



**PREZES
URZĘDU OCHRONY
KONKURENCJI I KONSUMENTÓW**

Delegatura w Lublinie
20-079 Lublin, ul. Dolna 3-go Maja 5
Tel. (0-81) 532-35-31, 532-54-48,
Fax (0-81) 532-08-26
E-mail: lublin@uokik.gov.pl

Lublin, dnia 17 lipca 2007r.

RLU – 410- 01/06/PM

DECYZJA NR RLU 30/2007

I. Na podstawie art. 105 § 1 ustawy z dnia 14 czerwca 1960 r. Kodeks postępowania administracyjnego (t.j. Dz. U. z 2000 r. Nr 98, poz. 1071 ze zm.) w związku z art. 80 ustawy z dnia 15 grudnia 2000 r. o ochronie konkurencji i konsumentów (Dz. U. z 2005r. Nr 244 poz. 2080, z późn. zm.) oraz zgodnie z treścią art. 28 ust. 6 w/w ustawy z dnia 15 grudnia 2000 r. o ochronie konkurencji i konsumentów i § 6 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 19 lutego 2002 r. w sprawie określenia właściwości miejscowej i rzeczowej Delegatur Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów (Dz. U. Nr 18, poz. 172, z późn. zm.), stosownie do art. 131 ustawy z dnia 16 lutego 2007r. o ochronie konkurencji i konsumentów (Dz. U., Nr 50, poz. 331), po przeprowadzeniu postępowania antymonopolowego wszczętego na wniosek P. Sp. z o.o. z siedzibą w Z. pod zarzutem zawarcia porozumienia ograniczającego konkurencję przez:

- N. P. w L.;
- N. P. w K.;
- N. P. w P.;
- P. P. N. P. w C.;
- „T” w S.;

- działając w imieniu Prezesa Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów **umarza się, jako bezprzedmiotowe, postępowanie antymonopolowe pod zarzutem zawarcia przez:**

- N. P. w L.;
- N. P. w K.;
- N. P. w P.;
- P. P. N. P. w C.;
- „T” w S.;

porozumienia ograniczającego konkurencję na krajowym rynku dostaw podkładów kolejowych drewnianych, poprzez uzgadnianie przez w/w przedsiębiorców przystępujących do przetargów nieograniczonych organizowanych w latach 2002-2004 przez P. Sp. z o.o. z siedzibą w Z na dostawy podkładów kolejowych drewnianych – warunków składanych ofert w szczególności w zakresie cen i zasad postępowania, co mogło stanowić

naruszenie art. 5 ust. 1 pkt 7 w/w ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów.

- II. Zgodnie z treścią art. 28 ust. 6 ustawy z dnia 15 grudnia 2000 r. o ochronie konkurencji i konsumentów (Dz. U. z 2005r. Nr 244 poz. 2080, z późn. zm.) stosownie do art. 131 ustawy z dnia 16 lutego 2007r. o ochronie konkurencji i konsumentów (Dz. U., Nr 50, poz. 331) oraz § 6 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 19 lutego 2002 r. w sprawie określenia właściwości miejscowej i rzeczowej Delegatur Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów (Dz. U. Nr 18, poz. 172, z późn. zm.) - po przeprowadzeniu postępowania antymonopolowego wszczętego na wniosek P. Sp. z o.o.

z siedzibą w Z, działając w imieniu Prezesa Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów, na podstawie art. 11 ust. 1 w związku z art. 5 ust. 1 pkt 7 wymienionej na wstępie ustawy

- **nie stwierdza się stosowania** przez:

- N. P. w L.;
- N. P. w K.;
- N. P. w P.;
- P. P. N. P. w C.;
- „T” w S.;

praktyk ograniczających konkurencję polegających na zawarciu porozumienia, którego celem i skutkiem jest ograniczenie konkurencji na krajowym rynku dostaw podkładów kolejowych drewnianych, poprzez uzgadnianie przez w/w przedsiębiorców przystępujących do przetargów nieograniczonych organizowanych w 2005r. przez P. Sp. z o.o. z siedzibą w Z na dostawy podkładów kolejowych drewnianych – warunków składanych ofert w szczególności w zakresie cen i zasad postępowania.

- III. Na podstawie art. 75 w związku z art. 69 ust. 1 i 2 ustawy z dnia 15 grudnia 2000 r. o ochronie konkurencji i konsumentów (Dz. U. z 2005r. Nr 244 poz. 2080, z późn. zm) oraz stosownie do art. 28 ust. 6 tej ustawy i § 6 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 19 lutego 2002 r. w sprawie określenia właściwości miejscowej i rzeczowej delegatur Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów (Dz. U. z 2002 r. Nr 18 poz. 172 z późn. zm.) postanawia się nakazać P. Sp. z o.o. z siedzibą w Z, uiszczenie na rzecz „T” w S. tytułem zwrotu kosztów postępowania kwoty: 375 zł (słownie: trzysta siedemdziesiąt pięć 00/100 złotych).

Uzasadnienie

W dniu 17 lutego 2006r. do Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów w Warszawie wpłynął wniosek P. Sp. z o.o. z siedzibą w Z o wszczęcie postępowania antymonopolowego w sprawie stosowania praktyk ograniczających konkurencję określonych w art. 5 ust. 1 pkt 7 w/w ustawy o ochronie (...) przeciwko 5 przedsiębiorcom: N. P. w L.; N. P. w K.; N. P. w P.; P. P. N. P. w C.; „T” w S.; zarzucając w/w przedsiębiorcom „zawarcie trwałego porozumienia co

do warunków składanych ofert w szczególności w zakresie cen i zasad postępowania, w postępowaniach przetargowych organizowanych przez Spółkę P., dotyczących dostaw podkładów kolejowych drewnianych, które doprowadziło niejednokrotnie do wyboru przez wnioskodawcę zwycięzcy uzgodnionego przez podmioty uczestniczące w porozumieniu”.

Na podstawie § 3 ust 3 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 19 lutego 2002r. w sprawie określenia właściwości miejscowej i rzeczowej delegatur Urzędu ochrony konkurencji i konsumentów (Dz. U. z 2002r., Nr 18 poz. 172 z późn. zm.) Prezes Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów upoważnił Delegaturę UOKiK w Lublinie do wszczęcia i przeprowadzenia postępowania w niniejszej sprawie. W związku z powyższym w dniu 6 marca 2006r. Delegatura Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów w Lublinie (dalej: organ antymonopolowy lub Prezes Urzędu) wszczęła postępowanie wyjaśniające w sprawie podejrzenia zawarcia porozumienia ograniczającego konkurencję pomiędzy przedsiębiorcami biorącymi udział w przetargach organizowanych w latach 2002-2005 przez spółkę P. Sp. z o.o. (dalej: wnioskodawca lub P. Sp. z o.o.) na dostawy podkładów kolejowych drewnianych, mające na celu wstępne ustalenie czy nastąpiło naruszenie przepisów w/w ustawy o ochronie (...).

W trakcie w/w postępowania wyjaśniającego organ antymonopolowy wystosował zapytania do wszystkich przedsiębiorców pobierających „Instrukcje dla oferentów” sporządzane przez wnioskodawcę przy organizowaniu przetargów na dostawy podkładów kolejowych drewnianych w latach 2002-2005. Po uzyskaniu niezbędnych informacji i dokumentów organ antymonopolowy zamknął 14 czerwca 2006r. w/w postępowanie wyjaśniające. Zgromadzony materiał mógł uprawdopodobnić naruszenie w/w ustawy o ochronie (...). W związku z tym postanowieniem nr 119/06 organ antymonopolowy wszczął postępowanie antymonopolowe w związku podejrzeniem zawarcia porozumienia ograniczającego konkurencję przez NP w L., NP w K., NP w P., NP w C. i „T” czyli przedsiębiorców przystępujących do przetargów organizowanych przez P. Sp. z o.o. dotyczących dostaw podkładów kolejowych drewnianych, co mogło stanowić naruszenie art. 5 ust. 1 pkt 7 w/w ustawy o ochronie (...). Postanowieniem nr 24/07 włączono materiał dowodowy zebrany w trakcie postępowania wyjaśniającego do postępowania antymonopolowego. Jednocześnie w trakcie postępowania antymonopolowego (w dniu 01.01.2007r.) nastąpiła komercjalizacja jednego z jego uczestników tj. P. P. N. P. w P., nowa nazwa przedsiębiorcy to: N. P. Sp. z o.o. w siedzibą w P. (NIP, Regon oraz adres pozostał bez zmian), w związku z powyższy postanowieniem nr 30/07 organ antymonopolowy zmienił oznaczenie strony postępowania.

We wniosku o wszczęcie postępowania antymonopolowego wnioskodawca zarzucił wskazanym 5 przedsiębiorcom „*naruszenie zakazu zawierania porozumień ograniczających konkurencję poprzez zawarcie trwałego porozumienia co do warunków składanych ofert w szczególności w zakresie cen i zasad postępowania, w postępowaniach przetargowych ... dotyczących dostaw podkładów kolejowych drewnianych, które doprowadziło niejednokrotnie do wyboru przez wnioskodawcę zwycięzcy uzgodnionego przez podmioty uczestniczące w porozumieniu*”. Jako uzasadnienie w/w zarzutów wnioskodawca stwierdził, że w latach 2002-2005 zainteresowanie udziałem w przetargach, przejawiało się poprzez pobranie od spółki dokumentów przetargowych w tym Instrukcji dla oferentów określającej istotne warunki zamówienia przez 28 przedsiębiorców. „*Jeśli chodzi natomiast o złożenie ofert, krąg podmiotów*

zainteresowanych ulegał znacznemu zawężeniu, gdyż w postępowaniach przetargowych brały udział wyłącznie” 5 przedsiębiorców wskazanych we wniosku, a sporadycznie także „O” Sp. z o.o. w W., „T” Sp. z o.o. w K. oraz „E” Sp. z o.o. w D.”. Zdaniem P. Sp. z o.o. analiza przebiegu postępowania przetargowych w latach 2002-2005 pokazuje, „że prawie we wszystkich postępowaniach przetargowych za zakup podkładów drewnianych, w których uczestniczyła firma „T”, rozstrzygnięcie przetargu następowało na jej korzyść ze względu na zaoferowanie przez nią najniższej ceny”. Wnioskodawca podniósł we wniosku, że pomimo wielokrotnej początkowej deklaracji chęci przystąpienia do przetargu, poprzez pobranie instrukcji dla oferentów, przedsiębiorcy w ogóle rezygnowali za składania ofert lub też ich oferty zawierały niewiele wyższe ceny, co jego zdaniem „nasuwa przypuszczenie – graniczące z prawdopodobieństwem – o istnieniu pomiędzy nimi porozumienia co do zasad postępowania w przetargach”. Dodatkowym uprawdopodobnieniem, zdaniem wnioskodawcy, istnienia takowego porozumienia może być okoliczność, „że firma „T” nie jest producentem podkładów kolejowych, a jedynie pośrednikiem handlowym, zaopatrującym się w nie u producentów, tj. nasycalni – potencjalnie również zainteresowanych udziałem w przetargach”.

W odpowiedzi na sformułowane przez wnioskodawcę zarzuty, przedsiębiorcy wskazani we wniosku zgodnie oświadczyli, że nie zawierali porozumienia którego celem miałyby być ograniczenie konkurencji. Ich zdaniem zawężony krąg podmiotów zainteresowanych dostawami podkładów do P. Sp. z o.o. jest wynikiem bardzo trudnych wymogów jakie zawierały specyfikacje”.

Organ antymonopolowy na podstawie informacji i dokumentów zebranych w trakcie prowadzonego postępowania wyjaśniającego i antymonopolowego ustalił, co następuje:

P. zarządza i administruje linią kolejową nr 65 (linia szerokotorowa od mostu na rzece Bug do stacji Sławków Płd.) oraz prowadzi na niej przewozy towarów. Jest to jedyna w Polsce linia kolejowa szerokotorowa, której elementami są podkłady kolejowe o długości 2,7 metra. Przedsiębiorcy: NP w L., NP w K, NP w P., NP w C. są nasycalniami podkładów (największymi w Polsce) których głównym przedmiotem działalności jest produkcja i sprzedaż drewnianych (sosnowych i dębowych) podkładów kolejowych. Firma T prowadzi szeroką działalność gospodarczą (handlową i produkcyjną) wśród niej jest również sprzedaż hurtowa drewna, materiałów budowlanych i wyposażenia sanitarnego (PKD 51.53).

W latach 2002-2005 P Sp. z o.o. przeprowadziła łącznie 15 zakupów podkładów drewnianych na ogólną liczbę podkładów ok. [taj. przedsiębiorstwa] tys. szt. (14 razy w trybie przetargu nieograniczonego i 1 raz w 2002r. w trybie zamówienia z wolnej ręki.

Przetargi były organizowane przez wnioskodawcę na podstawie opracowanego „Regulaminu prowadzenia przetargów i postępowania o udzielenie zamówienia na dostawy, usługi i roboty budowlane przez P. Sp. z o.o. w Z.” wprowadzonego w życie uchwałą Zarządu nr 31/2002 z dnia 22.04.2002r. zmieniony uchwałą Zarządu nr 30/2003 z 6.03.2003r., nowelizowanego

uchwałami Zarządu nr 150/2003 z 4.08.2003r., nr 108/204 z 30.04.2004r. oraz 64/2005 z 7.04.2005r. Do każdego z przetargów była przygotowywana „Instrukcja dla oferentów” określająca szczegółowe warunki przedmiotu zamówienia (ilości, jakości, terminów dostawy itp.), jak również warunki jakie musi spełniać oferent.

Poniżej lista przetargów organizowanych przez wnioskodawcę w latach 2002-2005.

Przetarg 2002r. (numer przetargu: FE 423-43/01/02 – 100 tys. szt. podkładów).

Specyfikację Istotnych Warunków Zamówienia pobrało 10 przedsiębiorców, oferty złożyło pięciu. Zwycięzcą przetargu został T – oferowana cena: podkłady sosnowe [taj. przedsiębiorstwa] zł/szt., podkłady dębowe [taj. przedsiębiorstwa] zł/szt. Umowa pomiędzy P. Sp. z o.o., a oferentem została zawarta 11.03.2002r. i zrealizowana do 30.05.2003r. Wśród warunków zawartych w Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia była możliwość składania ofert częściowych. W wyżej wymienionej specyfikacji określono okres gwarancji na minimum 5 lat oraz obowiązek posiadania świadectwa dopuszczenia do eksploatacji budowli i urządzeń przeznaczonych do prowadzenia ruchu kolejowego.

Przetargi w 2003r. (4 przetargi).

– Przetarg nr FE 423-66/03/2003 ogłoszony w dniu 1.04.2003r. - **45,5 tys. szt.** podkładów.

Instrukcję dla oferentów pobrało 14 przedsiębiorców, oferty złożyło 6 przedsiębiorców. Zwycięzcą przetargu został T. – oferowana cena: podkłady sosnowe [taj. przedsiębiorstwa] zł/szt. Umowa pomiędzy P. Sp. z o.o., a oferentem została zawarta 12.05.2003r. i zrealizowana do 23.07.2003r. Wśród „nowych” - różniących się lub dodanych w stosunku do poprzedniej specyfikacji warunków zawartych w Instrukcji dla oferentów jest między innymi: określony okres gwarancji na **10 lat** (rozdz. I, pkt 4), oraz że zamawiający odstępuje od wniesienia zabezpieczenia należytego wykonania umowy (rozdz. VI, pkt 2).

– Przetarg nr FE 423-94/03/2003 ogłoszony w dniu 24.06.2003r. - **38 tys. szt.** podkładów

Instrukcję dla oferentów pobrało 9 przedsiębiorców, oferty złożyło 4 przedsiębiorców. Zwycięzcą przetargu został T – oferowana cena: podkłady sosnowe [taj. przedsiębiorstwa] zł/szt. Umowa pomiędzy P. Sp. z o.o., a oferentem została zawarta 17.07.2003r. i zrealizowana do 28.10.2003r.

– Przetarg nr FE 423-103/03/2003 ogłoszony w dniu 22.07.2003r. – **20,5 tys. szt.** podkładów.

Instrukcję dla oferentów pobrało 8 przedsiębiorców, oferty złożyło 3 przedsiębiorców. Zwycięzcą przetargu został T – oferowana cena: podkłady sosnowe [taj. przedsiębiorstwa] zł/szt. Umowa pomiędzy P. Sp. z o.o., a oferentem została zawarta 18.08.2003r. i zrealizowana do 24.10.2003r. Wpłynęła **tylko jedna** ważna oferta- pozostałe nie spełniały wymogów formalnych – brak świadectw GIK na podkład do toru o prześwicie 1520 mm). Wśród „nowych” - różniących się lub dodanych w stosunku do poprzedniej specyfikacji warunków zawartych w Instrukcji dla oferentów jest między innymi: **złożenie zabezpieczenia należytego wykonania umowy w wysokości 3%** zaoferowanej

ceny netto (rozdz. VI, pkt 2). W/w zabezpieczenie ma być zwolnione dostawcy w terminie 30 dni po bezusterkowej dostawie towaru (70% kwoty zabezpieczenia), **pozostałe 30% zabezpieczenia ma być zwolnione po upływie okresu gwarancji.**

– Przetarg nr FE 423-124/03/2003 ogłoszony w dniu 9.09.2003r. – **23 tys. szt.** podkładów.

Instrukcję dla oferentów pobrało 7 przedsiębiorców, oferty złożyło 2 przedsiębiorców. Zwycięzcą przetargu został T. – oferowana cena: podkłady sosnowe [taj. przedsiębiorstwa] zł/szt. Umowa pomiędzy P. Sp. z o.o., a oferentem została zawarta 30.09.2003r. i zrealizowana do 25.03.2004r.

Wśród „nowych” - różniących się lub dodanych w stosunku do poprzedniej specyfikacji warunków zawartych w Instrukcji dla oferentów jest między innymi: świadectwo wystawione przez GIK na podkład szerokotorowy. Główne warunki: gwarancja i zabezpieczenie pozostają bez zmian.

Przetargi w 2004r. (7 przetargi).

– Przetarg nr FE 224-10/04 ogłoszony w dniu 05.02.2004r. – **20,2 tys. szt.** podkładów.

Instrukcję dla oferentów pobrało 7 przedsiębiorców, ofertę złożył 1 przedsiębiorca – T., oferowana cena [taj. przedsiębiorstwa] zł/szt. Umowa pomiędzy P. Sp. z o.o., a oferentem została zawarta 30.09.2003r. i zrealizowana do 25.03.2004r.

– Przetarg nr FE 224-24/04 ogłoszony w dniu 08.03.2004r. – **40 tys. szt.** podkładów.

Instrukcję dla oferentów pobrało 4 przedsiębiorców, ofertę złożyło 2 przedsiębiorców. Zwycięzcą przetargu został T. – oferowana cena: podkłady sosnowe [taj. przedsiębiorstwa] zł/szt. Umowa pomiędzy P. Sp. z o.o., a oferentem została zawarta 7.04.2004r. i zrealizowana do 24.05.2004r.

– Przetarg nr FE 224-55/04 ogłoszony w dniu 26.04.2004r. – **19,9 tys. szt.** podkładów.

Instrukcję dla oferentów pobrało 5 przedsiębiorców, ofertę złożył 1 przedsiębiorca – T. oferowana cena [taj. przedsiębiorstwa] zł/szt. Umowa pomiędzy P. Sp. z o.o., a oferentem została zawarta 14.05.2004r. i zrealizowana do 14.06.2004r.

Wśród „nowych” - różniących się lub dodanych w stosunku do poprzedniej specyfikacji warunków zawartych w Instrukcji dla oferentów jest między innymi: zakaz składania ofert na wykonanie częściowe lub wariantowe zamówienia oraz przez przedsiębiorców jako podmiotów występujących wspólnie w tym konsorcjum (rozdz. I pkt 7).

– Przetarg nr FE 224-62/04 ogłoszony w dniu 20.05.2004r. – **19,7 tys. szt.** podkładów.

Instrukcję dla oferentów pobrało 3 przedsiębiorców, ofertę złożyło 2 przedsiębiorców. Zwycięzcą przetargu został T. – oferowana cena: podkłady sosnowe [taj. przedsiębiorstwa] zł/szt. Umowa pomiędzy P. Sp. z o.o., a oferentem została zawarta 11.06.2004r. i zrealizowana do 29.06.2004r.

– Przetarg nr FE 224-68/04 ogłoszony w dniu 03.06.2004r. – **40 tys. szt.** podkładów.

Instrukcję dla oferentów pobrało 3 przedsiębiorców, ofertę złożyło 2 przedsiębiorców. Zwycięzcą przetargu został T. – oferowana cena: podkłady sosnowe [taj. przedsiębiorstwa] zł/szt. Umowa pomiędzy P. Sp. z o.o., a oferentem została zawarta 05.07.2004r. i zrealizowana do 10.08.2004r.

– Przetarg nr FE 224-89/04 ogłoszony w dniu 06.08.2004r. – **37,5 tys. szt.** podkładów.

Instrukcję dla oferentów pobrało 3 przedsiębiorców, ofertę złożyło 2 przedsiębiorców. Zwycięzcą przetargu został T. – oferowana cena: podkłady sosnowe [taj. przedsiębiorstwa] zł/szt. Umowa pomiędzy P. Sp. z o.o., a oferentem została zawarta 02.09.2004r. i zrealizowana do 25.10.2004r.

– Przetarg nr FE 224-101/04 ogłoszony w dniu 22.09.2004r. – **18,6 tys. szt.** podkładów.

Instrukcję dla oferentów pobrało 4 przedsiębiorców, ofertę złożył 1 przedsiębiorca – T, oferowana cena [taj. przedsiębiorstwa] zł/szt. Umowa pomiędzy P. Sp. z o.o., a oferentem została zawarta 15.10.2004r. i zrealizowana do 08.12.2004r.

Przetargi w 2005r. (2 przetargi).

– Przetarg nr FE 224-05/05 ogłoszony w dniu 21.01.2005r. – **33 tys. szt.** podkładów.

Instrukcję dla oferentów pobrało 8 przedsiębiorców, ofertę złożył 1 przedsiębiorca – T., oferowana cena [taj. przedsiębiorstwa] zł/szt. Umowa pomiędzy P. Sp. z o.o., a oferentem została zawarta 04.03.2005r. i zrealizowana do 30.11.2005r. Wśród „nowych” - różniących się lub dodanych w stosunku do poprzedniej specyfikacji warunków zawartych w Instrukcji dla oferentów jest między innymi: zmniejszenie kwoty zabezpieczenia należytego wykonania umowy z 3% do 2% zaoferowanej ceny netto (rozd. VI pkt 2).

– Przetarg nr FE 224-43/05 ogłoszony w dniu 24.04.2005r. – **35 tys. szt.** podkładów.

Instrukcję dla oferentów pobrało 6 przedsiębiorców, ofertę złożyło 2 przedsiębiorców. Zwycięzcą przetargu został NP w P. – oferowana cena: podkłady sosnowe [taj. przedsiębiorstwa] zł/szt. Umowa pomiędzy P. Sp. z o.o., a oferentem została zawarta 18.05.2005r. i miała być zrealizowana do 30.11.2005r., termin został przedłużony do 30.09.2006r.

W trzynastu (na czternaście) przetargach zwyciężył T. Szczegółowe informacje dotyczące pobranych instrukcji dla oferentów, cen i złożonych ofert na w/w przetargi zawierają załączniki (tabele) nr 1,2,3,4 do niniejszej decyzji.

Zbiorcze zestawienie ilości podkładów na które wnioskodawca organizował przetargi w latach 2002-2005.

Rok	Ilość przetargów	Ilość podkładów (szt.)
2002	2 (w tym 1 raz zamówienie z wolnej ręki)	107.500
2003	4	117.577
2004	7	195.340
2005	2	68.000
RAZEM:	15	488.417

Z informacji otrzymanych w trakcie postępowania administracyjnego wynika, że potencjalne zdolności produkcyjne nasycania (podkładów szerokotorowych) wynoszą rocznie około:

NP. w P.: [taj. przedsiębiorstwa]/szt.

NP. w C.: [taj. przedsiębiorstwa]/szt.

NP. w K.: [taj. przedsiębiorstwa]/szt.

NP. w L.: [taj. przedsiębiorstwa]/szt.

Według producentów powyższe dane są potencjalne, faktyczne wielkości uzależnione są między innymi od: dostępu do materiału, oraz że oprócz produkcji w/w podkładów mają w swojej ofercie inne produkty z drewna (podkłady innych wymiarów, słupy teleenergetyczne) i nie mogą przeznaczyć całości pozyskanego materiału na produkcję w/w podkładów.

W trakcie postępowania wyjaśniającego wystosowano zapytanie do przedsiębiorców którzy pobrali „Instrukcje dla oferentów” ale nie złożyli ofert, o powód braku uczestnictwa w przetargach (lista przedsiębiorców stanowi załącznik nr 5 do niniejszej decyzji). Ankietowani przedsiębiorcy jako powody braku zainteresowania uczestnictwem w przetargach (mimo pobrania „Instrukcji dla oferentów”) podawali brak możliwości wypełnienia warunków określonych przez P. Sp. z o.o., czyli braku odpowiednich zdolności ekonomiczno-technicznych. Zwracali uwagę w szczególności na: dużą ilość zamawianych podkładów, okres realizacji dostaw (brak harmonogramu), długi okres gwarancji oraz konieczność wpłacenia wysokiego zabezpieczenia właściwego wykonania zamówienia związanego z dużą wartością dostarczanych podkładów.

W trakcie postępowania antymonopolowego strony postępowania brak zainteresowania uczestnictwem w przetargach argumentowały:

NP w P. w piśmie z dnia 13.07.2006r. stwierdza, że „Podane terminy realizacji, jednorazowe ilości dostaw, od momentu zamówienia całkowicie wykluczały dostawy z jednej czy dwóch nasycali”.

NP. w C. w piśmie z dnia 05.07.2006r.: „... wynikało to z niemożności sprostania drakońskim wymogom specyfikacji przetargowej, a mianowicie:

- duże ilości zgłaszanych podkładów,
- dostawy w krótkim czasie,

- wymogi technologiczne /długi okres sezonowania drewna przed nasyceniem w celu osiągnięcia jakości wyrobu/,
- 7-11 letni okres gwarancji nie występujący przy innych wyrobach,
- duże kwoty zabezpieczenia, których część jest zwracana po np. 10 latach,
- tzw. czas reakcji, praktycznie dostawa na telefon poszczególnych partii.”

NP w L. w piśmie z dnia 19.07.2006r. podnosi:”... roczna wielkość produkcji nasycania naszego zakładu kształtuje się na poziomie 8.000 do 10.000 m. sześciennych. Dokonywane coroczne przez P. Sp. z o.o. przekraczały więc znacząco wielkość naszej produkcji. ... z ograniczeń finansowych wprowadzonych od roku 2003 należy wymienić wymagane wadium, oraz zabezpieczenie należytego wykonania. Wymagany przez P. Sp. z o.o. okres gwarancji wynosił 10 lat, podczas gdy dla wszystkich pozostałych naszych odbiorców w tym również P. P. okres ten wynosi maksymalnie 3 lata – bez zostawiania w depozycie pieniędzy. Nie stosowano harmonogramu dostaw co przy takiej wielkości dostaw i nietypowości towaru stawia producenta w sytuacji bardzo trudnej pod względem dotrzymania terminów dostaw. ... Przedstawiając powyższe żadna z nasycalni podkładów samodzielnie nie mogła sprostać warunkom przetargowym w ilości i terminowości dostaw.”

NP w K. w piśmie z dnia 05.07.2006r. stwierdza, że „zawężony krąg podmiotów zainteresowanych dostawami świadczy tylko i wyłącznie o bardzo trudnych wymogach jakie zawierały specyfikacje.”

W dniu 16 lutego 2004 roku została podpisana „umowa konsorcjum” pomiędzy T., a 4 nasycalniami (stronami postępowania). Jako lider konsorcjum została wskazana firma T. Zgodnie z jej zapisami (§ 1) przedmiotem i celem w/w porozumienia było „osiągnięcie potencjału umożliwiającego składanie konkurencyjnych ofert w przetargach, a także wszystkich innych postępowaniach do których nie stosuje się przepisów ustawy o zamówieniach publicznych, w których przedmiotem jest dostawa podkładów kolejowych...Przedmiot wspólnego działania obejmuje w szczególności:

- a. pozyskanie zamówień na dostawy Produktów poprzez składanie konkurencyjnych ofert,
- b. współpraca w zakupie drewna odpowiedniej jakości oraz jego prawidłowe przygotowanie koprodukcji,
- c. zorganizowanie finansowania przedsięwzięć,
- d. zorganizowania zaplecza technologicznego,
- e. zorganizowanie zaplecza logistycznego i transportowego,
- f. zorganizowanie zaplecza administracyjnego,
- g. windykacja należności powstałych w wyniku realizacji dostaw Produktów”.

Według przedsiębiorców powodem podpisania w/w umowy było:

NP w P.: „Zawarcie porozumienia między producentami podkładów kolejowych stwarzało możliwość realizacji zadania, zgodnie z warunkami specyfikacji, które postawiła przed nami P. sp. z o.o. w Z”.

NP. w C.: „... żaden z podmiotów zainteresowanych dostawami podkładów do P. Sp. z o.o. nie był w stanie samodzielnie zrealizować dostaw bez zakupu tych podkładów u kilku producentów. Również N P w C. nie była w stanie samodzielnie realizować tak dużych dostaw podkładów w bardzo krótkim czasie za względów finansowych, technologicznych oraz logistycznych. Dlatego też weszła do firmy T. z dostawami podkładów jako jeden z podwykonawców.”

NP w L.: „... żadna z nasycalni podkładów samodzielnie nie mogła sprostać warunkom przetargowym w ilości i terminowości dostaw. W związku z tym prowadzenie rozmów handlowych między producentami było nieuniknione w celu wspólnej realizacji tego rodzaju przedsięwzięć w przyszłości.(...) w drodze negocjacji handlowych z firmą T. dokonywaliśmy na jej rzecz sprzedaży podkładów na korzystnych dla nas warunkach, uczestnicząc częściowo w realizacji w/w przetargów w miarę naszych możliwości technicznych i finansowych, bez korzystania na ten cel z kredytu, jak również oferując gwarancję na nasze wyroby na okres 3 lat od daty sprzedaży.(...)Firma T. przejęła ryzyko związane z 10 letnim okresem gwarancji oraz złożenie gwarancji należytego wykonania umowy. Zawierane umowy były podporządkowane zabezpieczeniu dostaw w odpowiedniej ilości i czasie wg zapotrzebowania P. Sp. z o.o.”

NP w K.: „... sprzedawaliśmy pośrednikowi i to w niższych cenach, dlatego, że sprzedaż odbywała się sukcesywnie partiami w ilości której mogliśmy zapewnić jej stuprocentowe wykonanie w wynegocjowanej z nim cenie.(...) w umowie z pośrednikiem nasza odpowiedzialność z tytułu reklamacji była zagwarantowana na 3 lata, pozostały okres brał na siebie. Ważnym też czynnikiem było to, że nie wnosiliśmy zabezpieczenia należytego wykonania.”

T.: „Zawarcie umowy konsorcjum było wyrazem przekonania Nasycalni, że indywidualnie nie były w stanie sprostać wymogom przetargowym stawianym przez P. (...). Strony nie wystąpiły ze wspólną ofertą w ramach jakiegokolwiek przetargu.”

Zdaniem przedsiębiorców w/w umowa nie była realizowana. NP w C. w piśmie z dnia 26.12.2006r. stwierdza: „... mimo, że była zawarta, to nigdy nie doprowadziła do wspólnej realizacji jakiegokolwiek zadania między Nasycalniami, a firmą T.P”, NP w L. w piśmie z dnia 16.11.2006r. podnosi: „W ocenie Nasycalni w L. Umowa Konsorcjum z dnia 16.02.2004r. nie była realizowana”, T.: w piśmie z dnia 19 lipca 2006r. „Umowa z uwagi na brak porozumienia pomiędzy Nasycalniami i Spółką co do cen, marż oraz podziału ryzyka(...) nigdy nie była wykonywana” w piśmie z dnia 12 marca 2007r. dodaje: „oferty T. na dostawę podkładów dla P Sp. z o.o. nigdy nie były składane w trybie przewidzianym w § 6 pkt 2 umowy konsorcjum z dnia 16 lutego 2004r. ponieważ strony tej umowy nie doszły do porozumienia w sprawie wspólnego złożenia ofert na podkłady kolejowe dla P. Sp. z o.o.”

W/w umowa została oficjalnie rozwiązana z dniem 1 lipca 2005r.przez jedną ze stron – NP w P.

W/w § 6 pkt 2 umowy konsorcjum brzmi: „Rozwiązanie umowy dopuszczalne jest w każdym czasie i musi być dokonane w formie pisemnego odstąpienia od umowy któregośkolwiek z Partnerów, doręczonego każdej ze stron niniejszej Umowy, z zastrzeżeniem, że odstąpienie to jest skuteczne na przyszłość i nie dotyczy przetargów i innych postępowań co do których Partnerzy wyrazili zgodę, o której mowa w § 1 pkt 2 Umowy oraz tych które zostały zakończone wyborem oferty złożonej przez Lidera. Odstąpienie od Umowy nie zwalnia żadnego z Partnerów z wykonania zaciągniętych wobec pozostałych Partnerów zobowiązań, tj. odpowiednio dostawy i odbioru ustalonej ilości Produktów”.

Przywołany w tym zapisie § 1 pkt 2 umowy konsorcjum ma brzmienie: „Przystąpienie do przetargu lub innego postępowania którego przedmiotem jest dostawa Produktów przez któregośkolwiek z Partnerów w czasie obowiązywania Umowy, wymaga pisemnej zgody wszystkich Partnerów udzielonej co najmniej na

2 dni przed dniem składania ofert. Brak zgody chociażby jednego Partnera powoduje rozwiązanie niniejszej umowy”.

We wszystkich przetargach organizowanych przez P. Sp. z o.o. w 2004r., (już po podpisaniu w/w umowy) zwycięzcą był T.I. Jako pośrednik skupywał podkłady od producentów (NP w P., NP. w C., NP w L., NP w K.) jak również sprowadzał na potrzeby w/w realizacji przetargów tańsze podkłady z Ukrainy (R. R.).

W 2005r. w przetargu na 33 tys. szt. (FE 224-05/05), zwyciężył również T. i w celu realizacji dostaw zakupił podkłady u producentów (NP w P., NP w C., NP w L., NP w K.) jak również sprowadził 7,3 tys. podkładów z Ukrainy.

W kolejnym przetargu na 35 tys. szt. (FE 224-43/05) podkładów zwyciężył producent podkładów: NP w P., w celu realizacji dostaw zgromadził materiał we własnym zakresie.

W trakcie postępowania administracyjnego organ antymonopolowy zwrócił się do przedsiębiorcy P L K SA (największego przedsiębiorcy na terenie Polski odpowiedzialnego za zarządzanie państwową siecią kolejową), realizującego zakupy podkładów kolejowych drewnianych w formie przetargów nieograniczonych z prośbą o dostarczenie informacji na temat przeprowadzanych przez niego przetargów w celu porównania zasad i warunków z zamówieniami organizowanymi przez P. Sp. z o.o.

Główne różnice dotyczące warunków przetargów na dostawy podkładów kolejowych drewnianych (rok 2005):

Lp.	Warunek	P. Sp. z o.o.	P L K SA
1	Okres gwarancji na dostarczone podkłady	10 lat	5 lat
2	Harmonogram dostaw	Brak (reakcja na informacje telefoniczną lub faks) 10 dni	Harmonogram dostaw w załączeniu do SIZW
3	Zabezpieczenie należytego wykonania umowy	2% ceny netto	Brak (z wyjątkiem sytuacji gdy wartość zadania przekracza 5 mln EUR)

Poniżej przedstawiono zbiorcze zestawienie dotyczące dat zawarcia i realizacji umów na dostawę podkładów kolejowych w związku z przetargami organizowanymi przez P. Sp. z o.o. w latach 2002-2005.

Rok	przetarg	data zawarcia umowy ze zwycięzcą przetargu	data realizacji
2002	Zamówienie z wolnej ręki	2002-03-01	2002-04-30
	FE 423-43/01/02	2002-03-11	2003-05-30
2003	FE 423-66/03/2003	2003-05-12	2003-07-23
	FE 423-94/03/2003	2003-07-17	2003-10-28
	FE 423-103/03/2003	2003-08-18	2003-10-24
	FE 423-124/03/2003	2003-09-30	2004-03-25
2004	FE 224-10/04	2004-03-02	2004-04-21
	FE 224-24/04	2004-04-07	2004-05-24
	FE 224-55/04	2004-05-14	2004-06-14
	FE 224-62/04	2004-06-11	2004-06-29
	FE 224-68/04	2004-07-05	2004-08-10
	FE 224-89/04	2004-09-02	2004-10-25
	FE 224-101/04	2004-10-15	2004-12-08
2005	FE 224-05/05	2005-03-04	2005-11-30
	FE 224-43/05	2005-05-18	2005-11-30*

* termin realizacji dostaw podkładów został przesunięty na 30.09.2006r.

Po ustaleniu stanu faktycznego, organ antymonopolowy zważył, co następuje:

Na wstępie należy podnieść, że w dniu 21 kwietnia 2007r. weszła w życie *ustawa z dnia 16 lutego 2007r. o ochronie konkurencji i konsumentów (Dz. U. z 2007r., Nr 50, poz. 331)*. Stosownie do art. 131 tej ustawy - ponieważ przedmiotowe postępowanie antymonopolowe zostało wszczęte na podstawie *ustawy z dnia 15 grudnia 2000 r. o ochronie konkurencji i konsumentów (Dz. U. z 2005r. Nr 244 poz. 2080, z późn. zm)* i nie zostało zakończone do dnia wejścia w życie ustawy z dnia 16 lutego 2007r., – w niniejszej sprawie zastosowane zostały przepisy ustawy z dnia 15 grudnia 2000r.

Zdaniem Wnioskodawcy, w okolicznościach faktycznych niniejszej sprawy doszło do zawarcia porozumienia, polegającego na uzgodnieniu przez dostawców przystępujących do zamówienia, warunków składanych ofert. Stanowi to – w ocenie Wnioskodawcy - naruszenie art. 5 ust. 1 pkt 7 ustawy o ochronie (...).

Przepisy te zakazują zawierania porozumień, których celem lub skutkiem jest wyeliminowanie, ograniczenie lub naruszenie w inny sposób konkurencji na rynku właściwym, polegające na:

uzgadnianiu przez przedsiębiorców przystępujących do przetargu lub przez tych przedsiębiorców i przedsiębiorcę będącego organizatorem przetargu warunków składanych ofert, w szczególności dotyczących zakresu prac lub ceny.

Stosownie do treści art. 4 pkt 4 ustawy o ochronie (...) – porozumienia, to uzgodnione działania przedsiębiorców lub związków przedsiębiorców mające postać umów lub postanowień umów, uchwał lub innych aktów oraz wszelkiego rodzaju uzgodnień.

Zakazu zawierania porozumień nie stosuje się w przypadku porozumień bagatelnych, czyli takich, w których udział w rynku uczestniczących w nich przedsiębiorców nie przekracza granic określonych w art. 6 ust. 1 ustawy o ochronie (...). Zgodnie natomiast z ust. 2 - wyłączeń, o których mowa w tym artykule, nie stosuje się do przypadków określonych w art. 5 ust. 1 pkt 1 – 3 i pkt 7 ustawy o ochronie (...). W ten sposób ustawodawca uznał, między innymi, tzw. znowę przetargową z art. 5 ust. 1 pkt 7 za szczególnie ciężki rodzaj naruszenia ustawy o ochronie (...) i zwolnił organ antymonopolowy z obowiązku ustalania siły rynkowej uczestniczących w niej przedsiębiorców (art.6 ust. 2 w/w ustawy).

Kierując się powyższą dyspozycją ustawową, Prezes Urzędu wszczął postępowanie antymonopolowe w niniejszej sprawie. Jednocześnie organ antymonopolowy odstąpił od ustalania pozycji rynkowej dostawców biorących udział w zamówieniu, a poprzestał na określeniu rynku właściwego.

Decydując się na wszczęcie postępowania antymonopolowego, organ dodatkowo kierował się treścią przepisu art. 1 ust. 1 ustawy o ochronie (...), tzn. dopatrywał się również możliwości naruszenia interesu publicznoprawnego, gdyż wynik przetargu w sprawie zamówienia mógł wpływać na prawidłowość mechanizmów konkurencji oraz interesy innych – niż dostawcy - przedsiębiorców działających na rynku właściwym.

Określenie rynku właściwego

Zgodnie z art. 4 pkt 8 ustawy o ochronie (...), rynkiem właściwym - do którego odnosi się treść art. 5 ust. 1 tej ustawy - jest 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.

Niniejsze postępowanie dotyczy domniemanej znowy przetargowej w zakresie dostaw podkładów kolejowych drewnianych o długości 2,6 i 2,7 metra. Podkłady tego typu (rozmiaru) są stosowane jedynie przez P. Sp. z o.o. gdyż w pozostałej sieci kolejowej stosowane są podkłady o innej długości (krótsze). Należy jednak zauważyć, iż rozmiar (długość) produkowanych podkładów nie ma zasadniczego znaczenia dla ich producentów. Istnieje możliwość szybkiej zmiany długości produkowanych podkładów (kwestia przestawienia urządzeń tnących), można również zmienić długość podkładów już po ich wyprodukowaniu (skrócenie). Produkcja podkładów kolejowych drewnianych jest produkcją specyficzną i specjalistyczną, prowadzoną przez wąską grupę przedsiębiorców, związana jest bezpośrednio z dostępem do materiału (drewno) jak również koniecznością przygotowania materiału drzewnego (nasączenie odpowiednimi

środkami chemicznymi, leżakowanie). W związku z powyższym rynkiem produktowym w niniejszej sprawie jest rynek dostaw podkładów kolejowych drewnianych.

Uczestnicy postępowania antymonopolowego reprezentują przeciwne strony wyżej wymienionego rynku. Wnioskodawca – jako zlecający dostawy podkładów kolejowych drewnianych - jest nabywcą tychże, a zatem reprezentuje stronę popytową rynku. Producenci (nasycalnie) jak i firma T., reprezentują stronę podażową tego rynku.

Zarzucana zмова przetargowa dotyczy dostawców podkładów kolejowych czyli strony podażowej. W przetargach teoretycznie mogli brać udział przedsiębiorcy z terenu całego kraju (uzależnione to było tylko możliwościami ekonomiczno-technologicznymi). Potwierdzeniem powyższej tezy jest fakt pobierania przez wielu przedsiębiorców z terenu kraju „Instrukcji dla oferentów”, po zapoznaniu się z którą rezygnowali ze złożenia oferty. W związku z tym jako rynek właściwy pod względem geograficznym, zdaniem organu antymonopolowego, należy przyjąć rynek krajowy.

Reasumując rynkiem właściwym w niniejszej sprawie jest: krajowy rynek dostaw podkładów kolejowych drewnianych.

- I. Dokonując wstępnej analizy tego wniosku organ antymonopolowy uznał, iż jego przedmiotem jest domniemana zмова przetargowa firm uczestniczących w przetargach. P. Sp. z o.o. przeprowadzał liczne postępowania przetargowe na dostawy podkładów kolejowych w latach 2002-2005. Wnioskodawca zauważył w 2006r. nieprawidłowości, które stały się podstawą wniosku o wszczęcie postępowania przed Prezesem UOKiK.

Na wstępie należy zwrócić uwagę na okres który obejmowały zarzuty sformułowane we wniosku (lata 2002-2005). Zgodnie z art. 93 ustawy o ochronie (...), *„Nie wszczyina się postępowania w sprawie stosowania praktyk ograniczających konkurencję, jeżeli od końca roku, w którym zaprzestano ich stosowania, upłynął rok.”*

Zgodnie z przytoczonym przepisem, postępowanie w niniejszej sprawie nie może więc obejmować przetargów organizowanych przez P. Sp. z o.o. w latach wcześniejszych niż rok 2005. Umowy zawarte na podstawie przetargów z lat poprzednich (2002-2004), zostały zrealizowane przed 2005r. W związku z tym, jeżeli nawet mogło dojść do zawarcia porozumienia, polegającego na uzgodnieniu cen i zasad uczestnictwa przez dostawców przystępujących do zamówienia w tych latach, na podstawie w/w przepisu, nie może to podlegać ocenie, organu antymonopolowego.

Ustalony na podstawie danych zebranych w trakcie postępowania antymonopolowego stan faktyczny sprawy pozwala zatem na uznanie bezprzedmiotowości postępowania przed Prezesem Urzędu. Dział V ustawy o ochronie (...) regulujący postępowanie przed Prezesem Urzędu nie normuje sytuacji, gdy postępowanie staje się bezprzedmiotowe. Zgodnie jednak z art. 80 tej ustawy, w sprawach nieuregulowanych w ustawie o ochronie (...) do postępowania przed Prezesem Urzędu stosuje się przepisy Kodeksu postępowania administracyjnego. Zastosowanie tu będzie miał art. 105 § 1 kpa, zgodnie z którym organ administracji publicznej wydaje decyzję o umorzeniu postępowania, gdy postępowanie z jakiegokolwiek przyczyn stało się bezprzedmiotowe. Bezprzedmiotowość postępowania administracyjnego, o którym stanowi

powyższy przepis, oznacza, że brak jest któregoś z elementów stosunku prawnego, a wobec tego nie można wydać decyzji załatwiającej sprawę przez jej rozstrzygnięcie co do istoty. Przesłanka umorzenia może istnieć jeszcze przed wszczęciem postępowania, co zostanie ujawnione w sprawie już zawisłej przed organem administracyjnym. Konsekwencją uznania przez organ antymonopolowy bezprzedmiotowości postępowania jest jego obligatoryjne umorzenie

Organ antymonopolowy stoi na stanowisku, że ewentualne nieprawidłowości w działaniach dostawców powinny zostać ujawnione i zakwestionowane przez P. Sp. z o.o. już na etapie badania ofert, rozstrzygania lub pomiędzy rozstrzygnięciem przetargu a podpisaniem umowy o realizację zamówienia. Złożenie wniosku do organu antymonopolowego dopiero w 2006r. uniemożliwiło rozstrzygnięcie sprawy w zakresie zarzutu dotyczącego przetargów organizowanych w latach 2002-2004.

W świetle powyższego postanowiono, jak w punkcie I sentencji niniejszej decyzji

II. W 2005r. P. Sp. z o.o. przeprowadziła dwa przetargi na dostawę podkładów kolejowych drewnianych (35 tys. szt. i 33 tys. szt). Przetargi były przeprowadzone na podstawie „Regulaminu przeprowadzania przetargów i postępowania o udzielenie zamówienia na dostawy, usługi i roboty budowlane przez P. Sp. z o.o. w Z.” który wszedł w życie 30 kwietnia 2004r. Do każdego z nich przygotowano „Instrukcję dla oferentów” określającą istotne warunki danego zamówienia.

W pierwszym przetargu (FE 224-05/05) ogłoszonym w dniu 21.01.2005r.) „instrukcje” pobrało 8 przedsiębiorców:

1 [taj. przedsiębiorstwa]

2 NP w K..

3 NP w P

4 NP w L.

5 T.

6 [taj. przedsiębiorstwa]

7 [taj. przedsiębiorstwa]

8 [taj. przedsiębiorstwa]

złożono tylko jedną ofertę – T., i ta oferta została przyjęta. W drugim przetargu (FE 224-43/05 ogłoszonym 28.04.2005r.) „instrukcje” pobrało 6 przedsiębiorców:

1 NP w K..

2 NP w P

3 NP w L.

4 T.

5 [taj. przedsiębiorstwa].

6 [taj. przedsiębiorstwa].,

złożono 2 oferty – NP w P. oraz [taj. przedsiębiorstwa], zwyciężyła oferta nasycalni podkładów z siedzibą w P.

Zdaniem organu antymonopolowego fakt pobrania „Instrukcji dla oferentów” przez przedsiębiorców nie stanowi podstawy do stwierdzenia, że stanowi to „deklarację chęci przystąpienia do przetargu”, jak twierdzi wnioskodawca. Dopiero po zapoznaniu się z warunkami zamówienia zawartymi w w/w instrukcji przedsiębiorcy mogą podjąć decyzję o złożeniu oferty lub też nie.

Nie złożenie oferty po pobraniu instrukcji, nie stanowi, jak twierdzi wnioskodawca „*wycofania się z dalszego etapu postępowania przetargowego*” (pismo z dnia 28.11.2006r.). W opinii organu antymonopolowego, każdy może pobrać „instrukcje dla oferentów”, ich pobranie nie oznacza udziału w postępowaniu przetargowym, które ma służyć wyłonieniu najlepszej oferty. Nie można więc stwierdzić, zdaniem Prezesa Urzędu, że nie złożenie oferty przez przedsiębiorcę jest „*wycofaniem się*” z postępowania przetargowego gdyż *de facto* na tym etapie nie jest się jeszcze jego uczestnikiem. W związku z powyższym nie jest „*skoordynowanym działaniem*” fakt, że pobrawszy „instrukcje” przedsiębiorcy (między innymi strony niniejszego postępowania) nie składali ofert, tym bardziej, że inne podmioty, którym wnioskodawca nie zarzuca zмовы przetargowej, postępowali w ten sam sposób – po zapoznaniu się z warunkami stawianymi przez oferenta nie uczestniczyły w przetargu.

W trakcie postępowania administracyjnego porównano warunki jakie stawiano dostawcom podkładów kolejowych drewnianych dla P. Sp. z o.o. oraz P L K SA. Z ich analizy wynika jednoznacznie, że warunki stawiane przez wnioskodawcę były bardziej zaostrzone, na co wskazują również strony postępowania jak również inni przedsiębiorcy, którzy pobrali „instrukcje”. Dotyczy to w szczególności:

- okresu gwarancji na dostarczone produkty (podkłady) odpowiednio 10 lat – P Sp. z o.o., 5 lat -PKL SA,
- konieczności wpłacenia zabezpieczenia należytego wykonania umowy – 2% ceny netto, którego część zwracana jest po upływie gwarancji tj. 10 latach – P. Sp. z o.o., PKL nie stawiała takiego warunku,
- harmonogramu dostaw, który nie był określony przez P. Sp. z o.o.

W ocenie przedsiębiorców, którą podziela organ antymonopolowy, przedstawione okoliczności – składające się na specyfikę, wyjątkowość i w/w warunki zamówienia – mogły spowodować ograniczone zainteresowanie uzyskaniem i realizacją zamówienia u części przedsiębiorców. To właśnie względy organizacyjne i ekonomiczne ograniczały krąg zainteresowanych zdobyciem zamówienia.

Zdaniem organu antymonopolowego, taki stan rzeczy (mała liczba złożonych ofert) nie był wynikiem zakazanego porozumienia zawartego przez strony postępowania, polegającego na tzw. zмовie przetargowej.

Wnioskodawca nie zarzuca dostawcom, iżby ich domniemane porozumienie doprowadziło do wyeliminowania z walki o zamówienie pozostałych potencjalnych uczestników postępowania przetargowego. Wręcz przeciwnie, okoliczności faktyczne sprawy wskazują na niewielkie zainteresowanie zamówieniem, dowodem na to jest, nie pobranie „Instrukcji dla oferentów” ale ilość złożonych ofert. To niewielkie zainteresowanie realizacją dostaw mogło wynikać z warunków jakie stawiała P. Sp. z o.o.

W trakcie postępowania antymonopolowego wnioskodawca podnosił, (pismo z dnia 28.11.2006r.) że umowa konsorcjum zawarta przez strony postępowania w dniu 16.02.2004 i rozwiązana przez NP w P. w dniu 13.07.2005r. mogła wskazywać na zawarcie porozumienia, które mogło skutkować ustaleniem warunków składanych ofert przez przedsiębiorców. Na podstawie wyjaśnień stron, analizy treści umowy oraz zachowania przedsiębiorców, organ antymonopolowy

nie podziela tego stanowiska. W trakcie prowadzonego postępowania, wszystkie strony kategorycznie zaprzeczyły jakoby w/w umowa miała na celu uzgadnianie warunków składania ofert. W/w umowa umożliwiała jedynie współpracę w celu realizacji zamówienia dotyczącego dużych ilości podkładów, a nie ustalenie warunków składanych ofert. W praktyce umowa ta nie funkcjonowała, przedsiębiorcy nie złożyli ani razu wspólnej oferty, żadna z umów zawartych pomiędzy stronami postępowania (na zakup lub sprzedaż podkładów) nie powoływała się na w/w umowę konsorcjum. Analiza zapisów umowy świadczy o tym, że nie było jej celem lub skutkiem wyeliminowanie, ograniczenie lub naruszenie w inny sposób konkurencji na rynku właściwym. Zgodnie bowiem z § 3 ust. 4 w/w umowy *„żadne z postanowień niniejszej umowy nie może uniemożliwić poszczególnym partnerom prowadzenia jego normalnej działalności we własnym interesie i dla własnych korzyści oraz samodzielnego składania ofert...”*. Zapis ten wyraźnie wskazuje, że strony umowy mogły samodzielnie składać oferty. Jednakże z powodu warunków jakie stawiał zamawiający oraz ze względu na specyfikę produkcji (okres leżakowania oraz niestandardowy wymiar – stosowany jedynie przez linię szerokotorową) nasycalnie były skłonne odsprzedawać swoje produkty po niższej cenie z okresem gwarancji 3 lata pośrednikowi, który przejmował na własne ryzyko odpowiedzialność z tytułu gwarancji na okres 10 lat jak również posiadał możliwości finansowe do wniesienia zabezpieczenia, które było zwracane po okresie gwarancji.

Zdaniem Prezesa Urzędu, P. Sp. z o.o., posiadające długoletnie doświadczenie w prowadzeniu działalności gospodarczej, organizując przetargi na duże ilości podkładów kolejowych, nie wzięła pod uwagę możliwości finansowych i technologicznych producentów. Warunki przetargów były tak skonstruowane, że w praktyce wykluczały pojedynczych producentów jako dostawców podkładów kolejowych.

Organ antymonopolowy uznał za udowodnioną okoliczność, iż żaden z producentów nie miał techniczno-organizacyjnych oraz finansowych możliwości wykonania całości dostaw objętych zamówieniami.

Zachowanie stron postępowania, czyli pobieranie „instrukcji dla oferentów” świadczy również, zdaniem organu antymonopolowego, o tym że samodzielnie analizowały one warunki zamówień i podejmowały decyzję o uczestnictwie w przetargu lub nie. Dodatkowo poszczególne nasycalnie starały się nawiązać indywidualną współpracę z wnioskodawcą, jednakże ich starania były odrzucane przez P. Sp. z o.o. bez podania przyczyn braku zainteresowania bezpośrednią współpracą (pismo P. Sp. z o.o. z dnia 07.07.2006r.). Strony postępowania nie zaprzeczyły, że istniały kontakty handlowe pomiędzy nimi, że względu na branżę w jakiej funkcjonują jednak w żadnym wypadku nie dotyczyły uzgodnień co do warunków składania ofert na przetargi organizowane przez P. Sp. z o.o.

Organ antymonopolowy nie znalazł dowodów przeczących stanowisku, że decyzje przedsiębiorców w sprawie pobierania „instrukcji” oraz nie składania ofert w ramach procedur zamówienia były niezależnymi i samodzielnymi decyzjami ich organów, podejmowanymi bez żadnych nacisków.

Dodatkowo należy wspomnieć że tak jak w latach poprzednich to na wnioskodawcy – zamawiającym, spoczywał obowiązek wnikliwej i dokładnej analizy ofert, i w przypadku podejrzenia zawarcia zmowy przetargowej powinien był już na etapie ich badania odrzucić kwestionowane oferty unieważnić przetarg.

W niniejszej sprawie podnieść także należy, iż stosownie do treści art. 81 ustawy o ochronie (...) - do postępowania dowodowego przed Prezesem UOKiK stosuje się odpowiednio przepisy art. 227 – 315 k.p.c. Powoduje to, że ciężar dowodu spoczywa na stronach postępowania antymonopolowego w stopniu większym, niż w postępowaniu dowodowym prowadzonym według przepisów k.p.a. Tymczasem Wnioskodawca nie dostarczył organowi antymonopolowemu dowodów - zarówno we wniosku i jego uzupełnieniach, jak i w odpowiedziach na wezwania organu i wyjaśnienia stron. Z kolei strony podkreślały, że zarzuty wnioskodawcy oparte zostały wyłącznie na zestawieniach danych faktycznych, z których wyprowadzone zostały tezy nie poparte żadnymi dowodami, a oparte wyłącznie na domniemaniach.

Mając powyższe na uwadze organ antymonopolowy – kierując się wymogami postępowania dowodowego obowiązującymi przed Prezesem UOKiK – uznał, iż zgromadzony w sprawie materiał dowodowy nie stanowi podstawy do zakwalifikowania działań dostawców, opisanych we wniosku P. Sp. z o.o., jako porozumień ograniczających konkurencję polegających na uzgadnianiu przez strony warunków składanych ofert w rozumieniu art. 5 ust. 1 pkt 7 tej ustawy.

Ponieważ nie było możliwe udowodnienie naruszenia zakazu określonego w art. 5 ust. 1 pkt 7 ustawy o ochronie (...) - w zakresie opisanym w postanowieniu o wszczęciu postępowania antymonopolowego, organ antymonopolowy – działając na podstawie art. 11 ust. 1 tej ustawy – orzekł, jak w punkcie II sentencji niniejszej decyzji.

III. W związku z wnioskiem T. o zwrot kosztów postępowania, organ antymonopolowy zważył, co następuje:

Zgodnie z art. 75 ustawy o ochronie (...) organ antymonopolowy rozstrzyga o kosztach postępowania w drodze postanowienia, które może być zamieszczone w decyzji kończącej postępowanie. W myśl art. 69 ust. 1 w/w ustawy w postępowaniu wszczętym na wniosek strona przegrywająca sprawę jest obowiązana zwrócić drugiej stronie, na jej żądanie, koszty niezbędne do celowego dochodzenia praw i celowej obrony, w tym koszty opinii biegłych i instytutów naukowych. Wedle art. 69 ust. 3, do niezbędnych kosztów postępowania strony reprezentowanej przez adwokata lub radcę prawnego zalicza się jego wynagrodzenie, jednak nie wyższe niż wynikające ze stawek opłat określonych w odrębnych przepisach (...).

Przepisy do których odwołuje się art. 69 ust. 3 ustawy o ochronie (...) to Rozporządzenie Ministra Sprawiedliwości z dnia 28.09.2002r. w sprawie opłat za czynności radców prawnych oraz ponoszonych przez Skarb Państwa kosztów pomocy prawnej udzielonej przez radcę prawnego ustawionego z urzędu (Dz. U. z 2002r. Nr 163 poz. 1349 ze zm.). Przepis mający zastosowanie dla określenia wysokości należnego wynagrodzenia dla radcy prawnego będącego pełnomocnikiem strony w postępowaniu antymonopolowym przed Prezesem Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów to § 2 ust. 1 i 2, § 5 w związku z § 14 ust. 3 pkt 1 Rozporządzenia.

Przepis § 2 cyt. Rozporządzenia stanowi, że opłaty stanowiące podstawę zasądzenia przez sądy kosztów zastępstwa prawnego nie mogą być wyższe niż stawki minimalne, o których mowa w rozdziałach 3 i 4, niezależnie od wysokości tych opłat ustalonych w umowie między radcą prawnym, a klientem. Ust. 2

stanowi, że sąd może przyznać opłaty wyższe od wskazanych w ust. 1, jeżeli uzasadnia to rodzaj i stopień zawłości sprawy oraz niezbędny nakład pracy radcy prawnego; nie mogą być wyższe niż sześciokrotne stawki minimalne.

Ponieważ rozporządzenie nie określa wysokości stawek w sprawach z zakresu ochrony konkurencji toczących się przed Prezesem Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów na podstawie przepisu § 5 Rozporządzenia (wysokość stawek minimalnych w sprawach nieokreślonych w rozporządzeniu ustala się, przyjmując za podstawę stawkę w sprawach o zbliżonym rodzaju), zastosowanie znajduje przepis § 14 ust. 3 pkt 1 określający wysokość stawki minimalnej w postępowaniu przed Sądem Okręgowym w Warszawie – Sądem antymonopolowym w sprawach z zakresu ochrony konkurencji w wysokości 360 zł.

Doliczając do tej kwoty poniesione przez T. koszty opłaty od pełnomocnictwa w wysokości 15 zł., uiszczonej na podstawie ustawy z dnia 9 września 2000r. o opłacie skarbowej (Dz. U. Nr 86, poz. 960 ze zm.), łączne koszty obciążające stronę przegrywającą, tj. P. Sp. z o.o. wynoszą 375 zł.

W świetle powyższego postanowiono, jak w punkcie III sentencji niniejszej decyzji.

Od niniejszej decyzji, na podstawie art. 78 ustawy z dnia 15 grudnia 2000r. o ochronie konkurencji i konsumentów, w związku z art. 479²⁸ § 1 pkt 1 i § 2 k.p.c. przysługuje Stronom 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.

Na postanowienie zawarte w punkcie III niniejszej decyzji, na podstawie art. 78 ust. 6 ustawy z dnia 15 grudnia 2000r. o ochronie konkurencji i konsumentów, Stronom przysługuje zażalenie do Sądu Okręgowego w Warszawie – Sądu Ochrony Konkurencji i Konsumentów, za pośrednictwem Prezesa Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów – Delegatura w Lublinie, w terminie tygodnia od dnia jego doręczenia.

Załączniki:

- Nr 1 złożone oferty w ramach przetargów w roku 2002,
- Nr 2 złożone oferty w ramach przetargów w roku 2003,
- Nr 3 złożone oferty w ramach przetargów w roku 2004,
- Nr 4 złożone oferty w ramach przetargów w roku 2005,
- Nr 5 lista przedsiębiorców którzy pobrali „instrukcje dla oferentów”.

Otrzymują:

*W imieniu Prezesa UOKiK
Dyrektor Delegatury w Lublinie
E. Wiszniowska*

Strony postępowania

a/a