



**PREZES
URZĘDU OCHRONY
KONKURENCJI I KONSUMENTÓW
TOMASZ CHRÓSTNY**

Wrocław, dnia 21 lipca 2022 r.

RWR.410.1.2021.JB

DECYZJA Nr RWR 1/2022

I. Na podstawie art. 10 ust. 1 ustawy z dnia 16 lutego 2007 r. o ochronie konkurencji i konsumentów (Dz. U. z 2021 r. poz. 275), po przeprowadzeniu postępowania antymonopolowego, Prezes Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów uznaje za praktykę ograniczającą konkurencję i naruszającą zakaz, o którym mowa w art. 6 ust. 1 pkt 7 ww. ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów, zawarcie przez:

- Bożysławę Woś - prowadzącą działalność gospodarczą pod firmą „Bożysława Ewa Woś Firma Usługowo - Transportowo - Sprzętowa „Zwyż - Dźwig”, jako wspólnik spółki cywilnej pod nazwą Firma Usługowo - Transportowo - Sprzętowa „Zwyż - Dźwig” s.c. z siedzibą w Żaganiu,
- Stanisława Wosia - prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą „Stanisław Woś Firma Usługowo - Transportowo - Sprzętowa „Zwyż - Dźwig”, jako wspólnik spółki cywilnej pod nazwą Firma Usługowo - Transportowo - Sprzętowa „Zwyż - Dźwig” s.c. z siedzibą w Żaganiu,
- Pawła Wosia - prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą „PN Developer Paweł Woś”, jako wspólnik spółki cywilnej pod nazwą Firma Usługowo - Transportowo - Sprzętowa „Zwyż - Dźwig” s.c. z siedzibą w Żaganiu,
- Macieja Bergera prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą „Firma Handlowo Usługowa Maciej Berger” w Iłowej,

porozumienia ograniczającego konkurencję, polegającego na uzgadnianiu warunków ofert, składanych w postępowaniach o udzielenie zamówienia publicznego na świadczenie usług związanych z wycinką drzew, frezowaniem i karczowaniem pni, nasadzeniami i pielęgnacją drzew, przeprowadzanych w latach 2016 - 2019, a w przypadku korzystnego dla tych przedsiębiorców rankingu ofert w danym postępowaniu, podejmowaniu działań mających na celu doprowadzenie do wyboru oferty tego z ww. przedsiębiorców, który zaoferował wyższą cenę.

II. Na podstawie art. 106 ust. 1 pkt 1 ustawy z dnia 16 lutego 2007 r. o ochronie konkurencji i konsumentów (Dz. U. z 2021 r. poz. 275), po przeprowadzeniu postępowania antymonopolowego, Prezes Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów nakłada kary pieniężne z tytułu naruszenia zakazu określonego w art. 6 ust. 1 pkt 7 tej ustawy, w zakresie określonym w punkcie I sentencji niniejszej decyzji w wysokości:

- **31 880,56 zł** (słownie: trzydzieści jeden tysięcy osiemset osiemdziesiąt złotych 56/100) na Bożysławę Woś - prowadzącą działalność gospodarczą pod firmą „Bożysława Ewa Woś Firma Usługowo - Transportowo - Sprzętowa „Zwyż - Dźwig”,



- jako wspólnik spółki cywilnej pod nazwą Firma Usługowo - Transportowo - Sprzętowa „Zwyż - Dźwig” s.c. z siedzibą w Żaganiu,
- **31 880,56 zł** (słownie: trzydzieści jeden tysięcy osiemset osiemdziesiąt złotych 56/100) na Stanisława Wosia - prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą „Stanisław Woś Firma Usługowo - Transportowo - Sprzętowa „Zwyż - Dźwig”, jako wspólnik spółki cywilnej pod nazwą Firma Usługowo - Transportowo - Sprzętowa „Zwyż - Dźwig” s.c. z siedzibą w Żaganiu,
 - **4 069,86 zł** (słownie: cztery tysiące sześćdziesiąt dziewięć złotych 86/100) na Pawła Wosia - prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą „PN Developer Paweł Woś”, jako wspólnik spółki cywilnej pod nazwą Firma Usługowo - Transportowo - Sprzętowa „Zwyż - Dźwig” s.c. z siedzibą w Żaganiu,
 - **41 092,52 zł** (słownie: czterdzieści jeden tysięcy dziewięćdziesiąt dwa złote 52/100) na Macieja Bergera prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą „Firma Handlowo Usługowa Maciej Berger” w Iłowej,

płatne do budżetu państwa.

III. Na podstawie art. 77 ust. 1 w zw. z art. 80 ustawy z dnia 16 lutego 2007 r. o ochronie konkurencji i konsumentów (Dz. U. z 2021 r. poz. 275) oraz art. 263 § 1 i art. 264 § 1 ustawy z dnia 14 czerwca 1960 r. - Kodeks postępowania administracyjnego (Dz. U. z 2021r. poz. 735 ze zm.) w związku z art. 83 ww. ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów, Prezes Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów obciąża kosztami postępowania antymonopolowego:

- Bożysławę Woś - prowadzącą działalność gospodarczą pod firmą „Bożysława Ewa Woś Firma Usługowo - Transportowo - Sprzętowa „Zwyż - Dźwig”, jako wspólnik spółki cywilnej pod nazwą Firma Usługowo - Transportowo - Sprzętowa „Zwyż - Dźwig” s.c. z siedzibą w Żaganiu w kwocie 25,00 zł (słownie: dwadzieścia pięć złotych),
- Stanisława Wosia - prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą „Stanisław Woś Firma Usługowo - Transportowo - Sprzętowa „Zwyż - Dźwig”, jako wspólnik spółki cywilnej pod nazwą Firma Usługowo - Transportowo - Sprzętowa „Zwyż - Dźwig” s.c. z siedzibą w Żaganiu w kwocie 25,00 zł (słownie: dwadzieścia pięć złotych),
- Pawła Wosia - prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą „PN Developer Paweł Woś”, jako wspólnik spółki cywilnej pod nazwą Firma Usługowo - Transportowo - Sprzętowa „Zwyż - Dźwig” s.c. z siedzibą w Żaganiu w kwocie 25,00 zł (słownie: dwadzieścia pięć złotych),
- Macieja Bergera prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą „Firma Handlowo Usługowa Maciej Berger” w Iłowej w kwocie 60,00 zł (słownie: pięćdziesiąt złotych),

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



UZASADNIENIE

- (1) W związku z otrzymanym zawiadomieniem o podejrzeniu stosowania praktyk ograniczających konkurencję, Prezes Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów (dalej „Prezes UOKiK”) przeprowadził postępowanie wyjaśniające w sprawie wstępnego ustalenia, czy działania przedsiębiorców biorących udział w przetargach na świadczenie usług wycinki, nasadzeń i pielęgnacji drzew przy drogach wojewódzkich administrowanych przez Zarząd Dróg Wojewódzkich w Zielonej Górze, naruszają przepisy ustawy z dnia 16 lutego 2007 r. o ochronie konkurencji i konsumentów (Dz. U. z 2021 r. poz. 275, dalej: „uokk”), w szczególności jej art. 6 ust 1 pkt 7 (sygn. RWR.400.3.2020.JB).
- (2) W wyniku ustaleń dokonanych w toku postępowania wyjaśniającego, Prezes UOKiK - postanowieniem Nr RWR 21/2021 z dnia 5 maja 2021 r. - wszczął postępowanie antymonopolowe w sprawie podejrzenia zawarcia przez przedsiębiorców:
 - Bożysławę Woś - prowadzącą działalność gospodarczą pod firmą „Bożysława Ewa Woś Firma Usługowo - Transportowo - Sprzętowa „Zwyż - Dźwig”, jako współnik spółki cywilnej pod nazwą Firma Usługowo - Transportowo - Sprzętowa „Zwyż - Dźwig” s.c. z siedzibą w Żaganiu,
 - Stanisława Wosia - prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą „Stanisław Woś Firma Usługowo - Transportowo - Sprzętowa „Zwyż - Dźwig”, jako współnik spółki cywilnej pod nazwą Firma Usługowo - Transportowo - Sprzętowa „Zwyż - Dźwig” s.c. z siedzibą w Żaganiu,
 - Pawła Wosia - prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą „PN Developer Paweł Woś”, jako współnik spółki cywilnej pod nazwą Firma Usługowo - Transportowo - Sprzętowa „Zwyż - Dźwig” s.c. z siedzibą w Żaganiu,
 - Macieja Bergera prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą „Firma Handlowo Usługowa Maciej Berger” w Iłowej,

porozumienia ograniczającego konkurencję, polegającego na uzgadnianiu warunków ofert, składanych w postępowaniach o udzielenie zamówienia publicznego na świadczenie usług związanych z wycinką drzew, frezowaniem i karczowaniem pni, nasadzeniami i pielęgnacją drzew, przeprowadzanych w latach 2016 - 2019, a w przypadku korzystnego dla tych przedsiębiorców rankingu ofert w danym postępowaniu, podejmowaniu działań mających na celu doprowadzenie do wyboru oferty tego z ww. przedsiębiorców, który zaoferował wyższą cenę.

- (3) Postanowieniami Nr 49 - 52 z dnia 27 września 2021 r. oraz Nr 31 - 34 z dnia 26 maja 2022 r. Prezes UOKiK, z urzędu, ograniczył prawa wglądu do materiału dowodowego, załączonego do akt sprawy, w zakresie wysokości uzyskanych przez strony dochodów z prowadzonej działalności gospodarczej.
- (4) W Szczegółowym Uzasadnieniu Zarzutów z dnia 2 lutego 2022 r., Prezes UOKiK poinformował strony postępowania, że wstępne ustalenia postępowania antymonopolowego wskazują na zawarcie przez ww. przedsiębiorców porozumienia ograniczającego konkurencję, o jakim mowa w art. 6 ust. 1 pkt 7 uokk, w zakresie wskazanym w sentencji postanowienia o wszczęciu postępowania, a co za tym idzie



Prezes UOKiK zamierza wydać, na podstawie art. 10 ust. 1 uokk, decyzję administracyjną stwierdzającą zawarcie takiego porozumienia oraz nałożyć na strony postępowania kary pieniężne.

- (5) Pismem z dnia 26 maja 2022 r. Prezes UOKiK zawiadomił strony postępowania o zakończeniu postępowania dowodowego oraz o możliwości zapoznania się z aktami sprawy i wypowiedzenia się co do zgromadzonego materiału dowodowego.
- (6) W toku postępowania antymonopolowego strony postępowania zaprzeczyły zarzutowi zawarcia porozumienia ograniczającego konkurencję¹ i nie skorzystały z prawa do zapoznania się z aktami sprawy po zakończeniu zbierania materiału dowodowego.

1. USTALENIA FAKTYCZNE

1.1 STRONY POSTĘPOWANIA

- (7) Stronami postępowania antymonopolowego są: (1) Bożysława Woś - prowadząca działalność gospodarczą pod firmą „Bożysława Ewa Woś Firma Usługowo - Transportowo - Sprzętowa „Zwyż - Dźwig”, jako wspólnik spółki cywilnej pod nazwą Firma Usługowo - Transportowo - Sprzętowa „Zwyż - Dźwig” s.c. z siedzibą w Żaganiu), (2) Stanisław Woś - prowadzący działalność gospodarczą pod firmą „Stanisław Woś Firma Usługowo - Transportowo - Sprzętowa „Zwyż - Dźwig”, jako wspólnik spółki cywilnej pod nazwą Firma Usługowo - Transportowo - Sprzętowa „Zwyż - Dźwig” s.c. z siedzibą w Żaganiu, (3) Paweł Woś - prowadzący działalność gospodarczą pod firmą „PN Developer Paweł Woś”, jako wspólnik spółki cywilnej pod nazwą Firma Usługowo - Transportowo - Sprzętowa „Zwyż - Dźwig” s.c. z siedzibą w Żaganiu, (4) Maciej Berger prowadzący działalność gospodarczą pod firmą „Firma Handlowo Usługowa Maciej Berger” w Łtowej.
- (8) Bożysława Woś, Stanisław Woś i Paweł Woś są przedsiębiorcami wpisanymi do Centralnej Ewidencji i Informacji o Działalności Gospodarczej (dalej: „CEIDG”) i prowadzą działalność gospodarczą jako wspólnicy spółki cywilnej pod nazwą Firma Usługowo - Transportowo - Sprzętowa „Zwyż - Dźwig” s.c. z siedzibą w Żaganiu (dalej: „Bożysława Woś” „Stanisław Woś” oraz „Paweł Woś” lub łącznie „Zwyż Dźwig”²). Zgodnie z wpisem do CEIDG, przeważającym przedmiotem działalności ww. przedsiębiorców są pozostałe specjalistyczne roboty budowlane gdzie indziej nie skalsyfikowane (43.99.Z.). Bożysława Woś, Stanisław Woś i Paweł Woś należą do jednej rodziny - Paweł Woś jest synem Bożysławy Woś i Stanisława Wosia (dowód: wydruki z CEIDG - k.159 -161).
- (9) Maciej Berger jest przedsiębiorcą wpisanym do CEIDG i prowadzi działalność gospodarczą pod firmą „Firma Handlowo Usługowa Maciej Berger” w Łtowej (dalej: „Maciej Berger” lub „FHU Berger”). Zgodnie z wpisem do CEIDG, przeważającym

¹ Stanowisko zajęte przez przedsiębiorców zostało zaprezentowane dalej w części 2.

² Na gruncie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. *Prawo zamówień publicznych* (Dz. U. z 2019 r., poz. 1843 ze zm.) przedsiębiorców prowadzących działalność gospodarczą w formie spółki cywilnej należy traktować jako wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia (vide: art. 23 ust. 1 ustawy).



przedmiotem działalności przedsiębiorcy jest przygotowanie terenu pod budowę (43.12.Z) (dowód: wydruk z CEIDG - k.162).

- (10) Strony postępowania w analizowanym okresie prowadziły działalność gospodarczą polegającą m.in. na świadczeniu usług związanych z zagospodarowaniem terenów zielonych, w tym wycinki, nasadzeń i pielęgnacji drzew (81.30.Z), przede wszystkim na terenie województwa lubuskiego i dolnośląskiego.

1.2 KWESTIONOWANE ZACHOWANIA STRON POSTĘPOWANIA

1.2.1 OGÓLNY SCHEMAT DZIAŁANIA

- (11) Analiza przebiegu przetargów przeprowadzonych przez Zarząd Dróg Wojewódzkich w Zielonej Górze i 43 Wojskowy Okręg Gospodarczy w Świątoszowie w latach 2016 - 2019 ujawniła powtarzalny schemat zachowań tych przedsiębiorców. W trzech przetargach, w których miał miejsce korzystny dla przedsiębiorców układ ofert, reakcja na wezwania zamawiającego do uzupełnienia brakujących dokumentów lub wyjaśnień ujawniła mechanizm działania związany z pozycjami ofert. FHU Berger jako przedsiębiorca, który zawsze składał korzystniejszą ofertę, nie uzupełniał oferty bądź uzupełniał ją wadliwie, co skutkowało jej odrzuceniem.
- (12) Pierwszy element schematu zachowań występuje na etapie sporządzenia oferty. Polega na składaniu przez tych przedsiębiorców niekompletnych ofert. Braki dotyczyły dokumentów, które względnie łatwo mogły zostać pozyskane lub przygotowane przez przedsiębiorców, a także standardowych dla procedury przetargowej oświadczeń składanych na przygotowanych przez zamawiającego formularzach. Procedura zamówień publicznych zakłada możliwość uzupełnienia takich braków po otwarciu ofert i wezwaniu wykonawcy przez zamawiającego do uzupełnienia oferty. W razie braku prawidłowego uzupełnienia oferty w wyznaczonym terminie, wykonawca zostaje wykluczony z postępowania przetargowego, a jego oferta podlega odrzuceniu.
- (13) Drugi element występuje po otwarciu ofert przez zamawiającego, kiedy wykonawcy mogą zapoznać się z ofertami złożonymi przez swoich konkurentów i dotyczy sposobu reakcji na wezwanie zamawiającego do uzupełnienia oferty. W przetargach, w których miał miejsce korzystny dla przedsiębiorców układ ofert, reakcja na wezwania zamawiającego do uzupełnienia brakujących dokumentów lub wyjaśnień ujawniła mechanizm działania związany z pozycjami ofert. FHU Berger jako przedsiębiorca, który składał korzystniejszą ofertę, nie uzupełniał oferty bądź uzupełniał ją wadliwie, co skutkowało jej odrzuceniem. W konsekwencji dochodziło do wyboru przez zamawiającego oferty Zwyż Dźwig.

1.2.2 REALIZACJA ZAŁOŻEŃ SCHEMATU DZIAŁANIA W POSZCZEGÓLNYCH PRZETARGACH

- (14) W toku postępowania wyjaśniającego Prezes Urzędu ustalił, że w okresie od 2016 r. do 2019 r., ww. przedsiębiorcy ubiegali się o realizację tych samych zamówień publicznych, których przedmiotem były usługi związane z wycinką drzew, frezowaniem i karczowaniem pni, nasadzeniami i pielęgnacją drzew, w przypadku trzech przetargów, tj.:



- a) przetargu nr ZDW-ZG-WZ/3310/86/2015, ogłoszonym w dniu 29 grudnia 2015 r. przez Zarząd Dróg Wojewódzkich w Zielonej Górze (dalej: „Zawiadamiający” lub „ZDW”) pn. *„Wycinka drzew, frezowanie pni przy drogach wojewódzkich wraz z ewentualnym nasadzeniem oraz pielęgnacja drzew na terenie:*
- *Zadanie nr 2 - Obwód Dróg Wojewódzkich Kozuchów oraz Obwód Dróg Wojewódzkich Sława*
 - *Zadanie nr 3 - Obwód Dróg Wojewódzkich Lubsko oraz Obwód Dróg Wojewódzkich Żagań”*
- b) przetargu nr ZDW-ZG-WZ/3310/1/2017 ogłoszonym w dniu 1 lutego 2017 r. przez ZDW pn. *„Wycinka drzew, frezowanie pni przy drogach wojewódzkich wraz z ewentualnym nasadzeniem oraz pielęgnacja drzew na terenie:*
- *Zadanie nr 2 - Obwód Dróg Wojewódzkich Kozuchów oraz Obwód Dróg Wojewódzkich Sława*
 - *Zadanie nr 3 - Obwód Dróg Wojewódzkich Lubsko oraz Obwód Dróg Wojewódzkich Żagań”*
- c) przetargu nr 32/PN/2019 (część 2), ogłoszonym w dniu 3 kwietnia 2019 r. przez 43 Wojskowy Okręg Gospodarczy w Świątoszowie (dalej: „43 WOG”) pn. *„Usługa polegająca na sadzeniu i pielęgnacji drzew i krzewów żywoptotowych w zakresie gospodarki leśnej na terenach administrowanych przez 43 Wojskowy Okręg Gospodarczy”.*
- (15) Opisy przebiegu przetargów zorganizowanych przez ZDW i 43 WOG wskazują na: (1) zależność reakcji stron postępowania na wezwania zamawiających do uzupełnienia oferty od układu ofert w rankingu zgodnie ze schematem przedstawionym w punkcie 12 decyzji oraz (2) powtarzalność tych reakcji w trzech przetargach, co z kolei wskazuje na (3) uzgadnianie przez przedsiębiorców warunków składanych ofert.
- (16) Niezależnie od powyższego ustalono, iż Zwyż Dźwig i FHU Berger jednocześnie uczestniczyli również w dwóch innych przetargach, które odbyły się w 2015 r., tj. zorganizowanym przez ZDW przetargu nr ZDW-ZG-WZ/3310/2/2015 oraz zorganizowanym przez 43 WOG przetargu nr 90/PN/2015.

1.2.3 PRZETARGI

I. Przetarg wskazany wyżej w pkt 14a decyzji - ZDW-ZG-WZ/3310/86/2015

- (17) W przypadku przetargu ogłoszonego w dniu 29 grudnia 2015 r. przez ZDW (termin składania ofert - do dnia 7 stycznia 2016 r.), oferta dotyczyła usług wycinki drzew, frezowania pni przy drogach wojewódzkich wraz z ewentualnym nasadzeniem oraz pielęgnacją drzew na terenie m.in.: zadanie nr 2 - Obwód Dróg Wojewódzkich Kozuchów oraz Obwód Dróg Wojewódzkich Sława, zadanie nr 3 - Obwód Dróg Wojewódzkich Lubsko oraz Obwód Dróg Wojewódzkich Żagań. W przetargu złożone zostały następujące oferty: (dowód: k. 40 -70, 178-179).



Tabela nr 1

Nr oferty	Nazwa i siedziba wykonawcy	Cena brutto	
		zadanie 2	zadanie 3
1	Zwyż Dźwig (Żagań)	139 384,80 zł	109 414,80 zł
2	FHU Berger (Iłowa)	118 524,60 zł	90 228,60 zł
3	Zakład Wielobranżowy Henryk Lechocki (Brzeźnica)	xxx	79 795,72 zł
4	TAXUS Małgorzata Guran (Zielona Góra)	xxx	77 468,40 zł

- Ogłoszenie o ww. przetargu (dalej jako „przetarg nr ZDW-ZG-WZ/3310/86/2015”), opublikowane zostało w Biuletynie Zamówień Publicznych w dniu 29 grudnia 2015 r. pod nr 356038-2015. Termin składania ofert wyznaczono na dzień 7 stycznia 2016 r.
- Zwyż Dźwig i FHU Berger złożyli konkurencyjne oferty w przetargu na te same zadania nr 2 i 3 (w sumie było 5 zadań). Na pozostałe zadania ofert nie składali.
- Bezpośrednio przed otwarciem ofert, Zamawiający podał kwotę, jaką zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia, w wysokości brutto:
 - Zadanie nr 1: 100 000,00 zł
 - Zadanie nr 2: 140 000,00 zł
 - Zadanie nr 3: 110 000,00 zł
 - Zadanie nr 4: 125 100,00 zł
 - Zadanie nr 5: 125 100,00 zł
- Oferty FHU Berger były korzystniejsze cenowo od oferty Zwyż Dźwig. Z uwagi na fakt, iż w zadaniu nr 3 Zakład Wielobranżowy Henryk Lechocki nie uścił wadium, a TAXUS Małgorzata Guran nie spełniła warunku Zamawiającego, polegającego na wykazaniu doświadczenia zawodowego w wymaganej kwocie, potencjalnie zwycięską ofertą w obu zadaniach była oferta FHU Berger.
- W dniu 7 stycznia 2016 r. (zaraz po otwarciu ofert) Paweł Woś (wspólnik Zwyż Dźwig), dokonał wglądu do ofert dwóch wykonawców, tj. Zakładu Wielobranżowego Henryk Lechocki oraz TAXUS Małgorzata Guran i wykonał fotokopie znajdujących się w nich formularzy cenowych i referencji.
- Przedmiot zamówienia tj. wycinka drzew wraz z frezowaniem pni i uprzątnięciem terenu na czysto, nasadzenia drzew i pielęgnacja drzew, znany był wszystkim wykonawcom w takim samym stopniu. Aby wykazać spełnienie tego warunku należało przedłożyć opłaconą polisę, z której wynikałoby, że ubezpieczona działalność to: 1) PKD 81.30 - działalność usługowa związana z zagospodarowaniem terenów zieleni lub



- 2) PKD 02.40Z - działalność usługowa związana z leśnictwem. Drugim wariantem wykazania spełnienia warunku było przedłożenie polisy, która zawierałaby ogólne stwierdzenie, iż ubezpieczona jest działalność wykonawcy z tytułu prowadzenia działalności gospodarczej. W takim wypadku Zamawiający odniósłby się do wypisu z CEIDG lub KRS, w celu weryfikacji, jaki rodzaj działalności ujawniony jest w dokumencie rejestrowym.
7. Do oferty złożonej na oba zadania, FHU Berger nie przedłożył polisy ubezpieczeniowej, mimo że posiadał - przedłożoną we wcześniejszym postępowaniu przetargowym ZDW-ZG-WZ-3310/2/2015 (termin składania ofert - do 3 lutego 2015 r.) - polisę ubezpieczenia OC, zawartą z COMPENSA TU SA, nr typ 19043 nr 4084700, obejmującą okres ubezpieczenia od dnia 3 lutego 2015 r. do dnia 2 lutego 2016 r. Na wezwanie Zamawiającego o uzupełnienie polisy, Wykonawca odpowiedział, cyt.: „(...) moja firma nie posiada aktualnej polisy ubezpieczeniowej oc na dzień składania ofert tj. 07.01.2016 r. Wynikiem zaistniałej sytuacji było niedopatrzenie że jednym z kryteriów było jej posiadanie”. Do przedmiotowych wyjaśnień dołączył nieaktualną polisę typ 19043 nr 4049588, z okresem obowiązywania od dnia 30 grudnia 2013 r. do dnia **29 grudnia 2014 r.**
8. W toku postępowania FHU Berger stwierdził „wiedziałem, że jak Zamawiający jest w posiadaniu jakiegoś dokumentu, to go składać nie muszę (...). Zamawiający wezwał mnie dnia 12 stycznia 2016 r. i nakazał przedstawić polisę z innym zakresem ubezpieczenia. Ja zaś takiej nie miałem - co przyznałem. Powtórnie nie doczytałem, że należy mieć polisę z zakresem ubezpieczenia dotyczącym wycinki drzew”.
9. FHU Berger miał wiedzę, że jego polisa nie obejmuje swoim zakresem przedmiotu zamówienia, co wskazano mu we wcześniej prowadzonym postępowaniu ZDW-ZG-WZ-3310/2/2015 oraz że do skutecznego złożenia oferty musi się ubezpieczyć w wymaganym przez Zamawiającego zakresie. Z potencjalnie wygranego przetargu ZDW-ZG-WZ-3310/2/2015 - który odbył się 11 miesięcy wcześniej - został bowiem wykluczony za nieprzedłożenie prawidłowej polisy.
10. Wobec nieprzedłożenia właściwej polisy, FHU Berger został wykluczony z przetargu nr ZDW-ZG-WZ/3310/86/2015 (zadanie nr 2 i 3), co umożliwiło zwycięstwo w obu zadaniach Zwyż Dźwig.
11. Zamawiający, zgodnie z art. 46 ust. 4a ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. *Prawo zamówień publicznych* (Dz. U. z 2019 r. poz. 1843 ze zm., dalej: „ustawa Pzp”), zatrzymał wadium FHU Berger w wysokości 3 800 zł na zadaniu nr 2 i w wysokości 3 000 zł na zadaniu nr 3 (tj. łącznie 6 800 zł). Przedsiębiorca nie podjął żadnego działania (np. złożenie odwołania) w zakresie odzyskania wadium.
12. Ostatecznie umowa na zadanie 2 i 3 została zawarta w dniu 2 lutego 2016 r., ze Zwyż Dźwig.

II. Przetarg wskazany wyżej w pkt 14b decyzji - ZDW-ZG-WZ/3310/1/2017

- (18) W przypadku przetargu ogłoszonego w dniu 1 lutego 2017 r. przez ZDW (termin składania ofert - do dnia 10 lutego 2017 r.) oferta dotyczyła usług wycinki drzew, frezowania pni przy drogach wojewódzkich wraz z ewentualnym nasadzeniem oraz



pielęgnacją drzew na terenie m.in.: zadanie nr 2 - Obwód Dróg Wojewódzkich Kozuchów oraz Obwód Dróg Wojewódzkich Sława, zadanie nr 3 - Obwód Dróg Wojewódzkich Lubsko oraz Obwód Dróg Wojewódzkich Żagań. W przetargu złożono następujące oferty: (dowód: k. 71-158 odwrot).

Tabela nr 2.

Nr oferty	Nazwa i siedziba wykonawcy	Cena brutto	
		zadanie 2	zadanie 3
1	Zwyż Dźwig (Żagań)	60 134,40 zł	79 488,00 zł
2	Zakład Wielobranżowy Henryk Lechocki (Brzeźnica)	xxx	75 286,80 zł
3	FHU Berger (Iłowa)	52 390,80 zł	52 390,80 zł

- Ogłoszenie o ww. przetargu (dalej jako: „przetarg nr ZDW-ZG-WZ/3310/1/2017”) opublikowane zostało w Biuletynie Zamówień Publicznych w dniu 9 lutego 2017 r. pod nr 22798-2017. Termin składania ofert wyznaczono na dzień 10 lutego 2017 r.
- Zwyż Dźwig i FHU Berger złożyli konkurencyjne oferty w przetargu na te same zadania nr 2 i 3 (w sumie było 5 zadań). Na pozostałe zadania ofert nie składali.
- Bezpośrednio przed otwarciem ofert, Zamawiający podał kwotę, jaką zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia, w wysokości zł brutto:
 - Zadanie nr 1: 150 000,00 zł
 - Zadanie nr 2: 80 000,00 zł
 - Zadanie nr 3: 80 000,00 zł
 - Zadanie nr 4: 126 000,00 zł
 - Zadanie nr 5: 126 000,00 zł
- Oferty FHU Berger były korzystniejsze cenowo od oferty Zwyż Dźwig.
- W dniu 15 lutego 2017 r. do ZDW wpłynęło pismo (prośba) Zwyż Dźwig o umożliwienie dokonania wglądu do ofert złożonych w postępowaniu na wycinkę drzew, z adnotacją, iż wgląd dotyczy ofert złożonych na zadania 1, 2, 3, 4 i 5. W dniu 17 lutego 2017 r. Paweł Woś (wspólnik Zwyż Dźwig) dokonał wglądu do ofert i wykonał fotokopie formularza cenowego i polisy z oferty złożonej przez Zakład Wielobranżowy Henryk Lechocki z Brzeźnicy.
- Zamawiający, pismem z dnia 22 lutego 2017 r., poinformował FHU Berger, iż złożona przez niego oferta w postępowaniu na zadania nr 2 i 3 została oceniona, jako najkorzystniejsza. W związku z tym, na mocy art. 26 ust. 2 ustawy Pzp, wezwał ww. Wykonawcę do złożenia, w terminie 5 dni, aktualnych na dzień złożenia, brakujących



oświadczeń lub dokumentów, o których mowa w art. 25 ust. 1 ustawy Pzp (dla zadania nr 2 i 3).

7. W wyznaczonym terminie FHU Berger nie złożył wymaganych dokumentów dla zadania nr 2, a tym samym nie wykazał spełniania warunków udziału w postępowaniu. W związku z tym został wykluczony z przetargu na to zadanie. Natomiast złożył (uzupełnił) wszystkie dokumenty w przetargu na zadanie nr 3, a więc tam, gdzie następnym w kolejności był Zakład Wielobranżowy Henryk Lechocki, a nie Zwyż Dźwig.
8. Wobec powyższego zwycięzcą przetargu na zadanie nr 2 - po wykluczeniu FHU Berger - został następnym w kolejności Zwyż Dźwig. Zwycięzcą przetargu na zadanie nr 3 (czyli tam gdzie następnym w kolejności nie był Zwyż Dźwig), po uzupełnieniu brakujących dokumentów, został FHU Berger.
9. W przetargu na zadanie nr 2, Zamawiający dokonał ponownej analizy składanych przez ww. podmioty ofert i doszedł do wniosku, że wykonawcy Zwyż Dźwig i FHU Berger działali wspólnie i w porozumieniu, mając na celu uzyskanie możliwości wpływania na wynik postępowania. W związku z tym, na podstawie art. 89 ust 1 pkt 3 ustawy Pzp, Zamawiający odrzucił ofertę Zwyż Dźwig.
10. Ostatecznie przetarg na zadanie 2 został unieważniony, natomiast umowa na zadanie nr 3 została zawarta w dniu 21 marca 2017 r. z FHU Berger.

III. Przetarg wskazany w pkt 14c decyzji - o numerze 32/PN/2019

- (19) W przypadku przetargu ogłoszonego w dniu 3 kwietnia 2019 r. przez 43 WOG (termin składania ofert - do dnia 16 kwietnia 2019 r.) pn. „Usługa polegająca na sadzeniu i pielęgnacji drzew i krzewów żywopłotowych w zakresie gospodarki leśnej na terenach administrowanych przez 43 Wojskowy Okręg Gospodarczy” (Część 2) złożono następujące oferty: (dowód: k. 224-226, 230-236, 246-264, 452-453).

Tabela nr 3.

Nr oferty	Nazwa i siedziba wykonawcy	Cena brutto
		Część 2
1	Zwyż Dźwig (Zagań)	95 600,00 zł
2	FHU Berger (Iłowa)	76 680,00 zł

1. Ogłoszenie o ww. przetargu (dalej jako „przetarg nr 32/PN/2019”), opublikowane zostało w Biuletynie Zamówień Publicznych w dniu 3 kwietnia 2019 r. pod nr 533111-N-2019. Termin składania ofert wyznaczono na dzień 16 kwietnia 2019 r.
2. Zwyż Dźwig i FHU Berger złożyli konkurencyjne oferty w przetargu na część 2 (w sumie były dwie części). FHU Berger złożył swoją ofertę w dniu 16 kwietnia 2019 r. o godzinie 8.40, a otwarcie ofert miało miejsce w tym dniu o godz. 11.00.
3. Oferta FHU Berger była korzystniejsza cenowo od oferty Zwyż Dźwig.



4. W dniu 17 kwietnia 2019 r. (tj. dzień po złożeniu oferty i dzień po otwarciu ofert), FHU Berger poinformował Zamawiającego (wiadomość e-mail), że wycofuje swoją ofertę z przetargu.
 5. Potencjalnie zwycięska oferta FHU Berger była niekompletna, dlatego Zamawiający w dniu 30 kwietnia 2019 r., pomimo otrzymania ww. informacji o wycofaniu oferty przez FHU Berger, wezwał tego Wykonawcę - na podstawie art. 26 ust. 2 ustawy Pzp - do złożenia (w terminie do 7 maja 2019 r.) brakujących dokumentów, potwierdzających spełnienie warunków udziału w postępowaniu, a mianowicie: wykazu wykonanych usług o odpowiedniej wartości odpowiadających swoim rodzajem przedmiotowi zamówienia oraz odpisu z właściwego rejestru lub z centralnej ewidencji i informacji o działalności gospodarczej.
 6. W wyznaczonym terminie Wykonawca nie złożył wymaganych dokumentów. Zamawiający ponownie wezwał do ich złożenia - w terminie do 10 maja 2019 r. Tym razem dokumentacja również nie została dostarczona. W związku z powyższym - na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 12 ustawy Pzp - FHU Berger został wykluczony, a jego ofertę uznano za odrzuconą.
 7. W wyniku nieuzupełnienia w terminie swojej oferty, FHU Berger utracił wpłacone wadium w wysokości 2 777,00 zł. Przedsiębiorca nie podjął żadnego działania (np. złożenie odwołania) w zakresie odzyskania wadium.
- 2. WYJAŚNIENIA ZŁOŻONE PRZEZ STRONY POSTĘPOWANIA I DODATKOWE WYJAŚNIENIA ZAWIADAMIAJĄCEGO (ZDW) ORAZ POZOSTAŁE INFORMACJE**
- (20) Pismem z dnia 14 czerwca 2021 r., Maciej Berger ustosunkował się do zarzutów podniesionych w postanowieniu z dnia 5 maja 2021 r. (dowód: k. 313 - 316).
- a) Odnośnie do przetargu ZDW-ZG-WZ/3310/86/2015 wskazał, że złożył oferty na zadanie nr 2 i 3, gdyż obszar świadczenia usługi był położony najbliżej jego siedziby. Złożone zostały oferty na dwa zadania w celu zwiększenia prawdopodobieństwa wygranej. Jednocześnie zaznaczył, iż nie jest prawdą, że polisa ubezpieczeniowa swoim zakresem powinna obejmować wycinkę drzew. Jego zdaniem zapisu takiego w warunkach przetargu nie było i to Zamawiający w tym zakresie kreował dodatkowe wymagania, żądając „doubezpieczenia” związanego z wycinką drzew. Zdaniem Wykonawcy, działanie Zamawiającego polegające na wykluczeniu i odrzuceniu jego oferty, było nieuprawnione.
 - b) Odnośnie do przetargu ZDW-ZG-WZ/3310/1/2017 wskazał, że - podobnie jak w poprzednim przetargu - złożył oferty na zadanie nr 2 i 3, gdyż obszar świadczenia usługi był położony najbliżej jego siedziby. Wykonawca nie zakładał, że jego oferty będą w obu zadaniach najkorzystniejsze. Gdy okazało się, że tak jest, wybrał zadanie nr 3, ponieważ obszar ten jest bliżej położony w odniesieniu do jego siedziby (względny ekonomiczny). W piśmie z dnia 15 lipca 2021 r. Maciej Berger dodał, iż wpisanie identycznych cen w formularzach ofert dotyczących ww. dwóch zadań było prawdopodobnie skutkiem jego pomyłki.



- c) Odnośnie do przetargu 32/PN/2019 (część 2) przedsiębiorca wyjaśnił, iż na etapie składania ofert zakładał, że zamówienie będą realizować również pracownicy z Ukrainy, co miało wpływ na kalkulację ceny oferty. Dopiero później miał dowiedzieć się, że zapisy SIWZ dotyczące wjazdu na teren zamknięty, należący do 43 WOG, dotyczą wyłącznie obywateli polskich. Wstęp cudzoziemców na teren obiektu resortu obrony narodowej wymaga wystawienia jednorazowego zezwolenia uprawniającego do wejścia. Sytuacja ta spowodowała stan zagrożenia wykonania zamówienia z powodu braku odpowiednich dokumentów dla pracowników. Uzupelnienie wymaganych dokumentów przez FHU Berger spowodowałoby wybór jego oferty jako najkorzystniejszej i konieczność podpisania umowy na realizację zamówienia publicznego. Wykonawca stwierdził, iż nie byłby w stanie wykonać tej umowy z powodu od siebie niezależnego, tj. procedur administracyjnych dotyczących pracy obcokrajowców na terenie zamkniętym.
- d) Przedsiębiorca podkreślił również, że nie jest prawdą, iż uzgadniał oferty czy sposób zachowania z firmą Zwyż Dźwig. Według niego powyższe okoliczności „eliminują ocenę o istnieniu zmywu przetargowej pomiędzy Zwyż Dźwig i FHU Berger”.
- e) W piśmie z dnia 11 listopada 2021 r. pełnomocnik FHU Berger stwierdził *„odnośnie wycofania oferty w przetargu 32/PN/2019 w dniu następnym po jej złożeniu, mój Mocodawca nie jest w stanie sobie przypomnieć okoliczności podjęcia takiej decyzji. W grę mogą wchodzić dwie sytuacje: powodem wycofania były błędy w kalkulacji własnej lub konieczność zwiększenia zaangażowania w innych inwestycjach, w tym - budowie stacji SHELL we Wrocławiu”*. W kolejnym piśmie z dnia 26 stycznia 2022 r. pełnomocnik ww. przedsiębiorcy załączył pismo INTRA S.A. z siedzibą w Łowej (dalej: „INTRA”) z dnia 16 kwietnia 2019 r. skierowane do FHU Berger o treści *„W związku z sytuacją szybszego otwarcia frontu robót kolejnego etapu budowy stacji SHELL we Wrocławiu dla FIRMY Handlowo Usługowej Maciej Berger informujemy, że prace które miały zostać wykonywane z początkiem maja 2019 r. (według wcześniej ustalonego harmonogramu, konkretnie mowa o etapie 2) mogą być rozpoczęte natychmiast przez w/w wykonawcę. Informuję również, że termin zakończenia prac nie ulega zmianie i jest on planowany na 31.07.2019 r. W związku z powyższym, aby zachować ciągłość prac jak również wykorzystać sprzyjające warunki atmosferyczne które są istotne przy naszych pracach nawierzchniowych zwracamy się z prośbą o kontynuowanie robót przy budowie stacji SHELL we Wrocławiu”* (dowód: k. 507 - 507 odwrot, 523 - 525).
- f) W związku z powyższym zwrócono się do INTRA o wyjaśnienia w powyższej kwestii. INTRA w piśmie z dnia 8 marca 2022 r. poinformowała, że prace na inwestycji pt. „Budowa Stacji SHELL we Wrocławiu” FHU Berger rozpoczęła już w dniu 8 kwietnia 2019 r. a ich zakończenie nastąpiło w dniu 27 sierpnia 2019 r. Etap 2 jak i kolejne etapy prac ustalone przez INTRA z FHU Berger polegały przede wszystkim na układaniu nawierzchni z kostki betonowej (dowód: k. 534).
- (21) Pismem z dnia 11 czerwca 2021 r. Bożysława Woś, Stanisław Woś i Paweł Woś ustosunkowali się do zarzutów podniesionych w postanowieniu z dnia 5 maja 2021 r. (dowód: k. 298 - 303).
- a) Odnośnie do przetargu ZDW-ZG-WZ/3310/86/15 wskazali, że z ich analizy dokumentów zgromadzonych w toku ww. przetargu nie wynika, aby mogło mieć miejsce uzgadnianie



warunków ofert przez Zwyż Dźwig i FHU Berger, czy też dalsze zachowania w toku przetargu, które ograniczałyby konkurencję. Ich zdaniem nie mieli oni żadnego wpływu na nieprzedłożenie polisy OC przez Macieja Bergera. Wykonawcy stwierdzili przy tym m.in, iż „*trudno jest uznać, czy kolejne czynności dokonywane w tym przetargu przez p. Macieja Bergera były racjonalne, natomiast na podstawie posiadanej dokumentacji można wyciągnąć wniosek, że były to czynności niecelowe*”.

- b) Odnośnie do przetargu ZDW-ZG-WZ/3310/1/2017 wskazali, że w dokumentacji przetargowej brak jest jakichkolwiek dokumentów, które wyjaśniałyby zachowanie Macieja Bergera dotyczące uzupełnienia dokumentacji w zadaniu nr 3 i jej nieuzupełnienia w zadaniu nr 2, stąd też trudno im ustosunkować się do stwierdzeń zawartych w postanowieniu z dnia 5 maja 2021 r. w zakresie ww. przetargu.
- c) Przedsiębiorcy podkreślili, że Zwyż Dźwig i FHU Berger nie są powiązani ze sobą w jakikolwiek sposób (rodzinnie, kapitałowo i gospodarczo) oraz, że w żaden sposób nie wyrazili woli współpracy z Maciejem Bergerem. Ich zdaniem, zaistniałe w przetargach zdarzenia, były przez nich niezawinione i w żaden sposób od nich niezależne, albowiem nie mieli oni żadnego wpływu na okoliczności związane z nieprzedkładaniem dokumentacji przez FHU Berger.
- d) Przedsiębiorcy zaprzeczyli, żeby kiedykolwiek zawierali jakiegokolwiek porozumienia w formie ustnej, czy pisemnej, których skutkiem byłoby ograniczenie konkurencji na rynku, w tym uzgadniali w toku przetargów zachowania wykonawców, czy z nimi współpracowali w ten sposób, aby doprowadzić do każdorazowego wyboru oferty Zwyż Dźwig. W ocenie Zwyż Dźwig postępowanie powinno zostać umorzone.
- (22) Pismem z dnia 15 lipca 2021 r. Zawiadamiający (ZDW), odnośnie do przetargu ZDW-ZG-WZ/3310/86/15 wskazał, iż warunek posiadania polisy ubezpieczeniowej, obejmującej zakres zgodny z przedmiotem zamówienia, wynikał wprost z Rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 19 lutego 2013 r. w *sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy oraz form w jakich te dokumenty mogą być składane* (Dz. U. z 2013 r., poz. 231) cyt. „*opłaconej polisy, a w przypadku jej braku, innego dokumentu potwierdzającego, że wykonawca jest ubezpieczony od odpowiedzialności cywilnej w zakresie prowadzonej działalności związanej z przedmiotem zamówienia*” - zapis obowiązujący w trakcie postępowania o nr ZDW-ZG-WZ-3310/86/2015 oraz treści przepisu Rozporządzenia Ministra Rozwoju z dnia 26 lipca 2016 r., w *sprawie rodzajów dokumentów jakich może żądać zamawiający od wykonawcy w postępowaniu o udzielenie zamówienia* (Dz. U. z 2016r., poz. 1126) cyt: „*potwierdzających, że wykonawca jest ubezpieczony od odpowiedzialności cywilnej w zakresie prowadzonej działalności związanej z przedmiotem zamówienia na sumę gwarancyjną określoną przez zamawiającego*” - zapis obowiązujący w trakcie postępowania o nr ZDW-ZG-WZ-3310/1/2017. Zawiadamiający zaznaczył przy tym, iż przepisy umożliwiające wykonawcy nieprzedkładanie dokumentów z uwagi na fakt, iż znajdują się one w posiadaniu zamawiającego, zostały wprowadzone dopiero nowelizacją ustawy Pzp z dnia 22 czerwca 2016 r. (Dz. U. z 2016 r., poz. 1020), a regulacja ta została opisana w ustawie w art. 26 ust. 6, cyt.: „wykonawca nie jest zobowiązany do złożenia oświadczeń lub dokumentów potwierdzających okoliczności, o których mowa w art. 25 ust. 1 pkt 1 i 3,



jeżeli zamawiający posiada oświadczenia i dokumenty dotyczące tego wykonawcy lub może je uzyskać za pomocą bezpłatnych i ogólnodostępnych baz danych, w szczególności rejestrów publicznych w rozumieniu ustawy z dnia 17 lutego 2005 r. o informatyzacji działalności podmiotów realizujących zadania publiczne (Dz. U. z 2014 r., poz. 1114 oraz z 2016 r. poz. 352)”. Ponadto, regulacja taka znalazła się również w treści §10 ust. 2 Rozporządzenia Ministra Rozwoju z dnia 26 lipca 2016 r., w sprawie rodzajów dokumentów jakich może żądać zamawiający od wykonawcy w postępowaniu o udzielenie zamówienia (Dz. U. z 2016 r., poz. 1126) cyt.: „W przypadku wskazania przez wykonawcę oświadczeń lub dokumentów, o których mowa w § 2, § 5 i § 7, które znajdują się w posiadaniu zamawiającego, w szczególności oświadczeń lub dokumentów przechowywanych przez zamawiającego zgodnie z art. 97 ust. 1 ustawy, zamawiający w celu potwierdzenia okoliczności, o których mowa w art. 25 ust. 1 pkt 1 i 3 ustawy, korzysta z posiadanych oświadczeń lub dokumentów, o ile są one aktualne”. Tak więc, na dzień składania oferty w postępowaniu ZDW-ZG-WZ-3310/86/2015, nie obowiązywały zasady, o których FHU Berger wspominał w toku postępowania w swoich wyjaśnieniach kierowanych do organu antymonopolowego, cyt. „wiedziałem, że jak Zamawiający jest w posiadaniu jakiegoś dokumentu, to go składać nie muszę (...)” (dowód: k. 335 - 337 odwrot).

- (23) W odpowiedzi na Szczegółowe Uzasadnienie Zarzutów z dnia 2 lutego 2022 r., żadna ze stron postępowania nie zajęła stanowiska.

3. OCENA PRAWNA

3.1. ZAKAZ POROZUMIEŃ OGRANICZAJĄCYCH KONKURENCJĘ

- (24) Stronom postępowania został postawiony zarzut naruszenia art. 6 ust. 1 pkt 7 uokk zgodnie z którym, zakazane są porozumienia, których celem lub skutkiem jest wyeliminowanie, ograniczenie lub naruszenie w inny sposób konkurencji na rynku właściwym, polegające w szczególności na uzgadnianiu przez przedsiębiorców przystępujących do przetargu lub przez tych przedsiębiorców i przedsiębiorcę będącego organizatorem przetargu warunków składanych ofert, w szczególności zakresu prac lub ceny. Takie porozumienie w doktrynie prawa konkurencji określane jest jako „zmowa przetargowa”.

3.2. INTERES PUBLICZNY

- (25) Zgodnie z art. 1 ust. 1 uokk, określa ona warunki rozwoju i ochrony konkurencji oraz zasady podejmowanej w interesie publicznym ochrony interesów przedsiębiorców i konsumentów. Tak określony cel ustawy oznacza, że ma ona charakter publiczny i służy ochronie interesu publicznego (ogólnospołecznego). Taki charakter ustawy oznacza, że Prezes Urzędu nie może podejmować działań w celu ochrony interesów indywidualnych. Ochrona konkurencji jako mechanizmu funkcjonowania gospodarki dokonywana jest ze względu na fakt, że praktyki naruszające zakaz zawierania porozumień ograniczających konkurencję godzą w interes odbiorców, a ostatecznie w dobrobyt konsumenta. Interes publiczny w postępowaniu administracyjnym nie jest pojęciem jednolitym i stałym. W każdej sprawie winien być on ustalony i konkretyzowany. Takie stanowisko konsekwentnie prezentuje Sąd Okręgowy w



Warszawie - Sąd Ochrony Konkurencji i Konsumentów³. Sąd ten stoi na stanowisku, że „publiczny znaczy dotyczący ogółu, dotyczący ogółu a nie jednostki, czy też określonej grupy. A zatem podstawą do zastosowania przez Prezesa Urzędu przepisów ustawy antymonopolowej winno być uprzednie stwierdzenie, że został naruszony interes publicznoprawny, a nie interes prawny jednostki czy też grupy”. Podobnie Sąd Najwyższy stwierdził, iż „ustawa antymonopolowa ma charakter publicznoprawny, zatem jej celem jest słuzenie interesom publicznym. Ingeruje, gdy w wyniku pewnych ogólnych zjawisk zagrożona jest sama instytucja konkurencji. Nie odnosi się do ochrony roszczeń indywidualnych”⁴.

- (26) Przedmiotem niniejszego postępowania jest zмова przetargowa, tj. rodzaj horyzontalnego (zawartego pomiędzy konkurentami) porozumienia, zaliczanego do najcięższych naruszeń prawa ochrony konkurencji. Porozumienia takie zazwyczaj wywołują niekorzystne skutki na rynku, zniekształcając, ograniczając albo eliminując na nim konkurencję, przez co naruszają interes ogólnospołeczny. Uzgodnienia pomiędzy konkurentami treści składanych w trakcie przetargu ofert lub/oraz zachowania w toku prowadzonego przetargu, mogą wpływać negatywnie na poziom cen oraz zakres wyboru i jakość usług dostępnych dla zamawiającego. Zawieranie pomiędzy przedsiębiorcami zmów przetargowych może ograniczać lub nawet eliminować oczekiwane, pozytywne efekty przetargu jako pola walki konkurencyjnej. Zmowy przetargowe są szczególnie szkodliwe, jeżeli dotyczą zamówień publicznych, powodują bowiem niekorzystne rozporządzenie środkami publicznymi, przez co pośrednio narażają na straty ogół społeczeństwa. Zmowy przetargowe powodują zakłócenie funkcjonowania systemu zamówień publicznych poprzez zniweczenie celu, jaki ma być osiągnięty w drodze przetargu, a mianowicie wyboru najkorzystniejszej oferty złożonej przez oferentów w warunkach konkurencji.

3.3. PRZEDSIĘBIORCA

- (27) Adresatami zakazów prawa konkurencji są „przedsiębiorcy”. Pojęcie to na potrzeby stosowania uokk zostało zdefiniowane w art. 4 pkt 1 tej ustawy. W zakres tej definicji wchodzi między innymi przedsiębiorcy w rozumieniu ustawy z dnia 6 marca 2018 r. - Prawo przedsiębiorców (Dz.U. z 2021 r. poz. 162 ze zm.). Zgodnie z art. 4 ust. 1 tej ustawy: Przedsiębiorcą jest osoba fizyczna, osoba prawna lub jednostka organizacyjna niebędąca osobą prawną, której odrębna ustawa przyznaje zdolność prawną, wykonująca działalność gospodarczą. Działalnością gospodarczą jest zorganizowana działalność zarobkowa, wykonywana we własnym imieniu i w sposób ciągły (art. 3 ww. ustawy). Za przedsiębiorców rozumie się również wspólników spółki cywilnej w zakresie wykonywanej przez nich działalności (art. 4 ust. 2 ww. ustawy). Według tak skonstruowanych przepisów spółka cywilna nie posiada statusu przedsiębiorcy, gdyż jest to stosunek zobowiązaniowy (umowa) zawiązany pomiędzy jej wspólnikami. Przedsiębiorcami są wówczas każdy ze wspólników z osobna. Strony postępowania prowadzą działalność gospodarczą polegającą m.in. na świadczeniu usług związanych z zagospodarowaniem terenów zielonych, w tym wycinki, nasadzeń i pielęgnacji

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

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



drzew, a co za tym idzie są przedsiębiorcami w rozumieniu powyższych przepisów. Należy dodać, iż w przypadku występowania spółki cywilnej w postępowaniach u udzielenie zamówienia publicznego na podstawie przepisów ustawy Pzp, wspólników spółki cywilnej traktuje się jako wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia w rozumieniu art. 23 ust. 1 ustawy Pzp. Potwierdzone to zostało także w wyrokach Krajowej Izby Odwoławczej (dalej: „KIO”)⁵.

3.4. RYNEK WŁAŚCIWY

- (28) Praktyki ograniczające konkurencję ujawniają się na określonym rynku. Zgodnie z art. 4 pkt 9 uokk, przez rynek właściwy rozumie się rynek towarów, które ze względu na ich przeznaczenie, cenę oraz właściwości, w tym jakość, są uznawane przez ich nabywców za substytuty oraz są oferowane na obszarze, na którym, ze względu na ich rodzaj i właściwości, istnienie barier dostępu do rynku, preferencje konsumentów, znaczące różnice cen i koszty transportu, panują zbliżone warunki konkurencji.
- (29) 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 uokk. 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 zbieżne 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 powinno opierać się na zbadaniu substytucyjności towarów w oparciu o takie kryteria jak przeznaczenie, właściwości towaru oraz cenę.
- (30) Przedmiotem badanych postępowań przetargowych było świadczenie usług związanych z wycinką drzew, frezowaniem i karczowaniem pni, nasadzeniami i pielęgnacją drzew przy drogach wojewódzkich administrowanych przez ZDW oraz na terenach administrowanych przez 43 WOG. W związku z powyższym, Prezes Urzędu przyjmuje, iż w niniejszej sprawie rynkiem właściwym w ujęciu produktowym, na którym zostało zawarte niedozwolone porozumienie, jest rynek usług związanych z wycinką drzew, frezowaniem i karczowaniem pni, nasadzeniami i pielęgnacją drzew. Określony wyżej rynek jest rynkiem konkurencyjnym, na którym działa wielu przedsiębiorców. Świadczy o tym m.in. liczba oferentów w postępowaniach w sprawie zamówień publicznych

⁵ Przykładowo wyrok KIO z dnia 9 grudnia 2010 r., sygn. akt: 2556/10.



organizowanych w ww. zakresie. Na rynku tym nie istnieją istotne bariery wejścia na rynek. Ustawodawca nie przewidział reglamentacji prowadzenia działalności gospodarczej w tym przedmiocie, a barierą wejścia są przede wszystkim koszty związane z zakupem odpowiedniego sprzętu m.in. maszyn, urządzeń, środków transportu oraz posiadania zasobu kadrowego, a także koszty związane z zarejestrowaniem działalności.

- (31) 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. W ocenie Prezesa Urzędu należy określić, że jest to rynek regionalny, obejmujący co najwyżej obszar województwa lubuskiego i dolnośląskiego. Za takim stanowiskiem przemawia przede wszystkim fakt, iż przedmiotowe przetargi (i ich realizacja) miały charakter regionalny, ograniczony do ww. województw. Mianowicie, dwa przetargi organizowane przez ZDW dotyczyły Obwodów Dróg Wojewódzkich: Kożuchów, Sława, Lubsko oraz Żagań, które są zlokalizowane na południowym wschodzie województwa lubuskiego, przy granicy z województwem dolnośląskim. Natomiast jeden przetarg organizowany przez 43 WOG dotyczył obszaru 43 WOG, położonego w północno - zachodniej części województwa dolnośląskiego, przy granicy z województwem lubuskim. Ponadto, oferentami w przedmiotowych postępowaniach przetargowych były głównie podmioty z województwa lubuskiego. Dodatkowo należy wskazać, iż obszarem działalności stron niniejszego postępowania jest przede wszystkim teren ww. województw.
- (32) Mając powyższe na uwadze Prezes UOKiK uznał, że rynkiem, na którym doszło do ograniczenia konkurencji w tej sprawie, jest regionalny rynek usług związanych z wycinką drzew, frezowaniem i karczowaniem pni, nasadzeniami i pielęgnacją drzew województw lubuskiego i dolnośląskiego.
- (33) W ocenie Prezesa Urzędu, nie ma potrzeby szczegółowej segmentacji rynku z uwagi na charakter praktyki. Jednocześnie należy podnieść, iż taki stopień ogólności w definiowaniu rynku jest wystarczający w przypadku porozumień nie podlegających wyłączeniom *de minimis*⁶. Porozumienia takie są bowiem zakazane niezależnie od udziału uczestników w rynku.

3.5. POROZUMIENIE

- (34) Użyty w art. 6 ust. 1 uokk termin „porozumienie”, został zdefiniowany w art. 4 pkt 5 uokk, zgodnie z którym za porozumienie uznaje się m.in. umowy zawierane między przedsiębiorcami, albo niektóre postanowienia tych umów, a także uzgodnienia dokonane w jakiegokolwiek formie przez dwóch lub więcej przedsiębiorców. Powołany przepis ustanawia bardzo szeroką definicję porozumienia. Intencją takiej regulacji jest objęcie zakazem różnych form koordynacji między przedsiębiorcami i zapobiegnięcie obchodzenia reguł konkurencji jedynie ze względu na formę, w której przedsiębiorcy

⁶ Zgodnie z art. 7 ust. 3 uokk, porozumienia ograniczające konkurencję określone w art. 6 ust. 1 pkt 7, polegające na uzgadnianiu przez przedsiębiorców przystępujących do przetargu warunków składanych ofert lub zachowania w toku przetargu, nie podlegają wyłączeniu z uwagi na udział w rynku (tzw. próg bagatelności).



koordynują swoje działania⁷. Aby zatem zaistniało porozumienie w rozumieniu art. 6 ust. 1 uokk wystarczy, że nastąpiła świadoma koordynacja zachowań przedsiębiorców na rynku. Forma, w jakiej została wyrażona intencja takiego zachowania jest nieistotna⁸.

- (35) Przedsiębiorcy zawierający niedozwolone porozumienie z natury rzeczy starają się ten fakt ukryć, co powoduje, że zazwyczaj brak jest w tym zakresie dowodów bezpośrednich. Z tego względu wniosek o istnieniu porozumienia może zostać wyprowadzony z szeregu zbieżnych zdarzeń i dowodów pośrednich (poszlak), które - analizowane łącznie - mogą stanowić, w braku innego spójnego wytłumaczenia, dowód naruszenia reguł konkurencji⁹. W praktyce szczególny, sekretny charakter antykonkurencyjnych porozumień, niejednokrotnie sprawia, że pozyskanie dowodów bezpośrednich jest niemożliwe, co wymusza szerokie posługiwanie się przez Prezesa UOKiK dowodami pośrednimi.
- (36) Tak więc, w sprawach z zakresu ochrony konkurencji, dozwolone jest stosowanie domniemań faktycznych, dzięki którym można wyprowadzić wniosek o istnieniu porozumienia ograniczającego konkurencję. Fakt zawarcia zakazanego prawem porozumienia może być udowodniony w sposób pośredni, jeżeli postępowania przedsiębiorców nie da się wyjaśnić bez założenia wcześniej uzgodnionego zachowania tych podmiotów na rynku.
- (37) Konieczne jest, aby Prezes UOKiK wskazał precyzyjne i spójne dowody, wskazujące na istnienie porozumienia, jednak nie każdy z dowodów z osobna musi koniecznie odpowiadać tym kryteriom w odniesieniu do każdego elementu naruszenia. Wystarczy, by zbiór wskazanych przez Prezesa UOKiK poszlak jako całość odpowiadał temu wymogowi¹⁰.
- (38) W wyroku Sądu Apelacyjnego w Warszawie z dnia 24 stycznia 2019 r., sygn. akt VII AGa 1907/18, sąd ten stwierdził, że pojęcie istoty praktyki „uzgadniania warunków składanych ofert, w szczególności zakresu prac lub ceny” należy rozumieć w ten sposób, że zakazem objęte są również uzgodnienia dotyczące warunków udziału w przetargu. W zależności od stanu faktycznego sprawy, dyspozycją art. 6 ust. 1 pkt 7 uokk może być objęty cały wachlarz zachowań dotyczących treści przetargu tj. ustalenie treści ofert przed terminem otwarcia ofert, modyfikacja lub nieuzupełnienie treści ofert po ich złożeniu czy też inne zachowania w toku danego przetargu. Przedsiębiorcy nie muszą ustalać wszystkich warunków udziału w przetargu. Wystarczy fakt porozumienia się w przedmiocie jednego z elementów postępowania lub tego, iż jeden z potencjalnych oferentów, który z reguły występował w przetargach wycofa się.
- (39) W ocenie Prezesa UOKiK, ustalone w sprawie fakty potwierdzają istnienie porozumienia w rozumieniu art. 4 pkt 5 uokk. Istotna dla takiej oceny jest prawidłowość zachowań stron postępowania w reakcji na wezwania zamawiających do

⁷ Wyrok Trybunału Sprawiedliwości z 11 września 2014 r. w sprawie C-382/12 P, *MasterCard Inc*, EU:C:2014:2201, akapit 63.

⁸ Wyrok Sądu I Instancji z 26 października 2006 r. w sprawie T-41/96, *Bayer AG*, EU:T:2000:242, akapit 69.

⁹ Wyrok Sądu I Instancji z 1 lipca 2010 r. w sprawie C-407/08 P, *Knauf Gips KG*, akapit 49.

¹⁰ Wyrok Sądu Najwyższego z dnia 9 sierpnia 2006 r., sygn. akt: III SK 6/06.



uzupełnienia brakujących dokumentów. W przetargach, w których miał miejsce korzystny dla przedsiębiorców układ ofert, reakcja na wezwania zamawiającego do uzupełnienia brakujących dokumentów lub wyjaśnień ujawniła mechanizm działania związany z pozycjami ofert. FHU Berger, jako przedsiębiorca, który składał korzystniejszą ofertę, nie uzupełniał oferty bądź uzupełniał błędnie, co skutkowało jej odrzuceniem.

- (40) Analizując charakter braków w ofertach FHU Berger należy wskazać, że dotyczyły one również dokumentów, które względnie łatwo mogły zostać pozyskane lub przygotowane przez przedsiębiorców (np. polisa OC, odpis z CEIDG).
- (41) Z tego względu zaniechanie uzupełnienia oferty należy oceniać, jako zachowanie celowe. Mając zaś na uwadze, że skutki nieuzupełnienia oferty (wykluczenie wykonawcy z przetargu i odrzucenie jego oferty) są powszechnie znane wśród uczestników postępowań przetargowych, zaś informacja o nich jest każdorazowo zawarta w wezwaniu zamawiającego, uprawnione jest wywiedzenie wniosku o celowym doprowadzaniu przez strony postępowania do odrzucenia ich ofert. Nieuzupełnianie ofert było zatem metodą wycofania przez strony postępowania ich potencjalnie zwycięskich ofert z przetargu.
- (42) Zachowania wykonawców celowo doprowadzających do wycofania swojej oferty z przetargu należy oceniać w świetle dwóch założeń: (1) racjonalności przedsiębiorcy, który działa w celu osiągnięcia zysku oraz (2) tego, że celem udziału przedsiębiorcy w przetargu jest uzyskanie zamówienia, gdyż daje ono możliwość osiągnięcia zysku. Celowe wycofanie oferty oznacza, że wykluczenie z przetargu było korzystniejsze od uzyskania zamówienia. Przyczyny tej nietypowej sytuacji mogą być różne. Obok działania w ramach zmowy przetargowej może to być np. zmiana sytuacji na rynku w okresie od sporządzenia oferty do rozstrzygnięcia przetargu lub wygranie w tym czasie innych przetargów i związany z tym brak możliwości jednoczesnego wykonania kilku zamówień. Takie sytuacje jednak w badanych postępowaniach przetargowych nie miały miejsca. Nie zaistniały bowiem obiektywne okoliczności, które pozwalałyby uznać wycofanie oferty za działanie racjonalne i zrozumiałe bez założenia, iż strony łączyło porozumienie ograniczające konkurencję.
- (43) Nieracjonalność zachowania przedsiębiorców w toku procedury przetargowej, której nie da się wyjaśnić bez założenia działania w znowie jest szczególnie widoczna w przetargu nr ZDW-ZG-WZ/3310/86/2015. W postępowaniu tym FHU Berger nie przedłożył polisy ubezpieczeniowej, mimo że posiadał - przedłożoną we wcześniejszym postępowaniu przetargowym - polisę ubezpieczenia OC, zawartą z COMPENSA TU SA, nr typ 19043 nr 4084700, obejmującą okres ubezpieczenia od dnia 3 lutego 2015 r. do dnia 2 lutego 2016 r. FHU Berger już wcześniej miał wiedzę, że jego polisa nie obejmuje swoim zakresem przedmiotu zamówienia, co wskazano mu we wcześniej prowadzonym postępowaniu ZDW-ZG-WZ-3310/2/2015 oraz, że do skutecznego złożenia oferty musi się ubezpieczyć w wymaganym przez Zamawiającego zakresie. Trudno przypuszczać, iż racjonalnie działający przedsiębiorca (tu: FHU Berger) bierze udział w przetargu na dwa zadania świadomie nie spełniając jego warunków, narażając się tym samym na utratę wadium w łącznej wysokości 6 800 zł.



- (44) Nie sposób także wyjaśnić rezygnację FHU Berger z potencjalnie wygranego przetargu 32/PN/2019, organizowanego przez 43 WOG. Przedsiębiorca w dniu 16 kwietnia 2019r. złożył swoją ofertę w tym przetargu, a w dniu następnym, gdy dowiedział się, że jego oferta jest potencjalnie zwycięską i następną w kolejności jest oferta Zwyż Dźwig, poinformował Zamawiającego, że wycofuje się z przetargu. Racjonalnie działający przedsiębiorca nie składa oferty w przetargu po to, żeby w dniu następnym - będąc potencjalnym zwycięzcą - zrezygnować z jego realizacji. Wyjątkiem mogłaby być sytuacja nagła i niespodziewana, która miałaby miejsce pomiędzy złożeniem oferty w dniu 16 kwietnia 2019 r. a podjęciem decyzji o rezygnacji z realizacji zamówienia w dniu 17 kwietnia 2019 r. Tutaj taka sytuacja - zdaniem Prezesa UOKiK - nie wystąpiła. Powoływanie się przez FHU Berger na procedury administracyjne, dotyczące pracy obcokrajowców na terenie zamkniętym (należącym do 43 WOG), w kontekście rezygnacji z realizacji potencjalnie wygranego przetargu, w przedstawionych powyżej okolicznościach (tj. dzień po złożeniu oferty i dowiedzeniu się, że jego oferta jest najkorzystniejsza, a następną w kolejności jest oferta Zwyż Dźwig) jest bezzasadne. Należy dodać, iż FHU Berger brał już wcześniej udział w przetargach organizowanych przez 43 WOG (vide: przetarg nr 90/PN/2015) i powinien wiedzieć, że na terenach wojskowych obowiązują określone zasady, dotyczące wstępu cudzoziemców. Nie zasługuje również na uwzględnienie powoływanie się przedsiębiorcy na konieczność zwiększenia swojego zaangażowania na budowie stacji SHELL we Wrocławiu. Z zebranego materiału dowodowego jednoznacznie wynika, iż w momencie składania swojej oferty w dniu 16 kwietnia 2019 r. FHU Berger był w trakcie realizacji usługi polegającej na układaniu kostki betonowej w ramach realizowanej przez spółkę INTRA budowy stacji SHELL we Wrocławiu (INTRA potwierdziła, że FHU Berger rozpoczął swoje prace w dniu 8 kwietnia 2019 r., a więc ponad tydzień wcześniej od złożenia swojej oferty w przedmiotowym przetargu). Zdaniem Prezesa UOKiK niewielkie „przyspieszenie” kolejnego etapu prac (o kilkanaście dni - tj. z początku maja 2019 r. na drugą połowę kwietnia 2019 r.) nie powinno mieć żadnego wpływu na rezygnację FHU Berger z realizacji potencjalnie wygranego przetargu. Należy przy tym podkreślić, iż termin zakończenia prac FHU Berger przy układaniu kostki w trakcie budowy stacji SHELL planowany był na dzień 31 lipca 2019 r., podczas gdy - zgodnie z SIWZ - terminem końcowym realizacji usług będących przedmiotem przetargu był dzień 15 listopada 2019 r. Tak więc, już przed złożeniem oferty w przetargu nr 90/PN/2015 FHU Berger doskonale wiedział, że w przypadku wygranej będzie musiał przez kilka miesięcy „równolegle” wykonywać prace na terenie budowy stacji SHELL i świadczyć usługi na terenie 43 WOG.
- (45) W przetargu nr ZDW-ZG-WZ/3310/1/2017, FHU Berger złożył oferty na dwa zadania tj. 2 i 3. W obu zadaniach przedsiębiorca zaoferował taką samą cenę ofertową tj. 52 390,80 zł, która w obu przypadkach była ceną potencjalnie zwycięską. Wykonawca nie uzupełniając na wezwanie Zamawiającego brakujących dokumentów, zrezygnował jednak z udziału w zadaniu nr 2, zapewniając tym samym jego realizację firmie Zwyż Dźwig. Jednocześnie uzupełnił wymagane dokumenty w zadaniu 3, w którym oferta wykonawcy Zwyż Dźwig była dopiero trzecia w kolejności.



- (46) W przedmiotowej sprawie istotny jest również fakt, iż w każdym z opisanych pięciu przypadków, w których uczestnicy postępowania konkurowali ze sobą (po dwie części dwóch przetargów organizowanych przez ZDW i jedna przetargu organizowanego przez 43 WOG), zachowywali się oni zgodnie z logiką zmowy polegającej na rozstawianiu i wycofywaniu ofert. W tych częściach przetargów, w których uczestnicy postępowania zajmowali pierwsze i drugie miejsce, przedsiębiorca z korzystniejszą ofertą podejmował działania umożliwiające mu wycofanie oferty, co zapewniało zwycięstwo przedsiębiorcy z ofertą mniej korzystną. Natomiast w sytuacji, w której wycofanie oferty skutkowało zwycięstwem przedsiębiorcy innego niż strony postępowania, oferty wycofywane nie były. Takiej zbieżności nie sposób wyjaśnić inaczej, niż działaniem przez przedsiębiorców w ramach zmowy przetargowej.
- (47) Odnośnie kwestii udziału wszystkich trzech wspólników spółki cywilnej Zwyż Dźwig w porozumieniu to - w opinii Prezesa UOKiK - przyzwolenie na zawarcie porozumienia może mieć również charakter milczący. Przedsiębiorca (np. jeden ze wspólników spółki cywilnej), który ewidentnie nie uczestniczy w niezgodnym z prawem porozumieniu powinien dowieść, że otwarcie zdystansował się od owego porozumienia. Sąd Ochrony Konkurencji i Konsumentów w wyroku z dnia 10 maja 2006 r. stwierdził, że *„porozumieniem jest także faktyczne stosowanie się do reguł określonych przez inne podmioty. Postępujące w ten sposób podmioty działają w sposób uzgodniony, a nie wynikający z rynkowej konieczności. Przedsiębiorca, który nie tylko otwarcie nie dystansuje się od porozumienia, które ma na celu zapobieżenie, ograniczenie lub zakłócenie konkurencji, ale wręcz stosuje się do jego treści, staje się jego rzeczywistym uczestnikiem.”*¹¹ Zdaniem Prezesa UOKiK wszyscy wspólnicy spółki cywilnej Zwyż Dźwig (tj. Bożysława Woś, Stanisław Woś i Paweł Woś) uczestniczyli w niedozwolonej zmowie przetargowej z FHU Berger. Należy zaznaczyć, iż wszyscy wspólnicy spółki cywilnej Zwyż Dźwig należą do jednej rodziny - Paweł Woś jest synem Bożysławy Woś i Stanisława Wosia. Są więc bardzo bliskimi krewnymi, co zapewniało im możliwość nieograniczonej wzajemnej komunikacji w ramach działalności spółki cywilnej.
- (48) Podsumowując, łącznie ocena opisanych powyżej okoliczności wskazuje, że pomiędzy Bożysławą Woś, Stanisławem Wosiem i Pawłem Wosiem - wspólnikami spółki cywilnej Zwyż Dźwig a FHU Berger istniało porozumienie w rozumieniu art. 4 pkt 5 uokk. W ramach tego porozumienia, nieuzupełnienie oferty przez tego z przedsiębiorców, który złożył najkorzystniejszą ofertę (tu: FHU Berger), w sytuacji gdy następna w klasyfikacji oferta została złożona przez innego ze współpracujących przedsiębiorców (tu: Zwyż Dźwig), było zachowaniem celowym i uzgodnionym, nakierowanym na uzyskanie zamówienia przez drugiego z tych przedsiębiorców po wyższej cenie.

3.6. JEDNO CIĄGŁE NARUSZENIE

- (49) Naruszenie art. 6 uokk może mieć postać jednorazowego zachowania lub całej serii działań. Jeżeli poszczególne zachowania - z uwagi na identyczny cel, polegający na zakłóceniu konkurencji - wpisują się w „całościowy plan”, uprawnione jest przyjęcie,

¹¹ Wyrok Sądu Ochrony Konkurencji i Konsumentów z dnia 10 maja 2006 r., sygn. akt XVII AmA 13/05.



że stanowią one jedno, ciągłe naruszenie, a odpowiedzialność za te działania może zostać przypisana na podstawie udziału w naruszeniu postrzeganym jako całość¹².

- (50) Powyższe odnosi się również do zмовы przetargowej, która może mieć charakter jednorazowy i dotyczyć jednego przetargu lub ciągły i polegać na uzgadnianiu przez przedsiębiorców zachowań w kilku następujących po sobie przetargach.
- (51) W ocenie Prezesa UOKiK, działania opisane w rozdziale 1.2.3 tej decyzji, stanowią jedno ciągłe naruszenie. Były podejmowane w sposób powtarzalny w trzech przetargach przeprowadzanych w latach 2016-2019. Miały taki sam antykonkurencyjny cel, w postaci uzgodnionego wpływania na wyniki przetargów.
- (52) Na istnienie jednego naruszenia wskazuje także podejmowanie powyżej opisanych działań przez tę samą grupę przedsiębiorców w odniesieniu do jednorodnych usług (świadczenia usług związanych z wycinką, nasadzeniami i pielęgnacją drzew). Dowody wskazują, że takie działania stanowiły strategię pozyskiwania zamówień publicznych przez strony postępowania.

3.7. OGRANICZENIE KONKURENCJI

- (53) Sprzeczne z art. 6 uokk są porozumienia, których celem lub skutkiem jest ograniczenie, wyeliminowanie lub naruszenie konkurencji w inny sposób. Porozumienia ograniczające konkurencję mogą być zaklasyfikowane na gruncie powyższego przepisu jako zakazane ze względu na cel albo ze względu na skutek. Jeżeli celem porozumienia jest ograniczenie konkurencji, to nie jest konieczne wykazanie wystąpienia antykonkurencyjnych skutków porozumienia. Przyjmuje się bowiem, że zakaz porozumień ze względu na cel odnosi się do porozumień charakteryzujących się wystarczająco dużym stopniem szkodliwości dla konkurencji, że nie ma potrzeby badania ich skutków¹³.
- (54) W przedmiotowej sprawie istota działań uczestników zмовы polegała na uzgodnionym wpływaniu na ostateczne wyniki przetargów, w celu doprowadzania do ich wygrania, przy jednoczesnym osiągnięciu możliwie jak najwyższej ceny. W razie wystąpienia szczególnego układu ofert w rankingu, w którym oferty uczestników zмовы zajęły kolejno najwyższe miejsca, następowało wycofanie oferty z niższą ceną w celu doprowadzenia do wyboru oferty innego uczestnika zмовы, oferującego wyższą cenę.
- (55) Takie porozumienie ze swojej natury ogranicza konkurencję w rozumieniu art. 6 ust. 1 uokk, bez konieczności badania jego skutków rynkowych. Należy przy tym dodać, że w trzech przetargach, uczestnicy zмовы doprowadzili do sytuacji, w której droższa oferta finalnie zajęła pierwsze miejsce, przy czym w dwóch przypadkach zamówienie zostało zrealizowane po wyższej cenie, zaś w jednym przypadku organizator unieważnił przetarg.

¹² Wyrok Trybunału Sprawiedliwości z 7 stycznia 2004 r. w połączonych sprawach C-204/00 P, C-205/00 P, C-211/00 P, C-217/00 P i C-219/00 P, *Aalborg Portland*, EU:C:2004:6, akapit 258; wyrok Trybunału Sprawiedliwości z 21 września 2006 r. w sprawie C-113/04 P, *Technische Unie*, EU:C:2006:593, akapit 178.

¹³ Tak Sąd Najwyższy m.in. w wyrokach: z 23 listopada 2011 r., sygn. akt III SK 21/11; z 15 lutego 2019 r., sygn. akt I NSK 10/18 oraz I NSK 11/18; z 9 października 2019 r., sygn. akt I NSK 89/18 oraz z 5 grudnia 2019 r., sygn. akt I NSK 1/19.



- (56) Na ocenę stwierdzonego zachowania Zwyż Dźwig i FHU Berger nie ma wpływu okoliczność, że w analizowanych postępowaniach nie zawsze doszło do skutecznego podpisania przez zamawiającego umowy z jednym z uczestników porozumienia. Zakazane jest bowiem samo zachowanie, które polega na rezygnacji przedsiębiorców ze swojej niezależności przy podejmowaniu decyzji. W wyniku porozumienia dochodzi do koordynacji zachowania jego uczestników w postępowaniu przetargowym i wyeliminowania konkurencji między sobą. Takie działanie stwarza również zagrożenie zniekształcenia działania zamawiającego, który może być zmuszony do wyboru droższej oferty¹⁴.

3.8. WYŁĄCZENIA SPOD ZAKAZU POROZUMIEŃ OGRANICZAJĄCYCH KONKURENCJĘ

- (57) Porozumienia ograniczające konkurencję są niedozwolone, o ile nie zostały wyłączone spod zakazu. Istnieją trzy rodzaje wyłączeń: (1) zasada *de minimis* - wyłączenie na podstawie art. 7 uokk, (2) wyłączenia grupowe - w oparciu o rozporządzenia wydane na podstawie art. 8 ust 3 uokk i (3) wyłączenia indywidualne - na podstawie art. 8 ust. 1 uokk.
- (58) Wyłączenie stosowania zakazu zawierania porozumień ograniczających konkurencję z uwagi na niewielki udział przedsiębiorcy w rynku (zasada *de minimis*) nie ma zastosowania do zmów przetargowych (art. 7 ust. 3 uokk).
- (59) Żadne z rozporządzeń wykonawczych, wydanych w oparciu o delegację zawartą w art. 8 ust. 3 uokk, nie znajduje zastosowania do zmów przetargowych.
- (60) Zakazy przewidziane w art. 6 ust. 1 uokk mogą zostać uznane za niemające zastosowania na podstawie art. 8 ust. 1 uokk w przypadku gdy porozumienie: (1) przyczynia się do polepszenia produkcji lub dystrybucji produktów bądź do popierania postępu technicznego lub gospodarczego, (2) zapewnia nabywcy lub użytkownikowi odpowiednią część wynikających z niego korzyści, (3) nie nakłada na zainteresowane przedsiębiorstwa ograniczeń, które nie są niezbędne do osiągnięcia tych celów, (4) nie stwarza tym przedsiębiorcom możliwości wyeliminowania konkurencji na rynku właściwym w zakresie znacznej części określonych towarów (zwolnienie indywidualne).
- (61) Ciężar udowodnienia okoliczności uzasadniających zwolnienie indywidualne spoczywa na przedsiębiorcy, który powołując się na to wyłączenie, musi udowodnić spełnienie wszystkich przesłanek, określonych w art. 8 ust. 1 uokk. W niniejszej sprawie to nie nastąpiło.

4. KARA PIENIĘŻNA

- (62) Na podstawie art. 106 ust. 1 pkt 1 uokk, Prezes UOKiK może nałożyć na przedsiębiorcę karę pieniężną w wysokości nie większej niż 10% obrotu osiągniętego w roku obrotowym

¹⁴ Wyrok Sądu Ochrony Konkurencji i Konsumentów z dnia 8 listopada 2018 r., sygn.. XVII AmA 26/16.



poprzedzającym rok nałożenia kary, jeżeli przedsiębiorca ten, choćby nieumyślnie dopuścił się naruszenia zakazu określonego w art. 6 uokk.

- (63) Art. 106 ust. 5 uokk stanowi przy tym, że w przypadku gdy przedsiębiorca w roku obrotowym poprzedzającym rok nałożenia kary nie osiągnął obrotu lub osiągnął obrót w wysokości nieprzekraczającej równowartości 100 000 euro, Prezes Urzędu nakładając karę pieniężną na podstawie ust. 1 uwzględnia średni obrót osiągnięty przez przedsiębiorcę w trzech kolejnych latach obrotowych poprzedzających rok nałożenia kary. Z kolei, art. 106 ust. 6 uokk przewiduje, że w przypadku, gdy przedsiębiorca nie osiągnął obrotu w okresie trzyletnim, o którym mowa w ust. 5, lub gdy obrót przedsiębiorcy obliczony na podstawie tego przepisu nie przekracza równowartości 100 000 euro, Prezes Urzędu może nałożyć na przedsiębiorcę, w drodze decyzji, karę pieniężną w wysokości nieprzekraczającej równowartości 10 000 euro.
- (64) Obrót Bożysławy Woś w 2021 r. wyniósł *[tajemnica przedsiębiorstwa]* zł, co uwzględniając średni kurs euro ogłoszony przez Narodowy Bank Polski w dniu 31 grudnia 2021 r., tj. 4,5994 zł, stanowi *[tajemnica przedsiębiorstwa]* euro. Maksymalny wymiar kary wynosi zatem w przypadku Bożysławy Woś - *[tajemnica przedsiębiorstwa]* zł.
- (65) Obrót Stanisława Wosia za 2021 r. wyniósł *[tajemnica przedsiębiorstwa]* zł, co uwzględniając średni kurs euro ogłoszony przez Narodowy Bank Polski w dniu 31 grudnia 2021 r., tj. 4,5994 zł, stanowi *[tajemnica przedsiębiorstwa]* euro. Maksymalny wymiar kary wynosi zatem w przypadku Stanisława Wosia - *[tajemnica przedsiębiorstwa]* zł.
- (66) Obrót Pawła Wosia za 2021 r. wyniósł *[tajemnica przedsiębiorstwa]* zł, co uwzględniając średni kurs euro ogłoszony przez Narodowy Bank Polski w dniu 31 grudnia 2021 r., tj. 4,5994 zł, stanowi *[tajemnica przedsiębiorstwa]* euro. Maksymalny wymiar kary wynosi zatem w przypadku Stanisława Wosia - *[tajemnica przedsiębiorstwa]* zł.
- (67) Obrót Macieja Bergera za 2021 r. wyniósł *[tajemnica przedsiębiorstwa]* zł, co uwzględniając średni kurs euro ogłoszony przez Narodowy Bank Polski w dniu 31 grudnia 2021 r., tj. 4,5994 zł, stanowi *[tajemnica przedsiębiorstwa]* euro. Maksymalny wymiar kary wynosi zatem w przypadku Macieja Bergera - *[tajemnica przedsiębiorstwa]* zł.
- (68) Możliwość nałożenia na przedsiębiorcę kary wymaga ustalenia, że naruszenie zakazu było „co najmniej nieumyślne”. Z ustaleń faktycznych wynika, że Bożysława Woś, Stanisław Woś i Paweł Woś - wspólnicy spółki cywilnej Zwyż Dźwig oraz Maciej Berger realizowali uzgodnioną strategię pozyskiwania zamówień publicznych. Istotą tej strategii była manipulacja wynikami przetargu poprzez uzupełnienie oferty po wezwaniu zamawiającego lub zaniechanie takich działań w zależności od układu ofert w rankingu. W ocenie Prezesa UOKiK, umyślność naruszenia wynika z samej istoty tych działań.
- (69) W sprawie została zatem spełniona przesłanka umożliwiająca nałożenie kar pieniężnych. Prezes UOKiK postanowił skorzystać z uprawnienia wynikającego z art. 106 ust. 1 pkt 1 uokk i nałożyć kary pieniężne na wszystkie strony postępowania.
- (70) Przemawiają za tym cele prewencji indywidualnej i ogólnej, jak również cel represyjny. Nałożenie kar pieniężnych służyć będzie jako środek odstrasżający strony postępowania



od stosowania podobnych praktyk w przyszłości (prewencja indywidualna) oraz będzie sygnałem dla innych profesjonalnych uczestników rynku, że tego typu działania nie mogą być podejmowane - pod rygorem sankcji finansowej (prewencja ogólna). Kara pieniężna spełni także funkcję represyjną, to znaczy stanowić będzie dolegliwość dla stron postępowania uzasadnioną zidentyfikowanymi korzyściami, jakie przedsiębiorcy odnieśli wskutek udziału w niedozwolonym porozumieniu.

- (71) Ustalając wysokość nakładanych kar pieniężnych, Prezes UOKiK kierował się wytycznymi zawartymi w art. 111 uokk oraz ich wykładnią przedstawioną w „Wyjaśnieniach dotyczących ustalania kar pieniężnych w sprawach związanych z naruszeniem zakazu praktyk ograniczających konkurencję” z kwietnia 2021 r.¹⁵
- (72) Prezes UOKiK nie jest związany swoimi dotychczasowymi decyzjami, w których nałożono kary pieniężne. Zgodnie z zasadą indywidualizacji kary jest ona określana indywidualnie w każdej sprawie przy uwzględnieniu wszystkich jej istotnych okoliczności oraz celów polityki karania Prezesa UOKiK.¹⁶
- (73) Prezes UOKiK na poszczególnych etapach miarkowania kary postanowił indywidualizować proces jej kalkulowania w przypadku każdej ze stron postępowania. Jednakże z uwagi na ten sam przedmiot porozumienia oraz podobne przestanki łagodzące oraz obciążające, uzasadnienia kar są podobne. Nie oznacza to jednak że, wysokość kar nie została zindywidualizowana.
- (74) Zgodnie z art. 111 ust. 1 uokk Prezes UOKiK, ustalając wysokość nakładanych kar pieniężnych, uwzględnia w szczególności okoliczności naruszenia przepisów tej ustawy oraz uprzednie naruszenie przepisów ustawy, a także okres, stopień oraz skutki rynkowe naruszenia przepisów ustawy, przy czym stopień naruszenia Prezes UOKiK ocenia biorąc pod uwagę okoliczności dotyczące natury naruszenia, działalności przedsiębiorcy, która stanowiła przedmiot naruszenia oraz specyfiki rynku, na którym doszło do naruszenia.
- (75) Zgodnie z ww. Wyjaśnieniami, podstawą obliczenia wysokości kary pieniężnej jest obrót w rozumieniu z art. 106 ust. 3 uokk za ostatni rok, w którym stosowana była praktyka ograniczająca konkurencję. W przedmiotowej sprawie jest to rok 2019.
- (76) Bożysława Woś w roku 2019 osiągnęła obrót w wysokości [tajemnica przedsiębiorstwa] zł, Stanisław Woś w wysokości [tajemnica przedsiębiorstwa] zł, Paweł Woś w wysokości [tajemnica przedsiębiorstwa] zł a Maciej Berger w wysokości [tajemnica przedsiębiorstwa] zł. Powyższe kwoty stanowią podstawę wyliczenia kary.
- (77) Wyjściowa kwota kary jest ustalana jako wartość procentowa relewantnego obrotu. Wielkość wartości procentowej jest uzależniona od natury (powagi) naruszenia. Ze względu na kryterium natury naruszenia Prezes UOKiK wyróżnia trzy rodzaje naruszeń: bardzo poważne, poważne i pozostałe. Zmowy przetargowe zawierane pomiędzy

¹⁵ https://www.uokik.gov.pl/wyjasnienia_i_wytyczne.php

¹⁶ Wyrok Sądu Najwyższego z 30 stycznia 2019 r., sygn. akt I NSK 7/18



konkurentami zaliczane są przez Prezesa UOKiK do kategorii naruszeń bardzo poważnych, dla których kwota wyjściowa kar jest określona w przedziale od 1% do 3% obrotu.

- (78) W tym stanie rzeczy stwierdzone naruszenie zostało zakwalifikowane do kategorii naruszeń bardzo poważnych, w związku z tym organ antymonopolowy przyjął za właściwe określenie kwot wyjściowych wysokości kar pieniężnych za wskazane porozumienie na poziomie przedstawionym w poniższej tabeli nr 4.

Tabela 4 - I etap naliczania wysokości kar

Lp.	Przedsiębiorca	% obrotu osiągniętego w 2019 r. jako podstawa do ustalenia kwoty wyjściowej kary	Kwota wyjściowa kary (w zł)
1.	Bożysława Woś	[tajemnica przedsiębiorstwa] %	11 069,64
2.	Stanisław Woś	[tajemnica przedsiębiorstwa] %	11 069,64
3.	Paweł Woś	[tajemnica przedsiębiorstwa] %	1 413,15
4.	Maciej Berger	[tajemnica przedsiębiorstwa] %	28 536,48

- (79) W dalszej kolejności Prezes UOKiK rozważył specyfikę rynku, na jakim doszło do naruszenia konkurencji, działalności przedsiębiorców, a także skutki rynkowe naruszenia. Kara powinna być bowiem tym większa, im większe jest natężenie negatywnych efektów związanych z naruszeniem prawa konkurencji.
- (80) Prezes UOKiK uwzględnił zatem fakt, że rynki dostarczania towarów i świadczenia usług związanych z budową i utrzymaniem dróg są rynkami konkurencyjnymi, na których działa wielu przedsiębiorców. Zdaniem Prezesa UOKiK, brak jest barier dla podjęcia działalności w zakresie dostaw towarów i usług w zakresie budowy i utrzymania dróg o charakterze administracyjnym (nie jest to działalność regulowana, brak wymogu uzyskiwania zezwoleń, czy koncesji). Stąd wejście na rynek warunkowane jest jedynie dostępem do odpowiedniego sprzętu oraz źródeł zaopatrzenia w niezbędne materiały. Przedsiębiorcy działają na niewielką skalę, a nadto tylko w niektórych zadaniach kwestionowanych przetargów zdolali zrealizować uzgodniony plan, który miał na celu doprowadzenie do wyboru oferty tego z przedsiębiorców, który zaoferował wyższą cenę. Oceniając wpływ naruszenia na rynek Prezes UOKiK wziął również pod uwagę wysokość udziału przychodów z tytułu sprzedaży towarów, których dotyczyło naruszenie, w obrocie przedsiębiorcy. Jeżeli udział ten kształtował się poniżej określonego poziomu, było to podstawą do obniżenia kary.
- (81) Wobec powyższego, na etapie analizy specyfiki rynku i działalności przedsiębiorców zostały uwzględnione następujące okoliczności: konkurencyjny charakter rynku, skala działalności przedsiębiorców, zrealizowanie uzgodnionego celu oraz - w przypadku Macieja Bergera - niewielki udział przychodów z tytułu sprzedaży towarów (świadczenia usług), których dotyczyło naruszenie, w obrocie przedsiębiorcy (w latach 2019 - 2021 brak takich przychodów), co w ocenie Prezesa UOKiK uzasadnia obniżenie kwot wyjściowych na tym etapie kalkulacji kary: w stosunku do Bożysławy Woś,



Stanisława Wosia i Pawła Wosia o 20% oraz w stosunku do Macieja Bergera o 60% tj. do kwot przedstawionych w poniższej tabeli nr 5.

Tabela 5 - II etap naliczania wysokości kar

Lp.	Przedsiębiorca	Kwota wyjściowa kary (w zł)	Specyfika rynku	Kwota kary po modyfikacji (w zł) (kwota bazowa)
1.	Bożysława Woś	11 069,64	-20%	8 855,71
2.	Stanisław Woś	11 069,64	-20%	8 855,71
3.	Paweł Woś	1 413,15	-20%	1 130,52
4.	Maciej Berger	28 536,48	-60%	11 414,59

- (82) W kolejnym etapie został rozważony okres naruszenia. Długotrwałość stosowania praktyki ograniczającej konkurencję prowadzi do zwielokrotnienia jej negatywnych skutków, w szczególności wpływa na wysokość korzyści uzyskiwanych przez przedsiębiorcę dopuszczającego się naruszenia lub szkód ponoszonych przez innych uczestników rynku. Zgodnie ze stosowaną przez Prezesa UOKiK metodologią, długotrwałość stosowania praktyki i związane z nią zwielokrotnienie negatywnych skutków praktyki zostanie odzwierciedlone w wysokości nakładanej na przedsiębiorcę sankcji w ten sposób, że kwota bazowa zostanie przemnożona przez liczbę pełnych lat uczestnictwa przedsiębiorców w naruszeniu. Jeżeli w ostatnim rozpoczętym roku naruszenia czas trwania w naruszeniu będzie wynosił więcej niż 6 miesięcy, to Prezes Urzędu powiększa mnożnik o 0,5.
- (83) Porozumienie trwało od stycznia 2016 r. do kwietnia 2019 r. (tj. 3 lata i 3 miesiące) i zalicza się do kategorii porozumień długotrwałych, gdyż za takie traktowane są naruszenia trwające dłużej niż rok. W związku z tym, kwota bazowa została przemnożona przez 3 co w konsekwencji pozostawia kwotę bazową u wszystkich przedsiębiorców na tym samym poziomie jaki był po etapie drugim (vide: tabela nr 6).

Tabela 6 - III etap naliczania wysokości kar

Lp.	Przedsiębiorca	Kwota z drugiego etapu naliczania wysokości kary (kwota bazowa) (w zł)	Długotrwałość naruszenia	Kwota kary po modyfikacji (w zł)
1.	Bożysława Woś	8 855,71	x 3	26 567,13
2.	Stanisław Woś	8 855,71	x 3	26 567,13
3.	Paweł Woś	1 130,52	x 3	3 391,55
4.	Maciej Berger	11 414,59	x 3	34 243,77

- (84) Następnie zostały rozważone okoliczności łagodzące i obciążające, które wystąpiły w sprawie.
- (85) Zgodnie z art. 111 ust. 3 pkt 1 uokk, okolicznościami łagodzącymi są w szczególności: dobrowolne usunięcie skutków naruszenia, zaniechanie stosowania zakazanej praktyki przed wszczęciem postępowania lub niezwłocznie po jego wszczęciu, podjęcie z



własnej inicjatywy działań w celu zaprzestania naruszenia lub usunięcia jego skutków oraz współpraca z Prezesem UOKiK w toku postępowania, bierna rola przedsiębiorcy w naruszeniu zakazu oraz działanie pod przymusem.

- (86) Z ustalonego stanu faktycznego sprawy wynika, że nie wystąpiły przestanki łagodzące. Odnosząc się do jedynej okoliczności łagodzącej, jaka ewentualnie mogła zostać wzięta pod uwagę w niniejszej sprawie, tj. zaniechania stosowania zakazanej praktyki przed wszczęciem postępowania, Prezes UOKiK uznał, że okoliczność ta tutaj nie zaszła. Do zaniechania doszło bowiem z samej natury postępowania przetargowego, które kończy się wraz z zawarciem umowy lub unieważnieniem przetargu.
- (87) Zgodnie z art. 111 ust. 4 pkt 1 uokk, okolicznościami obciążającymi są: rola lidera lub inicjatora porozumienia, przymuszenie, wywieranie presji, umyślność naruszenia, czy też dokonanie uprzednio podobnego naruszenia.
- (88) Ustalony stan faktyczny sprawy potwierdza jedną okoliczność obciążającą, tj. umyślność naruszenia. Całokształt okoliczności sprawy świadczy o tym, że przedsiębiorcy uzgodnili pewną podjętą z góry taktykę działania w przetargach, której celem było osiągnięcie dodatkowych korzyści finansowych - o ile pozwolą na to okoliczności, zdeterminowane przez rozkład ofert złożonych przez pozostałych uczestników przetargów, nieuczestniczących w porozumieniu - poprzez wygranie przetargu, przy jednoczesnym osiągnięciu możliwie jak najwyższej ceny. Działania te - w ocenie Prezesa Urzędu - nie wykazują cech działań przypadkowych. Przeciwnie, miały charakter zamierzony, ukierunkowany na osiągnięcie uzgodnionego rezultatu, co pozwala przyjąć, że zachowanie stron miało charakter umyślny.
- (89) W związku z powyższym Prezes UOKiK postanowił o podwyższeniu kary na tym etapie jej ustalania wobec każdego z uczestników zмовы o 20%, tj. do kwot przedstawionych w poniższej tabeli nr 7:

Tabela 7 - IV etap naliczania wysokości kar

Lp.	Przedsiębiorca	Kwota z trzeciego etapu naliczania wysokości kary) (w zł)	Okoliczności łagodzące i obciążające	Kwota kary po modyfikacji (w zł)
1.	Bożysława Woś	26 567,13	+20%	31 880,56
2.	Stanisław Woś	26 567,13	+20%	31 880,56
3.	Paweł Woś	3 391,55	+20%	4 069,86
4.	Maciej Berger	34 243,77	+20%	41 092,52

- (90) W ostatniej kolejności Prezes UOKiK rozważył ewentualne dysproporcje pomiędzy wysokością kar a możliwymi do oszacowania (rzeczywistymi i/lub potencjalnymi) korzyściami stron postępowania wynikającym z naruszenia, uzasadniające zmianę kar.
- (91) W przedmiotowej sprawie potencjalne korzyści, które przedsiębiorcy uzyskali lub mogli uzyskać, zostały ustalone w wysokości 66 713,00 zł (ZDW-ZG-WZ/3310/86/2015 - 40 046,40 zł, ZDW-ZG-WZ/3310/1/2017 - 7 743,60 zł i 32/PN/2019 - 18 920,00 zł), natomiast rzeczywiste korzyści wyniosły 58 966,40 zł (przetarg ZDW-ZG-



WZ/3310/1/2017 - zadanie 2 został unieważniony). Z kolei łączna wysokość nakładanych kar wynosi 108 923,80 zł. W ocenie Prezesa UOKiK, nałożenie na uczestników zмовы, łącznej kary około dwukrotnie wyższej od faktycznie uzyskanych korzyści, stanowi adekwatną sankcję zapewniającą realną odczuwalność kary i realizację jej funkcji, przy jednoczesnym poszanowaniu zasady proporcjonalności.

(92) Mając na względzie wszystkie określone powyżej czynniki, Prezes Urzędu postanowił nałożyć na strony niniejszego postępowania z tytułu naruszenia, o którym mowa w punkcie I niniejszej decyzji, następujące kary:

- 1) na Bożysławę Woś karę pieniężną w wysokości 31 880,56 zł płatną do budżetu państwa, co stanowi *[tajemnica przedsiębiorstwa]* % obrotu osiągniętego przez nią w 2021 r.,
- 2) na Stanisława Wosia karę pieniężną w wysokości 31 880,56 zł płatną do budżetu państwa, co stanowi *[tajemnica przedsiębiorstwa]* % obrotu osiągniętego przez niego w 2021 r.,
- 3) na Pawła Wosia karę pieniężną w wysokości 4 069,86 zł płatną do budżetu państwa, co stanowi *[tajemnica przedsiębiorstwa]* % obrotu osiągniętego przez niego w 2021 r.,
- 4) na Macieja Bergera karę pieniężną w wysokości 41 092,52 zł płatną do budżetu państwa, co stanowi *[tajemnica przedsiębiorstwa]* % obrotu osiągniętego przez niego w 2021 r.

(93) W przypadku Bożysławy Woś, Stanisława Wosia, Pawła Wosia i Macieja Bergera kary w powyżej ustalonych wysokościach mieszczą się więc w ustawowym limicie 10% obrotu osiągniętego przez przedsiębiorców w roku obrotowym poprzedzającym rok nałożenia kary (2021 r.).

5. KOSZTY POSTĘPOWANIA

(94) Zgodnie z art. 80 uokk, Prezes UOKiK rozstrzyga o kosztach, w drodze postanowienia, które może być zamieszczone w decyzji kończącej postępowanie. Zgodnie z art. 77 ust. 1 uokk, jeżeli w wyniku postępowania stwierdzono naruszenie jej przepisów, przedsiębiorca, który dopuścił się tego naruszenia, jest obowiązany ponieść koszty postępowania. Zgodnie z art. 263 § 1 ustawy z dnia 14 czerwca 1960 r. - Kodeks postępowania administracyjnego (Dz. U. z 2021 r. poz. 735 ze zm.), do kosztów postępowania zalicza się m.in. koszty doręczenia stronom pism urzędowych. Zgodnie z art. 264 § 1 ww. Kodeksu postępowania administracyjnego, jednocześnie z wydaniem decyzji organ administracji publicznej ustala w drodze postanowienia wysokość kosztów postępowania, osoby zobowiązane do ich poniesienia oraz termin i sposób ich uiszczenia.

(95) W związku z faktem, że w wyniku postępowania zakończonęgo przedmiotową decyzją stwierdzono naruszenie przepisów uokk, jego koszty obciążają strony postępowania. Na koszty postępowania składają się wydatki związane z prowadzoną w jego toku korespondencją w kwocie 25,00 zł względem Bożysławy Woś, Stanisława Wosia i Pawła Wosia oraz 60,00 zł względem Mariusza Bergera.



POUCZENIA

- (96) Zgodnie z art. 112 ust. 3 ustawy z dnia 16 lutego 2007 r. o ochronie konkurencji i konsumentów (Dz. U. z 2021 r. poz. 275) karę pieniężną należy uiścić w terminie 14 dni od dnia uprawomocnienia się decyzji na rachunek bankowy UOKiK:

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

- (97) Koszty postępowania należy wpłacić w tym samym terminie na ten sam rachunek.
- (98) Zgodnie z art. 81 ust. 1 ww. ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów w zw. z art. 479²⁸ § 2 ustawy z 17 listopada 1964 r. - Kodeksu postępowania cywilnego (Dz. U. z 2021 r. poz. 1805 ze zm.) od niniejszej decyzji przysługuje odwołanie do Sądu Okręgowego w Warszawie - Sądu Ochrony Konkurencji i Konsumentów w terminie miesiąca od dnia doręczenia decyzji. Odwołanie wnosi się za pośrednictwem Prezesa UOKiK (Delegatura UOKiK we Wrocławiu, Pl. Strzelecki 25, 50 - 224 Wrocław).
- (99) W przypadku kwestionowania wyłącznie postanowienia o kosztach, zgodnie z art. 81 ust. 5 ww. ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów w zw. z art. 479³² ww. Kodeksu postępowania cywilnego oraz art. 264 § 2 ustawy z dnia 14 czerwca 1960 r. - Kodeks postępowania administracyjnego (Dz. U. z 2021 r. poz. 735 ze zm.) w zw. z art. 83 ww. ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów, przysługuje zażalenie do Sądu Okręgowego w Warszawie - Sądu Ochrony Konkurencji i Konsumentów, w terminie tygodnia od dnia doręczenia tej decyzji. Zażalenie wnosi się za pośrednictwem Prezesa UOKiK (Delegatura UOKiK we Wrocławiu, Pl. Strzelecki 25, 50 - 224 Wrocław).
- (100) Zgodnie z art. 3 ust. 2 pkt 9 w zw. z art. 32 ust. 1 i 2 ustawy z dnia 28 lipca 2005 r. o kosztach sądowych w sprawach cywilnych (Dz. U. z 2021 r. poz. 2257 ze zm.), odwołanie od decyzji Prezesa UOKiK podlega opłacie stałej w kwocie 1000 zł, a zażalenie na postanowienie Prezesa UOKiK - w kwocie 500 zł.
- (101) Zgodnie z art. art. 102 ust. 1 i ust. 2 ustawy o kosztach sądowych w sprawach cywilnych zwolnienia od kosztów sądowych może się domagać osoba fizyczna, jeżeli złoży oświadczenie, z którego wynika, że nie jest w stanie ich ponieść bez uszczerbku utrzymania koniecznego dla siebie i rodziny lub ich poniesienie narazi ją na taki uszczerbek. Do wniosku o zwolnienie od kosztów sądowych powinno być dołączone oświadczenie obejmujące szczegółowe dane o stanie rodzinnym, majątku, dochodach i źródłach utrzymania osoby ubiegającej się o zwolnienie od kosztów. Oświadczenie sporządza się według ustalonego wzoru. Jeżeli oświadczenie nie zostało złożone albo nie zawiera wszystkich wymaganych danych, stosuje się art. 130 Kodeksu postępowania cywilnego. Zgodnie z art. 105 ust. 2 ww. ustawy o kosztach sądowych w sprawach cywilnych osoba fizyczna, która nie ma miejsca zamieszkania w siedzibie tego sądu, może złożyć wniosek o przyznanie zwolnienia od kosztów sądowych w sądzie rejonowym właściwym ze względu na miejsce swego zamieszkania. Sąd przesyła niezwłocznie ten wniosek właściwemu sądowi.
- (102) Stosownie do treści art. 117 § 1, § 2 i § 4 zd. 1 ww. Kodeksu postępowania cywilnego, strona zwolniona przez sąd od kosztów sądowych w całości lub części, może domagać się ustanowienia adwokata lub radcy prawnego. Osoba fizyczna, niezwolniona przez sąd od kosztów sądowych, może się domagać ustanowienia adwokata lub radcy



prawnego, jeżeli złoży oświadczenie, z którego wynika, że nie jest w stanie ponieść kosztów wynagrodzenia adwokata lub radcy prawnego bez uszczerbku utrzymania koniecznego dla siebie i rodziny. Wniosek o ustanowienie adwokata lub radcy prawnego strona zgłasza wraz z wnioskiem o zwolnienie od kosztów sądowych lub osobno, na piśmie lub ustnie do protokołu, w sądzie, w którym sprawa ma być wytoczona lub już się toczy. Osoba fizyczna, która nie ma miejsca zamieszkania w siedzibie tego sądu, może złożyć wniosek o ustanowienie adwokata lub radcy prawnego w sądzie rejonowym właściwym ze względu na miejsce swego zamieszkania, który niezwłocznie przesyła ten wniosek sądowi właściwemu.

z upoważnienia Prezesa
Urzędu Ochrony Konkurencji
i Konsumentów
Dyrektor Delegatury UOKiK we Wrocławiu
Agnieszka Jacyszyn

