



**PREZES
URZĘDU OCHRONY
KONKURENCJI I KONSUMENTÓW
DELEGATURA UOKIK W KRAKOWIE**

Pl. Szczepański 5
31-011 Kraków
Tel./fax (0-12) 421-75-79, 421-74-98
E-mail: krakow@uokik.gov.pl

RKR-410-1/11/WJ-24/11

Kraków, dnia 27 lipca 2011 r.

DECYZJA Nr RKR - 24/2011

I. Na podstawie art. 11 ust. 1 i ust. 2 w związku z art. 6 ust. 1 pkt 7 *ustawy z dnia 16 lutego 2007 r. o ochronie konkurencji i konsumentów* (Dz. U. Nr 50, poz. 331, z późn. zm.) oraz stosownie do treści przepisów art. 33 ust. 6 tej *ustawy* i § 2 pkt 3 *rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 1 lipca 2009 r. w sprawie właściwości miejscowej i rzeczowej delegatur Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów* (Dz. U. Nr 107, poz. 887), po przeprowadzeniu postępowania antymonopolowego wszczętego z urzędu

- działając w imieniu Prezesa Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów

- **uznaje się za praktykę ograniczającą konkurencję** porozumienie zawarte na lokalnych rynkach usług dowozu uczniów do placówek oświatowych na obszarze Gminy Szczucin i Gminy Wadowice Górne, pomiędzy:

- Małgorzatą Kapinos, prowadzącą działalność gospodarczą pod nazwą Firma Produkcyjno – Handlowo - Usługowa Małgorzata Kapinos z siedzibą w Słupcu oraz

- Januszem Kapinos, prowadzącym działalność gospodarczą pod nazwą Firma Produkcyjno – Handlowo - Usługowa Janusz Kapinos z siedzibą w Słupcu,

polegające na uzgodnieniu przez tych przedsiębiorców, przystępujących do przetargów publicznych prowadzonych przez Gminę Szczucin i Gminę Wadowice Górne na dowóz uczniów z terenu tych Gmin do placówek oświatowych w roku 2010 i 2011, warunków składanych ofert oraz zachowania w toku prowadzonych przetargów, poprzez rezygnację z zawarcia umowy lub nieuzupełnienie dokumentacji ofertowej i doprowadzenie w ten sposób do wyboru tego z ww. przedsiębiorców, który zaoferował wyższą cenę za wykonanie zamówienia, co stanowi naruszenie art. 6 ust. 1 pkt 7 *ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów*.

i jednocześnie stwierdza się zaniechanie stosowania tej praktyki z dniem 14 grudnia 2010 r.

II. Na podstawie art. 106 ust. 1 pkt 1 *ustawy z dnia 16 lutego 2007 r. o ochronie konkurencji i konsumentów* oraz stosowanie do treści przepisów art. 33 ust. 6 tej *ustawy* i § 2 pkt 3 *rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 1 lipca 2009 r. w sprawie właściwości miejscowej i rzeczowej delegatur Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów*, po przeprowadzeniu postępowania antymonopolowego wszczętego z urzędu

- działając w imieniu Prezesa Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów

- **nakłada się** na wskazanych wyżej przedsiębiorców **kary pieniężne** z tytułu naruszenia zakazu określonego w art. 6 ust.1 pkt 7 ww. *ustawy*, w zakresie opisanym w punkcie I. sentencji niniejszej decyzji, w następujących wysokościach:

- Małgorzatę Kapinos, prowadzącą działalność gospodarczą pod nazwą Firma Produkcyjno – Handlowo - Usługowa Małgorzata Kapinos z siedzibą w Słupcu - karę w wysokości 1.059 zł (słownie: tysiąc pięćdziesiąt dziewięć złotych) oraz
- Janusza Kapinosa, prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą Firma Produkcyjno – Handlowo - Usługowa Janusz Kapinos z siedzibą w Słupcu – karę w wysokości 18.415 zł (słownie: osiemnaście tysięcy czterysta piętnaście złotych),

płatne do budżetu państwa.

III. Na podstawie art. 77 ust. 1 i art. 80 *ustawy z dnia 16 lutego 2007 r. o ochronie konkurencji i konsumentów* oraz art. 263 § 1 i art. 264 § 1 *ustawy z dnia 14 czerwca 1960 r. Kodeks postępowania administracyjnego* (Dz. U. z 2000 r. Nr 98, poz. 1071, z późn. zm.) w związku z art. 83 *ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów* oraz stosownie do treści przepisów art. 33 ust. 6 tej *ustawy* i § 2 pkt 3 *rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 1 lipca 2009 r. w sprawie właściwości miejscowej i rzeczowej delegatur Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów*, po przeprowadzeniu postępowania antymonopolowego wszczętego z urzędu

- działając w imieniu Prezesa Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów

- **obciąża się** wskazanych wyżej przedsiębiorców **kosztami niniejszego postępowania antymonopolowego** oraz zobowiązuje się tych przedsiębiorców, w terminie 14 dni od daty uprawomocnienia się niniejszej decyzji, do zwrotu Prezesowi Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów kosztów postępowania, w następujących kwotach:

- Małgorzata Kapinos, prowadząca działalność gospodarczą pod nazwą Firma Produkcyjno – Handlowo - Usługowa Małgorzata Kapinos z siedzibą w Słupcu - kosztów w kwocie 29 zł (słownie: dwadzieścia dziewięć złotych) oraz
- Janusz Kapinos, prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą Firma Produkcyjno – Handlowo - Usługowa Janusz Kapinos z siedzibą w Słupcu - kosztów w kwocie 29 zł (słownie: dwadzieścia dziewięć złotych).

UZASADNIENIE

W dniu 4 stycznia 2011 r. do Delegatury Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów w Krakowie wpłynęło zawiadomienie Veolia Transport Sp. z o.o. z siedzibą w Toruniu Oddział w Mielcu (zwanej dalej „Zawiadamiającym”) dotyczące nieprawidłowości w trakcie przeprowadzanych w latach 2009 i 2010, przez Gminę Szczucin i Gminę Wadowice

Górne przetargów nieograniczonych na dowóz uczniów do szkół i innych placówek oświatowych. Zawiadamiający poinformował w nim o podejrzeniu stosowania przez:

- Małgorzatę Kapinos, prowadzącą działalność gospodarczą pod nazwą Firma Produkcyjno – Handlowo - Usługowa Małgorzata Kapinos z siedzibą w Słupcu (zwaną dalej „Małgorzatą Kapinos” oraz
- Janusza Kapinos, prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą Firma Produkcyjno – Handlowo - Usługowa Janusz Kapinos z siedzibą w Słupcu (zwanego dalej „Januszem Kapinosem”

praktyk ograniczających konkurencję, polegających na naruszeniu art. 6 ust 1 pkt 7 ustawy z dnia 16 lutego 2007 r. o ochronie konkurencji i konsumentów (Dz. U. Nr 50, poz. 331, z późn. zm. – zwanej dalej „ustawą antymonopolową”), poprzez zawieranie porozumień przez ww. przedsiębiorców przystępujących do przetargów publicznych, prowadzonych przez jednostki samorządu terytorialnego. Zdaniem Zawiadamiającego, w ramach przedmiotowych przetargów ww. przedsiębiorcy uzgadniali warunki składania ofert oraz uzgadniali zachowanie, polegające na rezygnacji z uzupełnienia dokumentacji i doprowadzali w ten sposób do wyboru tego z ww. przedsiębiorców, który zaoferował najwyższą cenę. Zawiadamiający wyjaśnił, że dokonał analizy czterech przetargów rozstrzygniętych przez Gminę Szczucin i Gminę Wadowice Górne w latach 2009 i 2010, zwracając uwagę na powtarzalność następujących schematów działania przystępujących do nich oferentów:

1. We wszystkich czterech przetargach wystartowali ci sami wykonawcy, tj. Małgorzata Kapinos oraz Janusz Kapinos, którzy prowadzą działalność pod tym samym adresem, tj. Słupiec 328, 33 - 230 Szczucin;
2. W pierwszych trzech z ogłoszonych przetargów wygrał Janusz Kapinos, w czwartym zaś podzielonym na części, realizację dwóch pierwszych części (tras) otrzymał Janusz Kapinos, natomiast wykonanie 8 części (trasy) powierzono Małgorzacie Kapinos.
3. W każdym z ww. postępowań przetargowych jeden z tych wykonawców był wykluczony z postępowania, z uwagi na nieuzupełnienie dokumentacji przetargowej, co prowadziło – zdaniem Zawiadamiającego - do wyboru tego z wykonawców, który zaoferował wyższą cenę.

W celu zweryfikowania przedstawionych wyżej podejrzeń Zawiadamiającego, Prezes Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów (zwany dalej „Prezesem Urzędu”) wszczął w dniu 10 stycznia 2011 r. postępowanie wyjaśniające w sprawie postępowań przetargowych na dowóz uczniów do szkół i innych placówek oświatowych, przeprowadzanych przez Gminę Szczucin i Gminę Wadowice Górne w latach 2009 i 2010. W toku przedmiotowego postępowania wezwano Gminę Szczucin i Gminę Wadowice Górne do przedłożenia dokumentacji wszystkich postępowań przetargowych mających za przedmiot dowóz uczniów z terenu tych gmin do placówek oświatowych, przeprowadzonych przez nie w okresie od 10 sierpnia 2009 r., tj. od daty zarejestrowania działalności gospodarczej przez Małgorzatę Kapinos, które następnie poddane zostały szczegółowej analizie.

Mając na uwadze, że zebrany w ramach ww. postępowania materiał dowodowy potwierdził część zarzutów stawianych przez Zawiadamiającego, postanowieniem Nr 52/2011 z dnia 28 lutego 2011 r., Prezes Urzędu wszczął postępowanie antymonopolowe w sprawie podejrzenia stosowania przez:

- Małgorzatę Kapinos, prowadzącą działalność gospodarczą pod nazwą Firma Produkcyjno – Handlowo - Usługowa Małgorzata Kapinos z siedzibą w Słupcu oraz

- Janusza Kapinos, prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą Firma Produkcyjno – Handlowo - Usługowa Janusz Kapinos z siedzibą w Słupcu

praktyki ograniczającej konkurencję, polegającej na uzgadnianiu przez tych przedsiębiorców, przystępujących do przetargów publicznych prowadzonych przez Gminę Szczucin i Gminę Wadowice Górne na dowóz uczniów z terenu tych Gmin do placówek oświatowych w roku 2010 i 2011, warunków składanych ofert oraz zachowań podejmowanych w toku prowadzonych przetargów, poprzez rezygnację z zawarcia umowy lub nieuzupełnienie dokumentacji ofertowej i doprowadzenie w ten sposób do wyboru tego z ww. przedsiębiorców, który zaoferował wyższą cenę

- co może stanowić naruszenie art. 6 ust. 1 pkt 7 *ww. ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów*, polegające na zawarciu porozumienia, którego celem lub skutkiem jest wyeliminowanie, ograniczenie lub naruszenie w inny sposób konkurencji na lokalnym rynku usług dowozu uczniów do placówek oświatowych na obszarze Gminy Szczucin i Gminy Wadowice Górne.

Jednocześnie z wszczęciem przedmiotowego postępowania antymonopolowego w poczet dowodów w tym postępowaniu zaliczono w całości materiał dowodowy zebrany w trakcie postępowania wyjaśniającego o sygnaturze RKR-400-1/11/WJ, wszczętego w sprawie postępowań przetargowych na dowóz uczniów do szkół i innych placówek oświatowych, przeprowadzanych przez gminy Szczucin i Wadowice Górne w latach 2009 i 2010.

W dniu 28 lutego 2011 r. Prezes Urzędu skierował również do przedsiębiorców - Małgorzaty Kapinos i Janusza Kapinosa zawiadomienie o wszczęciu ww. postępowania antymonopolowego, z wezwaniem do ustosunkowania się do zarzutów tego postępowania oraz przedłożenia dalszych wyjaśnień i dokumentów w sprawie.

Odpowiadając na zawiadomienie o wszczęciu postępowania antymonopolowego strony zaprzeczyły zarzutom stosowania praktyk ograniczających konkurencję. Małgorzata Kapinos zapewniła, że nigdy nie umawiała się z żadnym przedsiębiorcą, w tym również z Januszem Kapinosem, co do oferowanych w ramach przetargów, do których przystępowała warunków cenowych. Podkreśliła, że w przetargach organizowanych przez Gminy Wadowice Górne i Szczucin nie unikała zawierania umów dotyczących uzyskanych przez nią zamówień, lecz w niektórych z nich nie mogła przedstawić dokumentów żądanych przez zamawiających, ponieważ ich nie posiadała. Natomiast jedyna odmowa zawarcia przez nią umowy o realizację zamówienia spowodowana była obawą, że zły stan techniczny autobusu udostępnionego w tym celu przez Gminę Wadowice Górne uniemożliwi jego realizację. We wszystkich tych przypadkach jej zamiarem nie było natomiast umożliwienie uzyskania zamówienia innemu przedsiębiorcy, oferującemu wyższą cenę. Podobnie Janusz Kapinos oświadczył, że nigdy nie umawiał się z Małgorzatą Kapinos, ani z innymi przedsiębiorcami co do ofert i cen przetargowych, jak również nie namawiał nikogo do niepodpisywania umów albo nieuzupełniania dokumentów przetargowych oraz sam tego nie robił.

Postanowieniem Nr RKR - 146/2011 z dnia 24 czerwca 2011 r. organ antymonopolowy zmienił treść postanowienia Nr 52/2011 z 28 lutego 2011 r., doprecyzowując definicję rynku właściwego, który w tym zakresie winien być określony, jako „lokalne rynki usług dowozu uczniów do placówek oświatowych na obszarze Gminy Szczucin i Gminy Wadowice Górne”. W tym stanie rzeczy, od dnia 24 czerwca 2011 r. postępowania antymonopolowe w niniejszej sprawie wciąż prowadzone było zatem pod dotychczasowym zarzutem podejrzenia stosowania przez:

- Małgorzatę Kapinos, prowadzącą działalność gospodarczą pod nazwą Firma Produkcyjno – Handlowo - Usługowa Małgorzata Kapinos z siedzibą w Słupcu oraz
- Janusza Kapinos, prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą Firma Produkcyjno – Handlowo - Usługowa Janusz Kapinos z siedzibą w Słupcu

praktyki ograniczającej konkurencję, polegającej na uzgadnianiu przez tych przedsiębiorców, przystępujących do przetargów publicznych prowadzonych przez Gminę Szczucin i Gminę Wadowice Górne na dowóz uczniów z terenu tych Gmin do placówek oświatowych w roku 2010 i 2011, warunków składanych ofert oraz zachowań podejmowanych w toku prowadzonych przetargów, poprzez rezygnację z zawarcia umowy lub nieuzupełnienie dokumentacji ofertowej i doprowadzenie w ten sposób do wyboru tego z ww. przedsiębiorców, który zaoferował wyższą cenę

- co może stanowić naruszenie art. 6 ust. 1 pkt 7 *ww. ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów*, polegające na zawarciu porozumienia, którego celem lub skutkiem jest wyeliminowanie, ograniczenie lub naruszenie w inny sposób konkurencji na lokalnych rynkach usług dowozu uczniów do placówek oświatowych na obszarze Gminy Szczucin i Gminy Wadowice Górne.

Wyżej przedstawiony, ostatecznie ukształtowany rynek właściwy oraz zarzut antymonopolowy znalazły odzwierciedlenie w sentencji niniejszej decyzji.

Zawiadomieniem z dnia 24 czerwca 2011 r. strony niniejszego postępowania zostały poinformowane o zakończeniu zbierania materiału dowodowego oraz przysługującym im prawie do zapoznania się z materiałem dowodowym zgromadzonym w aktach postępowania antymonopolowego. Do dnia wydania niniejszej decyzji, mimo upływu wyznaczonego stronom terminu nie skorzystały one z przysługującego im w tym zakresie prawa.

Prezes Urzędu ustalił następujący stan faktyczny:

Małgorzata Kapinos prowadzi działalność gospodarczą pod nazwą Firma Produkcyjno – Handlowo - Usługowa Małgorzata Kapinos, na podstawie wpisu nr 1706/2009 do ewidencji działalności gospodarczej, prowadzonej przez Burmistrza Miasta i Gminy Szczucin. Zgodnie z zaświadczeniem o wpisie do ewidencji działalności gospodarczej, miejscem zamieszkania i jednocześnie stałym miejscem wykonywania działalności gospodarczej przez Małgorzatę Kapinos jest Słupiec 328, 33 – 230 Szczucin. Jak wynika z ww. zaświadczenia o wpisie Małgorzata Kapinos prowadzi działalność gospodarczą od 10 sierpnia 2009 r. Przedmiotem tej działalności jest m.in. transport lądowy pasażerski, miejski i podmiejski (PKD 49.31.Z) oraz pozostały transport lądowy pasażerski, gdzie indziej niesklasyfikowany (PKD 49.39.Z). Taką też działalność Małgorzata Kapinos faktycznie realizuje, dysponując licencją na wykonywanie krajowego transportu drogowego w zakresie przewozu osób autobusem (wyjaśnienia Małgorzaty Kapinos z dnia 28 marca 2011 r.). Na podstawie wpisu do ewidencji działalności gospodarczej ustalono ponadto, że Małgorzata Kapinos posługuje się w prowadzonej przez siebie działalności numerem telefonu: (014) 643 13 46.

Janusz Kapinos prowadzi działalność gospodarczą pod nazwą Firma Produkcyjno – Handlowo - Usługowa Janusz Kapinos, na podstawie wpisu nr 174/90 do ewidencji działalności gospodarczej, prowadzonej przez Burmistrza Miasta i Gminy Szczucin. Zgodnie z zaświadczeniem o wpisie do ewidencji działalności gospodarczej, miejscem zamieszkania i jednocześnie stałym miejscem wykonywania działalności gospodarczej

przez Janusza Kapinosa jest Słupiec 328, 33 – 230 Szczucin. Jak wynika z ww. zaświadczenia o wpisie Janusz Kapinos prowadzi działalność gospodarczą od 2 kwietnia 1990 r. Przedmiotem tej działalności jest m.in. transport lądowy pasażerski, miejski i podmiejski (PKD 49.31.Z), pozostały transport lądowy pasażerski, gdzie indziej niesklasyfikowany (PKD 49.39.Z), konserwacja i naprawa pojazdów samochodowych, z wyłączeniem motocykli (PKD 45.20.Z) oraz produkcja opon i dętek z gumy; bieżnikowanie i regenerowanie opon z gumy (PKD 22.11.Z). Taką też działalność Janusz Kapinos faktycznie wykonuje (wyjaśnienia Janusza Kapinosa z dnia 30 marca 2011 r.). Dla potrzeb wykonywania działalności transportowej Janusz Kapinos uzyskał licencję na wykonywanie krajowego transportu drogowego w zakresie przewozu osób autobusem. Na podstawie wpisu do ewidencji działalności gospodarczej ustalono ponadto, że Janusz Kapinos posługuje się w prowadzonej przez siebie działalności numerem telefonu: (014) 643 13 46.

Pismem z dnia 30 marca 2011 r. Janusz Kapinos wyjaśnił, że wyżej określoną działalność gospodarczą prowadzi samodzielnie. Dla potrzeb jej wykonywania dysponuje własnymi środkami transportu, których jest wyłącznym właścicielem oraz zatrudnia dwunastu pracowników, z reguły kierowców, na podstawie umów o pracę i umów zlecenia. Z kolei Małgorzata Kapinos oświadczyła, że prowadzi działalność gospodarczą samodzielnie, nie posiada jednak własnego taboru samochodowego, lecz korzysta z wynajmowanych busów i autobusów. W okresie najmu pojazdy te są do jej wyłącznej dyspozycji wraz kierowcami, ponieważ Małgorzata Kapinos nie zatrudnia własnych kierowców (wyjaśnienia z dnia 28 marca 2011 r.). Małgorzata Kapinos doprecyzowała w tym samym piśmie, że dokonując najmu pojazdów samochodowych występuje o informację co do jego ceny do trzech przedsiębiorstw transportowych, przy czym jednym z nich jest firma jej męża - Janusza Kapinosa. Na potwierdzenie zainteresowania ofertą innego niż Janusz Kapinos przedsiębiorcy Małgorzata Kapinos nie przedstawiła jednak żadnego dokumentu (np. zapytania o cenę, zapytania ofertowego, stosownej umowy, dowodu z prowadzonej w tym zakresie korespondencji) - wyłącznym dowodem jakim dysponowała w analizowanym zakresie była faktura VAT Nr 31a/12/2010/P z dnia 27 grudnia 2010 r., wystawiona dla jej firmy przez Janusza Kapinosa. Natomiast z przedstawionymi tu informacjami korespondują wyjaśnienia Janusza Kapinosa, który dookreślił, że dokonuje wynajmu busów i autobusów innym przedsiębiorcom, w tym żonie Małgorzacie Kapinos. W jego ocenie oferuje najlepsze ceny wynajmu pojazdów samochodowych w powiecie dąbrowskim (pismo Janusza Kapinosa z dnia 30 marca 2011 r.). Jednocześnie Janusz Kapinos posłużył się tym samym dowodem, tj. ww. fakturą VAT wystawioną na żonę Małgorzatę Kapinos.

Jak z powyższego wynika, strony niniejszego postępowania łączą ściśle więzy rodzinne – Małgorzata i Janusz Kapinos są małżeństwem. Miejsce zamieszkania obu stron znajduje się pod tym samym adresem, tj. Słupiec 328, 33 – 230 Szczucin, pod którym prowadzą one również (mają zarejestrowaną) działalność gospodarczą. Obie strony prowadzą taką samą działalność gospodarczą w zakresie drogowego transportu osób autobusami. Wprawdzie strony postępowania deklarują, że działalność tę prowadzą samodzielnie, jednak korzystają z tego samego parku samochodowego, będącego wyłączną własnością Janusza Kapinosa i z tych samych kierowców, przez niego zatrudnianych.

W ramach wykonywanej przez siebie działalności, zarówno Małgorzata Kapinos, jak i Janusz Kapinos uczestniczą w przetargach na dowóz uczniów do szkół i innych placówek oświatowych, organizowanych przez gminy i gminne jednostki organizacyjne. Jak wynika bowiem z wyjaśnień Małgorzaty Kapinos, od momentu rozpoczęcia przez nią działalności gospodarczej w dniu 10 sierpnia 2009 r. brała udział w czterech takich przetargach, dwóch organizowanych przez Gminę Wadowice Górne

odpowiednio w roku 2009 i 2010 oraz dwóch przeprowadzonych przez jednostkę organizacyjną Gminy Szczucin (Gminny Zespół Oświaty w Szczucinie – zwany dalej „GZO w Szczucinie”) w tych samych latach. Były to jedyne cztery przetargi, w których uczestniczyła Małgorzata Kapinos (pismo z dnia 28 marca 2011 r.). Z kolei Janusz Kapinos uczestniczył w wielu przetargach organizowanych na terenie powiatu dąbrowskiego, mieleckiego i Buska – Zdroju, w tym we wszystkich przeprowadzonych przez gminy Wadowice Górne i Szczuciu w latach 2009 i 2010 (pismo z dnia 30 marca 2011 r.). W piśmie tym Janusz Kapinos wyjaśnił, że Gmina Wadowice Górne zorganizowała dwa przetargi na dowóz uczniów do placówek oświatowych, po jednym w roku 2009 i 2010. Natomiast Gmina Szczucin - GZO w Szczucinie przeprowadziła pięć tego typu przetargów w roku 2009 i kolejnych pięć w roku 2010.

Jak zatem wynika z wyjaśnień stron niniejszego postępowania, we wszystkich czterech przetargach, w których brała udział Małgorzata Kapinos oferty składał również Janusz Kapinos. Stan taki dotyczył następujących przetargów nieograniczonych na usługi pod nazwą:

- 1) „Dowóz szkolny dzieci i młodzieży z terenu Gminy Wadowice Górne do placówek oświatowych w roku szkolnym 2009/2010”;
- 2) „Dowóz szkolny dzieci i młodzieży z terenu Gminy Wadowice Górne do placówek oświatowych w roku szkolnym 2010/2011”;
- 3) „Dowóz uczniów do szkół i placówek na terenie Gminy Szczucin w okresie od 4.01.2010r. do 25.06.2010r.”;
- 4) „Dowóz uczniów do szkół i placówek na terenie Gminy Szczucin w okresie od 3.01.2011r. do 22.12.2011r.”.

Pierwszy z ww. przetargów pod nazwą „Dowóz szkolny dzieci i młodzieży z terenu Gminy Wadowice Górne do placówek oświatowych w roku szkolnym 2009/2010” został ogłoszony przez Gminę Wadowice Górne 7 sierpnia 2009 r. (nr ogłoszenia: 129581 – 2009), a zatem jeszcze przed datą rozpoczęcia z dniem 10 sierpnia 2009 r. działalności gospodarczej przez Małgorzatę Kapinos. Niemniej jednak z uwagi na termin składania ofert, który upływał 19 sierpnia 2009 r. oraz termin rozpoczęcia wykonywania zamówienia z dniem 1 września 2009 r., Małgorzata Kapinos uczestniczyła w tym przetargu. Przedmiot zamówienia objętego przedmiotowym przetargiem podzielony został na 8 części – tras przewozu uczniów. Na 7 trasach przewóz uczniów miał się odbywać własnymi środkami transportu wykonawcy zamówienia. Natomiast w przypadku pozostałej 1 części zamówienia, tj. trasy 2 przewóz uczniów miał być realizowany gimbusem użyczonym wykonawcy, będącym własnością Gminy Wadowice Górne. Kryterium oceny ofert w całym przedmiotowym przetargu była najniższa cena (ogłoszenie o zamówieniu i specyfikacja istotnych warunków zamówienia dotyczące tego przetargu, przedłożone za pismami Gminy Wadowice Górne z dnia 19 stycznia i 9 lutego 2011 r.).

W wyniku rozstrzygnięcia ww. przetargu Małgorzata Kapinos złożyła najkorzystniejszą ofertę cenową, a tym samym uzyskała zamówienie w zakresie realizacji jednej z jego ośmiu części, tj. przewozu uczniów własnymi środkami transportu na trasie nr 8. Z kolei Janusz Kapinos zaoferował najniższe ceny i zawarł umowę z Gminą Wadowice Górne na dowóz uczniów do szkół własnym transportem na trasie nr 1 oraz przewóz gimbusem stanowiącym własność Gminy na trasie nr 2. Na pozostałych pięciu trasach usługi przewozu świadczyć mieli pozostali trzej oferenci, którzy przystąpili do przedmiotowego przetargu, w związku ze złożeniem przez nich najkorzystniejszych ofert cenowych, a co za tym idzie podpisaniem z nimi umów o realizację zamówienia (wyjaśnienia Gminy Wadowice Górne z dnia 9 lutego 2011 r. oraz załączone do nich dokumenty w postaci: ogłoszenia

o wyniku postępowania, protokołu postępowania oraz zbiorczego zestawienia ofert). Uzupełnienia w tym miejscu wymaga jednocześnie, że analiza warunków składanych ofert, a zwłaszcza zachowanie Małgorzaty i Janusza Kapinosów w toku tego postępowania przetargowego – wynikające z przedmiotowej dokumentacji przetargowej – nie pozwoliły na objęcie analizowanego przetargu zarzutem zawarcia porozumienia ograniczającego konkurencję, rozstrzyganym w niniejszej decyzji.

Drugi z wymienionych wyżej przetargów pod nazwą „Dowóz szkolny dzieci i młodzieży z terenu Gminy Wadowice Górne do placówek oświatowych w roku szkolnym 2010/2011” został ogłoszony przez Gminę Wadowice Górne w dniu 19 sierpnia 2010 r. (nr ogłoszenia: 257154 – 2010). Przedmiot zamówienia objętego tym przetargiem podzielony został na 8 części – tras przewozu uczniów. Na 7 trasach przewóz uczniów miał się odbywać własnymi środkami transportu wykonawcy zamówienia. Natomiast w przypadku pozostałej 1 części zamówienia, tj. trasy 2 przewóz uczniów miał być realizowany gimbusem użyczonym wykonawcy, będącym własnością Gminy Wadowice Górne. Kryterium oceny ofert w całym przedmiotowym przetargu była najniższa cena (ogłoszenie o zamówieniu i specyfikacja istotnych warunków zamówienia dotyczące tego przetargu, przedłożone za pismami Gminy Wadowice Górne z dnia 19 stycznia i 9 lutego 2011 r.).

Do ww. przetargu – różnych jego części - przystąpiło w sumie pięciu oferentów, w tym również Małgorzata Kapinos i Janusz Kapinos. Oferta Małgorzaty Kapinos została złożona jako pierwsza, natomiast oferta Janusza Kapinosa jako druga, wobec czego ofertom tym nadano odpowiednio numery 1 oraz 2. Jako jedyne strony niniejszego postępowania złożyły ofertę na wszystkie 8 części (tras) objętych zamówieniem, proponując następujące ceny ofertowe (zbiorcze zestawienie ofert, ogłoszenie o wyniku postępowania oraz formularze ofertowe poszczególnych oferentów, przedłożone za pismami Gminy Wadowice Górne z dnia 19 stycznia i 9 lutego 2011 r.):

Tabela nr 1: Zestawienie cen ofertowych Małgorzaty Kapinos i Janusza Kapinosa za 1 km przewozu uczniów na poszczególnych trasach:

Część zamówienia – nr trasy	Cena ofertowa Małgorzaty Kapinos za 1 km trasy	Cena ofertowa Janusza Kapinosa za 1 km trasy
1.	3,40 zł	3,70 zł
2. – cena za 1 km trasy gimbusem	1,90 zł	2,08 zł
3.	3,19 zł	3,49 zł
4.	3,30 zł	3,50 zł
5.	2,55 zł	3,00 zł
6.	3,19 zł	3,50 zł
7.	1,45 zł	1,50 zł
8.	1,20 zł	1,45 zł

W dniu 27 sierpnia 2010 r. upłynął termin składania ofert i nastąpiło ich otwarcie w Urzędzie Gminy w Wadowicach Górnych, na którym obecne były strony niniejszego postępowania. Po odczytaniu przez komisję przetargową wyników złożonych ofert okazało się, że Małgorzata Kapinos zaproponowała najkorzystniejsze ceny przewozu uczniów na trasach nr 1, 2, 4, 5 i 6, natomiast na pozostałych trzech trasach, tj. 3, 7 i 8 najkorzystniejsze ceny zaoferowali trzej inni oferenci – każdy z nich na jednej trasie. Jedyne oferta cenowa Janusza Kapinosa nie wygrała na żadnej z tych ośmiu tras. W dniu ogłoszenia wyników postępowania przetargowego Małgorzata Kapinos zrezygnowała z realizacji zamówienia na trasie nr 2, składając pismo o następującej treści: „Oświadczam, że rezygnuję z oferty na użyczenie „Gimbusa” będącego własnością gminy, pomimo wygranego przetargu na dowóz dzieci i młodzieży do placówek oświatowych w roku szkolnym 2010/2011”. Podkreślić należy jednocześnie, że trasa nr 2 była jedyną, w przypadku której drugą najkorzystniejszą ofertę cenową złożył Janusz Kapinos, natomiast na wszystkich pozostałych trasach wygranych przez Małgorzatę Kapinos korzystniejsze od niego ceny proponowali pozostali oferenci (wyjaśnienia Gminy Wadowice Górne z dnia 9 lutego 2011 r. oraz załączone do nich dokumenty w postaci: ogłoszenia o wyniku postępowania, protokołu postępowania, zbiorczego zestawienia ofert i ww. oświadczenia Małgorzaty Kapinos).

Wobec powyższego – jak wynika z ogłoszenia o wyniku postępowania z dnia 30 sierpnia 2010 r. oraz z pozostałej dokumentacji opracowanej przez Gminę Wadowice Górne na etapie rozstrzygnięcia przedmiotowego przetargu – za najkorzystniejsze oferty uznane zostały ostatecznie, w odniesieniu do:

- tras nr 1, 4, 5 i 6 – oferta Małgorzaty Kapinos;
- trasy nr 2 – oferta Janusza Kapinosa;
- tras nr 3, 7 i 8 - oferty pozostałych trzech oferentów, każdego z nich na jednej trasie.

W przedstawionym stanie faktycznym, w dniach 1, 14 i 17 września 2010 r. Gmina Wadowice Górne podpisywała umowy na dowóz szkolny uczniów w roku szkolnym 2010/2011 w zakresie każdej z ww. tras z wymienionymi oferentami. Przy czym z Małgorzatą Kapinos zawarta została jedna wspólna umowa (znak: UG.OA – 4333/8/10) na obsługę wszystkich czterech tras, tj. nr 1, 4, 5 i 6, zaś z Januszem Kapinosem dwie umowy: na dowóz uczniów na trasie nr 2 użyczonym od Gminy gimbusiem (znak: UG.OA – 4333/7/10) oraz umowa użyczenia gimbusa, będącego własnością Gminy (znak: UG.OA – 4333/3/10). Wszystkie wskazane wyżej dokumenty, tj. ogłoszenie o wyniku postępowania i pozostała dokumentacja przetargowa oraz umowy z poszczególnymi oferentami, stanowią załączniki do pisma Gminy Wadowice Górne z dnia 9 lutego 2011 r.

Przeciwko sposobowi rozstrzygnięcia przetargu w wyżej określony sposób, pismem z dnia 3 września 2010 r. zaprotestował jeden z oferentów - Zbigniew Niedbała, prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą Firma Usługowo – Handlowa Zbigniew Niedbała z siedzibą w Wadowicach Górnych (zwany dalej „Zbigniewem Niedbałą”). W swoim piśmie Zbigniew Niedbała zarzucił stronom niniejszej decyzji porozumiewanie się w ramach przedmiotowego przetargu, poprzez ustalanie wysokości cen ofertowych, a następnie rezygnację przez Małgorzatę Kapinos, w wyniku której zamówienia otrzymał Janusz Kapinos oferujący wyższą cenę. W odpowiedzi z dnia 9 września 2010 r. na ww. pismo Gmina Wadowice Górne nie znalazła podstaw do wykluczenia Małgorzaty i Janusza Kapinosów z postępowania przetargowego, ani odrzucenia złożonych przez nich ofert, uznając, że postępowanie to przeprowadzone zostało prawidłowo i zgodnie z prawem (ww. pismo Zbigniewa Niedbały oraz odpowiedź Gminy Wadowice Górne, załączone do wyjaśnień Gminy z dnia 9 lutego 2011 r.).

Dodatkowo podkreślenia wymaga w tym miejscu, że oba formularze ofertowe złożone przez Małgorzatę Kapinos i Janusza Kapinosa wypełnione zostały tym samym charakterem pisma i według tego samego porządku i układu ofert. Na pierwszej stronie formularzy ofert umieszczono dane dotyczące tras nr 1, 2, 7 i 8 – opisując je w jednakowy sposób (trasa nr..., miejscowości przez które ona przebiega, cena oznaczona cyfrą i dodatkowo w nawiasie słownie). Oba formularze ofertowe – opracowane wcześniej przez Gminę Wadowice Górne - uzupełnione zostały dokumentem pod nazwą „Do załącznika Nr 1 – ciąg dalszy”, w którym Małgorzata Kapinos i Janusza Kapinos umieścili dane dotyczące tras nr 2, 3, 4, 5 i 6 – opisując je w jednakowy sposób (trasa nr..., miejscowości przez które ona przebiega, cena oznaczona cyfrą i dodatkowo w nawiasie słownie). Jednakowo sporządzone zostały również inne załączniki do przedmiotowych ofert, którym nadano identyczne nazwy: „Wykaz pojazdów do wykonania zamówienia” oraz „Wykaz osób, które będą uczestniczyć w wykonaniu zamówienia wraz z informacjami na temat ich kwalifikacji”, a dodatkowo zastosowano do ich wypełnienia ten sam rodzaj i wielkość czcionki, drukowane litery, jednakowe odległości pomiędzy poszczególnymi wierszami oraz pomiędzy nagłównikiem i tekstem, rozmieszczenie tekstu na stronie, pogrubienia tych samych elementów tekstu. Istotne jest przy tym jednocześnie, że wszystkie formularze ofertowe, ich uzupełnienia i załączniki do nich - opracowane przez pozostałych trzech oferentów, którzy przystąpili do przedmiotowego przetargu - zostały wypełnione lub sporządzone w zupełnie odmienny sposób przez każdego z nich. Niezależnie od powyższego ustalono, że Janusz Kapinos wpisany jest jako:

- właściciel pojazdów samochodowych we wszystkich dowodach rejestracyjnych pojazdów,
- ubezpieczający (który w polisach ubezpieczenia może być podmiotem innym niż właściciel, a dodatkowo występuje w nich również kategoria użytkownika pojazdu) we wszystkich polisach ubezpieczenia pojazdów samochodowych,
- zatrudniający kierowców pracodawca w niemal wszystkich zaświadczeniach lekarskich,

których kserokopie stanowią załączniki do ofert złożonych w przedmiotowym przetargu zarówno przez niego, jak również Małgorzatę Kapinos. Przedstawione powyżej ustalenia i wnioski wynikają z analizy ofert złożonych przez poszczególnych oferentów w ramach ww. postępowania przetargowego, które przedłożone zostały za pismem Gminy Wadowice Górne z dnia 19 stycznia 2011 r.

Odnosząc się do okoliczności dotyczących przedmiotowego przetargu Małgorzata Kapinos wyjaśniła, że pomimo uzyskania zamówienia na dowóz uczniów do szkół gimbusiem stanowiącym własność Gminy Wadowice Górne odmówiła podpisania umowy z Gminą, z powodu złego stanu technicznego tego autobusu. Małgorzata Kapinos doprecyzowała, że zły stan techniczny gimbusa ustalił na jej zlecenie mechanik samochodowy, a ponieważ sama nie dysponuje własnym warsztatem do napraw taboru samochodowego, nie chciała ponosić ryzyka związanego z eksploatacją wadliwego autobusu. Małgorzata Kapinos dodała, że jej ocena w tym zakresie okazała się trafna, ponieważ od męża Janusza Kapinosa – który zawarł umowę o realizację tej części zamówienia z Gminą Wadowice Górne, jako że złożył drugą pod względem ceny ofertę i zdecydował się na używanie gimbusa Gminy - uzyskała informację, że stan techniczny tego gimbusa został zakwestionowany przez Policję i niedopuszczono go do ruchu drogowego. W konsekwencji zatrzymania dowodu rejestracyjnego tego pojazdu – jak oświadczyła - jej mąż Janusz Kapinos musiał go wyremontować (wyjaśnienia te Małgorzaty Kapinos przedstawiła w piśmie z dnia 28 marca 2011 r.). Janusz Kapinos złożył wyjaśnienia dokładnie potwierdzające ww. informacje jego żony Małgorzaty Kapinos, dodając, że zdecydował się na realizację zamówienia w zakresie dowozu uczniów do szkół gimbusiem

Gminy Wadowice Górne, ponieważ dysponuje własnym warsztatem mechanicznym i dużym parkiem samochodowym. Dookreślił ponadto, że Policja zatrzymała dowód rejestracyjny tego gimbusa z powodu zbyt skorodowanego nadwozia pojazdu, i gdyby nie jego własny warsztat i park samochodowy nie wywiązałby się z umowy zawartej z Gminą Wadowice Górne (wyjaśnienia zawarte w piśmie Janusza Kapinosa z dnia 30 marca 2011 r.).

Trzeci z określonych powyżej przetargów pod nazwą „Dowóz uczniów do szkół i placówek na terenie Gminy Szczucin w okresie od 4.01.2010 r. do 25.06.2010 r.” został ogłoszony przez GZO w Szczucinie w dniu 30 listopada 2009 r. (nr ogłoszenia: 411824 – 2009). Przedmiot objętego nim zamówienia dotyczył dowozu uczniów z terenu całej Gminy Szczucin i nie został podzielony na części (trasy przewozu). Kryterium oceny ofert w tym przetargu była najniższa cena (ogłoszenie o zamówieniu i ogłoszenie o udzieleniu zamówienia dotyczące tego przetargu, przedłożone za pismem Gminy Szczucin z dnia 3 lutego 2011 r.).

Do ww. przetargu przystąpiło trzech oferentów: Małgorzata Kapinos, Janusz Kapinos oraz Jan Pięta, prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą Transport Osobowo – Towarowy „Janpol” Jan Pięta z siedzibą w Woli Radłowskiej (zwany dalej „Janem Piętą”). Oferta Małgorzaty Kapinos została złożona jako pierwsza, natomiast oferta Janusza Kapinosa jako druga, wobec czego ofertom tym nadano odpowiednio numery 1 oraz 2. Poszczególni oferenci zaproponowali w formularzach ofertach następujące ceny za 1 km przewozu uczniów:

- Małgorzata Kapinos - 2,70 zł/km,
- Janusz Kapinos - 2,80 zł/km,
- Jan Pięta - 4,15 zł/km (zbiorcze zestawienie ofert, zawiadomienie o wyborze najkorzystniejszej oferty oraz formularze ofertowe poszczególnych oferentów, przedłożone za pismem Gminy Szczucin z dnia 19 stycznia i 9 lutego 2011 r.).

W dniu 9 grudnia 2009 r. upłynął termin składania ofert i nastąpiło ich otwarcie w GZO w Szczucinie. Po odczytaniu przez komisję przetargową wyników złożonych ofert okazało się – zgodnie z powyższym zestawieniem - że najkorzystniejszą cenę przewozu uczniów zaproponowała Małgorzata Kapinos. Ponieważ jednak wszystkie oferty zawierały błędy formalne, w dniu 10 grudnia 2009 r. GZO w Szczucinie wezwał wszystkich oferentów do uzupełnienia dokumentacji przetargowej, w terminie do 15 grudnia 2009 r. Dokumenty takie uzupełnił jedynie Janusz Kapinos, przedkładając żądane aktualne zaświadczenie o wpisie do ewidencji działalności gospodarczej oraz potwierdzenie należytego wykonania co najmniej 1 usługi dowozu uczniów do szkół. Dokumentacji przetargowej w postaci licencji na prowadzenie działalności objętej zamówieniem oraz potwierdzenia należytego wykonania co najmniej 1 usługi dowozu uczniów do szkół nie uzupełniła Małgorzata Kapinos, jak również Jan Pięta, który z kolei nie dostarczył zamawiającemu aktualnego zaświadczenia o wpisie do ewidencji działalności gospodarczej. Przyczyna nieuzupełnienia oferty przetargowej przez Jana Piętę wydaje się oczywista, ponieważ bezpośrednio przed otwarciem ofert komisja przetargowa poinformowała, że zamawiający zamierza przeznaczyć na realizację zamówienia kwotę w wysokości 127.988 zł brutto, co stanowi 2,85 zł/km brutto. A zatem Jan Pięta z zaoferowaną przez niego ceną 4,15 zł/km, 1,5-krotnie wyższą od tej jaką skłonny był zapłacić zamawiający – nawet po dostarczeniu przez niego i nieuzupełnieniu przez pozostałych oferentów dokumentacji przetargowej - nie mógłby otrzymać zamówienia. Jak w przypadku Jana Pięty, którego cena ofertowa znacznie przewyższała wartość zamówienia nieuzupełnienie oferty było w pełni uzasadnione, tak wątpliwości budzić musi

nieprzedłożenie dokumentów przez Małgorzatę Kapinos. Jej oferta z ceną 2,70 zł/km przewozu uczniów była bowiem najkorzystniejsza i mieściła się w kwocie przeznaczony przez zamawiającego na realizację zamówienia, a zatem uzupełnienie brakujących dokumentów prowadziło w prosty sposób do wygrania przetargu właśnie przez Małgorzatę Kapinos. Pomimo korzystnego dla niej wyniku przetargu Małgorzata Kapinos nie uzupełniła jednak dokumentacji przetargowej, umożliwiając uzyskanie zamówienia jej mężowi - Januszowi Kapinosowi, który zaoferował drugą pod względem ceny ofertę, mieszczącą się jednocześnie w granicy kwotowej wartości zamówienia. Przy czym podnieść należy w tym miejscu, że oferta Janusza Kapinosa przewidywała wyższą cenę za wykonanie zamówienia, a zatem cenę bardziej korzystną dla oferentów, ze szkodą dla zamawiającego (wyjaśnienia Gminy Szczucin z dnia 21 stycznia 2011 r. oraz załączone do nich dokumenty w postaci: protokołu z otwarcia ofert, protokołu z postępowania przetargowego, zbiorczego zestawienia ofert, wezwań GZO w Szczucinie do uzupełnienia brakującej dokumentacji, skierowanych do wszystkich oferentów oraz zawiadomienia o wyborze najkorzystniejszej oferty i ogłoszenia o udzieleniu zamówienia).

Wobec powyższego – jak wynika z zawiadomienia o wyborze najkorzystniejszej oferty i ogłoszenia o udzieleniu zamówienia oraz z pozostałej dokumentacji opracowanej przez GZO w Szczucinie na etapie rozstrzygnięcia przedmiotowego przetargu – za najkorzystniejszą uznana została ostatecznie oferta Janusza Kapinosa. Jako uzasadnienie wyboru tej oferty GZO w Szczucinie podał, iż została ona złożona przez jedynego wykonawcę, który nie podlegał wykluczeniu, a jego oferta nie podlegała odrzuceniu oraz spełnia wszystkie warunki przedstawione przez zamawiającego. Jednocześnie z powodu nie uzupełnienia brakujących dokumentów w terminie wyznaczonym przez zamawiającego, pomimo jego pisemnego wezwania - z przedmiotowego przetargu wykluczono Małgorzatę Kapinos i Jana Piętę, w oparciu o przepis art. 24 ust. 2 pkt 4 *ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych* (Dz. U. z 2007 Nr 233, poz. 1655, z późn. zm. – zwanej dalej „*Prawem zamówień publicznych*”). W związku z wykluczeniem wykonawców ich oferty zostały odrzucone na podstawie art. 24 ust. 4 *Prawo zamówień publicznych*.

W przedstawionym stanie faktycznym, w dniu 30 grudnia 2009 r. GZO w Szczucinie zawarł z Januszem Kapinosem umowę na dowóz uczniów do szkół na terenie Gminy Szczucin w okresie od 4.01.2010 r. do 25.06.2010 r. (zawiadomienie o wyborze najkorzystniejszej oferty i ogłoszenie o udzieleniu zamówienia oraz ww. umowa z dnia 30 grudnia 2009 r., stanowiące załączniki do pisma Gminy Szczucin z 21 stycznia 2011 r.).

Czwarty z wyżej wskazanych przetargów pod nazwą „Dowóz uczniów do szkół i placówek na terenie Gminy Szczucin w okresie od 3.01.2011 r. do 22.12.2011 r.” został ogłoszony przez GZO w Szczucinie w dniu 23 listopada 2010 r. (nr ogłoszenia: 378786 – 2010). Przedmiot objętego nim zamówienia dotyczył dowozu uczniów z terenu całej Gminy Szczucin i nie został podzielony na części (trasy przewozu). Kryterium oceny ofert w tym przetargu była najniższa cena (ogłoszenie o zamówieniu i ogłoszenie o udzieleniu zamówienia dotyczące tego przetargu, przedłożone za pismem Gminy Szczucin z dnia 3 lutego 2011 r.).

Do ww. przetargu przystąpiło dwóch oferentów: Małgorzata Kapinos, która złożyła ofertę jako pierwsza oraz z drugą ofertą Janusz Kapinos, wobec czego ofertom tym nadano odpowiednio numery 1 oraz 2. W formularzach ofertowych zaproponowali oni następujące ceny za 1 km przewozu uczniów:

- Małgorzata Kapinos - 2,85 zł/km,

- Janusz Kapinos - 3,07 zł/km. Wprawdzie ofertę w ramach tego postępowania złożyła również Veolia Transport Sp. z o.o. Oddział w Mielcu (czyli Zawiadamiający, który zainicjował niniejsze postępowanie), niemniej jednak GZO w Szczucinie uznał, że Zawiadamiający złożył ją po terminie i zwrócił ofertę bez jej otwarcia (zbiorcze zestawienie ofert, zawiadomienie o wyborze najkorzystniejszej oferty i formularze ofertowe ww. oferentów oraz dokumentacja związana z udziałem w przetargu Zawiadamiającego, przedłożone za pismami Gminy Szczucin z dnia 19 stycznia i 9 lutego 2011 r.).

W dniu 1 grudnia 2010 r. upłynął termin składania ofert i nastąpiło ich otwarcie w GZO w Szczucinie. Po odczytaniu przez komisję przetargową wyników złożonych ofert okazało się – zgodnie z powyższym zestawieniem - że najkorzystniejszą cenę przewozu uczniów zaproponowała Małgorzata Kapinos. Ponieważ jednak jej oferta zawierała błędy formalne, w dniu 3 grudnia 2010 r. GZO w Szczucinie wezwał Małgorzatę Kapinos do uzupełnienia w terminie do 6 grudnia 2010 r. dokumentacji przetargowej, poprzez przedłożenie: licencji na prowadzenie działalności objętej zamówieniem, potwierdzenia należytego wykonania usługi dowozu uczniów do szkół oraz potwierdzenia posiadania odpowiedniego potencjału sprzętowego. Pomimo wezwania Małgorzata Kapinos nie uzupełniła żądanych dokumentów. Z kolei oferta Janusza Kapinosa już w dniu jej otwarcia - w ocenie komisji przetargowej - spełniała wszystkie warunki postawione przez zawiadamiającego. Dodatkowo podkreślić należy w tym miejscu, że zarówno oferta Małgorzaty Kapinos, jak również Janusza Kapinosa mieściła się w kwocie przeznaczonej przez zamawiającego na realizację zamówienia, która wynosiła 256.959 zł brutto, co daje 3,07 zł/km brutto. W tym stanie rzeczy wątpliwości budzić musi nieuzupełnienie dokumentów ofertowych przez Małgorzatę Kapinos, której oferta z ceną 2,85 zł/km przewozu uczniów była najkorzystniejsza i mieściła się w granicach wartości zamówienia, a zatem dostarczenie brakujących dokumentów prowadziłoby w prosty sposób do wygrania przetargu właśnie przez Małgorzatę Kapinos. Pomimo korzystnego dla niej wyniku przetargu Małgorzata Kapinos nie uzupełniła jednak dokumentacji przetargowej, umożliwiając uzyskanie zamówienia jej mężowi - Januszowi Kapinosowi, który zaoferował drugą (jedyną obok Małgorzaty Kapinos) ofertę, mieszczącą się jednocześnie w granicy kwotowej wartości zamówienia. Przy czym podnieść należy w tym miejscu, że oferta Janusza Kapinosa przewidywała wyższą cenę za wykonanie zamówienia, a zatem cenę bardziej korzystną dla oferentów, ze szkodą dla zamawiającego (wyjaśnienia Gminy Szczucin z dnia 21 stycznia 2011 r. oraz załączone do nich dokumenty w postaci: protokołu z otwarcia ofert, protokołu z postępowania przetargowego, zbiorczego zestawienia ofert, wezwania GZO w Szczucinie do uzupełnienia brakującej dokumentacji, skierowanego do Małgorzaty Kapinos oraz zawiadomienia o wyborze najkorzystniejszej oferty i ogłoszenia o udzieleniu zamówienia).

Wobec powyższego – jak wynika z zawiadomienia o wyborze najkorzystniejszej oferty i ogłoszenia o udzieleniu zamówienia oraz z pozostałej dokumentacji opracowanej przez GZO w Szczucinie na etapie rozstrzygnięcia przedmiotowego przetargu – za najkorzystniejszą uznana została ostatecznie oferta Janusza Kapinosa. Jako uzasadnienie wyboru tej oferty GZO w Szczucinie podał, iż została ona złożona przez jedyne wykonawcę, który nie podlegał wykluczeniu, a jego oferta nie podlegała odrzuceniu oraz spełnia wszystkie warunki przedstawione przez zamawiającego. Jednocześnie z powodu nie uzupełnienia brakujących dokumentów w terminie wyznaczonym przez zamawiającego, pomimo jego pisemnego wezwania - z przedmiotowego przetargu wykluczono Małgorzatę Kapinos, w oparciu o przepis art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy *Prawo zamówień publicznych*. W związku z wykluczeniem wykonawcy oferta Małgorzaty Kapinos została odrzucona na podstawie art. 24 ust. 4 *Prawa zamówień publicznych*.

O takim sposobie rozstrzygnięcia przetargu GZO w Szczucinie zawiadomił obu oferentów - strony niniejszego postępowania antymonopolowego, wysyłając do każdego z nich z osobna zawiadomienie o wyborze najkorzystniejszej oferty na ten sam numer faksu: (014) 642 41 42 (raporty transmisji dwóch faksów z zawiadomieniami, wysłanych do stron decyzji na podany numer faksu, załączone do pisma Gminy Szczucin z dnia 9 lutego 2011 r.).

W przedstawionym stanie faktycznym, w dniu 14 grudnia 2010 r. GZO w Szczucinie zawarł z Januszem Kapinosem umowę na dowóz uczniów do szkół na terenie Gminy Szczucin w okresie od 3.01.2011 r. do 22.12.2011 r. (zawiadomienie o wyborze najkorzystniejszej oferty i ogłoszenie o udzieleniu zamówienia oraz ww. umowa z dnia 14 grudnia 2010 r., stanowiące załączniki do pisma Gminy Szczucin z 21 stycznia 2011 r.).

Niezależnie od powyższego podkreślenia wymaga w tym miejscu, że zarówno w trzecim, jaki i czwartym z wyżej opisanych przetargów wszystkie formularze ofertowe złożone przez Małgorzatę Kapinos i Janusza Kapinosa wypełnione zostały tym samym charakterem pisma i według tego samego porządku i układu ofert. Formularze ofertowe wypełnione zostały odręcznie, drukowanymi literami, z użyciem firmowych odcisków pieczęci jedynie w miejscach przeznaczonych na podpis uprawnionego przedstawiciela oferenta. W jednakowy charakterystyczny sposób dla wszystkich ofert Małgorzaty Kapinos i Janusza Kapinosa, złożonych przez nich w obu przedmiotowych przetargach, sporządzone zostały załączniki w postaci: „Wykazu wykonanych usług” (w każdym przypadku bez podania wartości usługi brutto) oraz „Wykazu sprzętu do wykonania zadania” (określono w nich nazwę pojazdów samochodowych, bez podania rodzaju pojazdu oraz ewentualnie innych uszczegółwiających danych, np. nr rejestracyjnego). Ponadto na wszystkich załącznikach, będących kserokopiami dokumentów przedkładanych przez Małgorzatę Kapinos i Janusza Kapinosa, znajdują się dokonane tym samym charakterem pisma dopiski o jednakowej treści:

- „Za zgodność z oryginałem Słupiec, 07.12.09.” – w przypadku obu ofert na „Dowóz uczniów do szkół i placówek na terenie Gminy Szczucin w okresie od 4.01.2010 r. do 25.06.2010 r.”
- „Za zgodność z oryginałem Słupiec, 29.11.2010” – w przypadku obu ofert na „Dowóz uczniów do szkół i placówek na terenie Gminy Szczucin w okresie od 3.01.2011 r. do 22.12.2011 r.”. Istotne jest przy tym jednocześnie, że formularz ofertowy i załączniki do niego - opracowane przez oferenta, którzy przystąpił do jednego z przedmiotowych przetargów - zostały wypełnione lub sporządzone w całkowicie odmienny sposób. Dodatkowo ustalono również, że firma Janusza Kapinosa wpisana jest, jako zatrudniający kierowców pracodawca w niemal wszystkich zaświadczeniach lekarskich, których kserokopie stanowią załączniki do ofert złożonych w przedmiotowych przetargach zarówno przez niego, jak również Małgorzatę Kapinos. Przedstawione powyżej ustalenia i wnioski wynikają z analizy ofert złożonych przez poszczególnych oferentów w ramach ww. postępowań przetargowych, które przedłożone zostały za pismem Gminy Szczucin z dnia 21 stycznia 2011 r.

Odnosząc się do okoliczności dotyczących obu przetargów na dowóz uczniów do szkół i placówek na terenie Gminy Szczucin, organizowanych przez GZO w Szczucinie, Małgorzata Kapinos wyjaśniła, że jest młodą przedsiębiorcą, bez koniecznego w branży doświadczenia, bowiem działalność gospodarczą rozpoczęła dopiero w sierpniu 2009 r. Zgodnie z jej wyjaśnieniami, w tym samym czasie zaczęła wykonywać dowozy uczniów do szkół w Wadowicach Górnych, ponieważ jednak usługi nie zakończyła, więc nie mogła przedłożyć oświadczenia potwierdzającego należyte wykonanie podobnego rodzaju usługi.

Brak możliwości uzupełnienia przez Małgorzatę Kapinos braków formalnych dokumentacji przetargowej, poprzez przedłożenie ww. oświadczenia wystąpił w obu przedmiotowych przetargach. Dodatkowo w przypadku drugiego z ww. zamówień dotyczącego dowozu uczniów do szkół na terenie Gminy Szczucin w roku 2011 Małgorzata Kapinos nie mogła również spełnić wymagania, polegającego na potwierdzeniu posiadania odpowiedniego taboru samochodowego, ponieważ – jak wyjaśniła - taki tabor jedynie najmuje (wyjaśnienia złożone przez Małgorzatę Kapinos w piśmie z dnia 28 marca 2011 r.). Ponadto w piśmie tym Małgorzata Kapinos wielokrotnie podkreślała, że studiuje zarządzanie z zamiarem prowadzenia działalności w zakresie transportu drogowego osób, w szczególności zaś chciałaby się specjalizować w przewozach dzieci oraz osób niepełnosprawnych. Jak wyjaśniała, z tych właśnie przyczyn swoją dotychczasową działalność traktuje jako naukę praktyczną, w której zamierza zdobyć doświadczenie w przewozach osobowych oraz uzyskać niezbędnych w wielu przetargach opinii o należyтым wykonaniu usług. W wyjaśnieniach złożonych przez Janusza Kapinosa potwierdził on w całości przedstawione wyżej informacje żony Małgorzaty Kapinos. Podniósł m.in., że żona prowadzi działalność w małym zakresie i koncentruje się głównie na zdobywaniu referencji organizatorów przetargów, po to aby w przyszłości móc rozwinąć swoją firmę. W opinii Janusza Kapinosa, w warunkach przetargowych pojawiają się czasem zastrzeżenia, zgodnie z którymi przewoźnik musi wylegitymować się doświadczeniem w realizacji usług transportowych i odpowiednią opinią o należyтым ich wykonaniu. Jak dookreślił, takie referencje (opinie) Małgorzata Kapinos dopiero musi uzyskać, dlatego czasami z powodu ich braku jest wykluczana z przetargów (wyjaśnienia zawarte w piśmie Janusza Kapinosa z dnia 30 marca 2011 r.).

Niezależnie od powyższego w ramach postępowania antymonopolowego ustalono również, że przychód osiągnięty w roku rozliczeniowym 2010 przez:

- Małgorzatę Kapinos wyniósł 53.472,12 zł;
- Janusza Kapinosa wyniósł 930.055,44 zł.

W celu potwierdzenia prawdziwości ww. danych finansowych Janusz Kapinos oraz Małgorzata Kapinos przedstawili, poświadczony za zgodność z oryginałem, kopie zeznań o wysokości osiągniętego dochodu (poniesionej straty) w roku podatkowym 2010 oraz innych dokumentów podatkowych (pisma Małgorzaty Kapinos z dnia 29 kwietnia 2011 r. oraz Janusza Kapinosa z dnia 30 kwietnia 2011 r., wraz z załącznikami).

Mając powyższe ustalenia na uwadze Prezes Urzędu zważył, co następuje:

1. Określenie zarzutu

Stronom niniejszego postępowania antymonopolowego postawiony został zarzut stosowania praktyki ograniczającej konkurencję, określonej w art. 6 ust. 1 pkt 7 *ustawy antymonopolowej*, polegającej na uzgadnianiu pomiędzy tymi przedsiębiorcami, przystępującymi do przetargów publicznych prowadzonych przez Gminę Szczucin i Gminę Wadowice Górne na dowóz uczniów z terenu tych Gmin do placówek oświatowych w roku 2010 i 2011, warunków składanych ofert oraz zachowania w toku prowadzonych przetargów, poprzez rezygnację z zawarcia umowy lub nieuzupełnienie dokumentacji ofertowej i doprowadzenie w ten sposób do wyboru tego z ww. przedsiębiorców, który zaoferował wyższą cenę za wykonanie zamówienia.

2. Interes publicznoprawny

Stosownie do treści z art. 1 ust. 1 *ustawy antymonopolowej* - „*ustawa określa warunki rozwoju i ochrony konkurencji oraz zasady podejmowanej w interesie publicznym ochrony interesów przedsiębiorców i konsumentów*”. Tak określony cel ustawy pozwala przyjąć, iż ma ona charakter publiczny i służy ochronie interesu ogólnospołecznego. Powyższe przesądza o wyłączeniu możliwości podejmowania przez Prezesa Urzędu działań w celu ochrony interesów indywidualnych. Takie rozumienie celu *ustawy antymonopolowej* i kompetencji Prezesa Urzędu potwierdza orzecznictwo Sądu Okręgowego w Warszawie - Sądu Ochrony Konkurencji i Konsumentów (noszącego dawniej nazwę Sądu Okręgowego w Warszawie - Sądu Antymonopolowego).

W świetle orzecznictwa Sądu Ochrony Konkurencji i Konsumentów (zwanego dalej w skrócie „SOKiK”) – „*interes publiczny w postępowaniu administracyjnym nie jest pojęciem jednolitym i stałym. W każdej sprawie winien być on ustalony i konkretyzowany. Organ administracji - Prezes Urzędu winien być w toku i przy wydawaniu decyzji rzecznikiem tego interesu, albowiem wynika to z jego zadań w strukturze administracji publicznej - art. 7 k.p.a.*” (tak: wyrok Sądu Antymonopolowego z dnia 4 lipca 2001 r., sygn. akt: XVII Ama 108/00). Podobnie Sąd Najwyższy stwierdził, iż „*ustawa antymonopolowa ma charakter publicznoprawny, zatem jej celem jest służenie interesom publicznym. Ingeruje, gdy w wyniku pewnych ogólnych zjawisk zagrożona jest sama instytucja konkurencji. Nie odnosi się do ochrony roszczeń indywidualnych*” (tak: wyrok Sądu Najwyższego z dnia 29 maja 2001 r., sygn. akt: I CKN 1217/98).

Interes publiczny należy bowiem utożsamiać z naruszeniem konkurencji lub wywołaniem (możliwością wywołania) na rynku innych niekorzystnych zjawisk (por.: wyrok Sądu Najwyższego z dnia 5 czerwca 2008 r., sygn. akt: III SK 40/07). Zachowanie przedsiębiorców należy oceniać z punktu widzenia celów ustawodawstwa antymonopolowego, a mianowicie, gdy może ono wywołać skutki w postaci wpływu na ilość, jakość, cenę towarów lub zakres wyboru dostępny konsumentom lub innym nabywcom (por.: wyrok Sądu Najwyższego z dnia 16 października 2008 r., sygn. akt: III SK 2/08).

U podstaw zakazu zawierania porozumień ograniczających konkurencję leży postulat samodzielności rynkowej, z którego wynika zakaz nawiązywania wszelkich kontaktów, których celem lub skutkiem jest ograniczenie konkurencji na rynku właściwym. Ochrona konkurencji jako mechanizmu funkcjonowania gospodarki dokonywana jest w tym przypadku ze względu na fakt, iż praktyki naruszające zakaz zawierania porozumień ograniczających konkurencję, godzą w interes odbiorców, a w ostateczności w dobrobyt konsumenta i jako sprzeczne z naczelnym celem ustawy powinny być surowo karane (por.: decyzja Prezesa Urzędu Nr RPZ - 26/2010 z dnia 2 listopada 2010 r.).

Horyzontalne porozumienia cenowe należy zaliczyć do najcięższych naruszeń prawa ochrony konkurencji, albowiem zawsze wywołują one niekorzystne skutki na rynku, zniekształcając ten rynek, ograniczając albo eliminując na nim konkurencję, przez co naruszają interes ogólnospołeczny (por.: wyrok Sądu Najwyższego z dnia 24 lipca 2003 r., sygn. akt: I CKN 496/01). Ustalenie pomiędzy konkurentami treści składanych w trakcie przetargu ofert oraz zachowanie w toku prowadzonego przetargu może wpływać negatywnie na poziom cen oraz zakres wyboru i jakość usług dostępnych zamawiającemu. Zawieranie pomiędzy przedsiębiorcami zmów przetargowych może ograniczać lub nawet eliminować oczekiwane, pozytywne efekty przetargu jako pola walki konkurencyjnej, narażając zamawiającego na niekorzystne rozporządzenie mieniem, zwłaszcza środkami

publicznymi, przez co pośrednio naraża na straty ogół społeczeństwa. Tego rodzaju porozumienia powinny być ścigane oraz karane niezależnie od ich faktycznego wpływu na rynek właściwy.

W sprawie będącej przedmiotem niniejszej decyzji, która dotyczy zarzutu zawarcia zmowy przetargowej mógł zostać naruszony interes publicznoprawny, polegający na naruszeniu zasad konkurencji w postępowaniu przetargowym, co uzasadnia ocenę zachowania stron tego postępowania antymonopolowego w świetle przepisów *ustawy antymonopolowej*. Zmowy przetargowe mogą bowiem powodować zakłócenie funkcjonowania systemu zamówień publicznych, poprzez „*zniweczenie celu, jaki ma być osiągnięty w drodze przetargu, a mianowicie wybór najkorzystniejszych ofert składanych przez oferentów w warunkach konkurencji*” (tak: wyrok SOKiK z dnia 17 kwietnia 2008 r., sygn. akt: XVII Ama 117/05).

Wobec powyższego w niniejszej sprawie zaistniały podstawy do podjęcia przez Prezesa Urzędu działań w interesie publicznym.

3. Status przedsiębiorcy

Zakaz stosowania praktyk ograniczających konkurencję adresowany jest wyłącznie do przedsiębiorców.

Małgorzata Kapinos prowadzi działalność gospodarczą pod nazwą Firma Produkcyjno – Handlowo - Usługowa Małgorzata Kapinos, na podstawie wpisu nr 1706/2009 do ewidencji działalności gospodarczej, prowadzonej przez Burmistrza Miasta i Gminy Szczucin. Przedmiotem tej działalności jest m.in. transport lądowy pasażerski, miejski i podmiejski oraz pozostały transport lądowy pasażerski, gdzie indziej niesklasyfikowany. Taką też działalność Małgorzata Kapinos faktycznie realizuje, dysponując licencją na wykonywanie krajowego transportu drogowego w zakresie przewozu osób autobusem.

Janusz Kapinos prowadzi działalność gospodarczą pod nazwą Firma Produkcyjno – Handlowo - Usługowa Janusz Kapinos, na podstawie wpisu nr 174/90 do ewidencji działalności gospodarczej, prowadzonej przez Burmistrza Miasta i Gminy Szczucin. Przedmiotem tej działalności jest m.in. transport lądowy pasażerski, miejski i podmiejski, pozostały transport lądowy pasażerski, gdzie indziej niesklasyfikowany, konserwacja i naprawa pojazdów samochodowych. Taką też działalność Janusz Kapinos faktycznie wykonuje, dysponując licencją na wykonywanie krajowego transportu drogowego w zakresie przewozu osób autobusem.

Wymienieni wyżej prowadzą we własnym imieniu działalność gospodarczą i posiadają status przedsiębiorcy w rozumieniu przepisów *ustawy z dnia 2 lipca 2004 r. o swobodzie działalności gospodarczej* (Dz. U. z 2010 r. Nr 220, poz. 1447, z późn. zm.). W konsekwencji dysponują także statusem przedsiębiorcy na gruncie unormowania art. 4 pkt 1 *ustawy antymonopolowej*. Z tych względów mają do nich zastosowanie przepisy dotyczące zakazu stosowania praktyk ograniczających konkurencję.

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

4. Rynek właściwy - przedmiot porozumienia

Praktyki ograniczające konkurencję ujawniają się na określonym rynku, dlatego istotne znaczenie ma zdefiniowanie rynku właściwego w niniejszej sprawie. *Ustawa antymonopolowa* definiuje rynek właściwy jako „*rynek towarów, które ze względu*

na ich przeznaczenie, cenę oraz właściwości, w tym jakość, są uznawane przez ich nabywców za substytuty oraz są oferowane na obszarze, na którym, ze względu na ich rodzaj i właściwości, istnienie barier dostępu do rynku, preferencje konsumentów, znaczące różnice cen i koszty transportu, panują zbliżone warunki konkurencji” (tak: art. 4 pkt 9 tej ustawy).

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

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

W niniejszej sprawie rynek produktowy określony został jako rynek usług dowozu uczniów do placówek oświatowych. Świadczenie tych usług polega na przewozie uczniów, dzieci i młodzieży uczęszczającej do szkół i innych placówek oświatowych w granicach administracyjnych określonych gmin oraz wykonywaniu innych przewozów uczniów zleconych przez te gminy. Co do zasady świadczenie tego rodzaju przewozów charakteryzuje się ich regularnością, są one bowiem realizowane we wszystkie dni nauki szkolnej – zgodnie z kalendarzem roku szkolnego, określonym w rozporządzeniu Ministra Edukacji Narodowej, a więc codziennie, z wyjątkiem okresu wakacji, ferii zimowych i świątecznych, sobót oraz dni ustawowo wolnych od pracy (niedziel, świąt państwowych i kościelnych). Wykonywanie tych usług odbywa się również według określonego z góry harmonogramu oraz rozkładu jazdy, ustalonych przez zamawiających – gminy lub ich jednostki organizacyjne. Usługi dowozu uczniów do placówek oświatowych realizowane są bowiem co do zasady dwa razy dziennie na określonych trasach prowadzących do szkół (dowóz uczniów z miejsca zamieszkania do szkół) oraz tych samych trasach powrotnych (dowóz uczniów ze szkół do miejsca zamieszkania). Dowóz powinien zostać tak zorganizowany przez wykonawcę (przewoźnika), aby umożliwić przybycie uczniów do szkół w ściśle określonym czasie przed ustaloną godziną rozpoczęcia zajęć szkolnych i opuszczenie szkoły o ustalonej godzinie. Wszelkie zmiany tak ustalonej organizacji przewozów, ich tras oraz rozkładu jazdy wykonawca (przewoźnik) może wprowadzić wyłącznie za zgodą lub na życzenie zamawiającego. Ponadto w okresie poza dowozami uczniów, świadczeniodawcy zobowiązani są sporadycznie do wykonywania dodatkowych przewozów o charakterze nieregularnym, np. wyjazdów na wycieczki szkolne oraz uroczystości i imprezy szkolne. Pokreślenia wymaga również, że prawo do korzystania z tego rodzaju przewozów mają ściśle określone osoby, tj. uczniowie zamieszkujący

na terenie gmin organizatorów przetargu, w określonej z góry liczbie oraz ograniczona niewielka liczba opiekunów - z reguły jeden albo dwóch, zatrudnionych przez zamawiającego, którzy sprawują opiekę nad przewożonymi uczniami. Przy czym zamawiający może podjąć decyzję o zmianie ilości dowożonych uczniów. Specyficzną cechą zdefiniowanej wyżej usługi dowozu uczniów do placówek oświatowych jest także prawo kontroli jej wykonywania, pojazdów, ich dokumentacji i kierowców przez zamawiającego oraz prawo wynajęcia przez niego na koszt wykonawcy (przewoźnika) niezbędnych środków transportu w celu przewozu uczniów – w przypadku niewywiązania się ze świadczonej usługi przez wykonawcę. Wynagrodzenie za wykonywanie opisanej wyżej usługi dowozu uczniów do placówek oświatowych ustalane jest w stałej wysokości na cały, roczny okres jej świadczenia i wypłacane z dołu, po wykonaniu usługi, w miesięcznych okresach rozliczeniowych.

Jak z powyższego jednoznacznie wynika, właściwości przedmiotowe (produktowe) analizowanego rynku wyznacza rodzaj działalności, na wykonanie której zapotrzebowanie zgłosili zamawiający (Gmina Wadowice Górne i GZO w Szczucinie), w ramach organizowanych przez nich zamówień publicznych. Jest to działalność specyficzna i specjalistyczna, którą należy odróżnić od pozostałych rodzajów przewozów, takich jak przewóz regularny, wahadłowy, czy okazjonalny, o których mowa i które zdefiniowane zostały w *ustawie z dnia 6 września 2001 r. o transporcie drogowym* (Dz. U. z 2007 r. Nr 125, poz. 874, z późn. zm.). Przewozy, o których mowa najogólniej rzecz biorąc różnią się od opisanej wyżej usługi dowozu uczniów do placówek oświatowych następującymi cechami: znacznie większą niezależnością wykonawcy (przewoźnika) od świadczeniobiorcy (zamawiającego) co do sposobu ich wykonywania (wybór trasy, środków transportu, możliwość zlecenia przewozu innemu przewoźnikowi), mniejszym zakresem i złożonością świadczeń wchodzących w skład usługi przewozu (brak dodatkowych usług zależnych od woli zamawiającego), większą anonimowością odbiorców usługi (brak wyraźnie określonego pasażera w długim okresie czasu), sposobem zapłaty (co do zasady zapłata z góry za określoną trasę przewozu). Uwzględniając dokonane tu ustalenia i przedstawione wnioski należy przyjąć, że nie ma innych rodzajów przewozu, które mogłyby zostać uznać za substytut dla usług dowozu uczniów do placówek oświatowych. A zatem towar ten nie ma żadnych substytutów.

Określając zasięg geograficzny rynku właściwego należy - zdaniem Prezesa Urzędu – podkreślić, że w niniejszej sprawie konkurencja polegała na zdobyciu określonych zamówień publicznych. Przybrała więc postać rywalizacji o ściśle określony, również geograficznie, rynek dwóch gmin, nie zaś konkurowania na szerszym terytorium. A zatem, w przedmiotowej sprawie rynek właściwy wyznaczany jest nie tylko przez rodzaj, ale także zasięg usług organizowanych – co należy podkreślić - odrębnie przez Gminę Wadowice Górne i odrębnie przez Gminę Szczucin (w której imieniu działa GZO w Szczucinie). Gminy te jako odpowiedzialne za realizację zadań własnych na swoim obszarze są również wyłącznie uprawniona do organizowania przetargów m.in. na dowozu uczniów do placówek oświatowych na swoim obszarze. Należy przy tym zauważyć, że warunki wykonywania usług dowozu uczniów do placówek oświatowych są odmienne na obszarze obu gmin, co jednoznacznie wynika zarówno ze specyfikacji ogólnych warunków zamówienia opracowanych przez organizatorów ww. przetargów, jak również umów na dowóz szkolny uczniów zawartych pomiędzy Gminą Wadowice Górne oraz GZO w Szczucinie z jednej strony, a wykonawcami zamówień (przewoźnikami, w tym również Małgorzatą i Januszem Kapinosami) z drugiej strony. Przede wszystkim usługi te realizowane są w każdej z tych gmin na różnych trasach, o różnej długości i specyfice przewozów. Mianowicie, w przypadku Gminy Szczucin przewóz wykonywany

jest na całym jej obszarze – jest to więc dowóz uczniów z każdego miejsca do każdej szkoły w Gminie, natomiast w przypadku Gminy Wadowice Górne przewozy uczniów organizowane są na poszczególnych, wyznaczonych przez zamawiającego konkretnych trasach. W konsekwencji zasadniczo różna jest zatem również ilość uczniów jednorazowo przewożonych na terenie obu gmin, a dodatkowo przy tak określonych warunkach zamówienia w Gminie Wadowice Górne tworzy się odrębne trasy przewozu uczniów niepełnosprawnych (odpowiednio 7 i 8 trasa – części na jakie podzielone zostało zamówienie), czego nie czyni się w przetargach organizowanych w Gminie Szczucin. Ponadto dodać należy, że do opisywanych wyżej przetargów przystępowali w obu tych gminach różni przewoźnicy w całym analizowanym okresie roku 2009 i 2010. W Gminy Szczucin były to zawsze strony niniejszej decyzji oraz Jan Pięta, z kolei na terenie Gminy Wadowice Górne do przetargów tych przystępowali również Małgorzata i Janusz Kapinosowi oraz trzech innych przewoźników. Wszystkie przywołane tu okoliczności wskazują na brak substytutowości analizowanych usług na obszarze obu gmin. Wobec przedstawionych wyżej przyczyn należy przyjąć, że w niniejszej sprawie występują dwa odrębne rynki geograficzne, odpowiadające odpowiednio obszarom Gminy Szczucin oraz Gminy Wadowice Górne.

Mając powyższe na uwadze Prezes Urzędu uznał ostatecznie, że porozumienie zawarto na lokalnych rynkach usług dowozu uczniów do placówek oświatowych na obszarze Gminy Szczucin i Gminy Wadowice Górne, jako rynku właściwym w niniejszej sprawie. Podkreślenie w tym miejscu wymaga, że taki stopień ogólności w definiowaniu rynku jest wystarczający dla potrzeb rozstrzygnięcia niniejszej sprawy, ponieważ w przypadku porozumień nie podlegających wyłączeniom *de minimis* szczególnie dokładna definicja rynku nie jest niezbędna. Porozumienia takie są bowiem zakazane niezależnie od udziału uczestników w rynku.

Na tak określonych lokalnych rynkach usług dowozu uczniów do placówek oświatowych na obszarze Gminy Szczucin i Gminy Wadowice Górne działa wielu przedsiębiorców, o czym świadczy ilość podmiotów biorących udział w analizowanych wyżej przetargach publicznych. Ponownie podnieść należy przy tym, iż w niniejszej sprawie nie jest konieczne szczegółowe badanie stanu konkurencji na rynku właściwym, w tym ustalenie udziału w rynku uczestników porozumienia. Zgodnie bowiem z dyspozycją art. 7 ust. 2 *ustawy antymonopolowej*, porozumienia ograniczające konkurencję polegające na uzgadnianiu przez przedsiębiorców przystępujących do przetargu warunków składanych ofert nie podlegają wyłączeniu z uwagi na udział w rynku nie przekraczający tzw. progu bagatelności.

5. Naruszenie zakazu, określonego w art. 6 ust. 1 pkt 7 *ustawy antymonopolowej*

Stosowanie do treści przepisu art. 6 ust. 1 pkt 7 *ustawy antymonopolowej* – „zakazane są porozumienia, których celem lub skutkiem jest wyeliminowanie, ograniczenie lub naruszenie w inny sposób konkurencji na rynku właściwym, polegające w szczególności na uzgadnianiu przez przedsiębiorców przystępujących do przetargu lub przez tych przedsiębiorców i przedsiębiorcę będącego organizatorem przetargu warunków składanych ofert, w szczególności zakresu prac lub ceny”.

Zgodnie natomiast z dyspozycją przepisu art. 4 pkt 5 *ustawy antymonopolowej*, przez porozumienie rozumie się:

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

- b) uzgodnienia dokonane w jakiegokolwiek formie przez dwóch lub więcej przedsiębiorców lub ich związki,
- c) uchwały lub inne akty związków przedsiębiorców lub ich organów statutowych.

W orzecznictwie Sądu Ochrony Konkurencji i Konsumentów zasadnie podnosi się, iż: *„zakazane jest już samo porozumienie określone w art. 5 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów. Przy tym należy mieć na względzie, że ustawodawca w art. 4 pkt 4 b Ustawy wprowadził definicję porozumienia, zgodnie którą przez porozumienia rozumie się uzgodnienia dokonane w jakiegokolwiek formie przez dwóch lub więcej przedsiębiorców lub ich związki”*. Z orzecznictwa tego jednoznacznie wynika, iż zakaz porozumień ograniczających konkurencję obejmuje wszelkie formy koordynacji działań między przedsiębiorcami, które w sposób celowy prowadzą, w wyniku praktycznej współpracy, do wyeliminowania konkurencji oraz ryzyka gospodarczego, i które powodują powstawanie warunków rynkowych sprzecznych z regułami wolnej konkurencji (por.: wyrok SOKiK z dnia 29 maja 2008 r., sygn. akt: XVII Ama 53/07 oraz wyrok SOKiK z dnia 13 września 2006 r., sygn. akt: XVI ACa 185/06, publikowany w Dz. Urz. UOKiK Nr 2007/1/12).

„Istotą porozumień cenowych jest koordynacja zachowań przedsiębiorców nie w drodze nałożenia prawnie wiążącego obowiązku, lecz przez świadome wskazanie sposobu współdziałania, którego celem lub skutkiem jest ograniczenie konkurencji. Takie zachowanie przedsiębiorców pozwala na wyeliminowanie ich niepewności co do przebiegu procesów rynkowych i warunków działania konkurentów, która to niepewność jest podstawą działania konkurencji. Do wykazania istnienia porozumienia ograniczającego konkurencję nie jest konieczne istnienie sformalizowanej umowy, wystarczające jest ustalenie, że nastąpiła świadoma koordynacja zachowań przedsiębiorców i przyjęcie sposobu współdziałania, którego skutkiem jest ograniczenie konkurencji” (tak: wyrok Sądu Apelacyjnego z dnia 5 października 2005 r., sygn. akt: VI ACa 1146/04).

Materiał dowodowy zebrany w trakcie niniejszego postępowania antymonopolowego nie potwierdził, aby pomiędzy stronami postępowania istniała umowa cywilnoprawna regulująca zasady działania w przetargach, w których strony te biorą udział. W tym stanie rzeczy należy przyjąć, iż porozumienie zawarte pomiędzy przedsiębiorcami: Małgorzatą Kapinos i Januszem Kapinosem miało charakter uzgodnienia dokonanego w jakiegokolwiek formie, określonych w art. 4 pkt 5 lit b) ustawy antymonopolowej.

W orzecznictwie Sądu Ochrony Konkurencji i Konsumentów podkreśla się, iż: *„wykazanie istnienia zmywu przetargowej jest niezwykle trudne dowodowo. Podmioty, które dopuszczają się takich działań mając świadomość ich nielegalnego charakteru zwykle tuszują swe porozumienie. Zatem oceniać je możemy zwykle po rezultatach, przesłankach i całokształcie okoliczności sprawy, które to w tej konkretnej sprawie zdaniem Sądu jednoznacznie dowodzą wystąpienia zmywu przetargowej. Nie da się bowiem inaczej racjonalnie wytłumaczyć podania przez powódkę i zainteresowanych zbliżonych parametrów ofert zgłoszonych do przetargu, a pozostałe okoliczności sprawy zgodnie i jednoznacznie wskazują na uzgodnienie między podmiotami warunków składanych ofert, co stanowi niedozwoloną praktykę ograniczającą konkurencję”* (tak: wyrok SOKiK z dnia 17 kwietnia 2008 r., sygn. akt: XVII Ama 117/05).

Przywołane powyżej stanowisko Sądu Ochrony Konkurencji i Konsumentów odwołuje się do reguł dowodzenia opartych na domniemaniach faktycznych. Stosowanie bowiem do treści przepisu art. 231 ustawy z dnia 17 listopada 1964 r. Kodeks postępowania cywilnego (Dz. U. Nr 43, poz. 296, z późn. zm.), który w postępowaniu

antymonopolowym znajduje zastosowanie w związku z art. 84 *ustawy antymonopolowej*, można uznać za ustalone fakty mające istotne znaczenie dla rozstrzygnięcia sprawy, jeżeli wniosek taki można wyprowadzić z innych ustalonych faktów.

Zaprezentowaną wyżej linię orzecznictwa SOKiK potwierdza wyrok Europejskiego Trybunału Sprawiedliwości (obecnie: Trybunał Sprawiedliwości Unii Europejskiej), który wywiódł m.in., że: „*W większości przypadków istnienie praktyki lub porozumienia antykonkurencyjnego musi być wywnioskowane ze zbiegu szeregu okoliczności i wskazówek, które w przypadku braku innego spójnego wyjaśnienia rozpatrywane łącznie mogą stanowić dowód naruszenia reguł konkurencji. Tego typu okoliczności i wskazówki pozwalają bowiem na wykazanie nie tylko istnienia zachowań lub porozumień antykonkurencyjnych, lecz także czasu trwania ciągłego antykonkurencyjnego zachowania oraz okresu stosowania zawartego z naruszeniem reguł konkurencji*” (wyrok Europejskiego Trybunału Sprawiedliwości z dnia 21 września 2006 r. w sprawie C-113/04 *Technische Unie BV v. Komisja*, Dz. Urz. C 294/5 z 2 grudnia 2006 r.; cyt. za: Z. Jurczyk, *Dowody pośrednie w postępowaniach kartelowych w świetle orzecznictwa sądów wspólnotowych*, (w:) Przegląd Legislacyjny. Kwartalnik Rady Legislacyjnej, Rok XVI, Nr 1/2 (67/68)/2009, str. 142 - 143).

Zgodnie z dokonanymi przez Prezesa Urzędu ustaleniami, o tym, iż przedsiębiorcy Małgorzata Kapinos i Janusz Kapinos dokonali uzgodnień warunków składanych ofert oraz zachowania w toku prowadzonych przetargów świadczą następujące okoliczności:

- 1) Małgorzatę i Janusza Kapinosów łączą ściśle więzy rodzinne, ponieważ są małżeństwem;
- 2) Strony postępowania antymonopolowego prowadzą formalnie odrębną działalność gospodarczą, lecz pod tym samym adresem, tj. Słupiec 328, 33 – 230 Szczucin, który jest jednocześnie miejscem zamieszkania obu stron;
- 3) Małgorzata Kapinos i Janusz Kapinos prowadzą tożsamą rodzajowo działalność gospodarczą w zakresie drogowego transportu osób autobusami, korzystając z tego samego parku samochodowego, będącego wyłączną własnością Janusza Kapinosa i z tych samych kierowców, przez niego zatrudnianych. Janusz Kapinos jest również ubezpieczającym (który w polisach ubezpieczenia może być podmiotem innym niż właściciel, a dodatkowo występuje w nich również kategoria użytkownika pojazdu) wszystkie pojazdy samochodowe, które są wykorzystywane przez strony postępowania w prowadzonej przez nie działalności gospodarczej, w tym w trakcie wykonywania uzyskanych przez strony zamówień publicznych. A zatem pomiędzy stronami postępowania występują ściśle powiązania gospodarcze;
- 4) W prowadzonej przez strony postępowania działalności gospodarczej występują pomiędzy nimi liczne powiązania organizacyjne, posługują się w niej bowiem wspólnym numerem telefonu: (014) 643 13 46 oraz faksu: (014) 642 41 42, służącym m.in. do wysyłania i odbierania faksów do organizatorów przetargów (wpis do ewidencji działalności gospodarczej oraz nr faksu, na którym strony otrzymały zawiadomienia o wyborze najkorzystniejszej oferty). W związku z tym każda z nich, co najmniej w analizowanym tu zakresie ma swobodny dostęp do informacji gospodarczej drugiego przedsiębiorcy, działającego na tym samym poziomie rynku;
- 5) Małgorzaty Kapinos uczestniczyła w sumie jedynie w czterech przetargach – organizatorem dwóch była Gmina Wadowice Górne, a dwóch kolejnych GZO w Szczucinie - przedmiotem każdego z nich był dowóz uczniów do szkół. W każdym z tych czterech przetargów brał udział również Janusz Kapinos i zawsze

przedsiębiorcy ci składali oferty następujące po sobie pod względem daty wpływu na dziennik podawczy zamawiającego. A więc jeśli oferta Małgorzaty Kapinos miała nr 1, to oferta Janusza Kapinosa miała numer 2;

- 6) We wszystkich ww. przetargach Małgorzata Kapinos i Janusz Kapinos składali oferty o zbliżonej wartości, przy czym we wszystkich z nich oferta cenowa Janusza Kapinosa była nieznacznie wyższa od oferty Małgorzaty Kapinos, a różnica ta wahała się w przedziale od 0,05 - 0,45 zł/km dowozu uczniów. Ponadto we wszystkich wspomnianych przetargach oferty te sąsiadowały ze sobą (przynajmniej w części – w przypadku gdy zamawiający dopuścił składanie ofert częściowych) w ciągu ofert uporządkowanych według kryterium najniższej ceny;
- 7) Ponadto również we wszystkich ww. przetargach Małgorzata Kapinos i Janusz Kapinos składali jednakowo wypełnione lub sporządzone oferty, tzn. uzupełnione tym samym charakterem pisma i według tego samego porządku i układu ofert. W przypadku konieczności uzupełnienia formularzy ofertowych, z powodu braku miejsca na wpisanie wszystkich niezbędnych danych, przedsiębiorcy ci stosowali identycznie opracowane teksty załączników do formularza. Poza tak samo wypełnionymi przez obu przedsiębiorców formularzami ofertowymi i ich uzupełnieniami, również wymagane przez zamawiających załączniki do nich miały jednakową formę i treść, tzn. posługiwano się w nich tymi samymi nazwami, czcionką, rodzajem i rozmieszczeniem liter oraz tekstu na stronie, w jednakowy sposób nieuzupełniano pewnych danych, stosowano na nich tożsame dopiski. Przy czy zupełnie odmiennie wypełniane i sporządzane były formularze ofertowe, ich uzupełnienia i załączniki do nich składane przez innych oferentów, którzy przystępowali do tych samych przetargów
- 8) W przetargu na dowóz szkolny z terenu Gminy Wadowice Górne do placówek oświatowych w roku szkolnym 2010/2011, tego samego dnia, w którym Gmina ogłosiła wynik postępowania przetargowego, tj. 27 sierpnia 2010 r. Małgorzata Kapinos zrezygnowała z realizacji zamówienia na trasie nr 2, bez podania jakichkolwiek przyczyn. Istotne jest przy tym, że obie strony niniejszego postępowania były obecne w trakcie czynności otwarcia ofert przez Gminę Wadowice Górne, zaś trasa nr 2, objęta rezygnacją była jedyną w przypadku której drugą najkorzystniejszą ofertę cenową złożył Janusz Kapinos. Na wszystkich pozostałych trasach wygranych przez Małgorzatę Kapinos korzystniejsze od Janusza Kapinosa ceny proponowali pozostali oferenci. Jak zatem z powyższego wynika, składając rezygnację z wykonania zamówienia w tej właśnie konkretnej jego części, Małgorzata Kapinos знаła wartości wszystkich pozostałych ofert złożonych w przedmiotowym przetargu przez innych oferentów. Co więcej, złożenie pisma z oświadczeniem o rezygnacji nastąpiło w tym samym dniu, a ściślej w kilka godzin po tym, jak strony niniejszego postępowania uzyskały pewność, iż pod względem kryterium najniższej ceny oferty Małgorzaty Kapinos i Janusza Kapinosa zajmują odpowiednio pierwsze i drugie miejsce;
- 9) W przypadku dwóch pozostałych przetargów na dowóz uczniów do szkół na terenie Gminy Szczucin w okresach 4.01.2010 r. - 25.06.2010 r. oraz 3.01.2011 r. - 22.12.2011 r. - do których przystępowali Małgorzata Kapinos i Janusz Kapinos, zajmując pierwsze dwa miejsca zgodnie z kryterium ceny - Małgorzata Kapinos zajmująca pierwsze miejsca nie uzupełniała brakujących dokumentacji ofertowych, a w konsekwencji wybierane były jako drugie oferty Janusza Kapinosa, zawierające wyższe ceny. Podstawowe znaczenia ma przy tym okoliczność, że nieuzupełniając swoich ofert Małgorzata Kapinos знаła wartości wszystkich pozostałych ofert złożonych w tych przetargach przez innych wykonawców, miała więc pewność, iż pod względem kryterium najniższej ceny jej oferta i Janusza Kapinosa zajmują odpowiednio pierwsze i drugie miejsce;

- 10) Wskazane w dwóch punktach poprzednich zachowania stron postępowania antymonopolowego nie były odosobnione, lecz miały charakter powtarzalny. Jak bowiem z tych punktów wynika, miały one miejsce trzykrotnie;
- 11) W przetargu na dowóz szkolny z terenu Gminy Wadowice Górne do placówek oświatowych w roku szkolnym 2010/2011, przeciwko zachowaniu Małgorzaty Kapinos i Janusza Kapinosa w trakcie tego przetargu zaprotestował jeden z przystępujących do niego oferentów - Zbigniew Niedbała. W swoim piśmie Zbigniew Niedbała zarzucił stronom niniejszej decyzji porozumiewanie się w ramach przedmiotowego przetargu, poprzez ustalanie wysokości cen ofertowych, a następnie rezygnację przez Małgorzatę Kapinos, w wyniku której zamówienia otrzymał Janusz Kapinos, oferujący wyższą cenę;
- 12) Podobnie praktyka działania stron niniejszej decyzji wzbudziły podejrzenia innego oferenta, biorącego udział w przetargu na dowóz uczniów do szkół na terenie Gminy Szczucin w okresie 3.01.2011 r. - 22.12.2011 r., tj. Veolia Transport Sp. z o.o. z siedzibą w Toruniu Oddział w Mielcu, który zarzucił Małgorzacie Kapinos i Januszowi Kapinosowi zawarcie porozumienia ograniczającego konkurencję. Zawiadamiający doprecyzował, iż w ramach przetargów, do których przystępowali ci przedsiębiorcy ustalali oni warunki składanych ofert oraz uzgadniali zachowanie, polegające na rezygnacji z uzupełnienia dokumentacji ofertowej, doprowadzając w ten sposób do wyboru tego z ww. przedsiębiorców, który zaoferował najwyższą cenę. Podejrzenia Zawiadamiającego w tym zakresie oraz wynikające z nich ustalenia i wnioski dotyczące poszczególnych przetargów, do których przystępowali Małgorzata i Janusz Kapinos przedstawione zostały w sposób wyczerpujący na początku uzasadniania decyzji.

Uwzględniając wszystkie powyższe okoliczności stwierdzić należy - opierając się na domniemaniach faktycznych - iż strony niniejszej decyzji dokonały uzgodnień warunków składanych ofert oraz zachowania w toku przetargów, w których uczestniczyły, a tym samym zawarły porozumienie ograniczające konkurencję. Przyjęte w tym zakresie domniemanie stanowi bowiem wniosek wynikający w sposób logiczny z faktów, które zostały ustalone w toku postępowania antymonopolowego. Stanowią one podstawę dla przeprowadzenia rozumowania, zgodnie z którym stopień prawdopodobieństwa zawarcia porozumienia (faktu będącego skutkiem domniemania) jest tak duży, jak duży jest stopień prawdopodobieństwa, że nie zachodziły okoliczności wykluczające zaistnienie tego faktu. Innymi słowy, znikomy jest stopień prawdopodobieństwa, że strony niniejszej decyzji zachowywały się w toku analizowanych wyżej przetargów jak niezależne podmioty, które prowadzą wobec siebie działalność konkurencyjną. W szczególności fakt rezygnacji Małgorzaty Kapinos z zawarcia umowy na dowóz uczniów gimbusem Gminy Wadowice Górne w roku szkolnym 2010/2011 oraz nieuzupełnienie przez nią dokumentacji ofertowej w obu przetargach na dowóz uczniów na terenie Gminy Szczucin, przy jednoczesnym braku racjonalnego uzasadnienia i przekonujących wyjaśnień stron niniejszej decyzji w tym zakresie, stanowią trudną do obalenia przesłankę przemawiającą za wnioskiem, iż strony decyzji zawarły porozumienie ograniczające konkurencję.

Należy przyjąć, że dla oceny danego zachowanie pod kątem jego sprzeczności z regułami konkurencji wystarczająca jest analiza wskazanych wyżej rzeczywistych działań przedsiębiorców. Muszą być one nieadekwatne do istniejących warunków rynkowych, niewytłumaczalne w sposób racjonalny bez założenia wcześniejszej koordynacji działań, bądź zawierać elementy nieformalnej współpracy pomiędzy niezależnymi przedsiębiorcami (por.: S. Gronowski, *Ustawa antymonopolowa. Komentarz*, Warszawa 1999, s. 85). Dowód na istnienie tego rodzaju praktyk uzgodnionych może być rzecz jasna obalony, jeżeli przedsiębiorcy są w stanie dowieść, na podstawie racjonalnych przesłanek,

że fakty uznane za niewytłumaczalne w inny sposób jak istnieniem zmowy, mogą być zadowalająco wyjaśnione w sposób nie odwołujący się do tego rodzaju praktyk (por.: wyrok Europejskiego Trybunału Sprawiedliwości z dnia 28 marca 1984 r. w sprawach połączonych 29 i 30/83 *Compagnie Royale Asturienne des Mines SA i Societe Rheinink przeciwko Komisji Wspólnot Europejskich* (Zb. Wyr. ETS 1984, 1679), cyt. za: *Prawo konkurencji Wspólnoty Europejskiej. Orzecznictwo. Tom 1, Orzeczenia Europejskiego Trybunału Sprawiedliwości z lat 1962 - 1989, opracowanie i wprowadzenie A. Jurkowska, T. Skoczny, Wydawnictwo Naukowe Wydziału Zarządzania Uniwersytetu Warszawskiego, Warszawa 2004, s. 348.*). Takich dowodów strony jednak nie przedstawiły.

W ocenie Prezesa Urzędu, wszystkie przedstawione wyżej okoliczności rozpatrywane wspólnie świadczą o tym, iż przedsiębiorcy Małgorzata Kapinos oraz Janusz Kapinos zawarli porozumienie ograniczające konkurencję, polegające na uzgodnieniu przez tych przedsiębiorców, przystępujących do przetargów publicznych prowadzonych przez Gminę Szczucin i Gminę Wadowice Górne na dowóz uczniów z terenu tych Gmin do placówek oświatowych w roku 2010 i 2011, warunków składanych ofert oraz zachowania w toku przetargów, poprzez rezygnację z zawarcia umowy lub nieuzupełnienie dokumentacji ofertowej i doprowadzenie w ten sposób do wyboru tego z ww. przedsiębiorców, który zaoferował wyższą cenę za wykonanie zamówienia, co stanowi naruszenie art. 6 ust. 1 pkt 7 *ustawy antymonopolowej*.

W szczególności - w świetle doświadczenia życiowego oraz zasad logicznego rozumowania - nie można w inny sposób niż istnieniem zmowy przetargowej wytłumaczyć zachowania Małgorzaty Kapinos, polegającego na rezygnacji z zawarcia umowy i nieuzupełnieniu dokumentacji ofertowej w trzech opisanych wyżej przetargach, organizowanych przez Gminę Wadowice Górne oraz GZO w Szczucinie.

Nie zasługują przy tym na uwzględnienie argumenty stron niniejszej decyzji, iż są one niezależnymi przedsiębiorcami, prowadzącymi wobec siebie konkurencyjną działalność gospodarczą. Występowanie pomiędzy stronami postępowania ścisłych więzi rodzinnych, prowadzenie działalności gospodarczej pod tym samym adresem, korzystanie z tego samego parku samochodowego, będącego własnością Janusza Kapinosa i tych samych kierowców przez niego zatrudnionych, posługiwanie się wspólnym numerem telefonu i faksu, przystępowania do tych samych przetargów, nie jest wprawdzie zabronione, niemniej jednak wskazuje na wysokie prawdopodobieństwo wymiany pomiędzy nimi istotnych informacji gospodarczych i może sugerować, iż przy wystąpieniu dodatkowych okoliczności uzasadnione jest podejrzenie naruszenia prawa konkurencji, tak jak ma to miejsce w niniejszym przypadku. Z pewnością wyszczególnione wyżej okoliczności mogą świadczyć o bardzo ograniczonej lub nawet o całkowitym braku konkurencji między przedsiębiorcami.

Prezes Urzędu nie dał wiary wyjaśnieniom Małgorzaty Kapinos, potwierdzonym przez Janusza Kapinosa, iż pomimo uzyskania zamówienia na dowóz uczniów do szkół gimbusem stanowiącym własność Gminy Wadowice Górne odmówiła podpisania umowy z Gminą, z powodu złego stanu technicznego tego autobusu. Za całkowicie niewiarygodne uznać należy twierdzenia, że profesjonalny przedsiębiorca może przygotować ofertę dla potrzeb postępowania przetargowego, nie sprawdzając uprzednio stanu technicznego środka transportu, którym dotąd nie dysponował, lecz zamierza się nim posługiwać dopiero w trakcie realizacji zamówienia. Natomiast kontroli stanu technicznego tego pojazdu dokonuje dopiero po przeprowadzeniu czasochłonnych i wymagających znacznego nakładu pracy oraz poniesienia kosztów czynności związanych z przygotowaniem i złożeniem dokumentacji ofertowej, w tym zwłaszcza po wykonaniu skomplikowanego procesu kalkulowania ceny jaką zamierza zaoferować w trakcie przetargu.

Nie sposób nie zauważyć również braku logiki w wyjaśnieniach przedstawianych przez Małgorzatę Kapinos w trakcie postępowania antymonopolowego (w piśmie z dnia 28 marca 2011 r.), w których jednoznacznie stwierdza ona, że nie chciała ponosić ryzyka związanego z eksploatacją wadliwego autobusu, ponieważ sama nie dysponuje własnym warsztatem do napraw taboru samochodowego. Jak wynika natomiast z ustaleń postępowania antymonopolowego, Małgorzata Kapinos bez przeszkód wynajmowała znaczny tabor samochodowy, którym zamierzała obsługiwać wszystkich 8 części - tras objętych przetargiem organizowanym przez Gminę Wadowice Górne, albowiem do wszystkich tych części przystąpiła, składając swoją ofertę na ich realizację. Natomiast po ogłoszeniu wyników przetargu, kiedy dowiedziała się, iż uzyskała zamówienie na wykonywanie przewozów uczniów na pięciu trasach (nr 1, 2, 4, 5 i 6), z niewiadomych powodów zaczęła się obawiać, że trasy nr 2 nie obsłuży, zastępując np. w razie potrzeby wadliwego gimbusa innym z wynajmowanych przez siebie pojazdów, czego zamawiający nie uniemożliwił w specyfikacji istotnych warunków zamówienia oraz umowie na dowóz szkolny uczniów.

Dodatkowo należy zauważyć, iż w analizowanym przetargu strony niniejszej decyzji złożyły następujące po sobie - pod względem daty wpływu do zamawiającego - oferty o zbliżonej wartości. Jednocześnie oferta cenowa Janusza Kapinosa była we wszystkich częściach, na jakie podzielone zostało przedmiotowe zamówienie wyższa od oferty Małgorzaty Kapinos, a różnica pomiędzy nimi zawierała się w przedziale od 3,45 % do 20,8 %. Co więcej, obie oferty złożone przez strony decyzji zostały jednakowo wypełnione, tzn. uzupełnione tym samym charakterem pisma i według tego samego porządku i układu ofert – co jednoznacznie wynika ze szczegółowego w tym zakresie opisu stanu faktycznego niniejszej decyzji. Realizując przedmiotowe zamówienie zarówno Małgorzata Kapinos, jak i Janusz Kapinos zamierzali korzystać z parku samochodowego, będącego wyłączną własnością Janusza Kapinosa i kierowców, przez niego zatrudnianych – co jednoznacznie wynika z danych zawartych w ich ofertach (załącznikach do nich). Ponadto z pięciu części (tras) zamówienia, które uzyskała do realizacji Małgorzata Kapinos, zrezygnowała z obsługi wyłącznie trasy nr 2, czyli jedynej dla której drugą najkorzystniejszą ofertę cenową przedstawił Janusz Kapinos. Natomiast rezygnacja ta nastąpiła bezpośrednio po otwarciu ofert i rozstrzygnięciu przetargu przez Gminę Wadowice Górne, a więc po uzyskaniu przez tych oferentów pewnej wiedzy co do jego wyniku. Przeciwno takiemu postępowaniu stron niniejszej decyzji zaprotestował jeden z oferentów biorących udział w przedmiotowym przetargu, tj. Zbigniew Niedbała.

Podobnie Prezes Urzędu nie dał wiary argumentacji stron niniejszej decyzji uzasadniającej nieuzupełnienie dokumentacji ofertowej w dwóch pozostałych przetargach dotyczących dowozu uczniów do szkół na terenie Gminy Szczucin w okresach 4.01.2010 r. - 25.06.2010 r. oraz 3.01.2011 r. - 22.12.2011 r. Zauważyć należy bowiem, że Małgorzata Kapinos opracowała pełną dokumentację ofertową i złożyła ją w GZO w Szczucinie, a następnie dopiero po otwarciu ofert i rozstrzygnięciu przetargu przez zamawiającego, nie przedstawiła żądanych przez niego dokumentów, pomimo wezwania z jego strony. Tłumaczenie, zgodnie z którym nie mogła przedłożyć oświadczenia potwierdzającego należyte wykonanie usług objętych obu ww. przetargami jest o tyle nieracjonalne, że wiedząc, iż przedmiotowych warunków nie spełnia nie powinna była w ogóle przystępować do tych przetargów. Trudno przecież zakładać, że Małgorzata Kapinos opracowała dokumentację ofertową bez wcześniejszego zapoznania się z warunkami ww. przetargów, albowiem wówczas po prostu nie byłaby w stanie oferty sporządzić. Nie sposób również przyjąć, że Małgorzata Kapinos dokonywała czasochłonnych i wymagających znacznego nakładu pracy oraz poniesienia kosztów czynności związanych

z przygotowaniem i złożeniem dokumentacji ofertowej, w tym zwłaszcza wykonywała skomplikowany proces kalkulowania ceny jaką zamierza zaoferować w trakcie przetargów, z góry wiedząc, że z uwagi na niespełnienie warunków przetargu zostanie z niego wykluczona. Tłumaczenie takie jest tym bardziej niewiarygodnie, że Małgorzata Kapinos dwukrotnie, tj. w obu ww. przetargach popełnić musiałaby ten sam błąd - składając dokumentację ofertową, której następnie jakoby nie mogła uzupełnić z powodu braku oświadczenia potwierdzającego należyte wykonanie usług objętych obu przetargami.

Analizując natomiast treść ogłoszeń o zamówieniu, opracowanych przez GZO w Szczucinie dla potrzeb obu ww. przetargów, zauważyć należy, iż zawierają one m.in. następujące zapisy:

- ogłoszenie o zamówieniu na dowóz uczniów do szkół w okresie 4.01.2010 r. - 25.06.2010 r. - w pkt III.2) pn. „Warunki udziału” sekcji III pn. „Informacje o charakterze prawnym, ekonomicznym, finansowym i technicznym” – przewiduje, iż: „o udzielenie zamówienia mogą ubiegać się oferenci, którzy spełniają następujące warunki: (...). 3. posiadają niezbędną wiedzę i doświadczenie oraz potencjał techniczny, a także dysponują osobami do wykonania zamówienia, w szczególności udokumentują wykonanie w ciągu ostatnich 3 lat co najmniej 1 usługi o zakresie i charakterze porównywalnym z przedmiotem zamówienia (...)”
- ogłoszenie o zamówieniu na dowóz uczniów do szkół w okresie 3.01.2011 r. - 22.12.2011 r. - w pkt III.3.2) pn. „Wiedza i doświadczenie” sekcji III pn. „Informacje o charakterze prawnym, ekonomicznym, finansowym i technicznym” – stanowi, iż: „ (...) posiadają niezbędną wiedzę i doświadczenie oraz potencjał techniczny, a także dysponują osobami do wykonania zamówienia, Wykaz wykonanych w okresie ostatnich 3 lat usług tożsamy z przedmiotem zamówienia, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – to w tym okresie, z wykorzystaniem wzoru – zał. nr 5 do SIWZ oraz załączenie dokumentów potwierdzających, że usługi te zostały wykonane należyście; w szczególności Zamawiający wymaga, aby wykonawca wykazał, że wykonał należyście co najmniej 1 usługę dowożenia uczniów autobusem do szkół i placówek”.

Istotnie zatem z cytowanych wyżej zapisów wynika, iż zamawiający wymaga od oferentów „wykazania” („udokumentowania”), że wykonali należyście co najmniej 1 usługę dowozu uczniów autobusem do szkół i placówek. Jednocześnie jednak zamawiający używa w analizowanym tu zakresie sformułowania „w szczególności”, które oznacza, że oferent może przedłożyć także inne dokumenty potwierdzające fakt „posiadania niezbędnej wiedzy i doświadczenia”. Jak się wydaje dokumentem takim może być na przykład zaświadczenie (oświadczenie, referencje), które potwierdza, iż oferent jest w trakcie wykonywania usługi przewozu uczniów autobusem. Wniosek taki potwierdza analiza dokumentacji przetargowej dotyczącej dowozu uczniów do szkół w okresie 4.01.2010 r. - 25.06.2010 r., przedłożonej do akt niniejszej sprawy przez Gminę Szczucin, z której wynika, że zamawiający – GZO w Szczucinie uznawał tego typu zaświadczenia (referencje) za wystarczające. Z kolei w przypadku przetargu na dowóz uczniów do szkół w okresie 3.01.2011 r. - 22.12.2011 r. ww. ogłoszenie o zamówieniu - w pkt III.4.1) pn. „Informacje o oświadczeniach lub dokumentach, jakie mają dostarczyć wykonawcy w celu potwierdzenia spełnienia warunków udziału w postępowaniu oraz niepodlegania wykluczeniu na podstawie art. 24 ust. 1 ustawy” ww. sekcji III – przewiduje wprost możliwość udokumentowania „wykonanych, a w przypadku świadczeń okresowych lub ciągłych również wykonywanych, dostaw lub usług w zakresie niezbędnym do wykazania spełnienia warunku wiedzy i doświadczenia (...), oraz załączeniem dokumentu potwierdzającego, że te dostawy lub usługi zostały wykonane lub są wykonywane należyście”. W świetle powyższego wydaje się oczywiste, iż Małgorzata Kapinos powinna bez problemu uzupełnić, a przynajmniej podjąć próbę uzupełnienia swojej dokumentacji ofertowej, w zakresie żadanego

przez zamawiającego oświadczenia potwierdzającego należyte wykonanie usług objętych obu ww. przetargami. W dniu 9 grudnia 2009 r. - a więc w dacie rozstrzygnięcia przetargu na dowóz uczniów do szkół w okresie 4.01.2010 r. - 25.06.2010 r. - świadczyła już bowiem od ponad trzech miesięcy, tj. od 1 września 2009 r. usługi dowozu uczniów z terenu Gminy Wadowice Górne w roku szkolnym 2009/2010. Tym bardziej Małgorzata Kapinos nie powinna mieć żadnych trudności z uzupełnieniem rzeczonych dokumentów w przetargu na dowóz uczniów do szkół w okresie 3.01.2011 r. - 22.12.2011 r., albowiem przed 1 grudnia 2010 r. (data rozstrzygnięcia tego przetargu) zrealizowała już (z końcem czerwca 2010 r.) ww. zamówienie dowozu uczniów z terenu Gminy Wadowice Górne w roku szkolnym 2009/2010 oraz rozpoczęła (z dniem 1 września 2010 r.) wykonywanie zamówienia w zakresie dowozu uczniów z terenu tej Gminy w roku szkolnym 2010/2011. W tym stanie rzeczy Małgorzata Kapinos bez przeszkód mogła otrzymać zaświadczenia (referencje) potwierdzające wykonywanie, a nawet wykonanie usługi dowozu uczniów do szkół autobusem, które służyłoby do uzupełniania jej dokumentacji ofertowej w obu ww. przetargach, organizowanych przez GZO w Szczucinie. Niewystąpienie przez Małgorzatę Kapinos o stosowane zaświadczenia w tym zakresie i nieuzupełnienie przez nią własnej dokumentacji ofertowej należy tłumaczyć, jako chęć osiągnięcia skutków porozumienia ograniczającego konkurencję zawartego z Januszem Kapinosem, polegającego na uzyskaniu przez niego zamówienia na warunkach bardziej korzystnych dla stron niniejszej decyzji, tj. oferujących wyższą cenę o wykonania zamówienia.

W ocenie Prezesa Urzędu, w taki sam sposób należy ocenić nieuzupełnienie przez Małgorzatę Kapinos dokumentacji ofertowej w zakresie potwierdzenia posiadania odpowiedniego taboru samochodowego - w przypadku drugiego z ww. przetargów dotyczącego dowozu uczniów do szkół na terenie Gminy Szczucin w roku 2011. Małgorzata Kapinos argumentowała bowiem, iż nie mogła spełnić wymagania, polegającego na potwierdzeniu posiadania odpowiedniego taboru samochodowego, ponieważ taki tabor jedynie najmuje. Tymczasem dysponowanie taborem samochodowym na podstawie umowy najmu jest równoznaczne z jego posiadaniem, a zatem Małgorzata Kapinos ten wymóg zamawiającego spełniała i z łatwością mogła to wykazać, poprzez przedstawienie stosownej umowy najmu zawartej pomiędzy nią a Januszem Kapinosem. Oczywiście wydaje się nadto, że wymogu zamawiającego - potwierdzenia posiadania odpowiedniego taboru samochodowego - nie można traktować jako żądania wylegitymowania się jego własnością, albowiem wówczas GZO w Szczucinie w taki właśnie sposób wyraziłby ów wymóg. Pomijając już fakt, że Małgorzata Kapinos – jak zresztą wielu innych oferentów – nie mogłaby przystąpić do żadnego przetargu organizowanego przez GZO w Szczucinie, który dotyczących dowozu uczniów do szkół autobusami, ponieważ nie jest właścicielem żadnego autobusu – co wyraźnie wynika z jej oświadczenia. Taka interpretacja ww. wymogu przez Małgorzatę Kapinos stawiałaby pod znakiem zapytania jej udział w analizowanych przetargach.

Ponadto należy zauważyć, iż w obu analizowanych przetargach strony niniejszej decyzji składały następujące po sobie - pod względem daty wpływu do zamawiającego - oferty o zbliżonej wartości. Jednocześnie oferty cenowe Janusza Kapinosa były w obu tych przetargach nieznacznie wyższe od ofert Małgorzaty Kapinos, a różnica pomiędzy nimi zawierała się w przedziale od 3,7 % do 7,7 %. Co więcej, wszystkie cztery oferty złożone przez strony decyzji (po jednej na każdą z nich w każdym z dwóch przetargów) zostały jednakowo wypełnione, tzn. uzupełnione tym samym charakterem pisma i według tego samego porządku i układu ofert – co jednoznacznie wynika ze szczegółowego w tym zakresie opisu stanu faktycznego niniejszej decyzji. Realizując przedmiotowe zamówienia zarówno Małgorzata Kapinos, jak i Janusz Kapinos zamierzali korzystać

z taboru samochodowego, będącego wyłączną własnością Janusza Kapinosza i kierowców, przez niego zatrudnianych – co jednoznacznie wynika z danych zawartych w ich ofertach (załącznikach do nich). Ponadto w obu przedmiotowych przetargach, w których uczestniczyły strony decyzji i w których wykonanie zamówienie pierwotnie powierzano Małgorzacie Kapinos, nieuzupełniała ona dokumentacji ofertowej - umożliwiając uzyskanie zamówień Januszowi Kapinosowi, który składał droższe oferty, lecz jednocześnie drugie w kolejności pod względem atrakcyjności cenowej. Przy czym zachowania polegające na nieuzupełnianiu owej dokumentacji miały miejsce po otwarciu ofert przez zamawiającego i uzyskaniu przez strony pewnej wiedzy co do wyników obu przetargów. Przeciwko takiemu postępowaniu stron niniejszej decyzji zaprotestował oferent przystępujący do jednego z przedmiotowych przetargów, tj. Zawiadamiający.

Mając na uwadze przedstawione wyżej okoliczności, ustalenia i dowody na ich poparcie przyjąć należy, że znikomy jest stopień prawdopodobieństwa, iż strony niniejszej decyzji w toku analizowanych przetargów zachowywały się jak niezależne podmioty, które prowadzą wobec siebie działalność konkurencyjną. W szczególności brak przekonującego uzasadnienia rezygnacji z zawarcia umowy w jednym z tych przetargów i nieuzupełnienia dokumentacji ofertowej w dwóch pozostałych oraz brak spójnych wyjaśnień (sprzecznych ponadto z materiałem dowodowym zebrany w sprawie), stanowią trudne do obalenia przesłanki przemawiające za wnioskiem, iż strony decyzji zawarły porozumienie ograniczające konkurencję, obejmujące zachowania w toku wszystkich trzech przedmiotowych przetargów.

Na podstawie analizy zebranego w niniejszej sprawie materiału dowodowego nie można wprawdzie stwierdzić, że uzgodnione zachowanie Małgorzaty i Janusza Kapinosów dotyczyły wszystkich czterech przetargów organizowanych przez Gminy Wadowice Górne i Szczucin, do których przystępowali jednocześnie obaj ci przedsiębiorcy, niemniej jednak z całą stanowczością można stwierdzić, iż porozumienie miało miejsce przynajmniej w przypadku trzech analizowanych wyżej przetargów.

Podnieść należy również, że incydentalnie mogła wprawdzie zaistnieć sytuacja uzasadniająca rezygnację z zawarcia umowy, albo nieuzupełnienie dokumentacji ofertowej przez strony decyzji, ale w niniejszej sprawie już samo postępowanie wykazało zaistnienie trzech tego typu przypadków.

Mając powyższe na uwadze, w ocenie Prezesa Urzędu spełniona została pierwsza przesłanka zastosowania art. 6 ust. 1 pkt 7 *ustawy antymonopolowej*, polegająca na zawiązaniu porozumienia według zasad określonych w art. 4 pkt 5 tej *ustawy*.

Stosowanie do treści przepisu art. 6 ust. 1 *ustawy antymonopolowej* – „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”. Uwzględniając brzmienie tej regulacji przyjąć należy, że cel antykonkurencyjny i skutek antykonkurencyjny porozumienia nie muszą wystąpić łącznie. „Dla stwierdzenia naruszenia art. 6 ust. 1 pkt 1 nie ma zatem istotnego znaczenia czy doszło do ograniczenia czy eliminacji konkurencji, skoro już sam cel może stanowić o nielegalności porozumienia” (tak: wyrok SOKiK z dnia 24 marca 2004 r., sygn. akt: XVII Ama 40/02). Natomiast nawiązując do wcześniej przywoływanych wyroków sądowych należy stwierdzić, że w świetle *ustawy antymonopolowej* zakazane jest

już samo zawarcie (istnienie) porozumienia ukierunkowanego na ograniczenie konkurencji, nie zaś osiągnięcie takiego skutku, zaś efekt ograniczenia konkurencji wcale nie musi wystąpić.

Jak wskazano powyżej, za porozumienia ograniczające konkurencję uznaje się także uzgodnienia dokonywane przez przedsiębiorców w jakiejkolwiek formie. Istotą tej formy porozumienia jest koordynacja zachowań przedsiębiorców poprzez świadome współdziałanie, którego celem lub skutkiem jest ograniczenie konkurencji. Taka koordynacja pozwala bowiem na wyeliminowanie niepewności przedsiębiorców co do przebiegu procesów rynkowych i warunków działania konkurentów, w tym zachowań w toku postępowań o udzielenie zamówienia publicznego. Jednakże dla udowodnienia takiej koordynacji zachowań nie wystarcza samo stwierdzenie wystąpienia podobnych zachowań przedsiębiorców. Konieczne jest udowodnienie, że zachowania te nie są adekwatne do istniejących warunków rynkowych. Procesy konkurencji w trakcie przeprowadzania przetargów mogą ulec zniekształceniom w wyniku wcześniejszego uzgadniania ofert przez przedsiębiorców do nich przystępujących. Przy czym porozumienia oferentów mogą dotyczyć jednego przetargu, bądź (jak ma to miejsce w niniejszej sprawie) większej liczby przetargów.

Abstrahując od oceny zachowania stron niniejszej decyzji w świetle przepisów prawa karnego zważyć należy, iż praktyka będąca przedmiotem decyzji jest w swojej istocie zbliżona do konstrukcji przestępstwa ciągłego. Mamy bowiem do czynienia z powtarzalnym, jednorodnym zachowaniem stron, polegającym na dokonywaniu uzgodnień zachowań wpływających na ostateczne wyniki przetargów, a sprowadzających się do nieuzasadnionej rezygnacji z zawarcia umowy, albo bezzasadnego nieuzupełniania dokumentacji ofertowej przez Małgorzatę Kapinos, której oferty kalkulowane są zawsze z niższą ceną, celem zawarcia umowy z Januszem Kapinosem, który oferuje zawsze cenę wyższą. Prezes Urzędu wykazał w niniejszej decyzji trzy przypadki - przetargi, w których tego rodzaju zachowania stron decyzji miały miejsce.

Jak wykazano powyżej, zawarte porozumienie nie tylko zmierzało do (miało na celu) ograniczenia konkurencji na rynku właściwym. Cel ten został faktycznie zrealizowany przez Małgorzatę Kapinos, która zrezygnowała z zawarcia umowy albo nieuzupełniała dokumentacji ofertowej, aby zamówienia mógł otrzymać Janusz Kapinos. Tak więc działania stron w trakcie analizowanych wyżej przetargów były uzgodnione, a konkurencja pomiędzy nimi miała charakter pozorny, ponieważ z góry ustalono, iż w przypadku odpowiedniego ułożenia się ofert przetargowych (tak jak miało to miejsce w trzech przypadkach opisywanych w niniejszej decyzji), oferta droższa - Janusza Kapinosa zastąpi ofertę tańszą Małgorzaty Kapinos. Tak więc wystąpił również skutek w postaci zakłócenia konkurencji. Tym samym spełniony został warunek zastosowania art. 6 ust. 1 *ustawy antymonopolowej*.

6. Zaniechanie praktyki określonej w art. 6 ust. 1 pkt 7 *ustawy antymonopolowej*

Istotą porozumienia, którego zawarcie stwierdzono w niniejszej decyzji jest uzgadnianie warunków składanych ofert i zasad postępowania w konkretnych trzech przetargach. Jak wskazano powyżej, rezygnacja z zawarcia umów (rzeczywista albo polegająca na nieuzupełnianiu ofert) przez Małgorzatę Kapinos, w celu przejęcia umów przez Janusza Kapinosa, która w poszczególnych przetargach oferował wyższą cenę oznacza, iż uczestnicy porozumienia osiągnęli swój cel. Jednocześnie, wykonanie porozumienia (nastąpił jego założony skutek, czyli na pierwsze miejsca przesuwała się oferta druga pod względem ceny)

uniemożliwia nałożenie na jego uczestników podstawowej sankcji związanej ze stwierdzeniem stosowania praktyki ograniczającej konkurencję, tj. nakazu jej zaniechania na podstawie art. 10 *ustawy antymonopolowej*, albowiem nakaz ten odnosi się do praktyki jako takiej, a nie jej skutków. W tych okolicznościach należało przyjąć, iż praktyka zaniechana została z dniem 14 grudnia 2010 r. W tym dniu bowiem zawarta została pomiędzy Januszem Kapinosem a GZO w Szczucinie umowa na dowóz uczniów do szkół na terenie Gminy Szczucin, a zatem miał miejsce ostatni z trzech przejawów przedmiotowego porozumienia. Zarazem - w ocenie Prezesa Urzędu - brak jest podstaw by uznać, iż porozumienie to dotyczyło wszystkich czterech przetargów, organizowanych przez Gminy Szczucin i Wadowice Górne, w których brały udział strony niniejszej decyzji. Z całą pewnością stwierdzić jednak można, iż istniejące dowody pośrednie świadczą o tym, że zмова przetargowa została zrealizowana w trzech opisanych wyżej przypadkach, które miały miejsce w roku 2009 i 2010. W związku z powyższym, z powodu braku podstaw do uznania – w oparciu o materiał dowodowy zgromadzony w niniejszej sprawie - iż porozumienie nadal istnieje między stronami decyzji, należało stwierdzić zaniechanie stosowanej praktyki ograniczającej konkurencję z dniem 14 grudnia 2010 r.

Mając powyższym na uwadze Prezes Urzędu orzekł, jak w pkt I sentencji niniejszej decyzji.

7. Kara pieniężna

Stosowanie do treści przepisu art. 106 ust. 1 pkt 1 *ustawy antymonopolowej* – „Prezes Urzędu może nałożyć na przedsiębiorcę, w drodze decyzji, karę pieniężną w wysokości nie większej niż 10% przychodu osiągniętego w roku rozliczeniowym poprzedzającym rok nałożenia kary, jeżeli przedsiębiorca ten, choćby nieumyślnie dopuścił się naruszenia zakazu określonego w art. 6, w zakresie niewyłączonym na podstawie art. 7 i art. 8, lub naruszenia zakazu określonego w art. 9”. Tak więc rozstrzygnięcie w przedmiocie nałożenia administracyjnej kary pieniężnej ma charakter fakultatywny. Niemniej zgodnie z orzecznictwem Sądu Ochrony Konkurencji i Konsumentów: „skuteczna polityka karania wymaga jednak, by w przypadku stwierdzenia stosowania przez przedsiębiorcę praktyki ograniczającej konkurencję zasadą było nakładanie kary pieniężnej” (wyrok SOKiK z dnia 8 listopada 2004 r., sygn. akt: XVII Ama 81/03).

Podkreślenia wymaga, że *ustawa antymonopolowa* nie zawiera zamkniętego katalogu przesłanek, od których uzależniana jest wysokość nakładanych na przedsiębiorców kar pieniężnych. Norma prawna wynikająca z treści przepisu art. 111 tej *ustawy* stanowi jedynie, iż „przy ustalaniu wysokości kar pieniężnych, o których mowa w art. 106 – 108, należy uwzględnić w szczególności okres, stopień oraz okoliczności naruszenia przepisów ustawy, a także uprzednie naruszenie przepisów ustaw”. Przy czym – stosownie do dyspozycji art. 130 *ustawy antymonopolowej* – „przy ustalaniu wysokości kary pieniężnej, o którym mowa w art. 111, uwzględnia się również okoliczność naruszenia przepisów ustawy z dnia 15 grudnia 2000 r. o ochronie konkurencji i konsumentów (...)”. Jest rzeczą oczywistą, iż na wysokość kary pieniężnej wpływ musi mieć również stopień zagrożenia lub naruszenia interesu publicznoprawnego stosowanymi praktykami ograniczającymi konkurencję. Dodatkowo w judykaturze wskazuje się, że w przypadku kar za stosowanie praktyk ograniczających konkurencję, przesłankami które należy brać pod uwagę są: potencjał ekonomiczny przedsiębiorcy, skutki praktyki dla konkurencji lub kontrahentów, dopuszczalny poziom kary wynikający z przepisów ustawy oraz cele, jakie kara ma osiągnąć (por.: wyrok Sądu Najwyższego z dnia 27 czerwca 2000 r., sygn. akt: I CKN 793/98). Nakładana przez Prezesa Urzędu kara pieniężna powinna pełnić

funkcję represyjną (tj. stanowić dolegliwość dla przedsiębiorcy naruszającego przepisy *ustawy antymonopolowej*), ale także prewencyjną, dyscyplinującą (tj. zapobiegać podobnym naruszeniom w przyszłości). W zależności od stopnia naruszenia przepisów *ustawy antymonopolowej*, pierwszeństwo przyznaje się funkcji prewencyjnej albo represyjnej.

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

W niniejszej sprawie Prezes Urzędu uznał, iż zawarte pomiędzy Małgorzatą Kapinos i Januszem Kapinosem porozumienie należy do szczególnie szkodliwych horyzontalnych ograniczeń konkurencji, jakimi są zwały przetargowe. W tym stanie rzeczy naruszenie to zostało zakwalifikowane do naruszeń bardzo poważnych, a kwotę bazową - stanowiącą podstawę dalszych wyliczeń - ustalono na poziomie 1,5 % przychodu za rok 2010, tj. rok poprzedzający wydanie niniejszej decyzji. W przypadku Małgorzaty Kapinos 1,5 % uzyskanych przychodów w wysokości 53.472,12 zł, stanowi kwotę 802,08 zł, zaś w przypadku Janusza Kapinosa, który w 2010 r. uzyskał przychody w wysokości 930.055,44 zł, kwota ta wynosi 13.950,83 zł.

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

W szczególności Prezes Urzędu uwzględnił fakt, iż oceniane porozumienie zawarte zostało na rynku konkurencyjnym, na którym nie występują znaczące bariery wejścia. Na lokalnych rynkach usług dowozu uczniów do placówek oświatowych na obszarze Gminy Szczucin i Gminy Wadowice Górne działa bowiem wielu przedsiębiorców, którzy uczestniczą w licznych przetargach, w skali porównywalnej z działalnością stron niniejszej decyzji.

Z drugiej strony Prezes Urzędu uwzględnił faktyczne wprowadzenie porozumienia w życie, które polegało na realizacji określonego zachowania w trakcie przetargów prowadzonych przez Gminę Wadowice Górne i GZO w Szczucinie, a także negatywne skutki dla uczestników rynku, czyli wymienionych organizatorów przetargów. Na skutek zawartej zwały przetargowej podmioty te zostały bowiem postawione w sytuacji, gdy musiały wybrać ofertę, która nie była ofertą najkorzystniejszą cenowo, wynikającą z otwarcia ofert i pierwotnego rozstrzygnięcia przetargów. Zawarte porozumienie wiąże się zatem z wymiernym uszczerbkiem ekonomicznym po stronie ww. zamawiających, związanym z wyborem innej, droższej oferty. W konsekwencji przyjąć należy również, że analizowana praktyka ograniczająca konkurencję stosowana przez strony niniejszej decyzji wywiera wpływ na rynek właściwy także po jej zaniechaniu.

W związku z powyższym, mając na uwadze wszystkie okoliczności związane ze specyfiką rynku oraz działaniem stron niniejszej decyzji, kwotę bazową postanowiono podwyższyć o 20 %, tj. do kwoty 962,50 zł - w przypadku Małgorzaty Kapinos oraz kwoty 16.741 zł - w przypadku Janusza Kapinosa.

Niezależnie od powyższego Prezes Urzędu rozważył również występujące w sprawie okoliczności łagodzące i obciążające. Prezes Urzędu nie stwierdził występowania w niniejszej sprawie okoliczności łagodzących, takich jak np. bierna rola w naruszeniu, działanie pod przymusem, dobrowolne usunięcie skutków naruszenia. Jeśli natomiast chodzi o okoliczności obciążające, to podnieść należy, że wprawdzie w trakcie postępowania nie ustalono, która strona była inicjatorem zawartego porozumienia, jednakże nie ulega wątpliwości, iż postępowanie przedsiębiorców Małgorzaty Kapinos i Janusza Kapinosa, polegające na rezygnacji z zawarcia umowy i nieuzupełnieniu dokumentacji ofertowej - co skutkowało wyborem droższej oferty jednego z nich - miało charakter umyślny. Wszystkie okoliczności sprawy, w szczególności powiązania stron niniejszej decyzji oraz ich postępowanie w trakcie przetargów świadczą o tym, iż przedsiębiorcy uzgodnili pewną podjętą z góry taktykę działania w przetargach, której celem było osiągnięcie korzyści finansowych. Tak więc uwzględniając łącznie wymienioną okoliczność obciążającą oraz brak okoliczności łagodzących, kwota bazowa ustalona w poprzednich etapach kalkulowania kary pieniężnej została podwyższona o 10 %, tj. do kwoty 1.059 zł - w przypadku Małgorzaty Kapinos oraz kwoty 18.415 zł - w przypadku Janusza Kapinosa.

Kara nakładana przez Prezesa Urzędu na przedsiębiorców, którzy dopuścili się stosowania praktyk ograniczających konkurencję służy podkreśleniu naganności ocenianych zachowań. Decydując o nałożeniu kary pieniężnej i jej wysokości wzięto pod uwagę wszystkie opisane wyżej okoliczności. Orzeczona kara powinna również stanowić dolegliwość dla stron niniejszej decyzji, tak, aby jej nałożenie skutkowało w przyszłości zapobieżeniem zaistnienia podobnych sytuacji. Z drugiej strony należy też podkreślić wymiar edukacyjny i wychowawczy zastosowanej sankcji oraz wyrazić nadzieję, że odniesie ona spodziewany skutek na przyszłość. Poza wymiarem indywidualnym kary, należy zwrócić uwagę na jej wymiar ogólny, funkcję odstrasżającą i wychowawczą w stosunku do innych uczestników rynku.

Prezes Urzędu, kierując się potrzebą zdecydowanego przeciwdziałania stosowaniu praktyk ograniczających konkurencję uznał, że orzeczona kara powinna stanowić dolegliwość dla stron niniejszej decyzji. W tym przypadku kara powinna spełnić jednak przede wszystkim funkcję prewencyjną i wychowawczą, tak, aby zapobiec w przyszłości naruszeniom przepisów *ustawy antymonopolowej*.

Mając na względzie wszystkie określone wyżej czynniki dotyczące wagi naruszenia, specyfiki rynku oraz okoliczności łagodzących i obciążających, Prezes Urzędu postanowił nałożyć na strony niniejszej decyzji kary w łącznej wysokości: 1.059 zł (słownie: tysiąc pięćdziesiąt dziewięć złotych) - w przypadku Małgorzaty Kapinos oraz 18.415 zł (słownie: osiemnaście tysięcy czterysta piętnaście złotych) - w przypadku Janusza Kapinosa. Nałożone kary pieniężne stanowią w konsekwencji 1,98 % przychodów uzyskanych przez przedsiębiorców w roku 2010 oraz 19,8 % maksymalnego wymiaru kary - przewidzianego w art. 106 ust. 1 pkt 1 *ustawy antymonopolowej* - w przypadku każdej ze stron niniejszej decyzji. Prezes Urzędu przyjął, że kary w takiej wysokości są adekwatne do stopnia naruszenia przepisów *ustawy antymonopolowej* i współmierne do możliwości finansowych przedsiębiorców.

Mając powyższym na uwadze Prezes Urzędu orzekł, jak w pkt II sentencji niniejszej decyzji.

8. Koszty postępowania

Zgodnie z art. 80 *ustawy antymonopolowej* – „Prezes Urzędu rozstrzyga o kosztach, w drodze postanowienia, które może być zamieszczone w decyzji kończącej postępowanie”. Natomiast w myśl art. 77 ust. 1 *ustawy antymonopolowej* – „jeżeli w wyniku postępowania Prezes Urzędu stwierdził naruszenie przepisów ustawy, przedsiębiorca, który dopuścił się tego naruszenia, jest obowiązany 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 *K.p.a.* - „do kosztów postępowania zalicza się (...) również koszty doręczenia stronom pism urzędowych”.

Postępowanie antymonopolowe w niniejszej sprawie zostało wszczęte z urzędu, a w jego wyniku Prezes Urzędu - w punkcie I sentencji decyzji - stwierdził naruszenie przepisów *ustawy antymonopolowej*.

Kosztami niniejszego postępowania są wydatki związane z korespondencją prowadzoną przez Prezesa Urzędu ze stronami niniejszej decyzji - Małgorzatą Kapinos i Januszem Kapinosem.

W związku z powyższym postanowiono obciążyć przedsiębiorców kosztami postępowania w następującej wysokości:

- Małgorzatę Kapinos - kosztami w kwocie 29 zł (słownie: dwadzieścia dziewięć złotych) oraz
- Janusza Kapinosa - kosztami w kwocie 29 zł (słownie: dwadzieścia dziewięć złotych).

Mając powyższym na uwadze Prezes Urzędu orzekł, jak w pkt III sentencji niniejszej decyzji.

Zgodnie z art. 112 ust. 3 *ustawy antymonopolowej*, określone wyżej kary pieniężne należy uiszczyć, w terminie 14 dni od uprawomocnienia się niniejszej decyzji, na konto Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów:

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

Koszty postępowania strony niniejszej decyzji obowiązane są wpłacić na to samo konto Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów.

Stosownie do treści art. 81 ust. 1 *ustawy antymonopolowej* w związku z art. 479²⁸ § 2 *Kodeksu postępowania cywilnego* - od niniejszej decyzji przysługuje odwołanie do Sądu Okręgowego w Warszawie – Sądu Ochrony Konkurencji i Konsumentów, w terminie dwutygodniowym od daty jej doręczenia, za pośrednictwem Prezesa Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów – Delegatury Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów w Krakowie.

W przypadku jednak kwestionowania wyłącznie postanowienia o kosztach, zawartego w punkcie III sentencji niniejszej decyzji - stosownie do treści art. 81 ust. 5 *ustawy antymonopolowej* w związku z 479³² *K.p.c.* oraz art. 264 § 2 *K.p.a.* w związku z art. 83 *ustawy antymonopolowej* - przysługuje zażalenie do Sądu Okręgowego w Warszawie – Sądu Ochrony Konkurencji i Konsumentów, w terminie tygodniowym od daty doręczenia tej decyzji, za pośrednictwem Prezesa Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów - Delegatury Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów w Krakowie.

Z upoważnienia Prezesa
Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów
Dyrektor Delegatury w Krakowie
Leszek Piekarz

Otrzymują:

1. Janusz Kapinos, prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą Firma Produkcyjno – Handlowo - Usługowa Janusz Kapinos, Słupiec 328, 33 – 230 Szczucin,
2. Małgorzata Kapinos, prowadząca działalność gospodarczą pod nazwą Firma Produkcyjno – Handlowo - Usługowa Janusz Kapinos, Słupiec 328, 33 – 230 Szczucin,
3. RKR a/a.