



**PREZES
URZĘDU OCHRONY
KONKURENCJI I KONSUMENTÓW**

Delegatura w Lublinie
20-012 Lublin, ul. Ochotnicza 10
Tel. (0-81) 532-35-31, 532-54-48,
Fax (0-81) 532-08-26
E-mail: lublin@uokik.gov.pl

Lublin, dnia 30 grudnia 2014r.

RLU-410 – 1/14/IM

Decyzja Nr RLU 29/2014

I. Na podstawie art. 11 ust. 1 i ust. 2 ustawy z dnia 16 lutego 2007r. o ochronie konkurencji i konsumentów (Dz. U. Nr 50 poz. 331 ze zm.) oraz stosownie do art. 33 ust. 6 tej ustawy i § 4 ust. 1 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 przeciwko przedsiębiorcom:

1. Andrzejowi Stepanczenko, prowadzącemu działalność gospodarczą pod nazwą Zakład Wykonawstwa Instalacji Sanitarnych i C.O. Andrzej Stepanczenko z siedzibą w Białymstok;
2. Piotrowi Stepanczenko, prowadzącemu działalność gospodarczą pod nazwą Asterm – Instalacje Sanitarne Piotr Stepanczenko z siedzibą: Kleosin;

- działając w imieniu Prezesa Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów:

uznaje się za praktykę ograniczającą konkurencję i naruszającą zakaz określony w art. 6 ust. 1 pkt 7 powołanej ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów zawarcie przez Andrzeja Stepanczenko, prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą Zakład Wykonawstwa Instalacji Sanitarnych i C.O. Andrzej Stepanczenko i Piotra Stepanczenko prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą Asterm – Instalacje Sanitarne Piotr Stepanczenko porozumienia na lokalnym rynku usług montażu urządzeń służących do pozyskania energii ze źródeł odnawialnych na terenie Gminy Brańsk, w związku z przetargiem nieograniczonym, organizowanym w ramach zamówienia publicznego, ogłoszonym w dniu 22.05.2013r., pod nazwą „Wykorzystanie odnawialnych źródeł energii w budynkach użyteczności publicznej na terenie Gminy Brańsk, polegającego na dokonaniu uzgodnień co do cen składanych ofert,

i stwierdza się jej zaniechanie z dniem 17.07.2013r.

II. Na podstawie art. 106 ust. 1 pkt 1 ustawy z dnia 16 lutego 2007r. o ochronie konkurencji i konsumentów (Dz. U. Nr 50, poz. 331 ze zm.) oraz stosownie do art. 33 ust. 6 tej ustawy w związku ze stosowaniem praktyki ograniczającej konkurencję określonej w pkt I niniejszej decyzji - w imieniu Prezesa Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów - nakłada się za naruszenie zakazu określonego w art. 6 ust. 1 pkt 7 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów, następujące kary pieniężne na przedsiębiorców:

1. Andrzej Stepanczenko, prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą Zakład Wykonawstwa Instalacji Sanitarnych i C.O. Andrzej Stepanczenko z siedzibą w Białymstoku 46.291 zł. (słownie: czterdzieści sześć tysięcy dwieście dziewięćdziesiąt jeden złotych);
2. Piotr Stepanczenko, prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą Asterm – Instalacje Sanitarne Piotr Stepanczenko z siedzibą: Kleosin, 11.262 zł. (słownie: jedenaście tysięcy dwieście sześćdziesiąt dwa złote),

płatne do budżetu państwa.

III. Na podstawie art. 77 ust. 1 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów oraz na podstawie art. 263 § 1 i art. 264 § 1 ustawy z dn. 14 czerwca 1960 r. Kodeksu postępowania administracyjnego (tekst jedn. Dz. U. z 2013 r. poz. 267), w związku z art. 83 i art. 80 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów postanawia się obciążyć przedsiębiorcę:

1. Andrzej Stepanczenko, prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą Zakład Wykonawstwa Instalacji Sanitarnych i C.O. Andrzej Stepanczenko z siedzibą w Białymstoku kosztami przeprowadzonego postępowania w sprawie praktyk naruszających zbiorowe interesy konsumentów o sygnaturze RLU-410-1/14/IM i zobowiązać w/w Przedsiębiorcę do zwrotu na rzecz Prezesa Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów kwoty 28,50 zł (słownie: dwadzieścia osiem złotych pięćdziesiąt groszy), w terminie 14 dni od daty uprawomocnienia się niniejszej decyzji.
2. Piotr Stepanczenko, prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą Asterm – Instalacje Sanitarne Piotr Stepanczenko z siedzibą: Kleosin kosztami przeprowadzonego postępowania w sprawie praktyk naruszających zbiorowe interesy konsumentów o sygnaturze RLU-410-1/14/IM i zobowiązać w/w Przedsiębiorcę do zwrotu na rzecz Prezesa Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów kwoty 28,50 zł (słownie: dwadzieścia osiem złotych pięćdziesiąt groszy), w terminie 14 dni od daty uprawomocnienia się niniejszej decyzji.

Uzasadnienie

Do Prezesa Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów – Delegatura w Lublinie (dalej: Prezes UOKiK lub organ antymonopolowy) wpłynęły dwa zawiadomienia, dotyczące możliwych nieprawidłowości, w postaci zawarcia zmowy przetargowej. Zawiadomienia pochodziły od: Leszka Kuraszyka, prowadzącego działalność gospodarczą jako Zakład Usługowo-Handlowy Leszek Kuraszyk w Międzyrzeczu Podlaskim oraz od Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych (zawiadomienie wpłynęło w trakcie już prowadzonego postępowania wyjaśniającego). Oba zawiadomienia dotyczyły tego samego stanu faktycznego w postaci okoliczności związanych ze składaniem ofert w przetargu na montaż urządzeń umożliwiających wykorzystanie odnawialnych źródeł energii w budynkach użyteczności publicznej na terenie Gminy Brańsk (dalej także: Zamawiający), ogłoszonym przez tę Gminę. Zawiadamiający wskazywali na niemalże identyczne kosztorysy określonych w sentencji postanowienia oferentów, pokrywające się w 95,67%, identyczne pozycje kosztorysowe, przyjęte w oparciu o „indywidualną analizę kosztów”. Innymi argumentami, które miałyby przemawiać za ustaleniem zawarcia zakazanego porozumienia były: popełnione takie same błędy, zobowiązanie jednego z oferentów do udostępnienia drugiemu niezbędnych zasobów, polisy ubezpieczeniowej i gwarancji bankowej, ten sam numer faks-u oraz powiązania rodzinne (ojciec i syn).

W związku z powyższym Prezes UOKiK Postanowieniem nr 230/13 z dnia 27.08.2013r. wszczął postępowanie wyjaśniające w sprawie wstępnego ustalenia, czy działania wskazanych przedsiębiorców uczestniczących w przetargu organizowanym przez Gminę Brańsk „Wykorzystanie odnawialnych źródeł energii w budynkach użyteczności publicznej na terenie Gminy Brańsk” (ogłoszony: 22.05.2013r.) nie naruszają przepisów w/w ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów.

Analiza obu zawiadomień oraz wyjaśnień i stanowiska Andrzeja Stepanczenki prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą Zakład Wykonawstwa Instalacji Sanitarnych i CO Andrzej Stepanczenko stanowiła podstawę do postawienia przez Prezesa UOKiK zarzutu, przedsiębiorcom wymienionym w sentencji niniejszego postanowienia, zawarcia porozumienia ograniczającego konkurencję na lokalnym rynku usług z zakresu montażu urządzeń służących pozyskaniu energii ze źródeł odnawialnych na terenie Gminy Brańsk, polegającego na dokonaniu uzgodnień co do ceny składanych ofert w w/w przetargu.

W związku z powyższym w dniu 18.02.2014r. Postanowieniem nr 62/14 Prezes UOKiK wszczął z urzędu postępowanie antymonopolowe w sprawie zawarcia pomiędzy przedsiębiorcami: Andrzejem Stepanczenko, prowadzącym działalność gospodarczą pod nazwą Zakład Wykonawstwa Instalacji Sanitarnych i C.O. Andrzej Stepanczenko z siedzibą w Białymstoku (dalej: ZWISiCO lub Przedsiębiorca) oraz Piotrem Stepanczenko, prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą Astern – Instalacje Sanitarne Piotr Stepanczenko z siedzibą: Kleosin (dalej: Astern) porozumienia ograniczającego konkurencję na lokalnym rynku usług montażu urządzeń służących pozyskaniu energii ze źródeł odnawialnych na terenie Gminy Brańsk, polegającego na dokonaniu uzgodnień co do ceny

składanych ofert w przetargu nieograniczonym, organizowanym w ramach zamówienia publicznego, ogłoszonym w dniu 22.05.2013r., pod nazwą „Wykorzystanie odnawialnych źródeł energii w budynkach użyteczności publicznej na terenie Gminy Brańsk), co może naruszać zakaz określony w art. 6 ust. 1 pkt 7 powołanej ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów.

Zgodnie z art. 88 ust. 2 w/w ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów w/w przedsiębiorcy zostali zawiadomieni o wszczęciu postępowania antymonopolowego. W odpowiedzi na zarzut sformułowany w w/w zawiadomieniu strony przedstawiły swoje stanowiska.

ZWISiCO odpowiadając na zawiadomienie o wszczęciu postępowania antymonopolowego podtrzymało swoje wyjaśnienia złożone w postępowaniu wyjaśniającym. Stanowisko ZWISiCO opiera się na twierdzeniu, że każda z firm (ZWISiCO i Asterm) działa na swój rachunek i nie ma między nimi formalnych, ani nieformalnych umów o współpracy. Właściciel ZWISiCO osobiście przygotowywał ofertę przetargową i według jego wiedzy także oferta złożona przez Asterm była przygotowana osobiście przez właściciela. ZWISiCO wskazał, że poza przedmiotowym przetargiem obie firmy nie występowały razem w innych przetargach. Jednocześnie wyjaśnił, że „po usunięciu z kosztorysu swoich urządzeń, z którymi zamierzałem wystartować, zgodziłem się również na użyczenie swojego programu do kosztorysowania i stworzonego w nim opisanego powyżej podkładu” (podkładem nazywa Przedsiębiorca wprowadzone do programu kosztorysującego danych z przedmiaru robót, załączonego do SIWZ i zamieszczonych na stronie internetowej Zamawiającego). Przedsiębiorca informuje, że wiedział, iż Asterm także zamierza wziąć udział w przedmiotowym przetargu, ponieważ zgodził się na udzielenie Asterm swoich zasobów w postaci zdolności finansowych i referencji, stanowiących elementy niezbędne oferty przetargowej. ZWISiCO wyraził pogląd, że skoro on zaproponował w swojej ofercie urządzenia firmy Viessmann, a Asterm zaproponował z kolei urządzenia firmy Stiebel Eltron, to ich specyfika i stosowane różne rozwiązania technologiczne determinują „konieczność odrębnego ustalania wszystkich elementów cenotwórczych (ilości i wartości roboczogodzin, narzutów)”. Przedsiębiorca tłumaczył ponadto fakt posiadania, wraz z Asterm, tego samego numeru fax-u, zbieżność adresu mailowego Asterm ze stroną internetową ZWISiCO oraz udostępnienie zasobów. Mianowicie fax jest udostępniony, ponieważ Asterm nie dysponuje telefonem stacjonarnym, a nazwa „Astern” (jako dotychczasowy element prezentacji graficznej ZWISiCO) została przekazana synowi w momencie podjęcia przez niego samodzielnej działalności. ZWISiCO podniósł także, że jego oferta, jak i oferta Asterm była kompletna, nie podlegała odrzuceniu. W rankingu zawierającym informacje o wyborze oferty najkorzystniejszej oferta Asterm była trzecia w kolejności z liczbą punktów równa 95,90%, poprzedzała ją oferta konsorcjum innych firm (96,78%), a kolejna, wygrywająca (100%) złożył ZWISiCO. Zdaniem ZWISiCO taka kolejność świadczyć ma „o braku możliwości bezpośrednich powiązań mego przedsiębiorstwa z firmą syna, które mogłyby utrudnić procedowanie”.

Przedsiębiorca wskazał dalej na przesłanki zastosowania przepisu art. 3 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, jako niewystępujące w przedmiotowej sprawie.

Drugi z przedsiębiorców – Asterm odnosząc się do zawiadomienia o wszczęciu postępowania antymonopolowego, wyjaśnił, że w trakcie przygotowania oferty do przedmiotowego przetargu korzystał z programu Norma, z już wprowadzonymi pozycjami kosztorysowymi dla oferty ZWISiCO, udzielonego przez Andrzeja Stepanczenko (ojca). Asterm potwierdził, że zwrócił się do Andrzeja Stepanczenko o udostępnienie referencji (poświadczenia posiadania wiedzy, doświadczenia, potencjału technicznego, jak również zdolności kredytowych). Wyjaśniając kwestie wspólnego fax-u Asterm wskazał, że nie posiadał stacjonarnego numeru telefonu i dlatego korzystał z numeru ZWISiCO.

Organ antymonopolowy postanowieniem nr 63/14 z dnia 18.02.2014r. zaliczył w poczet dowodów w niniejszym postępowaniu antymonopolowym materiał dowodowy uzyskany w trakcie postępowania wyjaśniającego prowadzonego w sprawie wstępnego ustalenia, czy działania wskazanych przedsiębiorców uczestniczących w przetargu organizowanym przez Gminę Brańsk „Wykorzystanie odnawialnych źródeł energii w budynkach użyteczności publicznej na terenie Gminy Brańsk” (ogłoszony: 22.05.2013r.) nie naruszają przepisów w/w ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów uzasadniając wszczęcie postępowania antymonopolowego, w tym czy sprawa ma charakter antymonopolowy (sygn. akt: RLU-400-28/13/IM).

Prezes UOKiK ustalił, co następuje:

Przedsiębiorcy (strony postępowania)

Andrzej Stepanczenko, prowadzi zarejestrowaną (wpis do Centralnej Ewidencji i Informacji o Działalności Gospodarczej) działalność gospodarczą pod nazwą Zakład Wykonawstwa Instalacji Sanitarnych i C.O. Andrzej Stepanczenko z siedzibą w Białymstoku, wykonując instalacje sanitarne we wszystkich technologiach, w tym pompy ciepła, oraz sieci i przyłącza wodociągowe.

Piotr Stepanczenko, prowadzi zarejestrowaną (wpis do Centralnej Ewidencji i Informacji o Działalności Gospodarczej) działalność gospodarczą pod nazwą Asterm – Instalacje Sanitarne Piotr Stepanczenko z siedzibą: Kleosin, zajmując się m.in. wykonawstwem instalacji wodno-kanalizacyjnych i ciepłych.

Postępowanie przetargowe

Gmina Brańsk (dalej także: Zamawiający) zorganizowała przetarg nieograniczony, na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004r. prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2010r., Nr 113, poz. 759 ze zm.), w ramach zamówienia publicznego, ogłoszony w dniu 22.05.2013r., pod nazwą „Wykorzystanie odnawialnych źródeł energii w budynkach użyteczności publicznej na terenie Gminy Brańsk (ogłoszenie o przetargu opublikowane w Biuletynie Zamówień Publicznych pod nr 84687-2013), W dniu 22.05.2013r. na

stronie internetowej Biuletynu Zamówień Publicznych zostało zamieszczone ogłoszenie Gminy Brańsk, dotyczące udzielenia zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego, w celu zawarcia umowy na montaż urządzeń służących pozyskaniu energii ze źródeł odnawialnych tj.: pomp ciepła i kolektorów słonecznych w budynkach użyteczności publicznej na terenie Gminy Brańsk. Projekt był współfinansowany ze środków Unii Europejskiej w ramach Regionalnego Programu Operacyjnego Województwa Podlaskiego na lata 2007-2013. Zgodnie ze Specyfikacją Istotnych Warunków Zamówienia (SIWZ) detaliczny zakres zamówienia obejmował (k-220) wykonanie pomp ciepła i kolektorów słonecznych w budynkach (głównie szkoły), w kilku miejscowościach Gminy Brańsk, ich rozruch, szkolenie użytkowników i serwis. Kwota środków przeznaczonych na sfinansowanie zamówienia miała być ujawniona bezpośrednio przed jawnym otwarciem ofert. Jedyne kryterium oceny złożonych ofert stanowiła cena i miała ona charakter ryczałtowy, tj. odnosiła się do całości przedmiotu zamówienia. Zgodnie ze SIWZ ustalenie ceny przez oferentów polegało na zsumowaniu wartości netto wszystkich kosztorysów i doliczeniu wartości podatku VAT.

W przetargu zostało złożonych 11 ofert.

Tabela nr 1 zawierająca oferty złożone w przetargu
(kolejność od ceny najniższej - wygrywającej, do najwyższej)

Lp.	Nazwa wykonawcy	Cena brutto w zł
1.	Zakład Wykonawstwa Instalacji Sanitarnych i CO Andrzej Stepanczenko	1.588.079
2.	Konsorcjum PHU Hydrobud Stanisław Kuźmiński oraz Zakład Usługowo-Handlowy Leszek Kuraszyk	1.640.862
3.	ASTERM Instalacje Sanitarne Piotr Stepanczenko	1.655.976
4.	PHU ALDO Technika Grzewcza Sławomir Wiśniewski	1.762.248
5.	SANITO Sp. z o.o.	1.865.684
6.	FERROX Sp. z o.o.	1.965.549
7.	LEBART Bartosz Łogwiński i wspólnik Sp.J.	2.175.870
8.	Przedsiębiorstwo Instalacji Sanitarnych "WIST" Halina Wysocka	2.240.860
9.	Zakład Remontowo-Budowlany, Instalatorstwo C.O.-Wod-kan. iPEX Lech Węclawski	2.412.098
10.	EKOINSTAL Sp. J. J. Stefanowski, A. Szewczyk	2.450.702
11.	SOLVER Sp. z o.o.	2.778.191

Otwarcie ofert w przedmiotowym przetargu nastąpiło w dniu 06 czerwca 2013r. Przed otwarciem ofert Zamawiający podał kwotę w wysokości 2.333.390,00 zł brutto, jaką zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia. Oferowane kwoty za wykonanie zamówienia sięgały od 1.588.079,51 zł do

2.778.191,43 zł. Zgodnie z jedynym kryterium oceny ofert w postaci wysokości oferowanej ceny trzy najniższe oferty zostały złożone przez:

1. Zakład Wykonawstwa Instalacji Sanitarnych i C.O. Andrzej Stepanczenko z siedzibą w Białymstoku - kwota 1.588.079,51 zł;
2. Konsorcjum: Stanisław Kuźmiński Przedsiębiorstwo Handlowo-Uslugowe „Hydrobud” z/s w Klukowie i Zakład Usługowo-Handlowy Leszek Kuraszyk z/s w Międzyrzeczu Podlaskim – kwota 1.640.862,96 zł;
3. Asterm – Instalacje Sanitarne Piotr Stepanczenko z siedzibą:Kleosin– kwota – 1.655.976,49 zł.

Zamawiający nie odrzucił żadnej oferty, ani nie wykluczył żadnego z oferentów. Natomiast oferenci zostali wezwani (k-30, 65) do uzupełnienia brakujących dokumentów i wyjaśnień. Zgodnie z protokołem Komisji Przetargowej z dnia 03.07.2013r. odpowiednie uzupełnienia zostały przez oferentów dokonane. W przypadku oferty wygrywającej, tj. oferty ZWISiCO uzupełnienie wynikało z braku dołączenia, do złożonej oferty, dokumentów, których **konieczność złożenia wynikała wprost** z rozdziału VI pkt V ppkt 1 i 2 SIWZ. Przedmiotowymi dokumentami były schematy i parametry techniczne instalacji solarnych i pomp ciepła, podstawowych urządzeń, które w ramach realizacji zamówienia miały być instalowane. Asterm został wezwany do uzupełnienia **dokładnie tego samego braku** co ZWISiCO, jak również dokumentów dotyczących podmiotu (ZWISiCO), na zasoby którego Asterm się powoływał, wykazując spełnienie warunków dotyczących sytuacji ekonomicznej i finansowej (oświadczenie o braku podstaw do wykluczenia, odpis z CEiIDG, zaświadczenia o nie zaleganiu z podatkami oraz składkami ZUS, informacja z Krajowego Rejestru Karnego).

Astern i ZWISiCO zostali również wezwani przez Zamawiającego (k-105, 112) do wyjaśnienia, czy nie istnieje pomiędzy nimi związek, określany jako przynależność do tej samej grupy kapitałowej, w rozumieniu powołanej ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów. Zarówno ZWISiCO, jak i Astern, potwierdzili oświadczenia złożone w ramach swoich ofert, tj., iż nie należą do grupy kapitałowej, a ponadto Astern stwierdził, że obaj przedsiębiorcy prowadzą odrębną, samodzielną działalność gospodarczą, we własnym imieniu i na własny rachunek.

W toku postępowania przetargowego jeden z oferentów występujących w ramach konsorcjum, tj. Stanisław Kuźmiński Przedsiębiorstwo Handlowo-Uslugowe z/s w Klukowie (dalej: PHU), na podstawie art. 181 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz.U. z 2013r. poz. 907 ze zm.) poinformował Zamawiającego o niezgodnej z przepisami tejże ustawy czynności podjętej przez Zamawiającego w postaci wyboru oferty ZWISiCO, w kontekście zaniechania czynności odrzucenia ofert ZWISiCO i Astern w związku z art. 89 ust. 1 pkt 3 tej ustawy. PHU wskazało przy tym na niemalże identyczność ofert tych obu przedsiębiorców w zakresie kosztorysów, ich powiązania rodzinne, ten sam numer faksu. Gmina Brańsk stwierdziła w odpowiedzi, iż brak jest podstaw do uznania

ofert ZWISiCO i Asterm, jako wyniku umowy cenowej, ponieważ kosztorysy pełniły jedynie funkcję pomocniczą do ustalenia ceny ryczałtowej. Drugi uczestnik w/w konsorcjum, tj. Zakład Usługowo-Handlowy Leszek Kuraszyk w Międzyrzeczu Podlaskim (dalej: ZU-H) złożył do Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych wnioski o przeprowadzenie kontroli doraźnej przedmiotowego postępowania przetargowego, wskazując na umowę przetargową ZWISiCO i Asterm oraz w związku z tym, bezzasadny wybór najkorzystniejszej oferty.

W wyniku postępowania przetargowego zamówienie zostało udzielone ZWISiCO, jako przedsiębiorcy oferującemu najniższą cenę. W dniu 17.07.2013r. została zawarta umowa Nr BP 272 8 2013, pomiędzy Gminą Brańsk, a ZWISiCO (k-559).

Zgodnie ze SIWZ (k-242) cena za wykonanie całości przedmiotu zamówienia była ceną ryczałtową, co oznaczało, że oferent powinien zsumować wartość netto wszystkich kosztorysów (poszczególnych części zamówienia) i do całości doliczyć wartość podatku VAT. Wskazana cena powinna być ustalona na podstawie projektu budowlanego, przedmiaru robót i stanu terenu. Zgodnie z wzorem umowy, jaka miała być zawarta z podmiotem wygrywającym przetarg, stanowiącym załącznik nr 7 do SIWZ wynagrodzenie uwzględnia płatność za wszystkie obowiązki wybranego wykonawcy oraz koszty niezbędne do zrealizowania przedmiotu zamówienia (k-257). Wzór umowy wskazywał następujące zadania i koszty przyszłego wykonawcy:

1. zabezpieczenie i oznakowanie terenu;
2. koszt robót budowlanych;
3. koszt urządzenia placu budowy i zaplecza;
4. koszt ubezpieczenia budowy;
5. koszt utrzymania i dozoru placu budowy;
6. koszty zużycia wody i energii;
7. prowadzenie dokumentacji budowy i przygotowanie dokumentacji powykonawczej;
8. koszty robót porządkowych;
9. koszty prac remontowych (po właściwych pracach budowlanych);
10. koszty dokumentacji geologicznej;
11. inne, niezbędne do wykonania przedmiotu zamówienia.

Z analizy dokumentów uzyskanych w toku postępowania, tj. załączników do zawiadomień, SIWZ wraz z załącznikami, ofert przetargowych przedsiębiorców wraz z załącznikami, korespondencji Zamawiającego z oferentami, protokołu postępowania w trybie przetargu nieograniczonego, wynikają następujące ustalenia:

1. W ofertach wykonawców znalazły się kosztorysy ofertowe na każdy fragment prac, w konkretnej miejscowości, w ramach montażu, w budynkach użyteczności publicznej, urzędzeń służących pozyskaniu energii ze źródeł odnawialnych; Kosztorysy te zostały przygotowane na podstawie

wyceny szacunkowej (przedmiar robót); suma kwot netto, wynikających z w/w kosztorysów z doliczonym następnie podatkiem VAT stanowiła cenę ryczałtową, będącą ofertą (sposób tego obliczenia – k- 242); przedmiary robót były udostępnione przez Gminę na stronie internetowej: http://bip.ug.bransk.wrotapodlasia.pl/zamowienia_i_przetargi/1774e37b55dbdb9/cde67bb3b84e20b/odnawialne_zrodla.htm; obok określenia urządzeń i materiałów w przedmiarach znajdowała się również ich ilość, bez jakiegokolwiek odniesienia do wartości;

2. Na podstawie analizy poszczególnych pozycji uproszczonych kosztorysów ofertowych, zawartych w ofertach ZWISiCO (k 282-334) i Asterm (k 361-412) można stwierdzić ich daleko idące **podobieństwo, graniczące z identycznością**; kosztorysy ZWISiCO i Asterm pokrywają się w 376 pozycjach na łącznie 393 pozycje (liczby do drugiego miejsca po przecinku), czyli w 95,67% pozycji;
3. pozycje kosztorysów ZWISiCO i Asterm **wyceniane indywidualnie** (podstawą wyceny jest indywidualna analiza kosztów, w pozostałych pozycjach podstawą były, wynikające z przedmiarów, Kosztorysowe Normy Nakładów Rzeczowych) we wszystkich – 36 pozycjach **mają identyczne wartości**;
4. występujące nieliczne różnice pomiędzy pozycjami kosztorysowymi ofert ZWISiCO i Asterm dotyczą przede wszystkim, w odniesieniu miejscowości, w których miało być wykonywane zamówienie, pierwszych pozycji kosztorysu ofertowego w dziale „Urządzenia kotłowni” (pompa ciepła); różnice takie zachodzą w sześciu na siedem miejscowości, jednakże mają one bardzo specyficzny charakter ponieważ każdorazowo różnicę pomiędzy pozycją kosztorysową ZWISiCO, a Asterm stanowi **równa kwota**; obrazuje to poniższa tabela:

Tab. Nr 2. Porównanie pozycji kosztorysów ofertowych ZWIS i ASTERM w dziale „Urządzenia kotłowni”, w zł.

miejsowość	ZWISiCO	Astern	różnica
Holonki	94.647,22	104.647,22	10.000
Chojewo	94.647,22	104.647,22	10.000
Oleksin	94.647,22	104.647,22	10.000
Szmarły	27.016,64	29.016,64	2.000
Domanowo	pozycja „Urządzenia kotłowni” nie występuje		
Glinnik	94.647,22	104.647,22	10.000
Kalnica	36.935,72	37.935,72	1000

Wskazane w tabeli **różnice nie są naturalne**, ich wystąpienie z punktu widzenia logiki i doświadczenia życiowego jest niemożliwe. Ustalenia te potwierdzają informację Astern o przygotowaniu swojej oferty na podstawie uprzednio sporządzonej oferty (pozycji w kosztorysie) ZWISiCO.

5. różnica pomiędzy ofertami ZWISiCO – 1.291.121,55 zł i Astern – 1.346.322,35 zł (ceny netto) wynosi 55.200,80 zł (4,27%); z kolei aż **na**

78% tej niewielkiej w stosunku do całości oferty różnicy **składają się różnice, wskazane w powyższej tabeli**; należy przy tym zaznaczyć, że pozostała część omawianej różnicy wynika z różnych wielkości (kosztorys odnosił się oddzielnie do każdej z miejscowości, w których miało być realizowane zamówienie publiczne) **zawsze tych samych pozycji kosztorysu** ofertowego, zawartych w dziale „automatyka”;

6. Ustalona w SIWZ (k-239) wielkość wadium była równa 10.000 zł (dziesięć tysięcy złotych); Zamawiający miał prawo zatrzymania wadium m.in. w przypadku odmowy podpisania umowy przez podmiot wygrywający przetarg lub gdy zawarcie takiej umowy stało się niemożliwe z przyczyn leżących po stronie wykonawcy (np. brak uzupełnienia oferty o niezbędne dokumenty);
7. oferty ZWISiCO i Asterm miały numery nadane przez Zamawiającego: 7 i 8, analiza kolejnych ofert, tj. nr 9 (Zawiadamiający) i 10 wykazała, że **ani jedna ich pozycja się nie pokrywa**, pozycje kosztorysowe ofert **nr 9 i 10 nie pokrywają się także w żadnej pozycji z ofertami nr 7 i 8** (k 131-146);
8. w SIWZ dopuszczono, w rozdziale V możliwość skorzystania przez oferentów z wiedzy, doświadczenia, potencjału technicznego i zdolności finansowych innych podmiotów, co miało być udowodnione przez przedstawienie pisemnego zobowiązania takich podmiotów do oddania, do dyspozycji, niezbędnych zasobów w związku z wykonywanym zamówieniem; Asterm w swojej ofercie zawarł **zobowiązanie ZWISiCO do udostępnienia na rzecz Asterm**, przy wykonywaniu przedmiotowego zamówienia, zasobów w postaci zdolności finansowych: ubezpieczenia od odpowiedzialności cywilnej (na kwotę nie mniejszą niż 250 tys. zł) oraz posiadania odpowiednich środków finansowych lub zdolności kredytowej (nie mniej niż 250 tys. zł);
9. w obu ofertach, złożonych kolejno po sobie (numery ofert to: 7 i 8, złożone o godz. 9.26 i 9.27), występuje **ten sam błąd literowy**, w nazwie miejscowości („Glinniki” zamiast Glinnik), jak również **na kopertach z ofertami** znalazł się **ten sam błąd literowy** („termonem” zamiast terminem);
10. w obu ofertach został podany **ten sam numer** faksu;
11. adres mailowy podany w ofercie przetargowej Asterm to biuro@asterm.com.pl, natomiast strona www.asterm.com.pl reklamuje usługi innego uczestnika tego samego przetargu, tj. ZWISiCO.
12. przedsiębiorcy są blisko **powiązani rodzinnie**; Andrzej Stepanczenko (ZWISiCO) jest ojcem Piotra Stepanczenko (Astern);

Z oświadczeń przekazanych przez ZWISiCO oraz Astern wynika, że poza przedmiotowym przetargiem w Gminie Brańsk, nie uczestniczyli oni jednocześnie w żadnych innych przetargach.

Asterm i ZWISiCO przedstawili informacje i dokumenty dokumentujące wysokość uzyskanych przez nich w przychodów 2013 roku. Przychód Asterm wyniósł (...) zł, a ZWISiCO był równy (...) zł.

Prezes UOKiK zważył, co następuje:

Interes publiczny

Zgodnie z art. 1 ust. 1 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów, ustawa określa warunki rozwoju i ochrony konkurencji oraz zasady podejmowanej w interesie publicznym ochrony interesów przedsiębiorców i konsumentów. Podejmując więc działania określone w przywołanej ustawie, Prezes UOKiK występuje w funkcji rzecznika interesu publicznego¹.

Ochrona interesu publicznego oznacza, iż organ antymonopolowy „ingeruje, gdy w wyniku pewnych ogólnych zjawisk zagrożona jest sama instytucja konkurencji. Nie odnosi się do ochrony roszczeń indywidualnych.”². Inaczej mówiąc, podstawą do zastosowania przepisów ustawy antymonopolowej jest ustalenie, czy nastąpiło naruszenie wskazanego przepisami ustawy interesu publicznego, nie zaś interesu jednostki³, czy też grupy⁴. Zgodnie ze stanowiskiem wyrażonym przez Sąd Najwyższy w wyroku z dnia 27 sierpnia 2003 r., dane antykonkurencyjne działania przedsiębiorcy lub przedsiębiorców traci swój indywidualny lub grupowy charakter, „gdy skutkami działań sprzecznych z przepisami obu ustaw dotknięty został szerszy krąg uczestników rynku, a nie tylko jeden podmiot, względnie gdy działania te wywołały na rynku inne niekorzystne zjawiska”⁵.

Sąd Ochrony Konkurencji i Konsumentów w wyroku z dnia 21 marca 2005r. (sygn. akt XVII Ama 16/04) wskazał, iż ochronę interesu publicznego określonego w ustawie antymonopolowej należy utożsamiać z „istnieniem i rozwojem konkurencji na wszystkich rynkach właściwych”. Tym samym, „działanie ograniczające jej powstanie lub rozwój interes ten narusza”.

Zgodnie z art. 6 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów, zakazane są porozumienia, których celem lub skutkiem jest wyeliminowanie, ograniczenie lub naruszenie w inny sposób konkurencji na rynku właściwym. Oznacza to, iż ustawodawca za pośrednictwem przywołanego przepisu wprowadził zasadę ochrony konkurencji „jako zjawiska instytucjonalnego, czyli zachowania takiego *status quo* na rynku właściwym, które pozwoli na podejmowanie przez przedsiębiorców autonomicznych (samodzielnych) decyzji rynkowych”⁶. Należy

¹ Wyrok Sądu Ochrony Konkurencji i Konsumentów z dnia 04.07.2001 r., sygn. akt XVII Ama 108/00.

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

³ Sąd Antymonopolowy w wyroku z dnia 3 kwietnia 2002 r., sygn. akt XVII Ama 88/01, wyraźnie wskazał, iż „Celem ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów nie jest ochrona prywatnoprawnego interesu przedsiębiorcy bądź konsumenta”.

⁴ Wyrok Sądu Okręgowego w Warszawie – Sądu Antymonopolowego z dnia 12 czerwca 2002 r., sygn. akt XVII AmA 47/2001.

⁵ Wyrok Sądu Najwyższego w wyroku z dnia 27 sierpnia 2003 r., sygn. akt I CKN 527/01.

⁶ C. Banasiński [red.], *Ustawa o ochronie konkurencji konsumentów. Komentarz.*, Warszawa 2009, s. 180.

przy tym zauważyć, iż ustawodawca konstruuując przywołaną regulację wskazał wyraźnie, iż „zakazane jest samo porozumienie, którego celem lub skutkiem jest wyeliminowanie, ograniczenie lub naruszenie w inny sposób konkurencji na rynku właściwym. Nie jest więc koniecznym, aby wystąpił zamierzony skutek w całości lub w części⁷”.

Szczególnie szkodliwe z punktu widzenia ochrony konkurencji są porozumienia przetargowe polegające na uzgodnieniu warunków składanych ofert, w szczególności ceny, jako ingerencja w podstawowy obszar rywalizacji przedsiębiorców na danym rynku właściwym. Wyłączenie bowiem konkurencji cenowej pomiędzy przedsiębiorcami poprzez zawarcie stosownego porozumienia może z jednej strony prowadzić do wzrostu cen za rozprowadzane towary lub świadczone usługi, a z drugiej strony niweluje impuls dla tych samych przedsiębiorców do zwiększania efektywności swoich działań.

Niniejsze postępowanie dotyczy zawarcia, przez uczestników postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, w przetargu organizowanym przez Gminę Brańsk „Wykorzystanie odnawialnych źródeł energii w budynkach użyteczności publicznej na terenie Gminy Brańsk”, porozumienia dotyczącego ustalenia warunków składanych ofert, w szczególności ceny. Praktyka tego rodzaju ogranicza konkurencję cenową pomiędzy przedsiębiorcami, natomiast w interesie publicznym leży istnienie i rozwój konkurencji na wszystkich rynkach właściwych. Działania ograniczające powstanie lub rozwój konkurencji naruszają interes publiczny.⁸

Zgodnie z orzecznictwem Sądu Najwyższego, porozumienie cenowe należy do najcięższych naruszeń konkurencji, albowiem zawsze wywołuje niekorzystne działania na rynku, zniekształcając ten rynek, ograniczając albo eliminując na nim konkurencję, przez co naruszają interes ogólnospołeczny.⁹ W sprawie będącej przedmiotem niniejszej decyzji, która dotyczy zarzutu zawarcia zmowy przetargowej został naruszony interes publicznoprawny, poprzez zniekształcenie zasad konkurencji w postępowaniu przetargowym, co uzasadnia ocenę zachowania stron tego postępowania antymonopolowego w świetle przepisów ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów. Zmowy przetargowe mogą bowiem powodować zakłócenie funkcjonowania systemu zamówień publicznych, poprzez „zniweczenie celu, jaki ma być osiągnięty w drodze przetargu, a mianowicie wybór najkorzystniejszych ofert składanych przez oferentów w warunkach konkurencji” (tak: wyrok SOKiK z dnia 17 kwietnia 2008 r., sygn. akt: XVII Ama 117/05).

W związku z powyższym, w niniejszej sprawie, w ocenie organu antymonopolowego, istnieją podstawy do podjęcia działań - w interesie publicznym - na podstawie przepisów o ochronie konkurencji i konsumentów.

Status przedsiębiorcy

⁷ Wyrok Sądu Ochrony Konkurencji i Konsumentów z dnia 24 marca 2004 r., sygn. akt XVII Ama 40/02, Dz.Urz.UOKiK 2004/3/310.

⁸ wyrok Sądu Ochrony Konkurencji i Konsumentów z dnia 21.03.2005 r. , sygn. akt XVII Ama 16/04,

⁹ wyrok Sądu Najwyższego z dnia 24 lipca 2003 r. (sygn. akt: I CKN 469/01)

Przepisy ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów zakazujące praktyk ograniczających konkurencję stosuje się do przedsiębiorców i ich związków. Przy czym, stosownie do art. 4 pkt 1 tej ustawy, ilekroć mowa w niej o przedsiębiorcy – rozumie się przez to przedsiębiorcę w rozumieniu przepisów o swobodzie działalności gospodarczej, a także między innymi: a) osobę fizyczną, osobę prawną, a także jednostkę organizacyjną niemającą osobowości prawnej, której ustawa przyznaje zdolność prawną, organizującą lub świadczącą usługi o charakterze użyteczności publicznej, które nie są działalnością gospodarczą w rozumieniu przepisów o swobodzie działalności gospodarczej, b) osobę fizyczną wykonującą zawód we własnym imieniu i na własny rachunek lub prowadzącą działalność w ramach wykonywania takiego zawodu.

Nie ulega więc wątpliwości, że strony niniejszego postępowania wpisane do Centralnej Ewidencji i Informacji Działalności Gospodarczej Rzeczypospolitej Polskiej są przedsiębiorcami w rozumieniu art. 4 pkt 1 ustawy o ochronie (...).

Rynek właściwy

Praktyki ograniczające konkurencję ujawniają się na określonym rynku właściwym. Stąd też dla poprawnej oceny zachowania uczestników niniejszego postępowania w kontekście zastosowania art. 6 ust. 1 pkt 7 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów konieczne jest zdefiniowanie rynku właściwego w sprawie. Zgodnie z art. 4 pkt 9 ww. ustawy przez rynek właściwy rozumie się rynek towarów, które ze względu na ich przeznaczenie, cenę oraz właściwości, w tym jakość, uznawane są 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. Pod pojęciem towarów rozumieć należy, w myśl art. 4 pkt 7 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów, zarówno rzeczy, jak i energię, papiery wartościowe i inne prawa majątkowe, usługi, a także roboty budowlane.

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 jakości¹⁰. 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 asortymentowego, a także geograficznego.

Przedmiotem zarzutów w niniejszej sprawie jest zawarcie porozumienia ograniczającego konkurencję polegającego na uzgodnieniu warunków składanych ofert, w związku z przetargiem organizowanym przez Gminę Brańsk

¹⁰ E. Modzelewska-Wąchał, Ustawa o ochronie konkurencji i konsumentów. Komentarz, Wydawnictwo TWIGGER, Warszawa 2002, s. 49.

„Wykorzystanie odnawialnych źródeł energii w budynkach użyteczności publicznej na terenie Gminy Brańsk” w 2013r.

Zakres przedmiotowy rynku właściwego w sprawie wyznacza treść zamówienia publicznego w postaci przetargu nieograniczonego, a dotyczył on wykonania robót budowlanych w postaci montażu urządzeń służących pozyskaniu energii ze źródeł odnawialnych tj. pomp ciepła i kolektorów słonecznych.

Uwarunkowania geograficzne wynikają z odniesienia miejsca przetargu oraz siedzib przedsiębiorców, którzy starali się o realizację tego zamówienia publicznego. Przedmiotowy przetarg dotyczył wykonania w/w prac budowlanych, w budynkach użyteczności publicznej w kilku miejscowościach, położonych na terenie Gminy Brańsk. Przedsiębiorcy, jacy wzięli w nim udział pochodzą przede wszystkim z województwa podlaskiego, tj. siedmiu na dwunastu (dwóch uczestniczyło jako konsorcjum) oferentów oraz po dwóch z północnej części woj. lubelskiego i mazowieckiego. Tylko jeden oferent na dwunastu posiadał siedzibę poza wskazanym regionem, tj. w Tarnowskich Górach na Śląsku. W związku z powyższym uprawnione jest określenie rynku pod względem geograficznym, jako regionu środkowo-wschodniego, obejmującego większość województwa podlaskiego oraz część województw mazowieckiego i lubelskiego. Niezależnie od tych ustaleń należy wskazać, że określenia rynku dokonuje się przede wszystkim z uwagi na ustalanie udziałów rynkowych danych przedsiębiorców, a taka konieczność w niniejszej sprawie nie zachodzi, ze względu na brak wyłączenia, zgodnie z art. 7 ust. 2 ustawy o ochronie konkurencji (...) z tytułu niewielkich udziałów rynkowych, możliwości zastosowania wskazanej ustawy wobec przedsiębiorców zawierających porozumienie przetargowe.

W związku z powyższym w niniejszym postępowaniu Prezes UOKiK uznał, że porozumienie zawarto na lokalnym rynku usług z zakresu prac budowlanych polegających na montażu urządzeń służących pozyskaniu energii ze źródeł odnawialnych tj. pomp ciepła i kolektorów słonecznych na terenie Gminy Brańsk.

Porozumienie ograniczające konkurencję

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

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

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

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

Powołany przepis ustanawia bardzo szeroką definicję porozumienia, a wszystkie trzy formy porozumienia, o ile są antykonkurencyjne, są zakazane. Należy podkreślić, że porozumienie w znaczeniu ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów jest pojęciem szerszym niż umowa, przejawem porozumienia są bowiem oprócz umowy, także uzgodnienia w jakiejkolwiek formie, a także uchwały i inne akty. Jak wskazał SOKiK: „*definicja porozumienia przyjęta przez ustawodawcę odbiega od cywilistycznego rozumienia pojęcia porozumienia w tym sensie, że została zakreślona szeroko pozwalając przyjąć za porozumienia uzgodnienia, a zatem wszelkie formy skoordynowanych działań, które zmierzają do naruszenia konkurencji*”¹¹. Należy również odwołać się do orzecznictwa unijnego, w którym wielokrotnie wskazywano, że do ustalenia zawarcia porozumienia „*wystarczające jest, że przedsiębiorcy wyrazili swoją wspólną intencję zachowania się na rynku w określony sposób*”¹². Zatem **kluczową kwestią jest ustalenie zgodności woli pomiędzy co najmniej dwoma przedsiębiorcami**. Forma jaką ta zgodność woli przybierze jest nieistotna, tak długo jak stanowi wyraz intencji stron¹³.

Porozumienia ograniczające konkurencję mogą być ujawniane za pomocą dowodów bezpośrednich lub pośrednich”¹⁴, w szczególności w zależności od tego, czy posiadały one formę pisemną, czy ustną.

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 dwoma przedsiębiorcami, których dotyczy niniejsza decyzja istniała umowa regulująca zasady ich działania przy przystępowaniu do tegoż przetargu. W tym stanie rzeczy należy przyjąć, iż

¹¹ Wyrok SOKiK z dnia 27 kwietnia 2011 r., sygn. akt: XVII AmA 44/09.

¹² Wyrok Sądu w sprawie T-7/89 *SA Herkules Chemicals NV przeciwko Komisji*, wyrok Sądu w sprawie T-305/94 *NV Limburgse Winyl Maatschappij przeciwko Komisji*.

¹³ Wyrok Sądu z dnia 26.10.2000 r. w sprawie T-41/96 *Bayer AG przeciwko Komisji*.

¹⁴ Wyrok Sądu Najwyższego, III SK 6/06, Dz.Urz. UOKiK 2007/3/39.

porozumienie zawarte pomiędzy stronami miało charakter nieformalnych uzgodnień co do podejmowanych działań.

Jednocześnie w orzecznictwie Sądu Ochrony Konkurencji i Konsumentów podkreśla się, iż wykazanie istnienia zmowy przetargowej jest 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 zmowy przetargowej. Nie da się bowiem inaczej racjonalnie wytłumaczyć podania przez powódkę i zainteresowanych zbliżonych parametrów ofert zgłoszonych do przetargu, a pozostałe okoliczności sprawy zgodnie i jednoznacznie wskazują na uzgodnienie między podmiotami warunków składanych ofert, co stanowi niedozwoloną praktykę ograniczającą konkurencję”* (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. Stosownie bowiem do treści przepisu art. 231 ustawy z dnia 17 listopada 1964 r. Kodeks postępowania cywilnego (Dz. U. Nr 43, poz. 296, ze zm.), który w postępowaniu antymonopolowym znajduje zastosowanie w związku z art. 84 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów, można uznać za ustalone fakty mające istotne znaczenie dla rozstrzygnięcia sprawy, jeżeli wniosek taki można wyprowadzić z innych ustalonych faktów.

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 porozumienia 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).

Dowiedzenie w niniejszej sprawie faktu zawarcia przez strony postępowania porozumienia ograniczającego konkurencję co do warunków składanych ofert, tj. ceny oraz zachowania w toku przetargu organizowanego przez Gminę Brańsk, polega na wykazaniu, za pomocą wniosków z ustalonych faktów oraz domniemań faktycznych, spełnienia poniższych przesłanek:

- przedsiębiorcy objęci zarzutem zawarli porozumienie, polegające na uzgadnianiu warunków ofert składanych do przetargu (cen);
- cel lub skutek porozumienia miał charakter antykonkurencyjny.

Zawarcie porozumienia

Na zawarcie porozumienia przez strony niniejszego postępowania wskazują następujące fakty:

- I. skoordynowanie działań w związku z przygotowaniem ofert do przedmiotowego przetargu.
- II. kontakty (powiązania) pomiędzy stronami.

Ad I.

Na podstawie analizy poszczególnych pozycji uproszczonych kosztorysów ofertowych, zawartych w ofertach ZWISiCO (k 282-334) i Asterm (k 361-412) można stwierdzić ich daleko idące podobieństwo, graniczące z identycznością. Kosztorysy ZWISiCO i Asterm, pokrywają się w 376 pozycjach na łącznie 393 pozycje (liczby do drugiego miejsca po przecinku), czyli w 95,67% pozycji. Trudne do wyobrażenia jest uzasadnienie identyczności przykładowo chociażby takich pozycji, jak: „rozbiórka elementów konstrukcji betonowych niezbrojonych o grubości do 15cm” (obaj przedsiębiorcy wyceniają taką pracę na 236,98 zł/m³) – k- 289 i k-368, oraz „Wywiezienie samochodami samowyladowczymi gruzu z rozbieranych konstrukcji... do 1 km” (obaj przedsiębiorcy wyceniają taką pracę na 1283,77zł/m³). Informacje przekazane przez ZWISiCO w toku postępowania o udzieleniu Asterm programu kosztorysowego wraz ze stworzonym w nim przez ZWISiCO "podkładzie" (k-156) potwierdzają wniosek o uzgodnieniu warunków ofert. Według ZWISiCO "podkład" to wprowadzone do programu kosztorysującego dane z przedmiaru robót zamieszczonych na stronie internetowej zamawiającego (k-156). Program wraz z "podkładem" został udostępniony Asterm. Istotnym jest, że przedmiary robót, udostępnione na stronie Gminy (http://bip.ug.bransk.wrotapodlasia.pl/zamowienia_i_przetargi/1774e37b55dbdb9/cde67bb3b84e20b/odnawialne_zrodla.htm, k-602-609) nie zawierają jakichkolwiek cen, a jedynie specyfikacje odnoszące się do potrzebnych urządzeń, materiałów i robocizny. W odpowiedzi na zawiadomienie o wszczęciu postępowania antymonopolowego Asterm potwierdził udzielenie mu przez ZWISiCO uprzednio przygotowanego kosztorysu, "po usunięciu istotnych informacji" przez ZWISiCO, na podstawie którego przygotował swoją ofertę (k-13). Te "istotne informacje" odnoszą się do pierwszych pozycji kosztorysu ofertowego w dziale „Urządzenia kotłowni” (pompa ciepła). Różnice takie zachodzą w sześciu na siedem miejscowości, dane dotyczące typów i cen pomp ciepła. Te pozycje miały różną wycenę u obu przedsiębiorców. Jednak Prezes UOKiK stwierdza, że także w tym minimalnym zakresie, w którym oferty obu przedsiębiorców się różniły, zachodzą prawidłowości, które na podstawie elementarnej logiki wskazują na

koordynację ich ofert. Różnice te mają bowiem bardzo specyficzny charakter, ponieważ każdorazowo pomiędzy pozycją kosztorysową ZWISiCO, a Asterm stanowią je kwoty w sposób nienaturalny równe (czterokrotnie różnicę stanowi kwota 10000 zł, raz 2000 zł i raz 1000zł). Zważywszy, że pozycje, których te różnice dotyczą, to skomplikowane urządzenia - pompy ciepła różnych producentów, oferowane na rynku przez różnych sprzedawców (k-595-603), to zostały one wykreowane w takiej wysokości sztucznie, a przede wszystkim w warunkach wzajemnej znajomości ofert. Niemożliwym bowiem jest racjonalne wyjaśnienie dlaczego np. cena dwóch pomp ciepła jednego przedsiębiorcy (77781,20 zł) jest z dokładnością do drugiego miejsca po przecinku o 10000 zł mniejsza od ceny przedsiębiorcy drugiego. Taka prawidłowość zachodzi sześciokrotnie (dane w tabeli nr 2 na str. 9 decyzji). Uzyskanie takich specyficznych różnic w pozycjach kosztorysu jest możliwe wyłącznie w warunkach znajomości obu ofert, przez co najmniej jednego z oferentów, co świadczy o współpracy wskazanych dwóch przedsiębiorców na etapie przygotowywania ofert. Wniosek powyższy potwierdza fakt, iż rozpiętość ofert pozostałych przedsiębiorców, składanych w przedmiotowym przetargu, jest bardzo duża (k-25). Różnica pomiędzy ofertą najniższą (poza ZWISiCO), a najwyższą wynosi w cenach brutto ok. 1.137.000 zł., co wskazuje, że nie można uzasadniać użycia tego samego kosztorysu z uwagi na zbliżone ceny urządzeń, materiałów i robocizny na rynku.

Potwierdzenie wniosku co do koordynacji ofert, wynikających w wyjaśnieniu obu przedsiębiorców oraz analizy wykreowanych różnic w tychże ofertach stanowią także następujące argumenty:

1. pozycje kosztorysów ZWISiCO i Asterm, które miały być wyceniane indywidualnie (podstawą wyceny jest wtedy całościowa, indywidualna analiza kosztów, w pozostałych pozycjach podstawą wyceny były, wynikające z przedmiarów, KNNR - Kosztorysowe Normy Nakładów Rzeczowych) we wszystkich – 36 pozycjach mają identyczne wartości. Są to m.in. takie pozycje, jak: *wykonanie odwiertów* (k-287 i k-366), *podłączenie grupy pompowej SOKI6 plus i automatyki z regulatorem SOM6 plus* (k-296 i k-375)
2. możliwość wystąpienia takich zbieżności, niezależnie od używania tego samego programu kosztorysowego, w ofertach przedsiębiorców będących stronami postępowania, jak wskazane wyżej, bez przyjęcia tezy o uzgodnieniu ich ofert, jest nie realna; taki wniosek potwierdza fakt, iż w przypadku ofert innych przedsiębiorców (dwie obok ZWISiCO oraz Asterm najniższe oferty złożyli: *Konsorcjum PHU Hydrobud Stanisław Kuźmiński i Zakład Usługowo-Handlowy Leszek Kuraszyk* oraz *PHU ALDO Technika Grzewcza Sławomir Wiśniewski*) takie zbieżności nie wystąpiły w **żadnej pozycji** na 393 pozycje ogółem, jak również nie miały miejsca takie zbieżności ofert wskazanych dwóch przedsiębiorców w stosunku do ofert ZWISiCO i Asterm (k 131-146)
3. różnica pomiędzy ofertami ZWIS – 1.291.121,55 zł i ASTERM – 1.346.322,35 zł (ceny netto) wynosi 55.200,80 zł (4,27%); z kolei aż **na**

78% tej niewielkiej różnicy składają się z kolei różnice, stanowiące wyłącznie równe kwoty, wskazane powyżej i w tabeli nr 2 w części „ustalił” niniejszej decyzji. Należy przy tym zaznaczyć, że pozostała część omawianej różnicy między ofertami wynika z różnych wielkości (kosztorys odnosił się oddzielnie do każdej z miejscowości, w których miało być realizowane zamówienie publiczne) **zawsze tych samych pozycji kosztorysu** ofertowego, zawartych w dziale „automatyka”, co pozwala na sformułowanie wniosku o sztucznym i kontrolowanym zróżnicowaniu całości ofert.

4. Zamawiający dopuścił w SIWZ, w rozdziale V, możliwość skorzystania przez oferentów z wiedzy, doświadczenia, potencjału technicznego i zdolności finansowych innych podmiotów i przedstawienie pisemnego zobowiązania takich podmiotów do oddania, do dyspozycji niezbędnych zasobów w związku z wykonywanym zamówieniem. Asterm w swojej ofercie (k-351) zawarł zobowiązanie ZWISiCO do udostępnienia na jego rzecz, przy wykonywaniu przedmiotowego zamówienia, zasobów w postaci zdolności finansowych: ubezpieczenia od odpowiedzialności cywilnej (na kwotę nie mniejszą niż 250 tys. zł) oraz posiadania odpowiednich środków finansowych lub zdolności kredytowej (nie mniej niż 250 tys. zł). ZWISiCO wyjaśnił (k-155), że wskazane udostępnienie zdolności finansowych nie wiązało się z odpłatnością ze strony Asterm na jego rzecz. Prezes UOKiK stwierdza, że takie udostępnienie jest oczywiście legalne i zgodne z przepisami powoływanej ustawy Prawo zamówień publicznych, prowadzi jednak do wniosku o daleko posuniętej współpracy obu w/w przedsiębiorców jego ocena w tym konkretnym przypadku, z punktu widzenia możliwości zaistnienia niedozwolonego porozumienia, podmiotów teoretycznie ze sobą konkurujących o to samo zamówienie, prowadzi do wniosku o współpracy obu w/w przedsiębiorców, w ramach której jeden z nich ułatwia, a wręcz umożliwia potencjalnemu konkurentowi startu w przetargu, w którym sam bierze udział. Takie udostępnienie zasobów ma wymiar ekonomiczny, a nie wiązało się z jakąkolwiek odpłatnością, czy inną formą ekwiwalentności ze strony Asterm (uzasadnioną ze względu na życiowe doświadczenie jest teza, iż dowolny, „obcy” przedsiębiorca nie udostępniłby swoich zasobów na rzecz Asterm w taki sposób). Przywołane okoliczności wskazują więc na daleko posunięte współdziałanie Asterm i ZWISiCO w trakcie przygotowywania ofert w przedmiotowym przetargu, ułatwiające zawarcie i wprowadzenie w życie porozumienia ograniczającego konkurencję.
5. W ofertach przetargowych Asterm i ZWISiCO znalazł się **ten sam istotny błąd** w postaci braku złożenia materiałów **wprost wskazanych** w SIWZ (k-236), w postaci dokumentów potwierdzających, że oferowane roboty budowlane odpowiadają określonym wymaganiom. Należało wraz z ofertą przedłożyć: *schematy instalacji solarnych wraz z podaniem parametrów technicznych*, a także *schematy instalacji pomp ciepła wraz z podaniem parametrów technicznych*. Obaj przedsiębiorcy zostali wezwani do uzupełnienia tego braku. Wskazane zaniechanie w zakresie tej samej dokumentacji przetargowej, stanowi argument dodatkowy w zakresie domniemania o skoordynowanym przygotowaniu oferty.

6. Organ antymonopolowy stwierdził ponadto, że o kontaktach i wspólnym przygotowaniu ofert w przedmiotowym przetargu świadczy fakt, iż w ofertach ZWISiCO oraz Asterm występuje ten sam błąd literowy, w nazwie miejscowości („Glinniki” zamiast Glinnik). Taki sam wniosek wynika także z okoliczności, że na **kopertach zawierających oferty** i dostarczonych do Zamawiającego znalazł się ten sam błąd literowy („termonem” zamiast terminem).

Ad II.

Wymienione w poprzedzającej części niniejszej decyzji fakty, dokumentujące koordynację działań ZWISiCO i Asterm w związku ze składaniem ofert w przetargu organizowanym przez Gminę Brańsk potwierdza również, fakt istnienia pomiędzy tymi przedsiębiorcami ścisłego powiązania. Taki wniosek jest oczywisty, także w kontekście powiązań rodzinnych właścicieli obu firm (Piotr Stepanczenko jest synem Andrzeja Stepanczenko). Powiązania rodzinne, same w sobie nie mogą być oczywiście oceniane negatywnie, jednak w przypadku występowania danych przedsiębiorców w tych samych przetargach, mogą być one oceniane, jako ułatwiające kontakt w związku z niedozwolonym porozumieniem.

O powiązaniach obu przedsiębiorców świadczą także takie elementy, jak to, że posiadają ten sam numer faksu. Ponadto adres mailowy Asterm, podany także w ofercie przetargowej to: biuro@asterm.com.pl, natomiast strona www.asterm.com.pl (domena, z której adres mailowy Asterm pochodzi) reklamuje usługi innego uczestnika tego samego przetargu, tj. ZWISiCO. Wskazane zależności potwierdzają bliskie powiązania między tymi przedsiębiorcami.

Reasumując, powyższe okoliczności oceniane w świetle zasad logiki i doświadczenia życiowego wskazują w sposób niebudzący wątpliwości, że strony niniejszego postępowania działały w porozumieniu, stwarzając jedynie pozory uczciwej konkurencji. Nawet gdyby przyjąć, że każda z wskazanych przesłanek, oceniana samodzielnie, nie stanowi wystarczającego dowodu na istnienie porozumienia między przedsiębiorcami, to ich łączne występowanie nie może być ocenione jako działanie przypadkowe, a tym samym świadczy o zawarciu porozumienia.

W podobny sposób do takich przesłanek odnosi się KIO wyroku z dnia 20.03.2013r.: *„(...) wręcz notoryjne (możliwe do ustalenia na podstawie samej zbieżności nazw, nazwisk i siedzib podmiotów) organizacyjne lub rodzinne powiązania pomiędzy poszczególnymi przedsiębiorcami składającymi oferty, sposób przygotowania i wyceniania wskazujący na ich wspólne przygotowania, przesądzają o tego typu kwalifikacji działań wykonawców.”*

Należy przy tym podnieść, że udowodnienie zaistnienia tzw. „zmowy przetargowej” często musi opierać się na dowodach pośrednich (tzw. poszlakach), które wskazywać mogą jedynie na większe lub mniejsze prawdopodobieństwo takiego porozumienia. Z uwagi bowiem na tajność takich porozumień praktycznie niemożliwe jest oparcie się w tym zakresie na dowodach bezpośrednich (wyrok Sądu Najwyższego z dnia 9 sierpnia 2006 r., III SK 6/06).

Biorąc powyższe pod uwagę należy stwierdzić, iż **wykazano spełnienie pierwszej z przesłanek** wskazującej na zawarcie, przez strony niniejszego postępowania, porozumienia polegającego na uzgadnianiu warunków ofert składanych w przetargu (cen).

Antykonkurencyjny cel lub skutek porozumienia

Art. 6 ust. 1 ustawy o ochronie (...) stanowi, że zakazane są porozumienia, których celem lub skutkiem jest wyeliminowanie, ograniczenie lub naruszenie w inny sposób konkurencji na rynku właściwym, polegające m.in. 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. Cel antykonkurencyjny i skutek antykonkurencyjny porozumienia nie muszą zatem wystąpić łącznie. Dla stwierdzenia naruszenia art. 6 ust. 1 pkt 7 w/w ustawy nie ma istotnego znaczenia czy doszło do ograniczenia czy eliminacji konkurencji, skoro już sam cel może stanowić o nielegalności porozumienia (wyrok SOKiK z dnia 24 marca 2004 r. sygn.: XVII Ama 40/02). W nawiązaniu do wcześniej przytoczonych wyroków należy stwierdzić, że w świetle ustawy o ochronie (...) zakazane jest już samo zawarcie (istnienie) porozumienia ukierunkowanego na ograniczenie konkurencji, nie zaś osiągnięcie takiego skutku, a sam efekt ograniczenia konkurencji wcale nie musi wystąpić. Jak podnosi się w literaturze przedmiotu, „niekonieczne jest udowadnianie celu i skutku”, bowiem „cel lub skutek wskazane są jako przesłanki alternatywne” (C.Banasiński i E.Piontek (red.) Ustawa o ochronie konkurencji i konsumentów. Komentarz, s. 187.). Zatem „dla podjęcia przez organ antymonopolowy decyzji stwierdzającej praktykę ograniczającą konkurencję w postaci porozumienia między przedsiębiorcami wystarczy udowodnić tylko jedną z nich” (T. Skoczny (red.) Ustawa o ochronie konkurencji i konsumentów. Komentarz, Warszawa 2009, s.379).

W niniejszej decyzji, Prezes UOKiK wykazał koordynację zachowań stron postępowania (praktyki uzgodnione). Celem tych działań było niewątpliwie ograniczenie konkurencji. Koordynacja działań (ustalanie warunków składanych ofert) 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. Procesy konkurencji w trakcie przeprowadzania przetargów mogą ulec zniekształceniom w wyniku wcześniejszego uzgadniania ofert firm przystępujących do przetargów.

W niniejszej sprawie, zdaniem Prezesa UOKiK, w/w uzgodnione działania stron (przez zawarcie porozumienia) miały na celu uzgodnienie składanych przez

nie ofert aby uzyskać przedmiotowe zamówienie publiczne. Skutkiem zaś miała być wygrana w przetargu i realizacja zawartej umowy z Zamawiającym na warunkach innych niż te, które byłyby osiągnięte w wyniku rzeczywistej konkurencji.

Reasumując, działania stron niniejszego postępowania w trakcie w/w postępowania przetargowego należało uznać za uzgodnione, a konkurencja pomiędzy nimi miała charakter pozorny, ponieważ opracowanie ofert było niesamodzielne.

Biorąc powyższe pod uwagę należy stwierdzić, iż wykazano spełnienie drugiej z przesłanek w postaci antykonkurencyjnego celu zawartego porozumienia.

Możliwość wyłączenia spod zakazu art. 6 ust. 1 pkt 7 ustawy o ochronie (...)

Zgodnie z polskimi przepisami dotyczącymi porozumień ograniczających konkurencję, porozumienia przetargowe są traktowane bardzo restrykcyjnie i są niedozwolone **niezależnie od wielkości udziału w rynku** przedsiębiorców uczestniczących w porozumieniu.

Zgodnie z art. 7 ust. 1 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów, zakazu zawierania porozumień ograniczających konkurencję nie stosuje się gdy między:

- a) konkurentami, których łączny udział w rynku w roku kalendarzowym poprzedzającym zawarcie porozumienia nie przekracza 5%;
- b) przedsiębiorcami, którzy nie są konkurentami, jeżeli udział w rynku posiadany przez któregokolwiek z nich w roku kalendarzowym poprzedzającym zawarcie porozumienia nie przekracza 10%

W niniejszej sprawie nie było konieczne dokładne określenie posiadanych przez strony postępowania udziałów w rynku, ponieważ zgodnie z art. 7 ust. 2 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów ww. wyłączeń spod zakazu zawierania porozumień ograniczających konkurencję nie stosuje się m.in. w przypadku, gdy porozumienia polega 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.

Uczestnicy porozumienia nie wykazali także, aby zachodziła którekolwiek z okoliczności wymienionych w art. 8 ust. 1 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów.

Zaniechanie stosowanej praktyki

Istotą porozumienia, którego zawarcie stwierdzono w niniejszej decyzji jest uzgadnianie warunków składanych ofert i zasad postępowania w konkretnym

przetargu. Jak wskazano powyżej, wspólne przygotowanie ofert przez strony niniejszego postępowania oznacza, iż uczestnicy porozumienia wykonali porozumienie, co uniemożliwia nałożenie na jego uczestników podstawowej sankcji związanej ze stwierdzeniem stosowania praktyki ograniczającej konkurencję, tj. nakazu jej zaniechania, albowiem nakaz ten odnosi się do praktyki jako takiej, a nie jej skutków. Niniejsze postępowanie przetargowe, w którym zostały złożone uzgodnione przez w/w przedsiębiorców oferty, zostało rozstrzygnięte przez zamawiającego – Gminę Brańsk, poprzez udzielenie zamówienia, w dniu 17.07.2013r. W tych okolicznościach należało przyjąć, iż praktyka zaniechana została właśnie w tym dniu.

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

Ad pkt II sentencji decyzji

Zgodnie z art. 106 ust. 1 pkt 1 ustawy o ochronie konkurencji, Prezes UOKiK 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 ww. ustawy, w zakresie niewyłącznym na podstawie art. 7 i 8 tej ustawy. Zgodnie zaś z art. 106 ust. 4 w/w ustawy o ochronie (...) w przypadku gdy przedsiębiorca nie osiągnął przychodu w roku rozliczeniowym poprzedzającym rok nałożenia kary, Prezes UOKiK może ustalić karę pieniężną w wysokości do dwustukrotności przeciętnego wynagrodzenia.

Rozstrzygnięcie w przedmiocie nałożenia administracyjnej kary pieniężnej posiada więc fakultatywny charakter. Skuteczna polityka karania wymaga jednak, by w przypadku stwierdzenia stosowania przez przedsiębiorcę praktyki ograniczającej konkurencję zasadą było nakładanie kary pieniężnej¹⁵. Prezes UOKiK uwzględnił również fakt, iż istnieją wcześniej wykształcone reguły interpretacyjne wskazujące na bezprawny charakter opisanych w niniejszej decyzji działań¹⁶, oraz, że przy kształtowaniu wzorca należytej staranności trzeba także brać pod uwagę wymóg znajomości obowiązującego prawa oraz następstw z niego wynikających w zakresie prowadzonej przez dany podmiot działalności gospodarczej. Zgodnie z art. 83 Konstytucji RP, każdy ma bowiem obowiązek przestrzegania prawa Rzeczypospolitej Polskiej.

Ustawa antymonopolowa nie zawiera zamkniętego katalogu przesłanek, od których uzależniana jest wysokość nakładanych na przedsiębiorców kar. Norma prawna wynikająca z art. 111 ww. ustawy stanowi jedynie, iż przy ustalaniu wysokości kar pieniężnych, o których mowa między innymi w art. 106 należy uwzględnić w szczególności okres, stopień oraz okoliczności naruszenia przepisów ustawy, a także uprzednie naruszenie przepisów ustawy. Jest rzeczą oczywistą, iż na wysokość kary musi mieć także wpływ stopień zagrożenia lub

¹⁵ Wyrok Sądu Ochrony Konkurencji i Konsumentów z dnia 8.11.2004 r., sygn. akt XVII Ama 81/03.

¹⁶ Wyrok Sądu Najwyższego z dnia 14 stycznia 2009r., sygn. akt III SK 26/08, wyrok Sądu Apelacyjnego w Warszawie z dnia 13 października 2009r. VI ACa 6/09.

naruszenia interesu publicznoprawnego stosowanymi praktykami ograniczającymi konkurencję. Ponadto w judykaturze wskazuje się, że w przypadku kar za stosowanie praktyk ograniczających konkurencję przesłankami, które należy brać pod uwagę są: potencjał ekonomiczny przedsiębiorcy, skutki praktyki dla konkurencji lub kontrahentów, dopuszczalny poziom kary wynikający z przepisów ustawy oraz cele, jakie kara ma osiągnąć¹⁷. Nałożona przez organ antymonopolowy kara pieniężna powinna pełnić funkcję represyjną (tj. stanowić dolegliwość za naruszenie przepisów ustawy antymonopolowej), a także prewencyjną (tj. zapobiegać podobnym naruszeniom w przyszłości). W zależności od stopnia naruszenia przepisów ustawy, ustala się funkcję prewencyjną lub represyjną za wiodącą.

W punkcie I niniejszej decyzji Prezes UOKiK stwierdził naruszenie art. 6 ust. 1 pkt 7 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów, poprzez zawarcie porozumienia pomiędzy: Andrzej Stepanczenko, Zakład Wykonawstwa Instalacji Sanitarnych i C.O. Andrzej Stepanczenko z siedzibą w Białymstoku, i Piotr Stepanczenko, Asterm – Instalacje Sanitarne Piotr Stepanczenko z siedzibą: Kleosin, ograniczającego konkurencję na lokalnym rynku usług montażu urządzeń służących pozyskaniu energii ze źródeł odnawialnych na terenie Gminy Brańsk, polegającego na dokonaniu uzgodnień co do ceny składanych ofert w przetargu nieograniczonym, organizowanym w ramach zamówienia publicznego, ogłoszonym w dniu 22.05.2013r., pod nazwą „Wykorzystanie odnawialnych źródeł energii w budynkach użyteczności publicznej na terenie Gminy Brańsk. Przedmiotowe porozumienie nie korzysta z wyłączenia spod zakazu porozumień ograniczających konkurencję przewidzianych w art. 7 i 8 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów.

Ustalając wymiar kary pieniężnej, organ antymonopolowy w pierwszej kolejności dokonał oceny natury stwierdzonego w niniejszej decyzji naruszenia, która determinuje wysokość kwoty bazowej kary będącej odsetkiem uzyskanego przez w/w przedsiębiorców w 2013 roku przychodu. Wskazać przy tym należy, iż w kwestii natury naruszenia organ antymonopolowy wyróżnia naruszenia **bardzo poważne** (do których należy zaliczyć przede wszystkim szczególnie szkodliwe horyzontalne ograniczenia konkurencji, w tym porozumienia cenowe, zmowy przetargowe, podział rynku, kolektywne bojkoty, 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) oraz naruszenia mniej poważne niż wyżej wymienione - naruszenia **pozostałe** (do których należą m.in. porozumienia wertykalne niedotyczące ceny lub możliwości odsprzedaży towaru, jak również

¹⁷ Wyrok Sądu Najwyższego z dnia 27.06.2000r., sygn. akt I CKN 793/98.

przypadki nadużywania pozycji dominującej o mniejszej wadze). Natura naruszenia znajduje odzwierciedlenie w wysokości kary w ten sposób, że wyjściowy poziom kary, będący podstawą do dalszych wyliczeń, kształtuje się dla poszczególnych rodzajów naruszeń w następujący sposób:

- powyżej [REDACTED]%, jednak nie więcej niż [REDACTED]% przychodu w przypadku naruszeń bardzo poważnych;
- powyżej [REDACTED]%, jednak nie więcej niż [REDACTED]% przychodu w przypadku naruszeń poważnych;
- powyżej [REDACTED]%, jednak nie więcej niż [REDACTED]% przychodu w przypadku naruszeń pozostałych.

W niniejszej sprawie Prezes UOKiK uznał, iż zawarte pomiędzy w/w przedsiębiorcami porozumienie, należy do szczególnie szkodliwych horyzontalnych ograniczeń konkurencji, jakimi są zmowy przetargowe. W tym stanie rzeczy naruszenie to zostało zakwalifikowane do naruszeń bardzo poważnych, a kwotę bazową - stanowiącą podstawę dalszych wyliczeń - ustalono na poziomie (...)% **przychodu za rok 2013**, tj. rok poprzedzający wydanie niniejszej decyzji, tj. w odniesieniu do ZWISiCO równą [REDACTED] zł, a w przypadku Asterm równą [REDACTED] zł.

Ustalając wymiar kary, organ antymonopolowy wziął w dalszej kolejności pod uwagę specyfikę rynku, na jakim doszło do naruszenia konkurencji oraz specyfikę działalności uczestników porozumienia. 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 UOKiK uwzględnił fakt, iż oceniane porozumienie zawarte zostało na rynku konkurencyjnym, na którym nie występują znaczące bariery wejścia. Świadczy o tym liczba przedsiębiorców (11), jacy przystąpili do przedmiotowego przetargu. W takich warunkach potencjalne antykonkurencyjne skutki byłyby ograniczone.

Prezes UOKiK uwzględnił również, że strony faktycznie wprowadziły porozumienie w życie, które polegało na realizacji określonego zachowania w trakcie przetargu prowadzonego przez Gminę Brańsk, ale **nie uzyskały negatywnego skutku dla uczestnika rynku po stronie popytowej**, czyli wymienionego organizatora przetargu. Zawarte porozumienie nie wiąże się zatem z wymiernym uszczerbkiem ekonomicznym po stronie Zamawiającego. W konsekwencji przyjęć należy, że analizowana praktyka ograniczająca konkurencję stosowana przez strony niniejszej decyzji nie wywołała skutków na rynku. Biorąc wskazane wyżej okoliczności pod uwagę, należało obniżyć kwoty kar zapisanych w powyższej tabeli o [REDACTED]%. Ich wymiar wynosi więc na tym etapie obliczania kar odpowiednio; ZWISiCO – [REDACTED] zł, a Asterm – [REDACTED] zł.

Kalkulując wymiar kary pieniężnej nałożonej na w/w przedsiębiorców, organ antymonopolowy wziął także pod uwagę długotrwałość naruszenia. Uwzględniając okres naruszenia, Prezes UOKiK może zwiększyć kwotę bazową kar, jeśli długotrwałość stosowania praktyki ograniczającej konkurencję prowadzi do zwielokrotnienia jej negatywnych skutków, w szczególności, gdy wpływa na wysokość korzyści uzyskiwanych przez przedsiębiorcę dopuszczającego się naruszenia lub szkody ponoszone przez innych uczestników rynku. W niniejszej sprawie zarzucana praktyka stosowana przez w/w przedsiębiorców **nie była długotrwała.**

Na wymiar nałożonej kary pieniężnej mają także wpływ określone okoliczności łagodzące i obciążające. W niniejszej sprawie Prezes UOKiK nie znalazł żadnych okoliczności łagodzących. Zaniechanie stosowania praktyki nastąpiło niezależnie od woli przedsiębiorców – stron postępowania. Jednocześnie Prezes UOKiK uznał, że działanie stron postępowania było umyślne, przedsiębiorcy świadomie dążyli do osiągnięcia antykonkurencyjnego skutku swoich działań. Podjęcie współdziałania w zakresie ustalania oferowanych cen, jak i dodatkowe elementy towarzyszące składaniu ofert za takim wnioskiem jasno przemawiają. W związku z tym, powyższe działanie uznano za okoliczność obciążającą, skutkującą zwiększeniem wymiaru kary o [REDACTED] %.

Należy zauważyć, że w trakcie postępowania nie ustalono, która strona była inicjatorem zawartego porozumienia, żaden z przedsiębiorców nie wskazał lidera, co miałyby wpływ na ustalenie wymiaru nakładanej kary.

Biorąc powyższe pod uwagę, nakłada się kary pieniężne (po zaokrągleniu do 1 zł.) w wysokości:

- 1) ZWISiCO – 46.291 zł. (słownie: czterdzieści sześć tysięcy dwieście dziewięćdziesiąt jeden złotych) co stanowi ok. (...) % przychodu osiągniętego przez tego przedsiębiorcę w 2013r. i jednocześnie stanowi (...) % maksymalnej kary jako mogła być nałożona w niniejszej sprawie.
- 2.) Asterm – 11.262 zł. (słownie: jedenaście tysięcy dwieście sześćdziesiąt dwa złote) co stanowi ok. (...) % przychodu osiągniętego przez tego przedsiębiorcę w 2013r. i jednocześnie stanowi (...) % maksymalnej kary jako mogła być nałożona w niniejszej sprawie.

Wysokość w/w kar pieniężnych mieści się poniżej maksymalnej wysokości kary jaką Prezes UOKiK mógł nałożyć w niniejszej sprawie (poniżej 10% przychodów osiągniętych przez w/w przedsiębiorców).

W ocenie Prezesa UOKiK, w/w kary pieniężne w pełni odpowiadają stopniowi zawinienia stron postępowania. Nakładając karę w ustalonej wyżej wysokości, organ antymonopolowy wyszedł z założenia, iż powinna ona mieć charakter zarówno represyjny, jak i prewencyjny, przyczyniając się do zapobieżenia stosowaniu podobnych naruszeń w przyszłości.

W związku z powyższym orzeka się, jak w pkt II sentencji niniejszej decyzji.

Ad pkt III sentencji decyzji

Zgodnie z art. 80 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów Prezes UOKiK rozstrzyga o kosztach postępowania w drodze postanowienia, które może być zamieszczone w decyzji kończącej postępowanie. W myśl art. 77 ust. 1 tej ustawy, jeżeli w wyniku postępowania Prezes UOKiK stwierdził naruszenie przepisów ustawy, przedsiębiorca, który dopuścił się tego naruszenia, jest obowiązany ponieść koszty postępowania. Zgodnie natomiast z art. 264 § 1 k.p.a. 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.

Postępowanie w sprawie stosowania przez ZWISiCO oraz Asterm praktyki ograniczającej konkurencję zostało wszczęte z urzędu, a w jego wyniku Prezes UOKiK w punkcie I sentencji decyzji stwierdził naruszenia przepisów ustawy o ochronie. Kosztami niniejszego postępowania są wydatki związane z korespondencją prowadzoną przez Prezesa UOKiK w toku tegoż postępowania. W związku z powyższym postanowiono obciążyć każdego przedsiębiorców kosztami postępowania w wysokości 28,50 zł (słownie: dwadzieścia osiem złotych pięćdziesiąt groszy).

Wobec powyższego orzeka się jak w punkcie III sentencji niniejszej decyzji

Zgodnie z art. 112 ust. 3 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów karę pieniężną należy uiszczyć w terminie 14 dni od dnia uprawomocnienia się niniejszej decyzji. Karę należy wpłacić na konto Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów w NBP o/o Warszawa Nr 51 1010 1010 0078 7822 3100 0000.

Koszty niniejszego postępowania Przedsiębiorca obowiązany jest wpłacić na konto Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów w Warszawie w NBP o/o Warszawa Nr 51101010100078782231000000 w terminie 14 dni od uprawomocnienia się decyzji.

Od niniejszej decyzji, na podstawie art. 81 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów, w związku z art. 479²⁸ § 2 k.p.c. przysługuje odwołanie do Sądu Okręgowego w Warszawie – Sądu Ochrony Konkurencji i Konsumentów za pośrednictwem Prezesa Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów – Delegatura w Lublinie, w terminie dwóch tygodni od dnia doręczenia decyzji.

W przypadku jednak kwestionowania wyłącznie postanowienia o kosztach zawartego w punkcie III niniejszej decyzji, stosownie do treści art. 264 § 2 Kodeksu postępowania administracyjnego w związku z art. 83 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów oraz stosownie do art. 81 ust. 5 tejże ustawy w związku z art. 479³² § 1 i 2 Kodeksu postępowania cywilnego, można wnieść zażalenie do Sądu Okręgowego w Warszawie – Sądu Ochrony Konkurencji i Konsumentów, za pośrednictwem Prezesa Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów – Delegatury Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów w

Lublinie w terminie tygodnia od dnia doręczenia niniejszej decyzji.

Otrzymują:

Pan

Andrzej Stepanczenko

Zakład Wykonawstwa Instalacji

Sanitarnych i CO

15-669 Białystok

Pan

Piotr Stepanczenko

Asterm – Instalacje Sanitarne

Piotr Stepanczenko

16-001 Kleosin

a/a

Decyzja podpisana przez Dyrektora Delegatury UOKiK w Lublinie