do ww. wiadomości e-mail zostały załączone:

- projekt umowy na dostawę konstrukcji aluminiowych z dnia 3 grudnia 2014 r. zawarty między BRIMAT a J&S Janusz Kurek,
- projekt protokołu z dnia 28 stycznia 2015 r. stwierdzający, że materiał został dostarczony zgodnie z zamówieniem,
- projekt umowy podwykonawstwa na realizację Przetargu zawarty między BRIMAT a J&S Janusz Kurek (umowa nr 1/2015).

Dowód: - pismo J&S Janusz Kurek z dnia 3 czerwca 2019 r. (k. 689-692)

- e-mail z 30.01.2015 r., godz. 14:19 od Janusza Kurka [§<§<§<§<§<] do produkcja@jskazimierza, tytuł: „Fwd: umowy 1”,

- załącznik do ww. e-maila o tytule: „umowa aluminium.docx”

- załącznik do ww. e-maila o tytule: „Protokół odbioru.doc”,

- załącznik do ww. e-maila o tytule: „Umowa końcowa Tarnobrzeg.doc”

plik na płycie CD: export_JanuszKurek\JanuszKurek-dysk przenosny_export\Items\Fwd_umowy 1.eml (k. 611-619)

(54) Jak wyjaśnił [§<§<§<§<§<] (który w czasie przeprowadzania Przetargu pełnił funkcję Dyrektora w BRIMAT) w piśmie z dnia 22 października 2019 r. - współpraca z J&S Janusz Kurek została nawiązana w 2015 r., tego samego dnia, w którym podpisana została umowa BRIMAT z Gminą Tarnobrzeg. Przed tą datą BRIMAT zawarł umowę z J&S Janusz Kurek, ale umowa ta nie weszła w życie, ponieważ została unieważniona (umowa ta została zawarta 3 grudnia 2014 r. na realizację dostawy konstrukcji aluminiowej). Przyczyną zaś nawiązania współpracy była chęć optymalizacji kosztów przy realizacji zadania, które było przedmiotem Przetargu. Na przestrzeni lat 2010-2015 BRIMAT współpracował z J&S Janusz Kurek przy realizacji tylko tego jednego kontraktu na rzecz Gminy Tarnobrzeg.

Dowód: - pismo [§<§<§<§<§<] z dnia 22 października 2019 r. (k. 703-706),

- Umowa na dostawę konstrukcji aluminiowej z 3 grudnia 2014 r., załącznik nr 5 do Załącznika nr 5 do protokołu przeszukania z 4 czerwca 2018 r. (k. 561-562)

(55) Jak wyjaśnił dalej [§<§<§<§<§<] w okresie od stycznia do lutego 2015 r. miało miejsce kilka rozmów z organizatorem przetargu, z których wynikało, że J&S Janusz Kurek nie przystąpi do podpisania umowy z Gminą Tarnobrzeg w wyznaczonym terminie, bo zgłosił rezygnację, a oferty dwóch innych uczestników zostały z przyczyn proceduralnych odrzucone. Następnego dnia po wyznaczonym terminie na zawarcie umowy pomiędzy J&S Janusz Kurek a Gminą Tarnobrzeg BRIMAT uzyskał informację, że J&S Janusz Kurek nie przystąpił do podpisania umowy i dlatego jeszcze tego samego dnia BRIMAT zwrócił się drogą mailową do J&S Janusz Kurek z zapytaniem ofertowym czy firma ta podjęłaby się realizacji zadania na to zlecenie. Zapytanie ofertowe miało formę projektu umowy. Przedsiębiorcy wcześniej nie współpracowali przy realizacji jakiegokolwiek umowy i nie było między nimi wzajemnego zaufania. Przesłany projekt umowy skracał obu stronom czas niezbędnych negocjacji treści umowy pomiędzy obiema firmami. Czas był wówczas najistotniejszym wyznacznikiem działania BRIMAT, ponieważ termin realizacji umowy był bardzo krótki. Na zapytanie ofertowe wysłane mailem J&S Janusz Kurek nie odpowiedział i BRIMAT uznał, że



nie jest zainteresowany tym zapytaniem ofertowym. BRIMAT stając do podpisania umowy z Gminą Tarnobrzeg był przekonany, że zadanie będzie wykonywać samodzielnie bez podwykonawców.

Dowód: pismo [§<§<§<§<§<] z dnia 22 października 2019 r. (k. 703-706)

(56) Po otrzymaniu Szczegółowego Uzasadnienia Zarzutów tylko jeden z przedsiębiorców - J&S Janusz Kurek odniósł się do jego treści. W piśmie z dnia 7 kwietnia 2020 r. wniósł o dopuszczenie i przeprowadzenie dowodu z przesłuchania osób zatrudnionych w Urzędzie Miasta Tarnobrzeg wykonujących obowiązki pracownicze związane z Przetargiem. Wnioskowany dowód miałby zostać przeprowadzony na okoliczność czy przed dniem 5 lutego 2015 r. (tj. na dzień złożenia przez J&S Janusz Kurek oświadczenia o rezygnacji z realizacji zamówienia), a także czy przed dniem 30 stycznia 2015 r.:

- Janusz Kurek prowadził rozmowy telefoniczne z pracownikami Urzędu Miasta Tarnobrzeg (czy złożył ustne oświadczenie o rezygnacji ze złożenia zamówienia),
- jakie przyczyny rezygnacji z realizacji zamówienia wskazał J&S Janusz Kurek,
- czy pracownicy Urzędu Miasta Tarnobrzeg przekazali Januszowi Kurkowi informację o konieczności złożenia pisma potwierdzającego rezygnację z wykonania zamówienia (kiedy taka informacja została przekazana Januszowi Kurkowi).

(57) J&S Janusz Kurek ponownie wskazał, że w planowanym dniu zawarcia umowy z Gminą Tarnobrzeg informował pracowników Gminy Tarnobrzeg o okolicznościach stojących u podstaw rezygnacji z zawarcia umowy. Fakt wystosowania pisma potwierdzającego rezygnację dopiero w dniu 5 lutego 2015 r. wynikał z tego, że J&S Janusz Kurek uznał, że zgodnie z pkt. 15.9 SIWZ, który stanowi: „*jeśli Wykonawca, którego oferta została wybrana uchyli się od zawarcia umowy w sprawie zamówienia publicznego lub nie wnosi wymaganego zabezpieczenia należytego do wykonania umowy, Zamawiający może wybrać ofertę najkorzystniejszą spośród pozostałych ofert, bez przeprowadzania ich ponownej oceny, chyba, że zachodzą przesłanki do unieważnienia postępowania (...)*” niepodpisanie przez niego umowy z Gminą Tarnobrzeg w ustalonym terminie będzie równoznaczne z rezygnacją z realizacji zamówienia na rzecz Gminy. J&S Janusz Kurek dopiero po przeprowadzonej rozmowie z pracownikami Gminy, którzy mu przekazali informację o konieczności złożenia pisma potwierdzającego złożenie rezygnacji z wykonania zamówienia, złożył on pismo wyrażające wolę odstąpienia od zawarcia umowy z Gminą.

Dowód: pismo J&S Janusz Kurek z dnia 7 kwietnia 2020 r. (k. 789-791)

(58) J&S Janusz Kurek powtórzył również argumenty przedstawione w piśmie z dnia 29 marca 2019 r., że decyzja o niepodpisaniu umowy z Gminą Tarnobrzeg nie miała nic wspólnego z faktem podpisania umowy na podwykonawstwo z BRIMAT w dniu 16 lutego 2015 r.

(62) J&S Janusz Kurek przedstawił również stanowisko, zgodnie z którym zastosowanie art. 6 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów wymaga zbadania nie tylko samego porozumienia, ale i okoliczności towarzyszących jego zawarciu i realizacji. W jego ocenie ustalenie relacji między przedsiębiorcami zaangażowanymi w zarzucaną praktykę stanowi konieczny wstęp do oceny ich działań, przy czym konieczne jest zbadanie całego kontekstu relacji między nimi i na poparcie przedstawionej tezy przytoczył wyrok Sądu Apelacyjnego w Warszawie z dnia 10 kwietnia 2006 r., sygn. akt 133/06.

(63) Ponadto wskazał, że art. 6 ust. 1 pkt 7 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów zakazuje uzgodnień dotyczących warunków składania ofert, uzgodnionych przed przystąpieniem do przetargu i jego rozstrzygnięciem. Jeśli zaś na etapie wstępnym procedury przetargowej takie uzgodnienia nie nastąpiły, to sama umowa zawarta w wyniku przeprowadzenia postępowania przetargowego nie może być oceniana jako praktyka antykonkurencyjna.



Dowód: pismo J&S Janusz Kurek z dnia 7 kwietnia 2020 r. (k. 789-791)

Ustalenia dotyczące powiązań między przedsiębiorcami przed i w trakcie analizowanego postępowania przetargowego

- (64) W trakcie trwania postępowania antymonopolowego zgromadzono następujące dowody na okoliczność współpracy pomiędzy przedsiębiorstwami:
- Kopię umowy zawartej pomiędzy BRIMAT i J & S Janusz Kurek w Rzeszowie w dniu 3 grudnia 2014 r. (tj. przed ogłoszeniem analizowanego postępowania przetargowego przez Gminę Tarnobrzeg) na dostawę konstrukcji aluminiowej według zapytania ofertowego z dnia 25 listopada 2014 r. Treść tej umowy wraz z protokołem odbioru została przesłana przez BRIMAT mailem z dnia 30 stycznia 2015 r. na prywatną skrynkę mailową Janusza Kurka (zał. Nr 5 i 6 załącznika nr 5 do protokołu przeszukania) (k. 561-562, 566-567),
 - Kopię podpisanego protokołu z dnia 28 stycznia 2015 r. spisanego na okoliczność realizacji ww. umowy (zał. Nr 5 załącznika nr 5 do protokołu przeszukania) (k. 563),
 - Kopię Faktury VAT 2/USG/2015 z dnia 28 stycznia 2015 r. wystawioną przez J&S Janusz Kurek na BRIMAT na dostawę konstrukcji aluminiowej (zał. Nr 5 załącznika nr 5 do protokołu przeszukania) (k. 564-565),
 - Projekt upoważnienia dla Pana [REDAKOWANE] (pkt 35 ustaleń faktycznych),
 - Kopia upoważnienia dla Pana [REDAKOWANE] (pkt 36 ustaleń faktycznych)
 - Projekt Umowy nr 1/2015 z dnia 30 stycznia (pkt 32 ustaleń faktycznych)
 - Projekt umowy - „Umowa NR 1.2015” z datą 16.02.2015 r. na dostawę wraz z montażem ścianek aluminiowych dla Urzędu Miasta Tarnobrzeg w budynku Inkubatora na terenie TPPT w Zakrzowie na kwotę 518.927,00 zł brutto z terminem realizacji określonym następująco: „do 2 miesięcy od daty zawarcia umowy tj. do dnia 17.04.2019 r.” oraz karami umownymi w następujących wysokościach: 259,46 zł oraz 51892,70 zł. Projekt ten jest podpisany przez wykonawcę tj. J&S Janusz Kurek (zał. Nr 8 załącznika nr 5 do protokołu przeszukania). (k. 576-579)
 - Umowę nr 1/2015 z dnia 16 lutego 2015 r. między J&S Janusz Kurek a BRIMAT (pkt 38 ustaleń faktycznych).

2. OCENA PRAWNA

2.1 ZAKAZ POROZUMIEŃ OGRANICZAJĄCYCH KONKURENCJĘ

(63) W rozdziale 2 zostanie przedstawiona ocena prawna ustaleń faktycznych przedstawionych w rozdziale 1.

(64) Stronom postępowania został postawiony zarzut naruszenia art. 6 ust. 1 pkt 7 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów zgodnie z którym, „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”. Takie porozumienie w doktrynie prawa konkurencji określane jest jako „zmowa przetargowa”.

2.2 INTERES PUBLICZNY

(65) Zgodnie z art. 1 ust. 1 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów określa ona „warunki rozwoju i ochrony konkurencji oraz zasady podejmowanej w interesie publicznym ochrony interesów przedsiębiorców i konsumentów”. Tak określony cel ustawy oznacza, że ma ona charakter publiczny i służy ochronie interesu publicznego (ogólnospołecznego). Interes publiczny nie jest pojęciem stałym, a jest konkretyzowany w każdej sprawie.



- (66) Taki charakter ustawy oznacza, że Prezes Urzędu nie może podejmować działań w celu ochrony interesów indywidualnych. Ochrona konkurencji jako mechanizmu funkcjonowania gospodarki dokonywana jest ze względu na fakt, że praktyki naruszające zakaz zawierania porozumień ograniczających konkurencję godzą w interes odbiorców, a ostatecznie w dobrobyt konsumenta. Interes publiczny w postępowaniu administracyjnym nie jest pojęciem jednolitym i stałym. W każdej sprawie winien być on ustalony i konkretyzowany.
- (67) Takie stanowisko konsekwentnie prezentuje Sąd Okręgowy w Warszawie - Sąd Ochrony Konkurencji i Konsumentów³. Sąd ten stoi na stanowisku, że „*publiczny* oznacza dotyczący ogółu, dotyczący ogółu a nie jednostki, czy też określonej grupy. A zatem podstawą do zastosowania przez Prezesa Urzędu przepisów ustawy antymonopolowej winno być uprzednie stwierdzenie, że został naruszony interes publicznoprawny, a nie interes prawny jednostki czy też grupy”.
- (68) Podobnie Sąd Najwyższy stwierdził, iż „*ustawa antymonopolowa ma charakter publicznoprawny, zatem jej celem jest służyć interesom publicznym. Ingeruje, gdy w wyniku pewnych ogólnych zjawisk zagrożona jest sama instytucja konkurencji. Nie odnosi się do ochrony roszczeń indywidualnych*”⁴.
- (69) Przedmiotem niniejszego postępowania jest zмова przetargowa, tj. rodzaj horyzontalnego (zawartego pomiędzy konkurentami) porozumienia zaliczanego do najcięższych naruszeń prawa ochrony konkurencji. Porozumienia takie zazwyczaj wywołują niekorzystne skutki na rynku, zniekształcając ten rynek, ograniczając albo eliminując na nim konkurencję, przez co naruszają interes ogólnospołeczny. Uzgodnienie pomiędzy konkurentami treści składanych w trakcie przetargu ofert lub/oraz zachowania w toku prowadzonego przetargu mogą wpływać negatywnie na poziom cen oraz zakres wyboru i jakość usług dostępnych dla zamawiającego. Zawieranie pomiędzy przedsiębiorcami zmów przetargowych może ograniczać lub nawet eliminować oczekiwane, pozytywne efekty przetargu jako pola walki konkurencyjnej. Zmowy przetargowe są szczególnie szkodliwe, jeżeli dotyczą zamówień publicznych, powodują bowiem niekorzystne rozporządzenie środkami publicznymi, przez co pośrednio narażają na straty ogół społeczeństwa. Zmowy przetargowe powodują zakłócenie funkcjonowania systemu zamówień publicznych poprzez zniweczenie celu, jaki ma być osiągnięty w drodze przetargu, a mianowicie wyboru najkorzystniejszej oferty złożonej przez oferentów w warunkach konkurencji.
- (70) Z powyższych względów w niniejszej sprawie została spełniona przesłanka naruszenia interesu publicznego, a zatem istniały podstawy dla przeprowadzenia analizy zachowań stron postępowania w świetle zakazu stosowania praktyk ograniczających konkurencję.

2.3 PRZEDSIĘBIORCA

- (71) Adresatami zakazów prawa konkurencji są „przedsiębiorcy”. Pojęcie to na potrzeby stosowania ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów zostało zdefiniowane w art. 4 pkt. 1 tej ustawy. W zakres tej definicji wchodzi między innymi przedsiębiorcy w rozumieniu ustawy z dnia 6 marca 2018 r. - Prawo przedsiębiorców (Dz. U. z 2019 r. poz. 1292 ze zm.).
- (72) Zgodnie z art. 4 ust. 1 Prawa przedsiębiorców: „*Przedsiębiorcą jest osoba fizyczna, osoba prawna lub jednostka organizacyjna niebędąca osobą prawną, której odrębna ustawa przyznaje zdolność prawną, wykonująca działalność gospodarczą.*” Działalnością gospodarczą jest „*zorganizowana działalność zarobkowa, wykonywana we własnym imieniu i w sposób ciągły*” (art. 3 ww. ustawy).

³ Np. wyrok z dnia 27 czerwca 2001 r., sygn. akt XVII Ama 92/00,

⁴ Wyrok Sądu Najwyższego z 29 maja 2001 r., sygn. akt I CKN 1217/98



- (73) Za przedsiębiorcę uznaje się więc podmiot, który spełnia łącznie określone ww. przepisami kryteria podmiotowe i przedmiotowe: po pierwsze jest osobą fizyczną, osobą prawną lub jednostką organizacyjną niebędącą osobą prawną, której ustawa przyznaje zdolność prawną, po drugie wykonuje we własnym imieniu działalność gospodarczą.
- (74) Strony niniejszego postępowania prowadzą we własnym imieniu działalność gospodarczą na podstawie wpisów do Krajowego Rejestru Sądowego oraz do Centralnej Ewidencji Informacji Działalności Gospodarczej, posiadają zatem status przedsiębiorcy w rozumieniu przepisów ustawy Prawo przedsiębiorców. W konsekwencji są oni również przedsiębiorcami w rozumieniu art. 4 pkt 1 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów i podlegają regulacjom tej ustawy, w tym mają do nich zastosowanie przepisy dotyczące zakazu stosowania praktyk ograniczających konkurencję.

2.4 POROZUMIENIE

- (75) Pod pojęciem porozumienia w prawie ochrony konkurencji rozumie się wszelkie relacje między przedsiębiorcami będące wyrazem wspólnych zamierzeń odnośnie do podejmowanych zachowań rynkowych, nawet gdy nie przybierają formy prawnie wiążącej umowy. Zgodnie z art. 4 pkt 5 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów, przez porozumienie rozumie się:
- umowy zawierane między przedsiębiorcami, między związkami przedsiębiorców oraz między przedsiębiorcami i ich związkami albo niektóre postanowienia tych umów,
 - uzgodnienia dokonane w jakiegokolwiek formie przez dwóch lub więcej przedsiębiorców lub ich związki,
 - uchwały lub inne akty związków przedsiębiorców lub ich organów statutowych.
- (76) Powołany przepis ustanawia bardzo szeroką definicję porozumienia, a wszystkie trzy formy porozumienia, o ile są antykonkurencyjne, są zakazane. Należy podkreślić, że porozumienie w rozumieniu ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów jest pojęciem szerszym niż umowa. Formami porozumienia są bowiem także uzgodnienia w jakiegokolwiek formie oraz uchwały i inne akty.
- (77) Zakaz porozumień ograniczających konkurencję obejmuje zatem wszelkie formy koordynacji działań między przedsiębiorcami, które mają na celu lub skutkują ograniczeniem 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 celem jest ograniczenie konkurencji.
- (78) Przedsiębiorcy zawierający niedozwolone porozumienie z natury rzeczy starają się ten fakt ukryć, co powoduje, że zazwyczaj brak jest w tym zakresie dowodów bezpośrednich. Z tego względu wniosek o istnieniu porozumienia może zostać wyprowadzony z szeregu zbieżnych zdarzeń i dowodów pośrednich (poszlak), które analizowane łącznie - mogą stanowić, w przypadku braku innego spójnego wytłumaczenia, dowód naruszenia reguł konkurencji⁵.
- (79) W sprawach z zakresu ochrony konkurencji dozwolone jest stosowanie domniemań faktycznych, dzięki którym można wyprowadzić wniosek o istnieniu porozumienia ograniczającego konkurencję. Fakt zawarcia zakazanego prawem porozumienia może być udowodniony w sposób pośredni, jeżeli podobieństwo postępowania przedsiębiorców nie da się wyjaśnić bez założenia wcześniej uzgodnionego zachowania tych podmiotów na rynku.

⁵ Wyrok Sądu I Instancji z 1 lipca 2010 r. w sprawie C-407/08 P, *Knauf Gips KG*, akapit 49.



- (80) Konieczne jest, aby Prezes UOKiK wskazał precyzyjne i spójne dowody wskazujące na istnienie porozumienia, jednak nie każdy z dowodów z osobna musi koniecznie odpowiadać tym kryteriom w odniesieniu do każdego elementu naruszenia. Wystarczy, by zbiór wskazanych przez Prezesa UOKiK poszlak jako całość odpowiadał temu wymogowi⁶.
- (81) W ocenie Prezesa UOKiK ustalone w sprawie fakty potwierdzają istnienie porozumienia w rozumieniu art. 4 pkt 5 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów.
- (82) Zasadnicza dla takiej oceny jest prawidłowość zachowań stron postępowania na etapie postępowania przetargowego już po otwarciu ofert.
- (83) W analizowanym postępowaniu przetargowym zebrane w sprawie dowody - zdaniem Prezesa UOKiK - wskazują, że strony postępowania zastosowały mechanizm wycofywania oferty mniej korzystnej - w sytuacji zajęcia dwóch kolejnych miejsc rankingu ofert.
- (84) Zgodnie z wyrokiem Sądu Apelacyjnego w Warszawie z dnia 24 stycznia 2019 r., sygn. akt VII AGa 1907/18 sąd ten stwierdził, że pojęcie istoty praktyki („uzgadniania warunków składanych ofert, w szczególności zakresu prac lub ceny”) należy rozumieć w ten sposób, że zakazem objęte są również uzgodnienia dotyczące warunków udziału w przetargu. W zależności od stanu faktycznego sprawy, dyspozycją art. 6 ust. 1 pkt 7 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów może być objęty cały wachlarz zachowań dotyczących treści przetargu tj. ustalenie treści ofert przed terminem otwarcia ofert, modyfikacja lub niezuzupełnienie treści ofert po ich złożeniu czy też inne zachowania w toku danego przetargu.
- (85) Zastosowany mechanizm polega na koordynacji działań w toku przetargu w ten sposób, że strony na wczesnym jego etapie - nie mając pewności co do wyniku przetargu przed ogłoszeniem jego wyniku - składają wyjaśnienia i zapewniają, że są w stanie (mają odpowiednie doświadczenie i zasoby) wykonać usługę w zaoferowanej cenie.
- (86) Następnie, jeżeli po otwarciu i upublicznieniu ofert lub po dokonaniu wyboru najkorzystniejszej oferty, okazuje się, że oferty stron porozumienia zajmują dwa pierwsze miejsca, oferta najkorzystniejsza jest „wycofywana” (najczęściej przez niezuzupełnianie brakującej dokumentacji, niepoprawienie błędów w ofercie, rezygnację z podpisania umowy etc.) w wyniku czego wykonawca zostaje wykluczony lub jego oferta jest odrzucana.
- (87) Zebrane w sprawie dowody, zdaniem Prezesa Urzędu, wskazują, że strony postępowania stosowały uzgodniony mechanizm wycofania oferty, który miał następujący przebieg: w momencie otrzymania zawiadomienia o wyborze najkorzystniejszej oferty przedsiębiorcy uzyskali wiedzę, że ich oferty - po wykluczeniu przedsiębiorców, którzy złożyli oferty droższe od oferty J&S Janusz Kurek, a tańsze od oferty BRIMAT - zawierają kolejno najniższe ceny. W następstwie pozyskania tej informacji oferta tego z przedsiębiorców, który zaoferował niższą cenę została wycofana (rezygnacja z podpisania umowy).
- (88) Na zawarcie przez BRIMAT i J&S Janusz Kurek porozumienia polegającego na rozstawieniu i wycofywaniu mniej korzystnych ofert wskazują następujące, ustalone okoliczności:
1. Strony postępowania przed przystąpieniem do przetargu znały się wcześniej - wzajemnie współpracowały - w dniu 3 grudnia 2014 r. zawarły bowiem ze sobą umowę na dostawę konstrukcji aluminiowej. Strony znały się również prywatnie, o czym świadczy fakt, że w dniu 30 stycznia 2015 r. BRIMAT przesłał na prywatny adres mailowy Janusza Kurka projekt umowy między BRIMAT (jako zamawiającym) a J&S Janusz Kurek (jako

⁶ Wyrok Sądu Najwyższego z dnia 9 sierpnia 2006 r., sygn. akt: III SK 6/06.



wykonawcą) na realizację zamówienia, będącego przedmiotem Przetargu z datą jej zawarcia w dniu 30 stycznia 2015 r. Adres ten nie jest podany na stronie internetowej do kontaktu, ani też nie występuje w publicznie dostępnych danych przedsiębiorcy w CEIDG. Taka znajomość mogła pozwolić na dokonywanie ustaleń, w tym dotyczących analizowanego Przetargu.

2. Podtrzymanie ofert przez obu przedsiębiorców oraz zapewnianie o możliwości wykonania umowy w zaoferowanej cenie w odpowiedzi na zapytanie Zamawiającego dotyczące rażąco niskiej ceny w obu ofertach. Ponadto BRIMAT w odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego do złożenia wyjaśnień dotyczących ceny ofertowej wskazywał, że posiada odpowiednią kadre odpowiedzialną za produkcję oraz ekipę montażową (pkt 25 ustaleń faktycznych). Podkreślić należy, że w momencie składania przez przedsiębiorców wyjaśnień w tym zakresie, nie mieli oni jeszcze wiedzy o tym, że oferty innych przedsiębiorców zostały odrzucone, ani o tym, że ich oferty będą zajmowały pierwsze i drugie miejsce w rankingu ofert.
3. Przedsiębiorcy uzyskali wiedzę, że złożone przez nich oferty zajmują odpowiednio pierwszą i drugą pozycję w rankingu ofert z powiadomienia o wyborze najkorzystniejszej oferty wysłanej do każdego z uczestników Przetargu przez Zamawiającego w dniu 23 stycznia 2015 r. (pkt 27 ustaleń faktycznych). Od tego momentu przedsiębiorcy uzyskali pewność, że wycofanie oferty J&S Janusz Kurek pozwoli im na uzyskanie wyższego zysku, którego podział między strony umożliwi umowa podwykonawstwa i podjęty skoordynowane działania zmierzające do realizacji tego scenariusza: J&S Janusz Kurek wycofał swoją ofertę, zapewniając wygraną droższej ofercie BRIMAT, zaś ten ostatni przedsiębiorca zapewnił pierwszemu udział w wygenerowanym w ten sposób zysku za pośrednictwem korzystnej umowy podwykonawstwa.
4. Przedsiębiorcy podjęli działania, których celem było zawarcie umowy podwykonawstwa jeszcze przed rezygnacją przez J&S Janusz Kurek z podpisania umowy z Gminą. Świadczy o tym np. mail z 30 stycznia 2015 r. zawierający projekt umowy na podwykonawstwo przesłany przez BRIMAT do J&S Janusz Kurek (pkt 32 ustaleń faktycznych). J&S Janusz Kurek przekazał Gminie pisemną informację o rezygnacji z zawarcia z nią umowy dopiero w dniu 5 lutego 2015 r.
5. Wymiana e-maili w dniu 13 i 16 lutego 2015 r. między przedsiębiorcami dotycząca ustanowienia upoważnienia dla Pana [redacted] pracownika J&S Janusz Kurek do występowania w postępowaniu z ramienia BRIMAT (pkt 35-36 ustaleń faktycznych), co świadczy o podjęciu rozmów między uczestnikami porozumienia jeszcze przed podpisaniem umowy przez BRIMAT z Gminą.
6. Podpisanie umowy przez BRIMAT i J&S Janusz Kurek na podwykonawstwo na realizację przedmiotu Przetargu w tym samym dniu, w którym BRIMAT zawarł umowę z Gminą Tarnobrzeg (pkt 38-39 ustaleń faktycznych), co wskazuje, że uzgodnienia w tym zakresie odbywały się już wcześniej.

Dodatkowo, o fakcie zawarcia porozumienia świadczy, zdaniem Prezesa UOKiK także to, że:

7. J&S Janusz Kurek nie potrafił, w sposób spójny uzasadnić wycofania swojej oferty z analizowanego przetargu. Jako powód odstąpienia od zawarcia umowy w piśmie informującym Zamawiającego wskazywał m.in. wzrost cen materiałów potrzebnych do wykonania przedmiotu zamówienia (pkt 33 ustaleń faktycznych). Nie był jednak w stanie przedstawić dowodów potwierdzających jego twierdzenia.
8. Wyjaśnienia składane przez przedsiębiorców na poszczególnych etapach działań Prezesa UOKiK nie były jednolite i nie pokrywały się z ustaleniami organu antymonopolowego.



Między innymi były sprzeczne z ustaleniami Prezesa UOKiK w zakresie istnienia wcześniejszej przedmiotowym przetargiem współpracy pomiędzy przedsiębiorcami.

9. Na etapie postępowania wyjaśniającego J&S Janusz Kurek wskazał, że powodem odstąpienia było przeprowadzenie wizji lokalnej oraz ponowna weryfikacja cen materiałów oraz fakt, że przy kalkulacji oferty nie ujęto kosztów skomplikowanego montażu (pkt 43 ustaleń faktycznych). Natomiast - jak wyjaśniła Gmina Tarnobrzeg - wszystkie warunki techniczne były szczegółowo przedstawione w Projekcie wykonawczym (pkt 45 ustaleń faktycznych).

W kolejnych pismach w ramach postępowania antymonopolowego J&S Janusz Kurek twierdził, że już w dniu wyznaczonym do zawarcia umowy z Gminą informował o podstawach rezygnacji. Był wówczas przekonany, że takie oświadczenie wystarczy i dopiero po rozmowach z Gminą dowiedział się, że musi złożyć oficjalne pismo z rezygnacją z zawarcia umowy (pkt 52, pkt 57 ustaleń faktycznych). Jednocześnie przedsiębiorca w innym piśmie wskazywał, że decyzja o odstąpieniu od podpisania umowy była podjęta na skutek wykrycia błędu pracownika, który został ujawniony dzień przed złożeniem oświadczenia o odstąpieniu od podpisania umowy (pkt 49 ustaleń faktycznych).

Brak jest zatem wiarygodnego, jednoznacznego uzasadnienia dla wycofania oferty;

10. Konsekwencją rezygnacji z podpisania umowy na przedmiot Przetargu przez J&S Janusz Kurek, tj. tego przedsiębiorcę, który zaoferował niższą cenę, było zawarcie umowy przez Gminę z BRIMAT na kwotę wyższą o 314.929,20 zł.
11. Tak zawarta umowa między BRIMAT a Gminą Tarnobrzeg, jak i umowa między BRIMAT a J & S Janusz Kurek wskazuje, że przedsiębiorcy podzielili się kwotą, która była różnicą między pierwotną ofertą J & S Janusz Kurek, a ofertą drugą w kolejności, niemal po równo (różnica wyniosła 29,20 zł).

Poniżej przedstawione zostało zestawienie ofert i zawartych umów:

Tabela nr 2 - BRIMAT - uzyskana korzyść

	Umowa z Gminą	Umowa podwykonawstwa	RÓŻNICA (zysk)
BRIMAT	676.377,00 zł	518.927,00 zł	157.450,00 zł

Źródło: opracowanie własne na podstawie akt sprawy

Tabela nr 3 - J&S Janusz Kurek - uzyskana korzyść

	Umowa podwykonawstwa	Oferta	RÓŻNICA (zysk)
J&S Janusz Kurek	518.927,00 zł	361.447,80 zł	157.479,20 zł

Źródło: opracowanie własne na podstawie akt sprawy

Z zestawienia wynika, że w rezultacie zawartej umowy podwykonawstwa J&S Janusz Kurek za podwykonawstwo uzyskał kwotę wyższą niż kwota, na jaką opiewała jego oferta o 157.479,20 zł. Z kolei BRIMAT - bez angażowania własnych sił i środków - wypracował dochód w wysokości 157.450,00 zł.

12. Zachowanie przedsiębiorców wskazuje, że J&S Janusz Kurek nie działał samodzielnie, lecz w porozumieniu z BRIMAT. Przedsiębiorcy jeszcze przed ogłoszeniem przetargu współpracowali ze sobą. Zakres tej współpracy został następnie rozszerzony przy Przetargu, ponieważ wcześniejsza umowa obejmowała tylko dostawę konstrukcji, zaś umowa po rozstrzygnięciu Przetargu obejmowała już dostawę i montaż) i był ustalany



bezpośrednio przed wycofaniem oferty przez J&S Janusz Kurek (wymiana maili dotycząca treści planowanej umowy podwykonawstwa).

- (89) Wskazać należy, że dla uczestników postępowań przetargowych działających w ramach z umowy przetargowej wykorzystującej mechanizm wycofywania ofert kluczowe jest uzyskanie, po zawiadomieniu przez zamawiającego o wyborze najkorzystniejszej oferty, informacji o ofertach złożonych w postępowaniu wraz z zaoferowanymi cenami. Tylko dysponując takimi informacjami uczestnicy niedozwolonego porozumienia mogą ustalić, czy złożone przez nich oferty są kolejno dwiema najkorzystniejszymi. Stanowi to warunek konieczny dla możliwości osiągnięcia przez uczestników postępowania przetargowego założonego przez nich antykonkurencyjnego skutku porozumienia w postaci doprowadzenia do wyboru oferty współpracującego przedsiębiorcy zawierającej wyższą cenę. Podkreślić należy, że strony niniejszego postępowania dysponowały takimi informacjami, ponieważ odstąpienie od zawarcia umowy nastąpiło po przesłaniu uczestnikom postępowania przetargowego zawiadomień o wyborze najkorzystniejszej oferty.
- (90) Wycofanie się z postępowania przetargowego przez przedsiębiorcę, którego oferta została wybrana jako najkorzystniejsza, przy braku istnienia wiarygodnego wytłumaczenia, może wskazywać na działanie w ramach z umowy przetargowej. Zasady logiki i doświadczenie życiowe wskazują bowiem, że przedsiębiorca, który angażuje swój czas i środki na sporządzenie oferty i udział w postępowaniu przetargowym, w przypadku wyboru jego oferty jako najkorzystniejszej zdecyduje się na zawarcie umowy w sprawie zamówienia publicznego i realizację zamówienia, nie zaś rezygnację z jego realizacji. Nieuzasadniona rezygnacja z zawarcia umowy może zatem stanowić podstawę domniemania o istnieniu z umowy przetargowej. Istnienie praktyk uzgodnionych można uznać za udowodnione, gdy materiał dowodowy zgromadzony w sprawie nie daje podstaw do wyjaśnienia działań przedsiębiorców innego niż zawarcie przez nich antykonkurencyjnego porozumienia.
- (91) Konkludując wskazać należy, że całokształt przedstawionych powyżej argumentów i okoliczności pomimo braku w sprawie dowodów bezpośrednich, wskazuje na zawarcie przez J&S Janusz Kurek i BRIMAT zakazanego porozumienia ograniczającego konkurencję, o którym mowa w art. 6 ust. 1 pkt 7 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów.
- (92) W ocenie Prezes UOKiK w opisanym przetargu strony porozumiały się oraz skoordynowały swoje działania mające doprowadzić do zawarcia umowy na realizację przetargu z tym z nich, który zaproponował wyższą cenę. Oceniając całokształt zachowań przedsiębiorców w świetle doświadczenia życiowego oraz zasad logicznego rozumowania, Prezes UOKiK nie może wytłumaczyć ich w inny sposób, niż istnieniem z umowy przetargowej.
- (93) Zachowania wykonawców celowo doprowadzających do wycofania się z podpisania umowy w wygranym przetargu należy oceniać w świetle dwóch założeń:
1. racjonalności przedsiębiorcy, który działa w celu osiągnięcia zysku,
 2. tego, że celem udziału przedsiębiorcy w przetargu jest uzyskanie zamówienia, gdyż daje ono możliwość osiągnięcia zysku.
- (94) Celowa rezygnacja z podpisania umowy po wygranym przetargu oznacza, że wykluczenie z przetargu było korzystniejsze od uzyskania zamówienia. Przyczyny tej nietypowej sytuacji mogą być różne. Obok działania w ramach z umowy przetargowej może to być np. zmiana sytuacji na rynku w okresie od sporządzenia oferty do rozstrzygnięcia przetargu lub wygranie w tym czasie innych przetargów i związany z tym brak możliwości jednoczesnego wykonania kilku zamówień. W analizowanym przypadku żadna z wyżej wskazanych przyczyn wycofania się z przetargu nie zaszła. Przed otwarciem ofert strony złożyły oświadczenia, że zaproponowane ceny nie są rażąco niskie i pozwalają im na realizację przedmiotu zamówienia.



2.5 OGRANICZENIE KONKURENCJI

- (95) Sprzeczne z art. 6 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów są porozumienia, których celem lub skutkiem jest ograniczenie, wyeliminowanie lub naruszenie konkurencji w inny sposób.
- (96) Porozumienia ograniczające konkurencję mogą być zaklasyfikowane na gruncie powyższego przepisu jako zakazane ze względu na cel albo ze względu na skutek.
- (97) Jeżeli celem porozumienia jest ograniczenie konkurencji, to nie jest konieczne wykazanie wystąpienia antykonkurencyjnych skutków porozumienia. Przyjmuje się bowiem, że zakaz porozumień ze względu na cel odnosi się do porozumień charakteryzujących się wystarczająco dużym stopniem szkodliwości dla konkurencji, że nie ma potrzeby badania ich skutków⁷.
- (98) W przedmiotowej sprawie istota działań uczestników zmowy polegała na uzgodnionych próbach wpływania na ostateczne wyniki przetargów zmierzające do wygrania przetargów, przy jednoczesnym osiągnięciu możliwie jak najwyższej ceny. Działania te obejmowały uzgodnienia, że w razie wystąpienia szczególnego układu ofert w rankingu, w którym oferty uczestników zmowy zajęły kolejno najwyższe miejsca, nastąpi wycofanie oferty z niższą ceną w celu doprowadzenia do wyboru oferty innego uczestnika zmowy oferującego wyższą cenę.
- (99) Takie porozumienie ze swojej natury ogranicza konkurencję w rozumieniu art. 6 ust. 1 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów bez konieczności badania jego skutków rynkowych.

2.6 WYŁĄCZENIA SPOD ZAKAZU POROZUMIEŃ OGRANICZAJĄCYCH KONKURENCJĘ

- (100) Porozumienia ograniczające konkurencję są niedozwolone, o ile nie zostały wyłączone spod zakazu.
- (101) Istnieją trzy rodzaje wyłączeń:
1. zasada *de minimis* - wyłączenie na podstawie art. 7 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów,
 2. wyłączenia grupowe - w oparciu o rozporządzenia wydane na podstawie art. 8 ust 3 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów,
 3. wyłączenia indywidualne - na podstawie art. 8 ust. 1 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów.
- (102) Wyłączenie stosowania zakazu zawierania porozumień ograniczających konkurencję z uwagi na niewielki udział przedsiębiorcy w rynku (zasada *de minimis*) nie ma zastosowania do zμών przetargowych (art. 7 ust. 3 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów).
- (103) Odnośnie do drugiego z rodzajów wyżej wskazanych wyłączeń należy wskazać, że żadne z rozporządzeń wykonawczych wydanych w oparciu o delegację zawartą w art. 8 ust. 3 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów nie znajduje zastosowania do zμών przetargowych.

⁷ Tak Sąd Najwyższy m.in. w wyrokach: z 23 listopada 2011 r., sygn. akt III SK 21/11; z 15 lutego 2019 r., sygn. akt I NSK 10/18 oraz I NSK 11/18; z 9 października 2019 r., sygn. akt I NSK 89/18 oraz z 5 grudnia 2019 r., sygn. akt I NSK 1/19.



- (104) W przypadku trzeciego z wyłączeń zakazy przewidziane w art. 6 ust. 1 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów mogą zostać uznane za niemające zastosowania na podstawie art. 8 ust. 1 tej ustawy w przypadku gdy porozumienie:
1. przyczynia się do polepszenia produkcji lub dystrybucji produktów bądź do popierania postępu technicznego lub gospodarczego,
 2. zapewnia nabywcy lub użytkownikowi odpowiednią część wynikających z niego korzyści,
 3. nie nakłada na zainteresowane przedsiębiorstwa ograniczeń, które nie są niezbędne do osiągnięcia tych celów,
 4. nie stwarza tym przedsiębiorcom możliwości wyeliminowania konkurencji na rynku właściwym w zakresie znacznej części określonych towarów (zwolnienie indywidualne).
- (105) Ciężar udowodnienia okoliczności uzasadniających zwolnienie indywidualne spoczywa na przedsiębiorcy, który powołując się na to wyłączenie musi udowodnić spełnienie wszystkich kumulatywnych przesłanek określonych w art. 8 ust. 1 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów, co w niniejszej sprawie nie nastąpiło.

2.7 RYNEK WŁAŚCIWY

- (106) Praktyki ograniczające konkurencję ujawniają się na określonym rynku. W przypadku porozumienia takiego jak analizowane w niniejszej sprawie, tj. zakazanego ze względu na cel oraz nie podlegającego wyłączeniu spod zakazu w oparciu o zasadę *de minimis*, szczegółowe badanie stanu konkurencji na rynku lub precyzyjne wyznaczanie rynku nie jest konieczne.
- (107) Zgodnie z art. 4 pkt 9 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów przez rynek właściwy rozumie się 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.
- (108) Z przywołanej wyżej definicji ustawowej wynika zatem, że rynek właściwy określa się zarówno w ujęciu produktowym (przedmiotowym), jak i geograficznym (terytorialnym). Rynek w znaczeniu przedmiotowym odnosi się do towarów w rozumieniu art. 4 pkt 7 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów. Natomiast rynek w ujęciu geograficznym odnosi się do obszaru, na jakim towary te są oferowane. 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).
- (109) Przedmiotem badanego postępowania przetargowego zorganizowanego przez Gminę Tarnobrzeg była dostawa wraz z montażem ścianek aranżacyjnych aluminiowych z wypełnieniem z płyty meblowej i szkła bezpiecznego w Tarnobrzesckim Parku Przemysłowo-Technologicznym. W związku z powyższym, Prezes Urzędu przyjął, iż w niniejszej sprawie rynkiem właściwym w ujęciu produktowym, na którym mogło zostać zawarte niedozwolone porozumienie jest rynek specjalistycznych robót i materiałów budowlano-konstrukcyjnych niewykonywanych seryjnie. Przedmiotowe ścianki aranżacyjne były projektowane i wykonywane dla konkretnego miejsca według ściśle określonych przez Gminę założeń.
- (110) Świadczone dla jednostek samorządu terytorialnego usługi dostawy i montażu konstrukcji aluminiowych, w żaden istotny sposób nie różnią się od usług tego rodzaju wykonywanych dla innych podmiotów, w tym organów administracji rządowej czy prywatnych inwestorów. Nie ma zatem podstaw, aby rynek produktowy zawężyć wyłącznie do grupy odbiorców usług w postaci jednostek samorządu terytorialnego.
- (111) W niniejszej sprawie, zdaniem Prezesa Urzędu, rynek geograficzny obejmuje obszar położony w promieniu około 300 km od Tarnobrzesckiego Parku Przemysłowo-



Technologicznego. Za przyjęciem takiego rynku przemawia zasięg działalności firm, które wzięły udział w niniejszym postępowaniu (najdalej położone są Siemianowice Śląskie - 285 km). Jednocześnie nie wydaje się, aby ten rynek miał wymiar szerszy niż wskazany rynek regionalny. Mamy tu bowiem do czynienia z wykonywaniem towarów „na miarę”, a nie seryjnie. Rozszerzenie tego rynku w wymiarze geograficznym wiązałoby się zatem z ponoszeniem wyższych kosztów zarówno wykonania oględzin i pomiarów na miejscu przed przygotowaniem wyceny, jak i kosztami transportu i montażu wyrobów o dużym ryzyku wystąpienia nieodwracalnych uszkodzeń w transporcie.

- (112) W niniejszej sprawie nie jest konieczne szczegółowe badanie stanu konkurencji na rynku właściwym, w tym ustalenie udziału w rynku stron postępowania. Zgodnie z art. 7 ust. 3 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów, porozumienia ograniczające konkurencję polegające na uzgadnianiu przez przedsiębiorców przystępujących do przetargu warunków składanych ofert, w szczególności zakresu prac lub ceny, nie podlegają wyłączeniu z uwagi na udział w rynku nieprzekraczający tzw. progu bagatelności, określonego w art. 7 ust. 1 ww. ustawy.
- (113) W analizowanej sprawie mamy do czynienia z porozumieniem horyzontalnym, należącym do najcięższych naruszeń prawa konkurencji. Tego typu porozumienia nie korzystają z wyłączeń ze względu na niski udział w rynku, ponieważ posiadają szczególnie antykonkurencyjny potencjał. Negatywny wpływ analizowanego porozumienia na konkurencję jest oczywisty i przejawia się przede wszystkim podwyższeniem ceny, po jakiej zamawiający nabył usługę. Wartość, o jaką cena zamówienia została podwyższona na skutek celowego działania uczestników porozumienia stanowi z jednej strony szkodę dla zamawiającego związaną z naruszeniem regulacji antymonopolowych, a z drugiej strony korzyści, jakie uczestnicy porozumienia odnieśli w związku z uczestnictwem w porozumieniu.

3. ODNIESIENIE SIĘ DO KWESTII PODNIESIONYCH PRZEZ STRONY POSTĘPOWANIA

- (114) Prezes UOKiK oceniając celowość oraz zasadność dopuszczenia dowodów wnioskowanych przez J&S Janusz Kurek w odpowiedzi na SUZ z dnia 7 kwietnia 2020 r. uznał, że w niniejszej sprawie brak jest możliwości ich formalnego przeprowadzenia. Przedsiębiorca nie wskazał konkretnych osób, które miałyby zostać przesłuchane, ani nie wskazał ilości tych osób. Wniosek dowodowy przedsiębiorcy ogólnie określał „osoby zatrudnione w Urzędzie Miasta Tarnobrzeg”, które wykonywały obowiązki pracownicze związane z Przetargiem. W tym miejscu wskazać należy, że zgodnie z dyspozycją art. 52 ust. 1 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów strona powołująca się na dowód ze świadków jest obowiązana wskazać - oprócz faktów, które mają być potwierdzone zeznaniami poszczególnych świadków - dane umożliwiające prawidłowe wezwanie świadka.
- (115) Kolejna kwestia to sposób sformułowania wniosków dowodowych. Przedsiębiorca wniósł m.in. o przesłuchanie na okoliczność czy prowadził on rozmowy w przedmiocie zawarcia umowy na wykonanie Przetargu i co było przedmiotem tych rozmów. Tego rodzaju ogólnikowe sformułowanie wniosku dowodowego nie sposób uznać za prawidłowe i umożliwiające jego przeprowadzenie. Nie tylko bowiem nie wiadomo kto ma zostać przesłuchany, ale również jakie konkretne fakty istotne dla sprawy miałyby być przez to wykazane.
- (116) Przedsiębiorca wniósł również o przesłuchanie na okoliczność czy wyraził wolę niepodpisania umowy, tj. czy złożył ustne oświadczenie w tym zakresie, jakie przyczyny rezygnacji wskazał oraz czy pracownicy Gminy przekazali mu informację o konieczności złożenia pisma potwierdzającego rezygnację z wykonania zamówienia. Wskazać należy, że stan faktyczny w niniejszym postępowaniu został ustalony na podstawie materiałów zgromadzonych w aktach sprawy, w tym na dowodach uzyskanych w trakcie



przeprowadzonego przedsiębiorcy przeszukania. Przedsiębiorca nie wskazuje danych osobowych i teleadresowych świadków, którzy winni być w jego ocenie przesłuchani, co tym samym uniemożliwia pozytywne rozpoznanie wniosku dowodowego.

- (117) Odnosząc się do wyroków sądowych przedstawionych w piśmie z dnia 7 kwietnia 2020 r., które J&S Janusz Kurek powołał na obronę swojego stanowiska, wskazać należy, że stanowią one polemikę z ustaleniami faktycznymi poczynionymi przez Prezesa UOKiK w niniejszej sprawie bez żadnej analizy problemu. Przedsiębiorca zacytował dwa wyroki sądowe oraz fragment z komentarza bez żadnego wyjaśnienia w jaki sposób może to obronić jego stanowisko.

KARA PIENIĘŻNA

- (118) Na podstawie art. 106 ust. 1 pkt 1 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów Prezes UOKiK może nałożyć na przedsiębiorcę karę pieniężną w wysokości nie większej niż 10% obrotu osiągniętego w roku obrotowym poprzedzającym rok nałożenia kary, jeżeli przedsiębiorca ten, choćby nieumyślnie dopuścił się naruszenia zakazu określonego w art. 6 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów.
- (119) Pojęcie „obrotu” zostało sprecyzowane w art. 106 ust. 3 pkt 1, 2 i 3 ww. ustawy, zgodnie z którym: „Obrót, o którym mowa w ust. 1, oblicza się jako sumę:
1. przychodów wykazanych w rachunku zysków i strat - w przypadku przedsiębiorcy sporządzającego taki rachunek na podstawie przepisów o rachunkowości;
 2. przychodów wykazanych w rocznym sprawozdaniu finansowym równoważnym do rachunku zysków i strat sporządzanym na podstawie przepisów o rachunkowości lub w innym dokumencie podsumowującym przychody w roku obrotowym, w tym w sprawozdaniu z wykonania budżetu - w przypadku przedsiębiorcy, który nie sporządza rachunku zysków i strat na podstawie przepisów o rachunkowości;
 3. udokumentowanych przychodów uzyskanych w roku obrotowym w szczególności ze sprzedaży produktów, towarów lub materiałów, przychodów finansowych oraz przychodów z działalności realizowanej na podstawie statutu lub innego dokumentu określającego zakres działalności przedsiębiorcy, a także wartości uzyskanych przez przedsiębiorcę dotacji przedmiotowych - w przypadku braku dokumentów, o których mowa w pkt 1 i 2.
- (120) Możliwość nałożenia na przedsiębiorcę kary wymaga ustalenia, że naruszenie zakazu było „co najmniej nieumyślne”. Z ustaleń faktycznych sprawy wynika, że przedsiębiorcy zrealizowali uzgodnioną strategię w celu pozyskania zamówienia, której celem było osiągnięcie dodatkowych korzyści finansowych poprzez uzyskanie zamówienia po możliwie wysokiej cenie. Istotą tej strategii była manipulacja wynikami przetargu poprzez rezygnację z podpisania umowy na wygrany przetarg przez jednego z przedsiębiorców, wybór kolejnego przedsiębiorcy, który zaoferował wyższą cenę, a następnie zatrudnienie przez niego przedsiębiorcy, który zrezygnował z zawarcia umowy, jako podwykonawcy i udział uzyskanej nadwyżki wynagrodzenia.
- (121) W sprawie została zatem spełniona przesłanka umożliwiająca nałożenie kar pieniężnych, a Prezes UOKiK uznał za zasadne skorzystanie z tego uprawnienia.
- (122) Jednocześnie z powołanego wyżej przepisu wynika, że kara pieniężna ma charakter fakultatywny, zatem o tym, czy w konkretnej sprawie w odniesieniu do wskazanego przedsiębiorcy zasadne jest nałożenie kary pieniężnej decyduje, w ramach uznania administracyjnego, Prezes Urzędu. Skuteczna polityka przeciwdziałania tego typu praktykom wymaga jednak, aby w przypadku stwierdzenia stosowania przez przedsiębiorcę praktyki ograniczającej konkurencję zasadą było nakładanie kary pieniężnej.



- (123) Przemawiają za tym bowiem cele prewencji indywidualnej i ogólnej, jak również cel represyjny. Nałożenie kar pieniężnych służyć będzie jako środek odstraszcający strony postępowania od stosowania podobnych praktyk w przyszłości (prewencja indywidualna) oraz będzie sygnałem dla innych profesjonalnych uczestników rynku, że tego typu działania nie mogą być podejmowane - pod rygorem sankcji finansowej (prewencja ogólna). Kara pieniężna spełni także funkcję represyjną, to znaczy stanowić będzie dolegliwość dla stron postępowania.
- (124) Ustalając wysokość nakładanych kar pieniężnych, Prezes UOKiK kieruje się wytycznymi zawartymi w art. 111 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów oraz ich wykładnią przedstawioną w „Wyjaśnieniach dotyczących ustalania kar pieniężnych w sprawach związanych z naruszeniem zakazu praktyk ograniczających konkurencję” z grudnia 2015 r.⁸
- (125) Zgodnie z art. 111 ust. 1 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów Prezes UOKiK, ustalając wysokość nakładanych kar pieniężnych, uwzględnia w szczególności okoliczności naruszenia przepisów tej ustawy oraz uprzednie naruszenie przepisów ustawy, a także okres, stopień oraz skutki rynkowe naruszenia przepisów ustawy, przy czym stopień naruszenia Prezes UOKiK ocenia biorąc pod uwagę okoliczności dotyczące natury naruszenia, działalności przedsiębiorcy, która stanowiła przedmiot naruszenia oraz specyfiki rynku, na którym doszło do naruszenia.
- (126) Zgodnie z ww. Wyjaśnieniami podstawą obliczenia wysokości kary pieniężnej jest obrót w rozumieniu z art. 106 ust. 3 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów za ostatni rok, w którym stosowana była praktyka ograniczająca konkurencję. W przedmiotowej sprawie przetarg, w którym zidentyfikowano realizację założeń z umowy został przeprowadzony w roku 2015, a zatem podstawę wyliczenia kary stanowi obrót osiągnięty przez przedsiębiorców w roku 2015.
- (127) Równocześnie zgodnie z art. 106 ust. 1 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów Prezes UOKiK może nałożyć na przedsiębiorcę, w drodze decyzji, karę pieniężną w wysokości nie większej niż 10% obrotu osiągniętego w roku obrotowym poprzedzającym rok nałożenia kary, czyli w analizowanym przypadku w roku 2019.
- (128) BRIMAT w roku 2015 osiągnął obrót w wysokości [32323232], a J&S Janusz Kurek w wysokości [32323232] zł. Powyższe kwoty stanowią podstawę wyliczenia kary.
- (129) Wyjściowa kwota kary jest ustalana jako wartość procentowa relewantnego obrotu. Wielkość wartości procentowej jest uzależniona od natury (powagi) naruszenia. Ze względu na kryterium natury naruszenia Prezes UOKiK wyróżnia trzy rodzaje naruszeń: bardzo poważne, poważne i pozostałe. Zmowy przetargowe zawierane pomiędzy konkurentami zaliczane są przez Prezesa UOKiK do kategorii naruszeń bardzo poważnych, dla których kwota wyjściowa kar jest określona w przedziale od powyżej 1% do 3% obrotu.
- (130) W przedmiotowej sprawie kwoty wyjściowe będące podstawą dla ustalenia wysokości kar nałożonych na BRIMAT i J&S Janusza Kurka zostały ustalone na poziomie [32323232] % obrotu osiągniętego w 2015 r.
- (131) Zatem kwota wyjściowa dla wyliczenia kary została przyjęta dla:
1. BRIMAT w wysokości - 164.318 zł,
 2. J&S Janusz Kurek w wysokości - 29.405 zł.

⁸ https://www.uokik.gov.pl/wyjasnienia_i_wytyczne.php



- (132) W dalszej kolejności Prezes UOKiK rozważył specyfikę rynku, na jakim doszło do naruszenia konkurencji, działalności przedsiębiorców, a także skutki rynkowe naruszenia. Kara powinna być bowiem tym większa, im większe jest natężenie negatywnych efektów związanych z naruszeniem prawa konkurencji.
- (133) Prezes UOKiK uwzględnił fakt, że rynek specjalistycznych robót i materiałów budowlano-konstrukcyjnych niewykonywanych seryjnie jest rynkiem konkurencyjnym, na którym występują niskie bariery wejścia i na którym funkcjonuje wielu przedsiębiorców.
- (134) Prezes UOKiK uwzględnił również, że porozumienie zostało faktycznie wprowadzone w życie, poprzez realizację określonego zachowania w trakcie przetargu, a także negatywne skutki dla uczestników rynku, czyli zamawiającego będącego podmiotem instytucjonalnym sektora publicznego.
- (135) Wobec powyższego na etapie analizy specyfiki rynku i działalności przedsiębiorców oraz skutków rynkowych naruszenia zostały uwzględnione następujące okoliczności: konkurencyjny charakter rynku, jak również fakt, że porozumienie zostało wprowadzone w życie i wywołało na rynku negatywne skutki, co w ocenie Prezesa UOKiK uzasadnia podwyższenie kwot bazowych na tym etapie kalkulacji kary w stosunku do każdego z przedsiębiorców o 10%, tj. do kwot: **180.750 zł** (BRIMAT) i **32.346 zł** (J&S Janusz Kurek).
- (136) W kolejnym etapie rozważono okres naruszenia. Długotrwałość stosowania praktyki ograniczającej konkurencję prowadzi do zwielokrotnienia jej negatywnych skutków, w szczególności wpływa na wysokość korzyści uzyskiwanych przez przedsiębiorcę dopuszczającego się naruszenia lub szkód ponoszonych przez innych uczestników rynku. Zgodnie ze stosowaną przez Prezesa UOKiK metodologią, długotrwałość stosowania praktyki i związane z nią zwielokrotnienie negatywnych skutków praktyki, powinno zostać odzwierciedlone w wysokości nakładanej na przedsiębiorcę sankcji. W tym celu Prezes UOKiK może zwiększyć kwotę wyjściową w przypadku porozumień ograniczających konkurencję maksymalnie o 200%.
- (137) Ustalając wartość podwyższenia kary z uwagi na okres naruszenia w przedmiotowej sprawie Prezes UOKiK miał na uwadze, że porozumienie trwało krócej niż rok, a praktyka dotyczyła jednego przetargu, którego skutkiem było uzyskanie przez przedsiębiorców korzyści finansowych. Mając powyższe Prezes UOKiK nie dokonał podwyższenia kwoty bazowej z tego tytułu.
- (138) Następnie zostały rozważone okoliczności łagodzące i obciążające, które wystąpiły w sprawie.
- (139) Zgodnie z art. 111 ust. 3 pkt 1 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów okolicznościami łagodzącymi są w szczególności: dobrowolne usunięcie skutków naruszenia, zaniechanie stosowania zakazanej praktyki przed wszczęciem postępowania lub niezwłocznie po jego wszczęciu, podjęcie z własnej inicjatywy działań w celu zaprzestania naruszenia lub usunięcia jego skutków oraz współpraca z Prezesem UOKiK w toku postępowania, bierna rola przedsiębiorcy w naruszeniu zakazu oraz działanie pod przymusem.
- (140) Z ustalonego stanu faktycznego sprawy wynika, że nie wystąpiły żadne przestanki łagodzące.
- (141) Zgodnie z art. 111 ust. 4 pkt 1 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów okolicznościami obciążającymi są: rola lidera lub inicjatora porozumienia, przymuszenie, wywieranie presji, umyślność naruszenia, czy też dokonanie uprzednio podobnego naruszenia.



- (142) Ustalony stan faktyczny sprawy potwierdza jedną okoliczność obciążającą, tj. umyślność naruszenia, która została omówiona na początku tego rozdziału (pkt 120).
- (143) W ocenie Prezesa UOKiK mamy zatem do czynienia ze świadomym dążeniem do osiągnięcia antykonkurencyjnego celu. Działanie przedsiębiorców nie wykazują cech działań przypadkowych. Przeciwnie - miały one charakter zamierzony, ukierunkowany na osiągnięcie uzgodnionego rezultatu, co pozwala przyjąć, że zachowanie stron miało charakter umyślny.
- (144) W związku z uwzględnieniem okoliczności obciążającej w postaci umyślności naruszenia i brakiem okoliczności łagodzących, podwyższono kwoty kar pieniężnych na przedsiębiorców i ustalone na poprzednim etapie o **20%** do kwot: 216.900 zł (BRIMAT) oraz 38.815 zł (J&S Janusz Kurek).
- (145) W ostatniej kolejności Prezes UOKiK rozważył, czy ewentualne dysproporcje pomiędzy wysokością kar a możliwymi do oszacowania (rzeczywistymi lub potencjalnymi) korzyściami stron postępowania wynikającymi z naruszenia, uzasadniają zmianę kar.
- (146) Wysokość kary pieniężnej ustalonych zgodnie z ww. kryteriami dla J&S Janusz Kurek należy ocenić jako nieadekwatną do stopnia naruszenia przepisów ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów i nie spełniającą swojej funkcji represyjnej i prewencyjnej. Stronom udało się skutecznie wpłynąć na wynik postępowania przetargowego przeprowadzonego przez podmiot publiczny. Skutkowało to uzyskaniem przez J&S Janusz Kurek korzyści w związku z udziałem w niedozwolonym porozumieniu i negatywnymi skutkami dla zamawiającego (skutki te zostały opisane szerzej w punkcie 88.11). We wskazanym Przetargu J&S Janusz Kurek uchylił się od zawarcia umowy, co w konsekwencji doprowadziło do wygrania go przez BRIMAT za wyższą cenę. Następnie BRIMAT zawarł z J&S Janusz Kurek umowę podwykonawstwa na realizację tego przetargu. Uzyskaną różnicą w cenie przedsiębiorcy podzielili się niemal po równo. W konsekwencji - z jednej strony J&S Janusz Kurek uzyskał korzyść, a z drugiej strony podmiot publiczny musiał zapłacić więcej za realizację Przetargu. W związku z powyższym Prezes UOKiK postanowił o zwiększeniu wysokości kary nałożonej na J&S Janusz Kurek do poziomu uzyskanych korzyści, to jest do kwoty 157.479 zł. Kara w niższej wysokości nie byłaby bowiem adekwatna do wagi naruszeń wynikających z zawartego porozumienia. BRIMAT również uzyskał korzyść z porozumienia (szczegółowy opis został opisany szerzej w punktach 88.10 - 88.11), ale ze względu na to, że obliczona dla niego kara przewyższa uzyskaną korzyść, nie ma potrzeby podwyższenia tak skalkulowanej kary, aby spełniała ona swoją funkcję.
- (147) Mając na względzie wszystkie określone wyżej czynniki dotyczące wagi naruszenia, specyfiki rynku oraz okoliczności łagodzących i obciążających, Prezes UOKiK postanowił zatem nałożyć na BRIMAT karę w wysokości 216.900 zł, a na J&S Janusz Kurek karę w wysokości 157.479 zł. W ocenie Prezesa UOKiK, ww. kary pieniężne w pełni odpowiadają stopniowi zawinienia stron postępowania. Ustalony poziom kar uwzględnia wszystkie istotne okoliczności sprawy oraz zapewnia, że będą one dostatecznie odczuwalne dla osiągnięcia represyjnego i prewencyjnego celu sankcji. Jednocześnie dolegliwość kar będzie nie większa, niż jest to niezbędne dla osiągnięcia celów wskazanych w ustawie o ochronie konkurencji i konsumentów.
- (148) Konieczne jest ponadto ustalenie maksymalnej wysokości tych kar w stosunku do obrotu osiągniętego przez przedsiębiorców w roku obrotowym poprzedzającym rok nałożenia kary (2019 r.). W roku 2019 przedsiębiorcy uzyskali obrót w wysokości odpowiednio:
1. BRIMAT - [§<§<§<§<]zł,
 2. J&S Janusz Kurek - [§<§<§<§<]zł.



- (149) Kary w ustalonych wysokościach muszą bowiem mieścić się w ustawowym limicie 10% obrotu osiągniętego przez przedsiębiorców w roku obrotowym poprzedzającym rok nałożenia kary.
- (150) Tak więc maksymalna kara dla BRIMAT mogłaby wynosić [§<§<§<§<] zł.
- (151) Kara jaka została nałożona na BRIMAT 216.900 zł i stanowi [§<§<§<§<]% obrotu osiągniętego w roku obrotowym poprzedzającym rok nałożenia kary, tj. 2019, zatem mieści się w ustawowym limicie.
- (152) Kara maksymalna dla J&S Janusz Kurek mogłaby wynosić [§<§<§<§<] zł.
- (153) Kara jaka została nałożona na J&S Janusz Kurek 157.479 zł i stanowi [§<§<§<§<]% obrotu osiągniętego w roku obrotowym poprzedzającym rok nałożenia kary, tj. 2019, zatem mieści się w ustawowym limicie.
- (154) Zgodnie z art. 112 ust. 3 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów karę pieniężną należy uiszczyć w terminie 14 dni od dnia uprawomocnienia się decyzji na rachunek bankowy UOKiK:

NBP O/O Warszawa Nr 51 1010 1010 0078 7822 3100 0000

4. KOSZTY POSTĘPOWANIA

- (155) Na podstawie art. 80 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów Prezes UOKiK rozstrzyga o kosztach w drodze postanowienia, które może być zamieszczone w decyzji kończącej postępowanie. W myśl art. 77 ust. 1 ww. ustawy, jeżeli w ramach prowadzonego postępowania Prezes UOKiK stwierdził naruszenie przepisów tej ustawy, przedsiębiorca, który dopuścił się tego naruszenia, obowiązany jest ponieść koszty postępowania. Podobnie w treści przepisu art. 264 § 1 Kodeksu postępowania administracyjnego wprowadzono wymóg, zgodnie z którym: *jednocześnie z wydaniem decyzji organ administracji publicznej ustali w drodze postanowienia wysokość kosztów postępowania, osoby zobowiązane do ich poniesienia oraz termin i sposób ich uiszczenia*. Natomiast stosownie do dyspozycji przepisu art. 263 § 1 Kodeksu postępowania administracyjnego - *do kosztów postępowania zalicza się (...) również koszty doręczenia stronom pism urzędowych*.
- (156) Przedmiotowe postępowanie zostało wszczęte z urzędu, a w jego wyniku Prezes UOKiK w punkcie I sentencji niniejszej decyzji stwierdził naruszenie przepisów ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów. Kosztami niniejszego postępowania są wydatki związane z korespondencją prowadzoną przez Prezesa UOKiK w tej sprawie. W związku z powyższym postanowiono obciążyć Przedsiębiorców kosztami postępowania w wysokości:
- BRIMAT Sp. z o.o. z siedzibą w Rzeszowie - **63,50 zł** (słownie: sześćdziesiąt trzy złote 50/100),
 - Janusza Kurka prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą Janusz Kurek Firma Budowlana J&S w Kazimierzy Wielkiej - **75,30 zł** (słownie: siedemdziesiąt pięć złotych 30/100).
- (157) Na podstawie art. 264 § 1 Kodeksu postępowania administracyjnego w związku z art. 83 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów, Prezes UOKiK wyznaczył stronom termin 14 dni od dnia uprawomocnienia się niniejszej decyzji na uiszczenie kosztów niniejszego postępowania.
- (158) Koszty niniejszego postępowania należy zatem uiszczyć w terminie 14 dni od dnia uprawomocnienia się niniejszej decyzji na konto Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów: **NBP o/o Warszawa nr 51 1010 1010 0078 7822 3100 0000**.



(159) Mając powyższe na uwadze Prezes Urzędu orzekł, jak w punkcie III sentencji niniejszej decyzji.

POUCZENIA

(160) 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 roku - Kodeks postępowania cywilnego (Dz. U. z 2020 r. poz. 1575, dalej: „Kodeks postępowania cywilnego”) - od niniejszej decyzji stronie przysługuje odwołanie do Sądu Okręgowego w Warszawie - Sądu Ochrony Konkurencji i Konsumentów, w terminie miesiąca od dnia jej doręczenia, wnoszone za pośrednictwem Prezesa Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów - Delegatury Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów w Krakowie, pl. Szczepański 5, 31 - 011 Kraków.

(161) W przypadku zakwestionowania wyłącznie postanowienia o kosztach postępowania, zawartego w punkcie III niniejszej decyzji - stosownie do treści art. 81 ust. 5 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów w związku z art. 479³² § 1 i 2 Kodeksu postępowania cywilnego oraz art. 264 § 2 Kodeksu postępowania administracyjnego w związku z art. 83 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów, stronie przysługuje zażalenie do Sądu Okręgowego w Warszawie - Sądu Ochrony Konkurencji i Konsumentów, w terminie tygodniowym od dnia doręczenia niniejszej decyzji, wnoszone za pośrednictwem Prezesa Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów - Delegatury Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów w Krakowie, pl. Szczepański 5, 31-011 Kraków.

(162) Zgodnie z art. 3 ust. 2 pkt 9 w zw. z art. 32 ust. 1 ustawy z dnia 28 lipca 2005 r. o kosztach sądowych w sprawach cywilnych (Dz. U. z 2020 r. poz. 755 ze zm., dalej: „ustawa o kosztach sądowych w sprawach cywilnych”), odwołanie od decyzji Prezesa Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów podlega opłacie stałej w kwocie 1.000 zł. Z kolei, zgodnie z art. 32 ust 2 ww. ustawy zażalenie na postanowienie Prezesa UOKiK podlega opłacie w kwocie 500 zł.

(163) Zgodnie z art. 102 ustawy o kosztach sądowych w sprawach cywilnych osoba fizyczna może domagać się zwolnienia od kosztów sądowych, jeżeli złoży oświadczenie, z którego wynika, że nie jest w stanie ich ponieść bez uszczerbku utrzymania koniecznego dla siebie i rodziny lub ich poniesienie narazi ją na taki uszczerbek.

(164) Z kolei na podstawie art. 103 ustawy o kosztach sądowych w sprawach cywilnych sąd może przyznać zwolnienie od kosztów sądowych osobie prawnej lub jednostce organizacyjnej niebędącej osobą prawną, której ustawa przyznaje zdolność prawną, jeżeli wykazała, że nie ma dostatecznych środków na ich uiszczenie.

(165) Wniosek o przyznanie zwolnienia od kosztów sądowych - zgodnie z art. 105 ust. 1 zd.1 ustawy o kosztach sądowych w sprawach cywilnych - należy zgłosić na piśmie lub ustnie do protokołu w sądzie, w którym sprawa ma być wytoczona lub już się toczy.

(166) Stosownie do treści art. 117 § 1 Kodeksu postępowania cywilnego strona zwolniona przez sąd od kosztów sądowych w całości lub części, może domagać się ustanowienia adwokata lub radcy prawnego.

(167) Zgodnie z art. 117 § 2 Kodeksu postępowania cywilnego osoba fizyczna, niezwolniona przez sąd od kosztów sądowych, może się domagać ustanowienia adwokata lub radcy prawnego, jeżeli złoży oświadczenie, z którego wynika, że nie jest w stanie ponieść kosztów wynagrodzenia adwokata lub radcy prawnego bez uszczerbku utrzymania koniecznego dla siebie i rodziny.



- (168) Z kolei art. 117 § 3 Kodeksu postępowania cywilnego stanowi, że osoba prawna lub inna jednostka organizacyjna, której ustawa przyznaje zdolność sądową, niezwolniona przez sąd od kosztów sądowych, może się domagać ustanowienia adwokata lub radcy prawnego, jeżeli wykaże, że nie ma dostatecznych środków na poniesienie kosztów wynagrodzenia adwokata lub radcy prawnego.
- (169) Zgodnie z art. 117 § 4 zd. 1 Kodeksu postępowania cywilnego wniosek o ustanowienie adwokata lub radcy prawnego strona zgłasza wraz z wnioskiem o zwolnienie od kosztów sądowych lub osobno, na piśmie lub ustnie do protokołu, w sądzie, w którym sprawa ma być wytoczona lub już się toczy.

Z upoważnienia
Prezesa Urzędu Ochrony Konkurencji
i Konsumentów

Otrzymują:

1. [XXXXXXXXXX]- pełnomocnik BRIMAT Sp. z o.o, [XXXXXXXXXX]
2. r. pr. [XXXXXXXXXX]- pełnomocnik Janusza Kurka

